

JURISPRUDENCIA CIVIL DE ESPAÑA,

CONFORME

A LAS DOCTRINAS CONSIGNADAS EN LOS FALLOS

DEL

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA,

POR

D. MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA,

PRESIDENTE DE SALA DEL MISMO TRIBUNAL.

TOMO I.

MADRID.

IMPRESA DE JOSÉ RODRIGUEZ CALLE DEL CALVARIO, NÚM. 48.

1869.

171972

Esta obra es propiedad del autor, la cual está
protegida por la ley de 10 de Junio de 1847.

B-1332

JURISPRUDENCIA CIVIL DE ESPAÑA,

CONFORME

A LAS DOCTRINAS CONSIGNADAS EN LOS FALLOS

DEL

TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA,

POR

D. MANUEL ORTIZ DE ZÚÑIGA.

TOMO I.

MADRID.

IMPRENTA DE JOSÉ RODRIGUEZ, CALLE DEL CALVARIO, NÚM. 18.

1869.

JURISPRUDENCIA CIVIL DE ESPAÑA.

CONTENIDO.

I. LOS HECHOS QUE DAN LUGAR A LA ACCIÓN.

II.

TRIBUNAL SUPLENTE DE MADRID.

III.

D. MANUEL ORTIZ DE ZUÑIGA.

TOMO I.

MADRID.

INTRODUCCION.

La jurisprudencia civil va á ser el objeto exclusivo de esta obra; pero no considerada bajo la elevada esfera científica en que Ulpiano la definió y la entendió Justiniano en sus compilaciones legales, ni tampoco bajo el punto de vista en que la explicó Heineccio, sino como auxiliar preciso de la legislacion, como parte importantísima y complemento del derecho.

Bajo este concepto, la jurisprudencia ha sido siempre conocida, así en los pueblos dotados de leyes precisas y de algun sistema legislativo más ó ménos perfecto, como en aquellos donde por carecer de la legislacion necesaria al sostenimiento de las relaciones de las familias, y á la adquisicion, goce y trasmision de la propiedad, era preciso juzgar por precedentes, por la costumbre, por fazañas y albedríos. Por extenso y previsor que sea el cuerpo legal de un Estado, no basta por sí solo para la recta aplicacion de la justicia, pues las leyes son como una letra muerta; y muchas veces oscuras, contradictorias otras, se hacen insuficientes, sin

el auxilio de la voz viva de la inteligencia y del raciocinio, que entrañe en su espíritu y fije su sentido, para adaptarlas á determinados casos y á circunstancias concretas. Y el uso constante en la manera de entenderlas é interpretarlas, la práctica de esta misma aplicacion, cuando no llega á degenerar en abuso ó corruptela, el hábito constante de los que ejercen el altísimo ministerio judicial de darles una misma significacion, han constituido un cuerpo doctrinal, aunque no se le haya distinguido con la denominacion que hoy le damos.

Siempre ha habido, pues, una práctica respetable, aún sin haber obtenido sancion legal y pública, que cimentada en la opinion de los jurisconsultos y de los expositores más acreditados, y depurada y aquilatada por la autoridad de los tribunales, ha llegado á formar dogmas jurídicos de tanta importancia y trascendencia, como las leyes positivas. Ejemplo de ello es lo que sucedia en la antigua Roma, respecto de las respuestas y pareceres que daban los sábios en la ciencia del derecho, á las preguntas y consultas sobre los puntos oscuros de éste. Ejemplo tambien, lo que sucedió en España desde que comenzó á aplicarse el *Fuero Real*, con las prácticas é interpretaciones que de él hacian los tribunales supremos del Estado, y que llegaron á formar las declaraciones á que se les dió el título de *Leyes del Estilo*: ejemplo igualmente, el vigor que recibieron en Castilla, lo mismo que en otros reinos, las opiniones de Bartolo y Baldo, y de Juan Andrés y otros esclarecidos comentadores, hasta el punto de tener que señalar el legislador «quál dellas se debia seguir en duda, á falta de ley:» prueba de ello es asimismo, lo que constantemente se observa en los Estados Unidos y en Inglaterra, donde en defecto de códigos ordenados segun el

uso moderno, tanta fuerza tienen la tradicion, los dictámenes de juristas afamados, la costumbre, la práctica de los jueces, en una palabra, la verdadera jurisprudencia; ¹ y prueba en fin, es tambien lo que ha sucedido por espacio de siglos entre nosotros, respecto de muchas materias de derecho que pudiéramos citar, y muy especialmente de la de mayorazgos. Pocos asuntos habrá habido, ó quizás ninguno, que hayan ocupado tanto á los escritores legistas, á los letrados y á nuestras antiguas chancillerías, como los relativos á la complicada institucion vincular: pocos habrá tambien, acerca de los cuales ha sido tan limitada é incompleta nuestra legislacion, pues son contadas las leyes que han tratado de la propiedad amayorazgada; y sin embargo, los principios y máximas que han regido acerca de ella, y que han ocupado muchos colosales volúmenes y regido como otras tantas leyes, han sido obra de precedentes acumulados por la constante observancia de algunas centurias; obra que, cimentada en la cos-

1 Los jueces ingleses, dice Mr. Labulaye en su *Histoire des États-Unis*, han defendido siempre la supremacia de lo que ellos llaman el *coomon law*, esto es, la costumbre, ó lo que es lo mismo, los precedentes judiciales adoptados por la conciencia pública. Así es que (añade) si el parlamento estableciese, por ejemplo, la esclavitud, el tormento ó la confiscacion, no hay duda de que los jueces declararían esta ley contraria á la costumbre, y por consecuencia, inaplicable. Es indudable, segun el mismo escritor asegura, que tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, tiene grande importancia la jurisprudencia. La costumbre, los precedentes constituyen ley para el porvenir; y los jueces explican los fundamentos de sus decisiones, en que se controvierten los puntos de derecho, dejando consignados los dogmas jurídicos. En fin, hay en Inglaterra tal respeto á los precedentes, tal espíritu de conservacion, que no se puede juzgar allí sólo por el texto de la ley, y siempre hay una práctica que lo explica, y que frecuentemente lo modifica, hasta el punto de citarse las decisiones de los jueces, lo mismo que las leyes escritas.

tumbre perseverante sobre la manera de entender el derecho, ya con presencia de la ley, ó ya en defecto de ella, tiene mucha semejanza, segun el tít. II de la Part. 1.^a, con la jurisprudencia tal como nosotros la comprendemos.

Por eso han dicho muy oportunamente doctos escritores nacionales y extranjeros ¹, que aquella viene á ser el conjunto de decisiones judiciales, y su uniformidad sobre un punto cualquiera del derecho, ó bien la reunion de los principios que en materia de derecho se siguen en cada país ó en cada tribunal; el hábito que se tiene de juzgar de tal ó cual manera una misma cuestion; y la série de juicios y sentencias uniformes que sobre un mismo problema judicial forman uso y costumbre. En igual sentido confirma esta idea otro ilustrado escritor ², añadiendo, que la jurisprudencia viene á llenar las lagunas que dejan los códigos; á enmendar los defectos de claridad ó precision en la fórmula del precepto; á salvar las antinomias; en una palabra, á dar vida práctica á la obra del legislador, de suerte que por medio de la doctrina se formen ciertos dogmas jurídicos que gozan de autoridad legal. Reiterando, en fin, las mismas ideas otro esclarecido tratadista jurisconsulto ³, ha dicho tambien con mucho acierto, que el derecho no se compone sólo de leyes, pues la ciencia, los usos, las costumbres, completan la obra imperfecta del legislador; el cual, dictando disposiciones generales, necesarias para el buen gobierno de la sociedad que rige, y huyendo de un camino estéril y peligroso, tiene que es-

1 Escriche y Dalloz.

2 Durán y Bas.

3 Gomez de la Serna.

perar, sin impaciencia y con confianza, que la jurisprudencia, lenta y sucesivamente, vaya fijando el verdadero sentido, alcance y límites de la ley escrita, examinando cada una, no en su terreno reducido y aislado, sino en su conjunto con todas las otras, sin lo cual la administracion de justicia seria imposible. De tanta importancia es, pues, la jurisprudencia, y tan uniformemente la han definido y considerado renombrados escritores y jurisconsultos.

Hay, sin embargo, gentes de miras tan estrechas, y aún entre ellas juristas vulgares, que haciendo de la elevada ciencia del derecho una especie de arte mecánica, y del magistrado un autómatas sin criterio judicial, quisieran excusar todo trabajo intelectual á la jurisprudencia y toda interpretacion racional de las leyes. Creen estos visionarios, que con la esmerada redaccion de estas, no es necesario interpretarlas, sino atenerse ciegamente á su letra; y sostienen que todo lo que sea desviarse de este fácil camino, es una arbitrariedad, por medio de la cual, el juzgador se sobrepone al imperio de la ley. Pero los que se forman esta cándida ilusion, hija más bien del sentimiento que de la inteligencia, no consideran que no es dado al hombre el don de la perfeccion, atributo exclusivo de la Divinidad, y que por consiguiente sus obras, llámense leyes ó códigos, por muy esmeradas que sean, dejan siempre un gran vacío, y nunca llegan á ser perfectas. ¿En que consiste, si no, que tan frecuentes é inevitables sean los litigios sobre el modo de entender é interpretar un contrato, un testamento, una fundacion, un acto cualquiera, en el incesante movimiento de la sociedad?—En la imposibilidad insuperable de redactar siempre las transacciones de los hombres de un modo tan claro, que resista á to-

da duda é interpretacion, y ademas, en que cada uno ve las cosas con diferente criterio y las juzga á su manera. Pues lo mismo sucede en la redaccion de las leyes y de los códigos: ya sean aquellas casuistas, ya estos establezcan generalizaciones ámplias que abracen con la posible claridad todos los casos imaginables, ni pueden preveer todas las eventualidades, ni hacerlo con tal perfeccion, que deje de haber algun vacío, alguna oscuridad, alguna duda. Por eso ninguna legislacion del mundo puede confiar la aplicacion de la ley á personas imperitas, y todas, por el contrario, exigen á los que han de administrar justicia, no sólo el conocimiento de la difícil ciencia del derecho, sino ademas estudios prévios y auxiliares, como la gramática, ciertos idiomas, la literatura, la filosofía, y muy especialmente la lógica: por eso tambien el Sabio Rey D. Alonso decia hace más de seis siglos en el inmortal código de *Las Partidas*, que el conocer las leyes no es saber decorarlas de memoria, sino penetrar en su entendimiento, en su espíritu; en una palabra, interpretarlas con criterio ilustrado y científico; y por eso, en fin, la distribucion de los derechos y la defensa de la vida y la honra no pueden estar en manos de menguados leguleyos, sino de verdaderos é ilustrados juriconsultos.

No debemos, pues, extrañar que á despecho de los que aspiran al imposible de evitar toda interpretacion, los jueces y tribunales se hayan visto siempre en la precision de usar de esta facultad y áun de este deber; y eso que no era en otros tiempos tan ineludible como en el dia la obligacion de fallar, á pesar del vacío ó de la oscuridad insuperable de las leyes, porque regia el sistema de haber de acudir en este caso al legislador, impetrandolo la interpretacion auténtica. En efecto, en la

ley del Ordenamiento, 1.^a de Toro (3.^a, tít. II, lib. III, N. R.), el monarca, despues de fijar el órden progresivo en que deben observarse nuestros antiguos códigos, añade: «Y mandamos, que cuando quier que alguna duda ocurriese en la interpretacion y declaracion de las dichas leyes de Ordenamientos y Premáticas y Fueros ó de las Partidas, que en tal caso recurran á Nos y á los Reyes que de Nos vinieren, para la interpretacion dellas: porque Nos, vistas las dichas dudas, declaramos y interpretamos las dichas leyes como conviene al servicio de Dios nuestro Señor y al bien de nuestros súbditos y naturales, y á la buena administracion de justicia.» Mas este sistema tan embarazoso y lento, y que sólo puede producir alguna ventaja en los pocos casos en que se halle dividida la opinion razonada de juriconsultos y tribunales, y no sea dado alcanzar una interpretacion uniforme, aunque se observó por mucho tiempo, vino á quedar en desuso, con el grave mal, de que por falta de explicacion autorizada de las leyes, eran algunas de estas entendidas á veces en opuesto sentido, siguiéndose el funesto resultado de aplicarse contradictoriamente derechos que debieran ser iguales para todos los españoles. Y no podia remediarse fácilmente este grave mal, cuando no residia sino en el legislador la suprema potestad de dar unidad á la recta inteligencia de la ley, ni era posible que se conocieran las razones que apoyaban los diversos y contrarios pareceres y juicios de los tribunales, faltando el elemento esencial para ello necesario, cual es, la fundamentacion de las sentencias. En efecto, si bien por algun tiempo estuvo esta en práctica, es sabido que hasta llegó á ser prohibida, pues aunque por real resolucion de 11 de Diciembre de 1717 (Nota 1.^a, tít. X, lib. V, N. R.) se

mandó á la Audiencia de Mallorca, lo mismo que era práctica en algunos otros tribunales, que pusiese en castellano los motivos ó razonamientos de sus fallos, y así se habia mandado tambien observar y practicar en la Audiencia de Barcelona (Nota 1.ª, tít. XVI, lib. XI, N. R.); despues por real cédula de 23 de Junio de 1778 (ley 8 del mismo tít. y lib.), «para evitar los perjuicios que resultaban con la práctica de motivar las sentencias, dando lugar á cavilaciones de los litigantes, consumiendo mucho tiempo en la extension de ellas, que venian á ser un resúmen del proceso, se mandó cesar en dicha práctica,.... como se observa en el mi consejo (decia el soberano) y en la mayor parte de los tribunales del reino;.... y que excusen motivarlas como hastaquí con los *vistos* y *atentos*, en que se referia el hecho de los autos, y los fundamentos alegados por las partes.»

Seguido este nuevo sistema, y no acudiéndose al legislador para la interpretacion soberana de la ley oscura ó para suplir su silencio, forzoso era ensayar otro medio, ya adoptado con buen éxito en naciones donde la ciencia del derecho habia alcanzado progresos muy notables, cual fué el de confiar á un solo tribunal, el más elevado por su gerarquía y el de mayores condiciones de acierto, la recta inteligencia de las leyes que pudieran ofrecer algunas dudas y vacilaciones; mas para esto era necesario seguir paralelamente otro medio diametralmente opuesto al de la prohibicion de fundar los fallos. Por muy arraigado que estuviera entre nosotros el principio contrario, y por más que distásemos todavía mucho de adoptar el recurso de casacion en reemplazo del de segunda suplicacion y de injusticia notoria, en los cuales nunca se razonaban las resoluciones

del Consejo de Castilla, la idea que hacia prevalecer el sistema de la razon sobre el de pura autoridad, germinaba ya entre los legisladores filósofos y entre los jurisconsultos ilustrados del primer tercio de nuestro siglo; y no podia dejar de llegar á nosotros, como llegó por primera vez esa innovacion importantísima, estableciéndose en la Ley de enjuiciamiento mercantil de 1830, que los tribunales de comercio expusiesen en sus sentencias los fundamentos de hecho y de derecho que las apoyasen. Pero esta innovacion atrevida, si se considera la época en que se realizó, fué sin embargo tímida y limitada, pues se incurrió en la anomalia de que mientras razonaban sus fallos, raras veces ejecutorios, los tribunales de primera instancia en materias mercantiles, las audiencias, que decidian como hoy los recursos de alzada, y el Consejo de Castilla, que fallaba los de injusticia notoria, tenian precision de abstenerse de toda motivacion, porque la citada ley recopilada que la prohibia se hallaba vigente, y la especial de comercio no habia hecho en ella más que una leve excepcion.

Dióse, sin embargo, el primer paso como va indicado; y siendo ya difícil contener el movimiento, porque lo apoyaba la opinion más ilustrada, no era extraño que no se hiciera esperar mucho tiempo el curso natural de la reforma; y en efecto, á los ocho años de promulgada dicha Ley de enjuiciamiento, se publicó el importante decreto de 4 de Noviembre de 1838, en que por primera vez se estableció en España el recurso extraordinario de nulidad, no con las estrechas y concretas miras á que lo habian ántes limitado los legisladores de las anteriores épocas de reformas constitucionales, sino con el elevado intento, no sólo de resolver el litigio personal y privado de las partes interesadas, sino de fijar al mismo tiempo

el sentido de la ley y explicar su espíritu, uniformando la jurisprudencia. Establecióse, pues, como era inevitable, si dicho recurso habia de llenar el trascendental objeto para que se habia creado, que el Tribunal Supremo, á quien se confió su decision, expusiese los motivos ó fundamentos de sus fallos. Anómalo parecia exigir esta formalidad, hasta entónces desconocida en el primer tribunal del reino, solamente para la decision de los recursos de nulidad, sin requerirla igualmente para las resoluciones de las audiencias; pero el mismo real decreto, que no se atrevió á innovar el órden ritual de la primera ni de la segunda instancia, ni á establecer por consiguiente que las sentencias de ellas fuesen razonadas, suplió algun tanto este vacío, aunque con el espíritu de timidez que se advierte en la reforma, disponiendo, que al remitirse los autos al mismo tribunal para la decision de los recursos, acompañase una exposicion de las razones que sirvieran de fundamento á los fallos contra los cuales se habian aquellos admitido.

Tras de este paso, mesurado igualmente, y tambien incompleto, hubo ya ocasion de hacer una más radical reforma, al establecerse por primera vez entre nosotros la jurisdiccion mal definida hasta entónces, y denominada contencioso-administrativa. Las leyes importantes de 1845 crearon el Consejo Real (hoy de Estado) y los provinciales; y los reglamentos publicados para que estas corporaciones ejercieran su cargo como tribunales, al ordenar y metodizar esta clase de juicios, establecieron resueltamente, que toda sentencia que hubiera de causar estado, ya fuese de primera ó de segunda instancia, consignase las razones en que se apoyára. De esta manera, pausada, pero consecuyente, iba avanzando la reforma iniciada en 1830; cuando en 1848 publicóse con

el Código penal la Ley provisional que para su oportuna aplicacion creyó el Gobierno, y era en efecto tan necesaria; y en esta ley, que tan útiles preceptos contiene, se consignó tambien el de que, así los jueces como los tribunales, hubieran de exponer los fundamentos de hecho y de derecho de sus fallos.

Siguió la reforma por el mismo sendero, y no se titubeó ya en admitir por medio del real decreto de 20 de Junio de 1852, que ha llegado á tener fuerza de ley, la innovacion radical de la fundamentacion de las sentencias, tanto en primera como en segunda instancia, en las causas por delitos contra la Hacienda pública; y otra, más atrevida aún, cual fué la de plantear por vez primera el recurso de casacion.

El mismo sistema siguióse luego en la real instruccion de 30 de Setiembre de 1853, que dispuso se motiváran y se publicasen en la *Gaceta* los fallos que el Tribunal Supremo diera en las competencias que decidiese, y amplió el recurso de nulidad, reformándolo en algunos esenciales puntos. Persistiéndose en este espíritu reformador acerca de los dos particulares expresados, la real cédula de 30 de Enero de 1855, relativa á los asuntos de Ultramar, adoptó ambas innovaciones, que ya se iban arraigando, y que cada dia eran más decididamente apoyadas por la opinion de los doctos; hasta que la obra tan meticulosa é incompletamente iniciada, tuvo complemento en la Ley de enjuiciamiento civil, que por punto general estableció la motivacion de todas las providencias resolutorias, y creó, con levísimas excepciones, el recurso de casacion para todos los asuntos civiles. Faltaba sólo poner en armonía el de injusticia notoria en materia mercantil, pues continuaba la inexplicable contradiccion de fundar sus sentencias los tribunales de

comercio, y de abstenerse de hacerlo las audiencias; y lo que era más raro todavía y de resultados más trascendentales, ni las motivaba el Tribunal Supremo al decidir dicho recurso, ni las publicaba la *Gaceta* para que pudieran servir de alguna explicacion y enseñanza provechosa. Mas el real decreto de 12 de enero de 1859, asimilando en lo posible sin una profunda reforma, y sólo en la parte ritual, el expresado recurso al de casacion, dispuso con laudable acierto y prudencia que se fundáran y publicáran los fallos.

Hallábase relacionada con estas innovaciones la práctica que se había ido generalizando, y era constantemente seguida aún contra el precepto expreso de la ley, de omitir los tribunales el acudir al legislador en demanda de explicacion é interpretacion auténtica en los casos dudosos; y vino á quedar sancionado por la costumbre el principio, de que por grave y fundada que fuera la oscuridad de las leyes, y por grande el conflicto de haber de resolver los litigios á pesar de las dudas á que dieran lugar y de las omisiones que se notáran, tuvieran absoluta precision de hacerlo: principio que en cierto modo llegó á penetrar en el Código penal, cuyo art. 272 erigió en delito el negarse los jueces (si bien maliciosamente) á juzgar, so pretexto de oscuridad, insuficiencia ó silencio de la ley: y en la de Enjuiciamiento que estableció (art. 61), que bajo ningun pretexto puedan aquellos aplazar, dilatar, ni negar la resolucion de las cuestiones que hayan sido discutidas judicialmente. No se les prohibió que acudieran por el conducto debido á impetrar del legislador la aclaracion ó interpretacion de una ley ó la promulgacion de otra que se crea necesaria para llenar el vacío que se observe; pero es lo cierto que el uso de este derecho, ó si se quiere de este

deber, no puede impedir ni detener por un momento la resolucion de la controversia sometida al fallo de la justicia.

De esta manera han ido preparándose y realizándose las reformas indicadas, para que por medio de la fundamentacion y de la publicidad de las sentencias del Tribunal Supremo, dictadas ya en los recursos de nulidad y de casacion, ya en los de injusticia notoria, y ya tambien en las cuestiones de competencia jurisdiccional, se fuese formando gran copia de doctrina, de la cual resulte, no sólo una ilustrada jurisprudencia, sino la unidad y uniformidad que les da el centro jurídico que las sanciona; cualidades sin las que no se conciben dogmas autorizados ni respetados: ni pueden estarlo nunca, si la razon individual no se somete dócil á la voz de una potestad comun, infalible por filosófica ficcion de la ley.

Gravísimos inconvenientes se han presentado, sin embargo, para la realizacion de esta grande obra; siendo el primero y más difícil de allanar el lamentable estado de nuestra legislacion civil, acerca de la cual principal y casi exclusivamente ha sido la casacion adoptada. No sostendremos nosotros, que con leyes artística y metódicamente formuladas, segun el sencillo método de los modernos códigos, cualquiera puede entenderlas y aplicarlas sin necesidad de un detenido estudio y un profundo exámen, ni de acudir á explicaciones ni comentarios, y sin que tampoco sea precisa una jurisprudencia que aclare su sentido é interprete sus conceptos ambiguos ú oscuros. Los códigos mejor ordenados nunca bastarán por sí solos, y siempre será indispensable, ademas de su precisa, correcta y clara redaccion, el auxilio, digámoslo así, de la voz viva y constante de los tribunales, quienes con una profunda y detenida meditacion y un ilustrado

criterio interpreten rectamente los textos y fijen las doctrinas, que aceptadas y sancionadas despues por el alto é ilustrado poder á quien esto incumbe exclusivamente, lleguen luégo á ser elevadas á la categoría de jurisprudencia. Mas, sin embargo, nadie podrá tampoco negarnos, que es obra ménos difícil, si bien nunca sencilla, la interpretacion y aplicacion de leyes coherente y lógicamente combinadas, hijas de un pensamiento filosófico, ordenadamente coleccionadas en códigos generales y uniformes. Así demuestra la experiencia, que tratándose, por ejemplo, del de Comercio ó de la Ley de enjuiciamiento civil, se presentan muchos ménos obstáculos para su recta aplicacion, que cuando se hace uso á la vez de una legislacion tan incongruente y heterogénea como la nuestra, hija de tiempos tan lejanos, y de tan diferentes civilizaciones y necesidades, de reinos tan diversos y opuestos en costumbres y que no ha sido el resultado de ningun sistema fijo, ni de determinadas exigencias sociales. Tan evidente es esto, que apelamos á todas las personas letradas, ya ejerzan su ministerio invocando la aplicacion de las leyes, ya aplicándolas como administradores de la justicia, las cuales no podrán negarnos cuántos obstáculos se presentan para profundizar en el espíritu de una legislacion tan varia y á veces contradictoria, cual la que se contiene en nuestro Fuero juzgo y Real, en las Partidas, como derecho puramente supletorio, en la Recopilacion que todavía se denomina Novísima, y en el cúmulo inmenso de las modernas leyes, ya compiladas en los volúmenes anteriores al año 1846, ó hacinadas como en un centon en la *Coleccion legislativa*, y ya tambien extravagantes y que no se hallan incluidas en ningun cuerpo legal. Y si del estudio de esta legislacion de carácter general, pasa-

mos al exámen de la foral de muchas de las provincias de la Monarquía, ningún inteligente en estas materias podrá tampoco desconocer las gravísimas dificultades que ofrece la aplicacion de leyes tan divergentes, complicadas y confusas, cuales son, respecto de Cataluña, el derecho comun de sus *Usatges* y constituciones y *altres drets* y de sus ordenanzas de Barcelona, y como supletorio el derecho canónico en primer lugar, y despues el civil romano, contenido en el Código, el Digesto y las Novelas: en cuanto á Aragon, sus *Fueros* y *Observancias* como derecho comun, y las leyes de Partida y de la Nov. Recop. como supletorias: con relacion á Navarra, su *Fuero* respectivo y su Recopilacion especial, y en falta de uno y otra, el derecho comun, que en aquel antiguo reino es el romano, y como supletorio de este el de las Partidas, mas nunca el canónico: en Vizcaya, su fuero particular, vigente en aquella provincia, y en su defecto las leyes del reino; y finalmente, en las posesiones de Ultramar, algunas veces las especiales de Indias, y más comunmente el derecho general de Castilla.

Agréguese á todas estas dificultades que se ofrecen al fallar las contiendas jurídicas de cualquiera de los territorios de España, otra de no escasa importancia, cual es, la gravísima de reunir una coleccion completa de esta pesada balumba de cuerpos legales; y aún dado caso de conseguirlo, el poder asegurar que se tiene á la vista toda nuestra legislacion vigente, pues es bien notorio que muchas leyes y disposiciones de importancia, como lo son todas cuando han de aplicarse á la generalidad de los ciudadanos, ó no se publican en la *Gaceta*, como debieran, ó no se insertan en la única *Coleccion oficial*, cual es la legislativa. Pudiéramos citar en com-

probacion de este aserto, no pocas disposiciones legales que no se hallan compiladas; pero nos limitaremos á indicar solamente la Ley de enjuiciamiento civil, los Aranceles judiciales, la Ley hipotecaria de 8 de Febrero de 1861 ¹ y su reglamento, las Ordenanzas de aduanas de 10 de Setiembre de 1857 y sus modificaciones contenidas en el Real decreto de 26 de Diciembre del mismo año, y en la nueva edicion ampliada con posterioridad. Las consecuencias de esta omision, que parece insignificante, son más trascendentales de lo que se cree, pues hemos presenciado en el Tribunal Supremo graves conflictos al tener que hacer uso de dichas Ordenanzas en recursos de casacion por delitos contra la Hacienda, y no poder hallar un ejemplar de ellas, por no haberse publicado en la *Gaceta*, ni insertado en la *Coleccion legislativa*, ni circulado á las audiencias, ni trasmitido al primer cuerpo judicial del Estado. ¿En qué pais culto podria citarse un ejemplo de esta naturaleza? Y esto pasa en la nacion donde está vigente la sabia ley 1.^a, tít. II, lib. III, de la N. R. (que forma el resúmen de varias del Fuero Juzgo y del Real), que dice, entre otras cosas muy provechosas, «que debe la ley ser manifiesta que todo hombre la pueda entender, y que ninguno por ella reciba engaño:» donde está ademas prevenido (Reales órdenes de 22 de Setiembre de 1836; 4 de Mayo de 1838, y 9 de Marzo de 1851), que todos los reales decretos, órdenes é instrucciones del gobierno que se publiquen en la *Gaceta* bajo el artículo oficial, sean obligatorias desde el momento de su

¹ Se insertó en la coleccion legislativa la ley de autorizacion para publicar la hipotecaria; mas se dijo que por causa de su mucha extension se publicaba por separado.

publicacion: donde rige la ley de 3 de Noviembre de 1837, por la cual se ordena, que las leyes y disposiciones generales sean obligatorias para cada capital de provincia desde que se publican oficialmente en ella, y desde cuatro dias despues para los demas pueblos de la misma provincia; y donde, en fin, está mandado por Real decreto de 6 de Marzo de 1846, que todos los documentos del mismo órden general se hayan de insertar precisamente en la *Coleccion legislativa*, que es la única oficial. Pero á pesar de estos laudables preceptos y prohibiciones, repetimos, que muchas leyes no se publican ni se insertan en dicha coleccion, si bien algunos ministerios, para mayor confusion y desórden, tienen boletines especiales en que coleccionan las que creen conveniente, sin que oficialmente se hagan notorias á la generalidad de los españoles.

Tantos y de tan varia naturaleza son los obstáculos con que se ve precisado á luchar el que desee ó tenga precision de conocer á fondo toda nuestra legislacion; y principalmente el Tribunal á quien incumbe dar vigor y unidad á las doctrinas de derecho. Pero hay todavía otros inconvenientes para la elaboracion de nuestra jurisprudencia, que aunque de un órden secundario, no por eso dejan de ser tambien gravísimos, como no puede ménos de reconocer y confesar cualquiera que haya penetrado interiormente en la imperfecta forma de nuestros recursos de casacion. Al irregular sistema de haber de tenerse á la vista para la decision de aquellos los procesos originales con todo el laberinto de pruebas é incidentes; á la confusion con que suele mezclarse el hecho con el derecho; á la descuidada é imperfecta redaccion, que por lo comun y salvo algunas, aunque pocas y honrosas excepciones, se nota en los fallos que

han de revisarse, para decidir si la ley se ha aplicado acertadamente ó si ha sido infringida, agrégase la lamentable intemperancia con que á veces se citan como quebrantadas, no dos, cuatro ó seis leyes y doctrinas jurídicas, sino veinte, cuarenta y hasta innumerables de ellas, que en ocasiones abrazan desde las Doce tablas y el Fuero Juzgo, hasta las últimas disposiciones legales de nuestros días, y desde los principios ó axiomas abstractos de moral y de derecho, hasta las opiniones más desautorizadas, y que cada cual pretende, sin otro fundamento que el de su conveniencia, erigir en doctrinas jurídicas.

Mas á pesar de todo, y sobreponiéndose el celo, el estudio y la perseverancia del Cuerpo ilustrado á quien incumbe exclusivamente fijar la buena doctrina, hace ya treinta años que así lo practica, y más especialmente desde 1856, en que comenzó á ponerse en uso la casacion civil en España; y aunque lenta y mesuradamente, ha podido ir formando un tesoro de mucho precio para la aclaracion y uniformidad en la aplicacion de las leyes, y para su recta interpretacion en las perennes vacilaciones á que da lugar el estudio del derecho. De nada serviría, sin embargo, esta utilísima y laboriosa obra, si no tuviese más aplicacion que á los negocios concretos en que los fallos se pronuncian, y no fueran estos trascendentales á los casos análogos en que puede haber oscuridad, contradicciones ó tal vez omision en las leyes, y por consiguiente perplegidad y dudas en los que han de aplicarlas. Por eso las decisiones que dicta el Supremo Tribunal y que se publican oficialmente, deben servir para autorizar y uniformar la jurisprudencia, y para que, como parte integrante del derecho, sean verdadero complemento de la legislacion.

No deja de ser impugnado este aserto por algunas personas, que niegan á aquellas sentencias el valor de sus doctrinas, sosteniendo que cuando más, son una autoridad moral de mucho peso, como las opiniones de los respetables y afamados expositores; pero que, no obstante, el magistrado conserva su conciencia independiente, y en absoluta libertad su juicio, para adherirse ó no á las máximas proclamadas por un tribunal, que si bien el más elevado del reino, no puede llegar con su voz á ser el intérprete de la ley, ni el oráculo de la justicia. Este razonamiento lo creemos, sin embargo, inexacto á todas luces. En efecto, cuando se pone á discusion por vez primera una nueva tésis, sobre la cual la ley ha callado ó no se ha explicado con bastante claridad; ni han pronunciado tampoco su opinion los tribunales, ó lo han hecho en diverso ó contradictorio sentido, entónces, si tambien por primera vez expone el Tribunal Supremo los principios que juzga más aceptables y ajustados á derecho, quizás pueda ponerse en duda que desde aquel momento merezcan ya irrevocablemente el ser calificados como doctrina admitida por la jurisprudencia. Pero cuando una vez y otra, y en tres y más fallos explica del mismo modo el sentido de una ley, ó desenvuelve su espíritu é inteligencia, ó suple su silencio, y de un modo claro, terminante, y en casos repetidos consigna las máximas que cree más aceptables, y se publican en la *Gaceta* para que todos las conozcan, y quedan consignadas en la compilacion oficial de sentencias, á fin de que fácilmente se hallen coleccionadas como en un cuerpo de leyes; cuando todo esto sucede, no puede negarse que los fallos no se limitan solamente al determinado caso que en ellos se resuelve, pues para esto bastaba con notificarse á los litigantes; ni se atre-

verá nadie á sostener con fundamento, que este sea el único objeto para que ha sido establecido en otros países el recurso de casacion.

Diráse, no obstante, que los principios, reglas y dogmas que el Tribunal Supremo consigna en sus decisiones no son las doctrinas á que la Ley de enjuiciamiento alude, pues que ésta se refiere á las admitidas por la jurisprudencia de los tribunales. Pero como no hay una autoridad superior á estos, más que la de aquel, que pueda por razon de su elevada gerarquía declarar cuáles merecen aquella calificacion; y como por otra parte su alta potestad no puede fraccionarse, porque faltaria la concentracion indispensable para la unidad y uniformidad de la doctrina, sólo ese mismo Tribunal puede ser el competente para regular cuáles son los dogmas jurídicos aceptados por la jurisprudencia, y cuáles deben repelerse como opuestos á los ortodoxos principios del derecho. Por otra parte, recordando el contenido del art. 1102 de la Ley de Enjuiciamiento civil, parece imposible que se defienda la opinion contraria á la que vamos sustentando, pues previene, que cuando el fiscal supremo sostenga un recurso de casacion en interés de la ley, «el fallo que se pronuncie sólo servirá *para formar jurisprudencia* sobre la cuestion legal que haya sido discutida y resuelta en el pleito.» Luego las decisiones de aquel elevado Tribunal componen un cuerpo de doctrina con fuerza obligatoria, y los magistrados que de ella se separen y los letrados que contra ella aconsejen, se hacen responsables moral y legalmente por sus decisiones ó consejos. Y esta opinion que defendemos no es nuestra solamente: la proclamamos con grande confianza y con profundas convicciones, porque ademas de los fundamentos que la apoyan, está robustecida con la

sancion, no sólo de la ley, que ya por sí seria bastante, sino del mismo tribunal custodio de ella, como ahora y más adelante, cuando nos ocupemos, en el título preliminar, de la fuerza que deben tener dichas doctrinas, lo probaremos con repetidos testimonios que no podrán recusarse.

Á pesar de ello sostiénese en un libro recientemente publicado ¹, que el Tribunal Supremo no puede hacer más que uniformar la jurisprudencia, y que la que se fija en sus fallos no tiene el valor que quiere dársele, ó lo que es lo mismo, que estos no pueden ser respetados como doctrina legal; y añádese, que «ninguna sentencia se encuentra entre las del mismo tribunal, que demuestre que pueden equipararse sus decisiones á las leyes; y que ántes por el contrario, hay algunas en que se dice terminantemente que, estas sólo son autorizados é indispensables precedentes para la uniformidad de la jurisprudencia, sin que sus determinaciones puedan imponerse como preceptos legales infringibles para el efecto de la casacion, á los que por razon de oficio tienen el deber de consultarlos y estudiarlos.» Así se dijo en efecto en una sentencia de 11 de Diciembre de 1865; pero es necesario para la exacta aplicacion de este razonamiento, recordar el motivo por que se hizo, y la sala que lo emitió. Tratábase de un recurso de casacion en pleito de Ultramar, en que ademas de suponerse infringidas varias leyes, se sostenia que se habian violado tambien las doctrinas consignadas por el Tribunal Supremo; y la sala de Indias, que no podia ajustarse para su decision á la Ley de Enjuiciamiento civil, sino á la

¹ *Repertorio de la jurisprudencia civil española.*

real cédula de 30 de enero de 1855, que sólo permite la casacion por ser contraria la sentencia á ley terminante, y únicamente á falta de ella, por infraccion de doctrina legal, como tambien lo ha declarado la misma Sala (S. 19 Junio 1867), no pudo ménos de consignar en aquel fallo lo que dejamos copiado; pero este no tiene trascendencia á los asuntos de la Peninsula é islas adyacentes, ni por tanto á los recursos de casacion arreglados á la Ley de Enjuiciamiento.

Lo mismo podria decirse, si en un recurso de injusticia notoria sobre cuestion mercantil, se fundára el recurrente en la infraccion de las doctrinas expuestas por el Tribunal Supremo; porque el código de comercio no permite estos recursos extraordinarios más que por quebrantamiento de ley expresa, y nunca por violacion de doctrina; razon por la cual en negocios de esta clase, aquellos fallos, aunque autorizados precedentes, como el Tribunal los califica, no pueden dar lugar, si sus doctrinas se infringen, á fundar en esta infraccion un recurso de injusticia notoria.

Pero en el mismo escrito á que aludimos se ha dicho cuanto pudiéramos añadir sobre este punto. «¿Qué aconteceria (se pregunta) si los tribunales no se acomodasen en sus sentencias á las reglas de jurisprudencia sentadas en las del Tribunal Supremo? Que entablado el recurso de casacion por esta causa, era imprescindible que se casáran y anuláran por el Tribunal Supremo las sentencias de los de alzada, so pena de ir contra los principios ya establecidos; y por consiguiente, que á sabiendas se irrogarian considerables perjuicios á los litigantes.» Pues esto es precisamente lo que sucede. Cuando las audiencias prescinden en sus fallos de las doctrinas emitidas por el único tribunal superior á ellas en gerar-

quía, y resuelven contra su expreso contenido, aquel no puede ménos de casarlos y anularlos, como ha sucedido en varias ocasiones que citaremos. Si, pues, se anula una sentencia por ser contraria á doctrina sostenida por el tribunal de casacion, lo mismo que por ser opuesta á ley, no comprendemos qué diferencia pueda haber en cuanto á este punto, respecto de la fuerza que en juicio tiene la ley, y la que debe tener la doctrina admitida por la jurisprudencia.

En corroboracion de estos asertos, invocamos de nuevo la autoridad del mismo Tribunal Supremo, que en más de una ocasion ha anulado fallos de audiencias, por ser contrarios á las doctrinas que él ha consignado. Pueden verse á este propósito las sentencias de 12 de Octubre de 1860; de 6 de Junio, y 18 de Octubre de 1863; de 25 de Enero, y 16 de Diciembre de 1864; de 13, y 21 de Noviembre de 1865, y de 1.º de Marzo de 1867, y tambien otras en que se ha declarado por el contrario, no haber lugar á la casacion, porque las ejecutorias que han ocasionado el recurso estaban ajustadas á las doctrinas de jurisprudencia establecidas por el mismo Tribunal (entre otras, la de 18 de Octubre de 1864). Tan incuestionable nos parece la opinion que defendemos, apoyados en la más respetable autoridad, que no extrañamos que al desviarse una y otra vez algunos letrados de las doctrinas del mismo Tribunal, haya éste declarado que «cuando se prescinde de la jurisprudencia tan reiteradamente consignada en sus fallos, se comete falta digna de correccion disciplinaria;» y ha llegado hasta el punto de prevenir á un abogado defensor «que en lo sucesivo se abstuviera de patrocinar recursos en contra de la jurisprudencia reiteradamente establecida» (S. 21 Febrero 1867). Tambien po-

demos citar algunas decisiones dictadas en cuestiones sobre competencia jurisdiccional, en las cuales se ha sentado, que los jueces, ántes de promover y sostener cuestiones sobre conocimiento de un asunto, tienen obligacion de consultar, no sólo las disposiciones vigentes en la materia, «sino tambien la jurisprudencia que con sus fallos tenga establecida el Tribunal Supremo» (S. 13 Setiembre 1860); que «al resolver (el mismo Tribunal) varias contiendas de esta especie, fijó de una manera preceptiva la inteligencia y aplicacion de la ley, sin que á ningun juzgado sea lícito ya insistir en sus apreciaciones particulares para provocar ó sostener.... cuestiones improcedentes» (S. 30 Enero, y 28 Noviembre 1861); «que dicho Tribunal ha dictado para esta clase de contiendas, doctrinas de jurisprudencia de una manera tal, que á ninguno es permitido ya desconocerlas, con notorio perjuicio de la administracion de justicia» (S. 23 Diciembre 1861); que «se han dictado ya por el Tribunal varias sentencias que deben tener presentes los jueces, tanto de la jurisdiccion ordinaria como de las privilegiadas, á fin de que se eviten graves entorpecimientos, etc.» (S. 25 Abril, 8, y 24 Mayo, y 28 Agosto 1862); que «la autoridad militar no puede contrariar la jurisprudencia establecida y fundada por el Tribunal Supremo» (S. 8 Octubre 1863), y que «siendo este el único que puede decidir legal y válidamente las competencias de jurisdiccion entre jueces y tribunales de diverso fuero, sus decisiones son las únicas que sobre esta materia forman jurisprudencia» (S. 13 Junio 1867, y 12 Mayo 1868). Tan constante es la opinion de dicho Tribunal y tan conforme á la que vamos sosteniendo, así en la Sala de casacion como en la de Competencias, y tanto con relacion á aquellos recursos como á las contiendas de jurisdiccion.

Pasando ya otro punto, no podemos ménos de extrañar, que en el prólogo del citado libro se diga, que para que las sentencias de aquel elevado Cuerpo puedan servir de precedentes respetables que uniformen la jurisprudencia, «seria de desear que no incurriese en contradicciones, al dictar sus sentencias en los recursos de casacion, porque de lo contrario, en vez de regularizar y hacer uniforme la jurisprudencia, puede introducirse el desórden y la confusion acerca de la inteligencia que deba darse al precepto del legislador.» Pero lo que con tan loable intencion se desea, es un imposible, no sólo en España, donde se conocen seis clases de recursos de casacion ó nulidad de órden diverso, para aplicar una legislacion de doce siglos, con todos los inconvenientes que ya hemos apuntado; sino aun en el país donde la casacion es más antigua, y donde es una sola, y la legislacion está concentrada en códigos y en leyes que guardan más cohesion y concordancia entre sí. Todavía nos admira más que, por haberse creido encontrar en dos ocasiones fallos contradictorios, se añada que esto revela «que no se han consultado los anteriormente dictados, y por consiguiente que se ha prescindido de las doctrinas anteriormente sentadas.» No en una, ni en dos ocasiones, sino en algunas más, como á su tiempo veremos, ha sucedido pugnar entre sí las doctrinas consignadas en determinadas sentencias, lo cual ha ocurrido tambien y ocurrirá en Francia y en todas partes donde los hombres, que no son infalibles, ni todos tienen igual criterio, por muy doctos que sean, apliquen las leyes, y como tendrá que repetirse en España con más frecuencia de lo que fuera de desear. Mas no se crea que esto proviene de que *no se consulten los anteriores fallos*, ni de que *se prescinda de las doctrinas anterior-*

mente sentadas. Se necesita tener una idea muy inexacta y un concepto nada benévolo de la suprema magistratura, para creer que falla con esa indiferencia, y con tan vituperable ligereza y poco celo. No: ántes de acordarse un fallo de casacion sobre doctrinas que pueden ofrecer alguna duda ó perplegidad, se ha acostumbrado siempre á consultar y estudiar detenidamente, no sólo las leyes y los expositores que merecen más respeto, sino los anteriores fallos que sobre el mismo punto controvertido han precedido al que se ha ido á dictar ¹; discutiéndose y controvertiéndose hasta que parece ya agotada la materia; pero en puntos opinables, en que están divididos los pareceres de los más acreditados comentadores; en que el derecho es oscuro y se presentan razones en opuesto sentido, y respecto de los cuales los tribunales han decidido de diversa manera, y cada magistrado trae con sus estudios y su larga práctica sus opiniones jurídicas formadas; por mucho respeto que los que van á fallar quieran tributar á los precedentes más autorizados, á veces encuentran un obstáculo insuperable en sus profundas convicciones y en su conciencia, y creen indeclinable el deber de guiarse por ellas, ántes

1 Ya desde los primeros años en que empezaron á resolverse recursos de casacion, se experimentó en el Tribunal Supremo la necesidad de una coleccion donde se reuniesen todos los fallos que se publicáran, para que fácilmente pudieran ser consultados por los ministros del mismo; y con este motivo, y en virtud de la consulta que aquellos elevaren al Gobierno, se expidió la Real orden de 1.º de Julio de 1860, en cuyo art. 1.º se dispuso por S. M., que las sentencias del Tribunal Supremo, tanto las de casacion como de nulidad, injusticia notoria y competencias, se publicasen por *entregas mensuales* (como el mismo Tribunal habia pedido), de modo que se formaran por separado tomos anuales.

Véase el de sentencias de 1860, pág. 875.

que adherirse á otras opiniones para ellos erróneas, por más que acaten y veneren el voto de los dignos ministros que les precedieron. Si los que censuran la divergencia que algunas veces suele encontrarse en resoluciones de tanta importancia, supieran los conflictos y amarguras que estas disidencias producen en el recto magistrado, al tener que luchar entre el temor de faltar á sus propias opiniones, ó á la consecuencia y uniformidad que tan importantes son en decisiones dictadas, no sólo para resolver un litigio entre particulares, lo cual no es poco, sino para que queden consignadas en las colecciones y repertorios, y sirvan de blanco á la severa crítica de contemporáneos y de la posteridad; no serian tan fáciles en la censura, ni extrañarían las divergencias que desgraciadamente se notan en algunas ocasiones. Y no se crea que provenga tampoco la desconformidad de los fallos, de que la Sala de casacion se halle dividida en dos secciones. No procede ciertamente de esta circunstancia: ántes por el contrario, es este un nuevo estímulo para que los ministros de ambas secciones hayan hecho siempre mayores esfuerzos, si es posible, para evitar toda contradiccion. Proviene por lo comun la falta de uniformidad de causas remediabiles y de accidentes inevitables, además de las que hemos indicado. Una sala ó seccion de un Tribunal no se compone constantemente de los mismos magistrados, porque esto seria pretender un imposible, y más en los tiempos que corren. La inconveniente facilidad con que la ley permite las jubilaciones; la tendencia que en aquellos suele haber á pasar al Consejo de Estado por motivos que no es preciso indicar, y que debieran desaparecer, si el Tribunal de casacion ha de elevarse á la altura de sus funciones augustas; la arbitrariedad con que se quebranta el

fundamental y saludable principio de la inamovilidad y se perturba la estabilidad de la magistratura y se interrumpen sus respetables tradiciones; ¹ todas estas son causas tan fáciles de remediar, como funestas y contrarias á la unidad de la jurisprudencia. Pero agréganse á ellas otras, aunque de un orden secundario, inevitables, como la necesidad de vacar los ministros por el turno riguroso que se observa; las enfermedades, ausencias, muertes y, en una palabra, la continua movilidad en un personal de magistrados proyectos; motivos todos que impiden que la Sala de casacion se constituya, no ya constantemente, pero ni aún algunas semanas, con los mismos jueces; y en ciertas ocasiones la concurrencia de unos en vez de otros, influye en que todos ó la mayoría se inclinen á determinada opinion en casos opinables y dudosos, muy frecuentes por desgracia. ¡En cuántas ocasiones puede influir la ausencia ó la presencia de un

1 ¡Qué diferencia tan notable de lo que pasa entre nosotros y lo que se observa en los Estados Unidos! Allí, desde el principio del siglo hasta 1866, no ha habido más que dos presidentes del Tribunal Supremo, ó del tribunal federal: el primero, John Marshall, y el segundo, Mr. Taney, quien por su muerte en dicho año, fué reemplazado por Mr. Chase; y los jueces son tan verdaderamente inamovibles, que no pueden ser destituidos por el poder ejecutivo, sino por la cámara de representantes ó el Senado, cuando hay motivo justificado en que se funde la destitucion; y ¡cosa notable! desde el establecimiento de la constitucion de 1787, ha habido solamente tres ejemplos de procesos de esta clase, y un solo juez se ha visto obligado á presentar su dimision. Lo más notable es que el primer ejemplo que se dió en Europa de la inamovilidad judicial, fué en Aragon en 1442, en que los aragoneses pidieron á los reyes esta garantía, que duró, especialmente en el Justicia mayor, hasta la decapitacion del último de estos y la abolicion de los fueros por Felipe II. En Inglaterra data la inamovilidad desde su revolucion en 1688, y en Francia desde 1791. ¿Cuándo se establecerá *firmemente* entre nosotros?

solo ministro, para que prevalezca ó no una opinion determinada, y ocasione ó evite un conflicto de grave trascendencia! Pudiéramos citar más de un ejemplo de esta clase; pero porque esta reunion de circunstancias produzca en algunos casos, aunque no en muchos, relativamente considerados, contradicciones en los fallos, no es justo que se dirija tan grave censura, y se exponga al público como una falta la contradiccion que se observa entre algunas sentencias del Supremo Tribunal en ciertas materias. Cuando esto suceda una y otra vez, al legislador es á quien únicamente compete dirimir el conflicto con sus acertadas disposiciones legislativas; y al Tribunal de casacion no le corresponde más que hacer lo que ya alguna vez ha ejecutado, que es elevar al Gobierno una consulta, aunque hasta ahora sin ningun resultado, exponiendo los graves puntos cuestionables, en que andan divididos los pareceres y votos de los magistrados, la dificultad y hasta imposibilidad de venir á un comun acuerdo, y la necesidad de que el poder legislativo resuelva la cuestion para evitar resoluciones jurídicas contradictorias, que pueden ocasionar injusticias en la opuesta distribucion y aplicacion de los derechos privados. Y en estos casos no es culpa del Tribunal Supremo, si los conflictos se repiten y llega la alarma al seno de las familias: la responsabilidad no será ciertamente de tan ilustrada corporacion, sino de quien, pudiendo y debiendo, no lo remedia y evita del modo que está en su mano.

Nada diremos ahora de otro severo cargo, que tambien se dirige á veces contra el Tribunal, por haber proclamado, segun se ha supuesto, doctrinas contrarias á la ley en determinados puntos: cargo injusto y por demas infundado, como lo haremos ver, cuando en el cur-

so de nuestra obra hayamos de tratar de las materias á que alude tan amarga censura. Basten por ahora estas ligeras indicaciones, y entremos en la breve exposicion de nuestro propósito.

Luchando con tantos obstáculos como los que hemos indicado y se oponen al cumplimiento del alto principio á que va dirigida la casacion, al fin, con el resultado de ella, del antiguo recurso de nulidad, del de injusticia notoria, que aún subsiste, y de las cuestiones de competencia jurisdiccional que vienen á Madrid para la suprema decision; ha podido ir elaborándose una copia de doctrinas, autorizadas ya por una respetable jurisprudencia, y que pueden considerarse, segun al principio indicamos, como el complemento de nuestro derecho. Desde que tuvimos la honra de sentarnos en la elevada Asamblea que le da su sancion, conocimos la necesidad que habia de metodizar el resúmen de esas doctrinas, y echamos de ménos un trabajo de esta clase, que reputábamos utilísimo; pues así como de toda legislacion hay expositores y tratadistas que publican, ya estudios fundamentales que profundizan con filosóficas consideraciones en sus causas y trascendencia, y explican sus pormenores, ya instituciones, elementos, manuales y epítomes más ó ménos extensos y razonados, pero siempre útiles; del mismo modo creíamos necesario, ó por lo ménos de provechosa enseñanza, un trabajo análogo á alguno de los de estas clases, que diese á conocer dichas doctrinas y sirviera para el estudio, ó al ménos para el recuerdo, de esta rama auxiliar y aún fuente generadora del derecho: porque es indudable que muchas veces se sostienen litigios injustos, ó se dejan de reclamar intereses legítimos, por no conocerse bien á fondo las doctrinas que han llegado á la

esfera de deber ser acatadas como la ley; y no porque sean un arcano, ni estén ocultas á los que tienen el deber ó la aficion de saberlas, sino porque su misma multiplicidad, y hasta la forma en que se publican, van haciendo un caos de su conjunto, como sucede respecto de nuestra legislacion, y no es dado á todos estudiarlas detenidamente, y quizá ni aún poseer las colecciones en donde esas mismas doctrinas se hallan hacinadas; y aún poseyéndolas, no es tampoco tarea fácil, sino ántes bien muy ímproba y penosa, encontrar todo lo que se ha decidido sobre una materia y lo que con ella tiene relacion. Debemos al ménos suponer que la jurisprudencia no es bastante conocida de la generalidad, aunque haya honrosísimas excepciones en la magistratura y en los colegios de abogados, cuando se observa que, á pesar de la publicidad de los fallos del Tribunal Supremo, y de ser tan notorias las doctrinas que revelan, se insiste una y otra vez en desconocerlas, dándose lugar á pretensiones injustas, á recursos ilegales, y á mayor número de infracciones de leyes y de doctrinas que las que debia esperarse de la estricta aplicacion de unas y otras.

Hasta por nuestra propia conveniencia, y para alivio de nuestro cargo judicial, deseábamos que se hubiera anticipado algun escritor más competente por su capacidad y saber, á redactar el tratado á que aludimos, para que nos auxiliára con él en el difícil y grave ministerio de fallar en casacion; mas no sin duda por escasez de juriconsultos esclarecidos, sobradamente aptos para acometer esta empresa, sino por temor tal vez á lo ímprobo, árido y enojoso de una clase de trabajo que tanto fatiga la imaginacion, es lo cierto que ninguno se ha dedicado hasta ahora á acometerlo, ó por lo ménos

á publicarlo. No es esto de extrañar, por otra parte, si se considera, que hay motivo sobrado para el marasmo científico y literario que hoy se observa, por la falta de correspondencia entre quien escribe y los que hayan de leerle; pues como dice muy oportunamente un escritor anónimo en una Revista hace poco tiempo publicada, esta circunstancia «engendra en el ánimo un invencible y mortal desaliento, que rinde la voluntad y hasta marchita por la inacción las fuerzas y la inteligencia.»

Aún prescindiendo de estas consideraciones, es posible que no haya parecido ántes de ahora sazón oportuna para redactar un tratado de jurisprudencia, por creerse que cuando habian transcurrido pocos años desde el establecimiento de la casacion, era escasa la doctrina en los más importantes puntos jurídicos. Pero este motivo, si en otro tiempo era fundado, ha desaparecido ya, porque aplicado el recurso de nulidad desde 1838 y el de casacion desde 1856, ha transcurrido bastante espacio de tiempo para formar una copia de conocimientos dignos de ser objeto de una obra de esta clase.

Por lo que hace á nosotros, aún prescindiendo de todas estas causas, no nos era posible emprender tan árduo trabajo durante nuestro ministerio judicial, porque el magistrado que en el augusto recinto de una sala de casacion haya de cumplir celosa y concienzudamente con su deber, no puede contar con reposo para ocupaciones ajenas á su laborioso y severo cargo. Mas las circunstancias variaron, pues por más de año y medio no tuvimos la alta honra de pertenecer al ilustre cuerpo que científica y oficialmente forma la jurisprudencia ¹, y creimos que la

¹ Aunque los sucesos políticos contemporáneos son tan conocidos, el autor no puede ménos de dejar aquí consignado, para que una mala inter-

ocasion era la más propicia para volver á ocuparnos en nuestras antiguas y predilectas tareas, escribiendo el libro que ahora damos á luz.

Atrevida empresa es, no lo dudamos, esta que acometemos; y somos los primeros en reconocer y confesar nuestra temeraria audacia: en primer lugar, porque no conocemos ninguna obra análoga ó parecida á la presente, en España ni en el extranjero, que nos hubiese podido servir de guia; y es siempre difícilísimo, abrir un nuevo camino por donde ni aún ha trazado las primeras líneas la inteligencia del hombre; y en segundo, porque no basta el esfuerzo aislado de una sola pluma, mayormente si esta la mueve cansada mano y la dirige escasa inteligencia, para emprender y llevar á cabo un trabajo de esta naturaleza; pero como quiera que sea, nos limitaremos á delinear siquiera un irregular sendero, por donde talentos más competentes puedan luégo abrir más ancho camino y perfeccionar la obra.

pretacion de los hechos no venga á empañar su honra, que su salida de Tribunal Supremo, en union de otro ministro, y de los tres dignos presidentes de Sala del mismo, despues de haber consagrado una gran parte de su vida á plantear con estos la casacion en España, fué ocasionada por la votacion que tuvo lugar con motivo de una cuestion política, en la sesion del Senado del 8 de Abril de 1867. Á consecuencia de ella, y con infraccion del art. 40 de la Constitucion, que declara la inviolabilidad de los senadores por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo; y del artículo 69, que sanciona la inamovilidad judicial, decretóse á los dos dias siguientes y se publicó en la *Gaceta* del 12, el decreto de destitucion de aquellos; siendo lo más extraño, y lo que repugna ereer, que fuese refrendado por el ministro de Gracia y Justicia *Don Lorenzo Arrazola*, presidente que habia sido del mismo Tribunal, y más obligado por tanto á respetar la inamovilidad de la magistratura.

Despues de escrita esta nota, el gobierno provisional ha reparado la injusticia que aún no habian obrenido el autor y otros dos presidentes de Sala del Tribunal.

No intentamos al hacer esta especie de ensayo, escribir un tratado completo de derecho civil, sino únicamente la parte que, como ya hemos dicho, le sirve de complemento, la jurisprudencia; y aun esta, considerada, no en toda su extension, sino solamente en cuanto trae origen de las doctrinas admitidas y proclamadas por el Tribunal Supremo, única fuente de donde han de salir los elementos constitutivos de este tratado: de manera que no vamos á exponer todas las doctrinas legales sobre cada una de las materias del derecho civil, sino únicamente las que hayan sido objeto de las irrevocables decisiones de aquella autoridad. Por esta razon, en ocasiones se echarán de ménos algunas, que acaso se crean autorizadas por la opinion de expositores jurisconsultos; pero cuando esto suceda y se halle algun vacío de esta clase, debe atribuirse la omision al silencio que haya guardado el oráculo que nos inspira.

Como no vamos á escribir unos elementos, ni tampoco unas instituciones de derecho, no nos habremos de sujetar á la forma rigurosamente ordenada y propia de esta clase de escritos didácticos; ni por consiguiente nos detendremos en consignar las definiciones y explicaciones de cada una de las materias que habrán de ocuparnos. Suponemos que nuestros lectores están ya versados en la ciencia del derecho; que son ya profesores con alguna experiencia, ó cuando ménos jurisperitos, á quienes solamente vamos á presentar con algun método la doctrina que les conviene recordar en pocas páginas de lectura.

Por regla general, y por motivos fáciles de comprender, tampoco pensamos ocuparnos en hacer el juicio crítico de los fallos que habremos de citar, salvo las breves observaciones que en algunos pocos casos crea-

mos precisas; ni siempre estaremos de acuerdo con la opinion que en ellos haya prevalecido, si bien guardaremos los debidos miramientos, acatando respetuosamente la razon y la autoridad que dan fuerza á las doctrinas. Ni por lo comun nos detendremos en consignar otros fundamentos, que aquellos en que estén apoyados los mismos fallos; y si alguna vez los omitimos, será porque en la grave dificultad de desentrañarlos y profundizar en ellos, hemos preferido excusar los razonamientos, ántes que incurrir en el fácil peligro de darles una interpretacion equivocada. Y no es dado siempre comprender la razon de las decisiones, por las causas que francamente vamos á indicar, aunque salvando todos los respetos debidos. No encontramos acertada la forma de su redaccion: por el contrario, la práctica que se observa en la narracion de los hechos, que consiste en una indigesta y á veces ininteligible y difusa relacion de todo el resultado del litigio y de las alegaciones de las partes, práctica censurada por el legislador, y que dió motivo como ántes indicamos, á la prohibicion de fundar las sentencias, es en nuestro humilde parecer, un grave defecto, que en muchas ocasiones dificulta, si no imposibilita, descubrir bien cuál es el punto de hecho admitido como verdad probada por el tribunal sentenciador, y acerca del cual ha de recaer la aplicacion del derecho. La exposicion de este tampoco creemos que llena, salvo algunas excepciones loables, las condiciones propias de la elevacion de objeto á donde va dirigida la casacion, pues suele limitarse á la aplicacion de la ley y de la doctrina al punto concreto controvertido, sin consignarse en abstracto y en tesis general el dogma y la razon que lo autorice, para que sirvan de luz que ilustre en los casos análogos.

Parece á muchos magistrados, que el objeto del recurso es sólo el litigio que van á resolver, y que cumplan con administrar justicia á las partes contendientes; sin considerar que este es uno de los fines, y por cierto el de ménos trascendencia, de la casacion, y que hay otro más grave y de influjo más general y permanente, cual es la proclamacion de la doctrina en abstracto. Sobre este particular, hay una preocupacion, por desgracia muy arraigada, que consiste en huir de dogmatizar, y ceñirse al razonamiento peculiar á la decision del pleito, faltándose por este medio á la más elevada atribucion del Tribunal Supremo; y es para nosotros seguro, que mientras este grave error domine, no podrá la jurisprudencia obtener todo el fruto que debiera esperarse de una institucion que tantos sacrificios cuesta á los litigantes y al Estado. ¹

Estos defectos que encontramos en muchos de los innumerables fallos que habremos de citar, nos han im-

1 Debieran en nuestro concepto reasumirse brevemente en los apuntes de los relatores de las audiencias, los puntos de hecho en que los litigantes estuvieran conformes; y con ellos y el resultado de la prueba documental y testifical, los ponentes hacer en las sentencias un sucinto y claro resumen de los hechos que sirven de base á la aplicacion del derecho. En vista de este trabajo preparatorio, la Sala de casacion, en vez de los extensísimos y casi siempre confusos *resultandos* de sus fallos, convendria que expusiese en forma sencilla los hechos admitidos como verídicos por el tribunal sentenciador; y que seguidamente sentára la doctrina legal en abstracto, para hacer luégo aplicacion de ella al punto concreto. Este sistema lo vemos practicado algunas veces; pero no todas las que fuera de desear para la claridad de la doctrina y de los fundamentos que la apoyan. En cuanto á la locucion, desearíamos que se redactasen los fallos con la claridad, correccion y pureza de lenguaje que son tan precisos en documentos de tanta importancia. No faltan buenos modelos que imitar; pero no tantos como debia esperarse.

pedido á veces descubrir por una parte las doctrinas que de ellos se deducen, y por otra la razon en que descansan. Pero en cambio en un número considerable de aquellos, hallaremos resueltas cuestiones jurídicas de importancia, y en no pocos se encontrará enseñanza muy provechosa. Muchos hay, sin embargo, que nada nuevo revelan, y que no hacen más que repetir lo que ya era demasiado sabido; pero, no obstante, haremos tambien oportuna mencion de ellos, pues cuando han decidido algun recurso, prueba es de que ha habido dudas más ó ménos fundadas; y siempre es conveniente saber de qué modo han sido éstas resueltas, para evitar, si es posible, que se repitan. Lo que constantemente excusaremos, es el sostener polémicas sobre los puntos controvertidos y las opuestas opiniones de tratadistas y jurisconsultos, ni sobre la exactitud de las doctrinas que hayan prevalecido, sino que nos limitaremos, por regla general, á ser de ellas meros expositores.

Al manifestarlas con el método y órden que nos sea posible, nos abstendremos de referir los hechos que en los fallos del Tribunal Supremo sirven de precedente á la aplicacion del derecho; en primer lugar, porque lo creemos innecesario para nuestro objeto, y en segundo, porque esto nos obligaria á extendernos difusamente en una narracion indigesta de casos y circunstancias que haria interminable esta obra. Verdad es que, segun ha declarado el mismo tribunal, de su decision en un caso determinado y concreto no puede deducirse una doctrina legal aplicable á casos distintos ó en que no exista igualdad de condiciones (S. 16 Diciembre 1864; 27 y 28 Setiembre, y 4 Octubre 1867, y 23 Junio 1868); pero esto no obsta para que un dogma jurídico, consignado de un modo explícito, pueda tener aplicacion á los he-

chos que le sean afines y análogos; del mismo modo que al hacerse aplicacion de las leyes y de los principios generales que de ellas emanan, no puede exigirse que siempre hayan de ser los hechos idénticos, pues esto, ademas de imposible, seria dar al derecho y á la doctrina un carácter casuístico impropio de toda buena legislacion.

Demas parece decir, que para completar en cuanto nos sea dado la jurisprudencia civil en todos los ramos que abraza, será tambien asunto de esta obra toda la materia mercantil. De desear era que sobre este punto de tanta monta tuviéramos un cuerpo completo de doctrina autorizada por el Tribunal Supremo, ya que poseemos un Código que, á pesar de sus imperfecciones, es uno de los mejores de Europa; pero como no se ha permitido en los recursos de injusticia notoria la fundamentacion, ni la publicacion de las sentencias, hasta principios de 1859, y como por otra parte esta clase de revision extraordinaria tiene tantas travas por la ley, son pocas las doctrinas que en materia de comercio podremos reunir para hacer de ellas uso en su lugar respectivo.

Tambien habrá de ocuparnos, por lo comun al final de cada capítulo, el resúmen de las decisiones en que se hayan aplicado las legislaciones forales que rigen en diez de las provincias de la monarquía, así como las referentes á los territorios de Ultramar.

Defectuoso es, segun la experiencia nos ha demostrado, el sistema de casacion que se observa respecto de la Península, y no ménos lo es tambien el que rige en la Sala de Indias y el de los recursos de injusticia notoria; pero á pesar de todo, abarcando el conjunto de las materias que abraza esta obra, no puede ménos de re-

conocerse el bien que se ha alcanzado para la ciencia del derecho y para la recta aplicacion de la ley ante los tribunales, por medio del cuerpo de doctrina con que aquella se ha enriquecido y que puede iluminar á estos en el difícil ministerio de distribuir la justicia.

Algunas contradicciones se notarán, no podemos negarlo, en puntos en que fuera de desear unanimidad completa; como, segun hemos indicado, haremos ver en su lugar respectivo, con especialidad sobre las materias siguientes, comprendidas en la primera parte de esta obra.—Si los contratos son considerados como ley para el efecto de la casacion.—Si es precisa cierta formalidad para que se entienda trasladado el domicilio de las personas.—Si el marido es el único administrador de los bienes de su mujer.—Si se necesita ó no escritura para la trasmision del dominio de bienes raices.—Si la prescripcion de treinta años y la inmemorial exigen justo título y buena fé.—Si los foros son perpétuos ó están limitados á tiempo fijo.—Si pueden ser testigos de un testamento los parientes del heredero.—Si procede la casacion por interpretacion de las cláusulas testamentarias. Igualmente se hallará divergencia en las doctrinas que se refieren á los bienes reservables;—á la prueba de la existencia de las fundaciones vinculares;—al destino de los bienes que han sido vinculados, faltando todas las líneas llamadas;—al uso de la accion reivindicatoria en reclamacion de la misma clase de bienes;—á la presentacion de títulos de los antiguos señoríos;—á la fundacion de memorias piadosas constituidas con dinero;—á la de capellanías, realizada despues de la prohibicion de la ley recopilada;—á la lesion en transacciones y convenios, y á algunos otros puntos de ménos importancia, referentes á la par-

te segunda, que iremos anotando en su lugar debido.

Pero á pesar de estos leves lunares, es indudable que en muchas cuestiones de grave trascendencia, en que las opiniones andaban muy opuestas, la jurisprudencia ha producido el no escaso beneficio de fijar el sentido de las leyes, y de establecer reglas seguras que habrán de influir en la disminucion de controversias y litigios, y en su más acertada decision.

Pasando á indicar ahora la forma externa de esta obra, habremos de dividirla en dos grandes grupos, aunque dedicando ántes un título preliminar á las leyes generales, y forales, y á todos aquellos actos que tienen tanta fuerza como la ley misma. Abrazaremos en la primera parte, siguiendo el método que generalmente se observa en tratados de esta naturaleza, las doctrinas relativas á las personas, y despues las que hacen referencia á los derechos inherentes á las mismas, de cualquier naturaleza que sean, y á su adquisicion, goce y trasmision; y la segunda tendrá por objeto el modo de ejercitar judicialmente la reclamacion y la defensa de esos mismos derechos. En una palabra, expondremos en primer lugar todo lo relativo á las personas y á las cosas, y en segundo, lo que tiene relacion con el ejercicio práctico de las acciones. No es de este lugar hacer un extenso y minucioso detalle de todos los pormenores; pero indicaremos, sin embargo, que habrá de comprender la primera parte cinco libros, además de dicho título preliminar; el primero, referente á la condicion de las personas, ya natural, ya jurídicamente consideradas, y á los sponsales, contratos relativos al matrimonio y efectos civiles de este; á la sociedad conyugal con todas sus consecuencias, y á los menores de edad y sus privilegios; en el segundo, trataremos del dominio y de

la posesion, su adquisicion y trasmision, y sus diversas modificaciones, restricciones y gravámenes; el tercero, será relativo á toda clase de sucesiones testadas é intestadas; el cuarto, comprenderá los mayorazgos y vinculaciones; su abolicion, y derechos que esta ha creado; títulos y dignidades, señoríos, y desamortizacion de los bienes de manos muertas; y, finalmente, en el quinto, se contendrán los contratos y obligaciones de todas clases, lo mismo en materia comun que en la comercial. La parte segunda, relativa al ejercicio de los derechos, tendrá por objeto las acciones y su prescripcion, la complicada materia de cuestiones sobre competencia de conocimiento entre las diversas jurisdicciones; el orden de los procedimientos de todas clases, y por último, todo lo relativo al recurso de casacion de la Península y de Ultramar, y al de injusticia notoria.

Ni en una ni otra de las dos partes expresadas, tenemos la vana presuncion, ni ménos la pretension temeraria, de enseñar á los magistrados y jueces estudiosos é ilustrados, ni tampoco á los letrados profundamente instruidos en los vastos ramos que abrazan la legislacion y la jurisprudencia; pero tal vez algunos de los que correspondan á una ú otra clase, no pudiendo por falta de tiempo ú ocasion, familiarizarse con el detenido examen de las decisiones del Tribunal Supremo, encuentren algo útil con la lectura de nuestro modesto trabajo; y de seguro, todos los que intervienen en los graves debates del foro, ya patrocinando los derechos de sus clientes, ya declarándolos y aplicándolos en justicia, hallarán por lo ménos un medio fácil de recordar las doctrinas que habremos de exponer, sin la molestia de revisar, cuando la necesidad lo exija, la extensa coleccion que no todos pueden haber á mano, ni á todos es

dado consultar, aún teniéndola á la vista, porque no siempre se puede disponer del tiempo necesario para ello, ni es fácil adquirir la seguridad de encontrar pronto cuanto se desee saber.

Tambien podrá ser útil esta obra á los jurisperitos que hayan terminado sus estudios universitarios, y deseen aprender lo que no se enseña en las escuelas de derecho, y lo que es preciso sepan, si aspiran á obtener un dia el envidiable título de verdaderos jurisconsultos.

Mas si á pesar de nuestro vehemente anhelo, no alcanzamos con nuestro modesto trabajo ninguno de estos resultados, nos daremos por satisfechos siquiera con popularizar las doctrinas de jurisprudencia, y suministrar materiales seguros para evitar alguna vez que se turbe la paz de las familias con pleitos injustos, ó para apoyar el triunfo de la razon y el derecho contra la mala fe y la injusticia.

TITULO PRELIMINAR.

DE LAS LEYES GENERALES Y DE LO QUE TIENE FUERZA LEGAL.

SECCION PRIMERA.

De las leyes generales.

CAPÍTULO PRIMERO.

Del derecho comun y del supletorio, de la fuerza y aplicacion de ciertas leyes, y de las Reales órdenes.

Antes de entrar en el detenido y prolijo exámen de las doctrinas relativas y concretas á las diversas materias del derecho y admitidas y publicadas por la respetable autoridad del primer Tribunal del Reino, que es el objeto de esta obra, como ya hemos manifestado en la introduccion que precede, nos proponemos consignar algunas ideas, que sirvan como de base preliminar á todo nuestro trabajo, respecto á las leyes generales y á los fueros particulares de algunas provincias de la monarquía, y á todo aquello que sin ser propiamente una ley, tiene sin embargo

fuerza legal, aunque limitada á personas y casos determinados.

Debemos ántes repetir lo que tambien indicamos en la misma introduccion: no vamos á hacer un tratado completo sobre esta materia, ni sobre las demas que abraza este libro, porque esto seria propio de unas instituciones, ó de unos elementos, ó bien de unos estudios fundamentales del derecho. Nuestro círculo es más reducido y concreto, pues limitándose solamente á aquellos puntos en que la jurisprudencia ha hecho alguna declaracion solemne, no podremos ocuparnos más que de las doctrinas consignadas por la autorizada voz que nos sirve de guia; y ya lo hemos dicho: cuando se note algun vacío en la exposicion que hagamos, debe atribuirse al silencio de aquella elevada corporacion, que nada ha declarado sobre determinadas materias, porque acerca de ellas no se han sometido á su ilustrado juicio cuestiones que decidir, ni dogmas jurídicos que consignar.

Siendo, como tambien hemos expuesto, el principal objeto de la jurisprudencia la interpretacion racional de las leyes, explicándolas en su recto sentido y uniformando su inteligencia, á fin de evitar que los tribunales las entiendan de diferente modo, y que al aplicarlas se introduzca una anarquía funesta en la manera de distribuir los respectivos derechos; lo primero que debemos recordar es una regla de interpretacion que puede servir de norma, á saber: que para la recta inteligencia de las leyes, ha de tomarse en cuenta principalmente el objeto de sus disposiciones, y apreciarse las palabras con que se formulan, en la significacion consiguiente al intento con que, segun se deduzca de una crítica ilustrada, se hayan dictado por el legislador. S. 51 Diciembre 1867.

Aplicando esta regla á todas las leyes, es necesario despues conocer cuáles de ellas, en el oscuro laberinto de nuestra legislacion, deben prevalecer; cuáles han de considerarse como comunes, y cuáles otras como supletorias; distinguir las que ya han sido derogadas y las que subsisten vigentes; las que aunque rijan en las determinadas materias para las cuales han sido promulgadas, no son aplicables á otras de naturaleza especial: la fuerza legal de ciertas reales resoluciones, soberanas algunas,

segun su época, y la amplitud de la autoridad que las dictó; desde qué fecha deben tener ejecucion ciertas leyes y ser por consiguiente aplicadas: los limites y trascendencia del derecho internacional: los actos solemnes que sin ser legislativos para la generalidad, tienen fuerza de ley para los particulares que en ellos intervienen: las doctrinas que llegando á formar reglas de jurisprudencia, se elevan á igual categoría que las leyes mismas; y por último, el valor y extension de las legislaciones forales, que tanta aplicacion tienen en algunas provincias de España.

