

LA ILUSTRACION  
DEL  
DERECHO CIVIL ESPAÑOL  
DE  
D. JUAN SALA

Con variaciones y la correspondencia de las  
leyes del Ecuador.

POR R. JUANÓ

*Et corruptissima Republica plurimæ leges. TACITO. Ann. l. 3. c. 27.*

TOMO I. y II



QUITO

IMP. DE F. BERMEO, POR MANUEL VIEIRA.

MDCCCLV.

1855

BIBLIOTECA  
NACIONAL  
QUITO-EQUADOR

**E**L editor de obra ajena que añade su nombre, se obliga á dar alguna razon de su nuevo trabajo. En el presente se ha llevado la mira principal 1.º de aclarar rectificando varias disposiciones legales á que se refería el testo de Sala, 2.º de insertar las de nuestro propio derecho, es decir, las leyes actuales del Ecuador concordantes ó derogatorias, ó de cualquier modo reformatorias de las de España, 3.º dejar las notas útiles de las puestas por nuestro benemérito compatriota el Dor. Luis Fernando Vivero, 4.º dar la 2.<sup>a</sup> *Parte* que por su muerte no alcanzó á publicar, y por último ocurrir con algun número de ejemplares á la escasez que sentian ya los cursantes de Universidad de la obra adoptada por la Junta de gobierno para el estudio del *Derecho*, aun despues y conforme á la ley sobre libertad de estudios. Tan conocida como la obra de Sala, era la necesidad en que estabamos de que el estudio de su testo contuviera lo que se ha sustituido al derecho antiguo, para no imbuir á los principiantes cual leyes vijentes las que van siendo abolidas por las nuestras; ya que no posemos una obra elemental mas adecuada de esta ciencia y apropiada á nuestras instituciones republicanas.

Las variaciones ó reformas y el aumento han producido un conjunto sobrado de doctrinas que diversifican mucho esta edicion de todas las precedentes, incluso las de Salvá. Con todo, nada hay en la que ahora se publica, propio del editor, sino haber entresacado las doctrinas de aquellos Escritores que están mejor recibidos en las aulas y en el foro; lo que se advierte para que nadie, por no encontrarlos citados, lo acuse de plájio; porque no ha presumido poner nada de su pobre caudal: lo ha guiado en una

que otra indicacion, el solo deseo de que cualquiera obra para cursantes de jurisprudencia fuese presentando oportunamente ideas por pocas que sean, conformes con el sistema de gobierno y con las opiniones sanas del lugar y tiempo en que se imprime. Las citas de AA. se han omitido por no engrosar los volúmenes, sin dejar mas que las que se creyeron necesarias para los que no siendo principiantes quisieren hacer uso de esta obra ; por lo mismo que se añadieron en la mayor parte las correspondencias de la Novis. Recopilacion, consultando solo á la comodidad de muchos que tienen esta y no la Nueva ; no estando aquel Código legal autorizado en el Ecuador ; pues no lo incluyó espresamente la ley del procedimiento civil entre los cuerpos de leyes vijentes, y la Corte Suprema ha improbadó á los jueces que lo citasen en sus sentencias.

En la parte práctica de juicios civiles casi se ha abandonado al autor, y en la parte criminal enteramente ; porque ya tenemos jurados, procedimiento criminal y Código nacional de delitos y penas.

Como el 1.<sup>o</sup> tomo estuvo ya impreso ha sido forzoso poner en el 2.<sup>o</sup> algunas innovaciones de las producidas por las leyes de 1854, que correspondieran al primero.

Las cifras numéricas en la *Serie de los Delitos*, son las mismas que las de los artículos del Código penal, no alteradas á fin de facilitar las citas cuando se necesitaren.

Varios inconvenientes han hecho imposible seguir un solo tenor ortográfico en la impresion ; si bien es verdad que por lo que hace á la z antes de c, intencionalmente va sustituida con la s atendiendo á que entre nosotros jeneralmente se reputa afectada la pronunciacion de aquella letra á la española.





**ILUSTRACION**  
**DEL**  
**DERECHO CIVIL DE ESPAÑA.**

**LIBRO I. — TITULO I.**

**DE LA JUSTICIA, Y DEL DERECHO.**

TIT. 1. Y 2. PART. 1. Y TIT. 1. P. 3. — TIT. 1. LIB. 1. INST.

1. *De la justicia.* — La ley 1.<sup>a</sup> tít. 1. P. 3. define la justicia : *Raigada virtud que dura siempre en las voluntades de los omes justos é da é comparte á cada uno su derecho igualmente.* Esta definición alude al hábito virtuoso que consideran los moralistas ; pero para la ciencia del derecho se atiende solo al acto y no al hábito. El acto que es conforme con la ley, es acto justo, independientemente de que su autor esté ó no habituado á tales actos ó á practicar constantemente la justicia. Por donde se vé tambien que la autoridad humana únicamente se ejerce sobre los actos, sin examinar la conducta ordinaria ó la conciencia del individuo. Se define pues mas exactamente la justicia diciendo ser: “la conformidad de nuestras acciones con los preceptos de las leyes.

2. *De la justicia distributiva y conmutativa.* — Dividen los autores la justicia en distributiva y conmutativa. La primera es la que reparte premios, honores, oficios, cargas ó penas, segun los méritos, prendas, bienes ó grado de delito de cada uno. Esta ejerce Dios con nosotros cuando morimos. Conmutativa es : la que da á cada uno lo que es suyo, ó se le debe por razon de contrato ú otra causa lejitima obligatoria.

3. *Del derecho en general.* — El conjunto de leyes de cada es-



pecie es lo que se llama derecho : v. g. el conjunto de leyes divinas, "derecho divino : de las leyes civiles, "derecho civil : de las naturales, "natural &c. Como se supone que toda ley solamente debe mandar lo que sea justo, de aquí es que se toma muchas veces *derecho por justicia*, y en este sentido dice la l. 3. tit. 1. P. 3. : *Los mandamientos de la justicia é del derecho son tres. El primero, que el ome viva honestamente cuanto en sí. El segundo, que non fagu mal, nin daño á otro. El tercero, que dé su derecho á cada uno \**.

4. *Del derecho natural.* — *El conjunto de las leyes promulgadas por Dios á todo el jénero humano por medio de la recta razon, se llama derecho natural.* Solo para darle mas fuerza con la jeneralidad estendiéndolo á los brutos, definió Justiniano este derecho, y siguió la ley de Part. : *El que han en sí los omes naturalmente, é aun las otras animalias, que han sentido.* Mas de su lejitima definicion deducimos que el derecho natural es para los hombres, y que es inmutable; porque así la voluntad de Dios de donde dimana, como la razon por cuyo medio se promulga, son inmutables. Si se mudase el derecho natural, ó Dios no seria ya Dios, ó se volveria contrario á la razon lo que antes era conforme á ella, y esto es absurdo. Concluimos por tanto que el derecho natural es "inmutable.

5. *Del derecho de jentes.* — *Gens* en latin, significa en castellano, "Nacion. Muchos usos recibidos por leyes de todas ó gran parte de las naciones, merecieron ser llamados de *derecho de jentes*, como "el dominio, "los contratos de compra y venta, "la testamentifaccion &c.; y por cuanto en el derecho natural, del cual se deriva todo derecho humano positivo, se fundan esas disposiciones adoptadas jeneralmente, dividieron los autores el derecho de jentes en *primario y secundario*, segun se deducian sus decisiones mas ó menos inmediatamente de la razon natural; pero ahora con mas propiedad, se llama el derecho de jentes, *derecho internacional*, y es "el conjunto de leyes ó reglas que las naciones deben observar entre sí para su seguridad y bienestar comun.

6. *Del derecho civil.*\*\*—El derecho civil es : "el que han establecido los hombres para el gobierno de cada Nacion : en él deben dirigirse siempre á lo justo y conforme á la voluntad de Dios; con cuyo respecto dicen las ll. 4. tit. 1. P. 1. — 1. tit. 1. lib. 2. R. C. que los mandamientos de la ley deben ser leales é cumplidos segun Dios y segun justicia. El derecho civil se divide en *escrito ó no escrito*, el escrito es "el que ya está establecido en las leyes, y el no escrito, "la costumbre lejitima.

\* §. Inst. lib. 1. tit. 1.

\*\* Por su esceleucia y aceptacion jeneral, se llama comunmente *civil* el derecho romano.

Los otros derechos como el "canónico, "romano, "administrativo, &c. toman su nombre de los negocios á que sus leyes se contraen en especial, ó de la Nacion para quien se dieron.

7. *De la ley.* — La ley segun Ciceron se dice á *legem* "escojer, porque ella escoje para mandar lo honesto y prohibe lo que no lo sea. Varron y otros juzgan se deriva de la misma *sz legendo*, "leer; porque la ley se leía al pueblo para que la supiese. La l. 4. tít. 1. P. 1. la define así. *Leyenda en que yace enseñanza é castigo escripto que liga y apremia la vida del ome que no faga mal, é muestra é enseña el bien que el ome debe facer é usar* \*. Puede verse á López en la glosa de esta ley, sobre si sea de esencia el que se halle escrita. En España solo el Rey pudo hacer leyes \*\* y solo el lejislador ó la costumbre pueden declarar ó interpretar las que aparezcan dudosas.—Las leyes solo se dan para actos ó negocios futuros, no para los pasados, y esto es lo que se quiere significar diciendo que la ley no debe tener *efecto retroactivo*, l. 15. tít. 14. P. 3. Se dan sobre los casos mas frecuentes, pues los que acontecen raras veces, se gobiernan por lo establecido para los que se encuentren en iguales circunstancias, regla 36. P. 7.

8. *Si obligan á todos y desde cuándo.* — Y desde cuándo y á quienes obligan las leyes? Es principio inconcuso que solo obligan desde que se publican ó promulgan; porque nadie está obligado á deberes que no sabe y porque su publicacion se tiene por solemnidad sustancial para su ejecucion.

Todos los nativos de un estado se hallan sujetos á la ley de su nacion, y aun los extranjeros tienen que someterse á las de policia y seguridad, aunque esten solamente de transeuntes, y tambien por contrato hecho ó delito cometido en el territorio, l. 15. tít. 1. P. 1. Parece inútil decir que los bienes inmuebles, aunque pertenezcan á extranjeros, se arreglan por las leyes de la nacion; bien que estos principios jenerales pueden sufrir limitacion ó estension por los tratados que se celebren con las naciones, los que deben consultarse.

9. *De la interpretacion de las leyes.* — En el único caso de verdadera obscuridad, ambigüedad ó contradiccion de la ley, es necesaria su interpretacion; la que si es jeneral, solo corresponde

\* La mejor definicion de ley dió Santo Tomas *Rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*: precepto de razon para el bien comun promulgado por quien tiene el cargo de cuidar de la nacion.

\*\* Pero esto se entiende despues que los Reyes usurparon el poder lejislativo, el que segun las leyes fundamentales de los diferentes reynos de España, residia en los diputados de los pueblos, que componian las Cortes. En las Repúblicas el poder lejislativo reside en el Congreso.

al legislador, pero si es para aplicar la ley á un caso particular, corresponde al juez ó á los doctores; y por lo mismo hay tres especies de interpretacion. 1.<sup>a</sup> "auténtica, la que hace el legislador: 2.<sup>a</sup> "judicial, la de los jueces y 3.<sup>a</sup> "doctrinal, la de los doctores ó maestros. Interpretar el derecho, ó saber las leyes no es aprender sus palabras de memoria, sino alcanzar su objeto, penetrando en el verdadero sentido de sus palabras, l. 13. tit. 1. P. 1. Los jueces y los jurisconsultos no son libres á interpretar las leyes á su capricho: es menester que la ley ofrezca realmente necesidad de interpretacion. Pueden tenerse presente las siguientes reglas, útiles, con tal que se use de ellas con el discernimiento debido. Para conocer el sentido de la ley se han de pesar maduramente las circunstancias en que fuese dada, las razones políticas que la arrancaron, las ideas dominantes del tiempo &c. De dos leyes, una jeneral y otra particular, aunque parezcan contrarias, no debe inferirse que esta derogue á aquella, á menos que espresamente lo diga. De dos leyes contrarias, cuando una permite y otra prescribe, se debe estar á esta. En igualdad de circunstancias, la ley que manda, cede á la que prohíbe. La ley posterior deroga á la anterior. De dos leyes, siendo las cosas por otra parte iguales, debe preferirse la menos jeneral y que mas se acorquie al punto de que se trata. La que no sufre dilacion, debe preferirse á la que puede tener efecto en otro tiempo. En concurrencia de dos deberes, se ha de atender á la ley que prescribe el mas necesario ó importante. Entre dos leyes ó una misma que imponga mayor pena, ha de estarse por esta.—Con los mismos ó iguales principios deben admitirse los comentarios que hay escritos sobre las leyes, los cuales entonces tienen la correspondiente autoridad, cuando los intérpretes han observado las reglas de la buena interpretacion y valen tanto ó tienen tanta fuerza, cuanta tengan las razones en que se fundan.

10. *De la costumbre.* — El mejor intérprete del derecho es la costumbre, á la que define la l. 4. tit. 2. P. 1. *derecho ó fuero que non es escripto, el qual han usado los omes luen-go tiempo, ayudándose de él en las cosas y en las razones sobre que lo usaron.* Para que se entienda lejitíamente introducida, requiere la l. 5. del mismo tit. el uso del pueblo ó mayor parte de él, por 10 ó 20 años, sabiéndolo el señor de la tierra, *é no lo contradiciendo é teniéndolo por bien.* Y añade que debe ser tenida é guardada por costumbre, si en este mismo tiempo fueren dados "consejeramente dos juicios por ella. Gregorio López opina con razon, que estos dos juicios son un modo de prueba que la ley manifiesta, sin escluir otros; pues muy bien puede suceder que haya reinado una costumbre por mucho tiempo sin que hubiesen recaido juicios conforme á ella. No tiene López igual razon en creer que incautamente puso esta ley, 20 años entre au-



sentes, por decir que "el pueblo siempre está presente; pues algunos ó muchos vecinos de un pueblo pueden haberse ausentado por mas de 10 años y defenderse contra esa costumbre que se hubiese introducido en su ausencia.

11. La costumbre tiene fuerza de ley, y de consiguiente tiene sus efectos, no sólo cuando no hay ley en contrario, sino tambien para derogar la anterior que fuere contraria; y para interpretar la dudosa, qué debe observarse segun la interpretó la costumbre, l. 6. tit. 2. P. 1. \* De ahí viene decirse que hay costumbre fuera de ley, contra ley, y segun ley; pero adviértase que se ha de introducir con derecho, razon, y sin que sea contra la ley de Dios, ni contra señorío, esto es, contra la suprema jurisdicción, ni contra pro comunal de toda la tierra ó lugar dó se hace: pues de otra suerte no seria buena costumbre, mas dañamiento de los que la usaron é de toda justicia, l. 5. tit. 2. P. 1., ó es segun solemos decir, "corruptela \*\*.

Sentados estos principios y adoptada la division comun de los objetos del derecho en "Personas, Cosas y Acciones, empezaremos por el primero, las "Personas, verdadero objeto del derecho; pues si este arregla las "Acciones y distingue las "Cosas, es por la relacion que tienen con las "Personas.

## TIUULO II.

### DEL ESTADO DE LOS HOMBRES, Y DEL DERECHO QUE LES CORRESPONDE

#### SEGUN EL.

TIT. 21, 22 Y 23. PART. 4. — TIT. 3. LIB. 1. INST.

1. *Qué sea estado de los hombres y su division.* — El derecho para sus disposiciones tiene al hombre en mira desde antes de nacer, y lo considera en las diversas condiciones de la vida: los AA. para hablar con orden de esas disposiciones del derecho, dividen el estado de los hombres en "natural y "civil. Así pues,

\* Ley 37 y 38. lib. 1. tit. 3. D.

\*\* Las costumbres de los indios despues que se han hecho cristianos deben tenerse como leyes del derecho no escrito, con tal que no sean con-



“estado de los hombres es: *Condicion ó manera en que los omes viven ó están*, l. 1. tít. 23. P. 4. Los que están en el vientre de la madre se tienen por nacidos cuando se trata de su bien ó comodidad, l. 3. tít. 23. P. 4. \* con tal que despues nazcan vivos, pues si nacieren muertos se reputan no nacidos, l. 8. tít. 33. P. 7. advirtiéndose que para tenerse el hijo por nacido vivo, en cuanto á los efectos legales. requiere la l. 2. tít. 8. lib. 5. R. C. que nazca todo vivo, que viva veinticuatro horas, que sea bautizado, y además, que haya nacido en tiempo en que pueda *naturalmente vivir*; pero mas bien el tiempo en que ha de nacer despues de muerto el marido, para reputarse lejítimo, es lo que dice la l. 4. tít. 23. P. 4.: los que nacen con miembros multiplicados ó menguados, como con una ó tres manos ó pies, son contados por hombres, l. 5. tít. 23. P. 4. \*\*; mas no los que nacen sin figura de hombre, como si tuviesen cabeza ó otros miembros de bestia, ll. 5. y 8. del m. tít. \*\*\*

2. *Varones y hembras*. — Segun el estado natural son tambien “varones ó “hembras, las cuales se comprenden en la palabra *hombres*, salvo en los casos en que las mismas leyes las escluyen, l. 6. tít. 33. P. 7. Aunque por lo comun y en caso de duda, gozan del mismo derecho las hembras que los varones, con todo, por cuanto las leyes se acomodan á lo que regularmente sucede, y de ordinario los varones exceden en prudencia y constancia de ánimo á las hembras, siendo estas de naturaleza mas flaca; hay un axioma que dice: “los varones por razon de la dignidad, y las hembras en cuanto aquellas cosas en que escusa la fragilidad del sexo, son de mejor condicion. Mas por el decoro y bien parecer, casi en todas partes están escluidas de ejercer cargos politicos, y de jurisdiccion, † l. 4. tít. 4. P. 3. \*\*\*\* En otros casos señalados, las favorece la ley escusándolas de la ignorancia del derecho, como cuando han pagado una manda testamentaria que no debian, l. 31. tít. 14. P. 5. ‡.

trarias á la religion y á nuestras leyes escritas, dijo la l. 4. tít. 1. lib. 2 de la R. de Indias; mas ahora los gobiernos americanos desde su gloriosa independencia de España han antepuesto las leyes y costumbres propias á las leyes de la Metrópoli: leyes que por no ser posible abolirlas de un golpe, siguen por desgracia en vigor muchas de ellas, no obstante los defectos de bulto que los mismos españoles les reconocen.

\* L. 7. de statu homin.

\*\* L. 14. ib.

\*\*\* L. 14. ib.

† Las prohiben ejercer cargos menores,

¿Y no brillan en sus sienes las Coronas?

\*\*\*\* L. 2. de div. reg. jur.

‡ L. 9. de juris. et fact. ign.

3. *Mayores y menores de edad.* — La edad constituye una diferencia principal segun la misma naturaleza; y por las leyes los menores de 25 años tienen el notabilísimo privilegio de competirles la restitución *in integrum*, siempre que fueren perjudicados en sus negocios, de lo cual hablaremos en otro lugar. De los menores, cuando los varones han cumplido 14 años y 12 las hembras, se llaman *púberes*, é *impúberes* ántes de cumplirlos. Aunque las leyes españolas no emplean estas palabras de *púberes* é *impúberes*, tienen muchas disposiciones que marcan esta diferencia, como son, que las hembras en la edad de 12 años, y los varones en la de 14 pueden casarse, l. 6. tít. 1. P. 4. : salen de la tutela, l. 21. tít. 16. P. 6. \* y pueden hacer testamento, l. 13. tít. 1. P. 6. \*\* Los que no han cumplido 7 años se llaman infantes, l. 1.<sup>a</sup> tít. 7. P. 2. y l. 4. tít. 16. P. 4. \*\*\* Las leyes romanas llaman *próximo á la infancia* á los que están mas cerca de la infancia que de la pubertad, y á los otros *próximo á la pubertad*, y en esto, sin emplear tampoco las palabras del derecho romano, las leyes españolas siguen la misma diversidad de efectos que aquellas, como por ejemplo, que los próximos á la pubertad, que segun las españolas son los que han cumplido 10 años y medic, se reputan capaces de dolo, y deben sufrir por ello algunos castigos, y no los próximos á la infancia, l. 9. tít. 1.<sup>o</sup> y l. 17. tít. 14. P. 7. y otras †.

4. La primera division del estado de los hombres segun el derecho civil, se hacia, en *libres, esclavos ó siervos*. — NOTA. Aquí seguiriamos con el testó de Sala copiando lo que dispusieron las leyes españolas acerca de los esclavos; pero, fuera de que gracias á la ilustracion de la época, se está aboliendo la degradante esclavitud, y al presente en nuestra República del Ecuador, y en otros pueblos, está del todo estinguida; no sería posible tratar con ánimo sereno, ni menos envolver entre las primeras nociones de derecho para principiantes, la repugnante materia de la esclavitud doméstica. Que el despotismo redujera al hombre á la clase de bestia de carga en los gobiernos absolutos, prueba la degradacion de la especie humana hasta cierto término; pero que el hombre no se hubiese parado, penetrado de horror, al convertir á su semejante en *cosa*, mueble insensible, para traficar inicua-mente con él: pisando así la imájen viva del Autor eterno de los seres criados. . . . es punto que hasta repugnara concebirse si la perversidad del hombre no lo hubiese puesto en práctica y por largos siglos. ¡ Renombre inmortal á las naciones que animadas de

\* Princ. Inst. quib. mod. tut. fin.

\*\* L. 5. qui test. fac. pos.

\*\*\* L. 14. de spons.

† §. 18. Inst. de oblig. que ex del. nasc.

los mas jenerosos sentimientos propenden de comun acuerdo por hacer desaparecer del globo el triste envilecimiento de tantos millares de hombres!

5. Para que se detesto mas lo que habia ordenado sobre esclavos y siervos, dejamos los siguientes párrafos entre comillas, advirtiéndole sí, que por los últimos años aun en la misma España reinaron ideas mas liberales en cuanto á esto, pues en 1820 se adhirió solemnemente á lo resuelto por el Congreso de Viena en 1815 sobre la estincion del tráfico de esclavos.

6. "Servidumbre es : *Postura é establecimiento que hicieron antiguamente las jentes, por la cual los omes, que eran naturalmente libres, se hacen siervos é se meten á señorio de otro contra razon de natura*, l. 1.<sup>a</sup> tit. 21. P. 4. — §. 2. *Inst. de jure pers.* Según esta misma ley hay tres clases de siervos. 1.<sup>o</sup> Los que se toman en la guerra, siendo enemigos de la fe. 2.<sup>o</sup> Los que nacen de las siervas. 3.<sup>o</sup> Los que se dejan vender, siendo mayores de 20 años, §. 4. de *jure pers.* En España son siervos los tomados en la guerra con los Mahometanos, y aun en estos últimos años han sido tan raros, que deben acabarse, si continúa la paz".

7. "Aunque los que nacen de ambos padres libres, siguen la condicion del padre, en cuanto á los honores y fueros del siglo, con todo, en cuanto á la libertad ó la servidumbre, los hijos siguen la condicion de la madre : así, los que nacen de madre sierva, son siervos aunque el padre sea libre; y al contrario son libres los que nacen de una libre, aunque el padre sea siervo, bastando para esto que la madre sea libre al tiempo de parir, ó que lo hubiese sido algun instante mientras su preñez, l. 2. tit. 21 P. 4. — *Princ. Inst. de ingen*".

8. "Los amos ó señores pueden hacer de sus siervos lo que quieran. Pero no matarlos ni lastimarlos : porque sin mandamiento del juez no los deben herir de manera que sea contra la razon natural. Los siervos que fuesen maltratados así, pueden quejarse al juez, quien debe examinarlos, venderlos, y dar el precio al señor, sin que jamás pueda volver á su dominio, l. 6. d. tit. 21. — §. 2. *Inst. de his qui. sui. v. al. jur. sunt.* Según la l. 7. de dicho tit. cuanto adquiere ó gana el siervo es para su señor. §. 3. *Inst. per quas pers. cuiq. acq.*"

9. "Judío, ni moro, ni hereje, ni otro ninguno que no sea de nuestra ley, puede haber cristiano ninguno por siervo. Y si cualquiera de estos tuviese un siervo que no fuese de nuestra ley, y se tornare cristiano, se hace libre por ello, luego que se bautiza, y recibe nuestra fe, sin que recobre derecho en él su antiguo señor, aun en el caso que él tambien se tornase cristiano, l. 8. tit. 22. P. 4."

