

a
 41
 448
 5962

347
 ORT
 bib

Receta.
 Ag. de tonong y ginebre de contrera
 de cidra seis cuartos 6/1^{to}
 tintura digital 10 granos

58
 2 88 - 10 - 26

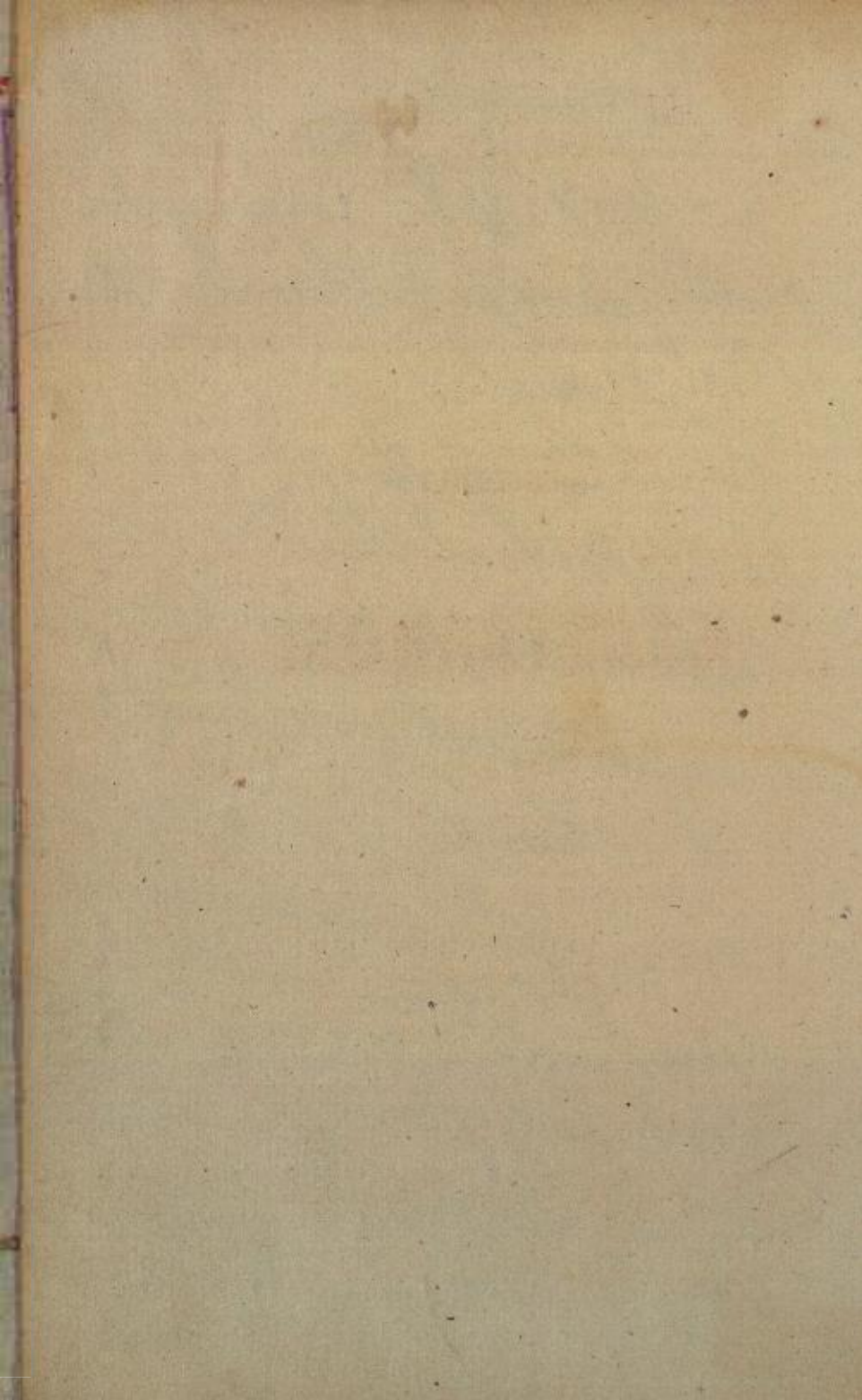
347

ORT

bib

25/3. p. 80) 6 2/3 por día
Se usas ab. 10 d.
30 d. mig. de 10 d. p. a 10 d.
a los 6 m. - p. a 10 d.
al 10 d. p. a 10 d.





BIBLIOTECA

DE

ESCRIBANOS.



El autor y propietario de esta obra tendrá por apócrifos los ejemplares que no lleven su rúbrica, y reclamará el derecho que le dá la ley contra cualquiera que hiciere una reimpresion furtiva.



B-1329

7 8 00

BIBLIOTECA
DE
ESCRIBANOS,

ó

TRATADO GENERAL TEÓRICO-PRÁCTICO

PARA

LA INSTRUCCION DE ESTOS FUNCIONARIOS.

POR

D. MANUEL ORTIZ DE ZUÑIGA.

Tercera edicion aumentada.

TOMO I.

MADRID.

IMPRENTA DE LA VIUDA DE JORDAN É HIJOS.

1844.



BIBLIOTECA

ESCRIBANOS

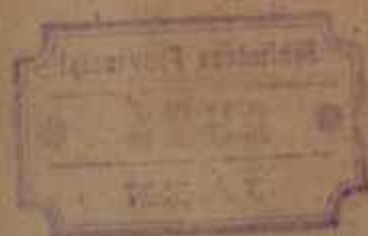
INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES LINGÜÍSTICAS Y LINGÜÍSTICAS

LA INSTITUCIÓN DE ESTOS ESTUDIOS

INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES LINGÜÍSTICAS Y LINGÜÍSTICAS

INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES LINGÜÍSTICAS Y LINGÜÍSTICAS

TOMO I



LIBRERIA

INSTITUTO VENEZOLANO DE INVESTIGACIONES LINGÜÍSTICAS Y LINGÜÍSTICAS

1951

NUESTRAS leyes dieron en otro tiempo mucha importancia á los depositarios de la fé pública, cuyo ministerio interviene en los mas solemnes actos de la vida, é influye en la fortuna, en el bienestar, en el honor, y hasta en la existencia de las personas. Por algunos siglos conservaron los escribanos muy distinguida consideracion en la sociedad, y familias de elevada cuna no se desdeñaban de obtener algun oficio de esta clase, enajenado por la corona en remuneracion de servicios ó de subsidios hechos al Estado. La facilidad de nombrar tenientes ó servidores, la descuidada eleccion de estos, las excesivas enagenaciones de esos mismos oficios en favor de particulares, y sobre todo la indiferencia con que el gobierno miró despues una clase tan influyente en el orden civil, fueron causa de que con el tiempo degenerase aquella, menguára su prestigio, y decayese del ennoblecimiento á que habia sido elevada. Asi es que en nuestro siglo (preciso es confesarlo) se ha hundido en el descrédito esa especie de institucion, que tanto poder ejerce en las transacciones y negocios de la vida, y en la administracion de justicia.

Lo que mas poderosamente ha contribuido á ello ha sido el descuido, y aun el total abandono, en la educacion cientifica de los que aspiran al cargo de escribano. Sin exijírseles los estudios preparatorios, tan necesarios para emprender cualquier carrera, ni la instruccion de las partes de la jurisprudencia teórica y práctica que tienen relacion con su ejercicio; sin obligárseles mas que á acreditar, y no de una manera evidente, una

pasantía, que suele producir solo hombres rutinarios, ciegos imitadores de fórmulas muchas veces absurdas y perjudiciales; sin otro exámen que algunas insignificantes preguntas sobre la práctica de los instrumentos y de la sustanciacion, y sin mas escuela que ese pernicioso y funesto aprendizaje de la curia, mas adecuado para despertar mañosas arterias, que para adquirir ideas exactas de la moral y de la justicia, no es posible, jeneralmente hablando, que una clase respetable por el importante objeto de su instituto, deje de verse humillada, y hasta cierto punto, permítase decirlo, envilecida. Por otra parte, se halla tan mal distribuido el servicio de los escribanos, que se observa en él una completa desorganizacion. Mientras algunos pueblos, no de corto vecindario, carecen de un oficio público donde se consignen los contratos y testamentos de sus habitantes, en otros es tan excesivo el número de dichos funcionarios, que no es posible haya la suficiente dotacion de negocios para todos; y ó han de prostituirse, entregándose á manejos impuros, ó han de vivir en la miseria por no poder reunir ni aun la retribucion necesaria para satisfacer las mas urgentes necesidades.

Si los hombres que han tenido en su mano el gobierno del Estado hubieran reflexionado sobre los graves males que este abandono produce, alguna vez habrian dedicado su celo á mejorar una institucion, que solamente los jenios superficiales miran con indiferencia. «En una reunion social (ha dicho un célebre notario francés) (1) no debe mirarse con descuido ni una sola de las partes que la componen. La facultad del notario, que con todas tiene relacion, y cuya importancia no es tal vez bastante conocida, no puede permanecer olvidada en medio de todas las revisiones que reclama el interés público..... Los escribanos son los majistrados de la jurisprudencia voluntaria. Las partes contratantes comparecen ante ellos con el fin de exponer contradictoriamente sus respectivas pretensiones, y hacer conocer recíprocamente su intencion, para que en seguida consten las convenciones que hubiesen resultado. El notario atiende á las observaciones de cada uno; vé si los pactos acordados están conformes con lo que las leyes prescriben; aconseja á los contratantes, cuyas resoluciones modifica jeneralmente antes de revestirlas de la forma auténtica..... Y no solamente es el majistrado de la jurisprudencia voluntaria: participa ademas

(1) Mr. Cellier, notario de Rouen.

de la administracion de la fortuna de sus clientes , velando sobre la ejecucion de las convenciones que han suscrito , para que no sean estas un manantial de dificultades en lo sucesivo..... En fin , en la mayor parte de las ocasiones el escribano es quien mantiene la igualdad en las herencias , garantizando los intereses y las disposiciones de la ley. El es quien dirige una voluntad debilitada para que sea un objeto de veneracion , y no una memoria odiada como foco de discordia.»

Tal es , jeneralmente hablando , la importancia del cargo que se confia á los depositarios de la fé pública ; y aun puede agregarse la poderosa influencia que ejercen en los actos contenciosos desde el mas insignificante juicio verbal , hasta el mas empenado litijio de una fortuna pingüe ; desde una sumaria correccional , hasta un árduo procedimiento , de cuya resolucion están pendientes el honor , los caudales , y la existencia de las familias.

Por esta razon «es indispensable (como dice el mismo escritor) que el notario esté como el majistrado dotado de un gran talento de observacion : necesita una lójica estensa para deducir de todos los hechos las ilaciones que interesan á sus clientes ; necesita asimismo una dialéctica clara y precisa para dar explicaciones , que al paso que estén al alcance de todas las inteligencias , conduzcan á mostrar los objetos bajo el verdadero punto de vista , destruyendo las pretensiones de la mala fé. A él corresponde tambien mantener la balanza siempre igual sobre la relacion y valor de los hechos. Para esto no basta solamente una grande sagacidad ; es preciso poseer aquel fondo de moralidad , aquella ciencia que constituye al buen majistrado... Añádanse á estas cualidades un conocimiento perfecto de la lejislacion , de la jurisprudencia y del derecho , para poder aplicar las reglas á los casos prácticos que se presentan.»

Si , pues , tales son las cualidades que debieran adornar á los funcionarios de que voy hablando , fácil es deducir cuán necesario es exigir á los que aspiran al ejercicio de esta profesion los estudios necesarios para desempeñarla dignamente. Despues de los primeros rudimentos adquiridos con esmero , y de la indispensable instruccion de la gramática , como medio fiel de expresar con claridad y sin ambigüedades las ideas , deberian aprender la aritmética , la lógica , los principios de sana moral , y por complemento la jurisprudencia teórica y práctica , que tiene relacion con todos los contratos y pactos de la vida , con el otorgamiento de testamentos , y con la sustancia-

cion contenciosa. Porque ¿cómo es posible de otro modo que pueda ejercerse un cargo tan difícil sin las nociones gramaticales, indispensables para escribir con correccion; sin conocimiento de la aritmética para la material division de los bienes; sin saber discurrir y hacer deducciones lógicas; sin estar bien instruidos en las sanas máximas de la rectitud y la moral, y por último, sin entender lo que el derecho tiene establecido acerca de todas las materias que constantemente son objeto de tan estensa profesion? Admira ciertamente que esta se confie con tanto descuido á personas que se creen suficientemente instruidas, sin otras nociones que las adquiridas con la asistencia por algun tiempo al oficio de un escribano. Ni es posible se haga una buena reforma del notariado español, mientras no se exijan á los aspirantes á él las cualidades indispensables para ejercer su cargo con intelijencia y providad. En las universidades, y cuando no, en los pueblos donde hay colejos de abogados ó de escribanos, deberian proporcionarse los estudios teóricos y prácticos necesarios para el acertado ejercicio de esta profesion, y á ninguno debiera ser lícito aspirar á ella sin haber seguido un curso completo de las ciencias, en que conviene estén al menos iniciados.

Y no se crea que basta para acreditar la suficiencia solo esos exámenes que se celebran ante los tribunales superiores, ni otros actos de igual naturaleza, por mas solemnes y ríjidos que sean: son necesarios la asidua y constante asistencia á la explicacion diaria, hecha por doctos maestros; el estudio teórico de las ciencias que tienen relacion con el oficio de escribano; los exámenes anuales verificados en las mismas aulas, con el estímulo de la emulacion, y por último, la comprobacion de capacidad, certificada por los preceptores. El examen de las audiencias por sí solo no basta para tener por instruido al que contesta en él á las preguntas que se le hacen. Muchas personas llenas de instruccion, pero al mismo tiempo de timidez, y que podrian en la soledad dar suficientes muestras de intelijencia y de conocimientos, comprometidas á un examen ante el aspecto respetable é imponente de un tribunal, se ven balbucientes y expuestas á aparecer ineptas para el cargo á que aspiran, con especialidad no habiendo adquirido por medio de la asistencia á las universidades ó á las cátedras públicas el hábito de presentarse con desembarazo á la vista de un concurso grave y numeroso. Y al contrario otras por jenialidad ó por educacion, careciendo de la instruccion necesaria, tienen la mayor soltura, y aparentan sufi-

ciencia, contestando con expedicion á los jueces ó censores de los actos.

La práctica que por sí sola no sirve mas que para una imitación rutinaria, que no enseña las causas y los motivos de lo que se hace, y que expone al riesgo de adquirir resábicos perniciosos y difíciles de desarraigar, podrá ser muy conveniente, despues de haberse cursado los años de enseñanza teórica que forman la base y fundamento de toda instruccion científica. A la manera que al aspirante á la profesion del abogado se le obliga á adiestrarse en la práctica, luego que ha obtenido los conocimientos teóricos; así á los que pretenden ejercer el cargo de escribano ó notario se les debe exigir el ejercicio práctico de instrumentos públicos y de negocios judiciales, cuando hayan aprendido, á lo menos elementalmente, la ciencia que tiene relacion con el oficio que van á desempeñar.

Pero mientras el gobierno no ocupe por algunos momentos su atencion en este ramo interesante de la instruccion pública, y en este elemento auxiliar de la administracion de justicia, urgente es que de algun modo se supla el defecto que hoy se especimenta en la educacion científica de los aspirantes al cargo de que voy hablando (1).

(1) Despues de publicadas las reflexiones que hago arriba, se ha expedido y puesto en ejecucion el real decreto de 13 de abril de 1844, en el cual se determina la enseñanza á que han de sujetarse los que aspiren á obtener el título de escribanos. Por este decreto se han establecido cátedras en todas las capitales donde residen las audiencias, bajo la direccion de abogados nombrados por S. M., y en ellas se enseñan dos años: uno de toda la parte de Derecho Civil español, que tiene relacion con el oficio de escribano; y otro de la Práctica Forense, ó sustanciacion civil y criminal, y otorgamiento de documentos públicos. Para matricularse en estas clases, es necesario haberse examinado de gramática castellana y de aritmética. La enseñanza dura dos años, y al fin de cada uno de ellos se celebran exámenes ante la junta de gobierno del tribunal respectivo. Obtenida la aprobacion es preciso ademas ejercitar la práctica por espacio de un año en el oficio de un escribano de los incorporados en alguno de los colejos de esta clase.

Estos requisitos, que son los que exige el citado decreto para poder entrar en la carrera y obtener una escribanía, no bastan aun para ejercer el cargo de escribano ó notario con entera suficiencia, especialmente en las grandes poblaciones, donde se presentan, especialmente en el registro público, negocios de suma gavedad é importancia y de difícil comprension; pero no puede exigirse mas estudio respecto de los que aspiren á ejercer escribanía en pueblos de orden inferior, y mucho menos cuando tan mal remunerados están en ellos estos funcionarios.

La tendencia de la juventud de nuestro siglo, cualquiera que sea la carrera, profesion ó industria á que se dedique, no le permite ya reducirse á los mezquinos límites de una rutina seguida como por hábito y sin discernimiento: aspira á ejercitar su injenio y su talento: desea aprender con el auxilio de sus facultades mentales mas que con la simple vista, ó con una ciega imitacion de lo que vé hacer, y no se satisface con seguir sin discernimiento las fórmulas que ha encontrado establecidas por los que le han precedido. Necesita, pues, instruirse en las máximas y doctrinas á que ha de arreglar sus actos, aprender á distinguir entre los aciertos y los errores, y llegar á dominar la ciencia á que se dedica para aplicarla despues, no como un autómata, sino como hombre dotado de talento y capaz de reflexion.

Por eso en el dia los jóvenes que se proponen obtener el cargo de notario ó de escribano, desean encontrar tratados científicos que les instruyan; no se contentan con imitar irreflexivamente á sus maestros, ni con copiar sus métodos de redaccion: revuelven voluminosas obras, donde en vano apetecen hallar todas las nociones teóricas y prácticas que necesitan adquirir; y despues de un estudio extenso é indigesto quedan expuestos á continuos errores, y no consiguen la completa instruccion que anhelan.

Desde la *Curia Filípica* de Hevia Bolaños, hasta la filosófica obra de Mr. Cellier, recientemente traducida al español, hallan multitud de volúmenes, en que confundido lo que hay vijente con lo que ya ha caducado, por efecto de las reformas judicial y administrativa, encuentran solo un caos en que se confunden, y del cual no pueden salir quizás ni aun con el auxilio de hábiles profesores. Pruebe sino cualquiera que se proponga instruirse suficientemente para ejercer el cargo de escribano á conseguirlo, estudiando ese mismo libro de Hevia Bolaños, la estensa obra de Febrero, las publicadas por sus muchos y entendidos comentadores, adicionadores y reformadores, y las que han dado á luz los señores Vizcaino, Fando, Alvarado de la Peña y otros varios, que dotados de celo é instruccion, han escrito con el objeto de enseñar á los que aspiran á ejercer dicho cargo.

Por esta razon hace algun tiempo estoy convencido de la necesidad de un tratado, en que comprendan los conocimientos que los escribanos tienen precision de adquirir, tanto para intervenir en la redaccion y autenticidad de los instrumentos pú-

blicos, como para autorizar los actos de los juicios; y aun indiqué en la *Biblioteca Judicial*, hace años publicada, que era necesario escribir una obra especialmente dirigida á dicho objeto.

Ocupado, pues, de esta idea, me he propuesto dar á luz un tratado teórico-práctico, en que se comprendan todas las nociones indispensables á dichos funcionarios, bajo los dos conceptos principales en que ejercen su difícil cargo, es decir, ya como escribanos públicos, con cuya fé intervienen y hacen auténticos todos los instrumentos, ya como actuarios de la sustanciacion contenciosa, tanto criminal como civil. No se crea, sin embargo, que intento escribir una obra orijinal en su clase: son tantas las publicadas sobre esta materia, que no es posible hallar orijinalidad en ninguna que de nuevo se emprenda; y aun es indispensable en muchos casos copiar casi textualmente lo que ya han dicho otros escritores. Lo que sí me he propuesto es, resumir las doctrinas de todos ellos, tanto en la parte teórica, como en la práctica, para formar con método, concision y claridad un curso completo, donde se aprendan á un tiempo las doctrinas de la teoría, y hasta los formularios de la práctica mas material. Me he propuesto ademas, que el jóven aspirante al cargo de escribano, despues de haber adquirido las nociones preparatorias, tan necesarias en cualquier carrera ó facultad, no tenga precision de ocuparse en estudiar otros de los muchos libros que sobre este mismo objeto son tan conocidos en las aulas y en la curia; sino que halle lo bastante en la detenida lectura del que ahora doy á luz; si bien alguna vez haya de recurrir al indispensable auxilio de la voz viva en las materias que ofrezcan alguna oscuridad, y que exijan la explicacion de los inteligentes.

Realizando, pues, este propósito, dividiré mi trabajo en dos grandes partes ó secciones; una la *instrumental*, y otra la *contenciosa*: la primera abrazará la teórica ó los principios y doctrinas legales relativos á la condicion natural y civil de las personas; los efectos y consecuencias que de aquellas se siguen, y la manera de adquirirse y transmitirse el dominio y todos los derechos anejos á él; comprendiendo por consiguiente las nociones sobre esponsales y sobre las consecuencias civiles del matrimonio, la patria potestad, adopcion, legitimacion, tutela, curaduría, dotes, bienes conyugales, contratos de todas clases, disposiciones testamentarias, herencias abintestato, inventarios y particiones. En esta primera parte se contendrá tambien la manera de aplicar á la práctica esas mismas doctrinas de derecho,

con los correspondientes formularios , que sirvan de modelo para la redaccion de todos los instrumentos públicos.

La otra seccion , es decir , la que tiene por objeto el órden contencioso ó judicial , es absolutamente práctica , porque se reduce á enseñar con el laconismo y sencillez que requiere la clase de funcionarios para quienes van dirigidas estas lecciones , la manera de sustanciar los juicios , tanto civiles como criminales , y la material redaccion de las fórmulas mas usuales que la costumbre ha introducido y autorizado.

Por último , debo observar que al publicar ahora esta tercera edicion , y ver la feliz acogida que han tenido las dos anteriores , hubiera deseado poder dedicarme á corregirla esmeradamente , á hacerla mas estensa , y á mejorarla cual lo exige la enseñanza pública , para lo cual está sirviendo de texto ; pero las graves atenciones del cargo que ejerzo me impiden dedicarme á este trabajo tan necesario , que deseo emprender tanto en esta como en las demas de mis obras , redactadas todas con suma precipitacion , y por lo tanto con descuido y desaliño.

PARTE PRIMERA.

Noiones relativas al registro público, y á la formacion y autenticidad de los instrumentos.

TITULO PRELIMINAR.

IDEA GENERAL ACERCA DE LOS ESCRIBANOS Y NOTARIOS.

CAPITULO I.

De los escribanos públicos y de número, notarios reales, y escribanos de cámara.

LA ley de Partida no dá una definicion exacta de esta clase de agentes de justicia, pues dice únicamente que son *homes sabidores de escribir* (1); calificacion incompleta, y que está muy distante de esplicar toda la entidad é importancia de aquellos funcionarios. Escribanos son las personas revestidas de la fé pública por medio de un título real, despachado previos los requisitos que las leyes exigen, para autorizar los contratos é instrumentos, y las actuaciones judiciales. Hay diversas clases de escribanos: unos son reales ó notarios de reinos: otros públicos del número: otros autorizados solo por lo contencioso, ya en las cabezas de partido, ya en los demas pueblos de él; y otros por último, de cámara de las audiencias y del tribunal Supremo de Justicia.

La principal cualidad para ser escribano es la de haber cumpli-

(1) Ley 1, tít. 19, P. 3.

do 25 años de edad (1), circunstancia que nunca se dispensa (2). Además es necesario ser dueño del oficio, si este constituye una propiedad enajenada de la Corona, ó teniente nombrado por persona suficientemente autorizada para ello; y si el oficio no es de los enajenados, obtener el nombramiento de S. M., ó de la persona, ayuntamiento ó corporación á quien esté concedida esta gracia por algun contrato oneroso, por privilegio ó por otro motivo.

Las notarías de reinos no han solido ser enajenadas; pero las escribanías, tanto de juzgados ordinarios como especiales, y de los tribunales superiores, por lo comun han sido segregadas de la Corona, y constituidas en propiedad particular. Sin embargo, en el dia las de los juzgados privativos suprimidos, y las de los tribunales ó de cámara, han dejado de ser de dominio privado: aquellas porque no existen, en virtud de la supresion de los juzgados á que estaban agregadas, y solo conservan los propietarios el dominio sobre el archivo ó depósito de los documentos anteriores á la supresion; las segundas, porque su provision no se hace precisamente en favor de los dueños ó poseedores, ni en atencion al dominio que han ejercido en ellas, sino por la Corona, á propuesta del respectivo tribunal con arreglo á las ordenanzas.

Los escribanos reales ó notarios son, los que obtienen facultad para autorizar en todo el reino los instrumentos públicos y actos judiciales, pero con las restricciones y limitacion que previenen las leyes: esta clase de escribanos no tienen por lo comun oficio público ú archivo, ni su título les autoriza mas que para ejercer su cargo, hallándose ascriptos á alguna escribanía pública ó numeraria, ó á alguna otra de juzgado privativo. Lo comun ha sido en la antigüedad no conferirse el oficio de notario, sino á título de alguna escribanía numeraria ó receptoría, es decir, con la obligacion de haber de servir el agraciado aquella escribanía ó receptoría para la cual estaba asignado. Llegóse, sin embargo, á abusar tanto de la creacion de notarías, que fué preciso, para evitar su excesivo aumento y los males á él consiguientes, prevenir que las personas á quienes se diesen dichas notarías á título de los oficios expresados, solo pudieran usar de ellas, y tener el ejercicio de escribanos de los reinos, mientras estuviesen en cabeza suya, y sirviesen la escribanía ó receptoría, á cuyo título se les hubiese dado la notaría real: que para mayor se-

(1) Ley 2, tít. 13, lib. 7, N. R.

(2) Ley 10, id. id., y art. 3 de la ley de 14 de abril de 1838 sobre gracias al sacar.

guridad en el cumplimiento de esta disposicion, en las escrituras y autos que ante ellos pasasen, hubieran de poner en la inscripcion la circunstancia de ser notario de reinos, espresando la escribania ó receptoria; y que cesando en el servicio de estas, cesasen tambien en el ejercicio de la notaria bajo la pena de privacion de oficio; sin perjuicio, no obstante, de la validez de los instrumentos y actos autorizados por ellos (1). Con igual objeto de restringir la ilimitada creacion de notarias se estableció tambien, que solo pudiesen conferirse estas con título de escribania numeraria en las poblaciones donde residian los correjidores, y no en las demas (2). Y aun mas terminantemente se ha prohibido ahora que se creen notarias, ni se provean las vacantes de esta clase que ocurran, á no ser que correspondan á propiedad particular (3).

En Madrid, y en las capitales donde hay colejo de escribanos, ha sido permitida la creacion de notarios hasta completar el número de que ha constado la corporacion; pero en el dia estas provisiones se hacen del mismo modo que las de las demas escribanias, y segun las reglas siguientes:

Inmediatamente que los ayuntamientos de los pueblos en que se verifique una vacante de escribania numeral ó de notaria de reinos tengan noticia de ello, deben dar cuenta á la audiencia del territorio. Este tribunal, ya por el aviso que reciba del ayuntamiento, ya por cualquiera otro medio que llegue á su noticia, debe abrir el oportuno expediente informativo para declarar si la provision es necesaria, y siéndolo, mandar al ayuntamiento instruir expediente en la forma acostumbrada. Pero si hay algun aspirante á la escribania, y le corresponde por título de propiedad, ó tiene nombramiento de teniente, no debe tratarse de si la provision es ó no necesaria, pues hasta ahora se ha respetado el dominio de estos oficios enajenados de la Corona, y por consiguiente no se puede estorbar la provision; sino se reduce el expediente al exámen de los títulos de pertenencia, y de las cualidades personales del que aspire á servir la escribania en su propio nombre ó como teniente, cuando el dueño tenga facultad de nombrarlo, ó con la calidad de interinamente por la incapacidad legal del propietario (4).

Está prohibido que en el ministerio de Gracia y Justicia se dé

(1) Ley 23, tit. 15, lib. 7, N. R.

(2) Ley 24, tit. 15, lib. 7, N. R.

(3) Real orden de 11 de diciembre de 1843.

(4) Artículos 1 y 6 de la real orden de 12 de mayo de 1837, que pueda verse en el número 1.º del apéndice.

curso á instancia alguna de los aspirantes á escribanías y notarías, pues estos deben acudir directamente á la respectiva audiencia, á no ser que soliciten el título de propiedad solamente, y no el de ejercicio (1).

Los pretendientes, ademas de los títulos de pertenencia, si el oficio es enajenado de la Corona, deben presentar todos los documentos necesarios para acreditar la aptitud legal: estos documentos son los siguientes: 1.º la partida de bautismo en que conste haber cumplido los 25 años (2): 2.º Las certificaciones que acrediten haber estudiado en la respectiva cátedra, y practicado con escribano en los términos prevenidos en el real decreto de 13 de abril de 1844: 3.º por último, han de acompañar tambien una informacion de la edad, vida y costumbres, hecha ante el respectivo juez de primera instancia, con citacion del síndico procurador jeneral (3). Presentados todos estos documentos con la oportuna instancia, toca al tribunal hacer las averiguaciones conducentes para poder informar á S. M. con exactitud sobre todas las cualidades y mérito relativo de los pretendientes. En este caso los jueces de primera instancia deben evacuar sus informes con integridad y rectitud, no solo sobre la aptitud y pericia del aspirante, sino tambien sobre su honradez, buena fama, vida y costumbres; quedando responsables, tanto los mismos jueces como los escribanos, de los daños y perjuicios que estos causaren con el mal uso de su oficio, siempre que se justifique á aquellos haber procedido en sus informes con fraude, omision ó parcialidad (4). Instruido en esta forma el expediente, lo remite la audiencia al gobierno para su resolucion (5).

Si la escribanía que se trata de proveer ha sido enajenada de la Corona, pero se ha revertido á ella por cualquier motivo, ademas de todas las espresadas circunstancias debe el aspirante obtener, por medio de subasta pública, el derecho á su ejercicio, cuyo acto se celebra con los requisitos prevenidos para estos casos en la real órden de 18 de octubre de 1838, que son los siguientes.

Declarado por la audiencia que la provision del oficio es necesaria, se pasa aviso al intendente de la respectiva provincia, á fin de que nombre los peritos que hayan de tasarlo, con presencia de los

(1) Art. 5 de la misma real órden.

(2) Ley 5, tít. 13, lib. 7, N. R.

(3) Nota 7, tít. 13, lib. 7, N. R., y circular del consejo de 19 de enero de 1824.

(4) Ley 8, id. id.

(5) Art. 3 de la misma real órden.

gravámenes á que estuviere afecto, los cuales han de ser de cuenta del rematante.

Ejecutada la tasacion, anuncia la intendencia la subasta, sin admitir postura menor que el precio designado, cuya circunstancia se publica en el anuncio, asi como tambien que no tendrá efecto el remate, interin que el gobierno, oida la audiencia territorial, no declare que el mejor postor reúne en grado preferente las circunstancias necesarias de intilijencia, probidad, adhesion á la justa causa de S. M. Doña Isabel II, y demas indispensables para el buen desempeño de su oficio.

Realizado el remate, se pasa el expediente á la audiencia, la cual lo remite al ministerio de Gracia y Justicia para que disponga la expedicion del real título, y esto se ejecuta luego que se ha hecho la calificacion del aspirante, y que se ha asegurado el pago del remate, por el que reúne en grado preferente las mejores cualidades.

Verificada la calificacion, la cancillería expide aviso á la direccion jeneral de amortizacion para que esta disponga la percepcion del precio del remate, deteniendo la primera la expedicion del título, hasta que se le hace constar por el interesado el pago, ó el otorgamiento de la escritura de fianza, á satisfaccion de la direccion general: esta no percibe derechos algunos, porque todos se abonan al tiempo de la expedicion del título real, único que obtiene el agraciado.

El nombrado para el servicio de la escribanía tiene precision de acreditar á los 60 dias de su eleccion el pago del precio ofrecido en el remate, ó en su defecto, el otorgamiento de la fianza; y si no lo ejecuta, caduca el nombramiento, recayendo este en cualquiera de los demas licitadores, siempre que reúna las circunstancias expresadas, se convenga en abonar el precio en que se haya rematado el oficio, y lo verifique á los 40 dias posteriores al en que se le haga saber la gracia.

Si no pudiese tener efecto la provision de la escribanía vacante en ninguno de los licitadores, por no reunir los requisitos indispensables para su ejercicio, ó á aquellos no les acomodare admitir el oficio bajo las condiciones expresadas, la audiencia dá aviso de ello á la intendencia con devolucion del expediente para que se repita el remate.

Las mismas circunstancias se requieren para obtener alguna escribanía de las que pertenecieron á los maestrazgos de las órdenes militares, y se hallan hoy incorporados á la hacienda pública (1).

(1) Real órden de 26 de octubre de 1839.

Las de los pueblos de la órden de San Juan tambien está prevenido que se provean por S. M., al menos mientras aquella no justifique legalmente que le corresponde dicho nombramiento por título de dominio distinto del de señorío jurisdiccional (1).

Las notarías de reinos están igualmente en el caso que los demas oficios públicos incorporados al estado, mandados subastar para su provision, y por lo tanto se hallan comprendidas en las disposiciones que acabo de mencionar con referencia á la real órden de 9 de octubre de 1838. Pero cuando se adjudica alguna escribanía ó notaría á persona que deje otra vacante, para cuya obtencion haya sufrido desembolsos á favor del erario, deben servirle estos como parte del precio que le corresponda satisfacer por el nuevo remate (2).

Consiguiente á esta innovacion ocurrió duda sobre si deberian continuar los colegios de escribanos, proveyendo las plazas que resulten vacantes en los mismos; y se resolvió en 5 de julio de 1842, que se respeten los derechos adquiridos por los pasantes de notarios matriculados en sus respectivos colegios hasta el 9 de octubre de 1838; y que teniendo solo opcion á las vacantes que ocurran los individuos que se hallen en aquella clase, los colegios de escribanos solo pueden con arreglo á sus ordenanzas nombrar por órden de antigüedad para las plazas que vagen, á los sugetos que tengan derecho á ellas, cuya facultad ha de cesar con el último agraciado de este número; debiéndose proveer en adelante las demas en la forma y bajo las mismas reglas establecidas para todos los oficios públicos.

En otro tiempo se abonaba por los interesados el derecho llamado de *fiat* y servicio extraordinario; mas hoy basta satisfacer el importe del remate vitalicio. Para este efecto se ha fijado el mínimo de la tasacion en 2,760 reales, cantidad equivalente á la que antes se pagaba por dicho *fiat* y servicio, sin perjuicio de poderse aumentar segun la probabilidad de mayores utilidades del oficio por su localidad, poblacion y circunstancias (3).

En cuanto á la censura de los títulos de pertenencia de las escribanías que se hallan aun en la clase de enajenadas por la Corona, no basta, en mi concepto, que los interesados presenten para justificar su dominio la última real cédula de confirmacion, expedida á favor del antecesor en su servicio, ya porque puede dicho documen-

(1) Real órden de 31 de julio de 1839.

(2) Circular de 18 mayo y 19 de setiembre de 1841.

(3) Real órden de 13 de febrero de 1842.

to haberse obtenido con algún defecto, y ya tambien porque esta prueba no es por sí suficiente para acreditar una propiedad que tanto perjudica á las regalías del trono, privándole de la libre eleccion de funcionario que ejerza el oficio público. En apoyo de esta doctrina citaré algunas resoluciones reales, dignas de tenerse presentes. En 24 de junio de 1797, y 3 de setiembre de 1798 se comunicaron órdenes al consejo de hacienda, sobre el modo de proceder á la incorporacion de los oficios enajenados de la Corona; mas por el real decreto de 6 de noviembre de 1799 se mandó que dicho tribunal sobreseyese en la ejecucion de aquellas órdenes, encargándosele que todos los dueños y tenientes presentasen al gobernador del mismo los títulos de pertenencia y ejercicio, para que de plano y sin figura de juicio los examinase, y propusiera á S. M. los que tuviera por lejitimos, á fin de que se despachára á los interesados la real cédula de confirmacion, entregando en las cajas de redencion de vales el importe de la tercera parte en que se estimasen dichos oficios: y que á los que les faltára el título primordial de la egression, se les graduase el servicio correspondiente en la parte ó en el todo de su valor, á proporcion de la mayor ó menor justificacion que presentasen para considerarlos ó no verdaderos dueños.

Hecha esta presentacion de títulos ante el gobernador del consejo de hacienda, ó despues que este cesó, ante la comision gubernativa de la consolidacion de vales, y últimamente desde el 3 de octubre de 1814 ante el presidente del mismo tribunal, duque de Veraguas, á quien se encargó por real orden de dicha fecha, y arreglado y satisfecho el servicio de valimiento, se expidieron las cédulas de confirmacion en favor de los propietarios de dichos oficios: y por consiguiente al tratar estos ahora de justificar su dominio, en los expedientes instructivos formados con arreglo á la citada real orden de 12 de mayo de 1837, deben acreditar el pago del citado valimiento, y presentar el título de confirmacion, pues de otro modo no queda suficientemente justificada la propiedad de la escribanía que se supone enajenada.

En otro tiempo las del territorio de las órdenes eran provistas por el consejo especial de las mismas; pero en el dia está prohibido á este tribunal nombrar escribanos ni notarios para el despacho de los negocios civiles: y aun los notarios creados anteriormente con licencia jeneral para el mismo territorio, deben sacar nuevo título en caso de obtener notaría de reinos; no pudiendo ejercer su oficio sino en los pueblos que se les designen como de residencia. Sin embargo, los escribanos y notarios creados por el consejo ó tribunal de órdenes, que en virtud de títulos por él expedidos se hallan destinados á al-

gun juzgado ó notaría dependiente de la jurisdiccion especial de las órdenes al tiempo de la expedicion, no necesitan sacar nuevos títulos, siempre que su nombramiento sea anterior á la real orden de 19 de marzo de 1837. Pero si el título que obtuvieron es posterior, deben sacarlo de nuevo, aunque sea para servir la escribanía ó notaría misma que se les confirió por aquel tribunal especial. En el caso de haber de desempeñar otra escribanía ó notaría diferente, deberán sacar nuevo título; y todos los que por esta razon lo hubieren de obtener de nuevo, están obligados á pagar el *fiat*, sin descuento de lo que ~~hayan~~ satisfecho en el consejo ó tribunal de órdenes; aunque indemnizándose por los fondos de este á los que no llegaron á poder usar del título expedido por el mismo (1).

En cuanto al pago del *fiat* ha podido originarse una equivocacion fundada en el contenido de una real orden de 17 de marzo de 1834 por la cual se prevenia que todos los escribanos, asi de juzgados civiles, como de los privativos y privilegiados, hubiesen de acudir á solicitar y obtener el real título de notario de reinos, pagar el *fiat* y demas derechos, sin que se les diera posesion de sus respectivas escribanías, no cumpliendo préviamente con estos requisitos. Mas por otra real orden de 10 de junio del mismo año se declaró, que aquella se entendia únicamente con respecto á los escribanos de juzgados privilegiados que no fuesen notarios de reinos con título expedido por el consejo real, los cuales no pudiesen actuar como tales en sus juzgados respectivos, hasta que acudieran á solicitar y obtener el título de escribanos reales, pagasen el *fiat*, y presentasen este documento con todos los requisitos necesarios.

Para indemnizar en lo posible á los receptores de los tribunales, cuyos oficios han sido suprimidos, quedando los mas desposeidos del dominio que tenian en ellos como enajenados de la Corona, está prevenido, que en igualdad de circunstancias sean preferidos en las propuestas que hicieren los tribunales de las escribanías de número de los pueblos del distrito en que los mismos receptores ejercian sus funciones al tiempo de la supresion de dichos oficios. Pero los propietarios de estos han quedado privados de su dominio, y con opcion solo á que el erario los indemnice (2).

Obtenido el real título de escribano por el aspirante, debe presentarlo á la respectiva audiencia del territorio, firmar y signar en él, otorgando obligacion en papel del sello 2.º de usar bien y legal-

(1) Real orden de 1 de mayo de 1837.

(2) Orden de la Rejencia de 4 de diciembre de 1840.

mente de su oficio (1), y presentar despues dicho título al ayuntamiento respectivo para su registro (2).

Si algun escribano es separado de su oficio, y este le corresponde en propiedad, como enajenado de la Corona por título oneroso, le queda reservado su dominio; y si le está concedida la facultad de nombrar teniente, puede hacerlo acudiendo los nombrados á obtener el título por medio de la audiencia respectiva, donde al efecto se instruya el expediente (3).

Pudiera dudarse si los receptores que obtuvieron para serlo notarías de reinos, estan autorizados para ejercerlas, no obstante la supresion de las receptorías; pero aunque se declaró afirmativamente por real órden de 11 de junio de 1837, lo contrario parece deducirse de una disposicion de la Rejencia de 4 de diciembre de 1840.

Con respecto á las escribanías de cámara, la mayor parte de ellas estaban enajenadas por la Corona, y se proveian en los propietarios ó en los que obtenian el título de tenientes y servidores; pero despues de la publicacion de las ordenanzas de las audiencias, ni se consideran dichos oficios como pertenecientes á dominio particular, ni se proveen en subasta pública como las demas escribanías que han sido revertidas al estado, ni por consiguiente los nombrados para desempeñarlas están obligados á pagar renta alguna á los dueños, ni á la hacienda pública (4). La provision, pues, se hace con arreglo á las ordenanzas, observándose las reglas siguientes: Cuando ocurre alguna vacante, se anuncia por la audiencia para que en el término de 40 dias concurren los que quisieren pretenderla, presentando en la secretaría su título y la fé de bautismo.

Cumplido el término de los edictos, y señalado dia para dar principio á la oposicion, concurren los opositores á la secretaría media hora antes de empezarse este acto, y á cada uno se le entregan, para que pueda enterarse, dos pleitos sencillos en que haya pretensiones pendientes, designados por el ministro mas moderno, de los cuales el opositor dá cuenta en público al tribunal pleno, con la oportuna indicacion de antecedentes y del último estado del negocio respectivo, segun acostumbran á hacer los respectivos escribanos de cámara.

En seguida, á puerta cerrada, se hace por la audiencia al opositor

(1) Artículo 38 de la real cédula de 12 de mayo de 1824.

(2) Ley 13, tit. 15, lib. 7, N. R.

(3) Real órden de 22 de enero de 1836.

(4) Real órden de 26 de junio de 1837.

un exámen de un cuarto de hora sobre el órden de sustanciacion é instruccion de los negocios en cuanto corresponde á los escribanos, y sobre lo demas que concierne á las obligaciones de este oficio, procediéndose despues á la propuesta en terna para que S. M. elija el que tenga por conveniente (1).

Para disminuir en lo posible los perjuicios que se han oriinado á los propietarios de estas escribanías por habérseles privado del dominio que tenian en ellas, está prevenido por real órden de 2 de marzo de 1839, que en dichas propuestas y provisiones se prefiera en igualdad de circunstancias á los dueños de los mismos oficios, hasta tanto que puedan ser indemnizados por la nacion: y con igual objeto se han establecido ademas varias reglas estensivas, no solo á dichas escribanías de cámara, sino á todos los demas oficios enajenados, cuya propiedad ha sido injustamente desatendida, y son á saber: 1.^a que los poseedores de dichos oficios cuyas clases subsisten aun en los tribunales, ya sean de nombramiento de la corona, ó de estos, y que por carecer de los requisitos necesarios, no teniendo facultad de nombrar teniente, no pueden gozar de la preferencia indicada en la citada real órden de 1839, y los que tienen aquella facultad en todo caso, estén facultados para designar persona en quien concurrán las circunstancias que exigen las disposiciones vijentes de la materia, con el solo y único objeto de que mostrándose pretendientes en las vacantes de su respectiva clase, se les dispense la misma preferencia concedida á los propietarios, hasta que llegue el caso de ser estos completamente indemnizados: 2.^a que los sugetos que al tiempo de publicarse las ordenanzas ó reglamentos de los tribunales servian dichos oficios en calidad de tenientes, ó con cédulas de *interin*, y quedaron excluidos en el arreglo que á su virtud se hizo, gocen de dicha preferencia; en cuyo caso no puedan los propietarios hacer la designacion de persona de que trata la regla anterior, á no ser que no puedan concurrir aquellos por falta de los requisitos que actualmente se exigen: 3.^a que cuando los tribunales no den la preferencia á los sugetos comprendidos en las disposiciones precedentes, manifiesten, al elevar las propuestas al gobierno, fundamentos de su dictámen: y que cuando los interesados quieran reclamar en su razon, aunque el nombramiento corresponda á los mismos tribunales, se dirijan á los rejentes, quienes tienen obligacion de remitir la solicitud al ministerio de gracia y justicia, informada con la debida espresion (2).

(1) Artículo 123 de las ordenanzas.

(2) Real órden de 14 de junio de 1840.

Ademas de los notarios ó escribanos reales, y de los escribanos de número de los juzgados y de los pueblos que no son cabeza de partido, hay tambien notarios eclesiásticos mayores y ordinarios, con cuya investidura solo puede intervenir en los negocios de esta clase, y cuyo número depende de la voluntad del respectivo prelado.

Los mayores son nombrados por este y examinados por los demas notarios de igual clase ante el provisor ó vicario jeneral, con la obligacion de haber de recibirse de escribanos reales en el término de dos meses, contados desde su nombramiento. Los notarios ordinarios son los que actuan en las capitales de los obispados y en los demas pueblos, pero limitando su oficio á las diligencias que les cometen los jueces eclesiásticos. Estos notarios son nombrados tambien por los prelados, de entre los que tienen título de escribanos reales. Unos y otros deben haber cumplido 25 años de edad, y ser seglares; y tienen precision de limitar sus actos á los negocios eclesiásticos, sin poder autorizar los de la jurisdiccion civil.

Hay tambien escribanos de los juzgados y tribunales privativos de guerra, artillería, marina, minas, hacienda pública ó de rentas y de comercio. Todos ellos tienen precision de obtener el título de notario real, y ademas el nombramiento de la escribanía que hayan de servir. Las facultades de estos escribanos se limitan á actuar en los negocios contenciosos del respectivo juzgado privativo, y los de marina tienen tambien registro público.

El nombramiento de los escribanos de comercio se diferencia del de los demas, pues es privativo de la Corona, á propuesta en terna del respectivo tribunal. A la vez que la escribanía, desempeñan la secretaría de gobierno.

Tambien ha habido en otro tiempo escribanos especiales del conejo ó asociacion de la suerte, pero en el día está prevenido que todos los asuntos de dicha corporacion se repartan por turno entre los demas escribanos, aunque se fien á uno solo los documentos y papeles de la asociacion en cada partido judicial (1).

Ningun escribano puede actuar en pleito ó causa en que tenga interés algun pariente suyo dentro del cuarto grado, ni tampoco el que fuere yerno, cuñado ó deudo en igual grado del juez (2).

Tampoco pueden los escribanos ejercer á un tiempo el cargo de secretarios de ayuntamiento (3).

(1) Ley 44, tít. 11, lib. 7, de la N. R.

(2) Resolucion de 4 de febrero de 1842, y real orden de 23 de mayo de 1844.

(3) Resolucion de 16 de diciembre de 1842, y real orden de 23 de mayo de 1844.

Pasando ahora á dar una idea jeneral de las respectivas obligaciones y facultades de los escribanos y notarios, es necesario distinguir si la escribanía es á un tiempo pública y de juzgado, ó pública solamente. En el primer caso el escribano que la ejerce está autorizado para despachar todo cuanto es relativo al otorgamiento de instrumentos, y al mismo tiempo para actuar en los negocios contenciosos que ocurran en el mismo juzgado, aun que solo en la cabeza del partido, y no en los demas pueblos del mismo. Si la escribanía es solamente de juzgado, y no tiene anejo á ella el registro público, el que la sirva debe concretarse á la sustanciacion de pleitos y causas, y demas diligencias judiciales, sin facultad de autorizar contrato, ni testamentos: y por el contrario, si es pública y no de juzgados, como sucede en algunas poblaciones, el escribano debe entonces limitar su ejercicio á la autorizacion de instrumentos públicos, sin intervenir en ningun acto judicial ni contencioso. En este concepto cualquiera que se entrometiese á ejercer mas atribuciones que las respectivamente indicadas, cometería un exceso, daría lugar á nulidades, y usurparía los derechos de los escribanos lejitimamente autorizados.

No solo es ilícito propasarse á desempeñar un oficio de dicha clase, arrogándose mas facultades que las concedidas á cada uno, si no lo es tambien que los jueces de primera instancia lleven consigo escribanos para que despachen los negocios de sus juzgados, pues tienen obligacion de valerse de los del número que haya en las cabezas de pártido, y de los otros de los demas pueblos para los asuntos que en ellos ocurran (1).

Con respecto á los escribanos públicos, la fé con que por la ley están revestidos no tienen fuerza y validez mas que en el distrito ó comprension de pueblos á que se hallan asignadas sus escribanías, pero no á otros, aunque estén inmediatos, á menos que en estos no haya escribano público. Tanto los títulos de propiedad de las escribanías, como los títulos reales que se expiden para su servicio, limitan las facultades solo al recinto de uno ó varios pueblos nominalmente determinados; y saliendo del término ó distrito fijado, cesa la autorizacion para intervenir en el otorgamiento público. Una sola escepcion encuentro de esta regla jeneral y es, como acabo de indicar, euando en un pueblo ó aldea no hay escribano público numerario, pues entonces cualquiera otro público de honradez y suficiencia puede otorgar instrumentos en aquella poblacion, protocolizándolos en su registro (2).

(1) Ley 14, tit. 15, lib. 7, N. R.

(2) Ley 7, tit. 23, lib 10, N. R.

No sucede así con respecto á los notarios reales: estos aunque deben tener fija su residencia en el punto designado en su título, no por eso dejan de ejercer la fé pública en todo el reino, y pueden por consiguiente en cualquier pueblo otorgar toda clase de instrumentos públicos, pero con la precision indispensable de que sea por ausencia, enfermedad ó expreso consentimiento de alguno de los escribanos numerarios; que se entienda sin perjudicarle en sus derechos; y que el documento quede archivado en el protocolo de la misma escribanía numeraria. De otro modo, es decir, careciendo de este oficio ú archivo público, los notarios reales no pueden autorizar contratos ni testamentos, á escepcion de los de Madrid, Valladolid y Granada, los cuales están facultados para ello, con tal de protocolizarlos á fin de cada año en el registro de algunas de las escribanías numerarias.

En cuanto á lo contencioso conviene tambien tener presentes algunas reglas dictadas en utilidad del servicio público, y para que no se menoscaben los respectivos derechos de los escribanos. Los numerarios de los pueblos cabeza de partido judicial son los únicos á quienes es permitido actuar en los juzgados de primera instancia; debiendo los de los demas pueblos del mismo partido limitárse al despacho de los negocios cuyo conocimiento compete á los alcaldes: y á estos mismos escribanos, con esclusion de los de las cabezas de partido, es á quienes corresponde la autorizacion y ejecucion de todas las diligencias judiciales de cualquier naturaleza que deban practicarse en los pueblos de su residencia. En el caso de que el número de escribanos de la cabeza del partido no llegue á tres, la audiencia, si lo considera necesario ó conveniente, está autorizada para completarle, nombrando con calidad de interino aquel de entre los numerarios del mismo partido que reuna á todas las otras circunstancias requeridas, la de una firme y sincera adhesion á la Reina y á la libertad (1).

Los notarios de reinos, aun sin escribanía numeraria, suelen tambien despachar en los negocios contenciosos; pero es en el concepto de estar conforme el dueño ó servidor de la escribanía á que correspondan los negocios, de que estos queden radicados y archivados en ella despues de fenecidos; y de que se conceda para ello la autorizacion competente por el juez ó por la audiencia respectiva. Tambien suelen estar facultados para ejecutar las diligencias judiciales que les encargan los escribanos numerarios, como son embargos, prisiones, notificaciones, y otras, por cuya razon se les llama en algunas partes escribanos de diligencias.

(1) Real orden de 7 de octubre de 1833.

En los juzgados de entrada debe haber por lo menos dos escribanos, tres en los de ascenso y cuatro en los de término (1). Todos ellos, así como los que residan en los pueblos que no son cabeza de partido, deben estar subordinados al juez de primera instancia, del cual son subalternos; y no pueden ausentarse sin licencia de este, que tiene facultad de concederla por dos meses; pero si el escribano la necesita por mas tiempo, es preciso que la pida á la sala ó junta de gobierno de la audiencia; y en ambos casos tiene aquel obligacion de dejar en su lugar otro escribano para el despacho ó satisfaccion del juez (2).

Ademas de las atribuciones especiales de los escribanos, uno de ellos en cada juzgado de primera instancia, por nombramiento del juez, es el secretario del mismo, y en este concepto tiene obligacion:

1.º De llevar un libro en que se copien los nombramientos y estiendan las posesiones dadas á los jueces y promotores, el juramento de estos y el de los subalternos.

2.º Otro de las órdenes ó circulares de la superioridad y del juzgado por método cronológico y con índice.

3.º Otro de juicios verbales, en el cual han de redactarse los de esta clase que autoricen los demas escribanos.

4.º Deben tambien conservar en su oficio enlajados los testimonios de los pleitos y causas fenecidas, que á fin de año les entreguen los escribanos numerarios.

5.º Formar los estados jenerales que por semestres se dan á las audiencias, á cuyo fin los demas escribanos deben pasarle los suyos parciales, visados por el juez; y quedándose con copia de los primeros, unirla á estos y formar un expediente en que conste la fecha con que el juzgado los ha remitido á la audiencia.

6.º Y finalmente tiene obligacion el secretario de ausiliar al juez en todos los demas negocios gubernativos que puedan ocurrir (3).

Como en compensacion del trabajo del secretario puede el juez eximirle de la obligacion de actuar en los negocios oficiales ó en los de pobres (4). En ausencias y enfermedades de aquel, debe el juez nombrar quien le sustituya de entre los demas escribanos (5).

No es necesario ponderar el influjo que los escribanos ejercen en

(1) Artículo 42 del reglamento de juzgados de primera instancia de 1 de mayo de 1844, el cual puede verse en el Apéndice al fin del 2 tomo de esta obra.

(2) Artículo 46 de dicho reglamento.

(3) Artículo 39 del reglamento citado.

(4) Artículo 40 id.

(5) Artículo 41 id.

la suerte de los pueblos, y no será ocioso encarecer la necesidad de que sean honrados y de una probidad suma.

«De la fidelidad y legalidad de los escribanos (dice la instruccion de correjidores) depende en la mayor parte, no solo la recta administracion de justicia, si no tambien la quietud y tranquilidad de los pueblos, la vida, honor y hacienda de los vasallos. Deberá ser por consiguiente una de las mas principales obligaciones de los correjidores el velar incesantemente por sí y por medio de las justicias, sobre la conducta de todos los escribanos de su distrito, para evitar que se susciten y fomenten pleitos y criminalidades, como sucede muy frecuentemente por el interés que de ello les resulta, con detrimento de la causa pública, y para satisfacer sus quejas y resentimientos particulares. Cualquier contravencion en esta materia la castigarán, como tambien toda falsedad, suplantacion y cualquier otro abuso, por leve que sea, que hagan de su oficio. Y respecto al abandono que por punto jeneral se observa en un asunto tan importante de parte de las justicias, cuya tolerancia es causa de que muchos escribanos abusen de su oficio con notable detrimento del Estado, por las innumerables vejaciones é inquietudes que de aqui resultan á los pueblos, se encarga y recomienda muy seriamente á los correjidores la mas puntual y exacta observancia de este capítulo, con advertencia de que quedarán responsables, sin admitirles excusa alguna, á cualquier descuido ó tolerancia que se les justifique en su contravencion, y serán castigados con el mayor rigor y severidad.» Cuanto se dice en esta ley copiada (1) respecto de los correjidores, debe entenderse hoy con los jueces de primera instancia, en quienes residen las mismas facultades y obligaciones, pues no ha sido derogada dicha disposicion por otras posteriores, y harán un señalado servicio al Estado si cuidan de su exacto cumplimiento, por la grande influencia que los actos de los escribanos, tanto en lo contencioso como en el registro público, tienen sobre la suerte de las familias, y la quietud y bien estar de los pueblos.

En el curso de esta obra se explicarán todas las obligaciones de los escribanos bajo las dos secciones principales en que estas se dividen, á saber: formacion de instrumentos públicos y sustanciacion civil y criminal: pero como regla jeneral extensiva á todos estos funcionarios y á toda clase de asuntos, conviene no olviden que es de su cargo custodiar con buen orden las escrituras y papeles de sus escribanías; debiendo cuidar los jueces de primera instancia de que se cum-

(1) Ley 4, tit. 23, lib. 10, N. R.

plan con puntualidad las leyes que previenen lo que ha de observarse para el resguardo y seguridad de los registros y protocolos de los escribanos que mueren ó son privados de su oficio (1). Dichas leyes, que son la undécima y duodécima, tit. 23, lib. 10 de la N. R., determinan, que muriendo algun escribano sin dejar sucesor apto y habilitado para el despacho de la escribanía, ó siendo separado de ella por alguna providencia judicial, todos los registros se entreguen por inventario al secretario de ayuntamiento; á falta de este á un escribano de número; y no habiéndolo, se ponga en poder del mismo juez, ó del alcalde respectivo, para que si alguna persona desea sacar copias de las escrituras que se custodien, pueda hacerlo sin obstáculo por medio de escribano autorizado, aunque sin perjudicar el derecho que tengan los herederos ó el mismo propietario en su caso, á percibir sus justos emolumentos.

Para que haya un punto seguro donde puedan reunirse todas las noticias importantes que los particulares deseen encontrar sobre documentos públicos, todos los escribanos tienen obligacion de remitir al juez de primera instancia, y éste á la audiencia respectiva en los primeros días de enero de cada año, testimonio literal del índice del protocolo, en que consten los instrumentos otorgados en el año anterior, con negativa de no quedar otros en su poder, para que archivados en el tribunal del territorio, se suministren á los interesados las noticias que necesiten del paradero de los mismos protocolos, y se eviten al mismo tiempo los fraudes que pueden cometerse (2).

CAPITULO II.

De los escribanos de hipotecas.

Un establecimiento muy útil se creó hace tres siglos en las cabezas de partido, con el fin de registrar en él los contratos, por los cuales se imponen en las fincas algunas cargas ó gravámenes: conócese con el nombre de *contaduría u oficio de hipotecas*, y fué puesto en su oríjen á cargo de los secretarios de cabildo de los mismos pueblos, porque reunían entonces la cualidad de escribanos. En punto á la residencia de estas escribanías de hipotecas diré en breves palabras lo

(1) Ley 4 citada.

(2) Real órden de 21 de octubre de 1836 y art. 56 del reglamento de juzgados.

que dispone la actual lejislacion para conciliar por una parte el servicio público, los derechos privados de algunos propietarios y servidores de aquellos oficios, y las reformas administrativas por las cuales se ha alterado la division judicial. Prevínose por regla jeneral en la real órden de 17 de octubre de 1836, que en todos los puntos donde á esta fecha se encontraban dichas escribanías á cargo de los secretarios de ayuntamiento, que no fuesen á la vez escribanos, se encargára de aquellas en cada partido el mas antiguo de los del número de la cabeza de él, lo cual se entendiese con la obligacion de hacer los asientos y registros dentro de la casa capitular, y de conservar allí el libro ó libros necesarios, foliados y rubricados en todas las páginas desde el principio por el juez de primera instancia del partido. A este mismo propósito dispúsose tambien por esta real órden, que en las vacantes que ocurran de oficios servidos por secretarios de ayuntamiento que reunan la cualidad de escribano, se observe en lo sucesivo la misma regla de ponerlos á cargo del escribano mas antiguo de la cabeza del partido judicial. Deseoso el gobierno de uniformar el sistema relativo á esta materia, insistió en el pensamiento de establecer todas las contadurías de hipotecas del modo expresado, y reiteró la disposicion citada, de un modo mas terminante aun, en el artículo 3.º de la real órden de 7 de diciembre de 1837; en que se dispuso que dichos oficios se establecieran precisamente en las capitales de los partidos judiciales, quedando al cuidado del gobierno fijarlos tambien en alguna otra poblacion, si lo creyese conveniente y útil á la misma, con presencia de su vecindario, comercio é industria. Pero esta alteracion habia de menoscabar precisamente algunos derechos lejítimamente adquiridos por los servidores de los oficios, y la justicia exigia que se modificaran las citadas reales órdenes. Mas para explicar esta modificacion que con posterioridad se ha hecho, oportuno será indicar brevemente las diversas clases y cualidades de esos oficios.

Son estos ó enajenados de la Corona y de propiedad particular, ó del Estado. Los que se hallan en el primer caso constituyen un derecho lejítimo y respetable, como cualquiera otro de los que dimanen del dominio, derecho que está vijente y protegido por la lejislacion actual, porque los oficios expresados no son de los suprimidos por la misma; y por consiguiente las escribanías de esta clase se proveen como los demas oficios de igual jénero, y se sirven por los mismos propietarios ó sus tenientes, si en el título estuviere concedida facultad por el nombramiento de estos.

Pero los oficios no enajenados, y por consiguiente de nombramiento de la Corona, se hallan en un caso muy diverso. En lo anti-

guo el gobierno habia cedido la facultad de nombrar los servidores de estos oficios en favor de los ayuntamientos, que la tenian para confiarlos á sus secretarios, ó escribanos de cabildo como entonces se llamaban. Asi se observó desde el establecimiento de las contadorías de hipotecas hasta el año de 1833; pero en esta época el fisco que todo lo invade para buscar recursos aun respecto de establecimientos tan ajenos de su inspeccion, se entrometió tambien en esta clase de oficios, y por real orden de 15 de julio de dicho año se mandó proceder á la enajenacion vitalicia de las escribanías de hipotecas que se hallasen en dicho caso, es decir, que correspondiesen al Estado y fuesen provistas por los ayuntamientos, invirtiéndose sus productos en favor de la caja de amortizacion, como estaba mandado en real orden de 1.º de junio de 1830 respecto de las escribanías de rentas pertenecientes á la hacienda pública; pero cuidándose de exigir á los servidores las cualidades necesarias de probidad, suficiencia, fianza y pago del valimiento, y prefiriéndose por el tanto, supuestas las mismas condiciones, á los secretarios de ayuntamientos; ó bien que estas corporaciones satisficiesen el mismo servicio de valimiento, como dueñas que eran por la ley de hacer la eleccion en sus escribanos de cabildo.

Como era consiguiente, hubo muchas reclamaciones contra una disposicion que alteraba todo el orden de los oficios de esta clase no enajenados; y entonces por real resolucion de 30 de junio de 1834 se hicieron algunas modificaciones y aclaraciones esenciales, permitiéndose que los ayuntamientos ó secretarios de cabildo que sirvieran las escribanías de hipotecas, pudieran conservarla por su vida, reteniendo aquellos la facultad de nombrar sus servidores, los cuales hubieran de hacer el pago del valimiento correspondiente á la tercera parte del capital líquido, graduado á la razon de un 3 por 100 de los productos en el año comun; y que pudieran admitirse posturas de arrendamiento anual, para facilitar este alivio á los interesados que no contasen con toda la cantidad de una vez. De esta manera casi insensible los oficios que eran absolutamente libres y de nombramiento de la Corona pasaron en cierto modo á ser de derecho privado durante la vida del servidor ó arrendatario.

Tal era el régimen que se observaba cuando por real orden de 17 de octubre de 1836, y mas terminantemente por la ya citada de 3 de diciembre de 1838, se dispuso que los oficios de hipotecas se estableciesen precisamente en las cabezas de partido. Mas como era consiguiente, los servidores de esos oficios, que los habian adquirido por arrendamiento vitalicio, muchos de los cuales se veian privados de su ejercicio por la traslacion de estas escribanías á las cabezas de

partido, y á cargo del escribano mas antiguo, reclamaron contra la ejecucion de esta medida; y al fin fué preciso que el gobierno declarara en resolucion de 17 de setiembre de 1842, circulada en 14 de febrero de 1843 que el citado artículo 5.º de la real órden de 3 de diciembre de 1838 no se entendiese con los oficios que estaban concedidos en arrendamiento ó venta vitalicia, los cuales deberian permanecer donde se hallaban en el mismo partido de su dotacion especial, sin que púdiera crearse otro en ningun pueblo de su antigua demarcacion, ínterin no se arregle de una manera estable y jeneral el sistema hipotecario; pero en la intelijencia de que si por no estar establecidos algunos en los pueblos cabezas de partido, fuese realizable y conveniente su traslacion á ellos, se verificase asi.