Entrando, pues, en este exámen, nos haremos aquí cargo de una cuestion que se ha suscitado en los tribunales, y que puede ser de grave importancia en los casos en que deba juzgarse por las leyes de Partida; á saber: ¿cuál será la edicion de estas por donde hayan de regirse los jueces, no habiendo ninguna verdaderamente oficial? Á este propósito ha dicho con acierto el mismo Tribunal Supremo, que, habiéndose consultado constantemente y aplicado durante siglos dichas leyes por la edicion de Gregorio Lopez, cuando entre el texto de esta y el de la edicion de la Academia haya divergencia en cosa esencial, como sucede, por ejemplo, con la ley 9, tit. IV, Partida 5.^a, siendo indispensable resolver la cuestion que se suscite por el uno ó por el otro, no puede ménos de optarse por el de la primera, que tiene á su favor la sancion del largo tiempo que rige y la jurisprudencia establecida; mayormente cuando la real órden de 8 de Marzo de 1818, por la cual se autorizó la edicion publicada por la expresada Academia, para que se usase de ella indistintamente en los tribunales con la de Gregorio Lopez, parece que la subordinó á esta última, puesto que si le dió autoridad, fué en el concepto de no diferenciarse de ella en lo sustancial, segun informaron á S. M. los ministros del Consejo nombrados para examinarla. En consecuencia de estas razones, el Tribunal, de conformidad con el fallo de una Audiencia, optó por la edicion del célebre Gregorio Lopez, que en la citada ley y en algunas otras se diferencia en una parte muy esencial de la impresa por la Academia (S. 27 Marzo 1860). No ha vuelto á promoverse la misma duda en ninguna otra ocasion; y es de creer que esta fundada y acertada.

doctrina ha sido acatada y será admitida por los tribunales, en los casos análogos que se presenten á su recto criterio.

El orden de preferencia de nuestras leyes no puede ser dudoso, si se atiende á lo prescrito en la célebre 1.^a, tít. XXVIII del Ordenamiento de Alcalá y 1.^a de Toro (3.^a, tít. II, lib. III, de la N. R.), sobre la cual tanto han disertado y tantos comentarios han hecho afamados jurisconsultos de los últimos siglos y un esclarecido publicista de nuestros dias. ¹ No es el objeto de esta obra seguirles en este camino; y debemos por tanto concretarnos á exponer solamente, que las leyes recopiladas forman el derecho comun, segun el orden que establece dicha ley, lo mismo que la Real cédula de 15 de Julio de 1778; y que la legislacion de las Partidas constituye el derecho supletorio, el cual no debe prevalecer sobre el ordinario y principal (S. 28 Julio 1846, y 20 Octubre 1860), por el principio legal de que la ley posterior deroga á la anterior. S. 15 Febrero 1864.

Aunque todavía no ha podido realizarse por completo, y es de difícil ejecucion, el precepto constitucional de que unos mismos códigos rijan en toda la monarquía, la Ley de Enjuiciamiento civil está sin embargo en vigor en todas las provincias de la Península é islas adyacentes, y aún con leves modificaciones en la isla de Cuba. Por eso, segun el art. 1414 de dicha ley, conforme con la base 8.^a de la de 15 de Mayo de 1855, por virtud de la cual se publicó aquella, todos los tribunales del reino deben arreglar sus procedimientos á las disposiciones de la misma, sin que esté á su arbitrio exceptuar provincia alguna, pues que la ley no la exceptúa. S. 20 Octubre 1858; 19 Mayo 1865; 20 Marzo 1864, y 12 Octubre 1868.

Pero por general que sea esta ley y aplicable por consiguiente á las provincias en que rigen fueros especiales, no puede serlo á hechos anteriores á su promulgacion (S. 3 Junio 1864), pues seria darle un efecto retroactivo (S. 14 Octubre 1864); y por la misma razon no puede aplicarse á los incidentes de ejecucion de

¹ Pacheco, en sus Comentarios no concluidos.

sentencias dictadas con anterioridad á su publicacion, á no ser que las partes convengan en ello, segun lo dispuesto en el artículo 3.º del Real decreto de 5 de Octubre de 1855 (S. 7 Noviembre 1867), ni á la venta de bienes de menores hecha con la misma anterioridad (S. 30 Noviembre 1867). Es, pues, preciso, respecto de todos los actos anteriores, recurrir á las prescripciones de la legislacion á la sazón vigente (S. 5 Diciembre 1864). Tambien es extensiva la misma ley á todos los tribunales y juzgados que no tengan un sistema completo de enjuiciamiento en sus diversas instancias (S. 1.º Marzo, y 10 Setiembre 1858, y 8 Mayo 1862). Por esta razón no es aplicable al cumplimiento de resoluciones de la exclusiva competencia del Tribunal de Cuentas. S. 7 Julio 1868.

Todas las disposiciones contenidas en la mencionada Ley de Enjuiciamiento han sido consideradas por el legislador, segun declaracion del Tribunal Supremo, como formularias del juicio, por el hecho de haberlas incluido en ella sin reservarlas para el Código civil ú otras declaratorias de derechos, por lo cual no se les puede atribuir otro carácter, cualquiera que sea la opinion que sobre ello tengan los tribunales; y como segun la ley de 16 de Agosto de 1841, en Navarra y en las demas provincias exentas, la administracion de justicia debe sujetarse en cuanto al procedimiento á lo establecido ó que en adelante se establezca para todo el reino, es aplicable á aquella dicha ley en todas sus partes (S. 20 Octubre 1858). La conclusion consignada en esta declaracion es exacta; pero la proposicion absoluta de que todas las disposiciones contenidas en la misma Ley de Enjuiciamiento son de carácter formulario, la tenemos por exagerada, y como tal, no digna de ser elevada á regla de jurisprudencia, pues podriamos citar muchos artículos que contienen verdadera declaracion de derechos, y que estarian más en su lugar colocados en el Código civil; pero como este no existe todavía, no es de extrañar que dicha ley, á pesar de ser propiamente de tramitacion, se extralimite en algunos puntos, y á nuestro juicio con utilidad notoria. La doctrina sentada en dicho fallo, debe, pues, en nuestro concepto, recibirse solamente en lo que es incuestionable;

esto es, en cuanto á que todas las disposiciones rituarías comprendidas en la misma ley, son aplicables á las provincias que se rigen por sus propios fueros, así como á las demas de la Península é islas adyacentes.

Lo que sí está fuera de toda duda, es que contra las terminantes disposiciones de la Ley de Procedimientos, no pueden invocarse con éxito opiniones de autores (S. 21 Mayo 1859); y que esta ha derogado, no sólo la 1.^a, tit. VI, lib. XI, N. R., relativa á las demandas (S. 31 Enero 1862), la 10 tit. III, Part. 5.^a, sobre excepciones dilatorias, y la 8.^a, tit. XIV de la misma Partida, que tiene por objeto determinar las diferentes maneras de pruebas, sino todas las disposiciones legislativas ó reglamentarias sobre enjuiciamiento civil, y por lo tanto la real resolucion de 16 de Marzo de 1796, extractada en la nota 2.^a, ley 8.^a, tit. III, lib. XI, N. R., sobre juicios verbales en los juzgados militares. S. 5 Mayo, y 29 Agosto 1859, y 8, y 24 Mayo 1862.

Debemos, sin embargo, advertir, que las disposiciones de dicha Ley de Enjuiciamiento no son aplicables al procedimiento criminal, al ménos en cuanto á computacion de términos y á las materias contenidas en el titulo II (S. 19 Abril 1860, y 17 Octubre 1865); y que no pueden ser supletorias de la de Enjuiciamiento mercantil en el punto relativo al acto de la conciliacion, porque segun lo prevenido por el art. 462 de esta última, en las causas sobre negocios de comercio únicamente debe estarse á lo que prescriben las leyes comunes sobre los procedimientos judiciales, en cuanto por la de comercio no se haya hecho determinacion especial. S. 15 Octubre 1866.

Así como la Ley de Enjuiciamiento civil no puede ser aplicable al procedimiento criminal, las leyes penales y las doctrinas que de ellas emanan, que son de índole especial y satisfacen á necesidades sociales de un órden determinado, no rigen en los asuntos civiles. Tal es la síntesis que puede deducirse de muchos fallos, y entre ellos los de 23 Octubre 1860; 18 Enero 1861; 18 Diciembre 1862; 22 Octubre 1864; 11 Diciembre 1865; 17 Setiembre 1866, y 20 Febrero 1867.

— La Ley Provisional dictada para la aplicacion del Código penal, es de carácter general y deroga todas las especiales sobre las materias que aquella comprende: por consiguiente, acerca del conocimiento de los juicios de faltas no puede ya tener aplicacion la real resolucion contenida en la nota 2.^a ley 8.^a, tit. III, lib. XI, N. R., que concedia ciertas atribuciones sobre esta materia á los jueces militares. S. 13 Junio 1867 y varias otras que citaremos al tratar directamente de este punto.

Las leyes de Partida no están hoy vigentes en cuanto á la calificacion de las pruebas sobre delitos contra la Hacienda pública, con arreglo á lo prescrito en el art. 82 del real decreto de 20 de Junio de 1852, ni respecto de los delitos comunes, segun la regla 45 de la Ley Provisional para la aplicacion del Código penal (S. 31 Octubre 1865); ni tampoco está en vigor la 6.^a tit. XV, Partida 7.^a, que como penal, sólo puede tener fuerza en un proceso criminal, y esto con sujecion á las modificaciones del Código. S. 22 Octubre 1864.

Las leyes 4.^a y 5.^a, tit. XI, lib. XII, N. R. aún sin tomar en cuenta las modificaciones que han sufrido por la de 17 de Abril de 1821, en lo tocante á fuero, no pueden ser aplicables más que á los casos de conmocion popular y desacato á la autoridad. S. 29 Noviembre 1853.

Tambien conviene consignar aquí, por muy sabido y notorio que sea, que «las disposiciones del tit. V de la Constitucion de 1812, subsisten como leyes, á virtud del decreto de las Cortes de 7 de Setiembre de 1837.» S. 28 Junio 1846, y 1.^o Mayo 1866.

Conocido es el principio general que ántes indicamos, de que las leyes no tienen fuerza retroactiva, á excepcion de aquellas en que expresamente se dispone lo contrario; y por tanto la tiene la de 16 de Mayo de 1835 sobre bienes mostrencos, en la cual se restableció el antiguo orden de sucesion abintestato, y se derogaron las leyes 7.^a y 8.^a, tit. XXII, lib. X, N. R., que limitaban la sucesion de los parientes al cuarto grado; pues segun declaracion expresa (S. 15 Enero 1867), es indudable que el ánimo del legislador fué el de darle fuerza retroactiva, «porque solo así podrian

sustanciarse y fallarse los negocios á la sazón pendientes, en conformidad á sus prescripciones,» como se previene en el art. 22 de la misma ley de 1835.

Antes de concluir, parécenos conveniente consignar, ahora que tratamos de las leyes y su fuerza y trascendencia, algunas reglas que con este punto tienen analogía.

1.^a Aunque se ha puesto en duda si está en vigor la 10, título VII, lib. VI, N. R., relativa á las diligencias que deben practicarse con motivo de algun naufragio, debe reputarse vigente, pues así se ha declarado. S. 27 Junio 1857.

2.^a La ley 11, tit. X, lib. III, N. R., referente á las facultades del antiguo teniente gobernador de Aranjuez, no ha tenido nunca carácter general, á pesar de hallarse inserta en aquel cuerpo de derecho, según aparece de la real orden de 28 de Agosto de 1829, acordada á virtud de consulta del antiguo Consejo de Castilla. S. 16 Octubre 1865.

5.^a Las reales disposiciones expedidas por el monarca en la época en que ejercía omnímodo poder, sin las limitaciones que la Constitución establece, tienen fuerza de ley. S. sin fecha, publicada en la *Gaceta* de 14 de Febrero de 1858; otra de 27 de Mayo del mismo año; 28 Enero 1859; 23 Diciembre 1861; 12 Enero 1865; 6 Setiembre 1866.

4.^a Por el contrario, las reales órdenes publicadas con fecha posterior, cuando ya empezó á regir el sistema constitucional, no pueden derogar los preceptos consignados en las leyes, ni por consiguiente tienen fuerza de tales (S. 21 y 24 Octubre, 5 y 8 Noviembre 1855; 22 Abril, 22 Junio y 14 Agosto 1854; 22 Febrero y 18 Setiembre 1860; 28 Noviembre 1861, y 12 Mayo y 29 Setiembre 1868). A su tiempo veremos en la segunda parte de esta obra, la influencia que ha tenido esta declaracion, con especialidad en materia de fuero, y la entereza con que el tribunal á quien principalmente incumbe hacer respetar la ley, ha sabido contener la arbitrariedad de los ministros que á aquella han pretendido sobreponerse.

5.^a Las reales resoluciones de carácter meramente especial no necesitan promulgacion ni publicacion, bastando que se co-

muniquen á los funcionarios públicos é interesados particulares encargados de su cumplimiento. S. 9 Marzo 1867.

6.^a Y finalmente, si bien el decreto de las Córtes de 24 de Mayo de 1821 abolió las *vecindades foranas* de Navarra, no ha sido despues restablecido; ni aquellas se comprendieron, ni se creyó que pudieran estarlo, en las disposiciones derogatorias de los privilegios exclusivos, privativos y prohibitivos; habiendo por tanto quedado subsistentes en aquella provincia. S. 24 Mayo de 1867.

Poca trabazon y congruencia se notará en todas estas doctrinas; pero no hemos hallado otro medio mejor que reunir las en un solo capitulo, para que puedan ser estudiadas con más facilidad en las frecuentes ocasiones en que deban tener aplicacion ante los tribunales.

CAPÍTULO II.

De las leyes mercantiles.

El Código de Comercio, por el cual, y no por las leyes comunes deben resolverse los negocios mercantiles (S. 22 Setiembre 1866), es aplicable «y general á todas las provincias de la monarquía, y derogatorio de todas las leyes anteriores en esta materia» (S. 2 Abril 1862); y por consiguiente, tratándose de quiebras «rigen sobre el particular las disposiciones de dicho Código, y no las de la Ley de Enjuiciamiento civil referentes al concurso de acreedores.» S. 25 Octubre 1862.

Solamente en ciertos casos, que el mismo Código determina, y á falta de disposicion especial de este, pueden aplicarse á los negocios mercantiles las disposiciones del derecho comun. (S. 27 Octubre 1862, y 18 Junio 1867). Pero téngase presente, que no se entiende por tal comun, el romano, como inoportunamente se ha sostenido alguna vez respecto de pleitos de Cataluña, pues habiéndose promulgado dicho Código como ley universal para todo el reino en materias y asuntos mercantiles, con el alto fin de uni-

formar la legislacion en esta parte, por un sistema completo, y fundado sobre los principios inalterables de la justicia, derogando todas las leyes, decretos, órdenes, reglamentos y ordenanzas particulares, segun se expresa en la real cédula de su publicacion, y declarándose en el art. 234 que los contratos ordinarios de comercio están sujetos á todas las reglas generales que prescribe el derecho comun, sin otra modificacion ni restricciones que las consignadas en aquel, se evidencia que son inaplicables las referidas leyes romanas, que si bien forman el derecho supletorio de la legislacion foral de Cataluña, no están admitidas, ni constituyen el general ó comun de España, pues de otro modo vendria á destruirse la uniformidad ya establecida por el mencionado Código. S. 26 Mayo 1866.

Pero á pesar de que este contiene una legislacion especial, y que por lo mismo no puede ser extensivo á los asuntos y juicios regidos por las leyes comunes, se ha puesto en duda tantas veces este inconcuso principio, que no ha bastado una y otra decision en que el Tribunal Supremo lo declare, para que todavía se esté reclamando importunamente su aplicacion á cuestiones que ninguna relacion tienen con la materia especial de aquel; y eso que terminante y reiteradamente se ha declarado, que «en pleitos que no sean relativos á asuntos mercantiles, y que por tanto se sigan con arreglo á la legislacion comun, no puede tener aplicacion dicho Código de Comercio (S. 12 Agosto, 15 Octubre y 2 Diciembre 1859; 15 Octubre, 12 Noviembre y 6 Diciembre 1861; 5 Marzo, 30 Mayo y 6 Diciembre 1862; 20 Junio y 2 Octubre 1863; 24 Octubre y 17 Diciembre 1864; 25 Noviembre 1865, 15 Enero, 3 Febrero, 5 Junio, 16 Octubre y 7 Diciembre 1866, y 23 Enero, 20 Marzo, 24 Abril, 12 Junio y 21 Diciembre 1867, y 13 Enero 1868).» Todavía se ha dudado si deberian aplicarse las disposiciones del mismo á la compra-venta de varios objetos, acerca de los cuales ha habido alguna cuestion; pero sobre este punto nos reservamos hablar, cuando nos ocupemos en el libro V de los contratos mercantiles. Debemos indicar, sin embargo, que algunas veces no son inconducentes en los juicios civiles las citas del Código de Comercio, y es cuando se hacen para que en cum-

plimiento de lo que en ellas se dispone, sean juzgadas por las leyes comunes las pretensiones de los que no son comerciantes. S. 5 Febrero 1866.

Concluiremos este punto recordando, que así como el derecho comun es supletorio del mismo Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento civil lo es del procedimiento especial de aquella materia. S. 14 Diciembre 1861 y 7 Diciembre 1866.

Todo lo que dejamos expuesto en este capítulo es tan trivial, que parece inverosímil haya exigido la declaracion y la confirmacion consignadas en tan considerable número de fallos como dejamos mencionados: ejemplo funesto, que veremos muchas veces repetido en el curso de esta obra.

CAPITULO III.

De ciertas leyes que no son aplicables á los juicios, ó que están derogadas ó modificadas.

Vamos á tratar ahora de algunas leyes, que por sí solas no tienen fuerza suficiente para su aplicacion, ó no son obligatorias en España, ó que no son eficaces con relacion al derecho privado, ó bien que han sido alteradas ó modificadas por disposiciones posteriores hoy vigentes.

Acerca de las primeras rige la doctrina de que toda disposicion legal que necesita de otra, que ella misma expresa como indispensable para llevarla á efecto, no es aplicable, mientras no exista la respectiva disposicion complementaria. Á esta clase corresponde, por ejemplo, el art. 285 de la Constitucion de 1812, vigente en esta parte como ley, que prescribe entre otras cosas, que cuando la súplicase interponga de dos sentencias conformes, el número de jueces que haya de decidirla, deberá ser mayor que el que asistió á la vista de la segunda instancia, *en la forma que lo disponga la ley*, la cual no se halla aún determinada (S. 28 Julio 1846, y 21 Julio 1847), y por consiguiente no puede tener aplicacion el citado artículo.

Entre las disposiciones soberanas, ya políticas, ya administra-

tivas, que no son trascendentales al derecho privado, y que por tanto carecen de fuerza en juicio, podemos enumerar varias, sobre las cuales se han promovido cuestiones litigiosas y han recaído decisiones supremas que vamos á apuntar aquí.

La declaracion de nulidad hecha por el Consejo de Castilla, por las Córtes de Cádiz y por el Rey, de los actos ejecutados por el gobierno intruso de Bonaparte, es y se entiende como la razon dicta, «respecto á los que se referian al derecho público, órden y régimen del estado; pero no al derecho privado, ó sea á los que tenian por objeto satisfacer las necesidades de la sociedad, actos que quedaron subsistentes y eficaces en conformidad á los principios del derecho de gentes» (S. 25 Noviembre 1864). Del mismo modo, el real decreto de 1.º de Octubre de 1823, que declaró nulo todo lo hecho en la época constitucional, no comprendió las actuaciones judiciales en ella practicadas. S. 23 Mayo 1864.

Tratándose de derechos de tercero, legalmente adquiridos, no son aplicables la Ley de Ayuntamientos, los reglamentos de policía urbana y rural, ni las disposiciones administrativas (S. 6 Febrero 1864); así como no litigándose con la administracion, sino particulares entre sí, no son aplicables las disposiciones de la Ley de Ayuntamientos. S. 20 Abril 1866.

La de Reemplazos de 30 de Enero de 1856 (y lo mismo parece que debe entenderse de cualquiera otra que rija), por su índole especial, no puede servir de fundamento á un recurso de casacion (S. 19 Junio 1863), y por consiguiente no es aplicable á los asuntos contenciosos civiles.

No se consideran como ley expresa y terminante las Ordenanzas de alarifes de Córdoba (S. 7 Noviembre 1866), ni tampoco pueden aplicarse la ley 20 de las Córtes de Navarra de 1780, ni las medidas adoptadas por la administracion pública para evitar los riesgos de industrias peligrosas. S. 27 Octubre 1866.

De las leyes derogadas, debemos citar, entre otras, las vinculadas; porque despues de haber desaparecido la institucion de los mayorazgos, los bienes que fueron vinculados no se transmiten en virtud de lo que aquellas disponian, sino con arreglo á lo pres-

erito en las desvinculadoras. S. 24 Octubre 1862, y varias otras que citaremos al tratar de esta materia.

Tambien la Ordenanza de Presidios, según la real órden de 14 de Marzo de 1851, quedó derogada por el Código Penal, respecto al delito de desercion ó fuga de los confinados. S. 23 Mayo, 17 Julio y 15 Octubre 1662.

Igualmente lo está la antigua Ordenanza de Minas, comprendida en la ley 4.^a, tit. XVIII, lib. IX, N. R., y la de 1823, pues la disposicion final de la de 6 de Julio de 1839 ha derogado todas las leyes, instrucciones y reglamentos de mineria anteriores á la promulgacion de la misma; y en esta derogacion expresa, general y absoluta, se hallan comprendidas, tanto dicha ley recopilada, como las demas relativas al mismo ramo, aunque no se mencionen especial é individualmente. S. 24 Enero 1867.

Es inoportuno invocar en materia de sucesiones las antiguas leyes del Fuero Juzgo y las del Fuero Real, cuando estas no son aplicables, porque las que existen sobre esta materia y están vigentes son las Recopiladas. S. 19 Febrero 1861.

Tambien pueden considerarse derogadas, y por consiguiente inaplicables, algunas de nuestras leyes de Partida y de la Novisima Recop. La 12, tit. XVII, P. 7.^a, concordante con la 12, tit. XIV de la 5.^a, relativas á la prueba privilegiada y su sancion penal, están modificadas por la moderna legislacion (S. 28 Noviembre 1865): las antiguas disposiciones sobre faltas, se hallan alteradas esencialmente por la Ley Provisional para la aplicacion del Código Penal (S. 22 Enero 1867): las leyes 3.^a, 4.^a y 5.^a, tit. XXXIII, lib. VII, N. R., sobre policia urbana, si no estuviesen derogadas por las posteriores sobre esta materia, lo estarían como penales por el nuevo Código de esta clase (S. 27 Octubre 1866); y las leyes 1.^a, 2.^a, 3.^a y 4.^a, tit. XVI, lib. X, N. R., sobre el establecimiento de las antiguas contadurias de hipotecas, han caducado por la nueva Ley hipotecaria. S. 9 Abril 1866.

Igualmente se hallan derogadas la ley 23, tit. IV, lib. VI, N. R., en que se establecian reglas sobre cuestiones de competencia entre la jurisdiccion ordinaria y la militar, por el artícu-

lo 1180 de la Ley de Enjuiciamiento civil (S. 4 Marzo 1859); la 7.^a, tit. XVII, lib. XII, sobre robos en cuadrilla, por la de 17 de Abril de 1821 (S. 1.^o Agosto 1859); y la 1.^a, tit. VI, lib. XI, relativa á la contestacion á la demanda, tambien por la misma Ley de Enjuiciamiento. S. 1.^o Febrero 1862.

Derogada ha sido igualmente la ley 2.^a, tit. XVI, lib. XI, N. R. En el imperfectísimo estado de nuestro antiguo procedimiento civil, no habia el más escrupuloso cuidado de que se siguiera un orden regular en los juicios, y á veces las cuestiones se complicaban mucho más que en el día, por no fijarse estas de un modo claro é inalterable en cierto período del litigio. Consiguientemente á este mal sistema, establecia aquella célebre ley del Ordenamiento de Alcalá, que pudiera darse sentencia, probada y sabida la verdad, aunque faltase alguna de las solemnidades del orden de los juicios, precepto respetado en un fallo del Tribunal Supremo de 17 de Julio de 1848; pero la Ley de Enjuiciamiento civil vino á establecer un orden muy diverso, previniendo que, en los cuatro primeros escritos fijasen y numerasen los litigantes todos los puntos de hecho y de derecho, objeto de la contienda jurídica, sin poder adicionarlos más que en alguna circunstancia poco esencial en el escrito de ampliacion para prueba. Este rigido método y las prescripciones sobre la redaccion de las sentencias, revelaban la derogacion absoluta de aquella ley recopilada; pero, sin embargo, se ha estado invocando con repeticion importuna en los recursos de casacion, hasta el punto de haber recaido numerosas decisiones, por las cuales se ha declarado, que la citada ley ha sido derogada y no está en observancia desde la publicacion de la de Enjuiciamiento civil. Merece á este propósito mencion especial un fallo de 21 de Mayo de 1859, en que se dice «que el art. 254 de aquella prescribe terminantemente, que en la contestacion de la demanda haga uso el demandado de las excepciones perentorias que tuviere; y en el 256, que tanto el actor como el demandado fijen definitivamente en los escritos de réplica y dúplica, los puntos de hecho y de derecho, objeto del debate: que este precepto explicito y terminante, y el propósito ó fin esencial de regularizar los juicios, que fué el motivo de dic-

tar dicha ley, corrigiendo los abusos y malas prácticas existentes al tiempo de su publicacion, no consienten que fuera de aquellos plazos se propongan excepciones fundadas en hechos ya conocidos al tiempo de formular los escritos de contestacion y dúplica; y que despues de dictados aquellos preceptos, no se pueden invocar con éxito opiniones ó reglas de jurisprudencia que no sean conformes con ellos, ni calificar de doctrina legal la que está en oposicion directa con dichos preceptos, como sucede con la que se admitan y atiendan las excepciones perentorias, en cualquier tiempo en que se aleguen, y que los jueces se atengan á lo alegado y probado.» (Se refiere aqui este fallo á la citada ley 2.^a, tit. XVII, lib. XI, N. R., que habia sido citada como infringida, y á la doctrina que de ella emana.) En este mismo sentido recayeron las decisiones de 14 de Setiembre y 17 Diciembre 1864; 16, 27 y 30 Junio 1865; 30 Enero, 26 Junio y 22 Noviembre 1865; y aún esta última añade, que tambien se halla esencialmente modificada dicha ley recopilada por la de Enjuiciamiento mercantil.

Réstanos ocuparnos, para terminar este capítulo, de unas célebres leyes esencial y profundamente modificadas tambien por la moderna legislacion. Nos referimos á las 4.^a, 28, 32, 33, 40 y 41, tit. XVI, Part. 3.^a, y á todas las que establecian reglas más ó ménos precisas para fijar la tasa y el valor del testimonio de los testigos, y determinar cuándo llegaban á constituir plena probanza. Sabido es, y no ha podido ocultarse al ménos conocedor de estas materias jurídicas, que la Ley de Enjuiciamiento civil, desviándose de aquel sistema, y siguiendo el otro opuesto, que ya se habia ensayado en el procedimiento criminal y en el especial por delitos de contrabando y defraudacion, previno expresa y terminantemente, que los jueces y tribunales apreciáran segun las reglas de la sana crítica la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos; prescripcion por la cual se modificaba profundamente, si no se derogaba, la citada legislacion de Partida referente al valor de la prueba testifical. Pero á pesar de un precepto tan terminante y explicito, son innumerables los recursos de casacion, en que tratándose de cuestiones de hecho y de apre-

ciacion de pruebas, se acude al inoportuno medio de citar como infringidas algunas de las leyes de aquel código que acabamos de mencionar; y en otros tantos fallos dictados por el Tribunal Supremo desde el 13 de Octubre de 1856 hasta el día, ha venido este á declarar, que la Ley de Enjuiciamiento, al someter la apreciacion de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos al criterio, que, aplicando su razon é inteligencia y teniendo presentes las reglas de la sana crítica, formáran los tribunales sentenciadores, segun lo prevenido en el art. 317 de dicha ley, modificó esencialmente toda la legislacion anterior referente á la tasa del valor legal de la prueba de testigos. En este sentido están concebidas multitud de sentencias, y entre ellas las de 13 de Octubre de 1856; 6 Noviembre y 18 Diciembre 1858; 14 Mayo 1859; 25 Mayo, 4 Junio, 27 Setiembre y 5 Diciembre 1860; 20 Febrero y 6 Diciembre 1861; 13 Febrero, 23 Mayo y 13 Noviembre 1865; 14 Mayo, 15, 21, 26 Junio, 22 Octubre y 24 Noviembre 1864; 28 Enero, 4 Marzo, 30 Mayo, 26 y 30 Junio, 9 y 13 Octubre, 18 Noviembre 1865; 4 y 30 Enero, 5 y 12 Marzo, 28 Abril, 8 y 13 Junio, 21 y 28 Setiembre, 16 Octubre, 11 y 18 Diciembre 1866; 18 Marzo, 4 y 27 Abril 1867, y 26 Mayo, 6 Julio, 26 Setiembre y 2 Octubre 1868. Si á pesar de tan reiteradas declaraciones, todavía se insistiere en invocar alguna de dichas leyes de Partida, parece excusada la casacion, y son absolutamente ineficaces las doctrinas admitidas por la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo. Pero debemos esperar de la sensatez de los abogados que introduzcan y sostengan los recursos, que teniendo presentes tan reiteradas declaraciones, se abstendrán de fundarlos en tan débiles motivos.

CAPÍTULO IV.

Desde cuándo comenzó á regir la ley desvinculadora de 1820.

Parecía más propio de este capítulo, explicar desde cuándo son obligatorias todas las leyes, y no una sola, cual es la expresada en el precedente epígrafe; pero no podemos exponer sobre este

punto doctrinas generales, sino concretas á la Ley desvinculadora de 1820, porque no sabemos que la jurisprudencia haya hecho ninguna declaracion aplicable á todas las leyes en general, ni tampoco con relacion á ninguna otra, nada más que á aquella. Y es de extrañar este silencio, porque no habrá dejado de ofrecer alguna duda é inconveniente el conciliar los preceptos de las reales órdenes de 22 de Setiembre de 1856 y 4 de Mayo de 1858, en que se mandó que todos los reales decretos, órdenes é instrucciones del Gobierno que se insertáran en la *Caceta* de la córte bajo el artículo oficial, fuesen obligatorios desde el momento de su publicacion para toda clase de personas en la Península é Islas adyacentes, con el decreto de las Córtes Constituyentes de 5 de Noviembre de 1857, por el cual se declaró, que las leyes disposiciones generales del Gobierno son obligatorias para cada capital de provincia desde que se publican oficialmente en ella, y dentro de cuatro dias despues para los demas pueblos de la misma provincia. Pero sin embargo, ninguna cuestion se ha promovido sobre este punto, sino únicamente acerca de si dicha ley de 11 de Octubre de 1820 debe reputarse vigente en todo el reino, y obligatoria y capaz de trasferir los derechos que de ella emanan, desde dicha fecha, que fué la de su promulgacion en las Córtes, ó bien desde el dia en que se publicó en cada provincia, ó desde el en que se comunicó á cada pueblo; y es muy importante la resolucion de esta cuestion jurídica, por los diversos derechos que pueden nacer de decidirse de una ú otra manera.

Para nosotros nunca ha sido dudoso el dia en que empezó á regir esta ley, y hace más de veinte años expusimos extensamente en cierto escrito los fundamentos de nuestra opinion, que vamos ahora á reproducir en brevisimo resúmen. En el sistema de gobierno que regia en 1820, y segun la legislacion vigente á la sazón, las Córtes dictaban las leyes y la Corona las sancionaba, y despues de esta sancion se promulgaban en el Congreso y quedaban publicadas en toda forma; y esta publicacion era tan positiva, eficaz y solemne, como que se hacia mencion de ella en las actas de las sesiones, se insertaba en el *Diario* de estas, y llegaba á conocimiento de la nacion de una manera auténtica y

notoria: de lo cual se deduce, que, la mencionada ley empezó indudablemente á regir desde que fué publicada oficial y solemnemente en el Cuerpo legislativo en 11 de Octubre del citado año de 1820. Hay ademas otra razon concluyente que así lo persuade, y es la que se deduce del exámen de la ley de 19 de Agosto de 1841, la cual, siempre que trata de fijar derechos emanados de la de 1820, ó de su abolicion en 1.º de Octubre de 1823, supone, como puede verse en los arts. 4.º, 5.º, 9.º y 10, que estuvo rigiendo desde dicho dia 11 de Octubre hasta 1.º del mismo mes de 1823, y desde el 30 de Agosto de 1856, en que fué restablecida, en adelante. Por consiguiente, desde dichas fechas considera la citada ley de 1841 en toda su fuerza y validez la de desvinculacion; desde las mismas supone que se adquirieron los derechos y se crearon nuevas obligaciones; y desde entónces quedó ya por ministerio de la misma ley establecido el principio de la absoluta abolicion de los mayorazgos con todas sus consecuencias, sin atenderse á las circunstancias particulares de que la de 1820 hubiera llegado en distintos dias á conocimiento de los pueblos y de los particulares. Y todavía, para no dejar ni remota duda, añadió el art. 2.º de la de 1841, que «Es válido y tendrá eumplido efecto todo lo que se hizo en virtud y conformidad de dichas leyes y declaraciones (de desvinculacion), desde que se expidieron, hasta 1.º de Octubre de 1823. Supone, pues, aquella ley la absoluta validez de la de 11 de Octubre de 1820, desde que se *expidió*, esto es, desde que adquirió toda la autoridad y fuerza necesarias por medio de su solemne publicacion en las Córtes.

Pero á pesar de que esto nos parece tan claro y evidente, se llevó la cuestion á los tribunales, disputándose el mejor derecho á la mitad de unos mayorazgos de bastante consideracion, cuyo poseedor murió en 21 de Octubre de dicho año, y suponiéndose que en este dia no regia aún dicha ley: sobre lo cual recayó el fallo de una audiencia, declarando el derecho á favor del demandado, por la infundada razon de que la citada ley, decretada en 27 de Setiembre, sancionada en 10 de Octubre siguiente, y publicada en las Córtes en el dia 11 del mismo mes y año, no

habia empezado á regir en la respectiva capital de provincia el 21 de Octubre en que falleció dicho poseedor. Pero el Tribunal Supremo no pudo ménos de anular esta sentencia (en 17 de Julio de 1850), fundándose para ello, en que dictada dicha ley de 1841 para declarar los efectos que debieron tener la de 1820, el real decreto de 1.º de Octubre de 1825 que anuló todos los actos del gobierno constitucional, y el de 30 de Agosto de 1836, que restableció aquella, no podia prescindir de reconocer y determinar el principio y fin de cada una de las épocas en que rigieron aquéllas disposiciones contradictorias, ya estableciendo plazos constantes y uniformes para toda la monarquía, ya refiriéndose expresamente al momento en que cada una de ellas hubiese adquirido el carácter de obligatoria en cada punto. Añadia dicho Tribunal, que la citada ley de 1841 reconoce y declara, que los mencionados decretos de 1825 y 1836 empezaron á regir desde el dia de sus respectivas fechas, y consecuente con su mismo propósito, léjos de reconocer y declarar, que la ley de desvinculacion principió á producir sus efectos desde el dia en que hubiese sido publicada en cada capital de provincia, ó en cada uno de los pueblos del reino, reconoce y declara literalmente en sus artículos 4.º, 5.º, 9.º y 10, sin hacer distincion ni exclusion de ningun pueblo, que el periodo en que debió producir sus resultados fué desde el 11 de Octubre de 1820 hasta el 1.º de Octubre de 1825; y que esta declaracion del tiempo en que rigió, y por necesidad del dia en que empezó á regir la de 1820, es explicita, terminante, posterior á todas, especial y concreta á dicha ley, no pudiendo por tanto sobreponerse á su precepto, ninguna otra declaracion general dictada en la anterior época constitucional ó en la presente, sobre el momento en que deban por lo comun empezar á regir las leyes.

Tal ha sido la doctrina autorizada por el Tribunal Supremo, acerca de la cual parecia que no debiera haberse vuelto á promover nueva cuestion. Mas despues de muchos años se han suscitado inoportunas dudas acerca de la época en que volvió á regir la misma ley cuando fué restablecida, y ha sido preciso declarar (S. 10 Setiembre 1864, 9 Mayo 1867 y 6 Mayo 1868), que ad-

quirió nueva fuerza desde el 30 de Agosto de 1836, segun lo dispuesto en el art. 3.º del Real decreto de la misma fecha, y segun lo reconoció la mencionada ley de 1841; siendo por lo tanto inaplicable, en virtud de estas disposiciones especiales y terminantes, cualquiera otra general, relativa á determinar el momento en que las leyes deben tener fuerza obligatoria:

De esperar es, que con tan terminantes declaraciones no vuelvan á agitarse iguales dudas, y que se tengan aquellas por reglas fijas de jurisprudencia.

CAPÍTULO V.

De las leyes extranjeras y del derecho internacional.

De las leyes que no son obligatorias en España por ser extranjeras, parecia que no tendríamos precision de ocuparnos, por no ser verosímil que se pusiese en duda su ineficacia ante los tribunales españoles. Pero fundado un vínculo en Olivenza, en ocasion en que aquella plaza correspondia al reino de Portugal y éste á la Corona de España, y suscitado pleito sobre la anexion de los bienes del mismo vínculo, fué motivo de controversia la legislacion portuguesa mandada observar por real decreto de Felipe II, de 5 de Junio de 1595, á consecuencia de la concordia de 25 de Marzo de 1580, en virtud de la cual se unió á España la monarquía portuguesa; y vino á resolverse por el Tribunal Supremo, que aquella legislacion y las disposiciones mencionadas no eran aplicables á un litigio como el indicado, el cual habia de resolverse por leyes civiles determinadas. S. 21 Junio 1864.

Como legislacion extranjera debemos reputar tambien el derecho romano, pues si bien tiene fuerza obligatoria en Cataluña, segun luégo veremos, carece de ella en las provincias de los antiguos reinos de Castilla. S. 20 Enero 1863, y 30 Marzo 1867.

Disposiciones extranjeras son tambien las que constituyen el derecho civil de otras naciones; pero sin embargo, pueden alguna vez tener aplicacion en España, del mismo modo que las nuestras deben ser observadas por reciprocidad en otros

países ; porque , como dice oportunamente una decision muy bien fundada del mismo tribunal (de 6 de Noviembre 1867), de la mútua conveniencia de las naciones , al experimentar los males que se seguian necesariamente de no admitir los efectos de las leyes extrañas á las mismas , ha nacido el derecho internacional privado , que tiene el carácter de consuetudinario , y comprende el conjunto de disposiciones que segun afectan á las personas , á las cosas y á las formas , se distingue hoy con arreglo á la tecnología de ese mismo derecho , con los nombres de estatuto personal , real y formal. Consiguiente á él , es regla general admitida por las naciones , con ligera excepcion , que el estatuto personal , no mediando un tratado especial , debe regir todos los actos que se refieren en lo civil á la persona del extranjero , subordinándose á las leyes vigentes en el país de que es súbdito , y decidiéndose por él todas las cuestiones de aptitud , capacidad y derechos personales ; porque en otro caso se introduciria la perturbacion y la facultad de burlar las disposiciones de las leyes pátrias que protegen los derechos de los súbditos , al mismo tiempo que les impenen las obligaciones respectivas. De estos principios , que hoy pueden tener frecuente aplicacion , porque la facilidad de las comunicaciones hace tan activo el comercio y multiplica tanto las relaciones entre los súbditos de diferentes Estados , habrán de sacarse algunas consecuencias , que indicaremos en el curso de esta obra , al tratar de las materias á que se refieren. Por lo demas , aunque esta parte del derecho es objeto de tratados especiales y puede dar lugar á gravísimas cuestiones , no hallamos en nuestra jurisprudencia judicial otras doctrinas que las que sumariamente dejamos indicadas.

SECCION SEGUNDA.

De lo que tiene fuerza de ley, y de las leyes forales.

CAPÍTULO PRIMERO.

De las presunciones de derecho, costumbre, cosa juzgada y demas actos con fuerza de ley.

Vamos á tratar en este capítulo de ciertas circunstancias, hechos y actos jurídicos, que sin constituir propiamente una ley, tienen, sin embargo, fuerza de tal, y son por consiguiente obligatorios como la ley misma.

Á esta clase pertenecen: 1.º, las presunciones de derecho; 2.º, la costumbre; 3.º, los contratos; 4.º, los testamentos; 5.º, las fundaciones, y 6.º, las ejecutorias.

1.º En cuanto á las presunciones de derecho, podemos citar aquí algunas, sin perjuicio de otras muchas que se conocen. Tales son las siguientes:

1.^a La legitimidad del matrimonio, se presume siempre, como no resulte una plena prueba en contrario. S. 17 Julio 1848.

2.^a Los bienes son libres en todo tiempo, mientras no se justifique hallarse afectos á algun vínculo ó gravámen. S. 20 Diciembre 1860; 25 Junio 1862, y 13 Diciembre 1863.

3.^a Siempre debe prevalecer la regularidad, pues esta, segun un principio de derecho, no se presume en las vinculaciones, sino debe constar expresa y terminante. S. 13 Junio, y 30 Diciembre 1863.

4.^a Los mayorazgos se reputan regulares, cuando determinada y expresamente no hubiese dispuesto otra cosa el fundador. S. 24 Febrero 1865.

5.^a Con arreglo á la ley 10, tit. XIV, P. 3.^a, se sospecha que uno es dueño de la cosa que fué de sus antepasados, mientras no se pruebe lo contrario. S. 12 Diciembre 1859, y 2 Marzo 1867.

6.^a La ley de 26 de Agosto de 1837, presume de origen jurisdiccional toda prestacion satisfecha en pueblos ó territorios donde el poseedor actual ó sus causantes hayan tenido esta especie de señorío. S. 5 Julio 1851; 23 Febrero 1854; 21 Junio 1862, y 27 Junio 1866.

Pero si bien existen estas y otras presunciones de derecho, á las cuales se refiere la ley 10, tit. XIV, P. 3.^a, sólo pueden tener lugar, como dice la misma, «*fasta que sea probado lo contrario.*» S. 16 Abril 1866.

2.^o En cuanto á la costumbre, una grave cuestion se presenta frecuentemente á la resolucion de los tribunales, acerca de su valor legal, especialmente cuando es contraria á la ley. Sabido es que aquella puede ser *præter legem, secundum legem et contra legem*, segun el párrafo 9, tit. II, lib. V de las Instituciones; la ley 42, párrafo 1.^o, tit. III, lib. I del Digesto, y las leyes 4 y 6, tit. II, P. 1.^a; pero con relacion al último caso, es decir, á la costumbre contraria á la ley, andan muy divididos los pareceres de los expositores, y por eso no debemos extrañar que este punto sea tan ocasionado á controversias jurídicas.

No es de nuestro objeto, como dijimos en la Introduccion, engolfarnos en esta ni en otras muchas cuestiones importantes de derecho, sino sólo exponerlas únicamente, para venir despues al resúmen de las doctrinas que sobre ellas ha fijado la jurisprudencia. Sólo, pues, recordaremos que la citada ley 4, tit. II, P. 1.^a, no hace más que definir la costumbre; pero la 6.^a, que trata de «*qué fuerza ha la costumbre para valer*, añade, *que ha otro poderío muy grande, que puede tirar las leyes antiguas que fuesen fechas ántes que ella, pues que el rey de la tierra lo consintiese usar contra ellas tanto tiempo como sobredicho es, ó mayor*» (es decir, por espacio de diez años); y añade luego la

misma ley: «*esto se debe entender quando la costumbre fuese usada generalmente en todo el Reyno; mas si la costumbre fuese especial, estonce no desataria la ley sino en aquel lugar tan solamente do fuese usada.*» La 3.^a del mismo tit. y Part., que trata «*de por quales razones el uso gana tiempo é por quales lo pierde,*» refiere entre ellas el valor del uso «*si no va contra los derechos establecidos, seyendo primeramente tollidos.*» Alguna contradiccion parece que se nota entre el texto de esta ley y el de la 6.^a; pero como quiera que sea, no faltan acreditados jurisconsultos que las tienen por derogadas desde la promulgacion de la ley del Ordenamiento, 1.^a de Toro, que es la 3.^a, título II, lib. III, N. R., y de la de Felipe V, de 1714, ó sea 11 del mismo título y libro. Es en efecto muy sabido, que en la primera de estas, para poner remedio el legislador á la confusion que habia en la observancia de las leyes, fijó el órden de preferencia de ellas, así como de los fueros, añadiendo: «*que se siga y guarde lo que en las mismas se contiene, no embargante que contra las dichas leyes de Ordenamientos y Premáticas se diga y alegue, que no son usadas ni guardadas..... ca por ellas es nuestra intencion y voluntad que se determinen los pleitos y causas, no embargante los dichos fueros y usos.*» La ley 11 citada previene tambien, que «*todas las leyes del Reino que expresamente no se hallan derogadas por otras posteriores, se deben observar literalmente, sin que pueda admitirse la excusa de decir que no están en uso.*» Tal es el contesto expreso de las dos leyes que algunos suponen derogatorias de las de Partida referidas arriba; pero si bien se reflexiona, no hacen de ellas una derogacion expresa, pues no previenen terminantemente que la ley antigua se entienda abolida por la costumbre, sino que las leyes se observen, á pesar de que se alegue no estar en uso. No es, pues, de extrañar, que en muchas ocasiones los tribunales hayan dado más valor á la costumbre inveterada y general, que á las leyes que han caido en desuso; ni debe tampoco admirarnos que la jurisprudencia, á pesar del texto de dichas leyes recopiladas, haga prevalecer la costumbre cuando reúne las condiciones legales.

La primera vez que se trató de esta cuestion en el Tribunal Supremo, habiéndose invocado la fuerza de la costumbre sobre la eficacia de cierto pacto, se dijo (S. 19 Setiembre 1859), que no estaba apoyada aquella en disposicion alguna foral de Guipúzcoa, ni reunia las circunstancias exigidas por las leyes 5.^a y 6.^a de dicho título y Partida para que pudiera prevalecer sobre la ley general, pues no se habia justificado que dicha costumbre tuviese la aprobacion del señor de la tierra, ni que se hubiesen dado juicios por ella. Invocóse de nuevo la costumbre acerca de otra clase de contrato; y á pesar de que una Audiencia del reino e negó su fuerza, el Tribunal Supremo, anulando el fallo, declaró (S. 26 Setiembre 1860), que con arreglo á la ley 6.^a ya citada, la *«costumbre ha poderío de desatar el fuero antiguo, si fuese fecho ántes que ella;»* y que habiéndose justificado dicha costumbre, esta ley habia sido quebrantada. Otra vez púsose á discusion este punto, aunque no de un modo tan directo; y en esta ocasion se declaró (S. 13 Octubre 1865), que no debe reputarse infringida la ley 15, tít. XIV, P. 3.^a, que determina los casos en que pueden ser probados y librados los pleitos por fuero, cuando no se ha justificado la costumbre ó práctica que se invoca. Todavía en otra ocasion ha vuelto á promoverse la cuestion que nos ocupa, y esta vez dijo el Tribunal Supremo (S. 6 Junio 1867), que si bien la costumbre revestida de las condiciones y circunstancias que establecen las leyes de Partida, deroga el fuero ó ley anterior, la posterior deroga la costumbre antigua, *«ca estonce deben ser guardadas las leyes ó el fuero que despues fueron fechos é non la costumbre antigua,»* conforme á la 6.^a, tít. II, P. 1.^a y á la jurisprudencia del mismo Tribunal: de manera que en el primer extremo de esta declaracion vino á reconocerse que la costumbre puede derogar la ley.

Háse tratado alguna vez acerca de cómo debe justificarse la costumbre para que pueda tener fuerza legal; y ha venido á declararse, que la ley 4.^a tít. II, P. 1.^a se limita á definir qué *«cosa es costumbre é cuántas maneras son de ella,»* sin determinar, ni tasar la prueba con que deben acreditarse las legislaciones especiales (S. 12 Octubre 1868); de donde se deduce, que este punto

está sujeto á las reglas comunes que rigen sobre los medios de justificar los hechos.

En cuanto á Cataluña, no se ha promovido directamente la cuestion propuesta respecto de que la costumbre pueda derogar la ley, sino solamente se ha tratado de la costumbre á falta de ley, á que se refiere la 1.^a, tit. IX, lib. V, N. R., que previene la observancia de las Constituciones de aquel Principado respecto á la costumbre probada, á falta de ley, y la Constitucion 1.^a, tit. III, lib. I, volúmen I referente al mismo punto: sobre lo cual sólo se ha declarado (S. 17 Setiembre 1863), que no habiéndose justificado la costumbre que se suponía, no se habian infringido dichas leyes al no darse á aquella el valor que se pretendía.

De todo lo expuesto puede deducirse, que á pesar de la interpretacion que algunos hacen de las citadas leyes III y XI, título 2.^o, lib. 5.^o, N. R., sosteniendo que derogaron las mencionadas de Partida, los tribunales han reputado á estas en completo vigor, y la jurisprudencia lo ha venido á consignar así en sus doctrinas.

3.^o Pasando ahora á tratar de los actos que tienen la misma fuerza que la ley, citaremos en primer lugar los contratos ó pactos, los cuales cuando está legalmente acreditada su existencia, tienen, entre las partes que los han celebrado, el mismo poder que la ley, y su quebrantamiento equivale á una infraccion legal. (S. 26 Octubre 1850; 31 Diciembre 1857; 19 Abril, 16 Mayo, 24 Noviembre y 15 Diciembre 1859; 12 Mayo y 30 Junio 1860; 13 Abril, 11 Mayo y 12 Diciembre 1861; 27 Junio 1862; 7 Febrero, 15 y 28 Marzo; 18 y 25 Setiembre, 5 y 20 Octubre 1863; 30 Mayo y 11 y 19 Noviembre 1864; 28 Enero, 4, 10, 11 y 24 Febrero, 29 Marzo, 6 y 27 Junio y 18 Setiembre 1865; 19 Enero, 26 Mayo, 27 Octubre y 20 Noviembre 1866; 20 y 28 Marzo, 5 y 4 Abril y 23 Noviembre 1867, y 24 Febrero, 29 Abril, 26 Mayo, 3 Julio y 18 Noviembre 1868). Tan constante y fija ha sido la jurisprudencia, que así lo ha declarado el Tribunal Supremo en el cúmulo de sentencias que quedan anotadas, hasta el punto de haberse anulado varias ejecutorias, porque infringían el contrato, que siempre ha sido calificado como ley (S. 22 Diciembre 1859;

28 Abril, 28 Mayo, 1.º Diciembre 1866; 9 Octubre 1867, y 5 Julio y 18 Noviembre 1868); así como por el contrario se ha declarado en alguna ocasion, que la sentencia que se ajusta á lo estipulado en un contrato, no infringe la ley de este (S. 30 Enero 1866). Hay, sin embargo, algunos fallos, que hacen declaraciones sobre esta materia, dignas de especial mencion. Tal es, entre otros, el de 17 de Setiembre de 1866, en que se expresa, que si bien en los de dicho Tribunal se consignan las doctrinas legales de que «en todo contrato la voluntad de los contrayentes es la ley de la materia entre ellos; que cuando resulta acreditada una obligacion, es ineludible su cumplimiento por el que la contrajo; y que las palabras de que se use en ellos deben entenderse llanamente y como suenan»; es tambien indudable que esto tiene lugar, siempre que no se suscite duda alguna sobre la verdadera inteligencia del mismo contrato, pues en tal caso el juzgador, combinando entre sí las diversas cláusulas que comprenda y las pruebas que se han practicado, debe fijar su verdadera inteligencia, ateniéndose para ello más especialmente al objeto ó fin que se propusieron los contratantes, que á las palabras de que usaron.

Se ha consignado tambien en otra sentencia (de 27 Junio 1866), que cuando no se trata verdaderamente de la infraccion de un contrato, sino de la falta de cumplimiento de una de las partes, es inoportuno invocarlo como ley; y que si se estima por el resultado de las pruebas, que uno de los contrayentes no ha cumplido con las condiciones estipuladas, no se desconoce por esto el valor y fuerza legal del contrato, sino se juzga por el mérito de los hechos que se hayan justificado. (S. 27 Junio 1866).

Se ha dicho igualmente á este mismo propósito (en 28 Junio 1860), que cuando en una sentencia arbitral ó en un convenio, sólo se deciden cuestiones entre partes determinadas, dejando á salvo los derechos de un tercero que no ha intervenido, no puede este al litigar sobre tales derechos, invocar aquella sentencia ni aquel contrato como ley del caso, suponiéndola infringida (S. 28 Junio 1860), pues para que pueda alegarse como tal ley, es necesario que hayan intervenido en el contrato y contraído alguna obligacion, aquellos de quienes se reclama el cumpli-

miento ó sus causantes (S. 7 Noviembre 1866 y 22 Octubre de 1868). Tampoco puede decirse que se ha infringido la ley del contrato, cuando un tribunal considera suplantada una de las cláusulas del que es objeto del litigio (S. 25 Mayo 1868), pues sería un contrasentido, que este contrato sirviera de fundamento para resolver la cuestion.

Es digna tambien de mencion por sus circunstancias especiales, una sentencia (25 Enero de 1867) en que se expresa, «que la ley del contrato en las transacciones sobre bienes y derechos de menores y su venta, se establece por la providencia que concede la autorización judicial necesaria para celebrar las....., fijando los límites á que dicho contrato ha de ajustarse indispensablemente.»

Pero despues de tan numerosas, reiteradas y uniformes declaraciones sobre la fuerza y eficacia de la ley del contrato, no puede ménos de sorprendernos una decision de la Seccion 1.^a, Sala 1.^a del mismo tribunal (de 13 de Enero de 1867), en que se vierte una doctrina nueva sobre este punto, á saber: «que la ley del contrato no se puede invocar útilmente como fundamento de un recurso de casacion, sin citar á su vez la verdadera ley ó doctrina legal que den al respectivo contrato aquel carácter obligatorio entre partes.» Aunque respetamos mucho esta declaracion, como todas las dictadas por los dignos magistrados de que emanan, no alcanzamos los fundamentos en que descansa, y la creemos abiertamente contraria á la opinion de otros igualmente dignos ministros del mismo tribunal; y ménos podemos descubrir la razon de ella, cuando al poco tiempo (en sentencia de 12 de Marzo siguiente) la misma seccion 1.^a dijo, que una ejecutoria no habia infringido «la doctrina de que la voluntad de los contratantes es la ley en la materia,» y poco despues (en 3 de Abril de 1867) declaró la nulidad de otra ejecutoria, por haber infringido un contrato, que «en conformidad (dice) á la doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales y sancionada por repetidas decisiones del Supremo, constituye la ley que fija los mútuos derechos y deberes de los asociados.»

Por eso no es de extrañar, que otros fallos de ambas secciones

(de 13 de Marzo y 3 de Junio de 1867) volviesen á consignar reiteradamente el principio para nosotros exactísimo, de que «está admitido por la constante jurisprudencia de los tribunales, que un contrato legítimamente celebrado por personas capaces de obligarse, es ley para las mismas, y que «en tal supuesto, al citarse como infringida la ley del contrato, interponiendo un recurso de casacion, se cumple con el precepto del art. 1025 de la de Enjuiciamiento, y procede por consecuencia su admision. Debemos, pues, considerar sin influjo alguno en la jurisprudencia el citado fallo de 15 de Enero de 1867, cuando tantos otros fijan en opuesto sentido la doctrina constantemente recibida, y cuya infraccion puede producir la nulidad de toda sentencia que no la respete.

4.º Hay otros actos que tienen fuerza de ley, cuales son los testamentos. Siempre ha sido tambien máxima acatada por la jurisprudencia de los tribunales, que la disposicion del testador es ley entre los interesados; y el Tribunal Supremo, aceptando esta misma regla, ha declarado reiteradamente, que «es un principio de derecho, que la voluntad del testador debe respetarse y cumplirse como ley entre los interesados,» ó que «es ley en materia de últimas voluntades la del testador.» Así se deduce de las sentencias de 27 Marzo 1857; 29 Diciembre 1863; 26 Febrero 1864; 20 Enero y 10 Junio 1865; 3 Marzo, 6 Abril, 30 Junio, 20 Diciembre 1866, y 26 Octubre y 10 Diciembre de 1867. Tan arraigada está esta doctrina en la opinion del mismo Tribunal, y tan uniforme ha sido su aplicacion, que ademas de haberla consignado en las numerosas sentencias mencionadas, ha anulado varios fallos de audiencias, porque contrariaban la voluntad de los testadores, es decir, porque infringian la ley de la voluntad de estos: tales son, entre otras, las S. de 23 Diciembre 1859; 10 Marzo y 9 Mayo 1863; 14 Mayo 1864; 6 Febrero 1865, y 24 Abril, 30 Noviembre y 16 Diciembre 1867.

Sin embargo, para que un testamento tenga la misma fuerza que la ley, es necesario que se ajuste á las prescripciones legales, y por consiguiente, no puede estimarse con aquella eficacia, mas que en lo que el testador disponga lícitamente y de

un modo ajustado á derecho (S. 25 Mayo 1868). Es preciso considerar tambien, «que no tiene carácter de ley clara y terminante una cláusula testamentaria en términos tan ambiguos y defectuosos, que produzcan duda y perplejidad respecto de su inteligencia» (S. 29 Setiembre 1860); y «que los testamentos no pueden ser invocados como leyes para las cuestiones relativas á su validez ó para la de alguna de sus cláusulas» (S. 11 Diciembre 1863). En efecto, un testamento que no deje ver de un modo claro la voluntad del testador, es absurdo invocarlo como ley; lo mismo que seria dar demasiada latitud á la doctrina sentada, si habiendo cuestion sobre la validez ó nulidad de una disposicion testamentaria, ó de alguna de sus cláusulas, se quisiera invocar como ley ese mismo testamento dudoso y cuestionable. Ni tampoco puede reputarse como ley la disposicion de un testador, cuando en virtud de un contrato ha quedado sin efecto, en cuanto al punto que sea objeto del litigio. S. 28 Enero 1865.

5.º Lo mismo que acabamos de decir de los testamentos, puede repetirse respecto de las fundaciones de mayorazgos, fideicomisos, patronatos, capellanías colativas y demas instituciones vinculares. La doctrina dominante y admitida por la jurisprudencia sobre este punto tan ocasionado á litigios, está reducida á los siguientes términos. «La voluntad del fundador es la ley por la cual deben resolverse las cuestiones de esta clase.»—«Nada válido puede hacerse ni existir contra las condiciones establecidas por el fundador de un mayorazgo.»—«En la sucesion de estos ha sido siempre ley la voluntad del fundador; y sus disposiciones, siendo lícitas y posibles, debian ser cumplidas religiosamente por más que se desviasen del orden establecido por las leyes del reino para la sucesion de la Corona.»—«La voluntad de los fundadores, expresada con arreglo á derecho, es la suprema ley que determina la clase y naturaleza de las vinculaciones.»—«La fundacion de un fideicomiso es la ley que debe guardarse, mientras no se oponga á lo determinado por derecho.» Este es el resúmen de toda la doctrina sobre esta materia (S. 14 Noviembre 1846; 7 Octubre 1854; 11 Octubre 1855; 26 Enero 1859; 24 Abril 1861; 22 Marzo 1862; 20 Febrero, 14

y 27 Mayo; 17 Octubre y 19 Diciembre 1864; 13 Enero, 15, 24 y 25 Febrero, 13 y 15 Marzo, 13 Junio, 7 y 21 Octubre y 23 Diciembre 1865; 26 Enero, 17 y 22 Febrero, 7 Marzo y 14 Abril 1866; 26 Febrero, 15 Abril 1867, y 2 Junio y 16 Octubre 1868); y tanto valor se ha dado constantemente á ella, que á la manera de lo que dejamos expuesto respecto á los testamentos, han sido anuladas muchas sentencias ejecutorias, por haber infringido la voluntad de los fundadores de vinculaciones. S. 26 Junio 1852; 28 Diciembre 1861; 21 Enero, 27 Febrero y 30 Diciembre 1865, y 12 y 25 Mayo 1866.

Otra disposicion debe tambien aplicarse como si fuese una verdadera ley, ademas de la voluntad del fundador, cuando se suscitan cuestiones litigiosas sobre la validez de enagenaciones de bienes de mayorazgos ó vinculaciones, hechas ántes de su desamortizacion; y es la real cédula en que se concedia esa facultad, que, en los casos concretos y determinados, era una verdadera ley obligatoria para los sucesores de los mismos mayorazgos. S. 25 Noviembre 1864.

6.º Hay ademas otros actos jurídicos que tienen tambien tanta fuerza como la ley, cuales son los que constituyen la cosa juzgada. En efecto, cuando el fallo de un juez ó tribunal es firme, y queda ejecutoriado, por el consentimiento de las partes, ó porque ya no es procedente contra él ningun recurso, es tal su valor y trascendencia, segun la ley 19, tit. XXII, P. 3.^a, que no puede válidamente ser revocado ni modificado por otro fallo posterior (S. 12 Noviembre 1856), y causa todos sus efectos entre los litigantes, sus herederos y causa-habientes (S. 13 Mayo 1868), no sólo respecto á los puntos contenidos en la demanda, sino tambien en cuanto á los que se refieren á las excepciones (S. 18 Octubre 1867). En todo esto es tal el valor de lo ejecutoriado, que para las partes interesadas es aún mayor que el de la ley misma, pues ésta puede ser abolida ó reformada por otra; pero la cosa juzgada es inalterable, si en ella concurren las circunstancias que el derecho establece. En confirmacion de esta doctrina tan notoria como incuestionable, haremos un breve pero exacto resumen de algunas decisiones dictadas en este sentido.

La sentencia pronunciada para el cumplimiento de otra ejecutoria anterior, es nula, cuando la contraría ó extiende sus disposiciones á otros casos que esta no comprende (S. 9 Noviembre 1854 y 14 Mayo 1867); pero no, si se ajusta á lo en ella ejecutoriado. S. 30 Junio 1868.

Cuando una cuestion ha sido tratada en juicio y se ha decidido por sentencia ejecutoria, no pueden los mismos litigantes promover en otro juicio nueva controversia sobre lo que ha sido objeto de ella, porque lo impide la excepcion de cosa juzgada (S. 8 Octubre 1859, y 24 Mayo y 7 Junio 1867); y no es dado alterarla por ningun medio (S. 25 Mayo 1860), ni intentarse contra ella una nueva demanda (S. 10 y 17 Noviembre 1863, y 3 Junio de 1865). Tampoco puede, segun el art. 1193 de la ley de Enjuiciamiento civil, oirse ni admitirse ningun género de recurso contra la ejecutoria que haya puesto término al pleito, al litigante citado y emplazado en su persona, y que por su falta de presentacion en el juicio, haya sido declarado en rebeldía. S. 26 Mayo 1865.

En consecuencia pues de estas doctrinas, la sentencia que infundadamente anula ó contradice una ejecutoria anterior sobre el mismo asunto, infringe las leyes 13 y 19, tit. XXII, P. 3.^a, referentes «á la fuerza que ha el juicio acabado» (S. 12 Febrero 1864), pues la cosa juzgada tiene fuerza de ley, y debe ser anulado todo fallo que vaya contra ella. S. 3 Junio 1865.

Se ha cuestionado alguna vez sobre si ha quedado sin efecto lo decidido en algunas ejecutorias, especialmente con relacion á fundaciones eclesiásticas; pero se ha declarado, como era justo, que ni por el Concordato de 1851, ni por el Real decreto de 13 de Octubre de 1856, que dejó sin efecto las disposiciones anteriores que se opusieran á lo estipulado en aquel, se han podido entender invalidados los fallos ejecutorios de los tribunales. S. 22 Junio 1860.

Tan uniforme y constantemente proclamada es la doctrina legal en que descansa la fuerza y eficacia de las ejecutorias.

Mas para que lo fallado ejecutoria mente merezca tanto respeto, tenga la fuerza irrevocable que le dan las leyes 19 y 21 de dichos

título y Partida , y produzca la excepcion de cosa juzgada , es necesario que el segundo juicio en que se intente contrariarla, se siga entre las mismas personas que litigaron en el primero , y que sea una misma la cosa objeto de él y una misma tambien la causa ó razon por que se pide ; ó bien que se reclame por el propio derecho y calidades , relativamente á los títulos de las respectivas pretensiones , pues de otro modo faltarian las condiciones que establece la ley 15 del mismo título y Partida (S. 15 y 28 Junio 1858 ; 28 Junio 1861 ; 29 Octubre 1864 ; 4, 9 y 11 Marzo , 5 y 9 Mayo y 4 Diciembre 1865 ; 17 Enero , 22 Mayo , 9 y 30 Junio , 15 Octubre y 31 Diciembre 1866 ; 22 Junio 1867 , y 29 Abril y 3 Junio 1868). Si pues es indispensable para la inviolabilidad de la cosa juzgada , que concurren las tres identidades que la ley exige en cuanto á las personas , á las cosas y á la razon ó motivo , es evidente que no se contraviene á una ejecutoria , cuando en el segundo pleito sobre la misma cosa que ha sido objeto del primero , no son las mismas las personas que litigan , ni se exponen las mismas razones para apoyar la peticion (S. 11 Mayo 1853 ; 1.º Febrero 1861 ; 28 Octubre 1862 , y 24 Marzo 1868) ; ni cuando es diversa la razon ó causa de pedir , segun previenen la citada ley 19 y la regla 22 del derecho ; ni tampoco cuando no hay la perfecta identidad que las leyes exigen entre una sentencia y la otra en cuestion (S. 27 Junio 1856 ; y 3 Junio 1859) , ni finalmente , cuando en el primer juicio no se trató de lo mismo que es objeto del segundo , mayormente si en aquel se reservó su derecho á uno de los litigantes para deducir reclamaciones en otro juicio sobre lo que es cuestion del segundo pleito. S. 26 Setiembre 1861 ; 22 Febrero 1866 ; 19 Noviembre 1867 y 26 Mayo 1868.

Puede, sin embargo, haber dudas sobre si la razon ó motivo que apoyen el nuevo litigio en que haya recaido el fallo que parezca contrario á la cosa juzgada, es ó no idéntico, y si en realidad la accion que se ejercita es la misma, aunque parezca diversa por la denominacion que se le quiera dar. Pero en tales casos la diversidad de los motivos ó razones en que una accion cualquiera puede fundarse, no varía su naturaleza, ni autoriza su re-

produccion en un segundo juicio, contra la misma persona, y sobre las mismas cosas, á no ser que esos nuevos motivos sobreviniesen despues, ó que posteriormente llegáran á noticia del interesado (S. 6 Octubre 1862). Tampoco por variarse el nombre de una accion, puede reputarse distinta en su naturaleza y esencia para los efectos de la cosa juzgada, cuando es idéntica la razon, igual el objeto á que se dirige y unas mismas las personas interesadas en su aplicacion (S. 27 Febrero 1861 y 4 Octubre 1867). Mas sin embargo, todo esto es y se entiende siempre, en el supuesto de que concurriendo los demas requisitos, se haya decidido tambien el pleito en que recayó la ejecutoria, por el mismo fundamento, y no por otro diferente. Así se declara en S. 18 de Junio de 1867, que merece un detenido estudio, por la trascendencia que puede tener esta doctrina.

Por regla general, y conforme á la ley 20, tit. XXII, P. 3.^a, las ejecutorias de los tribunales no perjudican sino á los que han sido parte en el juicio en que han recaído (S. 4 Octubre 1860; 12 y 15 Abril 1862; 14 Abril 1864; 11 Octubre 1865; 7 Noviembre 1866 y 12 Noviembre 1867). Así es que la firmeza y eficacia de las sentencias á que se refieren la ley 5.^a, tit. XXVII de la misma Part., y 1.^a, tit. XX, lib. XI, N. R., cuando no se ha alzado el agraviado ó vencido, se entienden en el caso en que este haya litigado ó sido citado legalmente; lo mismo que lo dispuesto en la varias veces citada ley 19, tit. XXII, acerca de la *fuerza del juicio afinado*, ó sea de las ejecutorias de los tribunales, y de los casos en que no deben valer, se contrae como aquellas otras, á los fallos dados en juicio contradictorio (S. 1.^o Mayo 1858 y 23 Junio 1862). Y por igual razon, aunque la ley de 27 de Abril de 1837 restituyó toda su fuerza á las ejecutorias causadas desde el 7 de Marzo de 1820 al 30 de Setiembre de 1823, no alteró las disposiciones legales que establecen el valor de la cosa juzgada respecto á los que no han litigado ó no han comparecido en juicio. S. 22 Junio 1860.

Sin embargo, si bien por dicha regla general, y segun las leyes 20 y 21 del titulo y Partida citados, la cosa juzgada perjudica únicamente á los que litigaron y á los que de ellos traen cau-

sa, es trascendental y obsta á otro demandante, con arreglo á los principios consignados en las excepciones de dichas leyes, cuando los derechos que invoca tienen los mismos fundamentos que los sustentados en otro pleito, por ser idéntico el objeto de ambos, é idéntica la condicion de las personas con relacion al título de sus respectivas pretensiones (S. 22 Mayo 1867). Asi sucede, por ejemplo, cuando se agita la cuestion de la nulidad de un testamento, pues una vez declarada esta por sentencia ejecutoria, no es posible que aquel prevalezca, ni sea válido para un tercero, á pesar de que no haya litigado (S. 28 Marzo 1859 y 18 Marzo y 15 Abril 1861). En las cuestiones sobre el estado civil de las personas tambien perjudican las ejecutorias aún á aquellos que no han intervenido en el litigio, segun la citada ley 20 (S. 5 Marzo 1866); é igualmente tienen fuerza, no sólo para los que han litigado, sino tambien para sus herederos ó causa-habientes, con arreglo á la 19. S. 20 Diciembre 1864 y 24 Febrero y 3 Octubre 1866.

Hay ciertas sentencias, que aunque aparentemente tienen todos los caractéres de ejecutorias, no pueden considerarse como tales, ni adquieren la fuerza indestructible de cosa juzgada. Tales son: 1.º, las que se dictan en juicio posesorio, porque no son ejecutorias, segun las leyes 19 y 22 citadas, ni afectan en nada á la cuestion de propiedad, acerca de la cual queda despues expedito el juicio petitorio, que es en el que recae la verdadera ejecutoria (S. 30 Enero 1866, y 6 Mayo 1868); 2.º, las en que se deciden los interdictos, pues quedan subordinadas del modo marcado en los arts. 750 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, á la decision que se dicte en juicio ordinario (S. 14 Junio y 26 Noviembre 1864, y 1.º Mayo 1868); 3.º, las que se dictan en los juicios instructivos seguidos con arreglo á las leyes de señoríos; pues no impiden que en otro juicio, para el cual se suele reservar el derecho á las partes, se pronuncie un fallo contrario (S. 7 Marzo 1864). En todos estos casos y en los demas en que una sentencia no tiene fuerza de cosa juzgada, no pueden serle aplicables las leyes 1.ª y 2.ª, tit. XVII, lib. XI, N. R., y 19, título XXII, P. 3.ª S. 7 Mayo 1868.

Cuando se guarda el respeto debido á la verdadera ejecutoria, y no se infringe el fallo que anteriormente haya recaído, claro es que no se falta á las leyes relativas á la cosa juzgada, que que son, como ya se ha dicho, las 13 y 19, tít. XXII, P. 3.^a, y 32, tít. XXXIV, P. 7.^a Tan obvia é incontrovertible es esta doctrina, que no necesitaba confirmacion; pero hay, sin embargo, varias decisiones que la corroboran, como son las de 16 Octubre 1863; 13 Junio 1865; 30 Junio 1866, y 7 Marzo 1867.

Tampoco se puede decir que se atenta contra lo ejecutoriado, cuando en la primera ejecutoria queda algun punto pendiente de una cuestion de hecho, y sometido este á nuevo juicio, recae una decision fundada en la apreciacion de las pruebas (S. 15 Abril 1866); ni cuando se trata de particulares no cuestionados, pues entónces la sentencia que haya recaído sobre ellos, no merece el concepto de una verdadera ejecutoria. S. 11 Noviembre 1864.

Alguna vez ha querido apoyarse el respeto y la inviolabilidad de la cosa juzgada, en la ley 15 del mismo tít. XXII, P. 3.^a, que entre otros particulares, ordena que no debe valer el juicio que fuere dado sobre alguna cosa *ante que sea fecha* demanda y respuesta sobre ella; pero se ha declarado con mucha razon, que no puede aplicarse dicha ley, cuando se trata de una ejecutoria que ha sido dictada en un juicio ordinario seguido por todos sus trámites legales. S. 16 Octubre 1866.

Así como las sentencias que reúnen la condicion de cosa juzgada adquieren fuerza de ley para las partes interesadas, las transacciones celebradas por estas, tienen entre sí la misma eficacia que una ejecutoria (S. 30 Abril 1864); y cuando en esta se fija la inteligencia que deba darse á un convenio, no puede luego, en otra ejecutoria posterior, interpretarse aquel en sentido contrario, porque seria una verdadera impugnacion de la cosa juzgada. S. 15 Mayo 1865.

No parecia posible que tratándose de esta materia, á la cual sólo son aplicables las leyes de Partida, porque las recopiladas han guardado silencio sobre ella, se promovieran cuestiones en juicio sobre la aplicacion de la citada ley 2.^a, tít. XVII, lib. XI,

N. R., que es verdaderamente una ley penal, y por lo tanto se halla hoy abolida por el nuevo Código; puesto que se reduce á prevenir que «ninguno.... sea osado de impedir.... por fuerza y con armas la execucion de las sentencias que son pasadas en cosa juzgada,» bajo las penas que señala; pero es tal á veces la caviliosidad de los litigantes ó de sus defensores, que á pesar de que esta ley no tiene la menor relacion con la parte civil, ni con el respeto que en las sentencias se debe guardar á una ejecutoria anterior, ha solido invocarse en apoyo de algunos recursos de casacion, y ha sido preciso declarar, lo que parecia innecesario, que dicha ley es inaplicable á las cuestiones civiles sobre cosa juzgada. S. 13 Mayo 1863, y 22 Enero 1864.

Terminaremos esta materia, indicando el único caso en que una ejecutoria puede quedar sin ningun valor. Por muy santa y respetable que sea, es posible que por haberse presentado documentos falsos, ó falsos testigos en el juicio que produjo la ejecutoria, se haya sancionado una insigne falsedad, en vez de una verdad jurídica, y como consecuencia de ello, una manifiesta injusticia. Pero como seria injusto é inmoral autorizar un fallo cimentado en tan débiles é ilegales fundamentos, debe quedar sin valor, segun el derecho previene. Por eso se ha declarado en algunas ocasiones, que una ejecutoria puede revocarse y anularse, siguiéndose un juicio, en el cual se alegue y justifique que aquella fué dada en virtud de falsos instrumentos ó testigos (S. 29 Octubre 1864); que segun la ley 1.^a, tit. XXVI, P. 3.^a, puede ser contrariada, en vista de la falsedad de las pruebas en que se fundó el primer fallo ejecutorio (S. 29 Diciembre 1864); y que si bien esa misma ley y la 13, tit. XXII, P. 3.^a, disponen que pueda revocarse el juicio que fuere dado por *cartas ó testigos falsos*, deteterminan tambien la absoluta necesidad de probar este hecho de una manera acabada, porque segun dicha ley 13, «podria ser que ante el judgador serian aduchas las cartas ó testigos falsos, é otras buenas verdaderas en vuelta de ellas; é que él daria su juyzio por razon de las buenas é non de las malas.» S. 9 Octubre 1865.

Con relacion á Cataluña, cuando en un pleito anterior al de

que es objeto la cuestion de cosa juzgada, se ha aceptado por ambas partes un testamento y servido de base para la decision y fallo ejecutorio, la sentencia que da lugar á la excepcion de cosa juzgada respecto á la validez del mismo testamento, no infringe las leyes 12, 13 y 14 del Dig. *De exceptione rei judicatæ*, ni las doctrinas jurídicas que á este propósito quedan ya consignadas. S. 18 Octubre 1867.

Tambien procede así como que en Castilla la excepcion de cosa juzgada, cuando se propone una demanda sobre la misma cosa, entre las mismas personas y por idéntica causa y accion, que fueron objeto del anterior fallo ejecutorio; y por consiguiente, al estimarse dicha excepcion, no se infringe la ley 1.^a, tit. I, lib. XLII del Dig. *De re judicata et de effectu sententiarum*. S. 9 Noviembre 1867.

Vemos pues por lo que brevemente dejamos expuesto, que tienen tanta fuerza como la ley, las presunciones de derecho, la costumbre, los contratos, la voluntad de los testadores y de los fundadores, y la verdad jurídica á que los juristas dan el nombre de cosa juzgada.