10. "El tit. 22. P. 4. trata de la libertad, y su l. 1.<sup>a</sup> dice que es : *Poderío que á todo ome naturalmente de hacer lo que quie.*



”ra, solo que fuerza ó derecho de ley ó de fucro non gelo embar-  
 ”gue. §. 1. *Inst. de jure pers.* Los libres ó injenuos unos están  
 ”bajo la patria potestad, otros en tutela ó curaduría, y otros son  
 ”del todo independientes de otro alguno. Pero tratemos antes de  
 ”los aforrados, y de otras divisiones de los hombres libres. A-  
 ”ferrar es, *dar libertad á los siervos* \*. Lo puede hacer su señor  
 ”en la iglesia, ó delante del juez, ó en otra parte, ó en testa-  
 ”mento, ó sin testamento ó por cartas, l. 1.<sup>a</sup> d. tít. 22. — §. 1.<sup>o</sup>  
 ”*Inst. de libertin*”.

11. “Hay tambien varios casos en que los siervos se hacen for-  
 ”ros ó libres sin aforramiento de sus señores, ó por alguna ac-  
 ”cion gloriosa que hicieron, tít. C. *pro quib. caus. serv. pro*  
 ”*præm. lib. acq.* ó en castigo de la maldad de sus amos. Se  
 ”refieren estos casos en las ll. 2, 3, 4, 5 y 6. del m. tít. 22.  
 ”y no los espresamos por considerar poco menos que imposi-  
 ”ble que sucedan en España. En la 7. se establece que el  
 ”siervo que con buena fe se trata como libre, por 10 años, en  
 ”el lugar donde mora el señor, ó 20 en otro, ó sin buena fe  
 ”por 30, sea libre. Y en las cuatro siguientes y últimas del m.  
 ”tít. se trata de los derechos que el señor que aforró, llamado  
 ”*patronus* por los Romanos, tiene en la persona y bienes del  
 ”aforrado”.

12. “Los Romanos conocian cierta especie de servidumbre  
 ”que comprendia á los siervos llamados colonos ó adscripticios,  
 ”y así eran tratados en la América Septentrional los indios lla-  
 ”mados *Gañanes* ó *Navarios*, y en la Meridional *Yanaconas*.  
 ”Estos contraian la servidumbre por haber nacido en las mis-  
 ”mas haciendas de laborío, á diferencia de los *Tlaquehuales*, que  
 ”teniendo su residencia en los pueblos, se prestaban en cierto  
 ”tiempo al servicio de las haciendas, por lo que se llamaban  
 ”siervos adventicios ó conducticios. Segun el derecho comun  
 ”podia el señor vender á los adscripticios cuando vendia el fun-  
 ”do en que habian nacido, ó enajenarlos de cualquier manera.  
 ”Mas la servidumbre de los indios se halla absolutamente abo-  
 ”lida por la l. 11. tít. 2. lib. 6. R. Ind. que los declara tan li-  
 ”bres como los españoles, en cualquier estado que se conside-  
 ”ren, y prohíbe bajo gravísimas penas hacer mencion alguna  
 ”de su servicio en las convenciones y escrituras sobre las ha-  
 ”ciendas (1); fundándose en esta misma ley la cédula de 26  
 ”de mayo de 1609. Tampoco podian los adscripticios ausentarse  
 ”del fundo de su destino, sin licencia de su señor : lo que tam-  
 ”bien les está concedido por cédula de 10 de octubre de 1618.  
 ”Del mismo modo les era prohibido recibir orden sacro como  
 ”consta de los can. 10 y 21 *dist. 54.* mas por cédula de 11

\* Aferrar. por manumitir.



” de octubre de 1786 que recopila otras, les es permitido  
 ” entrar en religion, educarse en colejos, ordenarse, y obtener  
 ” dignidades y oficios públicos. Véase á Beleña lib. 1.º tit. 3.  
 ” §. 2. y á Solórzano en su Política Indiana lib. 1.º cap. 12.  
 ” y lib. 2. cap. 1.º

13. “ En órden á la servidumbre de los negros se estableció :  
 ” que todo poseedor de esclavos debía instruirlos en los princi-  
 ” pios de religion, para que pudiesen ser bautizados dentro del  
 ” año de su residencia en América. Que debía alimentarlos y  
 ” vestirlos, así á ellos como á sus mujeres é hijos, ya fuesen es-  
 ” tos de la misma condicion, ó ya libres, hasta que pudiesen ga-  
 ” nar por sí con qué mantenerse : lo que se presumia que podian  
 ” hacer á los 12 años las mujeres, y á los 14 los varones, y tan-  
 ” to el alimento como el vestido, debía darse en la cantidad y  
 ” calidad que ordenasen las justicias del distrito de las hacien-  
 ” das, con acuerdo del ayuntamiento y audiencia del Procura-  
 ” dor Síndico, en calidad de Protector de esclavos ”.

14. “Debia cuidarse de que trabajasen en la agricultura y de-  
 ” mas labores del campo, y no en oficios de vida sedentaria, cu-  
 ” yas tareas debian graduar así mismo las justicias. &c. ”

15. “Cuando el esclavo llegaba á la senectud ó caía en alguna  
 ” enfermedad debía cuidársele, sin darle la libertad por su inca-  
 ” pacidad, á no ser que se lo proveyese de peculio suficiente,  
 ” para que pudiese mantenerse á satisfaccion de las justicias &c.”

16. “Debia fomentarse los matrimonios entre ellos, y no impedir-  
 ” se que se contrajesen con esclavos de otros dueños, y en este  
 ” caso, la mujer debía seguir al marido, comprándola el dueño  
 ” de este á justa tasacion de peritos, nombrados por las par-  
 ” tes ”.

17. “Se debía castigar sus faltas correccionalmente, segun la  
 ” calidad del esceso con prision, grillete, cadena, maza ó cepo, con  
 ” tal que no fuese poniéndolos en este de cabeza, ó con azotes  
 ” que pasasen de veinticinco, y con instrumento suave, que no  
 ” causase contusion ó efusion de sangre, y para las mayores, de-  
 ” bia participarse á las justicias ”.

18. “Los amos que contravenian á estas reglas, debian ser cas-  
 ” tigados con las penas de la cédula de 31 de mayo de 1789,  
 ” que establece tambien dichas reglas ”.

19. “Todo esclavo puede redimirse por sí mismo, sin pagar al-  
 ” cabala. Tampoco se paga por el que se liberta por gracia de  
 ” su dueño, segun la cédula de 27 de octubre de 1790 ”.

20. “Parece que el liberto debía considerarse como injenuo ó  
 ” como absolutamente libre, para obtener cualquier empleo ci-  
 ” vil, porque si la servidumbre es contra la naturaleza, cesando  
 ” ella deben cesar sus efectos. Los Romanos solo miraron con  
 ” desprecio la servidumbre voluntaria de aquellos que recibian

” precio por la libertad, que es inestimable ”.

*Nota.*—Tambien con el objeto de que no se carezca de noticia de las distinciones acordadas en la monarquía española á los llamados nobles, dejamos el testamento de Sala sin correccion ninguna.

21. “ La segunda division de los hombres libres es en *nobles* y *plebeyos* (2). En ella tomamos latamente la palabra *Nobles*, para que comprenda á los nobles en especie, y á los Caballeros é Hidalgos, cuyas diferencias están casi enteramente confundidas en el dia, y pueden verse en García, Ojalora y otros. Así, pues, diremos que la nobleza, en general, es : *calidad de distincion, que por razon de su estado eleva al hombre á una clase superior á la regular ú ordinaria de los otros hombres*. Unos la tienen inmemorial, sin que se sepa cuando y como la obtuvieron sus predecesores, y esta es la mejor, l. 2. tit. 21. P. 2. Otros, porque han justificado posesion de 20 años en sí, sus padres y abuelos, al tenor de la famosa *ley de Córdoba*, que es la 8. tit. 11. lib. 2. R. Y otros por declaracion ó privilegio del Rey ”.

22. “ Los privilegios y esenciones que gozan los nobles son varios. Los principales se reducen á tres. 1.º Franqueza de los pechos ó tributos plebeyos, l. 7. d. tit. 11. aun con respecto á los bienes que compraren de pecheros, l. 14. tit. 14. lib. 6. R. Pero sí, deben pagar y contribuir para el reparo de muros, cercas, fuentes y puentes, l. 19. d. tit. 14. Y de la misma esencion gozan tambien las viudas de los nobles, mientras no se casen con pechero, y las viudas nobles de pecheros, las cuales recobran su nativa nobleza, que perdieron por haberse casado con plebeyo, l. 9. d. tit. 11. l. 8. *de senador*. Está dispuesto por cédula de 19 de mayo de 1790 que puedan mantenerse en el ejercicio y gobierno de sus tiendas y obradores aquellas mujeres, que muerto su primer marido, que las gobernaba como maestro, se casaren con otro que no lo fuere, y derogados todos los estatutos contrarios. Gozan tambien de nobleza los graduados de Doctor, Maestro ó Licenciado en las Universidades de Salamanca, Valladolid, Bolonia y Alcalá de Henares, ll. 8. y 9. tit. 7. lib. 1.º R. — 2.º No pueden ser encarcelados por deudas, ecepto si fueren arrendadores ó cojedores de pechos reales, ll. 4. y 14. tit. 2. lib. 6. R. Ni pueden ser prendadas por deudas las casas de su morada, ni los caballos, ni las mulas, ni las armas de su cuerpo, sin que puedan renunciar estas preminencias, bajo la pena de diez mil maravedises contra el escribano, que en sus obligaciones pusiere estas renunciaciones nulas, ll. 13. y 14. tit. 2. lib. 6. R. Este privilegio no tiene lugar si la deuda viniese de delito ó cuasi delito, porque entonces pueden ser encarcelados, l. 6. d. tit. 2., bien que deberán estar en cárcel apartada de la que tienen los pecheros,



” l. 11. d. tit.—3.º No se los puedo condenar á que se desdigan  
 ” de haber injuriado á otro ; pero han de sufrir en su lugar otras  
 ” penas, l. 2. tit. 10. lib. 8. R. Tambien era uno de los prin-  
 ” cipales privilejios de los nobles no ser puestos á tormento :  
 ” pero este como cruel, incapaz de ser un medio de descubrir  
 ” la verdad, y digno solo de los tiempos infelices en que tuvo  
 ” su orijen, se halla ya absolutamente abolido, por la cédula de  
 ” 25 de julio de 1814 ”.

23. “ Plebeyos ó pecheros son todos los que no son nobles, y  
 ” suelen decirse del *estado llano*. No gozan de los privilejios re-  
 ” feridos ; pero por lo mucho que trabajan, por lo fuertes, robus-  
 ” tos y útiles que los hace el trabajo, que es la fuente de todas  
 ” las virtudes, son el nervio del Estado ”.

24. La tercera division de los hombres libres es en Eclesiás-  
 ticos ó Clérigos, y Legos, l. 2. tit. 23. P. 4. y de los primeros  
 unos son regulares ó relijiosos, y otros seculares. Regulares di-  
 ce la l. 1.ª tit. 7. P. 1. son : *aquellos que dejan todas las cosas*  
*del siglo, é toman alguna regla de relijion para servir á Dios, pro-*  
*metiéndola de guardar*. Seculares, por lo contrario son : *los que*  
*no han profesado relijion alguna de las aprobadas, y por lo comun*  
*se llaman simplemente clérigos*. Tambien los legos se llaman *se-*  
*glares ó seculares*.

25. Los canonistas tratan de los diferentes grados de eclesiás-  
 ticos, que constituyen su jerarquía, y de sus prerogativas ó pri-  
 vilejios espirituales ó canónicos ; á nosotros solo nos toca referir  
 los que dicen respecto al gobierno civil en el modo siguiente: 1.º  
 Son francos ellos, y las Iglesias, Monasterios y Prelados de pa-  
 gar el derecho de alcabala, por las ventas de sus bienes ó true-  
 ques, por lo que á ellos toca, l. 6. tit. 18. lib. 9. R. mas no en lo  
 que vendieren por via de mercadería, trato y negociacion, l. 7. d.  
 tit. 18. Pero no alcanza esta esencion de alcabala á otros pechos  
 á los clérigos de menores órdenes, sino es que tuvieren beneficio  
 eclesiástico, l. 2. tit. 4. lib. 1. R. los cuales, segun esta *misma*  
*ley*, han de ser habidos por legos, á ecepcion del privilejio del  
*Fuero*, que gozan aquellos que tienen las circunstancias, que  
 exige el Concilio de Trento, adoptadas en la l. 1.ª d. tit. 4.

26. 2.º Son esentos de las cargas personales, l. 51. tit. 6. P. 1.  
 que cuenta entre ellas la de dar alojamiento, la de construccion  
 ó reparo de muros, de Ciudades ó Villas, ó la de llevar para ello  
 cal ó arena ; y exime tambien á sus criados, que moran en sus  
 casas. Pero en atencion á que en esta *ley* se dice estar esentos de  
 hacerlo por sí mismos, juzga López, en su *glosa* 5. que deberán  
 contribuir en dinero, puesto que la 54. del mismo tit. espresa es-  
 tar tenidos á la construccion y reparo de puentes y caminos :  
 bien que á esto no los puede apremiar el juez lego, sino el ecle-  
 siástico. Y la l. 11. tit. 3. lib. 1.º R. dice en términos jenerales, que

deben contribuir y ayudar, faltando bienes del Consejo, en los pechos, que son para bien comun, poniendo por ejemplo el de muro, calzada, carrera, fuente ó puente, y la siguiente 12, pone otro ejemplo en la guarda de pan y viñas. Y si el clérigo no quiere pagar el tanto proporcional á sus bienes, que se le ha repartido para estos gastos, relativos á cosas que le son útiles, dice Acevedo, en dichas ll. 11. y 12. citando á otros, que puede el juez lego exigirlo ó cobrarlo de los frutos de los mismos bienes, apoyándolo con decision de dos Cancillerías. En caso de necesidad cesan las esenciones, como lo prueba el mismo Acevedo en el *coment.* de dichas ll. que es muy digno de leerse. — L. 1. C. *ut nemin. lic. in empt.*

27. No hallamos ley alguna que hable espresamente de los bienes patrimoniales. Mas por quanto d. l. 11. y la 3. del mismo tít. 3. exceptua á los Clérigos, Iglesias y Monasterios de todo tributo, fuera de los espresados en ella, se les considera esentos de todos los demas ordinarios. Y respecto á que esta esencion era muy gravosa para los legos, se celebró *Concordato* entre el Rey y el Papa: en 1737, en que se determinó, que los bienes de las iglesias y demás manos muertas eclesiásticas estuviesen sujetos desde entónces á las mismas cargas que cuando los poseian los legos, á ecepcion de los destinados á alguna primera fundacion. Pero los de los eclesiásticos particulares conservaron su esencion: la que les da la l. 14. tít. 14. lib. 6. R. aun en los que comparan de los pecheros\*.

---

\* Los eclesiásticos deben estar sujetos á las contribuciones que todos los ciudadanos en jeneral. Cuando las rentas nacionales se inviertan en otros objetos que las exigencias públicas y comunes, será justo el privilejio de sus esenciones; de lo contrario es injusto el concedérselas.

---

## NOTAS.

(1) Cuando no los terribles obrajes, bastarian las Escrituras de las ventas de las haciendas, para probar que estas disposiciones legales no se observaban. Como el indio ganaba un jornal cortísimo, del que se le deducia su tributo, se hallaba siempre endeudado, y entraba su deuda en el contado de la hacienda que se vendía; de suerte que era un verdadero esclavo, á quien era muy difícil variar de amo.

(2) La nobleza es contraria al derecho de igualdad. Ella establece la division entre los hombres, pretendiendo hacer superiores á unos é inferiores á otros, á pesar de que de ordinario, estos tienen mérito y aquellos no: lo que no puede menos que ser una fuente de desgracia para los pueblos. Ella es una ficcion, porque realmente ningun hombre nace con mas mérito que otro, y de aquí es que solo puede ser necesaria para un gobierno vicioso, que no contando con instituciones positivas, como fundadas en la razon, se acoge á lo que



es artificial y arbitrario. Esta misma ficción es todavía mas débil en los pueblos coloniales, porque se observa que los nobles rara vez dejan la Metrópoli, para retirarse á lugares subalternos, donde se oscurece el brillo de sus prerrogativas : y si alguno lo verifica, es muy difícil que sus descendientes no dejeneren luego, por cualquiera de sus abuelos. Véase sobre esto *La Relacion Secreta de Juan y Ulloa*. Pero estamos en la época de la decadencia de las clases dominantes. *Dunoyer*, en su importante obra *De la Industria y la Moral, consideradas en sus relaciones con la libertad*, demuestra, que el movimiento de la civilización consiste hoy en el progreso de las clases laboriosas.

### TÍTULO III.

## DEL PODER DE LOS PADRES EN SUS HIJOS.

TIT. 17 Y 18 PART. 3. — TIT. 9. LIB. 1. INST.

1. *De la patria potestad.* — Patria potestad es : poder que han los padres sobre los hijos, — l. 1.º tit. 17. P. 4. Esta misma ley ostendia la patria potestad sobre los nietos y demás descendientes de línea derecha ; pero como por la l. 8. tit. 1.º lib. 4. R. C. quedó emancipado en todas las cosas para siempre el hijo ó hija casado y velado, no están los nietos en la potestad del abuelo, sino solo en la de sus padres legítimos.

2. *Modos de constituirse la patria potestad.* — Solo sobre los hijos legítimos tienen los padres este poder, l. 2. tit. 17. P. 4. que se establece de cuatro modos, l. 4. — 1.º por el matrimonio que manda la Santa Iglesia.—2.º por sentencia que se diese declarando á alguno por hijo legítimo de otro.—3.º si el hijo emancipado por el padre, cometiese contra él algun yerro que lo vuelva á su potestad :—4.º por adopción ó *porfijamiento*, como si el abuelo materno, lo adoptase por su hijo. Hablando en rigor, el segundo modo de estos cuatro, es superfluo, porque una sentencia judicial no constituye el poder del padre, declara solamente que lo es, y el derecho ó la ley es quien constituyó la potestad paterna, tanto mas cierto, que no se menciona en esta ley la legitimación, porque estando atribuida la patria potestad al padre legítimo, de cualquier modo que conste la paternidad ó legitimidad, ejerce el padre su poder. Nótese ultimamente que el yerro de que hemos hablado del hijo contra el padre, ha de ser des-

## DEL PODER DE LOS PADRES EN SUS HIJOS. 15

honrándolo de palabra ó con hechos, l. 19. tít. 18. P. 4.

3. *Modos de acabarse la patria potestad.* — La patria potestad se acaba por alguno de los cuatro modos siguientes, tít. 18. P. 4. — 1.º Muerte natural, — 2.º Destierro para siempre \*. — 3.º Dignidad á que subiere el hijo. — 4.º Emancipacion. En la l. 7. y siete siguientes de este tít. 18., se ponen las dignidades que como Obispo, Tesorero, &c. sacaban á los hijos del poder de los padres; dignidades que ya en la mayor parte no se usan ó están mudadas.

4. *De la emancipacion.* — El cuarto modo de acabarse la patria potestad es por la emancipacion, que se define: *acto por el cual saca el padre por su voluntad de su poder al hijo que lo consiente*, l. 15. d. tít. Se hace la emancipacion presentándose el padre con el hijo ante el juez ordinario \*\*, declarando el padre que saca al hijo de su poder, y el hijo que lo consiente, d. l. 15. y si el padre quisiere emancipar á un hijo suyo infante ó ausente, podrá hacerlo con licencia del Rey; pero no de otra suerte; y si el ausente es mayor de 7 años, es menester que cuando venga lo consienta ante el juez, l. 16. d. tít. Por Aut. Acor. 10. tít. 9. lib. 3. R. se mandó que los jueces ordinarios no procediesen á declarar emancipaciones sin que primero dieran cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificacion, bajo pena de nulidad.

5. *Cuando puede el padre ser obligado á emancipar.* — Regularmente no puede el padre ser obligado á emancipar á su hijo, ni el hijo á ser emancipado sino que los dos han de convenir, l. 17. d. tít. Pero la l. 18. señala cuatro casos de excepcion: — 1.º cuando el padre castiga al hijo muy cruelmente: — 2.º cuando prostituye á sus hijas: — 3.º cuando admite lo que le dejan en testamento bajo la condicion de emancipar á su hijo: 4.º si habiendo adoptado á su entenado ó hijastro menor de 14 años, saliendo este de esa edad, acudiese descontento de su padrastro al juez para que lo mande emancipar \*\*\*.

6. *Del peculio de los hijos.* — Cuando el padre emancipa al hijo queda al padre la mitad del usufructo del peculio del hijo. Las antiguas leyes romanas mandaban que todo el peculio del hijo retenido en poder del padre, fuese del padre; mas despues distinguieron varias especies de peculios que se adoptaron por las leyes españolas. Pero qué es peculio? El peculio es: *pequeño patrimonio que tiene ó maneja el hijo (ó el esclavo), separado de los bienes que gobierna el padre (ó el señor): se divide en profecticio, adventicio, castrense y cuasicastrense*, l. 5. tít. 17. P. 4.

\* Ni en España habia ya, ni entre nosotros hay destierro perpetuo: A.

\*\* §. 6. Inst. lib. 1. tít. 12.

\*\*\* L. 32. de adopt.

7. Peculio profecticio es : *aquello que ganan los hijos con los bienes de los padres* ; y tal peculio es en todo de los mismos padres: Adventicio, *lo que gana el hijo por obra de sus manos, con algun oficio, arte, por donacion, herencia de su madre ó parientes de esta, ó por hallazgo de tesoro ú otra cosa por casualidad*. La propiedad de este peculio es del hijo y el usufructo del padre, pero el padre es quien debe cuidarlo y administrarlo y aun defenderlo en juicio. De este peculio adventicio lo queda la mitad del usufructo al padre por emancipar á su hijo, l. 5. tit. 18. P. 4. "Castrense es, el que gana el hijo por *razon de la guerra* ó de la milicia armada : "Cuasi-castrense, el que gana por razon de la milicia togada, esto es, por servir á la Republica de juez, abogado, catedrático y otros cargos semejantes. Estos dos peculios son enteramente del hijo que puede disponer libremente de ellos, sin que los padres ni otro pariente tengan derecho alguno mientras el hijo vivo, l. 6. y 7. tit. 17. P. 4. Las donaciones que hacia el Rey so contaban en el peculio cuasi-castrense del donatario. d. l. 7.

## TITULO IV.

### DE LOS ESPONSALES Y MATRIMONIO.

TIT. 1. Y 2. PART. 4. — TIT. 1. LIB. 5. R. C. — TIT. 10. LIB. 1.  
INST.—TIT. 1. Y 2. LIB. 24. D.

1. Merecia el matrimonio que las leyes tratasen de él, como del estado mas importante de los hombres en la sociedad. El matrimonio no solo es un contrato que trae su orijen del derecho natural y del llamado de jentes, confirmado y autorizado por el derecho civil, sino tambien un sacramento instituido por Jesucristo, reconocido y venerado, como tal en la Iglesia Católica. Veamos pues, lo que es, sus solemnidades, sus impedimentos ó quienes pueden contraerlo, empezando por los esponsales.

2. *De los esponsales.* — Desposorios ó esponsales son : *prometimientos que hacen los omes por palabra cuando quieren casar*, l. 1.<sup>a</sup> tit. 1.<sup>o</sup> P. 4.

"Antes habia dos especies de esponsales, de "presente, y de "futuro. Los de presente eran el mismo *matrimonio rato* sin mas que el no celebrarse ante el párroco y testigos : ahora no

puede haber desde el Concilio de Trento, tales esponsales de presente; porque serian el matrimonio clandestino que está prohibido. Y así no hay mas que esponsales de futuro que son de los que trataremos.