Tal es la regla jeneral que hoy rije para esta clase de oficios, que en lo antiguo han sido absolutamente libres y correspondientes al estado, y hoy están gravados con el arrendamiento vitalicio. Pero esa regla no se ha observado con toda puntualidad en algunos puntos del reino, y para uniformar su ejecucion y regularizar el sistema hipotecario, donde es posible, por no haber algun derecho privado que lo estorve, se han hecho recientemente (por real órden de 7 de octubre de 1844) las siguientes prevenciones:

1.ª Que se ejecute inviolablemente la citada disposicion de 17 de octubre de 1836, cuyo contenido he expuesto prolijamente.

2.ª Que todos los pueblos de un partido judicial concurren á registrar sus documentos públicos precisamente en el oficio de hipotecas que debe haber en cada cabeza de partido, con sujecion á la regla 5.ª de la real órden citada de 3 de diciembre de 1838, cesando la anomalía de ser diferentes la demarcacion judicial y la del respectivo distrito de hipotecas.

3.ª Que solamente se consienta como escepcion de las dos reglas que preceden, el caso previsto en la citada real órden circulada en 14 de febrero de 1843, esto es, que el artículo 5.º de la de 3 de diciembre de 1838 no se entienda con los oficios que están concedidos á particulares en arrendamiento ó venta vitalicia, los cuales deberán permanecer donde se hallen y con el mismo territorio de su dotacion especial, no pudiendo crearse otro en ningun pueblo de su antigua demarcacion; sin perjuicio de que si por no estar establecidos algunos en los pueblos cabezas de partido fuere realizable y conveniente su traslacion á ellos, se ejecute desde luego.

4.ª Que las juntas ó las de gobierno de las audiencias cuiden de la pronta ejecucion de las disposiciones que preceden, y los fiscales reclamen celosamente su exacto cumplimiento, representando unas y otros al gobierno lo oportuno, si en algun caso, por motivos muy

poderosos y atendibles fuese necesario hacer alguna excepcion especial, que siempre debe ser muy rara. Tal es la lejislacion hoy vijente sobre esta materia. Réstame ahora indicar que habiéndose arrendado la mayor parte de los oficios de hipotecas con anterioridad á la publicacion de los aranceles de la curia que empezaron á rejir en 4.º de febrero de 1838, y alterándose por estos los derechos establecidos para el registro de los documentos, la razon aconsejaba que se tuviese en cuenta esta circunstancia respecto del tanto que los servidores debieron abonar al erario; y en efecto en real órden de 3 de diciembre de 1838 se dispuso que los actuales servidores de los oficios arrendados puedan continuar desempeñándolos, con tal de que se allanen á satisfacer en las oficinas de amortizacion, no solamente la cantidad que se estipuló en el contrato, sino tambien la mitad del aumento que resulte entre los derechos que percibian antes de la publicacion de los nuevos aranceles, y los que ahora cobran segun los mismos. Dispúsose tambien, que si dichos servidores no se convienen á entregar la mitad de la diferencia, se declare por la intendencia respectiva haber caducado el contrato como lesivo para el Estado, mandando inmediatamente, que el escribano mas antiguo del partido judicial se haga cargo del oficio: que tanto á los escribanos que en lo sucesivo desempeñen dichas contadurías, como á los que antes las servian en virtud de lo determinado en la referida real órden de 17 de octubre de 1836, se les abone la tercera parte del producto del registro, en vez de la mitad que les asignó la de 22 de mayo de 1835, siendo responsables los que se hallen en segundo caso, á entregar la mitad de lo que hubiesen percibido por dichos registros desde el 4.º de febrero de 1836; y para que la hacienda pública no sufra menoscabo en sus derechos, todos los servidores de los espresados oficios presenten cada tres meses en la intendencia de la respectiva provincia una certificacion expresiva del número de instrumentos de que hayan tomado razon durante el trimestre, é igualmente del total importe de los rendimientos; la cual visada por el juez de primera instancia y presidente del ayuntamiento, ha de servir para que las oficinas de amortizacion reclamen de los servidores el pago de lo que corresponda al Estado, observándose en las reclamaciones y entregas el mismo método seguido hasta ahora.

No solamente tienen á su cargo los escribanos de hipotecas el registro de los contratos que impongan gravámen sobre las fincas, sino el de todos los que sean traslativos de dominio de bienes raices, y por consiguiente devenguen el derecho de medio por ciento establecido, y ademas es tambien de su cargo la cobranza del mismo impuesto, si en el pueblo no hay comisionado de amortizacion, á quien en este

caso corresponde hacerla (1). Mas tanto de esta como de las demas obligaciones de los escribanos de hipotecas, se hablará en el lugar oportuno, luego que se expliquen todos los contratos que se registran en dichos oficios.

(1) Real órden de 21 de diciembre de 1839.

TITULO PRIMERO.

DE LAS PERSONAS.

CAPITULO I.

Del estado ó condicion de las personas.

Bajo el aspecto natural pueden considerarse las personas, como ya nacidas, como concebidas solo y existentes en el vientre materno, como varones y hembras, y como mayores ó menores de edad.

Cuando se trata de su bien ó utilidad, son reputadas como si ya hubiesen nacido las que verdaderamente no existen, pero cuyo feto se halla en el seno materno; gozan los mismos privilegios y prerogativas que los menores de edad, y tienen opcion á las herencias, y demas adquisiciones como los demas hijos (1). Aun á mas se estiende la beneficencia con que la ley ha mirado estos seres, á quienes el derecho llama *póstumos*: si el padre ha olvidado en su testamento hacer mencion de ellos, ó ha dispuesto de sus bienes en mayor porcion que la permitida, se invalida aquel documento al nacer el hijo, y entra este en la participacion de sus derechos.

Mas para que no se abuse de tan amplios privilegios dándoles un inmerecido ensanche, es preciso que en el nacimiento del póstumo concurren varios indispensables requisitos: 1.º que nazca enteramente vivo y con figura humana, aunque sea diforme ó defectuoso en alguna parte de su cuerpo: 2.º que haya sido habido durante el matrimonio: 3.º que despues de nacido viva á lo menos 24 horas; y 4.º que reciba el bautismo antes de morir, aunque sea con agua que llaman de socorro (2).

Si de un parto nacen dos gemelos, varon y hembra, se entiende que el varon nació primero; y siendo ambos varones, y no sabién-

(1) Ley 3, tit. 23, P. 4.

(2) Leyes 4 y 5, tit. 23, P. 4.

dose cuál nació primero, uno y otro disfrutan iguales derechos (1).

En cuanto á la distincion de sexos conviene saber , que la mujer no puede obtener cargos públicos, ni ser testigo en el otorgamiento de instrumentos, ni contratar siendo casada, á menos que obtenga licencia competente; pero en retribucion de estas desventajas no debe sufrir perjuicio alguno en sus negocios por ignorar el derecho.

Consideradas las personas en cuanto á la distincion de la edad, pueden ser mayores ó menores: dura la menoría hasta los 25 años, y durante ella son infantes los que no han cumplido los 7 años; impúberos, el varon hasta los 14, la hembra hasta los 12, y púberos desde esta edad hasta que llegan á la mayoría.

El goce mas importante concedido á los menores de edad, hayan ó no llegado á la pubertad, consiste en la restitucion *in integrum*, es decir, en el derecho que tienen á rescindir ó anular los pactos ó negocios, y algunas actuaciones judiciales que les perjudiquen (2). Dos cosas son necesarias para obtener ese privilegio; una que el menor pruebe serlo, otra que justifique haber recibido algun daño en sus bienes ó derechos por engaño de alguna persona ó por culpa de su tutor ó curador (3), tanto en los actos judiciales como en los extrajudiciales (4).

Los menores pueden reclamar este beneficio, no solo mientras lo sean, sino cuatro años despues, y aun se estiende aquel á los herederos (5); pero no aprovecha la restitucion á los fiadores del menor, á no ser que interviniese engaño en el mismo negocio que motivó la fianza (6).

No compete el goce de la restitucion en varios casos: 1.º si el menor al celebrar un contrato dijese que era mayor de 25 años y lo pareciera por su persona: 2.º si el perjuicio que el menor hubiese sufrido proviniese de un acontecimiento casual, ó caso fortuito, y no de culpa ó engaño de otro: 3.º tampoco corresponde dicho beneficio cuando el menor, cumplidos 14 años, jurase no usar de él (7) para rescindir sus contratos; pero esta doctrina legal no está en práctica por el frecuente abuso á que podria dar lugar: 4.º finalmente, no compete la restitucion contra el lapso de algunos términos fatales, como el de 9

(1) Ley 12, tít. 33, P. 7.

(2) Ley 1, tít. 25, Part. 3; 1, tít. 19, P. 6, y tít. 13, lib. 11, N. R.

(3) Ley 2, tít. 19, P. 6.

(4) Leyes 2, tít. 25, P. 3, y 3, y 5, tít. 19, P. 6.

(5) Ley 8, tít. 19, P. 6.

(6) Ley 4, tít. 12, P. 5.

(7) Leyes 2 y 6, tít. 19, P. 6.

dias para intentar el retracto (1): el de 3 para suplicar de las sentencias interlocutorias (2), y el de 6 para tachar los testigos (3).

Por regla jeneral compete tambien el beneficio de la restitution á las iglesias, ayuntamientos, universidades y el fisco cuando reciben algun daño por negligencia ó engaño de otro, cuya restitution puede reclamarse dentro de los cuatro años de haberse recibido el perjuicio (4). Corresponde asimismo á los que sufren perjuicio en algun contrato que se les obligó á celebrar por fuerza ú otro jénero de coaccion (5): á aquellos que han sufrido los efectos de la prescripcion por hallarse ausentes en servicio público (6); y si tratando uno de demandar alguna cosa á otro, la enajena dolosamente su poseedor á persona mas poderosa, para que el demandante tenga un opósitor mas temible (7); pero tanto este como los dos casos expresados son motivos de litijios difíciles de resolver, por la dificultad de probar los hechos que dan entrada á la restitution.

En beneficio de los menores de edad está tambien establecido por derecho, que sus bienes raíces no puedan ser enajenados sino con justificacion de necesidad y utilidad, interviniendo aprecio judicial y en pública subasta. La enajenacion de fincas que se hiciere sin estos requisitos, es nula de derecho (8).

Considerados los hombres con relacion á su condicion ó estado civil, pueden dividirse en españoles ó extranjeros, vecinos y transeuntes, casados ó solteros, eclesiásticos ó seglares. Son españoles todas las personas nacidas en España: los hijos de padre ó madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España; los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza, y los que sin ella hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la monarquía: todos los demas son extranjeros. Se pierde la calidad de español por adquirir naturaleza en pais extranjero, ó empleo de otro gobierno sin licencia del rey (9).

Entiéndese por vecino todo español con casa abierta en el mismo pueblo, ya propia, ya alquilada, que la habite por sí ó su familia; y

(1) Ley 2, tít. 13, lib. 10, N. R.

(2) Ley 1, tít. 21, lib. 11, N. R.

(3) Ley 1, tít. 12, lib. 11, N. R.

(4) Ley 10, tít. 19, P. 6.

(5) Leyes 56, tít. 5, P. 5 y 7, tít. 33, P. 7.

(6) Leyes 10, tít. 23 y 28, tít. 29, P. 3.

(7) Leyes 30, tít. 2 y 15, tít. 7, P. 3.

(8) Leyes 60, tít. 18, P. 3; 8, tít. 13, y 4, tít. 5, P. 5 y 18, tít. 16, P. 4.

(9) Artículo 1 de la constitucion de 1837.

que manifieste ánimo de permanecer en él, aunque no sea por espacio de diez años.

El mejor medio de adquirir vecindad es esponer al ayuntamiento el deseo de inscribirse en el número de vecinos, y sufrir las cargas y repartimientos de tales, aunque no tenga el interesado casa abierta por sí sino en clase de huésped ó pupilo. Pero no precediendo esta inscripcion en los padrones vecinales por especial solicitud hecha al ayuntamiento, puede tambien ser reputado por vecino todo el que ejerce un destino, cargo ó profesion, especialmente si está empadronado en los censos parroquiales, y cumple con los preceptos de la iglesia en el mismo pueblo. No son reputados como vecinos contribuyentes los hijos de familia ni los criados ó domésticos; pero no por eso tienen imposibilidad de ser testigos en los contratos, pues basta que estén avecindados en el pueblo, aunque no sean cabezas de familia (1).

Los extranjeros tampoco se consideran como vecinos de la poblacion en que residen; pero pueden serlo teniendo carta de naturaleza, ó ejerciendo alguna profesion, arte ú oficio en el pueblo, ó comprando en él fincas, y morando con ánimo de permanecer en la misma poblacion (2).

Transeuntes son los que, aunque residan en una poblacion, lo hacen como pasajeros y sin ánimo de permanecer en ella.

La division hecha de eclesiásticos y seglares no necesita explicacion, y pocas veces influye en las transacciones y negocios públicos, porque han desaparecido casi totalmente los privilegios y esenciones que en infinitos casos gozaban los eclesiásticos.

CAPITULO II.

De los esponsales y de los efectos civiles del matrimonio.

No es de mi objeto hablar del matrimonio, aunque es el acto mas solemne de cuantos se celebran en la sociedad, como pacto sagrado en que estriva la reproduccion lejitima y la existencia de las familias. Debo sí esplicar otro contrato preliminar del matrimonio, que es el de desposorios ú esponsales, por medio del cual el hombre y la mujer prometen casarse (3). Esta promesa pueden hacerla los contrayentes, bien de palabra, ó bien por señales, manifiestas y terminantes de la ex-

(1) Puede verse la ley 2, tit. 24, P. 4.

(2) Véase la ley 3, tit. 11, lib. 6, N. R.

(3) Ley 1, tit. 1, P. 4.

presion de su voluntad, si alguno de ellos fuere mudo (1). Puede ser el contrato absoluto y sin restriccion alguna, y celebrarse bajo ciertas condiciones lícitas y honestas (2). Para contraer esponsales hasta la edad de siete años, y aun es lícito concertarse antes, si cumplida esta edad se afirman los contrayentes (3); escesiva libertad por cierto para celebrar un contrato que requiere mas que ningun otro el pleno ejercicio de una razon ya formada; por cuyo motivo el demente no puede contraer esponsales (4).

Abusóse en un tiempo de la ilimitada facultad de celebrar esponsales, y fué preciso al lejislador establecer ciertas reglas para dar á los padres una prudente intervencion en actos de tanta gravedad, muchas veces efecto de la inesperienza, de la ceguedad de las pasiones, y aun de arteros amaños y compromisos. Prevínose, pues, que los hijos de familia menores de 25 años, y las hijas menores de 23, deban, para celebrar dicho contrato, pedir y obtener el consentimiento de su padre; y que no teniéndolo soliciten el de la madre; en cuyo caso los hijos adquieran la libertad de contraer un año antes; esto es los varones á los 24, y las hembras á los 22: que á falta de padre y madre tenga la misma autoridad el abuelo paterno, y en su defecto el materno; pero que en tales casos el varon adquiera la libertad de casarse sin prévio permiso á los 23 años, y la hembra á los 24: que en defecto de padres y abuelos sucedan en la facultad de dar su consentimiento los tutores, y á falta de estos el juez del pueblo; pero adquiriendo en este caso la libertad el varon á los 22 años, y las hembras á los 20. Tambien es preciso que en los esponsales intervenga escritura pública, pues no basta para justificar que se han contratado ningun otro jénero de prueba (5).

No es sin embargo el consentimiento paterno tan absoluto, que sin él no puedan contraerse los esponsales: los padres y demas personas á quienes compete prestar su conformidad, no tienen obligacion de manifestar los motivos de su oposicion ó renuncia; pero negándose á acceder, la autoridad superior política está facultada para suplir la voluntad paterna y puede conceder su licencia. No calificaré los vicios de tan absoluto permiso, porque no es mi ánimo ni en esta materia, ni en las demas que son objeto de esta obra, entrar en el exámen filosófico de las disposiciones legales, ni en el de las reglas que conven-

(1) Ley 5, tít. 2, P. 4.

(2) Leyes 2 y 3, tít. 1, P. 4, y leyes 3, 4, 5 y 6, tít. 4 de dicha P.

(3) Ley 6, tít. 1, P. 4.

(4) Ley 6, tít. 2, P. 4.

(5) Ley 18, tít. 2, lib. 10, N. R.

dria sustituirles; pero séame siquiera permitido censurar el exajerado poder que la ley ha dado al majistrado, debilitando la autoridad paterna, y no exijiendo siquiera la consulta de la familia: excesiva latitud tan nociva acaso como la desmedida restriccion impuesta por los romanos en favor del omnímodo poder paterno.

Me he abstenido expresamente de hablar del matrimonio, porque, como ya indiqué, no conduce á mi objeto; pero sí trataré de los efectos civiles que produce. En primer lugar es partible por mitad en esta sociedad conyugal todo cuanto producen los bienes ó la industria de ambos conyuges, aunque no haya igualdad en el capital ó el trabajo de cada uno: en segundo los padres ejercen patria potestad sobre sus hijos: en tercero el marido, aunque sea menor de 25 años, con tal que tenga 18 cumplidos, puede administrar por sí mismo sus bienes y los de su mujer, aunque esta sea tambien menor de edad (1). En cuanto á la mujer, siendo casada, no puede comparecer en juicio, repudiar ninguna herencia que le corresponda por testamento ni abintestato, ni aceptarla sino á beneficio de inventario, ni celebrar contratos, ni apartarse de los ya celebrados (2); aunque es lícito al marido ratificar lo que sin su licencia hubiere hecho aquella, y entonces es válido (3). Pero si el marido se negare inconsideradamente á dar su licencia, cuando fuere necesario, puede el juez con prévio conocimiento de causa obligarle á que la otorgue, ó dársela él mismo si aquel se opusiese á ello (4). Tambien puede concederla la autoridad judicial, tanto para comparecer en juicio, como para contratar, si se hallase ausente el marido, y la mujer tuviere necesidad de esta autorizacion; aunque interviniendo siempre el oportuno conocimiento y averiguacion de las causas, motivos y necesidad ó conveniencia (5).

Los dos efectos principales del matrimonio son la comunion de bienes, y la patria potestad sobre los hijos. Con respecto á la comunion de bienes, ya se ha dicho que todos los que poseen el marido y la mujer se entienden por mitad, á menos que uno de estos pruebe corresponderle privativamente; y los productos son igualmente partibles, aun cuando pertenezca á uno solo todo el capital, ó uno solo ejerza algun trabajo, profesion ó industria.

La base principal de esta mútua correspondencia de bienes es la

(1) Ley 7, tít. 2, lib. 10, N. R.

(2) Leyes 11, tít. 1 y 10, tít. 20, lib. 10, N. R.

(3) Ley 14, tít. 1, lib. 10, N. R.

(4) Ley 13, tít. 1, lib. 10, N. R.

(5) Ley 15 del mismo tít. y lib.

union conyugal, y así faltando esta, cesan sus efectos. Pero no se entiende que se rompen estos vínculos de sociedad ó compañía, solo por hallarse los cónyuges separados, pues aunque vivan á inmensa distancia, estando de consuno, es decir, subsistiendo unidos en afecto ó correspondencia, y no habiendo intervenido divorcio, continúa la participacion mútua de los intereses conyugales.

En otro lugar se tratará detenidamente sobre la participacion de los bienes y las demas consecuencias de esta sociedad, en la parte que tiene relacion con la transmision del dominio. Ahora se hablará en el siguiente capítulo de la patria potestad.

CAPITULO III.

De la patria potestad.

Ya he dicho que uno de los efectos principales del matrimonio es la potestad que los padres ejercen sobre sus hijos. Esta especie de autoridad paterna es esclusiva del padre, y de ningun modo alcanza á la madre (1), y se estingue luego que los hijos están casados y velados, ó que han sido emancipados de algun otro modo de los que el derecho establece.

Adquiérese la patria potestad, no solo por efecto del matrimonio, sino por sentencia judicial en que se declare ser hijo legítimo aquel de quien se dudase esta cualidad, y así mismo por algun delito de los que hacen cesar los efectos de la emancipacion; por la adopcion ó prohiAMIENTO, y por la legitimacion; pero no hay patria potestad respecto de los hijos naturales y demas ilegítimos.

Dicha potestad paterna produce varios efectos civiles. Uno de ellos consiste en que el padre no pueda celebrar contrato con su hijo, á no ser respecto del peculio castrense y cuasi castrense, y otro en que el padre es partícipe y aun esclusivo propietario de ciertos bienes de su hijo, mientras este subsiste bajo la patria potestad. Para conocer en lo que consiste dicho peculio, conviene saber que el caudal de los hijos de familia se divide en *castrense*, *cuasi castrense*, *adventicio* y *profecticio*. El 1.º es el que aquellos adquieren en la carrera militar; y les pertenece en posesion, propiedad y usufruto. A esta clase de bienes no tienen derecho alguno el padre, la madre, los hermanos ni los parientes, y pueden los hijos disponer de ellos á su arbitrio durante su vi-

(1) Leyes 1 y 2, tít. 17, P. 4.

da (1) y en disposicion testamentaria, con las restricciones prescriptas en la ley 6 de Toro, de que á su tiempo se hablará. Los cuasi castrenses son los que se ganan en la carrera de las letras, y en estos tienen tambien los hijos un absoluto dominio (2). Los adventicios son los que se adquieren por medio de las artes y trabajos industriales, y por donaciones y herencias de la madre ó de alguno de los parientes maternos ó de un extraño, ó por hallazgo, suerte ú otro jénero de adquisicion. En tales bienes tiene el padre el usufruto, reservándose la propiedad al hijo. Por último los profecticios son los que adquieren con el caudal paterno, ó por consideracion al padre, ó por herencia de su línea y ellos corresponden á este, en posesion, propiedad y usufruto (3).

Obligacion es de los padres, tengan ó no bienes sus hijos, alimentarlos y educarlos (4); exclusivamente de la madre criarlos hasta la edad de los tres años, ó de la lactancia, y del padre educarlos desde esta edad. Mas si estuviese divorciado el matrimonio, corresponde al culpado la manutencion de los hijos, teniendo bienes con que costearla, y al que no ha dado causa al divorcio conservar aquellos en su poder (5). Sin embargo, siendo el padre pobre y la madre rica, debe esta criarlos de sus propios bienes antes y despues de la lactancia, y si ambos son pobres, están á ello bligados sus abuelos y bisabuelos paternos por su órden, asi como los hijos y demas descendientes deben alimentar á sus padres, abuelos y demas ascendientes necesitados (6). Esta obligacion mútua cesa si los hijos ó los padres son ingratos á los beneficios que respectivamente reciban, ó si tienen lo necesario para sostenerse. Al hablarse de los hijos se entiende solo de lejítimos y de los naturales, pero no de los demas ilejítimos, pues respecto de estos es de la madre el deber de alimentarlos (7). En justa reciprocidad, y como en remuneracion de los beneficios que los padres hacen por sus hijos, estos están obligados á prestar á aquellos los servicios propios de su clase, estado ú profesion, sin exigirles por ello retribucion ó estipendio (8).

La patria potestad se estingue por varias causas: 1.^a por muerte del padre (9): 2.^a por ser este sentenciado á sufrir una severa pena

(1) Ley 6, tít. 17, P. 4.

(2) Ley 7, tít. 17, P. 4.

(3) Ley 5, tít. 17, P. 4.

(4) Ley 2, tít. 19, P. 4.

(5) Leyes 3 y 4, tít. 19, P. 4.

(6) Ley 4, tít. 19, P. 4.

(7) Leyes 5 y 6, tít. 19, P. 4.

(8) Ley 3, tít. 20, P. 2.

(9) Leyes 8 y 9, tít. 17, P. 4.

corporal (1). 3.^a por ser reo prófugo de grave delito (2): 4.^a por haberse casado el padre sin dispensa con parienta dentro del cuarto grado, ó por haber cometido otro incesto (3): 5.^a por haber obtenido el hijo algunos de los cargos ó destinos de alta jerarquía (4): 6.^a por casarse este y velarse; siendo indispensable la velacion, pues sin ella subsiste el hijo bajo la patria potestad (5). Por último se estingue tambien por la emancipacion.

Acerca de esta la legislación reciente ha hecho notables alteraciones, y segun ella es requisito indispensable para celebrarla que preceda real gracia, otorgada en vista del expediente que al efecto se forma en la respectiva audiencia; y comunicada al padre que la ha impetado, corresponde á éste otorgar la escritura pública, manifestando su voluntad de emancipar á su hijo.

El padre puede ser compelido á esta emancipacion por cuatro causas; á saber: 1.^a por tratar á aquel con excesiva rijidez y severidad: 2.^a por comprometer á sus hijas á que se prostituyan, y á sus hijos á que sean ladrones ó cometan otros delitos: 3.^a por aceptar el legado que alguno le haya hecho con la condicion de que emancipe á su hijo; y 4.^a por disipar el padrastró los bienes de su entenado mayor de 14 años prohijado por él (6).

La emancipacion es absoluta, y no limitada á una cosa sola, porque la patria potestad es una é individua, y el hijo que sale de ella no vuelve al dominio paterno, á menos que sea ingrato á su padre, tratándole mal de palabra ó de obra (7). En premio de la emancipacion puede éste retener para sí la mitad del usufructo de los bienes adventicios que su hijo tenia antes de ser emancipado, y no de los que despues adquiriera; pero si este se casa, tiene obligacion el padre de entregarle todos los bienes sin distincion alguna, y sin retener siquiera el usufructo (8).

Pero aunque el hijo esté fuera de la patria potestad por haber sido emancipado ó por otro motivo, no puede demandar á su padre judicialmente sin licencia, á no ser por sus bienes castrenses; y para reclamarle los adventicios debe poner en el escrito la cláusula de

(1) Ley 2, tít. 18, P. 4.

(2) Ley 4, tít. 18, P. 4.

(3) Ley 6, tít. 18, P. 4.

(4) Leyes 7 hasta 14, tít. 18, P. 4.

(5) Ley 3, tít. 3, lib. 10, N. R.

(6) Ley 18, tít. 18, P. 4.

(7) Leyes 4, tít. 17, y última, tít. 18, P. 4.

(8) Ley 13 al fin, tít. 18, P. 4, y 48 de Toro.

«prévia la vénia en derecho necesaria», sin la cual está prohibido al escribano el admitirlo; y aun con ella nunca pueden los hijos acusar á sus padres y ascendientes, ni los yernos á sus suegros por delitos que merezcan penas graves (1).

CAPITULO IV.

De la adopcion.

Por medio de la adopcion una persona se coloca en el lugar de hijo de otra, aunque no lo sea naturalmente (2), quedando sujeta á la patria potestad del adoptante (3). La adopcion suele llamarse tambien *arrogacion*, y se verifica cuando el adoptado no tiene padre, ó cuando aunque lo tenga no se halle bajo su potestad (4), pero si vive su padre, y este conserva aun su poder, entonces se llama sencillamente adopcion al acto de pasar el hijo á la potestad de otro. En la arrogacion es necesario el expreso consentimiento del que va á ser hijo, pero en la adopcion basta el tácito, esto es, que calle ó no lo contradiga (5), porque el padre es el que manifiesta su conformidad. Por esta razon no pueden ser arrogados los menores de 7 años, que son incapaces de expresar á sabiendas su consentimiento (6). La arrogacion no puede hacerse sino en virtud de autorizacion real; mas para la adopcion basta que intervenga la autoridad judicial (7).

Puede prohiar ó adoptar cualquier hombre libre que haya salido de la patria potestad, con tal que exceda en 18 años de edad al que pretende adoptar por hijo, y no tenga impedimento natural para la jeneracion (8). Pero la mujer no puede adoptar á ninguna persona á no ser con licencia real, y esto solo en el caso de haber perdido algun hijo en el servicio del Estado, y nunca adquiriendo la patria potestad, por ser negada á este sexo (9). Con la misma autorizacion real, y no de otro modo, puede prohiar el que fué tutor al que ha sido su

(1) Leyes 3, tit. 2, P. 3 y 11, tit. 17, P. 4.

(2) Ley 1, tit. 16, P. 4.

(3) Ley 7, id. id.

(4) Dicha ley 7.

(5) Ley 1, tit. 16, P. 4.

(6) Ley 4, tit. 16, P. 4.

(7) Leyes 4, tit. 16, y 7, tit. 7, P. 4.

(8) Leyes 2 y 3, tit. 16, P. 4.

(9) Ley 2, id.

pupilo, si este tiene ya 25 años; pero antes de esta edad de ningun modo (1).

El menor de 7 años no puede ser prohijado, porque carece de la competente capacidad para consentir; pero habiendo cumplido esta edad y no los 14, puede serlo con aprobacion real; instruyéndose expediente en que conste si el prohijador es pobre ó rico, pariente ó extraño, si tiene ó no hijos legítimos que le hereden, y edad para tenerlos, si es de buena vida y fama qué bienes posee el prohijado, y si consiente serlo. Si por esta indagacion se averigua que es ventajosa la prohijacion, se expide autorizacion real, obligándose el prohijador por escritura pública, y dando seguridad de entregar todos los bienes de la persona á quien admite como hijo al que haya de heredarla en el caso de que muera dentro de la edad pupilar, pues el acto de la prohijacion no puede perjudicar el derecho que los parientes tienen á heredar abintestato al prohijado (2). Las mismas diligencias corresponde al juez practicar para la simple adopcion.

Es de tal fuerza esta cuando se hace por via de arrogacion, que en el mismo hecho de ser prohijado el que no tiene padre, pasa bajo la patria potestad del prohijante con todos sus bienes, y este no puede lanzarle de su poder sino por alguna de las causas siguientes: 1.^a cuando el prohijado hace tal agravio á aquel, que con razon debe temer las consecuencias de su enojo, y 2.^a si alguno nombra por heredero al prohijado bajo la condicion de que salga de poder del prohijador. En el caso de cesar por alguna de estas causas los efectos de la arrogacion, está obligado aquel á devolver á su hijo adoptivo todos los bienes que hubiese llevado, y lo mismo si lo arroja de su poder ó lo exhereda sin justo motivo, y ademas las ganancias que adquirió mientras vivió en su compañía, escepto el usufructo. Tambien tiene derecho el prohijado á heredar la cuarta parte de los bienes del prohijador, si este muere sin descendientes legítimos, mas en otro caso solo al quinto de su caudal (3).

Siendo la prohijacion por via de *adopcion*, no queda el adoptado sujeto á la patria potestad del adoptante, á menos que sea su descendiente (4); pudiendo, cuando este quiera, echarle de su poder, sin opcion en el adoptado para heredar sus bienes, á no ser muriendo abintestato y sin descendientes; y lo mismo sucede al adoptante, el cual tampoco tiene derecho á heredar á su prohijado contra su

(1) Ley 6, tít. 16, P. 4.

(2) Ley 4, tít. 16, P. 4.

(3) Ley 8, id.

(4) Ley 9, tít. 16, P. 4.

testamento (1). Y aunque la ley de Partida permite al adoptado heredar los bienes del adoptante extraño en union con sus descendientes, es necesario conciliar su disposicion con la ley 28 de Toro, y por lo tanto solo podrá heredar el remanente del quinto, si el adoptante no ha dispuesto de él.

CAPITULO V.

De la legitimacion.

La legitimacion es un acto por medio del cual se hacen lejitimos los hijos que no lo son. Dos clases de legitimaciones hay: una que consiste en el subsiguiente matrimonio del padre con la mujer soltera ó viuda en quien hubo el hijo que se trata de legitimar; mas para esta legitimacion es preciso que aquel hubiese sido habido en época en que el padre y la madre estuviesen en aptitud de casarse. Tambien se reputan como legitimados los hijos, del mismo modo que si los padres se hubiesen casado, si habidos aquellos en tiempo en que estos podian contraer matrimonio, los declaran públicamente hijos suyos por cualquier modo notorio (2). Pero manifestándolo por testamento, es preciso que no haya hijos lejitimos, y que confirme la Corona la legitimacion para que se reputen como legitimados (3). Si el padre procrease varios hijos en una manceba, y reconociese solamente á uno de ellos por su hijo, quedan legitimados los demas por este reconocimiento (4). Contrayendo matrimonio una hija natural con una persona que ejerza empleo honorífico y de los principales en alguna poblacion, queda por este mero hecho legitimada (5). La otra clase de legitimacion proviene de concesion real, á solicitud de los padres ó de los mismos hijos, cuando aquellos se hallan imposibilitados de casarse, ó cuando han fallecido. Legitimados los hijos por cualquiera de estos dos medios, entran en la patria potestad si viviere el padre (6).

Para que proceda la legitimacion en ambos de los expresados casos, es preciso que el hijo sea natural y no espúreo. Llámase *natural* en la acepcion del derecho al hijo, cuyos padres al tiempo de su

(1) Ley 8, id.

(2) Ley 5, tit. 13, P. 4.

(3) Ley 6, id. id.

(4) Ley 7, id. id.

(5) Ley 8, tit. 13, P. 4.

(6) Leyes 4 y siguientes, id. id.

procreacion y concepcion, ó al de su nacimiento, están hábiles para contraer matrimonio sin dispensa pontificia, ya vivan ó no juntos en una misma casa, y la mujer sea ó no sola, con tal de que si el padre no la tiene en su compañía, reconozca como suya la prole que hubieren ambos tenido (1).

Hijos *espúreos* son todos los demas ilegítimos, cualquiera que sea su origen y el enlace de donde provino su ser; pero se dividen en *adulterinos*, que son los nacidos de mujer casada y hombre que no sea su marido, esté ó no casado con otra. Los que el casado procrea con mujer soltera ó viuda suelen tambien llamarse adúlteros, aunque no lo son en realidad, segun la distincion de la ley de Partida, y mas propiamente se les conoce con el nombre de *bastardos*. Otros se llaman *nefarios*, y son los que provienen de la criminal union entre ascendiente y descendiente. *Incestuosos* son los habidos entre parientes dentro del cuarto grado, aun cuando hayan estos contraido matrimonio, si no ha precedido la dispensa apostólica. Llámense otros *sacrílegos*, y son los hijos del clérigo ordenado *in sacris*, y los de monjas profesas, ya sea por union con estos ó con seglares. Por último hay otros á quienes suelen decir *manceres*, y son los hijos de prostitutas, cuyos padres se desconocen.

Los hijos legítimados, que ya se ha indicado pueden serlo solo los naturales, gozan en la sociedad las mismas ventajas que los legítimos, pero en las sucesiones hereditarias no pueden perjudicar los derechos de estos (2).

CAPITULO VI.

De la tutela.

Esta es una de las instituciones mas importantes y benéficas para el cuidado y proteccion de las personas que por su edad ó por su incapacidad mental no pueden cuidar de sí ni de sus intereses. Consiste la *tutela* en el cuidado que uno se constituye de la persona de un huérfano menor de 14 años, ó de una huérfana menor de 12. *Curaduría* ó *curatela* es el encargo que una persona toma de sí sobre los bienes de los huérfanos mayores de dicha edad y menores de 25 años (3) que tuvieren cabal juicio, y de los dementes, ó de cualquie-

(1) Ley 1, tít. 5, lib. 10, N. R.

(2) Ley última, tít. 13, P. 4, y 7, tít. 20, lib. 10, N. R.

(3) Leyes 1 y 13, tít. 16, P. 6.

ra otro modo privado de su aptitud mental, aunque sean mayores de edad. El tutor se dá á los menores de 14 ó de 12 años respectivamente, aunque no lo quieran, porque es indispensable que á falta de padre tengan una especie de protector que mire por sus personas y sus intereses. El curador se dá á los huérfanos que han llegado á la pubertad, principalmente para el manejo de sus bienes, y además para la direccion y cuidado de las personas. Tambien se acostumbra á nombrar curadores á los que están ausentes, y cuyo paradero se ignora, pero suele llamárseles mas comunmente defensores.

Hay tres especies de tutelas: *testamentaria*, *legítima* y *dativa*. La 1.^a es la que dá el padre en su testamento para el cuidado de sus hijos menores. La facultad para este nombramiento se funda en la patria potestad, y por esta razon cuando la ejerce el abuelo puede tambien nombrar tutor á sus nietos; pero aun la madre, que nunca desempeña aquel poder, puede tambien dejar elegido tutor en su testamento, si ya hubiere fallecido su marido; aunque con la diferencia de que en este caso aquel necesita la confirmacion judicial (1), á la cual suele llamarse *discernimiento* del cargo. No solamente puede nombrarse tutor al hijo ya nacido, sino al póstumo ó que aun se halla en el vientre materno, pues ya se ha indicado que para todo lo favorable se reputa como si hubiese salido á luz (2).

Tambien puede nombrar tutor, aunque no sean padres de los huérfanos para quienes los nombran, los que dejan á estos por herederos de sus bienes; pero tanto en este caso como en el de elegir el padre tutor para su hijo natural, es necesaria la confirmacion del juez: y siempre que el nombramiento se verifique por testamento, puede hacerse absolutamente ó bajo la condicion que el testador tenga á bien disponer (3).

En defecto de la tutela testamentaria entra la *legítima*, la cual se dá cuando el padre no ha otorgado testamento, ó cuando aunque lo hubiere otorgado, omite el nombramiento de tutor; ó bien si habiéndolo nombrado en su disposicion testamentaria, muere el elegido antes que el testador. En cualquiera de estos casos corresponde de derecho la tutela al pariente mas cercano, y habiendo muchos en igual grado á todos igualmente (4); aunque entonces la autoridad judicial, con conocimiento de causa, decide cuál de entre ellos debe encargarse del cuidado del pupilo. Sin embargo, si este tuviere madre, á ella

(1) Ley 6, tít 16, P. 6.

(2) Ley 3, id. id.

(3) Leyes 6 y 8, id. id.

(4) Ley 19 al fin, id. id., y 3, tít. 7, lib. 3 del Fuero Real.

es á quien preferentemente corresponde la tutela de su hijo, y sino la quisiere á la abuela, y en defecto de ambas entran los parientes colaterales, segun su proximidad.

La tutela de la madre y de la abuela duran solo mientras permanecen viudas, pues si pasan á otras nupcias pierden el derecho á conservar aquella; á no ser que obtengan real dispensa con los requisitos que la ley previene. No sucede asi respecto del padre viudo, el cual aunque se case nuevamente conserva la patria potestad de sus hijos, y sigue administrando sus bienes.

Aconsejan los autores que al hacerse cargo la madre ó la abuela de la tutela de su hijo ó nieto, debe obligarse á no casarse durante el desempeño de dicho cargo, y asimismo renunciar el beneficio llamado del *Senado consulto velayano* que prohibió que las mujeres pudiesen obligarse. En cuanto á este último es oportuno que intervenga esta renuncia para evitar cuestiones litijiosas; mas respecto á la obligacion de no casarse, no la considero precisa, pues en el hecho de pasar á otras nupcias, queda la madre ó la abuela inhábil para continuar esta tutela, si no interviene real dispensa, como ya se ha indicado; y debe el juez de oficio hacer que pase el cargo á otro pariente, ó nombrar en su defecto nuevo tutor.

No habiéndolo testamentario ni lejítimo, entra el *dativo*, el cual se llama asi porque lo nombra el juez del domicilio del huérfano ó del partido donde se halla la mayor parte de su caudal (1), ó bien, y es lo que sucede mas comunmente, el juez en cuyo juzgado se ha prevenido la testamentaria del padre del huérfano. El nombramiento en este caso debe recaer con la obligacion de dar fianzas para asegurar la buena administracion de los bienes del menor, haciéndose el discernimiento del cargo de la manera que la práctica tiene autorizada.

Por regla jeneral pueden ser tutores todos los hombres (y las mujeres respecto de sus hijos ó nietos) mayores de 25 años. Pero está prohibido solo á los menores de dicha edad, aunque estuvieren casados, al mudo, al sordo, ciego totalmente, demente, pródigo, asi declarado legalmente: á los deudores y acreedores del huérfano (escepto la madre y la abuela), á menos que los nombre el testador, ó lo sean de poca cantidad: al que administra rentas del Estado, mientras no esté solvente en sus cuentas: á los militares: á los que tuvieren algun impedimento ademas de los expresados: á los obispos, y aun á los clérigos seculares, aunque respecto de estos está prohibido

(1) Ley 12, tít. 16, P. 6.

serlo de los estraños, mas no de los parientes: al que habiendo sido nombrado por el padre en ocasion de tener bienes, ha variadó de situacion, viniendo á la clase de pobre, y por último al fiador del deudor del pupilo (1).

Hay varias causas por las cuales pueden escusarse de ser tutores los que no tienen prohibicion legal de serlo. Los tutores lejítimos no necesitan de causa alguna para escusarse, pero sí los testamentarios y los dativos (2). Los motivos de escusa son los siguientes: el tener cinco hijos naturales y lejítimos vivos, contándose por tales los que hayan muerto en el servicio de la iglesia ó del Estado: los jefes de rentas: los majistrados: los ausentes en servicio de la nacion: el que tuviere dos ó tres tutelas ó curadurías: el pobre: el enfermo habitual; y los que no saben leer ni escribir, ó no tienen capacidad para desempeñar el cargo: el que hubiere tenido enemistad capital con el padre del huérfano: los mayores de 70 años (3); y los catedráticos (4).

CAPITULO VII.

De la curaduría ó curatela.

Fenecida la tutela por haber cumplido el menor los 14 años, ó la huérfana los 12, entran estos bajo el cuidado del curador hasta ser mayores de edad, época en que adquieren la libre administracion de sus bienes. Tambien se nombra curador á los dementes y demas personas que por incapacidad fisica ó mental se hallan imposibilitados de manejar sus intereses; pero esta clase de cargo es mas bien tutela que curaduría.

Los que solo por ser menores de edad están en el caso de nombrar curador, no pueden ser obligados á recibirlo, si no lo quisieren, á menos que tuvieren que comparecer en juicio, pues entonces precisamente necesitan de un curador *ad litem*. El curador no debe ser nombrado en testamento, pero si lo fuere, y el juez entendiere que es útil al menor la confirmacion, puede acordarla. Lo comun, es que el mismo menor, capaz ya de conocer por sí qué persona podrá serle mas ventajosa para desempeñar este cargo, la elija por su curador, y que el juez apruebe la eleccion, haciendo el discernimiento de la manera

(1) Varias leyes del tit. 16, P. 4.

(2) Ley 12, tit 16, P. 6.

(3) Ley 2, tit. 17, P. 6.

(4) Ley 3, id. id.

acostumbrada, que es por medio de escritura pública, ó *apud acta* en el mismo expediente del nombramiento.

La curaduría regularmente es dativa, pues la legítima suele ser solo respecto de las personas que tienen incapacidad intelectual para la administracion de sus bienes; en cuyo caso el pariente mas próximo del demente, y por consiguiente su hijo si es mayor de 25 años, debe ser preferido á los extraños (1). Puede sin embargo ser testamentaria la curaduría, si el padre deja nombrado curador para su hijo en su testamento, y entonces corresponde tambien al juez la aprobacion, pues es presumible el acierto del padre en la eleccion. Pero siempre el menor está facultado para elegir á su voluntad; y ya de una manera ó ya de otra es indispensable que tenga curador, pues de otro modo no puede contrátar ni manejar sus bienes, ni comparecer en juicio hasta haber cumplido los 25 años.

Las personas imposibilitadas legalmente para ejercer la tutela lo están asimismo para la curatela; y las mismas excusas que eximen de aquella carga, libertan tambien de esta; debiendo añadirse únicamente la que tiene el tutor para desempeñar la curaduría, respecto de su mismo pupilo, pues aquel cargo le liberta de este (2).

CAPITULO VIII.

Obligaciones de los tutores y curadores, y causas por las cuales fenecen sus cargos.

Tanto los tutores y curadores testamentarios, como los legítimos y dativos, deben antes de entrar á desempeñar su cargo, aceptarlo y jurar ante el juez que lo discierne ó del escribano á quien comisione, que lo ejercerá bien y fielmente, cuidando del huérfano y de su caudal, y llevando cuenta y razon de todo (3). Ademas tienen obligacion los tutores legítimos y dativos, pero no los testamentarios, de dar fianzas suficientes en que aseguren los intereses que van á administrar (4). El mismo deber está impuesto á los curadores: y en cuanto á la madre ó abuela es muy varia la opinion de los autores, por lo cual está

(1) Ley 13, tit. 16, P. 6.

(2) Ley 3, tit. 17, id.

(3) Ley 9, tit. 16, P. 6.

(4) Dicha ley y la 94, tit. 18, P. 3, la cual no habla mas que de los legítimos; pero en la práctica se ha hecho extensiva esta obligacion á los dativos.

sometida á la prudencia del juez la decision de si ha de otorgar ó no fianzas.

Respecto á los tutores testamentarios, es conveniente que al otorgarse los testamentos cuiden los escribanos de que se ponga la cláusula de obligarles á dar dicha seguridad, á menos que el testador no tenga una absoluta confianza en la persona que nombra: por cuyo medio se evitan despues cuestiones sobre si está ó no obligado el tutor testamentario á afianzar las resultas de su administracion. Pero aunque el testador no le haya impuesto este gravámen, sino por el contrario relevado de él, si la persona elejida es de mala fama ó no era conocida de aquel, debe el juez obligarle á que afiance, á fin de que no sean defraudados los bienes del pupilo. Tambien suele imponerse esta cualidad, cuando son nombrados muchos en el testamento, y alguno de ellos se compromete á dar fianza, en cuyo caso queda este exclusivamente encargado de la tutela.

Asi los tutores como los curadores deben, luego que se les haya discernido el cargo, hacer á costa del menor inventario solemne y específico ante escribano público y testigos, de todos los bienes muebles, raices, créditos, derechos y acciones correspondientes al mismo, sin que sea necesaria la presentacion de él; lo cual se entiende aunque el testador le haya relevado de ejecutar esta formalidad (1). Para la formacion de este inventario no está señalado término alguno; pero deben realizarlo lo mas pronto que puedan. «La práctica es (dice un autor, y asi se ejecuta) entregarles los bienes por inventario antes que empiecen á usar de su oficio, á cuya responsabilidad se obligan en el instrumento que otorgan, y con esta cautela y diligencia se evita todo fraude y sospecha de ocultacion.» Si el tutor ó curador no hiciere dicho inventario, puede ser removido por sospechoso, á menos que justifique fundado motivo que se lo impidiera, en cuyo caso hasta que el juez le obligue á que lo ejecute.

El principal deber de todo tutor es cuidar de la persona de su pupilo, y ademas de sus bienes, y lo mismo incumbe á los curadores, aunque mas especialmente tienen esta obligacion de mirar por el caudal del menor. Tanto los tutores como los curadores deben pues cuidar de la educacion y alimentos del huérfano: lo primero, segun la clase á que este corresponda, y á la profesion ó carrera que le convenga seguir, y lo segundo con arreglo á su caudal y proporciones; y principalmente segun lo que hubiere dispuesto el padre ó abuelo del huérfano, ó lo que en su defecto acordare el juez.

(1) Ley 13, tit. 16, P. 6.

Es asimismo obligacion de los tutores y curadores defender en juicio los intereses de sus pupilos, tanto demandando cuando fuere justo, como sosteniendo los litigios en que sean demandados.

Con respecto á la administracion de los bienes, convienen todos los autores en que deben hacerlo de modo que no arriesguen aquellos á una pérdida, sino que impongan el caudal en fincas, ó á préstamo con todas las seguridades necesarias. Los contratos deben otorgarlos los tutores por sí exclusivamente, pero los curadores con la intervencion de sus pupilos.

Está prohibido tanto á unos como á otros, que puedan enajenar los bienes raices de estos, y asimismo el empeñarlos ó hipotecarlos. Pero esta prohibicion se entiende, como ya en otro lugar indiqué, sino interviene decreto judicial; pues acreditándose la necesidad, ó al menos la conveniencia de la enajenacion, puede hacerse, ejecutándose precisamente en pública subasta. Sin embargo, ni aun de este modo debe consentirse que se enajene, si es posible escusarlo, la casa del padre ó del abuelo del huérfano, en que este nació (1).

Los demas bienes, es decir, los muebles y semovientes, alhajas, frutos, etc., pueden enajenarse y empeñarse, siempre que sea para utilidad del menor (2), y que no los compre el tutor ó curador, á los cuales está prohibido por la ley.

Cuando el padre y no el tutor es el que administra los bienes del menor, no es absolutamente preciso el decreto judicial para la enajenacion de los raices (3), pero siempre es conveniente que intervenga esta formalidad, y asi se practica.

Tampoco tiene obligacion el padre de hacer inventario de los bienes que administra de sus hijos, sino solo una descripcion ante escribano y dos testigos, como dicen los autores; pero esto equivale al inventario.

Conclúyese la tutela ó la curaduría por varias causas: una es, como ya he indicado, cuando la madre ó abuela que desempeñó dicho cargo contrae nuevo matrimonio: por cumplir el pupilo 14 años, y la pupila 12 respecto de la tutela, y 25 años en cuanto á la curaduría: por la muerte ó confinamiento del tutor ó del huérfano: si el tutor ha sido nombrado por cierto tiempo ó bajo condicion y se cumple aquel, ó cesa esta: si el tutor ó el huérfano fuere adoptado por hijo; y si el tutor se escusase por causa legítima, ó fuere removido de su cargo por sospechoso de malversacion.

(1) Leyes citadas en el cap. 1 de este título.

(2) Ley 18, tit. 13, P. 5.

(3) Ley 24, id. id.

Las causas porque el tutor ó curador puede ser tenido por *sospechoso*, y removido por consiguiente de su cargo, son estas: por haber sido tutor ó curador de otro huérfano y malversado su hacienda, ó enseñándole malas costumbres; por haberse descubierto despues de elejido, que era enemigo del huérfano ó de sus parientes: por manifestar á la autoridad judicial que carece de recursos para la manutencion de aquel, resultando ser falso: por no hacer inventario de los bienes del menor: por no defender á estos ni á su persona en juicio y fuera de él: por no presentarse á ejercer su cargo luego que supo el nombramiento: por vender sin licencia judicial bienes raices del huérfano; y por privarle inconsideradamente de alguna herencia, renunciándola en su nombre (1).

Están obligados á acusar al tutor ó curador sospechoso la madre, abuela, hermana y ama que crió al menor. Tambien puede acusarlo cualquiera del pueblo, y aun el mismo menor si tiene 14 años, con consentimiento de sus parientes. No habiendo quien lo acuse, y siendo notorios los perjuicios que causa, puede el juez removerlo y exijirle cuentas; pero en este caso es mas propia esta accion del promotor fiscal, á quien corresponde mas directamente segun el espíritu de la actual lejislacion. Mientras dure la acusacion, debe el juez nombrar al menor tutor ó curador interino (2).

Fenecida la tutela ó curaduría está obligado el tutor ó curador á dar cuenta justificada de la administracion de los bienes del huérfano, entregando á este ó su sucesor los que fueren de su propiedad, tanto muebles como raices; de lo cual son responsables los fiadores y sus herederos (3), y los bienes de los mismos tutores ó curadores, como legalmente hipotecados á las resultas de su cargo (4).

Los tutores ó curadores no solo tienen derecho á que se les abonen en cuenta los gastos que justifiquen y que lejítimamente hubieren hecho en beneficio de sus menores, sino á que se les satisfaga la décima de los productos de los bienes administrados (5). Pero esta décima se entiende de lo que queda liquido despues de deducidas las expensas, esto es, los gastos hechos para la recoleccion de los frutos ó cobranza de las rentas.

No deben sin embargo exijir décima de los bienes patrimoniales

(1) Véase la ley 1, tit. 18, P. 3.

(2) Leyes 1, 2, 3 y 4, tit. 18, P. 6.

(3) Ley última, tit. 16, P. 6.

(4) Ley 23, tit. 13, P. 3.

(5) Ley 3, tit. 3, lib. 4 del Fuero Juzgo, y 2, tit. 7, lib. 3 del Fuero Real que están en práctica.

del menor , que son , no solo los raices , semovientes y muebles , sino los frutos cojidos y separados del suelo al tiempo del fallecimiento del padre de aquel , y los créditos , derechos y acciones que tuviese á su favor ; porque de ellos no se la concede la ley , sino de los frutos adquiridos con posterioridad. Sobre este particular se detienen mucho los autores á hacer comentarios demasiado prolijos; pero no creo oportuno seguirlos en los casos que proponen y opiniones que sientan , y puede el que quiera consultar esta materia ver el tomo 1.º de Febrero refundido por Tapia , página 473 y siguientes.

TITULO SEGUNDO.

DE LA ADQUISICION Y TRASMISION DEL DOMINIO Y DE LOS
DERECHOS ANEJOS A EL.

SECCION PRIMERA.

REGLAS GENERALES SOBRE LA ADQUISICION DEL DOMINIO.

CAPITULO I.

De la adquisicion del dominio por los medios naturales y legales.

Son consideradas como cosas que corresponden al dominio ó propiedad, todas aquellas en que ha ejercido alguna industria la mano del hombre. El mar, por ejemplo, y su ribera, no pertenecen á propiedad particular ni del comun: ninguna persona tiene, pues, dominio sobre estas cosas. Lo mismo puede decirse de los animales que vagan por las selvas incultas y no acotadas; pero todo lo demas para cuyo goce el hombre ha hecho algun trabajo, ó se ha valido de su industria, pertenecen á la propiedad, bien sea de una nacion, bien de una provincia ó pueblo, ó bien de un individuo. Los caminos jenerales, los rios, los puertos, corresponden á toda la nacion; los caminos de travesía, los establecimientos de utilidad pública limitada á una provincia, se reputan como de ella únicamente; los montes, dehesas, fuentes y otros aprovechamientos de esta clase son del comun de los pueblos, y los de mas bienes, como una casa, una tierra, un artefacto, pertenecen al dominio de los particulares.

Esta última clase de propiedad es la que esclusivamente ocupará nuestra atencion, porque ella es la que mas comunmente sirve de objeto á los tratos y negociaciones que autorizan los funcionarios en quienes las leyes han depositado la fé pública. Las restantes cosas que entran en el dominio son mas bien objeto de la Administracion, y por

ella se dá autenticidad á los contratos y transacciones relativos á esa especie de propiedad nacional, provincial ó del comun.

El dominio privado, objeto de nuestras reflexiones, puede ejercerse sobre cosas *corporales* ó *incorporales*. Estas son las que por no tener cuerpo que reciba el tacto, no se pueden tocar, como las servidumbres, los derechos y las herencias jeneralmente consideradas. Corporales son por el contrario las que pueden tocarse, como una casa, un caballo, etc. De estas unas son *inmuebles* ó *raices*, como las tierras, las dehesas, los edificios: otras *muebles*, que pueden ser trasladados de un punto á otro, y otras por último *semovientes*, como los animales y ganados (1).

Dominio es el derecho de disponer libremente de una cosa, sino lo impide la ley, la voluntad del testador ó algun contrato. Ademas de este dominio absoluto hay otros que se llaman directo y útil, porque el que lo goza ejerce solo una participacion en él y no toda su plenitud. De esta clase de dominio se tratará en el lugar oportuno.

Muy diversos son los medios de adquirir el dominio. Contaremos en primer lugar la *ocupacion* y la *accesion*. A la primera pertenece todo lo que, no teniendo dueño, lo adquirimos por nosotros mismos como sucede por medio de la caza y de la pesca, y á la segunda lo que adquirimos por razon de una cosa nuestra; ó por que nace ó se deriva de ella, como sucede, por ejemplo, con la cria de los animales domesticados, y con las tierras que el curso de los rios agrega á las nuestras.

Los animales, objeto de la ocupacion, se dividen en *fieros* ó *domésticos*: los primeros son los que por instinto tienen inclinacion de vagar por todas partes, sin apetecer el dominio del hombre. Acerca de estos y de la manera de adquirirlos rije una lejislacion particular consignada en las ordenanzas y reglamentos de caza y pesca.

Entre los animales llamados fieros ó salvajes, en la acepcion legal se cuentan tambien las abejas; mas por la utilidad que traen al hombre con los copiosos frutos que le proporcionan, han dispuesto las leyes que entren en el dominio particular, cuando reunidas en colmenas, se ocupan en esa admirable industria que produce la miel y la cera.

Los animales *mansos* ó *domésticos* son aquellos que se crían bajo el dominio del hombre, como sucede á las gallinas, patos, etc.; y estos, aunque se vayan de las casas de sus dueños y no vuelvan, no por eso salen de su dominio, pudiendo por consiguiente ser reclamados.

(1) Ley 4, tít. 29, P. 3.

Los *domesticados* ó *amansados* son de naturaleza salvaje, pero tienen la costumbre de ir y volver al albergue que los hombres les proporcionan. Mientras conserven esta costumbre, permanecen sujetos al dominio; pero si faltan á ella, dejan de ser propiedad particular, y quedan sujetos al primero que los aprehende. A esta clase corresponden las palomas.

Tambien se adquiere por medio de la *ocupacion* el dominio de las piedras preciosas y otros objetos hallados en el mar ó en sus playas, y el de aquellas cosas abandonadas por sus dueños con intencion de que no vuelvan á ser suyas. Hay asimismo otra clase de bienes que se conocen con el nombre de *mostrencos*, por no tener dueño conocido, y pertenecen al Estado.

A la *ocupacion* corresponden tambien los tesoros y las minas, aunque tanto una como otra clase de riqueza no se adquieren en pleno dominio, si no en participacion con el erario, que toma parte de estos productos segun las reglas especiales establecidas.

Dije que otro de los medios de adquirir la propiedades la *accesion*, y esta la dividen los autores en dos especies: *natural*, que acontece solo por obra de la naturaleza, sin cooperacion alguna del hombre; é *industrial* porque procede de su industria y trabajo. La primera sucede de cuatro maneras: por aluvion, avenida de los rios, islas que nacen en ellos y mutacion de alveo ó cauce. El *aluvion* es el aumento que lentamente recibe un terreno por el continuo movimiento de un rio ó arroyo, sin que pueda percibirse la porcion que cada vez se aumenta, este aumento queda bajo el dominio del dueño de la tierra á que se agrega.

Las islas que nacen en los rios corresponden por igual derecho á los dueños de las tierras que forman su márjen, atendiéndose á su mayor proximidad; de manera que echándose una línea recta en medio del rio, las porciones de uno y otro lado, aunque sean desiguales, pertenecen al dueño de las tierras mas inmediatas: y si estas son de uno en propiedad y de otro en usufruto, el propietario adquiere el pleno dominio de la parte de la isla inmediata. Pero si las islas de los rios no nacen de ellos, sino entrando estos por grandes avenidas en algun campo, y dejando parte de él aislado, entonces permanece el dueño de la tierra en el uso de su propiedad.

Si el rio muda de cauce, el nuevo se hace público, como lo es el rio, y el viejo abandonado lo adquieren los dueños de los campos vecinos: disposicion de derecho que podria combatirse con abundantes razones, pero que tiene toda fuerza legal.

Los campos que se inundan ó cubren de agua por las avenidas de los rios, conservan su dominio los que antes lo tenian, aunque pierden

la posesion mientras están cubiertos: mas luego que se descubren y vuelven las aguas á su lugar, puede el dueño usar de ellos como anteriormente.

Cuentan tambien los autores entre la *accesion* ó agregacion la plantacion de un árbol ó arbusto en campo ajeno, porque el dueño de este adquiere el dominio de aquel luego que echa raíces (1).

La *accesion* industrial consiste en la agregacion por medio del trabajo del hombre de una cosa ajena á la propia, como por ejemplo, un pie á una estatua, el edificio al suelo, etc. El que unió la cosa propia á la ajena, si lo hizo de mala fé, pierde lo que era suyo, y si de buena fé, tiene derecho al valor de lo agregado. Corresponde tambien á la agregacion industrial la formacion de una nueva especie con materia ajena, como si de las uvas se hiciese vino, ó de la caña dulce el azúcar ó la miel, de la plata un vaso, etc. Si formada la especie, no puede la materia reducirse á su primitivo estado, corresponde esta al que por su industria la convirtió en diverso objeto, si intervino de buena fé, aunque siempre abonando el valor de la materia. Pero si fuere posible reducir esta á su estado primitivo, debe restituirse á su antiguo dueño, al cual se deben satisfacer los gastos ocasionados en formar la nueva especie, á menos que lo hubiese hecho de mala fé, en cuyo caso pierde el que lo hizo la obra y los gastos (2).

Tambien sucede la agregacion industrial por la mezcla de materias de una misma especie ó de distintas; pero con la siguiente distincion: el que de intento mezcla lo propio con lo ajeno, nunca hace suyo esto último, aunque proceda de buena fé. Mas si por casualidad ó por voluntad de ambos dueños se mezclan las cosas, son divisibles por mitad, pudiendo estas desunirse; y no siendo posible, cada uno conserva en ellas su parte (3).

Otras de las maneras de adquirir el dominio es la *tradicion*, la cual puede hacerse de tres modos: *corporal*, *ficticia* ó *simbólica*. La corporal es cuando se entrega realmente la cosa en manos del que la compra ó adquiere por otro título. La ficticia cuando no interviene entrega efectiva en el acto de trasladar el dominio; y la simbólica cuando se entrega una cosa en señal de otra cuyo dominio se quiere transferir.

Adquiérese tambien este por la *prescripcion*, que es el derecho que nace de la posesion no interrumpida de una cosa por el tiempo que pre-

(1) Véanse las leyes del tít. 18, P. 3.

(2) Ley 33, tít. 28, P. 3.

(3) Ley 34, tít. 2, P. 3.

fijan las leyes. Para que tenga lugar esta manera de adquirir el dominio son necesarias cinco circunstancias, á saber: 1.^a título de adquisición; es decir, que se haya adquirido la cosa por compra, donacion, herencia ú otro contrato de los que transfieren la propiedad: 2.^a buena fé: 3.^a posesion continuada: 4.^a tiempo prescripto por la ley; y 5.^a capacidad, esto es, que el poseedor no tenga impedimento para prescribir, ni aquellas lo tengan para ser objeto de la prescripcion (1).

El título ha de ser valedero: el que tenga una cosa creyéndola suya por estar persuadido de que se la dieron, no puede obtener prescripcion de ella, á menos que su falsa creencia provenga de un hecho ajeno que le sea inculpable, como por ejemplo, si habiendo uno dado órden á su apoderado para que le comprase alguna cosa, se la entregase este, diciendo falsa ó equivocadamente que la habia comprado, en cuyo caso tiene lugar la prescripcion (2).

La buena fé consiste en creer el poseedor de la cosa que era dueño de ella, ó que tenia facultad de enajenarla el que se la vendió ó dió. Asi no tendrá buena fé el que comprase una cosa, advirtiéndole el dueño de ella que no es del vendedor (3).

La posesion, dice la ley de Partida (4), *es tenencia derecha, que el home há en las cosas corporales con ayuda del cuerpo y del entendimiento*; es decir, el poder legal que tienen los hombres sobre las cosas que adquieren. Es de dos maneras, una natural y otra civil ó por concesion del derecho. La natural es cuando se tiene una cosa materialmente, como una casa, un caballo, etc., y la civil cuando no se tiene corporalmente sino solo con la voluntad. Las cosas incorporeales se poseen por el uso de las mismas y la tolerancia de los dueños, como por ejemplo sucede con las servidumbres, etc.

La posesion debe ser *continuada*, porque si llega á interrumpirse, bien naturalmente, porque en realidad la pierde el que la estaba prescribiendo, ó bien civilmente porque se le emplace ó se le demande, queda cortada la prescripcion, y debe empezar de nuevo (5). Pero se une la posesion del antecesor á la del sucesor, tanto singular como universal; de suerte que al tiempo que poseyó el uno se agrega el del otro, con tal que lo haga de buena fé (6).

Tiene aptitud para adquirir la posesion todo hombre de sano jui-

(1) Leyes 6, 7 y 9, tit. 29, P. 3.

(2) Leyes 14 y 18, tit. 29, P. 3.

(3) Ley 9, id. id.

(4) Ley 1, tit. 30, P. 3.