CAPÍTULO II.

De las doctrinas de jurisprudencia.

Ocupándonos en la introduccion á esta obra de la fuerza que en nuestro juicio merecen las doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los tribunales, sostuvimos, y debemos dar por reproducido aquí todo lo que expusimos entónces, que sólo el Supremo es el competente para determinar cuáles de aquellas merecen esta calificación. Expusimos tambien, que segun nuestra opinion, robustecida con la autoridad respetabilísima de aquel alto Cuerpo, las sentencias contrarias á esas mismas doctrinas pueden dar lugar al recurso de casacion y á la declaracion de su nulidad, del mismo modo que la infraccion de las leyes; y ahora vamos á justificar aún más nuestros asertos con algunas breves observaciones.

Empezaremos recordando, que cierta Audiencia negó desacer-

radamente la admision de un recurso de dicha clase, porque al interponerse se habia citado como infringida una doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los tribunales; y *faltaba*, segun decia, *la cita de la ley ó disposicion quebrantada*; y el Tribunal Supremo se vió precisado á decidir (S. 9 Marzo 1839), que procedia la admision del recurso, porque aún cuando la regla 3.^a del art. 1025 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ordena á las audiencias que para admitir ó denegar la admision de los de casacion, *examinen si se ha citado la ley ó disposicion legal quebrantada*, estas palabras tienen íntimo enlace con las del párrafo II del mismo artículo, que se refiere á los recursos fundados *en infraccion*, no sólo *de ley*, sino de *doctrina legal*; y con el 1016, 1018, 1024, 1049, 1062 y 1074; y porque se da aún mayor ensanche á dicho recurso en los artículos 1012, 1015, 1027, 1029, 1059, 1060, 1064 y 1073, los cuales no sólo se refieren para calificar su procedencia á la infraccion de ley, *sino de doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales*. Se ve pues, que desde la primera vez que por una audiencia se puso en duda la fuerza y eficacia de dichas doctrinas para el efecto de la casacion, el único tribunal á quien compete con su ilustrada interpretacion fijar el espíritu y sentido de la ley, declaró terminantemente, que procedia la admision del recurso, no sólo por infraccion legal, sino por quebrantamiento de doctrina de jurisprudencia. Luego es preciso convenir, en que si pueden interponerse, y deben admitirse los recursos por violacion de doctrinas, se puede y se debe anular la sentencia que sea contraria á ellas; y es por lo tanto incuestionable, que las admitidas por la jurisprudencia tienen, para este efecto, igual fuerza que la ley.

¿Para qué, si no, se habia de haber determinado por la de Enjuiciamiento civil, que procede el recurso de casacion por infraccion de doctrina legal ó de jurisprudencia? Bastaba con haber dicho, como lo hizo el Código de Comercio, que no era admisible ningun recurso contra las ejecutorias, sino por violacion de la ley. Y si la infraccion de la doctrina es lo mismo que la de la ley, ¿quién más que el Tribunal de casacion podrá determinar cuál

es la autorizada, la admitida y la digna, por tanto, de respeto? ¹

Pero del mismo modo que debe acatarse y observarse escrupulosamente la doctrina legal admitida por la jurisprudencia de los tribunales, y consignada y publicada por el Supremo, es necesario evitar el frecuente abuso con que se pretende que sean tenidas por verdaderas doctrinas, las que cada cual intenta sostener, y aún á veces inventa en apoyo de la causa que defiende; porque nos conduciría esto al funesto término á donde se llega cuando falta la unidad en el poder; á la negacion de todos los principios; á una anárquica confusion, que haria inciertos y controvertibles los más incuestionables dogmas jurídicos. Tan celoso se ha mostrado sobre este punto el Tribunal Supremo, que en multitud de decisiones ha fijado varias reglas generales, á que es preciso sujetarse para la calificacion de las máximas que deben regir como doctrinas legales ó aceptadas por la jurisprudencia. Seria sumamente prolijo y enojoso, haber de citar todas las decisiones que ha dictado en este sentido; pero mencionaremos algunas. No puede asegurarse que hay doctrina de jurisprudencia, cuando está fundada en una sola sentencia de un tribunal, pues esta singularidad no se aviene con la existencia de la verdadera doctrina, y ademas, la jurisprudencia, por su misma naturaleza, supone reiteradas resoluciones de idéntica especie (S. 30 Junio 1866). Tampoco tiene la autoridad necesaria para dicho objeto, la práctica de una sola audiencia, ó acaso de una sola sala (S. 28 Noviembre 1863; 21 Junio 1864, y 3 y 30 Junio 1866); ni pueden invocarse como verdaderas doctrinas dogmas abstractos de moralidad y justicia, sino las leyes que sean

1 Despues de impresa la introduccion de esta obra, y de escrito lo que aparece del texto, hemos leído el artículo que con el epigrafe de *Errores jurídicos modernos*, ha publicado el Sr. Gomez de la Serra en el tomo XXXIII de la *Revista de Jurisprudencia*, en el cual combate las doctrinas que dejamos expuestas. Duélenos disentir del parecer de tan esclarecido jurisconsulto; pero no podemos retirar ni una sola línea de lo que dejamos escrito, y el público competente juzgará quién va más acertado en su dictámen.

pertinentes y la jurisprudencia donde concretamente se hallen dichos dogmas. S. 20 Junio 1863.

Supuestas, pues, cuáles son las verdaderas doctrinas admitidas por la jurisprudencia de los tribunales, estas son solamente las que con arreglo á derecho pueden citarse en concepto de infringidas; mas no las meras opiniones ó deducciones que abusivamente suelen formularse, bajo la arbitraria denominacion de principios de derecho ó de jurisprudencia (S. 25 Setiembre 1862); ni las establecidas en las sentencias del Consejo de Estado, sino las que emanen de los tribunales de justicia (S. 22 Setiembre 1865); ni las opiniones ó reglas que no sean conformes á principios consignados expresamente en las leyes, ó que estén en oposicion directa con sus preceptos (S. 21 Mayo 1859); ni son legalmente alegables las meras razones ó deducciones, que con el supuesto nombre de doctrinas formulen las partes, sino las que directa y necesariamente emanan de la legislacion, y están adoptadas por la jurisprudencia de los tribunales. S. 10 Abril, y 19 Diciembre 1862; 6 Octubre, y 22 Diciembre 1865, y varias otras que seria fatigoso enumerar.

En el mismo propósito de explicar con severa prudencia, cómo debe procederse para hacer uso de doctrinas exactas, y evitar que sean aceptadas las que no tienen aquella cualidad, ha consignado el mismo Tribunal de casacion las siguientes máximas.

No pueden considerarse como doctrinas admitidas por la jurisprudencia, aquellas respecto de las cuales la Sala sentenciadora afirma que existen y se han aplicado otras contrarias. S. 11 Mayo 1861.

Sólo á falta de ley expresa, puede invocarse la infraccion de doctrina legal recibida por la jurisprudencia. S. 27 Junio 1866, y 19 Junio 1867.

De la decision del Supremo Tribunal en un caso determinado y concreto, consignada con arreglo á lo que del pleito resulta, no puede deducirse una doctrina legal aplicable á casos distintos (S. 16 Diciembre 1864), ó en que no exista igualdad de condiciones (S. 27 y 28 Setiembre, y 4 Octubre 1867, y 25 Junio 1868). Además, es siempre preciso determinar claramente

cuál es la doctrina que se considera infringida, cuando se citan en apoyo de un recurso fallos del mismo Tribunal Supremo. S. 28 Setiembre 1867.

Se ha abusado tanto de la facultad que concede la ley para apoyar los recursos de casacion, que hasta se ha pretendido calificar de doctrinas de jurisprudencia las opiniones de autores de derecho y de expositores más ó ménos ilustrados, llegando á tal extremo la repeticion de este abuso, que, á pesar de las reiteradas declaraciones en contrario, todavía se incurre recientemente en igual defecto. Seria empresa por demas pesada, aunque fácil, citar la multitud de decisiones publicadas á este propósito; pero como muestra de ellas, mencionaremos, siquiera para que sirvan de guía y regla fija, algunas de ellas.

Cualquiera que sea el mérito de una obra de texto, su doctrina no puede invocarse como fundamento de un recurso de nulidad, por no autorizarlo la ley (S. 11 Febrero 1860). Aunque fueran aplicables al caso las opiniones ó doctrinas de autores y jurisconsultos, por muy autorizados que sean, no pueden tomarse en cuenta, sino en cuanto estén fundadas en la ley ó en la jurisprudencia admitida por los tribunales (S. 14 Marzo y 14 Diciembre 1861; 3 Febrero 1862; 30 Junio 1866, y 30 Diciembre 1867). En el mismo sentido y casi con las mismas palabras, están redactados multitud de fallos, entre ellos, los de 25 Mayo y 22 Setiembre 1860; 14 Marzo 1861; 3 Febrero, 13 Mayo, 25 Setiembre y 28 Octubre 1862; 22 Enero, 13 Abril, y 12 y 21 Junio 1864; 30 Diciembre 1865; 5 Febrero 1866; 16 Diciembre 1867, y 23 Junio 1868.

En Cataluña, bajo el pretexto de su legislacion especial, y de la autoridad que á veces concede á las opiniones de autores, se les ha querido tambien dar tanta fuerza, que alguna vez se han citado estas en apoyo de recursos de casacion; pero se ha declarado de un modo terminante (S. 4 Mayo 1859; 22 Enero 1864, y 23 Setiembre 1867), que las opiniones de los escritores sólo podrian calificarse como la doctrina de los doctores, de que habla la Constitucion única, tít. XXX, lib. I de las de dicho principado, cuando apareciese su uniformidad y la aplicacion constante en

los tribunales de aquel territorio; y que aún así, es preciso citarlas con exactitud y no vagamente, indicando el texto donde están consignadas (S. 28 Setiembre 1867). Además se ha declarado, que existiendo una ley foral, no debe suponerse que la opinión contraria de algunos jurisconsultos catalanes constituya jurisprudencia, puesto que esta se forma en aquel territorio sólo en falta de leyes forales. S. 30 Diciembre 1867.

Hasta en los recursos de casacion de Ultramar se ha querido hacer uso de las opiniones de escritores, á pesar de estar más restrictiva la ley sobre esta materia; y ha sido preciso declarar, que la doctrina de autores está muy distante de poder ser mirada como el título de casacion que en su art. 194 admite la real cédula de 30 de Enero de 1855, bajo el nombre de «doctrina legal, recibida á falta de ley, por la jurisprudencia de los tribunales.» S. 25 Mayo 1860.

Todavía se ha abusado bajo otro aspecto de la cita de supuestas doctrinas, invocándose frecuentemente algunas, que consignadas en una sentencia con referencia al caso concreto objeto del litigio, son acertadas y aceptables, y que tratándose de otras cuestiones de diferente género, ó de hechos de diversa naturaleza, no pueden tener una recta y legal aplicacion; pero el Tribunal Supremo ha declarado una y otra vez y constantemente, que no son aplicables las consignadas en las sentencias del mismo, cuando se han establecido en casos diversos, que no tienen analogía con el que sea objeto del recurso en que se invocan. Con tal insistencia se ha hecho inoportuno uso de este medio, á pesar de que bastaban algunas declaraciones para evitar semejante abuso, que ha sido preciso reiterarlas con una frecuencia increíble, como puede verse en los fallos de 24 Enero, 13 Abril y 28 Noviembre 1863; 26 Noviembre y 22 Diciembre 1864; 28 Enero, 4 y 10 Marzo, 21 y 22 Abril, 17 Noviembre y 11 Diciembre 1865; 5 Marzo, 9, 12 y 23 Abril, 8 Mayo, 8 y 30 Junio, 3 Octubre y 21 Diciembre 1866, y 15 Enero, 14 y 28 Mayo y 21 Junio 1867.

También se ha llegado al extremo el hacer citas impertinentes, suponiendo que una real orden de interés puramente privado y

especial para determinado caso, debe ser considerada como disposicion legal é interpretacion auténtica, y en tal concepto como doctrina aceptable; pero se ha declarado lo que era de esperar, que una real órden de dicha clase no es una disposicion general, ni envuelve una doctrina admisible para fundar en ella un recurso de casacion. S. 30 Abril 1866, y la de 26 Mayo del mismo año, algo análoga á la anterior.

Todavía ha ido más adelante el empeño de los que sostienen recursos infundados, dogmatizando á su arbitrio, y calificando de doctrinas legales ó de jurisprudencia lo que se ocurre á su preocupacion ó su capricho, hasta tal punto, que apénas hay materia jurídica, en que no se haya intentado elevar á la categoría de máximas, opiniones particulares más ó ménos erróneas, que distan mucho de merecer ninguna de aquellas calificaciones. Pero el mismo Tribunal, custodio severo, como ya hemos dicho, de la pureza de los verdaderos cánones del derecho, y de los que realmente han sido admitidos por la jurisprudencia, ha dictado multitud de declaraciones, en que ha rechazado supuestos dogmas jurídicos, declarando terminantemente, que las teorías arbitrariamente sentadas no merecen ser consideradas como reglas de jurisprudencia. Fácil nos seria hacer mencion de todas ellas en este lugar; pero hemos preferido darles su oportuna colocacion al tratar de las respectivas materias á que son referentes, para que los lectores puedan encontrarlas en sitio más adecuado; limitándonos ahora á dejar aquí consignadas estas breves observaciones generales, que deben tener presente los letrados al interponer los recursos de casacion, para apoyarlos cuando estos sean justos, en doctrinas verdaderamente legales y aceptadas por una constante é incontrovertible jurisprudencia.

CAPÍTULO III.

De los fueros especiales de algunas provincias.

Entre los diversos reinos y territorios que se fueron agregando á la Corona de Castilla, hasta la feliz consolidacion de toda la

monarquía en el glorioso reinado de los Reyes Católicos, la mayor parte de ellos han conservado sus fueros y leyes especiales sobre la constitucion de la familia, el modo de testar, las sucesiones testamentarias, la prescripcion y otras muchas de las más importantes materias del derecho civil. La terminacion de las guerras de sucesion de principios del siglo pasado y del primer tercio del presente, parecia que iba á acabar con los fueros de las provincias de la antigua Corona de Aragon y con los de Navarra y de Vizcaya, y el precepto constitucional de que unos mismos Códigos habrán de regir en toda la monarquía, hacia esperar tambien la unidad legislativa y la abolicion de legislaciones y fueros especiales; pero el célebre decreto de Felipe V, llamado de *nueva planta*, de 16 de Enero de 1716 (inserto en la ley 1.^a, tit. IX, lib. V, N. R.), dejó subsistentes las leyes peculiares de las provincias que constituian las antiguas provincias de la Corona de Aragon, y las de 25 de Octubre de 1839 y 16 de Agosto de 1841, respetaron tambien los fueros especiales que sobre materia civil rigen en Navarra y Vizcaya. Solamente los de Valencia quedaron abolidos por el real decreto de 29 de Julio de 1707 (ley 1.^a, tit. III, lib. III, N. R.); y aunque alguna vez han sido invocados como si estuvieran en observancia, se ha declarado que son inaplicables, como derogados por la ley. S. 15 Marzo 1860.

Es por consiguiente indispensable á todo jurisconsulto, ya para pedir como abogado la aplicacion de la ley, ya para aplicarla como magistrado, saber las doctrinas que acerca de los fueros vigentes tiene consignadas el tribunal de casacion; pero no vamos á ocuparnos ahora de todas ellas, pues esto tendrá su ocasion oportuna, á medida que tratemos de las diversas materias del derecho; sino únicamente de las que sean relativas á la fuerza y valor de sus disposiciones en general y del derecho que les es supletorio, objeto exclusivo de este capítulo. Empezaremos, pues, por la legislacion privativa de Cataluña.

El principio general que debe servir de norma es, que la ley ya citada de la Nov. Recop., ó sea el expresado decreto de nueva planta, y la única tit. XXX, lib. I de las constituciones del Princi-

pado, son las que determinan la autoridad de los Códigos en aquellas provincias para la decision de los pleitos (S. 10 Octubre 1857 y 12 Diciembre 1862); y segun estas disposiciones, la legislacion general y comun de Cataluña la forman los *Usatges, Constituciones y altres dréts* de aquel antiguo principado (S. 8 Mayo 1861). Despues, y como derecho supletorio á las Constituciones, debe observarse el canónico, con preferencia al civil romano (S. 21 Mayo 1845; 11 Enero, 21 Marzo y 30 Diciembre 1867, que lo declaran así terminantemente, y otra de 3 Mayo de 1866, que hace aplicacion de dicho derecho canónico como supletorio); pero teniéndose presente, pues tambien ha sido punto cuestionado y decidido, que no forma parte de aquel derecho el *Levítico*, citado abusivamente en alguna ocasion en pleitos de Cataluña (S. 14 Mayo 1864). Despues del derecho canónico, y á falta de la ley municipal ó constituciones, debe observarse como supletorio el derecho romano, segun la citada ley única, titulo XXX, lib. I de las constituciones (S. 1.º Junio 1866); y en último lugar el derecho de las Partidas; pero tanto el especial ó foral como el supletorio, sólo pueden tener valor, en cuanto no se hallen derogados por las leyes generales del reino, posteriores al citado decreto de nueva planta (S. 11 Junio y 30 Diciembre 1862); pues es incontrovertible, que las promulgadas posteriormente y con carácter general, son extensivas á todo el reino, como por ejemplo el Código de Comercio y las leyes de Enjuiciamiento, que han derogado toda la legislacion especial.

Consiguiente á lo que dejamos expuesto, en las controversias que pueden decidirse por las constituciones de Cataluña no tienen aplicacion las leyes de Partida, pues estas, en semejante caso, sólo son supletorias á falta de aquellas (S. 11 Junio 1862); ni la ley 2.ª, tít. VII, lib. X, N. R., ó sea la 69 de Toro, sobre donaciones (S. 4 Mayo 1859); ni la 61 del mismo cuaderno, ó sea 5.ª, tít. XI, lib. X, relativa á las obligaciones mancomunadas entre marido y mujer, por ser ambas leyes anteriores al citado decreto de nueva planta (S. 11 Diciembre 1866); ni tampoco la ley 1.ª, tít. I, lib. X, relativa á la eficacia de las obligaciones, de cualquier manera que consten contraidas (S. 15 Ene-

ro 1867), si bien rige, como no podia ménos de suceder, el principio de derecho romano *pacta sunt servanda*; ni, finalmente, las leyes 5.^a y 9.^a, tit. XVII, lib. X, relativas á sucesiones vinculares. S. 28 Setiembre 1867.

Respecto á ciertas disposiciones forales limitadas á la capital del Principado, indicaremos, que el privilegio concedido á los ciudadanos de Barcelona por D. Pedro III, á 14 de las Kalendas de Noviembre de 1359, ó sea la constitucion 1.^a, tit. I, lib. VI, volumen II del Código Municipal, referente á los testamentos otorgados en aquella ciudad, en que se instituye á hermanos, sin hacer mencion de los nietos del testador, no está revocado, sino vigente, como se dirá con más extension cuando tratemos de esta materia (S. 14 Noviembre 1845, y 12 Setiembre 1865); pero ha sido derogada y reformada la ley 1.^a, tit. II, lib. VI de las Constituciones, publicada en 1260 por el rey D. Jaime I, por la 2.^a del mismo título y libro, dada por D. Pedro III en 1363, sobre los impúberes que fallecen abintestato (S. 14 Setiembre 1866). La Ordenanza de los prohombres de 1425, que rige en algunos casos, está limitada sólo al rádio de la ciudad de Barcelona (S. 5 Diciembre 1864); y por consiguiente, no puede aplicarse á toda la provincia como alguna vez se ha pretendido.

Á estas indicaciones generales añadiremos solamente, que en multitud de sentencias se ha declarado el vigor en que se hallan las citadas constituciones como derecho especial y ordinario de Cataluña, y con preferencia al supletorio. (Pueden verse entre otras muchas, las de 10 Marzo 1861; 23 Marzo 1864; 24 Febrero, 27 Marzo, 30 Abril y 9 Mayo 1865). Tambien indicaremos, que el derecho romano, como supletorio, no tiene fuerza cuando hay otra ley propia del país que aplicar; y así sólo debe observarse á falta de ley ó de costumbre comprendida en las Constituciones catalanas (S. 9 Noviembre 1863, y 29 Setiembre 1865). En este mismo sentido y en la aplicacion constante del derecho romano como supletorio, hay tantas decisiones, que por su excesivo número no nos parece oportuno citarlas: basta abrir cualquiera de los tomos de la *Coleccion legislativa*, para convencerse de que todo el cuerpo de derecho civil romano, lo

mismo el *Código*, que el *Digesto* y que las *Novelas*, sin exceptuar ninguna de sus partes, se está diariamente aplicando en el Principado, y por consiguiente, en el Tribunal de casacion respecto de los recursos que vienen de aquellas provincias.

Obvias en extremo parecerán las indicaciones que acabamos de hacer, y tal vez se califiquen de innecesarias, por lo triviales y notorias á cualquier jurisperito; pero nos ha movido á consignarlas en este lugar, la misma razon que nos impulsa á exponer la mayor parte de las doctrinas contenidas en este título, á saber: que cuando han sido necesarias una ó más declaraciones del Tribunal Supremo sobre las materias que dejamos tratadas, es prueba evidente de que han precedido dudas y cuestiones acerca de ellas, ó al ménos, pretexto para sostener derechos más ó ménos justos; y no ofreceríamos un cuerpo completo de doctrinas, si omitiésemos algunas por demasiado conocidas ó por creerlas incontrovertibles.

Pasando ahora á tratar de la legislacion especial del antiguo reino de Aragon, poquísimos tenemos que decir. Sabido es, y nadie lo ha puesto en duda, que en aquellas provincias rigen como derecho civil las leyes contenidas en los cuerpos conocidos bajo la denominacion de *Fueros y Observancias*, las cuales se separan esencialmente en muchos puntos importantes del derecho comun de Castilla; pero no se aplica como supletorio el romano, ni el canónico, sino el de las Partidas y de la Nov. Recop.: así es que constantemente se está juzgando por las disposiciones de dichos fueros y observancias, como puede verse en multitud de sentencias, y entre ellas las de 5 Diciembre 1858; 7 y 24 Marzo 1859; 14 Mayo 1861; 19 Mayo, 18 y 30 Setiembre, 10 Octubre, 16 y 19 Diciembre 1864; 12 Mayo, 12 y 14 Diciembre 1865, y 3 Marzo, 6 y 15 Noviembre, y 5 Diciembre 1866. En algunas como, por ejemplo, en la de 28 Junio 1864, se anula un fallo por infringirse en él principios consignados en la legislacion especial de aquel territorio; y en otras, se hacen explicaciones y aclaraciones sobre la genuina inteligencia de determinadas disposiciones de los mismos fueros y observancias, de las cuales habremos de ocuparnos en su respectivo lugar (S. 28

Febrero, 24 Marzo, 2 Junio, 17 Noviembre 1865, y 20 Marzo 1866). En una de las ántes citadas (la de 14 Mayo 1861) se declara «que en el territorio de Aragon, por atendibles y recomendables que sean las Ordenanzas de Policía Urbana de Madrid, como reglas facultativas, no pueden equipararse á una ley expresa, cual es una observancia vigente en aquel país.» Hemos creído oportuno hacer mencion especial de esta declaracion, para que se recuerde que dichas ordenanzas no tienen la fuerza legal que ha querido dárselas.

Indicaremos, por último, en cuanto á las provincias de Aragon, que en ellas no han regido las leyes 3.^a hasta la 7.^a, título XV, lib. VII, N. R., relativas al nombramiento y autorizacion de los escribanos (S. 6 Marzo 1868); y que por consiguiente no pueden ser aplicables á cuestiones en que se ponga en duda la facultad de dar fe de algun documento por uno de estos funcionarios, aunque sea con anterioridad á la nueva ley del Notariado.

En cuanto á la legislacion especial del antiguo reino de Navarra, respetada y todavía vigente, segun la ley de 16 de Agosto de 1841, poco tendremos que decir: toda está recapitulada en su *Fuero* y en la Nov. Recop. privativa de aquel país, y limitada por consiguiente á los pueblos de su territorio. La ley 1.^a, título III, lib. I de este último Código, ordena: que á falta del Fuero y de las leyes peculiares de aquel antiguo reino, se juzgue por el derecho comun, que allí es y se entiende el romano, y tambien se aplica como supletorio el de las Partidas (S. 4 Mayo 1863; 17 Junio 1865, y 24 Diciembre 1867). Alguna vez se ha pretendido que rija igualmente el derecho canónico como supletorio; pero se ha declarado que no tiene fuerza sino el romano, y este es el que constantemente se aplica á falta de la legislacion foral, que es la que merece prelacion (S. 21 Marzo 1867). Pueden verse en confirmacion de lo que dejamos indicado, las sentencias de 28 de Junio 1864; 27 Marzo y 19 Junio 1865; 20 Marzo, 22 Setiembre y 26 Noviembre 1866; pero más singularmente conviene examinar la de 5 Febrero 1859, que hace especial aplicacion, no sólo de la Nov. Recop. de Navarra, sino

de algunas leyes de las Córtes de 1765 y 1766; la de 18 de Abril de 1863, que anula un fallo por haber infringido un capítulo del Fuero y una ley de Partida; y la de 17 Junio 1865, en que tambien se casa una sentencia como contraria á la Nov. Recop. y al Fuero, á varias leyes del Derecho romano, y á la Modificacion de fueros de aquella provincia, consignada en la citada ley de 16 de Agosto de 1841.

Alguna vez, ademas de las leyes generales de aquel territorio, se han aplicado á determinados casos sobre servidumbres urbanas, las ordenanzas municipales que rigen allí desde el año 1786, y aún se ha anulado por el Tribunal Supremo una sentencia, por ser contraria al derecho especial del país (S. 30 Junio 1859). No nos detenemos más respecto á Navarra, y pasaremos á decir pocas palabras de los fueros de las provincias Vascongadas.

Los de Álava y Guipúzcoa son puramente de un orden político y administrativo, pues en cuanto al derecho civil y privado se rigen aquellas provincias exentas por la legislacion general de Castilla; pero no sucede lo mismo en Vizcaya, donde se juzga por su Fuero particular, vigente en aquella provincia, segun dispone el art. 1.º de la ley de 25 de Octubre de 1839; estableciéndose en la 3.ª, tít. XXXVI del mismo Fuero, que cuando no haya ninguna disposicion foral por la que pueda resolverse algun pleito sobre bienes raices, se determine por las del reino (S. 2 Marzo 1861); y que lo mismo debe hacerse en los casos dudosos. S. 28 Junio 1862.

Se aplica pues el Fuero constantemente, pudiendo verse esto confirmado en las S. 23 Febrero 1860, y 27 Octubre, 26 Noviembre 1861, 28 Junio 1862 y 31 Diciembre 1864. Tan obligatorias son las disposiciones forales, que para que pueda regir el derecho comun respecto á bienes raices de un aforado de Vizcaya, es necesario que con arreglo á la citada ley 3.ª, título XXXVI de los mismos fueros, se haga constar que aquellos bienes radican en punto donde no tiene fuerza la legislacion foral (S. 16 Marzo 1865). Tambien rige dicho Fuero en la tierra de Infanzon, y por él se regulan los derechos relativos á los bienes situados en aquel territorio ó distrito. S. 28 Noviembre 1867.

Respecto á la provincia de Guipúzcoa, sólo puede prevalecer sobre la ley general aquella costumbre que se justifique haber tenido la aprobacion del *señor de la tierra*, y que se han dado juicios sobre ella. S. 19 Diciembre 1859.

En cuanto á las Islas Baleares, suele aplicarse el derecho romano como legislacion comun, y rige este siempre en materia de sucesiones testamentarias. S. 12 Octubre 1868.

Por no haber recaido acerca de él ninguna decision del Tribunal Supremo, no nos ocupamos del fuero denominado del Baylio, de que trata la ley 12, tit. IV, lib. X, N. R., conforme al cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio ó adquieren por cualquiera razon, se comunican y sujetan á particion como gananciales; fuero que debe observarse en Alburquerque, Jerez de los Caballeros y demas pueblos donde se hallaba en uso al expedirse la real cédula de 20 Diciembre 1778.

Dada esta breve idea de las doctrinas que más directamente pueden tener relacion con la materia de este título preliminar, pasamos ya á tratar de las sentadas por el Tribunal Supremo acerca de los vastos ramos que abraza el derecho civil.

PORTE PRIMERA.

**DE LAS PERSONAS Y SUS DERECHOS, Y DE LA ADQUISICION,
GOCE Y TRASMISION DE ESTOS.**

LIBRO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

TÍTULO PRIMERO.

De la condicion y estado de las personas.

CAPÍTULO PRIMERO.

De los esclavos.

Siguiendo el orden que comunmente se observa en los tratados de derecho, vamos á ocuparnos en este libro de las doctrinas que se refieren más directamente á las personas, ó sea á su condicion y estado, su nacionalidad y vecindad, al parentesco, personalidad y capacidad jurídica, las consecuencias civiles del matrimonio, relaciones entre los cónyuges y entre padres é hijos, y de mas puntos íntimamente relacionados con las mismas personas individual ó colectivamente consideradas.

No quisiéramos tener que ocuparnos de aquellas á quienes especialmente se refiere este capítulo, las cuales para mengua de la humanidad ni aún el nombre de tales personas, sino de cosas, obtuvieron por espacio de muchos siglos: desearíamos que los tribunales españoles no se vieran en la dura necesidad de decidir litigios sobre la esclavitud, y sentimos no poder decir como un docto escritor de nuestros dias, que nos limitamos «á tratar de esta materia sólo bajo el punto de vista histórico, sin perder el tiempo en explicar lo que por fortuna ha desaparecido¹»; pero desgraciadamente la esclavitud no se ha abolido del todo en nuestra monarquía, pues subsiste aún en las posesiones españolas de América, con mengua de la civilizacion y del derecho; y muchos juzgados y tres audiencias del reino y una Sala del Tribunal Supremo tienen todavia que resolver cuestiones relativas á esta condicion de las personas; si bien es cosa notoria, que los esclavos de nuestras posesiones de las Antillas no sufren tan triste suerte como la han sufrido los de otros muchos paises, pues hasta gozan ciertos derechos civiles, y de la proteccion que constantemente les dispensan las benéficas leyes de Indias. Aunque pocas, tendremos pues que exponer algunas doctrinas relativas á los esclavos, autorizadas por la legislacion y la jurisprudencia, á pesar de las leyes prohibitivas de la *trata*; y serán algo incoherentes, porque en los años que han corrido desde que se empezó á aplicar la casacion á los asuntos judiciales de Ultramar, son muy contados los que han versado sobre dicha materia.

Habiendo una esclava comprado á su dueño la libertad del fruto que llevaba en su vientre hallándose en cinta, la Providencia quiso que diera á luz dos gemelos, y suscitóse litigio entre el síndico de los desgraciados siervos y el señor de la esclava, no sobre la libertad del primer gemelo de los nacidos, porque acerca de él no cabia duda, sino respecto del segundo; y la Sala de Indias, con una ilustracion y rectitud que le honra, declaró «que

¹ El Sr. Gutierrez en sus excelentes *Estudios fundamentales sobre el derecho civil español*.

segun los principios filosóficos y de derecho , aún cuando pudiera caber duda de si los dos gemelos habian quedado libres , debia estarse siempre en favor de la libertad»; y anuló la sentencia en que se habia decidido lo contrario. S. 12 Noviembre 1857.

Con posterioridad , habiéndose vendido unos esclavos que pertenecian á menores , se pretendió anular la venta , por no haberse celebrado en pública subasta y con las formalidades que establecen las leyes 60, tít. XVIII, P. 3.^a , y 18 , tít. XVI, P. 6.^a , respecto de los bienes inmuebles y alhajas de menores ; pero se declaró , que era válida aquella enagenacion , porque los esclavos no pueden reputarse bienes raices. S. 12 Mayo 1859.

Reclamóse la reivindicacion de uno de estos por haberse fugado , y se sostuvo por su defensor , que al declararlos siervos la audiencia , habia resuelto un caso dudoso en sentido contrario á la libertad , y por consiguiente , infringiendo la ley , mayormente cuando no constaba el dominio por un documento público ; pero desgraciadamente esta vez se vió precisada la Sala de Casacion de Indias á fallar contra los esclavos , declarando «que para que tenga aplicacion la ley 18, tít. XXII, P. 3.^a , como protectora de la libertad en casos dudosos , es necesario que en la sentencia haya habido discordancia ó empate en el número de votos de los jueces : que la 27, tít. XIV, P. 7.^a , no exige taxativamente *albalá* de compra ó donadio para que el señor pruebe su derecho sobre el siervo fugado ; y que por consiguiente , puede tambien utilizarse cualquier otro medio de prueba.» S. 26 Abril 1860.

Hay otra decision contraria á la libertad , en un litigio sobre la condicion de los hijos de una esclava , en que se declaró , que estos tienen que seguir la condicion de la madre , segun lo establecido en la ley 2.^a , tít. XXI, P. 4.^a S. 20 Diciembre 1864.

Por último , disputóse en otro juicio la libertad , de dos esclavas , á quienes se suponía que su ama ántes de morir habia ofrecido concedérsela en recompensa de sus buenos y leales servicios ; pero la cuestion se redujo á hechos , y la audiencia no creyó justificada la promesa ; por lo cual , aunque se invocó en casacion la doctrina de la regla 1.^a , tít. XXXIV, P. 7.^a , de que «todos los juzgadores deben ayudar á la libertad , porque es

amiga de la natura,» se declaró que no era aplicable al litigio, «porque dicha regla consigna un principio genérico, que no podia aplicarse al caso concreto expresado, y de hacerlo, se ofenderia un verdadero derecho.» S. 20 Diciembre 1860.

Tales son las doctrinas que tenemos que exponer sobre esta odiosa materia; y afortunadamente, no volveremos á ocuparnos de ella más que una sola vez en el curso de nuestra obra (en el cap. 3.º, tit. II, lib. V), porque no se han suscitado hasta ahora nuevas cuestiones sobre lo que deseamos que pronto llegue á ser histórico en América, lo mismo que, gracias á los adelantos de la civilización cristiana, lo es ya en todos los restantes dominios de España.

CAPÍTULO II.

De los españoles, extranjeros, transeuntes, domiciliados y vecinos.

La cualidad de español y de extranjero, definida en la Constitución de la monarquía y en el real decreto de 17 de Noviembre de 1852, puede tener mucha influencia en el goce de los derechos políticos y civiles, y por eso debe ser motivo de exámen en nuestro trabajo. Nada ha definido directamente la jurisprudencia sobre la cualidad de español, siq̄ duda por no ser necesario, atendido el texto expreso de la ley fundamental y del decreto citado; pero explica en algunas ocasiones la de extranjero, interpretando ó aclarando algunas de las disposiciones del mismo real decreto.

El primer requisito necesario para ser reputado extranjero y gozar de los beneficios inherentes á esta cualidad, es el hallarse inscrito en el doble registro que, con arreglo á la legislación vigente, ha de haber en los gobiernos civiles de provincia y en los consulados de las respectivas naciones. Los que no se hallen, pues, matriculados como transeuntes ó como domiciliados en ambos de estos registros, no deben, con arreglo al artículo 12 del citado real decreto, ser considerados como extranjeros bajo ningun concepto legal (S. 24 Marzo y 8 Mayo 1858;

13 Mayo y 1.º Agosto 1859); y no puede admitirse como supletoria la inscripcion en el respectivo consulado de otro punto en que anteriormente haya residido el extranjero, porque esto falsearia el espíritu de las disposiciones vigentes, y contra las mismas podrian los extranjeros atribuirse, ya la cualidad de vecinos, ya la de domiciliados ó transeuntes, segun más acomodase á sus intereses ó fines particulares (S. 17 Diciembre 1863). Tan precisa es la inscripcion en la matricula del consulado respectivo y del gobierno civil de la misma provincia en que el extranjero reside ó haya de residir, como que de otro modo, atendido el espíritu del citado decreto, no se concibe la necesidad y conveniencia de hacerse constar el domicilio en donde no habia de tenerse, ni se llenaria el objeto de la confrontacion del registro, establecida en los arts. 10 y 11 del mismo decreto, si no hubiera de residir el extranjero en la provincia en cuya matricula se inscribiese. Así, pues, atendidos estos principios, el extranjero que cambia de provincia, y no cuida de que se inscriba su nombre en el gobierno de aquella á donde se traslada, no tiene derecho á que se le considere como tal extranjero. S. 4 Junio 1866.

No ha dejado de haber algunas dudas sobre la exacta calificacion de domiciliados y transeuntes, y se ha declarado que son tenidos por tales, segun el art. 3.º del citado real decreto, los extranjeros que residen en España sin carta de naturaleza, ó que no han ganado vecindad (S. 17 Diciembre 1863). Tambien se ha explicado la circunstancia de transeuntes, declarándose, que lo es el extranjero que viene á estos reinos de paso, sin ánimo de permanecer en ellos. S. 14 Noviembre 1859.

Cuestiones se han suscitado tambien sobre la verdadera cualidad de los hijos de extranjero, residentes en España. Segun el espíritu y la letra del art. 5.º de la Constitucion, el texto explícito del art. 27 del mismo real decreto de 1852 y las disposiciones especiales que reglan las diversas carreras del Estado, solamente los españoles son admisibles á ellas y pueden obtener cargos y empleos públicos; y aunque los hijos de un extranjero, que hayan nacido en España, deben mientras estén bajo la patria potestad, seguir la condicion de su padre, pierden despues la

ualidad de extranjeros y adquieren la de españoles, si optan por algun empleo ó cargo público, en razon á que en España, como acabamos de indicar, únicamente los españoles pueden obtenerlos; y una vez adquirida la cualidad de ciudadano español, no se pierde por la sola voluntad del interesado, hallándose dentro de España. S. 16 Julio 1860.

No sucede lo mismo respecto de las viudas de súbditos extranjeros, pues si están inscritas en las expresadas matrículas del gobierno de la provincia y del consulado de su nacion, tienen derecho á que se las considere como extranjeras para todos los efectos legales. S. 15 Febrero 1862.

Algunos españoles, sólo por el hecho de haber estado expatriados cierto tiempo, han pretendido hallarse bajo el pabellon de otra nacion, y ser por tanto reputados como extranjeros, estando dentro de España; pero el que se encuentra en ese caso, aunque haya vuelto al reino con pasaporte de la legacion de una nacion extranjera, no está comprendido en el art. 1.º del mencionado decreto, ni por consiguiente puede ser considerado como extranjero, mayormente si por otra parte se titula vecino del pueblo en que reside, y como tal disfruta de los derechos civiles y políticos que corresponden á los españoles. S. 26 Junio 1860.

Ya hemos dicho, cuáles son los extranjeros que se consideran como transeuntes y domiciliados, únicos que con arreglo á las leyes gozan de los beneficios de tales extranjeros; mas falta ahora determinar, cuáles son reputados por vecinos, y para esto no nos ocuparemos del exámen de la ley 8.ª, tit. XI, lib. VI, N. R., del párrafo 5.º de la 9.ª, ni de la nota 10 del mismo titulo, en que se establecen los requisitos necesarios para que un extranjero adquiriera vecindad en el reino, porque nuestro objeto no es la explicacion de las disposiciones legales, sino sólo la exposicion de las doctrinas de jurisprudencia. En este concepto, nos limitamos á consignar, que segun la ley 3.ª de dicho titulo y libro, entre las circunstancias que acreditan estar los extranjeros avecindados en estos reinos, es una la de morar en ellos con casa poblada por diez años, la de arraigarse comprando y adquiriendo bienes raíces y posesiones, y la de tener cargos de cualquier género que

sólo pueden usar los naturales (S. 14 Noviembre 1859); y no obsta para que sean tenidos por vecinos, el hallarse inscritos en los registros extranjeros. El habitar uno de estos en España, teniendo en ella su domicilio y viviendo sobre sí, ocupándose, por ejemplo, en negocios y contratas de obras públicas, y el solicitar y obtener que se le tenga por vecino, son tambien circunstancias que prueban de un modo indudable la vecindad de los extranjeros. S. 29 Agosto 1861.

En la acepcion comun hay mucha diferencia entre domicilio y vecindad, pues lo primero lo constituye la residencia en un punto determinado, aunque no haya propósito de permanecer en él, y la vecindad no se adquiere sino por actos externos y directos; y aunque no bien definidas legalmente las dos cualidades de domiciliado y vecino, tambien son muy diferentes, si no para todos, para algunos de los efectos civiles. Las leyes del tit. IV, libro VII, N. R.; del tit. II, P. 3.^a, y del XXIV, P. 4.^a, que son las que principalmente tratan de esta materia, no han deslindado bien dichas cualidades, y es, por consiguiente, preciso recurrir á las disposiciones modernas, que son las reales órdenes de 20 de Agosto de 1849, y 30 de Agosto de 1853, y á las aclaraciones consignadas en la jurisprudencia.

Segun ellas y por regla general, se entiende domicilio legal el punto donde habitualmente se reside, mientras no se manifiesta intencion de abandonarlo; debiendo advertirse, que al declarar el art. 2.^o de la citada real órden de 1849, como domicilio de todo español, ademas del pueblo de su nacimiento y residencia, aquel á que se trasladare libre y voluntariamente, se refirió en esta última parte de su disposicion, á la traslacion material y efectiva. S. 27 Noviembre 1862, y 18 Agosto 1864.

Todos tienen una absoluta libertad de cambiar su domicilio á donde les parezca conveniente, sin más obligacion que la de declarar *expresamente* su voluntad de avecindarse, al alcalde del pueblo donde trate de fijar su nueva residencia, con arreglo á las citadas reales órdenes; y no obsta contra esta declaracion, el continuar inscrito en las listas electorales del antiguo domicilio, ni aún la circunstancia de ser juez de paz del mismo (S. 8 Mar-

zo 1859, y 26 Marzo 1861). Es, pues, precisa dicha manifestacion expresa ante la autoridad local de la nueva residencia, y no basta para que se repute trasladado el domicilio, la expresion que acerca de la vecindad se haga al otorgarse un testamento (S. 18 Noviembre 1859). Pero vemos, sin embargo, una decision del Tribunal Supremo, segun la cual puede suplirse dicha manifestacion expresa de un modo *presunto* é implícito, aunque eficaz, por el hecho de la residencia habitual con casa abierta por más de un año, siempre que se acredite que efectivamente se conserva, como la misma real disposicion previene (S. 10 Mayo 1867). No están, pues, enteramente acordes esta última declaracion y las anteriores, acerca de la manifestacion expresa ante la autoridad local del pueblo á donde se traslada el domicilio; y se necesita por consiguiente que la jurisprudencia uniforme el sentido de la citada real órden de 20 de Agosto de 1849.

Puede contribuir, sin embargo, á esclarecer algo este punto, la doctrina consignada en un fallo (de 24 Enero 1868), de que para entenderse legalmente que un incapacitado traslada su domicilio, es circunstancia indispensable que su curador manifieste *formalmente* su voluntad ante la autoridad local de su nueva residencia, sin que baste para suplir este registro el que dicho curador tuviese ya su domicilio en el mismo punto á que el incapacitado se traslade.

Pudiera creerse que la vecindad á que se refiere dicha real órden de 1849, es para todos los efectos civiles; pero esta real disposicion, de aplicacion política y administrativa, si bien alguna vez ha causado efecto civil, en cuanto á entenderse con arreglo á ella el domicilio en las cuestiones sobre fuero jurisdiccional, no puede tener trascendencia para el efecto de ser testigo en los testamentos (S. 6 Febrero 1866, y 17 Enero 1868). Por consiguiente, la vecindad, respecto de los que intervienen en estos actos importantes, no puede determinarse por las prescripciones de dicha real órden.

Si alguno es, segun sucede con frecuencia, vecino, contribuyente y elector en dos poblaciones, como para los efectos jurídicos no debe haber más que una sola vecindad, se entiende por

esta el lugar en que se tenga casa abierta, pagando la contribucion de consumos al verificarse el acto de la conciliacion, sin que conste la intencion de trasladar aquella á otro pueblo, expresada conforme á lo que determina la citada real orden de 1849 (S. 7 Agosto 1862); pero si subsiste la supresion de este impuesto, no puede tener aplicacion la expresada doctrina.

El domicilio del marido lo es tambien de la mujer (S. 31 Mayo 1854), mientras no haya declaracion de divorcio (S. 10 Junio 1868); el de un empleado, el pueblo donde desempeña su empleo ó cargo (S. 28 Julio 1854 y 29 Setiembre 1864); y el de un testador, el lugar donde tenia su establecimiento y bienes, aunque accidentalmente haya fallecido en otra parte. S. 9 Noviembre 1860.

Las sociedades mercantiles, ya sean anónimas, ya de cualquiera otra naturaleza, necesitan tener su domicilio legal; y por punto general se entiende éste, el que se haya fijado en sus estatutos, aunque tengan agentes en otras partes para celebrar sus contratos (S. 15 Febrero 1860 y 15 Mayo 1861); pero cuando una sociedad tiene dos casas de comercio en dos distintos pueblos, merece la preferencia respecto á la jurisdiccion, el juez que previene primero, y no puede tomarse en cuenta la vecindad de los socios. Así lo declara la sentencia de 25 Octubre 1862. Pero en nuestro concepto, y creemos que este habrá sido tambien el espíritu de dicha decision, sólo podrá seguirse esta regla respecto de las sociedades comunes, ó bien cuando faltándose á un requisito esencial, se haya omitido en una sociedad mercantil el fijar en el contrato de su formacion el domicilio legal de ella, que no puede ser más que uno, pues de lo contrario daría lugar á complicaciones y tal vez á fraudes que deben evitarse.

CAPÍTULO III.

De los eclesiásticos regulares.

La division de las personas en seglares y eclesiásticas, apenas ofrece algun motivo de diferencia, como no sea con relacion al fuero; pero entre las personas eclesiásticas, unas corresponden

al estado secular y otras al regular; y si bien las de la primera clase se hallan en el pleno uso, si no de todos los derechos políticos, de los civiles, del mismo modo que los seglares, los eclesiásticos regulares por regla general carecen de ellos, salvas las modificaciones emanadas de su secularizacion.

Los religiosos de ambos sexos que la obtuvieron á consecuencia de la extincion de las órdenes religiosas, fueron rehabilitados en el goce de todos sus derechos civiles, en virtud de lo dispuesto en la ley de 29 de Julio de 1857 (S. 10 Octubre 1857). Este es el principio general; pero de él ha querido derivarse la extraña consecuencia, de que rehabilitados los secularizado, en sus derechos, quedaron sin efecto los actos civiles anteriores á su profesion sobre disposicion y renuncia de sus bienes; y concretándonos ahora al objeto de este capítulo, y sin perjuicio de ampliar la exposicion de las pocas doctrinas que encontramos referentes á las disposiciones testamentarias, cuando directamente tratemos de esta materia, debemos consignar aquí una declaracion, relativa al ejercicio de los derechos civiles generalmente considerados; á saber, que el decreto de las Córtes de 22 de Julio de 1822, restablecido en 27 de Enero de 1857, segun su espíritu y letra, no pudo invalidar los actos anteriores á la profesion religiosa, porque determinó expresamente, que la rehabilitacion que concedió á los secularizados se entendiera desde la fecha de su secularizacion, sin que tuviese efecto retroactivo, con relacion á derechos adquiridos por parientes ó extraños ántes de la época expresada, no obstante cualesquiera renunciaciones ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias cuando entraron en religion. S. 4 Diciembre 1863.

Tambien se ha puesto en duda, sin el menor fundamento, la capacidad de los eclesiásticos regulares para adquirir, suponiéndose, que con arreglo á los artículos 30, 31 y 41 del Concordato de 17 de Octubre de 1851, quedó sin efecto la citada ley de 29 de Julio de 1857; pero está declarado, que estos artículos no han introducido novedad alguna relativa á la capacidad de aquellos para adquirir como individuos, y que tampoco han derogado el

derecho de sucesion en los bienes hereditarios. S. 4 Octubre 1860.

Todavía se ha suscitado despues otra cuestion sobre el mismo punto; pero nada ha resuelto directamente acerca de ella la jurisprudencia, aunque sí una disposicion real concordada.

En efecto, habiendo una monja exclausturada adquirido por compra ciertos bienes en 1853, y sido autorizada por su prelado para disponer de ellos, trató de fundar un convento, y parece los aplicó á este objeto; mas á su muerte en 1861, sus herederos ab-intestato sostuvieron en un litigio, que aunque la citada ley de 1837 concedió á los religiosos de uno y otro sexo todos los derechos civiles correspondientes á los eclesiásticos seculares, restablecida despues por el Concordato la antigua disciplina de la Iglesia sobre este particular, y siendo los mismos los votos que se hacen al entrar en el claustro, y uno de los principales el de pobreza, no existia ya el motivo que habia habido para conceder á los eclesiásticos regulares la facultad de adquirir bienes; y que por otra parte, habiendo contradiccion entre esta capacidad y su profesion y la renuncia de sus bienes, derechos y acciones, debia deducirse que no podian tenerlos de ningun género. De desear era que se hubiese resuelto directamente esta cuestion, para confirmar las doctrinas consignadas en las citadas decisiones de 4 de Octubre de 1860, y 4 de Diciembre de 1863; pero en el litigio á que aludimos vino aquella á reducirse en último resultado á hechos, denegándose la declaracion de abintestato que pedian los demandantes, y disponiéndose que los bienes de dicha monja quedasen á disposicion del diocesano, para que pudiera darles la inversion á que se hallaban destinados. Esta ejecutoria fué revisada en casacion; pero quedó firme, porque el Tribunal Supremo estimó que, cualquiera que fuese la disciplina vigente á la sazón en España, respecto á la facultad de adquirir bienes, administrarlos y disponer de ellos las religiosas profesas, ya se atiende á los decretos del Concilio de Trento, ya á las disposiciones de la citada ley de 29 de Julio de 1837, ó ya al mencionado Concordato, la principal cuestion ventilada en el pleito habia quedado reducida, como ya hemos indicado, á hechos, los cuales habian sido apreciados por la audiencia, segun la prueba, sin calificar el punto

jurídico (S. 28 Junio 1866): de manera que no fué confirmada la doctrina que se desprende de la citada sentencia de 4 de Octubre de 1860; y únicamente podemos añadir, aunque no tenga relacion íntima con el mismo punto, que habiéndose cuestionado sobre si los jesuitas pudieron obtener válidamente una donacion en el año de 1825, en que este instituto estaba autorizado por la ley, se declaró, como era justo, que hallándose la Compañía de Jesus en condicion de poder adquirir bienes raices en dicha fecha, fueron válidas las donaciones que entónces se le hicieron. S. 26 Marzo 1845.

Expuestas estas doctrinas, que son las que hallamos dignas de mencion acerca de los derechos civiles de los eclesiásticos regulares, creemos oportuno para evitar errores, hacer mencion de la importante declaracion publicada sobre esta materia por un real decreto de 25 de Junio de 1868. Sin duda por considerarse todo lo relativo á este particular como una consecuencia del Concordato, no ha sido aquella objeto de una ley, sino sólo de una resolucion real, expedida de acuerdo con el Nuncio de Su Santidad; pero, como quiera que sea, los puntos que en ella se deciden son de tanta importancia, que hemos creido conveniente referir su contenido, porque en adelante deberian sujetarse á él y no al resultado de las doctrinas expuestas, todas las cuestiones relativas á la disposicion y adquisicion de bienes de las religiosas profesas, si no fuese por haber sido recientemente derogado.

Decláranse, pues, válidos y subsistentes en dicho real decreto todos los actos de dominio que aquellas hayan ejercido individualmente á consecuencia de las disposiciones de la citada ley de 29 de Julio de 1837, desde su publicacion hasta la fecha de dicho decreto, debiendo producir todos los efectos legales. Igualmente, se ha declarado, que salvo el derecho de las comunidades para adquirir y poseer segun las leyes canónicas y los convenios con la Santa Sede, no podrán en adelante adquirir individualmente bienes de ninguna especie dichas religiosas; y que serán nulas, de ningun valor ni efecto todas las adquisiciones que ilegalmente hicieren. Resolvióse ademas, que en el término de tres meses pudieran las mismas disponer libremente de los bienes que

hasta la publicacion del decreto citado hubieran adquirido en virtud de la misma ley de 1837, produciendo todos sus efectos legales los actos de dominio que durante este plazo ejerciesen; y por último, que los bienes de que no dispusiesen en el término expresado, pasasen por ministerio de la ley á las personas que legalmente estuviesen llamadas á obtenerlos, si las religiosas hubieran fallecido sin testar, y en la forma establecida para tal caso por derecho.

Como se ve, esta real disposicion se concreta á negar todo derecho de disponer y adquirir las monjas profesas, y nada resuelve ni declara respecto de los eclesiásticos regulares que existen aún, los cuales, por consiguiente, deberán continuar en el ejercicio de sus derechos bajo la influencia de las doctrinas que ántes dejamos expuestas, y de las que expondremos respecto de la testamentifacion. Pero en el mismo caso se hallan igualmente las monjas, pues por decreto del gobierno provisional de 15 de Octubre de 1868, fué derogado el ya referido de 25 de Julio, y se restableció en su fuerza y vigor el art. 38 de la ley de 29 de Julio de 1837, que concedió individualmente á aquellas, siendo profesas, el derecho de adquirir.

CAPÍTULO IV.

De la incapacidad mental para el ejercicio de los derechos civiles.

En este lugar debiéramos ocuparnos de los pródigos, á quienes el derecho considera incapacitados y por lo tanto inhábiles para el uso de sus derechos; pero la jurisprudencia no ha llegado á sentar doctrinas sobre esta materia de un modo solemne y que pueda servir de norma; por lo cual nos limitaremos á tratar sólo de los que se hallan mentalmente inhábiles para ejercer por sí mismos sus derechos civiles. Nuestra legislacion es muy lacónica sobre este punto, pues sólo determina con frases vagas la incapacidad intelectual que priva del ejercicio de ciertos derechos. «El que fuere salido de memoria..... mientras que fuere

desmemoriado,» es la locucion con que la ley 13, tit. I, P. VI, define el estado y período en que una persona se halla incapacitada. Es verdad que dificilmente puede la ley hacer más, sin el peligro de convertirse en casuista; y por lo tanto la mayor parte de las cuestiones quedan fiadas á la prueba y al recto criterio de los tribunales. La jurisprudencia no puede tampoco contribuir á concretar más aquella definicion; pero sin embargo, ha dictado algunas decisiones que pueden servir de norma.

No es permitido, con arreglo á la ley citada, hacer testamento *al salido de memoria, mientras que fuere desmemoriado*; y este estado de capacidad ó de ineptitud en que pueda hallarse una persona al tiempo del otorgamiento, es, como acabamos de indicar, un hecho sujeto á prueba, cuya apreciacion corresponde á la Sala sentenciadora (S. 7 Diciembre 1866). Esto mismo se consigna sustancialmente en otra decision (de 30 de Marzo 1867); pero añade, que al establecer dicha ley de Partida, que «el que fuere salido de memoria non puede fazer testamento mientras que fuere desmemoriado;» limitá su prohibicion al tiempo que dure la enagenacion mental, y por consiguiente deja expedito, cuando ésta cesa, el libre ejercicio de la testamentifaccion; de donde se deduce, que en cuestiones de esta naturaleza, el hecho esencial que debe servir de fundamento para la aplicacion de la ley, es el estado de aptitud intelectual en que la persona se hallase al celebrar aquel acto (S. 15 Octubre 1859, y 14 Mayo 1867). Es pues dicha aptitud un hecho fiado á la prueba y á su jurídica apreciacion, y por eso en el litigio á que se refiere la primera de las decisiones citadas, se estimó que cierto acto habia sido ejecutado por una persona en la plenitud de sus facultades intelectuales, y fué válido; aunque esa misma persona se vió privada de ellas en el momento de terminarlo.

Hay sin embargo sobre la manera de apreciar la prueba de la incapacidad una decision, que no deja de tener alguna importancia. La justificacion de que una persona ha permanecido determinado tiempo en un establecimiento de dementes, puede producir la presuncion de que se hallase durante el mismo período en estado de demencia; pero esto último no basta, sino que por el

contrario, exige para ser debidamente apreciado y producir sus importantes consecuencias legales, una prueba especial y directa. S. 14 Febrero 1865.

Háse sostenido y se ha pretendido elevar á doctrina jurídica, que «el demente no puede ejercer ningun acto civil sin prévia rehabilitacion;» pero esto no puede admitirse de un modo tan absoluto como doctrina legal; ántes por el contrario, en algunos casos seria opuesto á la citada ley de Partida, la cual limita la prohibicion de testar, sólo al tiempo en que el imposibilitado padezca la privacion de su inteligencia, sin someter la calificacion de su aptitud á una rehabilitacion prévia, y le faculta para que use de su libre voluntad en los lúcidos intérvalos en que recobre la razon. S. 30 Marzo 1867.

Aunque dicha ley y las decisiones que hemos mencionado se concretan, literalmente consideradas, al acto civil de la testamentifacion, creemos que no haya motivo para dudar, que igualmente son aplicables en su espíritu y esencia á cualquiera otro acto civil, para el cual no esté bajo otro concepto incapacitada la persona de que se trate.

Es sabido que la que se halle mentalmente inhábil necesita del cuidado de un curador ejemplar, sobre cuyo nombramiento previene el art. 1243 de la Ley de Enjuiciamiento, que ha de hacerse por el juez del domicilio del que lo necesitase, luego que tenga noticia de su incapacidad, debiendo preceder con arreglo al art. 1244 justificacion cumplida de esta circunstancia; pero no exige la ley como requisito esencial para esta prueba, el reconocimiento de facultativos, y por lo tanto los jueces pueden prescindir de él en los casos en que no lo crean necesario. S. 28 Diciembre 1865.

Para los efectos de la curatela se equiparan los incapacitados á los menores de veinticinco años y mayores de catorce, segun la ley 13, tit. XVI, P. 6.^a; y si bien esta prohíbe el nombramiento de curadores hecho en testamento, exceptúa el ejecutado por el padre; nombramiento que siempre debe ser confirmado por el juez, si entendiere que es en beneficio del menor ó persona imposibilitada; y aunque se ha puesto alguna vez en duda la eficacia de

dicha ley de Partida, por creerse derogada por la de Enjuiciamiento, se ha declarado que lejos de estarlo, ha sido confirmada en el art. 1231 de esta, pues se previene en él, que los curadores nombrados por el padre obtengan el discernimiento del cargo en los términos que este haya establecido. S. 13 Noviembre 1868.

Dicho cargo de curador ejemplar es personalísimo, como todos los que le son análogos, y por consiguiente no se puede delegar ni sustituir; pero si el curador de un demente confía el inmediato cuidado y asistencia de este y la administracion de sus bienes á una tercera persona, no puede presumirse por esto que la ha desamparado, ni que ha abandonado el cargo, siempre que aparezca haberlo hecho en beneficio de la persona y bienes del demente, y para el mejor desempeño de todo aquello en que no sea absolutamente necesaria la presencia é intervencion del mismo curador. S. 22 Diciembre 1860.

CAPÍTULO V.

Del parentesco.

El estado de la familia y las relaciones de los individuos de ella por medio del parentesco que entre sí los une, tienen grande influencia en el orden civil, en el canónico y en el penal; pues en todos estos ramos del derecho hay disposiciones aplicables al parentesco con relacion á diversos actos de la vida. Pero limitándonos á la parte civil, única que nos incumbe examinar, consignaremos lo poco que la jurisprudencia nos ha ilustrado acerca de esta materia.

Ha sido alguna vez objeto de cuestion, quiénes deberán entenderse *parientes* para el efecto de distribuir entre ellos los bienes dejados por un testador á los que lo sean suyos, sin haber designado grados preferentes; y se ha declarado, que bajo la denominacion de tales parientes deben considerarse los que comprende y reconoce la ley de 16 de Mayo de 1835 (S. 26 Junio 1854); es decir, los que se hallan dentro del décimo grado, igualmente que los cónyuges, segun la 6.^a, tit. XIII, P. 6.^a, y la misma ya

citada de 1835 (S. 28 Junio 1862), la cual, segun otra declaracion (de 15 Enero 1867), tiene aplicacion retroactiva respecto al derecho que da á los expresados parientes para suceder abintestato.

Se ha suscitado tambien cuestion juridica, sobre la verdadera acepcion de las palabras *primo* y *prima*, para la distribucion de legados hechos á los que tuviesen este parentesco con el testador; y la jurisprudencia ha entendido sobre este punto (S. 29 Octubre 1861), que la expresion de primo es genérica; que bajo esta denominacion se comprende, no sólo á los hijos del hermano del padre y de la madre, sino tambien á los siguientes en grado; y que cuando un testador hace un legado á *todos* sus primos, con la palabra calificativa que queda señalada, manifiesta claramente su voluntad de agraciar con él á los de las diferentes clases, pues teniendo cada una de estas su nombre especial, si hubiese querido hacer alguna diferencia, la habria expresado.

Ha habido, finalmente, controversia sobre si se ha de usar la computacion civil ó la canónica para la aplicacion de derechos á los que sean parientes dentro de cierto grado; y como no hay ley ni doctrina legal que establezca la canónica para hacer dicha graduacion, se ha declarado que cuando los testadores no prefieren una á otra, no puede por lo mismo suponerse contrariada su voluntad, ni infringida su última disposicion, computándose civilmente el parentesco conforme á las leyes del reino. S. 29 Noviembre 1861.

Escasa es, como al principio dijimos, la enseñanza que nos da la jurisprudencia sobre esta materia, y quedan por resolver muchas cuestiones que acerca de ella pueden promoverse; pero al ménos ha consignado doctrinas claras y terminantes que resuelven quiénes deben entenderse parientes, quiénes se reputan primos cuando no se usa de una expresion limitativa, y los casos en que ha de prevalecer la computacion civil sobre la canónica; resoluciones y doctrinas que de seguro evitarán no pocos litigios de los más funestos, que son los que se sostienen entre las familias sobre derechos de sucesion.

CAPÍTULO VI.

De la ausencia y de la presuncion de muerte de las personas.

La ausencia de las personas y la presuncion legal de su muerte producen á veces efectos trascendentales respecto á la adquisicion y goce de los derechos civiles, y á la manera de obtenerlos por medio de los trámites procesales. Es, pues, esta materia de suma gravedad por las consecuencias que de ella pueden deducirse, y ha sido prevista en todos sus pormenores y circunstancias por el nuevo proyecto de Código Civil; pero en nuestra legislacion positiva pocas son las leyes que á ella se refieren. Tampoco la jurisprudencia ha tenido ocasion de hacer muchas declaraciones sobre un punto tan importante del derecho; y así brevemente habremos de exponer, lo poco que con referencia á las leyes de Partida se consigna acerca de este punto en algunas decisiones.

Quando se trata de una persona largo tiempo ausente y de ignorado paradero, se entiende probada su defuncion, acreditando que ha cumplido la edad de cien años, por ser esta la vida máxima que, según la ley 26, tit. XXXI, P. 3.^a, se debe presumir en casos de incertidumbre. Tambien es prueba de muerte, según la ley 14, tit. XIV de la misma Partida, cuando tratándose de una persona que se supenê difunta, más há de diez años *en extraña é luenga tierra*, se acredita que esto es fama en el lugar, y que públicamente dicen todos que es muerta; y cuando no concurren todas estas circunstancias, no basta, con arreglo á la citada ley 14, la prueba de la fama, sino la de testigos que hayan visto al muerto y su enterramiento. Pero es costumbre usada de antiguo y fielmente guardada, que cuando se ignora el paradero y, por consiguiente, la existencia de una persona largo tiempo ausente ó desaparecida, y no existen aquellas pruebas, ni los testigos de vista que se han indicado, se otorgue bajo fianza la administracion judicial de los bienes del ausente á los parientes más

próximos que tendrían derecho á heredarle abintestato. S. 15 Diciembre 1864.

Coincide tambien con esta doctrina legal, y aún reitera parte de su contenido, la de que no constando sino por fama pública la muerte de un ausente, y existiendo duda sobre ello, es conforme á la citada ley 14, fijar como época de su fallecimiento, la de diez años despues del dia en que corrió la noticia de haber naufragado. S. 28 Junio 1862.

Se ha declarado, finalmente, en corroboracion de esto mismo, que con arreglo á las disposiciones de dicha ley, cuando una persona ausente se supone muerta y han pasado diez años, es prueba de su defuncion, el acreditar que esto es fama en aquel lugar ó tierra, y que públicamente dicen todos que dicha persona ha fallecido. S. 27 Noviembre 1866.

Á estos breves conceptos están reducidas las declaraciones que ha hecho la jurisprudencia, sobre una materia que suele dar ocasion á cuestiones y litigios para la administracion y sucesion de los bienes de las personas ausentes que pueden creerse muertas.

CAPÍTULO VII.

De las personas jurídicas.

Al tratar de las personas, de su condicion, estado y demas circunstancias que influyen más ó ménos directamente en el goce de los derechos civiles, debemos ocuparnos tambien de otras entidades, colectividades ó agrupaciones que, por ser susceptibles de derecho, tienen tambien personalidad jurídica para reclamarlos y obtenerlos, bajo la representacion legal que les esté reconocida. La principal condicion que respecto de estas personas jurídicas se necesita, es que tengan alguna existencia legal, pues sin ella no son susceptibles de derechos, ni puede concedérseles, por consiguiente, personalidad para defenderlos y obtenerlos en juicio. El Estado, la Iglesia, las corporaciones legítimas, las municipalidades, las sociedades ordinarias ó comerciales é industriales, todo lo que constituye una colectividad legalmente institui-

da, debemos considerarlo propiamente como persona jurídica, sin que bajo este concepto comprendamos las verdaderas personas con aptitud para reclamar por sí sus derechos, ni las que por no hallarse en el pleno ejercicio de los civiles, necesitan que otros las representen legalmente. No tratamos, pues, en este momento de las personas en su acepción natural y propia, sino de lo que por ficción de la ley tiene la consideración de tal para los efectos civiles.

No es fácil enumerar todo lo que cabe bajo la denominación de persona jurídica, ni la jurisprudencia ha hecho declaraciones directas sobre ello; pero al admitirse en juicio y tener legítima representación las que vamos á mencionar, bien puede asegurarse que están autorizadas por derecho, así como otras muchas que omitimos por la imposibilidad de individualizarlas. El Estado, la Causa pública, la Hacienda, el Erario, el Tesoro, el Fisco, la Instrucción pública, todo cuanto constituye nuestra nación, ó los intereses generales del reino, siempre que estos representen derechos que puedan ejercitarse contenciosamente, se entienden persona jurídica, representada principal ó exclusivamente por el ministerio público, y nunca por los ayuntamientos. Además de embarazoso, porque ocuparía muchas páginas, sería inútil citar todas las decisiones de litigios donde están reconocidas esta personalidad y su representación legítima, y la de otras muchas entidades de que habremos de hablar; y nos limitaremos ahora á indicarlas. S. 26 Marzo 1845; 2 Abril 1855; 20 Setiembre 1864; 21 Abril 1865, y 17 Febrero 1866.

La Iglesia puede ser representada por un cabildo catedral (S. 29 Octubre 1863); por curas párrocos (S. 17 Febrero 1866); por hermandades y cofradías religiosas (S. 23 Febrero 1857, y 30 Abril 1866), pues es también una persona jurídica. Los pobres de una ciudad ó demarcación, los hospitales, hospicios y establecimientos benéficos ó caritativos constituyen asimismo la entidad de que tratamos, bajo la representación de la respectiva junta de beneficencia; y aunque alguna vez se les ha querido negar la personalidad, se ha declarado, que por el reglamento de 14 de Mayo de 1852, quedó á cargo de dichas corporaciones, creadas

por la ley de 20 de Junio de 1849, la administracion de los bienes pertenecientes á los mencionados establecimientos; y que su misma existencia legal prueba su personalidad jurídica (S. 28 Octubre 1859). Así se vé confirmado en varias sentencias, en que se les tiene por parte legítima, y entre otras, las de 7 Octubre 1852; 28 Marzo 1859, y 20 Setiembre 1864. Tambien son legitimamente representados los hospitales por sus administradores (S. 28 Diciembre 1861, y 21 Noviembre 1865); el comun de vecinos de un pueblo ó distrito municipal, por su alcalde, ó por el pedáneo, con arreglo á la Ley de Ayuntamientos (S. 11 y 13 Abril 1860; 13 Octubre 1865, y 9 Julio 1868); una comunidad de ganaderos, por los apoderados de ella (S. 17 Octubre 1865); una sociedad, por la persona autorizada para representarla, y no estándolo especialmente ninguna, por cualquiera de los socios (S. 14 Marzo 1865): finalmente, los albaceas representan la herencia, mientras permanezca yacente (S. 7 Junio 1862); y los síndicos de un concurso á los acreedores (S. 11 Abril 1864). Todos estos pueden servir como ejemplos de personas jurídicas, sin necesidad de detenernos á detallar expresa é individualmente todas las demas que reconoce el derecho.

Ha querido alguna vez ponerse en duda la personalidad jurídica de los PP. de las Escuelas Pías, suponiéndose, que como comunidad religiosa, sus bienes pertenecerian al Estado, y como establecimientos de instruccion pública, estarian sujetos á la desamortizacion; pero con mucho acierto, y á pesar del fallo de una audiencia que apoyaba aquel error, declaró el Tribunal Supremo, que por la ley de 5 de Marzo de 1845, el Instituto de dichas Escuelas volvió al ser y estado que tenia ántes del real decreto de 22 de Abril de 1834 y ley de 29 de Julio de 1837, quedando sujeto, en la parte relativa á la enseñanza, á las disposiciones generales sobre instruccion pública (S. 13 Setiembre 1867); de donde se deduce, que tiene personalidad propia para sostener sus derechos.

Pero no la tiene la mujer casada para presentarse en juicio, si no se halla autorizada por su marido, ó en su defecto, por el juez; punto del cual trataremos en el capítulo 2.º del siguiente título, referente á los efectos jurídicos del matrimonio.

TÍTULO II.

De los esponsales, contratos relativos al matrimonio y efectos jurídicos de este.

SECCION PRIMERA.

DE LOS ESPONSALES, CAPITULACIONES MATRIMONIALES, Y EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO, CON RELACION Á LAS PERSONAS.

CAPÍTULO PRIMERO.

De los esponsales y capitulaciones matrimoniales.

No es de los límites que nos hemos trazado en esta obra, el tratar del matrimonio bajo su aspecto más elevado, cual es el de Sacramento. Su celebracion sagrada, sus impedimentos, las causas de su nulidad y del divorcio, se rigen, como es sabido, por las leyes canónicas y ante la jurisdiccion eclesiástica, y no ocasionan, sino en puntos muy incidentales, controversias civiles. Por esta razon el matrimonio, bajo su aspecto sacramental, no está subordinado á las doctrinas de la jurisprudencia civil, ni es por tanto objeto de nuestro exámen. Pero con relacion á los contratos y capitulaciones, que suelen estipularse ántes ó á la vez de la celebracion del matrimonio, y tambien en cuanto á los efectos jurídicos de este, civilmente considerado, hallaremos mucha enseñanza en las doctrinas que constantemente proclama la jurisprudencia.

Antes de celebrarse el matrimonio es posible, aunque raro, contraerse esponsales, y sobre su cumplimiento promoverse un juicio contencioso; pero conforme á lo prescrito en la ley 18, título II, lib. X, N. R., no es admisible una demanda sobre esta clase de promesas, si no consta por medio de escritura pública. S. 7 Marzo 1861.

Celébranse tambien en ocasiones otros contratos prévios al matrimonio, que aunque frecuentes entre las clases más acomodadas, no ocasionan por lo comun cuestiones litigiosas, en que la jurisprudencia tenga que fijar sus doctrinas; salvo respecto á Cataluña, donde puede decirse, que son pocos los matrimonios que se contraen sin prévias ó simultáneas capitulaciones, y que no produzcan litigios. Muy comun es tambien en aquel territorio, comprender en esos contratos lo que llaman heredamientos; esto es, institucion de heredero para cuando los cónyuges tengan sucesion; pero de esta materia trataremos en su lugar más propio, que es cuando nos ocupemos de los testamentos y demas instituciones hereditarias, concretándonos ahora á lo que tiene más íntima relacion con el matrimonio y sus efectos inmediatos.

Acerca de este punto, la doctrina fundamental sobre estos contratos ó capitulaciones matrimoniales es, que en Cataluña son de naturaleza irrevocable, tanto en lo que se refieren á las cosas entre vivos, como en lo que se dispone de los bienes para despues de la disolucion del matrimonio por la muerte, si expresamente no se reservan los interesados el derecho de modificar ó alterar sus cláusulas (S. 28 Abril 1858). Puede tambien pactarse en ellos y establecerse válidamente, la prelación respecto de la sucesion de los bienes de los mismos consortes, en favor de los hijos de aquella union, sobre los de cualquiera otra posterior que alguno de ellos pudiera contraer; y tambien, que en esta primera sucesion sean preferidos los varones á las hembras, guardando el orden de primogenitura. Todos estos pactos son irrevocables, cuando se dispone por los otorgantes que sea nula y de ningun valor y fuerza cualquiera otra cosa que en lo sucesivo se ordene en contrario. S. 23 Marzo 1861.

La misma irrevocabilidad producen las donaciones que se hacen en estos contratos, pues lo donado en ellos, como acto bilateral y por causa onerosa, no puede ser derogado ni aún gravado por el donante, imponiendo al donatario ninguna carga, sin contrariar la Constitucion de Cataluña, ley 1.^a, tít. IX, lib. VIII, y el principio legal, acorde con la jurisprudencia, de que lo estipulado en un contrato entre vivos no puede ser destruido ni modificado por un acto de última voluntad. S. 27 Marzo 1865.

Esta misma doctrina de tan frecuente aplicacion en aquel país, se ha reiterado, declarándose, que segun la legislacion vigente en él y su jurisprudencia constantemente observada, las donaciones entre vivos y heredamientos hechos en dichas capitulaciones son irrevocables, si los contrayentes no se reservan la facultad de modificarlos, sin más limitacion que la de que no perjudiquen ó disminuyan las respectivas legitimas de los descendientes ó ascendientes; que por consiguiente, cualquiera otro acto ó disposicion posterior sólo puede tener validez en lo que no se oponga á lo establecido en aquellos contratos, y que no se entiende privado el donatario de disponer libremente de los bienes donados, sino cuando al otorgarse las capitulaciones se ponen condiciones restrictivas de tal naturaleza, que sean un verdadero gravámen de restitucion en favor de alguna otra persona. S. 19 Abril 1865, y 16 Diciembre 1867.

Si con motivo de las bodas hacen los padres en favor de sus hijos algun heredamiento ó donacion, es nulo y de ningun valor ni efecto é *irrito ipso jure*, segun la constitucion única, tít. II, lib. V, volúmen I de las vigentes en Cataluña, el instrumento que se otorgue por los hijos á favor de los padres, en disminucion ó perjuicio de dicho heredamiento ó donacion. S. 43 Febrero 1865.

Háse pretendido que, segun la jurisprudencia establecida por la audiencia de Barcelona, se tienen por nulas las capitulaciones matrimoniales de los hijos, aún cuando fueran mayores de edad al estipularlas, siempre que hayan sufrido lesion enorme ó enormísima; pero se ha decidido en sentido contrario, por no estar autorizada esta doctrina. S. 30 Enero 1864.

Á veces se hac en tambien en las capitulaciones de esta clase,

y lo mismo en Castilla, ciertas donaciones con motivo de las bodas; y en matrimonios concertados entre las clases elevadas se suele señalar por el esposo alguna cantidad anual á la esposa para sus gastos particulares, bajo el título de asignacion para *alfleres*. Como la ley 54 de Toro (3.^a, tít. III, lib. X, N. R.) establece incompatibilidad para que la esposa pueda hacer suya la donacion esponsalicia que su marido le ofrezca ántes de la celebracion del matrimonio, si á la vez le hubiere ofrecido arras, pues en tal caso no le es permitido hacer suyas ambas donaciones, sino que ha de elegir una, y esto dentro de cierto tiempo; se ha pretendido, que la asignacion indicada para *alfleres* es una donacion de las que dicha ley califica de incompatibles; pero se ha declarado, que esta clase de dádiva ó promesa no es más que la fijacion para un objeto dado, de parte de las cantidades que el marido se obliga á suministrar á su mujer para sus gastos personales, segun su estado, clase y riqueza, y que por consiguiente, dicha asignacion no puede calificarse de donacion esponsalicia, ni es por lo tanto de las comprendidas en la citada ley de Toro (S. 26 Noviembre 1862). Estas donaciones esponsalicias se constituyen con los bienes del marido; y los hijos, hasta el fallecimiento de este, carecen del derecho que pudieran tener para hacer ninguna reclamacion acerca de ellas. S. 10 Julio 1868.