3. Aunque no son necesarios para el valor del matrimonio, no dejan de precederle cuando este se contrae con la madurez que se requiere, y aunque son un mero pacto celebrado sin solemnidades algunas, es de tal fuerza, que por ellos quedan obligados los desposados á contraer matrimonio despues. Y aunque por derecho novísimo en ningun tribunal eclesiástico ni secular se deben admitir demandas de esponsales que no estén reducidos á escritura pública, esto prueba que no producirán accion sin este requisito, pero sí obligacion, siempre que no haya una justa causa para rehusar su cumplimiento. Pueden contraerse desde la edad de siete años, l. 6. tit. 3. P. 4. y no solo de palabra, sino que pueden espresar el consentimiento por señas muy claras los mudos, ll. 5. y 6. tit. 2. P. 4. Puesto que se obligan mutuamente varon y hembra ha de haber en los esponsales aceptacion y consentimiento recíproco, y el uno puede exigir ante el juez eclesiástico el cumplimiento del otro. Volveremos á hablar de ellos, en los impedimentos.

4. El primer requisito que debe preceder al matrimonio es la licencia ó consentimiento de los padres. No se puede dudar que falta gravemente al respeto, veneracion y agradecimiento que les debe el hijo que se empeña en un asunto de tanta consideracion como el matrimonio, sin pedir y obtener su consentimiento, aun cuando sea mayor de edad ó haya salido de su potestad, pues nada de esto es motivo para que se estinga el amor de veneracion y agradecimiento que les debe siempre tener. Mas como en este punto de conceder ó negar el permiso para el matrimonio puede haber de parte de los padres una resistencia perjudicial ó puramente de capricho, y de parte de los hijos una pasion ardiente y fogosa que les empuje sin reflexionar en una alianza de consecuencias funestas; para evitar los inconvenientes de la arbitrariedad, y dar una regla fija, se ha señalado por derecho la edad, hasta la cual pueden los padres usar de su potestad, impidiendo del todo el matrimonio si no es de su agrado, y que cumplida la que se requiere, entren los hijos al goce de su libertad, contrayendo á su arbitrio. Pero en este caso, aunque las leyes no exigen que se pida licencia ó consejo á los padres, faltan á su obligacion los hijos que no les dan esta señal de respeto y amor, ó que desatienden la resistencia fundada que hagan á su matrimonio por indecoroso y perjudicial. \*

\* Insertamos al fin de este título la pragmática de 10 de abril de 1805, para los casos de tiempos atrasados que quisieran consultarse, y la ley de Co-



5. *Del matrimonio.* — Matrimonio es : *ayuntamiento de varón y mujer fecho con tal entencion de vivir siempre en uno, é de non se departir ; guardando lealtad cada uno de ellos al otro, é non se ayuntando el varón á otra mujer, nin ella á otro varón, viviendo ambos á dos, l. 1.<sup>a</sup> tít. 2. P. 4.* Con mas claridad que por la ley, se define el matrimonio : *un contrato indisoluble de sociedad celebrado entre dos personas de diverso sexo, con el fin de procurar la procreacion de la prole, y de cuidar de su conveniente educacion.* Se dice que es un *contrato*, porque para su valor requiero precisamente el consentimiento de ambas partes, l. 5. tít. 2. P. 4 : *indisoluble*, porque, aunque todo contrato consensual se pueda disolver por mutuo disentiimiento, este por la naturaleza de sus obligaciones, y por derecho divino, canónico y civil, no puede disolverse l. 7. del m. tít. Se dice que este contrato es de *sociedad*, porque no es otra cosa que el consentimiento de dos, acerca de un mismo fin, y de unos mismos medios : entre dos *personas de diverso sexo*, porque la poligamia, ó reunion con muchas personas, si es en los hombres, es de todo opuesta al fin del matrimonio, y si es en las mujeres, es menos conforme á él, y prohibido por el derecho divino, eclesiástico y civil l. 3. del m. tít. : finalmente, se añade que en esta sociedad se debe tener por fin *la procreacion y educacion de la prole*, porque el fin que Dios se propuso instituyendo el matrimonio fué que el género humano se propagase ordenadamente, y que se supliese con nuevos individuos el número de aquellos que cada dia pagan con la muerte la deuda forzosa, de la naturaleza.

6. *Del consentimiento.* — En todo contrato es la base el consentimiento. De ahí es que no pueden contraer matrimonio los que no pueden prestarlo en toda verdad, como los mentecatos ó locos, á menos que teniendo intervalos de razon pudiesen darlo en uno de ellos. Mas pueden manifestarse por señas y pueden casarse los mudos como ya dijimos de los esponsales. Nada es mas contrario al consentimiento que el *error*, y por esto no vale el matrimonio si hay error respecto de la persona del otro, pero no de su calidad ó fortuna, l. 19. d. tít. ; bien que si alguno se casare con la esclava á quien creia persona libre, yerra en la *condicion*, y no hay matrimonio. El miedo ó *fuerza* que cae en varón constante destruye el consentimiento y por consiguiente anula el matrimonio, de lo que pone varios ejemplos la l. 15. de d. tít. Por la misma razon si algun potentado ó autoridad quisiere dar orden para hacer casar á alguno contra su voluntad, no debe ser obedecido, ll. 10. y 11. tít. 1. l. 5. R. C.

7. *De la edad.* — El varón ha de tener 14 años y la mujer 12 para que puedan celebrar válidamente este contrato, sal-

ombia sobre asentimiento de los padres, por ser la que rige en el Ecuador.

vo que estuviesen tan cercanos á esta edad que puedan reputarse capaces, l. 6. tit. 1. P. 4.

8. *Del parentesco de consanguinidad. Es : atenuencia ó aligamiento de personas departidas que descienden de una raiz,* l. 1.<sup>a</sup> tit. 6. P. 4. En rigor solo son dos las especies de parentesco, mas por varias razones se estiende tambien al que llamamos meramente "civil y al "espiritual, de modo que son los parentescos cuatro:—1.º meramente natural que nace de ilícito ayuntamiento, en el que están todos los que han nacido fuera de matrimonio lejítimo.—2.º Meramente civil, el que se contrae por la adopción:—3.º Mezclado, el que viene de lejítimo matrimonio, porque concurren en él la naturaleza y la aprobación de la ley:—4.º Espiritual, el que se contrae por el bautismo ó la confirmación.

9. *Modo de graduar el parentesco.*—Como entre ciertos parientes hay impedimento para el matrimonio, es necesaria la noticia de los grados de este parentesco. Grado es : *un escalon ó paso de distancia de un pariente á otro.* Línea es : *ayuntamiento ordenado de personas que se tienen unas de otras como cadena, descendiendo de una raiz.* Se divide en línea de *ascendientes*, que sube, como de padre, á abuelo, á bisabuelo, y de ahí arriba, ó de *descendientes* en que se baja, como de hijo, á nieto, á bisnieto y de ahí abajo. La otra es de *travieso ó transversal*, que tambien se llama *lateral ó colateral*. Esta empieza en los hermanos y sigue por grados entre los hijos ó descendientes de uno de ellos respecto de los descendientes del otro. Se llama de *travieso*, porque de los que están en ella, no se considera la descendencia inmediata de uno á otro, sino la relacion que tienen entre sí, porque vienen de una misma raiz ó tronco, l. 2. d. tit. 6.

10. *Computacion de grados.*—En la línea recta de ascendientes y descendientes el derecho civil y canónico cuentan los grados de una misma manera, por la regla siguiente : *tantos son los grados cuantas las jeneraciones, ó de otro modo, tantos grados cuantas personas, quitada una.* Así, Pedro dista de su abuelo dos grados, porque hay dos jeneraciones, la una de su abuelo que enjendró á su padre, y la otra la de su padre á Pedro: ó contando por personas son estas, tres, de las que se quita una.—Pero en cuanto á la línea transversal, hay una notable diferencia entre el derecho civil y el canónico ; porque segun el cómputo civil se sube al tronco desde el uno, y despues se baja hasta el otro ; y por eso no hay primer grado en esta línea, porque debe empezar necesariamente por el segundo, por no poderse verificar subida y bajada de otra manera. Luego los hermanos, desde los cuales empieza esta línea, distan entre sí dos grados, uno de subida de uno de ellos al padre, que es el tronco comun de los dos, y el otro de bajada del mismo padre, al otro hermano.

Segun el cómputo canónico, solo se sube, y de ahí es, que un hermano solo dista del otro un grado, advirtiéndose que esta línea lateral puede ser *igual* ó *desigual*: en la igual están los que distan igualmente de su tronco comun, como dos hermanos ó dos primos hermanos: y en la desigual el uno dista mas que el otro, como tío y sobrino, y entonces para saber los grados se sube al tronco desde el mas remoto. Si se pregunta, pues, cuantos grados distan, Pedro, y María hija de su hermano Juan; responderemos que dos; porque de María á Juan se sube un grado, y de Juan á su padre, que lo es tambien de Pedro, y por lo mismo tronco comun de los dos, se sube otro. Segun el derecho civil distan tres grados porque despues de haber subido de María al tronco se ha de bajar hasta Pedro. — El cómputo civil sirve para las succioniones, y se sigue el canónico en los casamientos, ll. 3. y 4. tit. 6. P. 4.

11. *Afnidad*. — Un parentesco á imájen del parentesco de sangre, se llama cuñadez, *afnidad*, y lo define la l. 5. del tit. 6. *alleganza de personas que viene del ayuntamiento del varon y de la mujer*. Proviene de la reunion carnal sea ó no lícita, por la que los parientes del varon se hacen cuñados de la mujer, y los de esta, cuñados del marido en aquel grado en que son parientes de sangre. Aunque el uso comun solo llama *cuñados* á los hermanos del marido respecto de la mujer y viceversa, la l. 5. da ese nombre á todos los afines.

12. *De los impedimentos del matrimonio*. — Los impedimentos se dividen en *impedientes* y *dirimientes*. Se llaman impedientes ciertas prohibiciones de contraer matrimonio; pero que si no obstante alguna de ellas, se contrajere, queda el matrimonio válido: los "dirimientes, cuando se impide contraer y si sin embargo se contrae, es nulo el matrimonio, ll. del tit. 18. P. 4.

13. Algunos niegan ciegamente al poder civil la facultad de establecer impedimentos para el matrimonio. El Tridentino, can. 4.º de la ses. 24. de *sacr. matr.* definió que la Iglesia podia establecer impedimentos dirimientes del matrimonio. Este canon no niega al Poder civil el derecho que tiene tambien para establecerlos. Gravísimos teólogos y canonistas confiesan que la *Potestad Secular por su propia naturaleza puede dar leyes fijando los impedimentos dirimientes*. "Sanchez, de matrim. lib. 7. disp. 3. n. 5. Y añade que *no perjudica á la potestad del soberano que el matrimonio sea sacramento, porque su materia es el contrato civil, por cuya razon lo puede anular con causas justas, tanto como si no fuera sacramento, declarando las personas inhábiles para contraerlo, ó nulo é ilejítimo el contraido*; y la razon en que se funda es, entre otras, la de que: *la potestad civil tiene por principal objeto atender al bien y tranquilidad de la República, y le corresponde por lo mismo arreglar cuanto sea conducente á tal objeto, como es establecer*



todo lo que sea relativo á celebrar los matrimonios, impedirlos ó anularlos, pues que de ellos sobre todo depende la tranquilidad y el recto gobierno de la República. Confirma su opinion con lo que enseñó Santo Tomas, IV. *contra Gent.* cap. 78. y lib. 4.º *Sentent. distinct.* 34. *quæst. un. art.* 1.º *ad 4.* : que, el matrimonio por cuanto es contrato civil introducido para el órden de la sociedad, se scmete á los mandatos de la ley civil. La misma sentencia sostiene "Pedro Soto *lect.* 4. *de matrim.* siguiendo tambien al mismo Santo Tomas. "Cristiano Lupo, *dissert.* 1.ª *procem.* cap. 10. tom. IV. *Schol.* in canon, dice : *los principes cristianos han tomado y reservado ya hace tiempo, el establecer impedimentos dirimentes para el matrimonio, porque no es solo sacramento, sino contrato civil, y en el Escolio al canon 11. del Concilio Romano tenido bajo Nicolao 2.º demuestra con todas las leyes de los Emperadores y con los monumentos eclesiásticos ; que : desde mui antiguo el príncipe lego así como establecia impedimentos del matrimonio, así tambien los dispensaba. . . y este fue por mucho tiempo el derecho en Occidente, y despues de referir aun la fórmula con que se estendia la dispensacion por los príncipes, conservada por Aurelio Casiodoro, concluye contradiciendo á Baronio que quiso decir que tales leyes eran para los matrimonios de los "jéntiles : el establecimiento de estos impedimentos y su dispensacion correspondieron desde atras á los Principes Soberanos. Observan empero y confiesan injenuamente estos AA. que aquella facultad quedó desde mui ántes reservada á la Iglesia, *ex pietate certé et voluntate principum facile cesserint. Ecclesiæ*, que ya es de derecho cierto que la Iglesia siempre ó desde sus primeros tiempos empleó su potestad en establecer impedimentos matrimoniales. Véase Juenin, *trat. de sacram.* y otros muchos.*

14. *De los impedimentos impiedentes.* — Reconociendo el matrimonio como sacramento, seguimos sus reglas para tratar de los impedimentos, principiando por los impiedentes para continuar con los diremtes. Entre los primeros son los principales.

*Ecclesiæ vétitum, tempus feriarum, sponsalia, votum.*

Cuando la Iglesia lo veda,

O de *ferias* llega el tiempo,

Si á otra palabras se han dado,

O si voto simple se ha hecho.

15. Se dice que la Iglesia prohíbe la celebracion del matrimonio en caso que el Obispo ó el Párroco publique alguna prohibicion de que se contraiga matrimonio por la duda de existir algun impedimento, ó alguna otra causa, mientras se esclarezca la verdad. A este impedimento pertenece la prohibicion de casarse sin



prévias *amonestaciones, denunciaciones, proclamas ó bañas* que en lo mismo. Estas tienen por objeto hacer público el matrimonio que se ha de contraer, para que cualquiera que supiere algún impedimento lo denuncie al Párroco. Deben hacerse en tres dias de fiesta continuos, en la Iglesia y al tiempo de la misa mayor, y siendo los contrayentes de diversa parroquia deben proclamarse en ambas.

16. Se entiende por *tiempo feriado ó de ferias* para el impedimento del matrimonio, el comprendido desde la primera dominica de Adviento hasta el dia de Epifanía, ó Reyes, (*6 de enero*) y desde el miércoles de ceniza hasta la octava de pascua inclusive; tiempo en que se prohíbe la bendicion solemne del Párroco, ó las *velaciones*, mas no los mismos casamientos; porque acostumbrándose bendecir en el mismo acto á los casados y siguiéndose los festejos y convites; tuvo por conveniente la Iglesia prohibir las velaciones en esos tiempos del año, en que los cristianos deben estar ocupados de sentimientos de penitencia; y ojalá, dice algun autor, desaparecieran los aparatos de bailes y funciones estrepitosas en los matrimonios de los fieles.

17. Los esponsales forman tambien un impedimento impediendo. Mas en atención á que tenemos que hablar de ellos en los impedimentos dirimentes, entre los que figuran tambien bajo el nombre de *pública honestidad*, se hace preciso explicar aqui mismo la diferencia que hay entre unos y otros. En clase de impedimentos impediendo, se comprenden los desposorios ó *pa'abras* dadas á otra persona, con tal que no sean nulos, los cuales impiden casarse con otra, pero si no obstante se casare el que los prometió, se tiene y es de mas valor el casamiento mismo que la promesa de hacerlo.—Mas cuando en la *pública honestidad* se mencionan los esponsales, no es porque la promesa de casarse hecha á otra persona anule el matrimonio, sino que se establece cierto parentesco que nace de esta promesa, para que el que dió esponsales se constituya pariente de las personas ligadas por la sangre con aquella á quien los dió. Asi pues, para que tenga lugar este impedimento diremente, se necesita que los esponsales sean válidos; y este parentesco que antes se estendia al cuarto grado, quedó por el Tridentino reducido solo al primero. Ninguno puede por tanto contraer válidamente matrimonio con la hermana, madre ó hija de aquella á quien prometió esponsales. Dijimos que habia lugar á este impedimento cuando aquellos eran válidos; pues en este mismo caso, si por mutuo disenso se desatan los esponsales, queda el impedimento del parentesco. Resta saber que el mismo impedimento nace de matrimonio rato y no consumado, pero con la diferencia que por no haberlo incluido espresamente en su decreto el Concilio de Trento, quedó tal parentesco estendido hasta el cuarto grado, segun las anteriores disposiciones de los cánones.

18. El *voto simple*, que es una promesa de guardar continencia en el siglo ó de profesar en alguna religion, ó de ordenarse, es el impedimento impediante. En caso que esta misma promesa ó voto no sea puramente simple sino solemne, pasa á ser impedimento dirimente, de los que seguimos á tratar.

19. De los impedimentos dirimientes. -- Segun las mismas reglas del derecho eclesiástico que gobiernan en este asunto, son impedimentos dirimientes.—El parentesco natural ó de consanguinidad sin limitacion de grados en línea recta; de modo que si Adán viuese ahora viudo no se podria casar con ninguna mujer, por ser todas sus descendientes en línea derecha. — En la trasversal se estiende el impedimento hasta el cuarto grado inclusive: lo que tambien sucede en la afinidad, si nace de reunion lícita, pero si de ilícita solo llega al segundo. \* El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales válidos, que producen el impedimento llamado de pública "honestidad, que en el matrimonio rato llega al cuarto grado y en los esponsales solo al primero. Por la cognacion espiritual el bautizante, el confirmante y el padrino estan impedidos para con el bautizado, el confirmado y sus padres. \*\*

20. Produce tambien impedimento la adopcion ó el parentesco que de ella nace, segun la ley civil. — Por *condicion*, como impedimento, entiende el derecho canónico, el estado de servidumbre ó esclavitud para el caso de haber tomado, por mujer á una esclava, reputándola libre; pero por derecho civil y en la palabra "condicion entran todas aquellas de que hablan las ll. 3. 4. 5. y 6. tit. 4. P. 4. que son las condiciones comunes.

21. En conclusion los impedimentos *dirimientes*, es decir, los que impiden contraer matrimonio, y que contraido lo anulan, son los siguientes. 1.º el parentesco natural, civil y espiritual de que hemos hablado. — 2.º la condicion contra la naturaleza ó fin del matrimonio, cuyos ejemplos traen las leyes citadas del tit. 4., no olvidando que las otras condiciones torpes, que no son de esa naturaleza, y las imposibles de hecho, se tienen por no puestas, y no vician el matrimonio, l. 6. d. tit. — 3.º el voto solemne de castidad de los relijiosos profesos y de los clérigos ordenados de epístola, ll. 11. y 16. tit. 2.º P. 4. — 4.º el delito de homicidio del cónyuje, ó adulterio, ó en los términos que espresa la l. 19. del tit. 4. — 5.º la disparidad de culto, esto es, si el uno fuese católico y el otro infiel, l. 15. tit. 2.º P. 4. — 6.º el rapto, que es robar á la mujer de su casa y no depositarla en lugar honrado

\* Vease á Gonzales en el Cap. 5. de cons. et affin.

\*\* Vease el Tridentino ses. 24. de refor. matr. cap. 2. El derecho propio de los Obispos es confirmar, y en tal caso el impedimento de la cognacion por este sacramento para el matrimonio, hará relacion al padrino no al ministro, ó será para otros efectos que puedan venir de este parentesco.

y seguro. — 7.º la incapacidad de procrear, ll. 14. y 10. d. tít. — 8.º la clandestinidad en el modo de haberse celebrado el matrimonio, es decir, sin la presencia del propio párroco y dos testigos, u otro sacerdote con su licencia ó con licencia del ordinario, como estableció el Concilio de Trento. El contraer estos matrimonios clandestinos \* ó intervenir en ellos, tiene pena de destierro de los reynos de España, de confiscación de bienes, y es causa de desheredación, l. 1. tít. 1. lib. 5. R. C. \*\* — Son vulgares los versos siguientes para recomendar á la memoria estos impedimentos.

*Error, conditio, votum, cognatio, orimen.*

*Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas.*

*Amens, affinis, si clandestinus et inpos,*

*Si mulier siv rapta, loco nec reddita tuto;*

*Hæc facienda velant connubia, facta retractant.*

Error, voto, condicion,

Parotesco ó homicidio,

Si eres de otra relijion,

Ó si en caso fuerza ha habido.

Si estuvieres ordenado,

Ó con matrimonio rato

Estás con otra casado,

Ó de casar hubo trato.

Si de afinidad pariente,

Si te ataca la locura,

Si con otros dos el cura

No estuvo al acto presente.

Si no puedes cohabitar :

Si robaste la mujer

Y no la pusiste en lugar

En que honrada haya de ser.

Estos son impedimentos

Que establecen los derechos

Para hacer, y aunque estén hechos,

Anulan los casamientos.

29: *Del divorcio.* — El divorcio llamado "de partimifermo por las leyes de Partida es : *separacion entre el marido y la mujer.* Puede

\* Suelen algunos equivocar el matrimonio realmente clandestino con el cuasi clandestino en que los contrayentes sorprenden al párroco, llevando sus dos testigos y es matrimonio válido, pero ilícito.

\*\* En la República del Ecuador está abolida la pena de confiscación. Y en cuanto á la pena de los clandestinos véase la ley de Colombia y el Código penal.



ser en cuanto al vínculo, *quoad mensam*, ó solo en cuanto á la cohabitacion, *quoad thorum*. El matrimonio consumado se divide por la muerte de uno de los dos cónyuges, pero si solo es rato, se disuelve tambien por la profesion religiosa de cualquiera de los dos, ll. 2. y 5. tít. 10. P. 4. El divorcio en cuanto á la cohabitacion, tiene lugar por la sevicia ó trato cruel, y otras causas.

23. El conocimiento de los efectos civiles del matrimonio es peculiar y privativo de los jueces seculares: uno de ellos es el poder del padre sobre sus hijos, del que hemos hablado: otro, es la adquisicion de los cónyuges, por mitad de lo que ganare cada uno durante el matrimonio, ganancia que no establecieron los romanos ni las leyes de Partida. Este asunto ocupa las once leyes del tít. 9. lib. 5. de la R. C., cuyas doctrinas vamos á notar. Gananciales son: *los bienes que han marido y mujer, que son de ambos de por medio; salvo los que probare cada uno ser suyos apartadamente*, l. 1.<sup>a</sup> Se presumirán, pues, comunes si no se probare lo contrario. Y para evitar disputas, aconseja entre otros Gómez en la l. 3. de Toro que al tiempo de contraer matrimonio se otorgue escritura pública, en que consten los bienes de cada contrayente.

24. *Sociedad conyugal*.— Como la comunion de bienes nace del matrimonio y dura como él, incluye una sociedad legal entre los cónyuges, algo diferente de las demas sociedades ó compañías regulares, como veremos. Aunque la l. 2. d. tít. 9. emplea las palabras *estando de consuno* y la l. 205. *del estilo*, hablando del marido, *estando en uno con su mujer*; sin embargo la l. 9. del m. tít. declara mejor las palabras citadas con estas otras, *durante el matrimonio*: de donde debe colejirse que solo por sentencia judicial de divorcio, y no por cualquiera separacion, cesará la participacion de bienes. Hay tambien dos casos, en que constante el matrimonio, cesa esta sociedad, cuales son: si la mujer hubiese renunciado á ella l. 9. d. tít. y si los bienes de uno de los cónyuges hubiesen sido confiscados. La viuda que se prostituyere, pierde tambien su mitad á beneficio de los herederos de su marido, l. 5. d. tít.

25. Piensan por lo comun los intérpretes que en el caso de que muerto un cónyuge, continúen sus herederos viviendo en comunion de bienes con el supérstite, se entiende tácitamente continuada esta sociedad. Puesto que el derecho no lo ha resuelto, es mejor que sostener ninguna opinion, arreglarse á las circunstancias particulares para decidir si se presume ó no continuada la sociedad. Puede verse á Matienzo.

26. No son objeto de la sociedad matrimonial los bienes que tenian los cónyuges antes de contraer matrimonio, pues quedan privativamente propios de aquel de quien eran. Ni las herencias ó donaciones que se hicieren al marido ó la mujer, pues solo las



gana para sí, aquel á quien se dejaren ó dieren: tampoco los bienes castrenses y oficios públicos, sino es que fueren ganados á costa comunal de ambos, ll. 3. 4. y 5. d. tit. 9. Lo mismo decimos de las donaciones remuneratorias, es decir, no gratuitas sino por vía de recompensa, que adquiere solo el donatario, si se le hicieren en contemplacion de servicios propios suyos: y que entran en la compañía, si los servicios fueron hechos por los dos, como lo prueba "Gutierrez, *Pract. cuest.* 119 \*.