(5) Leyes 29, tit. 29, P. 3, y 6, tit. 8, lib. 11, N. R.

(6) Ley 16, tit. 29, P. 3.

cio, y puede obtenerla, no solo por sí, sino por medio de otro reuniéndose los dos requisitos necesarios, que son, voluntad ó intencion de adquirirla, y acto corporal de ocupacion, ó por lo menos presunto, esto es, por medio de un signo que acredite la posesion. Por esta razon no pueden ganarla por sí los arrendatarios ó colonos, los depositarios y otros que tienen las cosas en nombre ajeno, ni los que entran en ellas ó las adquieren por fuerza, pues su adquisicion es nula (1).

El tiempo de posesion necesario para prescribir una cosa, es el de tres años siendo mueble, y diez si fuere raiz, en el concepto de hallarse en la misma provincia el dueño contra quien se prescribe, pues estando fuera de ella se necesitan veinte años. Tambien y con mayor razon se prescribe por la posesion inmemorial, justificada por medio de testigos idóneos que aseguren haber visto poseer una cosa por espacio de cuarenta años, y que lo oyeron á sus mayores (2).

El tiempo referido basta para adquirir el dominio por la prescripcion; mas para ganar la posesion es suficiente un año y un día (3), y por esta razon cuando uno es turbado en ella, habiendo estado en su disfrute por dicho tiempo, puede proponer el *interdicto restitutorio*, y debe ser repuesto, aunque no tenga otro título que la misma posesion; sin perjuicio de la demanda que despues se instaure acerca de la propiedad.

Las acciones prescriben tambien; pero respecto de ellas la prescripcion tiene un significado muy diferente, ó por mejor decir, contrario, pues prescribirse una accion significa perder el derecho á ejercitarla en juicio. Tambien hay tiempo determinado para esta clase de prescripciones: el derecho de ejecutar por obligacion personal prescribe por diez años: la accion personal y sentencia ejecutoria acerca de ella por veinte; y si acompañare hipoteca á la obligacion ó esta fuere mixta de personal ó real, se necesitan treinta años para prescribir la deuda. Asi lo previene la ley recopilada (4), la cual habla de la prescripcion de las acciones meramente reales, y por lo tanto debemos atenernos á la Partida (5), que fijó el tiempo de treinta años para la prescripcion de ellas.

Pero bastan solo tres años para que prescriban las acciones si-

(1) Leyes 10, tit. 30, P. 3, y 1, tit. 8, lib. 11, N. R.

(2) Leyes 4, 6 y 9, tit. 29, P. 3.

(3) Leyes 6, tit. 8, P. 3, y 3, tit. 8, lib. 11, N. R.

(4) Ley 5, tit. 8, lib. 11, N. R.

(5) Ley 21, tit. 29, P. 3.

guientes: 1.^a la que corresponde á cualquiera que haya servido á otro, para cobrar su estipendio ó salario: 2.^a la que compete á los almace-
nistas, artistas, artesanos y menestrales para la cobranza de sus mer-
caderías, manufacturas ó hechuras: 3.^a la que tienen los letrados, pro-
curadores y agentes para pedir sus honorarios y derechos (1). Estos
tres años se cuentan respecto de los sirvientes desde el día en que de-
jaron de servir, y en cuanto á los demas desde el en que vendieron los
efectos que les adeudan; debiéndose advertir, que para impedir esta
prescripcion hasta cualquier reclamacion de la deuda, aunque sea ex-
trajudicial (2).

Las cosas que no pueden ser prescriptas por prohibirlo la ley, son
las sagradas, religiosas ó santas (3); tampoco pueden serlo las que cor-
responda al comun de los pueblos (4); ni las usurpadas violentamen-
te ó robadas (5); ni las de los menores de 23 años, y de los hijos que
están bajo la patria potestad; ni los bienes dotales (6).

CAPITULO II.

De las servidumbres.

Servidumbre es el derecho y uso que tienen los hombres sobre cier-
tas cosas ajenas para servirse de ellas como propias. Es de dos mane-
ras, *real* ó *personal*: la primera cuando se tiene derecho á disfrutar de
predio ajeno para utilidad de la persona, y no de una finca ó heredad.

Las servidumbres reales se subdividen en *rústicas* y *urbanas*: rús-
tica es la que está impuesta en favor de las fincas destinadas á la agri-
cultura; y urbana la que se halla constituida en utilidad de un edi-
ficio del interior de las poblaciones.

Las servidumbres rústicas pueden ser de muchas clases; pero las
mas comunes son las siguientes: 1.^a la que se llama *senda*, esto es, el
derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la propia á pie ó
cabalgado, solo ó con otro, pero por donde no quepan dos á la par,
ni se puedan llevar carros, ni bestia cargada á mano. 2.^a La que se
 nombra *carrera*, en virtud de la cual se pueden llevar carretas y car-

(1) Leyes 9 y 10, tít. 11, lib. 10, N. R.

(2) Ley 10, tít. 11, lib. 10, N. R.

(3) Ley 6, tít. 29, P. 3.

(4) Ley 7, id.

(5) Ley 4, id.

(6) Ley 8, tít. 29, p. 3.

ros cargados. 3.^a *Via* es el derecho de hacer todo lo espresado y llevar carretas o piedras, ó maderas arrastrando, y todas las cosas que fueren menester para la utilidad de una hacienda propia. Esta última servidumbre viene á ser un camino, y debe tener el ancho que los interesados hayan estipulado, y sino ocho pies, y diez y seis habiendo de dar vuelta los carruajes. (1) 4.^a Esta consiste en un *acueducto* ó en el derecho de conducir agua por la heredad ajena, para nuestro molino, nuestra casa ó nuestras tierras. Respecto de esta servidumbre es obligacion del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, acequia ó canal por donde corre el agua, de manera que no se pueda ensanchar, alzar ni bajar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare. 5.^a El derecho de sacar agua de la fuente, acequia ó pozo ageno para que beban los labradores, bestias y ganados, y asi mismo el de entrar y salir en la heredad donde estuviere el agua. 6.^a El derecho de apacentar ganados de labor en dehesas ó tierras agenas. 7.^a Y por último, el de sacar piedra, cal, arena ú otro material que se encuentre en la heredad ajena, para labrar en finca propia.

Las servidumbres urbanas pueden tambien ser de muchas clases, pero las mas principales y mas conocidas son las siguientes, que generalmente se conocen en el foro con nombres latinos, que para mayor claridad conviene suprimir: 1.^a la de sufrir una casa la carga ó el peso de la otra, como pilar ó columna que sostenga una viga de la casa ajena: 2.^a el horadar una pared: 3.^a el abrir una ventana para recibir luz del area ajena: 4.^a la de recibir una casa el agua del tejado ó azotea de la otra: 5.^a el no poder levantar mas una casa para que no quite la vista á la contigua ó á la de enfrente: 6.^a y finalmente, la de poder entrar ó salir en nuestra casa por la del vecino.

Las servidumbres personales son: el *usufruto*, el *uso* y la *habitacion*. Usufruto es el derecho de usar y disfrutar una cosa ajena sin deteriorarla: el uso es el mismo derecho, pero limitando el goce de los frutos á los que el usufructuario necesita para sí y su familia: y la habitacion consiste en el derecho de habitar con su familia ó comensales una casa ajena, ó de alquilar ese mismo derecho.

Al usufructuario pertenecen todas las rentas y frutos de la cosa en que está impuesto aquel derecho, sin distincion de naturales ó civiles; esto es, nacidos de la misma cosa ó producidos ó percibidos por ocasion de ella. No sucede asi respecto del usuario, al cual no pertenecen todos los frutos, sino solo los que necesita para su familia, de donde se deduce que nada puede tomar de ellos para dar ni vender;

(1) Leyes 1, 2 y 3, tit. 31, P. 3.

y de consiguiente, como dicen los autores, si muriese teniendo algunos percibidos, y no consumidos, no serian del heredero del usuario, sino del propietario. Tampoco puede por este derecho servirse de las bestias alquilándolas á otro, ó para el trabajo ajeno, sino solo para el cultivo de la heredad propia.

Tanto el usufructuario como el usuario no deben deteriorar las cosas en que está constituido su derecho, y el primero tiene ademas obligacion de mantenerlas y cuidarlas bien; de modo, que si fuere una casa, ha de conservarla enhiesta y reparada, y si viña, cultivada: y si el usufruto consiste en ganados, y algunos muriesen, debe suplir estas faltas con otras tantas cabezas: por último, debe pagar los tributos, impuestos y demás cargas con que estuviere gravada la cosa que goce en usufruto.

Tres son las maneras de constituirse las servidumbres: 1.^a por contrato: 2.^a por testamento ó última voluntad; y 3.^a por el uso ó prescripcion. Nada hay que observar en cuanto á la primera y segunda de estas clases de adquisiciones; pero respecto de la tercera conviene saber, que el uso ó disfrute del derecho en que consiste la servidumbre ha de ser continuo, á ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente, con buena fé y no por fuerza, ni por ruego ó favor. Interesa tambien saber, que para contar el tiempo en que puede adquirirse el derecho á las servidumbres por uso ó prescripcion, es necesario distinguir entre las que se llaman *continuas y descontinuas*. Las primeras son las que se usan diariamente, como por ejemplo, todas las urbanas, y descontinuas las que se disfrutan con alguna intermision, ó que no siempre y á toda hora se está usando de ellas, como sucede con la senda, el camino y otras de esta clase. Las continuas se adquieren ó constituyen por diez años entre presentes y veinte entre ausentes, y las descontinuas por tiempo inmemorial. Conviene observar tambien, que para contar este tiempo es necesario distinguir las servidumbres entre *afirmativas y negativas*: estas consisten en no hacer una cosa, como por ejemplo, cuando se niega ó impide al vecino que alce su casa ó que abra una ventana; y las afirmativas por el contrario, en hacer algo, como abrir un hueco para que entre luz, colocar una viga sobre la pared ajena, etc. Para la prescripcion de estas últimas se cuenta desde el dia en que empieza su uso; mas para las de las negativas desde que se prohíbe á otro hacer tal ó cual cosa, ó usar de la libertad que crea tener. Si, pues, prohibiéndose al vecino que levante una pared, porque quitaría la luz, consiente éste, y pasan diez años, queda establecida por prescripcion la servidumbre de no poder edificar mas alto. Esta manera de adquirirla á ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente, vale como un justo título y tradicion.

Ninguno puede imponer servidumbre en una heredad, no siendo su dueño, ó al menos no teniendo sobre ella el dominio útil, como sucede á los *enfiteutas*, de que á su tiempo se tratará. Si fuere de muchos en comun, todos deben concurrir con su voluntad, pues de otro modo no se podría obligar á los que no han prestado su consentimiento.

Las servidumbres son individuales, es decir, que no pueden dividirse entre los herederos del dueño del prédio dominante, ó á cuyo favor está constituida, ni entre los del propietario de la heredad sirviente, ó sobre la cual gravita.

Es tan inherente la servidumbre, ya como derecho, ya como gravámen, al prédio sirviente ó al dominante, que no se pierde por variar de dueño ninguno de estos; sino por el contrario pasa siempre al nuevo poseedor. No puede, pues, enajenarla el dueño de la heredad á quien se debe, sin enajenar esta al mismo tiempo. Pero aquel que goza la servidumbre de llevar agua para regar su campo, bien puede conceder su aprovechamiento á otro, despues de estar este dentro de su heredad.

De tres maneras se pierden ó extinguen las servidumbres: 1.^a por la confusion de los dominios, esto es, por pasar á un dueño el prédio sirviente y el dominante; y de tal modo se extinguen en este caso, que aunque luego vuelvan á separarse las fincas, no puede haber servidumbre entre ellas, como no se constituya de nuevo: 2.^a acabáse tambien por la remision ó condonacion de este derecho, ejecutada por el dueño de la finca á quien se debe; y no es necesario que se haga espresamente: basta que tácitamente se demuestre esa voluntad, como por ejemplo, si el dueño de la servidumbre permitiese al que sufre el gravámen, que hiciera alguna cosa por la cual se impidiese su uso: 3.^a piérdese por último por el no uso de 20 años, sin diferencia entre presentes y ausentes, tratándose de servidumbres descontinuas, y de tiempo inmemorial las continuas; de manera que necesitando estas menos tiempo para adquirirse por medio de la prescripcion, sucede por el contrario, que es preciso mas tiempo para perderse por el no uso: pero esto se entiende respecto de las servidumbres rústicas, pues las urbanas se pierden por el no uso de 40 años entre presentes y 20 entre ausentes, concurriendo el indispensable requisito, de impedir el que debia la servidumbre su uso con algun hecho, como por ejemplo, cerrando una ventana por donde se recibia la luz.

El usufruto se extingue tambien, como las demas servidumbres, por la confusion de los dominios, esto es, reuniéndose en una persona la propiedad y el usufruto: por la remision ó condonacion de este derecho; y por no usarse en el espacio de 40 años entre presentes y 20

entre ausentes. Acábase tambien por muerte, ó destierro perpétuo del usufructuario: por enajenar este su derecho á un tercero, en cuyo caso la pierde y pasa al propietario, pues aunque le es permitido vender y arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos, no puede enajenar el derecho á disfrutarlo, que es exclusivamente personal é intransmisible: por destruirse la cosa que se usufrutuaba, á causa de algun accidente ó caso fortuito, como por ejemplo, si fuese un edificio, y se quemase; debiéndose advertir que el usufructuario no puede reedificarlo sin licencia del dueño: por último, se concluye por finalizarse el plazo, si así se hubiese estipulado. El usufruto legal que goza el padre en los bienes adventicios del hijo se extingue por el casamiento de este.

Se acaba el *uso* por las mismas causas expresadas, y el derecho de *habitacion*, por muerte del que lo disfruta, ó por privársele de este derecho, y consentirlo (1).

SECCION SEGUNDA.

DE LA TRASMISION DEL DOMINIO Y SUS DERECHOS ANEJOS, POR CONSECUENCIA DEL MATRIMONIO.

CAPITULO I.

De la dote.

Los bienes matrimoniales se conocen con diversos nombres, segun su diferente naturaleza. Unos se llaman *dotales*, y son los que la mujer ú otra persona en su nombre entrega al marido para ayudar á sostener las cargas conyugales. Llámense otros *parafernales* ó *extradotales*, y son los que lleva la mujer al matrimonio sin incluirlos en los dotales, ó los que recaen en ella por algun título lucrativo, despues de celebrado aquel: otros *capital*, el cual lo forman los bienes que aporta el marido con igual objeto que la dote: otros se titulan *proprios*, y son los que cada cónyuge lleva al tiempo de casarse, ó adquiere du-

(1) Véanse las leyes del tít. 31, P. 3.

rante el matrimonio por herencia, donacion ú otro contrato lucrativo, cuyos bienes se llaman tambien *hereditarios*; en todos los cuales el respectivo consorte tiene la propiedad, aunque los productos son comunes á ambos, y el marido los administra como si fuesen de su exclusiva pertenencia (1).

Por último, se llaman *gananciales* todos los bienes que por su industria ó trabajo, ó por productos de su respectivo caudal, adquieren los cónyuges, y quedan como ganancia despues de deducido el patrimonio propio de cada uno. Estos gananciales son partibles por mitad entre el marido y la mujer, ó sus respectivos herederos.

La *dote* consiste, como ya se ha indicado, en los bienes que la mujer lleva al matrimonio para ayudar á sostener sus cargas. Divídese en *adventicia* y *profecticia*. Adventicia es la que proviene del caudal propio de la mujer ó adquirido de su marido, de su madre ó de los parientes de esta, ó de personas estrañas: y *profecticia* la que trae oríjen de los bienes del padre ó del abuelo, y demas ascendientes paternos. El único efecto que produce esta clasificacion de bienes dotales es, que si la dote la ha dado el padre, la lleva la hija á colacion en la division de los bienes paternos, y si la madre en la de los maternos. Si ha provenido de otra persona, no tiene restriccion alguna, ni hay que llevarla á colacion y particion, á menos que habiéndola dado alguno que no fuese el padre ó la madre, impusiera la condicion de que hubiera de colacionarse al hacerse la division del caudal de aquellos.

Divídese tambien la dote en apreciada ó *estimada*, y no apreciada ó *inestimada*. Estimada se entiende, cuando al constituirse y entregarse, se tasan individual ó jeneralmente los bienes en que consiste; é inestimada cuando se forma aquella de tales fincas ó tales bienes, sin hacerse espresion de su determinado precio.

Afirman varios autores que el dominio de los bienes dotales pasa siempre al marido, ya sea la dote estimada ó inestimada; pero en mi concepto no puede transferirse en dos casos: 1.º cuando la dote consiste en bienes muebles, y se consumen con el uso; y 2.º cuando, aunque sean de otra clase, se entregan valuados al marido, del mismo modo que se hiciera venta de ellos. Si la dote fué inestimada, llegado el caso de disolverse el matrimonio, tiene obligacion el marido de devolver las mismas fincas que recibió, siendo el aumento ó deterioro de su valor propio de su mujer, lo cual prueba que ella conserva el dominio, y que el marido no puede mas que administrar esta clase

(1) Leyes 2 y 3, tít. 4, lib. 10, N. R.

de bienes, sin hacer uso del derecho de propiedad, ni por consiguiendo venderlos, hipotecarlos, ni gravarlos, á no ser con expreso consentimiento de su mujer, y concurriendo esta al otorgamiento del contrato, jurando y haciendo las renunciaciones que se dirá á su tiempo.

Hay casos, sin embargo, en que á pesar de haberse apreciado la dote antes de su entrega, se entiende como *inestimada* para los efectos civiles; y es cuando el aprecio se hace, no con ánimo de que se entienda para transferir el dominio de aquella, y como si se entregase la dote en calidad de venta, sino solo para saber á cuánto asciende su valor; pero bueno es que estas circunstancias consten en las escrituras dotalas, para evitar litigios con los herederos de la mujer, al restituirse los bienes de esta clase.

* Sucede tambien algunas veces, que tasándose estos, se pacta deberse restituir en especie, ó en su valor. Si así se hiciere, añadiéndose que la mujer pueda escojer, tiene este derecho para hacerlo, en cuyo caso corresponden á la misma las mejoras, así como son de su cargo los deterioros, si elije este último medio; y lo mismo sucede, si el marido se reserva el derecho á la eleccion, y escoje la facultad de restituir la dote en especie. Pero si, siendo la eleccion de la mujer, elijiese el medio de la estimacion ó tasacion, ó siendo del marido no quisiere restituir los bienes sino por su valor, el pro ó el daño corresponde á este: por manera que la ventaja ó desventaja cede en favor ó en contra del cónyuge, á quien se ha transmitido el dominio de la dote. Y si en el precio dado á los bienes ha habido algun engaño, aunque no llegue á la mitad de lo justo, tiene el perjudicado derecho á que se le resarza.

. Si se hubiere constituido la dote en ganados no apreciados, el beneficio ó el daño acaecidos en ellos corresponde á la mujer; pero si muriesen algunas reses, tiene el marido obligacion de entregar otro igual número nacidas de las que recibió en dote; y si esta consiste en cosas de las que se puedan contar, pesar ó medir, debe restituirse otro tanto de la misma calidad y especie.

Puede ser la dote *necesaria* y *voluntaria*. Necesaria es la que dá el padre, el abuelo ó el bisabuelo paterno, ó cualquiera otro que por haberla prometido puede ser apremiado á entregarla; y voluntaria la que dá la madre ó cualquiera otro sin obligacion de hacerlo.

Llábase necesaria la dote que dá el padre ó el abuelo, porque están obligados á dotar á su hija ó nieta, aunque no sea pobre, siempre que aquellos tengan caudal; y pueden ser apremiados á ello, como ya se ha indicado. Lo mismo sucede respecto del abuelo ó bisabuelo paterno á favor de la nieta ó biznieta, si estas fuesen pobres. Y dicese dote voluntaria la que dá la madre, porque esta no puede ser obligada

á entregarla. El padre natural tiene obligacion de dotar á sus hijos naturales.

La entidad de la dote debe graduarse por el caudal del padre; pero advirtiéndose que ninguno puede dar por via de dote ni de casamiento, tercio, ni quinto de sus bienes, ni se entiende la hija mejorada tácita ni expresamente por ningun contrato entre vivos (1).

La mujer puede llevar en dote bienes raices, muebles, semovientes, créditos y acciones: si es menor y los bienes fueren raices, debe intervenir licencia judicial para su entrega, no bastando la del curador; pero si fueren de las otras clases, es suficiente la de este.

Si la mujer cree que su marido malgasta ó disipa los bienes dotales, y viene á pobreza por culpa de aquel, puede demandarle judicialmente, para que se los entregue ó afiance su restitution, ó que se depositen en persona de responsabilidad, y se le den los alimentos proporcionados; pero no le compete esta accion, cuando los deterioros de la dote no provienen de culpa ó abandono del marido, sino de desgracia en su manejo ó de pérdidas involuntarias ó inevitables.

Debe restituirse la dote cuando se disuelve el matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, con la diferencia de haber de hacerse la restitution desde luego, si los bienes dotales fuesen raices, y dentro de un año, siendo muebles ó semovientes. Las demas doctrinas relativas á la restitution de la dote, se expondrán cuando tratemos de las particiones de los bienes hereditarios (2).

CAPITULO II.

De los bienes parafernales, arras y donaciones propter nuptias.

Bienes *parafernales* son propiamente aquellos, que ademas de la dote lleva la mujer al matrimonio, ó que adquiere durante este por herencia ó cualquiera otro título lucrativo. Estos bienes gozan el mismo privilegio que los dotales, estando por consiguiente legalmente hipotecados á su seguridad todos los del marido, y entran en su dominio, del mismo modo que aquellos, si se le han entregado bajo justiprecio y con intencion de que se transfiera la propiedad.

Otra clase de bienes posee la mujer casada, adquiridos por razon del matrimonio, y se conocen con el nombre de *arras*. A estas claes de bienes se dá tambien por los autores el nombre de donacion *propter*

(1) Ley 6, tít. 3, lib. 10, N. R.

(2) Véanse las leyes del tít. 11, P. 4; y la 1, tít. 9, P. 3.

nuptias; pero conviene no confundirlos con otra donacion llamada del mismo modo, que es la que hacen los padres á los hijos por via de casamiento. Por consiguiente, al tratar de esta materia, daré solo el nombre de arras á la donacion hecha por el esposo á la esposa en remuneracion de la dote ó en consideracion á sus prendas personales. Esta donacion puede hacerse antes ó despues del matrimonio; y para evitar el exceso de disponer el esposo ó el marido de toda ó de la mayor parte de su caudal, está prohibido por la ley que exceda de la décima parte de los bienes de aquel, y que se renuncie esa prohibicion, hasta el punto de incurrir en la privacion de oficio el escribano que dé fé de algun contrato de esta clase en que intervenga dicha renuncia; pero advirtiéndose, que para el cómputo de la décima no ha de atenderse solamente á los bienes que el marido posea al tiempo de constituirse las arras, sino tambien á los que despues adquiera (1).

Es tan propio de la mujer lo que obtiene por via de arras, que muerta aquellá pasan estas á sus herederos, aun quando sobreviva el marido, á no ser que se haya pactado lo contrario en la escritura (2).

De este principio se sigue, que el marido no debe enajenar ni disipar las arras, aunque medie permiso de la mujer, ni aun muriendo esta, si dejare herederos forzosos, y mientras ellos vivan, á no ser en dos solos casos: 1.º si la mujer concurre al contrato de su enajenacion, jurando ser en beneficio de ella, y 2.º si las arras han sido apreciadas, en cuyo caso el marido es responsable á la entrega de su valor y no de la especie.

No solamente el mayor de 25 años puede dar ú ofrecer arras á su esposa, sino aun el menor de dicha edad, siempre que, teniendo curador intervenga este en el otorgamiento; y en el caso de consistir la donacion en bienes raices, es indispensable ademas la licencia judicial, mediante á que la concesion de las arras es una verdadera enajenacion.

Ademas de las arras, ó en vez de ellas, suele darse tambien por el esposo ó la esposa, ó al contrario, algunos bienes, no en el concepto de arras, sino por *donacion*. Comunmente se distingue esta clase de dádiva en que intervienen joyas, alhajas ó vestidos; pero nunca, sea cual fuere la clase de bienes en que consista, puede exceder de la octava parte de la dote (3). Si el novio donante fuere viudo con hijos de

(1) Fuero Juzgo: ley 2, tít. 2, lib. 3 del Fuero Real, y ley 1, tít. 3, libro 10, N. R.

(2) Leyes 2 y 3 del mismo tít. y lib.

(3) Leyes 6 y 7, tít. 3, lib. 10, N. R.

otro matrimonio, no puede dar á la novia mas que el quinto de sus bienes; y si hubiere exceso es nula la donacion en cuanto á este. Esta clase de donaciones suele hacerse antes de celebrarse el matrimonio, y sin expresar condicion alguna, pero si ocurriere no realizarse aquel, como se ha concedido por consideracion al mismo, debe restituirse al esposo donante ó á sus herederos con la siguiente distincion: si intervino ósculo, la mitad del importe de la donacion; y si no intervino, toda la cantidad en que consista aquella: y si la esposa no ha llevado dote, no hace suya esta especie de donacion esponsalicia, segun la opinion, aunque poco fundada, de los autores.

Pero si la mujer se le hubiese hecho esta donacion, y prometido-sele además arras, solamente tiene derecho, y lo mismo sus herederos, á escojer dentro de 20 dias lo que se le dió en virtud de dicha dádiva, ó lo que se le prometió por arras, y pasado este plazo sin haber elegido, compete el derecho de eleccion al marido ó sus herederos (1).

La esposa puede tambien, como ya se ha indicado, hacer dicha donacion al novio, aunque es comun opinion que no tiene la restriccion de la octava parte del importe de la dote; pero si aquella falleciere antes de celebrarse el matrimonio, debe el esposo entregar lo donado á los herederos, háyala ó no besado (2); y si estaban ya casados y consumado el matrimonio, nada debe el marido devolver á la mujer ó sus herederos.

Otra clase de donaciones se conoce con el nombre de *propter nuptias*, y es la que hacen los padres á los hijos por consideracion al matrimonio que van á contraer, y para que puedan soportar con algun alivio sus cargas (3).

Otras por último son las que se hacen los cónyuges, no por razon del casamiento, sino despues de casados y por el amor que se profesan; pero estas están prohibidas por la ley (4).

CAPITULO III.

De los bienes gananciales.

Son *gananciales* todo el caudal del matrimonio despues de sacados los bienes privativos de ambos cónyuges; es decir, despues de deduci-

(1) Ley 3, tít. 3, lib. 10, N. R.

(2) Ley 3, tít. 11, P. 4.

(3) Leyes 5, tít. 3 y 9, tít. 6, lib. 10, N. R.

(4) Ley 4, tít. 11, P. 4.

dos la dote, bienes parafernales, arras y donaciones correspondientes á la mujer, y el capital, dádivas y adquisiciones lucrativas pertenecientes al marido. Repútanse gananciales todos los bienes que se encuentran al disolverse el matrimonio cuando no se acredita lo que cada uno de los cónyuges llevase (1). Son, pues, comunes los bienes, y lo son asimismo las deudas, ya sea que contribuyan ambos consortes con su trabajo é industria á la multiplicacion del caudal, ya se deba esta á uno solo, ora estén distantes el marido y la mujer, ora residan en un mismo domicilio, siempre que vivan de consuno y no estén separados con autorizacion judicial.

Son igualmente bienes gananciales, y se deben dividir por mitad entre ambos cónyuges, los que estos compran durante el matrimonio, ya sea con caudal comun, ya con el producto de los bienes de alguno de aquellos, siempre que resulten como multiplicados, despues de hechas las deduciones del peculio propio de cada uno.

La mujer no adquiere la propiedad de su mitad de bienes gananciales hasta la disolucion del matrimonio; pero el marido durante este ejerce un pleno dominio sobre todos ellos, y los puede vender y enajenar del modo que mejor le parezca, siempre que no se proponga por objeto evidente el defraudar á su mujer (2).

Muerto el marido, se entiende renovada y continuada la sociedad conyugal entre su viuda y los herederos legítimos de él, dividiéndose por consiguiente por mitad los gananciales adquiridos durante la proindivision; y lo mismo si muerta la mujer han quedado hijos casados ó emancipados, y estos continúan en sociedad con su padre.

(1) Leyes 1 y 4, tít. 4, lib. 10, N. R.

(2) Ley 3, tít. 4, lib. 10, N. R.

TITULO TERCERO.

DE LOS CONTRATOS.

CAPITULO I.

De los contratos y obligaciones en general.

Contrato ó pacto, que para nuestro propósito son sinónimos, es el *convenio ó consentimiento de dos ó mas personas para dar ó hacer alguna cosa*. Todo contrato produce *accion* de parte de uno de los contratantes, y *obligacion* de parte del otro. La *obligacion* es, pues, un *vínculo legal, que nos compromete á dar ó hacer alguna cosa, de manera que podamos ser apremiados á cumplirla*. La *accion* es el ejercicio del derecho que á favor de uno resulta de la *obligacion* contraida por otro: mas dejando para otro lugar el detenernos á tratar de aquella, nos limitaremos á hablar de los contratos, fuente principal de donde dimanen la mayor parte de las obligaciones.

Conviene antes para fijar las ideas prevenir, que al decir *obligacion*, prescindimos de la que los autores llaman *natural*, y nos concretamos á la *civil*, única que á nuestro intento interesa, porque es la que nace de los pactos y demas convenciones de los hombres.

Los contratos se dividen: 1.º en *nominados é innominados*: 2.º en *unilaterales y bilaterales*: 3.º en *consensuales, verbales, reales y literales*; y 4.º en *onerosos ó lucrativos*. Los *nominados* son los que tienen nombres propios por los cuales se conocen como *compra y venta, compañía, permuta, etc.*, y los *innominados* todos los demas que pueden celebrarse, y que no tienen un nombre determinado porque son infinitos: estos últimos se reducen sin embargo á cuatro especies, en las cuales están todos comprendidos, á saber: *doy para que des; doy para que hagas; hago para que des; y hago para que hagas*. Conviene indicar de paso, que una de las cualidades especiales de estos contratos *innominados* consiste en que la persona que ha cumplido por su parte, tiene

derecho á apremiar á la otra á que lo ejecute por la suya, ó bien á que resarza los perjuicios que por no hacerlo se le orijinen (1).

Unilaterales son aquellos en que uno solo de los contrayentes queda bligado, como sucede en el contrato de mútuo ó de préstamo; y *bilaterales* los que obligan á todos los contratantes como la compra y venta, arrendamiento, y otros varios.

Los llamados *consensuales* son los que se perfeccionan ó constituyen por solo el consentimiento de las partes; *verbales* los que se contraen de palabra; los *reales* entregando alguna cosa, y los *literales* redactándose por escrito. Pero sea cual fuese la naturaleza del contrato y el modo de celebrarlo, siempre que conste suficientemente, aunque con mas ó menos solemnidad, la voluntad de los contrayentes, produce obligacion á su cumplimiento (2).

Algunos pactos hay sin embargo que no obligan á los que los contraen, y son los reprobados por la moral ó las leyes; como por ejemplo el conocido con el nombre de *cuota litis*, que es el que concierta un litigante con su abogado para que este se quede con la cosa litijiosa (3); el que se hace para que el acreedor que tiene alguna cosa del deudor en prenda de su crédito perciba los frutos de la misma mientras la tuviere (4); los que se ejecutan con dolo ó por fuerza, ó contra lo prevenido por derecho ó lo que dictan las buenas costumbres (5), y los usurarios, que son los préstamos á un rédito mayor que el que las leyes permiten.

Por último, contratos *onerosos* son los que consisten en dar, prometer ó conceder alguna cosa, por precio, cambio ó remuneracion; y *lucrativos* aquellos en que no interviene mas que desprendimiento del que dá, ofrece, ó promete, sin ningun servicio ó retribucion de parte del que recibe. Siempre que dos personas se obligan simplemente por contrato ó en otra manera, se entiende que queda obligado cada uno por mitad; á menos que la obligacion se haya contraído *in solidum*, en cuyo caso cualquiera de los contratantes queda obligado por el todo (6).

(1) Ley 3, tít. 6, P. 3.

(2) Ley 1, tít. 1, lib. 10, N. R.

(3) Ley 14, tít. 6, P. 3.

(4)* Ley 2, tít. 13, P. 3.

(5) Leyes 28 y 38, tít. 11, P. 3.

(6) Ley 10, tít. 1, lib. 10, N. R.

CAPITULO II.

De las ventas y permutas.

Cuatro son los contratos consensuales, á saber: *compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato*, todos los cuales se constituyen y perfeccionan sin necesidad de mas formalidad que el consentimiento de los contrayentes. Nos ocuparemos ahora del primero que es el de *venta*, el cual consiste en la enajenacion del dominio de una cosa, por cierta cantidad de dinero: el que da la cosa objeto del contrato, se llama *vendedor*, y el que entrega el dinero *comprador*.

Para la validez de este contrato se requieren cinco circunstancias: 1.^a que sea una cosa cierta y determinada la que se vende: 2.^a que tenga dominio en ella el vendedor: 3.^a aptitud en ambos para contratar: 4.^a precio fijo y no incierto; y 5.^a mútuo consentimiento de las partes. Faltando alguna de estas circunstancias no es válida la venta. Sin embargo en cuanto á la certeza del precio, no es necesario que sea con tanta exactitud, como si se dijera vendo una casa por 2,000 pesos, pues basta que se diga, vendo tal finca por tanto dinero, cuanto tengo en tal parte, ó por la cantidad en que la compré; pero si no se encontrase dinero alguno en el sitio designado, ó resultase que la casa no habia sido comprada sino adquirida por donacion, no habria precio, ni por consiguiente verdadera venta. Tampoco seria válida esta, si aquel se dejase á la libre designacion de uno de los contratantes, y no de ambos; pero sí, conviniendo uno y otro en que una tercera persona lo designe. Sin embargo fijando un precio excesivo ó demasiado bajo, debe reducirse al justo valor, y muriendo el árbitro nombrado sin haber señalado la cantidad, queda sin perfeccionarse el contrato.

Ya se ha indicado que este, como todos los consensuales, se constituye solo con la conformidad de las partes en la cosa y en el precio, á menos que conviniere de que haya de otorgarse escritura, en cuyo caso hasta la formacion de esta puede cualquiera de los interesados arrepentirse y quedar sin efecto la venta. Pero perfeccionada esta, ya por el simple consentimiento, por medio de la escritura en su respectivo caso, ninguno de los contratantes puede eximirse de su ejecucion, aunque no haya intervenido señal ó prenda para su seguridad. Acerca de esta señal es oportuno asentar aqui la doctrina de derecho, por lo frecuente que es la intervencion de aquella en estos contratos. Puede darse antes de estar perfeccionada la venta, cuando haya tiempo de arrepentirse, y entonces, si se arrepiente el comprador, y este es el que la ha dado, debe perderla; y si es el vendedor el arrepentido, debe

este devolver la prenda con el duplo, quedando sin efecto la venta.

Pero si cuando entregó el comprador la señal, manifestó que la daba en tal concepto y en parte del precio, y ademas como prueba de estar perfeccionado el contrato, no puede ya deshacerse este, ni tiene obligacion el comprador de consentir que aquel se deshaga, aunque el vendedor le ofrezca el doble precio.

Perfeccionada la venta por el consentimiento, que puede manifestarse ya de palabra, ya por escrito, y tambien por medio de apoderado, no hay inconveniente en proceder al otorgamiento de escritura, aunque uno de los contratantes se halle en un pueblo, y el otro en punto diferente; aun cuando la cosa vendida estuviese en diverso lugar.

Si los contratantes discordasen en el precio, queriendo el vendedor que fuese mayor, y el comprador por el contrario, exigiendo que sea menor, no se perfecciona la venta; pero si el comprador es el que ofrece el precio mayor, sí es válida, aunque el vendedor haya exigido menos.

Cuando hay discordancia ó error en la casa que se vende, no es válido el contrato; pero sí cuando el error ó equivocacion consiste solo en el nombre, y no en la esencia de la cosa misma.

Pueden comprar y vender los que son aptos para contratar; esto es, todos los que no tienen prohibicion legal para ello (1), como sucede á los dementes, los pródigos ó personas que tienen interdiccion judicial para el manejo de sus bienes; las mujeres casadas si no están autorizadas suficientemente por sus maridos, y los menores de 25 años. En cuanto á las mujeres casadas separadas judicialmente de sus maridos tienen facultad de contratar por sí; y en otro caso, no obteniendo licencia de su marido, por negársele este, ó por ignorarse su paradero, pueden impetrarla y obtenerla del juez. Los hijos de familia, es decir, los que no hayan salido de la patria-potestad, tampoco pueden contratar con su padre, á no ser respecto del peculio castrense ó cuasi castrense.

Pero con respecto á los bienes de los menores, aunque no se pueden enajenar, sí estan facultados para ello sus tutores ó curadores, concurriendo los requisitos que la ley prescribe: es decir, alguna urgente necesidad ó utilidad conocida, justificada por medio de testigos ó peritos, licencia judicial para ello acordada por el juez del partido, y venta en pública subasta (2). Cuestion hay entre los autores sobre si son necesarios todos estos requisitos para la venta de los bienes

(1) Véanse las leyes del tít. 5, Part. 5.

(2) Leyes 18 y 60, tít. 18, P. 3; 8, tít. 13 y 4, tít. 5, P. 5.

muebles; pero comunmente se entiende serlo únicamente para la de los raices. Al exijirse estas solemnidades para la venta de dichos bienes, debe entenderse lo mismo respecto de cualquier clase de enajenacion, empeño ó hipoteca.

Ni los tutores y curadores, ni los albaceas, ni los que por cualquier título administran bienes de otros, pueden comprarlos privadamente ni en subasta pública: la venta que en contrario se hiciere es nula (1).

Los corredores de comercio tienen prohibicion de vender y comprar mercancías de cualquier clase (2), los ropavejeros la tienen igualmente de comprar los bienes que se venden en pública subasta (3).

Ningun hijo de familia, ni menor de 23 años, puede comprar, ni tomar, ni sacar fiado, ni otro en su nombre, sin licencia del respectivo padre, tutor ó curador, jéneros algunos de mercaderías: ni á los mayores de edad se les puede tampoco vender estos al fiado, ni darles dinero, á préstamo con la condicion de pagar cuando hereden ó adquieran algun mayorazgo ó se casaren (4).

Igualmente está prohibido vender ninguna cosa al fiado, ó prestar dinero á los estudiantes sin la voluntad de su padre ó de quien haga sus veces (5).

No pueden ser objeto de venta los mármoles ú otras piedras, ni las maderas que forman parte de un edificio (6): tambien prohíbe la ley comprar trigo, dando precio adelantado, sino con la condicion de haberse de pagar al precio que valiere en la cabeza del partido, quince dias antes ó despues de Nuestra Señora de Setiembre, aunque se hubiere concertado á menos precio (7). Pero esta prohibicion es necesario combinarla con lo que dispone el real decreto de 29 de enero de 1834, sobre libre tráfico y comercio de granos y frutos.

Es válida la venta que se haga del fruto que diese tal año cierta viña, cierto olivar ó cosa semejante; pero si no diere la finca ningun producto, no tiene obligacion el comprador de abonar el precio, á menos que se haya contratado á todo riesgo y ventura (8). No vale la venta de una herencia de cierta y determinada persona, si no se hi-

(1) Ley 1, tít. 12, lib. 10, N. R.

(2) Ley 4, tít. 6, lib. 9, N. R.

(3) Ley 4, tít. 12, N. R.

(4) Ley 17, tít. 1, lib. 10, N. R.

(5) Ley 1, tít. 8, lib. 10, N. R.

(6) Ley 16, tít. 5, P. 3.

(7) Ley 1, tít. 19, lib. 7, N. R.

(8) Ley 11, tít. 3, P. 3.

ciere con anuencia y otorgamiento de ella, y persistiere en esta misma voluntad hasta su muerte (1).

A ninguno se le puede obligar á que venda una cosa sino por causa de conocida utilidad pública, acreditada con arreglo á la ley de expropiacion forzosa. Tampoco se puede comprometer á ninguna persona á que compre contra su voluntad (2).

Cualquiera puede comprar con dinero ajeno, haciendo suya la cosa, si la tomó para sí, á menos que el dinero fuese de algun militar ocupado en el ejército, ó de menor de 25 años siendo el comprador el mismo tutor ó curador de este; aunque puede elejirse entre tomar la cosa comprada ó el dinero desembolsado por ella (3).

La venta en que interviene dolo, si este da causa al contrato, es absolutamente nula; pero si el fraude ó engaño es consecuencia del mismo contrato, no se invalida sino queda obligado el comprador á entregar el precio que lejitimamente valga la cosa vendida (4). Las ventas hechas por miedo ó fuerza se rescinden por la restitution, y por consiguiente quedan sin efecto alguno (5). Lo mismo sucede respecto de todo contrato; pero el miedo ó fuerza ha de ser de tal gravedad, que imponga aun á las personas de esforzado ánimo, no bastando un terror pánico ó pueril (6).

En las ventas puede estipularse por los contratantes cualquier condicion que no ofenda á las buenas costumbres (7). Los pactos mas comunes son los conocidos con los nombres de *comisorio*, de *adicion en dia* y de *retrovendendo*: el primero consiste en una venta al fiado, diciendo el vendedor, que si para tal dia el comprador no paga el precio señalado, se deshaga el contrato, y vuelva al vendedor la cosa vendida, ganando la señal que interviniera. En este caso el vendedor tiene derecho á elejir entre exigir el precio estipulado, y que la venta quede subsistente, ó revocarla y percibir solo la parte de precio que en señal hubiese recibido, siempre que el comprador se quede con los frutos producidos. Hecha la eleccion, ya no puede arrepentirse. Si el comprador devuelve los frutos, corresponde al vendedor abonar los gastos causados en su recoleccion; pero aquel debe satisfacer por su par-

(1) Ley 13, tit. 3, P. 3.

(2) Ley 7, tit. 12, lib. 10, N. R.

(3) Ley 49, tit. 3, P. 3.

(4) Ley 37, tit. 3, id.

(5) Ley 36, id. id.

(6) Ley 7, tit. 33, P. 7.

(7) Ley 38, tit. 3, P. 3.

te el menoscabo que haya sufrido la cosa vendida , si por su culpa se hubiere empeorado (1).

El pacto de *adicion en dia* consiste en estipular los contratantes, que si hasta cierto dia hallare el vendedor quien le diese mas por la cosa vendida , pueda enagenarla al que le hiciere mayor ventaja. En este caso llegado el dia, si en efecto el vendedor halla quien le dé mayor precio , el primer comprador es preferido en el contrato , ofreciendo igual utilidad , y en otro caso queda insubsistente la venta , y está obligado dicho comprador á devolver la cosa comprada con los frutos producidos , percibiendo las impensas hechas en recojerlos (2).

El pacto de *retroviendo* es parecido al comisorio , pues consiste en una venta , pero con la condicion de que para tal fecha se devuelva la cosa vendida , si el vendedor restituye la cantidad que por ella hubiere recibido , sin que entre tanto pueda el comprador enagenarla , sino solo servirse de ella.

Empeñándose alguna cosa en seguridad de una cantidad prestada , con la condicion de que no devolviéndose esta en cierto dia , queda aquella en calidad de comprada por el prestamista , es válida la venta , si sobre la suma entregada á préstamo se completare el precio fijado por peritos ; pero no , si se pacta que no abonándose el dinero prestado , se entiende vendida la cosa empeñada , solo por lo que se hubiere dado á préstamo (3).

El comprador tiene obligacion de pagar al vendedor el precio convenido , y este de entregar á aquel la cosa vendida con todo lo que le pertenezca y esté agregado á ella , incluidas las servidumbres ; pero no los animales , aves ó bestias que hubiere en la finca , ni los muebles y utensilios que se hallaren en ella , ni las tinajas y vasijas que no estén empotradas ó soterradas.

Perfeccionada la venta , es de cargo del comprador el menoscabo que haya sufrido la cosa vendida , no siendo por culpa del vendedor ; asi como es tambien de aquel el aumento ó mejora que hubiere tenido , á menos que se hubiese estipulado otra condicion.

Si la venta consiste en alguna cosa de las que al comprarlas suelen gustarse , ó se venden al peso ó medida , y se deteriorase antes de ser gustada , medida ó pesada , el daño es del vendedor , aunque ambos se hubieran convenido en el precio. Pero si habiéndose señalado dia para que se gustase , pesase ó midiese , no acude con puntualidad

(1) Ley 38 , tít. 5 , P. 5.

(2) Ley 40 , id. id.

(3) Leyes 41 , tít. 5 y 12 , tít 13 , P. 5.

el comprador, es de su cuenta el menoscabo. Lo contrario sucede si la cosa, aunque de dicha naturaleza, se ha comprado á bulto ó á ojo, como sucede siempre con los frutos ó efectos que no se pesan ni se miden, respecto de los cuales corresponde al comprador el daño ó el beneficio. Por último ejecutándose la venta bajo condicion, el daño ó perjuicio que se causare antes de cumplirse esta, es de cuenta del comprador, y perdiéndose ó destruyéndose, de cargo del vendedor.

Una de las consecuencias esenciales de toda venta, es la de quedar responsable el vendedor á asegurar al comprador contra cualquier reclamacion, embargo ó pleito. Esta responsabilidad se llama *estar á la evicion y saneamiento*. Para que el vendedor cumpla con esta obligacion á que está constituido, debe citarle el comprador lo mas tarde antes de publicarse las probanzas en el litigio que le promovieren, y sino puidere el vendedor sacarle á salvo, debe devolverle el precio que hubiere recibido y abonarle los perjuicios. Hay sin embargo varios casos en que el vendedor no está sujeto á la evicion y saneamiento, y son: 1.º si la citacion se hizo despues de la publicacion de las pruebas: 2.º si el comprador compromete el pleito en árbitros: 3.º si por su culpa pierde la posesion de la cosa vendida: 4.º si se le condena en su rebeldía; y 5.º si el comprador no apelare de la sentencia contraria.

Vendiéndose una cosa ajena, puede el dueño demandarla al comprador y este emplazar al vendedor para que responda de ella; y en todo caso queda el mismo vendedor responsable á restituir el precio al comprador, si se le privase de la cosa vendida.

El vendedor tiene obligacion de manifestar al comprador los vicios ó defectos de la cosa que es objeto del contrato: no haciéndolo, puede el comprador devolverla en término de seis meses, y recuperar el precio. Tambien es lícito en este caso al comprador reclamar del vendedor el exceso de precio que hubiere por el vicio ocultado, para cuya accion tiene el término de un año. Uno y otro plazo se cuentan desde el dia en que se celebró el contrato. Pero en las ventas de bestias solo se devuelve el precio, aunque el vendedor supiese el vicio al tiempo de hacerse aquellas. La primera de estas acciones llaman los prácticos *redibitoria*, y la segunda *quantum minoris*.

Si al ejecutarse el contrato, el vendedor demostrase el defecto, y á pesar de él, se conviniese el comprador, entregando el precio, y recibiendo la cosa vendida, no queda aquel responsable á ninguna de dichas acciones. Lo mismo sucede, si se estipula que el comprador no puede desechar lo que compra aunque tuviese alguna falta. Mas si el vendedor dice generalmente, que la cosa tiene tachas, sin expresar cuales sean, y procurando encubrir las, queda responsable á las con-

secuencias de ambas acciones (1). Por el contrario, según la opinion de los autores, si el vicio ó defecto está patente no hay responsabilidad alguna de parte del vendedor.

Debe haber la posible igualdad entre el precio de lo que se compra, y lo que en realidad valga; y si apareciere que se ha vendido en mas ó en menos de la mitad de lo justo, se rescinde el contrato. Consecuencia de esta rescision es, que si el vendedor ha sido engañado en mas de la mitad, dando por menos de cinco lo que vale diez, debe el comprador entregar lo que falte hasta completar el precio justo, ó devolver al vendedor lo comprado, recobrando el dinero: y si el comprador es el engañado, dando diez por lo que vale menos de cinco, está obligado el vendedor á devolver el exceso que hubiere recibido, ó la cosa vendida, recuperando en este caso el precio. La misma regla rije en todos los demas contratos, aun los celebrados en pública subasta y dura la accion por espacio de cuatro años, contados desde la celebracion de aquellos (2). Pero si el engaño recibido no llega á mas ó menos de la mitad del justo precio, no se rescinde el contrato (3).

La *permuta* es un pacto igual al de venta, con la diferencia de que no es preciso que intervenga precio cierto ni dinero, si no se hace en cambio de una cosa igual ó de diversa especie que la permuta. Ambos contratantes puede decirse que son á un tiempo vendedores y compradores, pues uno y otro enagenan una cosa, y reciben en pago el dominio de otra. Sin embargo, si una de las cosas permutadas vale mas que la otra, puede satisfacerse el exceso en dinero.

La venta de bienes raíces sujetos en otro tiempo á vinculacion eclesiástica ó civil, exige que nos detengamos algunos momentos para exponer las profundas alteraciones que la moderna lejislacion ha hecho acerca de estos bienes. Trataremos de ellos con distincion para mayor claridad, y los dividiremos en monacales, eclesiásticos, de capellanías, y de mayorazgos y patronatos.

1.º *Bienes monacales.* Sabido es que fueron declarados en venta por decreto de las Córtes de 1820 todos los que antes pertenecían á las comunidades monásticas, y que en su consecuencia se enajenaron en aquella época, y pasaron á la clase de libres. Por consiguiente desde que se transmitieron á la propiedad particular, todas las fincas de esta clase están sujetas á los mismos contratos y reglas que el derecho establece respecto de los demas bienes libres.

(1) Pueden verse las leyes del título 5, Part. 5.

(2) Leyes 56, título 5, P. 5, y 2, título 1, lib. 10, N. R.

(3) Ley 3, título 1, lib. 10, N. R.

Anulado despues aquel decreto, y devueltas las fincas á los conventos, fueron restituidas á los compradores en virtud del decreto de 19 de febrero de 1836, el cual declaró ademias en venta todos los bienes raices de cualquier clase que hubiesen correspondido á las comunidades religiosas suprimidas; y en 1.º de marzo del mismo año se expidió una instruccion para llevar á efecto estas enajenaciones. Trasmitido el dominio de estos bienes á propietarios particulares, pueden pues venderse y enajenarse con sujecion á las reglas comunes.

2.º *Bienes de la iglesia.* Tambien están declarados bienes nacionales por la ley de 2 de setiembre de 1841 todas las propiedades del clero secular, cualesquiera que sea la clase de predios, derechos y acciones en que consistan, de cualquier orijen y nombre que sean, y cualquiera que fuere la aplicacion ó destino con que hayan sido donadas, compradas ó adquiridas, é igualmente los bienes, derechos y acciones de cualquier modo correspondientes á las fábricas de las iglesias y á las cofradías. Consiguiente á esta declaracion han sido puestos en venta todos los bienes espresados, y solo han dejado de aplicarse á la nacion: 1.º los pertenecientes á prebendas, capellanías, beneficios y demas fundaciones de patronatos de sangre activo ó pasivo: 2.º los bienes de cofradías y obras pías, procedentes de adquisiciones particulares para cementerios y otros usos privativos á sus individuos. 3.º los bienes, rentas, derechos y acciones especialmente dedicados á objetos de hospitalidad, beneficencia é instruccion pública: 4.º los edificios de las iglesias catedrales, parroquiales, anejos ó ayuda de parroquia: 5.º el palacio morada de cada prelado, y la casa en que habiten los curás párrocos y tenientes, con sus huertos ó jardines adyacentes.

Todos los bienes no comprendidos en las anteriores excepciones, que se hayan enajenado ó enajenen por cuenta de la nacion, pasan al dominio de particulares y á la clase de libres, y pueden ser vendidos y transmitidos de cualquier modo, y aun con menos restricciones que las que establece el derecho para los contratos comunes, á pesar de lo que sobre este punto establecian las leyes del tít. 14, Partida 4.ª

3.º *Bienes de capellanías.* La ley de 19 de agosto de 1841 ha dispuesto que los bienes de capellanías colativas, á cuyo goce estén llamadas ciertas y determinadas familias, se adjudiquen como de libre disposicion á los individuos de ellas en quienes concurra la circunstancia de preferente parentesco segun los llamamientos, aunque sin diferencia de sexo, edad, condicion ni estado. Esta aplicacion corresponde á los juzgados civiles ordinarios de los partidos en que radiquen la mayor parte de los bienes de dichas capellanías; entendiéndose la

adjudicacion de ellos con la obligacion de cumplir, pero sin mancomunidad, las cargas civiles y eclesiásticas á que estaban afectos. Luego, pues, que por los medios espresados se trasmitan dichos bienes al dominio absoluto de personas particulares, sòn tambien vendibles y enajenables como cualesquiera otros no sujetos á la amortizacion civil ni eclesiástica.

4.º *Bienes de mayorazgos y vinculaciones.* Por los artículos 1.º y 2.º del decreto de las Córtes de 27 de setiembre de 1820, restablecido el 30 de agosto de 1836, fueron restituidos á la clase de absolutamente libres todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raices, muebles, semovientes, censos, juros, foros, ó de cualquiera otra naturaleza, y se declaró que pudieran los poseedores disponer libremente como propios de la mitad de ellos, pasando despues de su muerte la otra mitad al que tenia derecho inmediato á suceder en la vinculacion, para que pudiese disponer de ella con absoluta libertad, y sin quedar sujetos los bienes á las deudas contraidas por el poseedor.

Solo fueron exceptuados de dicha declaracion los bienes vinculados acerca de los cuales estuvièsen pendientes juicios de incorporacion ó reversion á la nacion, tenuta, administracion, posesion, propiedad, incompatibilidad, incapacidad de poseer, nulidad de la fundacion, ó cualquiera otro que pusiese en duda el derecho de los poseedores. En tales casos, ni estos ni los que les hubiesen sucedido han podido ni pueden disponer de dichos bienes hasta que en última instancia se determinen á su favor en propiedad los juicios pendientes.

Pero si el que perdiese el pleito de posesion ó tenuta no entablase el de propiedad dentro de cuatro meses precisos desde el dia en que se le notificára la sentencia, no tendria despues derecho para reclamar; y aquel en cuyo favor se hubiese declarado la tenuta ó posesion, sería considerado como poseedor en propiedad, pudiendo usar de las facultades concedidas en el artículo 2.º de dicho decreto.

Para que esta clase de enajenaciones pueda realizarse, está prevenido que siempre que el poseedor actual quiera enajenar el todo ó parte de su mitad de bienes vinculados, se haga formal tasacion y division de todos ellos con rigurosa igualdad, y con intervencion del sucesor inmediato, y que si este fuere desconocido ó se hallare bajo la patria potestad, intervenga en su nombre el procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, sin exijir por esto derechos ni emolumentos; en la intelijencia de que si faltasen estos requisitos, sería nulo el contrato (1).

(1) Artículo 3 del citado decreto de 27 de setiembre de 1820.

Para facilitar mas estas enajenaciones, prevínose por una aclaracion posterior que el poseedor actual pueda disponer de los bienes que equivalgan á la mitad ó menos de su valor, sin prévia tasacion de todos ellos, siempre que obtenga el consentimiento del siguiente llamado en órden; y que prestada esta conformidad por el inmediato, no tenga accion alguna cualquiera otro que pueda sucederle legalmente para reclamar lo hecho y ejecutado en virtud del convenio de su predecesor (1). Si el inmediato fuere desconocido, ó se hallare bajo la patria potestad del actual poseedor, debe prestar el consentimiento el síndico procurador del pueblo en que el poseedor resida, cuyo consentimiento corresponde tambien facilitarlo por sus pupilos y menores á los tutores y curadores; los cuales para salvar su responsabilidad y dar validez á este acto, cumplen con llenar las formalidades necesarias en esta enajenacion de bienes de huérfanos ó menores (2).

Pero en el caso de que se opongán al consentimiento para la venta el siguiente llamado en órden y los tutores ó síndicos, tratándose de la enajenacion íntegra de la mitad de los bienes, es indispensable hacer la tasacion jeneral en los términos que se ha expresado; y si solo se pretendiese vender una ó mas fincas cuyo valor no alcance á la mitad, y hubiere igualmente oposicion, puede el poseedor ocurrir á la autoridad local; y comprobándose que en el valor de otra ú otras queda mas de la mitad que le es permitido enajenar, debe autorizar-se la venta por el juez, y desde luego procederse á ella (3).

Si, como puede suceder, no se descubriese quién sea el inmediato sucesor, y se creyere con fundamento que no existe persona alguna á quien correspondan los bienes vinculados, deben fijarse edictos por el término de dos años de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo del poseedor, como en el lugar donde estén sitos los bienes vinculados, y en la capital del reino, á fin de que se publiquen en la Gaceta de oficio y en otros periódicos, si el juez de primera instancia lo gradua conveniente, citándose y emplazándose á los que se crean con derecho á suceder, para que comparezcan por sí ó por sus apoderados dentro del citado término; con apercibimiento de que pasado éste se procederá á la declaracion de ser libres los espresados bienes, y que el actual poseedor podrá disponer de ellos como mejor le parezca (4). En este caso, si así se declara judicialmente, puede el po-

(1) Artículo 10 del decreto de las Córtes de 19 de junio de 1821, publicado en 28 del mismo mes y año.

(2) Artículo 2 id.

(3) Artículo 30 del mismo decreto de 1821.

(4) Declaracion de las Córtes de 13 de mayo de 1821.

seedor enajenarlos todos, y otorgarse escritura para ello sin la menor dificultad (1).

En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, aunque sean de líneas diferentes, debe hacerse desde luego la tasacion y repartimiento de los bienes del fideicomiso entre los actuales perceptores de las rentas á proporcion de lo que perciban, y con intervencion de todos ellos; y cada uno en la parte que le toque puede disponer libremente de la mitad, reservando la otra al sucesor inmediato para que disponga libremente de ella.

En los mayorazgos fideicomisos ó patronatos electivos, cuando la eleccion es enteramente libre, pueden los poseedores disponer desde luego como dueños de todos los bienes; pero si la eleccion debiese recaer precisamente entre personas de una familia ó comunidad, solo están facultados aquellos para disponer de una mitad, reservando la otra para que haga lo mismo el sucesor que sea elegido, ejecutándose con intervencion del procurador síndico la tasacion de todos los bienes.

En las provincias ó pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicacion en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, están sujetos á ella los que antes eran vinculados, y de los cuales pueden ya disponer libremente los poseedores, si existen en su poder cuando fallezcan.

Las cargas tanto temporales como perpétuas á que están obligados en jeneral sin hipoteca espresa todos los bienes de las vinculaciones, deben asignarse con igualdad proporcionada sobre las fincas que se repartan y dividan, si los interesados de comun acuerdo no prefieren otro medio (2).

Tal es el orden que se estableció en 1820 para reducir á propiedad particular los bienes que hasta entonces estaban vinculados, y tales son las reglas que hoy rijen acerca de su enajenacion. Pero interesa hacer alguna indicacion de otras leyes muy esenciales que tambien han alterado considerablemente los derechos de las personas acerca de estos mismos bienes vinculados. Sabido es que la real cédula de 11 de marzo de 1824 declaró nulo el citado decreto de las Cortes de 27 de setiembre de 1820, y restituyó á la clase de amayorazgados los bienes que habian pasado á la de libres y al dominio de otras personas, dejando solo á favor de los compradores la accion á

(1) Artículo 4 del decreto de 27 de setiembre de 1820.

(2) Dicho decreto de 27 de setiembre.

reintegrarse del precio desembolsado por medio de las rentas que los mismos bienes produjesen.

Tan injusta resolución estuvo en observancia hasta que la ley reparadora de 9 de junio de 1835 alivió algún tanto la suerte de los compradores, y estableció nuevos derechos. En ella se fijaron dos bases esenciales: una, que los compradores de bienes vinculados que no hubieran llegado á desprenderse de ellos, quedáran asegurados en su pleno dominio; y otra, que los que hubiesen devuelto en virtud de la real cédula de 1824, fuesen reintegrados del precio que desembolsáran, con el rédito además de un 3 por 100. Esta ley dejó pues subsistentes las vinculaciones, y atendió solamente á remediar los perjuicios causados por la de 1824, y á dar validez á los contratos que se hubiesen celebrado entre los vendedores y compradores de esta clase de bienes.

Mas en 30 de agosto de 1836 fué restablecido el decreto de 1820, y el transcurso de tantos años, las trasmisiones hechas por medio de contratos y otros títulos traslativos, las diversas consecuencias emanadas ya de ese mismo decreto, y ya de la ley de 1835, crearon nuevos y complicados derechos, y produjeron tal oscuridad en la legislación de esta materia, que fué necesaria una ley que aclarase todas las dudas, deslindase todas las acciones, y estableciera las reglas á las cuales hubieran de subordinarse todos los actos relativos á esta clase de bienes. Publicóse pues la ley de 19 de agosto de 1841, comprensiva de diversas aclaraciones muy esenciales, todas basadas sobre el principio de dar validez á los actos emanados de las leyes contradictorias ya citadas, durante el tiempo en que cada una de ellas ha rejido. Es pues válido y subsistente todo cuanto se ejecutó desde 14 de octubre de 1820, hasta 1.º de octubre de 1823, en que fué abolido el gobierno representativo y las disposiciones de él emanadas: lo es igualmente todo lo que se haya ejecutado desde el 30 de agosto de 1836, en que fueron restablecidas las leyes sobre vinculaciones: lo son tambien los contratos y transacciones que se hayan celebrado á consecuencia de la ley de 9 de junio de 1835; y por último, lo son igualmente los actos ejecutados desde 1.º de octubre de 1823 hasta 30 de agosto de 1836, en el concepto de estar entonces subsistentes las vinculaciones, como en efecto lo estuvieron durante este período; razon por la cual los poseedores que fallecieron en este tiempo no transmitieron ningún derecho hereditario.

Estas son sustancialmente las reglas que hoy rijen acerca de los bienes vinculados, y á ellas deben someterse todos los contratos y sucesiones; pero su complicacion y aun contradicciones en algunos puntos exigen un exámen muy detenido, y para ello he creído oportuno

tuno insertar en el Apéndice, todos los decretos y leyes que se han expedido sobre tan interesante materia desde 1820 á 1844, á fin de que al otorgar los contratos y testamentos, y al formar las particiones, puedan los escribanos estudiar esta parte de la legislación vigente.

CAPITULO III.

De los retractos.

Cuando se verifica la venta de una finca que el vendedor ha adquirido de sus padres ó abuelos, los parientes mas próximos del mismo tienen derecho á reclamarla para sí, entregando el precio en que se hubiere enajenado. Este derecho conocido con el nombre de *retracto de abolengo*, compete á los parientes dentro del cuarto grado del vendedor, cuando este vende la finca á un extraño, siempre que los mismos parientes descendan del ascendiente de quien se deriva la cosa vendida; y entre estos son preferidos los mas cercanos respecto de los remotos, aun cuando el vendedor no la haya enajenado á un extraño, sino á un pariente menos próximo que el reclamante. Pero no pudiendo, ó no queriendo este retraer, tiene derecho á hacerlo el mas remoto, siempre que se halle dentro del cuarto grado; entendiéndose que este se ha de contar respecto al vendedor: de modo que si el hermano y el hijo de aquel disputan una cosa para retraerla, este será preferido, y si intentasen retraer dos parientes que se hallen en igual grado, ambos partirán por mitad la finca retraida.

Para que tenga lugar el retracto, es indiferente que los bienes raíces de que se trate los haya adquirido el que los venda por compra ó herencia: basta que concurra la cualidad esencial de haber sido de sus padres ó abuelos. Pero en tanto son materia de retracto, en cuanto no han llegado á salir del patrimonio ó descendencia del ascendiente del que vende y el que retrae, pues si han sido ya vendidos á un extraño, sin que ningun pariente haya querido ó podido retraerlos, se pueden vender libremente sin sujecion á retracto, aunque hayan vuelto despues al pariente que los vendió al extraño.

Si muchas cosas patrimoniales, ó como suele decirse de *abolengo*, fueren vendidas por un solo precio impuesto á todas, no es permitido al pariente retraer unas sin las otras, sino debe retraerlas todas ó ninguna; pero si á cada una se le ha señalado su precio, tiene derecho á retraer la que quiera: y si de dos cosas una sola es de abolengo, basta que el pariente retraiga esta, tasándose por peritos su valor para dárselo al comprador.