Cuando los cónyuges hacen á sus hijos alguna donacion por causa de matrimonio y en concepto de adelanto de legitima, como esto es una deuda legal, debe naturalmente suponerse que cada uno de los donantes ha querido desprenderse de la parte proporcional á su patrimonio, y no puede por tanto tener aplicacion la ley 10, tít. I, lib. X, N. R., que dispone, que cuando dos se obligan, se entienda serlo cada uno por mitad. S. 8 Junio 1866.

En Aragon es tambien comun otorgarse capitulaciones matrimoniales, expresándose en ellas las cantidades y bienes que cada cónyuge aporta, y pactándose si quieren ó no conservar la propiedad de lo que respectivamente lleven, y si se sujetan ó no á la comunidad foral, de que más adelante trataremos. S. 5 Diciembre 1866.

CAPÍTULO II.

De los efectos jurídicos del matrimonio con relacion á la personalidad del marido y de la mujer.

Importantes y trascendentales son los efectos jurídicos del matrimonio; pero escasas sin embargo las doctrinas que acerca de ellos ha consignado la jurisprudencia. Recordaremos ante todo lo que dijimos en el título preliminar, á saber, que la legitimidad del matrimonio se presume siempre, como no haya completa prueba de lo contrario. S. 17 Julio 1848.

Ademas, y concretándonos á los efectos puramente civiles, el marido y la mujer deben vivir unidos, asistirse y socorrerse mutuamente, suministrando el primero á la segunda los alimentos y demas medios necesarios de subsistencia, y obedeciendo la mujer á su marido, sin permitirse abandonar arbitraria y voluntariamente su compañía y familia; y si aquella se fuga de la casa de aquel, continuando ausente de ella y con absoluta independencia del mismo, sin autorizacion de ninguna especie, las deudas y compromisos que en esta situacion ilegal haya contraido, no pueden afectar ni imponer obligacion al marido. S. 7 Enero 1868.

Cuando los cónyuges viven de consuno, se consideran en derecho como uno sólo persona, y son comunes entre sí tanto los provechos como las cargas (S. 3 Junio 1865); y esta union indisoluble se reputa subsistente para todos los efectos civiles, mientras que no recaiga sentencia firme por la cual se autorice la separacion (S. 8 Octubre 1866), aunque de hecho y por convenion privada, tácita ó expresa, vivan los cónyuges separados.

Aparte de los mútuos deberes á que los ligan tanto las leyes eclesiásticas como las civiles, los efectos jurídicos de más importancia del matrimonio son, en primer lugar, los que se refieren á las personas de los mismos cónyuges y de sus hijos, y en segundo término los relativos á los bienes, tanto peculiares de cada uno, como de la sociedad conyugal.

En cuanto al primer punto, la obligacion de mantener á la

mujer, como ya indicamos, incumbe en primer lugar y con preferencia á su marido (S. 16 Abril 1859, y 7 Enero 1868), el cual está revestido del carácter y autoridad de jefe de su familia y de los derechos y deberes que como á tal corresponden (S. 13 Octubre 1866), siendo administrador y representante legal, no sólo de la persona y bienes, sino de los derechos tanto ciertos como eventuales de la mujer. S. 3 Junio 1865; 23 Abril 1866, y 2 Junio 1868.

Á su cualidad de administrador legal de los bienes del matrimonio, se ha pretendido agregar la de *único* de los de la mujer, sin distincion alguna; pero teniéndose en consideracion las disposiciones legales y doctrinas que rigen acerca de los bienes parafenales ó extradotales, de que á su tiempo trataremos, no puede darse tanta latitud á la investidura de administrador que por punto general tiene el marido.

Así lo declaró el Tribunal Supremo en un fallo de 9 de Febrero de 1860; pero no podemos ménos de advertir aquí, como fieles intérpretes de sus doctrinas, que en otro posterior, de 13 de Octubre de 1866, del cual nos haremos cargo en el capítulo relativo á la dote, el mismo Tribunal ha dicho lo contrario, afirmando que el marido tiene el carácter de administrador *único* de los bienes de la sociedad conyugal.

Tambien es aquel, como padre de familia, el representante legitimo y defensor de sus hijos menores de edad, no pudiendo negársele el derecho y facultad de representarlos como administrador legal de su persona y bienes, ni el de reclamar y percibir cuanto á aquellos se adeude, de tal manera que son legitimos los pagos que en tal concepto se le hagan. S. 1.º Marzo 1866.

Como toda la personalidad jurídica está concentrada en el marido, la mujer casada, por el contrario, no tiene ninguna durante el matrimonio; como ya dijimos en el título anterior, ni puede con arreglo á la ley 55 de Toro, ó sea la 11, tít. I, libro X, N. R., celebrar contratos durante él, ni separarse de los celebrados, sin licencia de su marido (S. 12 Junio 1865); pero sin embargo, esta ley debe siempre entenderse y aplicarse en armonía con lo que dispone la 58 de Toro, que es la 14 del mismo

título y libro, sobre que el marido puede ratificar lo que su mujer hubiere hecho sin su licencia (S. 20 Noviembre 1867), y en combinacion igualmente con la 56 de Toro ó 12 del citado título y libro, pues si la mujer es menor de veinticinco años, no valen los contratos que hiciere, aun con licencia de su marido. S. 18 Setiembre 1862.

Tampoco puede la mujer casada, segun la ley 2.^a, tít. I, libro X, N. R., comparecer en juicio, ni aun admitir ó repudiar por sí sola una herencia que se le difiera por testamento ó abintestato (S. 3. Junio 1865); y aún para litigar sobre sus propios bienes, necesita la autorizacion expresa de su marido, no bastando á este fin el poder que le haya dado para que lo defienda en otros pleitos, sino que es necesario la faculte expresamente para presentarse en juicio en defensa de los propios bienes de la misma (S. 24 Setiembre 1861). Pero si el marido sin motivo fundado se negare á autorizar á su mujer, para que contrate y haga lo que legalmente no podria sin tal requisito, la autoridad judicial puede con arreglo á la ley 57 de Toro ó 15 del citado título y libro, compelerle á otorgarla con conocimiento de causa, supliendo su consentimiento, si se resistiese; y se entiende que se niega el marido á dar la autorizacion, cuando demandado para ello en acto conciliatorio, se opone y sostiene un litigio, pues entónces no puede decir que no ha sido compelido para conceder la licencia (S. 12 Mayo 1866). Es pues preciso siempre, para que el juez la otorgue, si excitado el marido se niega á darla, que para adoptarse esta determinacion haya una causa legítima ó necesaria; y no puede suponerse que esta existe, solamente por la separacion temporal de los consortes, ni por consecuencia del depósito interino de la mujer, decretado á su instancia como medida preventiva para intentar ó proseguir la demanda de divorcio; porque para privar al marido de la representacion y derechos que por las leyes le corresponden como jefe de la familia, y entre ellos el de comparecer en juicio en defensa de los de su mujer, es indispensable que se declare así en ejecutoria, mediando para ello justos motivos. S. 14 Noviembre 1868.

Pero si la mujer comparece en juicio sin hallarse habilitada

para ello , y despues á peticion suya la autoriza al efecto el juez , quedá subsanada la falta de personalidad jurídica con que ántes compareció (S. 11 Noviembre 1861); y si es menor de edad y tiene que litigar con su marido , debe nombrar curador *ad litem* que la represente y defienda; nombramiento que es válido y legal si aquel no lo impugna. S. 14 Enero 1867.

CAPITULO III.

De la patria potestad.

Otro de los efectos jurídicos del matrimonio con respecto á las personas , es la patria potestad , que reside en el padre , y el cuidado , crianza y educacion de los hijos , que competen á ambos esposos. Acerca del primer punto , es bien sabido que con arreglo á la ley 2.^a , tit. XVII , P. 4.^a , el padre no ejerce dicha autoridad sobre los hijos naturales , sino solamente sobre los legítimos (S. 26 Abril 1866); y que segun dispone la 4.^a , tit. XX de la misma Partida , para que el padre ó la madre pierdan el *poderio* que *han sobre sus hijos* , es necesario que por *vergüenza* ó *cruelleza* ó *maldad* los desamparen siendo pequeños , echándolos á las puertas de las *Eglesias* ó de los *ospitales é de los otros lugares* , y que una vez así abandonados , no pueden despues volverlos á su poder. Pero esta ley , como de carácter penal y odioso , debe aplicarse segun sus literales palabras , sin darles mayor extension de la que en sí tienen ; por lo cual se ha sentado la doctrina , de que se infringe la citada ley , al declararse que por el abandono que una mujer ha hecho de su hija al tiempo de darla á luz , carece de derecho para reclamarla y tenerla en su compañía. S. 18 Setiembre 1865.

No nos detendremos ahora á explicar , cuándo y hasta qué edad deben los hijos estar en poder de la madre ó del padre para su crianza y educacion ; pero sí es nuestro propósito consignar , que al determinar la ley 3.^a , tit. XIX , P. 4.^a , los casos en que aquellos pueden respectivamente criarlos *é averlos en su guarda* , se refiere , como sus mismas palabras lo demuestran , á los habidos

en matrimonio, ya se hallen en la edad de la lactancia, ó ya despues, *si se parte el casamiento* por alguna razon derecha. Á pesar de la claridad de esta ley, se ha intentado alguna vez por un padre natural, privar á la madre del cuidado de su hija, y ha llegado á dictarse un fallo accediendo á ello; pero en casacion fué anulada, como era de esperar, tan injusta resolucioⁿ 1, sin perjuicio de la obligacion del padre natural de proveer á los alimentos de la hija; consignándose la sana doctrina ántes indicada, de que el padre natural carece de potestad, y añadiéndose que la ley 5.^a citada se refiere á los hijos legitimos y no á los naturales, y que ninguna disposicion legal priva á la madre del cuidado y educacion de los hijos de dicha clase, pues seria contrario á la naturaleza despojarla del objeto predilecto de su cariño maternal, cuando no puede dar lugar por su culpa á la especie de castigo que la ley impone á la mujer casada que ha dado causa al divorcio y pierde el derecho á tener consigo á sus hijos. S. 26 Abril 1866.

En la dependencia íntima de estos respecto á sus padres, mientras se hallan sujetos á su potestad, los hijos no tienen personalidad jurídica, sino con ciertas limitaciones, ni pueden celebrar contratos con su padre ni con otros sino en los casos permitidos por derecho; pero de esta materia, que se refiere á los efectos jurídicos del matrimonio con relacion á los bienes, nos ocuparemos al tratar del peculio de los hijos de familia.

Consecuencia es tambien de la patria potestad, que pueda el padre disponer para despues de su muerte con quién haya de estar su hijo, pues, segun la ley 19, tít. XVI, P. 3.^a, «el huérfano debe criarse en aquel lugar é con aquellas personas que mandó el padre en su testamento;» y por consiguiente el fallo que disponga lo contrario, infringe la citada ley. S. 1.^o Octubre 1866.

1 Lo más extraño es, que nombrados tres defensores de oficio á la madre contra quien se dictó la ejecutoria, todos se excusaron de defenderla ante el tribunal de casacion, por conceptuar ilegal su recurso; pero á pesar de ello, obtuvo la declaracion favorable que arriba mencionamos.

En cuanto á la extincion de la potestad paterna, sabido es que se pierde cuando el hijo ejerce ciertos cargos públicos enumerados por la ley de Partida; pero como estos, ó han desaparecido ya, ó se han modificado en el orden político y administrativo moderno, creándose otros por la actual legislacion, han nacido, como era de esperar, dudas acerca de los que eximen á los hijos de familia de la potestad patria; habiéndose declarado, que el empleo ó cargo público, que confiere jurisdiccion y atribuciones que imponen al que la ejerce la responsabilidad personal de sus actos, lo separa de la patria potestad, porque sujetándole ésta á la voluntad de otro, obstaría al libre desempeño de aquel, produciéndose una incompatibilidad legal; y que promulgadas para impedirlo, y por otras razones de interés público, las leyes 7.^a hasta la 14 inclusive del tít. XVIII, P. 4.^a, no puede dudarse que la doctrina expuesta es enteramente conforme al espíritu de las citadas leyes; ni tampoco que el cargo de alcalde está virtualmente comprendido entre los que estas enumeran, y libran de la patria potestad al que los obtenia. S. 11 Mayo 1866.

En cuanto á las hijas solteras, aunque accidentalmente residan fuera de la casa paterna, no puede decirse que hayan salido de la patria potestad. S. 21 Noviembre 1863.

CAPÍTULO IV.

De los hijos en general y de los legitimados por subsiguiente matrimonio.

Es tambien otro de los efectos jurídicos del matrimonio, y de mucha importancia y trascendencia con relacion á las personas, el de fijar la condicion de los hijos. No nos detendremos á tratar ahora de aquellos cuya legitimidad no puede dudarse, como son los nacidos durante el matrimonio, y los póstumos concebidos en el mismo tiempo; y nos limitaremos á exponer las doctrinas relativas á los legitimados por subsiguiente matrimonio; pero indicaremos ántes, que alguna vez se ha promovido en juicio la cuestion de legitimidad, por suponerse el nacimiento de un pós-

tumo en tiempo posterior al que la ley marca. Sin duda en este caso la prueba fué favorable á la legitimidad, y el fallo de casacion se limitó á declarar: que cuando con vista de partidas sacramentales, que son verdaderos documentos, la sala sentenciadora tiene por legitima la filiacion de una persona, no infringe la ley 115, tit. XVIII, P. 3.^a, porque ésta se refiere determinada-mente á las cartas otorgadas ante escribano, ni tampoco la 4.^a, tit. XXIII, P. 4.^a: que, no tratándose de la legitimidad de un hijo natural, no tiene aplicacion la ley de 14 de Abril de 1858; y que supuesta la legitimidad de la filiacion, no infringia la ley 1.^a, título XXII, P. 3.^a, ni la 3.^a, tit. XXVII de la misma Partida. S. 10 Setiembre 1864.

Conviene tambien, ántes de tratar de la legitimacion, exponer una doctrina generalmente aceptada por la jurisprudencia, á saber: que bajo la palabra *hijos* se entienden comprendidos los *nietos* y todos los descendientes, en lo que les es favorable, no sólo con arreglo á la legislacion de Castilla, sino á la romana, vigente en Cataluña (S. 28 Abril y 25 Diciembre 1858; 23 Abril 1864, y 14 Setiembre 1867). Sin embargo, no es aplicable esta doctrina cuando se trata de interpretacion de leyes que tienen un objeto especial, como sucede con la 15 de Toro, ó sea 7.^a, tit. IV, libro X, N. R., relativa á los casos en que los padres que pasan á segundo matrimonio, deben reservar á los hijos del primero la propiedad de los bienes del difunto, y mucho ménos si se atiende á que en todas las leyes de Toro se hace mencion expresa de los *nietos* ó descendientes, cuando se quiere extender á ellos las disposiciones relativas á los hijos (S. 11 Marzo 1861). Tampoco tiene aplicacion dicha regla general al caso en que el padre instituye ó sustituye expresa y únicamente á los hijos, y sólo á falta de ellos á los *nietos*, pues entónces no pueden entenderse estos en las mismas circunstancias que aquellos. S. 24 Abril y 28 Setiembre 1867.

En cuanto á los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, son considerados como legitimos segun la ley 1.^a, tit. XIII, P. 4.^a, y merecen igual concepto para todos los efectos civiles, hasta tal punto, que tienen aptitud para suceder en todos los ca-

sos en que son llamados los hijos legítimos, á no ser que expresa y terminantemente sean excluidos. S. 24 Abril y 17 Junio 1861; 12 Noviembre 1864, y 20 Junio 1865.

Graves cuestiones se han promovido ante los tribunales sobre si los hijos incestuosos, cuyos padres se han casado despues del nacimiento de aquellos, han podido ser tenidos por legitimados y optar á los mismos beneficios que los legítimos; pero la jurisprudencia ha venido al fin á fijar una doctrina favorable á dichos hijos de padre y madre parientes, cuando estos han contraido matrimonio, y purgado por consiguiente todas las consecuencias de aquella union ilícita. Se ha declarado, en efecto, que, si bien es indudable, que ántes de la publicacion de las Reales cédulas de 6 de Julio de 1803 y 11 de Enero de 1837, fué varia la jurisprudencia de los tribunales, respecto á la aptitud legal de los hijos incestuosos, para ser legitimados por subsiguiente matrimonio celebrado con dispensa apostólica, por las dudas que podrian ofrecer las leyes 1.^a y 2.^a, tít. XIII; 2.^a, tít. XIV, y 2.^a, tít. XV P. 4.^a, y 1.^a, tít. V, lib. X, N. R.; tambien lo es, que ya hoy se ha uniformado dicha jurisprudencia, y no puede negarse que los hijos incestuosos pasan á la condicion de legítimos por el subsiguiente matrimonio, contraido prévios los requisitos prevenidos por la Iglesia. En esta declaracion de doctrina se repitió tambien otra que veremos cuando se trate de vinculaciones, á saber: que si en las reglas de suceder establecidas por un fundador, no se excluye expresamente á los hijos ilegítimos, estos se consideran con derecho á la obtencion de los beneficios de los legítimos, pues si la voluntad del fundador hubiera sido excluir á aquellos, lo habria expresado terminantemente. S. 20 Junio 1865.

La misma declaracion jurídica se ha reiterado, añadiéndose, que en el supuesto expresado no pueden utilizarse para la exclusion de hijos incestuosos legitimados por subsiguiente matrimonio, las citas de las leyes 2.^a, tít. XIV, P. 4.^a, y la 4.^a tít. XV de la misma Partida, prohibitiva la primera de tener parientes hasta el cuarto grado en clase de barraganas, y preceptiva la segunda del valor que deba darse á las dispensas pontificias, respecto de los efectos civiles ó cosas temporales, porque declarados

por la ley del reino legítimos los hijos incestuosos, cualquiera que fuese la situación de la madre, de aquella misma ley, y no de las bulas pontificias, nacen sus derechos civiles. S. 12 Diciembre 1865.

En estas y en todas las demas cuestiones que pueden suscitarse acerca del estado civil de las personas, importa tambien tener muy presentes, que, si bien la ley 20, tit. XXII, P. 3.^a consigna el principio general, de que el juicio dado contra alguno no perjudica á otro que no hubiere litigado, la misma ley exceptúa estas cuestiones sobre el estado civil, respecto de las cuales, como indicamos en el título preliminar, la ejecutoria que decide acerca de una persona, causa perjuicio y tiene trascendencia aún respecto de aquellas que no hayan litigado. S. 5 Marzo 1866.

CAPÍTULO V.

De los hijos naturales y de los expósitos.

Aunque no es rigurosamente propio de la materia del presente título tratar de los hijos naturales y sus derechos, no nos parece sin embargo fuera de propósito ocuparnos de ellos en este lugar, para completar todo el tratado de los hijos, aun cuando los naturales no sean una consecuencia del matrimonio, sino todo lo contrario.

Á pesar de ser tan uniformes las doctrinas consignadas acerca de esta clase de hijos en multitud de decisiones del Tribunal Supremo, se reproducen con demasiada insistencia las mismas cuestiones, que debieran evitarse, cuando acerca de ellas la jurisprudencia ha fijado de un modo inequívoco el sentido genuino de la única ley que puede hoy tener exacta aplicación sobre la que se entiende por hijo natural y sobre su reconocimiento. Efectivamente, las leyes 5.^a, tit. XIX, P. 4.^a, y 8.^a, tit. XIII, P. 6.^a, en lo que pueden ser referentes á las cuestiones de filiación natural, se hallan modificadas por la 11 de Toro, ó sea 1.^a, tit. V, lib. X, N. R., que es por la que deben resolverse las cuestiones de esta clase (S. 10 Mayo 1860), así por lo terminante de su letra, como por la interpretación que de ella hacen los tribunales,

y contra la cual no exista jurisprudencia consignada por el Supremo de Justicia. S. 26 Setiembre 1867.

Segun dicha ley Recopilada, para que un hijo sea considerado como natural, basta que haya sido habido de padres, que al tiempo de su concepcion ó nacimiento pudieran casarse sin dispensacion, y que el padre lo reconozca por suyo; pero este reconocimiento no es preciso que sea expreso, pues ni lo exige esa misma ley, ni antes de ella lo exigia otra alguna, porque la 7.^a, título XXII, lib. IV del Fuero Real, tiene por objeto, como lo patentizan sus mismas palabras, no el reconocimiento, sino la adopcion de los hijos naturales, ya estén ó no reconocidos. Basta, pues, que el reconocimiento sea tácito, porque en el derecho son de igual condicion, cuando este no distingue lo tácito y lo expreso; y no puede por lo mismo caber duda de que en falta de reconocimiento expreso, ya verbal, ya escrito, no hay infraccion de dicha ley, por reputarse suficiente el tácito. Esta doctrina, consignada en una decision de 8 de Octubre de 1853, ha sido constantemente reiterada en 13 Junio 1863; 25 Enero, 2 Marzo, 4 y 20 Abril, 30 Junio, 16 Setiembre y 9 Octubre 1865.

No exige dicha ley 11 de Toro, para la declaracion de hijo natural, el reconocimiento de la madre, sino únicamente el del padre, con tal de que concurra la circunstancia que requiere la misma ley, y que acabamos de indicar, de que este pudiera casarse con aquella sin dispensacion, en las épocas que dicha ley designa. S. 30 Junio 1865.

Tampoco exige esta, al determinar cuáles deben reputarse por hijos naturales, la existencia actual de la prole cuyo reconocimiento y declaracion se pretende, pues puede haber muerto y solicitarse por la madre, en interés de su honra. S. 12 Marzo 1866.

Como consecuencia de la doctrina que queda expuesta, cuando el hecho del reconocimiento se somete á prueba, y apreciando los tribunales el resultado de ella, declaran que no existe aquel, y que por consiguiente no puede ser reputado por hijo natural el que lo pretende, es en vano acudir despues en recurso de casacion, bajo el supuesto de haber sido infringida la citada ley de Toro (S. 23 Mayo 1858; 7 Marzo 1861; 28 Noviembre 1862, 28

Junio y 27 Diciembre 1864, y 24 Febrero 1865); y es de advertir ademas, que no basta para ser reputado un hijo natural, la simple anotacion en una partida de bautismo, pues es necesario, ó dicho reconocimiento, ó la declaracion solemne de una ejecutoria. S. 16 Abril y 28 Junio 1864.

Pero una vez extendida y autorizada en el libro correspondiente un acta bautismal, con la manifestacion de ser hijo de padre desconocido el individuo á que dicho documento se refiere, cesan completamente las funciones del párroco, que nada puede consentir despues, que altere el contenido de la partida, sin un precepto legal de la autoridad competente, porque dicho reconocimiento y la institucion de heredero del hijo natural, son actos puramente civiles, agenos á los libros parroquiales, que no se hallan establecidos para este objeto. Tampoco basta la creencia ú opinion singular y personal consignada en una carta; aunque haya sido reconocida, pues no tiene la eficacia legal necesaria para atribuir á una persona, despues de su fallecimiento, hechos que afectan á los derechos de sus parientes legítimos. S. 16 Abril 1864.

Cuando en un acto de jurisdiccion voluntaria se ha acordado la prestacion de alimentos provisionales á un hijo natural, no puede este, ó quien le represente, ser obligado contra su voluntad á proponer demanda ordinaria de filiacion, bajo apercibimiento de perder el derecho á la percepcion de aquellos; porque segun la ley 46, tit. II, P. 5.^a, nadie puede ser compelido á demandar á otro, fuera de los casos que la misma ley y la siguiente establecen como excepcion; y no están comprendidos en ella, ni en los demas á que se ha extendido la jurisprudencia, los que se hallan en posesion de un derecho, en virtud de una decision judicial dictada en legal forma. S. 22 Diciembre 1862.

Hay ocasiones en que se puede resolver por un medio indirecto la cualidad de hijo natural; y así sucede, cuando se declara en una sentencia que un hijo legítimo, como heredero de su padre, está obligado á dar alimentos á su hermano natural, pues en este caso se resuelve tambien como una consecuencia indeclinable la filiacion de este último; y no se infringe la citada ley 11 de Toro,

por dicha declaracion de alimentos á favor de un hijo natural, cuando para ello se tiene en cuenta, que la madre permaneci6 en la casa del padre natural hasta la muerte de este, y que por lo tanto se hallaba en el caso de excepcion marcado en la citada ley. S. 21 Marzo 1862.

En estas cuestiones es m6s comun hacerse referencia al reconocimiento del padre; pero hay tambien casos en que se aspira á la declaracion de hijo natural de la madre. Á este prop6sito recordaremos la doctrina de que, declarada una persona hija de cierta mujer y en aptitud para heredarla, se entiende que no es de dañado ayuntamiento, y que por consiguiente debe ser reputada como natural, y gozar de los derechos propios de esta condicion. S. 12 Noviembre 1858.

Acerca de este mismo punto se ha invocado repetidamente la doctrina consignada en un fallo del Tribunal Supremo, relativo á un litigio, en que habiendo asegurado una mujer en su testamento, no dejar herederos forzosos, y estar en libertad de disponer á su voluntad de sus bienes, se declar6 en un recurso de nulidad (10 Julio 1846), que no era v6lida la justificacion por medio de testigos, para probar la filiacion, cuando la que se supone madre la contradice en su testamento. Pero con referencia á este fallo se ha declarado despues, que se habia reducido á consignar, que la parte de prueba testifical sobre filiacion materna de que ent6nces se trataba, y cuyo valor no se apreci6 directamente, se hallaba contradicha por la declaracion expresa hecha por la supuesta madre en su testamento, donde aseguraba no dejar herederos forzosos; y que de la decision dictada á este prop6sito no podia deducirse una doctrina general, ni m6nos ser aplicable al caso en que la madre s6lo hace en su testamento la manifestacion de no tener descendencia de su matrimonio. S. 16 Diciembre 1864.

En el mismo sentido se explica dicho fallo de 10 de Julio de 1846, declar6ndose, no ser exacto que el Tribunal Supremo hubiese establecido en 6l, que la prueba de testigos relativa á la filiacion, queda destruida por la declaracion negativa de la que se supone madre, hecha en testamento, ni de otra manera; porque dictada aquella sentencia en un recurso de nulidad, que difiere

esencialmente del de casacion, lo fué ademas en tiempo en que por no haberse promulgado la Ley de Enjuiciamiento civil, no se podian observar las reglas que por ella se han prescrito para la apreciacion de las pruebas (S. 30 Junio 1865); de lo cual se deduce que, á pesar de la declaracion que una mujer haya hecho de no tener herederos forzosos, es admisible la prueba en contrario.

En corroboracion de esta misma doctrina, conviene recordar otra decision, en que se declara, que en el estado actual de nuestra legislacion no es cierto el principio de que, «fuera del matrimonio y del concubinato habido dentro de la propia casa, no es lícito, ni aun posible, inquirir ó hacer civilmente averiguaciones sobre la paternidad, pues nuestras leyes, no ménos que la práctica constante de los tribunales, autorizan la investigacion civil de aquella en todos los demas casos que las mismas determinan.» Por último, se ha declarado á este mismo propósito, que la ley 11, tít. X, lib. III, N. R., algunos de cuyos artículos son relativos á las querellas de estupro y violencia y á evitar los infanticidios, no tiene carácter general, segun aparece de la Real cédula expedida á consulta del Consejo de Castilla en 28 de Agosto de 1829. S. 16 Octubre 1865.

Hasta aquí todas las doctrinas que dejamos anotadas son referentes al reconocimiento y declaracion de hijo natural; pero nada se indica en ellas acerca del derecho á la sucesion de los bienes del padre, punto grave en que han andado opuestos los pareceres, por la dificultad de conciliar las disposiciones de las leyes de Partida con las de Toro y con la de 16 de Mayo de 1835. No tenemos noticia más que de dos decisiones en que se trata de este punto, una de ellas que apenas se roza con la cuestion indicada, y otra que la afronta directamente, y que la resuelve, á nuestro entender, del modo más justo y fundado.

Refiérese la primera, á un padre que habiendo reconocido en escritura pública á una hija natural, dijo en el mismo documento que la llamaba á la sucesion, sin que ningun pariente pudiera perturbarla en el legítimo derecho que exclusivamente le correspondia; y sin embargo de haberle disputado la herencia los que

debieran suceder abintestato, se declaró esta á favor de dicha hija natural, por corresponderle á consecuencia de la obligacion contraida por el padre en la citada escritura, al hacer dicho reconocimiento de la hija, y al prevenir que ningun pariente la perturbara en su derecho; contrato que no podia dejar de cumplirse, porque teniendo el que lo otorgó facultad para disponer de sus bienes, quedó eficazmente obligado á instituir á su hija natural por heredera si otorgaba testamento, y daba á aquella derecho para serlo en caso contrario. S. 30 Junio 1858.

La segunda cuestion que hemos indicado y el fallo en que fué resuelta, son como ya dijimos, más directos, y consignan la doctrina sobre el derecho de sucesion de los hijos naturales. Redúcese aquella á saber, si muriendo el padre sin descendencia legitima y sin haber hecho testamento, debe sucederle su hijo natural en la sexta parte de los bienes, partible con la madre: sobre lo cual ha declarado el Tribunal Supremo (S. 3 Marzo 1868), que el derecho que la ley 8.^a, tit. XIII, P. 6.^a, concede al hijo natural para reclamar los alimentos con arreglo á la cuantía de la herencia del padre, se halla limitado al caso de que éste en su testamento «non se acordasse de tal fijo;» pues cuando muere intestado sin hijos legítimos, la misma ley da derecho al natural para heredar la sexta parte de los bienes paternos, si bien con la obligacion de dividirla con la madre: que la expresada ley no puede entenderse derogada ó modificada en esta parte por las de Toro, las cuales no contienen disposicion alguna relativa á los derechos del hijo natural en la sucesion intestada del padre, y que por consiguiente debe suplirse el silencio de estas leyes con lo dispuesto para este caso especial por las de Partida «guardando lo que en ellas fuesse determinado,» segun así se previene en la 1.^a de Toro, ó sea 3.^a, tit. II, lib. III, N. R., que establece el orden que en las leyes debe observarse para la decision de los pleitos; y que tampoco se ha alterado lo dispuesto en dicha ley de Partida por la de 16 de Mayo de 1835; ántes al contrario, ha respetado ésta el orden de suceder abintestato anteriormente establecido, concretándose sólo á restablecer y crear otros diversos, para el caso exclusivo de que el que fallezca intestado no deje personas

capaces de heredarle «con arreglo á las leyes vigentes.» En consecuencia de estas razones, declaróse tambien en el citado fallo, que la sentencia que niega á un hijo natural el derecho á la sexta parte de la herencia de su padre, muerto sin testamento y sin legítima descendencia, infringe la mencionada ley 8.^a, tít. XIII, Partida 6.^a Tal es la doctrina consignada sobre la cuestion que dejamos indicada, de la cual se deduce, que á pesar de las disposiciones de la ley de Toro, el hijo natural tiene derecho á la sexta parte de la herencia intestada de su padre, aunque este haya dejado otros parientes que deban sucederle abintestado, sin perjuicio de lo que para su respectivo caso establece la citada ley de 1835.

Esto es lo único que debemos exponer aquí sobre esta materia, sin perjuicio del derecho de los hijos, tanto naturales como legítimos, á ser alimentados por sus padres, de lo cual trataremos en el capítulo siguiente.

Con relacion á los hijos expósitos, solamente podemos mencionar una decision, en que tratándose de la condicion de uno que habia sido expuesto por su madre, se declaró: que la ley 5.^a, título XXXVII, lib. VII, N. R., es en lo general un reglamento referente á aquellos, y que en su art. 25 se previene, que con arreglo á la ley de Partida, los padres que expongan á sus hijos pierdan todos sus derechos; pero sin que esto afecte ni á las justificaciones de filiacion, ni á los derechos de los mismos hijos expuestos, á quienes evidentemente ha querido proteger dicha ley. S. 16 Diciembre 1864.

Hasta aquí hemos hecho mencion solamente de las doctrinas generales sobre esta materia; pero réstanos indicar las que tienen aplicacion especial á algunas provincias. En Cataluña nada establecen sus constituciones respecto á lo que deba entenderse por hijo natural, y por lo tanto es necesario estar sobre este punto al derecho canónico, que, como dijimos en el título preliminar, es el supletorio en aquellas provincias, segun el cual, y conforme al de las decretales, lib. IV, tít. XVII, *qui filii sint legitimi*, son hijos naturales todos los que no nacen de dañada union, y por consiguiente los habidos de padre y madre que pudieron contraer

matrimonio, aunque no provengan de concubina que el padre tuviese en su casa. S. 22 Diciembre 1867.

En el mismo territorio es legal y arreglado á derecho canónico condenar al desflorador de una jóven á casarse con ella ó dotarla, y al reconocimiento de la prole (S. 22 Diciembre 1845); doctrina confirmada (en S. 21 Marzo 1867), por estar conforme con el *Usatge si quis virginem* del derecho catalan y con la jurisprudencia de aquel Principado.

Con relacion á Navarra, recordaremos lo que ya dijimos en el título preliminar, que segun la ley 1.^a, tit. III, lib. I, N. R, de aquel antiguo reino, el derecho supletorio de su legislacion especial es el comun romano; y no expresándose en ninguna ley de aquella provincia, las circunstancias que han de concurrir en el hijo para que se le tenga en el concepto de natural, es preciso atenerse para la calificacion y reconocimiento de dicha cualidad, á lo que sobre este punto ordenaba la legislacion romana, segun la cual sólo era hijo de dicha clase el nacido de concubina que habitase con el padre en la misma casa, siendo única y ambos libres y solteros, sin impedimento para contraer matrimonio. S. 17 Junio 1865.

Es verdaderamente deplorable que en punto tan grave como la calificacion del que se debe tener por hijo natural, sean tan diversas las disposiciones y las doctrinas de la legislacion general de Castilla y las especiales de algunas provincias de la monarquía; pero tal es el funesto resultado, en esta y en otras importantes materias, de la falta de unidad en la legislacion, que trae origen de tan varios estados y de nacionalidades tan diversas.

CAPÍTULO VI.

De los alimentos, y por quién y á qué personas se deben.

Muy frecuentes son en la esfera judicial las cuestiones relativas á la obligacion de suministrar alimentos, impuesta principalmente á los padres respecto de sus hijos, á éstos con relacion á aquellos, á los abuelos y nietos respectivamente, y á los herederos de las

personas obligadas á darlos. La ley 2.^a, tit. XIX, P. 4.^a se concreta á determinar la obligacion recíproca de alimentarse los padres y los hijos, así legítimos como naturales, pero sin designar el sitio ó manera en que haya de cumplirse este deber. Por eso, cuando estas cuestiones están complicadas con la de derechos de la patria potestad, no pueden resolverse sólo por las leyes que tratan de alimentos, sino tambien con presencia de las relativas á dicho poder, porque ni estas han sido derogadas por aquellas, ni los preceptos de unas son incompatibles con los de las otras, por más que las de alimentos deban ejecutarse de una manera muy distinta, segun que los hijos se hallen ó no bajo el poder de los padres. Así, cuando aquellos no dependen de estos, como los padres no pueden designarles el punto de su residencia, tampoco están facultados para exigirles que hayan de percibir los alimentos en su casa y compañía; al paso que cuando están bajo su poder tienen los padres uno y otro derecho, que no puede ménos de respetarse, á no mediar una justa causa que legitime la excepcion. S. 22 Diciembre 1865 y 12 Noviembre 1868.

Aunque la ley de Partida que acabamos de citar declara «por qué razon é en qué manera son tenudos los padres de criar á sus hijos, magüer non quisiessen;» la 6.^a del mismo título y Partida determina «por qué razones pueden excusarse los padres de non criar á sus fijos;» y la 5.^a, tit. III, lib. XXV del Digesto, párrafos 10 y 12, y la 4.^a del Código de *alendis liberis ac parentibus* establecen la misma obligacion; ésta se limita al caso de necesidad, segun dicha ley 6.^a, la cual les exime de este deber, cuando los hijos tienen medios para subsistir de lo suyo ó de su industria ó trabajo, como sucede si el hijo mayor de edad se halla con la robustez necesaria para el trabajo y sabe un oficio (S. 25 Febrero 1860). Es, pues, obligacion de los padres dar alimentos aun á sus hijos ilegítimos en caso de necesidad (S. 15 Mayo 1868); y lo mismo debe entenderse respecto de la obligacion que la ley 2.^a, tit. XIX, P. 4.^a impone á los hijos de alimentar á sus padres, pues sólo debe tener aplicacion, cuando éstos carecen absolutamente de medios de subsistencia (S. 16 Abril 1859). Si el padre pacta el dar alimentos á sus hijos hasta que tomen estado, debe:

estimarse como una obligacion onerosa de alimentos civiles, y entónces no son aplicables á ella las prescripciones relativas á los alimentos naturales, sino las correspondientes al compromiso contraído; ni por lo tanto puede juzgarse por las leyes 25, tit. XI, P. 5.^a, y 2.^a, tit XXXIII, P. 7.^a, si no se duda respecto al lugar en que deba cumplirse la obligacion de dichos alimentos, ni hay dificultad é imposibilidad de cumplirla. S. 15 Enero 1866.

La cualidad de hijo natural, para el efecto de pedir al padre alimentos provisionales, puede probarse, á falta de reconocimiento del mismo padre, consignado en la partida de bautismo ó en escritura ó testamento, ó en defecto de declaracion hecha por sentencia ejecutoria, por cualquier otro medio supletorio, como ya indicamos en el anterior capítulo; y cuando en vista de las pruebas se decretan dichos alimentos, el hijo natural tiene personalidad para demandarlos. En este caso, aunque la sentencia por la cual se señalan á aquel alimentos provisionales contenga la declaracion de ciertos derechos, el Tribunal sentenciador obra dentro del círculo de sus atribuciones, sin excederse de su competencia, si concreta esta declaracion al expediente de jurisdiccion voluntaria, reservando á los interesados su derecho para usar de él en juicio ordinario. S. 11 Abril 1861.

La declaracion de alimentos en favor de un hijo natural no infringe la ley 1.^a, tit. V, lib. X, N. R., cuando se tiene en cuenta que la madre permaneció en la casa del padre natural hasta la muerte de éste, y que por lo tanto se hallaba en el caso de excepcion marcado en dicha ley. S. 21 Marzo 1862.

Pero aunque el padre está obligado á dar dichos alimentos á su hijo natural, esta obligacion no puede reputarse como una carga de los bienes comunes del matrimonio, y ménos de los de la mujer, sino que es propia y privativa del padre natural, y debe atender á ella con su propio peculio (S. 1.^o Marzo 1867). Su regulacion depende siempre del recto arbitrio de los tribunales, pues previniendo la ley 2.^a de dicho título y Partida, que los alimentos de los hijos sean proporcionados á su condicion y necesidades y al caudal de que puedan disponer los padres, es necesario tener presente estas circunstancias, para la designacion de la suma

alimenticia con que en cada caso se deba contribuir. S. 29 Febrero 1864.

En cuanto á la obligacion de prestar alimentos los abuelos, la ley 3.^a, tit. XIX, P. 4.^a, se refiere sólo á la que tienen los padres de criar á los hijos; y la 4.^a y 5.^a del mismo título y Partida al deber de criar á los hijos legítimos ó naturales, y «tambien á los parientes que suben por línea derecha del padre como de la madre;» pero este deber es, como ya indicamos, subsidiario, y sólo para el caso de pobreza de los mismos padres. Por consiguiente, la sentencia que en vista del resultado de las pruebas, y por no acreditarse esta circunstancia, releva al abuelo natural de la obligacion de alimentar á su nieto, no infringe las citadas leyes. S. 27 Junio 1864.

Del mismo modo la que reconoce el derecho que tiene la nieta pobre de ser alimentada por su abuela rica, siendo pobres los padres, no es opuesta á la doctrina de que la mujer debe habitar con su marido, y éste recibirla en su compañía y mantenerla segun sus facultades y estado, ni por consiguiente infringe la ley 7.^a, tit. II, P. 4.^a; y si se condena á una abuela á prestar alimentos á su nieta y nuera mientras por su causa no vivan en su compañía, esta decision no es condicional, sino que impone una obligacion pura; ni existe en ella confusion, ni señala alimentos por distintos motivos á diferentes personas, ó los asigna á una misma persona por diferentes razones. S. 20 Diciembre 1866.

Cuando el padre no deja á su hijo natural alguna cosa en su testamento, están obligados los herederos, con arreglo á la ley 8.^a, tit. XIII, P. 6.^a, á darle alimentos en proporcion á la importancia de la herencia; pero si el padre deja un legado al hijo natural, y éste no reclama los alimentos de los herederos de aquel, la cuestion está reducida á saber, si el legado guarda proporcion con la entidad del caudal hereditario (S. 10 Febrero 1862). Es, pues, dicha obligacion condicional, y depende de la importancia de la herencia y del estado de fortuna de los herederos. S. 18 Setiembre 1860.

Por regla general, como ya hemos indicado, la cuantía de los alimentos debe en todo caso graduarse por la entidad del caudal

de la persona que debe darlos, la clase y condicion de quien ha de recibirlos y demas circunstancias que concurren; apreciacion y designacion que están sometidas al recto criterio de los tribunales (S. 21 Marzo 1862 y 19 Febrero 1864); y si para graduarlos se forma inventario del caudal del que está obligado á suministrarlos, la aprobacion judicial que recaiga no es ni puede reputarse como una ejecutoria, y mucho ménos en perjuicio de una tercera persona que ninguna intervencion haya tenido en el asunto. S. 3 Octubre 1863.

Si los alimentos se piden en el concepto de provisionales, con arreglo al art. 1218 de la Ley de Enjuiciamiento civil y á las doctrinas de jurisprudencia en consonancia con el mismo, no cabe discusion sobre el derecho á percibirlos, ni tampoco sobre su entidad; pero estos preceptos de derecho no se refieren á las pretensiones que tengan por objeto la cesacion de los mismos alimentos por muerte de la persona obligada á darlos (S. 5 Febrero 1866); y si la sentencia se limita á acceder á la pretension de suministrar los provisionales, no se infringe la citada ley 3.^a, titulo XIX, P. 4.^a, que impone á los padres la obligacion de alimentar á sus hijos segun las circunstancias. S. 30 Junio 1866.

Conviene, finalmente, recordar que la ley 2.^a, tit. XIX, P. 4.^a citada no prohíbe que pueda celebrarse transaccion acerca de los alimentos (S. 12 Noviembre 1868), punto acerca del cual volveremos á tratar cuando nos ocupemos de este contrato.

Con relacion á Cataluña, la obligacion de dar los abuelos alimentos á sus nietos, se entiende lo mismo que en Castilla, pues con arreglo á la ley 4.^a, tit. XIX, P. 4.^a, 5.^a, tit. III, lib. XXV del *Digesto* y cap. 7.^o de la *Novela* 117, es condicion precisa que los padres carezcan absolutamente de medios para hacerlo. S. 7 Setiembre 1860.

Aunque las leyes romanas y las de Partida prohíben que el hijo adulterino pueda recibir herencia ó manda de su padre, [como en Cataluña, segun repetidamente hemos dicho, el derecho supletorio á las constituciones es el canónico, con preferencia al civil romano, es necesario observar las disposiciones de las Decretales, que en el cap. 5.^o, tit. VII., lib. IV previenen, que los padres su-

ministren á sus hijos lo necesario; y en este supuesto es válido el legado del quinto dejado por sus padres al hijo adulterino. S. 11 Enero 1867.

No precisamente bajo el concepto de alimentos, pero sí como por vía de dote, está obligado el que corrompe á una mujer, según dijimos en el capítulo anterior, á suministrarle algo para su subsistencia, pues según el *Usatje si quis virginem*, el derecho catalan y la jurisprudencia de aquel territorio, el hombre que comete este exceso está obligado á casarse con la mujer deshonrada, ó á dotarla. S. 22 Diciembre 1845, y 21 Marzo 1867.

En Navarra, en el hecho de concederse por el Fuero al cónyuge sobreviviente el usufructo de los bienes que á su fallecimiento dejase el premuerto, con la precisa obligacion de criar y educar á los hijos, se entiende con arreglo á los buenos principios y á las doctrinas consignadas en las leyes, que no se contrae el gravámen impuesto al usufructuario, á los alimentos naturales, ni á edad determinada, sino que se refiere á los civiles, regulados en el caso de cuestion por el juez, atendidas las condiciones del que ha de darlos y del que haya de percibirlos; y no hay ley ni jurisprudencia que subordinen el expresado gravámen, á las condiciones de que los que un dia han de ser propietarios de los bienes, hayan de vivir en la casa y compañía de aquel; y aun en la hipótesis de que hubiese jurisprudencia contraria, cesaria, habiendo justo motivo de separacion. S. 20 Marzo 1866.

Nos hemos concretado por punto general en este capítulo á los alimentos que propiamente pueden llamarse naturales, pues de los civiles, como son, por ejemplo, los que se deben á los inmediatos sucesores de vinculaciones, haremos oportuna mencion al tratar de esta materia.

SECCION SEGUNDA.

DE LOS EFECTOS JURÍDICOS DEL MATRIMONIO CON RELACION Á LOS BIENES.

CAPÍTULO PRIMERO.

De la comunidad de bienes de la sociedad conyugal, y de las obligaciones y contratos celebrados por los cónyuges.

El orden que nos hemos propuesto exige tratar ahora de los efectos jurídicos del matrimonio con relacion á los bienes. Es como base capital de esta materia, que los bienes que «han marido y mujer, son, segun la ley 4.^a, tít. IV, lib. X, N. R., de ambos por medio, salvo los que probase cada uno que son suyos apartadamente» (S. 26 Enero 1866). En este concepto, los frutos y rentas de los bienes que la mujer aporta al matrimonio, deben aplicarse durante él á atender á las cargas y necesidades de éste, y en su consecuencia el marido, como administrador legal de ellos, está obligado á sufragar con los productos de los mismos bienes, los gastos de la sociedad conyugal, y por consecuencia el sostenimiento en juicio de cualquier derecho correspondiente á la misma, por el interés que de ello reportan ambos cónyuges (S. 23 Abril 1866). De dicho principio nace tambien el deber que tiene el marido, de facilitar los alimentos, y los gastos de algun pleito que la mujer se vea precisada á sostener. S. 29 Noviembre 1866.

Igualmente pertenecen á la sociedad conyugal los frutos y rentas del haber hereditario de la mujer casada, aunque este se halle sujeto al juicio de testamentaria (S. 28 Marzo 1860), y por

consiguiente con ellos debe acudirse á sostener dichas cargas.

Con respecto á la legislacion especial de Aragon, segun las observancias 33, 43 y 57 *De jure dotium*, todos los bienes, muebles, créditos y derechos que cualquiera de los cónyuges aporte al matrimonio, pertenecen á los mismos, haciéndose comunes, á no ser que haya mediado pacto ó convenio, pues en tal caso, y segun las observancias 43 y 44 del mismo título, no sólo se reputan bienes inmuebles y por consiguiente que no pertenecen á los consortes en comun, sino que son propios de cada uno, los muebles que respectivamente aportan en aquel concepto, cuando especialmente así se pacta, sino tambien cuando el dueño de ellos manifiesta que los lleva como propios, ó si el marido asegura con sus bienes la cantidad aportada por su mujer al matrimonio (S. 5 Diciembre 1866). Pero todos los bienes raices de éste están obligados á sustentar las cargas del mismo, y ambos cónyuges tienen obligacion de criar y educar á sus hijos; pues ni las observancias 19, 26, 58 y 64 de *Jure dotium*, ni la 2.^a de *rerum amatorum* les exime de este deber. S. 2 Junio 1865.

La sociedad conyugal, que por punto general queda terminada por la muerte de alguno de los cónyuges, en aquel territorio se entiende que continúa entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, segun la observancia 2.^a *De jure dotium*, si no hacen descripcion, inventario, embargo ú otra diligencia que manifieste la voluntad de separarse de la misma sociedad. No obstante, ésta termina aun sin necesidad de inventario, cuando el cónyuge que sobrevive es usufructuario universal de los bienes del finado (Dicha S. 5 Diciembre 1866). Pero aunque permanecen intactos los derechos de viudedad sobre el usufructo de los bienes sitios, sin embargo de que haya deudas comunes, esto sólo puede tener aplicacion á las voluntarias, y de ninguna manera á las necesarias de crianza y alimentacion de los hijos, que deben satisfacerse del acervo comun. S. 2 Junio 1865.

En Vizcaya, segun la ley 1.^a, tít. XX de su Fuero, hay comunicacion de bienes; pero no alcanza á los que fueron vinculados; y la ley 9.^a del mismo título sólo exige el otorgamiento de la mujer, para la venta de aquellos cuya mitad le pertenezca por ha-

ber entrado todos en la comunidad conyugal. S. 26 Junio 1857.

Debemos tambien recordar, respecto de aquella provincia, que cuando se disuelve el matrimonio sin dejar hijos, tiene allí lugar el derecho de troncalidad, y lo mismo cuando, aunque los haya, no han llegado á la edad de testar, ó pasando de ella, no testan. S. 16 Marzo 1865.

Siguiendo el órden de las doctrinas, en cuanto á los bienes de la misma sociedad, debemos recordar lo que por punto general dijimos ántes, de que el marido, como jefe de la familia, es el representante y administrador legal del caudal del matrimonio; pero conviene ahora advertir, que la ley 29, tit. XI, P. 4.^a le priva de dicha administracion por la mala gestion de los bienes; aunque en este caso, para que pueda tener aplicacion la citada ley, es necesario se pruebe que es malversador de ellos, de manera que la mujer entienda que el marido viene á pobreza por su culpa. S. 10 Marzo 1862.

Son tambien efectos juridicos del matrimonio, con respecto á los bienes de la sociedad conyugal, algunas prohibiciones en cuanto á celebracion de contratos entre marido y mujer. En efecto, tanto por la legislacion de Castilla, como por la romana aplicable á Cataluña, Digesto, 1.^a *Dé donationibus inter virum et uxorem*, se prohiben las donaciones entre los cónyuges; y aun en las que exceptúa de la prohibicion que tambien establece la ley 4.^a, titulo XI, P. 4.^a, se requiere, como circunstancia indispensable para su validez y subsistencia, que *nunca* el donante las *desficiesse en vida*, ni las revocase expresa ó tácitamente; pero siempre queda sin efecto ni eficacia legal, *si muriese aquel que rescibiera la donacion ante de aquel que la hizo*. S. 19 Febrero 1861 y 1.^o Marzo 1866.

Tampoco tienen validez los contratos celebrados entre los con-sortes durante el matrimonio, para adjudicarse y repartirse en plena posesion y dominio sus bienes y disponer de ellos como les acomode, y para formar sus respectivos establecimientos con absoluta independendencia. Esta clase de pactos «son insostenibles bajo el doble aspecto de la legalidad existente y de la índole y naturaleza del matrimonio, pues la primera prohíbe los convenios en-

tre marido y mujer, y no es compatible con la segunda la disolucion de la sociedad conyugal, aun cuando se limite á los efectos civiles ó á los intereses materiales, mientras no la autoricen los tribunales competentes.» S. 11 Enero 1859.

Pero no debe calificarse de contrato entre ambos cónyuges, ni por consiguiente está prohibido, el otorgamiento de un poder que la mujer dé á su marido para la enagenacion de sus bienes, sin cuya autorizacion no puede éste hacerlo. S. 5 Enero 1860.

CAPÍTULO II.

De la dote.

Entre los efectos jurídicos que con relacion á los bienes de la mujer produce el matrimonio, es de la mayor importancia todo lo que tiene relacion con la dote. En tal supuesto, vamos á exponer en este capitulo las doctrinas que la jurisprudencia ha consignado acerca de su constitucion, su dominio, administracion y aplicacion de sus frutos, sus privilegios en concurrencia con acreedores del marido, y su reintegro y devolucion; materias todas de aplicacion muy frecuente durante la existencia de la sociedad conyugal, y al tiempo de devolverse la dote por la disolucion del matrimonio, y que por lo mismo ocasionan graves cuestiones judiciales. Sin embargo, las doctrinas que á estas se refieren son poco complicadas y están circunscritas á puntos muy concretos.

Empezaremos por hacer mencion de la promesa de dote hecha por los padres en favor de sus hijas en capitulaciones matrimoniales: punto acerca del cual vemos consignada la doctrina de que la promesa de entregar como dote cierta cantidad, sin añadir condicion alguna de que la entrega se ha de hacer en bienes muebles ó raices, valores determinados, ó en otra especie, es una obligacion pura é incondicional de entregar en metálico la cantidad prometida; y que prescribiendo la ley 3.^a, tit. XIV, P. 5.^a, que «el pagamiento de las deudas debe ser fecho á aquellos que las han de reseibir, é debe se fazer de tales cosas como

fueron puestas é prometidas en el pleito... en non de otras si no quisiere aquel á quien fazen la paga ;» la sentencia que condena al padre á entregar la dote á su hija en bienes , efectos ó metálico , á su voluntad , es decir , á eleccion de ésta , infringe la citada ley (S. 13 Noviembre 1868). Tal vez haya alguna oscuridad en la exposicion de esta doctrina , segun la redaccion del citado fallo ; pero creemos puede explicarse diciendo , que cuando no se establece ninguna condicion acerca de los valores en que ha de consistir la dote , se infringe la citada ley , si se obliga á entregarla á eleccion de la persona dotada.

Puede la dote constituirse ántes ó despues de celebrarse el matrimonio , y su dominio corresponde al marido (S. 9 Diciembre 1865); si bien en nuestro concepto , la que se llama apreciada con estimacion que causa venta , segun la expresion de los expositores , es la que verdaderamente trasmite su propiedad.

Habiendo llegado á prometerse la dote , es de tal fuerza esta promesa , que la manifestacion consignada en escritura pública por el que la hizo , respecto á las ingratitudes de la mujer dotada , no es prueba bastante de que estas hayan existido , y mucho ménos si están en contradiccion con actos anteriores y posteriores del mismo otorgante. S. 8 Enero 1861.

Dúdase á veces , si la oferta de unos bienes hecha á una hija por via de dote y con preferencia á sus hermanos es una mejora ; pero está solemnemente declarado que no lo es , en el sentido y para los efectos de la ley 6.ª , tit. III , lib. X , N. R. S. citada 8 Enero 1861.

Como á los bienes dotales están concedidos por las leyes tantos privilegios , son muy frecuentes las reclamaciones que se promueven , ya pretendiéndose que estos prevalezcan sobre los derechos de acreedores del marido ó de la sociedad conyugal , ya aspirando á defraudar legítimos créditos más preferentes ; y de aquí proviene la repeticion con que se han consignado las doctrinas que vamos á reasumir con la posible brevedad. Es un principio generalmente seguido , que la dote confesada sólo tiene fuerza en perjuicio del marido ; pero sin duda por el temor de que se diera á esta doctrina una exagerada amplitud , declaróse una vez , que

solamente debia entenderse admitido y legal, cuando hubiera motivo fundado para creer que la confesion se habia hecho en fraude de terceros interesados (S. 26 Mayo 1857). Mas sin embargo, ha sido tan frecuente el abuso que ha querido hacerse de aquel privilegio y de esta misma doctrina que lo favorece, que vemos decisiones reiteradas muy restrictivas de ella, en que se sienta, que son inexcusables dos circunstancias para que dicho privilegio, establecido en las leyes 23 y 33, tit. XIII, P. 5.^a, sea eficaz, á saber: 1.^a, que conste de un modo indubitado la constitucion de la dote ántes de la celebracion del matrimonio; y 2.^a, que igualmente se acredite su efectiva entrega; pues si esta no se justifica más que por escritura de confesion del marido, otorgada despues del matrimonio, aunque es bastante prueba contra él, no tiene fuerza contra terceros acreedores que hayan tratado de buena fe, á los cuales por consiguiente no se puede perjudicar. En este sentido son dignas de consultarse las decisiones 3 Mayo 1858; 17 Enero 1860; 28 Marzo y 6 Noviembre 1862; 27 Junio, 16 Setiembre, 21 y 29 Octubre 1864, y 19 Abril 1866, que en cierto modo desvirtúan lo declarado en 26 Mayo 1857.

Esta es la base capital en que estriba el privilegio concedido á la mujer para ser reintegrada de su dote; base que vemos reiterada por otra decision en que se declara que, segun la citada ley 33, sólo procede la prelacion que la misma concede á la dote para ser pagada con los bienes del marido, ántes que los otros acreedores que no tengan hipoteca anterior expresa, cuando se pruebe evidentemente que en efecto fué entregada; que si bien la ley 5.^a, tit. XXIV, lib. X, N. R. otorga preferencia á las obligaciones consignadas en escritura pública sobre los créditos meramente personales y quirografarios, esto no quiere decir que aquella preferencia alcance tambien á una escritura de dote solamente confesada ó destituida de la prueba de entrega, pues semejante documento no contiene obligacion perfecta en daño de tercero, y que por consiguiente falta la base de la preferencia, como si la escritura versara sobre objetos reprobados, ó adoleciese de algun otro género de nulidad; no siendo por lo tanto exacta la doctrina de que con la sola escritura de confesion de dote excluye la mujer á

los acreedores simples quirografarios, sobre todo si son posteriores (S. 27 Junio 1864). Todavía se ha confirmado esto mismo, declarándose que, para gozar la mujer de los derechos de la hipoteca legal de la dote y del privilegio dotal consignados en las leyes 23 y 33, tit. XIII, P. 5.^a, es indispensable que se justifique la efectiva entrega de los bienes en que aquella consista, así como es necesario, para que tenga aplicación la ley 2.^a, tit. XI, lib. X, N. R., que establece que la mujer no esté obligada por fianzas ni deudas de su marido, que ésta pruebe ser suyos los bienes que intenta eximir de la responsabilidad (S. 20 Junio 1865). En igual sentido se ha dicho también, que cuando no se acredita que los bienes se entregaron con la cualidad de dotales, la sentencia que deniega una tercería respecto de ellos, no infringe la ley 1.^a, título XI, P. 4.^a, ni tienen aplicación las otras ya citadas, relativas á la preferencia de los mismos bienes y á la hipoteca tácita de los del marido. S. 12 Junio 1866.

En vista del empeño de justificar por medios indebidos la entrega de bienes como dotales y sustraerlos de toda responsabilidad, ha sido igualmente preciso declarar, que las informaciones para perpétua memoria no son un medio legítimo de acreditar la entrega de la dote, porque hallándose prohibido en principio, que los jueces admitan ó hagan practicar las dichas informaciones, cuando sean referentes á hechos de que pueda resultar perjuicio á una persona conocida y determinada, y siendo estos unos vicios inseparables de tales medios de justificación siempre que recaigan sobre la entrega de dote, es evidente que sobre este objeto no se deben practicar, ni pueden, si se practican, surtir efecto alguno probatorio. S. 27 Junio 1864.

En cuanto á la administracion de los bienes dotales, es sabido que corresponde al marido, constante el matrimonio, para levantar con sus productos las cargas de él, y por consiguiente cesa con el divorcio ó separacion (S. 18 Junio 1864); y respecto á la percepcion de los frutos y rentas de la dote, no se infringe la ley 25, tit. XI, P. 4.^a mandándose entregar al marido los producidos ó debidos producir desde el día del otorgamiento de la escritura dotal, cuando se atiende para la resolucion de este punto á lo es-

tipulado en la misma escritura, aunque ésta se haya otorgado despues de celebrado el matrimonio (S. 17 Febrero 1866). Es, pues, ilegal pretender eximir los productos de la dote de la responsabilidad contraida por el marido durante la sociedad conyugal; y por eso vemos anulada una sentencia, en que indebidamente se mandó alzar el embargo de los frutos de unos bienes dotales afectos á responsabilidades de dicha clase; declarándose que, segun las disposiciones expresas de las leyes de Partida, y señaladamente las contenidas en la 7.^a y 25, tit. XI de la 4.^a, aunque el marido debe poner á la mujer en posesion de la donacion que le hace, y la mujer al marido de la dote que le da, «todavía el marido debe ser señor et poderoso de todo esto, y recibir los frutos de todo comunalmente..... para mantener y guardar el matrimonio bien y lealmente, ganando los frutos de la dote, sea estimada ó inestimada;» que estas disposiciones se hallan confirmadas y más detalladamente desenvueltas en la Nov. Recop., y con especialidad en las leyes 1.^a, 3.^a, 5.^a y 9.^a del tít. IV de su lib. X; que, como hemos ántes dicho, el marido tiene el carácter de jefe y representante de la familia y administrador único de la sociedad conyugal, y las negociaciones que hace en este concepto deben considerarse como ejecutadas á nombre, en beneficio y bajo la responsabilidad de la misma; que, por consiguiente, las cargas de la misma sociedad deben ser satisfechas de los haberes que en comun adquieran los cónyuges durante el matrimonio, entre los que figuran los frutos y productos de los bienes aportados por ambos; y finalmente, que el otorgamiento por el marido de un poder á favor de la mujer para que desempeñe la administracion de los bienes de la misma sociedad, no enerva la eficacia de dichas negociaciones, ni priva á aquél de ninguna de las tres condiciones que le impone la citada ley 25, tit. XI, P. 4.^a para ganar los frutos de la dote. S. 15 Octubre 1866.

Las declaraciones que preceden son de tanta mayor importancia, cuanto que contrarían ó modifican en cierto modo las doctrinas que se habian consignado en otros fallos. En efecto, en uno de 9 de Enero de 1860, de que hicimos mencion al tratar de los efectos jurídicos del matrimonio con relacion á la personalidad

del marido y de la mujer (cap. 2.º, seccion 1.ª de este título), se negó que aquel tuviese la cualidad de *único* administrador de los bienes de aquella, atendido lo que las leyes establecen y confirma la jurisprudencia respecto de los parafernales. Se ve pues que la citada sentencia de 15 de Octubre de 1866 es en cierto modo opuesta á la anterior de 1860. Tambien se desvia aquella de lo que se habia en otra ocasion sentado, respecto de que siendo de la mujer el dominio de ciertos bienes, le corresponden los frutos de los mismos, sin otra responsabilidad que la de atender con ellos á las cargas conyugales y de ningun modo á las obligaciones personales de su marido; pues si bien las leyes reputan de éste los productos de la dote durante el matrimonio, es en el concepto de haber de sostener con ellos dichas cargas, en las cuales no pueden entenderse comprendidas las deudas contraidas por él exclusivamente. S. 27 Setiembre 1859.

Apuntamos estas opuestas doctrinas sin más comentarios, limitándonos sólo á indicar la necesidad de que la jurisprudencia las uniforme sobre materias tan importantes, para el deslinde de los mútuos derechos sobre los bienes conyugales.

Si el marido disipa la dote y vende los bienes en que ella consiste, y sabiéndolo la mujer no los reclama, y pasa el tiempo de la prescripcion, el que adquirió dichos bienes los hace suyos; pero no cuando no concurren todos los requisitos necesarios para prescribir, pues la ley 8.ª, tit. XXIX, P. 3.ª que establece este precepto, no dispensa de las condiciones esenciales de la prescripcion, y por consiguiente, si ellas no concurren, no debe esta tener lugar (S. 22 Marzo 1862). Tanto en este caso como en cualquiera otro de venta de los bienes dotales, la accion para impugnarla sólo compete á la mujer ó á sus sucesores y derechohabientes. S. 5 Marzo 1864.

Para terminar esta materia, resta sólo indicar algunas doctrinas relativas á la devolucion de la dote. Segun el texto de las leyes 7.ª y 31, tit. XI, P. 4.ª, llegado el caso del divorcio ó separacion, ha de entregarse aquella ó la donacion al cónyuge respectivo ó á sus herederos. En este sentido están acordes tanto la legislacion general de Castilla, como la especial de Aragon

(S. 18 Junio 1864). Cuando la dote consiste en cosas fungibles y el marido la ha recibido , prévia estimacion que causa venta, debe , con arreglo á las disposiciones del Derecho romano y de la ley 21, tít. XI, P. 4.^a, y segun la doctrina legal admitida por la jurisprudencia , restituir su valor , y con mayor razon cuando en lugar de efectos ó frutos se le entregó el mismo valor en efectivo (S. 29 Mayo 1857). Pero cesa todo derecho en la mujer para hacer reclamacion alguna por razon de su dote, cuando nombrada heredera por su marido , acepta la herencia de éste sin ninguna reserva ni condicion alguna ; y aun está obligada entónces á responder de las deudas que aquel hubiese contraido. S. 19 Diciembre 1862.

Con respecto á Cataluña , cuando un padre reconoce la obligacion en que está de dotar á sus hijas , la cuestion debe versar en fijar el caudal líquido del cual deba deducirse la dote; y siendo esta una legitima ó parte de ella , anticipada , que en su dia tienen aquellas que llevar á colacion , es potestativo en el padre entregarla en dinero ó en otros bienes , de la misma manera que se efectúa con dichas legítimas : por consiguiente , la sentencia que condena á entregar á una hija por razon de dote la cuota que resulta de la liquidacion practicada, con los réditos al 6 por 100, implícitamente lo hace á que se verifique en dinero , é infringe por lo tanto la ley 2.^a tít. V, lib. VI, vol. I de las constituciones. S. 4 Mayo 1866.

Segun las disposiciones especiales de aquel territorio , y lo mismo por la legislacion general de Castilla , los padres tienen la obligacion de dotar á sus hijas ; pero ninguna ley fija la cantidad á que debe ascender la dote , ni la manera en que aquellos hayan de cumplir con el expresado deber ; todo lo cual está fiado al prudente arbitrio de los tribunales ; y aunque las leyes 60 y 69 , párrafo 4.^o Digesto *Jure dotium* , previenen que se gradúe la cantidad de la dote segun las facultades del padre y la dignidad del marido , no son aplicables á un litigio , cuando el punto á que se refiere no ha sido objeto de la controversia jurídica dentro del período en que esta queda cerrada. S. 21 Diciembre 1867.

En cuanto á la devolucion de la dote , en aquel territorio tiene

un privilegio la mujer casada, conocido con el nombre de *opcion dotal*, que segun la constitucion 1.^a, tit. II, lib. V, vol. II, consiste en el derecho de eleccion en los bienes muebles ó inmuebles de su marido, hasta cubrir el importe de la dote (S. 31 Enero 1861). Pero este derecho no puede tener lugar en una terceria de dominio propuesta por la mujer, en que expresamente pide la declaracion de propiedad de una finca. S. 10 Setiembre 1864.

Por lo que hace á Aragon, debemos mencionar un fallo que condenó á un padre, á pesar de su oposicion, bajo el pretexto de su derecho de usufruto foral, á que de sus bienes y de los de su difunta mujer entregara en dote á su hija cierta cantidad, por no oponerse esto al Fuero *De jure dotium* ni á la Observancia 59 del mismo título, que declaran heredero usufructuario al cónyuge sobreviviente; puesto que debiendo extraerse la dote de los bienes comunes de ambos cónyuges, sólo el resto era lo que propiamente debia considerarse como reservado para el usufructo del sobreviviente. S. 14 Diciembre 1865.

Diremos tambien, con respecto á Aragon, que la citada Observancia *De jure dotium*, en la cual se consigna incidentalmente la facultad que la mujer tiene de enagenar sus bienes dotales, es correlativa con la primera del mismo libro, que la autoriza para hacer dicha enagenacion en favor de su marido, si bien con la concurrencia al acto de los parientes más cercanos de la misma; y que los fueros de aquellas provincias prohiben al marido y á la mujer la enagenacion de los bienes inmuebles dotales en perjuicio de los derechos de su consorte. S. 20 Mayo 1865.

Por último, debemos indicar, respecto á dicho antiguo reino, que aunque se supusiera que es allí obligatorio el que los padres doten á sus hijas, si éstas contraen matrimonio con su anuencia, todavía no puede prosperar una demanda en reclamacion de dote, cuando ésta se ha entregado al contraerse el matrimonio; y que lo mismo que hemos dicho respecto de Cataluña, no hay ley alguna en Aragon que marque la proporcion que debe tener la dote con el caudal paterno. S. 2 Julio 1868.

Con relacion á Vizcaya, el pacto celebrado y aceptado en capi-

tulaciones matrimoniales, de que la dote que los padres dan á la hija revierta á ellos llegado cierto caso, como bilateral y hecho por causa onerosa, es obligatorio é irrevocable, y no puede destruirse por el testamento de uno de los dos cónyuges, si bien por punto general la reversion es un gravámen que pueden aquellos imponer á los hijos, con arreglo á la ley 7.^a, tít. XXI de sus Fueros, no siendo en la legítima foral, ni cuando ha mediado el citado pacto. S. 16 Marzo 1865.

CAPÍTULO III.

De los bienes parafernales.

Estos bienes, que forman parte del patrimonio de la mujer casada, dan con frecuencia lugar á graves cuestiones y litigios, por la dificultad de armonizar los preceptos de la ley de Partida que á ellos se refiere, y de la de Toro relativa á la administracion del caudal conyugal; y si bien han sido aquellas resueltas por solemnes y repetidas decisiones, todavía se reproducen con tenaz porfía, y hasta se pone en duda que las doctrinas una y otra vez proclamadas por el Tribunal Supremo al resolverlas, hayan llegado á formar verdadera jurisprudencia.

Acerca de cuatro puntos suelen girar estas cuestiones: 1.^o, el dominio y administracion de los bienes parafernales; 2.^o, la aplicacion é inversion de sus productos; 3.^o, la facultad de disponer de ellos, y 4.^o, sus privilegios de seguridad y preferencia en favor de la mujer casada; pero de todos estos el primero es el que suele ocasionar más controversias jurídicas y ofrecer mayor dificultad en la resolucion.

Es doctrina legal inconcusa, que los bienes que dicha mujer adquiere por herencia entran necesariamente en la clase de extradotales ó parafernales, si no se estipula anticipadamente que constituyan aumento de dote (S. 4 Marzo 1858); y que es potestativo en la misma, con arreglo á la ley 17, tít. XI, P. 4.^a, transferir el dominio de ellos á su marido para que los posea como los dotales, ó reservárselo para sí; aunque es necesario para que s

trasmita que la entrega de dichos bienes se haga *señaladamente*, como dice la ley, y que sea conocida la intencion de realizarla, pues en caso de duda se presume que no hubo tal entrega. S. 25 Junio 1857; 4 Marzo 1858; 9 Enero 1860; 25 Mayo y 12 Diciembre 1864, y 27 Noviembre 1865.

No hay, pues, cuestion, ni puede ya haberla, acerca del dominio; pero se ha disputado y discutido mucho sobre si la mujer podrá ser administradora de esos mismos bienes cuando no los entrega á su marido, y aun sostienen algunos como doctrina autorizada, que éste es el único administrador de los de aquella, sin distincion, segun expusimos en el cap. 2.º, seccion 1.ª de este titulo. La indole de nuestro trabajo no nos permite, como en la introduccion indicamos, entrar en polémicas sobre esta y otras innumerables cuestiones que se agitan en los libros y en el foro; pero tratándose de una materia tan enlazada con el órden interior de la familia, y acerca de la cual han sido tan combatidas las doctrinas del Tribunal Supremo, debe tolerársenos en defensa de estas alguna corta digresion.

Ante todo debemos consignar aquí, como ya lo hicimos en otra ocasion á este mismo propósito, aunque en un trabajo de diferente indole, que no será tan desacertado el sentido que la jurisprudencia viene dando á la citada ley de Partida, si se atiende á que ésta está tomada de la romana, que expresamente reservaba á la mujer la administracion de los bienes parafernales, si ella no queria desprenderse de esta facultad y confiarla á su marido; y eso que la mujer de aquella época no era la del siglo XIII, en que se redactaron las Partidas, ni mucho ménos la del siglo XIX, en que tanto ha variado su condicion social y doméstica. En efecto, aunque segun el derecho romano el marido tenia la administracion de los bienes dotales y era reputado como dueño de ellos, no podia, sin embargo, segun la ley 8.ª, tit. XV, lib. V del Código de Justiniano, mezclarse contra la voluntad de su mujer en el manejo de los bienes extradotales ó parafernales de ésta; y aun añadia dicha ley, *quamvis bonum erat mulierem quæ se ipsam viro committit, res etiam ejusdem pati arbitrio gubernari*. De esta ley romana está tomada la ya citada de Partida; y si bien es verdad que

las palabras de esta pueden á primera vista dar lugar á ser interpretadas en el sentido que algunos pretenden, despues que se fija más la atencion y se medita un poco, no debe quedar duda de que su espíritu es el mismo que el de la ley romana. Verdad es que no se encuentra en la de Partida ninguna expresion, que directamente se refiera á la administracion de dichos bienes, pues dice «que todas las cosas que son llamadas parafernas, si las diere la mujer al marido con entencion que aya el señorío dellas mientras que durare el matrimonio, auerlo há; E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entencion que aya el señorío en ellas, siempre finca la mujer por señora dellas.» De donde quieren deducir los que sostienen ideas opuestas á las nuestras, que si bien la mujer puede reservarse el dominio de dichos bienes, no debe entenderse por esto que se reserva tambien la administracion; y para sostenerlo así se acogen, no sólo á la letra de la ley citada, sino á la 55 de Toro (11, tit. I, lib. X, N. R.), que prohibe á la mujer celebrar contratos sin la intervencion ó licencia de su marido; y á la ley 7.^a, tit. II, lib. X, que autoriza al que se casa ántes de los diez y ocho años para administrar sus bienes y los de su mujer, despues de haber cumplido esta edad.

Nos detendriamos aquí á rebatir esta opinion, fundándonos en razones á nuestro modo de ver incontestables, si la doctrina de jurisprudencia que hoy ha llegado ya á prevalecer, no estuviese suficientemente razonada por el mismo elevado Cuerpo que tan autorizadamente la ha dado vigor, despues de verla admitida constantemente por nuestros ilustrados tribunales. Pero cuando el Supremo ha pronunciado resueltamente, no una vez sólo, sino muchas, la interpretacion de aquella ley de Partida y la inteligencia que da á sus palabras, apoyando su decision en razones concluyentes, debemos abstenernos de ampliarlas. La primera decision que recordamos á este propósito, es la de 25 de Junio de 1857, dictada en un recurso de nulidad, en el cual se declaró, como lo habia hecho la audiencia de donde procedia, que ciertos bienes adquiridos por una mujer como legítima de sus padres, y entregados judicialmente á su marido sin intervencion de la interesada, se estimaban parafernales, y que era potestativo

en aquella, según la mencionada ley de Partida, trasferir el dominio de ellos á su marido para que los poseyese como los demás bienes dotales, ó reservarse su señorío, *facultad* (añadia el Tribunal) *que en algunas circunstancias es de grande utilidad para las mujeres*; y aun declaró además, que en caso de duda acerca de si habia ó no sido la intencion de la mujer dar al marido el dominio de dichos bienes, debia estarse por la afirmativa; y aunque se tuvo tambien presente lo dispuesto en la citada ley 55 de Toro, fué desechado el recurso y quedó por consiguiente válida la ejecutoria.

Pero no es este sólo el fallo pronunciado por el Tribunal Supremo en el mismo sentido, pues otro dictado igualmente en recurso de nulidad en 4 de Marzo de 1858, resolvió de idéntico modo dicha cuestion. Tambien en este litigio, como en el anterior, la audiencia (diferente de la que decidió el antes mencionado) sentó igual doctrina; pero añadiendo que la administracion debia ejercerse por la interesada, con la restriccion legal de no poder enagenar los bienes sin las formalidades de derecho; y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso propuesto contra esta ejecutoria.