27. Solamente, pues, pertenecen á esta sociedad aquellos bienes que cualquiera de los cónyuges ha comprado, ó ganado por algun título, con su trabajo ó industria, l. 2. tit. 9. y los frutos y rentas de los bienes y oficios de cada uno; aunque provengan de bienes de uno solo; y de consiguiente si al marido le dejan una hacienda, será de él solo; pero los frutos que produjere, serán de ambos, ll. 4. y 5. d. tit.—Gutierrez, Acevedo y otros, infieren de estas leyes que los estipendios y salarios, que gana el marido Juez, Abogado ó Médico, son comunes con la mujer, por ser frutos civiles de estos oficios, y segun d. l. 5. pertenecen á esta sociedad los frutos y rentas de cualquier oficio. Entran tambien en esta sociedad los frutos pendientes, que en los árboles y viñas es menester que aparezcan; pero en quanto á sembrados, se cuentan hasta las impensas hechas en el barbecho para la siembra, conforme á la l. 10. tit. 4. lib. 3. del *Fuero Real* recibida en la práctica, segun Matienzo en el lib. 4. *glos.* 1<sup>a</sup>. y Gómez en la 53 de *Toro* n. 71. Asimismo pertenecen á esta sociedad, y serán de ambos, los aumentos ó mejoras de los bienes de cualquiera de ellos que provengan de su industria ó trabajo; pero no aquellos que hayan venido sin trabajo, por solo el beneficio del tiempo y naturalmente; porque estos siguen en todo la naturaleza de los mismos bienes de que son aumento, como si el campo del uno se hubiese añadido algo por aluvion. Y segun esta doctrina que admiten como cierta Covarrubias, Gómez y Matienzo, el aumento que tuviere la moneda, como tuvo la de oro en el año 1779, será solo del dueño de ella. Si el uno hubiese mejorado una casa ó campo suyo, ó plantado viñas ó árboles, no tiene el otro derecho á porcion alguna del campo, ni á la mitad de lo que con este motivo valga mas el campo, sino solo á la mitad de lo que se gastó en mejorarlo, como prueba bien Febrero, en sus *Cinco Juicios*, lib. 1<sup>o</sup> cap. 4. §. 3. n. 75. Tampoco había derecho á las mejoras hechas en Mayorazgo. Si uno de los cónyuges

\* Para no privar á los que hicieron uso de estas "Instituciones, de las doctrinas de los intérpretes que tan de continuo inserta Sala, las dejamos en esta edicion de su Obra, deseando que los lectores participaran de nuestra desconfianza, de que á veces no están las opiniones de los glosadores ajustadas á las leyes, ni á las buenas reglas de interpretación.

adquiere alguna cosa por derecho de retracto, será de él solo, porque solo en él concurren los requisitos del retracto; pero tendrá el otro derecho á la mitad del precio que costó, si fué dinero comun. Molina de *justitia et jure*, disp. 433. Gómez en la ley 70 de Toro, n. 28.—Será asimismo de solo el permutante la cosa que permutó con otra suya, porque aquella se reputa la misma que esta. Si se comprare alguna cosa con dinero que era de uno solo, será comun, con derecho en el comprador de sacar del cúmulo de gananciales para sí, el precio que dió por ella, l. 11. tít. 4. lib. 3. del *Fuero Real*: Molina, en d. disp. 433. Gutier. lib. 2. *Pract. quæst.* 117. Matienzo en la l. 2. tít. 9. lib. 5. R. glos. 2.

28. Los *gananciales* son por mitad de marido y mujer, sin atenderse á que uno de ellos haya metido al matrimonio mas bienes ó mas caudal que el otro, ll. 2. y 4. tít. 9. Durante el mismo matrimonio puede el marido enajenarlos, si quisiere, sin licencia ni consentimiento de su mujer, á menos que tal enajenacion la haga con ánimo de defraudarle ó damnificarla, l. 5. d. tít. 9. : de donde convienen los intérpretes en que son válidas las enajenaciones que sin este ánimo hiciese el marido aunque sea jugando y viviendo viciosamente\*.

29. Esta potestad de enajenar concedida al marido por la ley, se limita á las enajenaciones entre vivos; porque no puede disponer en su testamento de la mitad de los gananciales pertenecientes á su mujer: antes por el contrario, muerto el marido, conseguirá ella la libre administracion de dicha mitad, de la que podrá disponer del mismo modo que de sus demas bienes, sin estar obligada á reservar cosa alguna de ellos, ni en la propiedad, ni en el usufructo para los hijos que tuviere de segundo ó tercer matrimonio, como espresamente lo establece la ley 6. de d. tít. 9., y asimismo si el marido le legare algo no se le cuenta en parte de sus gananciales, l. 7. d. tít.

30. Puede la mujer renunciar el derecho que tiene á la mitad de gananciales, y si renunciare, no está obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere contraido durante el matrimonio, l. 9. d. tít. No se pone duda en que la mujer pueda renunciar los gananciales ántes ó despues del matrimonio; pero se mueve la cuestion, con diversidad de opiniones, sobre si pueda hacerlo durante este; fundándose unos en que las donaciones entre marido y mujer están prohibidas, y otros en la jeneralidad con que dispone esta ley, y en que por esta donacion no se haría el donante mas pobre aunque el marido donatario se ha-

\* La libertad de enajenar que la ley concede en este caso al marido, no parece que deba tener la latitud que los AA. quieren. Jugar y vivir viciosamente no es facultad que diera la ley, sino manifiesto abuso de ella.

ría mas rico, conforme á la ley 5. tit. 11. P. 4.

31. *De los gananciales para las dotes y donaciones propter nuptias.* — Si el marido ó la mujer casaron algun hijo y lo prometieron dote ó donacion *propter nuptias*, so sacarán de los bienes gananciales. Mas si no los hay ó no bastan para su pago; se sacan por mitad de los bienes propios de cada consorte. Cuando el padre solo dotó ó hizo donacion *propter nuptias*, tambien salen de los mismos bienes gananciales hasta donde quepa, y si no los hay, se paga de los bienes del marido y no de la mujer, l. 18. d. tit. 9. ¿Qué será si disuelto el matrimonio se prometiére dote ó donacion por cualquiera de los dos supérstitos? Debo decirse que entonces no salgan de los superlucrados, porque por la muerte de uno de los cónyuges, la mitad que le correspondia de los gananciales, pasó á sus herederos, y entonces saliendo la dote de esos bienes, vendria á dotarse á la hija ó hijo con lo suyo propio, ó de sus hermanos. \* Léase á “Gómez á la l. 5. de Toro, núm. 24, á “Diego Castillo: y contrarios á esta opinion, al mismo Castillo l. 53. de Toro. núm. 2., á Covarr. lib. 5. *Variar.* cap. 19., á “López l. 6. tit. 10. P. 5., á Baeza de *dote filia.* á “Acevedo á la l. 8. tit. 9. lib. 5. R. á “Matienzo l. 3. del m. tit.

32. *Otros efectos del matrimonio.* — Varias leyes del tit. 3. y la 14. del tit. 1. lib. 5. R., establecen: 1.º Que ninguna mujer pueda sin licencia de su marido, mientras durare el matrimonio, repudiar ninguna herencia que le viniese por testamento ó abintestato, ni aceptarla sino con beneficio de inventario, l. 1.ª d. tit. — 2.º Que tampoco pueda celebrar contrato ni cuasi-contrato alguno, ni apartarse de los contraidos, ni dar por libre á nadie de él, ni estar en juicio, haciendo ó defendiendo; y si estuviere por sí ó por procurador, que nada valga de lo que hiciere, l. 2. — 3.º Que el marido puede dar licencia jeneral á su mujer para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia, valiendo todo lo que hiciere en virtud de ella, l. 3. — 4.º Que el marido puede ratificar jeneral ó especialmente todo lo que su mujer hubiere hecho sin su licencia, l. 5. Y adviértase que el juez con conocimiento de causa lejítima, puede compeler al marido á que dé licencia á su mujer para todo lo que no puede hacer sin ella, y si compelido no se la diere, el juez se la puede dar, l. 4. Asimismo la puede dar con conocimiento de causa, en el caso de estar el marido ausente y no esperarse de próximo su venida, ó de correr peligro en la tardanza, valiendo esta licencia lo mismo que la del marido, l. 6. — 5.º Que entrando el marido en los 18 años puede administrar su hacienda y la de su mujer si fuere menor de edad, l. 14. y últ.

33. En vista de esta ley 14 del año 1623, suscitan los intérpre-

\* Mas despacio se hablará de dotes en su título.



tes las siguientes cuestiones : 1.<sup>a</sup> Si los casados de 18 años conservan hasta cumplir los 25 el beneficio de la restitucion *in integrum*, en el caso de haber sufrido daño por su administracion. 2.<sup>a</sup> Si gozan hasta este tiempo del privilegio de " caso de Corte. \* 3.<sup>a</sup> Si podrán intervenir en juicio por sí mismos, sin necesidad de curador *ad litem*. 4.<sup>a</sup> Si podrán enajenar sus bienes raices, sin decreto del Juez. Nos parece muy bien la sentencia de Vela, que en su *Disert.* 5. resuelve afirmativamente las dos primeras y negativamente las dos últimas, fundándose en la sólida razon de que por haberse establecido esta *ley* á favor de los casados, debe interpretarse tambien á su favor en todos los casos de duda. En la *Disert.* 5. y 6. prueba el mismo Vela que el casado de 18 años queda libre de su curador, y manifiesta lo útil que esto le es.

34. Para facilitar el matrimonio concede esta misma ley 14. — 1.<sup>o</sup> Que los cuatro años siguientes al dia en que uno se case, sea libre de todas las cargas y oficios concejiles, cobranzas, huespedes soldados y otros. — 2.<sup>o</sup> Que los dos primeros años de estos cuatro, sea libre de todos los pechos reales y concejiles y del tributo de la moneda forera, estinguido segun Cornejo, en su *Diccionario forense*, en el año de 1724. " Retes en el *lib.* 7. c. 4. *de sus opusculos* esplica latamente dicha ley 14.—Tambien hay otros privilegios á favor de los que tienen muchos hijos, y hablaremos de ellos al tratar de las escusas de la tutela y curaduría.

35. Tambien es efecto civil del matrimonio el poderse desherrar al que lo contrae contra la prohibicion de la pragmática de 23 de marzo de 1776,

36. *Derecho de Indias.* — Los indios de uno y otro sexo son libres para casarse con quien quisieren, ya sean los consortes indios, europeos ó americanos, sin que se les ponga impedimento ni se entienda con ellos cualquiera determinacion real, sobre este artículo, que no haga mencion de los mismos, l. 2. *tit.* 1. *lib.* 6. *R. Ind.* bien que no pueden casarse sin la edad lejítima, ni se les ha de permitir la venta de las hijas para hacerlas casar, ll. 3. y 6. Los indios plebeyos, en defecto de sus padres, deben obtener el consentimiento de sus párrocos, segun la cédula de 27 de abril de 1778, pero los *caziques* y *mestizos* se reputan como españoles americanos, *d.* cédula, y otra de 13 de noviembre de 1781.

37. Las ll. 82. 84. y *sigui. tit.* 16 *lib.* 2. *R. Ind.* prohiben estrictamente contraer matrimonio y aun esponsales, dentro de su provincia á los Vireyes, Presidentes, Oidores, sus hijos é hijas, Solórzano, *Polit. ind. lib.* 5. c. 9. Por cédula de 17 de julio de 1773,

---

\* Caso de Corte se llamaba un privilegio por el cual sin tomar parte los juzgadores inferiores conocian las Audiencias ó Cancillerías en ciertas causas ó con ciertas personas.



se estendió esta prohibicion á los Protoctores de indios y á los Auditores de guerra. Los Oficiales Reales, Administradores, Tesoreros &c. tampoco pueden contraer sin expresa licencia del Rey, por cédula de 9 de agosto de 1779, la que no comprende á los oficiales subalternos, como se declara en resolucion de 19 de noviembre de 1783.

38. Por real orden de 15 de agosto de 1775 se manda que cuando los oficiales de Ejército contraigan obligacion de matrimonio, y sean demandados en juicio, conozcan de él los Jueces Eclesiásticos, y hallandolos lejitimamente obligados, pasen sus sentencias á los Virreyes, Presidentes ó Gobernadores, quienes despojarán del empleo á los oficiales, y darán parte á los Jueces Eclesiásticos, para que procedan en justicia. En orden á los títulos de Castilla, que quieran contraer matrimonio, vease á Belcía, pág. 186, ó la cédula de 8 de marzo de 1787.

39. Solórzano *lib. cit.* resuelve muchas dudas acerca de las viudas de los ministros reales, sus hijos, hermanos y parientes. Tambien trata de la forma de proceder contra los contraventores y sus penas; y del tribunal á que se ha de apelar, en caso de que los Virreyes ó Presidentes contraigan sin permiso real. Mas si la pena de la ley pasa á los herederos, puede verse en una obra póstuma del mismo autor, *In Alleg. cont. hæred. Franc. de Venegas*.

40. Los Curas ó otro sacerdote, con su licencia, pueden casar á sus feligreses, sienpre que no resulte impedimento de la informacion que se sigue en los Obispados de Quito y Cuenca, y de las diligencias prevenidas por el Tridentino. Necesitan licencia del Diocesano para casar á los vagos, que son los que no tienen domicilio, y á los de otras diócesis, segun la cédula de 26 de julio de 1774. Antes de la independencia americana necesitaban por esta misma cédula de igual liconcia para casar á los españoles; mas ahora no necesitan ninguna. La l. 29. *tit. 26. lib. 9. R. Ind.* mandaba que todo europeo soltero, que pasase á América, trajese informacion de celibato. La 7. *tit. 3. lib. 7.* disponia que se obligase á los casados en Europa á traer á sus mujeres, ó á que regresen á vivir con ellas, cuando se detuviesen mas de tres años. Por esta misma ley no podian los casados en América pasar á Europa, sin fianza de volver al tiempo que se les señalase, y dejar asegurado el sustento de sus familias.

41. En orden á los impedimentos del matrimonio, no hay diferencia alguna, pues segun la cédula de 1778, todos los americanos ó habitantes de Indias, ya sean etiopes ó mulatos, están obligados al derecho natural y canónico. Solo el impedimento de cognacion no se estiende en los indios mas allá del segundo grado, en el orden que establece la prohibicion canónica.

42. Ecepto en el recurso á la Penitenciaría, no se podia ocurrir inmediatamente al Papa por dispensa de impedimentos, sin

el permiso del Rey, que se obtenia por la Secretaría ó por el Consejo de Indias, negandose el pase á los Breves que venian sin este requisito, conforme á la cédula de 1778, y otra de 11 de marzo de 1781. Bajo el nuevo gobierno de los Estados Sud-Americanos, se recurre al Poder Ejecutivo por este permiso.

43. En consideracion al difícil recurso desde América á Roma, reciben los Obispos Americanos unas bulas, que se llaman *Sólitas*, por la *costumbre* que hay de despacharlas, y por las cuales les concede el Papa las siguientes facultades :

44. *Dispensandi in 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> consang. et affinit. simplici et mixto tantum, et in 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> mixtis, non tamen in 2<sup>o</sup> solo, quoad futura matrimonia, quoad vero ad præterita, etiam in 2<sup>o</sup> solo, dummodo, nullo modo attingat primum gradum, cum his, qui ab hæresi vel infidelitate convertuntur ad fidem catholicam, et in præfatis casibus prolem susceptam declarandi legitimam.*

*Dispensandi super impedimento publicæ honestatis justis ex sponsalibus proveniente.*

*Dispensandi super impedimento criminis, neutro tamen cónjugum machinante, et restituendi jus petendi dèbitum amissum.*

*Dispensandi in impedimento cognationis spiritualis, præterquam inter levantem et levatum.*

*Hæ vero dispensationes matrimoniales non concedantur, nisi cum clausula : Dummodo mulier rapta non fuerit, vel si rapta fuerit, in potestate raptoris non existat, et in dispensatione tenor hujusmodi facultatum inseratur cum expressione temporis, ad quod fuerint concessæ.*

*Dispensandi cum Gentilibus, et Infidelibus plures uxores habentibus, ut post conversionem et Baptismum, quam ex illis maluerint, si etiam ipsa fidelis fiat, retinere possint, nisi prima voluerit converti.*

*Prædictas facultates communicandi sacerdotibus idoneis, qui in eorum Diœcesibus laborabunt, et præsertim tempore sui obitus.*

*Et prædictæ facultates gratis, et sine ulla mercede exercean- tur, et ad annos decem tantum concessæ intelligantur, nec illis uti possit extra fines suæ Diœcesis.*

“ *Dispen-nsar á los herejes ó infieles convertidos á la fé cató-lica, solo en el 3<sup>o</sup> y 4<sup>o</sup> grado simple y mixto de consanguini-  
dad y afinidad : en el 2. 3. y 4. mixtos, pero no el 2<sup>o</sup> solo,  
para contraer matrimonio ; mas en los ya contraidos aun en  
el 2<sup>o</sup> solo, con tal que de ningun modo tenga atinjerficia con  
el primer grado ; y declarar en estos casos lejítima la prole que  
hubieren tenido.*

“ *Dispensar en el impedimento de honestidad pública que pro-  
venga de sponsales lejítimos.*

“ *Dispensar en el impedimento del crimen siempre que nin-  
guno de los cónyujes haya maquinado la muerte del consorte,*



” y restituir el derecho perdido de exigir el débito.

“ Dispensar el impedimento de cognacion espiritual, menos  
” entre padrino y ahijado.

“ Estas dispensas empero para los matrimonios no se conce-  
” derán sino con la clausula de : *Con tal que la mujer no haya si-*  
” *do robada, ó que si lo ha sido, no haya permanecido en poder*  
” *del raptor* ; y en las dispensas se insertará el tenor de estas  
” facultades con expresion del tiempo para el que se hubiesen  
” concedido.

“ Dispensar á los jentiles é infieles que tuvieren muchas mu-  
” jeres para que despues de convertidos y bautizados, retengan  
” de ellas la que mas quisieren, siempre que esta se convierta  
” tambien y cuando la primera que hubiese sido no quiera con-  
” vertirse.

“ Podrán comunicar estas facultades á sacerdotes idóneos de  
” sus Diócesis principalmente al tiempo de su muerte.

“ Y estas mismas facultades se han de ejercer gratuitamente  
” sin precio ninguno dentro de la propia Diócesi, y por el tiempo  
” de 10 años”.

45. En las causas de nulidad de matrimonio deben observarse en América las formalidades prescriptas por Benedicto XIV. en la Bula *Dei miseratione* de 13 de noviembre de 1741. En cuanto á las apelaciones de las sentencias de los Diocesanos, se debe guardar lo dispuesto en el Breve de Gregorio XIII. inserto en la última l. tit. 9. lib. 6. R. Ind. Véase la cédula de 21 de julio de 1776. \*

46. El conocimiento de las causas de divorcio compete esclusivamente á los Jueces Eclesiásticos, los que con ningun pretexto deben mezclarse en las temporales ó profanas, sobre alimentos, litis espensas ó restitution de dotes, como propias y privativas de los magistrados seculares á quienes incumbe la formacion de sus respectivos procesos ; de suerte que concurriendo semejantes asuntos temporales, durante las causas eclesiásticas, deben abstenerse los prelados de su conocimiento, pasandolos sin detencion á los jueces seculares, para que las sustancien y determinen breve y sumariamente, segun su naturaleza. Véase la cédula de 22 de marzo de 1787.

47. El decreto de 10 de abril de 1805 manda : que ni los hijos de familia menores de 25 años, ni las hijas menores de 23, á qualquiera clase del estado que pertenezcan, puedan contraer matrimonio sin licencia de sus padres, quienes en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no están obligados á dar la razon, ni explicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos

---

\* Sobre los matrimonios llamados de *conciencia*, que son cuando se requiere que por alguna causa justa permanezcan ocultos, véase la bula de Benedicto XIV de 17 de noviembre de 1741.

que hayan cumplido 25 años, y las hijas 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de sus padres. En defecto del padre, tiene la madre la misma autoridad; pero los hijos ó hijas adquieren la dicha libertad un año antes, esto es, á los 24 el varon, y á los 22 la hembra. A falta de padre y madre, recae la autoridad en el abuelo paterno, y á falta de este en el materno; pero en este caso es libre el varon á los 23, y la hembra á los 21. A falta de los referidos, recae la autoridad en los tutores, y en su defecto en los jueces del domicilio, y entonces quedan libres los varones á los 22, y las hembras á los 20 cumplidos. Para los matrimonios de las personas, que deban pedir licencia al Rey, ó la Cámara, ó Gobernador del Consejo, ó sus respectivos Jefes, es necesario que lo hagan despues de haber obtenido los menores la de sus padres &c. espresando la causa que estos han tenido para prestarla; así como los mayores deberán espresar las circunstancias de la persona con quien intentan enlazarse. Aunque los padres, madres, abuelos y tutores no tengan que dar razon á los menores de las causas que hayan tenido para su disenso, los que deban solicitar el Real permiso, pueden ocurrir al Rey, ó la Cámara, Gobernador del Consejo y Jefes respectivos, para que por medio de los informes que se tomen, se conceda ó niegue el permiso. En las demas clases del Estado, ha de haber el mismo recurso á los Presidentes de Chancillerías y Audiencias, para que procedan en los mismos términos. Los Vicarios Eclesiásticos, que autorizaren matrimonios sin dichos requisitos, serán espatriados, y ocupadas sus temporalidades, y los contrayentes serán asimismo espatriados y confiscados sus bienes. En ningun Tribunal Eclesiástico ni Secular se admitirán demandas de esponsales, si no son celebrados por personas habilitadas en los términos espuestos, y prometidos por escritura pública; y en este caso se procederá en ellas, no como en asuntos criminales ó mistos, sino como puramente civiles. — Los infantes y demas personas reales no pueden contraer, en ningun caso, sin licencia del Rey.

NOTA. — En el Ecuador rige desde 19 de setiembre de 1852, la siguiente ley que debe tenerse presente para todos los casos en que se hable de menor edad ó de emancipacion.

### LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR,

#### CONSIDERANDO :

1.º Que el ejercicio de los principales derechos políticos comienza segun la Constitucion á los 21 años cumplidos :

2.º Que es necesario poner los derechos civiles de los ecuatorianos en armonía con los derechos políticos,



## DECRETAN :

Art. *único*. La mayor edad de los ecuatorianos de ambos sexos empieza para todos los efectos civiles á los 21 años cumplidos, y desde este tiempo quedan fuera de la patria potestad y de la curaduría.

Comuníquese &c.

Se publicó en Quito el 9 de octubre del mismo año.

**LEY**

ASIGNANDO LAS EDADES HASTA LAS CUALES ES NECESARIO EL ASENSO PATERNO PARA LOS MATRIMONIOS.