El retracto solo tiene lugar en el contrato de venta ; pero no en el de permuta , que está expresamente excluido por la ley ; lo cual se entiendo , si en ello no hubiere fraude.

Este derecho dura nueve dias perentorios, pasados los cuales ya no se puede reclamar. En las ventas judiciales tiene tambien lugar el retracto , y se cuenta dicho plazo desde el dia del remate.

Pero en todos casos han de concurrir tres circunstancias para que el retracto proceda : 1.^a que el retractante pague al comprador todo el precio en que hubiere comprado la finca , con las expensas que haya hecho , y los tributos y gabelas que hubiere abonado : 2.^a que jure que quiere la cosa para sí ; y 3.^a que jure tambien no haber en ello fraude ni dolo.

Hay asimismo otros retractos , como son los de comuneros ó condueños de una misma finca , los cuales proceden cuando uno de estos vende su parte á otro, y cualquiera de los copropietarios pretende quedarse con ella. Es comun opinion de los autores , que esta clase de retractos tiene tambien lugar en los bienes muebles ó semovientes.

Otro retracto hay concedido al dueño directo de una finca , si se vende la superficie , y al contrario.

La accion para obligar al comprador á hacer esta especie de retroventas , es meramente personal , de modo que no puede intentarse contra un tercer poseedor á quien la finca hubiere pasado.

En todos los retractos , el que en virtud de este derecho se queda con la cosa retraida , se subroga en lugar del primer comprador , y tienen en él lugar los efectos de la primera venta (1).

CAPITULO IV.

De la alcabala y del medio por ciento de hipoteca.

La alcabala es un impuesto que consiste en el cuatro por ciento sobre todos los contratos traslativos del dominio ; y como intervienen tambien en su recaudacion los escribanos ante quienes se autorizan aquellos , es indispensable á estos el conocimiento de las reglas que rijen en esta materia. El derecho de hipoteca se reduce al medio por ciento sobre dichos contratos ; y acerca de su recaudacion tienen tambien algunas obligaciones los mismos funcionarios.

Generalmente hablando , en toda venta , asi como en toda enagenacion por contrato , se devenga alcabala tantas veces , cuantas se ena-

(1) Véanse las leyes del tit. 13, lib. 10, N. R.

jenan las cosas sujetas á su pago. Por esta razon , aunque despues de estar conformes los contrayentes , se arrepintieren y deshagan el pacto , siempre que se hubiese realizado la mútua entrega del precio y de la cosa vendida , hay obligacion de satisfacer el derecho (1).

En el contrato que ya se ha explicado bajo el nombre de *adicion en dia* , se debe la alcabala en la segunda compra , mejorándose la condicion de la anterior , y si no se realiza la mejora , en la primera venta , que es la que se lleva á efecto. Si se hace esta con el pacto de *retroviendo* , y el vendedor devuelve el dinero que recibió , y recupera la cosa vendida , devenga una sola alcabala : y lo mismo sucede si se rescinde el contrato por engaño en mas de la mitad del justo precio ; pero ninguna debe satisfacerse si la venta se deshace por la resolucion *in integrum* , en cuyo caso no se realiza traslacion de dominio.

La alcabala por regla jeneral debe satisfacerla el vendedor , por ser una carga afecta á los bienes que se venden , á menos que en el contrato se estipule lo contrario. Devéngase este impuesto aun en las adjudicaciones de fincas y otros efectos , hechas en pago de deudas , ya sean forzosas , ya voluntarias , y cubran ó no los bienes adjudicados el total de aquellas (2).

Consiguiente parecia al establecimiento del derecho de puertas , que es un verdadero equivalente de la alcabala , que no se devengase esta en las poblaciones en que se cobra aquel , y asi se declaró por una real orden (3) ; mas por otra posterior (4) , considerándose sin duda , que si bien los frutos y los efectos movibles devengan la alcabala al entrar en los pueblos en que se cobran derechos de puertas , las fincas no están sujetas á estos , se previno que se cobrase la alcabala en las ventas de fincas , lo mismo en las capitales y pueblos sujetos al derecho de puertas , que en todos los demas del reino.

En los rétractos de sangre ó de abolengo y en los de comuneros ó condueños se adeuda una sola alcabala , porque , en realidad no hay mas que una sola venta.

En las permutas no se devenga alcabala sino por el exceso del valor cuando lo haya (5).

(1) Ley 12, tit. 12, lib. 10, N. R.

(2) Real orden de 5 de setiembre de 1791, inserta en la coleccion de Gallardo, tomo segundo, página 93; reales órdenes de 24 de diciembre de 1832, y 13 de junio de 1835.

(3) De 3 de marzo de 1825.

(4) De 31 de diciembre de 1829.

(5) Ley de 21 de junio de 1842, que deroga la 11, tit. 12, lib. 10, N. R., y confirma la real orden de 16 de octubre de 1826.

Las ventas de bienes nacionales, hechas á papel de crédito del Estado, están sujetas á la alcabala, debiendo abonarse esta en metálico; pero no se calcula el cuatro por ciento sobre todo el valor nominal del mismo papel, sino se tasa la finca á dinero, y se exige aquel impuesto solo del verdadero precio que á la misma se diere (1). En las posteriores ventas de estas fincas se devenga alcabala en la misma especie de dinero ó papel en que el precio consista, regulándose el importe en efectivo por la cotizacion en la Bolsa en el día que se otorgue la escritura (2).

Los caballos, yeguas y potros españoles no devengan alcabala en ninguna de sus ventas ó cambios, sea cual fuere el pueblo en que se ejecuten (3). Tampoco la devengan en las ventas y reventas los bienes del clero en los cinco años siguientes, contados desde el primer remate (4).

De las ventas de fincas á censo redimible se devenga una sola alcabala, que deben pagar por mitad ambos contrayentes; pero nada se adeuda por la redencion del capital (5).

El escribano debe cuidar al otorgar cualquier contrato sujeto al pago de la alcabala, que se abone esta con puntualidad, pues de lo contrario quedaria responsable á la pena que la ley impone; y no puede dar copia de las escrituras, sin que se le haga constar estar abonado dicho derecho (6). Para ello debe dar un testimonio en suficiente relacion del documento que se celebra, y con él el vendedor satisfacer en la respectiva oficina de rentas dicho importe, y no habiéndola en el pueblo, al alcalde del mismo, recojiendo la carta de pago ó recibo, que se une al registro, y queda archivado en el protocolo (7).

(1) Real orden de 29 de julio de 1839.

(2) Ley de 21 de junio de 1842.

(3) Real decreto de 17 de febrero de 1834, y real orden de 27 de julio de 1836.

(4) Art. 15, ley 2 de setiembre de 1841.

(5) Ley 21, tit. 12, lib. 10, N. R.

(6) Ley 14, tit. 12, lib. 10, N. R.

(7) Acerca de este particular previene lo siguiente el art. 46, cap. 8 de la instruccion de 16 de abril de 1816. Al otorgamiento de las escrituras de ventas de posesiones ha de preceder el abono de alcabala, é incorporacion de la carta de pago del tesorero ó depositario de rentas en la misma escritura, sin cuyo requisito no pueden expedir los tribunales y justicias los mandamientos ó autos de posesion, quedando responsables los contraventores al pago del cuatro tanto. La alcabala se gradúa en la administracion, presentando el escribano público del pueblo, en cuyo término esté la finca, una nota expresiva del valor, de los

Con respecto al derecho llamado de hipotecas conviene saber que consiste en un medio por ciento del importe de las ventas, cambios y contratos de todas clases, que contengan traslacion de dominio directo ó indirecto de bienes inmuebles (1). Bajo esta denominacion se comprenden, no solo las casas, heredades y otros bienes de esta clase inherentes al suelo, sino tambien los censos, los tributos (2), los oficios y otros cualesquiera derechos perpétuos. Las fincas y demas propiedades en que se verifique la traslacion de dominio, quedan siempre obligadas, y especialmente hipotecadas al pago del impuesto: asi es que, no el vendedor, como sucede respecto de la alcabala, sino el comprador, es el responsable de su abono (3).

Tan inescusable es este, que ningun documento de contrato que lo devenga puede ser admitido en juicio, ni producir efecto alguno legal, si carece del requisito esencial de haberse tomado razon en el oficio de hipotecas, previo el pago de dicho impuesto (4). Con este objeto los escribanos de número, y los reales y notarios de reinos, ante quienes se otorgue algun contrato ú obligacion de los que segun lo que va dicho devengan el impuesto, y están sujetos á la toma de razon en el oficio de hipotecas, tienen obligacion, bajo su responsabilidad, de advertírsele á los interesados, y de poner al final de las escrituras originales, sus copias y testimonios la cláusula siguiente: «Y de este instrumento público se ha de tomar razon dentro de 10 dias (si en el mis-

censos que tenga, el nombre del vendedor, el del comprador, y el obligado á pagar el derecho, para que con este conocimiento se haga la liquidacion, y expida el cargaréme; y ademas deben los escribanos formar y presentar en la administracion una relacion mensual de las escrituras que hubiesen estendido, por cuyo trabajo no pueden exigir derechos. Circular de 17 de noviembre de 1841.

(1) Artículo 4 de la real instruccion de 29 de julio de 1830. Las donaciones estaban tambien gravadas con dicho impuesto por esta instruccion; pero por real órden de 24 de abril de 1832 se declaró estar aquellas eximidas de él.

(2) Acerca de los censos se declaró en real órden de 3 de marzo de 1832, que se exijia el expresado derecho en el contrato de establecimiento por la entrada ó cantidad en metálico que percibe el dueño, y no sobre el capital del censo que impone el estableciente, á no haber verdadera trasmision de propiedad del mismo censo, que entonces se debe pagar el derecho de su capital. Tambien se previno que en beneficio de la industria no se exijiese el expresado derecho en el contrato conocido en Cataluña con el nombre de primeras copas.

(3) Art. 5, 6 y 7 de dicha instruccion.

(4) Art. 8 de dicha instruccion.

mo pueblo hubiere oficio de hipotecas, y de treinta sino lo hubiere) (1), sin cuyo requisito, á que ha de preceder el pago del derecho señalado en el real decreto de 31 de diciembre de 1829, no tendrá valor ni efecto (2). »

El término para sastifacer el derecho, y presentar los documentos á la toma de razon, no es el que fija la real instruccion citada, sino como ya se ha indicado, el de diez dias, si hay en el pueblo oficio de hipotecas, y el de treinta no habiéndolo, y teniendo que acudir á la cabeza del partido (3). Estos plazos no pueden ampliarse por ninguna autoridad, cualquiera que sea el motivo; pero no se entienden respecto de los instrumentos que se hubieren otorgado en dominios extranjeros, ó en los de Ultramar, pues para los primeros está fijado el de cuatro meses, y para los segundos un año, si proceden de los dominios de América, y año y medio si de los de Asia.

Los mismos escribanos, ante quienes se otorguen dichos instrumentos, están obligados á pasar al comisionado de amortizacion del partido, y no habiéndolo, al encargado del oficio de hipotecas, una nota simple, pero firmada, en que expresen sucintamente la clase del contrato ó disposicion, las personas ó corporaciones por quienes y á cuyo favor se haya otorgado, la denominacion ó calidad de las fincas ó derechos cuyo dominio se transfiere, y su valor, en el caso de que conste en la escritura: cuyas notas sirven de gobierno al administrador de rentas ó escribano de hipotecas y encargado de la recaudacion del derecho, y para ello deben pasarlas en el mismo dia del otorgamiento, si residiere en el mismo pueblo, y dentro del tercer dia, si fuera de él.

El pago del derecho y la toma de razon se han de verificar precisamente, lo primero en la oficina de amortizacion, y lo segundo en el oficio de hipotecas en cuyo partido estén sitas las fincas, oficios ó derechos que pasan á otro dominio, aun cuando el contrato ú escritura se otorgue fuera de aquel. Mas para la comodidad de los contratantes está prevenido, que siempre se pague dicho derecho en el mismo pueblo donde se halle establecido el oficio de hipotecas; y sino hubiere comisionado subalterno de amortizacion, se satisfaga el derecho al escribano de hipotecas, el cual debe dar un recibo interino

(1) Art. 14 de dicha instruccion, y real orden de 26 de junio de 1832.

(2) Art. 14 de dicha instruccion, reiterada en la circular de 30 de junio de 1840.

(3) Dicha real orden de 26 de junio de 1832, que altera lo dispuesto en el art. 15 de la citada instruccion.

al interesado, hasta que despues se le despache la equivalente carta de pago (1).

Tomada la razon de los documentos, debe el comisionado de amortizacion, ó el escribano de hipotecas en su caso, dar aviso al escribano otorgante de haberse asi ejecutado, para que le conste y haga las anotaciones correspondientes al márjen ó al final de las matrices ó protocolos; y no puede dicho escribano dar segundas copias ó testimonio de los orijinales, sin que le conste en esta forma estar tomada la razon, prévio el pago del derecho (2).

CAPITULO V.

Del otorgamiento de las escrituras de venta.

Sabido todo lo que es necesario acerca del contrato de compra y venta, veamos cómo se celebra, cuando los contrayentes quieren reducirlo á instrumento público. El escribano debe en primer lugar cerciorarse de la aptitud legal de aquellos, de manera que le conste, que tanto el que vende como el que compra, están facultados para otorgar el contrato: si el vendedor es menor, ha de exigir la concurrencia del tutor ó curador, la informacion de necesidad ó utilidad, la licencia judicial y la pública subasta, como ya se ha explicado en el capítulo respectivo: si es menor el comprador, debe hacer que concurra el tutor ó curador, y que justifique su personalidad: si alguna mujer interviene en el contrato, ha de cuidar de que acredite estar facultada para contratar, ya por ser soltera ó viuda mayor de 25 años, ya por tener autorizacion suficiente de su marido, si fuere casada. En una palabra, debe ser muy cuidadoso dicho funcionario en exigir que se acredite la posibilidad ó aptitud legal de cada uno de los contrayentes, haciendo insertar en la escritura el documento que lo compruebe.

En este concepto, ha de expresar en ella quién vende, á quién, de dónde son vecinos, qué cosa se enajena, explicando sus señas, sitio, linderos, gravámenes y demas circunstancias, con toda claridad, de modo que no quede motivo de dudas, cuestiones y pleitos: ha de cerciorarse de que el vendedor es dueño de la cosa que trata de vender, para lo cual exhiba este los títulos de su pertenencia, y se reconozca si están corrientes, declarando que no la tiene vendida ni grava-

(1) Real orden de 21 de diciembre de 1839.

(2) Dicha instruccion.

da con mas cargas que las que hubiere manifestado , lo cual se acredite presentando certificacion del oficio de hipotecas, en que conste la libertad de la finca ó la imposicion sobre ella, de algun tributo, hipoteca ó gravámen : ha de obligarse el vendedor á la eviccion y saneamiento , espresando el precio en que se ejecuta la venta, dando el escribano fé de la entrega , si esta se realiza en el acto , ó advirtiendo si ya se ha hecho , ó si se hará en adelante , al contado ó á plazo, en papel ó en dinero. En el caso de haberse ya hecho el pago , y de no poder dar fé de la entrega, debe advertir que el vendedor confiesa su recibo, renunciando la excepcion que se llama de la *non munerata pecunia* , y la ley 9, tít. 4.º, P. 5.ª, que previene , que cuando no aparece la entrega del dinero en el acto de hacerse el contrato , durante el término de dos años es de cargo del que ha debido darlo , justificar que lo ha entregado , si el que tiene derecho á recibir pudiese la excepcion de no haberlo percibido. El vendedor ha de declarar ser justo el precio , y no haber en él lesion , y que para el caso de haberla , hace donacion *inter vivos* de su importe á favor del comprador y sus sucesores , renunciando la ley 4, tít. 7, lib. 5 del ordenamiento de Alcalá (que es la 2.ª, tít. 4.º, lib. 40 de la N. R.) y los cuatro años fijados en ella para pedir rescision del contrato , ó su reduccion al valor lejítimo de la cosa vendida; debiendo el comprador hacer igual declaracion , renuncia y donacion en su caso á favor del vendedor, como suele suceder para aceptarlo. Pero no es preciso que se fije un precio determinado para que se realice la venta , pudiendo los contrayentes convenir en que se gradue por peritos, que ambos nombren , en cuyo caso debe omitirse en la escritura la cláusula *de ser el justo precio* , y ponerse en su lugar esta otra: «el vendedor y comprador se obligan á no reclamar la tasacion que se haga , ni pretender baja ó moderacion , ni aumento , ni alegar lesion en poca ni en mucha suma , haciéndose por sí mútua gracia y donacion perfecta é irrevocable *inter vivos* de su importe, con insinuacion y demas firmezas conducentes , renunciando la ley del ordenamiento real , etc.

Esta y otras cláusulas han sido inventadas por la cavilosa sutileza de los autores prácticos para eludir en cierto modo las disposiciones de las leyes; y acostumbra á usarse de aquellas precauciones formularias con tal ceguedad , llevados los escribanos y aun los contratantes del influjo de la rutina, que no me he atrevido á omitirlas, asi como las insertaré en los respectivos formularios; pero advirtiendo, que la mayor parte de los períodos de que constan los instrumentos públicos, no tienen valor alguno, porque van dirigidos verdaderamente á desvirtuar la disposicion de las leyes, por medio de ardides y de renunciaciones , en lo jeneral prohibidas. Hasta tal punto ha llegado

el empeño de los intérpretes de eludir el cumplimiento de las leyes, con especialidad en la materia de contratos, que han inclinado á los escribanos á insertar en las escrituras la renuncia de las que prohíben la jeneral renunciacion, y han creído que así queda á salvo el derecho de los contratantes para prescindir de cuanto las mismas leyes establecen. Pero por mas medios arteros que se usen, por mas renunciaciones y fórmulas rutinarias, las mas veces desnudas de valor, no se pueden evitar las cuestiones y litijios á que los mismos contratos dan lugar, si ellos no están redactados con claridad, precision y exactitud. Estas son las cualidades esenciales que por regla jeneral debe procurar el escribano en todo el instrumento público; simplificando fórmulas inútiles, y descargándolo del fárrago ininteligible, que en mala gramática y en lenguaje desaliñado y confuso se suele por lo comun usar en los documentos.

Volviendo á la esposicion de lo que estos deben contener, acostumbra á espresarse, aunque á mi ver inútilmente, que el que vende «se desiste y aparta de la propiedad, dominio, posesion y derecho que tenga en la cosa vendida, cediéndolo con sus acciones reales, personales, mistas, directas y ejecutivas; dando poder irrevocable al comprador con libre, franca y jeneral administracion, para que judicial ó estrajudicialmente tome la real tenencia y posesion, y que en el ínterin se constituya el vendedor por su inquilino y precario tenedor» que es la cláusula llamada de *constituto*. Pero todo ello lo considero inútil, porque sin necesidad de su impertinente contenido, si el contrato está perfeccionado, y mas si se consigna con claridad en la escritura, sin necesidad de una jerigonza tan supérflua, el dominio de la cosa vendida pasará desde luego al comprador, y surtirá todos sus efectos legales.

Lo mismo puede decirse de otra cláusula que los prácticos consideran necesaria cuando interviene algun menor en el contrato, á saber, que este jure que ni por lesion, ni por otro motivo reclamará contra su validez, ni pedirá restitution *in integrum*, ni alegará excepcion favorable; renunciando ademas el beneficio de la minoría y el de la restitution. Porque una de dos ó no llegará el caso de que el menor tenga que usar de su derecho, haciendo alguna de estas reclamaciones, y entonces está demas la cláusula; ó si se cree con justicia para usar de los beneficios que la ley le concede, su accion estará expedita, por mas juramentos, renunciaciones y desestimientos que se hubieren amontonado en la escritura.

Si interviene en el otorgamiento alguna mujer casada, necesita, como ya se ha dicho, la licencia de su marido, ó en su defecto la autorizacion judicial para ello, pues sin una ú otra habilitacion no puede

celebrar ningun contrato, y ademas si concurre como fiadora , ú obligándose de mancomun con aquel , suele renunciar la ley 64 de Toro que previene , que la mujer no puede ser fiadora de su marido , y que cuando ambos cónyuges se obligan mancomunadamente en un contrato , ó en diversos ó ella como fiadora de aquel , no quede obligada á cosa alguna , á menos que pruebe haberse convertido el negocio en su provecho. Tambien se exige comunmente , que la misma mujer jure «que para formalizar el contrato no ha sido seducida , ni intimidada , ni violentada directa ni indirectamente por su marido , ni por otra persona en su nombre , y que antes bien lo otorga de su libre y espontánea voluntad , y que ha sido la causa de celebrarlo , el que sus efectos se convierten en su utilidad : que no tiene hecho juramento de no enajenar ni gravar sus bienes , ni otorgado contra este instrumento protesta ni reclamacion por violencia , persuasion marital , lesion , ni otro motivo , mediante no concurrir , ni haber precedido para efectuarlo , ni las hará ; que si parecieren las revoca y anula enteramente : que de este juramento á ningun prelado eclesiástico ha pedido ni pedirá absolucion ni relajacion ; y que aunque de *mutu proprio* se las conceda , no usará de ellas pena de perjurá. Y para la mayor subsistencia de este contrato , hace un juramento mas de observarlo íntegramente , á pesar de las relajaciones que puedan ser concedidas.»

Tal es el cúmulo de fórmulas que se aglomeran , tanto en las escrituras de venta , como en las demas , cuando interviene una mujer casada en el otorgamiento de algun contrato. Pero en mi concepto todas son inútiles y oficiosas : la renuncia de la citada ley de Toro , porque establecida la disposicion de esta para que no se abuse de la debilidad de la mujer , comprometiéndola á otorgar contratos que disminuyan ó arruinen su peculio , en vano aspirarán los otorgantes á desvirtuar la fuerza de la ley con la renuncia del beneficio de ella. La validez del contrato estrivará en que el negocio sea verdaderamente útil á los intereses de la mujer obligada : no siéndolo siempre resultará nulo , ó al menos dará ocasion á litijios , y no se evitarán con la renuncia. Lo mismo puede decirse del juramento de no haber intervenido violencia , ó de la protesta de no haber jurado antes no enajenar sus bienes , etc. Lo primero es innecesario é inoportuno , porque si la mujer ha sido seducida ó comprometida por la fuerza á otorgar el contrato , lo mismo lo habrá podido ser para que haga el juramento , y tan nulo será aquel como este ; y lo segundo es tambien supérfluo y hasta ridículo ; porque á pesar de cuantas seguridades diese , puede la mujer haber hecho ó hacer alguna protesta , y será válida , si en realidad la han comprometido de una manera inevitable é irresistible á convenir en un contrato perjudicial á su pa-

trimonio. Conviene, pues, á mi modo de ver, suprimir toda esta cláusula impertinente, tanto en la escritura de venta, como en todas las demas á cuyo otorgamiento concurriere alguna mujer casada. Nada diré de la renuncia que en estos mismos casos suele ponerse de la disposicion del emperador Justiniano, el senado consulto Velejano, etc., porque ademas de no conducir á igual objeto, es hasta risible que se hagan renunciias de disposiciones romanas, insignificantes entre nosotros. La manía que por algunos siglos dominó á los prácticos y contajió á todos los que rodeaban el foro, de citar doctrinas y leyes de aquella nacion, aun con preferencia á las nuestras, introdujo hasta en los instrumentos públicos varias fórmulas de esta especie, por fortuna desterradas ya en las ediciones mas recientes de los antiguos autores.

Por último, es costumbre jeneralizada, aun mas de lo que debiera permitir la instruccion de los actuales escribanos, insertar la cláusula llamada *guarentigia*. Consiste esta en dar los otorgantes ámplio poder á los jueces y tribunales para que los compelan al cumplimiento de la escritura, como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida, que por tal la reciben, etc. Hasta depresivo es del poder de los tribunales y jueces redactar en los contratos públicos una cláusula tan oficiosa é inútil. Pues qué, ¿es preciso para que aquellos procedan con arreglo á derecho, y compelan á los contrayentes al cumplimiento de sus pactos y estipulaciones, que los faculten para ello, dándoles el ámplio poder que en la expresada fórmula se menciona? ¿Ni para qué conduce tampoco la sumision á que les compelan al cumplimiento de la escritura, como por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada? ¿Podria ningun juez ni tribunal proceder á tanto, sin las fórmulas y trámites propios de los juicios, y por consiguiente, sin que precediese formal demanda, ó ejecucion y sentencia condenatoria? Pues si nada de esto es posible, y el dar poder para ello á la justicia es tan inútil como innecesario é inoportuno, olvídense unas cláusulas autorizadas solo por el espíritu de rutina, y que ningun efecto producen.

No es del todo inútil la de *eviccion y saneamiento*, pues aunque siempre sería obligacion del vendedor estar á las resultas de la venta, á pesar de que no se anotase terminantemente en la escritura, por ser una consecuencia necesaria de esta clase de contratos; sin embargo, no está demas expresarlo asi en la redaccion para mayor seguridad del comprador. En la cláusula de eviccion suele decirse: «que si alguno moviere pleito ó pusiere impedimento al comprador, ó á quien le represente acerca de la propiedad ó posesion de la finca, ó aparecieren sobre ella mas cargas que las mencionadas (ó algu-

na, si se vende en el concepto de no tener ninguna) lo defenderán el vendedor, sus herederos y sucesores, siendo requeridos conforme á derecho, siguiendo el litigio á sus espensas hasta dejar al comprador y los suyos en quieta y pacífica posesion de ella.» La de *saneamiento* se pone en seguida en estos términos: «Y no pudiendo conseguir lo referido, darán al comprador otra finca igual en todo su valor, y en su defecto le devolverán su importe y todas las costas, gastos y perjuicios que con motivo del pleito ó del gravámèn aparecido se oriñnen: de modo que quede enteramente saneado y reintegrado.» Pero bastaría para una correcta y precisa redaccion de la escritura decir: «Y el vendedor se obliga por sí y sus herederos y sucesores á la eviccion y saneamiento con arreglo á derecho.»

Si se hubiere estipulado el pacto de *retroviendo*, suele ordenarse por medio de la siguiente cláusula: «Cuya finca le vendo con la precisa condicion de que para tal dia me la ha de restituir ó á mis herederos en la forma en que la recibe, entregándole yo el precio que por ella me ha dado (me dá en este acto ó me ha de dar), y con ningun pretesto la ha de poder vender, cambiar, gravar, ni enajenar hasta que pase el tiempo prefijado, y si lo hiciere, sea nulo, como hecho contra este pacto, á cuya observancia hipoteca dicha finca; y para que me la restituya he de requerirle judicialmente, y darle su importe con deduccion ó aumento por el deterioro ó mejoras útiles que tuviere, ó depositarlo de su cuenta y riesgo en caso de resistirse á su percibó: y si en el citado plazo no se lo devolvriere, le doy facultad para que disponga y use de dicha finca á su voluntad como lejítimo dueño, sin que necesite citarme ni á mis herederos, ni practicar ninguna otra diligencia judicial y extrajudicial, valiendo su enajenacion, como si yo la hubiera hecho simplemente; y para justificar el mas ó menos valor que la finca tuviere al tiempo de su devolucion, si esta se verifica en el tiempo asignado, no conviniéndonos amigablemente, hemos de elejir peritos que la tasen, sin incluir el importe de los reparos precisos que haga para su conservacion, pues quedan de su cargo, respecto á que se ha de utilizar de los frutos ó rentas de la finca.»

En el pacto *comisorio* ó venta al fiado, pues no es en realidad otra cosa, debe decirse despues de la fórmula regular de la venta lo siguiente: «Cuya cantidad, importe de la espresada finca (ó cosa vendida), me ha de entregar el comprador en metálico y con exclusion de todo papel moneda, el dia tantos de tal mes y año, á mí ó á mis herederos, ó á quien tuviere autorizacion suficiente para ello, con la precisa condicion de que no abonando en dicha fecha la citada

cantidad, se ha de tener por no hecho este contrato, perdiendo el comprador lo que por via de señal ó arra me tiene entregado, y pudiendo yo apoderarme de la finca con absoluta libertad, y disponer de ella en pleno dominio, como si dicha venta no se hubiere celebrado; sin tener necesidad para ello de hacer reclamacion alguna judicial ni extrajudicial.» En cuanto al abono de las mejoras ó perjuicios, debe expresarse lo que los contrayentes acuerden, como en la fórmula anterior.

El contrato de venta conocido por *adicion en dia*, que ya en su lugar se explicó, se redacta con la cláusula siguiente: «Otorga que vende á F. de T. tal finca, por tanta cantidad, etc., con la condicion de que si dentro de tanto tiempo, que concluirá en tal dia, pareciere otro comprador que dé al otorgante ó á sus herederos mayor cantidad por ella, ha de quedar por el mismo hecho, como desde ahora para entonces queda, nula y rescindida esta venta, y expedito el derecho del otorgante para apoderarse de la citada finca, venderla al que mas le hubiere ofrecido, y compeler al actual comprador, sus herederos ó el que la tuviere, á que la restituya saneada y en la misma forma en que ahora se halla, entregándole el otorgante el precio que acaba de recibir y el de las mejoras útiles que tuviere, mas no las precisas para su conservacion (si así se pactare); y teniendo algun deterioro se ha de descontar su importe, y en ambos casos preceder valuacion por peritos que elijan: y para que nose transfiera el dominio á tercer poseedor, le prohíbe gravarla y enagenarla, durante el plazo señalado, quedando hipotecada á la observancia de este pacto; pero si pasase dicho tiempo sin haberle hecho saber la oferta de nuevo comprador, ha de tener facultad el actual, como por esta escritura se le confiere, de disponer despues de la finca á su arbitrio, sin necesidad de requerimiento judicial ni extrajudicial.

Tanto en esta clase de pacto, como en los dos anteriores, es indispensable la concurrencia al otorgamiento y aceptacion del comprador, obligándose á todo cuanto se ha referido.

Ya se indicó la necesidad de que por el escribano se reconozcan los títulos de pertenencia de la finca que se trata de vender, para que de este modo se averigüe si el vendedor es el verdadero dueño de ella; para examinar si están corrientes todos los documentos, á fin de que se completen los que faltan, y por último para indagar las cargas, tributos ó hipotecas impuestos sobre la misma finca; á cuyo efecto conviene tambien que se saque y tenga presente la certificacion de libertad dada por el escribano de hipotecas del partido. En los pueblos en que hubiere pósito, conviene asimismo, para mayor seguridad, exigir la presentacion de certificacion ó testimonio en que

resulte que la finca no está sujeta á ninguna responsabilidad de dicho establecimiento.

Ademas, los títulos de pertenencia deben examinarse por el escribano para ver si estan corrientes, ó si falta en ellos algun documento interesante, y para hacer una referencia sucinta del tracto sucesivo que ha seguido la finca desde la fecha mas remota á que alcancen los mismos documentos, hasta la adquisicion del vendedor. Esta relacion breve y lacónica proporciona ademas la ventaja de que si se pierde alguno de los documentos que forman los títulos de dominio, pueda fácilmente sacarse por duplicado, constando la fecha y la escribanía en que se hayan otorgado todos, ó al menos los mas principales instrumentos, ó seguido los litijios ú obtenido las ejecutorias de que se haga mencion en los mismos títulos.

Si pues de los documentos expresados resultare que sobre la finca está impuesto algun tributo, debe deducirse el capital que importare del precio que haya de entregarse al contado: de modo que si este consiste en cien mil rs., y el capital del tributo asciende á veinte mil, solo habrá ochenta mil de desembolso, quedando obligado el comprador á satisfacer los réditos, y á reconocer el censo, si el censualista lo exijiere. Y si no constare cuánto importa el capital, sino únicamente los réditos que cada año se pagan, deberá deducirse aquel, formando la cuenta á razon de 33 y un tercio al millar ó un tres por ciento, si es redimible, y si irredimible, al respecto de 66 y dos tercios al millar, ó uno y medio por ciento.

Si el censo fuere perpétuo, es necesario ademas, antes del otorgamiento de la escritura de venta, requerir judicial ó extrajudicialmente al señor del dominio directo, por si quiere quedarse con la finca por el tanto, instruyéndosele al efecto del contrato, de lo que ofrecen por ella, y de quien es el comprador; y dando su consentimiento, ha de otorgar sobre ello escritura pública para que se tenga presente, y se haga mencion de ella en el contrato de venta.

Si en este ha intervenido alguna hipoteca ó gravámen consiguiendo á las condiciones y cláusulas ya expresadas, es obligacion imprescindible del escribano que lo otorgue, hacer en el instrumento la advertencia, de que se ha de tomar razon en el oficio de hipotecas de la cabeza del partido, dentro del preciso término de seis dias, si el otorgamiento fuese en el mismo pueblo, ó en el de un mes, si no residiere allí dicho oficio; bajo la pena de privacion de éste, y de resarcir los daños con el cuatro tanto; en la inteligencia de que no cumpliéndose con dicho requisito y toma de razon, no hacen fé los instrumentos públicos de dicha clase en juicio, ni fuera de él, para el

efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas contenidas en el mismo documento (1).

El instrumento que se debe exhibir en el oficio de hipotecas para la toma de razon, es la primera copia que diere el escribano ante quien se otorga, esto es, lo que comunmente se llama *original*; excepto cuando por pérdida ó extravío de algun instrumento antiguo se hubiere sacado otra copia con autorizacion de juez competente, pues en este caso se toma razon de ella, expresándose así en el mismo documento (2).

Dada la copia por el escribano ante quien se hubiere aquel otorgado, la lleva la parte interesada al oficio de hipotecas, y hecho allí el registro, debe ponerse por el escribano que lo estiende la nota de estar tomada la razon, devolviendo el instrumento á la misma parte, á fin de que si quisiere la exhiba el escribano orijinario ante quien se otorgó, para que en el protocolo anote estar tomada la razon, como tiene obligacion precisa de hacerlo (3).

Todo cuanto vá expuesto acerca de esta formalidad es sin perjuicio del pago del derecho de medio por ciento, y anotacion que ya se ha dicho debe hacerse, de todo contrato traslativo de dominio, aun cuando no contenga gravámen ó hipoteca de la finca.

Toda escritura que contenga contrato de venta, donacion, cambio, censo y demás que causen alcabala, ha de otorgarse precisamente ante el escribano público numerario del pueblo, en cuyo término estén situados los bienes de que se trate, y no habiéndolo, ante el de la poblacion mas inmediata (4). Sin embargo, los escribanos públicos en Madrid tienen privilegio para autorizar todas las escrituras de dicha clase, aunque los bienes que se vendan cedan y permuten ó graven, estén situados en cualquier parte del reino.

De advertir es, antes de finalizar este capítulo, que si la venta es de una casa, y esta se halla situada en Madrid, y tiene carga real de aposento, se debe prevenir en la escritura, que se tome tambien razon de ella en la contaduría de real hospedaje con arreglo al real precepto y capítulo 16 de las ordenanzas de 22 de octubre de 1649, y lo mismo debe advertirse en cualquiera otra clase de enajenacion, donacion y cesion (5).

(1) Art. 10, ley 3, tít. 16, lib. 10, N. R.

(2) Art. 3 de dicha ley.

(3) Art. 5 id.

(4) Ley 14, tít. 12, lib. 10, N. R.

(5) Dicho capítulo dice así: «Todos los escribanos ante quienes se otorgare

CAPITULO VI.

De los arrendamientos.

Arrendamiento, segun la definicion de la ley de Partida, es un contrato por el cual se convienen los contrayentes en dar cierta cantidad de dinero por el uso de alguna cosa, ó por el trabajo de una persona ó una bestia. Cuando se arrienda una casa, se suele llamar arquiler. Este contrato, como todos los consensuales, se perfecciona con el consentimiento de los contrayentes, y no produce la traslacion del dominio, sino solo el derecho al uso de la cosa arrendada ó alquilada (1). La persona que da en arrendamiento se llama *arrendador*, y la que la recibe, si se trata de predio rústico ó finca del campo, *colono*, y si de predio urbano, es decir, de casa ó edificio situado en poblacion, *inquilino*. Son tambien arrendables los derechos, como sucede respecto del usufruto.

Tienen aptitud para celebrar el contrato de arrendamiento todos los que están facultados legalmente para otorgar cualquiera otro; y pueden ser arrendadas todas las cosas suceptibles de tráfico ó comercio.

Por este contrato el dueño se obliga á facilitar al que las recibe en arrendamiento el libre uso de ellas, aprovechando sus frutos ó disfrutando de la comodidad ó ventaja que proporcionen; y el colono ó inquilino queda comprometido á satisfacer puntualmente el precio estipulado, y á cuidar de la cosa arrendada del mismo modo que si fuese propia. Si no abonare la renta al plazo convenido, ó á mas tardar al fin del año, puede el dueño lanzarle de la finca ó privarle de su uso. Si fuere casa, quedan efectos al pago del precio y del menoscabo que en ella hubiere causado el inquilino, todos los muebles

escrituras de enajenacion de casas, por cualquier causa de venta, cesion ú otra alguna, antes de entregar la primera copia á la parte ó partes, la han de traer á la contaduría para que se reconozca, si se expresa la carga legitima que consta en los libros, debe pagarse, tome la razon, y se note en la escritura lo conveniente; y hecho, la recojerá el escribano y copiará en el registro, que queda en su poder, la nota que se haya puesto: lo ejecutarán pena de suspension de oficio por 6 años y de 50 ducados, aplicados por mitad á penas de cámara y gastos de justicia; para que lo cumplan mandará el intendente se les notifique, y archivará esta diligencia para que conste.»

(1) Ley 3, tit. 30, P. 3.

y enseres que en la misma se encuentren ; y lo propio sucede tratándose de tierra ó heredad , con la diferencia de que las cosas que se hallen en esta solo están obligadas al pago , en el caso de haberse introducido en ella con conocimiento del dueño de la misma finca.

Estando una casa alquilada por cierto tiempo , si el inquilino paga puntualmente la renta , no puede ser desposeido hasta el cumplimiento del plazo. Sin embargo , está obligado á dejarla por cuatro causas: 1.^a si el dueño no puede continuar viviendo la que habite , y necesita de aquella para sí ó para un hijo suyo que se case: 2.^a si despues del contratado el arrendamiento , apareciere la necesidad de hacer obra en la casa para que no se caiga: 3.^a si el inquilino la deteriora; y 4.^a si estando arrendada por cuatro ó mas años , dejase aquél de pagarla por espacio de dos años.

Este es el derecho emanado de la ley de Partida. La 8.^a, tít. 40, lib. 40 de la N. R. establecia privilegios muy favorables á los inquilinos , con menoscabo del derecho de propiedad , y hasta impedir al dueño disponer de su finca mientras el arrendatario satisfaciese la renta convenida , ó la justipreciada en su caso. Pero una ley muy reciente , la de 9 de abril de 1842 , ha derogado la ya citada , y hecho notables alteraciones en esta materia , pues permite que los dueños de casas y otros edificios urbanos puedan arrendarlos libremente , arreglando y pactando con los arrendatarios las condiciones que les parezcan oportunas. Previene tambien , que si se hubiese estipulado tiempo fijo para la duracion del arrendamiento , fenezca este cumplido el plazo , sin necesidad de desaucio por una y otra parte , y que si no se hubiese fijado precio , ni pactado el desaucio , ó cumplido el tiempo fijado , continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes , el dueño no pueda desalojar al arrendatario ni este dejar la finca , sin dar aviso á la otra parte con la anticipación que estuviere adoptada por la costumbre general del pueblo , y en otro caso con la de cuarenta dias. Por este medio el contrato de arrendamiento de predios urbanos se ha reducido á términos justos y equitativos , como ya sucedia antes respecto de los predios rústicos , permitiéndose el libre ejercicio del dominio , cuyo uso únicamente puede ser coartado por la obligacion de cumplir lo convenido.

En los arrendamientos de heredades debe atenderse á algunas reglas relativas á la obligacion de satisfacer el precio integro ó con alguna rebaja , segun la abundancia ó escasez de frutos. Si se perdiesen ó destruyesen todos por algun acaso no comun , no está obligado el colono á abonar parte alguna del precio , por ser justo , que asi como él pierde la simiente y las impensas invertidas en el cultivo , deje de co-

brar el propietario la renta. Pero si no se pierden todos los frutos, y el arrendamiento consigue recoger una parte de ellos, tiene opcion el colono entre satisfacer toda la renta concertada, ó dar al dueño los productos despues de deducir los gastos hechos. Si la cosecha ó los frutos se pierden por la culpa del mismo colono, entonces es de cargo esclusivo de este toda la pérdida, y está obligado á pagar integramente la renta. Tal es la doctrina legal acerca de este punto; pero puede modificarse á voluntad de las partes, estipulando las condiciones que tengan por conveniente, y aun la de abonar toda la renta, á pesar de suceder alguna calamidad ú otro acontecimiento que destruya la cosecha ó los frutos.

Si habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó mas años, se pierden aquellos en el uno, y en el anterior ó posterior se recojen con tanta abundancia que basten para satisfacer la renta de los dos años y los gastos de las labores, está obligado el colono á abonarla, y aunque el dueño hubiese perdonado la del año estéril, puede despues reclamarla en dicho caso.

Si la heredad diese tantos frutos en un año, que importen mas de doble de lo que solia rendir uno con otro, está obligado el arrendatario á duplicar el precio del arriendo, á menos que este grande acrecentamiento de productos se deba á su mucho esmero, y á las mejoras que hubiese hecho en el cultivo. Todo esto es oportuno preveerlo al otorgarse los contratos para fijar las condiciones en términos claros y comprensivos de todos los casos mas posibles, á fin de evitar cuestiones y los pleitos que á ellas son consiguientes.

Respecto de los mismos arrendamientos de fincas rústicas, conviene ademas hacer aqui mencion de algunas disposiciones contenidas en la lejislacion vijente, por las cuales se han derogado leyes, fueros y costumbres que en esta materia perjudicaban á los colonos, ó menoscavaban el libre dominio de los propietarios.

Dichos contratos deben hacerse á voluntad de los contrayentes, y por el precio ó cuota en que se convengan. Ni el dueño ni el arrendatario pueden pretender que el precio estipulado se reduzca á tasacion, aunque sí usar en su caso del remedio de la lesion y engaño con arreglo á derecho (1). Los arrendamientos obligan, no solo á los que los contratan, sino á los herederos de ambas partes: de modo que muerto el colono, su sucesor tiene obligacion de continuar en la finca bajo las mismas condiciones; y por fallecimiento del propietario sus herederos

(1) Decreto de las Cortes de 8 de junio de 1813, restablecido en 6 de setiembre de 1836.

están igualmente obligados á mantener en el contrato al arrendatario ó sus sucesores, bajo las mismas condiciones estipuladas.

En los arriendos de cualesquiera fincas ninguna persona ni corporacion puede, bajo pretesto alguno, alegar preferencia con respecto á otra que se haya convenido con el dueño.

Los arrendamientos de tierras, dehesas, ó cualesquiera otros predios rústicos, por tiempo determinado, fenecen al cumplimiento del plazo, sin necesidad de mútuo desaucio, y sin que el arrendatario, de cualquier clase que sea, pueda alegar posesion para continuar contra la voluntad del dueño, sea cual fuere la duracion del contrato; pero si tres dias ó mas, despues de concluido el término, permanece el arrendatario en la finca con aquiescencia del dueño, se entiende arrendada esta por otro año bajo las mismas condiciones.

Cuando el contrato se celebra por un plazo determinado, mientras este no finalice, tienen obligacion ambos contrayentes de observarlo con religiosidad, y el dueño no puede despedir al colono, ni aun con el pretesto de necesitar la finca para sí, á no ser en los casos de no pagar la renta, tratar mal aquella, ó faltar á las condiciones estipuladas. Dedúcese de aquí la imprescindible obligacion que el propietario tiene de sostener al colono en el arrendamiento por todo el tiempo que se haya convenido en el contrato, aunque durante él hubiere dispuesto de la finca por venta ú otra clase de enajenacion. La ley dice, que ni aun con el pretesto de necesitarla para sí mismo el dueño, puede este lanzar de ella al arrendatario, mientras esté corriendo el plazo concertado. Si pues el propietario no es libre para disponer de la finca, ni aun con este motivo tan preferente, y que segun la lejislacion antigua era el mas poderoso para tener por finalizado el arrendamiento, es indudable que menos podrá usar de ella, privando de su disfrute al colono por haberla vendido mientras se halla vijente el contrato: de modo que en esta parte debe considerarse alterada la ley 19, tit. 8, P. 5.^a, que permite privar al colono de la cosa arrendada antes de finalizar el tiempo del arriendo. De lo contrario se daria ocasion á muchos fraudes, porque podria fácilmente suponerse una venta, y desvirtuarse con este pretesto la fuerza de un contrato de arrendamiento pendiente aun por no haberse cumplido el término pactado. No tiene pues lugar, segun la lejislacion vijente, aquel dicho vulgar de que «muerte y venta desbaratan renta», pues ni por fallecimiento de los contrayentes, ni por la enajenacion de la finca, sino por haberse cumplido el plazo del arriendo, queda este fenecido.

Los que se celebran sin fijarse tiempo determinado, duran á voluntad de las partes; pero cualquiera de ellas que quiera disolverlos, puede hacerlo así, avisando á la otra un año antes, y tampoco tiene

el arrendatario, aunque lo haya sido muchos años, derecho alguno de posesion, una vez desahuciado por el dueño (1).

El arrendatario no puede subarrendar ni traspasar el todo ni parte de la finca sin aprobacion del propietario; pero sí vender ó ceder sin ella, al precio que le parezca, alguna parte de los pastos ó frutos, á no ser que en el contrato se estipule otra cosa.

En el arrendamiento de casas se entiende que se prorroga el contrato, permaneciendo el inquilino en la finca despues de finalizarse aquel; pero esta continuacion, ó como suele llamarse, *tácita reconduccion*, dura solo por los dias que el inquilino sigue habitando la casa, y no por un año ni por un mes mas.

En el precio ó renta de los arrendamientos debe guardarse una justa proporciön con el valor del servicio que presta la cosa arrendada, y por esta razon es aplicable á dichos contratos la doctrina del justo precio y de la rescision, en el caso de haber lesion y de ser reclamada.

Los principales requisitos que deben concurrir en las escrituras de arrendamiento son: expresar quién es el que arrienda, á quién, qué finca, con especificacion de sus circunstancias; y si es alguna heredad, su cabida, linderos y demas señales individuales; por cuánto tiempo ha de durar el contrato; cuáles es el precio, plazos en que se ha de pagar, si en dinero, en frutos que produzca la misma heredad, ó en otros diversos. Ademas debe el arrendador obligarse á la eviccion y saneamiento; es decir, á mantener al inquilino ó colono en el disfrute de la finca si alguno intenta inquietarle. Tambien es oportuno se exprese terminantemente la condicion de que el mismo no pueda ser lanzado de aquella mientras no se cumpla el plazo señalado, ni por venta, ni por otro motivo, para evitar por este medio cuestiones y litigios. El inquilino ó arrendatario debe tambien por su parte aceptar el contrato, y obligarse á sastifacer puntualmente la renta, á cuidar bien de la finca, abonar los menoscabos que por su causa se originen en ella, á no subarrendarla sin permiso del dueño, si este asi lo exijiere; y por último, tratándose de tierras ó arbolados, es oportuno que se fijen las estipulaciones relativas al abono de la renta, en caso de esterilidad, ó á la rebaja prudente, si alguna calamidad esquilma los frutos (2).

(1) Ley 3, tít. 10, lib. 10, N. R., y art. 6 de dicho decreto. Sin embargo, no se ha hecho novedad por esté en la actual constitucion de los foros de Asturias y Galicia, y demas provincias que estén en igual clase. Art. 6 del mismo decreto.

(2) Puede verse el tít. 8, P. 3.

CAPITULO VII.

De los censos.

Ardua y complicada es la materia de que voy á tratar en este capítulo, fecunda en cuestiones y litijios; pero no interesando para mi objeto el profundizarla, me concretaré á exponer las nociones relativas á censos, que basten para la instruccion que un escribano necesita adquirir acerca de esta clase de imposiciones ó gravámenes, tan contrarios á la libre trasmision del dominio, como perjudicial al desarrollo y multiplicacion de la riqueza pública.

Un autor, á quien muchas veces he citado, define el *censo* diciendo: «que es un derecho que tenemos que exigir de otro, á quien hemos concedido algo, cierto rédito ó pension (1).» Son de tres especies, *enfiteútico*, *reservativo* y *consignativo*. El primero es el derecho de cobrar cierta pension ó rédito anual por haber transferido el disfrute de alguna finca. El que recibe el rédito ó *canon* (que tambien se llama asi) conserva en la cosa dada al censo el *dominio directo*, y el que satisface dicha pension goza el *dominio útil*. Una finca dada á censo ó *tributo* no se posee en pleno dominio, pues en realidad se divide este entre el *censualista* ó perceptor del canon, y el *censuario* ó enfiteuta, que es la persona obligada al pago del rédito, con la diferencia de que el primero percibe solo esa retribucion, y el segundo todas las utilidades y productos de la finca. Tan exacta es esta asercion que cuando el enfiteuta ó poseedor del dominio útil intenta vender la finca sobre que deja impuesto el censo, no puede hacerlo sin noticia del señor del dominio directo, por si quisiere quedarse con ella por el tanto; y solo pasando dos meses y no resolviendo comprarla, es cuando tiene facultad el poseedor de enajenarla (2).

El censo puede constituirse perpétuamente, y entonces el tributario queda para siempre obligado al pago del rédito, ó solo por la vida de aquel, ó por diez ó mas años (3), á lo cual suele llamarse *foro*. En el censo enfiteútico tiene tambien el poseedor del dominio directo derecho á que se le abone, al enajenarse la cosa acensuada, lo que se llama *laudemio* ó *luismo*, que es el dos, cuatro, ó diez por ciento del pre-

(1) Sala, Derecho Real, lib. 2, tit. 14.

(2) Ley 29, tit. 8, P. 5.

(3) Ley 3, tit. 4, P. 1 y 28, tit. 8, P. 5.

cio en que se vende, cuyo derecho debe pagarlo el comprador (1).

Pero aunque el dueño de la cosa dada á censo no adquiere un absoluto dominio, tiene la facultad de imponer sobre ella cualquier gravámen y servidumbre, y no puede ser privado de su disfrute, á menos que dejen de pagar la pension ó rédito por espacio de dos ó tres años. Si perece la cosa dada á censo, ó subsiste de ella solo una octava parte, queda el enfiteuta libre de sastifacer el tributo (2).

Censo *reservativo* es aquel en virtud del cual se transfiere una finca á otro en absoluto dominio, reservándose el que la dá solo cierta pension ánuua, la cual ha de abonarse por el poseedor de la finca, mientras no se entregue por él el precio en que se valuó al hacerse la dación á censo. Consiguiente á esta plena propiedad, ni se paga laudemio ó luismo, ni el censualista tiene derecho á ser preferido por el tanto en caso de venta, ni puede privar al tributario de la cosa sobre que esté impuesto dicho gravámen, aunque no pague el tributo en muchos años, á no ser que al constituirse el censo se imponga esta condicion (3). Comun es confundirse un censo con otro; pero deben distinguirse por la naturaleza y condiciones del contrato, mas que por las palabras de que se hayan valido los contrayentes al establecerlos.

El *consignativo* consiste en la imposición de un gravámen sobre una finca, en retribucion de alguna cantidad que se recibe, quedando obligado el dueño de aquella á sastifacer un rédito anual. En este censo la pension ha de imponerse precisamente á dinero y no en frutos (4), especialmente si el censo es vitalicio (5); pero puede establecerse perpétua ó temporalmente: en el primer caso se llama censo *perpétuo* ó *irredimible*, y en el segundo *redimible* ó *al quitar*.

Otra clase de censos hay tambien que se llaman *juros*, y consisten en rentas públicas ó de la nacion, concedidas por los reyes á particulares ó corporaciones en remuneracion de servicios, ó como réditos de alguna cantidad entregada al erario ó á la Corona. Esta especie de censos tiene mucha analogía con los comunes, y cuanto está dispuesto por las leyes respecto de estos, se entiende en cuanto á los juros (6), menos por lo que hace á la alcabala, que no se paga por la enajenacion de estos, y sí por la de los demas censos.

(1) Ley 29 citada.

(2) Ley 28, id., id.

(3) Ley 68 de Toro, ó 1, tit. 13, lib. 10, N. R.

(4) Ley 13, tit. 13, lib. 10, N. R.

(5) Ley 6, tit. 13, id.

(6) Notas 1 y 2, tit. 13, lib. 10, N. R.

Para que no haya exceso en la exaccion de los réditos al imponerse los censos redimibles, está prohibido que aquellos puedan importar mas de un tres por ciento del capital impuesto, bajo la pena de privacion de oficio al escribano que autorice instrumento público en que se establezca pension mas alta (1). Respecto del censo redimible no hay tasa señalada para el canon ó rédito; pero todos convienen en que debe ser moderado, por lo gravoso que es para el censuario, y por no ser justo pase de uno y medio por ciento, como sucede en cuanto á las casas y áreas ó solares de Madrid (2).

Todo censo impuesto sobre una finca, puede alzarse de ella dejándola libre de este gravámen, á lo cual se llama redencion; pero hay que distinguir entre los perpétuos é irredimibles ó los redimibles ó al quitar. Los lejisladores han conocido lo perjudiciales que son estas imposiciones, y para disminuirlas han permitido la redencion de los censos que en su establecimiento se irijieron como redimibles. Esta redencion, siendo de censos impuestos sobre áreas y solares ó casas en Madrid, puede hacerse al respecto de uno y medio por ciento (3); y para facilitar mas estos contratos está permitido que se hagan en vales del Estado, cualquiera que sea la clase del censo, ya perpétuo, al quitar ó enfiteútico (4), y que lo mismo se entienda respecto del canon enfiteútico impuesto sobre las casas de las ciudades del reino, pagándose un capital doble del que resulte regulado el rédito, á razon de un treinta y tres y un tercio al millar, esto es, de tres por ciento y por derecho de laudemio la cantidad que de un tres por ciento reditúe en veinte y cinco años una cincuentena del valor de la casa, rebajando importe de las cargas á que estuviere sujeta: y ademas está prevenido, que en los censos redimibles se preceda á la redencion á razon de un tres por ciento, y al doble en los perpétuos, y al mismo respecto de un tres por ciento en cualquier censo que no tenga capital señalado. Por último, está concedido también que puedan redimir sus cargas de igual modo los poseedores de las fincas afectas á aniversarios, capellanías, misas, festividades, limosnas, dotes y cualesquiera otra prestacion ánuua (5).

Son consecuencias de la imposicion del censo, segun la práctica autorizada y la opinion de los autores: 1.^a que el que lo impuso sobre cosa suya, solo esté obligado al abono de los réditos mientras la

(1) Leyes 8 y 9, id., id.

(2) Ley 12, tít. 13, id.

(3) Ley 12 citada.

(4) Ley 21 del mismo tít. y lib.

(5) Véase el tít. 13, lib. 10, N. R., y la ley 22; tít. 23 del mismo lib.

posea : asi és que , enajenada la misma cosa gravada con el censo , queda responsable el nuevo poseedor , aunque él no hubiese contraído espresamente la obligacion de satisfacerlo : 2.^a que el mismo poseedor no solo esté obligado á abonar los réditos corrientes , sino los atrasos ; y 3.^a que destruyéndose la finca gravada se estinga el censo (1). Tambien fenece este por la prescripcion de treinta años ; es decir , cuando uno posee cierta finca por dicho tiempo como libre de tal carga , con buena fé y sin interrupcion.

En las escrituras de censo las mas comunes condiciones son : 1.^a haberse de labrar la tierra , ó mantenerse el arbolado , ó edificar el solar , ó tenerse reparada la casa ó edificio : 2.^a si el censo es enfiteútico la de dárse al señor del dominio directo , cuantas veces se venda la finca sobre que estuviere impuesta , la décima , veintena ó cincuentena parte del precio : 3.^a haber de requerirse al mismo poseedor del dominio directo , por si quiere quedarse con la finca por el tanto , siempre que se trate de enajenarla : 4.^a que no pagándose el tributo ó rédito por espacio de dos años continuos , ó no cumpliéndose con algunas de las otras condiciones , vuelva la finca á la propiedad del que posea el dominio directo , el cual pueda apoderarse de ella , por sí , sin intervencion judicial ; y 5.^a que no se ha de enajenar á *manos muertas* , es decir , á establecernos en cuyo poder se amortice ó no vuelva á la circulacion. Tambien puede estipularse alguna condicion sobre si la finca perece por culpa del poseedor ó por caso fortuito , y el canon que entonces ha de pagarse , ó si ha de dejar de satisfacerse en su totalidad , acerca de lo cual ya se dijo que si la ruina no es total , y queda á lo menos existente la octava parte de la finca , hay obligacion de pagar los réditos.

Los censos pueden ponerse no solo por escritura pública , sino tambien por medio de testamento ; pero no verbalmente , ni aun por contrato literal privado. Si se constituye por testamento , el testador puede decir , que dá ó lega á F. de T. tal finca con el cargo y obligacion de abonar á tal persona ó corporacion el rédito de un 3 por 100 (ó menos , pero no mas) al año , hasta que redima este censo , observándose las circunstancias propias de esta clase de contratos , ó las que el testador establezca ; ó bien dirá que á su tiempo se otorgue sobre ello la competente escritura por sus herederos ó albaceas , y su legatorio ó persona á quien deja la finca con la expresada carga.

Ademas de las escrituras de imposicion suelen otorgarse otras llamadas *reconocimiento* , por las cuales los poseedores de las fincas

(1) Sala , Derecho Real , lib. 2 , tit. 14.

hipotecadas renuevan la obligacion que tienen contraida á consecuencia de la imposicion otorgada. Si en la escritura primordial se hubiese estipulado que este reconocimiento haya de hacerse cada veinte ó treinta años, debe ejecutarse asi, y en otro caso cuando lo exija el censualista, por haber pasado á nuevo dominio la finca hipotecada.

Esta clase de escrituras jeneralmente deben contener la especificacion de los bienes raices gravados, con todas sus señas y circunstancias, cabida, linderos, etc., y la ratificacion de las condiciones y obligaciones estipuladas; pero sin necesidad de hipotecar al tributario todos los bienes, sino solo de reconocer como hipotecados los que ya lo están.

Los censos pueden tambien reducirse ó aminorarse por cualquiera de los tributarios, entregando, sino todo el capital en que consistan, una parte de él solamente; y en este caso quedará responsable nada mas que al respectivo rédito proporcionado á la parte del capital que aun quede impuesto, y la hipoteca se disminuirá tambien en toda la cantidad que se hubiere reducido; en cuyo caso debe otorgarse la escritura, esplicándose que el censo que antes importaba tanta cantidad de capital y tanta de réditos, se disminuye á la que fuere.

Para la redencion de los censos basta que el tributario avise estrajudicialmente al censualista que desea entregar el capital, á fin de que se alce y cancele la obligacion; pero si no estuviere pronto á recibirlo, es conveniente acudir al juez, haciendo consignacion de la cantidad que importe para que mande proceder al otorgamiento de la escritura de redencion y á la cancelacion de la hipoteca, y anotacion de la escritura de imposicion, poniéndose tambien nota en el oficio de hipotecas para que allí conste que la finca queda libre de aquel gravámen.

La redencion debe otorgarse por el poseedor del censo, ya sea la finca libre ó de capellanía, patronato, mayorazgo ú otra vinculacion.

Tambien puede exijirse por el que redime el censo, que el censualista presente la escritura de imposicion, si la tuviere, para que quede en poder del tributario; pero siempre es preciso la anotacion en el protocolo, y aun en el oficio de hipotecas, por si se ha sacado alguna otra copia ademas de la entregada.

Cuando un censo impuesto sobre una finca se traslada sobre otra, dejando libre á aquella, se ejecuta lo que se llama *subrogacion*, y tambien puede hacerse esta, enajenando el censualista su derecho á favor de otra persona, la cual queda subrogada en su lugar. En el primer caso, si la subrogacion se realiza respecto de fincas de *manos*

mueratas, es necesario que intervenga la licencia de la autoridad competente.

CAPITULO VIII.

De la promesa.

Uno de los principales contratos comprendidos entre los llamados *verbales* es el de *promesa*: consiste este en la oferta verbal ó escrita que una persona hace á otra, con intencion de obligarse sobre cosa determinada que ha de dar ó ejecutar. Para la celebracion de este contrato, así como para la de cualquiera otro, no es necesario observar, como ya antes indiqué, ninguna formalidad escrupulosa: basta que de cualquier modo conste la obligacion; sobre lo cual es muy digna de tener presente la célebre ley recopilada (1).

No pueden otorgar promesa los que tienen prohibicion, como son los dementes ú de otro modo privados de sus funciones mentales, los menores de 14 años, si no es en cuanto les sea útil la promesa, y en los mismos términos los menores de 25, que teniendo curador, se quisieren obligar sin su consentimiento; aunque si no tuvieren curador, vale la promesa con sujecion á la restitucion *in integrum*, y en los mismos términos que en cuanto al pródigo. Tampoco pueden prometer el padre al hijo que se halla bajo la patria potestad, ni el hijo al padre sino por el peculio *castrense* y *cuasi castrense*; exceptuándose solo la promesa de mejorarle con arreglo á derecho.

No valen las promesas de cosas que se hallen fuera del comercio de los hombres, ni la de lo que no existe ni puede existir, ó de cosa cierta que fuese ya muerta; aunque consistiendo por ejemplo en un caballo, y matándole sin justo motivo el que hizo la promesa, estaría obligado á abonar su importe. Pero si es válida la promesa de lo que aun no ha nacido, como los frutos del año venidero, las crias del tal animal, etc., y en este caso si nada naciere, nada tiene obligacion de dar el promitente, á menos que con malicia estorbara dichos productos.

De tres maneras puede hacerse este contrato, puramente, á dia cierto, y bajo alguna condicion. Es *pura* la promesa, cuando en ella no señala dia, á *dia cierto*, cuando se fija un plazo determinado, y *bajo condicion*, si se estipula con alguna cualidad ó circunstancia.

Si alguno promete una cosa, y para el caso de no cumplir se impone alguna pena, está obligado á satisfacer lo uno ó lo otro, pasado el tiempo en que debió hacerlo; y si se pusiese la condicion de no ha-

(1) Ley 1, tit. 1, lib. 10, N. R.

cer, como por ejemplo, «si yo no hiciere ó diere tal cosa, prometo tal cosa ó dinero», no está obligado el que prometió á cumplir la promesa mientras viva (4).

Si son dos los que prometen, y no expresan terminantemente qué lo hacen *in solidum*, ó cada uno por el todo de lo prometido, se entiende que quedan obligados solamente por la mitad cada uno (2).

CAPITULO IX

De la transacion.

La transacion es convenio hecho por dos ó mas personas sobre alguna cuestion ó pleito, dándose ó remitiéndose mutuamente alguna cosa. Pueden celebrar este contrato todos los que están facultados para administrar sus bienes: por consiguiente ni los menores, ni las mujeres casadas tienen posibilidad de transijir: los primeros necesitan la intervencion de su tutor ó curador, y aun para mayor seguridad la informacion de ser útil ó necesario el convenio, y la aprobacion judicial; y las mujeres la autorizacion expresa de su marido, ó en su defecto del juez.

Se puede celebrar transacion, no solo por las personas interesadas, sino por otra en su nombre; pero en este caso es preciso que esté facultada por medio de poder especial (3).

Puede transijirse sobre todas las cosas dudosas, á excepcion de algunas, respecto de las cuales está prohibido: como sobre lo que se deja en un testamento, si este no se ha abierto aun y publicado (4); y en cuanto á delitos, acerca de la pena corporal, pues únicamente es permitido transijir sobre costas, daños y perjuicios.

El efecto de la transacion es finalizarse el pleito, si se ha efectuado está acerca de algun punto litijioso (5).

El modo más comun de reducir una transacion á escritura es, relacionar el pleito si lo hay; expresar su estado y el juzgado en que se sigue, y no habiéndose aun principiado, esplicar los motivos que cada cual tenga para poder seguirlo y las pretensiones respectivas, redactar las condiciones y circunstancias del convenio, declarar que no inter-

(1) Véanse las leyes del tít. 11, P. 5.

(2) Ley 10, tít. 1, lib. 10, N. R.

(3) Ley 19, tít. 5, P. 3.

(4) Ley 1, tít. 2, P. 6.