Todavía hay otro fallo más significativo aun, y es el dictado en 9 de Enero de 1860 en recurso de casacion, contra una sentencia en que se habia declarado exactamente lo mismo y con igual adiccion que la mencionada. Oportuno era en el primer recurso de esta clase, en que se trataba de tan grave cuestion de derecho, que el Tribunal se extendiese en sus razonamientos, y se hiciera cargo de aquella bajo todos sus aspectos, al ver que no habian bastado las dos decisiones anteriores, y que se insistia todavía en dar una interpretacion arbitraria á la ley de Partida, á pesar de haberse fijado su inteligencia en dos ocasiones diferentes, y de estar ya consignada pública y solemnemente la verdadera jurisprudencia en la materia. Tratábase en este pleito, lo mismo que en los anteriores, de la reclamacion de una mujer casada, pidiendo que se pusieran á su disposicion ciertos bienes parafernales, mediante á corresponderle por la ley el derecho de administrarlos, por no haber dado el señorío de ellos á su marido; y

el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso, y por consiguiente dejó en toda su fuerza la sentencia en que se había accedido á aquella justa demanda. Los fundamentos de tan notable fallo, que vamos á trascribir aquí, tienen sin duda mucha más autoridad y más fuerza que cuantas reflexiones pudiéramos exponer en apoyo de nuestra opinion; son los siguientes: 1.º que disponiendo la ley 17, tit. XI, P. 4.ª, que el *señorío* de los bienes parafernales que no se entreguen al marido, permanezca siempre en la mujer, es indisputable que le corresponde el derecho de administrarlos, porque de otro modo no habria diferencia entre los parafernales y los dotales, ni se concebiria lo que la ley le quiso dejar al reservarle el *señorío* de los primeros: 2.º que si no fuese este el espíritu ni tal la inteligencia de la ley, tampoco podria hallarse la razon de su existencia, supuesto que en la 7.ª del mismo título y Partida se habia establecido con toda claridad á quién corresponde administrar los bienes dotales, y supuesto tambien que acerca de la propiedad de unos y otros no podria existir duda alguna: 3.º que al aplicar la Sala sentenciadora la citada ley 17 en el sentido en que lo habia hecho, no la infringia, ni tampoco la 7.ª ya recordada, porque esta se contrae á los bienes que los consortes llevan á la sociedad conyugal por razon de matrimonio, y porque no hay incompatibilidad entre las disposiciones de una y otra ley: 4.º que no se habia acreditado la doctrina que se suponía infringida, y segun la cual se considera al marido como *único* administrador de los bienes de la mujer sin distincion alguna, y que no siendo cierta no podia sostenerse, despues que otros fallos del Supremo Tribunal de Justicia (alude á los dos que ya quedan mencionados) habian declarado lo contrario; 5.º y finalmente, que la ley 7.ª, tit. XII, lib. X, N. R., no era aplicable á la cuestion debatida, ni aun podia servir de apoyo para hacer un argumento de analogia, porque aparte del objeto con que se dictó y de sus especiales circunstancias, nada se alteró en ella respecto de la diferencia que las leyes anteriores habian establecido entre los bienes dotales y los parafernales.

Se ve pues por lo que queda expuesto, la autoridad que tiene en nuestro foro la doctrina que dejamos consignada, la cual no es

ya una opinion más ó ménos fundada de un escritor particular ó de un juriconsulto ó expositor de derecho, sino una interpretacion racional, apoyada por tres fallos de otras tantas audiencias, y admitida y sancionada en diversas ocasiones por la Sala segunda del Tribunal Supremo en dos recursos de nulidad, y por la primera del mismo en un recurso de casacion. Si se puede todavía controvertir; si es lícito aun volver á poner este punto en tela de juicio, cualquier decision contraria será notoriamente opuesta á la doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales, á esa doctrina que, como tantas veces hemos dicho, tiene la misma fuerza que la ley, y cuya infraccion daria lugar á la nulidad y á la casacion de la ejecutoria.

Pero sin embargo se ha sostenido todavía, á pesar de los fallos que hemos citado, que siendo el marido el administrador legal de los bienes conyugales, y no pudiendo la mujer contratar sin su licencia ó consentimiento, no hay términos hábiles para que ella ejerza dicha administracion. Mas el Tribunal Supremo, cuyos magistrados han tenido en diversas ocasiones que meditar y discutir profundamente sobre esta cuestion, conciliando el precepto de la ley de Partida con las facultades que las Recopiladas dan al marido, ha declarado que, si bien por lo dispuesto en aquella y lo consignado en su consecuencia por el mismo Tribunal, corresponde á la mujer la administracion de dichos bienes parafernales, esto se entiende sin perjuicio de la intervencion que segun otras prescripciones legales (se alude aquí á lo que previenen las leyes 11, tít. I, y 7.^a, tít. II, lib. X, N. R.) debe tener el marido en los actos y contratos á que sin su licencia ó autorizacion no puede aquella concurrir, ni celebrar por sí, y de que como jefe de la familia y para atender á sus necesidades perciba y disponga de los rendimientos ó productos de los expresados bienes (S. 30 Enero 1862; 26 Octubre 1865, y 8 Octubre 1866). Lo mismo se ha reiterado en otro fallo (S. 29 Octubre 1867), en que se declara que, si bien la citada ley de Partida concede á la mujer casada, en ciertos casos, el señorío de los bienes de que tratamos, esto se entiende, y así lo tiene repetidamente declarado el mismo Tribunal, subordinado á lo que disponen las leyes reco-

piladas, y especialmente la 11, tit. I, lib. X, N. R. Una sola variación observamos entre esta declaración del Tribunal Supremo y las anteriores, cual es la de que, al hacer referencia del precepto de la ley de Partida, dice que ésta concede á la mujer el dominio de los citados bienes «en ciertos casos,» locucion que no alcanzamos por qué se habrá usado, pues la ley, al conferir á la mujer dicho dominio, exceptúa sólo el caso en que expresamente los entregase á su marido. Hubiera por lo tanto sido preferible el uso de singular para evitar equivocaciones, pues una sola palabra en documentos de esta clase puede ser de grave trascendencia. Pero prescindiendo de esto, no podemos ocultar que en la aplicación de estas doctrinas se revela el propósito de armonizar y conciliar la observancia de la ley de Partida con los preceptos de las recopiladas, lo cual ofrece ciertamente graves inconvenientes en la práctica. Nosotros somos los primeros en reconocerlo así; mas, sin embargo, no podemos dejar de venir en defensa de decisiones respetables por la autoridad de que emanan, y por los fundamentos en que ellas mismas descansan.

Muévenos á ello la acerva censura que se ha dirigido en un libro ¹ contra las sentencias de que dejamos hecha mención, suponiéndose que el alto Tribunal de donde emanan «ha faltado al precepto establecido por el legislador:» que «esta jurisprudencia es poco arreglada á lo establecido en la ley Recopilada, que dispone que el marido á los diez y ocho años tiene la administración de lo suyo y de lo de su mujer: que aun suponiendo que el Tribunal no se haya separado del precepto del legislador, no se comprende á qué queda reducida la administración de la mujer, sin la facultad de contratar que ésta no tiene; y, por último, que si se supone en aquella esa facultad, se incurrirá en el monstruoso desorden de establecer en una misma familia dos direcciones, lo cual la destruiria, minando la autoridad de su jefe natural.»

Pero todo esto y mucho más se ha tenido en consideración al dictarse los muchos fallos citados; precediendo, como es constante

1 El Repertorio de la Jurisprudencia civil española.

costumbre, y más cuando se trata de cuestiones complicadas, la meditacion, el estudio y la discusion detenida, con el ardiente deseo de ilustrarse y de hallar lo más justo, que ha animado á los dignísimos ministros que en ellos han intervenido en el largo curso de doce años. Por eso nos sorprende que en el libro á que aludimos se manifieste el deseo de que haya «el mayor cuidado, la mayor circunspeccion, el mayor celo al dictar dichos fallos,» por más que se reconozca que así ha procedido el Supremo Tribunal. No, no es ciertamente cuidado, circunspeccion y celo lo que han necesitado tener los preclaros magistrados á quienes se dirigia esa especie de interpelacion; pero todas estas cualidades y la ilustracion jurídica que es preciso reconocer en ellos, no han sido bastantes para evitar que sus resoluciones sean censuradas. La critica que esas y otras sentencias puedan merecer, no deben dirigirse á los ministros del Tribunal de Casacion, que se ven precisados á conciliar doctrinas de unas disposiciones legales de tan diversos tiempos y á veces de tan opuesto espíritu y tendencia, sino á las leyes mismas y á la naturaleza especial de nuestra complicada legislacion.

Repetimos, que si la índole de nuestro trabajo lo permitiera, disertariamos en apoyo de esos fallos; y por eso nos limitaremos á indicar, que la ley 7.^a, tit. II, lib. X, N. R., por la cual se supone derogada la ya referida 17, tit. XI, P. 4.^a, es la célebre pragmática de Felipe IV, en que proponiéndose este soberano fomentar los matrimonios, concedió, entre otros privilegios, á los jóvenes que se casaran, la facultad de que «puedan, entrando en los diez y ocho años, administrar su hacienda y la de su mujer, si fuese menor, sin tener necesidad de vénia;» de manera que este privilegio vino á ser una gracia especial concedida á los menores para poder ejercer la administracion de sus bienes y los de su mujer sin necesidad de curador. Mas no puede sostenerse seriamente que una disposicion, cuyo objeto exclusivo fué el fomento de los enlaces para el aumento de la poblacion, alcanzara hasta derogar la antigua ley sobre el señorío de los bienes parafenales. ¡ Con cuánto motivo y cuánta razon se hubiera criticado el fallo en que se declarase abolida la ley de Partida por otra que

ni en su letra, ni en su espíritu, ni en su propósito, revela, ni remotamente, el pensamiento de derogar el privilegio concedido á la mujer casada sobre sus bienes extradotales! Con ménos sinrazon podia sostenerse, y así lo han pretendido algunos, que dicha ley habia perdido su fuerza por la 55 de Toro, ú 11, título I, libro X, N. R., que amplió la prohibicion de celebrar contratos la mujer casada, hasta impedirle que se pueda apartar ni desistir de ningun que celebre «ni dar por quito á nadie de él, sin licencia de su marido;» pero por mucha latitud que quiera darse á esta prohibicion, ¿quién puede tampoco ver en ella una derogacion, no ya terminante, sino ni aun tácita de la ley de Partida? Antes de la promulgacion de la de Toro, la mujer no podia contratar por sí sin la anuencia de su marido, y sin embargo, no hay ningun dato para poder asegurar, que entónces no estuviera en práctica la ley citada sobre el señorío de los bienes parafernales, y por consiguiente la ampliacion de la de Toro, apénas innovaba, lo que ya se habia establecido. Se hubiera, pues, usurpado las atribuciones del legislador, si el Tribunal Supremo hubiese declarado abolida la citada ley de Partida y concedido fuerza derogatoria, que en sí no tiene, á la Recopilada. Se ha limitado, pues, á lo que debia hacer. Se habia disputado con harta frecuencia sobre el valor respectivo de ambas leyes, y en la continua divergencia de opiniones, los tribunales habian dictado fallos acaso opuestos; hasta que, merced á la casacion, el Supremo ha venido en repetidísimas declaraciones á resolver un punto que puede ya considerarse como decidido definitivamente por la jurisprudencia, por más que algunos se empeñen en sostener lo contrario.

¿Pero cómo puede administrar la mujer (se pregunta) siendo el marido el jefe de la familia, y sin cuya licencia nada puede aquella hacer? Repetidos fallos han respondido á esta objecion: el marido conserva su autoridad, pero al mismo tiempo debe autorizar á su mujer para los contratos que tenga que celebrar, si ella se reserva el señorío y por consiguiente la administracion de sus bienes parafernales; y si el marido se opone, la autoridad judicial debe compelerle á ello ó autorizar á la mujer. ¿Cuál es

sino el objeto de la ley 57 de Toro, 15, tit. I, lib. X, N. R., que previene, que «el juez, con conocimiento de causa legítima ó necesaria, compela al marido á que dé licencia á su mujer para todo aquello que ella no podria facer sin licencia de su marido, y si compelido no se la diere, el juez sólo se la puede dar?» Ó es menester borrar de nuestros Códigos esta disposicion legal, ó convenir en que hay muchos casos, en que la mujer habrá de obtener necesariamente la licencia de su marido, ó la del juez en su defecto, á pesar de los inconvenientes que puedan ocurrir, y que tanto se temen, de esa dualidad de administracion, y á pesar tambien de esa idea de terror que se quiere difundir, suponiendo que los fallos del Tribunal Supremo en que se ha procurado conciliar el sentido de las leyes citadas, van á producir la disolucion de la familia. Pero en suma, los tribunales, y mucho ménos el de casacion, no pueden decir en una resolucion solemne, que la ley de Partida á que aludimos ha sido derogada, ni tampoco que no está en práctica desde la publicacion de la de Toro, como algunos pretenden: los tribunales tienen que conformar y conciliar la prescripcion y el espíritu de aquella, con el de otras posteriores que no la han derogado ni expresa ni tácitamente; y si de esta difícil obra de concordar dos leyes que pueden parecer antitéticas, resultan inconvenientes, al legislador toca evitarlos con su soberano poder; mas no hay razon para dirigir tan rudos cargos á magistrados eminentes, que han hecho profundo estudio de la materia y discutido hasta el cansancio acerca de ella, para dictar las decisiones que sobre la misma se han publicado. Y finalmente, si á pesar de las respetables decisiones que han recaido, todavía se sigue cuestionando sobre este punto, dándose lugar acaso á litigios temerarios, jamás podrá haber fijeza en las doctrinas, ni confianza en los derechos, ni llegar nunca á respetarse la autorizada jurisprudencia, que, como varias veces hemos dicho, es el complemento y auxiliar de la legislacion.

Volviendo á nuestro propósito, del cual nos habiamos separado algun tanto, añadiremos, que aunque la mujer se haya reservado la administracion de dicha clase de bienes, puede el marido atender con sus productos á las necesidades de la sociedad conyugal,

punto sobre el que se ha declarado, con mucho acierto, que si bien por lo dispuesto en la citada ley de Partida y por las declaraciones del Tribunal Supremo, corresponde á la mujer casada el señorío y la administracion de sus bienes parafernales, los frutos y rentas de los mismos, así como los que produzcan todos los demas que los cónyuges poseyeren, son comunes y para atender á las cargas del matrimonio, mientras subsista, segun se halla consignado en las leyes 3.^a y 5.^a; tit. IV, lib. X, N. R., y en la doctrina conforme con ellas admitida como jurisprudencia por los tribunales (S. 25 Noviembre 1864 y 8 Octubre 1866); y que aun en el caso de que la mujer no diese el señorío *señaladamente* á su marido, y se lo reservase en uso de la facultad que la ley le concede, reteniendo su administracion, es tambien doctrina igualmente autorizada, que los frutos ó rentas de tales bienes están destinados durante el matrimonio para atender á sus cargas. S. 1.^o Marzo 1867.

Cuando la cuestion litigiosa se concreta no al punto relativo á la administracion, sino á determinar si han entrado ó no indebidamente en poder de la mujer casada los productos de sus bienes parafernales, entregados por el administrador de ellos, y si éste en tal caso está relevado de la obligacion de satisfacerlos al marido, es entónces inoportuno invocar las leyes 3.^a y 5.^a, tit. IV, y la 11, tit. I, lib. X, N. R., por limitarse aquellas á prescribir que los frutos y rentas de los bienes propios del marido y de la mujer sean comunes, y ésta á prohibir que la mujer casada pueda contratar sin licencia de su marido. S. 29 Octubre 1867.

Alguna vez se ha intentado llegar al extremo, de que con los productos de los bienes parafernales se atienda á necesidades muy ajenas á la sociedad conyugal; pero con harto fundamento se ha declarado, que entre las cargas del matrimonio no se comprende la obligacion propia del marido, de mantener á un hijo suyo natural, puesto que ademas de ser de diversa índole que las contraídas con motivo ú ocasion de la sociedad conyugal, que son las que propiamente constituyen sus cargas ó verdaderas atenciones, procede de un hecho personal anterior, que por su naturaleza no uede producir obligaciones contra la mujer legitima, sin

su expreso ó tácito consentimiento. En tal concepto, no cabe que semejante obligacion sea satisfecha con los productos de los bienes parafernales, aun cuando la mujer supiera ántes de casarse, que aquel con quien iba á contraer matrimonio tenia un hijo de dicha condicion, pues de esto no puede inferirse que tácitamente consintiera la obligacion de alimentarlo. Dicha S. 1.º Marzo 1867.

En cuanto á disponer de dicha clase de bienes, enagenándolos, la mujer puede hacerlo por sí, contratando libremente y vendiéndolos con licencia de su marido, sin que obste á ello la prohibicion de la ley 61 de Toro, ó sea la 3.ª, tít. XI, lib. X, N. R., la cual se refiere únicamente á las fianzas y obligaciones que ella contraiga de mancomun con aquel para el pago de las deudas del mismo, y no comprende el contrato de venta que la misma celebre (S. 29 Enero 1862); y ménos, si se declara que lo hace de su libre voluntad, y por la gran ventaja que de ello se le sigue. S. 29 Diciembre 1862.

Sobre el afianzamiento y reintegro de los bienes parafernales, las leyes conceden á la mujer ciertos privilegios que la jurisprudencia ha corroborado con sus decisiones. En efecto, si se venden por consentimiento de ambos consortes y entra su importe en poder del marido, quedan legalmente hipotecados los bienes de éste á la responsabilidad del valor de aquellos (S. 22 Octubre 1857). Esta hipoteca tácita existe siempre en favor de la mujer, segun la ley 17 tantas veces citada; pero no puede prevalecer este privilegio, si no se justifica que los bienes se dieron al marido *señaladamente* para que los poseyera y administrara como los dotales, pues en caso contrario, y aun en la duda de si se realizó ó no tal entrega, como ya ántes indicamos, *siempre finca la mujer señora dellos*. S. 22 Octubre 1857; 9 Enero 1860; 23 Mayo y 29 Octubre 1864, y 27 Noviembre 1865.

Este derecho de preferencia en favor de dichos bienes se regula por la antigüedad de la constitucion ó entrega de los mismos: así es que una obligacion especial contraida por la mujer en union con su marido, no la priva de la preferencia que le da la prioridad de su derecho hipotecario en los bienes de este para reintegrarse de los parafernales, cuando no consta que aquella otra

obligacion se hubiese otorgado en su propio provecho, ni segun el espíritu de la ley 61 de Toro. S. 24 Setiembre 1861.

Cuando se disputa la preferencia entre el crédito de la mujer y el de otros acreedores, es necesario atenerse á las prescripciones de la misma ley 17, que tienen por objeto clasificar el lugar que debe ocupar el de dominio por bienes parafernales, en concurrencia con otros de distinta clase, y la hipoteca que para su seguridad y reintegro corresponde á la mujer sobre los bienes de su marido (S. 20 Octubre 1865); pero siempre en el supuesto inexcusable, de que se justifique plenamente la entrega y trasmision del señorío de los mismos (S. 25 Mayo, y 21 y 29 Octubre 1864), y de que falten al deudor, esto es, al marido, medios para cubrir sus créditos (S. 16 Junio 1862) despues de haber sido reconvenido judicialmente, haciéndose constar que no tiene otros bienes con que responder. S. 22 Octubre 1857, y 31 Diciembre 1864.

Si los parafernales se venden con consentimiento de ambos consortes, y su importe entra en poder del marido, tambien quedan los bienes de éste legalmente hipotecados á la responsabilidad del valor de aquellos, segun la citada ley de Partida (S. 22 Octubre 1857, y 15 Diciembre 1865); pero con arreglo á la doctrina legal y á la jurisprudencia constantemente observada, su importe se debe extraer con preferencia de los gananciales que haya en la sociedad conyugal, y sólo en falta de estos ha de hacerse efectiva la responsabilidad hipotecaria en el patrimonio del marido. S. 22 Octubre 1857.

Á veces se ha pretendido aplicar á esta materia las disposiciones legales relativas á la dote; pero esta ampliacion, tan opuesta al buen sentido, está contrariada por una decision del Tribunal Supremo (S. 12 Diciembre 1864). Tampoco son aplicables las leyes 7.^a, tit. XXIX, P. 3.^a, y 10, tit. XIX, P. 6.^a, cuando se trata de ejercitar la accion reivindicatoria de bienes parafernales. S. 22 Marzo 1862.

Indicaremos, por último, para evitar algun error, que todo cuanto dejamos expuesto acerca del privilegio de la mujer sobre dichos bienes, así como sobre los dotales en concurrencia con los

derechos de otro acreedor del marido, debe entenderse siempre, aunque la jurisprudencia no haya tenido ocasion de declararlo, cuando se hace la inscripcion de la hipoteca legal con arreglo á la ley de 8 de Febrero de 1861.

Pasando ahora á exponer, ántes de terminar este capitulo, las doctrinas referentes á Cataluña, podemos asegurar, que cuanto hemos dicho del señorío y administracion de los bienes parafernales es aplicable tambien á aquellas provincias, donde, segun el espíritu de la ley 22, tít. XXX, lib. IV de sus constituciones, en armonía con la ley de Partida repetidas veces mencionada, corresponde á la mujer el dominio y administracion de dichos bienes, cuando no los entrega expresamente á su marido con ánimo de que él los tenga durante el matrimonio; pero entendiéndose, sin embargo, limitada esta facultad, como ya se ha dicho respecto de Castilla, por la prohibicion impuesta á la mujer en la ley 11, tít. I, lib. X, N. R., de celebrar contratos, ni separarse de los celebrados sin licencia y consentimiento de su marido. S. 12 Mayo 1866.

La doctrina que tambien hemos expuesto sobre la necesidad de atender á las cargas del matrimonio con los productos de los bienes parafernales, es asimismo extensiva á Cataluña, donde si bien la citada ley de Partida y la jurisprudencia constante consignada á su tenor por el Supremo Tribunal, asi como la Constitucion catalana 22, tít. *De Feudos* y otras leyes, establecen de consuno que á la mujer casada pertenece el dominio y la administracion de dichos bienes cuando no los ha entregado expresamente á su marido, este principio no obsta á que los frutos ó rentas de los mismos, y todo lo que produzcan los demas bienes que los cónyuges poseyeren, sean durante el matrimonio para atender á sus cargas. S. 25 Noviembre 1864.

Tales son las doctrinas más autorizadas que sobre tan grave materia se desprenden del detenido estudio de las razonadas sentencias que dejamos anotadas, y que en nuestro concepto forman reglas de jurisprudencia tan respetables como las mismas leyes en cuyo espíritu y contenido se apoyan.

CAPÍTULO IV.

De los bienes gananciales.

Breve es la exposicion que vamos á hacer de las doctrinas relativas á esta clase de bienes, porque en pocas ocasiones ha tenido la jurisprudencia que consignarlas. Redúcense á tres puntos: 1.º lo que jurídicamente se entiende por gananciales; 2.º quién puede disponer de ellos; 3.º la responsabilidad á que están sujetos; y 4.º doctrinas referentes á las provincias sometidas á legislacion foral.

En conformidad á las leyes 1.^a y 4.^a, tit. IV, lib. X, N. R., son bienes gananciales los adquiridos por el marido y la mujer por un título *comun* lucrativo ú oneroso, durante el matrimonio, y mientras viven juntos; ó como dice la ley, «toda cosa que el marido y la mujer ganaren ó compraren estando de consuno¹». Sólo estos bienes y los frutos que procedan de los del dominio particular de los cónyuges, producidos durante el matrimonio, son divisibles entre los mismos por iguales partes, segun la ley 3.^a del mismo título y libro (S. 1.º Diciembre 1863; 28 Enero 1866, y 7 Mayo 1868). Por consiguiente, se hallan en este caso los adquiridos por título de compra durante la sociedad conyugal (S. 22 Setiembre 1859); y se presumen comunes, con arreglo á la citada ley 4.^a, todos los que haya, salvo los que cada uno de los cónyuges probare que son suyos separadamente. S. 22 Febrero 1861, y 21 Setiembre 1867.

Como acabamos de indicar, las citadas leyes Recopiladas fijan lo que jurídicamente debe entenderse por gananciales; pero sin embargo, no tienen aplicacion, al decidirse la cuestion de si unos bienes existian ó no en la sociedad conyugal al tiempo de disol-

1 Acerca de esta union en la vida conyugal que tanto influye para la distribucion de los gananciales, conviene recordar lo que con referencia á los fallos de 8 de Octubre de 1866 y de 7 de Enero de 1868 dijimos en el cap. 2.º, tit. II, seccion 1.^a de este libro.

verse esta; cuestion que por ser de puro hecho depende exclusivamente de la prueba. S. 14 Noviembre 1864.

Ordena la ley 5.^a del mismo título y libro, que «los bienes que fueron ganados y habidos durante el matrimonio entre el marido y la mujer por uno de ellos, que sean y finquen de aquel que los hubo ganado, sin que el otro haya parte en ellos;» y por consiguiente, los de esta clase pertenecientes á la mujer, está el marido obligado á conservarlos, y no tiene facultad, sin intervencion y consentimiento de ella, de renunciarlos, gravarlos ó enagenarlos. S. 12 Junio 1863.

En cuanto á la facultad de disponer de dichos bienes, la misma ley 5.^a previene, que «los que fuesen ganados, mejorados y multiplicados durante el matrimonio entre el marido y la mujer, que no fuesen castrenses ni casicastrenses (quiere decir, aunque sean de esta clase), que los pueda enagenar el marido durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia ni otorgamiento de la mujer, y que el contrato vala, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar ó damnificar á la mujer.» S. 18 Octubre 1864.

Respecto á la responsabilidad de los bienes gananciales, como estos se hallan sujetos á las deudas contraidas durante el matrimonio, no pueden formar parte de un caudal liquido divisible, mientras que aquellas no esten satisfechas, ni por consiguiente los herederos de uno de los cónyuges tienen derecho para reivindicarlos de poder del acreedor que los haya recibido en pago de su crédito, ó de aquel á quien el mismo los trasmitió legítimamente (S. 22 Setiembre 1859). Consecuencia es tambien de la responsabilidad de los mismos bienes, que para que la mujer no sea obligada á pagar alguna de las deudas que el marido hubiese contraido durante la sociedad conyugal, es preciso que haya ella renunciado anticipadamente los gananciales, en conformidad á lo que dispone la ley 60 de Toro, ó sea la 9.^a, tit. IV, lib. X N. R. S. 18 Octubre 1864.

Alguna vez se ha pretendido eximir la parte de bienes gananciales de la mujer del pago de costas impuestas á su marido en una causa criminal, suponiéndose que habiendo sido condenado,

entre otras penas, á la accesoria de interdiccion civil, habia quedado disuelta la sociedad conyugal, y no era responsable la mujer con arreglo á la ley 10, tit. I, lib. X, N. R., de las consecuencias del delito cometido por su marido; pero la jurisprudencia ha decidido lo contrario, fundada en las siguientes razones: que las leyes 1.^a y 4.^a del titulo y libro citados, al declarar los bienes que deben considerarse gananciales, sobre estar explicadas por la 5.^a, se refieren á la época de la disolucion del matrimonio por muerte ó divorcio, que son los únicos casos en que procede hacer liquidacion de ellos, y de los peculiares á cada uno de los cónyuges: que el principio de derecho criminal, segun el cual solamente el culpable debe sufrir las responsabilidades inherentes al delito, no se opone al cumplimiento de las obligaciones contraidas por el marido en virtud del que cometa, ya se hagan efectivas de los bienes adquiridos durante el consorcio, ya de los que haya aportado el mismo marido, por corresponderle el pleno dominio de unos y otros, hasta que llega el caso de la disolucion del matrimonio; y que la disposicion de la citada ley, de que no pierda un cónyuge, por delito del otro, sus bienes ni su mitad de las ganancias habidas durante el matrimonio, se refiere á los casos en que procedia la pena de confiscacion de bienes, que ya no existe. S. 14 Marzo 1867.

Sabido es que en Cataluña no rige la legislacion general de Castilla relativa á gananciales, ni por consiguiente la citada ley 1.^a, tit. IV, lib. X, N. R.: no es, por consiguiente, aplicable ésta á los naturales de aquellas provincias, que al celebrar su matrimonio no hayan perdido la cualidad de vecinos de las mismas, ni por tanto los privilegios que les concede su régimen foral. Mas con motivo de haberse casado en la Isla de Cuba dos naturales de Cataluña, se suscitó un litigio, en que por una parte se sostenia, que los consortes que así habian contraido su matrimonio fuera de su país y residido por espacio de muchos años en América, no estaban sujetos á la legislacion especial del Principado, sino á la expresada ley de Castilla sobre gananciales; y por el contrario, sostenia el otro litigante que las circunstancias expresadas no habian sacado á los consortes de la in-

fluencia de la legislación catalana, y de todas sus consecuencias. La audiencia, teniendo en consideración que los [cónyuges se habían casado estando acordes en que lo hacían según la ley y costumbre que regía en su país, decidió la cuestión en el concepto de haberse celebrado el matrimonio bajo el influjo de las leyes especiales de Cataluña; y elevado el litigio á Casación, dejó el Tribunal Supremo subsistente la ejecutoria (en 27 Noviembre 1868) por las siguientes razones, que merecen especial mención: 1.^a, que la ley personal de cada individuo es la del país á que pertenece, la cual le sigue á donde quiera que se traslade; y regula sus derechos personales, su capacidad de transmitir por testamento y abintestato, y el régimen de su matrimonio y familia; 2.^a, que el domicilio de origen no se pierde por la ausencia temporal, ni por la simple residencia en punto diferente, y que para entenderse trasladado ó cambiado legalmente, es indispensable el establecimiento definitivo del individuo en el pueblo á que se traslade, con ánimo de permanecer en él, demostrado, ya por medio de una declaración formal ante el alcalde del mismo pueblo, ó ya por su residencia en él con casa abierta por más de un año; 3.^a, que la mujer casada sigue la condición de su marido; y 4.^a, que nacidos los consortes y domiciliados en un pueblo de Cataluña, de padres igualmente vecinos y domiciliados en el mismo, no pudieron perder su legal y originario domicilio, ni por consiguiente la ley personal que á este acompaña, por la circunstancia accidental de haberse casado en otro punto del reino, mucho ménos resultando acreditada la intención de ambos esposos de casarse en su país. Las precedentes doctrinas pueden ser de mucha trascendencia, no solamente con relación á la sociedad conyugal, sino á varios otros actos civiles, que se rigen por las legislaciones especiales de Cataluña y de otras provincias sometidas á sus respectivos fueros.

CAPÍTULO V.

De las relaciones jurídicas entre padres é hijos, y del peculio de estos.

Diminutas é incompletas son las doctrinas que la jurisprudencia ha consignado como autorizadas, acerca de las relaciones jurídicas entre padres é hijos. Sólo hallamos una decision en que se declara una cosa notoria, cual es que la ley 2.^a, tit. V, P. 5.^a, establece que pueden comprar y vender sólo aquellos que pueden obligarse uno á otro, y que por consiguiente está prohibido el contrato de venta entre padre é hijo mientras éste se halle en poder de aquel, salvo en lo tocante al peculio castrense. S. 26 Enero 1867.

Respecto á la inteligencia de las leyes 3.^a, tit. II, y 4.^a, título VII, P. 3.^a, que prescriben como requisito necesario el otorgamiento del juez para que el hijo que haya salido de la patria potestad pueda hacer emplazar á su padre en juicio, aunque se ha elevado á la casacion una controversia sobre este punto, no ha llegado á resolverse terminantemente si estas leyes se hallan derogadas por la de Enjuiciamiento civil, y sólo se ha declarado, que no son aplicables al caso en que litigue un yerno contra su suegro. S. 26 Enero 1867.

Pasando ahora á ocuparnos de las doctrinas relativas al peculio de los hijos, poco podemos decir que sea de algun interés sobre la naturaleza y circunstancias de esta clase de bienes; y solamente indicaremos que los frutos de los mayorazgos, cuando estos existian, no correspondian al padre del poseedor, aunque éste se hallase bajo la patria potestad, no obstante el derecho de aquel sobre los bienes adventicios de sus hijos. S. 14 Agosto 1850.

Pero conviene recordar algunas doctrinas, relativas á los derechos que los mismos hijos tienen para asegurar la propiedad de sus bienes y evitar que se les perjudique.

En cuanto á los primeros, las adquisiciones del hijo constituido

bajo la patria potestad, por cesion que le haya hecho su padre, corresponden al peculio profecticio con arreglo á la ley 5.^a, título XVII, P. 4.^a, propiedad que es del mismo padre y de la cual puede éste disponer; y si lo verifica enagenando bienes de dicha clase, no llega el hijo á adquirir su dominio, ni puede por consiguiente trasmitirlo. S. 19 Febrero 1861.

Sabido es que, con arreglo á la ley 5.^a citada, todo lo que el hijo gana no saliendo de los bienes del padre, ó por razon de éste, ni de los de su abuelo, constituye el peculio adventicio, cuya propiedad pertenece al hijo y el usufructo al padre (S. 11 Julio 1868); y si el hijo reclama como de dicho peculio bienes embarcados á su padre, naturalmente tiene que probar la cualidad de ellos; mas si no acredita haber adquirido por su industria ó por otro de los medios que determina la citada ley de Partida, la cantidad con que los compró, no pueden ser considerados suyos, sino del padre. S. 14 Enero 1861.

En cuanto á la facultad que éste tiene de enagenar esta clase de bienes de sus hijos, y los medios de asegurarles su propiedad, debemos consignar aquí que, con arreglo á la terminante disposicion de la ley 24, tit. XIII, P. 5.^a, al hijo cuyos bienes, de procedencia materna, hubieran sido vendidos por su padre mientras los poseyó, sólo compete la accion reivindicatoria contra los que los compraron, cuando «non hubiese querido heredar, nin haber parte en los bienes de su padre; ca si quiso heredar en ellos, entonce non podrie demandar los sus bienes propios á aquellos á quien los hobiese su padre enagenado» (S. 16 Enero 1862). Esta misma disposicion legal está confirmada y amplificada con la declaracion de que, segun la citada ley de Partida, los padres, aunque administradores de este peculio mientras sus hijos se hallan bajo la patria potestad, no están autorizados para enagenar, sin que sus bienes propios queden hipotecados á la seguridad de lo vendido, y al resarcimiento de los daños y perjuicios: que si llega á verificarse la enagenacion, los hijos tienen expedito su derecho para dirigirse contra la testamentaria de los padres, haciendo uso de la accion personal ó de la hipotecaria, y no de la de dominio contra un tercer poseedor, á no ser que justifiquen

que el caudal hereditario de los padres no es bastante para el pago de los bienes vendidos: que aun en este caso, es preciso que renuncien expresamente la herencia; y que', por consiguiente, el fallo que sin estas condiciones decreta la reivindicacion, infringe la ley de Partida mencionada (S. 50 Diciembre 1864). La misma doctrina se habia consignado ántes (en 16 de Junio de 1862), y fué luego reiterada (en 1.º de Febrero de 1867), haciéndose extensiva al caso en que los bienes de los hijos hayan sido *malme-*
tidos por el padre; y se ha declarado ademas, que dicha ley no es aplicable, cuando los bienes reclamados por los hijos no lo sean en el concepto de adventicios, sino de reservables. S. 8 Junio 1861.

Más adelante, cuando hablemos de los contratos, habremos de ocuparnos de las formalidades que se necesitan para la validez de las enagenaciones de bienes de menores; pero el orden exige consignar ahora, que el requisito indispensable del decreto judicial, prévio el oportuno expediente y pública subasta, para la venta de dichos bienes hecha por los tutores ó guardadores, no comprende al padre, administrador legitimo de los del hijo constituido bajo la patria potestad, pues sus actos deben regirse por una disposicion especial, cual es la ley 1.ª, tit. XIX, P. 6.ª; pero sin que por esto se entienda relevado de la obligacion de conservar y restituir á su tiempo al menor el peculio, y de resarcirle de los perjuicios que éste justifique haber sufrido por menoscabo ó enagenacion de aquel, á no mediar justa causa; y sin que tampoco se exima el padre de la hipoteca legal que ya hemos dicho pesa sobre sus bienes, ni se evite la responsabilidad que en su caso se extiende á los enagenados, cuando no concurre la circunstancia de ser el menor heredero de su padre. S. 13 Febrero 1864, virtualmente confirmada en 25 Octubre 1866.

TÍTULO III.

De los menores de edad, sus privilegios y proteccion.

CAPÍTULO PRIMERO.

De la restitucion in integrum.

El derecho concede una decidida proteccion á los menores de edad, especialmente si son huérfanos, y procura con sus disposiciones evitarles todo el daño que pudieran experimentar en sus bienes, por su inexperiencia ó por el descuido ó malicia de sus guardadores. Por eso establecen las leyes ciertas reglas de precaucion respecto á los contratos en que intervienen menores, y con especialidad en los de enagenacion de bienes raices. Pero dejando este punto para cuando directamente nos ocupemos de los contratos y del cumplimiento de las obligaciones, vamos ahora á limitarnos solamente al beneficio de la restitucion *in integrum*.

Concédese esta á los menores de edad por el daño que hayan recibido en sus intereses, tanto en los contratos ó actos extrajudiciales, como en los judiciales, pues la ley 10, tit. XIV, P. 6.^a lo establece así en favor de los que sufren pérdida ó menoscabo en sus bienes por culpa de los que *han á procurar* (S. 14 Octubre 1864); y segun las leyes 1.^a y 2.^a del mismo título y Partida, es procedente tambien, siempre que se pruebe el perjuicio, aunque no se determine su importancia, no siendo preciso para acreditarlo el juicio pericial, pues ninguna ley lo exige. Cuando en la peticion formulada en una demanda se invoca clara y explícitamente dicho beneficio, y á cuyo remedio es consiguiente con

arreglo á la ley, la reposicion del acto prejudicial que lo motiva, no obsta para esta declaracion la impropiedad de los términos con que se haya solicitado, porque admitido el principio, es forzoso deducir sus consecuencias legales (S. 6 Abril 1866); pero siempre es indispensable que el menor justifique las dos condiciones precisas, su menor edad y el daño recibido por causa de ella (S. 23 Febrero 1863); circunstancias que, como de hecho, están sujetas á prueba, y á la apreciacion que de esta hicieren los tribunales (S. 8 Octubre 1867). Tambien es necesario para que pueda aprovecharse este beneficio, que no quepa ningun otro medio ordinario, pues como extraordinario no puede usarse de él, sino cuando se han agotado todos los recursos contra el daño ó engaño que se experimente. S. 14 Enero y 4 Junio 1864; 12 Diciembre 1865, y 9 Mayo y 11 Julio 1868.

Tan general es este remedio en favor de los menores, que se extiende aun á los casados mayores de diez y ocho años, pues la ley 7.^a, tit. II, lib. X, N. R., que concede á estos la facultad de administrar sus bienes, no les priva de las demas ventajas otorgadas á los menores de veinticinco años. S. 26 Junio 1861.

Conocido es el principio de derecho, de que el privilegiado no puede ejercitar su privilegio contra otro que por la misma razon lo disfrute; pero ese principio general tiene sus limitaciones, y una de ellas es, cuando se trata de evitar el daño que amenaza á los intereses del menor, ó de reparar el que por culpa de otro se le hubiere ya inferido (S. 20 Diciembre 1862). Ademas, como el objeto de la ley 8.^a, tit. XXIX, P. 3.^a, ha sido el amparar á los menores contra la negligencia, impericia ó mala fe de sus guardadores, no puede sobreponerse á su expresa disposicion dicho principio, el cual requiere analogía de casos y acciones. S. 9 Mayo 1867.

Para que los menores puedan aprovechar el beneficio de que tratamos, es necesario que lo utilicen dentro del cuadrienio legal (S. 28 Abril 1865); y si dejan pasar este término para pedir la rescision de un contrato que les perjudica, no pueden luego reclamar porque en él haya habido lesion (S. 28 Abril 1866). Tan precisa es la peticion del menor dentro de dicho cuadrienio, que

despues de trascurrido este plazo, ya no puede hacerla con éxito, aunque al verificarse el acto que le ocasionó el perjuicio, se hubiese consignado la reserva conveniente para salvar cualquier menoscabo que pudiera inferirsele. S. 9 Mayo 1862.

Se ha cuestionado sobre el beneficio de la restitucion, sosteniéndose que la prescripcion no corre contra el menor, aun cuando éste no haga uso de su derecho, y que así se deduce de las leyes 54, tit. V, P. 5.^a; 1.^a, tit. XII, lib. X, y 1.^a y 2.^a, tit. VIII, lib. XI, N. R.; 3.^a, tit. XI, lib. II del Fuero Real, y 8.^a 19, 21 y 30, tit. XXVII, P. 3.^a; pero se ha declarado que estas leyes no establecen tan exorbitante privilegio, sino que todas suponen lo contrario, y que por consiguiente es preciso para que no corra la prescripcion, que se reclame la restitucion del tiempo correspondiente á la menor edad (S. 1.^o Mayo 1861, y 11 Marzo 1864). Es pues indudable la validez del contrato en que interviene un menor, aun sin asistencia de su curador, cuando no implora dentro del cuadrenio legal el beneficio de la restitucion, y más si confirma y ratifica con sus hechos dicho contrato. S. 21 Enero 1865).

Respecto á Cataluña, ya indicamos en otro lugar, que es doctrina legal admitida por los tribunales y como regla de jurisprudencia en aquel territorio, la de que los menores púberos que no tienen padre ni curador, pueden obligarse válidamente, surtiendo sus compromisos todos sus efectos legales; pero gozan sin embargo del mismo beneficio de la restitucion *in integrum* para reparar el daño que se les hubiese causado. S. 20 Octubre 1866.

Hasta aquí hemos tratado de la restitucion con referencia á los contratos y actos extrajudiciales; pero ya indicamos ántes, que tambien compete á los menores respecto de los actos y providencias judiciales que causen daño á los mismos. Á este propósito conviene recordar, que la ley 1.^a, tit. XXV, P. 3.^a, es referente sólo á esta clase de restitucion *in integrum*, y no á la de que hemos hablado hasta ahora, relativa á los actos extrajudiciales de que tratan especialmente otras leyes del mismo Código que ya hemos citado (S. 21 Enero 1865); y tambien, que no debe confundirse la restitucion por daños causados á los menores, con la

prohibicion del art. 31 de la Ley de Enjuiciamiento civil, de que los términos improrogables se suspendan ni abran por vía de restitucion despues de cumplidos. S. 17 Setiembre 1857.

Ya hemos dicho que esta tiene lugar aun en los actos judiciales, cuando se causa algun daño á los menores, y solamente cesa este privilegio en los casos marcados por las leyes, sin que la circunstancia de traer origen de deudas por costas causadas en un procedimiento criminal, produzca alteracion sustancial respecto de aquel principio (S. 12 Junio 1865). Por consiguiente, lo mismo que hemos indicado respecto de los contratos, pueden los menores reclamar los perjuicios que hayan sufrido en un litigio por falta de representacion legal ó por otro motivo, no sólo durante su menor edad, sino en los cuatro años siguientes que señalan las leyes para la restitucion *in integrum* (S. 30 Octubre 1865). En igual sentido se ha declarado, que cuando proceda la rescision de algunas actuaciones judiciales, por perjuicios que hayan sufrido con ellas los menores, es necesario para obtenerla, que intenten precisamente los perjudicados el remedio de la restitucion, ántes de haber espirado el cuadrenio legal. S. 29 Abril 1867.

Pero no se concede este beneficio, segun las leyes 5.^a, título XIII, y 2.^a, tit. XVIII, lib. XI, N. R., en los negocios judiciales en que conforme á derecho no há lugar á suplicacion ni nulidad de la sentencia. Así se declaró en 25 de Junio de 1847; y cuando parecia que ya sobre este punto no volveria á suscitarse nueva cuestion, todavia ha sido preciso que cerca de veinte años despues se recuerde la doctrina de que las citadas leyes, combinadas entre sí, excluyen y deniegan expresa y terminantemente el remedio de la restitucion *in integrum*, así la que compete á menores, universidades y demas personas privilegiadas, como las que por justas causas concede el derecho á los mayores contra las sentencias del Consejo y audiencias en que no há lugar á suplicacion, pues por «estas sentencias se entienden acabados y fenecidos los pleitos, sin que se puedan tornar á mover, ni suscitar, ni tratar en manera alguna,» añadiéndose, que la ley 3.^a, título XXV, P. 5.^a, y otras del mismo Código relativas á esta mate-

ria, han sido profundamente modificadas por las posteriores de la Nov. Recop. S. 1.º Mayo 1866.

Hasta aquí hemos tratado de la restitucion *in integrum* que compete á los menores; pero nada hemos dicho de la que tambien conceden las leyes al Estado, con ocasion de algun perjuicio que éste experimente por culpa ó descuido de quien debe representarlo. No es muy propio de este lugar ocuparnos de este punto; pero á pesar de ello, creemos preferible reunir en un solo capitulo toda la doctrina admitida por la jurisprudencia acerca del beneficio de la restitucion.

La omision de un trámite necesario ó de un recurso por parte del legítimo representante de la Hacienda pública ó del Estado, puede ocasionar grave perjuicio á éste; y á fin de evitar que llegue á realizarse, le compete dicho beneficio, para que se repongan las actuaciones al período en que se hallaban ántes del acto ó providencia con que haya podido perjudicársele. S. 22 Junio 1849.

El Estado es la personalidad jurídica en todo cuanto interesa al Erario, la Hacienda pública ó el Tesoro: así es que los fondos de espolios, que ántes estaban representados por los vicarios eclesiásticos y hoy lo están por el ministerio público, como pertenencia del Estado, gozan el privilegio de menor, con arreglo á la ley 10, tit. XIX, P. 6.ª, y por tanto el beneficio de la restitucion que á aquel concede, entre otras leyes, la 2.ª del mismo título y Partida, «cuando recibe daño por culpa de su guardador.» S. 13 Diciembre 1862.

Pero debemos repetir aquí lo que ya ántes dijimos, que este remedio, como extraordinario y subsidiario, no tiene lugar cuando están expeditos los recursos legales ordinarios que puedan evitar el daño temido, ó repararlo si se ha consumado (S. 14 Enero y 4 Junio 1864; 12 Diciembre 1865, y 11 Julio 1868). Por consiguiente, no tiene condicion alguna para ser tomada en cuenta la restitucion, cuando existe un recurso ordinario que se ha utilizado, ó cuando se interpone contra un fallo que no ha causado ejecutoria. S. 9 Mayo 1866.

CAPÍTULO II.

De la tutela y curatela.

Las doctrinas relativas á la tutela y á la curatela, estos medios de proteccion concedidos tambien por las leyes en favor de los menores, tienen entre sí poca cohesion, y es preciso exponerlas con alguna incoherencia y desórden, para agrupar aquí todas las que están autorizadas por la jurisprudencia.

Por regla general, las mujeres son legalmente inhábiles para ejercer el cargo de tutoras, á excepcion de la madre y la abuela de los huérfanos, que tienen á su favor la preferencia segun la ley 9.^a, tit. XVI, P. 6.^a, para los casos comunes de la tutela legítima; y si hubiere cuestion acerca de si pueden ó no desempeñar este encargo, corresponde al juez apreciar las especiales circunstancias que concurran, é impidan á aquellas encargarse de la guarda de los huérfanos y de la administracion de sus bienes. Si en este caso se declara que existe incapacidad, en virtud de la apreciacion de las pruebas que se hayan tenido á la vista, «no puede decirse que se infringen la ley 14, tit. XVI, P. 6.^a, ni el art. 1229 de la ley de Enjuiciamiento civil (26 Febrero 1866), que dan tanta latitud al recto arbitrio judicial sobre este punto.

Consiguiente á la aptitud de la madre para ser tutora de sus hijos huérfanos, éstos están bien y legalmente representados, cuando el juez de la testamentaria del padre la nombra tutora y curadora de aquellos, aunque el nombramiento se haga con la cualidad de por ahora. S. 23 Junio 1847.

Sabido es que á falta de tutor testamentario y de madre y abuela, debe, con arreglo á la citada ley 9.^a, del mismo título y Partida, recaer este cargo en el pariente más cercano; pero al prescribirlo así dicha ley, supone que éste reuna las cualidades necesarias para el desempeño del mismo cargo, con arreglo á la 4.^a del citado título y Partida, pues en otro caso se halla incapacitado para ello. S. 5 Abril 1867.

Quando el testador al ratificar expresamente en un codicilo los

nombramientos hechos en su testamento de tutor de sus hijos y de defensor de los mismos para los casos en que aquel no pueda intervenir, manifestando que releva á éste de fianzas y designándole con el nombre de tutor y curador, esta circunstancia no hace variar la naturaleza y esencia de dichos nombramientos, y tal defensor no puede tener otro carácter ni representacion, que los conferidos en el testamento al cual se refirió el codicilo. S. 21 Junio 1862.

Hecho el nombramiento de tutor ó curador, sea testamentario, legitimo ó dativo, su remocion es un asunto de alguna gravedad, que no puede resolverse por un acto de jurisdiccion voluntaria, sino en un juicio solemne. S. 18 Abril 1863.

En cuanto á la gestion de dichos cargos, su remuneracion, responsabilidad y demas análogo á ellos recordaremos lo que ántes dijimos, de que los tutores y curadores, no solamente pueden, sino que deben como buenos administradores, adquirir para los huérfanos á quienes representan (S. 25 Setiembre 1865); y si realizan un préstamo á nombre de éstos, son los legitimos representantes del crédito para entregarlo á quien corresponda, cumpliendo con los deberes que su cargo les impone. S. 18 Noviembre 1865.

Acerca de esta parte administrativa del caudal de los menores, toda la doctrina está recapitulada en dos fallos que vamos á citar. Impone la ley 21, tit. XVI, P. 6.^a á los guardadores la obligacion de «dar buena cuenta é verdadera de todos los bienes del huérfano,» obligacion extensiva á los fiadores de aquellos y corroborada por la ley 23, tit. XIII, P. 5.^a, que dice: «que los bienes de los guardadores..... fincan obligados á aquellos que los tienen en guarda desde el dia que comenzaron á usar del oficio, fasta que les den cuenta é recabdo de las cobras que tovier dello;» de todo lo cual se deduce (segun el fallo de 10 Marzo 1858) el deber que los tutores y curadores tienen de mirar por los intereses de los menores con el mismo celo que un diligente padre de familia, conservando los bienes, no sólo con toda seguridad, sino de un modo productivo; y si por descuido ó culpa dejan estos de redituarse, son los mismos guardadores responsables de los intereses,

porque de otro modo no se da la «buena cuenta é verdadera.» Y promovida cuestion sobre si dichos tutores y curadores, en la buena gestion de su cometido, están obligados á invertir de un modo productivo todo el caudal de los huérfanos, se ha declarado (S. 3 Junio 1864) que las leyes 15, tit. XVI; 4.^a, tit. XVIII, y 2.^a, tit. XIX, P. 6.^a, no establecen que devenguen intereses á favor de aquellos las cantidades que por rentas ó productos de su caudal cobren ó perciban los guardadores; pero esta doctrina es preciso conciliarla con lo que previenen los párrafos 4.º y 5.º el art. 1272 de la ley de Enjuiciamiento sobre la necesidad de depositar los sobrantes en algun establecimiento público, y de procurar la imposicion de cualesquiera fondos existentes á que no deba darse otra aplicacion especial; lo cual no se entiende sin embargo, segun el art. 1274, con los tutores nombrados por los padres, con relevacion de fianzas.

Tanto el tutor como el curador son los verdaderos responsables de sus actos, y por consiguiente el error que cometieren en la administracion de los bienes de su pupilo, no debe ni puede legalmente perjudicar los intereses y derechos de éste (S. 29 Diciembre 1864); y lo mismo que todo el que administra, están obligados á dar cuenta de su administracion; pero si se les ha señalado fruto por alimentos, quedan relevados de este deber (S. 7 Abril 1859). Si sobre este punto de las cuentas y sobre la entrega de los bienes del huérfano se promoviere alguna cuestion, aunque sea incidental, en el juicio de testamentaria, no puede ser aplicable á ella, como alguna vez se ha pretendido, el artículo 425 de la ley de Enjuiciamiento civil, que previene se divida dicho juicio en tres periodos, porque no tiene relacion con la cuestion indicada. S. 12 Enero 1867.

El art. 1261 de la misma ley impone al juez el deber de señalar el tanto por ciento que haya de percibir el tutor ó curador como retribucion del ejercicio de su cargo, en el caso de no declararse que se entienda frutos por alimentos; pero cuando es un hecho positivo el haberse señalado el interés que han de disfrutar, es inoportuno invocar como infringido dicho artículo. S. 5 Marzo 1866.

Respecto al nombramiento de curador ejemplar, en los expedientes que se instruyan con este objeto, no puede admitirse la oposicion del interesado para el efecto de hacerlo contencioso y sustanciarlo en via ordinaria, porque segun el art. 1209 de la misma ley, la regla 7.^a del 1208 no es extensiva á los actos de jurisdiccion voluntaria que tienen marcada una tramitacion especial. S. 8 Noviembre 1862.

Discernido á una persona dicho cargo de curador ejemplar, debe con arreglo al art. 1250 entregársele por inventario el caudal del incapacitado, y por consiguiente los documentos correspondientes al mismo para la administracion de los bienes. S. 30 Junio 1859.

Ya indicamos en el capítulo IV del título I, y conviene recordar ahora, que el hecho de confiar un curador ejemplar á otra persona el cuidado y asistencia de un incapacitado puesto bajo su curatela, no induce á creer que lo haya desamparado, siempre que aparezca haberlo ejecutado en beneficio de la persona y bienes de aquel, y para el mejor desempeño de aquello en que no sea absolutamente precisa su presencia é intervencion, lo cual no se opone á la doctrina de que el cargo de curador es personal y no puede delegarse. S. 22 Diciembre 1860.

El art. 1247 de la Ley de Enjuiciamiento civil, referente al nombramiento de curador ejemplar que ha de hacer el juez en defecto de los parientes ó por falta de aptitud de estos, no puede tener aplicacion, cuando hay un curador legitimo con aptitud legal, pues en otro caso estaria en arbitrio del pariente nombrado excluir á los siguientes llamados por la ley, haciéndola ilusoria en sus previsoras disposiciones. Á este propósito se ha sostenido la doctrina de que el nombramiento aprobado sin oposicion, y sin proponerse contra él recurso dealzada, tiene el carácter de definitivamente terminado, y que aunque existan vicios de nulidad, quedan subsanados y desaparecen cuando las partes lo consienten; pero esta doctrina no es exacta, porque si el nombramiento entraña vicio de nulidad, ó concurren circunstancias que por la naturaleza especial de este cargo lo hacen ineficaz, el consentimiento del curador legitimo no puede subsanar los defectos en

que se incurra contra lo que *pro forma* se exige por la ley, que coloca al demente por su triste situacion bajo la salvaguardia de aquella; y considerando este asunto de interés público, no pueden aplicarse á él en determinados casos las doctrinas referentes á particulares: por todo lo cual y lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento, que señala la forma de los procedimientos y los recursos procedentes, dictando ademas disposiciones acerca de la tutela y curaduría por su índole especial, no tiene aplicacion al caso indicado la ley 1.^a, tit. XVI, lib. XI, N. R. S. 20 Enero 1865.

Sabido es que la ley 3.^a, tit. XVII, P. 6.^a, establece los casos de exencion, en los cuales pueden ciertas personas eximirse del cargo de tutor ó curador; pero claro es que cuando en un pleito no se cuestiona acerca de este punto, es inoportuno invocar la citada ley. S. 17 Abril 1868.

En cuanto al nombramiento de curadores para pleitos, consentido por una persona á quien interesa, ésta se halla legalmente incapacitada para reclamar despues contra él (S. 20 Enero 1863); y lo mismo sucede aun siendo el marido el que consiente dicho nombramiento, hecho para representar á su mujer menor de edad, en algun pleito que con él tenga que sostener. S. 14 Enero 1867.

Si á un curador de esta clase se impone la obligacion de dar fianza, no puede sostenerse que con ello se infrinjan los articulos 420, 421 y 1268, pues ninguno de estos establece la prohibicion de que se exija aquella garantia. S. 21 Junio 1862.

Cuando una persona es representada en primera instancia por un procurador en concepto de curator *ad litem*, y en seguida por otro, á consecuencia del fallecimiento del primero, esta sustitucion no es más que la subrogacion en el cargo que aquel desempeñó, y por tanto hay unidad en la representacion de ambos y en el origen judicial de la representacion; y no es lícito al sucesor negar la personalidad de su antecesor, ni la firmeza de lo que con él se hubiere actuado. S. 11 Febrero 1864.

Si por incapacidad de la madre para representar á sus hijos hubiere habido algun defecto en los procedimientos, queda, segun

la ley 20, tít. V, P. 5.^a, subsanado con la ratificación de los mismos por el curador *ad litem* del menor. Dicha S. 11 Febrero 1864.

Por lo que hace á Cataluña, solamente podemos consignar una doctrina referente á esta materia. El cap. 4.^o de la Novela 72 de Justiniano, con relacion al 1.^o y 3.^o de la misma, se propuso evitar todo motivo de coaccion sobre los huérfanos; y de aquí ha surgido la cuestion de si nombrado curador testamentario de un menor el mismo á cuyo favor dejó el testador un crédito, al incluirlo el curador en el inventario de los bienes de la testamentaria, y al demandarlo despues, solicitando el nombramiento de otro curador para el menor, y dejando él de serlo desde aquel momento, se comete algun acto contrario á dicha ley; pero se ha declarado (S. 19 Octubre 1867), que ni en este caso se oculta por el curador la cualidad de acreedor, ni se ejerce coaccion sobre el huérfano, que es lo que quiso prohibir la mencionada disposicion del derecho romano.

Con relacion á los litigios de Ultramar, que en alguno de sus periodos se rigen por la real cédula de 30 de Enero de 1855, concretándose el art. 63 de la misma al caso especial de que por *descuidos* de los tutores ó curadores no hayan sido presentados á favor de los menores documentos *decisivos*, no puede ménos de entenderse impuesta al que supone infraccion de dicho artículo la obligacion de presentar los documentos en que se funde. S. 30 Mayo 1866.

Aunque no es muy propio de este lugar exponer nada relativo á jurisdiccion, sin embargo, para reunir en este capítulo todo lo que tiene analogía con lo que en él hemos tratado, enunciaremos algunas doctrinas que se refieren al fuero en que se deben promover ciertas cuestiones judiciales enlazadas con esta materia. Por regla general, es privativo de la jurisdiccion ordinaria, segun los artículos 1207 y 1208 de la ley de Enjuiciamiento civil, el nombramiento de tutores y curadores y el conocimiento de sus incidencias y consecuencias (S. 17 Marzo 1864); y el mismo juez que los nombra es el que debe conocer de la demanda de remocion y de nuevo nombramiento para dichos cargos (S. 15 Setiem-

bre 1864). Además, el pueblo donde se ejerce la tutela y tienen lugar los hechos relacionados con ella, produce fuero competente para entender* en las relaciones que de la misma provengan (S. 22 Marzo 1858); y si se trata de ejercer acciones personales respecto á la gestion de los tutores, es competente el juez del lugar en que se haya administrado lo principal del patrimonio. S. 11 Setiembre 1857.

La reclamacion de los documentos necesarios para el ejercicio de la curaduría ejemplar y administracion de los bienes del incapacitado, debe hacerse, sea cual fuere el sitio donde aquellos se hallen, en el juzgado en que se ejecutó el nombramiento de curador. S. 30 Junio 1859.

Hasta aquí todo cuanto hemos creído que corresponde más propiamente al tratado de las personas y á la materia que con ellas se relacionan más íntimamente. Ahora pasamos á ocuparnos ya de las cosas y de los derechos, en los vastos y numerosos ramos que con ellos se relacionan.

LIBRO SEGUNDO.

DEL DOMINIO Y LA POSESION, SU ADQUISICION Y TRASMISION Y SUS
DIVERSAS MODIFICACIONES.

TÍTULO PRIMERO.

Del dominio en general.

CAPÍTULO PRIMERO.

*De lo que constituye el dominio, y de los modos de justificarlo
y transferirlo.*

En todos los países civilizados, las leyes protegen el dominio y los derechos y goces que de él emanan: nuestra Constitución y la legislación común y foral lo garantizan igualmente, y la jurisprudencia contribuye también con sus sanas doctrinas al mismo importante objeto. Así es, que la sentencia que priva á una persona de su legítimo dominio, se reputa contraria á la ley constitucional, que asegura su propiedad á todo español; y opuesta á las leyes 38 y 41, tít. XXVIII, P. 3.^a, la que priva al dueño, de lo obrado en terreno suyo, y de los productos del mismo. S. 18 Noviembre 1841.

La ley 1.^a, tít. XXVIII, P. 3.^a, se limita á definir el dominio y á determinar sus diferentes clases (S. 23 Noviembre 1867), y

segun ella y las doctrinas de jurisprudencia, la cualidad constitutiva de aquel consiste, en el derecho de disponer libremente de las cosas que nos pertenecen, si no se halla limitado por la ley, por pacto ó por costumbre (S. 3 Diciembre 1857; 7 Octubre y 13 Diciembre 1865). Por consiguiente, dicha facultad de disponer de las cosas como se quiera, no es tan absoluta, que el dueño pueda obrar contra derecho, ni en perjuicio ni ofensa de un tercero (S. 24 Febrero 1855); y siempre se entiende respecto del dominio pleno, mas no del que está restringido por algun título justo (S. 27 Octubre 1866). Esta limitacion no se presume, sino por el contrario, se entiende siempre pleno el dominio, á no ser que conste aquella expresamente (S. 30 Junio 1864): así, es un principio inconcuso de derecho, como dijimos en el cap. 1.º, seccion 2.ª, tit. preliminar, que toda propiedad se reputa libre, mientras no se pruebe la existencia ó constitucion legal de algun vínculo é gravámen (S. 20 Diciembre 1860; 23 Junio 1862, y 13 Diciembre 1865); pero cuando este se justifica, la sentencia que lo reconoce, no infringe dicho principio. S. 24 Mayo 1867.

Por regla general, el que posee una cosa, no está obligado, para ser mantenido en su disfrute, á probar su propiedad; y por el contrario, el que deduce una tercería de dominio, tiene obligacion de acreditar su derecho á aquello que reclama; y no basta haber obtenido la posesion de una herencia, para considerarse dueño de los bienes en que consista, pues interin no se realiza la division y adjudicacion de ellos, no se adquiere por los partícipes el verdadero dominio sobre los que la constituyen. S. 25 Mayo 1866.

Cuando no se tiene verdadera posesion en los bienes que se están disfrutando, sino solo su tenencia, por arrendamiento celebrado por los causantes, si se pretende sostener el dominio de aquellos, es necesario probarlo, lo cual incumbe al que sostiene este aserto (S. 31 Octubre 1865); pues la posesion material ó tenencia como arrendatario, ni aun sirve para prescribir el dominio (S. 10 Abril 1859); y cualquiera que sea la eficacia legal que para acreditarlo tuviere del documento que se presente con la demanda, debe declararse este derecho en favor del deman-

dante, cuando el demandado confiesa que es cierto el hecho, y que él solo tiene el derecho de servidumbre sobre la cosa reclamada. S. 12 Julio 1866.

En cuanto á la prueba del dominio, su reconocimiento al celebrarse un contrato impide el ejercicio de la excepcion de nulidad de este, pues presupone la existencia de aquel derecho real (S. 17 Marzo 1859); pero cuando una sentencia no reconoce el dominio de una cosa, ménos pueden declararse facultades ó derechos que sean emanaciones del mismo (S. 28 Diciembre 1861); ni la declaracion hecha en un testamento de que una cosa pertenece al que testa, puede constituir un título de propiedad, ni destruir la fuerza y eficacia de una escritura de que resulte que la cosa pertenece á otro. S. 5 Febrero 1863.

La adquisicion por los particulares de bienes del Estado suscita á veces cuestiones acerca de la extension del dominio adquirido; pero el que compra una finca de esta clase, sólo puede reputarse dueño de ella, en los términos contenidos en la escritura de venta extendida en consonancia con los anuncios que la precedieron, y no puede dar á su derecho de propiedad más extension de la que resulte del mismo documento; ni contra lo expresado en ella respecto de los linderos puede prevalecer la alegacion de ligereza ó equivocacion atribuida á los peritos que la deslindaron para su venta: así es que el principio legal ántes expuesto, de que «debe presumirse libre todo prédio mientras no se pruebe lo contrario,» no tiene aplicacion al caso en que la parte interesada no justifica ser de su propiedad el terreno que pretende estar libre de servidumbre ó gravámen. S. 1.º Abril 1862.

Tambien se ha intentado alguna vez ejercer actos de verdadero dominio, en bienes entregados judicialmente para cobrarse algun crédito con sus productos; pero el acreedor á quien se hace esta entrega celebra un contrato de índole y naturaleza especial, por el que, si otra cosa no se ha pactado, ó no se le faculta para ello, no puede variar la condicion de dichos bienes, ni destinarlos á un uso diverso del que tenian al recibirlos, ni hacer más gastos que los necesarios para su habitual produccion; á diferencia del gestor de negocios, ó del que, creyendo que las cosas son suyas, se

entromete en las ajenas y obra á su arbitrio sin regla ni autorizacion alguna. Para este último caso, y con referencia á él, y no al primeramente mencionado, se dictaron las disposiciones contenidas en las leyes 42 y 44, tit. XXVIII, P. 3.^a, y 28, 29 y 33, tit. XII de la 5.^a Sin embargo, los gastos ordinarios y regulares del cultivo deben considerarse y tenerse como impensas necesarias, porque sin ellos no habria frutos, y son por consiguiente de legítimo abono. S. 7 Marzo 1867.

Repútase como verdadero dueño el heredero universal de confianza y vitalicio, y por consiguiente hace suyos los frutos de la herencia, sin que pueda combatirse con razon legal la sentencia que así lo disponga. S. 1.^o Agosto 1848.

Se ha intentado alguna vez abusar de la proteccion que las leyes conceden al dominio, hasta el punto de sostenerse, que con arreglo á la 1.^a, tit. IV, lib. III del Fuero Real, el que labra en tierra de otro, si éste no lo contradice, hace suya la tierra y lo obrado, salvo el pago del doble precio; pero esta doctrina es inexacta, porque la citada ley ha sido derogada por otras posteriores. S. 13 Octubre 1866.

El dominio lo mismo abraza á los bienes muebles que á los inmuebles; pero conviene sin embargo distinguir, para los efectos jurídicos, los unos de los otros. Cuando la expresion *muebles* se usa como adjetivo y precedida de la de *bienes*, aplicándola en contraposicion á la de *inmuebles* ó *raíces*, no es posible que se la amplie á señalar todos los que, por propio ó ageno impulso, pueden ser movidos ó trasladados de un lugar á otro, sino que, por el contrario, es preciso entenderla en el sentido restrictivo en que la ley y el uso comun la emplea como sustantivo para significar especificamente los *muebles de una casa*; y no pueden entenderse comprendidos entre ellos, con arreglo á esta doctrina y al lenguaje de nuestras leyes, especialmente la de Enjuiciamiento civil en sus artículos 431, 949 y 1401, las alhajas ó efectos de plata, oro ó pedrería (S. 27 Mayo 1867). Tambien se comprenden en el dominio los derechos y las acciones, pues en su acepcion jurídica son realmente *bienes* y *cosas*, y por consiguiente están en las condiciones de los demas objetos de la propiedad (S.

22 Diciembre 1860). Pero debe tenerse presente, que bajo la palabra «efectos» no se comprende siempre el «dinero» (S. 11 Marzo 1863), aunque tanto aquellos como éste pueden ser objeto de dominio.

Uno de los medios legales que hoy se conocen para justificar el dominio de los bienes raíces, es la informacion posesoria que se haya hecho con arreglo á la ley para la inscripcion de aquellos en el registro de la propiedad, pues sirve de suficiente prueba del dominio, mientras no se presente otra más robusta en contrario (S. 4 Marzo 1867). Tambien es un medio de acreditar la propiedad, el hacer ver que esta correspondió á los antepasados del que pretende pertenecerle, pues segun la ley 10, tit. XIV, P. 3.^a, si el demandante puede probar en juicio que la cosa que pide fué suya, ó de su padre, abuelo, ó de aquel de quien es heredero, le debe ser entregada, «porque sospecha que el que en alguna ocasion fué señor della, continúa siéndolo hasta que sea probado lo contrario.» S. 12 Diciembre 1859 y 2 Marzo 1867.

Es asimismo un medio de probarse el dominio de los bienes raíces, el hecho de estar anotados en los catastros públicos en nombre de la persona que pretende ser suyos, y el acreditarse del mismo modo el pago de la contribucion que se les haya asignado; y aunque alguna vez se ha sostenido, que es doctrina legal la de que «no es prueba del dominio el hecho de estar encatstrados unos bienes y pagar por ellos contribucion,» se ha declarado todo lo contrario, y por consiguiente no puede ser tenida esa inexacta opinion como admitida por la jurisprudencia. S. 25 Abril 1866.

Cuando se trata de un documento público, que tiene únicamente fuerza legal para probar el hecho de un contrato de venta, pero carece de ella para acreditar el dominio del vendedor sobre la cosa vendida, no puede tener aplicacion, como algunas veces se pretende, la ley 114, tit. XVIII, P. 5.^a, relativa á la fuerza y eficacia de dichos documentos. S. 24 Enero 1863.

Con relacion á Cataluña, y lo mismo puede entenderse aplicable á Castilla, segun las leyes 38, tit. XXVIII, P. 3.^a, y 7.^a, tit. I, lib. XXI del *Digesto*, en el párrafo 10, y el 29, tit. I, li-

bro II de las Instituciones de Justiniano, cuando alguno edifica en suelo suyo con materiales ajenos, se entiende ser dueño del edificio y gana el señorío de los empleados en la obra, sin que pueda demandarlos su dueño, despues de asentados y metidos en ella, *quia omne quod solo inedicatur solo cedit*; y en su consecuencia al dueño de un solar pertenece la casa en él edificada, cualesquiera que sean los derechos que puedan corresponder á los que facilitaron los materiales y el trabajo para la misma construcción ó edificación. S. 24 Diciembre 1861.

Tambien se entiende que una cosa nos pertenece ó que tenemos dominio en ella, segun la ley 52 del *Digesto De acquirendo rerum dominio*, siempre que perdida de algun modo la posesion, se tiene accion para recuperarla. S. 25 Mayo 1866.

Uno de los medios que el derecho establece para la traslacion del dominio es la celebracion de los contratos: así pues, lo que se adquiere por medio de estos actos, cuando son válidos y arreglados á derecho, constituyen un justo título de propiedad y de trasmision (S. 11 Abril 1865, y 4 Enero 1868). Tambien se adquiere y se trasmite por la sucesion hereditaria; y la dacion en pago del haber, con entrega del testimonio de la hijuela, y su inscripcion en el registro de la propiedad, constituye un modo hábil para trasferirla (S. 15 Abril 1867); pero ántes de hacerse la division y adjudicacion y de entregarse el documento expresado, como no ha llegado á adquirirse aquella, no puede tampoco trasmitirse á un tercero. S. 9 Enero, y 25 Mayo 1866.

Constituyen igualmente un título legítimo y valedero las adquisiciones y trasmisiones hechas por las comunidades religiosas, aun cuando hayan sido éstas suprimidas y aplicados los bienes á la nacion, si se ejecutaron con arreglo á derecho y en la época en que tenian la libre administracion de sus bienes (S. 6 Febrero 1854). Pero, por el contrario, no es verdadera traslacion de dominio la manifestacion que el rematante de una cosa haga despues de pagado el precio, de que la adquirió para otro, pues esto no es más que una declaracion de que obró en representacion ajena, para cuyo acto no se requiere inscripcion en dicho registro del dominio (S. 9 Abril 1866). Tampoco hay verdadera tras-

mision de este derecho al comprador, cuando el vendedor tiene prohibicion judicial de realizarla: así es que la escritura otorgada con infraccion de la ley 10, tit. XXXIII, P. 7.^a, que terminantemente declara que «aquel á quien es defendido de non enagenar la cosa, que la non puede vender, nin camiar, nin sujetar á gravámen algúno,» es ineficaz legalmente para fundar una accion de terceria de dominio. S. 20 Enero 1866.

Háse suscitado algunas veces la cuestion, de si para la traslacion del de bienes inmuebles es indispensable que se consigne esta en escritura pública, ó si basta un documento privado; y aunque ha habido algunas decisiones sobre este punto, no creemos que hayan llegado á formar regla segura de jurisprudencia. En efecto, en una de ellas se declaró que las cartas privadas de que trata la ley 114, tit. XVIII, P. 3.^a, son referentes á los contratos de préstamo y á los de bienes muebles, y de ninguna manera á los de permuta y venta de los raices, pues respecto de estos exige dicha ley que hayan de ser hechos por ante escribano público, ó de otro, pero firmadas por buenos testigos (S. 5 Diciembre 1860); y en otra decision se ha consignado, que si bien un documento privado carece por sí solo, con arreglo á la citada ley 114 de eficacia legal para acreditar la trasmision del dominio de bienes inmuebles, *como quier que faga alguna presuncion*, y exige para esta clase de contratos el otorgamiento de escritura pública, esto no obsta, ni se infringe aquella ley, ni la jurisprudencia consignada en el fallo ántes citado relativo á un pleito de diversas condiciones, cuando se acredita la verdad de su contenido, por virtud de reconocimiento del vendedor y de los testigos que en su otorgamiento intervinieron, revistiendo de este modo aquel acto privado de la eficacia y solemnidad que le faltaba (S. 28 Enero 1865). Pero aparte de la prueba de la traslacion de dominio por alguno de los medios fehacientes, aunque no intervenga escritura pública, es lo cierto que los documentos en que se consigna la trasmision de la propiedad de bienes inmuebles, no pueden ser admitidos, ni producir efecto en juicio, si no están registrados en el oficio de hipotecas (S. 22 Octubre 1857); y que, este registro no puede hacerse, sino en virtud de documento pú-

blico; así como no habiendo en un contrato verdadera traslación de dominio, tampoco hay necesidad de inscribirlo en dicho registro (S. 10 Setiembre 1863). Estas son las diversas y algun tanto contradictorias doctrinas que hallamos sobre este punto; sin perjuicio de que volveremos á ocuparnos de él, al tratar del contrato de venta, en el cap. 1.º, tit. II del lib. V.

CAPÍTULO II:

Del dominio en comun.

Es condicion natural del dominio, haber de disfrutarse á veces en comun, ya por conveniencia mútua de los condueños, ó ya porque la cosa objeto de él no tenga cómoda division; y sin perjuicio de las doctrinas que á su tiempo exponremos relativas á retractos de comuneros ó condóminos, vamos ahora á ocuparnos de los referentes á aquella especie de mancomunidad.

Con arreglo á la ley 55, tit. V, P. 5.ª, *cualquier* de los partícipes ó comuneros de una finca, puede vender *la su parte, magüer la cosa non sea partida*; pero no por eso debe entenderse que esta ley autoriza la venta de una parte fija y determinada que el vendedor señale á su arbitrio, tal vez en perjuicio de los condueños, sino la de aquella que le corresponda, hecha la oportuna division; y ménos puede sostenerse esa mala interpretacion de la ley, contra el principio legal, de que los contratos sólo obligan á los que en ellos intervienen por sí ó con legítima representacion: por consiguiente, al vender uno su parte, no quedan tambien vendidas las de todos los demas condueños. S. 13 Octubre 1866.

Hay casos en que la cosa poseida en comun, está sin embargo dividida ó puede estarlo cómodamente, y otros en que es imposible ó muy perjudicial la division; de donde derivan diversos derechos. El segundo caso, que es el que más cuestiones ofrece, se verifica, segun la citada ley de Partida, cuando dos ó más poseen una cosa *comunamente ó de so uno*; circunstan cia que existe cuando no aparece division alguna que determine, ó indique por lo ménos, la parte que á cada interesado corresponda,

ni su cabida, situacion y linderos (S. 28 Enero 1865). Pero cuando una cosa no se halla en este caso, ni se reputa como accesoría ó inseparable de otra, de tal modo que necesariamente hayan de pertenecer ambas á un dueño, pueden enagenarse con separacion, sin que entónces sean aplicables las leyes 28 y 50, tit. V, P. 5.^a, y 46, tit. XXVIII, P. 3.^a S. 28 Junio 1860.