*El senado y cámara de representantes de la República de Colombia reunidos en congreso.*

## CONSIDERANDO ;

1.º Que deben fomentarse los matrimonios, tanto para el aumento de la población como para la mejora de la moral pública, sin oponer otros obstáculos á su celebracion, que los que conduzcan para asegurar el bienestar y la felicidad de los que contraigan aquel vínculo.—2.º Que siendo los padres, y los que desempeñan sus funciones, los que tienen el mas directo ó inmediato interes en que sus hijos ó menores contraigan matrimonios que los hagan felices, son tambien los únicos que deben impedirlos.—3.º En fin, que aun este derecho de los padres sobre los hijos no debe ser indefinido, ni estenderse á mas de la edad en que por la constitucion de la República quedan espeditos los derechos políticos, y hábiles aquellos para intervenir en los actos que influyen en el bien de la sociedad, por consiguiente en los personales y en su bienestar individual ; por todas estas razones y para resolver diferentes dudas y consultas ;

## DECRETAN.

Art. 1.º Ningun colombiano que no tenga veintiun años cumplidos de edad, ni ninguna colombiana que no tenga diez y ocho años cumplidos de edad, pueden contraer matrimonio sin el consentimiento espreso del padre y de la madre. Si alguno hubiese muerto ó estuviese imposibilitado para manifestar su voluntad, basta el consentimiento del otro, y estando discordes el padre y la madre, prevalecerá la voluntad del padre, ya sea que disienta, ó ya que consienta en el matrimonio. — Art. 2.º Cuando hubiesen muerto el padre y la madre, ó entrambos estuviesen impedidos, el abuelo paterno dará el consentimiento; por falta ó impedimento de este, hará sus veces el abuelo materno ; y estando tambien este impedido, se pedirá el consentimiento del curador del menor. En defecto de padres, abuelos y curador se ocurrirá al

alcalde de la ciudad, villa ó parroquia respectiva. — Art. 3.º Los impedimentos que tengan los padres y abuelos paterno y materno para espresar su voluntad, y por los que deba suplir al consentimiento de los unos el de los otros para el matrimonio de los hijos y nietos, serán : 1.º demencia perpetua ó temporal mientras dure : 2.º la ausencia á países extranjeros de donde no se pueda obtener contestacion en menos de seis meses : 3.º el destierro perpetuo del territorio de la República : 4.º la condenacion á presidio, ó á otra pena infamatoria mientras no se obtenga rehabilitacion. — Art. 4.º Los empleados de la República de cualquier clase y dignidad que sean, no teniendo la edad de 21 años estarán sujetos á impetrar el consentimiento de sus padres, abuelos ó curadores para contraer matrimonio, y sin este requisito no podrán contraerlo ; pero los mismos empleados sean miembros ó mayores de la edad espresada no tendrán necesidad para sus matrimonios del permiso del Poder Ejecutivo, ni de ninguna otra autoridad. Eceptuarse el Presidente ó Vicepresidente de la República, cuando intenten contraer matrimonio con una extranjera, en cuyo caso deberán solicitar el permiso del congreso. — Art. 5.º Los militares cuando contrajeran matrimonio darán aviso de ello y de la persona con quien lo hayan verificado á las autoridades siguientes. Los soldados hasta sargentos inclusive al comandante de su cuerpo. De subteniente hasta teniente coronel inclusive al comandante jeneral del departamento en que estuvieren acantonados, ó al jeneral del ejército bajo cuyas órdenes sirvan ; y desde coronel en adelante, al Poder Ejecutivo de la República. — Art. 6.º Todos los colombianos desde la edad de 21 años hasta la edad de 25, y las colombianas desde 18 hasta 21 tendrán la obligacion de solicitar la licencia paterna ; pero si sus padres se la negaren, deberán suspender el matrimonio por tres meses, en cuyo término les pedirán nuevamente su permiso, y si pasados otros tres meses insistieren los padres en su negativa, ya podrán contraer libremente matrimonio. — §. único. El permiso de que habla este artículo se pedirá por medio del alcalde respectivo quien certificará despues lo que resultare ; y si el interesado estuviere ausente, podrá valerse de apoderado al efecto. — Art. 7.º Hasta que por el código penal se determinen las penas que deben imponerse á los que contravengan á la presente ley se observará lo que disponen los artículos siguientes. — Art. 8.º El cura que presenciare voluntariamente el matrimonio de un menor de 21 años, ó de una menor de 18 años, sin que se le haya presentado el consentimiento de los padres, abuelos, curador ó alcalde respectivo, quedará privado del beneficio que obtiene, é inhabilitado para obtener otro, la primera vez por dos años, la segunda por tres, y la tercera perpetuamente. Y el que presenciare voluntariamente el matrimonio de un menor de 25

años, ó de una menor de 21, sin que se le acredite haberse pedido el permiso de los padres, con arreglo al artículo sexto, sufrirá la pena de un año de suspension del ministerio parroquial, la primera vez, la segunda de dos, y la tercera y siguientes la de dos años de suspension y reclusion en un convento. — Art. 9.º Si el menor de 21 años, ó la menor de 18 contrajere matrimonio sin el consentimiento de sus padres, quedará al arbitrio de estos el desheredarlo ó pedir que se le reduzca á prision por seis meses ó un año; cuya solicitud podrán introducir en el término de tres meses, contados desde el dia en que tuviesen noticia de haberse contraido el matrimonio. — Art. 10. Los menores espresados que no teniendo padres deban pedir el consentimiento de sus abuelos paterno ó materno para contraer matrimonio, si lo verificasen sin este requisito, podrán ser multados, si tuviesen bienes, en la cantidad de cincuenta á quinientos pesos á beneficio de los mismos abuelos, ó sino tuviesen bienes podrán ser condenados á sufrir una prision de uno á tres meses. Solamente los abuelos podrán solicitar la imposicion de una de estas penas dentro del término de un mes, contado desde el dia en que tuviesen noticia de haberse contraido el matrimonio. — Art. 11. El menor de 21 años y la menor de 18, que no teniendo padres ni abuelos deben solicitar el permiso de los curadores ó alcaldes para casarse, omitiéndolo pagarán una multa desde 25 hasta 200 pesos que se aplicará á beneficio de la escuela de la respectiva parroquia. Si no tuviesen de que pagar esta multa deberán sufrir una prision de quince dias hasta dos meses. El curador, el procurador municipal, ó el síndico parroquial solicitarán en su caso la imposicion de una de estas penas dentro del término de un mes, contado desde el dia en que tuviesen noticia de haberse contraido el matrimonio. — Art. 12. El menor de 25 años y la menor de 21, que teniendo padres deban impetrar su licencia, con arreglo al artículo sexto, omitiéndolo, podrán ser desheredados en una quinta parte de la que pudiera tocarles, ó condenados á prision desde uno hasta tres meses, cuya solicitud podrán introducir los padres dentro del término de quince dias, contados desde el en que tuvieren noticia de haberse contraido el matrimonio. — Art. 13. A excepcion de la desheredacion, todas las demas penas señaladas en los artículos 9. 10. 11. y 12. serán graduadas y pronunciadas por el juez competente, sabida la verdad del hecho, y reduciendo á una simple relacion por escrito las razones en que se funden el demandante y demandado, y la determinacion que se dictare. — §. único. De esta determinacion no habrá ningun recurso, escepto el de queja por haberse escedido el juez en la aplicacion de las penas señaladas por esta ley, y con el objeto de hacer efectiva su responsabilidad por los daños y perjuicios que haya causado. — Art. 14. Ningun juez admitirá demanda sobre



esponsales que no hayan sido prometidos por escritura pública. Si los esponsales fueren celebrados por un menor de 21 años ó por una menor de 18 deberán concurrir tambien al otorgamiento de la escritura los padres, abuelos ó curador y en su caso el alcalde respectivo. — Art. 15. El conocimiento de las demandas sobre esponsales toca esclusivamente á los juzgados y tribunales civiles. — Art. 16. Ningun juez, autoridad, ni tribunal de la República podrán conocer demanda alguna de los hijos, nietos y menores, cuando los padres, abuelos, curadores ó alcaldes respectivos han negado su consentimiento para los matrimonios que intenten contraer, ó cuando los padres en el caso del artículo sexto no quisieren dar su permiso. — Art. 17. Se derogan cualesquiera leyes y disposiciones contrarias á la presente sobre licencias ó permisos para contraer matrimonios. — Dada en Bogotá á 6 de abril de 1826. — 16. El Presidente del Senado, *Luis A. Baralt*. — El Presidente de la Cámara de Representantes, *Leandro Ejea*. — El secretario del Senado, *Luis Vargas Tejada*. — El diputado secretario interino, *Antonio Torres*. — Palacio del Gobierno en Bogotá á 7 de abril de 1826. — 16. Ejecútese. — FRANCISCO DE PAULA SANTANDER. — Por S. E. el Vicepresidente de la República encargado del Poder Ejecutivo. El secretario de Estado en el Despacho del Interior, *José Manuel Restrepo*.

## DEL CODIGO PENAL.

### CAPITULO III.

DE LOS BIGAMOS, Y DE LOS QUE SE CASAN CLANDESTINAMENTE Ó SIN LAS DEBIDAS FORMALIDADES.

#### SECCION PRIMERA.

##### *De los bigamos.*

Art. 299. Los que contrajeran nuevo matrimonio, sabiendo no estar disuelto el que antes habian contraido, serán condenados á obras públicas por seis á diez años.

Art. 300. El vicario eclesiástico, párroco, notario ó cualesquiera otros funcionarios públicos, eclesiásticos ó civiles, que por razon de su ministerio deben concurrir á la celebracion de los matrimonios, y que á sabiendas autorizaren los que causen bigamia, serán privados de sus destinos, beneficios ó condecoraciones, declarados inhábiles perpetuamente para obtener otros, y condenados á presidio por cuatro á ocho años.

Art. 301. Los que en calidad de testigos concurrieren á sabiendas, á la celebracion de tales matrimonios, serán castigados como cómplices del delito de bigamia.

Art. 302. En las mismas penas incurrirán las personas que

habiendo recibido órdenes sagradas, ó hallándose ligadas con los votos de religion, contrajeran matrimonio.

Art. 303. Los que aunque no deban concurrir á la celebracion de matrimonios que causaren bigamia, supieren que alguno de los que pretenden contraerlo, se hallan ligados con otro anterior, ó que son incapaces de contraer, deberán participarlo á la autoridad competente, antes de que se celebre, só pena de ser arrestados por dos á seis meses, si se les convence de haberlo sabido, y no haberlo denunciado.

### SECCION SEGUNDA.

*De los que se casan clandestinamente, ó sin las debidas formalidades.*

Art. 304. Los que contrajeran matrimonio sin las formalidades establecidas, serán castigados de la manera siguiente: — Si las formalidades fueren de aquellas cuya omision causa nulidad, los que á sabiendas contrajeran semejante matrimonio nulo, sufrirán una reclusion de cuatro á seis años; pero si despues de cometido este delito y antes de ser sentenciados, revalidaren el matrimonio con las formalidades necesarias sufrirán un arresto por cuatro á seis meses. Si las formalidades omitidas no indujeran nulidad, y solo fueren de las que se requieren por derecho para la celebracion de tales contratos, los contrayentes serán reclusos por uno á dos años.

Art. 305. El vicario, párroco, notario, ó cualquier otro funcionario público, eclesiástico ó civil, que por razon de su ministerio interviniere á sabiendas, en la celebracion de algun matrimonio clandestino de los espresados en el artículo anterior, será privado de su destino ó beneficio, declarado inhábil perpetuamente para obtener otros, y desterrado de la provincia en que ejerciere sus funciones por uno á cuatro años.

Art. 306. Los testigos que á sabiendas, concurren en el propio objeto, serán castigados como cómplices en los casos respectivos.

Art. 307. Si á la clandestinidad del matrimonio se añadiere, para celebrarlo, el engaño de suponer funcionario público al que no lo sea; el autor de la ficcion, si fuere de los comprendidos en el art. 305. sufrirá un año más de recargo á las penas señaladas en él, y si fuere otra persona, se le aplicará la del art. 278. El que se fingiere funcionario público eclesiástico, en uno y otro caso, será castigado con arreglo al citado art. 278.

Art. 308. Los funcionarios públicos eclesiásticos ó civiles, á quienes tocare intervenir en los matrimonios, que autorizaren ó permitieren que se contrajeran por personas no habilitadas con la licencia que la ley requiere, serán suspensos de sus empleos, ó beneficios por cuatro á seis años.

## TITULO V.

## DE LA LEJITIMACION.

TIT. 7. Y 15. P. 4. — TIT. 10. Y 11. LIB. 2. INST.

1. El segundo modo de adquirir la patria potestad es la legitimacion; *acto por el cual á los hijos ilegítimos se finje nacidos en matrimonio legítimo, y se los reduce á la patria potestad de sus padres á manera de los legítimos.* De donde se infiere que el fundamento de la legitimacion es en el fondo una ficcion, por la que tiene la ley como nacidos en legítimo matrimonio á ios que han nacido fuera de él. Se dice que á manera de los legítimos son reducidos á la patria potestad, para donotar uno de los efectos de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera de matrimonio no estan en la potestad de su padre, y se reputan como si en realidad no lo tuvieran, porque en derecho sólo se tiene por padre á aquel á quien demuestra el matrimonio legítimo. De aquí proviene que los hijos ilegítimos se llaman naturales \* porque segun la naturaleza tienen padre, pero no segun la ley.

2. Las leyes romanas del tiempo de los Emperadores tenían establecido tres modos de legitimacion, á saber, por subsiguiente matrimonio, por oblacion á la Curia y por rescripto del Principe. La oblacion á la Curia era, ofrecer alguno, es decir, presentar á su hijo natural que no haya nacido de esclava á la corte del Emperador para que sirviése sin merced ni sueldo alguno consintiendo el hijo, ú ofreciendose el mismo, ll. 5. y 8. tit. 15. P. 4. Ya dijeron los intérpretes que esto no estaba en uso en España ni podia tener lugar por la misma constitucion moderna del gobierno de sus pueblos; y reconocen solo dos modos de legitimacion.

3. El primero y mas frecuente es por subsiguiente matrimonio, cuando teniendo el padre hijos en alguna barragana ó soltera, se casa despues con ella, l. 1. tit. 13. P. 4.; pero si el padre es casado no pueden ser legitimados sus hijos, aunque se casase despues, como los dispone la l. 2. tit. 16. P. 4. dando por razon: *que los tales hijos fueron fechos en adulterio.* Mas adviértase que posteriormente la l. 11. de Toro dispuso que se reputen naturales los hijos, siempre que los padres al tiempo de la concepcion ó del nacimiento no hubieren tenido impedimento para casarse; lo que quiere decir que aunque fueren *fechos en adulterio*, si al nacer se hallaban capaces los padres pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio.

\* Aunque vulgarmente llamamos *hijo natural* al de soltero y soltera.

\*\* §. d. tit. 10. Inst. — Novella 74. cap. 2.



4. De la legitimación por rescripto del príncipe habla la l. 4. d. tít. 15. P. 4., cuando alguno solicita del Emperador ó del Rey que *le haga legítimos sus hijos que ha de barragana*. Si el Rey accede quedan para en adelante legítimos. Puede conceder esta legitimación también á pedimento de los mismos hijos naturales que muestren el testamento en que el padre que no tenía hijos legítimos, los hubiese establecido por sus herederos legítimos, l. 6. d. 15. Estas legitimaciones del príncipe sirven solamente para los efectos civiles, porque para los canónicos los ha de conceder el Papa, l. 4. d. tít. 15.

5. La hija natural que casaba con algun juez mayor de Ciudad ó Villa, cuyo oficio fuese perpetuo, se hacía legítima por el mismo hecho del matrimonio, l. 8. d. tít. 15.

6. Los hijos espósitos, cuyos padres no se conocen, se tienen por legítimos para obtener, segun su calidad, lo que les convenga en lo civil con arreglo á su buena conducta y méritos personales. Cédula de 19 de febrero de 1794, y otra de 1803.

7. Los efectos que la legitimación produce, son: — 1.º Reducir los hijos naturales á la potestad del padre con todas las facultades que las leyes le conceden sobre los legítimos. — 2.º Dar derecho á los hijos para suceder en los bienes de sus padres; pero en este punto se debe distinguir entre la legitimación que se hace por subsiguiente matrimonio y la que se concede por rescripto del príncipe. En el primer caso suceden indistintamente á sus padres de la misma manera que los legítimos, l. 10. tít. 8. lib. 5. R. C.: en el segundo, aunque el hijo sea legítimo para heredar los bienes de sus padres, si despues tuvieren estos algun hijo, ú otro descendiente legítimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio; entonces el legitimado por rescripto del príncipe no puede suceder junto con ellos abintestato, ni extestamento, y solo tendrá lo que sus padres le quisieren dejar del quinto de sus bienes, del que tienen libre la disposición; pero si heredarán á los otros parientes, \* y gozarán de las honras y preeminencias que corresponden á los hijos legítimos, con todo lo demás que en el rescripto se les conceda espresamente, d. l. 10. del m. tít.

8. Los Obispos de América tienen facultad de dispensar á los ilegítimos para obtener órdenes mayores, y para los beneficios curados de indios. \*\* *Murillo Curs. jur. canon.* lib. 2.º tít. 19. n. 60., citando á Solórzano y remitiéndose á las *Sólitus*, cuyo artículo 2.º dice: *Dispensandi in quibuscumque irregularitatibus, exceptis illis, quas vel ex bigamia vera, vel ex homicidio voluntario proveniunt; et*

\* De su derecho á suceder hablaremos mas largo en el título de sucesiones.

\*\* Beneficios curados, se llaman aquellos, en que hay obligación de administrar los sacramentos á los fieles.

*in his etiam duobus casibus si præcissa necessitas operariorum ibi fuerit, si tamen quoad homicidium voluntarium ex hujusmodi dispensatione scandalum non oriatur.* “De dispensar en cualesquiera irregularidades, ecepto aquellas que proceden de verdadera bigamia, ó de homicidio voluntario, y aun en estos dos casos si hubiese escasez de sacerdotes, con tal que la dispensa en cuanto al homicidio voluntario no sea causa de escándalo”.

9. Aunque esta facultad pareciese limitada á la dispensa para órdenes mayores de que habla el art. 1.º de las mismas *Sólitus*; se encuentra espresa *ad obtinenda et obtenta beneficia ecclesiastica et officia quæcumque*, para obtener beneficios eclesiásticos y cualesquiera cargos y aun para los beneficios ya obtenidos, en la bula de Pio V. de 4 de agosto de 1571 recomendada por la cédula de 7 de setiembre de 1752, como puede verse en Morelli. *Fasti novi orbis, Ordina.* 135.

## TITULO VI.

### DE LA ADOPCION.

TIT. 16. P. 4. — TIT. 11. LIB. 1.º INST.

1. *Qué es adopcion.* — El acto de prohiar ó recibir como hijo nuestro con autoridad real ó judicial á un individuo, aunque naturalmente lo sea de otro, llama la l. 1.ª tit. 16. P. 4., *porfijamiento que es una manera que establecieron las leyes, por la cual pueden los omes ser fijos de otros, maguer non lo sean naturalmente.* Sin alterar el espíritu de esta ley, puede tambien definirse: Un acto solemne revestido de la sancion de la autoridad real ó judicial, que establece entre dos personas relaciones de paternidad y filiacion puramente civiles. Dicese *acto solemne*, porque no puede hacerse sino en la forma que las leyes prescriban; *revestido de la sancion real ó judicial*, porque es indispensable para su valor que intervenga el otorgamiento del Rey ó del Juez en su caso: *que establece entre dos personas relaciones de paternidad y filiacion puramente civiles*, porque esta paternidad y esta filiacion no son mas que una imitacion de la naturaleza y no pueden producir mas efectos que los que quiera la ley.

2. *Su objeto.* — La adopcion se inventó para consuelo de las personas ú quienes la naturaleza niega la felicidad de tener hijos ó que han sufrido la desgracia de perderlos. No obstante que esta institucion ha tenido sus enemigos, la conviccion de sus ventajas ha prevalecido en todos tiempos, pues la adopcion fué conocida y practicada entre los Hebreos, Asirios, Egipcios, Griegos y Roma-

nos; y estos últimos principalmente la honraron y fomentaron, dando leyes sobre sus condiciones, sus formas y sus efectos: leyes que pasaron por entero á los pueblos modernos, y que todavía se las hace entrar como base ó tipo de las disposiciones peculiares sobre esta materia en los nuevos códigos que se van estableciendo en diferentes naciones.

3. *Su division.* — La adopción abraza dos especies, la una que se llama simplemente adopción, ó *adopción en especie*; y la otra, *arrogación*. Ambas convienen en algunas cosas y se diferencian en otras: convienen en recibir por hijo propio al ajeno, en que no es acto privado entre los interesados y en otros puntos que se irán notando: y se diferencian, — 1.º en el sujeto adoptado, pues la adopción recae sobre las personas que están constituidas en la patria potestad, y la arrogación sobre las que se hallan libres de la potestad del padre: — 2.º en el modo ó forma, pues la adopción se hace con autorización judicial, y para la arrogación se necesita rescripto del príncipe. Hay también otras diferencias que iremos advirtiendo al hablar de cada una. Demos primero razón de lo que puede convenir, ó de lo que está dispuesto acerca de una y de otra. La adopción es una imitación de la naturaleza; así es que el que por naturaleza no puede ser padre ó hijo, no puede serlo tampoco por adopción. Un individuo de 10 años, por ejemplo no puede ser padre por adopción, porque no puede serlo por naturaleza; ni uno de 30 años puede ser hijo adoptivo de otro de 20, porque no puede suceder naturalmente que el hijo tenga más edad que su padre.

4. *Personas que pueden adoptar.* — ¿Quién es pues el que puede adoptar? Cualquier hombre libre que se halle fuera de la patria potestad, con tal que tenga 18 años más que el adoptado, y sea capaz de tener hijos naturalmente, esto es, que no sea impotente por naturaleza, aunque lo sea por enfermedad, fuerza ó daño que hubiere padecido; ll. 2. 3. tít. 16. P. 4. El escluir la adopción por las últimas circunstancias de esta ley es llevar muy lejos la ficción, tanto más que el impotente por naturaleza necesita del consuelo que en esta institución se busca, fuera de que en estos casos se resiente la moral. Ninguna mujer puede adoptar sino solo en el caso de haber perdido algún hijo en la guerra, sirviendo al Rey ó á la patria, y aun entonces no puede hacerlo sin real licencia, l. 2. tít. 16. P. 4. La razón que da esta ley de poder ser engañada la mujer para no concederle la libre adopción, no es satisfactoria, porque el mismo motivo le impediría celebrar todos los demás contratos. Tampoco pueden adoptar los ordenados *in sacris* ni los que hayan hecho voto solemne de castidad. Por cierto, siendo la adopción un remedo de la paternidad legítima que resulta de matrimonio, implicaría que los que no pueden casarse pudieran adoptar y los clérigos adop-



tarían á sus hijos, ó provocarían á las mujeres á prostituirse con la esperanza de que les adopten los suyos naturales. Ya dijimos que la adopcion se inventó para el consuelo de los que no tienen hijos, de donde viene que los que tengan hijos, nietos ó descendientes lejitimos no pueden adoptar, l. 1a. tít. 22. lib. 4.º *Fuero Real* : la l. 4a. tít. 16. P. 4. dispone que no se otorgue la licencia que se pida para adoptar sin que primero se examine si el adoptante tiene hijos que le sucedan. El adoptante casado no debe hacer adopcion sin el consentimiento de su consorte. No sabemos de ley que así lo establezca ; pero lo dicta la razon y el interes de la familia que se precavan motivos que pudieran ser de discordia. Finalmente el interes de la sociedad exige que no se permita dar hijos adoptivos á personas que no sean capaces de conducirlos por el camino de la virtud para hacer de ellos ciudadanos útiles á la patria, y por eso el adoptante debe gozar de buena reputacion, l. 4. tít. 16. P. 4.

5. *Efectos de la adopcion en jeneral.* — Los efectos de la adopcion son los siguientes : 1.º producir impedimento dirimente del matrimonio : — Entre el adoptante y el adoptado, aunque se disuelva la adopcion : — entre el adoptado y los hijos carnales del adoptante mientras dure la adopcion ; pero no entre los hijos adoptivos de una misma persona, los cuales pueden casarse unos con otros, \* así en el caso de subsistir la adopcion como en el de haberse disuelto. — Entre el adoptado y el cónyuje del adoptante, y recíprocamente entre el adoptante y el cónyuje del adoptado, sea que se disuelva, ó que dure la adopcion ; ll. 7, y 8. tít. 7. P. 4.

6. 2.º Que el adoptado unas veces pasa y otras no, á la patria potestad del adoptante, \*\* como veremos luego en los párrafos de adopcion *en especie* y arrogacion ; pero siempre conserva sus derechos y obligaciones con respecto á su familia natural, pues la ficcion no debe llevarse al estremo de destruir la realidad, ni por formar vínculos civiles pueden romperse los que ha formado la naturaleza.

7. El adoptado ó arrogado estaba escluido de las sucesiones á los mayorazgos, y ahora dirémos que lo está á las de capellanías, por no ser de la sangre de los fundadores.

8. *De la adopcion en especie.* — El acto de prohijar ó recibir como hijo con autoridad judicial al que verdadera y naturalmente lo es de otro y se halla en la potestad de su padre : *porfijamiento de ome que ha padre carnal é es so poder del padre*, l.

\* Entre los Romanos antes y ahora entre los Franceses, la fraternidad proveniente de adopcion impide contraer matrimonio.