(5) Ley 34, tít. 14, P. 5. •

viene dolo ni lesion; desistir de sus acciones y de cuantas pudieran promover sobre el punto transijido, aunque se presuma en adelante que hay lesion, ó aunque se encuentren nuevos documentos, ó se descubra algun error ó equivocacion en lo transijido, cediéndose ó donándose su importe, dar por roto y finalizado el pleito, si lo hubiere, y por último obligarse mutuamente á observar la transaccion, imponiéndose las partes, si quieren, pena convencional, para en el caso de que alguna reclamase contra su cumplimiento.

CAPITULO X.

De la sociedad ó compañía.

El contrato de sociedad, que es otro de los consensuales, consiste en la reunion de dos ó mas personas que ponen en comun sus bienes ó industria, ó alguna cosa de estas, con objeto de adquirir ganancias. Puede pactarse el contribuir todos los contrayentes con igual ó diferente porcion de capital, ó bien unos con dinero y otros con trabajo ó industria. Cualquiera que no esté privado de sus facultades mentales, ó que no sea menor de 14 años, puede celebrar dicho contrato, no siendo este contrario á las buenas costumbres.

Puede constituirse sociedad ó compañía por cierto tiempo ó por toda la vida, y de todo el caudal de los contrayentes, siendo absolutamente comunes las ganancias y pérdidas; ó solo de cierta porcion ó determinados bienes, ó de alguna especial industria y negociacion. En el primer caso es comun todo el capital de los contratantes, sin ser necesario para ello una verdadera tradicion ó entrega. La compañía que no es universal de todos los bienes de los asociados, puede ser de tres especies: para un solo negocio, ó simplemente sin expresarse los bienes sobre que se celebra, ó acerca de las ganancias que se conseguieren. Pero cualquiera que sea la clase de la sociedad que se concierte, la principal base del contrato es la voluntad de las partes, y por consiguiendo todo él se funda en las condiciones que se impusieren. Asi es que la conclusion de la compañía depende, ya de la muerte de uno los sócios, ya de haberse cumplido el plazo fijado, ó ya de haberse conseguido tales ganancias ó sufrido tales pérdidas; en una palabra, todo queda pendiente de la voluntad de los asociados, consignada en la estipulacion. Muerto uno de los sócios, no alcanza su representacion á sus herederos.

Pero si no se hubiere pactado la porcion que á cada uno ha de responder en las pérdidas, sino solo en las ganancias, se deben cargar aquellas del mismo modo que se hubieren distribuido estas, y no

por una igualdad rigurosa, sino proporcional, segun el capital con que cada uno hubiere contribuido; y si se estipulase que toda la ganancia sea de uno y todas las pérdidas de otro, este pacto es nulo, como *leonino*.

Disuelta la compañía por muerte de uno de los socios, ó muriendo alguno, aunque aquella no se disuelva, los herederos quedan responsables á las cuentas y resultados del contrato; pero si aparece obligado alguno de ellos al pago de cierta deuda, le corresponde el beneficio que se llama de *competencia*, el cual consiste en no poder ser reconvenido en mas de lo que pudiese satisfacer (1).

Las compañías mercantiles deben arreglarse en un todo á las reglas prescritas en el código de comercio (2).

CAPITULO XI.

Del mandato ó de los poderes.

Mandato es el cargo que uno hace á otro que lo acepta con obligacion de cumplirlo: esto es lo que comunmente se llama *poder*. El que lo da es el *mandante*, ó mas comunmente *poderdante*, y el que lo recibe *mandatario* ó *apoderado*. Todos los que están facultados para contratar, pueden otorgar poder; y aun hay casos en que el menor de 25 años, siendo mayor de 14, y la mujer casada, pueden tambien autorizarlo sin intervencion ó licencia de su curador ó marido, como por ejemplo, si el menor tuviera que reclamar contra su curador, ó la mujer contra su marido; aunque en el primer caso lo mas comun es, que aquel acuda al juez, nombrando curador *ad litem*, para que discernido el cargo, le represente en juicio.

Pueden ser mandatarios ó apoderados todos los que tienen aptitud para contraer, y se confieren los poderes, ya jeneralmente para que sea representado el poderdante en todas las cosas, ya especialmente para algunas determinadas. Tambien se otorgan con facultad de *sus-tituir*, es decir, de trasmitir el apoderado á otra persona las mismas facultades que á él se han conferido.

Cuando el poder se otorga para representar á otro en juicio ó en actos solemnes, no basta que se confiera jeneralmente, sino es indis-

(1) Puede verse el tít. 10, P. 5.

(2) Pueden verse los artículos desde el 264 hasta el 298 del Código del comercio, que son los que hacen referencia á dicho contrato.

pensable que sea especial para el determinado asunto que se exprese. Asi sucede cuando se trata de autorizar á una persona para testar, para desposarse, para pedir licencia, á fin de contraer matrimonio, para los recursos de nulidad y de fuerza, para desistirse de cualquier litigio, para transijir y para algunos otros negocios, segun la práctica establecida en los tribunales.

Este contrato es bilateral, y en él se obligan el mandante á satisfacer al apoderado lo que hubiere gastado en cumplir su encargo, y este á ejecutarlo celosamente; de modo que si no lo hace asi por su culpa, ha de resarcir á aquel el daño que le haya ocasionado (1). La comun opinion de los autores es, que este contrato se finaliza por la muerte ó la revocacion de cualquiera de los contrayentes.

El poder puede otorgarse á una persona ó muchas, autorizadas cada una por sí sola para hacer lo mismo que todas juntas. En este sentido suele usarse la fórmula de que se confiere *in solidum*.

La revocacion del poder debe hacerse por medio de otro igual documento, en que conste, que el poderdante retira su confianza al mandatario; aunque siempre suele usarse la fórmula de que le deja en su buena opinion y fama. El desistimiento del apoderado no es preciso que se haga por instrumento público, y la sustitucion suele ejecutarse á continuacion de la copia del poder, á presencia del escribano y testigos; pero sin necesidad de escritura pública, ni de consignar el documento en el protocolo.

CAPITULO XII.

Del contrato literal y de los reales.

Llámase contrato *literal* aquel que para ser constituido se estiene por escrito, y sucede, segun la esplicacion de la ley de Partida «cuando alguno ha entregado á otro algun escrito en que confiesa haber recibido de él en préstamo alguna cosa que no la ha recibido, y ha dejado pasar dos años sin reclamar que no se le ha prestado.» Los intérpretes sostienen que este contrato es solo respectivo á las cosas que constan de peso, número ó medida. Es cualidad inherente al mismo, que dentro de dos años puede el que entregó el escrito impedir que se forme ó perfeccione este contrato, ó bien oponer la excepcion de no haber recibido el dinero (que es la que comunmente se conoce con el nombre de *non numerata pecunia*). Pero si deja cor-

(1) Ley 20, tit. 12, P. 3.

rer dicho plazo sin valerse de aquel remedio, ó sin protestar que el dinero no se le ha entregado, queda obligado á su pago, del mismo modo que si no lo hubiera recibido. Por manera que dentro de los dos años la presuncion está en favor del que firmó el vale ó documento de la entrega, y despues de este plazo en favor del que resulta ser acreedor del dinero que se supone entregado.

Contratos *reales* son los que para su celebracion exigen la entrega de alguna cosa; son tres: el *mútuo* ó *préstamo*, *comodato* y *depósito*, y aun tambien se puede contar entre ellos el de *prenda*.

Mútuo ó préstamo es el contrato por el cual se dá alguna cosa de las llamadas *fungibles*, ó que se miden, pesan ó cuentan, con obligacion de restituir otro tanto. Por medio de este contrato la cosa que es objeto de él pasa al dominio del que la recibe. Dignas de notar son, al hablar de esta especie de contrato, las reglas que el derecho establece respecto del que se celebra con un hijo de familia sin mandato de su padre, bajo cuya potestad se halla. En este caso ni el padre ni el fiador están obligados á satisfacer lo que hubiese tomado á préstamo el hijo; pero hay algunos casos exceptuados de esta regla comun: 1.º si preguntado este, al recibir lo que se le haya prestado, si tenia padre, contestó negativamente: 2.º cuando ejerciere algun destino, cargo ó industria, de modo que se maneje por sí con independencia de su padre: 3.º si fuere militar: 4.º si empleare en favor de su padre lo que hubiere recibido á préstamo: 5.º si lo ha recibido con conocimiento y anuencia del padre: 6.º si hallándose el hijo estudiando, recibiere lo necesario para su manutencion.

Por último, si el factor de una tienda de mercadería tomase algo en mútuo por mandato de su principal, ó para utilidad del mismo, estaria este obligado á pagarlo; pero no si aquel lo recibiere sin mandato ni utilidad del mercader.

En el contrato de mútuo ó préstamo se puede estipular algun premio ó interes; pero si este excede de la entidad que se considera proporcionada, se comete el delito de *usura*. Para evitar que la haya, es indispensable que en las escrituras en que se otorgan estos contratos juren las partes, que no ha intervenido premio ni interés alguno: ó que ha mediado solo el que se expresa, bajo pena de nulidad (4); pero como el interés del dinero no es posible fijarlo á la voluntad del lejislador, y su valor depende de tan diversas circunstancias, por mas que estén prohibidos los contratos llamados usurarios, se quebranta esta prohibicion, uniéndose al capital el importe de los inte-

(4) Ley 22, tit. 4, lib. 10, N. R.

reses ó réditos , y constituyéndose la obligacion por el todo á que ascienden ambas partidas : ardid que es imposible evitar. El interés generalmente autorizado consiste en un cinco por ciento al año , y un seis entre comerciantes.

Están prohibidas como usurarias las ventas que suelen hacer los mercaderes de jéneros al fiado , suponiendo que han dado el todo ó la mitad en dinero; y para evitarlo previene la ley , que cuando vendan jéneros ó efectos al fiado , hayan de especificarse estos por menor y el precio de cada uno , bajo la pena de dos años de suspension al escribano que lo contrario hiciere , y de perder el que dió á préstamo todo lo que así hubiere entregado (1).

Es prohibido asimismo prestar dinero bajo la condicion de que el que lo recibe haya de trabajar á favor del prestamista hasta que lo restituya.

Por último , en cuanto al préstamo de granos para sembrar ó para cualquiera otro objeto , solo es permitido hacerlo , obligándose el que lo recibe á devolver en el plazo que se estipule iguales granos , ó su valor en dinero al precio que valian en el mercado el día en que se hizo el préstamo ó en el que deba pagarse , con tal de que la eleccion sea á voluntad del deudor y no del acreedor : de lo contrario el contrato es nulo (2)

En las escrituras de préstamo , y en algunas otras es muy comun obligarse al deudor á renunciar su fuero ; pero debe advertirse que está prohibida esta renuncia á los labradores , los cuales solo pueden someterse al juez de su respectivo partido (3).

Comodato es el préstamo que se hace de una cosa para servirse de ella el que la recibe por tiempo determinado , y sin obligacion de dar ningun estipendio. La diferencia que hay entre este contrato y el mútuo , consiste : 1.º en que en el primero la cosa que se entrega no es de las que se pesan , cuentan ó miden , sino de diversa especie , como un caballo : 2.º en que el comodatorio , pasado el tiempo ó uso por el cual se le entregó la cosa , debe restituirla , y si pereciere por acaso ó sin culpa suya , queda libre de esta obligacion. Pero debe advertirse , que hay tres casos en que el comodatorio está obligado á devolver el valor de la cosa entregada , aunque haya perecido por aventura ó caso fortuito : y son : 1.º si pereció por culpa suya , dando á la cosa otro uso de aquel para que se le habia concedido : 2.º si fuere

(1) Ley 3 , tit. 8 , lib. 10 , N. R.

(2) Leyes 4 y 5 , tit. 8 , lib. 10 , N. R.

(3) Ley 7 , tit. 11 , lib. 10 , N. R.

moroso en restituirla, reteniéndola contra la voluntad de su dueño despues de pasado el tiempo señalado : 3.º si concierta con el comodante que le habrá de pagar los daños y perjuicios ocasionados por aventura.

El comodante tiene obligacion de dar la cosa sin vicio, ó si tiene alguno, de manifestarlo al comodatario, y en otro caso de resarcir los daños y perjuicios que por esta razon se ocasionaren. Este por su parte está obligado á devolver la cosa luego que se haya cumplido el plazo por el cual se le entregó; y si fuere bestia, debe alimentarla el tiempo que la tuviere en su poder; pero si enfermarse sin culpa suya, es de cargo del dueño el gasto de la curacion.

El tercer contrato real es el de *depósito*, por el cual uno dá á otro una cosa para que la guarde en su poder mientras el dueño no la reclame. Suele hacerse este servicio gratuitamente; pero tambien se acostumbra alguna vez llevar un tanto por ciento, por la custodia y seguridad de la cosa que se entrega en depósito. En este contrato ni el dominio ni la posesion de la cosa depositada se transfieren al que la recibe, á menos que consista en dinero.

El depositario debe restituir aquella á su dueño, luego que este la reclame, sin poderla retener por razon de compensacion, ni por espensas que en ella hubiese hecho (1).

CAPITULO XIII.

De las fianzas.

Fianza es la obligacion otorgada para mayor seguridad de la contrada por otro. Pueden ser fiadores todos los que tienen aptitud legal para contratar: está prohibido serlo á los militares ocupados en servicio del Estado, á los obispos, á las mujeres, á los labradores, sino es entre sí mismos unos por otros (2); y es tal la prohibicion de la ley en cuanto á estos últimos, que no la pueden renunciar, y seria nula la renuncia que hiciesen.

Por regla jeneral no puede la mujer ser fiadora, como ya se ha indicado; pero hay varios casos en que le es permitido, y son: 1.º por causa de libertad: 2.º por razon de dote: 3.º si sabiendo que no puede ser fiadora, lo fuere sin embargo, renunciando por su voluntad el derecho que la ley le concede: 4.º si habiéndose constituido

(1) Puede verse el tít. 2, P. 3.

(2) Ley 16, tít. 31, lib. 11, N. R.

fiadora de otro, permanece tal por espacio de dos años, y lo ratifica y renueva de alguna manera: 5.º si recibe precio por la fianza que otorga: 6.º cuando se constituye fiadora fingiendo ser hombre: 7.º cuando otorga la fianza por su propia utilidad, como por ejemplo, en favor del que ha sido fiador de ella: 8.º y por último, cuando habiendo fiado á alguno, pasa despues á ser su heredera.

No puede la mujer ser fiadora de su marido, aunque se asegure que la deuda se convirtió en provecho de la otorgante; y cuando se obligan de mancomun marido y mujer en un contrato ó en diversos, no queda esta comprometida á cosa alguna, á menos que se pruebe que la deuda que ha sido asegurada por la fianza, ha redundado en provecho de la misma mujer, en cuyo caso á proporcion de la utilidad será la obligacion; pero si lo que se ha convertido en beneficio de ella es de las cosas que el marido tiene obligacion de darle, como el alimento, vestido y todo lo necesario para su subsistencia, no queda la mujer obligada á cosa alguna (1).

El fiador no solamente está comprometido al cumplimiento de cualquier obligacion civil, sino de la natural, como si se constituyese responsable de la contraida por un menor sin la intervencion del curador, en cuyo caso, aunque el pupilo no estaria civilmente obligado, lo quedaria y podria el fiador ser apremiado á su cumplimiento.

La fianza es una obligacion accesoria de la principal, y no puede estenderse á mas que á lo contenido en esta. Para reclamar su cumplimiento es necesario que el acreedor se dirija antes contra el deudor principal, si se hallase en el mismo pueblo, y no pudiendo conseguir la observancia de la obligacion, puede entonces repetir contra el fiador. Si estando presente este, se hallase ausente el deudor principal, puede aquel solicitar plazo para hacer que se presente; cuyo beneficio se llama de *orden* ó de *escusion*; y no tiene lugar cuando el fiador lo renuncia, ó cuando el deudor es notoriamente insolvente.

Compete otro beneficio á los fiadores, llamado de *division*, el cual consiste en que si son dos ó mas, y si se les reconviene para el pago de la deuda, haya de dividirse la accion entre todos ellos; mas es ineficaz esta ventaja concedida á los fiadores, si se obligan *in solidum* ó por el todo al cumplimiento del contrato (2).

(1) Ley 61 de Toro, que es la 3, tit. 11, lib. 10, N. R.

(2) La ley 10, tit. 1, lib. 10, N. R. previene, que cuando dos personas se

Otro beneficio de los fiadores es el de *cesion de acciones*, por medio del cual pagando uno de ellos toda la deuda, puede pedir al acreedor que le ceda su derecho para reclamar contra los demas deudores á fin de que cada uno satisfaga la parte que le corresponda. A esta cesion llaman los prácticos *carta de lasto*.

Hay varias clases de fianzas que exigen especial mencion: la *ordinaria*, que es la que se hace por convenio de los contrayentes; la de *saneamiento*; la de la *ley de Toledo*; la de *Madrid*; la de *estar á derecho*; la *comentariense*; la de *acredor de mejor derecho*; la de *sacar á paz y á salvo*, etc. De la ordinaria nada hay que decir, porque es cualquier fianza comun, de las que no están sujetas á ninguna regla especial. La de saneamiento es la que dá el demandado ó deudor en el juicio ejecutivo para sanear los bienes embargados; es decir, para asegurar que son suyos, y que bastan para cubrir el crédito y costas. La fianza de la ley de Toledo es la que otorga el actor ó ejecutante, despues de haber obtenido la sentencia de remate en la via ejecutiva, asegurando la devolucion de lo que perciba, si aquella se revocare por el tribunal de apelacion. La de la ley de Madrid es la que se dá en la via ejecutiva que se promueve en virtud de sentencia arbitraria dictada en compromiso, ó á consecuencia de transacion, y cuando se apela de sentencias conformes de contadores nombrados por las partes. Esta fianza se reduce á asegurar la devolucion de lo que se haya percibido, si dichas sentencias se revocasen. La de estar á derecho y pagar juzgado y sentenciado se otorga con especialidad en las causas criminales para responder de todo el importe de la pena pecuniaria. A esta fianza suele agregarse tambien la de *estar á juicio*, es decir, la de asistir al juicio y hacer comparecer al reo cuando se mande, ó presentarse el fiador en su nombre. La fianza comentariense ó de cárcel segura se otorga, obligándose el fiador á llevar al reo á la cárcel siempre que se le prevenga, debiéndolo buscar á su costa en el término que se le señale, é incurriendo en su defecto en la pena que se le imponga, aunque esto no se entiende mas que de la pecuniaria. La de acreedor de mejor derecho es la que se presenta por un acreedor á quien en un concurso ú otro juicio jeneral se le ha pagado algun crédito, obligándose á devolver lo que hubiere recibido, si pareciere otro con mejor derecho.

En vez de la fianza de cárcel segura suele otorgarse la que se llama *caucion juratoria*, cuando es pobre el que ha de prestarla, y no

obligan, se entiende cada una por la mitad, á no ser que se diga en el contrato que cada una se obliga *in solidum*.

encuentra persona que la fie. Por lo comun no se celebra escritura para esta caucion, sino se estiende *apud acta*, es decir, á continuacion de las actuaciones judiciales, y se reduce á una obligacion, bajo de juramento de presentarse al juzgado siempre que se le llame, y de volver á la cárcel, si así se dispone por la autoridad (1).

CAPITULO XIV.

De los empeños ó prendas, y de las hipotecas.

Para seguridad del cumplimiento de algun contrato suele entregarse alguna cosa mueble ó semoviente, y este contrato es el que se llama *empeño ó prenda*: si la cosa que se designa para dicha seguridad es raiz, se distingue con el nombre de *hipoteca*, la cual no se entrega á la persona á cuyo favor se establece.

Todo el que tiene facultad para vender una cosa, puede empeñarla ó hipotecarla; y puede ser empeñado ó hipotecado todo lo que entra en el comercio de los hombres.

La hipoteca se divide en *tácita* ó legal y *expresa*: la primera es que está constituida por la ley, sin necesidad de convenio especial de las partes; tal és, 1.^a la que tiene el fisco en los bienes de los que deben impuestos: 2.^a la del pupilo de la casa que venda á otro, mientras no reciba todo su precio: 3.^a la de los menores en los bienes de sus tutores ó curadores, desde el dia en que empezaron estos á ejercer su cargo, hasta que lo hubieren concluido: 4.^a la que tiene el marido, para asegurar la cobranza de la dote que se le prometió, en los bienes del que le hizo la promesa, y la que corresponde á la mujer en los bienes del marido por razon de la dote y bienes parafernales (2): 5.^a la que compete á los hijos en bienes de su madre casada en segundas nupcias, por razon de las donaciones hechas por su primer marido, padre de dichos sus hijos: 6.^a la que tienen estos en los bienes de su madre, que despues de haber sido su tutora, siendo viuda, se casa con otro, y los de este, mientras no se dieren las cuentas: 7.^a la que tienen los hijos por razon de sus bienes maternos, en los de su padre que los usufructua y administra: 8.^a la que hay sobre una finca, cuyos títulos ó escrituras se empeñan; 9.^a y por último, la que está establecida sobre una nave por las impensas hechas en ella.

(1) Pueden verse las leyes del tit. 12, P. 3.

(2) Leyes 17 y 23, tit. 11, P. 4.

La hipoteca expresa es la que se otorga por contrato de las partes, designándose expresamente la finca ó fincas que han de quedar obligadas al cumplimiento de alguna obligacion. Para que no se cometa el fraude de hipotecarse una finca, cuando ya lo estuviere anteriormente á la seguridad de otro contrato, cuyo delito se llama estelionato, debe indagarse si se halla libre de todo gravámen por medio de la *certificacion de libertad* dada por el escribano de hipotecas; y para que siempre conste la que se establece, es indispensable que de ella se tome razon por este, dentro de los seis dias, si el oficio está situado en el mismo pueblo, ó de treinta, si en otro diferente.

Consecuencia precisa de la hipoteca es, que tanto el acreedor como su heredero pueden reclamar el crédito al deudor, y no abonándolo, repetir contra la finca hipotecada, aun cuando esta por venta, ó por cualquiera otro título, haya pasado á un tercer poseedor, y aunque la finca se haya dividido, pues la accion hipotecaria es indivisible, y está espedita contra cualquiera que posee el todo ó parte de los bienes raices en que fué constituida (1).

CAPITULO XV.

De las donaciones.

Donacion es una dádiva ó liberalidad que se hace á otro. Puede realizarse por testamento, ó como suele decirse *mortis causa*, en cuyo caso no tiene efecto hasta despues de haber fallecido el donante; y tambien *inter vivos*; es decir, sin atenderse al testamento ni á la muerte del que la hace, y entonces se ejecuta inmediatamente que se otorga, pasando al donatorio el dominio de la cosa donada.

Las donaciones *inter vivos* pueden hacerse de dos modos: el primero sin mas causa ni motivo que la liberalidad del donante, y sin esperanza de retribucion, ni de que jamás vuelva á su poder la cosa donada; cuya donacion se llama *simple, graciosa ó perfecta é irrevocable*: el segundo modo es la nominada *impropia ó imperfecta*, porque se hace con causa, ó bajo alguna condicion como sucede respecto de la *propter nuptias*, ó por causa de casamiento, y la que se ejecuta entre marido y mujer ú otro en su nombre para ayudar á costear las cargas del matrimonio. A esta clase corresponde tambien la remuneratoria, que es la que se ejecuta en recompensa de algun servicio ó beneficio recibido, y esta es irrevocable; ó la que contiene tal condi-

(1) Puede verse el tít. 13, P. 5.

cion, que no verificándose se puede revocar, y la que se hace hasta cierto tiempo, pasado el cual queda sin efecto alguno.

Pueden donar todos los que están en la libre disposicion de sus bienes; pero hay sin embargo varias restricciones en cuanto á la importancia ó entidad de la donacion. Los que tienen herederos forzosos no pueden disponer de mas que de aquello que les es permitido por testamento, segun lo que á su tiempo se explicará: y aunque el donante no tenga dichos herederos, no puede disponer con este objeto de todo su caudal, pues entonces, como donacion inmensa, seria inoficiosa y nula (1). Tambien es defectuosa la donacion que excede de quinientos maravedís de oro (cantidad que, segun unos, equivale á 25,600 rs., y segun otros, á 7,352 y 32 mrs.); pero en este caso puede ser válida, practicándose lo que se llama la *insinuacion*, que es la manifestacion al juez para que la apruebe, si no halla en ello reparo segun los motivos ó circunstancias que puedan influir. Es asimismo ilegal la donacion hecha entre marido y mujer, no siendo *propter nuptias*.

La donacion *inter vivos*, por regla jeneral no puede revocarse, á no ser en cuatro casos contenidos en la ley: 1.º cuando el donatario disfama gravemente al donador, ó le acusa de delito á que está impuesta alguna pena grave: 2.º si le maltrata de obra: 3.º haciendo gran daño en sus bienes: y 4.º si conspirase contra su vida. La donacion que hace una mujer á su hijo, habido en el primer matrimonio, despues de la muerte de su marido, y casándose ella con otro, solo puede deshacerse por alguna de las tres últimas causas expresadas (2).

Las principales cláusulas que requiere la donacion *inter vivos* perfecta son, expresarse en ella quién, qué cosa y á quién se dona; si lo donado tiene sobre sí alguna carga ó está libre; desistirse el donante del dominio y posesion, trasmitiéndolo todo al donatario; advertir que haya de hacerse la insinuacion ante el juez de primera instancia del partido, si la donacion excede de la cantidad espresada; entregarse al donatario los títulos de pertenencia ó la escritura de donacion; declarar que no es inmensa, y que al donante le quedan bienes suficientes para mantenerse; obligarse á no revocarla; aceptarla el donatario, si está presente, obligándose á cumplir las cargas y condiciones justas que el donante le haya impuesto, y las que tenga la cosa donada. Si la donacion es remuneratoria, debe añadirse la cláusula de eviccion, conviniendo en ello el donante.

(1) Leyes 7, tít. 12, lib. 3 del Fuero Real, y 2, tít. 7, lib. 10, N. R.

(2) Leyes 10, tít. 4, P. 3., y 1, tít. 7, lib. 10, N. R.

Las donaciones por causa de muerte se hacen por testamento ó codicilo, y pueden otorgarlas todos los que tienen aptitud para testar: lo mismo que todas las disposiciones testamentarias, se pueden revocar, siempre que quiera el donante ó testador; y además queda sin efecto, si el donatario muere antes que aquel, y si el donante salió de la enfermedad ó peligro que dió origen á su liberalidad. La ley de Partida requiere cinco testigos para el otorgamiento de estas donaciones; pero según la recopilada deben bastar tres, si interviene escribano, como en todo testamento nuncupativo (1).

Puede, sin embargo, hacerse irrevocable la donacion, renunciando el donatario la ley de Partida, y jurando no revocarla, diciendo que quiere se entienda como si fuese hecha *inter vivos*. El modo regular de otorgarse es expresar quién la hace, de qué cosa, á quién, el motivo, si es por enfermedad, ancianidad, ó por hallarse el donante en peligro de muerte (pues si no, podrá tenerse por donacion *inter vivos*), y expresarse que si el otorgante muere de aquella enfermedad ó perece en aquel peligro, valga la donacion, pero si convalece ó sale de él quede esta sin efecto (2).

CAPITULO XVI.

De los compromisos y de los árbitros y compromisarios.

Compromiso es el convenio que hacen dos ó mas interesados para que sus cuestiones litijiosas sean decididas amigablemente por las personas que al efecto se designan. Estas se llaman *árbitros* ó *compromisarios*. Pueden ser elejidos con este objeto *árbitros juris* ó de derecho, y *arbitradores* ó amigables componedores: los primeros se erijen en jueces por voluntad de las partes, y deciden la cuestion en forma judicial, oyendo sus alegaciones, admitiendo sus pruebas, y fallando con arreglo á derecho; pero los segundos, que son los que mas comunmente se nombran, pueden oír á los interesados, ó instruirse del modo que tengan por conveniente; y sin observar forma de sustanciacion ni arreglarse á las disposiciones legales, decidir del modo que crean mas prudente para conciliar los intereses de las partes.

Pueden nombrar árbitros todos los que tengan aptitud legal para comparecer en juicio, y ser elejidos todos los que no tienen prohibicion. Unicamente está prohibido aceptar este cargo á los magistrados

(1) Ley 1, tit. 18, lib. 10, N. R.

(2) Puede verse el tit. 4, P. 3.

á quienes corrésponda fallar el negocio, si se sigue judicialmente (1). Suele nombrarse mas de uno, y es conveniente que se elija número impar, ó que se designen los que han de dirimir la discordia, en el caso de que la haya, advirtiéndose que la mayoría es la que decide. Pero si las partes no han nombrado tercero que resuelva las discordias, deben elejirlo los mismos árbitros, y apremiarles á ello el juez ordinario, si uno de los interesados lo pidiere.

Pueden someterse á la decision de los árbitros una ó muchas causas, y de la forma que aquellos quisieren, espresándose en la escritura de compromiso; pero hay varios asuntos en que no cabe compromiso, como son las causas criminales por delitos de gravedad, las de casamiento, y los pleitos correspondientes al procomunal.

A cualquiera que sea nombrado árbitro es lícito aceptar ó no este cargo; pero habiéndolo recibido, debe desempeñarlo hasta dejarlo finalizado, salvo en los casos siguientes: 1.º si los interesados, celebrado ya el compromiso, dan principio al pleito por medio de la demanda y la contestacion: 2.º si despues de haberse sometido á la decision de unos árbitros, nombrasen las partes otros: 3.º si estas disfasasen ó denostasen á aquellos: 4.º si los árbitros tuviesen algun grave impedimento que les estorbase serlo. Cualquiera de los interesados tiene facultad de recusar por sospechoso á alguno de los árbitros, por ser su enemigo ó por haber intervenido soborno; y oida y justificada la causa por el juez de primera instancia, debe ser separado de dicho cargo.

La sentencia de los árbitros ó el *laudo compromisario* debe ser conforme al compromiso, y no estenderse á mas; y si en este se hubiese señalado plazo, ha de decidirse dentro de él y no despues, á menos que se hubiese autorizado á los mismos árbitros, prorogándolo ó conviniendo en ello las partes. Pero si estos no hubieren fijado término, deben los árbitros concluir su comision lo mas pronto que les sea posible, y cuando mas dilatarla hasta tres años, pues pasados estos, se acaba su autorizacion (2).

La sentencia de los árbitros en tanto tiene validez, en cuanto los interesados convienen en conformarse con ella, y observarla como si fuera dictada por autoridad judicial; por esta razon es conveniente, y asi se acostumbra siempre, ponerse en la escritura la conformidad de las partes al cumplimiento del laudo, y la pena en que de lo contrario incurren: sin embargo, no imponiéndose esta, están igualmente

(1) Ley 5, tít. 11, lib. 5, N. R.

(2) Leyes 23 á 30, tít. 4, P. 3.

obligados los interesados á guardar la sentencia, por la máxima de derecho de que á todo cuanto quieren las partes, quedan comprometidas, de cualquier modo que su voluntad conste (1).

Consintiendo aquellas la sentencia, sin reclamar por espacio de diez dias, y estando arregladas á las bases del compromiso, y signada por el escribano público, produce ejecucion, y debe cumplirse, dándose por la parte favorecida fianza de restituir lo que recibiere con los frutos y rentas si fuere revocada; pero puede reclamarse su cumplimiento, pidiendo su reduccion á arbitrio de buen varon, ó su nulidad, en cuyo caso corresponde el conocimiento ordinario al juez de primera instancia (2).

El modo comun de ordenar una escritura de compromiso se reduce á esplicar el pleito ó negocio pendiente ó que intentaba promoverse, en qué estado se halla, en cuál debe terminarse, dentro de que término, y si los jueces lo han de decidir como árbitros *juris*, ó como arbitradores, ó del modo que quisieren; que se les conceda amplio poder y facultad para ello, para que nombren tercero en discordia, y para que proroguen el término ó reserven las partes hacerlo por sí. Tambien conviene expresar, si muriendo alguno de los jueces ó litigantes, han de sentenciar el asunto los demas que queden, ó se ha de aumentar el número á algun otro: que los interesados se obliguen á no reclamar la sentencia, ni apelar de ella, sino á recibirla por pasada en autoridad de cosa juzgada, imponiéndose de lo contrario una pena convencional, sin perjuicio de cuyo pago aquella se ejecute.

CAPITULO XVII.

De las protestas.

Entiéndese por *protesta* en la acepcion legal una manifestacion ó declaracion espontánea hecha por alguno para adquirir ó conservar un derecho, ó para precaver el daño que recele sobrevenirle. Puede otorgarla cualquier varon ó hembra, mayor ó menor de edad: si es mujer casada, no necesita la licencia del marido, ni si es menor la intervencion de su tutor ó curador. Estas personas y las que se hallan en prision, ó por cualquiera otro motivo han sufrido violencia, son las que comunmente hacen las protestas, cuando se les

(1) Ley 1, tít. 1, lib. 10, N. R.

(2) Ley 4, tít 17, lib. 11, N. R.

fuerza ú obliga á otorgar algun instrumento , ó á celebrar algun pacto contra su voluntad. Muchas ventajas pueden producir estos actos, si se ejecutan de buena fé, para libertarse de una violencia cometida; pero muchos abusos caben tambien en ellos , si se otorgan con dolo, y solamente por eximirse de una obligacion contraida espontáneamente. Para evitar abusos en lo posible , las protestas deben otorgarse antes que el contrato ó documento que la motiva , ó inmediatamente despues de celebrado, y el escribano debe ser muy cauto en autorizarlas.

En la escritura de protesta debe esplicarse lo que se vá á practicar ó acaba de ejecutarse , y contra lo cual se protesta; quién obliga á ello, con qué amenazas ó motivos; qué daños setemen si no se protestan; que para evitarlos se ha determinado á practicar lo que su voluntad resiste , y que deben quedar ilesas y en su fuerza y vigor las acciones y derechos competentes.

Lo comun es otorgarse la protesta ante escribano diverso del que ha autorizado el contrato ó acto que la motiva; pero bien puede hacerse ante el mismo , si no hubiere otro en el pueblo.

CAPITULO XVIII.

De la extincion de las obligaciones.

Las obligaciones se extinguen por el pago ó *solucion* de la cantidad ó cosa en que consistan; por perecer la misma cosa; por la *novacion* de contrato, y por la *compensacion*. El modo mas natural y sencillo de extinguirse una obligacion, es el de cumplirla pagando, haciendo ó entregando aquello á que se ha quedado comprometido. El pago debe hacerse á la misma persona á quien se debe, y de aquellas cosas que se adeudan y no de otras, á menos que el deudor no pudiese entregar las mismas, sino un equivalente en valor. Si se hiciere á otro que no sea el acreedor, pero con autorizacion de este, ó si hecho sin ella lo aprobáre despues, queda extinguida la obligacion. Lo mismo sucede, si se ejecuta el pago al mayordomo ó apoderado del acreedor, aunque al tiempo de realizarse se le hubiesen retirado los poderes, á menos que constase al deudor esta circunstancia. Puede hacerse el pago no solo por la persona obligada á ello, sino por otra en su nombre, en cuyo caso queda el fiador libre de toda responsabilidad.

El que tiené contra sí muchas deudas á favor de una misma persona, puede escojer aquella á cuya extincion haya de aplicarse lo entregado; y si guardare silencio sobre ello, corresponde la eleccion al

acreedor. Si ninguno de ellos señalarle aquella á que se ha de aplicar, quedará extinguida la mas pesada ó gravosa; y si fuesen en un todo iguales, deberá repartirse lo entregado, á cuenta de todas las deudas por iguales partes.

Resistiéndose el acreedor á la cobranza, cumple el deudor, para extinguir su obligacion, consignando el dinero en el tiempo y modo que corresponda ante el juez y escribano, manifestando que su intencion es pagar lo que adeuda; y entonces si aquel se pierde será en perjuicio del acreedor.

Ninguno puede tomarse la justicia por su mano, apremiando al deudor á que le pague, ó exigiéndole prenda para ello, sino debe ocurrir con este objeto á la autoridad judicial: de lo contrario pierde su derecho, y debe restituir la prenda que hubiere tomado.

Extínguese tambien la obligacion, cuando la cosa en que consiste es una bestia ú otra cualquiera cierta y determinada, y perece por muerte ó de otro modo sin culpa del deudor; pero si sucedió por causa de este la pérdida, quedará responsable al abono de su valor, y lo mismo si el acreedor se la habia ya pedido, y negádose el deudor á entregarla (1).

La *novacion* ó renovacion de contrato es en realidad un nuevo pacto por el cual se extingue la obligacion primera, quedando constituida otra. Tan claro es este modo de caducar aquella, que no necesita mas explicacion.

La *compensacion* es el descuento que se hace de una deuda por otra; como por ejemplo, si Pedro debe á Juan una cantidad, y este por otro contrato se hace responsable á pagarle igual suma, quedan compensadas las obligaciones, y los dos mutuamente solventados. Pero si las cantidades son desiguales, se compensará solo en una parte igual, quedando vigente la obligacion en la restante.

No solo los deudores principales, sino sus fiadores, pueden compensar sus créditos; pero lo que adeuda un procurador ó apoderado, no lo puede descontar con lo que se debe á su principal, sin consentimiento de este (2).

(1) Leyes 9, tít. 14 y 18, tít. 11, P. 5.

(2) Véanse las leyes del tít. 14, P. 5.

CAPITULO XIX.

De las cartas de pago y finiquitos.

Llámanse *carta de pago* ó *finiquito* el recibo solemne de alguna cantidad ó cosa que se entrega por uno en cumplimiento de alguna obligación. Puede otorgarse de dos maneras: 1.^a dando fé el escribano de que en el acto de su otorgamiento, á su presencia y de los testigos se hizo la entrega, esplicando las monedas, cosa y especie en que se haya ejecutado; y 2.^a expresando, que aunque el otorgante confiesa haber sido efectiva la entrega, por no aparecer en el acto, renuncia el que ha recibido la cantidad ó cosa de que se trata, la excepcion que pudiera oponer de no haberla llegado á recibir, y los dos años que señala para oponerla la ley 9, tit. 4.^o, P. 5: consistiendo en dinero, la renuncia ha de ser de la excepcion conocida por la *non numerata pecunia*; pero siendo de cualquiera otra cosa debe expresarse la que sea.

El finiquito es otra especie de carta de pago que se otorga despues de liquidarse las últimas cuentas de una administracion ó de otro negocio, para que conste que definitivamente han sido ajustadas, y que no resulta ningún cargo mas que el que se exprese contra los que han entendido en la negociacion.

CAPITULO XX.

Observaciones acerca de los contratos otorgados por los menores y las mujeres.

Sabido es, segun en otros lugares he indicado, que ni los hijos de familia sujetos á la patria potestad, ni los menores de 25 años, aunque no tuvieren padre, pueden otorgar por sí contrato alguno, pues á los primeros los representa aquel, y á los segundos sus tutores ó curadores, cuya licencia é intervencion son indispensables para la autorizacion de dichos actos (1). Con estos requisitos los contratos son válidos, como si se otorgasen con personas aptas para contraer, sin necesidad de informacion sobre la utilidad ó conveniencia, ni de aprobacion judiciál, ni de pública subasta, pues estas solemnidades son limitadas á las ventas y á cualquier clase de enajenacion de bienes raíces ó de alhajas de mucho valor.

(1) Ley 17, tit. 1, lib. 10, N. R.
TOMO I.

Però aunque se observen todas las formalidades legales, si el menor es perjudicado, goza del beneficio de la restitution por todo el tiempo que dure la menoría, y por espacio de quatro años mas; de manera que hasta la edad de veinte y nueve puede reclamar y disfrutar dicha ventaja. Esto se entiende sin embargo (dice un autor práctico) (1) á menos que se pruebe que la lesion fué eventual; que no provino de la menor edad, y que aunque fuera mayor, la hubiera padecido y no podido haber hecho mas en su utilidad: ó bien si jura no reclamar el contrato por razon de lesion, menoría de edad ni otro motivo, y renuncia el beneficio legal de la restitution. En tales casos no tiene accion á pedirla, á no ser que la lesion sea enormísima.

Ya se dijo en el lugar oportuno, que el menor casado, teniendo la edad de 18 años, está facultado para administrar por sí sus bienes como si fuera mayor (2); però nó por eso deja de gozar el beneficio de la restitution, ni puede enajenar aquellos siendo raices, sin los requisitos expresados.

Con respecto á las mujeres paréceme oportuno copiar aquí varias observaciones de otro autor (3), que merecen ser estudiadas por los que aspiren adquirir los conocimientos indispensables á un escribano. «Considero necesario (dice) desvanecer el craso error en que incurren muchos, opinando que las mujeres no pueden obligarse..... Primeramente debo advertir, que la mujer mayor de 25 años, capaz, exenta del dominio ó potestad paternal ó marital, y que tiene la libre administracion de sus bienes, puede otorgar contratos, y obligarse como principal, al modo que cualquier hombre sin diferencia ni necesidad de obtener licencia ni permiso de nadie, y como tal queda obligada: asi que, puede comprar, vender, trocar, ceder, transijir, donar, tomar y dar prestado, comparecer en juicio, y hacer otros contratos ó casi contratos, y no le compete auxilio alguno civil, canónico ni real, porque hace su propio negocio y no el ajeno.»

«Como fiadora está privada de contraer, por una ley de Partida (4), y esto procede aunque sea la madre por sus hijos, la hija por sus padres, la mujer por su marido y por otra mujer, porque puede fácilmente ser persuadida y defraudada, y quedar indotada.»

«La soltera ó viuda, y mayor de 25 años, contrayendo por su hecho propio como principal, queda obligada á observar el contrato, y

(1) Febrero refundido por Tapia.

(2) Ley 7, tít. 2, lib. 10, N. R.

(3) Alvarado y de la Peña.

(4) Ley 2, tít. 2, P. 3.

puede procederse contra sus bienes por el débito ú obligacion contraída.»

«La casada tambien puede contratar y obligarse por su hecho propio como principal; pero necesita poder ó licencia expresa de su marido (no bastando la tácita), y sin ella no puede haber distracto (1). Es tan precisa la licencia del marido, que si el contrato ú otro acto que haga en juicio ó fuera de él carece de ella, no valdrá aunque sea jurado, porque el juramento solo se hace válido lo que cede en perjuicio del que lo celebra, mas no cediendo en el tercero. Y se previene, que si el marido se la confiere únicamente para que se la obligue, como tambien á sus bienes, no es suficiente para que ella pueda obligar los suyos propios; y no si se la confiere tácita y virtualmente, como algunos creen, pues para este caso se ha de especificar tambien: de lo contrario no quedarán obligados los de ella, porque el poder ó licencia vale para lo que en ella se expresa, y no debe ampliarse á cosas de que no trata. Se la prohíbe igualmente repudiar la herencia que adquiere por testamento ó abintestato sin dicha licencia, y aceptarla, á menos que sea á beneficio de inventario (2).»

«El marido puede concedérsela especial para una cosa ó contrato, ó jeneral para todos (3), ya sea en el mismo instrumento (por cuya confesion lo firmará, y si no sabe escribir, un testigo á su ruego, expresándolo en su final) ó en otro separado; y de habérsela concedido, cuando es en el propio instrumento, dará fé el escribano, ordenando la cláusula de esta suerte: *En tal parte á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, N., mujer de T., vecinos de ella, usando de la venia marital que previene el derecho, que de haber sido pedida, concedida y aceptada respectivamente por ambos, doy fé, dijo*, etc. Si la concede en otro contrato, debe insertarse este en el que otorgue la mujer en su virtud, para documentarlo, y entonces no necesita el escribano dar fé en este de la concesion, previniendo que para darla en aquel no basta poner cláusula, sino que al tiempo de su otorgamiento ha de preguntar á la mujer *si pide la licencia á su marido para él*, y á este *si se la concede*, y de no hacerlo así será fé falsa. Puede asimismo el marido ratificar especial y jeneralmente lo que sin ella hubiere practicado (4), y no queriendo dársela, debera apremiarle á ello el juez. Estando el marido ausente del pueblo, y no esperándose su pronto re-

(1) Ley 53 de Toro, que es la 11, tit. 1, lib. 10, N. R.

(2) Ley 54 de Toro, que es la 10, tit. 20, lib. 10, N. R.

(3) Ley 56 de Toro, que es la 56, tit. 1, lib. 10, N. R.

(4) Ley 58 de Toro, que es la 14, tit. 1, lib. 10, N. R.

greso, ó corriendo peligro su tardanza, se la concederá el propio juez, en los casos así de negativa como de ausencia, con previo conocimiento de si le es útil ó necesaria la celebracion del contrato, y no perjudicial al marido, y valdrá lo que con ella ejecute, del mismo modo que si este se la hubiera dado (1); lo que podrá hacer también cuando el marido es loco, furioso, mudo, etc. En este último caso, si la mujer tiene hijos menores y quiere percibir ó cobrar, pagar, tratar y contratar en los negocios que su marido tenia, deberá mandar el juez que intervenga á ello su curador, para lo cual se lo nombrará ó habilitará, precediendo la competente informacion de ser hábil y juiciosa para gobernar, y ascenso del curador nombrado á su marido, al que comunicará su pretension; y si hay algunos hijos casados, debe preceder convenio de estos; pero si todos los bienes son de la mujer, entonces no es necesario, porque á nadie perjudica si no es así propia, y los hijos no pueden impedirla el uso de ellos mientras viva, antes bien deben contentarse con lo que les deje; y por cuanto corresponde al marido la administracion y usufruto de los bienes dotales de su mujer, para no ser perjudicado en este, es cautela prudente que en la concesion diga: que la dá licencia para celebrar el contrato sin perjuicio suyo en cuanto á los bienes dotales y sus frutos. Con esta cláusula, aunque el contrato sea válido, solo podrán ser ejecutados los bienes parafernales de la mujer, y en cuanto á los dotales y sus frutos asignados para soportar las cargas matrimoniales, no perjudicará al marido la licencia.»

«Sin embargo, no la necesita cuando litiga ó contrata con él en los casos permitidos por derecho, á saber: en todos los contratos onerosos: cuando la dá poder para tratar y contratar, porque darla poder y concederla licencia todo es uno: cuando ella confiere poder á su marido (ya esté presente, ya ausente) para enajenar, gravar ú obligar sus bienes, ó para que en su nombre efectue otros contratos, pues por la aceptacion y uso del poder le concede la licencia, y los aprueba: para usar contra él de sus acciones civiles y criminales; cuando hace contrato que la es útil, ó protestas ó reclamaciones para no ser perjudicada, ó ambos juntos de mancomun otorgan alguno con tercero, pues por el mismo hecho es visto dársela, aunque no se exprese: cuando ejerce públicamente con su consentimiento algun oficio, para celebrar los contratos á él concernientes, porque de la permission de su ejercicio, que es lo principal, se infiere por consiguiente preciso la de hacer contratos anejos y dependientes como accesorio: cuando celebra al-

(1) Leyes 57 y 59 de Toro, que son las 13 y 15, tít. 1, lib. 10, N. R.

guno con tercero en presencia de su marido, y este, sabedor de él, no lo contradice (bien que sobre este particular hay variedad de opiniones) (1): para formalizar el contrato á que está obligada, v. gr., por mandato del testador que la instituyó su heredera, ó por otra cláusula necesaria del precedente, ó para hacer y otorgar el capital de su marido, en cuyo caso tampoco necesita hacer juramento, si precedieron capitulaciones ó pactos, porque está obligada por estas á otorgarlo, á mas de ser justo; ni tampoco para otorgar testamento ú otra última voluntad, excepto la donacion por causa de muerte, con entrega de bienes al donatario, porque entonces se reputa por donacion en sanidad. En estos casos no necesita la mujer licencia de su marido, ni el escribano tendrá que ponerla en la escritura, porque es superflua; y fuera de ellos no incurrirá este en pena por omitirla, porque ninguna ley se la impone, ni prohíbe que la autorice sin ella; pero para que el contrato no se anule, y evitar este perjuicio á los contrayentes, procurará que no se le olvide.»

«Si la mujer casada es menor de 25 años, debe concurrir su curador á la celebracion del contrato para su validacion, y el juez dársele (es decir, habilitarla de dicho curador) á pedimiento de su marido, el cual no puede ejercer este cargo por los motivos que da la ley 3, tit. 17, P. 6. Esto no procede en cuanto á pleitos, porque la ley no le prohíbe comparecer en juicio por ella: bien que hoy como el marido adminitra los bienes dotales y demas de su mujer, debiendo volverlos, ó su importe y deterioro, si se han estimado con estimacion que causa venta, y es de su cuenta el incremento ó decremento que padezcan, no se practica la prevencion de esta ley, ni es del caso tampoco para su administracion y pleitos, y solo lo será en el que se ofrezca celebrar algun contrato de enajenacion, obligacion ú otro semejante en que concorra la mujer, obligando, cediendo ó enajenando sus bienes.»

«La ley 47 de Toro tiene por emancipada á la mujer en todas las cosas para siempre, estando casada ó velada; lo que solo sirve para que su padre no tenga dominio sobre ella, como por derecho comun y de las Partidas lo tenian los padres en sus hijos casados y en sus nietos, y para que no vuelva á tenerlo despues que ella enviude; pero no sirve para que sea tenuta por mayor de dicha edad y capaz de

(1) «Lo mas probable parece que el silencio del marido en tal caso no puede suplir la licencia; pues cuando por disposicion de la ley se requiere esta para algun acto, debe ser expresa; y ademas del silencio solo no se infiere el consentimiento.» Ley 23, tit. 34, P. 7.

gobernarse, y pueda contraer sin intervencion de curador, porque el matrimonio no suple ni puede suplir lo que la naturaleza no da. No obsta alegar que la licencia del marido es suficiente, y suple todo lo necesario para la validacion de contrato, pues que esta es precisa aun siendo de edad prosecta la mujer.»

«La casada tiene ademas á su favor las leyes que previenen que ni ella ni sus bienes sean obligados por la fianza que su marido constituya, y la 64 de Toro que dice: «no pueda obligarse como fiadora de su marido, aunque pertenezcan las deudas al Estado; ni por fianza que el mismo haga, aunque diga y alegue que la deuda se convirtió en su utilidad; que cuando marido y mujer se obligan de mancomun en un contrato ó en diversos, á nada queda obligada, á menos que no se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho, y que entonces pague á proráta del que se la siguió; pero que en las cosas que el marido tiene obligacion de darla, v. gr., comer, vestir y otras necesarias, tampoco lo quede, excepto que la tal fianza y obligacion de mancomun sea de pechos ó derechos reales.»

El escribano, bien instruido de las referidas leyes, debe enterar á la mujer casada de las 64 de Toro, y 2, tít. 12, P. 5, para que si se obliga como fiadora de su marido ó de otro, ó concurre con él como principal á la celebracion del contrato, sepa lo que renuncia, y á qué se obliga, y de ello dar fé, en el caso de que no exprese en la escritura el contenido de ellas, pues si lo expresa, que es lo mas seguro, para que no alegue ignorancia, es supérfluo darla. Advierto tambien, que si la diere sin cerciorarla de él, á mas de la pena en que incurre como falsario, quedará infamado para siempre (1), y verificada su ignorancia por declaracion que se le tome de lo que mandan ó prohiben las leyes cuya renunciacion hace, se declarará nulo el contrato, y estará obligado al resarcimiento..... y ella podrá disculparse con no haber sido instruida, y que por esta causa no supo lo que renunció (2); pero si enterada por él, las renuncia, quedará obligada, y no le auxiliará el beneficio del *Veleyano* (asi se llama por los prácticos á la prohibicion de ser fiadoras las mujeres) ni otro alguno. De las demas leyes expresadas en los párrafos precedentes, no necesita instruirla, porque nada dicen en cuanto á quedar obligada por contrato; y por lo mismo basta que renuncie la 64 de Toro, si se obliga con su marido por él; y la 2, título 12, P. 5, si es fiadora de otro.»

«Siendo soltera y obligándose por su hecho propio como princi-

(1) Ley 16, tít. 19, P. 3.

(2) Ley 31, tít. 14, P. 5.

pal, por serlo realmente, ninguna tiene que renunciar mas que el hombre.»

«En todos los contratos de mujeres acostumbran los escribanos poner indistintamente renunciacion de las leyes del emperador Justiniano, Senado consulto Veleyano, Toro, Madrid, y Partida, ya sean solteras ó viudas, monjas ó seglares, y se obliguen como principales ó como fiadoras: y para su inteligencia les prevengo, que de las primeras en ningnn caso deben hacer mencion; porque hay leyes reales nuestras establecidas á su favor, que dejo citadas. De las de Toro y Partida solo debe hacerse la renunciacion en los casos explicados en los párrafos anteriores, atendiendo á si es ó no casada la mujer, y principal obligada y fiadora, pues hacer igual renuncia en todos los casos, es un error clásico, ya por no haber leyes que traten de ellos, y ya por no venir al intento, ni por consiguiente protegerlas.»

«Las mujeres casadas suelen muchas veces celebrar contratos, amenazadas y violentadas por sus maridos, y no de su espontánea voluntad; y algunas veces que no lo son, alegan que lo han sido, á fin de eximirse de la obligacion contraida: para que no les sirva esta excepcion, y no para otro efecto, ni por necesidad para la esencia, solidez y validacion de los contratos, se ligarán estos con juramento, y la cláusula se extenderá en la forma siguiente: «Yo la expresada E. de T. renuncio la ley 64 de Toro que dice, que la mujer que no puede ser fiadora de su marido, y que cuando marido y mujer se obligan de mancomun en un contrato ó en diversos, ó esta como fiadora de aquel, no queda obligada á cosa alguna, á menos que se pruebe haberse convertido la deuda en su provecho, y que entonces pague á prórata del que experimentó, no siendo de las cosas que el marido está obligado á darla, pues por ellas á nada lo queda. Y jura por Dios Nuestro Señor y una Cruz, que para formalizar este contrato, no ha sido persuadida con eficacia, intimidada ni violentada directa ni indirectamente por el citado su marido, ni por otra persona en su nombre, y que antes bien lo otorga de su libre y espontánea voluntad, y ha sido la causa impulsiva de que se celebre; el que sus efectos se convierten en su utilidad: que no tiene hecho juramento de no enajenar ni gravar sus bienes, ni contra este instrumento protesta ni reclamacion por violencia, persuasion marital, lesion ni otro motivo; mediante no concurrir ni haber precedido para efectuarlo, ni las hará, y si pareciere, las revoca y anula desde ahora: que de este juramento no ha pedido absolucion ni relajacion, y que aunque sin pedir las se las concedan, no usará de ellas, pena de perjury, etc.»

Tal es la fórmula que aconseja el autor citado, y que constante-

mente se ve autorizada en la rutina de la práctica; pero parécenme mas filosóficas las reflexiones del adicionador de Febrero; y para que sirvan de guia al autorizarse contratos en que intervenga alguna mujer como fiadora, creo oportuno insertarlas literalmente. «Entre la excepcion (dice) que por el Senado consulto Veleyano, y la ley 2, tit. 12, P. 5.^a, se concede á las mujeres que afianzan deudas de otro, y la auténtica *si qua mulier*, y la ley 61 de Toro que prohibe que las mujeres casadas sean fiadoras de sus maridos, hay esta diferencia: que la excepcion del *Veleyano* y la ley de Partida se funda en la facilidad, imprudencia y poca reflexion con que las mujeres pueden ser inducidas á sujetarse á una fianza en que no ven de presente daño alguno. Asi cesa esta excepcion, cuando parece que con la deliberacion debida, enteradas del privilegio que tienen, y del peligro á que se exponen, insisten en la fianza, y renuncian el favor que las leyes le dispensan. Pero las disposiciones de la auténtica, y de la ley 61 de Toro, tienen otro fundamento de mas importancia y mas gravedad, cual es la preponderancia del marido, el amor, los respetos, miramientos y consideraciones forzosos á él: y como estos son permanentes y asíduos, ni cesan mientras dura el matrimonio, de aquí es que aunque se renuncie dicha ley 61 de Toro, todavía podrá la mujer hacer valer la nulidad de la fianza ó mancomunidad que otorgó con su marido: lo uno porque los respetos que la obligan á ser fiadora, subsistieron tambien para la renuncia, aunque mediare mucho tiempo en que deliberar sobre los peligros y resultas de su obligacion: lo otro porque siendo por dicha ley incapaz la mujer de ser fiadora de su marido, y nula la fianza, no puede la renuncia hacer válido y capaz lo que la ley declara incapaz y nulo. Lo mismo digo del juramento con que se corrobora dicha renuncia: los juramentos no pueden producir accion ni obligacion donde la ley la niega, ni constituir válido lo que el lejislador declara nulo, á menos que el mismo lejislador consienta que el juramento produzca en algun caso obligacion civil; su fuerza se estiende únicamente en el ámbito del fuero de la conciencia. El rigor y la enerjía con que está concebida la ley 61 de Toro, que declara á las mujeres incapaces de obligarse por sus maridos, no es conciliable con un juramento, que elude todos sus fines, puede dejarlas indotadas, y autoriza por este medio donaciones forzosas á sus maridos, prohibidas tambien por las leyes. Es tambien regla de derecho, que lo que se prohibe por un camino, no se debe permitir por otro.»

Tal es tambien mi opinion, á pesar de cuantos ardides hayan inventado los autores prácticos y los escribanos para suponer obligada á la mujer en favor de su marido; y considero que al autorizarse algun contrato en que aquella intervenga en dicho concepto, deben

demostrarse á los contrayentes los escollos á que estan expuestos, para que no se comprometan por ignorancia; y si, aun sabedores de los riesgos que corren, insisten en su otorgamiento, autorizarse en los términos sencillos que ellos acuerden.

«Cuando la mujer casada (continua el autor citado arriba) (1) celebra por su hecho propio algun contrato, por el cual obliga ó enajena sus bienes, suelen poner en él los escribanos renunciacion de las leyes de la mancomunidad, sin mas motivo que el de concurrir dos personas á su celebracion con diversos fines y respetos, ni preguntar al marido si quiere ó no obligarse, y en qué forma; de suerte que lo ligan y sujetan á su cumplimiento y responsabilidad, sin que preste su consentimiento, ni les dé orden para ello, y queda obligado absolutamente con su mujer, porque le dicen que es preciso que se obligue así.... No encuentro que ejerza ni represente otro oficio el marido que el dar á su mujer la licencia, que por disposicion de la ley 55 de Toro es necesaria para su validacion, y en dándosela cumple con lo que está de su parte. Pues si nada mas hace ni tiene que hacer, en el caso de que no quiera obligarse como principal ó fiador de su mujer, ¿por qué razon poner, ni á que viene la renunciacion de dichas leyes, y el obligar al marido sin su expreso mandato?.....»

Deben, pues, tenerse presentes estas juiciosas observaciones, y evitarse en la redaccion de las escrituras cláusulas inútiles y aun perjudiciales, como las que con razon han sido combatidas por dichos autores.

CAPITULO XXI.

Qué sea instrumento ó documento público, y cómo se otorga.

Llámase documento público ó instrumento el que se celebra ante escribano autorizádo y el competente número de testigos. A su otorgamiento deben concurrir para su autenticidad todas las circunstancias siguientes: 1.^a que los otorgantes tengan facultad para serlo; es decir, la edad competente para celebrar contratos, que es la de 14 años en el varon, y 12 en la hembra, respecto de las disposiciones testamentarias (2); 18 para cualquier contrato, si el otorgante estuviere casado y en la libre administracion de su caudal, y 23 si fuere soltero, porque hasta el cumplimiento de esta edad necesita la concurrencia de tutor ó curador: 2.^a que los otorgantes tengan voluntad

(1) Febrero reformado por Tapia.

(2) Ley 13, tít. 1, P. 6.

libre para deliberar, pues si interviene fuerza, engaño ó miedo grave, y un pánico ó infundado, es nulo el contrato, y puede protestarse contra su otorgamiento, y reclamarse su invalidez é insubsistencia: 3.ª que el objeto sobre que se celebre el contrato sea lícito y honesto, y por consiguiente arreglado á la moral y á las leyes: 4.ª que el instrumento contenga todas las cláusulas arregladas á derecho y á la naturaleza: 5.ª que se otorgue ante escribano público y del número del respectivo pueblo, y no ante notario real, excepto en la corte y en las capitales de la antigua residencia de chancillería, como son Valladolid y Granada (1): 6.ª que el documento público se estienda en el registro, y se archive en el protocolo: 7.ª que se otorgue en el papel sellado correspondiente con arreglo á la real cédula de 12 de mayo de 1824, y reales resoluciones posteriores (2). 8.ª que las copias se saquen fielmente y en el papel sellado que corresponda: 9.ª que al principio ó al fin de cada instrumento se expresen el pueblo, día, mes y año en que se otorga, los nombres, apellidos y vecindad de los otorgantes, y los de los testigos instrumentales: 10.ª que aquellos lo firmen, y si no saben, ó no pueden, lo haga en su nombre uno de estos, expresándose al fin del documento, que el otorgante no firma por decir no saber ó no poder hacerlo, en cuyo último caso ha de explicar el escribano el motivo de la imposibilidad: 11.ª que antes de las firmas se haga mencion clara de las enmiendas, testaduras, entrerenglones y adiciones que haya en el instrumento: 12.ª que el escribano autorice cada uno de estos con su firma y rúbrica en estos términos.—Ante mí. F. de F.— dando fé al final de que conoce á los otorgantes, y en su defecto que han asegurado conocerlos dos de los testigos, bajo juramento, expresando ser los mismos que aparecen, y que por esta razon firman ellos tambien el instrumento, diciendo cada uno—testigo de conocimiento de los

(1) Ley 7, tít. 23, lib. 10, N. R. Sin embargo, en la corte tampoco pueden los escribanos reales autorizar escrituras de venta, ni cualesquiera otras que causen perpetuidad; y la razon de esta prohibicion fué la de que cuando se dictó no tenían residencia fija ni archivo jeneral, donde á su fallecimiento se custodiaran los protocolos; de modo que los contratos é instrumentos otorgados ante dichos notarios no habia seguridad alguna de poderlos cotejar en caso necesario ó sacar copia de ellos, por ignorarse la residencia de los mismos notarios y de sus registros. En el día ninguno de estos inconvenientes existen, porque los escribanos reales han de tener residencia fija, y los de Madrid luego que mueren conservan los protocolos en un archivo jeneral; pero no obstante subsiste la prohibicion de la ley.

(2) Ley 1, tít. 24, lib. 10, N. R.

otorgantes F. de F.—En cuyo caso el escribano debe conocer los dos testigos garantes de la identidad de las personas, ó á lo menos uno, y dar fé de ello (1). Pero si el interesado á cuyo favor se otorgue el documento se dá por satisfecho del conocimiento de los otorgantes, basta que se exprese así, firmando ambos ó un testigo á ruego del que no supiere ó no pudiese: 13.^a que concurran al otorgamiento tres testigos vecinos del pueblo, mayores de 14 años, varones y con capacidad mental: 14.^a que el escribano haga su signo en todas las copias primordiales, segundas, etc., que por él se dieren, por ser el sello y carácter público que las reviste de autenticidad y fuerza (2). Basta que el signo se ponga en las copias de las escrituras y no en el registro, pues en este no se signa sino al final del protocolo de cada año, dándose fé de que las escrituras é instrumentos que en él se contienen en tantas hojas útiles son los únicos que han pasado ante el mismo escribano durante el año á que se refieren: 15.^a es preciso también que el instrumento no esté roto ni borrado ó cancelado en parte alguna sustancial, como son los nombres y apellidos de los otorgantes, del escribano y de los testigos, la firma, signo, cosa, cantidad, plazos, pactos, fecha y pueblo de su otorgamiento (3); y además debe evitarse poner abreviaturas y números en guarismos, y escribirse todo con letras claras é inteligibles, de forma que no quepa la menor duda sobre el contenido de todas las cláusulas y circunstancias esenciales (4): 16.^a por último, al márgen de cada instrumen-

(1) Ley 2, tít. 23, lib. 10, N. R.

(2) La ley 6, tít. 23, lib. 10, N. R., previene, que el escribano signe sus registros; y en la práctica se acostumbra á signar el final del protocolo donde están reunidos todos los instrumentos otorgados durante el año, y además toda copia sacada del registro ó protocolo.

(3) Alvarado, compendio de Febrero.