Siempre que una finca es poseida en comun, los condueños tienen naturalmente que contribuir respectivamente á los gastos de su reparacion, de la manera que determina la ley 26, título XXXII, P. 3.^a (S. 8 Enero 1865). Pero es un principio de derecho, que en estos condominios no obligan á los interesados las determinaciones que acuerde la mayoría, sobre la parte que á cada uno corresponde satisfacer. S. 30 Enero 1861.

Si en la cosa de dicho modo poseida, uno de los dueños hace obras con mala fe sin participarlo á sus condueños, incurre, segun la ley 26 citada, en la responsabilidad de perder las impensas que hubiere ejecutado, quedando lo obrado así para todos los copropietarios; pero esto no es aplicable al aparcerero que hace obras en finca comun, prévio aviso, segun las leyes 41 y 42, título XXVIII, P. 3.^a; 16, tit. X, y 26, 28 y 29, tit. XII, P. 5.^a S. 14 Mayo 1867.

En las herencias suele suceder, que hecha la division de los bienes que las componen, haya documentos por su índole indivisibles; y en este caso, aunque pertenecen en comun á todos los herederos, debe tenerlos uno solo de ellos, segun la ley 7.^a, título XV, P. 6.^a, si bien con la obligacion de manifestarlos á los demas partícipes cuando los necesiten; pero los documentos á que dicha ley se refiere, son las escrituras públicas de familia que forman parte de sus herencias, y no las referentes á la liquidacion ó division de estas (S. 30 Enero 1861). Parece pues consiguiente, que los documentos de la hijuela de cada cual de los interesados los costeen éstos respectivamente.

Los condueños, aunque sean menores, no tienen facultad para hacer suyos los bienes que poseen en comun, por el precio que regulen los peritos, sino el de recobrarlos ó retenerlos, abonando el mayor precio que se haya ofrecido por ellos en pública subas-

ta. Con relacion á Navarra se ha pretendido, que el Derecho romano concedia ese privilegio á los menores; pero lo contrario se deduce de la ley 3.^a, tít. XXXVII. lib. XXX del *Código*, y 35, tít. IV, lib. IV del *Digesto*. S. 3 Diciembre 1857.

Sabido es que cuando se posee una cosa en comun, todos los partícipes tienen derecho á su division, y pueden ejercitarlo por medio de la accion *communi dividundo*; mas para usar de ella con éxito, es requisito indispensable la concurrencia de dos ó más dueños en todas y cada una de las partes de la finca, que es lo que constituye la verdadera proindivision. S. 15 Abril 1867.

Hay á veces cuestiones sobre intereses generales de un pueblo ó derechos comunales de un distrito municipal; pero no deben confundirse estos, con los de algunos vecinos que sólo constituyan parte de una poblacion ó de una municipalidad. S. 13 Abril 1860.

CAPÍTULO III.

De las cosas que pertenecen al Estado.

Todo lo expuesto en los anteriores capítulos es referente al dominio en general; pero vamos ahora á ocuparnos del que no corresponde á los particulares, sino al Estado; y de cierta clase de propiedad, que por sus condiciones especiales está sujeta á determinadas reglas.

Pertencen al Estado, y deben adjudicársele en calidad de mostrencos, segun el art. 4.^o de la ley de 16 de Mayo de 1835, todos los bienes detentados ó poseidos sin título legal; y para su adjudicacion basta acreditar, que en efecto no hay dueño ni poseedor legitimo de dichos bienes; infringiéndose, si así no se hace, las leyes 1.^a, tít. XXVIII, y 1.^a y 6.^a, tít. XXX, P. 3.^a, que tratan de las especies que se conocen de dominio y de posesion, y de las *maneras* de *ganar* ú obtener estos derechos. S. 27 Octubre 1865.

Del mismo modo corresponden al Estado los objetos que el mar arroja á las playas, sean ó no procedentes de naufragio, cuando resulte no tener dueño conocido, conforme á lo dispuesto en el

párrafo 3.º, art. 1.º de la citada ley de 1835; debiendo procederse en este caso con arreglo á la 10, tit. VII, lib. VI, N. R, S. 20 Marzo 1858, y 10 Mayo 1867.

Tambien corresponden al Estado como mostrencos, segun lo dispuesto en el art. 2.º de la misma ley de 1835, los bienes de los que mueren intestados; pero esto no puede entenderse, sino cuando estos no dejan personas capaces de heredarlos (S. 14 Diciembre 1865), ni tampoco en los casos en que las leyes desvinculadoras determinan el destino que debe darse á los bienes desvinculados. S. 7 Octubre 1859.

Por un principio general, el mar y sus riberas *pertenecen comunamente á todas las criaturas*, pudiendo todos usar de su aprovechamiento; y aunque la nueva ley sobre el uso y disfrute de las aguas extiende sus prescripciones á esta materia, indicaremos las pocas doctrinas que acerca de ella ha consignado la jurisprudencia. Con arreglo á ellas, dicho principio de derecho está limitado en ciertos casos, ya por las mismas leyes y disposiciones que lo consignan, ya por las administrativas, que, modificándolo en su ejercicio, lo sujetan á reglas especiales y determinadas, que dan y crean derechos de posesion y aprovechamiento exclusivo en el lugar ó término en que se conceden, siempre que esto se verifique por quien pueda ordenarlo y de manera *que non se embargue* el uso comun al de la gente. Por eso en la época en que el Rey administraba los bienes é intereses del Estado era su legitimo representante, y como tal podria hacer concesiones, como las que el Real Patrimonio ha estado en posesion de otorgar, dando á enfiteusis terrenos de las playas de Cataluña. S. 30 Abril 1863.

Por la misma razon, si bien al explicar y determinar las leyes 3.ª y 4.ª, tit. XXVIII, P. 3.ª, cuáles son las cosas comunes á todos los hombres, y cómo pueden aprovecharse de ellas, enumerando como tales, entre otras, el mar y sus riberas, esto no debe entenderse de un modo absoluto, puesto que se hallan establecidas en beneficio comun varias limitaciones, que han sido dictadas para atender á la seguridad é interés general del Estado: por consiguiente, éste puede conceder en aprovechamiento los terrenos de dichas riberas, que no hayan entrado ya en pro

riedad particular adquirida por título legítimo. Tales son las disposiciones y doctrinas legales sobre este punto, sin que en oposición á ellas puedan invocarse las leyes 6.^a y 32 del mismo título y Partida, relativa la primera á determinar el uso que puede hacerse de los puertos, rios y caminos públicos, y la segunda á que no se pierde el señorío de la heredad, aunque sea cubierta el agua, porque no tienen aplicacion á las cuestiones relativas sólo á las riberas ó playas del mar. S. 1.º Mayo 1863.

TÍTULO II.

Del dominio de los productos materiales, y de los objetos científicos é industriales.

CAPÍTULO PRIMERO.

Del dominio y aprovechamiento de las tierras, pastos y arbolados.

Vamos á exponer en este capítulo las doctrinas relativas al disfrute del dominio de los objetos naturales, que consisten en la tierra, sus pastos y arbolados. Ya dijimos ántes, al hablar del dominio en general, que su cualidad constitutiva consiste en el derecho de disponer libremente de las cosas que nos pertenecen, mientras no se halle limitado por la ley, por pactos, ó por la costumbre (S. 3 Diciembre 1857, y 7 Octubre 1865); de donde se deduce, que se puede gozar de todos los productos del suelo, cuando existe un verdadero y absoluto dominio no restringido de algun modo legal. S. 23 Mayo 1860.

Pero toda la dificultad consiste, y á allanarla se encaminan la legislacion y la jurisprudencia sobre esta materia, en que el do-

minio pleno y no limitado por algun gravámen legitímno sea respetado en toda su extension, al paso que estén protegidos tambien los derechos de servidumbre que lo modifiquen, fundados, no en abusos introducidos ilegalmente, sino en virtud de títulos justos y respetables.

La propiedad de la tierra está solemnemente protegida por los decretos de las Córtes de 14 de Enero de 1812, y 8 de Junio de 1813, y por las Reales disposiciones de 12 de Setiembre de 1834; 11 de Febrero de 1836, y 17 de Mayo de 1838; mas á pesar de sus terminantes preceptos, y de las prudentes limitaciones que contienen, son frequentísimos en el foro los litigios sobre el uso y aprovechamiento de los productos del suelo y de los árboles; y la jurisprudencia, de acuerdo con aquellas prescripciones legales y gubernativas, ha consignado doctrinas que pueden reducirse á los sencillos términos que vamos á exponer.

La citada ley de 1813, al declarar que todas las dehesas, heredades y demas tierras pertenecientes á dominio particular, deben considerarse cerradas y acotadas, no ha alterado los derechos de uso, aprovechamiento ó servidumbre con que estuvieran gravadas, lo cual ha sido corroborado por la citada real órden de 12 de Setiembre de 1834 (S. 13 Diciembre 1865, y 14 Abril 1866); pero estos derechos, para que sean declarados en juicio, deben estar apoyados, en conformidad á la mencionada real órden de 11 de Febrero de 1836, en títulos especiales de adquisicion, y no en malas prácticas á que se ha dado ilegalmente el nombre de costumbre, pues segun dichas disposiciones legales, que tienen por objeto proteger la propiedad contra las invasiones que bajo cualquier concepto se hayan hecho ó se hagan en ella, las servidumbres no pueden extenderse á cosas que no se hallen comprendidas en dichos títulos, sin lastimar aquella y sin contravenir las mencionadas disposiciones (S. 14 Abril 1866); no bastando para acreditar el derecho al aprovechamiento de unos pastos, probar el uso ó costumbre, por antiguos que sean, sino que ha de presentarse precisamente el título de adquisicion del derecho, y acreditarse su legitimidad y validez. S. 26 Noviembre 1864.

Pero al autorizar dichas reales órdenes y la de 17 de Mayo de

1838 á los dueños de los terrenos para cerrarlos y aprovechar sus frutos y productos como mejor les convenga, y gozar el pleno dominio, tanto del suelo como del arbolado, lejos de ampliar las prescripciones de las citadas leyes, las restringieron, mandando que no se dé al art. 1.º de dicha ley de 8 de Junio de 1813 más extension que la que expresan su letra y su espíritu. Así, pues, cuando no puede reconocerse el dominio absoluto y exclusivo de todos los productos de una heredad, tampoco puede declarársele el derecho de destinarla á la clase de cultivo que más acomode, por ser esta facultad una emanacion de aquel dominio. S. 28 Diciembre 1861; 1.º Marzo 1862, y 13 Octubre 1864.

En el mismo concepto debe entenderse la real orden citada de 11 de Febrero de 1836, que, al excluir todos los títulos que fundados en invasiones ó malas prácticas y costumbres, se opongan al libre goce de la propiedad, se refirió tambien al dominio pleno y absoluto que pertenezca al propietario; y por consiguiente, cuando exista el gravámen impuesto sobre unas tierras, de haberse de destinar los pastos de las mismas para aprovechamiento de los ganados del comun de vecinos, queda limitado el derecho del dueño de aquellas, y no puede alegar el de una propiedad plena y libre. S. 1.º Marzo 1862.

Por las mismas razones, cuando el dominio de las heredades se halla dividido de tal modo, que á unos pertenece el suelo y á otros el arbolado sito en el mismo, los dueños de aquel carecen de accion para impedir á los del arbolado el aprovechamiento de éste; y no basta para querer ejercer mayores facultades, invocar las prescripciones de la citada ley de 1813; pues esta no es aplicable al medio de justificar el dominio, sino se limita á proteger los derechos que de él emanan, y á derogar las prácticas abusivas que sin obligacion especial lo limitaban; pero siempre en el concepto de que la propiedad exista de un modo indisputable. S. 23 Febrero 1847, y 23 Febrero 1859.

Muy comun es, para el ejercicio del pleno derecho de propiedad, cerrar ó acotar las heredades; pero debe tenerse presente que, por el significado y acepcion legal de las palabras *acotar* y *acotamiento*, segun las leyes 1.ª, tit. XXV, y 11, tit. XXVII, li-

bro VII, N. R., el acotamiento ejecutado en formal diligencia no puede confundirse, ni limitarse en sus efectos, con el simple apeo y deslinde de unas tierras. S. 12 Febrero 1862.

Tambien es frecuente, celebrarse convenios ó *concordias* entre dos ó más pueblos, para el uso y aprovechamiento de los pastos de sus respectivos términos; pero cuando de estos contratos no aparece que se constituyera censo alguno de los que el derecho reconoce, no pueden aplicarse la ley 8.^a, tit. XV, lib. X, N. R., ni la doctrina de que esta es extensiva á todos los censos redimibles. S. 19 Mayo 1866.

Para los efectos de la ley 39, tit. XXVIII, P. 3.^a, con arreglo á la cual los poseedores de buena fe están obligados á devolver los frutos percibidos, no pueden considerarse como frutos de los montes, segun alguna vez se ha pretendido, los árboles que los constituyen (S. 28 Junio 1866); ni cuando se trate de hacer la calificación de esta clase de productos puede derivarse, como tambien se ha sostenido, ninguna doctrina de la ley 25, tit. XXVIII, P. 3.^a, que declara á quién pertenece el fruto de las bestias y ganados. S. 23 Febrero 1859.

Creemos que con las doctrinas legales que dejamos expuestas han quedado bien deslindados los respectivos derechos, así de los dueños de las heredades como los de las personas y comunidades de vecinos que tienen constituida á su favor, y por los medios legítimos, algunas de las servidumbres ó gravámenes que amenguan el derecho de propiedad. Pero, sin embargo, debe tambien tenerse presente lo que expondremos acerca de la servidumbre de pastos y de otras análogas en el cap. 1.^o, tit. V de este mismo libro.

CAPÍTULO II.

Del dominio y aprovechamiento de las aguas.

Mucho se ha disminuido el interés de las doctrinas de jurisprudencia relativas á esta materia, con la publicacion de la reciente ley de aguas, pequeño código, sábiamente redactado y celosa é

ilustradamente discutido y mejorado por los Cuerpos Colegisladores, y cuya urgencia era generalmente reconocida en un pais esencialmente agricultor, en que tanto escasean aquellas y tan necesario es su aprovechamiento, no sólo para la agricultura, sino para los establecimientos fabriles é industriales, y en gran parte del territorio, aun para el sustento de los habitantes y de los ganados. Pero á pesar de la publicacion de tan útil é importante ley, no debemos, sin embargo, omitir la exposicion de dichas doctrinas, ya por la aplicacion que puedan tener á litigios anteriores á la misma ley, ya tambien porque alguna vez podrán servir de autorizados precedentes para la resolucion de las nuevas cuestiones que se susciten en el foro.

Dividiremos nuestro breve resúmen, en el uso y aprovechamiento de las aguas pluviales, de las de los rios, acéquias y cáuces, y de las de fuentes ó subterráneas; exponiendo ademas las reglas generales que alcanzan á todas.

Es un principio legal, consignado en la ley 3.^a, tít. XXVIII, P. 3.^a, que las aguas de la lluvia son comunes á todos los hombres, y que su aprovechamiento corresponde por consiguiente al primero que las ocupa ó retiene en su prédio, si bien este derecho se puede renunciar, ceder ó trasferir á otro por un título especial que constituye obligacion. Pero es asimismo doctrina admitida por la jurisprudencia, que se dé siempre la preferencia para el disfrute de estas aguas al dueño de los terrenos superiores respecto del de los inferiores, si éste no tiene un título especial que constituya obligacion á su favor para el goce de este beneficio. Y como las aguas de esta clase no son susceptibles de posesion en su estado de descenso y curso natural, no puede fundar en ella un derecho de prelacion el dueño de los terrenos inferiores, porque su aprovechamiento depende de la facultad que tiene el de los prédios superiores para retenerlas ó dejarlas discurrir. S. 12 Octubre 1860; 21 Febrero 1863, y 28 Febrero 1865.

En Aragon el verbo *adajuare*, usado en sus Fueros y Observancias, bien sea su significacion la de regar ó abrevar, ó bien la más genérica de hacer cualquier uso de las aguas, para adquirir por una posesion más ó ménos dilatada el derecho á su apro-

vechamiento, no es referente á dichas aguas pluviales, en las que, como se acaba de indicar, no cabe posesion. S. citada de 28 Febrero 1865.

En cuanto al uso y aprovechamiento de la de los rios, conviene no olvidar el principio, de que el que tiene á su favor un derecho reconocido, debe serle respetado, manteniéndosele en el goce y pacífica posesion del mismo. Por consiguiente, cuando la concesion de aguas de esta clase se hace, como comunmente acontece, sin perjuicio de los derechos de propiedad de cualquiera otro interesado, siempre que resulte que la construccion de las obras necesarias para su disfrute infiere daño á un tercero, éste tiene el indisputable derecho de exigir, que por el concesionario se hagan las obras necesarias para evitarle todo perjuicio, y que se le mantenga en el goce y pacífica posesion que ha venido disfrutando. El señalamiento de estos perjuicios, como cuestion de hecho, está sujeto á la prueba pericial y testifical, cuya apreciacion corresponde á la Audiencia que falla. Pero téngase presente, que si bien la regla 4.ª de la real órden de 14 de Marzo de 1846, sobre la forma en que deben instruirse los expedientes de concesion de nuevos riegos, fábricas y otras empresas agrícolas é industriales para el aprovechamiento de dichas aguas, dispone que en el término de treinta dias puedan presentar sus reclamaciones los particulares que se creyeren perjudicados, no contiene sancion alguna penal para los que dejen trascurrir este término sin verificarlo; sin duda por la razon de que tales perjuicios no pueden muchas veces conocerse ni apreciarse por la sola enunciacion del proyecto, sino aparecer posteriormente, ya por el efecto que produzcan las obras construidas, ó ya por el modo con que estas se hayan ejecutado. S. 26 Mayo 1866.

El real decreto de 19 de Noviembre de 1835, concedió libertad para ejecutar obras con objeto de aprovechar las aguas de los rios navegables, pero bajo las reglas establecidas por el derecho comun, como se habia ántes determinado en el art. 7.º del decreto de las Córtes de 11 de Agosto de 1811, y en el de 19 de Julio de 1813, restablecido en 4 de Febrero de 1837. Este derecho

comun lo constituian principalmente la ley 18, tit. XXXII, P. 3.^a; el real decreto de 31 de Agosto de 1819, la real instruccion de 30 de Noviembre de 1833 en su párrafo 55, y la real orden de 5 de Abril de 1834; disposiciones que demuestran que para toda obra en rios, sean ó no navegables, se requería permiso previo de la administracion superior ó suprema. S. 29 Marzo 1832.

Si los rios son de navegacion ó flote, las concesiones se entienden siempre de modo que no sean menoscabados estos grandes intereses. Así, cuando á fin del siglo pasado se trató de facilitar la navegacion del Tajo y el transporte de las maderas que por él se conducian, las reales órdenes de 18 de Octubre de 1794, y 5 de Noviembre de 1798, dictadas al efecto, no mandaron ni autorizaron la construccion de ninguna presa en dicho rio, sino que por el contrario, previnieron que en las que á la sazón existian sin oposicion ni contradiccion de persona alguna, se abriesen boquetes que facilitaran la navegacion del mismo rio, y el paso y transporte de las maderas que por él se conducian, allanando, ó al ménos disminuyendo, los obstáculos que á esto ofrecieran dichas presas, y favoreciendo el objeto y cumplimiento de las leyes protectoras del aprovechamiento comun y libre curso de los rios. S. 9 Marzo 1867.

Se ve pues, que siempre domina en toda clase de aprovechamientos de aguas, el principio de no dañar á tercero; y así, cuando se autoriza la construccion de obras en un molino ú otro artefacto movido por el agua, con la precisa cualidad de que no se perjudique á otro artefacto inmediato que tenga igual agente ó motor, se cumple exactamente con lo que prescribe la citada ley 18, tit. XXXII, P. 3.^a (S. 3 Mayo 1860). Y por el mismo principio, la preferencia que debe darse al dueño de un predio superior respecto del inferior para el aprovechamiento de las aguas que por él pasen, está subordinada, así como las reglas generales establecidas en las leyes 19, tit. XXXII, y 1.^a, título XXVIII, P. 3.^a, á la excepcion de que no se perjudique á un tercero que haya adquirido su derecho por algun titulo legitimo (S. 28 Abril 1863). No deben, sin embargo, impedirse bajo el pretexto de supuestos perjuicios, las obras verdaderamente ne-

cesarias ó útiles, que en nada menoscaben los intereses de otro. S. 26 Octubre 1855.

La facultad de utilizar las aguas de una acequia ó cauce, mediante el pago de un cánon, reservándose el que la otorga la conservacion y ejecucion de las obras necesarias, no trasmite al concesionario la propiedad de las mismas aguas; y así, el monarca D. Jaime I, como dueño de la célebre acequia de Alcira, en Valencia, al conceder la facultad de sacar por el azud toda el agua que se necesitara por los adquirentes, no constituyó una servidumbre, pues siendo uno solo el dueño, y una tambien la propiedad, era imposible la existencia de aquella. S. 15 Marzo 1860.

El que en virtud de un convenio cede para cierto uso las aguas que entren en un puesto y presa, se entiende obligado á facilitar las que pasen naturalmente y no más; y no puede por tanto ser responsable de la escasez de las mismas, á no ser que esta provenga de abusos ó descuidos de su parte. S. 30 Junio 1860.

Acerca de las aguas que bajan por una acéquia ó cáuce, las leyes 13 y 18, tit. XXXII, P. 3.^a no reconocen derechos absolutos para su aprovechamiento, sino por el contrario, contienen la limitacion expresa que ya hemos indicado, de no poderse aprovechar con daño de tercero, y tambien el precepto terminante, de que cuando medie este daño se provea el oportuno remedio, y hasta la demolicion, si es necesario, de las nuevas obras, para evitar el menoscabo. S. 9 Junio 1865.

Aunque suele ser lo más comun desear la entrada de las aguas en un prédio para fertilizarlo con ellas, puede tambien suceder que en vez de beneficio causen daño, y por eso ninguno está obligado á recibir en su finca, colocada en terreno inferior, las sobrantes del riego de otra superior, á no ser que el dueño de esta última acredite haberse constituido á su favor esta servidumbre por uno de los medios establecidos en la ley 14, tit. XXXI, P. 3.^a; por el principio que ya mencionamos al tratar del dominio en general, de que toda finca se presume libre, mientras no se pruebe que tiene sobre sí algun gravámen. S. 23 Junio 1862.

Conviene, por último, en cuanto á las acéquias ó cáuces, tener

presente la doctrina, de que estos conductos de las aguas que sirven de motor á cualquiera clase de artefacto ó maquinaria, no pertenecen á los dueños de los mismos artefactos en cuyo beneficio se hayan construido ó abierto, mientras no se pruebe legalmente; y que no existiendo esta prueba, sólo les corresponde la servidumbre de acueducto con sus consecuencias, ó sea con el derecho de impedir que los poseedores ribereños les disminuyan el caudal de agua que necesiten para el ejercicio de su industria. S. 9 Junio 1865.

En cuanto á las aguas de fuente, el dueño de un prédio lo es también de las que dentro de él nacen, y puede disponer de ellas segun mejor le convenga, salvo el derecho que otro hubiere adquirido á disfrutarlas por algun título ó por prescripcion, conforme á las leyes 1.^a, tit. XXVIII, y 14 y 15, tit. XXXI, P. 3.^a Sin embargo, si no se justifica la prescripcion inmemorial, no son aplicables las leyes 5.^a, 12 y 15 de dicho tit. XXXI, ni la real orden de 5 de Abril de 1854 sobre la prescriptibilidad de las aguas corrientes y el uso de ellas, ni la doctrina de que en materia de prescripcion debe respetarse el estado posesorio, especialmente cuando descansa en dicha posesion inmemorial. S. 3 Abril 1868.

Para el aprovechamiento de las aguas subterráneas están establecidas reglas sencillas, pero todas en el mismo concepto ya indicado, de que no se dañe á los intereses de tercero. Asi, la ley 19, tit. XXXII, P. 3.^a, que lleva por epígrafe «cómo puede ome fazer de nuevo pozo ó fuente en su heredad,» si bien concede este derecho á todo dueño para sacar y aprovechar aguas en su propia finca, es siempre con las justas y prudentes limitaciones que determina, entre ellas la de «no destajar ó menguar las venas por do viene el agua ó pozo ó fuente de otro, ca entonce (segun expresa la misma ley) bien lo podia vedar que lo non fiziere, é si lo oviere fecho, podrian gelo fazer derribar é cerrar» (S. 24 Setiembre, y 7 Noviembre 1866). Y no solamente tiene esta limitacion el principio de que cada uno puede abrir pozo ó fuente en su finca, pues tampoco puede prescindirse de las reglas necesarias para evitar todo daño; ni se deben permitir con el pretexto

de abrir pozos, otras construcciones de distinta índole que, más que al exclusivo aprovechamiento de las aguas de terreno propio, tiendan á atraer las propias del ageno. Dicha S. 7 Noviembre 1866.

En Cataluña y otros puntos, el Real patrimonio tenia la facultad privativa de disponer de las aguas subterráneas, pudiendo conceder en enfiteúsis el derecho de buscarlas, conducir las y aprovecharlas en riegos, bajo el cánon, condiciones y pactos que por mútuo acuerdo se fijaban. Aquella facultad vino á ser objeto del Real decreto de 19 de Noviembre de 1835, en el cual se concedió permiso á todos los habitantes de aquel principado y de Valencia y Mallorca «para abrir cotos y hacer zanjas, para buscar aguas subterráneas y utilizarse de las propias, y abrir pozos y ventanas, todo sin otra sujecion que las reglas del derecho comun;» pero este permiso no ha invalidado los derechos adquiridos por los enfiteútas durante la época anterior, sino ántes bien debe entenderse y practicarse en armonía con aquellos, y por lo tanto respetarse todo lo que en esta línea existiese al tiempo de la publicacion de dicho decreto, siempre que hubiese llegado á existir en virtud de un título legítimo. La especialidad de la materia reduce á dos solas clases los títulos que pueden invocarse como legítimos por los referidos enfiteútas, á saber: concesion hecha por el Real patrimonio, ó la posesion de treinta años, que es la exigida por la legislacion especial de Cataluña para ganar servidumbre por medio de la prescripcion. S. 30 Enero 1865.

Cuando dicho establecimiento enfiteútico no es absoluto, sino limitado á determinada zona, y bajo la condicion de que no perjudique á concesiones anteriores, ni á los pozos de los prédios colindantes, de los que debe separarse al procederse á la busca y conduccion de las aguas; las obras ejecutadas con este objeto por el enfiteúta ó concesionario, cualquiera que sea la época en que se hayan ejecutado, si distraen las aguas de los pozos de dichos prédios, contrarian las condiciones de la concesion y deben destruirse. S. 15 Setiembre 1865.

Ademas de las doctrinas expuestas con relacion al uso y aprovechamiento de las aguas pluviales, de rios y acéquias, de fuen-

tes y subterráneas, rigen otras que pueden ser como generales á todas, y de ellas vamos á hacer un breve resúmen. El estado posesorio debe respetarse, siempre que descansa sobre la posesion inmemorial: por consiguiente procede en este caso la prescripcion, aun contra lo pactado; y la sentencia que no respeta dicha posesion, infringe la indicada doctrina, admitida por la jurisprudencia y la ley 15, tít. XXXI, P. 3.^a (S. 30 Junio 1860). Pero no puede haber esta infraccion, cuando se decide por el resultado de las pruebas, sin alterarse el estado posesorio acreditado. S. 3 Marzo 1866.

Quando se cuestiona sobre aguas, ántes que las reglas generales, deben estimarse los pactos expresos ó los derechos creados por el uso, segun el resultado de las pruebas con que se justifiquen (S. 3 Marzo 1866). Así pues, aunque por punto general debe en esta materia, como en cualquiera otra, observarse el principio, de que quien percibe la utilidad debe sufrir los gravámenes inherentes á ella, esto no excluye la facultad de modificarlo por convenios particulares que puedan celebrar los interesados en el disfrute de las aguas. S. 15 Marzo 1860.

Si éstas son de aprovechamiento comun, como á los ayuntamientos corresponde por la ley municipal su distribucion, el remedio de los abusos que puedan cometerse en las concesiones de las mismas, no competen á los tribunales ordinarios, ni aun en el caso de que envuelvan infraccion de algunas disposiciones legales. S. 18 Marzo 1862.

Finalmente, con relacion á Aragon, quando en una transaccion ó convenio se concede el aprovechamiento de aguas en compensacion de otro derecho, sin limitar su uso, puede hacerse otro distinto del que se expresó en la concesion; y al declararse así, no se infringen la ley del contrato, ni el principio de la legislacion aragonesa *Standum est chartæ*, ni las demas Observancias que conducen al mismo fin. S. 27 Junio 1862.

CAPÍTULO III.

Del dominio y aprovechamiento de las minas.

El dominio y el aprovechamiento de las minas ocasionan con mucha frecuencia graves cuestiones de interés general, que se resuelven ó gubernativamente por la administracion, ó bien por la vía contencioso-administrativa; pero cuando son de índole privada, porque afectan á los derechos civiles de los particulares, ya toman las cuestiones el carácter de comunes, y se resuelven por los medios ordinarios de las demas controversias jurídicas. Por eso cuando el punto litigioso no se contrae á los derechos y deberes que se derivan del registro de las mismas minas, sino á los que haya adquirido y de que haya podido disponer el registrador de ellas, si preceden pactos que los determinan, su calificación corresponde á los tribunales de justicia; y por eso tambien la ley de minas y demas disposiciones especiales de este ramo, no son aplicables á las modificaciones que respecto de toda propiedad, cabe en el ejercicio de los derechos y deberes que resultan del registro de una mina, ni pueden por tanto ser infringidas, al decidirse sobre la fuerza y valor de tales convenciones. S. 30 Octubre 1860.

Júzgase hoy por la ley de 6 de Julio de 1859, reformada por la de 23 de Febrero de 1867, segun las cuales las pertenencias mineras caducan, perdiéndose su propiedad, por el abandono de las mismas, y se extinguen los derechos de sus primitivos dueños, creándose radicalmente los del nuevo concesionario. S. 6 Junio 1865.

De este abandono y caducidad nacen á veces cuestiones sobre los nuevos derechos que se crean, por los que aprovechándose de aquella circunstancia, tratan de la explotacion de una mina abandonada ó que se suponga en esta situacion. Así ha sucedido, que al ceder una mina con la condicion de reservarse el cedente cierto número de acciones, subsiste esta obligacion de parte del cesionario, aunque la mina haya sido infundadamente denuncia-

da por abandono, y el cedente lo haya consentido con tal de que se le reserven las mismas acciones. S. 30 Junio 1851.

Todo minero está obligado, segun el párrafo 2.º, art. 55 de la ley citada de 1859, á indemnizar por convenio privado ó por tasacion de peritos, con sujecion al derecho comun, los menoscabos que de *cualquier modo* resulten á intereses agenos dentro ó fuera de la misma y en operaciones anteriores, simultáneas ó posteriores á la extraccion de minerales. Por consiguiente, cuando los perjuicios que uno infiera no proceden de caso fortuito, sino de actos voluntarios practicados en utilidad y beneficio suyo, debe indemnizarlos, pues es un principio consignado en la ley 13, título XXXII, P. 3.ª, que ya recordamos al principio del título anterior, que aunque el hombre puede hacer en lo suyo lo que quisiere, «débelo fazer de manera que non faga daño ni tuerto á otro;» y la regla 14, tít. XXXIV, P. 7.ª, no autoriza que se causen perjuicios á otro por el uso que haga de su derecho, pues debe esto entenderse con las limitaciones que en su ejercicio prescriben otras disposiciones legales. Por eso el citado art. 55 de la mencionada ley de 1859, consigna terminantemente la obligacion de indemnizar con arreglo al derecho comun, los menoscabos que ocasione la explotacion de las minas. En cuanto á si se han causado realmente daños y á fijar su cuantía, siendo ciertos, y decidir quién debe indemnizarlos, compete á los tribunales, como en todos los asuntos comunes, apreciar los hechos segun la prueba testifical y pericial, prevaleciendo su recto juicio, mientras no se haya infringido con esta apreciacion alguna ley ó doctrina. S. 9 Abril 1866.

El dueño de una pertenencia minera, por esta sola circunstancia, no lo es de su cara superior ó parte superficial, la cual, con arreglo á lo prevenido en el art. 13 de la citada ley de 1859, acorde en este punto con la de 11 de Abril de 1849 y con el real decreto de 4 de Julio de 1825, permanece siendo propiedad del dueño del terreno, si bien segun lo dispuesto en el art. 56 de la primera, el minero puede obtener el libre y pleno disfrute del todo ó parte de ella para los usos necesarios de su industria, concertándose particularmente con el dueño del terreno, ó en su de-

fecto por medio de la expropiacion forzosa, debidamente solicitada y obtenida. S. 24 Enero 1867.

El contrato por el cual se cede el aprovechamiento de una mina por tiempo limitado, reservándose el cedente el derecho de propiedad, no puede calificarse de venta, sino más bien de arrendamiento; pudiendo muy bien las minas ser objeto de este, porque están sujetas, como cualesquiera otros bienes, á las condiciones de propiedad particular (S. 19 Abril 1861). Así, la compra-venta de las acciones de minas es un contrato comun, y por lo tanto son aplicables á él las disposiciones del Código de Comercio. S. 10 Octubre 1861.

CAPÍTULO IV.

De la propiedad literaria y de la industrial.

El dominio de todas las obras científicas y literarias está, igualmente que el de las cosas materiales y comunes, bajo la proteccion de las leyes, que aseguran su goce á los autores de aquellas ¹. Por ² eso, segun el art. 1.º de la ley de 10 de Junio de 1847, y para los efectos de ella, se entiende por propiedad literaria el derecho exclusivo que compete á los autores de escritos originales para reproducirlos ó autorizar su reproduccion por medio de copias manuscritas, impresas, litografiadas ó por cualquiera otro semejante ³; y el 10 se prohíbe reproducir una obra agena con

1 No solamente las leyes civiles, sino las criminales, protegen la propiedad literaria y la industrial, pues el art. 457 del Código penal castiga al que defraudare á otro en el uso de aquel derecho.

2 Para afianzar más el derecho de propiedad literaria, se han celebrado dos convenios internacionales, uno con Francia de 15 de Noviembre de 1853, y otro con Inglaterra de 3 Octubre, publicado en 29 del mismo de 1857, concediendo reciprocos derechos á los escritores de estos paises y á los españoles.

3 El derecho de propiedad, declarado en el art. 1.º de la citada ley, corresponde á los autores durante su vida, y se trasmite á sus herederos legítimos y testamentarios por término de cincuenta años; restriccion que no creemos justa, porque no hay motivo fundado para que el dominio de

pretexto de anotarla, comentarla, adicionarla ó mejorar la edicion sin permiso de su autor. Sin embargo, para que haya verdadero plagio y usurpacion de la propiedad literaria, es necesario que la idea ó método dado á luz como original por el autor, y con los requisitos legales para adquirir su propiedad, se publique despues por otro en igual concepto de original, y ademas, que ninguno ántes que aquel haya dado á conocer la misma idea ó método; pero no puede considerarse como original una obra, cuando esta idea, ó el método que en ella desenvuelve su autor, se ha dado ántes á conocer por otro; por consiguiente, no se infringe la citada ley cuando, aunque se adopte en una obra una idea revelada anteriormente por otro autor, se expone y desarrolla de nuevo de diferente modo. S. 4 Diciembre 1861.

La propiedad de los objetos industriales, como producto del trabajo y de la inteligencia, merece tambien la proteccion que al dominio en general otorgan las leyes. Las especiales de este ramo conceden la facultad de usar sellos ó marcas especiales para identificar los efectos de la industria y evitar su suplantacion, y por el respectivo Ministerio se expide el competente certificado, que sirve de titulo y asegura la propiedad y uso exclusivo de la marca ó sello descrito. Pero si bien por este medio queda autorizado el propietario para usar en los productos de su industria la marca expresada, esto no le faculta para impedir que otros usen de una que, aunque parecida á la suya, no sea idéntica; ni puede invocar en su apoyo el Real decreto de 20 de Noviembre de 1850. S. 30 Abril 1866.

Muy pocos deben ser los litigios que se agitan en el foro so-

cualquiera otra clase de bienes sea perpétuo y absoluto, y el del trabajo de la inteligencia tenga dicha limitacion. Cuando se elaboró el proyecto de ley en el Consejo Real, el autor de esta obra sostuvo esta doctrina, que no llegó á prevalecer, y firmó un voto particular en union con el ilustrado publicista D. Pedro Sainz de Andino; y es de esperar, que si entónces no se atendió bastante al derecho de propiedad de los escritores, alguna vez se reforme la ley, reintegrándoles en su absoluto y legítimo dominio, por razones poderosas que no es oportuno exponer ahora.

bre las materias de que acabamos de tratar, y por eso sin duda no se encuentran acerca de ellas otras doctrinas más que las que acabamos de exponer, que puedan servir de reglas de jurisprudencia.

TÍTULO III.

De la posesion, del abono de frutos y mejoras, y de la accion reivindicatoria.

CAPÍTULO PRIMERO.

De la posesion, y de los frutos y mejoras.

La posesion, que tanto protejen las leyes, especialmente cuando va acompañada de la buena fe, es uno de los efectos más esenciales del dominio, y al mismo tiempo uno de los modos de adquirirlo por medio de la prescripcion. Por eso se halla tan relacionada toda esta materia entre sí; y aunque vamos ahora á ocuparnos sólo de la posesion, cuanto digamos de ella debe entenderse combinado en muchos casos con lo que ya hemos expuesto relativamente al dominio, y con lo que habremos de exponer en el capítulo siguiente sobre la reivindicacion; y está igualmente enlazado con lo que á su tiempo diremos respecto á la prescripcion, como medio de adquirir la propiedad, y tambien con el dominio de los bienes y derechos que han podido creerse procedentes del señorío jurisdiccional ó feudal.

Empezaremos indicando, que para que no se dé, como alguna vez se ha pretendido, una aplicacion indebida á la ley 27, tit. II, P. 3.^a, se ha declarado que esta se limita, como así es en realidad, á definir la propiedad y la posesion, á marcar sus diferencias y á designar las ventajas de una ú otra. S. 9 Junio 1865, y 26 Enero 1866.

El principio capital acerca de la posesion, consignado en la ley 2.^a, tit. XXXIV, lib. XI, N. R., y en la jurisprudencia constantemente admitida por los tribunales, el de que nadie puede ser privado de una cosa que esté poseyendo, sin que ántes sea emplazado, oído y vencido en juicio (S. 5 Octubre 1863 y 24 Febrero 1865); garantía poderosa, que por sí sola basta para que el poseedor sea mantenido en el goce de su derecho, mientras no haya otro que con un título más robusto le dispute lo que posee (S. 12 Diciembre 1859 y 26 Octubre 1867). Por eso el que tiene á su favor un derecho reconocido, debe serle respetado manteniéndosele en su pacífica posesion (S. 26 Mayo 1866); y si es demandado, le basta con arreglo á la ley 10, tit. XIV, P. 3.^a, sólo el poseer, siendo obligacion del demandante probar el fundamento de la accion en que reclame la propiedad (S. 20 Febrero 1866). Pero no debe confundirse con la verdadera posesion, la eventualidad de un derecho que más ó ménos fundadamente corresponda, pues la posibilidad de adquirirlo, no puede tener ante la ley el mismo valor que su posesion efectiva y actual. S. 24 Enero 1867.

No sólo el beneficio ántes expresado, sino otros muchos competen al que está gozando la posesion de una cosa, y de ellos vamos á hacer un breve resúmen. Aunque el tenedor de unos bienes, no tenga título justificativo de dominio, siempre debe conservarlos, segun la ley 28, tit. II, P. 3.^a, si alguno se los demanda, y no prueba que le pertenecen (S. 26 Enero 1866); y si los ha adquirido por título de compra, y está en su quieta y pacífica posesion por más de treinta años, á ciencia y paciencia del que despues reclama su propiedad, ni aun necesita el que está poseyendo acreditar el título y buena fe para hacerlos suyos, con arreglo á la ley 21, tit. XXIX, P. 3.^a (S. 25 Enero 1867); aunque sí es necesario que pruebe esa misma posesion, pues si así no lo verifica, no puede entónces invocar el derecho que concede la citada ley de Partida. S. 26 Febrero 1867.

Es tambien un beneficio inherente á la posesion, que cuando ésta es inmemorial y continúa, sirva de título legal para fundar en él el dominio y la accion reivindicatoria que del mismo nace

(S. 28 Diciembre 1866). Sin embargo, esta doctrina, que se halla tan autorizada por la jurisprudencia, como veremos más detenidamente al tratar de la prescripción, está limitada en cuanto al aprovechamiento de pastos, pues acerca de estos no basta probar el uso ó costumbre, por antiguos que sean, sino que es preciso presentar el título de adquisición del derecho y justificar su legitimidad y validez, como ya hemos indicado al hablar del dominio y disfrute de los montes. S. 26 Noviembre 1864.

La posesión pacífica adquirida en virtud de un testamento, es asimismo justo y suficiente título para conservar los bienes quedados al fallecimiento del testador (S. 5 Marzo 1866); pero en este caso conviene tener presente la ley 5.^a, tít. XIV, P. 6.^a, que previene, que cuando á un poseedor de una herencia se le manda que la devuelva, está obligado á entregar todo lo que adquirió de ella ó por razón de la misma, y á lo demás que proceda, según su buena ó mala fe, si hubiere enagenado alguna cosa. S. 29 Setiembre 1866.

Es igualmente la posesión fundada en la elección hecha con arreglo á las doctrinas que rigen sobre vinculaciones, un título ó razón *derecha* para poseer. S. 23 Diciembre 1858.

La ley hipotecaria ha venido con sus acertadas prescripciones á favorecer la posesión, previniendo, que la información posesoria que haya servido para la inscripción de unos bienes en el registro de la propiedad es suficiente prueba de dominio, mientras no se presente otra más robusta en contrario; y por esta razón un fallo que no lo estime así, infringe los artículos 279 y 281 de la citada ley (S. 4 Marzo 1867). Sin embargo, aun cuando se haga la inscripción en los términos que aquella determina, en ningún caso puede perjudicar al que tenga mejor derecho á la propiedad del inmueble, no obstante que su título no haya sido inscripto, según lo dispuesto en el art. 409 de la misma ley hipotecaria. S. 16 Marzo 1866.

Aunque es tanta la protección que la posesión merece, no debe llevarse hasta tal punto, que se convierta en usurpación de verdaderos derechos. Por eso la doctrina de que debe ser respetado el poseedor mientras no sea legítimamente vencido, no puede ser

aplicable al que no ha ejercido ningun derecho posesorio (S. 14 Octubre 1865); y si bien la propiedad de una cosa se presume siempre en favor del poseedor, el valor de esta presuncion está subordinado al éxito de las pruebas suministradas para demostrar ser otro, y no el detentador, el legitimo dueño. S. 11 Junio 1867.

No tiene el carácter de verdadera posesion la tenencia de un coheredero en nombre de todos, cuando la herencia está indivisa; y por consiguiente no puede aquella utilizarse contra los demas interesados y partícipes (S. 18 Noviembre 1865); ni cuando, en vista del resultado de las pruebas no se reconoce verdadera posesion en favor del que la reclama, sino que se le considera únicamente como colono de la finca de que se trata (S. 12 Abril 1866). Tampoco se puede confundir la verdadera posesion con la detentacion, ni al poseedor legitimo con un mero tenedor, pues, segun la ley 11, tit. X, P. 7.^a y sus concordantes, la mera ocupación no es una verdadera posesion (S. 13 Junio 1865), ni la que se tiene en unos bienes en el concepto de administrador de ellos, pues entónces es precaria, y no constituye la que las leyes reconocen como indispensable para poder prescribir. S. 17 Diciembre 1864.

Por todo lo expuesto, la ley Recopilada citada al principio sólo puede ser aplicable, cuando conste que una persona se halla en verdadera posesion de la cosa que se dispute, y no cuando resulte lo contrario (S. 30 Noviembre 1865); y la doctrina de que el derecho del poseedor debe respetarse mientras no se invalide legitísimamente, no puede tampoco tener oportuna aplicacion, cuando el que la invoca no ha ejercido derecho alguno posesorio (S. 14 Octubre 1865). Por igual razon no hay obstáculo legal que impida al que se halla en la tenencia precaria de una cosa, que sea desahuciado de ella por el que á título de dominio ha obtenido la posesion judicial de la misma y el amparo consiguiente, con los beneficios efectos marcados en el art. 701 de la ley de Enjuiciamiento civil. S. 13 Junio 1865.

Han creído algunos, aunque sin el menor fundamento, que la posesion conferida judicialmente desde el 7 de Marzo de 1820 al de Setiembre de 1823, no era válida, por haberse anulado los

actos de aquella época en el Real decreto de 1.º de Octubre de este último año; pero en esta declaracion de nulidad no se comprendieron las actuaciones judiciales entónces practicadas, las cuales por lo tanto han quedado subsistentes. S. 23 Mayo 1864.

Para conferir una posesion sin perjuicio de tercera persona que pueda alegar un derecho preferente, no se requiere el prévio recibimiento á prueba, ni puede su denegacion ser causa de nulidad en el interdicto de adquirir; ni hay denegacion de prueba, cuando la posesion ha sido acordada en virtud de los títulos y documentos presentados por los litigantes; pero si aquella se ha concedido de un modo sumarísimo y urgente, no cierra la puerta al verdadero juicio posesorio de que tratan los artículos 700 al 702 de la ley de Enjuiciamiento civil. S. 22 Octubre 1857.

El que es lanzado de la *tenencia* de alguna cosa, puede, segun doctrina consignada en la ley 27, tít. II, P. 3.ª, ejercitar su derecho, pidiendo en una misma demanda el *señorío* y la posesion de ella á aquel que la tuviere. S. 12 Marzo 1867.

Mas no son aplicables, como alguna vez se ha pretendido, á la posesion de un derecho disputado entre particulares, las seis primeras leyes del título II, P. 1.ª, pues estas no se refieren á la posesion, sino al uso ó costumbre. S. 3 Diciembre 1861.

Todo poseedor, y más si ha adquirido la cosa por justo título, tiene siempre á su favor la presuncion de que lo es de buena fe mientras no se pruebe lo contrario, á juicio del tribunal sentenciador (S. 28 Junio 1860, 21 Abril 1865, y 4 Enero 1868); pero este principio no se quebranta, cuando la ley da por existente la mala fe, por hacer lo que ella prohíbe, ó dejar de hacer lo que la misma previene. S. 14 Mayo 1867.

Se ha intentado alguna vez invocar el derecho que á los poseedores de tiempo muy limitado concedió la ley 3.ª, tít. VIII, lib. XI, N. R.; pero es necesario no olvidar, que esta ley se dió como especial, por razon de fuero, á determinadas ciudades, para que sus moradores pudiesen ganar la posesion por un año y un día, y que aun cuando se repunte de carácter general, no puede invocarla el que no acredite la buena fe y el justo título que la misma ley exige siempre en el poseedor (S. 4 Mayo 1868). Tam-

poco puede favorecer dicha ley, cuando no se trata de la posesion de año y dia, sino de la propiedad. S. 22 Diciembre 1866.

Una de las consecuencias de la buena fe del poseedor, ademas de las que produce respecto á la prescripcion como medio de adquirir el dominio, es que el que posee con esa cualidad tiene derecho á percibir hasta la litis-contestacion los frutos ó rendimientos de la cosa poseida, aun cuando por término de juicio sea vencido en él. Por consiguiente, no respetándose este derecho, se infringe la ley 59, tit. XXVIII, P. 3.^a (S. 6 Febrero 1862; 30 Junio, 23 Setiembre y 12 Diciembre 1864; 12 Diciembre 1865; 26 Enero 1866; 14 Mayo 1867, y 18 Noviembre 1868). Tambien en algunos casos competen al poseedor no solamente los frutos producidos, sino los podidos producir (S. 2 Enero 1865). Sin embargo, la sentencia que declara no abonables las mejoras hechas en una finca, segun la apreciacion que de la prueba haya hecho el tribunal, no infringe el principio de derecho de que nadie puede enriquecerse con daño de otro. S. 27 Abril 1868.

Siempre es necesario para aplicar las doctrinas que preceden, calificar si hay ó no buena fe en el poseedor, hecho que está sujeto á la apreciacion judicial, segun los antecedentes y las pruebas suministradas en juicio (S. 20 Diciembre 1866, y 18 Octubre 1867). Ademas, para que pueda tener lugar dicho abono de frutos, es preciso que el que los pretenda se halle al contestar á la demanda en posesion material de la cosa disputada (S. 16 Marzo 1866). Pero no son aplicables la citada ley de Partida ni la doctrina que de ella emana, al caso en que se reclaman bienes legados, pues respecto de estos rigen disposiciones especiales (S. 7 Mayo 1860). En cuanto al heredero, hace suyos los frutos de la cosa heredada, sin que sea trascendental á él, segun la ley 30, tit. XXXIV, P. 7.^a, la mala fe con que su causante la poseyera. S. 21 Setiembre 1860.

La cuestion relativa á este punto de abono de frutos, es siempre inherente á la de posesion; y siendo ejecutoria en cuanto á esta la sentencia que termina el juicio de tenuta, segun lo dispuesto en la ley 3.^a, tit. XXIV, lib. XI, N. R., debe entenderse

con igual carácter respecto de aquella, que sólo tiene la cualidad de accesoria. S. 6 Abril 1868.

Para la justa aplicacion de las doctrinas relativas á esta materia, es necesario definir bien lo que se entiende por frutos, para no extender más allá de sus justos límites, el goce á que da derecho la posesion robustecida con la buena fe; pues ha llegado el caso de disputarse y sostenerse en juicio, que el arbolado es fruto de los montes, y ha sido preciso una decision en que se declare, que para los efectos de la ley 39, tit. XXVIII, P. 3.^a, no pueden considerarse como frutos de aquellos los árboles que los constituyen. S. 28 Junio 1866.

Otro de los efectos de la buena fe consiste, en que el que posee con esta circunstancia tiene tambien derecho, con arreglo á las leyes 41 y 44, tit. XXVIII, P. 3.^a, no sólo á que se le abonen las impensas útiles que haya hecho en la cosa de este modo poseida (S. 30 Diciembre 1865 y 14 Setiembre 1866), sino á retenerla en su poder, á pesar de haber sido vencido en juicio, hasta que por el dueño se le indemnice del importe de aquellas (S. 29 Diciembre 1864 y 14 Setiembre 1866); debiendo, segun se deduce del contexto de dichas leyes, hacerse la declaracion de este derecho, simultáneamente y en el mismo fallo en que se haya decidido sobre la propiedad. S. 29 Diciembre 1864.

Tan preciso es el abono de ciertas impensas, que no se tiene por cierta ni legal la doctrina, de que al poseedor de mala fe no se le deben abonar las mejoras ó *despensas*; pues hay algunas que le corresponden conforme á derecho, segun su clase. S. 26 Noviembre 1860.

Sin embargo, no son de abono las impensas hechas como de pura comodidad, segun la citada ley 44, tit. XXVIII, P. 3.^a; y cuando no se han edificado casas nuevas ni otros edificios, ni plantado árboles, ni hecho ninguna de las otras cosas á que se refiere la ley 41 tambien mencionada, no puede ésta tener aplicacion. S. 5 Diciembre 1865.

La obligacion de contribuir proporcionalmente al abono de las impensas hechas en la cosa comun, alcanza, como la razon dicta, á todos los que en ella tienen participacion. S. 27 Mayo 1858.

Siempre que se trata de esta materia de abono de impensas y mejoras, es inexcusable la prueba de su existencia, y entónces corresponde á los tribunales, lo mismo que respecto á la restitucion de frutos, apreciar su importe ó cuantía con arreglo á las circunstancias de cada caso (S. 28 Noviembre 1863). Por esta razon, así el art. 15 de la ley de 19 de Agosto de 1841, que se refiere á los desperfectos ó mejoras que haya habido en los bienes que fueron vinculados, desde 1.º de Octubre de 1823 hasta la promulgacion de dicha ley, como las 41 y 44 de Partida ántes citadas, sólo pueden tener aplicacion, cuando consta la existencia de las expensas ó mejoras cuya indemnizacion se reclama; y por consiguiente, no cabe la infraccion de dichas leyes, faltando la prueba de que aquellas se hayan ejecutado. S. 13 Octubre 1856.

Con respecto á Cataluña, indicaremos solamente, que está con-signado en los *usatges* 1.º y 4.º, lib. VIII, tit. I de las constituciones, lo mismo que en las leyes de Castilla, el principio de que nadie puede ser despojado de la posesion en que se halle, sin que ántes sea oido ni vencido en juicio; pero son inaplicables aquellas leyes, y no pueden por tanto reputarse infringidas, cuando se trata del mejor derecho á ciertos y determinados bienes, y no sobre su posesion ó despojo. S. 27 Junio 1865.

Basta esta breve idea acerca de la posesion, sin perjuicio de volver á tratar de ella, como al principio indicamos, cuando nos ocupemos de uno de los principales efectos que produce, cual es, la adquisicion del dominio por medio de la prescripcion, esto es, por medio de la posesion revestida de ciertas circunstancias que habremos de recordar.

CAPÍTULO II.

De la accion reivindicatoria.

Está tan íntimamente enlazada esta materia con el dominio, que es como una consecuencia necesaria de él, y por esta razon hemos creído conveniente tratar aquí de ella, aunque bajo otro concepto no parezca el lugar más adecuado.

Todo lo que se refiere á la reivindicacion de una cosa usurpada, es sencillo y no debiera dar lugar á graves cuestiones jurídicas, porque ni la legislacion ni la jurisprudencia ofrecen ninguna complicacion, ni permiten vacilaciones, ni mucho ménos resoluciones encontradas; pero, sin embargo, como hasta las doctrinas más incontrovertibles suelen ponerse en duda por el interés ó la pasion de los litigantes, se verá, por lo que vamos á decir, que las más claras é inconcusas han sido objeto de multitud de cuestiones, habiendo tenido que recaer acerca de ellas decisiones repetidísimas, para proclamarlas y constantemente reproducirlas.

Es un principio de derecho, fundado en la antigua máxima de la legislacion romana *posideo quia posideo*, que al que posee una cosa le basta la misma posesion para seguir en su tenencia y no poder ser inquietado de ella, sin que ántes sea emplazado, oido y vencido en juicio, todo con arreglo á las leyes 10, tit. XIV, Partida 3.^a, y 2.^a, tit. XXXIV, lib. XI, N. R. (S. 12 Diciembre 1859; 5 Octubre 1863; 24 Febrero 1865, y 20 Febrero 1866). Mas como el poseedor puede ser un detentador que usurpe el dominio y la posesion de una cosa, tiene el verdadero dueño de ella un derecho indisputable, á reclamarla por medio de la accion reivindicatoria que nace de aquel, contra cualquiera que sin titulo la posea ó detente; si bien es preciso al hacer esta reclamacion que, con arreglo á la citada ley de Partida, acredite debidamente, que le pertenece por algun título legítimo. Esta doctrina tan óbvia, emanada de dicha ley, y dictada por la razon y aun el simple buen sentido, parecia exenta de toda discusion y que jamás daria lugar á litigios; pero no ha sido así, sino que, por el contrario, en el curso de pocos años se ha controvertido acerca de ella hasta el extremo, de haber recaido decisiones confirmatorias de la misma, en tal número, que no se creeria, si no se patentizara con sus citas. S. 23 Mayo 1860; 14 Marzo, 12 Abril, dos sentencias de 9 de Mayo y otra de 23 del mismo mes de 1862; 23 Febrero, 9 Mayo y 17 Setiembre 1863; 30 Enero, 13 Febrero, 15 Abril y 9 Diciembre 1864; 3 Enero, 4 Febrero, 31 Marzo, 27 Setiembre, 18 y 23 Noviembre y 9 Diciembre 1865; 20 Febrero, 27 Marzo, 18 Mayo, 27 Octubre y 10 Noviembre 1866; 14 Enero, 5 Abril

y 14 Mayo 1867, y 4 y 29 Abril, 25 Mayo, y 15 Octubre 1868.

Dicha accion reivindicatoria no puede dirigirse ni estimarse más que contra el tenedor de la cosa que se reclama, segun establece la ley 29, tit. II, P. 3.^o; y así se infringiria esta, si se mandase á uno restituir lo que no tiene y está otro poseyendo. S. 18 Octubre 1867.

Tampoco puede entablarse con éxito, si el poseedor tiene un título más ó ménos firme, sin que preceda al ejercicio de ella otra que, conforme á derecho, sea deducida para destruir á aquel (S. 9 Diciembre 1864). Así sucede, por ejemplo, respecto á la reivindicacion de una finca vinculada ilegalmente vendida, pues es necesario que se premueva directamente la cuestion de nulidad de la venta, y que préviamente se obtenga la declaracion de ser esta nula (S. 30 Enero 1864); y así sucede tambien cuando, adjudicados por providencia judicial á una familia los bienes de un vínculo, un tercero trata de reivindicar su dominio, pues no puede hacerlo, sin que ántes se declare que aquella adjudicacion ha sido injusta ó improcedente; pero esta declaracion no puede obtenerse legalmente, litigando un tercer poseedor que no tiene más que el dominio útil, trasferido por el legítimo dueño. S. 14 Marzo 1862.

En confirmacion de la misma doctrina que dejamos expuesta, encontramos una decision (de 27 de Junio de 1867), en que se declara, que cuando la accion reivindicatoria compete al dueño de una cosa, es eficaz y directa contra cualquier poseedor de la misma que sin título la estuviese detentando; pero que no lo es, ni puede ejercitarse con éxito, cuando el poseedor tiene un título más ó ménos firme, sin que preceda al ejercicio de esa misma accion otra legal que sea adecuada á destruirlo. Sin embargo, la doctrina que exige ese juicio prévio no puede tener aplicacion, cuando el fundamento de la demanda y el principal objeto del debate han sido dicha nulidad, y se ha apoyado en ella la sentencia para resolver la accion reivindicatoria (S. 8 Octubre 1862); ni cuando se ejercita la accion de peticion de herencia, fundada en un testamento, y han sido vendidos los bienes que se reclaman (S. 27 Junio 1867); ni tampoco cuando ésta se funda en un do-

cumento público revestido de todas las solemnidades legales, pues en este caso lleva en sí la presuncion de validez, mientras no se justifique su falsedad ó nulidad, y tiene la fuerza probatoria que á todos los de su clase concede la ley 114, tit. XVIII, P. 5.^a S. 27 Octubre 1866.

Para adquirir dominio sobre una finca dada á censo, es necesario haberla aceptado con la obligacion de cumplir las condiciones del contrato; y si no ha llegado á adquirirse la propiedad, no ha podido trasmitirse á los herederos, ni éstos deducir la accion reivindicatoria invocando la ley 15, tit. XXXIV, P. 7.^a, que dice «cosa que es nuestra non puede pasar á otro sin nuestra palabra é sin nuestro fecho» (S. 13 Mayo 1868). Si se reclama á un mismo tiempo el dominio útil y el directo, naturalmente incumbe al que ejercita dicha accion, probar el uno y el otro á la vez. S. 16 Abril 1866.

El que obtiene, prévia la institucion canónica, una capellanía colativa, con los frutos y rentas producidos desde la vacante, adquiere un título legítimo, y puede dirigir su accion contra todos los detentadores de fincas pertenecientes á la misma, para reclamar sus rentas y obtener la posesion de aquellas. S. 15 Marzo 1862.

Como el título en virtud del cual se ejercita la accion reivindicatoria, debe estar revestido de todos los requisitos legales, para reivindicar bienes en virtud de un gravámen constituido en testamento, es indispensable que este haya sido registrado oportunamente en el oficio de hipotecas (S. 21 Marzo 1861). Pero ni este ni los demas requisitos necesarios para dar fuerza á aquel documento bastan para fundar la reivindicacion, si no hay otros medios de prueba, pues las declaraciones de derechos de propiedad, contenidas en una disposicion testamentaria, no pueden constituir por sí solas título de dominio en favor del testador ni de sus causa-habientes. S. 25 Mayo 1868.

Sabido es, que la mujer casada tiene accion para reivindicar sus bienes parafernales, indebidamente enagenados por el marido; y si al ejercitarla se escuda el poseedor de ellos con la prescripcion, no está dispensado de las condiciones de ésta, pues la ley

8.^a, tit. XXIX, P. 5.^a no le exime de ellas ; ni tampoco puede invocar la 7.^a del mismo título y Partida , ni la 10, tit. XIX de la 6.^a, que tratan de la restitucion contra diversas clases de prescripciones (S. 22 Marzo 1862): de manera, que como no lo impidan otros motivos, debe prosperar dicha accion reivindicatoria.

Si en un juicio restitutorio ha sido uno privado de su posesion, en favor de una persona que ántes no habia adquirido legitimamente ni la civil ni la natural, no prevalecen los efectos del mismo interdicto en el juicio ordinario en que se ejercite la accion reivindicatoria; y en este nuevo litigio puede pedirse á un tiempo y en una misma demanda, como en el capítulo precedente indicamos, el dominio y la posesion. S. 12 Marzo 1867.

Hemos dicho al principio, que la accion que nos ocupa debe fundarse en la prueba del dominio por alguno de los títulos legales; y conviene ahora advertir, que equivale á este título, segun derecho, el acreditar la posesion inmemorial continua, que es uno de los medios de adquirir la propiedad , con arreglo á la ley 7.^a, tit, VIII, lib. XI, N. R. (S. 16 Octubre 1858; 23 Febrero 1859, y 18 Diciembre 1866). Por consiguiente , en este caso la cuestion es puramente de hecho, pues se reduce á fijar si está probada dicha posesion inmemorial. S. 26 Enero 1866.

Pero así como la ley protege la accion reivindicatoria, si se justifica el dominio de la cosa reclamada , cuando aquella se funda en la adquisicion de la propiedad por medio del contrato de compra-venta, y se declara ejecutoriamente la nulidad de éste, el comprador no ha adquirido ni trasmitido el dominio, y por consiguiente no puede fundarse en él dicha accion. S. 12 Abril 1862.

Tampoco se puede en un pleito sobre reivindicacion invocar la ley 28, tit. V, P. 5.^a, porque de esta solamente nace la accion personal, que respectivamente compete al comprador y al vendedor, para el cumplimiento de lo convenido en el contrato. S. 20 Febrero 1866.

Ademas de la justificacion del dominio , es tambien preciso al ejercitar la accion reivindicatoria, fijar bien la cosa que se trata de reivindicar , determinando en la demanda con arreglo á la

ley 25, tít. II, P. 3.^a, y al art. 224 de la de Enjuiciamiento civil, señaladamente y con precision, su situacion, cabida y linderos, y demostrar durante el juicio, que las fincas demandadas son las mismas á que se refieren los documentos, títulos y demas medios de prueba en que el demandante funde su reclamacion. S. 20 Marzo 1861; 31 Marzo 1865; 18 Mayo, 10 Noviembre y 7 Diciembre 1866, y 1.º Mayo y 3 Junio 1867.

Como el que ejercita dicha accion debe justificar que le pertenece la cosa que demanda, claro es que al actor le incumbe la prueba, conforme á lo que prescriben las leyes 2.^a y 3.^a, título XIX. P. 3.^a; y la apreciacion de si aquel hecho importante está ó no justificado, compete á los jueces que deciden el litigio (S. 23 Mayo 1860; 15 Abril 1864; 5 Enero, 4 Febrero, 23 Noviembre y 9 Diciembre 1865; 20 Febrero, 16 Abril, 10 y 24 Noviembre, 7 y 28 Diciembre 1866, y 14 Enero, 1.º Mayo y 3 Junio 1867). Si con arreglo á esta apreciacion el demandante no ha probado el dominio que reclama, debe ser absuelto el poseedor de la cosa demandada, *aunque la tenga sin derecho*, segun expresion de la ley 28, tít. II, P. 3.^a (S. 14 Mayo 1867); y entónces, esto es, si se desestima la demanda, se entiende desestimada tambien la reclamacion de las agregaciones que se suponga haber tenido la cosa que se trata de reivindicar (S. 1.º Abril 1868); pero si el demandante cumple con la obligacion de probar su accion, se ajusta á las citadas leyes 1.^a y 2.^a, tít. XIV de la misma Partida, y en este caso el demandado que es condenado en juicio, no puede invocarlas como infringidas (S. 27 Octubre y 28 Diciembre 1866). Con igual razon debe considerarse probada por el actor la accion reivindicatoria, cuando el dominio en la cosa de que se trata es un hecho reconocido en juicio, y la identidad de la misma ha sido estimada en la sentencia, apreciándose la prueba pericial y testifical. S. 21 Setiembre 1860.

Acerca de este punto de la prueba de la accion, conviene recordar, que la adquisicion del dominio de bienes inmuebles se justifica por medio de la escritura pública en que conste el contrato, con arreglo á la ley 114, tít. XVIII, P. 3.^a (S. 27 Octubre 1866), y que tambien puede reclamarse una finca en virtud de la venta

con pacto de retro , si consta de un modo explícito ó se acredita legalmente, que no ha sido un préstamo , pues el comprador adquiere la propiedad y puede fundar en ella su accion. S. 3 Marzo 1866.

Cuando ejercitándose la accion reivindicatoria se reclaman bienes de la dotacion de un patronato , el actor debe justificar cumplidamente, que le asiste legítimo derecho á suceder en ellos, con arreglo á lo dispuesto en la fundacion. S. 18 Noviembre 1865.

Propuesta dicha accion , y probado en su apoyo el dominio de lo que se reclama, no puede excepcionar la prescripcion el que tiene la misma cosa sin otro título que el de arrendamiento (S. 26 Junio 1866). Pero aquella, como todas las acciones reales, prescribe, ó lo que es lo mismo , se extingue por el lapso de treinta ó más años , sin haberse hecho uso de ella (S. 26 mayo 1862); y aunque se ejercite dentro de dicho tiempo , es sin embargo ineficaz contra el tercer poseedor que haya adquirido por prescripcion el dominio de la cosa demandada , si reúne todas las condiciones y requisitos exigidos al efecto por las leyes (S. 27 Marzo 1868). Esto mismo sucede, aunque la finca que se reclame haya sido vinculada , si desde que quedó libre en virtud de las leyes desvinculadoras, ha trascurrido el tiempo necesario; y procede por consiguiente la excepcion de prescripcion, en favor del que estuviere poseyéndola con los requisitos legales. S. 9 Junio 1868.

Mientras se esté discutiendo y se halle pendiente el litigio sobre dicha accion , no puede enagenarse la cosa reclamada (S. 28 Diciembre 1860); pero cuando no resulta que durante el juicio se haya verificado la enagenacion, son inaplicables las leyes 13 y 14 tít. VII, P. 5.^a S. 18 Mayo 1866.

Aunque parezca inoportuno , no podemos ménos de exponer aquí, para terminar este capitulo , la doctrina que el Tribunal Supremo ha tenido que consignar , de que cuando se ejercita una accion reivindicatoria, fundada en pertenecer al demandante el dominio de la cosa reclamada en la demanda, y seguido con arreglo á ella los trámites del juicio ordinario, se dicta sentencia, no se infringe el art. 1415 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que derogó todas las disposiciones anteriores sobre procedimien-

tos (S. 8 Octubre 1862). Tan infundados son á veces los recursos, que en ellos se suponen infringidas leyes que ni remotamente tienen relacion con el punto litigioso, ni con las cuestiones que de él emanan; viéndose aquel Tribunal en la necesidad, para desecharlos, de sentar doctrinas, tan inoportunamente invocadas como la que precede.

TÍTULO IV.

De la adquisicion del dominio por medio de la prescripcion.

CAPÍTULO PRIMERO.

Doctrinas generales acerca de la prescripcion.

Sabido es, que la prescripcion tiene dos acepciones importantes en el derecho: una referente á la posesion, que por cierto tiempo no interrumpido y con determinados requisitos, produce la adquisicion del dominio; y otra que consiste, por el contrario, en la pérdida de un derecho, si éste no se ejercita en el plazo que las leyes prefijan para reclamarlo. Vamos á ocuparnos en este titulo de la primera, dejando el tratar de la segunda para su lugar oportuno, que será cuando expongamos las doctrinas referentes al uso de las acciones; pero ántes haremos mencion de algunas reglas generales, extensivas á una y otra clase de prescripcion.

El fundamento filosófico de esta es el interés público y social, en cuyo favor la ha creado la ley, para evitar que por incuria ó negligencia de los particulares la propiedad permanezca perpétuamente en incierto, con perjuicio de la riqueza pública y de otros importantes intereses (S. 17 Noviembre y 12 Diciembre 1865, y

30 Diciembre 1867); y por esta razon la prescripcion no puede renunciarse por medio de pactos, pues si bien estos deben guardarse, siempre que no sean contrarios á derecho ó á las buenas costumbres, con arreglo á lo dispuesto en la ley 1.^a, tit. I, lib. X, N. R., es indudable que dicha renuncia es opuesta á los principales fundamentos de las leyes que tratan de la prescripcion, las cuales pueden considerarse como de derecho público. Dichas S. 12 Diciembre 1865, y 30 Diciembre 1867.

Tiene lugar la prescripcion, siempre que se llenan todos los requisitos legales, que son buena fe, justo título y el tiempo necesario, pues de lo contrario no puede producir sus naturales efectos (S. 3 y 15 Junio, y 7 Octubre 1864; 27 Junio 1867, y 9 Junio 1868); y por consiguiente, concurriendo el trascurso del tiempo fijado por derecho y las demas circunstancias necesarias, hay justo motivo para ella (S. 13 y 30 Junio 1864); mas no cuando faltan dichos requisitos (S. 26 Junio 1868), ó se interrumpe el lapso del término. S. 12 Diciembre 1865.

Sucede esto, por la ausencia de aquel á quien la prescripcion perjudica, si es militar ocupado en servicio del Estado ó en hueste, como dice la ley de Partida (S. 8 Abril 1865), é igualmente durante la menor edad de la persona interesada (S. 9 Mayo 1867), aunque para ello es necesario que pida la restitution del tiempo correspondiente á su minoría (S. 1.^o Mayo 1861); pero le perjudica, segun la ley 9.^a, tit. XIX, P. 6.^a, si la prescripcion tuvo principio ántes que el menor naciera (S. 25 Noviembre 1864). En este y en todos los demas casos en que se ejercite el derecho de restitution del tiempo corrido para la prescripcion, como aquella es un remedio legal extraordinario, no tiene lugar cuando son admisibles los ordinarios y comunes. S. 12 Diciembre 1865.

Cuestionábase á veces, sobre si ciertos hechos producen verdaderamente la interrupcion de la prescripcion á que se refiere la ley 65 de Toro, ó sea 6.^a, tit. VIII, lib. XI, N. R.; pero no debe reputarse que se interrumpe el plazo de aquella, por haberse hecho un apeo y deslinde de una heredad con objeto de señalar sus limites (S. 23 Febrero 1859), ni porque se haya seguido algun litigio sobre la cosa de cuya prescripcion se trate, si en él ha sido

el poseedor absuelto (S. 6 Octubre 1862); ni tampoco por la interpelacion ó reclamacion que se hiciere por medio de una carta (S. 1.º Mayo 1861, y 21 Enero 1865); aunque sí por otros actos más directos, ejecutados por los que se consideren con derecho á los bienes litigiosos. S. 24 Enero 1854, y 21 Junio 1862.

Suele invocarse en materia de prescripcion, el cumplimiento de la ley 8.ª, tít. XXIX, P. 5.ª; pero como esta no hace más que imponer ciertos preceptos generales, que reciben su complemento de las disposiciones contenidas en otras, no puede reputarse infringida cuando se cita aisladamente (S. 8 Octubre 1862). Tambien es muy comun alegarse los preceptos y reclamar el cumplimiento de las leyes 18 y 21 de dicho titulo y Partida; pero es inoportuno acudir á la aplicacion de ellas, cuando no se cuestiona sobre la adquisicion del dominio por medio de la prescripcion (S. 3 Marzo y 4 Diciembre 1866). Del mismo modo son inaplicables las leyes relativas á esta materia, cuando no se opone á la demanda la excepcion de prescripcion (S. 20 Setiembre 1864, y 7 Marzo y 4 Junio 1866), ó cuando el litigio no versa sobre la prescriptibilidad de alguna cosa ó accion. S. 10 Febrero 1860.

De tal fuerza es la prescripcion, cuando concurren en ella los requisitos que exigen las leyes, que aplicándola á la defensa de una cosa demandada, desvirtúa aun las acciones que tienen más largo tiempo de duracion, inclusa la de peticion de herencia, pues de lo contrario se infringiria la ley 18 del mismo titulo y Partida; pero sin embargo, no puede estimarse contra un tercero que alegue derechos á la misma herencia, si la institucion de heredero ha sido condicional, hasta que se cumpla la condicion que el testador hubiere impuesto. S. 27 Junio 1867.

Tan inexcusables son siempre los requisitos establecidos para que la prescripcion tenga lugar, que nunca puede prescindirse de ellos: así pues, como expusimos al tratar de la dote, aunque la ley 8.ª del mismo titulo y Partida determina, que cuando el marido es desgastador de aquella y la mujer no la demanda, puede el que ha adquirido los bienes en que consista ganarlos por medio de la prescripcion, esto se entiende, si concurren las con-

diciones esenciales de la misma , pues en otro caso no procede. S. 22 Marzo 1862.

Á estos principios generales , y á los demas relativos á esta materia , se hallan sujetos , como es natural , los bienes que no han sido vinculados (S. 22 Noviembre 1860) , pues los que han tenido esta cualidad no han estado subordinados á las reglas de la prescripcion , hasta que han llegado á ser libres , como veremos en los capitulos 4.º y 12 , tít. I del libro IV de esta primera parte.

Con relacion á Cataluña , tambien es aplicable la doctrina al principio indicada , de que las leyes sobre prescripcion son de derecho público , como dictadas en interés comun y social y para asegurar el dominio , que se hallaria en incierto , si no se pusiera algun término á las reclamaciones judiciales ; y conforme con este principio , el derecho foral de aquellas provincias dispone por medio del *Usatge omnes causæ* , comprendido en el tít. II , volúmen I de las Constituciones del Principado , que todas las acciones civiles y criminales se extinguen en el término de treinta años. Lo mismo que hemos dicho respecto de la prescripcion aplicable á Castilla , estas disposiciones que forman parte del derecho público catalan , no pueden derogarse por convenios particulares , porque esto seria sobreponer al bien general el interés privado : por consiguiente debe entenderse , que los pactos se subordinan á las reglas establecidas por aquel , y que son ineficaces cuando á ellas se oponen. S. 30 Diciembre 1867.

Dada esta breve idea de las doctrinas relativas á la prescripcion en general , y á la que sirve para adquirir el dominio , ya sea ordinaria , ya extraordinaria , pasaremos ahora á tratar en el siguiente capitulo de la primera de estas , ó sea de la de diez y veinte años.

CAPÍTULO II.

De la adquisicion del dominio por medio de la prescripcion ordinaria.

Ya hemos dicho , que uno de los modos de adquirir el dominio

es la prescripción, con arreglo á las leyes 9.^a y 18, tit. XXIX, P. 3.^a; y para que tenga lugar la ordinaria de bienes inmuebles ó raíces, es necesario que se hayan poseído sin interrupción por espacio de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con esto título y con la buena fe de creer el que los enagenó y el que los haya adquirido, que podían hacerlo, según determina la ley 18 citada (S. 17 y 25 Junio, y 6 y 18 Setiembre 1862; 21 Marzo 1863; 11 Marzo, 7, 8, 14 y 29 Octubre 1864; 9 Marzo 1865; 19 y 24 Enero, 6 Abril y 27 Junio 1866; 25 Enero 1867, y 19 Marzo, 3 Abril y 6 Noviembre 1868). Es pues preciso que se cumplan las condiciones legales, según el mayor ó menor tiempo que hubiere trascurrido, pues de lo contrario no puede la prescripción producir sus efectos (S. 3 y 15 Junio, y 7 Octubre 1864, y 27 Junio 1867); y es además necesario, como cualidad indispensable de la prescripción, que el que la invoca esté poseyendo la cosa de que se trate. S. 8 Octubre 1864.