\*\* En cuanto á los derechos que adquiere de sucesion, trataremos en el título de ellas.

7. tít. 7. P. 4. Solo pueden ser adoptados los hijos que se hallan bajo la patria potestad. De aquí se deduce : — 1.º que para la adopción basta el consentimiento del padre, con tal que el hijo no lo contradiga, al paso que en la arrogación es indispensable el consentimiento expreso del que va á ser arrogado: l. 1.ª tít. 16. P. 4. — 2.º que puede darse en adopción por el padre el hijo que todavía aun se halla en la infancia, esto es que no ha cumplido la edad de 7 años; pues diciendo la ley que no puede ser prohiado el infante que no tiene padre, supone que puede serlo el que lo tiene, l. 4. d. tít. 16. P. 4. — 3.º que no pueden ser adoptados de este modo los hijos ilegítimos porque no están bajo la patria potestad, y no hay por consiguiente quien pueda darlos en adopción, pero bien podrán ser arrogados.

9. *Ante quién.* — No pudiendo hacerse la adopción privadamente es indispensable la autoridad del juez, no precisamente de un juez determinado, sino de cualquiera que sea competente por razón de las personas, por ser un acto de jurisdicción voluntaria, l. 1.ª tít. 7. P. 4.

10. *Efectos de la adopción en especie.* — En cuanto á los efectos especiales de la adopción, es necesario no confundir la hecha por alguno de los ascendientes con la que haga un extraño; v. g. el abuelo, bisabuelo paterno ó materno adquieren sobre el adoptado la patria potestad, y de aquí es que esta adopción de los ascendientes se denomina por los DD. *plena y perfecta*. Si el adoptante es un extraño, que tal se considera cualquiera de los abuelos, de los tíos y demás parientes, no se les trasfiere la patria potestad, la cual queda entonces en el padre natural; y por eso esta adopción de los extraños se dice *imperfecta ó semiplena*; ll. 9. y 10. tít. 16. P. 4. El adoptado por su abuelo, bisabuelo paterno ó materno, tiene todos los derechos de hijo propio en los bienes del adoptante para ser criado con ellos y heredarlos no solo por causa de adopción, sino tambien por razón de parentesco, y si el adoptante lo saca de su poder, vuelve á la de su padre; l. 10. tít. 16. P. 4. El adoptado por un extraño no es heredero forzoso del adoptante por testamento, prescindiendo del derecho que tuviere en caso de ser pariente; pero lo es abintestato, si el adoptante muere sin descendientes ni ascendientes legítimos ó naturales; ll. 8. y 9. tít. 16. P. 4.; l. 5. tít. 6. *Bueno Real*; l. 1.ª tít. 22. lib. 4. *Fuero Real*; l. 7. tít. 20. lib. 10. Nov. que es la 10. tít. 8. l. 5. N. R. y la *opinión común de los AA.*; pues aunque la l. 9. del tít. 16. P. 4. los hacia partícipes de la herencia como si fuera uno de los hijos naturales, las ll. Rec. que dieron otro orden á la sucesión excluyen á todo hijo extraño.

11. *Como se acaba y si hay desheredación.* — La adopción puede disolverse por solo la voluntad del adoptante, quien puede desheredar al adoptado con razón ó sin ella, sin que

este tenga derecho á reclamar : *bien puede el profijador* (dice la l. 18.) *sacar de su poder al profijado cuando quisiere con razon ó sin razon; et non heredará ninguna cosa de los bienes de aquel quel profijó.* Sería mas equitativo, puesto que en la adopcion média un verdadero contrato, y no un contrato simple sino solemne revestido de la sancion del majistrado, con efectos permanentes como es el impedimento dirimente del matrimonio; que no pueda el adoptante privar al adoptado de sus derechos, sino por causa de indignidad ó ingratitud, en los mismos casos en que un hijo puede ser excluido de la herencia paterna ó un donatario despojado de la donacion.

12. *De la arrogacion.* — Arrogacion es : “ el acto de prohiar ó recibir bajo nuestro poder como hijo propio con real autorizacion al hijo ajeno que no está bajo la patria potestad por haber salido de ella : *porfijamiento de ome que es por si el non ha padre carnal, ó si lo ha, es salido de su poder y cac nuevamente en poder de aquel que lo porfija,* l. 7. tít. 7. P. 4.

13. *Quienes deben consentir.* — Siendo la arrogacion, un contrato entre el que arroga y el que es arrogado, segun supone el preambulo del tít. 16. de la P. 4., es claro que se necesita el consentimiento espreso de los dos, sin que baste el consentimiento tácito del que va á ser prohiado : aunque basta en la adopcion especial, l. 1. d. tít. 16. P. 4.; y como el infante ó menor de 7 años carece de la competente capacidad para consentir, de ahí es que no puede ser arrogado, l. 4. ò. 16. P. 4. Esto en cuanto al infante ó menor de 7 años : veamos lo que sucede con el mayor de 7 y menor de 25 años.

14. Como la arrogacion es un contrato que en cierta manera puede decirse irrevocable y que produce cambios, no solo en los bienes sino tambien en el estado de la persona, parece que no debia tener lugar hasta que el que quiere ser arrogado llegase á la edad de 25 años como entre los franceses, ó á lo menos á la de la pubertad, como antiguamente entre los romanos. Sin embargo, el código de las partidas considerando al mayor de 7 años con alguna capacidad para entender y consentir, y no queriendo privarle de las ventajas que pueda producirle la arrogacion le concede el beneficio de que pueda ser arrogado, l. 4. tít. 16. P. 4., bien que para evitarle perjuicios establece la misma ley oportunas precauciones.

15. *Cuando sale el arrogado del poder del arrogante.* — El arrogador no puede sacar de su poder al arrogado sino por justa causa que puede probar ante el juez, esto es por hacer el arrogado *tal tuerto ó tal cosa porque se ha de mover á muy grant saña el arrogador,* ó por haber instituido un tercero por su heredero al arrogado bajo la condicion de que el arrogador lo saque de su poder; en cuyos dos casos puede efectivamente sacarlo de su



potestad devolviendole todos los bienes con que entró en ella.

16. Asi como no puede el arrogador sacar de su poder al arrogado, no puede tampoco desheredarlo sin justa causa; pero si lo despidiere ó desheredare sin ella no solo está obligado á restituirle todos los bienes que trajo con todas las ganancias que despues hizo, menos el usufructo relativo al tiempo de la duracion de la patria potestad, sino que debe tambien darle la cuarta parte de sus bienes propios; l. 8. tit. 16. P. 4. aunque si tuviere descendientes legitimos no ha de darle la cuarta sino la quinta parte de sus bienes por via de alimentos.

## TITULO VII.

### DE LAS DOTES, ARRAS, Y OTRAS DONACIONES ENTRE MARIDO Y MUJER.

TIT. 11. P. 4. — TIT. 2. LIB. 5. R.

1. Para sostener las cargas del matrimonio dice el tit. 11. de la P. 4. que se establecieron las dotes. — Quizá porque no siempre las hay, ó porque ha prevalecido entre algunos la opinion de que no debe exigirse dote para el matrimonio, ni menos imponer á los padres esta obligacion declarando á las hijas derecho para pedirla, hay lejislaciones modernas que no han hecho esta materia asunto de sus disposiciones. Las que contienen las leyes de España producen alguna confusion que procuraremos quitar hablando de la materia con la claridad que nos sea posible; para lo cual la reducimos á los siguientes puntos. — 1.º Modos de constituirse la dote. — 2.º Sus divisiones. — 3.º Quiénes tienen obligacion de dotar. — 4.º Del derecho del marido sobre la dote y 5.º De su restitution.

2. Dote es: *lo que da la mujer al marido por razon de casamiento*, l. 1., ó por mejor decir, “el caudal que la mujer trae al marido para ayudar con sus frutos al mantenimiento de los dos” *pecunia marito nuptiarum causa data vel promissa*.

3. *De la constitucion de la dote*. — La dote no se entrega al marido para que la consuma, pues siempre queda de patrimonio de la mujer; sino para que aprovechando de sus frutos, la restituya disuelto el matrimonio; y puede constituirse antes y despues de celebrado este, l. 1. Puede constituirse sobre todos los bienes presentes y futuros de la mujer, ó solo sobre los presentes ó sólo sobre los futuros, ó en parte de unos y de otros, sobre bie-

nes raíces, ó muebles, semovientes, créditos, derechos y acciones, y aun sobre créditos que la mujer ú otra persona tuviese contra el mismo marido ; l. 14. Si la mujer fuere menor de 25 años, no puede entregar la dote en *bienes raíces*, sin licencia judicial ; pero puede entregarla en *bienes muebles* con solo el consentimiento de su curador, l. 14.

4. Puede constituirse la dote puramente ó bajo condicion, para cierto dia ó para tiempo incierto, para darla de presente ó á plazos y bajo los pactos que mas acomodaren al dotante, no siendo contrarios á derecho ni á las buenas costumbres ; ll. 10. 11. 15. 30. tit. 11. P. 4. El marido tiene hipoteca tácita en los bienes del que instituyó la dote hasta que esta le sea satisfecha, l. 23. tit. 13. P. 5. El plazo señalado para el cumplimiento de la promesa dotal empieza á correr desde la celebracion del matrimonio, á no ser que otra cosa se colija de las palabras de la promesa, l. 12. tit. 11. P. 4.; y en jeneral la primera condicion en la constitucion de la dote, que se entiende aunque no se espese, es, que se ha de efectuar el matrimonio, ll. de d. P. 4. El que constituye la dote, ya sea la mujer ú otro por ella, está obligado á la eviccion y saneamiento de las cosas constituidas, cuando se dieron apreciadas ; mas si se hubiesen dado sin apreciar, solo deberá sanearlas en caso de haberse obligado á ello ó de haber procedido de mala fe sabiendo que eran ajenas. En la constitucion de dote no hay repeticion por lo pagado indebidamente, ú en otros términos, no hay dolo que dé causa al contrato ; por ejemplo si uno dota á una persona creyéndola parienta suya, y resulta despues de casada que no lo es, no se puede recobrar lo que se dió en dote, l. 35. tit. 14. P. 5.

5. *Division de la dote.* — La dote se divide en *adventicia* y *profecticia* ; en *estimada* é *inestimada* ; y en *necesaria* y *voluntaria*. Dote adventicia es la que se compone de bienes propios de la mujer ó de bienes dados por la madre ó por algun pariente que no sea de la línea recta paterna ó por alguna persona estraña. Dote profecticia se llama la que sale de los bienes del padre, abuelo ú otro ascendiente paterno. Dote voluntaria es la que da la mujer por sí misma ú otra persona que no tiene obligacion de darla, y dote necesaria es la que da el padre como obligado á dotar á la hija, y el abuelo ó bisabuelo en su caso como luego veremos, ll. 2. y 8. tit. 11. P. 4. *Inoficiosa* se llama la dote cuando se ha dado mas de lo señalado por tasa legal.

6. Dote *estimada* ó *apreciada* es la que consiste en bienes á los que se señala precio ; é *inestimada* ó *no apreciada* la que consta de bienes que no se justiprecian, l. 16. tit. 11. P. 4. Estimada será si el que la da dijere, doy en dote tal casa ó tal viña y la aprecio en 100 pesos : é inestimada, si simplemente dijere, doy tal casa ó tal viña. El modo regular de darse las dotes és diciendo,

te doy en dote 2,000 pesos, en los bienes siguientes : en tal casa justipreciada en 1,000: en tal campo en 500, y en tal alhaja 400 &c., y cuando así se hace, la dote es estimada; porque lo que se da es una cantidad cierta, y el señalamiento de bienes lleva el objeto de demostrar que el valor de tales bienes cubre la suma enunciada ó prometida. Si la estimacion de la dote fuese mas alta ó mas baja de lo justo, puede siempre pedir el agraviado, marido ó mujer, que se reforme ó repare el engaño, cualquiera que sea la cantidad en que se hubiere padecido, aunque en los demas contratos solo compete este beneficio cuando la lesion es en mas de la mitad del justo precio ; l. 16. tít. 11. P. 4., y l. 2. tít. 1.º lib. 10. Nov. R. ó l. y 6. tít. 11. lib. 5. N.

7. Hay que atender mucho á esta distincion de dote en estimada ó inestimada, para evitar las equivocaciones en que sin duda por falta de esto han incurrido recientemente algunos escritores. La cosa estimada en la dote se presume siempre vendida por la mujer al marido por el mero hecho de la estimacion ó aprecio; siendo indispensable para lo contrario declaracion expresa de que no ha sido tal la voluntad de las partes; así está decidido en el derecho romano, \* y así se infiere naturalmente de las ll. 16. 19. y 26. d. tít. 11. La estimacion pues, de los bienes dotales produce los efectos de venta, cuando se hace simplemente, antes ó al tiempo de la entrega de dichos bienes, aunque no se espresé que se hace con dicho fin, ó que el marido ha de restituir el importe : y deja de surtir tales efectos, cuando se indica que la estimacion se hace solo para saber el valor de los bienes y poder repetir del marido los daños y perjuicios causados en ellos por su culpa, ó aparece de algun modo que la restitution ha de hacerse en especie, dd. ll.

8. *Quienes tienen obligacion de dotar.* — El padre está obligado á dar dote á la hija constituida en su poder, así en el caso de que ella tenga bienes propios, como de que no los tenga ; l. 8. tít. 11. P. 4. El abuelo ó bisabuelo paterno puede ser apremiado á dotar á la nieta ó biznieta constituida en su poder, solo en el caso de que ella careciese de bienes propios d. l. La madre no tiene obligacion de dotar de sus propios bienes á la hija, sino solo en el caso de que esta sea católica y aquella *hereje*, judía ó mora, l. 9. del m. tít. No puede la madre sin licencia del marido dar ni prometer dote á su hija, porque la mujer sin dicha licencia, no puede hacer contratos ni cuasi-contratos, segun la l. 55. de Toro, y 11. tít. 1.º de la Novís. R. ó 3. tít. 3. lib. 5. N.

9. Si el marido y la mujer durante el matrimonio casaren alguna hija comun y ambos le prometieren la dote, ambos deben pagarla de los bienes gananciales, como tenemos dicho; y si no

\* L. 69. §. 7. D. de jure dotium.



hubiere los suficientes para cubrirla, deberán pagar ambos por mitad lo que faltare ó el todo en su caso de los bienes propios : mas si solo el marido prometiére la dote, debe sacarse igualmente de los bienes gananciales ; y no habiéndolos, de los bienes propios del mismo marido y no de los de la mujer. La dote dada ó prometida por el padre viudo ó casado en segundas nupcias que tiene en su poder y administra bienes adventicios de la hija, se entiende dada ó prometida de los bienes propios del padre y no de los de la hija, por efecto de la obligacion que aquel tiene de dotar á esta segun la l. 8. tit. 11. P. 4.

10. Cualquiera que tuviere alguna soltera en su poder ó curaduría , puede ser apremiado á dotarla, cuando se casare, de los bienes de ella con arreglo á la cantidad de estos y á la calidad del novio ; en la inteligencia que será nula la dote en cuanto excediese del importe de dichos bienes l. 9. tit. 11. P. 4.

11. *Del derecho del marido sobre la dote.* — El marido tiene esclusivamente durante el matrimonio la administracion de la dote estimada ó inestimada, y el derecho de percibir sus frutos naturales, industriales y cíviles, para mantenerse con la mujer, hijos y familia, ll. 7. y 25. d. tit. 11. : se exceptuan de estos frutos las donaciones ó mandas que se hicieren á sus esclavos, y tambien los hijos de las esclavas. Como el marido no tiene derecho de percibir los frutos de la dote sino durante el matrimonio, es claro que si se le entregaron los bienes dotales ó parte de ellos antes de casarse, los frutos se acumulan á la dote aumentando su capital, á menos que el marido corra con la manutencion de la novia, l. 28. d. tit. 11.

12. El marido adquiere el dominio de las cosas dotales sean raices ó muebles, que se le entregaron con estimacion ó aprecio que produce los efectos de venta, como si las hubiese comprado ; hace suyo por consiguiente el incremento, pérdida ó deterioro que experimentaren, porque las cosas se aumentan, deterioran ó pierden para su dueño ; puede enajenarlas libremente ó disponer de ellas á su arbitrio ; no está obligado á restituir sino el precio en que fueron tasadas ; ll. 7. 18. 19. 20. d. tit. 11. Si las cosas dotales, ora sean muebles, ora raices se entregaren sin estimar ó con estimacion que no causa venta, no adquiere el marido su dominio natural y verdadero, sino solo el civil, queremos decir, un dominio semejante al que tiene el que se halla gravado de sustitucion ; no hace suyo el aumento ó deterioro, los cuales pertenecen á la mujer ; ni puede enajenarlas, hipotecarlas ni obligarlas, pues que las tiene que restituir en especie d. tit. 11. ; porque la propiedad de ellas, aunque dormida digámoslo así en manos del marido, pertenece siempre á la mujer. Tampoco la mujer puede enajenarlas ni obligarlas, porque aunque tiene su dominio natural, está privada durante el matrimonio de su domi.

nio civil, y porque no puede despojar al marido del usufructo. El marido que hubiese hecho indebidamente la enajenacion de los bienes dotales inestimados, puede revocarla durante el matrimonio quedando sujeto á los daños y perjuicios del comprador, si le ocultó la calidad de inestimados, y disuelto el matrimonio podrá la mujer ó su heredero recobrar estos bienes ó su importe del comprador á eleccion de este.

13. En caso que el marido disipe los bienes por mala conducta tiene derecho la mujer para pedir durante el matrimonio que se los restituya ó afiance ó que se nombre un depositario ó administrador que les dará lo necesario para su mantencion, porque si no fuere por mala conducta del marido sino por otras causas que viniere á pobreza, no tiene la mujer este derecho, ll. 1. tít. 9. P. 3. y 29. tít. 11. P. 4.

14. Los pactos y condiciones que marido y mujer hubiesen establecido en los capítulos matrimoniales del mismo modo que las costumbres del pueblo donde celebraron el matrimonio sobre dotes, arras y bienes gananciales deben observarse con exactitud al tiempo de la restitution de la dote, y esto aunque sean contrarias las costumbres del lugar á donde despues trasladaron los casados su domicilio, y en el que se verifique la disolucion del matrimonio. l. 24. tít. 11. P. 4.

15. *De la restitution de la dote.* — Como siendo la dote patrimonio de la mujer, no se dió al marido sino para sostener con sus frutos las cargas matrimoniales, es claro que disuelto el matrimonio por muerte de uno de los dos, ó por cualquier otra causa legal; se ha de restituir la dote á la mujer, á sus herederos, ó al mismo dotante, ó á la persona designada por él, en caso que se hubiese constituido con pacto de reversion; ll. 23. 26. 30. y 31. tít. 11. P. 4.

16. Sin embargo hay tres casos designados por la l. 23 del m. tít., en los cuales, no quedando hijos del matrimonio, el marido adquiere para sí la dote, y no está por consiguiente obligado á restituirla, á saber: — 1.º Cuando la mujer cometiere adulterio, á no ser que el marido la perdonase, como añade la l. 15. tít. 17. P. 7. — 2.º Cuando umbos consortes pactaron entre sí que falleciendo antes la mujer, quedase la dote para el marido, y muerto antes el marido, quedase la donacion *propter nuptias* para la mujer: — 3.º Cuando fuere costumbre en el pais que el marido gane la dote y la mujer la donacion *propter nuptias*. — Dice Escriche en su Diccionario palabra *Dote*, que de estos tres casos solo está en uso el del adulterio.

17. Todavía nos presenta la ley otro caso en que el marido no está obligado á restituirla, y es cuando se disuelve ó anula el matrimonio por algun impedimento dirimente, que la mujer ocultó con malicia y el marido ignoró al tiempo del con-

trato l. 50. tít. 14. P. 5. Mas si los dos sabían el impedimento, ni la mujer podrá reclamar la dote, ni el marido las arras, pues todo caerá en poder del fisco; salvo si fuesen menores de edad, en cuyo caso, como en el de haber contraído el matrimonio por ignorancia ó error siendo mayores, cada uno recobrará lo que hubiese dado al otro, l. 51. tít. 14. P. 5.

18. La dote, sea profecticia ó adventicia, se restituye por el marido ó sus herederos á la mujer ó á sus herederos, no habiendo pacto en contrario; pues lo que disponía la l. 30 tít. 11. P. 4. de que la profecticia se entregase al padre en caso de haber muerto la hija sin descendencia, dejó de tener efecto por la ley 47 de Toro que emancipa á la hija por el casamiento. *Gómez en la ley 57 de Toro, nn. 27 y 28.* — muerta la mujer antes que el marido, pertenece la dote á los hijos en propiedad, pero el usufructo lo tiene el marido mientras los hijos se hallan bajo la patria potestad.

19. Cuando la dote se entregó en bienes, muebles ó raíces estimados con apreciacion de causar venta, no está obligado el marido ó su heredero sino á restituir el precio en que fueron tasados, ni tampoco la mujer puede ser compelida á recibir los mismos bienes en caso de haber dinero; pero si no lo hubiere, habrá de tomar los bienes referidos ú otros de la herencia, previa tasacion; ll. 18, 19, y 20. tít. 11. P. 4. y 3. tít. 14. P. 5.

20. Es consecuencia clara de lo que dejamos dicho que si al tiempo de constituirse la dote, ó de apreciarla, se dejó á eleccion de la mujer ó del marido tomar las cosas ó su importe cuando se disolviese el matrimonio, se hará la restitucion á voluntad del que se reservó ese derecho; en cuyo caso el aumento ó deterioro toca al cónyuge en quien vengán á quedar por la eleccion suya ó del otro; ll. 18. y 19. tít. 11. P. 4. Cuando los bienes dotales, sean muebles ó raíces, se entregaron sin estimacion ó con estimacion que no causó venta, debe hacerse la restitucion de los mismos bienes en especie; ll. 7. 21. y 26. tít. 11. P. 4. Si los bienes fueron *fungibles*, es decir que al primer uso se consumen y se recibieron estimados, ha de restituirse el precio en que se valoraron; y si se recibieron inestimados ha de restituirse otro tanto de la misma especie y calidad, ó el valor que tuvieren al tiempo de la disolucion del matrimonio; ll. 21. y 26. tít. 11. P. 4. Comprada por el marido alguna finca con el dinero de la dote y beneplácito de la mujer, se la debe restituir la finca ó el dinero segun ella elijiere; l. 49. tít. 5. P. 5. Pero si la mujer no hubiere dado su consentimiento para la compra, la finca se considerará dotal solo subsidiariamente, esto es, cuando el marido resulte en estado de insolvencia; en cuyo caso se adjudicará á la mujer por el valor que tuviere al disolverse el matrimonio; *Gómez en la l. 55. de Toro n. 36.*



21. Si una finca dotada inestimada se trocaro por otra linca, ó se vendiere, y con su precio se compraro otra; quedará sustituida la adquirida por compra ó permuta en lugar de la dotal y se considerará por consiguiente propia de la mujer, á quien disuelto el matrimonio habrá de restituirse; l. 11. tít. 4. lib. 5. *Fuero Real*.

22. Aunque por regla jeneral, no está obligado el marido á restituir los bienes dotales inestimados sino en el estado en que se encuentren, porque su aumento, pérdida ó deterioro son de cuenta de la mujer; debe sin embargo abonar á esta las pérdidas ó menoscabos en los casos siguientes: — 1.º Cuando no prueba que acaecieron por culpa del marido, l. 18. tít. 11. P. 4. — 2.º Cuando voluntariamente los tomó á su cargo, l. 18. y l. 1.ª tít. 1. lib. 10. Nov. R. que es la 2. tít. 16. lib. 5. de la N. Retituyendo los bienes dotales en especie cobra el marido las mejoras *necesarias ó útiles*, mas no las de *puro recreo* que no aumentan el valor ó renta de las fincas, l. 32. tít. 11. P. 4.

23. Disuelto el matrimonio la dote que consiste en bienes raíces se ha de volver desde luego; porque no hay necesidad de mucho tiempo para devolver los raíces; y si son muebles dá el término de un año la l. 31. tít. 11. P. 4.; pero si quedasen hijos, como el usufructo toca al padre, entregará la dote cuando estos salgan de la patria potestad. No pudiendo el marido entregar toda la dote dentro de este término, debe hacer el juez que pague lo que pueda, de modo que le quede algo para vivir, tomándole caucion de que la satisfará cuanto antes pudiere; y lo mismo sucede respecto de los hijos que hayan de entregar la dote á su madre por razon del padre, l. 32. d. tít. 11.