(4) Ley 7, tít. 19, P. 3. Pero la mas notable sobre esta materia es la 1, tít. 23, lib. 10, N. R., que dice así: «Cada uno de los escribanos haya de tener y tenga un libro de protocolo, encuadernado en pliego de papel entero, en el cual haya de escribir y escriba por estenso las notas de las escrituras que ante él pasaren y se hubieren de hacer; en la cual dicha nota se contenga toda la escritura que se hubiere de otorgar por estenso, declarando las personas que lo otorgan, y el día, y el mes, y el año, y el lugar ó casa donde se otorga y lo que se otorga; especificando todas las condiciones y partes y cláusulas, y renunciaciones, y sumisiones que las dichas partes asientan; y que así como fueren escritas las tales notas, los dichos escribanos las lean presentes las partes y los testigos, y si las partes las otorgaren, las firmen de sus nombres; y si no supieren firmar, firmen por ellos cualquiera de los testigos ú otro que sepa escribir; el cual dicho escribano haga mención de cómo el testigo firmó por la parte que no sabía escribir.»

to deben ponerse las notas oportunas de las copias que se saquen y de otros que se hayan otorgado, modificándolo, alterándolo, revocándolo ó imponiéndole censo, servidumbre, hipoteca ú otro gravámen.

Mas adelante se dirá el número de testigos que son necesarios para cada una de las disposiciones testamentarias; y ya se ha indicado, que segun la práctica jeneral en toda escritura pública intervienen tres testigos ademas del escribano, aunque hasta segun la ley la concurrencia de dos de ellos solamente con dicho funcionario (1).

Todo escribano público debe conservar los instrumentos otorgados ante él en el libro que cada año forme para todos los que haya de autorizar en el discurso del mismo, cuyo libro se llama *Protocolo*, dando á los interesados *copia* solemne de dichos documentos. Tambien puede dar *testimonio* de los mismos en referencia ó extracto, cuando asi lo pretendan los otorgantes, como sucede comunmente con los poderes para litigar y otros instrumentos de poca importancia. *Registro* es el mismo documento orijinal firmado por los otorgantes y el escribano, y es el que sirve de *matriz* para sacar de él todas las copias, traslados ó testimonios que los interesados necesiten, ó que se manden dar judicialmente. *Copia* es la que se extrae literalmente del mismo registro, incluidas las firmas de los otorgantes (ó de los testigos en su caso) y del escribano; en la cual se pone raya á fuera y la inscripcion siguiente: «Yo el infrascripto escribano de S. M., público del número (ó real segun sea) de esta ciudad ó villa, fuí presente á su otorgamiento con los testigos mencionados: y en fé de ello doy esta copia primordial (si lo es), que signo y firmo en tantas hojas, la primera y última en papel del sello 1.º, 2.º (ó del que sea), y las

«Y si en leyendo la dicha nota ó registro de la dicha escritura, fuere algo añadido ó menguado, que el dicho escribano lo haya de salvar, y salve en fin de la tal escritura antes de las firmas, porque despues no puede haber duda si la dicha enmienda es verdadera ó no: y que los dichos escribanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo, sin que primeramente, al tiempo del otorgar de la nota, hayan sido presentes las dichas partes y testigos, firmando como dicho es: y que en las escrituras que asi dieren firmadas, ni quiten ni añadan palabra alguna de lo que estuviere en el registro, salvo la suscripcion; y que aunque tomen las tales escrituras por registro ó memorial, ó en otra manera, que no las den signadas sin que primeramente se asienten en dicho libro y protocolo, y se haga todo lo susodicho so pena que la escritura que de otra manera se diere signada, sea en sí ninguna, y el escribano que la hiciere pierda el oficio, y derde en adelante sea inhábil para haber otro, y sea obligado á pagar á la parte el interés.»

(1) Ley 114, tít. 18, P. 3.

intermedias en el del 4.º mayor, quedando su orijinal, á que me remito, en el registro en papel de este último sello, y anotada esta saca en tal parte á tantos de tal mes y año.»

No es preciso que esta primera copia se ponga con la misma fecha que la del otorgamiento, sino debe expresarse el día en que en realidad se saque, ya porque si la copia comprende multitud de pliegos, no es posible que se haya formado en el mismo día, y sería faltar á la verdad, y ya porque comenzando á correr el término para la toma de razon en la contaduría de hipotecas, de los documentos que así lo exigen, desde que se dá la primera copia, conviene que la fecha de esta sea la del día en que se haya finalizado para que no se pierda ningún tiempo de dicho plazo perentorio.

La primera copia se llama *primordial*, y la segunda, tercera, ó cualquiera otra que se saca del protocolo, *segunda copia*: una y otra deben darse por el mismo escribano que otorgó el documento, á no ser que haya fallecido ó que estuviere imposibilitado. Si el darla causa algun perjuicio á tercero, no puede facilitarla el escribano, sin que preceda el auto judicial (1), que suele llamarse *mandamiento compulsorio*, y se extiende á continuacion del mismo ó por separado, quedando aquel en el protocolo para resguardo del escribano. Todas estas copias se escriben en el mismo papel que la primordial ú *orijinal*, que tambien así se llama. Los *traslados* ó *testimonios* son los que se sacan, no del registro sino de la primera ó segunda copia del instrumento, y pueden darse literalmente, ó en relacion; pero en cualquiera de estos casos se extienden en papel del sello cuarto mayor (2).

Sostiene un autor, que ya he citado arriba, que no se ha de entender tan materialmente la ley que determina la manera de formarse el protocolo, que se haya de encuadernar y foliar este desde el principio del año para ir extendiendo los instrumentos que vayan ocurriendo uno en pos de otro, como si fuera libro parroquial de casamientos, bautismos ú otro semejante; y sostiene tambien que esto no puede ni debe hacerse, como impracticable, porque muchas veces hay que unir al registro algunos documentos, como copias de otros poderes para legitimar las personas de los otorgantes, etc., y si el libro protocolo estuviese ya encuadernado y foliado, no se podría hacer esta union de documentos, á menos que no se formase un

(1) Leyes 5, tít. 23, lib. 10, N. R., y 10, tít. 19, P. 3.

(2) Autor citado. Los escribanos tienen obligacion de entregar las escrituras á las partes dentro de tres dias, contados desde que se las pidieren; si pasare de dos pliegos, en el término de ocho dias. Para dar cualquier testimonio tiene señalado el término de tres dias. Ley 3, tít. 23, lib. 10, N. R.

cuaderno separado, señalando aquellos con números para saber á cuál registro pertenecian, á fin de poderlos insertar en sus copias. De aquí deduce dicho escritor (y afirma que así se practica y debe practicarse), que han de irse uniendo sucesivamente los registros ó instrumentos, escritos separadamente unos de otros en pliegos sueltos del sello cuarto mayor, y á su continuacion los documentos que hayan de unirse ó incluirse en las copias; y que si en algun registro no hay que unirle ningunos, y sobrase medio pliego en blanco, puede el escribano principiar otro documento, siguiendo el orden de fecha, y procurando que no haya mezcla ni confusion en ellas, para aprovechar los medios pliegos que hubiere en blanco. Pero no me parece legal ni acertado este consejo, porque su ejecucion puede facilitar los fraudes, que por desgracia son muy frecuentes. La ley previene que el registro se haya de llevar en papel encuadernado, es decir, trabados unos pliegos con otros, para que si se estrae uno de ellos, se descubra inevitablemente su falta; porque seria necesario al hacer la estraccion, desorganizar el cuaderno del registro. No quiero decir por esto que todo el libro del protocolo haya de estar trabado, formando un solo cuaderno; pero entre este extremo y el de ordenarse el registro con pliegos sueltos de papel, que sin ninguna dificultad podrian extraerse, hay un medio razonable, y es el que se practica entre escribanos de integridad y delicadeza, á saber: formar cuadernos de diez, veinte ó treinta pliegos trabados unos dentro de otros; y estando llenos ó completamente escritos, extender otro ú otros de igual modo, y unirlos todos al fin del año para que juntos resulte el libro protocolo. Verdad es que hay muchos casos en que es preciso unir al registro documentos orijinales; pero ningun inconveniente hay en que éstos queden agregados á la hoja donde corresponda, foliándose despues al formarse al fin del año el libro jeneral llamado *protocolo*. Este es el medio mas legal y menos expuesto á fraudes y sus-tracciones. Pero de cualquier modo que se ejecute, es indispensable que se cierre aquel con la inscripcion y advertencia de que los instrumentos contenidos en él y sus fóllos son los únicos que se han otorgado en la escribanía durante el discurso del año (1). Puesto este testimonio, firmado por el escribano, y formado el índice de todos los documentos otorgados, debe encuadernarse el protocolo, como ya se ha dicho, y aun es conveniente y preciso, si se ha de conservar co-

(1) Ley 6, tít. 23, lib. 10, N. R., la cual impone 10,000 mrs. y suspension de oficio por un año al escribano que falte á esta formalidad, ó no conserve con seguridad el protocolo.

mo la ley requiere, que se le ponga una cubierta de pergamino, con rótulo que exprese el año á que se refiere, y el apellido del escribano.

En toda escribanía pública debe tambien haber un *minutario*, que es donde se asientan las notas que dan los interesados para la redaccion de sus contratos ó disposiciones; y aunque esta especie de cuaderno no tiene un carácter público, ni por consiguiente validez judicial, conviene mucho que en él se guarde toda la exactitud posible, y que se anoten con claridad en el mismo todas las cláusulas y circunstancias que hayan querido expresar los otorgantes, para que no se cometan errores ó equivocaciones, al hacerse la redaccion autorizada en el registro, que es el que, conteniendo todas las solemnidades legales, merece la fé pública. El jurisconsulto Sala pretende dar mayor fuerza á estos minutarios que la tienen en sí, y aun los califica como verdadera *matriz* del protocolo; pero ni la ley lo previene así, ni la práctica ha dispensado tanto valor á unas notas ó apuntes, que por mucho que tengan, les falta el sello del carácter público; asi es que el mismo autor añade despues, que para probar su legalidad y que tengan fuerza, se necesita la prueba regular, segun la naturaleza del acto que contiene, y que faltando la estension de la escritura en el protocolo, podrá el interesado pedir que lo dé por lejítimo el juez, y lo mande protocolizar, como se acostumbra cuando muere un escribano sin haber estendido en este libro las escrituras anotadas en el minutario. Pero esta misma necesidad de acudir á la autoridad del juez, prueba que el minutario no es mas que un medio imperfecto de justificar el contrato celebrado, mas no un instrumento auténtico con la validez legal necesaria.

Para evitar los abusos que pueden cometerse, invirtiendo muchos pliegos de papel en un instrumento, y exijiendo los derechos en proporcion al tamaño, está prevenido por los aranceles jenerales el número de renglones que ha de tener cada plana, y aun el número de partes ó palabras que ha de contener cada renglon. «Si el documento (dice un autor práctico) es copia ó testimonio literal que se escribe entre márgenes, estas deben ser de algo menos de la cuarta parte del papel cada una; si el testimonio es en relacion, se escribe desde el margen de la mano izquierda hasta fuera, esto es, hasta la orilla del papel en la primera y tercera plana, y en la segunda y cuarta hasta otra pequeña marjencilla ó pestaña, como de medio dedo que se hace para cuando se cosa con otros papeles, no se oculten las letras, y sea fácil leerse; lo que se practica en los protocolos y en todo papel que haya de coserse; y ademas por bajo de la última línea de cada cara se pone siempre una raya, rúbrica ó cosa que impida, si hay algun tanto de hueco, que se añada alguna otra línea. Por último, toda copia ó testi-

monio no estendido de letra del mismo escribano, debe llevar rubricadas al márgen las hojas por él, para que no se puedan contrahacer ó finjir por personas poco fieles ó dispuestas á hacer una maldad.» Esto mismo deberia ejecutarse con los registros y protocolos de las escrituras que no van de mano del escribano, y son aun mas esenciales que las copias y testimonios; pero no se acostumbra sin duda por creerse, que siendo unos documentos que deben conservarse siempre en la escribanía, sin dejarse salir de ella, ni mostrarse á nadie, es imposible suplantarlos, ni que nadie pueda hacer enmiendas; añadidas ú otros fraudes mas que el mismo escribano; pero por lo comun estos funcionarios tienen escribientes ó amanuenses, los cuales si no son muy fieles, pueden ser seducidos, comprometiéndose inocentemente los escribanos.

Ya se ha dicho que de todo instrumento pueden sacarse varias copias, la primera ó primordial, á que tambien suele llamarse orijinal, y la segunda, tercera, etc.; pero debe distinguirse entre aquella y estas por los diversos efectos que causan. La primordial hace entera fé en juicio, y aun trae aparejada ejecucion, si el documento en su esencia la produce, al paso que las segundas y todas las demas que se sacan del protocolo no causan iguales efectos, á no ser que se den en virtud de mandamiento de juez y con citacion de los interesados. Se exceptuan, sin embargo, los poderes jenerales, de los cuales se forman copias ó testimonios, y producen fé aun sin citacion.

En toda copia de instrumento se expresa al fin, que *queda su registro en el papel del sello cuarto mayor, y en él anotada esta saca*, lo cual hace referencia á la nota que debe ponerse al márgen ó al pie de cada documento de los contenidos en el protocolo, en que se dé fé de haberse dado tal copia de él, en tantas hojas de papel de tal sello la primera y última, y del cuarto mayor las intermedias, rubricando ó autorizando dicha nota el escribano con media firma.

En cuanto á la facultad que este tenga de facilitar tantas copias ó traslados como le pidieren, debe distinguirse: si solicita algun traslado (y ya se ha dicho que este se dá, no del registro, sino de la copia primordial ó segunda, tanto á la letra como en relacion) puede facilitar el escribano todos cuantos se pidan; «pero respecto de copias (dice el mismo autor antes citado) debe cuidarse mucho de no incurrir en la nota de ignorante, negándose á darlas todas sin precepto judicial, ó causar perjuicio dándolas de lo que está prohibido; y asi el escribano debe tener presente, que de las escrituras de poder, venta, cambio, donacion, redencion, cartas de pago, compañía, testamento (habiendo ya fallecido el testador y no antes), y las demas en cuya virtud no tiene accion el acreedor á pedir alguna cantidad ó cosa, tantas veces

cuantas parezcan ó se presenten las escrituras, puede y debe el escribano ante quien se otorgaron, y no otro, dar á los verdaderos interesados, y no á los que no lo sean, todas las copias que le pidan, sin necesidad de mandato judicial, pues que así lo ordena expresamente la ley 10, tít. 19, P. 3.^a, sea ó no en el año del otorgamiento. Pero si las escrituras fuesen de obligacion de dar ó hacer alguna cosa, imposicion de censo ú otra cualquiera de aquellas que cuantas veces se presente la orijinal pueda procederse ejecutivamente, ó causarse perjuicio á la otra parte, no puede el escribano que la autorizó, ni otro, dar por sí mas copia que la primera sin precepto judicial, aunque la pida el interesado con cualquier motivo, pena de privacion de oficio y reintegro de daños y perjuicios. Y si la escritura (continúa el mismo escritor) se perdiese, rompiese ó quemase, el interesado debe acudir al juez del pueblo donde pasó el otorgamiento, haciéndole presente lo sucedido, y pidiéndole mande dar otra copia, con citacion de la otra parte, y si esta no se opone dentro de tercero dia, acreditando estar redimido el censo, ó cumplida la obligacion contraida, debe mandarse dar la copia pedida, y darse á continuacion del auto, como ya se indicó al principio: siendo de advertir, que si la otra parte, al citarla, dice que quiere asistir por sí ó por persona que comisione, á ver corregir y concertar la copia con el registro, debe el escribano avisarla, señalando dia, hora y sitio en que haya de verificarse; y si con efecto concurriese, lo ha de expresar así, y firmar la parte ó comisionado al pie, y si no asistiere, decirse que no concurrió, sin embargo de haberla avisado; y si algun interesado pidiera dichas copias, sin expresar que sea con citacion (á menos que no sea por ignorar sus efectos, que entonces se le instruirá de que solamente le servirá como si fuere mero traslado ó testimonio), puede el juez mandar que se le dé, añadiendo en el acto la expresion de *para los efectos que haya lugar*. Y finalmente de cualquier escritura, no siendo el escribano que la autorizó, no puede su sucesor dar copia de su protocolo sin mandato judicial escrito (1).»

Tanto el registro público como las copias que de él se dieren, deben extenderse en idioma castellano, aunque sean extranjeros los que otorguen los documentos, ó aunque hablen algunos de los dialectos usados en varias provincias de España. Sobre este punto debe cuidar el escribano no solamente de que la redaccion se haga en castellano, sino en el lenguaje correcto, claro, sencillo, gramatical, y que no con-

(1) He creido oportuno copiar á la letra los antecedentes párrafos de Alvarado de la Peña, porque explican con exactitud todo el orden autorizado por la práctica para el despacho de las copias y traslados de instrumentos.

funda y oscurezca las cláusulas y períodos de los instrumentos, dando ocasion á dudas é interpretaciones que son otros tantos motivos de litigios. En ninguna de sus atribuciones ejerce aquel funcionario público un poder mas influente en la suerte de las familias, en la seguridad de sus bienes, y aun en la paz de los pueblos. Conviene, pues, que sean en extremo cuidadosos de la claridad y exactitud en el orden de la redaccion. Pero no se crea que esta exactitud ha de ser tan extremada, que haya de sujetarse á las palabras de que usen los mismos otorgantes para expresar su voluntad, y establecer sus pactos y condiciones. Habrá casos en que así pueda hacerse por ser aquellos inteligentes, ó por haberse valido para la extension de la nota escrituraria de personas instruidas; pero cuando así no fuese, no consiste la exactitud y claridad en que hayan de ajustarse literalmente las cláusulas y períodos á las mismas palabras de que se valgan los contratantes; sino en que conociendo sus deseos, penetrando en su ánimo é intencion, se redacte con escrupulosa conciencia la expresion de la verdadera voluntad de las partes, sin aglomerar palabras y sinónimos, que lejos de aclarar oscurecen la idea, y si una profusion muy comun en las fórmulas rutinarias, que á veces nada significan, y á veces manifiestan lo contrario de lo que los interesados quisieran.

Debe, pues, el escribano usar, como se ha dicho, el idioma castellano; observar las reglas gramaticales, cuyo objeto es hacerse entender con claridad, y valerse de una diction sencilla, correcta, ni tan lacónica que oscurezca el sentido y suprima cláusulas precisas, ni tan difusa que confunda las ideas y la voluntad de los otorgantes con un follaje de palabras, de frases y de fórmulas que nada dicen, y que solo sirven para manchar el papel, aumentar derechos, y dar ocasion á dudas y pleitos.

Las copias, cuando fuere preciso, puede el escribano darlas en un idioma extranjero, siempre que lo entienda con toda perfeccion, y dé fé de estar literalmente traducido; pero en los testimonios ó traslados no es preciso que lo entienda, pues basta que lo sepa leer para dar fé de que materialmente está copiado á la letra, como se acostumbra hacer en los protestos.

Los instrumentos no es necesario que los firmen los testigos presentes, sino cuando el otorgante no sabe ó no puede hacerlo, en cuyo caso firma uno á nombre de él, ó dos cuando lo son de conocimiento, como ya antes se expuso.

Es indispensable que todo instrumento, esto es, toda copia que se saque del registro sea signada por el escribano, pues esta solemnidad es la que principalmente le dá el carácter público. Dicho funcionario no puede variar de signo, ni aun con pretesto de edad ó achaques, á

menos que no preceda real gracia expedida con arreglo á la ley; y por esta razon se le hace poner aquel en el real título que se le despacha.

Hay ciertos documentos que, aunque se hallen ajustados á las formas y solemnidades de derecho, contienen nulidad, y son los que cualquier escribano otorga á su favor, ó de su mujer, madre, padre, hijo, hermano, yerno, suegro, y demas parientes hasta el cuarto grado; pero puede autorizar todos los que contengan obligación contra sí ó contra los espresados parientes, y otorgar su testamento por sí y ante sí, y sustituir los poderes que se le confieran (1).

Para concluir las observaciones relativas al otorgamiento de instrumentos públicos, conviene recordar aquí algunas prohibiciones impuestas por las leyes á los escribanos. No pueden otorgar escrituras en que los seglares se sometan al fuero eclesiástico en negocios profanos, ni autorizar obligación con juramento de dar hacer ó pagar alguna cosa, á menos que este recaiga sobre la confesion de si hubo ó no intereses, y á cuánto ascienden, y no sobre la obligación misma; pero se permite que intervenga juramento en los arrendamientos de rentas de iglesias (2), y en los de menores, ayuntamientos, mujeres casadas, compromisos, dotes, arras, ventas, donaciones, y enajenaciones perpétuas (3). En los contratos de préstamo no solamente no está prohibido que se haga juramento, sino que es preciso, como ya se dijo en el capítulo XII de este título, que bajo esta solemnidad se asegure que no ha intervenido interés ó premio, ó que el que ha mediado no excede de la cantidad permitida, esto es, del cinco por ciento jeneralmente, y del seis entre comerciantes (4).

Sobre las cosas que se miden no puede autorizarse ningun contrato, no rijiéndose los otorgantes por la medida de Toledo, y respecto de granos por la de Avila (5). Tampoco es permitido á los escribanos otorgar contratos en que una ó mas personas pongan bienes en cabeza de otro en perjuicio de la hacienda pública, ó en fraude de las leyes ó de la administracion de justicia, ó con engaño de tercero (6).

Los escribanos reales deben expresar, al fin de las escrituras, de dónde son vecinos, y no pueden autorizar contratos ni testamentos, y

(1) Autor citado.

(2) Ley 6, tít. 1, lib. 10, N. R.

(3) Ley 7, id., id.

(4) Ley 22, id., id.

(5) Ley 8, tít. 9, lib. 10, N. R.

(6) Leyes 1 y 2, id., id.

últimas voluntades en los pueblos en que hay algun escribano público del número, pena de privacion de oficio y la multa de veinte mil maravedís, siendo nulo el documento. Esta prohibicion, dice con mucho tino el señor Tapia, está fundada en tres razones: 1.^a que los protocolos no se estravien ni se pierdan, mediante á que los escribanos reales no tienen oficio público en que archivarlos: 2.^a que los numerarios están ligados y sujetos á servir al pueblo en que lo son, lo que no sucede á los reales, que son libres, y pueden ó no usar de su oficio, siendo justo que por dicha sujecion no se defraude á los numerarios de sus derechos; y 3.^a por las cargas que estos tienen en razon de sus oficios en el pueblo, las cuales serían mas gravosas sin la debida compensacion. Alvarado de la Peña, por el contrario, como notario de los reinos, aboga en favor de los de su clase, y dice, que teniendo ya los escribanos reales residencia fija, no hay el inconveniente de que se estravien los protocolos que siempre conservarian sus familias. Mas á pesar de esta reflexion, lo cierto es que en los pueblos donde hay escribano público numerario, como este es el que tiene el protocolo, único archivo donde deben custodiarse los instrumentos, él solo es el que puede otorgarlos, y no los escribanos reales, aun quando sea cierta la necesidad de que tengan residencia fija, pues les falta la cualidad indispensable de poseer un oficio público, cual es el protocolo ó archivo, que por ser una propiedad de valor, enriquecida con el cúmulo de documentos reunidos por espacios de siglos, dá mayor seguridad de que han de ser guardados con exactitud los instrumentos en que se hallan consignadas las transacciones, pactos y testamentos de muchas generaciones. Los notarios de reinos no pueden, pues, otorgarlos, como ya antes se dijo, sino en la corte, en Valladolid y Granada donde ha habido chancillería, y aun en estas capitales con la obligacion de archivar su registro en el protocolo de algun escribano público: en los demas pueblos del reino solo tienen facultad para toda clase de otorgamiento, quando está vacante una escribanía pública numeraria, ó se halla su servidor imposibilitado, siempre que con permiso de este y la competente autorizacion de S. M. ó del tribunal del territorio, actúe en el registro público de la misma escribanía numeraria, y deje en el archivo y protocolo cuanto en este concepto actuare.

Las escrituras que se otorgan ante los escribanos reales se extienden del mismo modo que las de los públicos numerarios, con la única diferencia de poner en el protocolo, despues de la firma de los otorgantes, las siguientes palabras: Ante mí, y para protocolizar en la escribanía de número de D. F. de T.—Aqui la firma.

La copia primordial de estas escrituras otorgadas por los notarios reales en las poblaciones en que pueden hacerlo, no se dan por ellos,

sino por el escribano numerario de la misma poblacion en cuyo oficio se protocolizan los instrumentos.

CAPITULO XXII.

Del papel sellado en que deben extenderse los documentos públicos.

La ley que rije para determinar la clase de papel sellado en que deben extenderse todos los instrumentos públicos, es la real cédula de 12 de mayo de 1824, con las aclaraciones hechas á algunos de sus artículos. Por consiguiente, basta para conseguir el objeto de este capítulo hacer mencion de la parte de aquella, que tiene relacion con el otorgamiento de escrituras, testamentos é instrumentos de todas clases.

Las escrituras públicas de fundaciones, pósitos, administraciones, tutelas, ventas de bienes, censos y tributos y redenciones de ellos; las de donaciones, obligaciones, fianzas y conocimientos ante escribanos, ú otro cualquier jénero de escrituras públicas de cualesquiera contratos entre toda clase de personas, y las que toquen á la hacienda pública ó ministros ó justicia, y sean relativas á dar ó recibir, ó en otra forma de cualquier jénero, calidad ó nombre, aunque los tales contratos no estén expresados en la citada real cédula, siendo sobre cantidad de mil ducados arriba en una ó muchas sumas, en dinero, especie ú otro cualquier jénero ó cosa, han de escribirse precisamente en papel del sello de ilustres: las que bajaren de mil ducados hasta ciento, en el del sello segundo, y las que fueren de menos de ciento, en el del sello cuarto. En las escrituras que se otorguen sobre rentas, se debe regular el principal á razon de veinte al millar ó dos por ciento los valores de estas, para que segun este cómputo se use del papel sellado que les corresponda (1).

Las de obligaciones, asientos de rentas ó arrendamientos, obras, tasaciones ú otros cualesquiera contratos en que por su calidad y naturaleza no se puede fijar precio, debe usarse del papel del sello segundo, y en las que se otorguen sobre frutos, mercaderías ú otras especies, se regularán por la tasa si la hubiere, y no habiéndola, por la estimacion comun, para aplicarles el papel del sello que le corresponda, conforme al importe de las cosas ú obligaciones que se contraten (2).

(1) Artículo 25 de la Real cédula.

(2) Artículo 26 id., id.

Las que contengan cantidad indeterminada, como transacciones, renunciaciones de legítimas ú otros derechos inciertos, y las de cesiones ó compromisos deben regularse, si hay sentencia sobre que recaigan, por la cantidad de ella, para que si asciende á mil ducados, y de ahí arriba, se extiendan en papel del sello de ilustres: si bája hasta ciento, en el del sello segundo, y si no llega á esta cantidad, en el del cuarto. No habiendo sentencia, debe considerarse la cantidad del pedimento y demanda en la forma que acaba de expresarse respecto de las escrituras que recaen sobre sentencia (1).

Las de empréstito ú de permuta de cualesquiera jéneros ó especies deben escribirse en el papel sellado correspondiente con arreglo á la escala gradual mencionada con referencia al artículo 25 de la real cédula (2).

Las escrituras públicas de carta de pago ó finiquito de cuentas que pasen de mil ducados, y de ahí arriba, deben otorgarse en papel del sello segundo; las que bajaren de mil ducados hasta ciento en el del sello tercero, y si no llegaren á ciento, en el del cuarto (3).

Las fianzas y abonos, si fuesen sobre cantidad señalada de mil ducados y de ahí arriba, deben escribirse en papel de ilustres; si bajasen hasta ciento, en el del sello segundo, y si no ascendieren á esta cantidad, en el del sello cuarto.

Las fianzas que no fuesen sobre cantidad señalada, deben extenderse en papel del mismo sello en que se escribió el contrato principal sobre que se otorgaren.

Las que se dan por los jueces de comision ú ordinarios, por los tutores, administradores, receptores, tesoreros, ejecutores, comisarios, maestros de naos ó de plata ú otros cualesquiera oficiales para asegurar la buena y fiel administracion de sus oficios, y obligarse á dar cuenta con pago de sus administraciones, se deben escribir en el mismo papel sellado en que se hubiesen extendido los títulos de sus oficios.

Las fianzas y obligaciones que se diesen en el tribunal especial de órdenes, ó en cualquiera otro sobre los depósitos que se hacen para las pruebas de calidad, se deben estender en papel del sello de ilustres (4).

(1) Artículo 27 id., id.

(2) Real orden de 17 de setiembre de 1834, que altera lo dispuesto en el artículo 28 de dicha Real cédula.

(3) Artículo 29 de dicha Real cédula.

(4) Artículos 30 á 33 de la Real cédula. Para mejor inteligencia de los artículos citados se hicieron varias declaraciones en el 34; pero pudiendo es-

Las de mil y quinientas doblas de la segunda suplicacion, y la de estar y pagar juzgado y sentenciado, se deben otorgar en papel del sello segundo: las de las leyes de Toledo y de Madrid que sean referentes á mas de mil ducados, en el del sello primero, de mil hasta quinientos en el del segundo, y de quinientos abajo en el del tercero. Pero si alguna de dichas fianzas de mil y quinientas doblas, ó de pagar juzgado y sentenciado, fuese correspondiente á mayor cantidad que de veinte mil reales, se debe extender en papel del sello de ilustres, y los abonos en la misma clase de papel en que se hayan redactado las fianzas.

A los poderes que confieran los grandes para la administracion de sus bienes, les corresponde el papel del sello de ilustres: á los que se otorguen por aquellos y por los particulares para cobrar mas de mil ducados, el del sello primero; á los de esta cantidad abajo, el del sello segundo, y á los demas poderes comunes para pleitos, el papel del sello tercero.

Las posturas de oficios, rentas, prometidos, pujas, aceptaciones, trasposos, declaraciones, cesiones y remates se deben extender en papel del sello tercero; pero las escrituras de obligacion principal de la renta, si versasen sobre la cantidad de mil ducados, y de ahí arriba, en papel del sello primero; si bajasen hasta ciento en el del segundo, y de menos de ciento en el del tercero (1).

Las escrituras públicas de cartas de pago, así en el registro como en las copias, deben otorgarse en papel del sello cuarto, y de las otras clases superiores, con las distinciones hechas, y á proporcion de la entidad; pero en las que fuesen de puras limosnas sobre las rentas, nunca se debe usar mas que del sello cuarto (2).

Hasta aquí en cuanto á las escrituras: con respecto á los testamentos está prevenido tambien en la misma Real cédula, cuyo contenido se va refiriendo, el papel sellado que ha de usarse. Corresponde el del sello primero á los testamentos y codicilos abiertos, en que haya mejora de tercio y quinto: el de ilustres, si esta ó los legados pasan de veinte mil reales; y el del tercero en los demas en que no haya disposicion que llegue á esta cantidad. Si hubiere alguna fundacion civil ó eclesiástica, debe extenderse en papel del sello de ilustres, y en el

to ofrecer alguna contradiccion con los anteriores, se resolvió por Real órden de 30 de noviembre de 1830 que dicho artículo 34 quedase redactado en estos términos: «Todos los títulos de concesion de honores se extenderán en papel del sello de ilustres», quedando anulado todo lo demas que contenia.

(1) Artículos 35, 36 y 37 de la Real cédula.

(2) Artículo 82.

mismo las escrituras ó contratos entre vivos que se otorguen acerca de alguna real gracia para cualquier clase de amortizacion civil ó eclesiástica.

Todos los testamentos y codicilos cerrados, de cualquier jénero ó calidad que sean, deben escribirse precisamente en papel sellado de la clase del cuarto, sin ningun pliego de papel comun, mediante á que sirven despues de su apertura para unirlos al protocolo; y asi mismo los orijinales ó sacas de copias testimoniadas, que despues de abierto el testamento ó codicilo se deben escribir, segun las reglas que á su tiempo se expondrán acerca de los testamentos abiertos. Sin embargo, los cerrados pueden extenderse en papel comun; pero con la precisa cualidad de que los escribanos saquen, despues de su apertura, copia del protocolo, escrita toda en pliegos del sello cuarto. Luego deben ponerla en el registro, testificada con el protocolo orijinal, dando los traslados signados en papel del sello cuarto.

Las particiones, hijuelas, divisiones de bienes, tasaciones, adjudicaciones y almonedas, deben extenderse en papel del sello que corresponda á su cuantía, empezando desde la de cien ducados, es decir, que hasta esta cantidad se ha de usar de papel del sello cuarto, desde esta hasta mil ducados del sello segundo, y de mil ducados arriba del de ilustres. Pero esta clasificacion es respectiva á las copias que se dieren de dichos documentos despues de estar protocolizados, pues para unirlas al registro se escriben en papel del sello cuarto, como todos los demas instrumentos.

Los testamentos de los pobres que mueren en los hospitales, previene la Real cédula que se hagan en papel del sello cuarto de pobres; pero debe entenderse que en este papel habrán de sacarse las copias, pues el verdadero orijinal ó registro ha de estar precisamente en el papel del sello cuarto mayor, aun cuando sea pobre el que lo otorgue. No obstante, si este deja alguna manda ó legado, debe extenderse la copia en el papel que corresponda, segun la cuantía de que dispusiere. Los legados y mandas *ad pias causas* deben extenderse del modo siguiente: si pasan de mil ducados, en papel del sello segundo; desde esta cantidad hasta cien ducados, en el del tercero; y si bajasen de ciento, en el del sello cuarto. En el mismo papel han de escribirse los traslados de los testamentos de pobres como ya se ha indicado; pero si lo son de solemnidad, en el del sello de esta clase(1).

Los instrumentos, que segun lo expuesto deben formarse en pa-

(1) Artículos 41 á 45.

pel del sello cuarto, pueden contenerse en medio pliego solamente, si son de corta extension; y si pasaren de medio pliego, tanto el primero como todos los demas han de ser de la misma clase (1).

Todo lo expuesto acerca de las escrituras y demas instrumentos que van especificados, se entiende no solo para las primeras sacas llamadas *originales*, sino para las demas copias ó traslados que de ellos se hicieren, aunque el otorgamiento se haya verificado antes de la expedicion de la Real cédula de 1824, debiendo extenderse en la respectiva clase de papel, segun lo que va explicado; de modo que el primero y último pliego sean del sello correspondiente á la cuantía y calidad del contenido, y los demas pliegos intermedios en el del sello cuarto precisamente y no en el comun, advirtiendose que solo ha de contenerse un solo instrumento en cada una de dichas copias (2). Lo mismo está prevenido respectò de los testimonios que se dieren de cualquier instrumento público, los cuales se han de extender el primero y último pliego en el papel correspondiente á su cuantía, los intermedios en el del sello cuarto, excepto los que hubieren de quedar en autos para la devolucion de cualquier escritura orijinal, que hubiese sido presentada en ellos por exhibicion (3).

Ya se indicó en el anterior capítulo que todos los instrumentos que se otorgaren ante escribanos ó notarios han de quedar registrados y protocolizados en poder de los mismos funcionarios, escribiéndose íntegramente los protocolos y registros en papel del sello cuarto, sin que en ellos haya ningun pliego que no sea sellado (4): pudiendo insertarse uno ó mas instrumentos, aunque sean de diferentes personas, en los mismos registros ó protocolos (5); y para que en las copias se use del papel correspondiente, es obligacion de los escribanos poner al pie de ellas el dia en que se sacan, y que se estienden en el sellado de

(1) Artículo 47.

(2) Artículo 46. Lo expuesto arriba acerca de que las copias de todo instrumento se extiendan el primero y último pliego en el papel que corresponda, y los intermedios en el del sello cuarto, parece despues alterado por el artículo 48 que indica que el primer pliego, y no el último, de cada copia se escriba en el papel respectivo; mas por real órden de 2 de mayo de 1830, para conciliar la especie de contradiccion que se advierte entre los dos citados artículos, se declaró que debe entenderse el artículo 48 del mismo modo que el 46, y por consiguiente extenderse toda copia con el primero y último pliego del sello que corresponda segun la clasificacion hecha, y los intermedios del sello cuarto.

(3) Real órden de 12 de enero de 1832.

(4) Artículo 42.

(5) Artículo 49.

la clase respectiva, anotando esto mismo al márgen del protocolo, y dando de ello fé. De lo contrario incurren los infractores en la pena de cien mil maravedís aplicados, por terceras partes, á penas de cámara, juez y denunciador, y en la privacion de oficio por la primera vez, y por la segunda en la pena de falsarios (1).

En las reglas asentadas hasta aquí se comprenden todos los instrumentos, escrituras, cédulas, despachos, títulos, privilegios y demas documentos; y cualquiera otro que se haya omitido en la real cédula de que se ha hecho mencion, se ha de regular para el uso del papel sellado, por la calidad y cantidad de lo que sea objeto del mismo instrumento público, observándose para ello la graduacion que se ha explicado en este capítulo (2).

En las receptorías de papel sellado tienen obligacion de recibir los que se inutilicen por cualquier errata que se haya cometido al extender algun documento ó diligencia judicial; pero con la condicion de que no se ha de haber escrito completamente la primera hoja, ni mucho menos se ha de haber cosido al protocolo ó proceso en que haya de servir (3).

Si al fin del año quedase en poder de los escribanos algun papel sellado sobrante, pueden devolverlo á la receptoría desde 4.º hasta 15 de enero inclusive, y los receptores tienen obligacion de recibirlo, dándoles en su lugar otro papel de la misma clase del año corriente. Pasado dicho plazo, no puede devolverse, é incurren las personas, en cuyo poder se encuentre papel de los años anteriores, en las penas impuestas á los introductores de moneda falsa (4).

Está prohibido habilitar el papel blanco á pretexto de faltar el sellado, y el rubricar el papel del sello diferente del que se requiere para cada instrumento, mediante á que deben estar surtidas las datarías, y no experimentarse falta para el consumo (5).

(1) Artículo 49.

(2) Artículo 92.

(3) Artículo 86 y 87, y real órden de 15 de abril de 1834.

(4) Artículo 91.

(5) Artículo 4.

CAPITULO XXIII.

Qué copias ó instrumentos pueden dar los escribanos sin mandato judicial, y cuáles necesitan de este requisito; y de la renovacion de escrituras y protocolizacion en caso de extravío.

Por regla jeneral, la copia dada por otro escribano distinto del que otorgó el instrumento, bien sea sacada del protocolo ó por exhibicion del orijinal, no hace fé suficiente para darse en su virtud la posesion de una herencia ó mayorazgo, aunque el escribano que hubiere autorizado dicha copia asegure estar en toda regla el orijinal, y aunque al tiempo de darse aquella no hubiese parte conocida á quien citar. Es, pues, necesario que preceda auto judicial y *mandamiento*, que se llama *compulsorio*, para que se facilite la copia con citacion contraria, ó bien que ignorándose quien pueda tener interés en el asunto, se haga la citacion por edictos (1).

Pero de las escrituras de poder, venta, cambio, donacion, testamentos, poder para testar, codicilo, compañía, redencion de censo ó gravámen, cartas de pago, renunciás, lastos, espera, adopcion, emancipacion, contratos de obra y demas en cuya virtud no tiene accion el acreedor á pedir tantas cuantas veces parezcan, ni pueda resultar perjuicio al deudor, debe el escribano que las haya autorizado dar á los verdaderos interesados, y no á otros, todas las copias que le pidan, sin que necesite para ello mandato del juez (2), ni citacion, y sin que tenga que probar el que las pretenda habérsele perdido la primera copia ú orijinal, ya sea dentro ó fuera del año de su otorgamiento. Todas se consideran, pues, orijinales, porque se han sacado de la *matriz*, y autorizado por quien las estendió en el protocolo; pero ni el escribano sucesor en el oficio, ni otro alguno puede darlas sin que preceda mandamiento judicial á solicitud de persona interesada con citacion contraria, ya se hubiere ó no dado copia por el que autorizó el otorgamiento.

Si la escritura es de aquellas en cuya virtud se puede pedir el cumplimiento de la obligacion tantas cuantas veces se presente, co-

(1) Pidiéndose á la vez copia de diversas escrituras existentes en un mismo protocolo, no se causa mas que un derecho; pero sucede lo contrario si se solicitan copias de la misma escritura en diferente época. Real orden de 18 de julio de 1840.

(2) Ley 10, tit. 19, P. 3.

mo las de dar, pagar ó hacer alguna cosa, la de imposicion de censo, arrendamiento, ó la que puede perjudicar al contrario, no debe por sí ó de propia autoridad el escribano ante quien se otorgó, ni otro alguno, facilitar mas copia que la primera, sea ó no dentro del año del otorgamiento, aunque el acreedor ó interesado la solicite con pretesto de habersele perdido ó con cualquiera otro, bajo la pena de perdimiento de oficio y de indemnizacion de daños. Dicha copia es, pues, la única que debe llamarse orijinal, y asi tiene el escribano obligacion de poner en el protocolo nota de haberla sacado.

Sin embargo, puede darse segunda copia precediendo los requisitos siguientes. Debe acudir el acreedor ó persona interesada ante el juez de primera instancia del partido en que esté protocolizado el instrumento, afirmando bajo juramento que la primera copia ú orijinal se ha perdido ó quemado sin culpa ni malicia suya: que ignora su paradero, si se ha perdido, y que no se ha reintegrado de su crédito; pretendiendo que se mande dar otra copia, bajo la obligacion de exhibir la perdida, si la hallare, ante el escribano que la autorizó para que la rompa y cancele. En vista de esta solicitud, el juez manda que se cite ó haga saber al deudor, y si este confiesa la deuda, ó dentro de tercer dia nada alega en contrario, accede á ello, expidiendo *mandamiento compulsorio*, y el escribano debe dar la copia á continuacion: todo lo cual ha de anotarlo él mismo en el protocolo para que conste en lo sucesivo haberse dado segunda copia, y que el acreedor no pueda cobrar dos veces su crédito (1).

Si la escritura se deteriora ó rompe, de modo que no pueda leerse tambien como cuando se sacó, debe observarse lo que previene la ley (2), esto es: «que cuando alguno pidiese al escribano que le renueve la tal carta como esta, si hallare que no es raida en lugar sospechoso, ni desecha de modo que no se pueda leer, ni rozada, ni rota de manera que no alcance la rotura á la letra; si fuere de deuda, debe ser emplazado aquel contra quien fuere hecha, ante el juez, para que venga, si quiere decir alguna cosa contra lo que pide su contendor ó acreedor. Y si no quiere contradecir que la carta sea renovada, ó dijere haberla pagado, ó que es libre de aquella deuda, y no lo pudiese probar, debe el juez mandar al escribano que la renueve en la manera que la hallare en el registro en donde aquella constase fué primeramente sacada.»

Si la escritura fuere de donacion, compra, cambio, ó de otra co-

(1) Leyes 10 y 11, tít. 9, P. 3, y 8, tít. 23, lib. 10, N. R.

(2) Ley 12, tít. 19, P. 3.

sa de tal naturaleza , que aunque pareciesen muchas de una misma forma no podrian causar daño á otro, si no se halla rota hasta las letras, ó cancelada, ó raida en lugar sospechoso, como, por ejemplo, en los nombres de los contratantes , de los testigos , ó del escribano , ó en el precio , cosa , fecha y lugar en que se otorgó ; bien puede hacerlo de nuevo el escribano por sí sin mandato del juez , cotejándola con el registro de donde fué primeramente sacada. Pero si la rotura ó cancelacion estuviere en alguno de los períodos sustanciales expresados , no tiene valor en juicio ni puede ser renovada , á menos que pruebe el interesado haberse hecho la rotura ó cancelacion por casualidad ó por fuerza , en cuyo caso el escribano que la renovare debe expresar todas las circunstancias que hubieren concurrido.

Cuando el escribano ha muerto , y no parece en su protocolo la *matriz* , por haberla perdido ó por otro motivo , y el interesado en ella tiene en su poder la copia orijinal, puede presentarla al juez, pretendiendo que comprobados su signo y firma, se mande protocolizar, y se den los traslados conducentes en los cuales interponga su autoridad , y que para mayor validez se reciba informacion de su otorgamiento con los testigos instrumentales , si viven , y sobre la legalidad y descuido del escribano ante quien pasó ; en cuya vista el juez defiere á ello sirviendo de registro la copia orijinal, si el escribano que la autorizó es de buena fama, y se protocoliza el expediente, dándose copia de todo á los interesados. Pero en las escrituras de censo, venta , ú otro contrato semejante no son necesarios estos requisitos, pues cualquier copia autorizada y sacada del registro se tiene por orijinal en caso de perderse el protocolo (1).

CAPITULO XXIV.

De los protestos de letras.

Protesto de letra es la manifestacion hecha ante escribano por el tenedor ó portador de una letra de cambio , cuando la persona contra quien se ha jirado se ha negado á aceptarla , ó á pagarla á su debido tiempo. El efecto que producen estos protestos es proporcionar al tenedor ó portador el medio de acreditar que acudió oportunamente á recojer la aceptacion ó hacer la cobranza , pues de otro modo no tendria derecho espedito para reclamar contra el jirante ó endosante.

(1) Ley 2, tit. 16, lib. 10, N. R.

Dos clases hay de protestos: una por falta de aceptacion de la persona á cuyo cargo ó contra quien vá jirada la letra: y la otra por defecto de pago de la persona obligada al abono de aquella.

Los protestos se reducen á ejecutar las diligencias siguientes: cerciorada la persona á cuyo favor está jirada ó endosada la letra de que el responsable á su pago se niega á verificarlo ó aceptarla, debe presentársele con el escribano, para que este autorice la manifestacion que el tenedor de la letra hace de repetir los daños, intereses, cambios y recambios, y demas gastos que se ocasionen, contra quien corresponda; pidiendo al mismo funcionario que le dé testimonio de lo que ha presenciado y oido. Este tiene obligacion en dicho acto de estender diligencia formal, en que copiando literalmente la letra y todos sus endosos en el mismo idioma en que estuviesen estendidos, exprese todo lo que hubiese ocurrido, haciendo que firme el tenedor de la letra para que conste habérsela devuelto. Esta diligencia orijinal es oportuno quede en el registro público del escribano, dándose copia de ella con su firma y signo.

Aconsejan los autores prácticos, que si un aceptante pide al tenedor de una letra que no saque protesto para no perder su reputacion ó crédito, y que se le espere por algunos días, se ejecute la diligencia de protesto sin extenderla; pero formándose una minuta escrita, y poniéndose alguna seña en la letra por el mismo escribano para que no se cambie por otra, lo cual se llama hacer *apunte*; y si pasado el plazo concedido, no satisface el aceptante, debe extenderse el protesto con la fecha en que efectivamente se hizo.

Cuanto se acaba de exponer debe entenderse en el caso de que las letras ó documentos de jiro que se presenten al portador, se hallen estendidos en el papel correspondiente, ó en su defecto se cumplan los requisitos prevenidos por la ley. Conviene, pues, hacer aqui mencion de cuanto esta dispone sobre la manera de jirar y circular dichos documentos. Ya sea que se libren letras de cambio, libranzas á la órden, pagarés ó cartas-órdenes de crédito por cantidad fija, han de estar extendidas en el papel de timbre ó sellado, que se vende al efecto por cuenta del Estado; pues de lo contrario, ademas de perder su fuerza el documento, quedan sujetos los infractores á las penas que se expresarán despues. Las pólizas de la bolsa no están sujetas al derecho del sello; pero si se presentan en juicio, han de ir acompañadas del pliego de papel sellado correspondiente á la cantidad que expresen. Aun los documentos jirados desde el extranjero, si se presentan para su realizacion en cualquier punto del reino, no producen obligacion ni otro efecto alguno, si no van acompañados de un ejemplar sellado y timbrado de la clase correspondiente á la cantidad jirada;

debiéndose extender, en él la aceptacion, y tacharse lo no acomodable á este objeto.

Cualquier fraude que se cometa en las letras de cambio y demas documentos de jiro que no vayan extendidos en el papel timbrado, se castiga con una multa igual al tres por ciento de la cantidad librada, sin perjuicio del reintegro que ademas ha de hacerse del importe del sello defraudado; pero dicha multa nunca puede pasar de 3,000 reales, aun en los casos en que el tres por ciento sobre la cantidad á que se refiere produzca mayor suma.

Toda letra de cambio, libranza á la órden, pagaré ó carta-órden de crédito por cantidad fija que se jire, negocie ó circule sin tener el sello correspondiente á su importe, es ilegal, y no produce fuerza alguna, si no es purgada de su vicio, uniéndose á ella el papel del sello correspondiente, y acreditándose ademas haberse satisfecho la expresada multa. Esta condenacion pecuniaria es de cuenta del tenedor del documento ilegal, sin perjuicio de que pueda reclamar su abono contra el girador ó endosante; y este si lo pone en circulacion sin los requisitos prevenidos, es considerado auxiliador del exceso que haya cometido el librador al expedirlo, por cuya cooperacion queda responsable á una multa equivalente á la mitad que corresponda al librador.

Tan indispensable es á los jueces y escribanos cuidar cada uno respectivamente de que se observen estas reglas, que si los primeros admiten en cualquier juicio ó diligencia en que interpongan su autoridad documentos de dicha especie, que no se hallen estendidos con los requisitos ordenados, y si los escribanos dan fé en estos mismos casos, ó intervienen en la actuacion de protestos, particion de herencia, concurso de acreedores, ó de otra cualquier naturaleza, incurren en la multa de mil y cien reales vellon (1).

Ni son limitados los expresados requisitos á los primeros documentos de jiro que se expidan, sino aun los segundos ó terceros han de estar extendidos en el mismo papel correspondiente; quedando de lo contrario responsables los infractores, endosantes, tenedores, y en su caso los jueces y escribanos, al pago de las mencionadas penas (2).

(1) Ley de 26 de mayo de 1835.

(2) Real órden de 22 de febrero de 1836.

CAPITULO XXV

De las obligaciones de los contadores ó escribanos de hipotecas.

En todas las cabezas de los partidos judiciales hay, como ya se dijo en otro lugar de esta obra, un oficio público que se llama *contaduría de hipotecas*, la cual está á cargo del escribano que la posee en propiedad, ó como teniente, si es de las enajenadas de la corona, ó del que ha celebrado arrendamiento con la hacienda pública, si corresponde el oficio al Estado, ó bien al del escribano mas antiguo de los numerarios de la misma cabeza de partido, si no hay pendiente dicho arriendo.

El servidor de dicho oficio ó contaduría debe tener, ya sea en un libro ó ya en muchos, registros separados de cada uno de los pueblos del partido, con la inscripcion correspondiente, y de modo que con distincion y claridad se tome la razon respectiva del pueblo en que estuvieren situadas las fincas sobre que se hallan afectas las hipotecas, distribuyendo los asientos por años, para que fácilmente pueda encontrarse la noticia de las cargas. Estos libros han de estar encuadernados, y foliados en la misma forma que los escribanos lo hacen con sus protocolos, y rubricadas todas sus páginas por el juez de primera instancia y el mismo escribano; y se han de custodiar precisamente en las casas capitulares.

En los mismos debe de tomarse exacta razon de todos los instrumentos de imposiciones, ventas y redenciones de censos ó tributos, ventas de bienes raices y considerados por tales, que constare estar gravados con alguna carga, fianzas en que se hipotecaren especialmente tales bienes, escrituras de mayorazgos ú obras pías, y jeneralmente todos los que tengan especial y expresa hipoteca ó gravámen, con espresion de ellos, ó su liberacion ó redencion. Si las fincas estuvieren situadas en distintos pueblos del mismo partido, deberá tomarse razon de cada una de las imposiciones ó gravámenes en el libro respectivo al pueblo donde se hallen radicadas.

Como los oficios de hipotecas no llegaron á establecerse en todo el reino hasta la publicacion de la pragmática de 5 de febrero de 1768, aunque ya se habian mandado erejir desde el reinado del emperador Carlos V; los instrumentos anteriores á dicha pragmática carecian de la toma de razon indispensable para tener validez en juicio las obligaciones hipotecarias. Por varios decretos se fijaron plazos para subsanar este defecto, y por las reales órdenes de 31 de octubre de 1835 y de 24 de octubre de 1836 se concedió igual facultad; mas por re-

solucion de 24 de agosto de 1842 se señaló el 31 de diciembre del mismo año como último, fatal é improrogable, hasta el cual se han podido registrar las escrituras anteriores á la citada pragmática, en el concepto de que cumplido dicho plazo no pueden ya hacer fé, ni ser válidos en juicio para los efectos expresados en las leyes, los documentos que carezcan de tan esencial requisito.

Despachada la copia de escritura de que se haya de tomar razon por el escribano ante quien se hubiere otorgado, es obligacion del de hipotecas reconocerla y anotarla en el registro correspondiente dentro de las veinte y cuatro horas de su presentacion para evitar molestias y dilaciones á los interesados. Sin este requisito ningun instrumento hace fé para el efecto de perseguir las hipotecas ó gravámenes que en él se contuvieren.

El documento que para el efecto indicado se ha de exhibir en dicho establecimiento, debe ser la primera copia que diere el escribano original, es decir, la que se llama *original*; á no ser cuando por pérdida ó extravío de algun instrumento antiguo se hubiere sacado otra copia por mandato del juez competente, en cuyo caso de ella debe tomarse la razon, expresándose así en la nota que se ponga por el escribano de hipotecas.

Esta nota ó toma de razon está reducida á referir la fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligacion, ó fundacion, espresándose si es imposicion, venta, fianza, hipoteca ú otro gravámen de esta clase, y los bienes raíces gravados ó hipotecados que contiene el instrumento, con expresion de sus nombres, cabida, situacion y linderos en la misma forma que se contengan en el instrumento. Para este efecto deben entenderse por bienes raíces, no solo las casas, heredades, y otros de esta clase inherentes al suelo, sino tambien los censos, oficios y otros derechos perpétuos que puedan admitir gravámen ó constituir hipoteca.

Ejecutado el registro, debe el mismo escribano que lo hace poner en el instrumento exhibido la siguiente nota: «*Tomada razon en el oficio de hipotecas del pueblo tal, al folio tantos en el dia de hoy; concluyendo con la fecha, y firmando. Esta toma de razon ha de ejecutarse precisamente dentro de seis dias contados desde que se dá la primera copia ú original del instrumento, si este se ha otorgado en el mismo pueblo en que se halle situado el oficio de hipotecas, y dentro de treinta dias, si el otorgamiento se ha celebrado en diferente poblacion. Tomada la razon, y puesta la expresada nota, debe devolverse el documento á la parte que lo ha presentado, por si quisiere exhibirlo al escribano ante quien se redactó para que este lo anote en el protocolo, como está obligado á hacerlo.*»

Cuando se llevare á registrar un instrumento de redencion de censo, ó liberacion de la hipoteca ó fianza, si se hallare la obligacion ó imposicion en los registros del oficio de hipotecas, debe el escribano de él buscarla, glosarla y ponerle la nota correspondiente á su margen ó á continuacion, en que conste estar redimida ó extinguida la carga; y sino se halla registrada la obligacion principal, ó aunque se halle, queriendo la parte, debe tomarse razon de la redencion ó liberacion en el libro de registro, en la misma forma que he dicho respecto de la imposicion.

Si se pidiere al escribano de hipotecas alguna apuntes extra-judicial de las cargas que constaren en sus registros, puede darla simplemente ó por certificacion autorizada sin necesidad de que intervenga decreto judicial.

Para facilitar el hallazgo de las cargas ó gravámenes, y tambien de las liberaciones de ellos, debe haber en el oficio de hipotecas un libro de índice ó repertorio jeneral, en que por las letras del abecedario se vayan asentando los nombres de los impondedores de aquellas ó de los pagos, distritos ó parroquias en que estén situados, y á su continuacion el fóllo del registro donde haya algun instrumento respectivo á la hipoteca, persona, parroquia, ó distrito de que se trate; de manera que por tres ó cuatro medios diferentes se pueda encontrar la noticia de la hipoteca que se busque; y para facilitar la formacion de este abecedario jeneral, tomada que sea la razon, debe anotarse en el índice, en la letra á que corresponda, el nombre de la persona, y en la letra inicial correspondiente á la heredad, pago, distrito ó parroquia, debe tambien hacerse igual anotacion (1).

No solamente de los instrumentos públicos expresados arriba, sino aun de todos los demas en que se consigne alguna venta, cambio, donacion ó cualquiera otro contrato, sea de la clase que fuere, que contenga traslacion de dominio directo ó indirecto de bienes inmuebles, debe tomarse tambien razon en el oficio de hipotecas, ya para que conste la circunstancia del contrato que motiva la traslacion de la propiedad, y ya tambien para que se acredite estar satisfecho el medio por ciento impuesto sobre todos los expresados contratos. Así es que á los escribanos de hipotecas está prohibido que tomen razon de instrumento alguno, sujeto á dicha exaccion, sin que el interesado le presente la carta de pago, en que se justifique haber satisfecho el derecho correspondiente. Pero dichos funcionarios no pueden exigir á las partes utilidad alguna por este trabajo, mediante á que se les remunera por otro concepto.

(1) Leyes 2 y 3, tít. 16, lib. 10, N. R.

El término para esta toma de razón es el de diez días, que se cuentan desde la fecha del otorgamiento exclusivo, cuando este se hubiere verificado en el mismo pueblo en que se halle establecido el oficio de hipotecas, y treinta cuando se ha celebrado fuera de él, cuyos plázos no pueden ampliarse por ninguna autoridad ni con motivo alguno (1).

En los pueblos cabezas de partido en que no hay comisionados de amortización, es también obligación del escribano de hipotecas el hacer la recaudación de dicho impuesto, y á este fin los escribanos ante quienes se otorgan los contratos sujetos á su pago, deben pasar al de hipotecas una nota simple, pero firmada, en que expresen sucintamente la clase de contrato ó disposición, las personas ó corporaciones por quienes y á cuyo favor se haya otorgado, la denominación ó calidad de la finca ó derechos cuyo dominio se transfieren, y su valor en el caso en que conste en la escritura. Dicho escribano de hipotecas, cuando no hubiere comisionado de amortización en el pueblo, está obligado asimismo á reclamar la presentación de los instrumentos públicos para el pago del derecho, si por resultado de las notas expresadas advirtiere que no los han presentado en el término competente; cuya reclamación debe hacerla verbalmente ó por medio de un oficio ante el intendente ó subdelegado de rentas, si residiere en el mismo pueblo, y ante el alcalde cuando aquellos tuvieren distinta residencia, hasta conseguir la presentación de los documentos y el correspondiente pago del derecho.

Las personas ó corporaciones obligadas á él deben presentar ante el comisionado de amortización, ó el escribano de hipotecas en su defecto, las escrituras y demas documentos necesarios para la liquidación y abono del adeudo; y en la misma oficina, sin causarse molestia ni dilación á las partes, debe liquidarse y percibirse la cantidad que resulte, dando el mismo escribano de hipotecas un recibo interino, que despues ha de canjearse por la correspondiente carta de pago.

Los mismos escribanos de hipotecas, despues que hayan tomado razón de los documentos, deben dar avisos á los escribanos otorgantes de haberse así ejecutado para que les conste, y hagan las anotaciones correspondientes al márgen ó al final de las matrices ó protocolos; y estos últimos no pueden de modo alguno dar segundas copias ó testimonios de los orijinales, sin que les conste en dicha forma estar tomada razón, previo el pago del derecho.

Cuando en los documentos en que se presenten con este objeto no

(1) Real instruccion de 29 de julio de 1830, y real orden de 26 de junio de 1832.

conste el valor de las fincas, oficio ó derechos perpétuos en que se verifica la traslacion del dominio directo ó indirecto, pero si los réditos ó productos anuales, debe formarse el capital para la exaccion del impuesto, considerando por cada tres reales de renta ciento de capital; y si no constaren tampoco los réditos ó productos de las fincas, las personas ó corporaciones que las adquieran tienen obligacion de acompañar á dichos documentos una nota firmada, en que lo manifiesten con toda exactitud, llevando el visto bueno del juez para acreditar la firma. En este caso, si el comisionado de amortizacion ó escribano de hipotecas dudase con fundamento de la exactitud de la nota ó documento designado para el pago, ó tuviese denuncia formal sobre este punto de persona conocida bajo su verdadera firma, puede nombrar de oficio un perito, que unido á otro elegido por los interesados, y tercero en caso de discordia, hagan la tasacion ó avaluo, pero sin suspender la cobranza de la cantidad que deba abonarse segun la nota presentada; y resultando comprobada la disminucion del valor de la finca, debe cobrarse el exceso del derecho ademas de la multa que corresponda.

Para cumplimiento de cuanto ya expresado, los escribanos de hipotecas tienen obligacion de remitir á las contadorías de rentas de sus respectivos partidos, á los ocho dias de vencido cada mes, una nota ó estado arreglado al modelo colocado en el Apéndice al fin de esta obra en que se expresen con todas sus circunstancias las tomas de razon que hubieren verificado en el mes anterior, y en el caso de no haberse tomado de ningun documento, un testimonio negativo.

Los mismos escribanos, así como los interesados ó personas que contravinieren á las reglas mencionadas, se hacen responsables al pago de las penas pecunarias prescritas en la ley penal de contrabando y defraudacion de 3 de mayo de 1830.

Por todo el trabajo á que sobre este punto están obligados los escribanos de hipotecas, tienen la retribucion de un dos por ciento de cuanto se recaude como impuesto; y si al mismo tiempo ejercen el cargo de la cobranza, por no haber en el pueblo comisionado de amortizacion, pueden percibir hasta un tres por ciento de todo lo que cobraren (1).

(1) Real instruccion citada, y real órden de 21 de diciembre de 1830.

TITULO CUARTO.**DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SUCESIONES POR
TESTAMENTO.****CAPITULO I.***De los testamentos en general, y de los nuncupativos ó escritos.*

Testamento, según la definición de la ley de Partida, es un documento en que el hombre dispone de sus bienes para despues de su muerte (1).

Los testamentos pueden ser *nuncupativos ó abiertos*, y *escritos ó cerrados*.

Los primeros son los que se otorgan en el registro de un escribano público con las solemnidades legales, y los cerrados los que los mismos testadores por sí, ú otro en su nombre, escriben en un pliego cerrado, sin archivar en el registro público hasta su solemne apertura. Siendo abierto y otorgado ante escribano público, deben concurrir á presenciar su otorgamiento tres testigos á lo menos, vecinos del pueblo en que se hiciere. No habiendo en el pueblo escribano público, han de concurrir cinco testigos tambien vecinos del lugar; mas si en este no hubiere ni dicho número de testigos ni escribano, puede otorgarse á presencia de tres vecinos del pueblo. Sin embargo, es lícito tambien formar un testamento sin la concurrencia de escribano, y sin la cualidad de ser vecinos los testigos, con tal que estos lleguen al número de siete, y siempre que contenga los demas requisitos que previenen las leyes. En el testamento del ciego es preciso que concurren cinco testigos á lo menos. Faltando, tanto en los cerrados como en los abiertos, algunas de las solemnidades expresadas, son nulos, y no pueden producir efecto alguno.

(1) Ley 1, tit. 1, P. 6.

Conviene tener aquí presentes las oportunas advertencias de un escritor jurisconsulto: 1.^a que en los testamentos que hacen los padres entre sus hijos ó descendientes legítimos, deben observarse iguales solemnidades que en los que se otorgan entre extraños, y lo mismo ha de guardarse en los que se disponen en tiempo de peste: 2.^a que lo que la ley previene acerca del testamento del ciego, se entiende del abierto, porque este no puede otorgarlo cerrado: 3.^a que es indispensable intervenga escribano en el testamento del ciego, pero no que sean vecinos del lugar los testigos: 4.^a que ni en el testamento abierto ni en el cerrado es necesario que sean rogados aquellos, porque las leyes que expresan las solemnidades que deben observarse en uno y otro, no hacen mencion de esta, que era la mas escrupulosa de todas (1).

Ademas de la division expresada hay testamentos que se llaman *solemnes y privilegiados*: los primeros son los que necesitan todas las solemnidades legales expresadas, y los segundos los que se pueden otorgar sin tantos requisitos, como son los de los militares, á los cuales es lícito testar de cualquier modo en que su voluntad conste (2).

Para que el testamento sea válido, no es preciso que contenga la institucion del heredero, pues es permitido al testador hacer las declaraciones y dejar los legados ó mandas que tenga por conveniente, omitiendo el expresar á quien ha de pasar el residuo de sus bienes, en cuyo caso corresponden estos á los herederos *ab-intestato*, segun el orden que á su tiempo se dirá.