Consiguiente á estos principios, y conforme á la ley 7.^a, título IV, P. 6.^a, el poseedor de una herencia con título justo y buena fe, adquiere el dominio de ella por el trascurso de dicho tiempo, si durante él no la reclama el que pretende tener derecho á los bienes de la misma (S. 1.^o Mayo 1858, y 4 y 6 Octubre 1862). Consecuencia es también de los mismos principios, que la sentencia que anula la posesión fundada en prescripción, cuando concurren los expresados requisitos, infringe la citada ley 18, título XXIX, P. 5.^a S. 30 Octubre 1865.

La sucesión vincular no constituye título verdadero y singular de adquisición para la prescripción ordinaria; pero si se ha poseído una cosa por más de veinte años, siendo ya libre, y no vinculada, no se quebranta la misma ley, por dar eficacia á dicha prescripción: S. 21 Junio 1864.

Acabamos de decir, que uno de los requisitos indispensables para la prescripción, es el justo título con que haya adquirido la cosa el que esté poseyéndola; y así el que no lo tiene á su favor, no puede ni aun invocarla (S. 21 Diciembre 1861, y 5 Marzo 1866); pero este título no se refiere á la mera posesión, sino al derecho en virtud del cual se solicita y obtiene (S. 9 Mayo 1867);

y basta con que sea justo, aunque le falte eficacia por carecer de alguna formalidad de derecho, siempre que concurren las demás circunstancias marcadas por las leyes (S. 26 Abril 1855). Citaremos en apoyo de esta doctrina algunos ejemplos. La posesion pacífica obtenida en virtud de un testamento, es justo título para conservar los bienes quedados al fallecimiento del testador (S. 5 Mayo 1866). Adquirida una cosa en remate público, y puesto su comprador en posesion de ella judicialmente, aunque este título carezca de alguna formalidad de derecho, no obsta para que aquel adquiera por la prescripcion el dominio de la misma, conforme á la ley 19 ya citada, si el que se cree con derecho á aquella no reclama dentro de los términos fijados por dicha ley (S. 30 Junio 1863). Pero por el contrario, no constituye título para la prescripcion ordinaria, la sucesion vincular (S. 21 Junio 1864), ni tampoco una venta que sea nula de derecho (S. 19 Octubre 1865); y no habiendo justo título, no puede invocarse la prescripcion ordinaria, aunque se haya poseido la cosa de que se trate el tiempo designado por la ley. S. 15 Octubre 1866.

Hemos dicho tambien, que además del justo título, se necesita para adquirir por medio de la prescripcion, la buena fe; y consiste ésta, como ántes indicamos, en creer el que enagenó la cosa que podia hacerlo, y el que la recibió que podia adquirirla (S. 15 Junio y 29 Octubre 1864, y 4 Mayo 1866). Así, pues, enagenada una finca por una mujer, á quien su marido facultó para ello en el caso de urgencia ó necesidad, justificada ésta por medio de judicial informacion, y adquirida por el comprador con estos antecedentes, hay buena fe, por más que á la enagenacion se atribuyan defectos. S. 12 Abril 1866.

Tan esencial é importante es la buena fe, que la posesion con ella por largo tiempo es título legítimo para la prescripcion, con arreglo á la ley 21, tit. XXIX, P. 3.^a, si bien ese requisito de moralidad se presume siempre en el que posee, mientras no se pruebe lo contrario (S. 21 Abril 1865 y 27 Marzo 1868). Sin embargo, la falta de buena fe en el que enagenó una finca, no perjudica á una tercera persona, que por un título especial la haya adquirido de otra que tambien la poseyese del mismo modo, ni

hace necesaria en este caso la prescripcion de treinta años para la legitimidad de la adquisicion por dicho tercero. S. 20 Noviembre 1860 y 14 Octubre 1864.

Por el contrario, no puede computarse el tiempo en que se posee sin buena fe (S. 9 Mayo 1863); y por no concurrir esta circunstancia, no puede tener lugar la prescripcion respecto de los bienes raices de menores, cuando son vendidos sin las solemnidades legales; pues el comprador sabia ó debia saber, que el vendedor no podia vender sin ese requisito, y por consiguiente carecia de buena fe (S. 18 Setiembre 1863): tanto en este como en otros muchos casos, no puede aprovechar al mismo comprador la ignorancia del derecho, y aun á su heredero se trasmite el vicio con que aquel adquirió. S. 8 Octubre 1862.

Estas circunstancias tan indispensables del justo título y la buena fe, vienen á resolverse comunmente en cuestion de hecho, y se someten por lo tanto al resultado de la prueba y á la apreciacion que de ella haga la Sala juzgadora (S. 13 Mayo 1863; 18 Marzo 1865; 19 Enero 1866; 3 Abril 1867, y 19 Marzo 1868). Así, cuando estima ésta que concurren todos los requisitos para la prescripcion ordinaria, no se infringe la ley 19 del título y Partida citados (S. 24 Noviembre 1866); y cuando la misma Sala estima que la posesion ha sido continúa, no puede aplicarse la ley 65 de Toro, ó sea 6.^a, tit. VIII, lib. XI, N. R., relativa á la interrupcion de la posesion que interrumpe la propiedad (S. 19 Enero 1865). Pero cuando á juicio de la misma Sala falta al poseedor de una cosa raiz el justo título y la buena fe para adquirirla, no la puede prescribir su heredero por el tiempo ordinario de diez y veinte años, sino por treinta; aunque no le obsta ni purjudica la mala fe de su causante, para hacer suyos los frutos de la cosa heredada (S. 21 Setiembre 1860). Tampoco procede la prescripcion ordinaria, cuando falta alguno de los tres requisitos expresados, de justo título, buena fe, y el tiempo necesario de posesion no interrumpida (S. 9 Mayo y 13 Junio 1863; 30 Junio 1864, 30 Junio y 18 Noviembre 1865, y 9 Junio 1868), y entónces no se puede adquirir el dominio por medio de dicha prescripcion. S. 18 Noviembre 1865.

Se necesita además, que el disfrute de la cosa que se intenta adquirir, sea en virtud de verdadera posesion y no por un titulo precario, pues los que tienen alguna finca en encomienda, arrendamiento ó por fuerza, no la pueden prescribir por tiempo alguno, segun las leyes 22, tit. XXIX, y 5.^a, tit. XXX, P. 3.^a, y la 1.^a, tit. VIII, lib. XII N. R.; porque *no son tenedores por sí, mas por aquellos de quien la cosa tienen*. S. 23 Febrero y 16 Abril 1859; 15 Abril 1860; 21 Diciembre 1861; 17 Diciembre 1864; 28 Abril 1865, y 26 Junio 1868.

CAPÍTULO III.

De la adquisicion del dominio por medio de la prescripcion extraordinaria.

Hasta aquí hemos tratado solamente de la prescripcion ordinaria, ó de diez y veinte años, aunque haciendo mencion tambien de algunos principios generales, que no son relativos sólo á ella, sino á toda clase de prescripcion. Pero ahora vamos á ocuparnos de la extraordinaria, es decir, de la de treinta años ó más y de la inmemorial.

A pesar de la multitud de decisiones del Tribunal Supremo á que nos hemos referido en los dos precedentes capítulos, no se encuentra hasta ahora ninguna contradiccion en las doctrinas referentes á la materia de ellos; pero en la que es objeto del presente hallaremos en un punto esencialísimo una notable divergencia, que expondremos con toda sinceridad, y que creemos dimanada de la confusion y ambigüedad de algunas leyes, de las opiniones opuestas de los comentadores y de los fallos poco acordes de los tribunales.

Nos referimos á la cualidad de la buena fe, que siendo tan indispensable en la prescripcion ordinaria, se ha puesto en duda si debe ó no exigirse del mismo modo en la extraordinaria de treinta ó más años, y en la inmemorial. Nace principalmente esta incertidumbre de los términos oscuros en que está redactada la ley 21,

tít. XXIX, P. 3.^a, y de la necesidad de combinar su texto y espíritu, con el de otras leyes del mismo Código, y con la 2.^a, título VIII, lib. XI, N. R., que ántes era 2.^a, tít. XI, lib. II del Fuero Real. En efecto, la citada ley 21 dice en su primer período, que «treinta años continuadamente..... seyendo algun ome tenedor de la cosa, *por cualquier manera que oviese la tenencia*, que non le moviesen pleito sobre ella en todo este tiempo, ganarla y á, magüer fuese la cosa *furtada ó forzada ó robada*; é magüer quel señor della ge la quissiese demandar, dende adelante non seria tenuto de responder sobre ella, amparándose por este tiempo.....;» y luego añade: «Otro sí, cuando alguno fuere tenedor á buena fe de alguna cosa raiz por treinta años ó más, *cuidando que era suya* ó de su padre, ó la oviere por alguna *razon derecha*, que la pueda ganar por este tiempo é ampararse por él contra todos cuantos ge la quissieren demandar.» Parece, pues, que hay contradiccion en los términos de estos dos períodos, pues en el primero se concede el dominio, cualquiera que sea el motivo por que se tenga la cosa, y en el segundo sólo en el caso de haber buena fe, creyendo el poseedor que aquella es suya; pero sin embargo, la ley distingue en estos dos casos, y lo mismo debe hacerlo la jurisprudencia, pues en el primero, segun lo que despues añade la misma ley, si el poseedor pierde la posesion, ya no puede reclamarla de aquel en cuyo poder se halle, y en el segundo tiene derecho á reivindicarla de todos, ménos de su verdadero dueño. Ha venido á aumentar algo la duda, como acabamos de indicar, la citada ley Recopilada que dice: «Otro sí, mandamos que si alguna cosa fuere hurtada, ó alguno tuviere escondida, no pueda defender por tiempo, que no se responda á su dueño, quando quier que ge la demandare;» precepto por el cual ha sido derogado el primer extremo de la de Partida ya copiada, en cuanto se refiere á las cosas hurtadas, forzadas ó robadas.

En vista de estas dos leyes, y tratándose de una usurpacion notoria de bienes que habian sido vinculados, y por lo tanto imprescriptibles, no es de extrañar que en una decision de 16 de Octubre de 1858 se consignase la doctrina, de que «la falta del primero y más esencial requisito, cual es la buena fe, impide que

corra la prescripcion inmemorial á favor del adquirente de unos bienes, si los posee sin otro título que el de mero detentador;» y que declarándolo así una sentencia, no infringe la ley 18, título XXIX, P. 3.^a, que establece «en qué manera et en cuánto tiempo gana ome la cosa que es raiz seyendo enagenada á buena fe.» Tal vez si para impugnar el fallo de la audiencia se hubiera invocado la ley 21 del mismo título y Partida, en vez de la 18, hubiera sido otra la decision del Tribunal Supremo. Pero como quiera que sea, quedó consignada la doctrina, de que la falta de buena fe es un obstáculo á la prescripcion inmemorial: de donde deberia deducirse, que con mayor razon lo es para la de treinta años.

En otra decision se dijo, que con arreglo á la citada ley 21, *el tenedor de buena fe* de alguna cosa que sea raiz, por treinta años, *cuidando que era suya* ó que fuera de su padre, ó que la hubiera por otra razon *derecha*, la gana por este tiempo contra cualquiera que se la demande (S. 13 Mayo 1865); pero en este caso no se hizo más que conceder al tenedor de buena fe, lo que de ninguna manera se le puede negar, y ménos estando amparado por la posesion de treinta años; y nada se declaró respecto del caso en que el poseedor lo sea de mala fe. Sin embargo, contra la doctrina sentada en el mencionado fallo de 16 de Octubre de 1858, vamos á indicar el resúmen de los que siguen, para que pueda formarse idea exacta del estado de la cuestion en esta materia.

1.º Cuando á juicio de la Sala sentenciadora falta al poseedor de una cosa raiz el justo título y la buena fe para adquirirla, no puede prescribirla su heredero, sino por el trascurso de treinta años, contados desde que éste entró á poseerla; pero no obsta á este mismo heredero la mala fe de su causante, para hacer suyos los frutos de la cosa heredada. S. 21 Setiembre 1860.

2.º El poseedor de mala fe, ya sea con título ó sin él, adquiere tambien el dominio de la herencia por la prescripcion de treinta años, pues segun la ley 7.^a, tít. XIV, P. 6.^a, «si aquel que ha derecho en la herencia non la demanda á los tenedores della fasta treinta años, sabiéndolo, ó podiéndolo fazer, pierde

por su negligencia el derecho que en ella avia, é gánala por tiempo el otro que la tuvo.» S. 4 Octubre 1862.

3.º Si bien la falta de buena fe en el que enajena unos bienes, exige en el que los recibe, con arreglo á la ley 19, tít. XXIX, P. 3.ª, mayor espacio de tiempo que para la prescripcion ordinaria, no obsta á un tercero, que por un título especial los adquirió de otro que los poseía de buena fe, ni es necesario en tal caso el término de treinta años para legitimar la posesion. S. 14 Octubre 1864, y 27 Marzo 1868.

4.º La de treinta años ó más es título legítimo para adquirir bienes libres, de cualquier modo que la cosa se haya adquirido, si no se mueve pleito sobre ella, con arreglo á la ley 21, título XXIX, P. 3.ª S. 22 Noviembre 1860; 12 Marzo 1867, y 3 y 7 Abril 1868.

5.º Se necesita, segun el primer extremo de la ley 19, título XXIX, P. 3.ª, el trascurso de treinta años para que por prescripcion pueda ganar la cosa raiz el que la recibe de quien no tiene derecho para enajenarla. S. 15 Junio 1864.

6.º El tenedor de una cosa por treinta años continuos ó más, sin habérsele demandado sobre ella, la hace suya, *por cualquier manera que oviere la tenencia*, segun determina la citada ley 21, tít. XXIX, P. 3.ª (S. 14 Febrero 1865); ó lo que es lo mismo, si la posee por treinta años, *sea con buena ó mala fe*, sin que nadie le ponga pleito sobre ella, la gana, no estando obligado desde entónces á responder de ella. S. 5 Mayo 1865.

7.º Adquiridos unos bienes por título de compra, y estando en su quieta y pacífica posesion por más de treinta años, á ciencia y paciencia del que despues los reclama, ni aun tiene *necesidad de acreditar* el que los ha venido poseyendo, el *título y buena fe*, para hacerlos suyos con arreglo á la ley 21 citada. S. 25 Enero 1867.

8.º Finalmente, hay otra decision que indicaremos tambien, aunque nada resuelve acerca de la indicada cuestion. Segun ella, se necesitan treinta años para la prescripcion extraordinaria, con arreglo á la misma ley 21; y la 8.ª, tít. XXIX, P. 3.ª, es relativa á la prescripcion de veinte años y de ahí abajo, segun la ley 9.ª, tít. XIX, P. 6.ª S. 28 Setiembre 1864.

Por lo que se ve en las decisiones que dejamos anotadas, la doctrina que ha prevalecido, despues de la de 16 de Octubre de 1858, ha sido constantemente la de distinguirse la prescripcion ordinaria de la extraordinaria, exigiéndose para la primera la posesion de diez ó veinte años con justo título y buena fe, y para la segunda la de treinta años ó más, sin ser necesaria la buena fe, ni el justo título. No ha recaido ninguna resolucion, sin duda por no haber habido controversia, acerca de las cosas hurtadas ó encubiertas, que son imprescriptibles con arreglo á dicha ley Recopilada; mas esto no obsta para que las que dejamos sentadas deban regir como admitidas por la jurisprudencia.

Estas doctrinas no serán tal vez las más ajustadas á una moral severa, ni al derecho canónico, ni á la opinion de algunos respetables autores; pero si no prevalecen, ¿qué diferencia podrá haber entre la prescripcion ordinaria, que exige necesariamente ademias del tiempo legal de posesion, el justo título y la buena fe; y la extraordinaria, que por el largo trascurso de tiempo supe algunos defectos que en aquella pueda haber? Ademias, si una posesion tan dilatada no echa un velo sobre el origen de ella, los derechos estarán perpétuamente inciertos, y la propiedad adquirida, aunque con algun vicio, nunca llegará á ser respetada; y ya hemos dicho al principio de este título, que el fin principal de la prescripcion es el estimular el interés individual en la defensa de sus derechos, y castigar en cierto modo la indiferencia ó la indolencia de los que los abandonan. Tampoco debe perderse de vista, que el tiempo máximo para la prescripcion de las acciones reales, y por consiguiente de la reivindicatoria, es de treinta años; y si en este plazo no se hace uso de ella, pierde su derecho el que el dia ántes lo tuviera expedito para reclamar contra el detentador de un dominio usurpado, y queda éste, por la extincion de la accion, poseedor tranquilo, sin temor de que le turbe acaso el que era su más legitimo dueño. Deseamos, sin embargo, y á pesar de estas ligeras reflexiones, que la constante doctrina de los Tribunales, admitida y publicada por el Supremo, uniforme de una vez la jurisprudencia, sobre una materia que tanto afecta á una de las bases del orden social, cual es la propiedad, y se evi-

ten dudas y vacilaciones, que son funestos semilleros de litigios.

Hay, además de la prescripción extraordinaria de los treinta años para adquirir el dominio, la inmemorial, que consiste en una larguísima y pacífica posesión de origen remoto, á que no alcance la memoria de los hombres, y sin noticia de hecho alguno contrario á ella (S. 21 Junio 1864); pero que no tiene lugar, cuando se sabe la procedencia de la cosa de que se trata, y las personas que la han poseído (S. 15 Octubre 1866). Por consiguiente, si la Sala sentenciadora, por los fundamentos que aprecia y consigna, declara que desde lo antiguo se ha estado en la constante é inmemorial posesión de unos bienes, no se infringe la ley 65 de Toro, ó sea la 6.^a, tit. VIII, lib. XI, N. R., que ordena que la interrupción en la posesión, interrumpa la prescripción en la propiedad. S. 22 Junio 1867.

Preciso es volver aquí á hacernos cargo de la decisión ántes citada de 16 de Octubre de 1858, en que se consigna la doctrina, de que el primero y principal requisito para toda clase de prescripción es la buena fe, y que careciendo de ella el poseedor, no puede correr en su favor ni aun la inmemorial. Pero debemos recordar á este propósito lo que dejamos expuesto, añadiendo, que si la doctrina consignada en dicho fallo de 1858 no ha prevalecido respecto á la prescripción de treinta años, mucho ménos puede tener fuerza tratándose de la posesión inmemorial, que por lo mismo que es tan dilatada, parece deber exigir ménos condiciones. Además, en otros fallos posteriores (23 Febrero 1859, y 18 Diciembre 1866) se sienta la doctrina, de que probada la posesión inmemorial, no interrumpida (sin distinción de si ha habido ó no buena fe), se reputa como título legítimo de propiedad, con arreglo á la ley 7.^a, tit. VIII, lib. XI, N. R. Parece, pues, fuera de duda, que la posesión inmemorial es título justo de dominio, haya ó no buena fe en el poseedor. Pero si aquella no se justifica debidamente, claro es que no pueden aplicársele las leyes que le son respectivas. S. 3 Abril 1868.

CAPÍTULO IV.

De las cosas imprescriptibles, y desde cuándo pueden prescribirse los bienes que han sido vinculados.

No todas las cosas son susceptibles de prescripción, y en este caso se hallan: 1.º, las que pertenecen al comun de un pueblo: 2.º, las que son poseídas colectivamente y proindiviso por particulares ó corporaciones; y 3.º, las vinculadas, mientras pertenecieron á esta clase.

En cuanto á la primera de las cosas enumeradas, sólo diremos que las pertenecientes al comun de vecinos no son por su naturaleza capaces de prescripción, segun la ley 7.ª, tit. XXIX, P. 3.ª S. 17 Diciembre 1864.

Respecto á la segunda, sabido es el derecho que todos los que poseen una cosa en comun tienen para exigir su division, y que la ley 2.ª, tit. VIII, lib. XI, N. R., declara que no puede prescribirse por tiempo, cuando esté de este modo poseida (S. 22 Diciembre 1860); y sólo puede dejar de tener aplicacion, cuando consta que se ha poseido plena y absolutamente sin mancomunidad alguna (S. 30 Junio 1865). Así, el precepto consignado en la ley 18, tit. XXIX, P. 3.ª, acerca de los requisitos necesarios para ganar las cosas por tiempo, es preciso subordinarlo á las disposiciones especiales que sobre la misma materia y para diferentes casos establecen las leyes, como por ejemplo, la que previene, que las acciones dirigidas á pedir en juicio la division de las poseídas en comun, duren siempre y no quepa prescripción contra ellas (S. 22 Febrero 1858, y 22 Noviembre 1864). Esto sucede respecto de la herencia proindiviso, la cual pertenece á todos los partícipes de ella, pues el heredero que la tiene en su poder no es verdadero poseedor, sino sólo tenedor á nombre de todos aquellos, y no puede por consiguiente utilizar la prescripción contra los demas coherederos. S. 18 Noviembre 1865.

Los bienes que en tercer lugar hemos enumerado como imprescriptibles, son los de mayorazgos, durante el tiempo en que han

correspondido á esta clase. Razones poderosas que ha habido para reputarlos de este modo, y que no nos incumbe ahora exponer, han apoyado esta doctrina admitida constantemente por la jurisprudencia. Así se deduce de muchas declaraciones del Tribunal Supremo, entre otras las de 24 Enero 1854; 16 Octubre 1858; 25 Junio 1859; 20 Noviembre 1860; 13 Mayo y 25 Junio 1862; 27 Marzo y 23 Mayo 1863; 13 y 19 Diciembre 1864; 27 Febrero 1865; 24 Enero 1866; 4 Febrero y 3 Abril 1867; siendo de notar más principalmente la segunda de estas decisiones, con la cual están acordes las demas, en que se declaró, que las fincas que fueron vinculadas, mientras tuvieron esta cualidad, no se hallaban sujetas á prescripcion, y que por consiguiente los que las adquirieron lo hicieron con mala fe.

Pero como desde el 30 de Agosto de 1836 está en vigor la ley desvinculadora de 11 de Octubre de 1820, y los bienes de esta clase pasaron á la condicion de absolutamente libres, quedaron por consecuencia sujetos á las prescripciones del derecho comun (S. ya citadas de 20 Noviembre 1860; 13 Mayo y 25 Junio 1862; 27 Marzo y 23 Mayo 1863; 19 Diciembre 1864; 27 Febrero 1865; 24 Enero 1866; 4 Febrero, 3 Abril, 11 Noviembre y 3 Diciembre 1867, y 19 Marzo, y 6 Noviembre 1868); siendo de advertir, que no puede suponerse falta de buena fe en el poseedor de una finca desmembrada de una vinculacion, que solicitó y obtuvo la libertad de la misma, acudiendo al juez que en su concepto era competente, y mucho ménos en sus sucesores; y que aunque pudiera presumirse mala fe en el primero que enagenó y en el que la adquirió, este vicio desaparece, cuando ha pasado aquella á otra persona por adjudicacion de ciertos derechos. S. ya citada 25 Junio 1862.

Estimada la excepcion de prescripcion ordinaria, con relacion á unos bienes, que aunque fueron vinculados, entraron como todos en la clase de libres en virtud de las leyes desvinculadoras, no pueden tener lugar las doctrinas de jurisprudencia relativas á la duracion de la accion reivindicatoria (S. 9 Junio 1868), como dijimos en el capítulo II del título anterior.

CAPÍTULO V.

De la adquisicion del dominio por medio de la prescripcion, segun algunas disposiciones forales.

La jurisprudencia emanada de la legislacion especial de algunas provincias, se separa algun tanto de la comun; pero sus doctrinas son claras y terminantes, y no pueden dar lugar á las vacilaciones que hemos indicado respecto de la jurisprudencia de Castilla. En Cataluña, segun la regla general consignada en el *Utsage omnes causæ sive bonæ sive malæ*, tít. II, lib. VII, vol. I de las Constituciones, todo prescribe, cualquiera que sea el origen, y la buena ó mala fe, con la posesion no interrumpida de treinta años (S. 29 Abril y 23 Setiembre 1864); y por consiguiente, fallado un pleito con arreglo á esa disposicion foral, no es aplicable á él la ley 2.ª, tít. VIII, lib. XI, N. R., que previene que el tenedor de la cosa hurtada ó tenida en comun con otro, no pueda prescribirla (S. 29 Abril 1864). Pero como es natural, para que pueda aprovechar la prescripcion, es necesario que se alegue oportunamente, porque si no, no puede tomarse en cuenta despues el expresado Utsage. S. 13 Noviembre 1863.

Por la misma razon, si bien es doctrina admitida por la jurisprudencia de aquel territorio, que el dueño de tierras dadas en *establecimiento á rabassa morta*, ó sea mientras duran ó fructifican las primeras cepas, contrato del cual nos ocuparemos en el cap. 5.º del título siguiente, puede recobrarlas pasados cincuenta años, en que se estima la duracion de estos contratos; el que se halla en la tenencia de una heredad de este modo poseida, puede adquirir su dominio por medio de la prescripcion, si despues de aquel período ha sucedido en ella por herencia, poseyéndola como libre por espacio no interrumpido de más de treinta años, que es, segun el citado Utsage, el tiempo por el cual se prescriben las cosas y se extinguen todas las acciones. S. 25 Setiembre 1864, y 9 Mayo 1865.

Esta prescripcion no corre, sin embargo, respecto á los im-

púberes ó menores de catorce años, segun la ley 3.^a *Codicis*, *De prescript. vel. cuadrag. annorum*, y la 8.^a, tit. XXIX, P. 3.^a; pero no son aplicables estas disposiciones á los que al empezar á correr los treinta años de posesion, tenian ya más edad que la expresada. S. 15 Febrero 1867.

La accion *venditi* es una de las comprendidas en el citado *Utsage omnes causæ*; y no siendo la pretension de retroventa otra cosa que un efecto de los varios que puede surtir aquella accion, es anómalo y contradictorio, deducir la de prescripcion del pacto de retro. S. 15 Enero 1867.

Con relacion á Aragon, el Fuero 6.^o *De prescriptionibus*, que establece que todo el que posea una cosa, sea cual fuere el motivo, por espacio de treinta años, no pueda ser perturbado en su goce, debe entenderse respecto de los casos extraordinarios, en que falta algun requisito de los que se exigen para la prescripcion comun, y se posee por más tiempo del que se requiere para ella; pero no en los ordinarios en que se adquiere con buena fe y justo titulo (S. 19 Mayo 1865, y 19 Diciembre 1864); y lo mismo que en Castilla, se interrumpe la prescripcion, por el tiempo en que aquel contra quien se intenta, se halla ausente en hueste, sirviendo al Estado como militar. S. 12 Diciembre 1865.

Por lo que hace á Navarra, segun la ley 10, tit. XXXVII, libro II de su N. R., para que la posesion produzca el efecto de adquirir, constituyendo prescripcion, se necesita el trascurso de veinte años entre presentes y treinta entre ausentes, con justo titulo y buena fe, y el de cuarenta años sin titulo, aunque siempre con buena fe. S. 30 Junio 1859, y 27 Marzo 1865.

Finalmente, con relacion á Vizcaya, debemos consignar que, segun la ley 1.^a, tit. XII del Fuero de aquella provincia, la accion mista de personal y real prescribe á los quince años (S. 31 Diciembre 1864); y por consiguiente se establece la prescripcion como medio de liberacion y de extincion de acciones, y no como modo de adquirir el dominio ó cualquiera otro de los derechos reales (S. 26 Noviembre 1864); y que con arreglo á la ley 3.^a, tit. XII del mismo Fuero, que segun lo declarado por el Tribunal Supremo, rige en la tierra de Infanzon, «toda accion que otro tenga

sobre bienes y raíces entre extraños, se prescribe entre presentes por tiempo de diez años y entre ausentes por quince.» S. 28 Noviembre 1867.

Creemos haber apuntado, aunque en breve resúmen, todas las doctrinas más autorizadas sobre tan importante materia, las cuales revelan alguna diferencia notable entre el derecho foral y el de Castilla, que es de desear desaparezca con la unidad de legislación, para que haya igualdad de derechos entre todos los individuos que forman una misma monarquía.

TÍTULO V.

De los gravámenes y restricciones que limitan el ejercicio del dominio.

CAPÍTULO PRIMERO.

De las servidumbres.

Expuestas ya en los títulos anteriores á este libro, las doctrinas referentes á todo lo que constituye el dominio y á los modos de adquirirlo y transmitirlo, el orden exige que nos ocupemos ahora de ciertos gravámenes y restricciones que lo modifican, y que coartan el pleno ejercicio de los derechos á él inherentes.

Entre estos gravámenes y limitaciones, podemos contar: 1.º, las servidumbres: 2.º, el usufructo: 3.º, los censos: 4.º, los foros: 5.º, el contrato que en algunas provincias se conoce con la denominación de *rabassa morta* ó de *primeras cepas*; 6.º y finalmente, la hipoteca.

Concretándonos ahora á las servidumbres, vamos á presentar á la consideración de nuestros lectores, con el método que nos

sea posible, los principios que acerca de ellas encontramos admitidos por la jurisprudencia, para aclarar ó explicar el concepto de las leyes que á esta materia se refieren.

Es máxima que generalmente rige acerca del libre ejercicio de la propiedad, y que puede por consiguiente aplicarse no sólo á las servidumbres, sino á todos los gravámenes que de algun modo coarten ó limiten aquel derecho, que el dominio debe entenderse pleno, pues las limitaciones de él no se presumen, sino que es preciso consten de alguna manera fehaciente. Por consecuencia de este principio incuestionable, la declaracion de existir una servidumbre, sin que realmente esté comprobada su existencia, infringe la doctrina legal, de que no habiéndose constituido aquel gravámen sobre una finca, por alguno de los medios que el derecho reconoce, se presume que ésta es absolutamente libre. S. 30 Junio 1864.

Los gravámenes de esta clase puede adquirirlos á su favor el dueño del prédio dominante (S. 12 Febrero 1859), por alguno de los medios que prescribe la ley 14, tit. XXXI, P. 3.^a, que son: 1.^o, por pacto ó contrato; 2.^o, por testamento; y 3.^o, por el uso. En todos estos casos, y como consecuencia de la presuncion de libertad ántes indicada, incumbe justificar dicho derecho al que sostiene haberse establecido en su beneficio (S. 13 Enero 1860 y 26 Noviembre 1864). Alguna vez se ha intentado, apoyar la existencia de una servidumbre en la ley 8.^a, tit. IV, lib. IV del Fuero viejo de Castilla; pero se ha declarado, que esta ley está derogada por la de Partida que acabamos de citar, la cual sólo permite que se constituya por alguno de los modos expresados. S. 13 Octubre 1866.

Supuesta la existencia legal de una servidumbre, es tambien un principio inconcuso de derecho, que aquel en cuyo favor se halla constituida, no puede alterar la manera en que se estableció y ha estado verificándose su disfrute por largo tiempo, ni tampoco agravar su condicion contra la voluntad del dueño del prédio sirviente; y que por lo tanto la sentencia que se ajusta á esta regla, reconocida en varias leyes, y especialmente en las 1.^a y 13, título XXXII, P. 3.^a, no infringe las 8.^a y 12, tit. XXXI de la mis-

ma Partida. Pero no pueden ser aplicables estas leyes, cuando la cuestion litigiosa gira sólo sobre la manera en que ha de tener lugar el disfrute de la servidumbre, pues sus disposiciones se dirigen únicamente á determinar, que ésta no pueda separarse de la finca á que se halle afecta, ni perderse por venta ni por otra clase de traslacion de dominio. S. 12 Mayo 1866.

En la misma hipótesis de existir una servidumbre, cuando se vende un prédio, sin establecerse en el contrato un modo distinto de disfrutarlo el comprador, debe entenderse vendido con aquel derecho, si es preciso su uso para el disfrute del mismo prédio. S. 14 Setiembre 1867.

Acabamos de indicar los modos por los cuales se establecen las servidumbres, y nada diremos sobre su constitucion por medio de testamentos, porque nada encontramos sobre este punto digno de mencion; pero en cuanto á pactarse por contrato, puede ser dudoso, si se ha establecido al celebrarse el de compra-venta, y conviene indicar sobre este punto la doctrina que vemos consignada (S. 7 Octubre 1862). En el caso, pues, de haberse vendido una heredad con sus entradas y salidas, costumbres y servidumbres, si al tiempo de la venta y tres años despues era y continuó siendo su entrada y salida por otro campo contiguo que se reservó el vendedor, aunque dicho espacio de tiempo no basta para constituir y ganar servidumbre por prescripcion, la aquiescencia del último confirma y corrobora, que fué su voluntad enagenar ese paso, entrada y salida por su heredad, y con mayor motivo, si cerrado el campo vendido en todo su circuito, no queda otra entrada, pues el comprador de una tierra con sus entradas y salidas, no puede ser obligado á dárselas por otra finca suya que ántes no tenia tal servidumbre, si esto no fué condicion del convenio. Ademas, cuando al venderse una heredad, se enagena tambien el derecho de entrada y salida, segun estaba á la sazón existente, y lo era por otro prédio contiguo al del vendedor, queda forzosamente constituida sobre éste, en virtud de tal contrato, la servidumbre de paso á favor del prédio vendido, no obstante que ántes no pudiera haberla por venir el vendedor sirviéndose de ambos fundos como dueño.

La otra manera de establecerse la servidumbre, hemos dicho que es el uso por espacio de determinado tiempo, ó lo que es lo mismo, por la prescripción, y de ella vamos á tratar ahora. Para adquirir aquel derecho por este medio, debe distinguirse, si la servidumbre es continua ó discontinua. La primera se gana segun la ley 15, tit. XXXI, P. 3.^a, por tiempo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, siempre que concurren los demas requisitos que la misma ley exige; si bien debe tenerse presente, que no son aplicables á cuestiones de esta naturaleza, las disposiciones de las leyes 9.^a, 11, 12, 14, 15 y 18, tit. XXIX, P. 5.^a, que se refieren á cómo se adquieren por tiempo las cosas muebles y las raices é incorporales. S. 25 Octubre 1866.

Mas para adquirir las discontinuas, no basta el tiempo ordinario expresado, pues es preciso que se pruebe la posesion inmemorial (S. 15 Enero 1860; 23 Junio 1862; 26 Octubre y 9 Noviembre 1865, y 12 Junio 1866), con arreglo á la ley 15; tit. XXXI, P. 3.^a (S. 26 Octubre 1865); la cual, así como la 14 del mismo titulo y Partida no son aplicables, cuando la posesion por el tiempo respectivamente necesario, no reúne todas las condiciones que supone la citada ley 15 (S. 25 Enero 1861). No basta por consiguiente, que se justifique el uso de una servidumbre con testigos, el mayor de cincuenta y cinco años, por más que digan que así lo han visto durante el tiempo de que pueden dar razon, pues este testimonio no alcanza á demostrar, que el tiempo excede de la memoria de los hombres más ancianos: es, pues, preciso, como exige dicha ley, que se pruebe el derecho por espacio de «tanto tiempo, que non se puedan acordar los omes quanto há que lo comenzara á usar» (S. 9 Noviembre 1865, y 12 Junio 1866). Es necesario tener presente tambien, que aun cuando la citada ley de Partida autoriza dicha prescripcion inmemorial justificada del modo indicado, como deroga la libertad natural que cada uno tiene para usar de sus cosas como mejor le convenga, debe la servidumbre considerarse limitada solamente á lo que se justifique en legal forma. S. 18 Marzo 1867.

Pero si al fallarse un litigio no se reconoce como existente ninguna servidumbre, sino se declaran únicamente los derechos do-

minicales correspondientes á cada una de las partes, es inoportuno invocar los preceptos de la citada ley 14, que ninguna aplicacion puede entónces tener. S. 22 Mayo 1865.

Es una verdad legal que, con arreglo á la ley 15, tít. XXXI, P. 3.^a, no es lícito establecer servidumbres sobre las cosas que «son á uso é á procomunal de alguna cibdad ó villa, así como los mercados, las plazas é los exidos;» pero sin embargo, pueden ganarse por tiempo de cuarenta años, segun la ley 7.^a, tít. XXIX, de la misma Partida, respecto de aquellas otras cosas que «magüer sean comunalmente del concejo de alguna cibdad ó villa..... non usan comunalmente dellas todos, así como de las otras cosas sobre dichas» (S. 6 Febrero 1864); como sucede, por ejemplo, respecto de edificios, solares, pozos y otros objetos, que aunque de un pueblo, no son de áprovechamiento comun de los vecinos.

Claro es, que para invocar el derecho de prescripcion de una servidumbre por la posesion inmemorial, es necesario acreditarla con arreglo á la ley (S. 26 Octubre 1865); y si para ello se practican pruebas, y el Tribunal que falla el litigio las aprecia con arreglo á sus facultades, no puede considerarse infringida la citada ley 15, que como hemos dicho, exige la posesion inmemorial (S. 28 Junio 1860); y lo mismo sucede respecto de cualquiera otra clase de servidumbre, cuando su constitucion ó existencia se somete á la prueba (S. 13 Junio 1866, y 10 Julio 1868); pero ninguna puede considerarse adquirida, por mucho que sea el tiempo de posesion que se alegue, cuando no hay prédio sirviente sobre el cual se ejerza el derecho en que la servidumbre consista. S. 17 Setiembre 1866.

Siempre que se ponen en duda ó se niegan los derechos ó las obligaciones que respectivamente nacen de las servidumbres, cualquiera que sea la clase á que pertenezcan, las acciones que se ejercitan son la confesoria, dirigida á que se reconozca la existencia de una de aquellas, en favor del prédio ó finca del demandante, ó bien la negatoria, para que se declare, que sobre esa misma finca ó prédio no existe dicho gravámen. En cuanto á la accion confesoria, si se justifica en forma legal, que por uno de los medios legales se ha constituido una servidumbre, el fallo que

la reconoce no infringe la doctrina, de que al que sostiene la existencia de aquel gravámen, incumbe su prueba (S. 24 Mayo 1867). Respecto á la negatoria, es indudable, que dicha accion puede ejercitarse únicamente por el dueño de la finca cuya libertad se pretenda, ó por el que estuviese poseyéndola en concepto de tal (S. 1.º Abril 1862, y 24 Enero 1867); y como se apoya en la libertad de la misma, que, segun hemos dicho, se presume libre, mientras no conste lo contrario, la prueba de la existencia de la servidumbre corresponde en este caso, no al que deduce la accion como por regla general sucede, sino al que es demandado, porque sus excepciones se convierten en afirmacion. Esta doctrina tan óbvia, y que parecia que jamás podria ponerse en duda, ha sido sin embargo objeto de cuestion, hasta el punto de tener que reiterarse muchas veces (S. 12 Abril 1859; 18 y 25 Enero 1861; 7 Abril y 1.º Diciembre 1864; 26 Octubre y 13 Diciembre 1865, y 10 Enero 1868). Pero si se hacen pruebas y se resuelve el litigio con arreglo á la apreciacion de ellas, no puede considerarse infringida esta misma doctrina, ni tampoco la ley 2.ª, tít. XIV, P. 3.ª, relativa á que ninguno «non es tenuto de probar lo que niega, si non fuese en cosas señaladas.» S. 25 Octubre 1866.

Las servidumbres se dividen, como es sabido, en rústicas y urbanas, y de esta division se siguen tambien algunos principios, que aunque algo incongruentes entre sí, vamos á exponer en este lugar, por no tener en ninguna otra parte de esta obra mejor colocacion.

La ley 28, tít. V, P. 5.ª, que habla de la entrega que debe hacer el vendedor al comprador, de la cosa enagenada, con todas las que le pertenecen ó son «ayuntadas» á la misma para su servicio, no puede ser aplicable á las servidumbres urbanas, porque consistiendo estas en un gravámen que tanto afecta á la propiedad, deben constar establecidas por alguno de los tres medios que reconocen las leyes y que ya quedan expresados. S. 14 Mayo 1861.

Pero constando que existen, se trasmiten las obligaciones y derechos respectivos, al trasladarse el dominio de las fincas en que están constituidas. Así, pues, cuando una persona adquiere por

justo título de su legítimo dueño una casa, con el disfrute de las luces que á la sazón tenía, trasmitiéndole este y los demás derechos dominicales que le correspondieran, al enagenar despues el vendedor otra casa contigua de su propiedad, no pudo ménos de transferirla al comprador con el gravámen de dicha servidumbre, constituida sobre dicha casa desde la venta de la primera. S. 22 Octubre 1868.

Quando se pretende que se condene al demandado, á cerrar una abertura que hizo en una pared divisoria, para dar salida á las aguas pluviales de su casa, y á que en lo sucesivo se abstenga de hacer el desagüe por la finca del demandante, se ejercita propiamente una accion negatoria, y es congruente la declaracion de que este último no debe tolerar dicha servidumbre. S. 9 Abril 1861.

Acerca de la medianería de las paredes, no es legal ni autorizada la doctrina que alguna vez se ha sostenido, de que para tener esta cualidad una pared, es necesario que se construya sobre la línea divisoria, ó que medie pacto ó haya habido el uso que la ley previene, ó se haya constituido la servidumbre por disposicion testamentaria, porque puede haber en efecto dicha medianería, sin necesidad de que concurra ninguno de dichos requisitos. S. 22 Mayo 1865.

Como ni la ley ni la jurisprudencia pueden proteger el fraude, no existe remision tácita de una servidumbre urbana, por el hecho de otorgarse licencia para edificar contra ella en el prédio sirviente, si al impetrarla se ocultó la existencia de dicha servidumbre. Tampoco hay términos hábiles para suponer la libertad de una de dicha clase, por la prescripcion ordinaria de diez años que establece la ley 16, tit. XXXI, P. 3.^a, cuando faltan los requisitos esenciales de justo título y buena fe. S. 17 Junio 1862.

En algunas reclamaciones que se hacen para la remocion de hornos de pan cocer, por el perjuicio que pueden ocasionar á los prédios contiguos, se ha invocado el cumplimiento de las leyes 12 y 13, tit. XXXII, P. 3.^a; pero son estas inoportunas y por lo tanto inaplicables, cuando se trata de dicha cuestion, porque no se ocupan de determinar las reglas de construccion de los hor-

nos, ni se refieren á las obras que no son nuevas. Tampoco puede tener aplicacion la ley 11, tít. XXIX, lib. III, N. R., que tratando de los hornos que se construyeran en lo sucesivo, no hizo referencia á los que estaban ya construidos con anterioridad á la misma ley (S. 17 Setiembre 1866). Ni la 28, tít. V, P. 5.^a, que habla de la entrega que debe hacer el vendedor al comprador de lo que hubiere enagenado, con todas las cosas que pertenecen ó «son ayuntadas» á la misma para su servicio, es aplicable á las servidumbres urbanas, porque consistiendo estas en un gravámen que afecta á la propiedad, debe hacerse constar de un modo terminante, que se han establecido por alguno de los medios legales. S. 14 Mayo 1861.

Con relacion á las servidumbres rústicas, siendo las únicas que han dado motivo á graves cuestiones, las que se refieren al uso y aprovechamiento de pastos, frutos y arbolados, recordaremos acerca de ellas algunas doctrinas, ademas de las que ya expusimos en el capítulo 4.º, tít. II de este libro, al tratar del dominio de estos productos de la naturaleza y de la agricultura. Es necesario tener presente sobre esta materia, que las leyes, ordenanzas y reales órdenes que se ocupan del arreglo y conservacion de dicha especie de servidumbre, se refieren siempre á las heredades en que aquellas existan; pues como la razon dicta, no tienen aplicacion ni pueden considerarse infringidas, si esas mismas heredades están libres de esta clase de gravámenes (S. 7 Marzo 1862); caso en el cual los dueños tienen derecho á disfrutar sus tierras, cerrándolas ó acotándolas, y á impedir por consiguiente la introduccion de ganados de todas clases. S. 13 Diciembre 1865.

No puede haber servidumbre de pastos, y por el contrario excluye toda idea de que exista, cuando concurre la circunstancia de pagarse precio al dueño de una heredad por el aprovechamiento de ellos. Ademas es incuestionable, que la ley de 8 de Junio de 1813 que estableció la facultad de hacer dichos acotamientos sin perjuicio de las servidumbres legítimamente constituidas, y la 6.^a, tít. XXXI, P. 3.^a, que enumeró entre estas las de pastos, cañadas y abrevaderos, presuponen siempre la existencia de dichas servidumbres, y por consiguiente no tienen aplicacion, cuando no re-

sulta debidamente justificada (S. 25 Enero 1861). Pero, por el contrario, probada la posesion pacifica por tiempo inmemorial, de los frutos y goces correspondientes á un arbolado, se adquiere título suficiente por prescripcion, con arreglo á la ley 21, título XXIX, P. 3.^a S. 23 Febrero 1859.

Respecto de la servidumbre de acueducto, se han promovido cuestiones acerca del derecho y la obligacion de limpiar estos acueductos y depositar en sus márgenes todo lo que pueda interrumpir el libre curso de las aguas; habiéndose decidido, que estas operaciones son una consecuencia indeclinable de la misma servidumbre, que en nada la modifican. S. 21 Noviembre 1862.

Una sola vez se ha cuestionado en casacion, sobre la calificacion que deba darse á cierto acto, que unos han creido servidumbre de habitacion, y otros un mero derecho de inquilinato; pero se ha declarado, que el concederse en un testamento el derecho de habitar parte de una casa por cierta renta anual, no es una verdadera servidumbre de habitacion, sino solamente un legado del derecho á ser inquilino con preferencia á otro, puesto que se estableció la obligacion de pagar alguna renta; y que no pueden ser aplicables á este caso la ley 6.^a, tít. VIII, P. 5.^a, que se limita á dictar reglas sobre ciertos arrendamientos, ni la 27, tít. XXXI, P. 3.^a, que fija el tiempo que debe durar dicha servidumbre de habitacion. S. 14 Junio 1861.

No nos detendremos á enumerar los modos de extinguirse estos gravámenes; y sólo indicaremos, que las leyes relativas á este punto suponen siempre, como es natural, la existencia de las mismas servidumbres, no siendo aplicables por tanto al caso en que no se ha probado que existan. S. 18 Enero 1861.

En las doctrinas consignadas por la Sala de Indias del Tribunal Supremo con relacion á Ultramar, nada especial encontramos sobre esta materia; y solamente podemos citar un fallo, relativo á un punto algo relacionado con el de servidumbres, en que se declara, que cuando en disputa de límites sobre dos haciendas ó fincas de la Isla de Cuba, ninguna tiene una *merced* especial, no puede determinarse su mayor antigüedad y consiguiente preferencia ó derecho de circular sobre la otra, no sabiéndose por lo

mismo cuál es la que debe ceder; ni es por consiguiente aplicable la doctrina, de que en disputas de límites de las haciendas comuneras, ceda la que no tenga merced á la que la tenga, ó caso de tenerlas todas, la más moderna á la más antigua. S. 15 Octubre 1857.

Con respecto á Cataluña, haremos mencion de tres doctrinas peculiares á aquellas provincias: 1.^a Las servidumbres constituidas por contrato consignado en un documento público, no pueden extinguirse sino por otra obligacion de la misma clase (S. 12 Febrero 1859). 2.^a El que construye una casa ú otro edificio sin dejar el espacio llamado *andrón*, comete un abuso, y está obligado á la demolicion (Dicha S. 12 Febrero 1859). 3.^a Ya hemos dicho la diferencia que hay respecto del tiempo de posesion entre las servidumbres continuas y discontinuas; pero segun el derecho catalan, aunque tambien se reconoce esta division, no hay diferencia en cuanto al tiempo, pues para adquirir una servidumbre por prescripcion, sea de la clase que fuere, basta el periodo de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes. S. 1.^o Junio 1866.

En Aragon rigen las doctrinas especiales que vamos á consignar. En aquel territorio no pueden equipararse á una ley expresa las ordenanzas de policia urbana de Madrid; y por consiguiente, las cuestiones sobre servidumbres de esta clase no se juzgan por aquella, sino por las leyes forales; y segun la observancia 6.^a, lib. VII *De aqua pluviali arcenda*, así como cualquiera tiene facultad para abrir ventanas en la pared comun, tambien la tiene el vecino para edificar obstruyéndolas, á no ser que la casa no pueda recibir luz por otra parte. En estas servidumbres de luces no procede la prescripcion, si no media algun hecho obstativo por parte del que trate de adquirir derecho á ellas, contra el que intente obstruirlas. S. 14 Mayo 1861.

En Vizcaya rige sobre prescripcion la ley 1.^a, tít. XII de su Fuero; pero es sólo en cuanto á servir como medio de liberacion y de extincion de las acciones, y no como modo de adquirir el dominio ó cualquiera otro de los derechos reales: por consiguiente, no puede servir de fundamento á una demanda en que se ejer-

cita la accion confesoria de servidumbre (S. 26 Noviembre 1864), como ha sucedido alguna vez, por confundirse la prescripcion por medio de la cual se adquiere un derecho, con la otra que por el contrario da motivo á la pérdida ó caducidad de las acciones.

CAPÍTULO II.

Del usufructo.

Especie de servidumbre es tambien el usufructo, por lo cual algunos autores tratan de este derecho al mismo tiempo que de aquella, distinguiéndolo con la denominacion de servidumbre personal; y vamos por esta razon á reunir en este capítulo lo poco que la jurisprudencia ha declarado acerca de esta materia, ya con relacion á las antiguas provincias de Castilla, ya tambien respecto de Aragon y Navarra, donde el usufructo establecido por sus respectivos fueros tiene condiciones especiales.

Si se dejan bienes en usufructo, con la condicion de que si el usufructuario muere sin haberlos enagenado para atender á sus necesidades, hayan de pasar á los herederos propietarios, es evidente, que aquel no puede disponer de ellos por testamento (S. 6 Febrero 1862). Pero si por el contrario, se deja una herencia ó parte de ella en usufructo, y el testador faculta al usufructuario para vender los bienes caso de necesidad, con la declaracion de que los herederos propietarios sólo tengan derecho á los que hubieren quedado al fallecimiento de aquel, este usufructo sale de las condiciones comunes, y no pueden ser aplicables á él, como inoportunamente se ha pretendido en alguna ocasion, las leyes 20 y 24, tít. XXXI, P. 3.^a, relativas á la fianza que tiene obligacion de prestar el usufructuario, y á la pérdida de su derecho si lo cediere (S. 24 Octubre 1860); pero no puede considerarse como verdadera cesion, la hecha por el usufructuario con la condicion de volver á disfrutar la cosa en que el usufructo consista, si se realizan ciertas circunstancias; pues esto equivale á una simple cesion de frutos, y no es realmente una trasmision completa del derecho personal. S. 16 Abril 1859.

Si al instituir un testador por heredera usufructuaria de sus bienes á su mujer, establece la restriccion, de que si hiciere algunos aumentos en el caudal, no pueda disponer de ellos, sino que han de quedar á disposicion del heredero propietario, esta restriccion debe entenderse sólo referente á los que hiciese en los mismos bienes usufructuados; pero no respecto á las adquisiciones que pueda obtener, ó á cargas que redimiese de la misma herencia en que consista el usufructo. S. 18 Octubre 1867.

Á pesar de que es condicion precisa de éste la prohibicion de enagenar la cosa en que consiste, si por disposicion de un testador, ó bien en unas capitulaciones matrimoniales, se reserva al marido para despues de la muerte de su mujer el usufructo de los bienes de ésta, pueden ambos consortes venderlos conjuntamente, y es válida la enagenacion que de ellos hubieren hecho de comun acuerdo con las solemnidades legales (S. 3 Mayo 1862), porque se consolida en ambos cónyuges el pleno dominio, y pueden por consiguiente ejercitarlo en toda su extension.

Es una consecuencia ordinaria del usufructo, el extinguirse por la muerte del usufructuario; pero puede sin embargo prorogarse su duracion, por condiciones ó pactos lícitos que no hagan ilusorio el derecho del propietario. Reune, pues, estas circunstancias, y es válido el usufructo constituido en contrato por la vida, no del que lo haya de gozar, sino del que lo otorga; y entónces subsiste el derecho á disfrutar los bienes en que consista, y se trasmite á los herederos del usufructuario hasta que se verifique la muerte de aquel, que es el término asignado para la duracion del mismo usufructo. S. 13 Setiembre 1861.

Con respecto á Cataluña, es de derecho pretorio, muy fundado en la razon y en la equidad, que el usufructuario esté obligado á prestar caucion ó «recabdo» de conservar la cosa en que el usufructo consista, y de restituirla oportunamente y sin detrimento ó menoscabo. Sobre esto son frecuentes las cuestiones litigiosas: y ha querido á veces exagerarse tanto esta obligacion de afianzar, que por haberse omitido, se ha pretendido privar al usufructuario de su derecho; pero se ha declarado con mucho fundamento, que dicha obligacion se limita en sus efectos, á que el propietario pue-

da resistir la entrega, ó negarse á dar la tenencia de los bienes que han de usufructuarse, mientras el usufructuario no preste dicha caucion; ó bien á que se secuestren y depositen los mismos bienes, en el caso de estar ya aquel en posesion de ellos; pero sin que puedan extenderse aquellos efectos á la pérdida absoluta é irrevocable de los derechos que nacen del usufructo, pues esto seria contrario á la ley 16, tit. IX, lib. XXXIII del Código romano, y á las que comprende al tit. IV, lib. VII del Digesto. S. 7 Noviembre 1859.

El usufructo de Aragon tiene condiciones especiales, pues segun los Fueros y Observancias de aquel antiguo reino, corresponde á la viuda el derecho de disfrutar los bienes raices ó *sitios* de su marido, pero no del de los muebles (S. 24 Marzo 1859). El mismo derecho corresponde al marido para usufructuar los bienes, sitios ó raices que aportó la mujer al matrimonio, cuando disfrutaron de ellos *coyuntamente*, ó sea viviendo reunidos (S. 28 Noviembre 1868); pero tanto uno, como otro cónyuge en su respectivo caso, están obligados, para que este derecho pueda declarárseles, á justificar cuántos y cuáles han sido dichos bienes. S. 19 Mayo 1863.

Prevínose por el art. 16 de la ley aclaratoria de las desvinculadoras, que los viudos y viudas poseedores de mayorazgos ó vínculos, sea la que fuere la época en que se hubiesen casado, no tengan derecho á otras consignaciones alimenticias, que las que resulten de promesas y convenios celebrados con arreglo á derecho en capitulaciones matrimoniales, ó en otros documentos legalmente otorgados; y esta disposicion se ha pretendido que sea aplicable á las viudedades forales de Aragon; pero no es así, pues se ha declarado (S. 12 Mayo 1865), que, como debe deducirse de la letra y espíritu de dicha ley, esta se refiere únicamente á consignaciones alimenticias hechas en contratos particulares y con arreglo al derecho comun en favor de viudos ó viudas de poseedores de mayorazgos; mas no al usufructo que ya hemos dicho establece el fuero de Aragon á favor del cónyuge sobreviviente. Tampoco es aplicable el derecho de viudedad foral, al caso en que la viuda haya disfrutado quieta y pacíficamente de unos bie-

nes en calidad de dueña de ellos, y no de usufructuaria (S. 20 Enero 1866), pues entónces le competen los derechos dominicales, y no puede estar sujeta á las restricciones del usufructo.

Nó es tan absoluto el foral, que no se limite por algunas restricciones; y en efecto segun el Fuero 1.º y las observancias 13 y 14 *De jure dotium*, la viuda que viva *lujuriosamente* pierde su viudedad, esto es, el usufructo de los bienes de su difunto marido. Para eximirse de la pérdida de este derecho, se ha pretendido que no puede imponerse esta especie de castigo, sino por los medios establecidos en la legislacion criminal; pero con mucha razon se ha declarado, que la privacion de la viudedad no es una pena procedente de delito de los previstos en el Código, sino la aplicacion de una ley civil, que exige como condicion precisa para el goce de aquel derecho, que la viuda viva honesta y recatadamente, respetando así la buena memoria de su marido; de la misma manera que la privacion del usufructo cuando aquella pasa á segundas nupcias, tampoco puede reputarse como pena en su verdadero y genuino sentido. S. 12 Diciembre 1865.

Tambien en Navarra corresponde por su legislacion especial al cónyuge sobreviviente, el usufructo de los bienes que á su fallecimiento dejare el premuerto, con la precisa obligacion de criar y educar á sus hijos; pero este gravámen impuesto al usufructuario, se entiende con arreglo á los buenos principios y doctrinas consignados en las leyes, que no se contrae á los alimentos naturales, ni á edad determinada, sino que se refiere á los civiles regulados por las condiciones del que ha de darlos y de los que han de recibirlos; y no hay ley alguna ni doctrina de jurisprudencia que subordine el expresado gravámen, impuesto al usufructuario, á la condicion de que los que algun día han de ser propietarios de los bienes, hayan de vivir en la casa y compañía de aquel; y aun en la hipótesis de que hubiese tal jurisprudencia para hacer ménos gravosa la obligacion y menor la privacion en el goce de los bienes de que disfrutó durante el matrimonio, cesaria tal circunstancia, habiendo un justo motivo de separacion. En todos estos casos, el Tribunal que decida la cuestion litigiosa que sobre ellos se promueva, es quien debe apreciar en vista del re-

sultado de las pruebas , si son ó no suficientes tales ó cuáles bienes , para que sus productos constituyan alimentos, si el oficio ú ocupacion de los alimentistas les proporciona lo bastante para su subsistencia , y si hay ó no justos motivos de separacion de la casa del cónyuge sobreviviente. S. 20 Marzo 1866.

Para saber cuáles son los bienes que constituyen el usufructo, es necesario en Navarra, lo mismo que en Aragon , formar un inventario de ellos ; y la falta de esta formalidad produce la pérdida del mismo usufructo foral ; mas no la del vitalicio ó convencional que se hubiere pactado con arreglo al derecho comun. S. 5 Febrero 1859.

CAPÍTULO III.

De los censos.

Uno de los gravámenes que modifican y limitan más especialmente el libre ejercicio de los derechos dominicales , es la imposicion de los censos , como que por medio de estos se divide el dominio en directo y útil ; razon por la cual hemos creido oportuno incluir esta materia en el presente título , aunque parecia más propio del tratado correspondiente á contratos. Vamos , pues , á ocuparnos en este capítulo de las doctrinas referentes á los censos , y las dividiremos en los puntos siguientes : 1.º, formalidades necesarias para su constitucion : 2.º, obligaciones de los censatarios y derechos de los censualistas : 3.º, pago del laudemio : 4.º, indivisibilidad de los censos : 5.º, su prescripcion : 6.º, su redencion : 7.º y por último , la dimision de la cosa censida.

1.º Prescribe la ley 28, tit. VIII, P. 5.ª, que la constitucion del censo enfiteútico se ha de realizar por escrito , *ca de otra guisa non valdria* ; y la 3.ª, tit. XIV, P. 1.ª, que la enagenacion de todo censo de dicha clase haya de hacerse por medio de escritura pública. Del contenido de estas dos leyes ha nacido la cuestion de si es absolutamente necesaria la presentacion de dicho documento público para probar la existencia del enfiteúsis , ó si basta cualquiera otro medio de justificacion ; y por consiguiente

conviene que examinemos las decisiones que á este propósito ha dictado el Tribunal Supremo. Es la primera una de 10 de Diciembre de 1858, en que se dice, que las citadas leyes prescriben terminantemente, que para ser valedera y eficaz la constitucion del enfitéusis, debe otorgarse escritura pública del contrato; y que aun cuando sean admisibles algunas pruebas supletorias, en defecto de dicho documento, por haber este desaparecido, está siempre obligado el dueño directo á justificar la identidad del prédio ó prédios censidos. La segunda decision que recayó sobre este mismo punto ratifica la misma idea, diciendo, que las citadas leyes exigen el otorgamiento de escritura pública, para la constitucion de los censos perpétuos y del enfitéusis; pero que nada ordenan acerca del modo de probar su existencia, lo cual puede hacerse por otros medios (S. 9 Marzo 1861). Afirma este mismo concepto otra sentencia (de 9 Abril 1864), expresando, que si bien la constitucion de un censo, cualquiera que sea su naturaleza, exige como requisito indispensable el otorgamiento de escritura pública, la presentacion de este documento en juicio para hacer valer los recíprocos derechos que del citado contrato emanan, no es de tal necesidad, que no pueda suplirse con otra clase de prueba: doctrina que vemos casi textualmente confirmada por otra sentencia de 22 de Setiembre de 1865. Debemos hacer mencion igualmente de otro fallo (26 Febrero 1867), en que se declara, que con arreglo á las mismas leyes de Partida, los censos se constituyen legitimamente, cuando se consignan en escritura pública, quedando por ella obligados los censatarios al pago de la pension ó cánon que se estipula. Y por último, dice otra sentencia (5 Diciembre 1868), que si bien las mencionadas leyes señalan entre las circunstancias esenciales para la constitucion de los censos, la de que conste el contrato en escritura pública, nada ordenan respecto al modo de justificar su existencia, lo cual puede hacerse por otros medios de prueba reconocidos por derecho.

Se ve, pues, que es uniforme la jurisprudencia, en cuanto á exigir que la celebracion de dicho contrato haya de hacerse por medio de escritura pública; pero que sin embargo, puede muy bien si esta ha desaparecido, ó no se encuentra, acreditarse la

existencia del censo por otro medio legítimo de justificación; como por ejemplo lo sería en nuestro concepto, por el reconocimiento del dueño del dominio útil, por la prescripción, ó por algun otro, que demostrase evidentemente el establecimiento de dicho gravámen. Por eso vemos que en un fallo de 10 de Noviembre de 1860, despues de repetirse que conforme á las leyes de Partida citada, el contrato enfiteútico ha de formalizarse en escritura pública, se añade, que ninguna ley se opone á que se pruebe su existencia por la posesion inmemorial, que segun las leyes y la doctrina legal, equivale á título. Hay otra sentencia (de 12 de Marzo 1866) que dice únicamente que la ley 5.^a, tít. XIV, P. 1.^a, cuando se alega en concepto de no haberse probado la existencia de un censo enfiteútico por medio de documento público, al referirse á las cosas de la Iglesia, es incongruente con una cuestion sobre reconocimiento de un censo. Encuéntrase otro fallo (de 9 Julio 1868), en que se consigna la doctrina, de que si bien para la constitucion del censo enfiteútico se requiere otorgamiento de escritura, segun ordenan las mismas leyes de Partida citadas, la traslacion á un tercero, asi del dominio directo como del útil, puede verificarse por los modos establecidos para la adquisicion de los derechos reales; doctrina que en nuestro concepto es exacta, porque es indudable, que tanto uno como otro dominio pueden transmitirse por contrato, por sucesion, ó por medio de la prescripción legitima. Finalmente, y para no omitir ninguna decision relacionada más ó ménos directamente con el punto que examinamos, debemos citar la de 19 de Febrero de 1866, en que se dice, que para justificar la existencia de un censo, no procede la prueba inmemorial, cuando existe la escritura de su fundacion ó constitucion. Repetimos, pues, como consecuencia de lo expuesto, que para la constitucion del enfiteúsis es indispensable escritura pública; pero que puede acreditarse su existencia, por algun otro medio legal.

Hemos dicho ántes, que la posesion inmemorial en la percepcion de las pensiones puede ser tambien un medio de prueba, punto de hecho, que está sujeto, como es consiguiente, á la decision de los tribunales; y ahora debemos añadir, que la declaracion del

comiso de una finca por no haberse pagado el cánon , presupone que el dominio directo y el útil estaban separados, lo cual es por consiguiente otro de los medios de probar la existencia de los censos; pero sin embargo, el pago de una pension hecho con error, no puede servir de prueba respecto de otro censo distinto, cuya constitucion no conste en forma legal. S. 9 Julio 1868.

Si existe la escritura de fundacion , ya hemos dicho que no se necesita la prueba de la posesion inmemorial; y en este caso en nada afecta á la validez de aquel documento la falta de su primera hoja , si en las demas se contiene toda la parte dispositiva, y está revestida de las solemnidades y requisitos necesarios (S. 19 Febrero 1866); y si hay alguna copia de dicha escritura y fuere necesario cotejarla, basta que el cotejo se haga con la original que exista en algun archivo particular , si es de fecha anterior á los registros que las leyes recopiladas mandaron formar á los escribanos públicos. S. 9 Julio 1868.

En todos los casos expresados, y en los demas en que conste de un modo evidente la constitucion de un censo , es inaplicable para impugnar su existencia , el principio de derecho que á su tiempo expusimos , de que toda finca se reputa libre , mientras nó aparezca justificado lo contrario. S. 26 Febrero 1867.

Pueden constituirse los censos por medio de poder; y si no se considera bastante el que al efecto se hubiere otorgado, y por consiguiente la escritura de imposicion , el hecho de recibir el poderdante por espacio de diez y siete años la pension estipulada , envuelve una ratificacion de aquel, por medio de la cual se demuestra cumplidamente su voluntad de probar que dicha imposicion se realizó (S. 30 Mayo 1862). Pero no interviniendo poder suficiente, ó por lo ménos la aquiescencia y consentimiento del dueño, debe reputarse la imposicion nula , porque segun la letra y espíritu de la ley 7.^a, tit. XIII, P. 5.^a, no se pueden empeñar válidamente las casas ajenas, ni perjudicar los derechos que aun en las propias del que contrae ó empeña , corresponden á un tercero. Así es, que constituido legitimamente un censo, el contrato que despues se haga por terceras personas sin intervencion del censalista, con relacion á las fincas hipotecadas, no puede au-

mentar, ni disminuir los derechos del mismo dueño del dominio directo. S. 28 Junio 1861.

Cuando en la escritura de constitucion de un censo puramente enfitéutico nada se dijo acerca de la clase de las prestaciones, ni á estas se dió un carácter especial, deben reputarse enfitéuticas todas las pactadas, y seguir por consiguiente la naturaleza del censo. S. 18 Diciembre 1861.

Si se hace una imposicion sobre bienes correspondientes á los propios de los pueblos, como esto equivale á una enagenacion, se necesita que sea aprobada por la autoridad superior administrativa; pero no es necesaria esta confirmacion, respecto al reconocimiento del mismo censo. S. 22 Enero 1849.

2.º La principal obligacion que pesa sobre el censatario, es la de pagar puntualmente el cánon, pension ó réditos que se hubiesen estipulado. Así, pues, no puede eludirse este gravámen, cuando el censo se ha constituido en escritura pública, de la cual se ha tomado razon en el oficio de hipotecas, y ademas ha sido reconocido por el obligado á pagarlo (S. 14 Mayo 1867). Pero si no se ha registrado esta imposicion, y la finca sobre que está constituido ha pasado á poder de un tercero, la sentencia que condene á éste al pago del cánon ó pension, es contraria á los principios legales que rigen sobre esta materia (S. 22 Noviembre 1860). Tan inexcusable es la obligacion de pagar el censo ó cánon en los enfitéusis, que la ley 28, tít. VIII, P. 5.ª impone la pena del comiso al enfitéuta que deja de cumplirla por espacio de tres años; pero sin embargo, esto debe entenderse, segun lo ha declarado la jurisprudencia (S. 29 Abril 1868), siempre que aquel no haya tenido justa causa para dejar de hacer dicho pago; y si tal causa se alega, es tambien doctrina apoyada en la ley 3.ª, tít. XIV, P. 1.ª, que quede al arbitrio judicial la decision de la contienda, y si dicha pena es ó no aplicable.

Sabido es que la ley 8.ª, tít. XV, lib. 10, N. R., por la cual se redujo el rédito de los censos al quitar del 5, al 3 por 100 al año, sólo estableció que en adelante no se pudieran imponer, ni constituir los de esta clase, á ménos precio que 33 y un tercio al millar, limitándose á esta tasa los fundados hasta entónces, con

prevencion de que los contratos que de otra manera se hiciesen fueran nulos, y no se pudiera en virtud de ellos cobrar mayor cantidad. Del contenido de esta ley se ha querido deducir la consecuencia, de que equivale á un aumento del rédito legal la prohibicion de enagenar la finca acensuada, sin redimir el censo, ó en otro caso sin licencia del dueño de éste y con la carga de él; pero con mucha razon se han declarado (S. 29 Octubre 1864), que no está en oposicion con lo prescrito en dicha ley el expresado pacto, puesto que tal condicion no aumenta el rédito legal del mismo censo; y que la cesion de una parte de la finca acensuada, hecha por el censatario, no puede producir el efecto de librarla del gravámen á que toda ella se halla afecta, interin no se redima el censo.

Es doctrina legal incuestionable, que los pactos añadidos al contrato de censo, que infieren gravámen al censatario, se tienen por no puestos; pero esta doctrina se refiere á los relativos á rebaja del precio ó aumento del cánon, y de ninguna manera á los contratos que tienen por objeto garantizar el pago de las pensiones. S. 9 Abril 1864.

Como algunas veces se han impuesto censos sobre las primicias y demas rentas y bienes de la Iglesia, y estos se han aplicado al Estado, quedando por consiguiente libre la misma Iglesia de satisfacer el cánon ó pension, se ha pretendido indebidamente exigir á los pueblos el pago de estos gravámenes; pero se ha declarado muy acertadamente, que no puede imponerse el cumplimiento de una obligacion á aquel que no la contrajo, ni tiene ninguna responsabilidad, ni es sucesor ó causahabiente del obligado; y que por lo tanto las cargas que pesaban sobre dichos bienes ántes eclesiásticos, toca al Estado satisfacerlas, y de ningun modo á los propios, ni á los vecinos del pueblo donde se satisfacian. S. 8 Febrero 1847.

Con motivo de la antigua ley Recopilada (3.^a, tit. XV, lib. X, publicada en 1534) en que se prohibió que en adelante se pudieran establecer censos al quitar, con la obligacion de pagar los réditos ó pensiones en frutos ó especies y no en dinero, se ha suscitado una vez la cuestion, de si estando así dispuesto por la anti-

gua ley citada, sería ó no legal el abono de dichas pensiones en especie, como lo era la imposición admitida por la costumbre, del censo conocido en Galicia con la denominación de *venta de rentas en saco*. La audiencia que decidió este litigio, considerando sin duda vigente la citada ley, mandó no sólo reducir la pensión de especie á dinero, á razon de un 3 por 100, sino que se devolviera al censatario todo lo que suponía haber satisfecho de más; pero elevado el punto litigioso á casación, fué anulado dicho fallo (en 26 Setiembre 1860), entre otras consideraciones que no son de este lugar, por las siguientes: 1.^a que los párrafos 1.^o y 10 de la ley 22, tít. XV, lib. X, N. R., y el XII de la XXIV del mismo título y libro, promulgadas en 1801 y 1805, reconocen ímplicitamente la derogación por costumbre de la ley anteriormente citada, al declarar, que «pueden pagarse los réditos ó tributos en granos ú otra especie, que no sea dinero : 2.^a que con arreglo á la ley 5.^a del mismo título y libro, si bien deben reducirse á dinero los censos perpétuos, fundados en pan, vino y otras especies, el pago de ellos, según la tasa que la misma ley establece, sólo debe entenderse desde el día de la contestación de la demanda; quedando libres los censualistas de todo cuanto hubiesen cobrado ántes; y 3.^a que por consiguiente, la audiencia había infringido las citadas leyes 5.^a, 22 y 24, tít. XV, lib. X. N. R. Es, pues, hoy doctrina admitida por la jurisprudencia, que pueden imponerse censos en especie, lo mismo que en dinero; y que tratándose de reducir las pensiones al límite del 3 por 100, el exceso que se haya satisfecho de más, debe entenderse solamente desde la contestación á la demanda.

También ha dado motivo á controversias la ley de 1.^o de Mayo de 1855, que declaró en estado de venta todos los bienes raíces y censos amortizados, y perdonó en su art. 11 los atrasos que adeudaran los censatarios, ya procedieran de que no se hubiesen reclamado en los últimos cinco años, ya de ser los censos desconocidos ó dudosos, ó ya de cualquiera otra causa, con tal de que los censatarios se confesaran deudores de los capitales ó sus réditos. Con motivo de esta ley, se ha pretendido que debía redimirse un censo, y condonarse todas sus pensiones atrasadas, im-

puesto á favor de comunidades no abolidas; pero lejos de accederse á ello, se ha condenado al pago de las pensiones, por la sencilla razon, de que por el citado artículo de dicha ley no se perdonaron todos los atrasos de los censos que se declaraban en estado de venta, sino sólo aquellos en que concurriesen las circunstancias expresadas, y previo el reconocimiento por parte de los censatarios; añadiéndose al mismo tiempo, que el exámen de estos datos, y de si se ha cumplido con lo prescrito en dicha ley y en las instrucciones dictadas para su ejecucion, es de la competencia de la administracion del Estado, á la cual corresponde declarar en los casos respectivos, si es ó no procedente del perdon ó condonacion de los atrasos; y por último, que mientras no se obtiene de dicha administracion la redencion de un censo que sirve de dotacion á un beneficio eclesiástico, ni el perdon de los réditos atrasados, puede el censalista reclamar el pago de los mismos. S. 17 Marzo 1864.

Tiene aquel, como ya se ha dicho, derecho á percibir el cánon ó pension legal, ya en dinero, ya en especie, y sin ningun descuento; pero por la ley fiscal de 25 de Mayo de 1845, está obligado á satisfacer la contribucion territorial ó de inmuebles sobre los productos de su dominio directo; y como el pago de aquella se hace por el dueño del útil, el cual está autorizado por dicha ley para descontar al del directo el equivalente á la contribucion que se fija en cada año á los inmuebles, y esto hace rebajar el interés de los réditos, han nacido de aquí algunas cuestiones, por negarse los censualistas, á veces con razon, mediante los pactos que han precedido, y otras sin ella, á sujetarse á ningun descuento; sobre lo cual han recaido varias decisiones, cuyo resumen vamos á exponer. Es lícito siempre, y aun despues de las reformas hechãs en las leyes modernas, el pacto estipulado y consignado en la escritura de imposicion de un censo con anterioridad á la citada ley de 1845, de que el censalista perciba las pensiones íntegramente y libres de todo pecho ó tributo real ó municipal que pudiera imponerse en lo sucesivo (S. 28 Octubre 1862 y 16 Setiembre 1864). Por consiguiente, cuando hayan mediado estas estipulaciones, claro es que corresponde al censa-

tario pagar todos los impuestos y al censalista percibir los réditos sin ningun descuento. Pero cuando no hubiere este pacto, no puede eximirse el dueño directo de satisfacer su parte proporcionada, ó lo que es lo mismo, de descontarla del cánón, pues la citada ley establece, que la contribucion de inmuebles grave pura y simplemente sobre los productos del suelo, sin consideracion á que éste sea gravado con algun censo, sino que ántes al contrario, su principio fundamental es que cada uno contribuya en proporcion de las utilidades que reporte de la materia imponible. Además, declarado como inmueble el censo, la cuota con que se le grava es independiente de la impuesta al producto líquido de la finca á que esté afecto; sin que la circunstancia de exigirse directamente del propietario de ésta, varíe su naturaleza, puesto que la mencionada ley consigna, como ya se ha indicado, la facultad de descontar al censalista lo que hubiere satisfecho correspondiente á la pension ó cánón, á no haber pacto expreso en contrario, que como legitimo seria eficaz. S. 9 Noviembre 1863.