24. La mujer tiene hipoteca tácita en los bienes del marido para la repetición de la dote; l. 23. tít. 13. P. 5., y goza el privilegio ó derecho de ser preferida á los acreedores anteriores que la tuviesen igualmente hipoteca tácita, y á los posteriores que la tuviesen tácita ó expresa, ora sea esta jeneral, ora especial, pero no á los anteriores que la tuviesen expresa, sea especial ó jeneral, l. 33. tít. 13. P. 5.

25. En concurrencia de dos ó mas dotes por haber casado el marido dos ó mas veces, tendrá la preferencia en el pago la primera respecto de la segunda; la segunda respecto de la tercera; porque siendo de igual naturaleza la que es primera en tiempo tiene mejor derecho; pero si entre los bienes del marido se encontrare alguna cosa dotal de la segunda ó tercera mujer, se le debe restituir á ella ó sus herederos; l. 33. tít. 13. P. 5.

26. Si la dote fué dada por un tercero, al tiempo de la restitucion se hace propia de la mujer sin limitacion ninguna, salvo solo que dándola quien no fuero su padre ó madre, se hubiese añadido el pacto de reversion que deberá guardarse. Mas la dote da-

da por el padre ó la madre está sujeta á colacion : con la diferencia de que la dada por el padre se ha de colacionar por la hija en la division de los bienes paternos, la dada por la madre en la division de los bienes maternos ; y la que hubiese salido del cuerpo de bienes gananciales de padre y madre, ha de traerse por mitad en la division de la herencia de cada uno de ellos, sea que la division ocurra durante el matrimonio de la hija ó despues de disuelto : l. 29. de *Toro*, l. 14. tít. 6. lib. 3. *Fuero Real*.

27. Si la dote fuere *inoficiosa*, esto es, mayor que la legítima correspondiente á la hija, debe restituirse el exceso en la partición de la herencia paterna ó materna para que se divida entre todos los herederos, sin que se pueda imputar á la hija en mejora de tercio ó quinto, como se imputa al hijo el sobrante de la donacion *propter nuptias*, porque la hija no puede entenderse mejorada por via de dote ni por otra especie de contrato entre vivos. Pero para calificar de inoficiosa la dote se ha de atender á lo que valian los bienes del dotante al tiempo de su muerte ó al tiempo en que se prometió ó constituyó la dote, segun elijiere la hija dotada ; al paso que para calificar de inoficiosa la donacion *propter nuptias* solo se tiene en consideracion el valor de los bienes del dotante al tiempo de su muerte ; y como puede suceder que el patrimonio del que dá la dote ó hace la donacion, sea mas cuantioso en un tiempo que en otro, resulta por esta parte á favor de las hijas una ventaja con que se compensa la desventaja que tienen de que las dotes no les pueden servir para mejoras, como sirven las donaciones *propter nuptias* á los hijos varones ; ll. 5. y 6. tít. 3. lib. 10. Nov. R. que son las ll. 3. tít. 8. lib. 5. y 1. tít. 2. lib. 5. de la N.

28. En los juicios especiales de comercio, y principalmente para los casos de quiebra, establecen varios art. del Código de la materia, los privilegios de la mujer para no ser perjudicada en su dote, ó que no lo sean los acreedores del marido con constituciones fraudulentas hechas en favor de la mujer. art. 1,039, 1,114, 1,117, 1,117.

29. *Bienes para-fernales*. — Hay otras cosas que lleva tambien la mujer al matrimonio y no entran en la dote, que se llaman bienes *extra-dotales*, ó *para-fernales*, que significa lo mismo en lengua griega. Cuando la mujer los dá al marido con *intencion* de que tenga su dominio, lo tiene durante el matrimonio ; pero si la mujer los retiene consigo ó no consta de tal *intencion*, permanecen en el dominio de la mujer, l. 17. tít. 11. P. 4. Y todos estos bienes tienen los mismos privilegios que la dote. d. l. 117.

30. *De las arras*. — Hablemos ahora de lo que recibe la mujer á cuenta del marido, La donacion que este hace á la mujer por razon de matrimonio se llamaba *arras*, por da l. 1. tít. 11. P. 4. y entre los Romanos *propter nuptias*. Las ll. 7. y 23. del m. tít. quisieron, como las Romanas, que se guardase igualdad en-

tre estas donaciones y las dotes ; pero Gómez en la l. 50 de Toro, n. 11. y 12. observa que no están en uso las donaciones *propter nuptias*, y que se diferencia mucho lo que ahora llamamos *arras*.

31. Otras donaciones conocieron los Romanos bajo el nombre de *sponsalitia*, como se lee en varias leyes del título del código de *sponsalibus et arrhis sponsalibus*. Las nuestras las han adoptado, añadiéndoles tasa. Se hacen antes del matrimonio, por el esposo á la esposa, y alguna vez al contrario. Aunque se hacen sin condicion alguna, deben restituirse por aquel por cuya culpa deja de celebrarse el matrimonio ; mas en el caso de no celebrarse este por casualidad ó muerte, debe distinguirse ; porque si no intervino osculo, debe restituirse á los herederos del esposo todo lo dado, y solo la mitad, si intervino : y si fuese la esposa la donante, lo recobra todo, l. 3. tít. 11. P. 4. l. 4. tít. 2. lib. 5. R. \* Suele hacerse estas donaciones en joyas y vestidos preciosos, y no pueden esceder la octava parte de la dote, ll. 1.<sup>a</sup> y 5. tít. 2. lib. 5. R. debiendo aplicarse el exceso á la Cámara del Rey. Las frecuentes contravenciones de esta prohibicion tan útil é importante, dieron lugar á que se repitiese en el *auto-acor*. 4. tít. 12. lib. 7. R. cap. 25. 26. y 27. en que se manda que los mercaderes, plateros, longistas ni otras personas, por sí ni por otras, puedan en tiempo alguno, demandar en juicio las mercaderías y géneros que dieren al fiado para dichas bodas á cualquiera persona del estado, de cualquiera calidad y condicion que sea : y que las justicias ordinarias tengan jurisdiccion privativa para conocer de los casos que miran á la ejecucion de las penas de contravencion.

32. Tambien tenemos otra donacion, que se llama *arra*, y es : donacion hecha á la esposa por el esposo en remuneracion de la dote, virginidad ó nobleza, segun Gómez en la l. 50. de Toro n. 12. donde enseña, que tambien puede hacerse efectuado ya el matrimonio, y lo mismo dice Covarruvius, *part. 2. de matrim. cap. 3. §. 7. n. 14.* añadiendo ambos, que despues de publicadas las leyes de Toro, se diferencia mucho esta donacion de la que la l. 1.<sup>a</sup> tít. 11. P. 4. llama *propter nuptias*. Tambien tienen las arras su tasa, pues no pueden esceder la décima parte de los bienes del marido, l. 2. tít. 2. lib. 5. R. que prohíbe ademas su renuncia, é impone pena de privacion de oficio al escribano que diere fe de algun contrato en que intervenga tal renuncia. Y adviértase que esta tasacion, que trae su orijen de la l. 2. tít. 2. lib. 3. del *Fuero Real*, no dice respecto á solo los bienes actuales del marido, al tiempo en que se constituyen las arras, sino tambien á los que despues adquiriere.

\* L. 15. C. de donat.



33. El dominio de las arras, seguido el matrimonio, es absolutamente de la mujer, y de consiguiente muerta ella, testada ó intestada, pertenece á sus herederos, aun sobreviviendo el marido, l. 3. tít. 2. lib. 5. R. Pero si se hubiese hecho á la mujer la donacion del n. 31. y prometídole arras, solo tendrán entonces ella ó sus herederos el derecho de escojer la donacion ó las arras, dentro de 20 dias contados desde que fueron requeridos por el marido ó sus herederos; y pasados estos, compete la eleccion al marido ó sus herederos.

34. *Donacion propter nuptias*. — Es frecuente otra donacion, que las ll. 9. tít. 6. y 3. tít. 8. lib. 5. R. llaman *propter nuptias*, y es : la que hacen los padres á sus hijos en contemplacion del matrimonio, que han de contraer, para que puedan llevar con mas honor y comodidad sus cargas : de suerte que es muy diferente de la que las Partidas llamaron tambien *propter nuptias*, n. 16.

35. *Donaciones entre marido y mujer*. — Solo nos resta hablar de las donaciones entre los cónyuges despues de casados, no por razon de casamiento, sino por el amor que se tienen. Estas se hallan prohibidas y son de ningun valor, ya por el engaño que causa el amor, como porque, el que fuese mas escaso en dar, sería de mejor condicion que el mas franco, l. 4. tít. 11. P. 4. Esta prohibicion solo tiene lugar en aquellas donaciones por las que se hace mas rico el que recibe, y el què dá mas pobre : de suerte que si falta una de estas circunstancias, vale la donacion. \* Por ejemplo, si se deja una herencia al marido, sustituyéndole á su mujer, y el marido renuncia su institucion, sin haber adido la herencia, en cuyo caso tiene valor la sustitucion porque aunque esta renuncia hace mas rica á la mujer, no empobrece al marido. Por esta razon valdrá tambien la donacion de una cosa ajena, porque sirve al donatario para usucapirla, y no hace mas pobre al cónyuge donante. Lo mismo debe decirse, si la donacion hace mas pobre al donante, pero no mas rico al donatario, como si se le diera lugar para que se hiciese sepultura, construyera una Iglesia ó cosa semejante, en cuyos casos concurre tambien la razon de ceder esto en honor de Dios, ll. 5. y 6. tít. 11. \* Tambien vale, si el que la hizo, muere, sin revocarla, antes que el que la recibió; pero debe decirse lo contrario, si no muere antes, ó la revocase por palabras ó por hechos, vendiendo ó enajenando de otra manera las cosas que habia dado, l. 4. tít. 11. \*\*\*

\* L. 5. §. 26. de donat. int. vir. et ux. — \*\* D. l. 5. §§. 8. 13. et 14. de donat. int. vir. et ux. — \*\*\* L. 32. §§. 2. et 9. eod.

## TÍTULO VIII.

## DE LA TUTELA Y CURADURIA.

TIT. 16. 17. Y 18. P. 6. — TIT. 13. LIB. I. INST.

1. *Qué es tutela.* — Para proceder con claridad, notaremos, que los nombres *tutela*, *curaduría*, *tutor*, *curador*, apenas se hallan en las *Partidas*, que usan los jenerales *guarda y guardadores* en su lugar. De los hombres libres, que no están en patria potestad, unos se hallan en tutela, otros en curaduría, y otros fuera de todo. *Tutela es la guarda que se da al huérfano libre, menor de 14 años, é á la huérfana menor de 12, segun la l. 1.ª tit. 16. P. 6. \**

2. *A quienes se debe dar tutor.* — Por la palabra *libre* entiende López en la *glosa* 1.ª de esta ley, que no pueden estar en tutela el esclavo, y el que se halla en la patria potestad. *Princ. eod.* Se dan tutores á los de esta edad, aunque no los quieran, \*\* Y se les dan para que cuiden bien sus personas, y por consecuencia precisa, sus bienes. Y no deben darse para una sola cosa ó pleito del menor, \*\*\* salvo el caso en que se le moviese el pleito de servidumbre, en el cual se le podia dar uno para que defendiese su persona y bienes en el particular del pleito, d. l. 1.ª

3. *Division de la tutela, y lo que es testamentaria.* — Hay tres especies de tutela; testamentaria, légitima y dativa. Testamentaria es: *la que dá el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder*; l. 2. y 3. d. tit. 16. \*\*\*\* y esta facultad que se estendia al abuelo por esta l. 3. se halla derogada por la ley de la Recop. que hemos citado en el n. 1. tit. 3. El padre puede tambien dar tutor al póstumo, esto es, al hijo que nace despues de su muerte, l. 3. porque el póstumo se reputa nacido en quanto le es provechoso, † pero no en quanto le sea perjudicial, l. 3. tit. 23. P. 4.

4. La madre que hace testamento en que establece por herederos á sus hijos, que no tienen padre, puede darles tutor en él. Pero este tutor no puede manejar en ninguna manera los bienes del mozo, á menos de ser aprobado por el juez del lugar donde están los bienes, el que debe confirmarlo y otorgarle guarda de ellos, ó como dicen los prácticos *discernirle* la tutela, *si non fuere tal á quien defiendan las leyes que lo non sea.* Mas si la madre no estableciese por su heredero al hijo, no le podría dejar

\* §. 1. et 3. Inst. de tutel. — \*\* L. 6. de tut. et cur. dat. — \*\*\* §. 4. Inst. qui testam. tut. dar. pos. — \*\*\*\* §. 3. Inst. de tut. — † §. 4. Inst. eod. l. 7. de stat. hom.

tutor aunque le dejase de otra manera alguna parte de sus bienes. Pero si lo hiciese, y quisiese confirmarlo el juez, valdría, y no de otra manera, l. 6. porque la madre no tiene patria potestad, de la cual nace el derecho de dar tutor, segun la l. 3. d. tit. Por las leyes Romanas era necesaria la inquisicion ó examen de las circunstancias del tutor, dado por la madre en testamento á su hijo heredero. † Por la citada l. 6. se ha visto que es necesario examinar, si este tutor se halla ó no impedido por las leyes. López en la *glosa 2.* dice, que si el menor no tiene mas bienes que los que dejó la madre, no es necesaria la inquisicion respecto de ellos, pero que si tiene otros, lo será respecto de estos.

5. Si el padre da tutor á su hijo natural en testamento, instituyéndolo heredero, ó cualquier otro á un extraño en estos mismos términos, debe confirmarlo el Juez; y así, y no de otra suerte será tutor. Y en jeneral los tutores testamentarios pueden ser dados pura ó simplemente, á cierto tiempo, ó bajo de condicion, segun fuere la voluntad del testador, l. 8.

6. *Quienes no pueden ser tutores.* — Pueden ser dados tutores los que no están prohibidos y lo están el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, gastador de sus bienes ó pródigo, el de malas costumbres, el menor de 25 años, y la mujer, l. 4. Pero la prohibicion del menor debe entenderse en solo las tutelas legítima y dativa, y no en la testamentaria, que podrá obtenerla, para administrarla, cuando fuere mayor; l. 7. Y en cuanto á mujeres debe advertirse que no alcanza la prohibicion á la madre y abuela, quienes pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, si prometieren ante el juez del lugar donde están ellos, que no se casarán durante la tutela; y renunciarén el beneficio del senado-consulto Veleyano, esto es, la prohibicion que tienen las mujeres de obligarse por otro, l. 4. que añade la razon de estas dos condiciones; de la primera, porque se sospecha, que casándose la mujer desouidará de guardar la persona y bienes del huérfano, por el grande amor á su marido; y de la segunda, porque no querrian los hombres contratar con las mujeres, aunque ellas mismas lo necesiten para la buena administracion de la tutela y provecho del huérfano. Si se casa la madre mientras tiene el huérfano en tutela, debe el juez del lugar en que esto sucediere, sacarlo luego de ella, y pasarlo á la de su pariente mas cercano; que sea hombre bueno sin sospecha ni impedimento legal. Y si hallare que la madre debe algo al huérfano, por haber administrado sus bienes, están obligados al pago no solo los bienes de ella, sino tambien los de aquel con quien casó, l. 5.

7. Tampoco pueden ser tutores los obispos y monjes, l. 14. la que dice de los sacerdotes y demas clérigos seculares, que puen

† L. 2. de confir. tut.



den ser guardadores de sus parientes; pero que deben ir ante el juez del lugar dentro de cuatro meses despues que supieron la muerte de su pariente que dejó hijos sin guardador, y decirle, que quieren serlo de dichos hijos. \* De los deudores del mozo dice, que no pueden serlo, sino es que el padre los nombrase en su testamento. Y añade, que tampoco pueden serlo el que fuere obligado al Rey por haber tenido ó tener sus cilleros ó sus heredades ú otras ventas de que hubiere de dar cuenta.

8. Si el testador nombrare á su esclavo, tutor de sus hijos aunque no lo aforrase por palabras, se hace libre por esta razon, y será tutor de ellos, si fuere mayor de 25 años: y si fuere menor, será tambien forro; mas no será tutor hasta que cumpla dicha edad; pero si dejase por tutor á un esclavo ajeno, no valdría, l. 7.

9. Como debe nombrarse el tutor. — El padre debe nombrar y señalar el tutor de modo que se pueda saber ciertamente qual es: por lo que, si nombrase uno, y hubiese otro del mismo nombre, de suerte que no pueda saberse qual fué el que intentó nombrar, ninguno de ellos lo será, l. 7. Otro sí.

10. De la tutela legitima. — En defecto de la tutela testamentaria entra la legitima. Si muriese pues un padre, sin haber hecho testamento, ó sin nombrar tutor en él, ó si habiéndolo nombrado, muriese antes que el testador, sería tutor legitimo de sus hijos su pariente mas cercano, y si hubiese muchos del mismo grado, lo serían todos, l. 9. y López en su *glosa* 1.<sup>a</sup> advierte muy bien, que sería lo mismo, si muerto el padre, falleciese el tutor que nombró, siendo impúber el mozo. Si este tuviese madre, le pertenece ante todos esta tutela, y si no la quisiere, ú la abuela, y en defecto de ambas á los parientes laterales por su proximidad, l. 9. Llámase legitima esta tutela, porque compete por beneficio de la ley, sin intervencion de persona alguna.

11. La l. 10. aprueba la legitima tutela que los Romanos llamaron *patronorum*, esto es, manda que si el señor aforrase á su siervo menor de 14 años, sea su tutor.

12. *Tutela dativa*. — A falta de tutores testamentarios y legitimos entran los dativos, \*\* llamados así, porque son dados por el juez. Cuando se observa esta falta, la madre y los otros parientes que heredarían al mozo, si muriese sin testamento, deben pedir al juez del lugar le dé tutor, que sea bueno y rico, y que entienda recibe la tutela mas por beneficio del menor, que de sí mismo. Y si no lo pidieren pierden el derecho que tenían de heredarle, si muriese intestado. Y siendo los parientes negligentes, ó no habiéndolos, pueden pedirlo los amigos del mozo ó cualquier otro del pueblo; y el juez lo debe otorgar por sí mismo, si los bienes del

\* Nov. 123. cap. 5. — \*\* Princ. Inst. de Atilian. tit.

mozo valiesen mas de 500 maravedises de oro, segun el valor que esplicaremos en otra parte; pero si valiere menos, bien podrá mandarlo á otro juez inferior. Y esto puede hacerse no solo por el juez del domicilio del mozo, sino tambien por el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó de aquel en que tuviere el mozo la mayor parte de sus bienes, sea que este se halle presente ó no, y aunque lo contradiga, l. 12.

13. *Como debe procederse cuando se han nombrado muchos tutores.* — Y si de todos los jueces que pueden dar tutor, diere cada uno el suyo, siente López, *glosa* 13. d. l. 12. que debe ser preferido el que fué nombrado primero; y no pareciendo este, el del oríjen. Nos parece bien su opinion en la primera parte, porque al que ya tiene tutor, no se le puede dar otro; pero no en la segunda, porque juzgamos debe ser preferido el dado por el juez del domicilio, ya por ser este el órden en que están escritos en la misma l. 12. como porque dándose el tutor principalmente para que cuide de la persona del mozo, tiene mas proporcion de ello el juez del domicilio. En caso de ser el mozo *Grande*, deben las Audiencias remitir al Rey la peticion de nombramiento de tutor ó curador, que ante ellas se hiciere, l. 14. tít. 5. lib. 2. R.

14. *Modos de fenecer la tutela.* — La l. 21. d. tít. 16. refiere los siguientes modos de fenecer la tutela: — 1.º Por cumplir el huérfano los 14 años, y la huérfana los 12. \* — 2.º Por la muerte ó desterramiento del tutor ó del huérfano. \*\* — 3.º Por la esclavitud de uno de los dos, † — 4.º Si fuese dado el tutor á cierto tiempo, ó so condicion, cumpliéndose el tiempo ó faltando la condicion. — 5.º Si adoptasen al huérfano ó al tutor, siendo este de los lejítimos. — 6.º Si se escusa el tutor por causa lejítima. — 7.º Si lo removiesen de la tutela por sospechoso. Sobre el modo 2.º decimos con López, *glosa* 2.ª d. 7. 21. que por *desterramiento* se entiende la *deportacion* de los Romanos. El 5.º en cuanto habla de la adopcion del tutor, por lo respectivo á la tutela lejítima, es conforme al derecho de las Instituciones de Justiniano, † segun el cual la tutela lejítima de los parientes, solo competía á los que lo eran por agnacion, y la perdía el tutor por su adopcion. Creemos que los que compusieron las *Partidas* tomaron de ahí este derecho, sin reparar que el mismo Justiniano quitó despues las diferencias entre agnados y cognados, † y que la misma l. 9. d. tít. 16. P. 6. llama á la tutela á los parientes, bajo el nombre jeneral y natural de *parientes*, estensivo á cognados y agnados; el tutor despues de adoptado queda cognado. Agnados son los parientes de parte de padre, sin mezcla ninguna de mujer, y por ello conservan su apellido; y

\* Princ. Inst. quib. mod. tut. finit. — \*\* §§. 3. et 4. eod. — † D. §. 4. — † §. 3. eod. — † Novel. 118. cap. 5.

cognados los que lo son por parte de madre ó alguna mujer.

15. *A quienes se da curador.* — A los mayores de 14 años hasta los 25, y á los mayores de 25 locos ó desmemorados, esto es, mentecatos, se da curador, l. 13 d. tít 16. y como esto procede de no poder cuidar ellos sus cosas por sí, añade con razon López, *glosa 1.<sup>a</sup>* que tambien debe darse á los pródigos, mudos, sordos y demas que por perpetua enfermedad, no pueden cuidar de sus cosas, conforme al derecho Romano. \*

16. A los que están en su acuerdo, y se da curador por solo su menor edad, no se puede apremiar, para que lo reciban, sino es el curador *ad litem*, en caso que demanden ó sean demandados. l. 13. \*\* Mas si lo hubieren recibido ya, no lo podrán desechár hasta que cumplan los 25 años, López, *glosa 2.* Gutier. *de tutel. part. 1.<sup>a</sup> cap. 9. n. 18.* pero téngase presente lo que hemos dicho al fin del n. 33. tít. 4. No puede el curador ser dado en testamento; pero si lo fuere, y entendiere el juez ser útil al menor, débelo confirmar, l. 13. || y entonces está obligado el menor á recibirlo, como lo prueban López, *glosa 3.* y Gutier. *cap. 19. n. 30.* La misma l. 13. prosigue diciendo, que al huérfano que ha guardador no le deben dar otro, excepto si el guardador fuese ome de mal recabdo, ó que hubiese de ver tanto en lo suyo, qué no pudiese cuidar los bienes del huérfano, ó si enfermase, ó tuviese de ir en romería ó en otro gran camino; entonces pueden darle otro guardador en lugar de aquel á quien dicen en latin *curator*, hasta que el otro sea sano ó torne del camino donde hubiese ido. López y Gutierrez extienden la doctrina de esta ley á los tutores, conforme á la regla del derecho Romano: *habenti tutorem, tutor dari non potest.* ¶ La curaduría fenecce cuando el mozo tiene 25 años, † y cuando el furioso recobra el juicio, y el pródigo las buenas costumbres; en lo demas acaba del mismo modo que la tutela.

17. Los mayores de 20 años pueden pedir en el Concejo la dispensa para poder administrar sus bienes, sin licencia ni autoridad de curador ni otra persona alguna, ofreciendo probar su idoneidad, y viendo el Concejo que esta peticion es justa y correspondiente, acuerda consultarlo favorablemente al Rey, quien suele concederla. El que obtiene esta vènia puede otorgar arrendamientos y contratos sobre sus bienes, y cualquiera otro acto que le convenga judicial ó estrajudicialmente: recaudar los fru-

\* §§. 3. et 4. Inst. de curat. — \*\* §. 2. Inst. de curat. — || §. 1. eod. — † §. 5. eod.