Cuando en el testamento interviene escribano, debe este ser público y del número del pueblo en que se otorgue, bajo pena de nulidad (á excepcion de la corte y de las ciudades de Granada y Valladolid, residencia de las antiguas chancillerías); no siendo permitido autorizar estos documentos á los escribanos reales que no tienen al mismo tiempo registro público propio de su escribanía (3). Sin embargo, hay casos en que por no haber en un pueblo escribano público y numerario, la práctica tiene autorizado que pueden otorgarse los testamentos como cualquier contrato ante un notario real, con tal que lo protocolice en el registro público de la escribanía del mismo pueblo, y si no la hubiere, de la mas inmediata.

No pueden ser testigos de las disposiciones testamentarias los que hayan sido sentenciados por delitos de robo, homicidio, ú otros graves

(1) Sala, Derecho Real, lib. 3, tit. 4, y leyes del tit. 18, lib. 10, N. R.

(2) Ley 8, tit. 18, lib. 10, N. R.

(3) Leyes 3, tit. 13, lib. 7, y 7, tit. 23, lib. 10, N. R.

ó infamatorios; los apóstatas de nuestra religion, las mujeres, los menores de catorce años, los esclavos, los sordo-mudos, los ciegos, los dementes, mientras tuvieren incapacidad mental, y los prodigos, es decir, los que estuvieren declarados tales por sentencia judicial. Todos estos estan inhabilitados para cualquier clase de testamentos; pero hay, ademas prohibicion relativa solo á personas determinadas, como son los hijos respecto de los testamentos de sus ascendientes; y estos en cuanto á los de sus descendientes, á no ser en testamentos militares; y el heredero y todos sus parientes hasta el cuarto grado en el testamento en que fuere instituido (1). Pero los legatarios y fideicomisarios no tienen impedimento para ser testigos en las disposiciones testamentarias en que se les dejen las mandas (2).

Se ha dicho que los testigos han de ser vecinos del pueblo donde el testamento se otorga; y ya en el lugar oportuno se explicó quiénes son reputados por tales vecinos, y por consiguiente quienes pueden ser testigos en todos los instrumentos públicos (3).

Tres circunstancias (dice un autor muy respetable en esta materia) deben concurrir precisa y simultáneamente en el otorgamiento ante escribano, y en la publicacion de un testamento ó última voluntad para que no se invalide. La 1.^a que todos los testigos vean y oigan hablar al testador, por lo cual el ciego y el sordo no pueden serlo, como se ha dicho; sin que les sirva de excusa de este requisito la peste ó epidemia, ni otros riesgos. La 2.^a que entiendan perfectamente todo el contenido de su disposicion, si el testamento es abierto, y la fórmula del otorgamiento, si fuere cerrado. Y la 3.^a que mientras se lee, otorga y publica, esten todos presentes sin faltar uno; no siendo suficiente que algunos oigan parte de lo leído y otros lo restante, ni que el testador manifieste á cada uno de ellos con separación su voluntad, en diferentes dias ú horas. Todos juntos la han de oír íntegramente de su boca: de lo contrario serán testigos singulares y no contestes, por lo cual no harán prueba ni habrá testamento, y esta es la razon por qué el escribano debe cuidar de no omitir la menor formalidad, pues la falta de cualquiera de ellas anularia el acto. Es tambien indispensable, que el testador hasta concluir el otorgamiento no se ocupe en negocio diferente. Tampoco deben separarse los testigos, por ser un acto solo é indivisible, que no admite semejantes intermisiones. Finalmente, tanta importancia tienen las solemnidades del testamento, que bien

(1) Ley 14, tit. 16, P. 3.

(2) Ley 11 del mismo tit. y P.

(3) Véase el cap. 1. tit. 1.

observadas no puede ser rescindido, aunque para ello intervenga disposición real (4).

Para todos los testamentos abiertos ó cerrados de marido y mujer, ó de otras personas que testen junta ó separadamente (ya sean los herederos legítimos ó extraños), deben intervenir en la formación las respectivas solemnidades y número de testigos que corresponde, sin que por ser dos ó mas los otorgantes se necesite mayor número.

El ciego no puede, como ya se ha dicho, hacer testamento cerrado, sino precisamente nuncupativo ó abierto, concurriendo cinco testigos por lo menos, aunque no es preciso que sean vecinos del lugar; si el dicho documento se otorga ante escribano, este es reputado por dos, y por consiguiente resultan siete, cuyo número releva en todo caso de la circunstancia de vecindad. Pero no es válido si, por no haber mas vecinos del pueblo, se otorga en presencia de tres testigos que tuvieren esta calidad, aunque intervenga escribano, y en esto se diferencia dicho testamento del nuncupativo ó escrito. Debe firmarlo en nombre del ciego uno de los testigos; mas no es preciso que lo firmen todos ellos, pues este requisito solo es esencial en el testamento cerrado y no en el abierto. La práctica es, que firme un testigo por el ciego y el escribano por sí, nombrándose los demas al fin, del mismo modo que en el testamento jeneral (2).

Qualquier persona de ambos sexos, que no tenga imposibilidad física ó legal, puede hacer cuantos testamentos quisiere hasta su muerte (3), y dar poder ó comision á otra ú otras personas, á fin de que en su nombre ordenen su testamento ó concluyan el que hubieren empezado á hacer, como tambien revocar los anteriores, y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen sino en día determinado.

Los extranjeros tienen facultad de hacer testamento de todos sus bienes, pues nuestras leyes no les han puesto restriccion alguna; y segun los tratados vijentes, estan los franceses, ingleses, holandeses y turcos en aptitud de disponer de aquellos, ya por contrato, ya por última voluntad. Acerca de este particular expone Gutierrez, el ilustrado reformador de Febrero, algunas observaciones que conviene transcribir á la letra.

«Como el extranjero, dice, permanece ciudadano de su pais, y miembro de su nacion, los bienes que deje por su fallecimiento en pais

(1) Febrero refundido por Tapia.

(2) Ley 2, tit. 18, lib. 10, N. R., y Febrero reformado por Tapia.

(3) Ley 23, tit. 1, P. 6.

extrañero deben naturalmente pasar á quienes sean sus herederos, segun las leyes del estado de que es individuo, sin que impida esta regla general que los bienes inmuebles deban seguir las disposiciones legales del territorio en que están situados. El extranjero, pues, tiene por derecho natural la libertad de hacer su testamento. En cuanto á la forma ó solemnidades prescritas para justificar la verdad del acto, parece debe observar el testador las establecidas en el pais donde testa; á menos que ordene otra cosa la ley de su estado; en cuyo caso tendrá precision de seguir las formalidades que les prescriba, si quiere disponer válidamente de los bienes que posee en su patria. Hablo de un testamento que ha de abrirse en el lugar de la muerte, porque si un viajero lo hace y envia válido á su pais con arreglo á las leyes del mismo, es igual que si lo hubiera otorgado en él. Tocante á sus disposiciones testamentarias debe decirse, que las concernientes á los bienes raices han de adaptarse á la lejislacion del pais en que se hallan, puesto que segun ellas deben poseerse, y lo mismo sucede respecto de los bienes muebles que el testador tiene en su patria. Pero respecto de los bienes muebles que el extranjero tenga consigo, como dinero y otros efectos, ha de distinguirse entre las leyes locales, cuyo efecto no puede estenderse fuera del territorio, y las leyes que afectan propiamente la cualidad de ciudadano. Permaneciendo el extranjero ciudadano de su patria, siempre está ligado con estas últimas leyes en cualquier lugar en que se halle, y debe conformarse con ellas en la disposicion de sus bienes libres y de cualesquiera de sus bienes muebles; pero no le obligan las mismas leyes del pais en que reside, y de que no es ciudadano. Por lo tanto, un hombre que teste y muera en pais extranjero, no podrá privar á su viuda de la parte de sus bienes muebles que le señalen las leyes de su nacion. Todo lo contrario sucede en las leyes locales: estas prescriben lo que puede hacerse en el territorio, y no se estienden á mas, por lo que el testador, estando fuera de este, no está sometido á ellas, ni los bienes que están igualmente fuera de tal territorio. Asi el extranjero solo tiene obligacion de observar las leyes del pais donde testa, respecto de los bienes que en él posee.»

Ya se ha dicho que el menor de 14 años y la hembra menor de 12 tienen prohibicion de otorgar testamento; pero uno y otra pueden testar cuando lleguen á la pubertad, con arreglo á la ley 6.^a de Toro, de la tercera parte de los bienes que posean como suyos, en perjuicio de sus ascendientes, aunque existan en poder de sus padres.

Los testigos no firman el testamento, como ya se ha indicado, sino solo alguno de ellos en nombre del testador, cuando este no sabe ó no puede hacerlo, en cuyo caso pone antes de la firma *testigo á ruego del*

testador. Ni deben estar presentes mientras el testador va manifestando al escribano su voluntad, á no ser en un caso muy preciso. Basta, y esta es la práctica mas comun, que el escribano tome una razon ó minuta de todo lo que el testador quiere disponer, estando los dos solos para evitar sujestiones y compromisos, y que despues estienda el testamento en la forma solemne y en el registro, y lo lea al testador delante de los testigos en voz clara é intelijible, para que aquel se entere de su contenido, y estos se certifiquen de que está bien expresada su voluntad. Pero aconseja un autor práctico, y con razon muy fundada, que es mas seguro que el escribano antes de leer las cláusulas mas importantes, como la de herederos, legados ú otras semejantes, se pare y haga que el testador diga sustancialmente su contenido, y leyendo luego la redaccion del documento, manifiesto si está hecha con exactitud, ó que á lo menos en cada cláusula antes de leer el nombre del heredero, la cosa legada, etc., pregunte el escribano: «¿á quién lega V. tal cosa; ó qué es lo que me dijo V. legaba á F. 2» y que oigan todos su respuesta. Aconseja tambien que en cuanto á los herederos jamás pregunte el escribano: «¿me dijo V. que instituía por heredero á F. ?» para que por su boca diga su nombre y las condiciones ó cargos que quiere imponerle. Estas precauciones son muy prudentes y oportunas para que siempre quede á cubierto la honradez y exactitud del escribano, y para que se cercioren los testigos de que lo expresado por este en el instrumento es exactamente lo mismo que el otorgante ha querido al instruir de su voluntad al escribano.

Conviene tambien saber el dictámen de los autores prácticos de esta materia, acerca de lo que deberá hacer dicho funcionario, si cuando va á tomar la minuta ó razon del testador, se halla este tan gravemente enfermo, que hay peligro de que fallezca antes de estenderse con toda formalidad el testamento. Opinan aquellos en este caso, que se tome la minuta á presencia de los mismos testigos que asistirían si ya el instrumento estuviese extendido, y que la firmen con el testador todos ó los que sepan: que inmediatamente se proceda á la redaccion en forma, y si aun vive y está capaz el otorgante, se pase al solemne otorgamiento con los mismos ú otros testigos, y verificado se rompa la minuta por ser ya inútil; pero que si no diere lugar á ello, se proceda á la estension del testamento, leyéndolo despues el escribano á los testigos que presenciaron la toma de razon en la nota, á fin de que se cercioren de la exactitud de su contenido, y hallándolo conforme, firme el instrumento uno de aquellos, por no haberlo podido hacer el testador. Ultimamente, conviene que todo esto se haga con la posible premura, y que despues el escribano guarde la mi-

nada, como perpétuo comprobante de la exacta conformidad entre ella y el testamento redactado.

Si el testador, por padecer algun ataque apoplético, ó por la gravedad de su enfermedad, tuviere tal imposibilidad de hablar, que no pueda hacerse entender bien del escribano ni de los testigos, es dudoso para algunos si bastará que el escribano le vaya preguntando acerca de todos los particulares de la disposicion testamentaria, y que el otorgante conteste por señas ó demostraciones á presencia de los testigos; pero el medio mas seguro en este caso, y lo mas arreglado á derecho, para evitar cuestiones y litijios es, dejar que el enfermo muera *ab intestato*; pues segun lo prevenido por la ley, solo es válido el testamento manifestando el testador su voluntad á viva voz, ó escribiéndolo de su letra. De lo contrario, habria razon muy fundada contra la validez del instrumento otorgado con un defecto tan notable.

Si el testador es extranjero, y no sabe hablar el idioma castellano, segun la práctica comun y razonable, se buscan una ó mas personas fidedignas que entiendan bien la lengua de aquel, y recibiendoles juramento, se le vá preguntando por medio de estas, y á presencia de los testigos, acerca de cada uno de los pormenores de la disposicion testamentaria; y su contestacion en los términos manifestados por los intérpretes se extiende á presencia de los testigos. Si estos supieren el idioma del testador, entonces no debe quedar el menor escrúpulo sobre la validez del testamento. En Madrid puede asistir con el escribano y los testigos el secretario de la interpretacion de lenguas, y en este caso no es preciso juramento, porque su dicho es fidedigno en el órden legal.

El testamento es uno de los actos en que ejerce mas influencia el escribano, en que es necesario se conduzca con una acedrada honradez, con suma prudencia é imparcialidad, con exacto cumplimiento de las disposiciones de derecho relativas á la testamentifaccion, y con la ilustracion necesaria para evitar todo motivo de nulidades. Comun es rodear al funcionario público, que á veces es árbitro en estos actos solemnes de las fortunas de las familias, diversas personas animadas de encontrados afectos. La ambición y la codicia que aspiran á adquirir por todos títulos; la amistad, que se cree con derecho á exigir recompensas; el parentesco y en algunas ocasiones las sugestiones encubiertas con el velo de la caridad, de la beneficencia, de las obras de piedad, cercan al moribundo testador ó al escribano para comprometerles á que la disposicion testamentaria satisfaga el deseo que cada qual cree fundado en alguna razon ó motivo. El escribano público en este caso, exento de afectos, imparcial á la vista de tan opuestas

pretensiones, y reducido á mero depositario de la confianza del testador, debe enmudecer, y reducir su ministerio á consignar en sus notas la verdadera voluntad del otorgante, no osando penetrar en ella mas que para advertir á este los escollos en que puede caer si va descaminado en sus disposiciones por no subordinarse á las leyes. El escribano debe explicarle hasta dónde alcanzan las facultades del testador, y desde qué punto el derecho le veda usar libremente de su voluntad sobre donaciones, mejoras, legados, etc.; dejándole después que delibere con absoluta libertad, y haga, segun su conciencia, la distribucion de todos sus bienes y las advertencias y declaraciones que interesen á su tranquilidad y al bienestar de su familia. Por último, debe ser cuidadosísimo en prevenir al testador la prohibicion que tiene de instituir por heredero, y de dejar ninguna manda al confesor que le haya asistido en su última enfermedad, ni á los parientes de este, ni á su iglesia. La infraccion de esta justa prohibicion legal produciria, ademas de la nulidad del testamento, la privacion de oficio al escribano (1).

CAPITULO II.

De los testamentos cerrados y su apertura.

Ya se indicó que hay tambien testamentos cerrados; y estos merecen asimismo una especial mencion. Otórgase esta clase de documentos por el mismo testador, escribiéndolo por sí ó por medio de otra persona de su confianza, sin intervencion de escribano. Mas para que tenga fé pública, sin la cual no podria considerarse como una disposicion testamentaria, se ha de cerrar, observándose en la cubierta (que ha de ser de papel del sello cuarto) las solemnidades que le imprimen toda la autenticidad y fuerza. Estas consisten en asistir al acto un escribano público y siete testigos, extendiéndose una inscripcion en que se manifieste que dentro se contiene el testamento, firmándola el otorgante, los testigos y el escribano, el cual ademas ha de signarla. Si el testador no supiere escribir, debe hacerlo por él uno de los testigos, y por el que de estos no sepa hacerlo, cualquiera de los otros: de modo que siempre haya en la cubierta ocho firmas y la del escribano (2). Si ni el otorgante ni los testigos saben firmar, no basta que aquel lo haga por sí solo, y es mas conveniente que se

(1) Ley 13, tít. 20, lib. 10, N. R., y real cédula de 30 de mayo de 1830.

(2) Título 1, P. 6.

otorgue otro nuncupativo ó escrito para evitar motivos de nulidad. En cuanto á las cualidades de estos testigos, deben ser las mismas que ya se explicaron respecto de los otros testamentos, menos la circunstancia de que sean vecinos del mismo pueblo, la cual no es precisa en esta clase de instrumentos (1); pero es muy conveniente que tambien reúnan esta cualidad, para que fácilmente puedan ser encontrados, y concurren á su apertura despues de la muerte del testador.

Los testigos no presencian la extension del testamento, ni por consiguiente saben su contenido; pero han de cerciorarse de que el papel que está dentro de la cubierta es la última voluntad del testador, manifestándolo este al escribano á presencia de aquellos, en cuyo acto se extiende y firma en la cubierta el otorgamiento. Ni los herederos, ni las otras personas agraciadas en el testamento deben ser testigos; pero como al escribano no le consta quiénes son aquellos, no puede estorbar que asista alguno, aunque tenga dicha incompatibilidad; y por esta razon es muy oportuno, que privadamente advierta al testador busque en calidad de testigos personas que no tengan prohibicion de ser legatarios ó herederos.

Otorgado el testamento en la forma dicha, puede el testador conservarlo en su poder, ó entregarlo á persona de su confianza, ó al mismo escribano público para que le custodie en su archivo, hasta que llegue el caso de su apertura, que es, como ya se ha dicho, despues del fallecimiento del otorgante.

Entonces el que conserve en su poder el testamento, debe presentarlo á la autoridad judicial: asimismo los parientes ó personas que se crean agraciados por el testador, ó los que se presuman interesados en el documento, pueden solicitar que se abra en la forma legal y autorizada por la práctica. Si el que lo tuviere en su poder no lo presentare dentro de un mes, pierde el derecho á la manda ó legado que en él se contenga á su favor, aplicándose por el alma del difunto, de cuya obligacion no se exime aunque fuere clérigo, pues para este caso, asi como para todos los de testamentaria, los eclesiásticos están sujetos á la jurisdiccion ordinaria (2).

Las diligencias que han de practicarse para la apertura de esta clase de testamentos, están referidas por varios autores con exacta sujecion á la práctica que hoy se observa en todos los juzgados, y son las siguientes. Manda el juez comparecer al escribano que lo autorizó y á los siete testigos de su otorgamiento, ó á lo menos á cuatro de ellos

(1) Ley 2, tit. 18, lib. 10, N. R.

(2) Leyes 1 y 2, tit. 2, P. 6, y 5 y 6, tit. 18, lib. 10, N. R.

que pudieren ser encontrados, y por sí mismo, ante escribano número del juzgado, bajo juramento, recibe á cada uno separadamente su declaracion, en que exprese si reconoce por suya (ó por de la persona que la hizo á su nombre) la firma puesta en la cubierta; si le parece legítima la que aparece del testador y la misma que le vió echar; si se halló presente con los demas testigos, y el escribano público al otorgamiento; y si la cubierta está cerrada segun entonces quedó, ó si se halla en ella indicio de haberse ya abierto, ó introduciéndose en la misma alguna cosa que no estuviera al otorgarse. Evacuada esta justificacion y la dé haber fallecido el testador, sobre lo cual pueden declarar los mismos testigos, ó hacerse indagacion de cualquiera otro modo conducente; si el juez viere que en nada está sospechoso el testamento, lo abre á presencia de los testigos y del escribano del número, y leyéndolo antes reservadamente (1), lo entrega á este para que en el mismo acto lo lea á todos los circunstantes. Verificado así, provee auto mandando se tenga por testamento y última voluntad del difunto; que si no está escrito en papel del sello cuarto, se copie en él, se den á los interesados los testimonios y traslados que pidieren, y se protocolice en el registro del escribano público que autorizó el otorgamiento, interponiendo para todo la autoridad judicial. Dicho traslado ó testimonio debe darse íntegro de todo el testamento á los herederos; y á los demas interesados solo de la cláusula ó cláusulas que con ellos tengan relacion, y de la cabeza y pie del testamento, puestos en la cubierta. Tambien es oportuno incluir en las copias ó traslados las diligencias de apertura, las cuales orijinales con el testamento se protocolizan en el registro público.

Si no se encontraren en el mismo pueblo ni aun cuatro de los testigos del otorgamiento, opinan algunos autores, que debe librarse exhorto acompañado del pliego cerrado para que aquellos reconozcan sus firmas, y evacuen sus declaraciones en el punto donde se hallen; pero en mi concepto es muy peligrosa esta diligencia por la posibilidad de que se estravie el pliego, y por consiguiente el testamento; pareciéndome lo mas prudente y aun autorizado por la ley (2), y por la práctica, que el juez mande comparecer testigos de su confianza que pre-

(1) Aconsejan los autores, y tiene autorizado la práctica, que el juez lea privadamente el testamento, aunque á presencia del escribano y los testigos, por si en él se contiene alguna advertencia del testador, de que no se publique una parte de su disposicion hasta cierto tiempo, ó por si el juez notare que puede haber perjuicio en que se publique alguna de sus cláusulas, en cuyo caso ha de quedar reservada hasta la sazon oportuna.

(2) Ley 3, lib. 2, P. 6.

sencien la apertura, leyéndolo y haciéndolo copiar, y que luego vuelva á cerrarlo, y sellarlo, hasta que sean habidos los testigos y reconozcan sus firmas, en cuyo caso, asegurando ser suyas y la certeza de todo, se unan las actuaciones y se declare por instrumento público.

Si la mayor parte ó todos los testigos hubieren fallecido antes que el testador, ó no fueren encontrados ni en el mismo ni en otro pueblo, debe el juez recibir informacion acerca de la legalidad del escribano público por quien estuviere signada y firmada la cubierta, de que al tiempo del otorgamiento vivian aquellos y residian en el pueblo, y de que eran personas aptas para testificar; haciendo al mismo tiempo que reconozcan las firmas del testador y de los testigos por si las conocen, ó que no conociéndolas, se colean con otras indubitadas. Ejecutado todo esto, se procede á la apertura de la manera ya expuesta.

Estas diligencias de apertura conviene que se practiquen en el mismo pueblo en que aparezca otorgado el testamento, aunque no sea cabeza de partido ni haya juez de primera instancia, para que mas fácilmente concurren y hagan el reconocimiento los testigos. Este es uno de los casos urgentes para los cuales los alcaldes tienen jurisdiccion preventiva, segun el espíritu del reglamento provisional (1); pero ejecutada la apertura, y sin hacerse la declaracion de testamento, ni mandarse protocolizar, debe pasarse lo actuado al juez del partido, para que en vista de las diligencias las amplie, si no estuvieren completas, rectifique las que no se hubieren hecho con exactitud, y dicte despues la providencia que corresponda.

Si el juez fuere lego, y por inadvertencia, y á pesar de lo que el escribano debe advertirle, cometiere el defecto de abrir el testamento sin preceder todas las solemnidades expresadas, es obligacion de aquel poner testimonio de lo ocurrido para no incurrir en responsabilidad, y para que siempre conste lo ejecutado por el alcalde.

No solamente los testamentos, sino los codicilos, pueden hacerse por medio de pliego cerrado; pero observándose iguales formalidades. Estos codicilos cerrados pueden contener las mismas disposiciones que los nuncupativos, es decir, todo cuanto tuviese á bien establecer el testador, menos la institucion del heredero.

Al ciego no es lícito otorgar testamento cerrado (2), sino nuncupativo ó escrito, como ya se dijo, ante cinco testigos y el escribano público (3).

(1) Artículo 32 del reglamento.

(2) Ley 14, tit. 1, P. 6.

(3) Ley 1, tit. 18, lib. 10, N. R., que altera lo dispuesto por la de Partida acerca del número de testigos.

CAPITULO III.

Del testamento por cédula.

Cualquier persona autorizada por ley para testar puede disponer su testamento por medio de una cédula sin intervencion de escribano, y sin otro requisito que redactar el documento por sí ó por otro en papel comun, ó mas bien en el del sello cuarto, á presencia de cinco testigos vecinos del mismo pueblo, ó de siete si no tienen esta cualidad (1), que puedan asegurar con veracidad ser aquella la disposicion testamentaria del otorgante.

Muerto este, el heredero ó cualquiera otro interesado presenta la cédula al juez, dando cuenta del fallecimiento del testador, y de ser aquella la manifestacion de su última voluntad. En su vista el juez convoca á los testigos á su presencia y la de un escribano numerario, y bajo de juramento les recibe declaracion sobre el reconocimiento de sus firmas y de la letra en que esté extendida la cédula, y sobre la certeza de los hechos; en cuyo caso decreta que se tenga el documento por testamento nuncupativo, y se protocolice con el espediente instruido, en el registro de un escribano público, dándose copias autorizadas á los interesados.

CAPITULO IV.

Del testamento de palabra.

Otórgase este testamento manifestando el testador su voluntad á presencia de siete testigos, ó de cinco solamente si son vecinos del pueblo (2). Muerto el otorgante, cualquiera de los interesados puede ocurrir al juez del mismo modo que ya se ha dicho respecto del testamento por cédula, y comparecidos los testigos á su presencia y del escribano numerario, los examina separadamente el juez acerca de todos los particulares que haya dispuesto el testador como su última voluntad; y si en vista de la declaracion observare que están conformes todos los testigos en cada una de las cláusulas y disposiciones del testador, decreta que se tengan por testamento, y que con las diligencias ejecutadas se protocolicen en la escribanía pública, dándose á los interesados copias de todo para el uso de su derecho.

(1) Ley 1, tít. 18, lib. 10, N. R.

(2) Ley 1, tít. 18, lib. 10, N. R.

CAPITULO V.

Del testamento privilegiado.

Se indica en el capítulo primero de este título que los testamentos pueden ser *solemnes* y *privilegiados*: los primeros son los que se otorgan con todas las solemnidades prevenidas por la ley, y á cuya clase corresponden los explicados hasta ahora, y privilegiados los que no pueden hacer sino la formalidad que la absolutamente necesaria para que conste de una manera cierta la voluntad del testador. Los que gozan del privilegio de otorgar esta especie de testamentos *metos* *solemnes* son todos los individuos del fuero de guerra, los cuales pueden otorgarlos por sí mismos, sin concurrencia de escribano, y *de cualquier modo en que conste su voluntad* (1). Esto no impide que puedan tambien hacerlo ante escribano público; pero entonces deben sujetarse á los demas requisitos indispensables para los testamentos *solemnes*.

No porque la ley permita que los aforados de guerra puedan otorgarlos de la manera sencilla que ya se ha dicho, se entiende que les es lícito prescindir absolutamente de todo medio de justificación necesario para acreditar la verdad. La ley autoriza como válido el testamento que se haga *de cualquier manera que la voluntad conste*; y siendo indispensable, segun las reglas de derecho, que á lo menos concurren dos testigos para la justificación de un hecho, parece preciso este requisito, y que no puede bastar el dicho de uno solo de aquellos. No obstante, si el testador escribiese por sí el testamento, y ya por reconocimiento de letras, ó por cualquiera otro medio, el juez se convence con evidencia de que aquella es la verdadera voluntad del otorgante, bastará el simple papel en que se haya consignado esta con las actuaciones judiciales de su reconocimiento, para que se eleve á la clase de *instrumento público*, y se declare como testamento nuncupativo.

CAPITULO VI.

De las memorias reservadas.

Por costumbre muy antigua, que la práctica tiene autorizada, suelen hacerse en los testamentos algunas disposiciones especiales, en

una nota ó cédula que queda reservada en poder del testador , ó de otra persona , hasta despues de su muerte : á este papel se llama *memoria*. Muy oportuno es que se extienda de letra del testador para evitar suplantaciones ; pero es tambien permitido que se escriba por cualquiera otra persona de su confianza. De todos modos es siempre indispensable que se haga expresa mencion de ella en el testamento , pues faltando esta circunstancia seria nula la memoria que se encontrase , por más que en ella manifestára el otorgante ser su voluntad que se llevára á efecto. En estas memorias puede el testador hacer declaraciones , dejar legados , y todo cuanto haria en el testamento. Lo único que seria ilegal en la institucion de heredero , pues no pudiendo hacerse esta , ni aun por codicilos , á pesar de estar otorgados con mas solemnidades que las memorias reservadas , seria dar demasiada latitud á un jénero de disposicion testamentaria , muy expuesta á fraudes y falsedades.

Sin embargo , sostienen algunos autores que se puede designar heredero de una manera directa en dichas memorias reservadas , diciendo por ejemplo : «Instituyo por mi heredero á la persona cuyo nombre tengo escrito de mi puño en un papel ó memoria que está guardada en tal parte , ó en poder de F.» ; porque en este caso la verdadera institucion se hace en el testamento , y no en la memoria. Esta manera de instituir tiene sola una ventaja , y es la del sijilo , que muchas veces interesa á los testadores ; y que no es muy fácil de guardar , respecto de un documento en que tantas personas intervienen ; pero siempre conviene escasear su práctica por los inconvenientes y litijios que puede ocasionar.

El principal requisito de esta clase de memorias es , como ya se ha indicado , que el testador haga especial mencion de ellas en su testamento , advirtiéndole todas las señales ó circunstancias por las cuales se pueda acreditar su identidad , y previniendo que se tengan por parte integrante del testamento , y que se protocolicen con él , despues que por muerte del testador se dé á aquel publicidad. En estos casos , prevenida la testamentaria , presentada judicialmente la memoria , y hallándose ser la misma dejada por el testador , se protocoliza , anotándose en el testamento el registro y folio donde se coloca , para que fácilmente pueda ser encontrada , y para que se inserte en todas las copias que se dieren de aquel documento.

CAPITULO VII.

De los codicilos.

Codicilo es una breve disposicion testamentaria otorgada por lo comun despues del testamento (1). Menos la institucion de heredero, todo puede hacerse en el codicilo, y por consiguiente dejar mandas ó legados, declaraciones de créditos ó de deudas, mejoras á alguno de los herederos legítimos; y por último, se puede alterar un testamento otorgado, con tal que no se revoque la parte relativa al heredero instituido, ni se exherede á alguno, ni se le nombre sustituto, ni se haga instincion directa. Sin embargo, puede en el codicilo establecerse una especie de fideicomiso, como si alguno mandase ó rogase, sin haber hecho testamento, que su heredero abintestato entregase los bienes hereditarios á otro; y lo mismo si habiendo instituido heredero, le mandase ó rogase que entregára á otro la herencia (2).

Todo el que puede otorgar testamento está facultado para hacer codicilo de cualquiera de las dos especies, escrito ó nuncupativo, guardando las mismas solemnidades necesarias para la celebracion de aquel documento (3).

El codicilo no se invalida por otro posterior, como no aparezca que el otorgante ha querido revocarle, ó por nacer á este un hijo despues del otorgamiento, á no ser que en el segundo codicilo se dispongan cosas contrarias al primero, en cuyo caso quedará éste insubsistente en la parte que hubiere sido alterada ó revocada.

CAPITULO VIII.

De los fideicomisos.

Llábase *fideicomiso* el testamento en que el otorgante dispone indirectamente de sus bienes, encargando al heredero que los distribuya en todo ó en parte de la manera que previene. Divídese en *universal* y *singular*: universal es aquel en que el testador manda ó ruega al que instituye por heredero que entregue toda la herencia á otro: y

(1) Ley 1, tít. 12, P. 6.

(2) Ley 2, tít. 12, y ley última, tít. 11, P. 6.

(3) Ley 2, tít. 18, lib. 10, N. R. Esta ley deroga en cierto modo la 3, tít. 12, P. 6, que previene, que en los codicilos cerrados intervengan cinco testigos, pues segun aquella deberán ser siete como en los abiertos.

singular ó particular cuando aquel previene ó encarga al heredero, ó á algun legatario, que dé á otro alguna cosa determinada de entre los bienes hereditarios. Una y otra clase de fideicomisos pueden establecerse por testamento y por codicilo; y tanto siendo los herederos abintestato, como testamentarios (1). Pero uno y otro fideicomiso, cuando el heredero es ascendiente ó descendiente, deben entenderse sin perjuicio de la respectiva legítima, la cual nunca puede ser gravada por el testador.

La única diferencia que hay entre el fideicomiso universal y el singular, consiste en que del primero debe el heredero fideicomisario deducir la *cuarta trebeliánica*, de la cual se tratará despues.

Esta clase de institucion de herencia, que tambien se suele llamar *comunicato*, tiene comunmente por objeto el encargar el testador á una persona de toda su confianza que distribuya sus bienes de la manera que él mismo le deja determinado, advirtiendole que sobre ello no se exijan cuentas ni esplicaciones al fideicomisario, y que en el caso de reclamarse por alguno que las dé, se entienda que deja á aquel instituido por su universal heredero.

Esta manera reservada de disponer de los bienes proporciona la ventaja de distribuirlos reservadamente el testador, haciendo restituciones, pagando deudas, remunerando beneficios, ó dando á aquellos un destino benéfico ó piadoso; y en una palabra, aplicándolos al descargo de su conciencia. Pero fácilmente puede abusarse de esta ilimitada confianza de los testadores, ó cuando menos ella ofrece un poderoso aliciente á la codicia, y expone á la probidad á que se abuse de un cargo dispensado sin la menor restriccion á la conciencia. Por esta razon deben escasearse lo posible estos comunicatos, y otorgarse sólo cuando el testador los creyere absolutamente necesarios.

CAPITULO IX.

Del poder para testar.

La facultad de testar puede cometerse á otro por medio de un poder otorgado al efecto. La persona que obtiene esta autorizacion se llama *comisario*, el cual puede desempeñar al mismo tiempo el cargo de ejecutor del testamento.

Todo el que tiene aptitud para testar, la tiene asimismo para conferir esta clase de poderes; y pueden obtenerlo en su favor los que no

(1) Ley 3, tit. 9, P. 6.

se hallen imposibilitados de ser apoderados de otro. Pero la autorizacion del poder para testar no es tan amplia que se crea el comisario facultado para instituir heredero, ni para mejorar en el tercio ni en el quinto, ni para desheredar á alguno de los hijos ó descendientes del testador, ni para establecer alguna sustitucion vulgar, pupilar ó ejemplar, ni finalmente para dar tutor á ninguno de los hijos ó descendientes del testador. Sin embargo, si el otorgante del poder lo confiere especialmente para alguna de las cosas expresadas, se halla autorizado el comisario para ejecutar lo que le hubiere prevenido.

Tampoco puede el apoderado delegar su comision en otro, si el testador no lo ha expresado en el poder, señalando personas determinadas, entre las cuales haya aquel de elejir: ni revocar el testamento hecho por el otorgante del poder, ni el que en su nombre haya otorgado el mismo comisario, aunque se reservase expresamente en él la facultad de revocarlo, ni hacer despues ningun codicilo, ni declaraciones, ni adiciones ó enmiendas al testamento otorgado.

Cuando habiendo instituido heredero el testador en su testamento, da poder á otro para que concluya esta disposicion, no puede el comisario distribuir á su voluntad mas que el quinto de los bienes, despues de satisfechas las cargas, á no ser que en el poder conste mas amplia licencia.

Si el testador no instituyó heredero, ni en el poder otorgado se contiene cláusula de que el comisario le instituya, sino solamente para que haga el testamento, cumple el apoderado con pagar las deudas, mandar distribuir por el alma del testador la quinta parte del líquido que resulte, y repartir el remanente entre los parientes á quienes torase la herencia *ab-intestato*; y si no hubiere ninguno de estos, debe dejar á la mujer del testador todo lo que le corresponde por derecho, y disponer despues de todos los bienes en favor de causas pias, á beneficio del alma del mismo testador.

El comisario tiene un plazo determinado por la ley para otorgar el testamento, á saber: el de cuatro meses, si estuviere en el pueblo en que se le dió el poder, á la sazón del otorgamiento; el de seis meses, hallándose en otro pueblo, pero dentro de España; y el de un año, si residiere en pais extranjero. Transcurridos dichos términos, que corren igualmente contra el comisario que ignore la autorizacion dada por el otorgante, pasan los bienes de este á sus herederos *ab-intestato*, á menos que hubiese señalado expresamente la persona á quien queria dejar por heredero, ó las cosas que hubieran de ejecutarse, en cuyo caso, pasado el término sin que el comisario hubiese hecho uso de su cometido, debe tenerse todo como ejecutado, por estar bien manifiesta la voluntad del testador.

No es, sin embargo, tan improrogable dicho plazo, que no pueda extenderse á mas por alguna circunstancia, pues la ley no prohíbe la prorogacion, y por consiguiente puede el testador hacerla en el poder, advirtiendo que el comisario ejecute sus disposiciones dentro del plazo legal, ó despues, si no pudiese realizarlo antes. De este modo (dice un autor) podrá evitar los perjuicios que la negligencia, ocupaciones ó enfermedades del comisario irrogarian al heredero y demas interesados, si dejase pasar el término establecido. Asi no deberá detenerse el escribano en ordenar el testamento, siempre que contenga el poder cláusula prorogatoria del plazo legal, aunque esté pasado; pero si carece de ella, no debe autorizarlo, sino para lo que ya se ha expuesto, esto es, para que se distribuyan los bienes entre los acreedores, herederos *ab-intestato*, y obras de beneficencia.

Cuando estos entran á heredar por no haber el comisario hecho el testamento, estan obligados, no siendo descendientes ó ascendientes lejítimos del testador, á disponer de la quinta parte de los bienes por el alma del mismo, y si no lo cumplieren asi dentro de un año puede compelérseles á ello judicialmente (1).

Si fueren muchos los comisarios y muriese alguno de ellos, se re-funde la autorizacion en los sobrevivientes, debiéndose estar á lo que determine la mayoría, y no habiéndola, á lo que resuelva la auto-ridad.

En el otorgamiento del poder para testar han de concurrir las mismas solemnidades que se requieren para los testamentos; debiendo ademas insertarse á la letra dicho poder, y declararse por el comisario no estarle revocado ni limitado, y que el testador falleció sin haber hecho ninguna disposicion testamentaria posterior al otorgamiento del poder (2).

CAPITULO X.

De los que pueden testar, y de los que tienen prohibicion de hacerlo.

Cualquier persona de ambos sexos, dicen los autores prácticos que tratan de esta materia, que no esté comprendida en las excepciones de la ley positiva, ni imposibilitada por la naturaleza, puede hacer cuantos testamentos quisiere hasta su muerte (3), y asimismo dar

(1) Ley 13, tít. 20, lib. 10, N. R.

(2) Véase el tít. 19, lib. 10, N. R.

(3) Ley 23, tít. 1, P. 6.

poder y comision á otra ú otras personas, para que en su nombre ordenen su testamento ó concluyan el que hubieren empezado á hacer, como tambien revocar los anteriores, y mandar que algunas cláusulas de él no se publiquen sino en dia determinado.

Preciso es, pues, saber quiénes tienen prohibicion de testar; y son: 1.º los varones menores de 14 años y las hembras menores de 12: 2.º los dementes mientras lo fueren: 3.º los pródigos, asi declarados judicialmente: 4.º los sordo-mudos, cuya prohibicion debe entenderse en el caso de no saber escribir, pues sabiendo pueden otorgar testamento cerrado (1): 5.º los ermitaños que viven bajo regla aprobada: 6.º y por último los religiosos, bailios, comendadores y capellanes de encomiendas de la órden de San Juan de Jerusalem, ó sean caballeros de Malta, á menos que obtengan real permiso. A estas solas clases está reducida la prohibicion de otorgar testamento.

Por consiguiente están facultados para ello los sentenciados á muerte civil ó natural (2), con mucha mas razon en el dia que abolida la pena de confiscacion, ejercen aquellos el dominio de sus bienes hasta el momento de su muerte: los clérigos seculares tambien pueden testar de sus bienes patrimoniales, cuasi patrimoniales é industriales; y aun en los reinos de Castilla testan, segun la costumbre autorizada, de lo que ganan por razon de la iglesia (3): los que habiendo sido religiosos profesos, han obtenido su competente secularizacion (4): los arzobispos y obispos respecto á sus bienes patrimoniales y adventicios, aunque no de los adquiridos por rentas ó emolumentos de los obispados, los cuales solo pueden donarlos en vida á sus parientes y familiares: los peregrinos y romeros (5); y asimismo los extranjeros de cualquier nacion que sean.

Tambien los religiosos secularizados y los exclaustros gozan de la testamentifaccion, de la capacidad para adquirir entre vivos ó *ex-testamento* ó *ab-intestato*, y de los demas derechos civiles que corresponden á los eclesiásticos seculares; pero solo desde que salieron de sus conventos, y las monjas que continúan en los que aun subsisten, desde el 8 de marzo de 1836 (6).

La misma aptitud tienen las dignidades de la iglesia catedral de Jaen, los de las colejiatas y los párrocos de aquellas diócesis, los cua-

(1) Ley 13, id., id.

(2) Ley 3, tít. 18, lib. 10, N. R.

(3) Ley 12, tít. 20, lib. 10, N. R.

(4) Declaracion del Consejo de 19 de mayo de 1786.

(5) Leyes 30, tít. 1, P. 6, y 2, tít 30, lib. 1, N. R.

(6) Artículo 38 de la ley de 29 de junio de 1837.

les pueden hacerlo aun sin licencia del diócesano; y en caso de morir *ab-intestato*; los heredan sus parientes con arreglo á las leyes de sucesion (1).

Los hijos de familia, siendo púberos, pueden otorgar testamento para disponer solo de la parte de bienes que las leyes les permiten, es decir, del tercio de los adventicios, castrenses y cuasi castrenses, pues para disponer de mayor cantidad necesitan la licencia del respectivo ascendiente como heredero forzoso (2).

Pero si alguno obtuviere real dispensa para testar, es válido el testamento otorgado con anterioridad á la expedicion de la real gracia, siempre que reuna todos los requisitos legales.

CAPITULO XI.

De la institucion de heredero.

Por el derecho vijente en España no es esencial la institucion de heredero para que sea válido un testamento ó codicilo (3). Pueden ser instituidos todos aquellos á quienes no les está prohibido por las leyes (4); y tienen prohibicion de serlo los deportados, los herejes y los apóstatas, y las corporaciones inhabilitadas para adquirir bienes (5). Los hijos naturales del testador, aunque estén legitimados por rescrito real, no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si estos tuviesen hijos ó descendientes legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio; pero están facultados para obtener de aquellos la quinta parte de sus bienes (6). Si el padre no tuviere hijos legítimos ó legitimados por casamiento, puede instituir á sus hijos naturales, aunque sobrevivan á aquel sus ascendientes legítimos (7). En iguales circunstancias la madre tiene precision de instituir á sus hijos natu-

(1) Ley de 9 de noviembre de 1839, por la cual se previno ademas, que cesáran los diocesanos en el derecho de percibir de las testamentarias de los mismos eclesiásticos las alhajas ó luctuosa que hasta entonces habian percibido.

(2) Ley 1, tít. 20, lib. 10, N. R.

(3) Ley 1, tít. 18, lib. 10, N. R.

(4) Ley 2, tít. 3, P. 6.

(5) Ley 4, tít. 3, P. 6.

(6) Leyes 5 y 7, tít. 20, lib. 10, N. R.; y Sala, tom. 1, lib. 2, tít. 8, párrafo 4.

(7) Ley 8, tít. 20, lib. 10, N. R.

rales (4). Los hijos espúreos tambien tienen opcion á la herencia de su madre, á menos que provengan de union ilícita, en cuyo caso solo puede aquella dejarles la quinta parte de sus bienes. Mas en cuanto á la sucesion del padre están excluidos los hijos espúreos, y segun la opinion de los autores, solo pueden obtener el quinto si se hallaren en necesidad (2).

Los hijos sacrílegos no pueden en ningun caso ser instituidos herederos, ni obtener legados, donaciones ó mandas de sus padres, ni de sus parientes paternos (3).

Por último, nada pueden gozar por disposicion del testador el eclesiástico que le hubiese confesado en su última enfermedad ni los parientes del confesor, ni su iglesia; incurriendo el escribano que autorice cualquier documento que en contrario se otorgue en la pena de privacion de oficio, y siendo nula la institucion (4): aunque segun la comun intelijencia, esta nulidad no alcanza á todo el instrumento, sino solo á la parte que contiene la designacion prohibida de heredero (5).

En otro tiempo tenian prohibicion legal de ser instituidos herederos los eclesiásticos regulares; pero en el dia, segun indiqué en el capítulo anterior, todos los secularizados y los exclaustrados de uno y otro sexo están habilitados para adquirir bienes de cualquier clase, tanto por título de legítima, como por cualquiera otro de sucesion, bien sea *ex-testamento* ó *ab-intestato*. Esta habilitacion se entiende desde la fecha en que hayan sido secularizados, y no tiene efecto retroactivo con relacion á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas antes de la época expresada; y procede á pesar de cualesquiera renunciias ó cesiones que hubiesen hecho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias, cuando entraron en relijion (6).

El nombramiento de heredero debe hacerse en términos claros, designándose por su nombre y apellido, de modo que no pueda dudarse quien es; no bastando que se haga por señales ó ademanes, ni

(1) Ley 3 del mismo tit. y lib.

(2) Sala, tit. 3, lib. 2.

(3) Leyes 4 y 5, tit. 20, lib. 10, N. R.

(4) Ley 15, tit. 20, lib. 10, N. R., y real cédula de 30 de mayo de 1830.

(5) Sala.

(6) Decreto de las Cortes de 29 de junio de 1822, restablecido por otro de 27 de enero de 1837, y ley de 29 de junio del mismo año 1837.

que se deje la designacion á voluntad de otro, ni pudiendo tampoco expresarse con la nota de algun defecto infamatorio (1).

Mas no es preciso que la institucion se haga con expresion del nombre y apellido, siempre que en el testamento se manifieste que el testador elije por heredero á la persona que designará en el codicilo (2). Lo mismo se entiende si en el testamento se refiere el testador á alguna memoria testamentaria, en que conste el nombre del instituido, porque tales documentos, segun indiqué antes, aunque simples y privados, se consideran como parte del instrumento público, si aparece indudablemente ser del otorgante (3).

Cuando son muchos los herederos instituidos, puede el testador dividir la herencia en la parte que tuviere por conveniente; pero no expresando cual sea, todos entran á percibir iguales porciones; y si señala á alguno ó á algunos partes determinadas, y á otros no, entran á adquirir los primeros la porcion designada, y los demas por iguales partes el residuo (4).

Puede el testador morir bajo testamento y abintestato: por manera que si dejase á determinado heredero ciertos bienes de herencia y no todos, este percibirá los que se hubiesen designado en el testamento, y los restantes pasarán á los herederos abintestato (5).

La institucion puede hacerse *simplemente* ó bajo alguna *condicion*. En el primer caso entra el heredero á disfrutar la herencia sin restriccion alguna; pero en el segundo solo tiene derecho á aquella, cuando se ha verificado la condicion impuesta (6). Entre las condiciones puede haberlas imposibles ó inmorales, y en uno y otro caso se tienen por no puestas (7): lo cual no sucede asi en los contratos, pues estos, habiendo una condicion imposible, son nulos, segun la opinion de los autores. Pero hay alguna limitacion en cuanto á aquella doctrina, pues si la condicion es dudosa ó perpleja, se invalida la institucion (8).

Hay otras condiciones, como son las *potestativas*, *casuales* ó *mixtas*, y las *expresas* y *tácitas*. Las potestativas son las que dependen de nuestra voluntad, como si dijera el testador, «dejo á F. tanta can-

(1) Leyes 6, 10 y 11, tít. 3, P. 6.

(2) Leyes 7 y 8, id., id.

(3) Ley 1, tít. 18, lib. 10, N. R.

(4) Leyes 17, 18 y 19, tít. 3, P. 6.

(5) Ley 1, tít. 18, lib. 10, N. R., y Sala en el lugar citado.

(6) Ley 1, tít. 4, P. 4.

(7) Ley 3, tít. 4, P. 6.

(8) Ley 3, tít. 4, P. 6.

tividad si emprende tal viaje :» casuales son las que consisten en una casualidad ó aventura , como si aquel dijese , «dego á F. tal cosa , si obtiene un premio en la lotería :» y mixtas las que en parte dependen de nosotros mismos , y en parte de otro , como si el testador legase tal cosa á F. «con tal que se case con determinada persona (1).» Las expresas son las que se manifiestan claramente por las palabras del otorgamiento , y las tácitas las que se deducen por induccion. De estas unas se sobreentienden , como cuando el testador lega los frutos que su heredad produzca tal año , en cuyo caso se entiende la condicion si nacieren dichos frutos (2) ; y otras se deducen de la presunta voluntad del testador , como si instituyese á dos hijos , ambos legítimos ó naturales , sustituyendo el uno al otro simplemente , en cuyo caso , para pasar al segundo la parte que perteneció al que murió primero , es preciso que este haya muerto sin hijos. Lo contrario procede si los instituidos son extraños (3).

Tiénesse tambien por impuesta una condicion , cuando para el goce de una herencia se expresa un dia incierto , ó que se duda si existirá ó no , como por ejemplo si se lega á F. tanta cantidad para cuando cumpla tantos años (4). Pero si se sabe que llegará á cumplirse la condicion , ignorándose solo cuándo , como si se dijese «dego á F. tal cosa para el dia de su muerte» , no se entiende condicion si esta hace referencia á la persona del interesado , pero sí tratándose de un extraño.

Siendo la condicion de las casuales , es siempre preciso que se cumpla para conseguirse lo que se deja por testamento (5) , y lo mismo en las potestativas , á menos que el no cumplirse estas sea por aventura y sin culpa de aquel á quien se imponen (6). Pero si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa , como por ejemplo , cuando se lega á uno cierta cantidad si no fuere á tal parte , debe entregársele desde luego bajo fianza ó caucion de que la restituirá , si hiere lo que se le prohíbe (7).

Hay dos clases de herencia ó dos modos diferentes de heredar , uno *por testamento* y otro *ab-intestato*. El primer caso sucede cuando el testador nombra una ó muchas personas , sean ó no sus parien-

(1) Leyes 7, 8 y 9, tít. 4, P. 4.

(2) Ley 20, tít. 11, P. 3.

(3) Ley 10, tít. 4, P. 6.

(4) Ley 31, tít. 9, P. 6.

(5) Ley 8, tít. 4, P. 6.

(6) Leyes 7, tít. 4, y 22, tít. 9, P. 6.

(7) Ley 7 citada.

tes, para que le sucedan en sus bienes, acciones y derechos. Abintestato entran á heredar los parientes mas cercanos del difunto que murió sin testamento, ó cuya disposicion testamentaria se ha declarado nula.

Los herederos por testamento pueden ser *universales y particulares*: los primeros son los que suceden al testador en todos sus bienes y obligaciones: los segundos los que entran á poseer una cosa determinada de la herencia, sin el cargo de cumplir las obligaciones y pagar las deudas del testador:

Ademas se subdividen los herederos en *forzosos y voluntarios* (1). Son forzosos los ascendientes y descendientes del testador, y se llaman así, porque necesariamente han de ser instituidos por herederos (2). Voluntarios y extraños son todos los que no están comprendidos en la línea recta descendiente ni ascendiente del testador, porque aun cuando sean parientes suyos, no tienen derecho á sus bienes, sino en el caso de morir el dueño abintestato.

Cualquiera que sea el título por el cual se adquiere la herencia, está hoy abolida la imposicion gradual que sobre toda clase de sucesiones transversales se estableció real decreto de 31 de diciembre de 1829 (3).

CAPITULO XII.

De la sucesion de los descendientes legítimos á los bienes de sus ascendientes, y de estos á los de aquellos por testamento.

Acaba de decirse en el anterior capítulo que son herederos forzosos los descendientes y ascendientes del testador; pero conviene saber ahora, que los primeros tienen preferencia sobre los segundos. Haciendo, pues, descendientes, ellos son los que, con exclusion de cualquiera otra persona, y aun de los ascendientes, tienen derecho á ser instituidos herederos.

Pero entre los descendientes hay diferencia, segun el lugar que ocupan: son preferidos los hijos legítimos del testador, sin distincion de varones y hembras, y los legitimados por subsiguiente matrimonio, los cuales se reputan como legítimos.

(1) Ley 21, tít. 3, P. 6.

(2) Leyes 1 y 2, tít. 13, P. 4, y 21, tít. 3, P. 6.

(3) Ley de presupuestos de 25 de mayo de 1835, y real orden de 28 de marzo de 1839.

La institucion ha de hacerse íntegra, y sin condicion ni gravámen alguno, porque no siendo de la potestad del padre privar á sus hijos de la herencia, sino en los casos que se dirá á su tiempo, no lo es tampoco el imponerles ninguna restriccion. Solo respecto del póstumo se entiende que hay una especie de condicion tácita, y es la de que para entrar á heredar, ha de realizarse su nacimiento.

No solo los hijos, sino los nietos, biznietos y demas descendientes directos del testador, son herederos forzosos; pero excluyendo los de mas próximo grado á los mas remotos, de modo que habiendo hijos, no pueden ser instituidos herederos los nietos, sino aquellos entrarán á dividir la herencia por partes iguales, lo cual se llama heredar *in capita* ó *por cabezas*. Una sola limitacion hay de esta doctrina, y es, cuando algunos de los hijos del testador han dejado descendientes, pues en este caso entran estos á heredar la parte que correspondiera á su padre si estuviese vivo. Si, pues, el otorgante muere teniendo tres hijos, y dos nietos hijos de otro, se harán cuatro partes iguales de la herencia, una cuarta parte para cada uno de los hijos del testador, y la restante para los dos nietos en representacion de su padre difunto. Este modo de heredar es *in stirpes* ó *por estirpes*.

Los descendientes tienen, como ya se ha dicho, un derecho declarado por las leyes para ser instituidos herederos por sus ascendientes: pero sin embargo, los padres están facultados para disponer en favor de su alma ó de personas extrañas de la quinta parte de sus bienes (1). Forman, pues, lo que se llama *legítima* de los hijos los bienes que componen el caudal paterno y materno, con la sola exclusion de la quinta parte.

Pero no tienen los hijos opcion á dicha legítima, sino despues de la muerte de su padre, ni este por consiguiente está obligado á dársela en vida. Sin embargo, el padre tiene facultad de entregar á sus hijos en vida la porcion de bienes que por su fallecimiento les corresponderia, y si alguno de ellos dá sola una parte en cuenta de su legítima, debe llevarse á colacion la cantidad en que consista, hasta completarse el importe de aquella despues de la muerte del padre, á menos que la porcion entregada por este lo haya sido por via de mejora, sobre lo cual se hablará en lugar oportuno.

No habiendo descendientes, deben ser instituidos como herederos forzosos los padres, abuelos y visabuelos por su orden gradual; pero tambien en este caso puede privárseles por el testador de una parte

(1) Ley 8, tit. 20, lib. 10, N. R.

de la herencia, consistente en el tercio de su importe, aun cuando se disponga de él en beneficio de una persona extraña (1).

Todos los que no son descendientes ó ascendientes del testador se entienden herederos extraños, sean ó no parientes de aquel en cualquiera de los grados colaterales: así, pues, ningun derecho pueden alegar á la herencia testamentaria, mas que el que resulte de la voluntad expresa del otorgante.

CAPITULO XIII.

De la sustitucion de heredero.

Llámanse *sustitucion* la designacion que el testador hace de la persona que ha de entrar á heredar, en defecto del heredero primeramente instituido. Los autores, siguiendo el mismo órden de la ley de Partida (2), dividen las sustituciones en seis clases, á saber, 1.^a *vulgar*: 2.^a *pupilar*: 3.^a *ejemplar*: 4.^a *compendiosa*: 5.^a *brevilocua*; y 6.^a *fideicomisaria*. La primera se hace regularmente bajo esta fórmula: «Instituyo á F por mi heredero, y si no lo fuere á F.» En este caso si el primero muere antes de entregar en la herencia, ó no quiere aceptarla, pasa al segundo, y lo mismo sucede respectivamente si al último se han nombrado otro ú otros sustitutos.

Pupilar es la que hace el padre á su hijo impúbere (3), del modo siguiente: «Instituyo por heredero á mi hijo; y si lo fuere y muriere dentro de la edad pupilar, séalo Pedro». Tambien puede hacerse tácitamente, diciendo: «Instituyo por mi heredero á mi hijo menor de 14 años, y á Pedro y á Juan mis amigos, y cualquiera que sea mi heredero, lo sea tambien de mi hijo». El efecto de esta sustitucion pupilar es que el sustituto recoja todos los bienes del instituto, cualquiera que sea la procedencia de ellos, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento, por cuya razon se considera como disposicion testamentaria del hijo (4), á menos que tenga madre, en cuyo caso es esta la heredera (5). Pero se exceptua de esta doctrina el sustituto que el padre adoptante nombra á su hijo adoptivo, en cuyo caso aquel no entra á heredar mas bienes

(1) Ley 6 de Toro, que es la 1, tít. 20, lib. 10, N. R.

(2) Ley 1, tít. 5, P. 6.

(3) Leyes 1 y 5, tít. 5, P. 6.

(4) Ley 7, tít. 5, P. 6.

(5) Asi se deduce de la ley 6 de Toro, ó 1, tít. 20, lib. 10, N. R., que altera lo que disponia la 12, tít. 5, P. 6.

que los que este tuvo del padre ó por consideracion á él (4). La causa de haberse introducido esta sustitucion, dice el jurisconsulto Sala, es porque no pudiendo testar los que están en la edad pupilar, pareció justo y útil lo pudiesen hacer por ellos sus padres, en cuya patria potestad se hallan (2); y como esta es necesaria para su validez, de ahí es que siempre que cese, de cualquier manera que sea, se acaba la sustitucion, como tambien por salir el hijo de la edad pupilar (3). La ley de Partida (4) no admitia el sustituto pupilar, cuando el hijo instituido repudiaba la herencia de su padre; pero disponiendo la recopilada (5) que si el heredero no acepta la herencia, vale y debe observarse todo lo demas contenido en el testamento, no debe seguirse sobre este particular la citada doctrina de la ley de Partida.

Sustitucion ejemplar es la que hacen los padres ó las madres á sus hijos incapacitados mentalmente, y suele expresarse en la forma siguiente: «instituyo por heredero á mi hijo, y si muriese en incapacidad mental, á F. para que entre en su lugar á serlo.» Tres diferencias se notan entre esta clase de sustitucion y la pupilar: 1.^a que pueden hacerla tanto el padre como la madre, porque no requiere en el que la ejecuta que ejerza patria potestad: 2.^a que en la pupilar puede el padre nombrar por sustituto á quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar á los hijos de la persona demente, y en su defecto á alguno de sus hermanos, si los tuviere: 3.^a que la pupilar se da y acaba por razon de la edad del heredero, y la ejemplar cuando este recobra su entendimiento (6).

La sustitucion compendiosa es mas bien un modo de sustituir, que una especie distinta de las otras, y se formula del modo siguiente: instituyo por mi heredero á mi hijo, y cuando él muera entrará á serlo F.» Tampoco es especie diversa de sustitucion la brevilocua ó recíproca, de la cual se usa cuando el testador dispone que sean sustituidos entre sí los mismos que instituye herederos, diciendo: nombro á mis dos hijos para que me hereden, y les establezco por sustitutos al uno del otro (7).

Finalmente, sustitucion fideicomisaria es la que en cierto modo depende de la buena fé del heredero, á quien se encarga que resti-

(1) Ley 9, id., id.

(2) Ley 11, id., id.

(3) Ley 10, id., id.

(4) La misma.

(5) Ley 1, tít. 18, lib. 10, N. R.

(6) Ley 11, tít. 5. P. 6.

(7) Ley 13, del mismo tít. y Partida.

tuya á otro la herencia bajo la siguiente fórmula: «instituyo á Pedro por heredero, y le ruego, quiero ó mando que entregue la herencia á Juan.» Nombrada así una persona, debe entregar los bienes hereditarios á quien el testador ha designado, pero sacando para sí la cuarta parte de ellos, que se llama *cuarta trevelánica* (1).

Segun los principios de derecho esta sustitucion fideicomisaria tiene lugar únicamente entre herederos extraños, pues á los legítimos no se puede gravar con fidecomiso.

CAPITULO XIV.

De la exheredacion.

Desheredar es excluir de la herencia á aquel que tiene derecho á ella (2). Los ascendientes pueden desheredar á su descendientes, si estos dieren causa para ello, y hubieren cumplido diez años y medio de edad; y la misma facultad tienen los descendientes respecto de sus ascendientes, aunque sin la limitacion de la edad expresada (3).

La exheredacion ha de hacerla el testador, designando por su nombre, ó por otra señal cierta, al desheredado, sea varon ó hembra, y esté ó no bajo la patria potestad de aquel, de manera que sepa terminantemente quién es el desheredado; entendiéndose siempre de toda la herencia que le corresponda, y no de una sola parte de ella (4).

Varias son las causas que justifican la desheredacion, y cualquiera de ellas basta por sí sola para que tenga efecto. Respecto de los padres para con sus hijos son las siguientes: 1.^a por maltratar estos á aquellos, hiriéndolos: 2.^a por atentar de cualquier modo contra su vida: 3.^a por causarles grave daño en su caudal: 4.^a por acusarlos de delito que merezcan pena de muerte ó destierro, á no ser el de lesa majestad, justificándolo el acusador: 5.^a por infamarlos en términos que su reputacion quede menoscabada: 6.^a por tener acceso carnal con su madrastra ó con otra mujer concubina del padre: 7.^a por resistirse á fiar en cuanto pudieren á su padre preso por deudas: lo cual no se entiende respecto de las hijas, por estar prohibido que las mujeres sean fiadoras: 8.^a por impedir á aquel que haga testamento, ó bien que deje á otro algun legado, en cuyo caso puede reclamar el

(1) Ley 14, tit 5, P. 6.

(2) Ley 1, tit. 7, P. 6.

(3) Ley 2, tit. 7, P. 6.

(4) Ley 3, tit. 7, P. 6,

legatorio como si realmente se hubiera expresado en el testamento, y el hijo pierde la herencia (1): 9.^a por ejercer el oficio de torero contra la voluntad de su padre, ó el de juglar, no siéndolo este: 10.^a por resistirse (siendo hija) á casarse segun la voluntad de su padre, á pesar de dotarla éste segun su clase y posibilidad, si despues aquella se próstituye: 11.^a por no recojer ni alimentar al ascendiente que perdió el juicio y anda vagando, y por no querer encargarse de su cuidado, cuando un extraño que le ha recojido por caridad, le ruega que lo haga. En este último caso, si el ascendiente muere intestado, corresponden todos sus bienes al extraño, y los pierde el descendiente, quedando nulo el testamento hecho antes de la demencia, en que dejaba al descendiente por heredero, y valiendo únicamente las mandas que contenga (2): 12.^a por no redimir á su ascendiente cautivo, ó ser descuidado en proporcionar su redencion; mas para incurrir en este caso el heredero en la exheredacion ha de ser mayor de diez y ocho años (3): 13.^a por apostatar de la religion cristiana el descendiente, siendo el ascendiente católico (4): 14.^a por casarse contra la voluntad de sus padres (5): y 15.^a por contraer matrimonio clandestino (6).

Para que valga la exheredacion de los descendientes no solo deben expresar sus ascendientes las causas, sino probarlas estos ó el heredero instituido (7); pero si el desheredado consiente en la exheredacion, no puede reclamarla despues (8). Si el testamento en que un hijo es desheredado, se revoca por el testador, ó se rescinde y anula por cualquier causa, es nula tambien la exheredacion en él contenida (9). Para ser desheredado es necesario ademas, como ya se ha indicado, que el hijo haya cumplido diez años y medio, por cuya razon nunca puede serlo el póstumo (10).

Tambien los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes

(1) Ley 4, tit. 6, P. 7.

(2) Ley 5, id., id.

(3) Ley 6, id., id.

(4) Ley 7, id., id.

(5) Ley 9, tit. 2, lib. 10, N. R. De las últimas palabras de la pragmática de 28 de abril de 1803, que es posterior á dicha ley, se infiere que en esta parte no está vijente dicha pena de exheredacion.

(6) Ley 5, tit. 2, lib. 10, N. R.

(7) Leyes 8 y 10, tit. 7, P. 6.

(8) Ley 6, tit. 8, P. 6.

(9) Ley 2, tit. 7, P. 6.