3.º Otra de las obligaciones de todo censatario consiste en el pago del laudemio ó luismo; y tambien sobre la cuantía de este gravámen se han suscitado cuestiones y recaido fallos, que contienen las doctrinas de que vamos á hacer mencion. No puede ponerse en duda, porque lo establece la ley 29, tit. VIII, P. 5.ª, que el laudemio, por regla general, consiste en el 2 por 100 del precio en que sea vendida la finca acensuada; pero esta disposicion no puede aplicarse á los censos impuestos sobre casas y solares de Madrid, sino con las modificaciones que establece el artículo 16, de la ley 12, tit. XV, lib. X, N. R., que al fijar igualmente el laudemio en 2 por 100, como dicha ley de Partida, dejó á salvo los contratos estipulados con anterioridad; y por consiguiente, aun estableciéndose la veintena por laudemio, debe respetarse (S. 30 Mayo 1864). Pero esta libertad de pactar la cuantía del laudemio sin sujecion á tasa, no es extensiva á los enfiteúsos que fueron de señorío, en los cuales se fijó dicho gravámen en el 2 por 100 del valor líquido de la finca, por el art. 7.º de la ley de 3 de Mayo de 1823, aclaratoria de la de 6 de Agosto

de 1811, y por consiguiente los poseedores del dominio útil no están obligados á satisfacer mayor cuota, cualesquiera que sean los usos y costumbres en contrario. Los enfitéusis á que no tienen aplicacion estas disposiciones, son, pues, los puramente alodiales, segun el art. 8.º de la misma ley (S. 30 Diciembre 1862, 30 Enero 1865, y 30 Noviembre 1868). Por eso ha sido comun estipularse el 5 y hasta el 10 por 100 por dicho derecho, respecto de los bienes que no proceden de señorío, y no puede ménos de respetarse estos pactos. S. 30 Diciembre 1862, y 7 Marzo 1866.

Otra de las obligaciones inherentes á todo enfitéuta, consiste en haber de dar conocimiento al señor del dominio directo, de la venta que intente hacer de la finca acensuada, por si quiere usar del derecho de tanteo, esto es, por si le conviene con arreglo á a ley 29, tit. VIII, P. 5.ª, quedarse con ella por el precio que el comprador haya ofrecido. Por consiguiente, cuando se oculta la enagenacion al dueño directo, no puede dejar de reputarse maliciosa esta ocultacion y dirigida á defraudarle en sus derechos, y procede en tal caso el retracto (S. 18 Noviembre 1864), como expondremos al tratar de esta materia.

Claro es que todas estas obligaciones de parte del censuario producen otros tantos derechos en favor del censalista, los cuales se trasmiten, por consiguiente, en favor del comprado siempre que se vende un censo, pero sin que pueda aquel adquirir más derechos y acciones que los que el vendedor tuviese al tiempo de la venta. Del mismo modo, si una finca es vendida como libre de todo gravámen y aparece que está afecta á un censo, puede el comprador negarse á reconocerlo, dimitiendo la finca y reclamando su precio. S. 30 Noviembre 1857.

4.º Muchas veces se ha agitado por los tratadistas en las obras de derecho, y por los letrados en el foro, la cuestion de si los censos que por su naturaleza son indivisibles, pueden fraccionarse, cuando la finca sobre que pesan se divide entre diferentes dueños. En dos ocasiones ha llegado á elevarse esta cuestion hasta el Tribunal Supremo, y acerca de ella se ha sentado la doctrina (S. 14 Octubre 1864 y 9 Julio 1868), de que aun cuando dicha indivisibilidad es una cualidad inherente á esta

clase de derechos reales, ninguna disposicion legal prohíbe, que pueda modificarse por el mútuo consentimiento del censalista y del censatario.

5.º Otra cuestion más grave y de mayor trascendencia se ha promovido tambien, tanto en las obras de derecho, como ante los Tribunales, sobre la imprescriptibilidad de los censos: punto acerca del cual, al decir de un escritor que ya citamos en la introduccion á esta obra ¹, «lejos de uniformar la jurisprudencia el Tribunal Supremo, lo que ha hecho ha sido crear una nueva y desconocida en las sentencias en que se declara prescriptible el capital del censo.» Tan aventurado aserto lo sostiene, aunque sin apoyarlo en pruebas que lo justifiquen, diciendo bajo su sola autoridad, que «era jurisprudencia constante, admitida por los tribunales, que el capital del censo no era prescriptible por no tener el censalista facultad de pedir la devolucion del capital.» Añade á este propósito, que decian los autores: «puesto que no hay, ni puede haber negligencia, morosidad ó descuido en el censalista, ¿cómo puede fundarse la prescripcion en este caso? Si el censalista no puede pedir la devolucion del capital, ¿qué fundamento puede tener la prescripcion? El censalista lo único que puede pedir son las pensiones; luego si no las exige, claro es que se supone ó que las ha recibido, ó que las condona; la prescripcion en este caso, es procedente, es justa, está en su lugar; pero cuando se trata del capital, no se halla en el mismo caso, porque no tiene facultad, porque no tiene derecho para pedir la devolucion, y no teniéndolo, claro es que por no pedirlo, no incurre en negligencia, ni en morosidad, ni tampoco significa que condena, puesto que no hace lo que no puede hacer.» Y concluye, por último, «esta jurisprudencia seguida por los tribunales, ha sido innovada por el Tribunal Supremo de Justicia, declarando que es prescriptible el capital del censo por el período de treinta años.»

Cierto que el Tribunal Supremo ha sentado esta buena doctri-

¹ El autor del *Repertorio de la Jurisprudencia civil Española* en el prólogo al mismo.

na; pero lo que no vemos justificado , ni sabemos cómo pueda justificarse , es que sea contraria á la jurisprudencia admitida por los tribunales. Es indudable el principio legal recordado por dicho escritor, y sancionado por la jurisprudencia, de que el censalista carece de derecho para reclamar del censatario el capital impuesto en la finca gravada, ni para compelerle á su redencion, aun por falta de cumplimiento en el pago de las pensiones (S. 11 Noviembre 1864). Pero esta doctrina en nada puede influir para deducir de ella la imprescriptibilidad de los censos; y por el contrario, contra esta imprescriptibilidad, vemos poderosas razones consignadas en repetidos fallos del Tribunal Supremo.

Con efecto, en dos ocasiones que sepamos, se ha agitado esta cuestion ante dicho Tribunal: dió motivo á la primera, un censo constituido hacia ya mas de doscientos setenta años, sin que los censualistas hubiesen hecho reclamacion alguna hasta despues de haber pasado este tiempo; y habiéndose desestimado el derecho que suponian, recurrieron en casacion, sosteniendo que se habian infringido la doctrina y jurisprudencia de los tribunales, que no admiten la prescripcion en los capitales de censo, las leyes 12, 21, 22 y 27, tít. XXIX, P. 3.^a, varias sentencias del mismo Tribunal Supremo, y la ley 63 de Toro, ó sea la 5.^a, tít. VIII, lib. XI, N. R.; mas declaróse, como era de esperar (S. 24 Enero 1863), que no es doctrina admitida, la de que no tiene lugar la prescripcion en los capitales de censo; y que la accion real hipotecaria que compete al censalista, queda prescripta, cuando trascurre mas tiempo que el señalado en dicha ley recopilada, sin que por parte de aquel se haya deducido reclamacion alguna. En su consecuencia, quedó firme la ejecutoria en que se consignó la prescriptibilidad del censo. La segunda vez que se ha agitado esta cuestion, fué con motivo de otra imposicion hecha en el año de 1727: sin que por ningun acto posterior constase el reconocimiento, ni el pago de los réditos por los dueños de la finca, sobre que se habia impuesto, se propuso demanda en 1859 por el que se decia censalista, reclamando el abono de las veintinueve y media pensiones últimamente vencidas. Excepcionó el demandado, que despues de la escritura de imposicion, no constaba otro acto

alguno en que el primer censalista y sus sucesores justificasen la continuacion del censo, el cual, por lo ménos, estaria prescrito con arreglo á la citada ley 63 de Toro; y en vista de ello y de las pruebas, tambien dictó esta vez la audiencia su fallo confirmatorio, considerando el censo prescrito, y absolviendo al demandado. Con estos antecedentes vino el litigio en casacion, fundándose el recurso en la infraccion de dicha ley y de la doctrina de ser imprescriptibles los censos; y entónces reiteró el Tribunal Supremo, «que no era doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales la que consigna dicha imprescriptibilidad: que no se habia infringido la mencionada ley, porque constaba sin contradiccion, y aun se habia confesado, que trascurrió mucho más tiempo que el prefijado en la misma para la prescripcion de la accion real hipotecaria, sin que se dedujera ninguna por los censuistas;» y que por consiguiente no procedia el recurso. S. 9 Marzo 1863.

Contra estas terminantes aseveraciones de un tribunal tan respetable, que en dos ocasiones, y de acuerdo con las sentencias sometidas á casacion, sostiene decididamente, no ser doctrina admitida por la jurisprudencia la imprescriptibilidad de los censos, ¿qué fe puede merecer el aserto contrario de un escritor, que por mucho concepto que merezca, no lo justifica con razones sólidas y convincentes? Además, y aunque se prescindiera de la fuerza de tan autorizadas decisiones, ¿será justo que el poseedor de una finca que la ha adquirido como libre, despues de venirse poseyendo en este concepto por espacio de más de ciento treinta años, y sin hacerse la menor reclamacion por parte de los censuistas, se vea obligado á reconocer y sufrir un gravámen que evidentemente ha prescrito, como todo prescribe con el trascurso del tiempo? Ó es necesario borrar de nuestros códigos esta prescripcion tan importante para la defensa de la propiedad y de sus derechos, y tan necesaria para el merecido castigo del descuido y la indolencia; ó si ella es justo título para adquirir, y motivo tambien justo para la caducidad de las acciones, debe ser extensiva á los censos lo mismo que á cualesquiera otra clase de derechos. Contra las consecuencias de la prescripcion existe un medio legal, cual es, el reconocimiento de los censos por parte de los censata-

rios; y si los censualistas no hacen uso de su derecho y dejan pasar hasta más de treinta años sin compeler á aquellos á reconocer su obligación, ni á cumplirla, deben imputarse á sí mismos por su desidia y abandono.

Como consecuencia de lo expuesto, es indudable, que si se excepciona la prescripcion del censo ó gravámen, en el concepto de haberse reputado una finca como libre por espacio de treinta ó más años, claro es que en este caso se necesita probar, que en todo este tiempo no se ha hecho ninguna reclamacion, para que la prescripcion proceda con arreglo á dicha ley 63 de Toro, pues de lo contrario aquella no tiene fuerza, y la exaccion del censo ó gravámen es legal y justa. S. 9 Junio 1666.

6.º Otro modo de extinguirse los censos, ademas de la prescripcion, es la redencion; y aunque el censualista no puede, como ya hemos dicho, obligar al censatario á que la haga (S. 11 Noviembre 1864), sí está facultado este último para verificarla por los medios legales; y al llevarla á efecto debe indemnizar completamente al censualista, segun las leyes 32 y 36, tít. V, P. 5.ª, es decir, debe entregar, no solamente el capital en que el mismo censo consista, sino los intereses vencidos y no satisfechos (S. 18 Abril 1863). Pero aunque el censatario se haya comprometido á redimir un censo, no puede reputarse obligatoria la redencion á un plazo fijo, cuando ha hecho el ofrecimiento de redimirlo, luego que se halle desembarazado de anteriores obligaciones. S. 16 Diciembre 1861.

La ley de 14 de Agosto de 1841 facultó á los censatarios que satisficieran las pensiones ó réditos al Estado, para que pudieran redimir los censos bajo ciertas condiciones, y la real órden de 5 de Julio de 1851, permitió que si aquellos no hicieran la redencion, pudiera una tercera persona entregar á la Hacienda pública el capital, y subrogarse en lugar de ella para percibir del censatario las pensiones; y aunque alguna vez se ha puesto en duda el derecho del que de esta manera se ha subrogado en lugar del Estado, ha debido cesar aquella con la declaracion terminante (S. 2 Diciembre 1858), de que la citada ley no prohíbe el allanamiento del censatario á que ejerza el derecho de redimir el censo

una tercera persona, subrogándose en lugar del censalista, y que la referida real orden lo permitió respecto de los particulares. Por consiguiente, el que hizo el pago del capital al Estado, queda sustituito en lugar de este, y debe continuar percibiendo las pensiones.

También la ley de 1.º de Mayo de 1855 permitió la redencion de los censos adjudicados al Estado y que habian sido de comunidades religiosas ó establecimientos extinguidos; y verificadas algunas redenciones de esta clase, se ha hecho oposicion á ellas por terceras personas, lo cual ha dado lugar á la declaracion, de que aunque verse un liligio sobre un censo redimido con arreglo á la citada ley, es inoportuna é improcedente su invocacion para fundamentar un recurso, por quien ni contrató con el Estado, ni era su censatario (S. 18 Junio 1862). Del mismo modo es inoportuno apelar á los artículos 211 y 212 de la instruccion para el cumplimiento de la citada ley de 1855, cuando no se cuestiona sobre un contrato de venta de finca desamortizada, sino de la redencion de un censo que gravaba bienes de dicha clase. S. 30 Junio 1866.

Otras cuestiones se han promovido sobre los derechos emanados de dicha ley; y se ha declarado ácerca de ellas, que si bien es verdad, que tanto ésta como la de 27 de Febrero de 1856 tuvieron por principal objeto, no la venta de los censos que pertenecieron á manos muertas, sino su redencion; tambien lo es, que para que los censatarios disfruten de los beneficios que por las mismas se les concedieron, era necesario que solicitasen dicha redencion dentro de los términos señalados en los artículos 7 y 13 de aquella; y que redimido un censo en totalidad por cualquiera de los censatarios, para que los demas puedan tomar parte en este beneficio, y quedar exonerados del pago de los réditos que á cada uno corresponda satisfacer, deben contribuir al que redimió con la prorata que les corresponda, dentro de los mismos plazos, segun el art. 6.º de la mencionada ley de 27 de Febrero de 1856. S. 11 Octubre 1866, de acuerdo con la doctrina de la de 29 Octubre 1864, de que haremos mencion en el capitulo siguiente; y otra de 15 Junio de 1868.

7.º Hay, por último, otro modo de extinguirse los censos, cual es la dimision de la finca censida; principio que se ha puesto en duda, y sobre el cual se han agitado con el mayor empeño graves cuestiones, pero que ha venido á quedar reconocido por la jurisprudencia. Recordamos á este propósito, que poseida por el Real patrimonio una gran heredad con la obligacion de pagar un cuantioso cánon, hizo el censatario dimision de aquella, que no le fué admitida, y se vió precisado á proponer demanda para que se declarase legal, válida y eficaz dicha dimision, y como principal efecto de ella, la exencion total y absoluta del pago de las réditos de dicho censo. Fundóse la demanda en la proporcion desventajosa que existia, entre los productos de la cosa censida y la pension que por ella se abonaba; en que el censatario, por este carácter y en atencion á la naturaleza del censo, estaba obligado al pago de las pensiones, sólo mientras poseyese la cosa gravada; y que por lo mismo perdía el carácter de tal, quedando libre del pago de la pension, cuando dejaba de poseer dicha cosa censida, haciendo dimision de ella á favor del censalista. Opuso éste á dichas razones, que no hay ley alguna que declare extinguido el censo, sea cual fuere su clase, por dicha dimision: que las doctrinas favorables expuestas por el demandante, aun suponiéndolas aceptables, no podian tener lugar respecto de los censos reservativos; y que las mismas doctrinas, aun dándolas cuanta la-titud se quisiese, no podian invocarse para extinguir la obligacion personal de todos los bienes, agregada á la accion real hipotecaria. Esta vez fueron acogidas las razones del censalista por las sentencias de primera y de segunda instancia; pero revisadas en casacion, fueron anuladas (S. 20 Enero 1859), por los siguientes fundamentos: 1.º, que es doctrina legal inconcusa, enseñada constantemente en España, y recibida sin contradiccion, que el censatario puede librarse del gravámen del censo, y de la obligacion de reconocerlo y de satisfacer sus réditos, dimitiendo la cosa censida; estando por consiguiente el censalista obligado á admitirla, si bien con la justa reserva de su derecho, en el caso de defectos abusivos causados en la cosa censida: 2.º, que esta doctrina se apoya en la ley 8.ª, tit. XV, lib. X, N. R.; y 3.º, que

esta ley alude á todos los censos redimibles, y al quitar, y lo mismo á los consignativos, que á los reservativos, y ademas lo explica así la siguiente, 9.^a del mismo título y libro. De esta manera quedó fijada dicha doctrina, que despues ha sido confirmada por otros fallos.

En efecto, la ratifica una decision (de 29 Diciembre 1864), en que se declara, que la falta de reconocimiento de un censo y la resistencia al pago de las pensiones, hecha por el padre de un censatario menor de edad, por suponer con error que no pertenecía á éste la cosa censida, no deben, ni legalmente pueden perjudicar; los derechos é intereses del mismo menor, puesto que no constituyen aquella dimision espontánea que con pleno conocimiento de causa hace el censatario, y que el derecho reconoce como uno de los medios legítimos para la extincion de los censos. Y otro fallo ha consignado tambien, que es doctrina legal inconcusa, la de que el censo impuesto sobre una finca se extingue dimitiéndola; añadiéndose solamente que, como es natural, la dimision ha de hacerse en favor del censualista. S. 6 Abril 1866.

Finalmente se ha declarado tambien, pero esto en nada se opone al principio sentado, que la cesion de una parte de la finca acensuada, hecha por el censatario, no puede producir el efecto de librarla del gravámen á que toda ella se halle afecta, ínterin no se redima el censo. S. 29 Octubre 1864.

Pero cuando la cuestion debatida en juicio no versa sobre si el censatario se libra del gravámen dimitiendo la finca acensuada, sino acerca de si esta ha sido abandonada por aquel, no son entónces aplicables, ni pueden reputarse infringidas, las doctrinas expuestas y emanadas de las citadas leyes 8.^a y 9.^a, tít. XV, lib. X, N. R. S. 30 Junio 1864.

Ántes de terminar este capítulo, recordaremos un principio de derecho, aplicable sólo á los censos reservativos. Sabido es que en los enfiteúticos, es esencia del contrato, aunque nada se haya pactado sobre ello, la pérdida de la finca gravada, si en cierto número de años no se paga el cánon estipulado. Pero no sucede así respecto del reservativo, pues en este no tiene lugar el comiso

de la cosa gravada, si no se ha pactado préviamente esta especie de pena para el caso indicado. S. 29 Diciembre 1864.

Con respecto á Aragon, se ha' indicado alguna vez por incidencia la cuestion de que ántes nos ocupamos, relativa á la prescriptibilidad de los censos ; pero el Tribunal Supremo ha esquivado resolverla, tal vez por no venir propuesta debidamente, ó por ser innecesaria su resolucion, diciendo, que prescindiendo de si en aquellas provincias son ó no prescriptibles los censos con arreglo á su legislacion foral, no procede la prescripcion, cuando constituido en escritura pública, de la cual se ha tomado razon en el registro de hipotecas, ha sido reconocido diferentes veces por el obligado á pagarlo, interrumpiéndose por consiguiente el tiempo necesario para que pueda prescribir ó extinguirse la accion. S. 14 Mayo 1867.

Tales son las doctrinas que acerca de los censos pueden deducirse de los fallos de casacion que hemos citado, y que forman reglas de autorizada jurisprudencia.

CAPÍTULO IV.

De los foros y subforos.

A la manera que los censos, tambien los foros modifican y limitan el libre ejercicio del dominio, y por eso creemos oportuno exponer en este capítulo las doctrinas que con ellos tienen relacion.

No es de nuestra incumbencia explicar lo que se entiende por foros y subforos, sus especiales condiciones y sus efectos; y solamente indicaremos, que son unos contratos anómalos, que tienen alguna semejanza con el de arrendamiento y al mismo tiempo con el de enfitéusis, y acerca de los cuales rigen doctrinas peculiares á los mismos, y algunas de ellas de gravísima transcendencia en la propiedad territorial de las provincias donde los foros están admitidos por la costumbre y autorizados por la legislacion.

Lo mismo que en el capítulo anterior dijimos respecto de la prueba de la constitucion de los censos perpétuos y enfitéuticos, puede repetirse ahora en cuanto á los foros, es decir, que aunque

Las leyes 3.^a, tít. XIV, P. 1.^a, y 28, tít. VIII, P. 5.^a, exigen el otorgamiento de escritura pública para su constitucion, es lícito, sin infraccion de ellas, probar la existencia de este gravámen por otros medios (S. 9 Mayo 1861). En corroboracion de esta doctrina se ha declarado (22 de Setiembre de 1865 y 13 Mayo 1868), que aun cuando el contrato de foro fuera igual al de enfiteúsis, y debieran aplicarse al primero las mencionadas leyes de Partida, la presentacion de dicho documento en juicio para hacer valer los recíprocos derechos que emanan del foro, no es de tal necesidad, que no pueda suplirse con otra clase de prueba. Así es, que la reclamacion y percibo de las pensiones forales y del derecho de laudemio, reiterados por más de medio siglo y por dos dueños y sucesores distintos, forman tal presuncion de la existencia de un foro, y un estado posesorio tan respetable, que no pueden destruirse, sin una prueba plena de que aquel no se estableció legalmente. S. 14 Mayo 1861.

Constituido legítimamente el foro, la obligacion que contrae el tomador de las fincas dadas con esta cualidad, recae en el heredero que las recibe (S. 28 Junio 1865); y si en virtud del contrato se ejercita la accion real, ó se exige el cumplimiento de la obligacion impuesta sobre determinados bienes, es innecesario que en el documento en que ésta conste, aparezcan nominalmente todos los deudores, pues aun sin esta circunstancia puede dirigirse el forista para el pago de las pensiones contra los poseedores de las fincas gravadas (dicha S. 9 Mayo 1861). Tambien puede ejercitar los demas derechos, y debe cumplir las obligaciones que emanen de la escritura constitutiva del mismo foro; y si segun este documento se pactó que ni el primer adquirente del foro, ni sus sucesores pudieran despojar de la tenencia de los bienes á los foreros, mientras pagasen sus pensiones, ni tampoco aumentárselas, no pueden estos ser tenidos como meros colonos, ni obligados á pagar mayor cánon, ni concederse al dueño directo derechos correspondientes al dominio útil (S. 13 Abril 1861, y 27 Enero 1862). Pero si al reclamarse el pago de las rentas, se declara que la persona contra quien se hace la reclamacion no está obligada á satisfacerlas, ínterin el que ejercite la accion no acre-

dite en debida forma cuáles son los bienes gravados y sus llevadores, no por eso se fija un estado de derecho permanente, es decir, no se niega definitivamente el derecho á una nueva reclamacion, si se pueden justificar los expresados extremos. S. 8 Junio 1861.

Si la imposicion del foro es nula, y se reclama en su consecuencia la finca que se suponía aforada, debe restituirse por efecto de la accion reivindicatoria á su verdadero dueño; pero sin estar éste obligado á devolver el precio que por ella dió al comprador, sino sólo á indemnizarle de las expensas hechas para ciertos mejoramientos. S. 4 Enero 1845.

Cuando se ejercita el derecho real que el dueño de un foro tiene sobre la finca especialmente hipotecada á la seguridad de la pension foral, es inoportuno, como la razon dicta y como alguna vez ha sucedido, invocar el cumplimiento de la ley 28, tit. VIII, P. 5.^a, que en caso de venta concede el derecho de tanteo al señor del dominio directo, para retraer la cosa censada. S. 19 Setiembre 1862.

El foro, como todo gravámen hipotecario, es por regla general indivisible, y más si la obligacion es mancomunada: por consiguiente, el cánón ó renta que se haya impuesto sobre determinados bienes, puede reclamarse de cualquiera de sus poseedores, quedando á estos en tal caso expedita su accion, para ejercitarla contra los demas obligados al pago (S. 9 Mayo 1861). Pero si en la constitucion del subforo no se ha previsto el caso, de pasar á distintos dueños útiles la finca de que es objeto el subforo, y se ejecuta y continúa el prorrateo de la pension consignada sobre la misma, consintiéndose, y cobrándose las pensiones con esta separacion, este conjunto de actos envuelve un tácito consentimiento y aprobacion de parte de los dueños directos, no sólo del expresado prorrateo, sino de la consiguiente division de la obligacion hipotecaria primitiva; y modificada, como puede hacerse por convenio tácito la indivisibilidad propia de la hipoteca, no es entonces contraria á la ley 28, tit. VIII, P. 5.^a, la division del foro (S. 20 Marzo 1852). Sin embargo, no debe creerse por eso, que el allanamiento al prorrateo de una pension foral, basta por sí solo

para producir una obligacion eficaz, ni ménos para establecer un gravámen perpétuo sobre bienes que no se designan en títulos especiales, ni en virtud de posesion, como afectos á carga alguna. S. 5 Octubre 1866.

A la manera que ha sucedido respecto de los censos, se han suscitado tambien con relacion á los foros algunas cuestiones, con motivo de las leyes de 1.º de Mayo de 1855, y de 27 de Febrero de 1856, que mandaron vender los bienes del clero, y del Real decreto de 23 de Setiembre del mismo año, que dejó en suspenso su venta hasta nueva resolucion. La citada ley de 1855, despues de declarar en estado de venta todos los censos y foros pertenecientes al clero, concedió un plazo, que despues se prorogó, para que los censatarios y foreros pudieran redimirlos; previniendo ademas, que concluido dicho término, se procederia á la venta de los mismos. Consiguiente á estas disposiciones, algunos foreros redimieron los foros, sin participacion de los otros obligados igualmente al pago de las pensiones; y subrogados aquellos de este modo en lugar de los foristas ó bien del Estado, á quien se adjudicaron estos derechos, pretendieron que dichos foreros les contribuyesen con el pago de sus respectivas pensiones. Pero estos, por el contrario, suponian que la redencion debia alcanzar á ellos mismos, y que cumplieran con satisfacer al que la realizó la prorata del capital abonado al Estado para verificarla. Tal es la cuestion que alguna vez se ha suscitado, muy análoga á la que expusimos en el capítulo anterior con referencia á la redencion de los censos. La primera vez que vino al Tribunal Supremo un recurso de casacion sobre una controversia de esta clase, sostenida entre los llevadores de un foro que habian ejecutado una redencion, y otros compañeros suyos que pretendieron aprovecharse de ella, aunque obtuvieron los segundos y recurrieron los primeros, no llegó á sentarse ninguna doctrina importante, pues únicamente se declaró, que por haberse admitido á los recurrentes á participar de los beneficios de la redencion de los foros, hecha por sus conforeros, no se invocaba oportunamente la ley 3.ª, tit. XIV, P. 5.ª, que trata de cómo debe hacerse «la paga ó el quitamiento é á quién» (S. 13 Abril 1861). Pero con motivo de otra cuestion

análoga se decidió (S. 10 Mayo 1861), que la redencion de unos foros, hecha por un forero en su propia representacion y con poderes de otro, no da á aquel más derechos, que los que le correspondan en participacion con sus mandantes; y que verificada la redencion, aunque lo haya sido por medio de mandatario, queda consolidado en los foreros el dominio directo con el útil, y extinguida la obligacion de satisfacer las pensiones forales, sin perjuicio de la responsabilidad de los mismos foreros por el mandato á favor del mandatario, exigible en su caso por la accion contraria.

Esta doctrina, como se ve, es sólo aplicable al caso en que la redencion se hace por uno de los foreros, con anuencia y encargo ó mandato de los demas; pero ha habido otra cuestion más complicada, sobre si verificándose la redencion por uno ó más de aquellos, por sí solos, y sin obrar por comision de los demas compañeros, tendrán estos derecho á participar de los beneficios de la redencion. Parecia resuelta esta cuestion por el art. 6.º de ley de 27 de Febrero de 1856, que previno, que en el caso de que un capital de censo (y lo mismo debe entenderse de foro segun el art. 1.º de la misma) se hubiera redimido en totalidad con arreglo á las prescripciones de la citada ley de 1855 y sus aclaratorias, por alguno de los partícipes de la propiedad afecta, ó por la persona que haga cabeza, pudiera cualquiera de los otros contribuirle con la prorata que le tocara, dentro del término concedido para la redencion en dicha ley, gozando de sus beneficios. Pero sin embargo, no bastó esta disposicion legal, ni evitó que hubiese un recurso de casacion sobre el punto resuelto en dicho artículo; hasta que al decidirse vino á declararse, que dicha ley de 1856 fué la que por primera vez concedió á los copartícipes el que pudiese cada cual redimir su parte de capital; disposicion que se hizo extensiva al caso en que alguno de ellos hubiese redimido en totalidad el mismo censo; pero con la circunstancia, de que el aspirante á la redencion parcial, habia de «contribuirle con la prorata de lo que le tocara, dentro del término concedido para la redencion,» no pudiendo servir de excusa contra el trascurso de este plazo el citado real decreto de 23 de Setiembre de 1856, que dejó en suspenso la venta de bienes del clero, ni tampoco la

ignorancia acerca de si alguno de los partícipes había solicitado ú obtenido la redencion del censo en su totalidad. En consecuencia de este razonamiento se anuló la sentencia sometida al recurso, como contraria al citado art. 6.º de la mencionada ley de 27 de Febrero de 1856, porque había admitido á un forero á participar de la redencion, cuando la había reclamado fuera del término legal (S. 29 Octubre 1864). Hemos expuesto esta doctrina con referencia á los foros, porque el fallo que acabamos de citar resuelve una cuestion relativa á esta clase de imposiciones; pero debe entenderse extensiva á toda clase de censos y gravámenes análogos, porque alcanzan á todos ellos las prescripciones tanto de la ley de 1.º de Mayo de 1855 como la de 27 de Febrero de 1856.

Como el foro tiene tanta semejanza con el enfiteúsis, sucede como respecto de este, que las condiciones y obligaciones que se estipulan en la constitucion de aquel, entre el que da los bienes y el que los recibe, se extinguen cuando se consolida el dominio directo y el útil en una misma persona; y nunca pueden los colonos ser reputados como dueños de los bienes de esta clase que llevan en arrendamiento. S. 13 Mayo 1868.

Réstanos todavía ocuparnos de otra cuestion de más gravedad, que aunque resuelta tambien en dos ocasiones, lo ha sido en sentido contradictorio; siendo tanto más sensible la falta de uniformidad en la doctrina, cuanto que se refiere á la cualidad más esencial de los foros, esto es, á su naturaleza temporal ó perpétua, y por consiguiente á la cesacion de los foreros en el goce de la especie de dominio útil que disfrutaban en los bienes aforados, ó bien á su continuacion ilimitada mientras satisfagan puntualmente las pensiones.

Es una verdad innegable que el sistema de dar las tierras y heredades á foro, ha producido en las provincias donde esta costumbre se conoce, incalculables beneficios, pues por medio de ella se ha desarrollado prodigiosamente lo agricultura, haciendo fértiles y productivos, campos ántes yermos y eriales, y aumentando considerablemente la riqueza pública. En efecto, los poseedores de terrenos dados á foro proporcionaban estos beneficios, in-

virtiendo años de trabajos y capitales de inmensa cuantía en un suelo erial y casi improductivo; y al terminar los plazos señalados en los contratos, que solian ser la vida de tres reyes y veinte y nueve años, ú otros más extensos, se hacia, como era natural, durísimo al forero ó enfitéuta, haber de devolver al sucesor del antiguo dueño una finca que habia adquirido de sus padres ú obtenido por compra, é invertido en ella costosos sacrificios. El señor encontraba tambien por su parte obstáculos muy graves para recuperar su pleno dominio, por la necesidad de abonar al cultivador las mejoras, y aun por la dificultad de valuarlas con exactitud, despues de ciento y más años corridos desde el anterior contrato; y por esta razon se fué haciendo cada vez más difícil la reversion de las fincas al dominio directo, hasta que por último el trascurso de los siglos, la tolerancia de los dueños y las exigencias de los foreros, llegaron á convertir de hecho esta especie de concesiones temporales, en daciones perpétuas, y á reputarse como irredimibles las pensiones, y como irrevocable la adquisicion en favor de los tenedores del suelo.

Este punto, que ha sido de grave dificultad, porque afecta á los intereses de casi todos los moradores de Galicia y de una gran parte de los de Astúrias, ocasionaba complicadísimos litigios, en que nunca se llegaba á establecer una jurisprudencia constante y comun. Las providencias que algunas veces dictaban las audiencias de aquellos territorios, desposeian á multitud de labradores, que se veian privados de las tierras que consideraban como propias, para devolverlas á sus dueños, que exigian la renovacion de los contratos, por haber finalizado el término señalado en ellos; y por el contrario, las ejecutorias dictadas en favor de los colonos, desposeian á los dueños, del dominio que se habian reservado para despues de terminar el foro; y ya unos, ya otros acudian frecuentemente al antiguo Consejo de Castilla, que siguiendo la costumbre de aquellos tiempos, formó un expediente voluminoso, con el fin de ilustrar tan grave cuestion, y de dar una resolucion general. Pero á pesar de toda la instruccion que tuvo al asunto, y de los luminosos papeles en derecho que se escribieron entónces por unos y otros contendientes, el Consejo hubo de arredrar-

se á la vista de la trascendencia de una resolucion definitiva en la suerte de millares de familias; y se limitó á proveer en una acordada de 10 de Mayo de 1763 ¹, que la audiencia de Galicia no diera curso á demandas de los dueños directos sobre renovacion de los contratos, hasta que definitivamente se resolviese la cuestion de la perpetuidad ó limitacion de los foros. Hemos hecho esta breve reseña de los antecedentes de dicha Real provision, que original tuvimos hace años á la vista con el expediente que la motivó, para que pueda comprenderse la importancia de la cuestion que sobre este punto se ha elevado hasta el Tribunal Supremo, y la trascendencia de las dos decisiones que acerca de ella han recaído.

En 1782 el abad de la iglesia colegial de un pueblo de Asturias, dió en foro vitalicio á varios vecinos del mismo, ciertos terrenos por una renta anual en granos; y habiéndose extinguido dicha colegiata y erigidose la iglesia en parroquia, pasaron sus bienes al patrono de la misma, el cual propuso demanda para que se declarase haber concluido, con la muerte de dicho abad, el expresado foro; y se condenara en su consecuencia á los foreros á que le restituyesen y dejasen libres los bienes que llevaban de aquella procedencia, y pudiera el demandante disponer de ellos como dueño. Apoyó esta solicitud, entre otras razones que no son ahora del caso, en que el foro habia quedado terminado con la muerte del expresado abad, puesto que habia sido constituido tan sólo por la vida de éste; y ademas en que su constitucion habia sido posterior á los de que hablaba la citada Real provision, segun la cual no se permitia hacer novedad en ellos hasta la reso-

1 Literalmente decia así: «Librese despacho para que la Real Audiencia del Reyno de Galicia haga suspender y que se suspendan cualesquiera pleytos, demandas y acciones que estén pendientes en aquel territorio y otros cualesquiera del reino sobre foros, sin permitir tengan efecto despojos que se sustenten por los dueños del dominio directo, pagando los demandados y foreros el cánón y pension que actualmente y hasta ahora han satisfecho á los dichos dueños, interin que por S. M. y á consulta del Consejo se resuelva lo que sea de su agrado.»

lucion del expediente general, y por consiguiente no le comprendian sus disposiciones. Como era natural, los demandados se opusieron á esta pretension, exponiendo entre otros fundamentos, que con arreglo á la citada Real cédula de 10 de Mayo de 1763, y á otra de 28 de Junio de 1768, no se podia privar á los foreros del dominio útil de dichos bienes, mientras no recayese resolucion en la materia: que no importaba que dichas disposiciones fuesen anteriores en fecha al foro de que se trataba, porque no sólo comprendieron los existentes entónces, sino tambien los que con igual calidad de temporales se constituyeran, pues su objeto fué uniformarlos, segun se desprendia de las disposiciones que citaron; y por último, que el art. 6.º del decreto de las Córtes, ó ley de 8 de Junio de 1813 habia prevenido, que los arrendamientos por tiempo indeterminado duraran á voluntad de las partes; pero sin entenderse que esta disposicion hacia novedad alguna en la actual constitucion de los foros de Astúrias y Galicia y demas provincias que estuvieran en igual caso. Con estos antecedentes, fueron absueltos, como era justo, los demandados, en primera y segunda instancia; y venido el litigio en casacion al Tribunal Supremo, declaró éste no haber lugar al recurso (S. 30 Octubre 1863) por las siguientes consideraciones, entre otras, á saber: 1.ª, que las citadas Reales cédulas de 1763 y 1768 mandaron la suspension de cualesquiera pleitos, demandas y acciones sobre foros, sin hacer novedad en los temporales del reino de Galicia y Principado de Astúrias, interin se resolvia lo conveniente; 2.ª, que la circunstancia de haberse celebrado un contrato de foro con posterioridad á dichas Reales disposiciones, no excluia el que estuviese comprendido en ellas, como lo estaria cualquier foro que en el dia se estableciese; y 3.ª que la ley 24, tit. XV, lib. X, N. R., que trata de la redencion de los censos, y la de 8 de Junio de 1813 ya citada, al exceptuar de sus disposiciones los foros, habian reconocido el estado legal creado por las mencionadas Reales cédulas de 1763 y 1768.

Parecia que despues de una decision tan terminante, y de haberse consignado en su apoyo unos razonamientos tan incontes-
tables, no volveria á promoverse la misma cuestion, y se tendrian

por firmes é incontrovertibles las doctrinas que envuelven. Pero no ha sucedido así, pues todavía se ha reproducido aquella en otro litigio, que no podemos dejar de mencionar. El poseedor de cierto mayorazgo dió á foro en el año 1827 unos bienes por determinado cánón, y el sucesor de la vinculacion entabló demanda en 1863, para que se condenara á los tenedores de ellos á que los restituyeran. Fundóse el demandante en que habian sido vinculados dichos bienes, y como tales no pudieron ser dados en foro; á lo cual contestó el demandado exponiendo entre otras razones, que los bienes amayorazgados podian aforarse, porque el foro no era una enagenacion, sino á manera de arrendamiento por largo tiempo; y ademas y principalmente, porque la citada Real provision de 10 de Mayo de 1763 dejaba en suspenso los despojos de los bienes aforados, hasta nueva resolucion, y estaba prohibida la redencion de los foros, por la citada ley 24, tit. XV, lib. X, N. R. En vista de unos y otros fundamentos, decidióse en primera y segunda instancia el litigio, declarándose nulo el contrato de constitucion del foro; y traido por casacion al Tribunal Supremo, se fundó el recurso entre otros motivos, en la infraccion de dicha Real cédula de 1763, y de la ley de 8 de Junio de 1815. Pero á pesar de las consideraciones que se habian emitido en el citado fallo de 30 de Octubre de 1863, se declaró no haber lugar al recurso, porque esta última ley no era aplicable á la cuestion, y ademas porque no constaba ni oficial, ni judicialmente la existencia de la citada Real provision de 1763, ni su uso y aplicacion como fuero especial del territorio de Galicia. S. 4 Junio 1866.

No podemos ocultar la sorpresa que nos causó ver este fallo, cuando lo comparábamos con el ya mencionado de 1863. Que se anulara la constitucion del foro, por haber sido de mayorazgo los bienes en que estaba constituido, no lo habiéramos extrañado; pero que se fundara la declaracion de improcedencia del recurso, en no ser aplicable la ley de 1815, que expresamente dispuso no se hiciese novedad en los foros de Galicia y Astúrias, y en que no constaba judicial ni oficialmente la citada real provision de 1763, á la cual dió todo el valor que merecia la anterior sentencia de casacion, confesamos ingénuamente que no concebimos cómo ha

podido hacerse, emanando este último fallo, lo mismo que el anterior, de un tribunal tan ilustrado y respetable. Aun más de extrañar es todavía, si se reflexiona que la real cédula de 26 de Mayo de 1770 inserta en la ley 3.^a, tt. X, lib. X, N. R., al proteger el derecho de propiedad de los dueños de tierras, contra las exigencias de los colonos, á los cuales se les negó todo derecho á ser mantenidos en el disfrute de ellas, más que lo que durase el tiempo estipulado en los arrendamientos, añadió, que no se comprendían «en esta providencia los foros del reino de Galicia, sobre los cuales se debe esperar la real resolucion.»

Son, pues, ambas sentencias diametralmente contrarias en su decision y en sus fundamentos; mas, sin embargo, no por eso creemos que puedan dejar de tener mayor fuerza las doctrinas emitidas en la primera, por estar apoyadas en leyes tan terminantes como son la citada real provision de 1763 y el decreto ley de las Córtes, de 8 de Junio de 1813. Que esta provision existe original en el archivo del extinguido Consejo de Castilla, es tan evidente, como que repetimos, la hemos visto más de una vez, y la tuvo muy presente para sus trabajos la comision que formó el proyecto de Código civil, á la cual tuvimos el honor de pertenecer; y que por sus prescripciones se rige la audiencia del territorio de Galicia, no puede ponerse en duda, y ménos cuando su precepto se ve aplicado en el citado fallo de 30 de Octubre de 1863 ¹.

¹ En la excelente Memoria, que tan popular se ha hecho, escrita por D. Fermin Caballero sobre la *Poblacion rural*, al hablar de los foros de Galicia, y exponer la dura condicion de los que cultivan la tierra con esta carga, se hace tambien referencia á la expresada Real provision, aunque de un modo con el cual no podemos estar conformes. Dice que «contribuyó á empeorar la situacion (de los colonos) la pragmática de Cárlos III, mandando no se hiciese novedad en los foros hasta nueva resolucion, que aun no ha llegado á darse;» y se añade: «No cabe duda que la máxima de *nada se innove* es eminentemente conservadora; pero á su amparo, como al de todos los axiomas absolutos, se han cometido enormes injusticias, dejando de hacer la razon: es un expediente fácil, que rehuendo las dificultades, las agrava.» Si lo que con estas palabras se censura es que no haya llegado

Creemos, sin embargo, que en casos de igual naturaleza seria muy conveniente á los foreros ó colonos, demandados por los foristas ó dueños del dominio directo para la recuperacion de las tierras y heredades dadas en foro, que presentaran en juicio una certificacion de la citada Real provision ó cédula, que obra en el expediente custodiado en el archivo del extinguido Consejo de Castilla, y que existirá igualmente en los de las audiencias de la Coruña y Oviedo, para evitar todo motivo de duda, semejante á la que se indica en el citado fallo de 4 de Junio de 1866. Con

á tomarse ninguna determinacion despues de haber corrido más de un siglo, estamos conformes con las apreciaciones de tan esclarecido escritor, pero la resolucion tomada por Cárlos III no puede con razon censurarse; porque ella no hizo más que mandar suspender los despojos que los señores del dominio directo pretendian hacer de las tierras que los foreros estaban cultivando pacíficamente, pagando el foro y habiendo hecho en ellas tan costosos sacrificios. Añade el mismo defensor de los colonos, que «los foristas pueden sostener que para ellos no se han extinguido los mayorazgos, porque el foro vincula perpétuamente sobre las tierras la pension anual, haciendo imposible hasta la esperanza de que algun dia sean alodiales;» y añade muy doctamente que «hace largo tiempo que las personas entendidas, conocedoras del mal, y celosas de la prosperidad de aquellos paises, vienen clamando porque se ponga el oportuno remedio.» En efecto, urgente es este para evitar los muchos males que en el dia ocasionan los foros, de la manera que se hallan constituidos; pero en nuestro concepto seria muy fácil dicho remedio, sin más que erigir en ley el art. 1563 del proyecto de Código civil, que con sábias y muy acertadas disposiciones concilia todos los intereses, bajo la base de que los foros y subforos constituidos hasta ahora, se puedan redimir por los terratenientes, pagando el capital de la imposicion, y si este no fuere conocido, abonando por capital, laudemio, luismo y cualesquiera otros derechos dominicales, la cantidad que resulte, computada la pension al respecto de 33 y un tercio al millar, ó sea al 3 por 100. ¡Cuánto bien se haria á la nacion, si esta parte del proyecto de Código, como otras muchas disposiciones de urgente y fácil aplicacion, se convirtieran desde luego en ley; sin perjuicio de aplazar, aunque no indefinidamente, las que se refieren á sucesiones y legítimas, que son las que verdadera dificultad ofrecen, atandidos los diversos derechos emanados de las legislaciones forales! Pero por desgracia parece que a un estamos muy distantes de este positivo beneficio.

dicho documento á la vista, y recordando la sentencia referida de 30 de Octubre de 1863, es de esperar que sea confirmada la doctrina, á nuestro ver incontestable, que sanciona la perpetuidad en la posesion de las fincas dadas á foro.

Diremos, finalmente, para terminar este capitulo, en favor de los derechos de los poseedores de bienes raices dados de este modo, que las disposiciones dictadas á consecuencia de la desamortizacion, declarando el derecho de los patronos, no constituyen en favor de estos propiedad para reclamar el dominio útil de los bienes que fueron eclesiásticos, poseidos de antiguo por un tercero; y que la posesion judicial y la entrega de ellos no constituyen tampoco título de propiedad en favor del que obtuvo aquella, para poder reclamar en su virtud el mismo dominio. S. 30 Octubre 1863.

CAPÍTULO V.

Del contrato de rabassa morta, ó sea, á raiz muerta ó de primeras cepas.

La cesion de una tierra por lo comun inculta, para que el cesionario la cultive, haga en ella plantaciones y la fertilice, con derecho á disfrutar sus productos por espacio de largo tiempo, que suele ser mientras existan las primeras cepas plantadas, es un contrato muy comun en Cataluña; por medio del cual el dueño del terreno suspende el ejercicio de su propiedad, y el colono ejerce en aquel una especie de dominio útil. Por eso hemos creido conveniente tratar de esta materia en el presente capitulo, en vez de dejarla para cuando nos ocupemos más directamente de los contratos.

Pocas deben ser las cuestiones promovidas sobre esta clase de *establecimientos*, como les llaman en los países donde se conocen, cuando son muy contados los recursos de casacion que acerca de ellos se han sometido al supremo fallo del primer Tribunal; pero sin embargo, las doctrinas que con motivo de dichos recursos se han consignado, no dejan de ser de bastante impor-

tancia, porque resuelven puntos de mucha trascendencia, como son el tiempo á que alcanza la duracion de esta clase de contratos, y si los que por virtud de él poseen el dominio útil de una tierra, pueden llegar á adquirir la plena propiedad de la misma por medio de la prescripcion.

Sobre lo primero se ha declarado de un modo que no puede ya quedar ninguna duda, que conforme á la jurisprudencia establecida por la audiencia de Barcelona y á la costumbre observada en Cataluña, los establecimientos de tierras conocidos con los nombres expresados en el epigrafe de este capítulo, se reputan caducados á los cincuenta años de su otorgamiento (S. 5 Diciembre 1863). Por consiguiente, el tenedor de la tierra no es más que un usufructuario, y cuando en el contrato no se ha estipulado expresamente la duracion de él por más ó ménos tiempo, es ya sabido, que al cumplirse los cincuenta años, puede el antiguo dueño de la tierra ó su sucesor, reclamarla y recuperar su absoluto dominio. S. 10 Noviembre 1868.

Y en cuanto á la segunda cuestion indicada, despues de haberse confirmado, como dijimos al tratar de la prescripcion, la doctrina expuesta, y admitida por la jurisprudencia en Cataluña, segun la cual el dueño de tierras dadas en establecimiento á *rabassa morta*, puede recobrarlas, pasados los cincuenta años en que se estima la duracion de este contrato (S. 9 Mayo 1865); se ha declarado, que el que se halla en la tenencia de estas mismas tierras, puede adquirir por prescripcion su dominio, si despues de aquel período ha sucedido en ellas por herencia, poseyéndolas como libres por el tiempo no interrumpido de más de treinta años, que es segun el *usatge Omnes causæ*, tit. II, lib. VII, volumen I de las Constituciones de Cataluña, por el que se prescriben las cosas y se extinguen todas las acciones.

Estas son las únicas pero importantes doctrinas que podemos mencionar sobre las dos cuestiones indicadas, que tanto afectan á la propiedad de una gran parte de aquel territorio.

CAPÍTULO VI.

De la hipoteca y su registro.

Entre los gravámenes que, según dijimos al principio de este título, limitan y coartan el ejercicio del dominio, no puede dejar de contarse la hipoteca, la cual, ya sea legal ó tácita, ya expresa, afecta de un modo directo á los bienes raíces sobre que se halle constituida. Por eso hemos creído propio de este lugar exponer las doctrinas que á ella se refieren, y lo haremos, tratando: 1.º, de la hipoteca tácita ó legal; 2.º, de la expresa ó escrita; 3.º, de su extension y preferencia; y 4.º, de su registro.

Es un principio de derecho, que la responsabilidad de la hipoteca pesa siempre sobre los bienes afectos á ella, cualquiera que sea su poseedor (S. 17 Setiembre 1860); aunque se hubieren enagenado y se hallen en poder de otro, que no sea el que personalmente contrajera la obligacion que garantiza. Despues veremos de qué modo debe hacerse aplicacion de este principio; y limitándonos ahora á la hipoteca tácita, recordaremos, que si bien es indudable que la establecen las leyes 24, 28 y 31, tit. XIII, P. 5.^a en favor de los créditos procedentes de dinero prestado para la construccion de casas y otros edificios; estas mismas leyes exigen como circunstancia indispensable para que produzca todos sus efectos, que el dinero se haya invertido realmente en dicho objeto: por consiguiente, no probándose este hecho á juicio del Tribunal sentenciador, no debe darse al crédito de que se trate la preferencia que en otro caso le corresponderia como hipotecario. S. 12 Setiembre 1862.

Respecto de esta misma clase de créditos refaccionarios, que afectan en virtud de hipoteca tácita á la finca en cuyo beneficio se han contraído, conviene tener presente, que al establecer la ley hipotecaria en los números 1.º al 5.º del art. 42 las anotaciones preventivas, que tienen por objeto asegurar las consecuencias de un juicio, designa de una manera explícita las personas á quienes concede la facultad de pedir esta clase de anotacion, y entre ellas

comprende el núm. 1.º al que judicialmente demanda la declaracion ó modificacion de cualquier derecho real: por consecuencia, se encuentra en este caso el acreedor refaccionario, que reclama en juicio el importe de las obras que han sido objeto de la refaccion; pero la disposicion especial que respecto á esta clase de acreedores consigna el núm. 7.º del mismo artículo, no se refiere como las de los números anteriores, á la anotacion preventiva que puede tener lugar durante el curso de un litigio, sino á las que tienen por objeto asegurar un derecho real no litigioso, que por circunstancias transitorias no ha llegado á ser inscrito; y por consiguiente es inaplicable cuando existe ya pleito pendiente. S. 2 Julio 1868.

Acerca de esta misma clase de créditos, es oportuno tener en consideracion, que al establecer las leyes 26 y 28 de los citados título y Partida, que el acreedor refaccionario tenga hipoteca legal en la cosa construida ó reparada, nada dicen acerca de la manera en que ha de hacerse constar el contrato, ni requieren que cuando se consigne éste en documento, se exprese en él el objeto del crédito; pues sólo exigen que se haya recibido la cantidad para hacer la obra, y que en ella se invierta. S. 1.º Diciembre 1868.

Por último, un crédito es siempre refaccionario, independientemente de otra consideracion, cuando los materiales de que procede se han suministrado para la construccion de un camino, y se han empleado en él; y en este caso no puede dejar de ser hipotecario, pues si bien el art. 1115 del Código de comercio dispone, que la prelacion de los acreedores con privilegio de hipoteca, se gradúe por la fecha de cada uno, exceptuando entre otros créditos los refaccionarios que no procedan de operaciones mercantiles, respecto á los cuales se ha de estar á lo que previene el derecho comun; esto demuestra lo que ya se ha indicado ántes, que dichos créditos refaccionarios son siempre y por su naturaleza hipotecarios, aunque su origen sea mercantil. S. 15 Diciembre 1868.

Tanto los bienes dotales como los esponsalicios y cualesquiera otros parafernales, cuya administracion esté á cargo del marido, se hallan afianzados con la hipoteca legal en los de éste, así presentes como futuros, y en el caso de enagenarlos, llevan inherente

el gravámen, pudiendo la mujer perseguirlos del que los adquirió (S. 31 Diciembre 1864), aunque se hayan vendido con consentimiento de ambos consortes, si el precio de ellos ha entrado en poder del marido; pero, como la razon dicta, debe sacarse primero su importe de los gananciales, si los hubiere, y despues del patrimonio de aquel (S. 22 Octubre 1857); y no habiéndolo, es entónces responsable el tercer poseedor que haya adquirido los bienes enagenados (dicha S. 31 Diciembre 1864). Este privilegio de la mujer, consignado como ya dijimos al hablar de los parafemales, en la ley 17, tit. XI, P. 4.^a, existe desde que hayan entrado en poder de su consorte; pero es necesario, como tambien á su tiempo dijimos, que la entrega de ellos conste de un modo fehaciente. S. 24 Setiembre 1861.

Alguna vez se ha querido dar tanta extension á la hipoteca tácita, que se ha pretendido alcance hasta gravar los bienes del que está obligado á responsabilidades provenientes de delito, en favor de la persona por él perjudicada; pero la jurisprudencia no ha admitido esta doctrina, por no estar fundada en ninguna razon legal; y por el contrario ha declarado (S. 4 Mayo 1866), que si bien al cometerse un delito contrae el delincuente la responsabilidad de indemnizar al perjudicado todo el daño que hubiere sufrido, no se constituye hipoteca legal sobre sus bienes, ni procede la interdiccion de disponer de ellos; y que por lo tanto son válidos los contratos que acerca de los mismos se hubieren celebrado con persona á quien no se imputa connivencia, complicidad ó concierto en fraude de legítimos acreedores.

Estas son las pocas doctrinas que podemos mencionar acerca de hipoteca tácita. Veamos ahora las que se refieren á la expresa. Es un principio inconcuso, que no puede constituirse el que no es dueño de la cosa sobre que se establece, como sucede con todos los gravámenes que limitan el libre ejercicio de la propiedad. Por consiguiente, el heredero que no tiene pleno dominio en la parte de bienes separados de la masa comun de la herencia, y dejados proindiviso de comun acuerdo para pago de las deudas hereditarias, no puede hipotecar válidamente la parte alicuota á él correspondiente de dichos bienes, por no ser verdadero dueño de

ellos (S. 10 Setiembre 1863). Tampoco puede el que compra una finca y no la ha pagado, constituir hipoteca sobre ella, mientras no satisfaga la totalidad de su precio (S. 27 Marzo 1858). Sin embargo, al empeñarse una cosa ajena, cuando se tiene esperanza de que sea propia, «finca empeñada desde el momento en que el que la empeñó gana el señorío de ella,» con arreglo á la ley 7.^a, tit. XIII, P. 3.^a S. 6 Febrero 1863.

Suele para mayor seguridad de una hipoteca, establecerse al constituirla, el pacto de no gravarla con ninguna otra obligacion de esta clase; y entónces, como esta condicion no es opuesta á la ley, y es nulo cualquier nuevo gravámen que se imponga sobre la misma casa hipotecada, no puede tener efecto la imposicion de una segunda hipoteca que afecte á aquella. S. 6 Febrero 1863). Pero en este caso, y siempre que se vende una finca con la sola condicion de no poderse gravar, ni hipotecar, no por eso debe entenderse que tampoco se pueda enagenar, si se hace con el mismo gravámen. Así es, que la garantía que en la finca vendida tiene el vendedor para hacer efectivo el precio, cuando está especialmente hipotecada á la seguridad de su pago, subsiste en la venta que de la misma finca hiciere el comprador á un tercero. Consecuencia de esta doctrina es, que si bien por el art. 950 de la ley de Enjuiciamiento civil está facultado el ejecutante para proceder contra la finca especialmente hipotecada á la seguridad de su crédito, sin necesidad de averiguar si el deudor tiene ó no otros bienes, no puede reputarse aquel infringido, por la sentencia que declara bien suspendidos los procedimientos de apremio, cuando se ha entablado una tercería de dominio, hasta que ésta se decida; y mucho ménos si el tercero ofrece consignar la cantidad reclamada por el acreedor. S. 30 Diciembre 1864.

Suele tambien agregarse á la imposicion de hipoteca, el pacto de que mientras subsista la deuda que la motiva, no pueda enagenarse la finca gravada; y en este caso, con arreglo á la ley 67, tit. V, P. 5.^a, es nula la venta que se ejecute contra esta estipulacion. S. 4 Mayo 1868.

Se ha pretendido alguna vez, equiparar en cierto modo la cobranza de un crédito hipotecario, con el acto de enagenar; que-

riendo deducirse de aquí, que estando prohibida á los tutores y curadores la enagenacion de bienes raices de sus pupilos sin autorizacion especial, por la ley 4.^a, tit. V, P. 5.^a, concordante con el art. 1401 de la de Enjuiciamiento civil, tampoco podrian sin esa misma autorizacion cobrar un crédito de dicha clase, porque su cobranza envolveria la enagenacion de un derecho real; pero en opuesto sentido se ha sentado la recta doctrina (S. 11 Diciembre 1857), de que si bien la citada ley 4.^a y la 8.^a, titulo XIII, P. 5.^a, que establecen las formalidades con que deben venderse y empeñarse dichos bienes, y la 4.^a, tit. XIV de la misma Partida, que prescribe las que se requieren para que el deudor de un menor quede al pagar libre de la deuda, tienden al mismo fin de evitar á los huérfanos todo quebranto en sus intereses; no puede, sin embargo, explicarse esta última ley por las disposiciones de aquellas, pues versan sobre cosas muy opuestas entre sí; siendo preciso para lo primero, esto es, para la enagenacion de bienes, conocimiento de causa y autorizacion especial, y bastando para lo segundo, es decir, para la cobranza de un crédito hipotecario, el otorgamiento general que se hace al tutor ó curador al discernírsele el cargo.

Frecuente es constituirse hipoteca especial para fianza del empeño de ciertos cargos de hacienda pública, ademas de la obligacion general de bienes que se otorga en esta clase de escrituras; y se ha intentado alguna vez dar tanta fuerza á esta última obligacion, que se ha sostenido que por ella todos los bienes, aun los no hipotecados expresamente, se hallan ligados, hasta el punto de no poderse enagenar; pero esta exagerada pretension no ha prevalecido en favor del fisco, pues en ninguna razon puede fundarse la prohibicion de enagenar los que no esten especialmente hipotecados á la responsabilidad expresada. S. 19 Mayo 1865.

La hipoteca produce, como al principio indicamos, una accion mixta para reclamar el cumplimiento de la obligacion que garantiza, contra el mismo que la haya otorgado, y despues contra la cosa hipotecada, aunque esta se halle poseida por una tercera persona; pero el acreedor hipotecario está obligado á demandar al deudor principal, ántes de dirigir su accion contra el tenedor

de la finca hipotecada (S. 9 Junio 1857, y 14 Febrero 1863), el cual no puede ser reconvenido hasta haberse hecho excusion en los bienes del principalmente obligado (S. 10 Noviembre 1864). Este beneficio, concedido al tercer poseedor en la ley 14, tit. XIII, P. 5.^a, no alcanza, sin embargo, al que se constituye en lugar del deudor mismo, haciendo expreso reconocimiento de la hipoteca constituida, y obligándose como el deudor principal (S. 9 Marzo 1859); ni tampoco al que haya adquirido los bienes hipotecados, sustituyéndose en el lugar del deudor mismo. S. 4 Mayo 1868.

Tambien rige dicho beneficio de excusion en Cataluña, por estar consignado en el Derecho romano, *Nov. 4.^a*, tit. IV, cap. 2.^o; pero segun la ley 47 de *Jure Fisci, Dig.*, es preciso para que competa, que la cosa hipotecada se halle en poder de un tercer poseedor, pues si la posee el deudor obligado, el acreedor es árbitro entónces, de hacer uso juntamente de la accion personal contra él, y de la hipotecaria contra la finca que sirve de fianza. S. 9 Diciembre 1865.

Siempre que competa este beneficio de excusion, es como condicion indispensable para acogerse á él, que el título en virtud del cual el tercer poseedor tiene en su poder la cosa hipotecada, sea legitimo y bastante, y que el deudor ó primer obligado tenga bienes con que satisfacer la deuda hipotecaria. S. 1.^o Abril 1862.

Gravísimas cuestiones suelen promoverse en juicio, con especialidad en los concursos de acreedores, sobre la preferencia de los créditos hipotecarios, entre sí, segun que provengan de hipoteca tácita ó expresa, y segun la naturaleza, privilegio y prioridad del crédito que garanticen. En cuestiones de esta naturaleza, cuando se trata de créditos de la mujer casada, por su dote y bienes parafernales, debe tenerse presente todo lo que con relacion á esta materia expusimos en los capítulos 3.^o y 4.^o, seccion 2.^a, tit. II, lib. I; pero ademas conviene recordar las doctrinas, que como emanadas de algunas decisiones dictadas en casacion, pasamos á consignar:

1.^a Cuando uno se confiesa deudor de cierta cantidad, y sin la intervencion del acreedor, se obliga por medio de una escritu-

ra con hipoteca especial, á satisfacerla á plazos, si bien esta confesion de deber puede ser obligatoria para el que la otorgó, en cuanto se reconoce deudor de aquella cantidad, y da derechos á aquel en cuyo favor se constituyó, no sirve ni puede perjudicar á otro acreedor más antiguo, y mucho ménos cuando el deudor, en la situacion en que se encontraba al otorgar dicha escritura, aparecia insolvente: porque conteniendo esta una obligacion bilateral, exige la concurrencia de ambos interesados á su otorgamiento, y por lo mismo en todo lo oneroso comprendido en ella no existe consentimiento expreso ni presunto, que legalmente suponga la aceptacion del que no concurrió á otorgar el contrato; lo cual induce su simulacion, y excluye toda preferencia en favor de dicho crédito hipotecario. S. 22. Noviembre 1862.

2.^a Cuando la mujer casada contrae una obligacion especial en union con su marido, no se ve sin embargo privada de la preferencia que le da la prioridad de su derecho hipotecario en los bienes de aquel, á no ser que conste que tal obligacion se ha otorgado en provecho de la misma mujer. S. 24 Setiembre 1861.

3.^a La accion que nace de una hipoteca expresa, anterior á la formacion de un proceso y al embargo de la cosa hipotecada que no tenia la cualidad de litigiosa, es preferente á la que nace del delito, la cual por su naturaleza es personal: por consiguiente, la sentencia contraria á este principio, infringe la doctrina consignada en las leyes 13, 35 y 38, tit. XIII, P. 5.^a, y 20, título XIV, P. 7.^a S. 4 Mayo 1866.

4.^a El acreedor con hipoteca, aunque de ella se tomase razon en el registro, sobre todos los bienes presentes del deudor, y los que adquiriese en lo sucesivo, sin determinar cuáles sean, no puede perseguirlos contra un tercer poseedor. S. 10 Noviembre 1864.

5.^a El acreedor hipotecario no tiene preferencia sobre las rentas de la finca hipotecada, cuando estas no quedaron hipotecadas especialmente, pues la ley 16, tit. XIII, P. 5.^a, contraida á designar el derecho que gana el que tiene la cosa á peños, en el fruto que nace de ella, habla de los frutos naturales, y por consiguiente no puede tener aplicacion al caso en que sólo se trata del

pago de las rentas. Así se declaró por sentencia de 27 de Marzo de 1863; pero esta doctrina, por muy autorizada que esté con la sancion del poder de donde emana, exige en nuestro concepto alguna confirmacion para que pueda tenerse por incontrovertible.

6.^a El que compra una finca y paga su precio, tiene con arreglo á la ley 50, tit. V, P. 5.^a, un derecho personal contra el vendedor; pero ínterin no le haya sido aquella entregada, este crédito no le da preferencia en daño de otro acreedor, que lo tenga consignado en escritura pública, con hipoteca anterior á la venta de la misma cosa vendida. S. 31 Enero 1864.

7.^a Segun lo que establecen las leyes 25 y 33, tit. XIII, P. 5.^a, el Estado tiene hipoteca legal privilegiada en los bienes de sus deudores para la cobranza de sus créditos, privilegio que no se ha extinguido, ni innovado por la legislacion de comercio, al tratar de la preferencia de créditos; y ántes por el contrario, el párrafo 2.^o, art. 25 del Real decreto de 11 de Junio de 1847 declara, que está vigente la prelación que á los créditos á favor del Estado conceden las leyes, en concurrencia con otros acreedores. S. 6 Noviembre 1867.

Estas son las pocas doctrinas que encontramos acerca de la prioridad de créditos.

Pero ha producido repetidas controversias y decisiones numerosas, la toma de razon de los gravámenes de esta clase en los registros hipotecarios. La ley 13, tit. XIII, P. 5.^a prevenia, que fuese «bastante el otorgamiento de la hipoteca convencional, para que subsistiese el derecho del acreedor á ella» (S. 14 Febrero 1863); mas la legislacion recopilada creó el expresado registro, para que en él se anotasen estos gravámenes, á fin de que hubiese un medio público por donde constaran, y se evitasen los fraudes y estelionatos. No nos incumbe tratar de la forma reglamentaria de estos registros, segun los crearon las antiguas leyes del tit. XVI, lib. X, N. R., ni como los mejoró la legislacion moderna, contenida en las disposiciones publicadas desde 1834, y ampliadas en 23 de Mayo de 1845 y otras muchas posteriores; ni finalmente, es de nuestro propósito el exámen de la nueva legislacion hipotecaria, que los ha regularizado y compendiado en la

ley de 8 de Febrero de 1861, y su reglamento de 21 de Junio del mismo año; porque lo que nos corresponde más directamente, es hacer mencion de los derechos que protegen dichas leyes ó que pueden caducar, segun que se observen ó no las formalidades prescritas para la imposicion de todo gravámen hipotecario. Mas, sin embargo, haremos algunas breves indicaciones sobre dicha parte reglamentaria, por lo que tiene relacion con los derechos que se controvertan.

La ley 2.^a de dicho título y libro de la N^{ov}. Recop., ordenaba en una de sus disposiciones, que la guarda y custodia de los registros hipotecarios no sólo hubieran de estar en las casas capitulares, sino á cargo de los ayuntamientos, que tenian obligacion de nombrar para su despacho, personas de su cuenta y riesgo y con las convenientes fianzas, siendo responsables del nombramiento que en otra forma ejecutaran, y debiendo responder los mismos nombrados con las fianzas prestadas, de los perjuicios que originasen. Tal fué sobre este punto la doctrina constante de los tribunales (S. 20 Febrero 1867); de la cual pueden deducirse consecuencias importantes, en los casos en que se trate de registros antiguos defectuosamente hechos, y de la responsabilidad que deba exigirse por perjuicios causados á los particulares. Pero ademas se debe tener presente acerca de esta materia reglamentaria, que el art. 5.^o, ley 5.^a del mismo título y libro, exigia terminantemente, que para ejecutar el registro en los libros de hipotecas, se exhibiera la primera copia de la escritura en que se impusiera el gravámen, excepto cuando por pérdida ó extravío de algun documento antiguo, se sacara otra copia con autorizacion judicial, que era el documento que en este caso debia registrarse, con expresion de esta circunstancia (S. 17 y 23 Setiembre 1864). Diremos tambien sobre la forma del registro, que en el documento de que ha de tomarse razon, deben referirse los bienes raices gravados ó hipotecados, con expresion de los nombres, situacion, cabida y linderos de ellos (S. 10 Noviembre 1864); y que sólo pueden registrarse las escrituras públicas y de ningun modo los documentos ó papeles privados (S. 26 Febrero 1864). Y finalmente, indicaremos, por lo que pueda interesar respecto de documentos an-

tiguos, que aunque en la organizacion del registro se introdujeron importantes modificaciones por el Real decreto ya citado de 25 de Mayo de 1845, quedó, sin embargo, subsistente el deber de inscribir en el oficio de hipotecas, toda imposicion ó redencion de cargas sobre bienes raices, hasta tal punto, que la omision de esta formalidad las hacia ineficaces en juicio (S. 9 Junio 1857). Este principio ha sido siempre el más capital acerca de la imposicion de las hipotecas expresas; así es que en cualquier tiempo en que estas se hayan constituido, ha sido preciso que se tome razon en el registro, de todo gravámen impuesto sobre una finca, siendo éste ineficaz contra un tercero, si no se observa dicho requisito, para el efecto de perseguir la cosa hipotecada, segun lo prescrito en las leyes 1.^a y 3.^a del mismo tit. y lib., N. R.; y son de tal trascendencia las inscripciones que haga el registrador y el documento que en su virtud expida, que segun lo que en ellos conste, queda ó no afecta la finca á las obligaciones de cuyo cumplimiento se trate. Consecuencia de estas doctrinas es, que no puede ser imputable al comprador de una finca, sino al encargado del registro de la propiedad, la omision de la toma de razon de algun gravámen que pese sobre la misma (S. 19 Diciembre 1864); que el tercer poseedor de aquella, esté exento de toda responsabilidad, cuando el gravámen no consta oportunamente registrado (S. 9 Junio 1857; 22 Noviembre 1860, y 10 Noviembre 1864); y que la sentencia que condena al pago de los réditos de un censo al tercer poseedor del inmueble sobre que está constituido, pero de cuyo gravámen no se tomó razon en el registro, es contraria á los principios expuestos (S. citada 22 Noviembre 1860). Consecuencia es tambien de los mismos, que la omision de un registrador en dejar de expresar todos los gravámenes inherentes á una finca, no afecte á la validez del contrato, ni imponga responsabilidad á los interesados que cumplieron con la obligacion de presentar el documento al registro en el término señalado (S. 16 Marzo 1860). Dedúcese igualmente de lo expuesto, que si se toma razon de una escritura de préstamo con hipoteca, pero no de los intereses que el mismo crédito devengue, expresando el registrador que el préstamo se habia contratado sin

interés, en este caso, garantido el tercer poseedor de la cosa hipotecada con la certificacion que en estos términos haya expedido aquel funcionario, no puede serle imputable la responsabilidad en que éste haya incurrido, por omitir en el registro el gravámen de dichos intereses (S. 19 Diciembre 1864). Por último, es resultado de las mismas doctrinas, que la ejecutoria que declara hipotecario un crédito que se ha registrado, no infringe la ley 38, tít. XIII, P. 5.^a, que trata de las razones por que se desata la obligacion del peño, ni tampoco el art. 144 de la Ley hipotecaria, en que se establece, que todo hecho ó convenio que pueda modificar ó destruir la eficacia de una obligacion hipotecaria anterior, no surte efecto contra tercero, como no se haga constar en dicho registro (S. 6 Noviembre 1867). La responsabilidad, pues, del tercer poseedor que adquiere una finca hipotecada, no alcanza más que hasta donde se extienda la anotacion ó inscripcion en el registro.

La toma de razon de un documento, durante la segunda instancia de un litigio, y de consiguiente despues de haberse propuesto la demanda, no basta para que se tengan por cumplidas las prescripciones de la citada ley 3.^a, tít. XVI, lib. X, N. R., á la cual deben estar arreglados todos los documentos posteriores á la misma, para el efecto de perseguir los bienes gravados; ni el requisito esencial del registro puede suplirse por la suposicion de que el comprador, al adquirirlos, tenia conocimiento de los gravámenes que sobre ellos pesaban; ni por último, la circular de 20 de Mayo de 1853, ha modificado, ni mucho ménos derogado, la citada ley 3.^a (S. 21 Marzo 1861). Sin embargo, tomada razon de los documentos en que se funde un derecho, y pagada la multa por morosidad en inscribirlos, queda purgado el vicio de nulidad, que por las disposiciones fiscales se impone á los que carecen de este requisito (S. 6 Noviembre 1866), porque dicha ley, al prohibir que se dé fe á los documentos que carezcan de la inscripcion en el registro, no impidió que pueda subsanarse este defecto. S. 17 Setiembre 1864.

Debemos ahora ocuparnos de los casos en que no es necesaria la formalidad del registro. La omision de él en una escritura de

cesion de fincas en pago de deudas, otorgada en el año de 1826, en nada influye para la validez de lo estipulado en ella, cuando no se trata de perseguir hipoteca alguna, ni de averiguar si las fincas estaban gravadas: ni el art. 396 de la ley hipotecaria puede comprender á una escritura presentada en juicio ántes de la publicacion de la misma ley. S. 5 Mayo 1865.

Indudable es tambien, que cuando no se trata de perseguir hipoteca alguna, ni de discutir sobre el gravámen de las fincas, no pueden reputarse infringidas las citadas leyes del tít. XVI, lib. X, aunque se dé valor por una sentencia á una escritura que no haya sido oportunamente registrada (S. 21 Noviembre 1862 y 29 Setiembre 1865); pues si bien este instrumento público no hace fe en tal caso, para el efecto preciso de perseguir un gravámen determinado, si la tiene en todo lo demas que contenga, con arreglo á la ley 5.^a tantas veces citada. S. 24 Enero 1863.

Como el objeto del registro es hacer pública por medio de él, cualquier carga que afecte especialmente á determinados bienes inmuebles, claro es que cuando se constituya una obligacion general, no es preciso que se llene aquel requisito en el documento en que esta se contraiga. Esta doctrina, tan fundada en la razon, parecia que no podria ser objeto de controversia; pero sin embargo, ha sido preciso que se declare, que segun lo prescrito en la mencionada ley 5.^a, tít. XVI, lib. X, N. R., sólo es precisa la formalidad del registro para los documentos en que se imponga algun gravámen especial y sobre fincas determinadas: que el Real decreto de 25 de Mayo de 1845, por el que se dictaron algunas reglas en el orden fiscal ó de recaudacion del impuesto hipotecario, no comprendió entre los documentos sujetos al registro las sentencias en que se condena á la indemnizacion de perjuicios (S. 1.^o Abril 1862 y 24 Setiembre 1863): que cuando se cede un derecho incierto á bienes indeterminados, no es necesario inscribirlo, y por lo tanto la admision por los tribunales del documento que lo contenga, no infringe el art. 396 de la nueva ley hipotecaria ya citada, ni el 333 del reglamento para su ejecucion, ni tampoco las disposiciones penales de dicho Real decreto de 1845. S. 18 Setiembre 1865.

Dijimos ántes, al tratar de la forma reglamentaria de la inscripcion en el oficio de hipotecas, que debia presentarse siempre al registro la primera copia de la escritura; lo cual prueba, que es preciso que conste siempre el gravámen hipotecario en un documento público; y ahora añadiremos, que las leyes del título y libro citados, que tratan de esta materia, no pueden reputarse infringidas por la omision del registro, cuando el gravámen se impone en convenio privado, sin reducirlo á escritura pública. S. 29 Mayo 1863.

Al establecer el párrafo 3.º, art. 83 de la mencionada Ley hipotecaria, que si procediese la cancelacion de una inscripcion ó anotacion constituida por escritura pública, y no la consintiere aquel á quien perjudique, pueda el otro interesado exigirla por medio de demanda ordinaria, supone necesariamente, que este punto no haya sido objeto de controversia jurídica, porque si ya lo fué, no es aplicable, ni puede por consiguiente utilizarse el citado precepto legal, puesto que ya está decidido lo que se pretende al invocarlo (S. 7 Febrero 1868). Nada nuevo ni de interés se resuelve en este fallo; pero no hemos querido, sin embargo, omitirlo, para que no falte en este capítulo ninguna decision, por insignificante que sea, relativa á la materia que es objeto del mismo.

Diremos finalmente, para terminar este punto, que los artículos 157 y 168 de la citada Ley de hipotecas, son referentes á los actos verificados despues de hallarse aquella en vigor, y que no pueden por tanto aplicarse á los casos anteriores, porque no tienen fuerza retroactiva. Además, prorogados por el Real decreto de 19 de Diciembre de 1865 hasta que se dicte la disposicion legislativa correspondiente, los plazos establecidos para la inscripcion de los títulos y derechos anteriores al 1.º de Enero de 1865, no pueden citarse como infringidos los artículos 347, 350 y 351 de la misma ley, referentes á dicho particular. S. 1.º Diciembre 1868.

Quedan, pues, expuestas las doctrinas que vemos autorizadas acerca de los gravámenes hipotecarios; pero debemos recordar ántes de concluir, la radical innovacion introducida sobre las hipotecas tácitas ó legales, en la citada ley de 8 de Febrero de 1861

y en el reglamento de 21 de Junio del mismo año, ya en favor de la mujer casada, por la dote, arras ó donaciones que constituya el marido, y por los bienes parafernales ó extradotales de aquella, ya en favor de los hijos, por su respectivo patrimonio, legítimas y peculios, ya por último en favor del Estado, de las provincias ó de los pueblos: materias acerca de las cuales no ha fijado aun ninguna doctrina la jurisprudencia del Tribunal Supremo.