(10) La misma ley.

legítimos por las siguientes causas: 1.^a por acusarles de delito que merezca pena de muerte, á excepcion del de lesa majestad: 2.^a por maquinizar contra su vida: 3.^a por acceso carnal con su mujer ó su concubina: 4.^a por impedirle que disponga de sus bienes con arreglo á derecho: 5.^a por atentar el padre contra la vida de su madre, ó al contrario: 6.^a por no proporcionar alimentos á su descendiente, teniendo este incapacidad mental: 7.^a por no redimir al descendiente cautivo, pudiendo; y finalmente, 8.^a por ser el descendiente católico y el ascendiente hereje (1). Estas son las únicas causas por las cuales se puede desheredar á los padres y abuelos (2). Si los padres ó hijos no expresan en la exheredacion alguna de las justas causas enumeradas, son nulos sus testamentos (3).

Cualquiera sin necesidad de alegar motivo puede preferir á su hermano ó desheredarle, con la única limitacion de no instituir por heredero á hombre de mala vida, ó que haya sido legalmente infamado; pues en este caso tiene el hermano derecho á anular la herencia, si no es que el testador le hubiese desheredado por una de las tres causas contenidas en la ley 42, título 7, P. 6 (4).

CAPITULO XV.

De la declaracion de pobre.

No es preciso para otorgar testamento dejar en él algun caudal: suele tambien, y á veces es muy conveniente otorgarlo, para hacer declaraciones interesantes sobre el reconocimiento de hijos, sobre su legitimidad, existencia de créditos y otras cosas de esta naturaleza. En esta clase de testamentos, despues del nombre del otorgante, su filiacion, protestacion de fé, etc., declara este ser pobre, pide al párroco le mande enterrar de limosna, si no tiene bienes ni aun para costear el entierro, y puede ademas instituir heredero para en el caso de que le corresponda algun caudal, y revocar las disposiciones anteriores, concluyéndose el otorgamiento en igual forma y con las mismas solemnidades que los testamentos de personas pudientes.

(1) Ley 31, tit. 7, P. 6.

(2) Ley 8, id., id.

(3) Leyes 10 y 11, tit. 7, P. 6.

(4) Estas causas son las siguientes: 1 si el hermano ha tentado contra la vida de su hermano; 2 si le ha acusado de delito que merezca pena capital; y 3 si le ha hecho perder la mayor parte de sus bienes, ó ha puesto los medios para que los pierda,

Tambien es permitido en este caso al testador nombrar tutor á sus hijos, hacer mejoras, sustituciones, exheredaciones y todo cuanto puede ejecutar un hombre que tenga bienes de que disponer; aunque entendiéndose todo hipotéticamente, para en el caso de que adquiriera algunos antes ó despues de su fallecimiento.

CAPITULO XVI.

De la licencia para testar.

Sabido es que ni los descendientes pueden disponer mas que del tercio de sus bienes en perjuicio de sus ascendientes, ni estos mas que del quinto en menoscabo de sus padres ó abuelos. Si, pues, unos y otros quisieren otorgar testamento, disponiendo de mayor porcion, necesitan licencia para testar. Otórgase esta por la persona que tiene derecho á ser heredero forzoso, haciendo especial renuncia de la parte que pueda corresponderle en la herencia, y autorizando al otorgante para que disponga libremente de todos sus bienes, ó en favor de determinada persona. Viviendo el padre y la madre, ambos deben otorgar la licencia, no bastando la de uno de ellos solamente, porque los dos gozan igual derecho á los bienes de su hijo.

Siendo dos los hijos, pueden los padres conceder á uno de ellos la licencia, aunque perjudique al otro, pues no teniendo los mismos hijos opcion al caudal paterno hasta despues del fallecimiento de sus padres, estos pueden renunciar en vida lo que hubiere de corresponderles por muerte de uno de aquellos.

CAPITULO XVII.

De la revocacion del testamento.

Cualquier testamento, aunque esté legalmente otorgado, puede revocarse ó quedar sin efecto por alguna causa ó motivo de los contenidos en las leyes. Queda sin efecto, si despues de haberlo otorgado el testador, ha nacido un hijo de este que hubiese sido preterido (1); si ha otorgado otro testamento despues del anterior (2), pues su voluntad es libre sobre este punto hasta el momento de su muerte (3).

(1) Ley 20, tit. 1, P. 6.

(2) Ley 21, id., id.

(3) Ley 25, id., id.

Pero si el segundo testamento contuviere alguna imperfeccion legal, no invalida el primero (1). Tampoco se entiende revocado este, aunque el segundo hubiese sido otorgado con toda solemnidad, cuando el testador ha instituido heredero, y creyéndolo muerto revoca la institucion, pues si se averiguase que aun vivia el heredero instituido, á este corresponde la herencia, por haber sido falsa la razon en que se fundó el testador para otorgar el segundo testamento.

Tampoco se deroga el primero aun cuando se otorgue posterior, si aquel contiene cláusulas derogatorias jenerales ó particulares, de que no se ha hecho mencion en el segundo. Las jenerales pueden ser estas, por ejemplo: «quiero que este testamento sea válido, y no otro que antes tenga hecho, ni el que torgue despues de él, pues los revoco y anulo todos enteramente escepto el presente.» Las particulares son, v. gr.: «quiero que este testamento, y no otro que antes ó despues haya otorgado, sea válido, á menos que el posterior á este contenga á la letra tales palabras (las cuales deben expresarse), pues si las contuviere ha de ser subsistente el último, y no este ni los anteriores.» Con esta prevencion es ineficaz el último, si carece de las palabras expresadas, á no ser que en él instituya el testador herederos lejítimos, y en el primero á un extraño (3).

El comentador de Febrero, tratando de estas cláusulas cautelosas, aconseja que para que no haya necesidad de especificar las palabras del primer testamento, y quede este revocado, pudiendo el testador hacer su disposicion libremente, se ordene la revocacion en estos términos: «y por el presente revoco y anulo todos los testamentos y demas disposiciones testamentarias que antes de ahora haya otorgado por escrito, de palabra ó en otra forma, para que ninguna valga, aunque haya sido formalizada con solemne juramento de no ser revocada, y contenga los mayores vínculos, firmezas, penas, palabras, oraciones y cláusulas derogatorias por derecho permitidas, y cualquier pretesto y fundamento; para derogar esta (de todo lo cual, por no acordarme ni de su solemnidad y particularidades, no hago específica mencion; pero lo doy aqui por inserto, como si literalmente lo fuera), ni haga fé judicial ni extrajudicialmente, excepto este testamento, que por ser ordenado con pleno uso de mi libre albedrío, y no los demas, como lo juro en solemne forma legal, quiero y mando que

(1) Ley 23, tit. 1, P. 6.

(2) Ley 24, id., id.

(3) Ley 22, id., id.

se estime y tenga por tal , y por mi última deliberada voluntad en la via y forma que para su mayor estabilidad y validacion mejor haya lugar en derecho. En cuyo testimonio asi lo otorgo ante el presente escribano.»

Sin embargo , yo no me atreveria á dar un consejo tan aventurado , porque se expone al testador á caer en los mismos escollos de que se le intenta preservar. La razon que tuvo la ley de Partida para permitir esas cláusulas derogatorias , tanto jenerales como particulares , fué sin duda la de evitar , especialmente por estas últimas , la suplantacion de un testamento , derogatorio de otro lejítimo , pues expresándose en uno que no se tenga por válido el que se encuentre otorgado con posterioridad , como no contenga tales palabras , se dificulta al menos , si no se imposibilita , la falsificacion : y por el medio que el citado autor aconseja se hace ilusoria esta precaucion , porque puede en un testamento suplantado insertarse esa fórmula revocatoria , y dejar sin efecto la voluntad expresa del testador , manifestada con estas palabras que quiere se repitan en cualquiera otro testamento posterior.

Verdad es , que tambien se puede abusar de esa cautela permitida por la ley de Partida , ya comprometiéndose al testador á que se valga de ella para dificultar mas la revocacion del testamento , ya formándose uno falso con esa misma cláusula para evitar que sean válidos los verdaderos , otorgados posteriormente ; pero de aquí se deduce , que ya de un modo , ya de otro , es casi inevitable el abuso , y que dificilmente puede darse una regla eficaz para precaverlo. Si hay alguna , únicamente es la de que , tanto el testador como el escribano , atiendan bien á las circunstancias que concurren , al justo recelo que pueda haber de falsificacion , y al temor fundado de sujestiones extrañas ; y segun la influencia de estas causas , escojan la manera menos expuesta á inconvenientes y á fraudes. Si , pues , recelan que pueda otorgarse algun testamento falso para revocar el verdadero , será prudente insertar la cláusula particular de que solo sea válido el que contenga tales palabras , teniéndose por apócrifo cualquiera otro en que no se hallen , aun cuando se use en él de la fórmula derogatoria mas terminante. Pero si por el contrario es presumible que con anterioridad se haya formado algun testamento falso , y que quizá se ha injerido en él aquella cláusula para invalidar todo testamento lejítimo posterior ; es conveniente usar de la fórmula de Febrero ú otra equivalente , á fin de que aparezca el vicio ó falsificacion del testamento que se sospeche haberse fraguado.

Hay un modo de invalidarse este , sin que el testador haga otro ; mas solo tiene lugar en el cerrado , como si aquel á sabiendas inúti-

lizase el sello del escribano, borrarse las firmas ó lo rompiese; aunque si esto sucede por casualidad, no pierde su valor (1).

Tambien se puede rescindir ó invalidar los testamentos á instancia de los herederos, cuando estos prueban ser falsa la causa de exheredacion expresada por el testador (2). Pero si el desheredado callase, dejando pasar cinco años desde que el heredero nombrado se apoderó de la herencia; no puede intentar dicha demanda, á menos que aquel sea menor de edad, en cuyo caso está autorizado para reclamar hasta cuatro años despues de los veinte y cinco (3).

Invalidado el testamento, correspondé la herencia á los herederos abintestato; pero se conservan los legados (4) y las mejoras de tercio y quinto (5).

CAPITULO XVIII.

De las mandas ó legados.

Legado ó manda, que son casi sinónimos en la acepcion legal, es una dádiva hecha por testamento ó codicilo. Tiene facultad de hacerla todo el que puede testar, y está autorizado para adquirirla todo el que es apto para ser instituido heredero, ó el que lo ha sido al tiempo de morir el testador (6).

Suelen dividirse los legados en *específicos, jenéricos y vitalicios*. Llámase legado específico aquel en que el testador señala una cosa determinada en que haya de consistir: como quando dice, «lego á F. tal viña ó tal casa.» Genérico quando no especifica la cosa que ha de ser objeto del legado, como si dijera: «mando á F. tanta cantidad de reales, ó una casa, ó una alhaja, etc.» El vitalicio se entiende quando lega el testador tanta cantidad diaria, ó que se mantenga, ó que se dé habitacion al legatario durante su vida.

En los legados jenéricos, si entre los bienes de aquel se encuentran cosas del mismo jénero, tiene el legatario el derecho de escojer, con tal de que no sea lo mejor, como si por ejemplo consiste en una yegua, y en el caudal hereditario hay mas de una. Pero consistiendo en una cosa ó efecto que no se halle entre los bienes del testador, tiene el he-

(1) Ley 21, tít. 1, P. 6.

(2) Leyes 8, 10 y 12. tít. 7, P. 6.

(3) Ley 4, tít. 8, P. 6.

(4) Ley 7, id., id.

(5) Ley 8, tít. 6, lib. 10, N. R.

(6) Ley 1, tít. 9, P. 6.

redero obligacion de comprarla, aunque con el derecho de elejir entre las cualidades, buena, mediana y regular (1). Esta regla se entiende cuando el legado consiste en un objeto natural: como un caballo, una res, etc.; pero no cuando es un objeto fabril ó industrial, como una casa, sin señalar cual sea, en cuyo caso cumple el heredero con dar una de las del testador, cualquiera que fuese, ó la que hubiere entre su caudal, si no se hallare mas que una. Si el legado consiste en la opcion ó eleccion entre dos cosas, para que el legatario escoja la que mejor le pareciere, despues de haber elejido una, no puede arrepentirse; y si la eleccion se comete á un tercero, y este no la realiza en el término de un año, por no poder ó no querer, pasa el derecho de eleccion al legatario (2).

En cuanto á los legados específicos, diciendo el testador que lega tanta cantidad que se hallará en tal parte, si con efecto se encuentra en ella, está obligado el heredero á entregarla al legatario; pero si se hallare menos de la señalada, cumple con darle la suma que se hubiere encontrado, y si en el sitio designado por el testador hay mayor cantidad que la legada, cumple el heredero con entregar la cantidad en que haya consistido la manda, quedándose con la restante (3): lo cual prueba, como dice Sala, que en caso de duda siempre está la presuncion en favor del heredero.

Los legados jenéricos no transfieren el dominio al legatario; hasta que se hace la material entrega de la cosa en que consisten; pero los específicos la transmiten desde la muerte del testador. En el primer caso el legatario puede reclamarlo en el domicilio del heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes hereditarios ó en cualquiera otro en que este empezare á pagar las mandas, á no ser que el testador señalase lugar y tiempo determinado, en cuyo caso asi debe cumplirse. Pero siendo el legado específico, no solo puede pedirse en el domicilio del heredero, ó donde estén la mayor parte de los bienes del testador, sino en el lugar donde se halle el objeto legado; y si el heredero lo trasladase dolosamente para perjudicar al legatario, debe restituirlo donde estaba, y entregarlo allí á este (4).

No solamente puede el testador legar las cosas propias ó de sus herederos, sino las ajenas; mas para que en este caso valga el legado, es necesario que sepa aquel que no son suyas aquellas que quiere le-

(1) Ley 23, tit. 9, P. 6.

(2) Ley 23, id., id.

(3) Ley 18, id., id.

(4) Dicha ley 18.

gar, á menos que las legase á una persona unida á él por parentesco, en cuyo caso vale el de la cosa ajena, aunque el testador ignore esta cualidad: y habiendo duda sobre si esta sabia ó ignoraba dicha circunstancia, corresponde al legatario probar que la sabia, por ser el actor á quien toca la prueba (1). Valiendo el legado, segun la regla asentada, tiene obligacion el heredero de comprar la cosa legada para entregársela al legatario, y si su dueño no quisiere venderla, ó estimare por ella mas que su valor, cumple aquel con entregarle el precio (2).

Tambien, y con mayor razon, puede el testador legar una cosa empeñada, en cuyo caso está obligado el heredero á redimirla y entregarla libre al legatario, ya supiese ó no aquel dicha circunstancia. Pero si estaba dada en prenda por menor cantidad de la que vale, solo tiene obligacion el heredero de rescatarla, en el caso de haber sabido el testador que se hallaba empeñada, pues si lo ignoraba, corresponde al legatario entregar la cantidad en cuya fianza estaba entregada (3).

Si por el contrario el testador tiene en su poder una cosa empeñada y la lega al dueño de ella, este la recupera, pero con la obligacion de entregar á los herederos de aquel la cantidad en cuya garantía se entregó la cosa al testador (4). Pero si este tenia en su poder algún documento justificativo del préstamo y de la prenda, y lo legare al dueño de la cosa empeñada, se entiende que la lega ó que perdona la deuda (5).

Las cosas que aun no existen, como son los frutos ó productos, tanto de la naturaleza como de la industria, pueden legarse del mismo modo que si ya existiesen (6).

No son válidos los legados de las cosas que estan fuera del comercio de los hombres, como por ejemplo las sagradas, ni de las que, siendo profanas, mudasen de condicion sin culpa del heredero, de modo que estando en el comercio cuando fueron legadas, dejaron de estarlo al tiempo de morir el testador. En este caso, ni seria válido el legado, ni tendria el heredero obligacion de abonar su importe (7). Tampoco tienen valor los legados que consisten en los mármoles, pilares ó made-

(1) Ley 1, tít. 14, P. 3.

(2) Ley 10, tít. 9, P. 6.

(3) Ley 11, id., id.

(4) Ley 16, id., id.

(5) Ley 47, id., id.

(6) Ley 12, id., id.

(7) Ley 13, id., id.

ras que forman una parte integrante de los edificios, respecto de cuyas mandas ni aun al abono de su estimacion está obligado el heredero (1).

Los legados pueden consistir no solo en cosas materiales, sino tambien en incorporeales, como acciones, derechos y servidumbres, sobre lo cual solo es digno de notar, que si el testador lega una deuda, y despues la pidiere y la cobrar, se entiende que ha revocado la manda; pero si el deudor legatario la abonase espontáneamente, sin haberla reclamado, no pierde entonces el legado, y tiene derecho á que el heredero se lo entregue (2).

Para la validez de cualquier legado se requiere que conste de una manera cierta la persona á quien se deja y la cosa en que consiste (3).

No siempre se establecen los legados simplemente, pues en muchas ocasiones puede el testador imponer condicion, ó expresar la causa ó el objeto del legado. En cuanto á las condiciones nada hay que decir, pues deben seguirse las reglas generales que acérca de ellas se han expuesto en otro lugar. La causa es el motivo que haya impulsado al testador á legar una cosa, como si dijera, «mando á F. tanta cantidad por la obra benéfica que hizo en mi favor.» En esta clase de legados se observa una circunstancia, y es, que aun cuando resulte falsa la causa, queda subsistente el legado (4). Suele expresarse tambien el objeto ó fin á que se destina aquel, como si dijese el testador, «mando á F. tanta cantidad para que erija un monumento»: en este caso debe entregarse el legado, dando fianza el legatario de cumplir el precepto del testador, y adquiere el dominio luego que hubiere cumplido con dicho encargo (5).

En los legados de cosa determinada hechos sin condicion se transfiere el dominio inmediatamente que muere el testador; pero en los que interviene alguna condicion, es necesario, para que el legatario adquiera el dominio, que se cumpla esta, y si muere el legatario antes de verificarse la condicion, no vale el legado, y pasa el dominio al heredero del testador (6). De esta doctrina hay sin embargo una excepcion, y es cuando el legatario tuviere compañero, al cual se le hubiese legado juntamente la misma cosa, ó dejado por via de sustitucion, pues entonces, llegando á cumplirse la condicion, pasa el

(1) Ley 13, tit. 9, P. 6.

(2) Ley 13, id., id.

(3) Ley 28, id., id.

(4) Leyes 20 y 21, id., id.

(5) Ley 21, id., id.

(6) Ley 34, id., id.

legado al compañero , ó al sustituto. Si la manda consiste en usufructo, no pasa este al legatario hasta que el heredero ha adquirido el dominio (1).

Si durante la vida del testador ha recibido algun aumento la cosa legada , como si consistiendo en tierras , se hubiese plantado en ellas arbolado , ó acrecentado por aluvion , corresponde al legatario la agregacion recibida (2).

Cuestionable es, si los frutos de la cosa legada se deben desde la muerte del testador , ó desde que el heredero ha entrado en posesion de la herencia (3).

Cuando el testador lega á dos personas una misma cosa , sin expresar la parte que ha de corresponder á cada una , deben dividirla por mitad , y si muere uno de los legatarios antes que el testador , acrece la porcion del difunto á favor del que sobrevive (4).

Todo legatario tiene facultad de admitir ó repudiar el legado; pero no puede admitirlo en una parte y desecharlo en otra , aunque consista en una cosa divisible en muchas porciones ó cantidades. Sus herederos si pueden aceptar , uno la parte que le corresponda , y otro repudiar la suya. El legatario á quien se dejan muchas cosas , tambien tiene derecho á tomar unas y desechar otras , á menos que sobre unas esté impuesta alguna carga y sobre las otras no , pues en este caso no le es permitido aceptar estas y desechar aquellas (5).

Por varias maneras se extingue el derecho á la adquisicion de un legado. Todo testador tiene facultad de revocarlo , aunque lo haga por medio de codicilo , y deje válido el testamento en que estableció la manda (6). Extinguese tambien si pereció la cosa en que consistia el legado , sin culpa del heredero (7), y lo mismo si el testador varió la forma al objeto legado , como si del cáñamo hizo alguna tela , ó con las maderas legadas construyó un barco (8). Si el legado consiste en carro ó carreta , debe entregarse con la bestia ó bestias de tiro , y si han muerto estas al fallecimiento del testador , cesa la manda , á menos que este hubiese hecho poner otras bestias en lugar de las que perecieron (9).

(1) Ley 35 , tít. 9 , P. 6.

(2) Ley 37 , id. , id.

(3) Dicha ley 37 , y 1 , tít. 18 , lib. 10 , N. R.

(4) Ley 23 , tít. 9 , P. 6.

(5) Ley 36 , id. , id.

(6) Ley 39 , id. , id.

(7) Ley 41 , id. , id.

(8) Ley 42 , id. , id.

(9) Dicha ley 42.

Tambien se extingue el legado si el testador hubiere dado la cosa en que consistia; pero si la vendió ó empeñó, tiene obligacion el heredero de dar al legatario la misma cosa, comprándola al efecto, ó bien su valor (1). Extínguese igualmente si el legatario adquiere el dominio de la misma cosa legada, siempre que la adquisicion sea por título lucrativo, pero nosi la ha obtenido por compra ú otro contrato oneroso, en cuyo caso debe el heredero darle un equivalente (2).

Si el testador lega dos veces una misma cosa, como una finca determinada, cumple el heredero entregándola una sola vez; y lo mismo si muchas veces legase una cantidad ú otra cosa de las que se cuentan, miden ó pesan, á no ser que el legatario probase haber sido voluntad del testador hacer repetidos legados. Pero si habiendo este dejado en el testamento una manda consistente en cierta cantidad, despues legase otra igual suma en codicilo, debe darse dos veces, porque se entiende ser dos diversos legados, á menos que el heredero pruebe haber sido otra la intencion del testador (3).

CAPITULO XIX.

De las mejoras de tercio y quinto.

Ya se ha dicho en el lugar oportuno, que los descendientes tienen derecho á ser instituidos herederos por sus ascendientes, y que la porcion de herencia que á cada cual le corresponde se llama legítima. Pero ademas de esta puede obtener cualquiera de ellos la quinta parte de los bienes hereditarios, y ademas la tercera parte de los mismos. Cuando asi sucede, por disponerlo el testador, se entiende que hace mejora del quinto, del tercio, ó de ambas porciones á un tiempo (4).

Si los padres hicieron una y otra mejora, se saca primero la del quinto (5); pero se esceptua, segun la opinion de algunos autores, el caso en que el testador tuviese de antemano hecha irrevocable la mejora del tercio, pues entonces la del quinto se deduce de los bienes que le restan despues de extraido aquel: y lo mismo sucede siempre que dicho testador lo quiera y lo exprese asi, por la razon de que estando establecido en favor de su alma que se saque antes el quinto

(1) Leyes 17 y 40 del mismo tit. y P.

(2) Ley 43, id., id.

(3) Ley 43, tit. 9, P. 6.

(4) Leyes 2, tit. 6, lib. 10, N. R., y 8, tit. 20 del mismo libro.

(5) Ley 214 del Estilo, la cual está en observancia.

que el tercio, para que sea de mayor entidad, puede renunciar tal beneficio.

Es permitido á los padres hacer estas mejoras en testamentos ó por contrato entre vivos. En el primer caso pueden variarlas hasta que mueran; y en el segundo solo tienen derecho á alterarlas si no hubieren entregado la posesion de la cosa en que consistia la mejora, ó bien en lugar de la posesion, la escritura en que se contiene, y por ante escribano; ó si no han otorgado aquella por causa onerosa, pues en estos casos solo pueden revocarse, cuando los padres se hubieren reservado derecho para ello, ó cuando sucediere algunas de las causas, por las cuales, segun nuestras leyes, se pueden revocar las donaciones perfectas hechas con arreglo á derecho (1).

Si el padre se comprometió con uno de sus descendientes por medio de escritura pública á mejorar á algunos de ellos, ó á no mejorarlos, está comprometido á cumplir esta obligacion, y lo está asimismo, si prometió á alguno de sus descendientes que le mejoraria por casamiento ú otra cosa onerosa; y si no lo hiciere asi, se reputa por hecha la mejora despues de su muerte. Pero se exceptua de esta doctrina la promesa que el padre haya hecho á la hija por causa de dote ó matrimonio.

Todas las mejoras se regulan por el valor que tengan los bienes del padre al tiempo de su muerte, y no por el que tenian cuando aquellas se hicieron (2). Por esta razon no se sacan del importe de las dotes y donaciones *propter nupcias*, ni de las otras donaciones que los hijos llevarán á colacion y particion (3), pues estas salieron ya del patrimonio paterno cuando se otorgaron; y por esta misma razon los mejorados sufren á prorata la obligacion de pagar las deudas del difunto, pues por caudal hereditario se entiende el que queda despues de satisfechas estas.

No asi sucede respecto de los legados y gastos de entierro, porque no son estos deudas que hubiese contra el testador, sino cargas que impone él mismo, y que han de satisfacerse solo del quinto (4). La razon de esta diferencia consiste, como dice muy bien Sala, en que no pudiendo el padre imponer gravámen á la legítima de sus hijos (5), y consistiendo esta en todos sus bienes, á excepcion del quinto, es preciso se saquen de él estos gastos. Pero no teniendo el testador des-

(1) Ley 1, tít. 6, lib. 10, N. R.

(2) Ley 7, id., id.

(3) Ley 9, id., id.

(4) Ley 9, tít. 20, lib. 10, N. R.

(5) Ley 11, tít. 4, P. 8.

cendientes, sino solo ascendientes, deben extraerse del tercio de sus bienes dichos gastos de entierro y legados, porque no es legítima de los padres el tercio de los bienes de sus hijos; pudiendo estos por consiguiente imponer cualquier gravámen sobre dicha parte del caudal.

Es lícito á los padres consignar las mejoras que hicieren en determinada finca ó señalados bienes de la herencia, y no el conceder á otra persona esta facultad (1). Pero segun la opinion comun, y lo que suele practicarse, no alcanza esta prohibicion á impedir al padre que confíe al mismo hijo que mejora la eleccion y señalamiento de los bienes en que haya de consentir la mejora.

«Esta asignacion, dice Febrero, parece debe hacerse de suerte que los demas hijos no sean gravados en sus legítimas, ni por ellas se les defrauden estas, como sucederia en caso de ser hecha en todo lo mejor, mas fructífero y permanente, con presuncion de dolo por defraudar á los no mejorados: pero en este caso se debe reducir á albedrío de buen varon, y entenderse hecha la asignacion, no precisamente en todo lo referido, y que lo peor sea para estos; sino en lo bueno, y que quede tambien para ellos, por no ser justo que despues de ser mejorado un hijo, lleve los bienes mejores y fructíferos, y que no siéndolo sus hermanos, y quedándose solo con su legítima disminuida, lleven lo peor é improductivo.»

Si el testador (continúa el mismo autor) ha señalado en bienes determinados la mejora de tercio y quinto ó una de ellas solamente, se ha de entregar al mejorado, en los bienes que se la señaló, y no en en dinero: lo cual se entiende siempre que estos puedan dividirse cómodamente, pues cuando naturalmente no admiten division, ó cuando no se puede hacer sin daño de los mismos bienes, es indispensable abonar la mejora ó parte de ella en dinero ó en otros bienes diversos de los designados. Si el padre no hizo señalamiento especial, se ha de entregar la mejora en la parte de hacienda que dejare.»

Puede admitir las mejoras el agraciado, aunque renuncie la herencia, abonando proporcionalmente las deudas del difunto (2); y son válidas tambien aquellas, cuando se rompe ó anula el testamento por pretericion ó exheredacion (3).

Si el padre hiciese donacion simple á alguno de sus hijos, se entiende que le mejora, aunque no lo exprese, y se imputa y aplica la

(1) Ley 3, tít. 6, lib. 10, N. R.

(2) Ley 5, id., id.

(3) Ley 8, id., id.

donacion primeramente al tercio, despues al quinto, y lo que sobrare á la lejitima (1). Pero si la donacion fuere por causa, se cuenta primero como lejitima, despues se aplica al tercio, y últimamente al quinto; y cualquier donacion que esceda de estos límites de lejitima y mejoras de tercio y quinto, es en cuanto al exceso inoficiosa, y debe restituirse á los demas interesados, porque ningun hijo puede recibir mas que lo que la ley le permite de la herencia de su padre (2).

No es lícito á los padres dar ni prometer á sus hijas, por via de dote ni casamiento, el tercio ni el quinto de sus bienes; ni estas pueden entenderse tácita ni expresamente mejoradas por ningun contrato entre vivos (3). Pero no alcanza dicha prohibicion á impedir que los padres mejoren á sus hijas por testamento, como no lo hagan con respecto á la dote y en fraude de la ley. La ventaja que tienen los varones sobre las hembras, dice el autor ya citado, de que las donaciones *propter nupcias* les puedan aprovechar para mejoras, cuando á las mujeres no les sirven á este fin sus dotes, las compensan las mismas mujeres, con la circunstancia de que las dotes dadas ó prometidas quedan preservadas del vicio de inoficiosas, con tal que quepan en los bienes del padre, segun la estimacion que estos tuvieran, ya al tiempo que las dió ó prometió, ya en el de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas; al paso que en las demas donaciones se ha de atender precisamente al tiempo de la muerte (4).

La facultad de mejorar los padres á sus hijos lejitimos se entiende aun cuando sean estos de diversos matrimonios; estendiéndose igualmente á los abuelos, los cuales pueden mejorar á sus nietos y demas descendientes lejitimos, no solo en el quinto, sino hasta en el tercio, aun cuando sus hijos, padres de los referidos nietos, esten vivos (5).

Las madres y abuelas, aunque no pueden mejorar á sus descendientes, por contrato sin licencia de su marido, tienen facultad de hacerlo estando viudas. Pero si el marido consiente la mejora, ó si muerto este la confirma la viuda, será válida; y es opinion comun, que tampoco puede la mujer hacer la mejora, renunciando la ley 53 de Toro que le obliga á pedir licencia á su marido, porque las renunciaciones se entienden siempre de lo favorable, y no de lo adverso.

Por regla general, los bienes que los hijos hayan recibido de sus

(1) Ley 10, tít. 6, lib. 10, N. R.

(2) Ley 3, tít. 3, lib. 10, N. R.

(3) Ley 6, id., id.

(4) Ley 3, id., id.

(5) Ley 20, tít. 6, lib. 11, N. R.

padres en razon de mejora, no deben llevarlos á colacion, es decir, no deben entrar en parte de pago de las respectivas lejítimas. Però las dotes y donaciones *propter nupcias* ó por otra causa que los hijos hayan recibido de sus padres, y no pertenezcan á mejoras, deben llevarlas á colacion, para que aumentándose con ellas el caudal paterno, pueda dividirse este con igualdad entre ellos. Sin embargo, si los hijos que hubieren recibido esas dotes ó donaciones quisieren separarse del derecho á la herencia, pueden hacerlo, siempre que aquellas no sean inoficiosas ó excesivas, pues si lo fueren, tienen obligacion de devolver el exceso á los demas herederos (1).

Tambien debe llevar el hijo á colacion y particion su peculio profecticio (2); pero no el adventicio, ni el castrense, ni cuasi-castrense, los cuales son privativos de aquel, sin que á ellos tengan derecho alguno sus hermanos (3).

Aunque no es verdadera mejora, tampoco tienen obligacion los hijos de llevar á colacion lo que el padre hubiere gastado en darles estudios, en armarlos caballeros ó en los libros que les haya dado para aprender alguna ciencia (4). Tal es la opinion de algunos intérpretes, aunque muy combatida por otros que quieren se imputen y lleven estos gastos á cuenta de mejoras á ejemplo de la donacion simple, lo cual parece contrario al texto de la ley 3, tít. 13, P. 6. Otros juriscónsultos amplian tanto la predileccion en favor de algunos hijos, que sostienen debe entenderse como mejora, y no llevarse á colacion ni particion lo gastado por el padre en la consecucion de los grados de doctor ó de otra clase obtenidos en las universidades; pero no dan una razon convincente, y en contrario influye la poderosa de que las mejoras, como causa de notable desigualdad en la fortuna de los hijos, deben mas bien restringirse que ampliarse.

CAPITULO XX.

De la revocacion de mejoras.

Tanto el padre como la madre que hubiese mejorado á sus hijos ó descendientes lejítimos en el tercio de sus bienes, por testamento ó última voluntad, ó por contrato entre vivos, ya esté ó no el hijo en

(1) Ley 5, tít. 3, lib. 10, N. R.

(2) Ley 3, tít. 13, P. 6.

(3) Ley 5, id., id.

(4) Leyes 3, tít. 4, P. 5, y 5, tít. 13, P. 6.

poder de aquel que ha hecho la mejora, tiene facultad de revócala libremente cuando quisiere hasta su fallecimiento (4). Esta revocacion puede hacerse de dos maneras: ó por palabras expresas, ó de hecho: en el primer caso no queda la menor duda sobre su validez, por permitirlo la ley, como ya se ha indicado; y en el segundo, es decir, enajenando la cosa en que consiste la mejora, se presume tambien que se revoca, porque dá á entender tácitamente el mejorante, que ha querido privar de ella al mejorado, en el hecho de ejecutar la enajenacion; pero si esta no es del todo, sino solo una parte del objeto en que consiste la mejora, se entiende que solo en esta parte se revoca, quedando subsistente la restante.

Opinan los autores que para que la enajenacion de la mejora cause revocacion, ha de ser hecha por título lucrativo, en cuyo caso ha habido voluntad libre en el que la ejecuta, y no cuando la ha verificado por título oneroso, el cual supone necesidad de enajenar, á menos que se pruebe lo contrario. Si la mejora está, pues, consignada en finca ó alhaja, y la enajena voluntariamente el mejorante, se supone que ha revocado la mejora, pero no se entiende así, cuando se vé precisado á enajenarla por urgencia propia.

Opinan tambien, que si el padre mejora á un hijo en cierta cantidad que tiene guardada en determinada parte, y con ella compra una finca y despues la vende, se reputa revocada la mejora, porque ya no existe el dinero, ni lo que compró con él y subrogó en su lugar; pero si la finca subsiste en poder del mejorante al tiempo de su muerte, no se presume revocada la mejora, y lo mismo si la permuta por otra finca, porque no se ha consumido la parte de caudal expresamente destinada para dicha mejora.

Otros muchos casos proponen los autores, exponiendo su solucion unas veces con razones fundadas, otras sin mas autoridad que la citada de los comentadores; pero basta para mi propósito hacer mencion de los principios fundamentales, aconsejando á los escribanos, que en las dudas y dificultades que les ocurran para su aplicacion, consulten con jurisconsultos ilustrados, pues no es posible en un tratado de esta naturaleza prevenir y resolver todas las cuestiones, sin incurrir en el defecto tan comun á los escritores cañuistas.

Ya se ha dicho por regla jeneral que la mejora puede revocarse; pero hay sin embargo limitacion de aquella en los tres casos siguientes: 1.º cuando el mejorante ha puesto por sí mismo al mejorado en posesion de la cosa en que consiste la mejora; ó si esta es de una

(4) Ley 17 de Toro, ó 1, tit. 6, lib. 10, N. R.

cantidad determinada, como de tercio ó de quinto, y le ha entregado los efectos que la componen: 2.º cuando le dá ante un escribano la escritura de mejora; y 3.º cuando el contrato se celebra con un tercero, y ha mediado causa onerosa. En estos tres casos es irrevocable la mejora, á no ser que el mejorante por cláusula expresa se haya reservado la facultad de revocarla, ó que haya sobrevenido alguna de las causas por las cuales se revocan las donaciones perfectas.

CAPITULO XXI.

De los albaceas testamentarios y dativos.

Llamánse *testamentarios*, *albaceas* ó *cabezaleros* las personas á quienes el testador confía el cargo de ejecutar su última disposición, especialmente en la parte piadosa y en todo lo demas que aquel quiere prevenirles. Son aptos para ejercer esta confianza todos los que tienen capacidad de testar; y aunque una ley del fuero real prohíbe que lo sean los eclesiásticos, no está en practica su cumplimiento, y se vé con frecuencia desempeñar el albaceazgo.

Los testamentarios, como verdaderos apoderados del testador, están facultados para ejecutar todo cuanto este les previene que hagan; pero si en el nombramiento no se les confieren atribuciones especiales, se concreta comunmente su obligacion, como ya se ha indicado, solo al cumplimiento de la parte piadosa; siendo los herederos los principales responsables de la distribucion de las mandas, legados y demas que el otorgante hubiese dispuesto. Al mismo tiempo son los albaceas como una especie de censores, que vijilan sobre la observancia del testamento para que tenga cumplido efecto en todas sus cláusulas, y se haga la particion de los bienes hereditarios entre todos los interesados.

Los albaceas pueden sin embargo reclamar judicialmente el caudal testamentario á los herederos ó al que lo tenga en su poder para ejecutar por sí lo que el testador hubiere dispuesto, pero solo en tres ocasiones: 1.ª cuando la manda es para obras pias ó de beneficencia; 2.ª cuando el testador ha legado una cosa á otro juntamente con los albaceas; y 3.ª cuando le confiere poder ámplio para pedir judicial y extrajudicialmente sus bienes, á fin de que se cumpla lo que deja dispuesto (1).

(1) Ley 4, tít. 10, P. 6.

Es comun el extender los escribanos en todos los testamentos la cláusula de albaceazgo, con *la facultad de apoderarse de los bienes del testador, venderlos en pública almoneda ó fuera de ella, y de su producto cumplir su voluntad*; pero deben limitarse á insertar esta nota, solo cuando el testador prevenga expresamente que se ponga, con especialidad si los herederos son forzosos, en cuyo caso á excepcion de la parte piadosa, que es como ya se ha dicho, de cargo de los albaceas, los verdaderos testamentarios y ejecutores son los herederos.

Acostumbra á usarse dicha cláusula de que se vendan los bienes en pública almoneda para cumplir la voluntad del testador, porque asi lo previene la ley (1); pero no es muy comun observarse esta formalidad, porque ocasiona gastos á veces innecesarios.

Si el testador hubiese omitido el nombramiento de albaceas, si estos han fallecido antes que aquel, ó antes de cumplir en todas sus partes la disposicion testamentaria; y cuando el difunto no ha dejado testamento, y no teniendo herederos forzosos, se previene por la autoridad judicial el abintestato; se nombran por el juez personas de su confianza, que en clase de *albaceas dativos* se encarguen de distribuir los bienes del difunto con arreglo á derecho.

Los albaceas tienen el término de un año para el cumplimiento de su encargo; pero por lo comun se les prorroga por todo el tiempo necesario.

CAPITULO XXII.

De lo que debe y puede contenerse en un testamento.

Los requisitos esenciales que deben concurrir en todo testamento son varios, á saber: 1.º que el testador se halle con capacidad legal para disponer de sus bienes, segun las doctrinas ya expuestas: 2.º que tenga voluntad libre al tiempo del otorgamiento: 3.º que la institucion de heredero la haga en persona apta para serlo, y teniéndolos forzosos, no les perjudique mas que en la parte que las leyes permiten: 4.º que concurra el número necesario de testigos, y se observen las demas solemnidades explicadas: 5.º y que se confirme con la muerte del testador sin haberle revocado.

Ademas debe cuidar el escribano de que se haga la invocacion divina y la protestacion de fé, de que se exprese la filiacion, naturaleza y vecindad del testador, y de que no se omitan las mandas pias forzosas y los sufragios que en su funeral quisiere el otorgante que se

(1) Ley 62, tit. 18, P. 3.

celebren. Despues de esto se procede á la declaracion de todos los bienes que posea , y de sus créditos y deudas , matrimonios que haya contraído , hijos que tuviere ó hubiere tenido , ya lejitimos , ya naturales , anticipaciones que les hubiere hecho y con qué objeto , dotes , arras y bienes parafernales de su mujer , eleccion de testamentarios ó albaceas , nombramiento de tutores ó curadores á sus hijos , expresion de que se tengan por válidas las memorias reservadas que deje escritas de su puño ó por persona de su confianza , legados , mejoras , declaraciones de todas clases , sustituciones de herederos y legatarios , personas que hayan de ejecutar las particiones de los bienes de la herencia , fundaciones de obras pias de cualquier clase sin vinculacion , y la revocacion de cualquiera otro testamento ó codicilo anterior.

Las mandas pias forzosas son las siguientes : doce reales en la Península é islas adyacentes , y tres pesos en las provincias del Asia y Ultramar (1) para socorro de las familias de los militares que murieron en la guerra de la independendencia. Están obligados á su pago todos los que sean instituidos herederos , incluso los establecimientos religiosos y de beneficencia , y lo mismo los herederos usufructuarios y fideicomisarios , y las testamentarias de los que dejen sus bienes á su alma ó para sufragios (2). Ademas deben aplicarse en todo testamento treinta y seis reales para la conservacion de los santos lugares de Jerusalem y redencion de cautivos : y en Madrid y ocho leguas en contorno cuarenta y ocho maravedís á lo menos para los hospitales.

CAPITULO XXIII.

De las causas que invalidan los testamentos.

Varias son las causas que pueden concurrir para que sea nula una disposicion testamentaria , ó al menos para que se invalide en alguna de sus partes. Es nulo todo testamento otorgado por persona imposibilitada legalmente para ello : lo es asimismo en cuanto á la institucion de herederos , mandas , mejoras y sustituciones , cuando el padre se olvida de hacer mencion expresa de uno de sus hijos , no exheredándolo terminantemente por causa justa y legal que para ello

92 (1) Los escribanos que omitan esta manda incurren en la pena de suspension de oficio por seis meses por la primera vez , un año por la segunda , y privacion absoluta por la tercera. Artículo 1 de la real instruccion de 30 de mayo de 1831.

(2) Artículo 2 de la citada real instruccion.

tenga, ó cuando despues de otorgado el testamento, naciere un hijo del mismo testador; y finalmente por haberse omitido las respectivas solemnidades indispensables, segun las diversas clases de disposiciones testamentarias que se conocen.

Se invalidan estas en una parte, mas no en el todo, cuando el otorgante erró ó se equivocó en la persona que designa por heredero, como si, por ejemplo, instituyó á uno en el concepto de ser su hijo ó su pariente, no siéndolo, en cuyo caso es ineficaz la institucion (1); mas quedan subsistentes los legados, fideicomisos y demas que el testador haya establecido. Lo mismo sucede cuando el heredero instituido tiene incapacidad legal de serlo, pues entonces es tambien nula la institucion; pero queda válido todo lo restante del testamento, por no ser esencial este requisito (2); é igualmente cuando el heredero no quiere aceptar la herencia, pues en este caso queda asimismo insubsistente en cuanto á este punto, pasando á los herederos *ab-intestato*, sin perjuicio de observarse todo lo demas prevenido por el testador.

CAPITULO XXIV.

De las aceptaciones y repudiaciones de herencias.

Todo heredero, ya lo sea por testamento ó abintestato, ya lejítimo ó extraño, tiene derecho á deliberar si le conviene ó no aceptar la herencia. Para ello el juez puede concederle el plazo de nueve meses, y aun reducirlo á cien dias, si creyere que bastan. Pero lo mas comun es, que se use del derecho ó beneficio llamado de *inventario*, que consiste en no quedar obligado el heredero á pagar mas deudas del difunto, que lo que importasen los bienes de la herencia.

Este inventario debe empezarse dentro de treinta dias contados desde que el heredero tuvo noticia de que lo era, y concluirse en los tres meses inmediatos; pero comunmente este plazo se proroga hasta un año, especialmente cuando los bienes hereditarios están situados en varios pueblos.

Sostienen algunos autores, que este inventario debe hacerse por escribano público; pero no hallo razon alguna que asi lo persuada, pudiendo por consiguiente ejecutarse ante cualquiera de los escribanos autorizados para diligencias judiciales, y aun es permitido y se acos-

(1) Ley 12, tít. 3, P. 6.

(2) Ley 1, tít. 18, lib. 10, N. R.

tumbra con mucha frecuencia hacerse extrajudicialmente por los interesados en la herencia. Lo que sí es indispensable, que se verifique con intervencion, ó al menos con citacion de todos ellos, para que concurran los que lo tengan por conveniente.

Si se probare al heredero que hizo maliciosamente el inventario, encubriendo algunos bienes del difunto, queda responsable á pagar el duplo de lo ocultado á los legatarios interesados en la herencia. Si hubiese admitido esta dejando pasar el término sin inventariar los bienes, quedan responsables, tanto los del heredero como los del testador, á satisfacer las deudas hereditarias y las mandas del difunto, sin poder retener ni sacar para sí la cuarta parte (1).

Hechos los inventarios, ó antes de su formacion, pueden los herederos renunciar la herencia; si son mayores de 25 años, por sí mismos y sin restriccion alguna; si menores de edad, pero mayores de 14 ó de 12 respectivamente, y no están bajo la patria potestad por haber muerto el padre, se requiere permiso judicial; aunque en realidad la aceptacion bajo el beneficio de inventario es suficiente en todo caso, porque por medio de ella el heredero está siempre á lo favorable, y nunca á lo adverso.

La aceptacion puede hacerse, espresándose terminantemente por palabras, ú omitiéndose toda manifestacion; pero usándose de los bienes hereditarios como dueño. No se entiende, sin embargo, por aceptacion encargarse de los bienes con el fin de que no se pierdan ó deterioren, y no con intencion de heredarlos (2).

Si una persona instituye por heredero á un menor con ánimo de que la herencia sea para él y no para su padre, puede el hijo adquirirla sin consentimiento de este, y será peculio adventicio, cuya propiedad es del hijo y el usufruto del padre. Si el heredero fuese demente ó menor de siete años, debe entrar en la herencia el padre ó el curador en nombre de aquel: y si alguno muriese sin testamento, dejando á su mujer en cinta, y creyendo que lo está, debe esperarse á que dé á luz la prole, y entre tanto ninguno puede apoderarse de la herencia (3). Las diligencias que han de practicarse en este caso para la vijilancia y seguridad del parto, y para evitar todo engaño, pueden verse en la ley de Partida (4).

El descendiente del difunto tiene derecho á reclamar la herencia á pesar de haberla repudiado; pero ha de ser dentro de tres años, y

(1) Ley 10, tít. 6, P. 6.

(2) Ley 11, id., id.

(3) Ley 16, id., id.

(4) Ley 17, id., id.

no han de estar enajenados los bienes (1). Si los herederos son extraños y alguno de ellos repudia la herencia, los que la aceptan han de hacerlo en su totalidad y no á medias (2).

Hasta despues de finalizado el plazo conocido para hacer el inventario, no tienen derecho á pedir cosa alguna al heredero aquellos á quienes se les ha dejado algo en el testamento. Tampoco debe el heredero pagar las mandas hechas por el testador, hasta que haya satisfecho sus deudas, y aun despues de abonadas estas, puede retener la cuarta parte de la herencia, llamada *cuarta falcidia* (3).

Los gastos del entierro y funeral deben sacarse del quinto de la herencia, y no del cuerpo jeneral de ella (4).

Los acreedores no pueden tomar cosa alguna de su propia autoridad, bajo la pena de devolver lo que hubiere tomado y perder su derecho. Pero si recelan alguna ocultacion, disipacion ó fuga, están autorizados para pedir que el heredero otorgue fianzas (5).

CAPITULO XXV.

De las sucesiones intestadas.

Habiendo tratado detenidamente de toda clase de disposiciones testamentarias, y de las doctrinas que tienen relacion con ellas, nos ocuparemos ahora de las sucesiones intestadas, materia que aunque no interesa tan directamente á la clase á quien se dirijen estas lecciones, debe ocupar tambien su atencion por el íntimo enlace que tiene con los conocimientos sobre particiones de los caudales hereditarios, en cuya práctica entienden por lo comun los escribanos.

Muere intestado ó *ab-intestato* el que no ha hecho testamento, ó el que lo ha otorgado con vicio de nulidad, y tambien el que ha dejado un documento de esta clase válido, pero roto despues ó rescindido por algun motivo legal (6). La ley de Partida repúta asimismo por intestado al que deja instituido un heredero que no acepta la herencia; pero la recopilada (7) no considera como cualidad precisa para que haya testamento la de haber heredero, y así cuando este repudia

(1) Ley última, id., id.

(2) Ley 18, tit. 6, P. 6.

(3) Ley 7, tit. 6, P. 6.

(4) Ley 9, tit. 20, lib. 10, N. R.

(5) Ley última, tit. 13, P. 1.

(6) Ley 1, tit. 13, P. 6.

(7) Ley 1, tit. 18, lib. 10, N. R.

los bienes hereditarios, ó no los acepta, se entiende que hay testaméntaria y no *ab-intestato*.

Tres clases hay de sucesores á los bienes de los que mueren sin dejar heredero instituido por testamento, á saber: *descendientes*, *ascendientes* y *colaterales* (1). La primera y siempre preferida es la de los hijos, sin distincion de sexo, edad, ni estado ó condicion civil (2): en cuyo caso se hallan tambien los nietos cuando ha muerto el padre de ellos, es decir, el hermano de los otros descendientes del difunto; con la diferencia de que entran representando á aquel, y por consiguiente aunque sean dos, tres ó mas, optan solo á la parte correspondiente al padre, si viviera, la cual es divisible entre todos por haber este muerto (3).

Explicase esta regla por los autores, diciendo que las sucesiones se hacen por *cabeza* ó por *estirpe*: en el primer caso sucede por sí una persona sin representacion de otra; y en el segundo, representando la estirpe ó tronco de donde proviene. En aquel se hacen tantas partes cuantas son las personas que heredan, y en este tantas cuantas son las estirpes de donde provienen los que entran en la sucesion. Por ejemplo, uno muere dejando á Antonio y á Juan, sus hijos, y á dos nietos hijos de Pedro, ya difunto: en este caso se harán tres partes, una para Juan, otra para Antonio, y la tercera pasará á los hijos de Pedro en *representacion* de su padre, á quien corresponde la otra parte, dividiéndola entre sí por iguales porciones. Lo mismo puede decirse, si en vez de los dos hijos de Pedro hubiese nietos ó biznietos de este, pues siempre entra á suceder por representacion toda la línea de descendientes hasta lo infinito.

El hijo que muere recién nacido, si se considera abortivo, no hereda á su padre; pero sí, cuando ha nacido todo vivo, y á lo menos ha tenido de vida veinte y cuatro horas naturales y sido bautizado. Considérase parto abortivo, y no natural, cuando el hijo nace en tiempo en que no pudiese vivir naturalmente (4).

Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio suceden juntamente con los legítimos, pues se reputan iguales á estos y con mas opcion que los legitimados por gracia ó rescripto real, aunque este fuese anterior al nacimiento ó legitimacion de aquellos; cuya regla tiene lugar lo mismo en la sucesion de los bienes del padre que en

(1) Ley 2 y siguientes, tít. 13, P. 6.

(2) Ley 3 del mismo tít. y P.

(3) Ley 3, id., id.

(4) Ley 2, tít. 3, lib. 10, N. R.

los de la madre. Para suceder en los bienes de los otros parientes, y en las honras y preeminencias, son iguales dichos hijos legítimos por rescripto real, á los legítimos (1).

No dejando el difunto ningun hijo legítimo ni legitimado, entra á sucederle el natural. Este es segun la ley, «el que es nacido de padres que, al tiempo que naciere ó fuere concebido, podian casarse justamente sin dispensacion: con tanto que el padre lo reconozca su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hubo en su casa ni sea una sola (2).» Pero dicha sucesion es solo de dos partes de las doce en que para los efectos legales se suele dividir la herencia partiéndola con su madre (3), sin oposicion de la viuda del difunto (4).

Los hijos espúreos no están llamados á la sucesion de su padre, porque jeneralmente se duda quién sea, y entran á suceder á su madre (5). Son sucesores de esta los hijos naturales y expúreos, por su órden y grado, aunque sobrevivan á la misma ascendientes (6); esto es, primero los naturales, y en su defecto los expúreos, segun la mayor ó menor proximidad; pero están excluidos los de union ilícita (7), los de clérigo ordenado de órdenes mayores, y los de monjas y frailes profesos (8).

Los adoptivos tienen tambien derecho á heredar á los que los han adoptado (9); pero jeneralmente se entiende esto cuando el padre adoptivo no ha dejado hijos legítimos ni naturales (10), y aun opinan algunos que los ascendientes legítimos y naturales del padre adoptivo excluyen á dichos hijos.

Al mismo tiempo que los descendientes, puede ser partícipe en la herencia del difunto la viuda de este, á quien no quedase con que vivir honestamente, en cuyo caso tiene derecho á heredar la cuarta parte de los bienes de aquel, no excediendo de cien libras de oro. Es-

(1) Ley 12 de Toro, ó 7, tít. 20, lib. 10, N. R., que altera la 11, título 13, P. 6.

(2) Ley 11 de Toro, ó 1, tít. 54, lib. 10, N. R.

(3) Ley 8, tít. 13, P. 6.

(4) Ley 9, id., id.

(5) Asi se deduce de la ley 9 de Toro, ó 5, tít. 20, lib. 10, N. R.

(6) Ley 7, tít. 20, lib. 10, N. R.

(7) Ley 5, id., id.

(8) Leyes 4 y 5, id., id.

(9) Leyes 8 y 9, tít. 16, P. 4.

(10) Asi opinan los autores fundados en las leyes 5, tít. 6, lib. 3, y 1, tít. 22, lib. 4 del Fuero Real, y las 1 y 7, tít. 20, lib. 10, N. R.

ta cuarta debe sacarse de todos los bienes del difunto, aunque este haya muerto con testamento, á menos que sea tan rico, que dejando menos de dicha porcion á su mujer, tuviese esta lo suficiente para vivir (1).

No habiendo descendientes, pasa la herencia al segundo orden de sucesores, que son los padres y abuelos, segun la proximidad del grado, en el cual no tiene lugar la representacion, sino el mas inmediato excluye al mas remoto. Muriendo, pues, alguno dejando padre y abuelos maternos, entrará á suceder exclusivamente el padre, y esto sin hacerse division entre bienes paternos y maternos, pues todos los dejados por el difunto, sin distincion de su orijen, pasan á los ascendientes que se hallan en igual grado; esto es, al padre y la madre, si viven ambos; á la madre ó al padre, viviendo solo alguno de ellos; y á los abuelos, si ya han muerto los padres del difunto (2). Esta regla no tiene lugar en las poblaciones donde segun el fuero del pais se acostumbra á que vuelvan los bienes al tronco de donde hayan provenido. Pero debe advertirse (dice oportunamente Sala), que si los ascendientes que han de heredar son abuelos del difunto, porque ya habian fallecido sus padres, la división debe hacerse por líneas en partes iguales, aunque las personas sean desiguales en número; es decir, que si por parte de padre solo queda el abuelo, y por la madre ambos abuelos, corresponde la mitad al abuelo paterno, y la otra mitad á los abuelos maternos (3). Será, pues, este modo de suceder medio entre los dos famosos de en stirpes y en cabezas. No es en stirpes, porque no ha lugar á la representacion, excluyendo siempre el mas próximo al mas remoto; y no es en cabeza, porque un solo abuelo *saca de una* parte tanto como los dos de la otra.

«El tercero y último orden de suceder (continúa el mismo autor) es el de los parientes colaterales, que nunca llegan á concurrir con los ascendientes, aunque sean hermanos del difunto (4). Faltando, pues, descendientes y ascendientes, pasa la herencia á los hermanos de ambos lados y á sus hijos; si no hubiese de estos los hermanos de un solo lado y sus hijos; y si concurrieren hermanos de padre ó sus hijos, con hermanos de madre y sus hijos, se dividirán los bienes de modo que los paternos vayan á los hermanos de padre, y los maternos

(1) Ley 7, tit. 13, P. 6.

(2) Ley 4, id., id.

(3) Ley 4, id., id.

(4) Ley 2, tit. 20, lib. 10, N. R., que altera la 4, tit. 13, P. 6.

á los de madre; y los demas bienes se repartirán entre todos ellos con igualdad (1). Si el difunto no dejase tampoco hermano alguno, sino hijos de hermano, le sucederán estos en cabeza, haciéndose tantas partes iguales entre ellos cuantas son sus personas, á diferencia de cuando concurren con sus tios, que suceden en stirpes (2), con exclusion de los tios del difunto, porque despues de los hermanos y sus hijos la ley llama á los parientes mas cercanos por solo la razon de proximidad (3). Por lo que se ha expuesto (prosigue el mismo autor) se han formado dos axiomas dignos de tenerse en la memoria: 1.º *En la linea lateral la representacion no pasa de los hijos de los hermanos, y solo tiene lugar en ellos cuando concurren con sus tios*: 2.º *tampoco pasa de los hijos de los hermanos el dar preferencia al mayor parentesco, ó su doble vínculo*; esto es, tenerlos por parte de padre y madre, respecto del que lo tiene solo por un lado.»

«Lo que hemos dicho de la sucesion entre los laterales, debe observarse entre los legítimos. Pero si el difunto, ó el que le ha de suceder, fuere ilegítimo, se observarán las reglas que siguen. Si el que murió era natural, le sucederán los hermanos de madre y sus hijos, y si algunos de estos hermanos fuesen legítimos, serán preferidos á los que no lo son.... y si solo dejáre hermanos de parte de padre y no de madre, serán admitidos á la sucesion, y entre ellos serán preferidos los legítimos (4).»

«Si se trata de suceder á un legítimo que no dejó parientes legítimos, sino solamente naturales, le sucederán los que lo son por parte de madre (5): pero los parientes por parte de padre estarán del todo escluidos, aunque sean hermanos (6).

Por la ley de Partida (7) el derecho de suceder abintestato los parientes laterales del difunto, se termina en el grado décimo. La recopilada habia alterado este orden, concediendo al Estado los bienes de los que, muriendo sin testamento, no tenian parientes dentro del cuarto grado; pero otra mas reciente ha modificado una disposicion tan opuesta á los vínculos naturales y al bienestar de las familias. En su consecuencia, no habiendo descendientes y ascendientes legítimos, entran á heredar los hijos ilegítimos pero legitimados, los hermanos, tios,

(1) Leyes 5 y 6, tít. 13, P. 6.

(2) Leyes 5, tít. 13, P. 6., y 2, tít. 20, lib. 10, N. R.

(3) Ley 6, tít. 13, P. 6.

(4) Ley última, tít. 13, P. 6.

(5) Dicha ley.

(6) Sala, lugar citado.

(7) Ley 6, tít. 13, P. 6.

primos y parientes dentro del cuarto grado, y á falta de estas personas, las que se siguen: 1.º los hijos naturales legítimamente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo á la sucesion del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre: 2.º el cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento; aunque entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raices de abolengo á los colaterales: 3.º los colaterales desde el quinto grado hasta el décimo inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesion. Faltando todos estos, corresponden los bienes al Estado (1).

La ley recopilada prohíbe que los religiosos profesos de ambos sexos sucedan á sus parientes á abintestato (2); pero otras mas modernas (3) han habilitado á los secularizados y exclaustrados, como ya en otro lugar se dijo, para adquirir bienes de cualquiera clase, ya sea abintestato, ya por testamento.

Los bienes de los que mueren intestados deben entregarse íntegramente á los parientes á quienes pertenezcan por derecho de sucesion, aunque haya costumbre en contrario (4): teniendo obligacion los herederos de hacer el entierro, exequias y funeral que sean de estilo en el pais, con arreglo á la categoría y circunstancias del difunto. En caso de omision, el juez de primera instancia debe obligarlos á ello, aunque sin mezclarse en hacer inventario de los bienes, bajo el pretexto de aplicar los que correspondan en sufragio de aquel. Pero cuando alguno de los herederos fuere menor ó estuviere ausente, si puede la autoridad judicial prevenir el abintestato y hacer el inventario de oficio.

CAPITULO XXVI.

De la cuarta trebeliánica y de la cuarta falcidia.

Ya en el lugar oportuno se trató de los fideicomisos, y de la obligacion que tienen los herederos fideicomisarios de cumplir la voluntad del testador, distribuyendo el caudal hereditario en las mandas ó legados, obras pías, y demas que les hubiere prevenido. Mas, como en premio de su cargo, está señalada por la ley á los fideicomisarios la cuarta parte de la herencia que ha de entregarse á otro, y esta es

(1) Artículo 2 de la ley de 16 de mayo de 1835.

(2) Ley 17, tít. 20, lib. 10, N. R.

(3) Ley de 29 de junio de 1822, restablecida en 27 de enero de 1837, y artículo 38 de la ley de 29 de junio de 1837.

(4) Ley 14, tít. 20, lib. 10, N. R.

la que se llama *cuarta trebeliánica*. Para deducir esta cuarta parte, se toma en cuenta lo que haya dejado el testador al heredero fideicomisario, y lo mismo sucede respecto del importe de los frutos de la herencia que hubiere percibido antes de entregarla; de modo que si estos ascienden á una cuarta parte del valor de todo el caudal, no tiene derecho el fideicomisario á una nueva deducción. Pero este se entiende respecto del extraño, pues si el fideicomisario fuere hijo del testador, hace suyos los frutos que hubiere producido la herencia (es decir, la parte de que el padre puede disponer) antes de entregarla, sin que se tomen en cuenta de su legítima, la cual debe sacarse íntegra del cuerpo del caudal, aunque el testador lo hubiese dispuesto de otro modo (1).

El derecho de recibir la cuarta trebeliánica, opinan algunos autores que debe entenderse, si el fideicomisario ha cumplido voluntariamente los encargos del testador; pero no cuando á ello ha sido apremiado por la autoridad judicial (2); pero en el día, que no hay precisión de apremiar al heredero á que acepte la herencia, porque puede admitirla por sí el sustituto cuando aquel la desecha (3), no parece eficaz esa distinción, y en todo caso debe el fideicomisario contribuir al pago de las deudas á prorata con el importe de dicha cuarta trebeliánica.

Dudoso es si en España corresponde á los herederos la *cuarta falcidia*, despues de las innovaciones hechas por la ley recopilada; aunque la comun opinion y la práctica suelen estar por la afirmativa; pero á nuestro propósito basta saber, que dicha cuarta falcidia consiste en la cuarta parte, que corresponde al heredero, de cada uno de los legados establecidos por el testador, cuando en estos se consume toda la herencia, ó no le queda á aquel ni la cuarta parte de su importe (4). No se habla del caso en que el heredero es descendiente ó ascendiente, porque entonces sabido es que por cuantiosos que sean los legados, es preferido aquel en deducir su legítima. Pero siempre que hubiere de sacarse dicha cuarta falcidia, han de rebajarse antes las deudas hereditarias, los gastos del funeral y entierro, y los demas que se hicieren por razon de la muerte del testador (5); aunque teniéndose presente, que si alguno ha sido mejorado en el quinto, son de su priva-

(1) Ley 8, tit. 11, P. 6.

(2) Ley 8, id., id.

(3) Ley 1, tit. 18, lib. 10, N. R.

(4) Ley 1, tit. 11, P. 6.

(5) Ley 2, id., id.

tivo cargo estos gastos hechos en beneficio del alma del mismo testador (1).

Para deducir la cuarta falcidia debe atenderse al valor de los bienes de aquel al tiempo de su muerte; de modo que el aumento ó disminucion de sus bienes, ocurrido despues de su fallecimiento, cede en pro ó en perjuicio del heredero, y á los legatorios les queda siempre la misma porcion, sea que se aumente ó que se disminuya (2).

No están sujetos á la extraccion de la cuarta falcidia los legados siguientes: 1.º los que deja el testador á la iglesia, hospital de pobres, lugar religioso ú otra obra piadosa: 2.º los que fueren instituidos en testamento militar (3): 3.º los de cosa cierta, prohibiendo el testador al legatario que la venda ó enajene (4): 4.º tampoco se saca dicha parte, si el heredero hubiere pagado algunos legados sin deducirla, creyendo ser bastante la herencia para entregarlos todos íntegros, á no ser que despues de haberlos empezado á satisfacer de este modo, se descubriese alguna deuda considerable del difunto, de la cual antes no se hubiera tenido noticia, pues entonces puede sacar la cuarta de las mandas que aun no hubiesen entregado (5): 5.º pierde el derecho á la falcidia el heredero que maliciosamente alterase el testamento ó los legados para que no valiesen, ó el que hubiese hurtado alguna cosa legada por el testador, ó las negase maliciosamente suponiendo ser suyas y no de este: 6.º no se saca tampoco cuando el testador lo prohibe (6): 7.º ni cuando el heredero no hubiese formado inventario del caudal de la herencia (7): 8.º ni por último, de lo que este deje á alguna persona para constituir una dote.

(1) Ley 9, tit. 20, lib. 10, N. R.

(2) Ley 3, tit. 11, P. 6.

(3) Ley 4, id., id.

(4) Ley 6, id., id.

(5) Dicha ley.

(6) Ley 6, id., id.

(7) Ley 7, id., id.