† Véase la ley del Ecuador de 18 de setiembre de 1852, que se halla en la pág. 33.



tos y rentas de lo suyo : distribuirlo y disponer de ello como de cosa propia ; y tomar cuenta con pago á cualquiera curador, que deberá dársela ; pero no podrá vender ni obligar los bienes raíces de su hacienda, sin autoridad ni decreto judicial, hasta que haya cumplido los 25 años. Véase á Escalona, *Práctica del Concejo*, tom. 1.<sup>o</sup> cap. 98. Y nótese al principio de este mismo cap. que si el pretendiente es mayor de 13 años, puede obtener de la Cámara la dispensa de los 18 hasta los 20, y con cédula de ella acudir al Concejo á solicitar la referida venia. Hablan de ella los *autos-acord.* 92. *tít.* 4. y 34. *tít.* 19. *lib.* 2. y 26. *tít.* 5. *lib.* 3.

18. *Escusas de los tutores.* — Tratemos ahora de las escusas y de la remocion de la tutela, advirtiendo que cuanto se diga de los tutores se entienda tambien de los curadores. Aunque la tutela no es en rigor un oficio público, se considera tal por algunos respectos, y merecen la Real proteccion los que están en ella, ll. 41. *tít.* 18. y 20. *tít.* 23. P. 3. y no es de estrañar que necesiten justa causa los que quieran escusarse de administrarla. *Escusanza es mostrar alguna razon derecha en juicio, por la que aquel, que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenuto de recibir en guarda á él, nin á sus bienes*, l. 1.<sup>a</sup> *tít.* 17. P. 6. Pero atendiendo á las leyes 2. y 12. *tít.* 16. P. 6. que dejan al arbitrio de los tutores lejítimos el serlo ó no, nos parece que solo los testamentarios y dativos necesitan de causa para escusarse.

19. Las causas para escusarse son 15. Las ll. 2. y 3. *tít.* 17. P. 6. establecen las 14 siguientes : 1.<sup>a</sup> Tener cinco hijos naturales y lejítimos, y vivos, debiendo contarse entre ellos los que murieron en batalla, en servicio de Dios y del Rey. \* — 2.<sup>a</sup> Ser recaudador de rentas del Rey, \*\* ó ser su mensajero ; y el haber de juzgar, y cumplir la justicia por obra, no pudiendo ninguno de estos escusarse de la tutela que hubiese recibido antes de obtener su oficio, || Juzgamos que por mensajero se entiende aquí llevador de recados, ó cobrador de los recaudadores, á los que se refiere la palabra *su*, contra el sentir de López, *glosa* 1. *d. l.* y Gutier. *de tutel. part.* 1. *cap.* 21. *nn.* 4. y 5. que creen significa el ausente por causa de la República, sin advertir que este se halla comprendido en la siguiente escusa. — 3.<sup>a</sup> *Ir en servicio del Rey por su mandado á alguna parte, que fuese muy lueñe, ó fuese allá por servicio, ó pro comunal de la tierra en que vive.* ¶ Estos pueden separarse de la tutela que antes tenían, encargándola á otro durante su ausencia : y vueltos tienen un año de escusa de una nueva tutela, que se quiera encargarles, pero pueden tomarla, si les place. —

\* Princ. Inst. de excus. — \*\* §. 1. cod. — || D. §. 1. — ¶ §. 6. eod.

4.<sup>a</sup>. Acaecer algun pleito grande de nuevo entre el guardador y el huérfano sobre toda la heredad del mozo, ó sobre alguna partida grande de ella. \*—5.<sup>a</sup> Tener tres guardas de huérfanos. Gutier. *Cap. cit. n. 8 y sig.* dice, que las tres tutelas no deben ser afectadas; que no sirven por tales sus fianzas; pero que basta para escusarse una sola tutela, si fuese tan cuantiosa y de tantos negocios, que equivaliesse á muchas. \*\* —6.<sup>a</sup> Ser pobre. — 7.<sup>a</sup>. Estar enfermo; pero la pobreza y la enfermedad deben ser tales que impidan cuidar al huérfano. † — 8.<sup>a</sup> No saber leer ni escribir, y ser tan simple ó necio, que no se atreviese á hacer la guarda con buen recado. — 9.<sup>a</sup> Haber tenido el guardador grande enemistad capital con el padre del mozo, sin haberse hecho la paz entre ellos. ‡ 10.<sup>a</sup> Haber movido pleito de servidumbre el padre del huérfano al nombrado guardador, ó este al otro. ††—11.<sup>a</sup> Ser el nombrado mayor de 70 años. †— 12.<sup>a</sup> Ser caballero, que estuviese en corte del Rey, ó en otro lugar señalado por su mandado ó pro comunal de la tierra, en cuyas palabras nadie duda que se entienden los soldados. — 13.<sup>a</sup> Ser Maestro de Gramática ó de Retórica ó de Dialéctica ó de Física mostrando su ciencia á los escolares, ó obrando por ella en su tierra ó en otro lugar, por mandado del Rey: é lo mismo es de los Maestros de las Leyes, que sirven á los Reyes, viviendo con ellos por sus jueces ó sus Consejeros, y de los Filósofos que muestran el saber de las naturas, †† cuya excusa, segun Gutierrez, exige actual enseñanza ó ejercicio del oficio. — 14.<sup>a</sup> Haber sido tutor de un huérfano, lo que sirve de excusa para la curaduría del mismo, || —15.<sup>a</sup>. Tener 12 yeguas de vientre, l. 3. tit. 17. lib. 6. R. En quanto á la excusa del marido para ser guardador de los bienes de su mujer menor de edad, conforme á la cit. l. 3. tit. 17. P. 6. recordamos la ley recopilada del n. 32. tit. 4.

20. Asso y Manuel en sus *Inst. lib. 1.º tit. 4. cap. 4. §. 1.º* dicen que las cuatro excusas pobreza enfermedad, no saber leer ni escribir, y la edad de 70 años, no competen al pechero del Rey, segun la l. 21. tit. 14. lib. 6. R. sin advertir que esta ley solo deroga los privilegios personales concedidos á algunos plebeyos; y que sobre todo no podía quitar unas excusas introducidas por la misma necesidad.

21. *Como debe proponer su excusa el tutor.* — La excusa debe proponerse dentro de 50 dias contados desde aquel en que supiere el guardador su nombramiento, si estuviese en el lugar en que fué dado, ó no mas lejos de 100 millas; y si estuviere á mayor distancia, un dia por cada 20 millas, y 30 dias mas, l. 4. d. tit.

\* §. 4. *Inst. de excus.* — \*\* ó. 5. *cod. l. 115. §. 9. l. 31 §. últ. de excus.* — † §. 6. et 7. *Inst. de excus.* — ‡ §. 11. *cod.* — †† §. 12. *cod.* — † §. 13. *cod.* — †† §. 14. *cod.* — || §. 18. *cod.*

17. P. 6. † Los jurisconsultos Romanos añaden, que en este último caso debe hacerse el cómputo de modo que nunca tenga el que está mas lejos menos de 50 dias, para que no sea de peor condicion que el mas cercano; lo que es muy conforme á razon. †† La misma l. 4. dice, que el pleito sobre si vale ó no la escusa, debe decidirse desde el en que empezaron los 50 dias hasta cumplir 4 meses: y que si el guardador se sintiere agraviado, puede apelar.

22. *Que tutores deben ser removidos como sospechosos.* — Tratemos ahora de los que están impedidos ó pueden ser removidos de la guarda, por sospechosos. Aquel guardador puede ser llamado sospechoso, *que es de tales maneras, que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres; y aunque fuese rico y quisiese dar fiador de guardar y aliñar, con todo eso no lo deben dejar en su guarda, l. 1.<sup>a</sup> tít. 18.* || Y las causas por las que los guardadores pueden ser removidos ó tollidos, y darse otros en su lugar son: — 1.<sup>a</sup> Si alguno hubiese sido guardador de otro huérfano, é procurado mal sus bienes. — 2.<sup>a</sup> Si le hubiese mostrado malas maneras. — 3.<sup>a</sup> Si despues que hubiese en guarda al mozo, fuese hallado que era su enemigo ó de sus parientes. — 4.<sup>a</sup> Si dijese delante del juez que no tenía que dar á comer al mozo, y hallasen que mentía. \* — 5.<sup>a</sup> Si no hubiese hecho inventario de los bienes del huérfano. — 6.<sup>a</sup> Si no lo amparase en su persona y sus bienes en juicio ó fuera de él. — 7.<sup>a</sup> Si se escondiese, y no quisiese parecer, cuando supiese que le habian dado guardador del huérfano.\*\*

23. *Quienes pueden acusarlos.* — Acusar puede al guardador por sospechoso cada uno del pueblo. E jeneralmente es tenuta de lo facer la madre del huérfano, ó su abuela, ó su hermana, ó su ama que lo crió: y otra cualquier persona tambien mujer como hombre, que se mueva á hacerlo por razon de piedad, ¶ pero el mozo menor de 14 años no podrá acusar á su guardador por sospechoso; mas si fuese mayor lo podrá hacer con consejo de sus parientes. † Y tambien puede ser acusado por sospechoso el que fuese dado al que está en el vientre de su madre, sea testamentario, lejítimo ó dativo. Y debe hacerse la acusacion ante el juez mayor del lugar donde ha el mozo sus bienes, estando delante el acusado, l. 2. tít. 18. P. 6.

24. Puede tambien de oficio remover el juez al guardador, si entendiase que es sospechoso, l. 3. †† Y pendiente el pleito de acusacion ha de dar el juez la guarda del mozo y de sus bienes

† §. 16. Inst. de excus. — †† D. §. 26. — || §§. 5. et ult. Inst. de susp. tutor. — \* §. 10. eod. — \*\* §. 9. eod. — ¶ §. 3. eod. — † §. 4. eod. — †† §. 4. de susp. tut.



á otro hombre bueno y fiel hasta que se acabe el pleito, l. 3. d. tit. Y si el guardador es removido por engaño que haya hecho en los bienes del menor, quedará infamado para siempre, y le pagará el daño, segun arbitrio del juez; pero no queda infamo si es removido por pereza y haber cuidado mal, l. 4. \*

25. *Qué debe hacer el tutor para encargarse de la tutela.* — Desembarazado el guardador de escusas y sospechas, debe encargarse de la administracion de la tutela, dando antes fiadores valiosos al juez del lugar, que se obliguen por él á guardar bien y lealmente los bienes del huérfano y sus frutos. \*\* Debe tambien jurar que hará todo á beneficio del huérfano, guardando lealmente su persona y sus cosas, l. 9. \*\*\* Asimismo debe formar inventario de todos los bienes y derechos del huérfano, † de modo que si no lo hiciere, puede ser removido por sospechoso, á no ser que mostrase derecha causa de no haberlo hecho, que entonces debe mandársele que lo haga luego, l. 15. Y respecto á que esta ley usa la palabra *luego*, juzga Gutier. *part.* 2. *cap.* 1. ° n. 10. citando á otros, que lo debe hacer luego que pueda, sin valerse del tiempo concedido á los herederos. La fórmula se halla en la l. 99. tit. 18. P. 3. Y es de tanta fuerza este inventario, que no es permitido al guardador dar prueba en contrario, l. 120. título 18. Y si el huérfano no tuviese bienes, debe el guardador protestarlo ante el juez, y esta protesta lo escusa de hacer inventario, López *gl.* 3. d. l. 99. citando á otros.

26. *Si está obligado á dar fianza el testamentario.* — Es bien sabido que las leyes Romanas eximían de la fianza á los tutores testamentarios, por la satisfactoria razon de que su fe y diligencia están aprobadas por el testador, que cuida de nombrar á sus mas fieles amigos. †† Y este modo de pensar siguen Gutier. *part.* 1.ª *cap.* 5. n. 9. y López, *glosa* 5. l. 9. tit. 16. P. 6. la cual igualmente que la 94. tit. 18. P. 3. lo confirman, cuando tratando de la obligacion de afianzar, solo hablan de los legítimos. Y por lo que respecta á los dativos, añade el mismo López, que en práctica se exige á todos fianza, como lo vemos.

27. Asso y Manuel ¶ dicen, que la madre y abuela que toman una tutela estan obligadas á solo las renunciaciones de la l. 4. expresadas en el n. 6. y no á fianza; pero tenemos por mucho mas probable la opinion † contraria de López, *glosa* 8 d. l. 9. y Gutier. *part.* 1. *cap.* 12. n. 16. que exigen la fianza.

28. *Lo que debe hacerse cuando son muchos los tutores.* — Si los guardadores fueren muchos y discordaren de modo que no se pue-

\* §. 6. de susp. tut. — \*\* Princ. Inst. de satiad. — || Nov. 72. cap. ult. — † L. 7. D. de adm. et per. tutor. — †† Princ. Inst. de satiad. tut. l. 36. de excusat. — ¶ Inst. lib. 1. ° tit. 3. §. 1. °

‡ Esta opinion es contraria á la misma ley citada.

dan juntar para aquellas cosas á que estan obligados, puede uno de ellos decir al juez que quiere afianzar, y obligarse á cumplir por todos; y si no, que lo haga alguno de ellos; y si acordaren en esto, debe el juez recibir la fianza; pero si no acordaren, de modo que cada uno quiera obligarse, debe escojer el juez al que le parezca que lo hará mejor, y recibiendo la fianza, le facultará para que administre él solo la tutela, l. 11. tit. 16. P. 6. en cuya *glosa* 4. dice López, que si el testador espresó cual de los que nombraba quería que administrase, este debía ser preferido, á menos de constar alguna circunstancia por la que deba ser repelido; y que si no se convienen en que administre uno solo, y piden se divida la tutela por partes, deben ser oidos.

29. *Donde debe ser educado el pupilo.* — En cuanto á la persona del huérfano, debe cuidar el tutor de sus alimentos y educacion: en esta se entienden las buenas costumbres, el aprender á leer y escribir, y que siga el oficio ó destino que mas le convenga segun sus circunstancias y riqueza, l. 16. El huérfano debe criarse en el lugar y con las personas que mandó el padre ó abuelo en su testamento, y si no hubiese hecho esto, debe entonces el juez del lugar escojer un hombre bueno, y que sea tal que muriendo el mozo no haya derecho de heredarle; pero si tuviese madre, que fuese de buena fama, lo puede dar el hijo, para que lo críe, mientras se mantenga viuda, porque luego que se case debe sacarlo de su poder, l. 19.

30. El juez del lugar debe tasar segun su albedrío y la riqueza del mozo, lo necesario para su alimento y vestido y el de su compañía, cuidando salgan estos gastos de los réditos ó frutos de los bienes del mismo mozo, quedándole salvas las fincas, si se pudiese, l. 20. López fundado en estas palabras de la ley, *si se pudiese*, dice, que el guardador puede echar mano á las propiedades del huérfano, si no bastaren sus réditos para alimentarlo, mayormente si fuese noble. Lo mismo afirma Gutier. *part. 2. cap. 3. n. 10.* citando á otros. Y añade Molina de *just. et jur. dis. 224.* que atendida la calidad de los huérfanos y sus padres, deben los guardadores destinarlos á oficios ó artes, ó al servicio de otros, para que los alimenten y eduquen, y así lo dicta la equidad, y lo vemos practicar. \*

31. Si el guardador entendiese, que sería daño del mozo el descubrir la riqueza ó pobreza de él, y por esta razon lo gobernase de lo suyo, espendiendo por él cuanto fuese guisado ó poco mas por esta razon: entonces lo puede hacer, é debe despues el mozo, cuando fuere de edad, pagarle todo lo que de esta manera hubiere despendido por él, l. 20. cuya doctrina, segun Gutier. *lib. cit. part. 2. cap. 3. n. 5.* tiene lugar no solo cuando el guardador tuvo justa

\* L. 2. §. 5. de aq. et aq. pluv. arcen.

causa para hacerlo, sino tambien cuando lo hizo descuidándose de acudir al juez.

32. Tambien debe el guardador demandar en nombre del huérfano, y defender su derecho en todo pleito que moviese ó le fuese movido. Y lo puede hacer uno solo de los guardadores, aunque los otros no estuviesen delante, siendo el huérfano menor de 7 años, ó estando nacente. Pero si fuese mayor de esta edad, puede el mismo huérfano mover el pleito con otorgamiento del guardador, ó este en nombre del huérfano, estando presentes los dos. Y si el mismo huérfano hiciese algun contrato con otro sin otorgamiento del guardador, no valdría en cuanto fuese en su daño; pero si en cuanto le fuese provechoso, y el otorgamiento debelo hacer el guardador por sí, y no por mandadero ni carta, l. 17. d. tit. 16. \*

33. *Hu de dar su dinero á interes.* — Asimismo debe cuidar el guardador lealmente los bienes del huérfano, enderezándolo todo á su beneficio, conservando los edificios, labrando las tierras, y criando los ganados que hallare, l. 15. Y aunque nada tenemos espresamente establecido en nuestras leyes sobre la obligacion de emplear el dinero del huérfano, nuestros mas célebres Jurisconsultos, Covarru. l. 3. *variar. cap. 2, n. 1.* Gutier. *cit. part. 2. cap. 9.* y otros, dicen, que el guardador está obligado á emplearlo en compras de fincas, ó entregarlo á un mercader á participacion de un lucro honesto, segun el estilo de la provincia: pudiendose recibir este lucro con arreglo al cap. canónico \*\* Y que de consiguiente debe ser condenado á satisfacer al huérfano el perjuicio que le haya causado por tener el dinero ocioso. Y deberá hacerse este empleo en los seis primeros meses, desde que recibió la tutela; ó de dos, si fuese ya nombrado de atrás, si no es que hubiese impedimento.

34. *Si el tutor puede enajenar los bienes del pupilo.* — Por la utilidad de los huérfanos tienen prohibicion de enajenar sus bienes raices los guardadores, l. 18. tit. 16. P. 6. y 60. tit. 18. P. 3. entendiéndose tambien por enajenacion el empeñarlos, l. 8. tit. 13. P. 5. Y aunque estas tres leyes se contraen á los bienes raices; con todo, como la l. 4. tit. 5. P. 5. dice jeneralmente, que los guardadores no deben enajenar las cosas de los huérfanos, opinan algunos, á imitacion del derecho Romano † que tampoco puede enajenar los muebles preciosos útiles al huérfano, que puedan guardarse. Gutierrez *part. 2. cap. 21.* dice que, aunque no los pueden enajenar, los pueden empeñar. López, *glosus 3. l. 4. tit. 5. y 3. l. 8. tit. 13. P. 5.* opina de igual modo, fundandose ambos en que esta l. 8. concede la facultad de empeñar los muebles indistintamente, metiendo en pro del mozo los maravedís que to-

\* Princ. Inst. de auct. tut. — \*\* Per vestras 7. de las Decretales, de donat. inter vir. et uxor. — † L. 22. C. de administ. tutor.



mare sobre los peños. Esta prohibicion debe entenderse, si no interviniere decreto del juez ; pues con este podrán los guardadores enajenar dichos bienes, cuando fuere grande la necesidad ó el provecho de los huérfanos, como si lo hicieren por pagar deudas, casar algunas de las hermanas del mozo, por casamiento del mismo, ó por otra razon derecha, no lo pudiendo escusar en ninguna manera ; de suerte que el juez deberá otorgar el decreto, si entendiere que tal enajenamiento se hace por algunas de las razones sobredichas. Y se hará la enajenacion en pública almoneda de 30 dias. \* Y no deberá consentir, que la casa que fué del padre ó del abuelo del huérfano en que él nació, se enajene en ninguna manera, pudiendo escusar, d. ll. 18 y 60.

35. Como la prohibicion de enajenar los bienes del huérfano, se limita á los raices ó muebles preciosos ó útiles á este, que pueden guardarse, es claro que los guardadores pueden enajenar los demas muebles sin decreto del juez, cuidando siempre de hacerlo en beneficio del huérfano, y de consiguiente empeñarlos, l. 8. tít. 13. P. 5. Gutier. *part.* 2. *cap.* 21. La l. 4. tít. 5. P. 5. permitía al guardador la compra de bienes de su huérfano bajo ciertas solemnidades : pero está correjida por la l. 23. tít. 11. lib. 5. R. que prohíbe que el cabezalero, guardador de huérfanos, ú otro hombre ó mujer, que sea, compre cosa alguna de los bienes de aquel ó aquella que administrare, previniendo que si la comprare pública ó secretamente, pudiéndose probar la compra, que así fuere hecha, no vala y sea desfecha, y torne el cuatrotanto de lo que valia de lo que compró, y sea para la cámara del Rey.

36. *Cuenta que deben dar los tutores.* — Fencida la tutela, está obligado el guardador á dar cuenta buena y verdadera de su administracion, entregando al mismo huérfano ó á su sucesor todos los bienes, así muebles como raices. Y para cumplirlo, ademas del guardador, están obligados sus fiadores y sus herederos con todos sus bienes, l. ult. tít. 16. P. 6. de cuyas últimas palabras infiere López, *glosa* 8. que aun los bienes propios de los herederos de los fiadores están hipotecados á favor del huérfano, y recomienda la memoria de *esta ley*. Que los de los mismos guardadores lo estén desde el dia en que comenzaron á usar su oficio de la guarda hasta que den cuenta, es literal en la l. 23. tít. 13. P. 5.

37. *De la décima para el tutor.* — A mas de tener derecho los guardadores á que les abonen en la cuenta lo que lejitimamente hayan gastado en beneficio de los huérfanos, lo tienen tambien para percibir la décima parte de los frutos de sus bienes. Así lo estableció la l. 3. tít. 3. lib. 4. *del Fuero juzgo*, y despues la 2. tít. 7. lib. 3. *del Fuero Real*. Y por cnanto *estas dos leyes*, espre-

\* Ahora es de 9 dias en el Ecuador.

ean, que la décima ha de ser de los frutos de los bienes del huérfano, y *fruto* en el sentido civil, se entiende lo que sobra, deducidas las espensas, l. 4. tit. 14. P. G. \* prueba bien Gutier. *part.* 3. *cap.* 27. que se han de sacar las espensas, y despues la décima de lo que quedare liquido, entendiendo por espensas las que se hubiesen hecho por razon de los frutos; pero no las hechas para utilidad perpetua ó mejora de los mismos bienes, como reparar la casa, ú otras semejantes, las cuales no disminuyen la décima, si que se han de pagar integramente de los frutos pertenecientes al huérfano. Y en el *cap.* 23. entiende con razon por frutos, los naturales, industriales y civiles. Si el guardador fuese labrador, y trabajase con sus manos en tierras del huérfano, podrá cobrarlo á título de espensas, á mas y antes de la décima; pero no si pretendiere cobrar algo por razon de haber cuidado los negocios del huérfano, cobrando y pagando sus deudas, porque esto pertenece al oficio de guardador, como advierte el mismo Gutier. *part.* 3. *cap.* 2. *nn.* 10. y 20.

38. *Derechos del padre en los bienes del hijo.* — Por la l. 24. tit. 13. P. 5. el padre, usufructuario de los bienes que ha su hijo por parte de su madre, no los debe enajenar en ninguna manera, y si lo hiciere, quedarían por ende obligados é empeñados al hijo los bienes del padre despues de su muerte; y si los bienes del padre no alcanzasen, entonces puede el hijo demandar sus bienes á quien quier que los fallen é debe los cobrar. E esto se entiende cuando no quisiere heredar, porque si hereda, no podría demandar sus bienes á aquellos á quien los hubiese el padre enajenado; porque todos los pleitos derechos, que el padre hubiese fecho, sería tenudo de guardar é de non venir contra ellos. López, *glosa* 5 dice: que el padre puede enajenar las cosas del hijo sin decreto de juez, para pagar las deudas y los legados, y cuando tales cosas son dañosas y onerosas: y que no importa que el tutor necesito decreto de juez, porque el poder paterno, como natural y primitivo es superior al del tutor. El padre no necesita decreto de juez para tomar y ejercer la administracion de estos bienes: ni está obligado á hacer inventario de ellos, si solo una descripcion ante un escribano, presentes padre é hijo, y dos testigos, como citando á muchos, lo prueba Castillo *de usufruct.* *cap.* 3. *nn.* 10. 69. 87. y *sigui.* Recordarémos esta ley en el tit. de los Peños ó prendas, n. 7.

39. *Derecho de Indias.* — Los Indios aunque sean mayores de 25 años, deben tenerse como menores en la enajenacion de sus bienes; pues no pueden enajenarlos sin intervencion del juez, l. 27. tit. 1. lib. 6. *R. Ind.* Y siempre que se les haya de demandar alguna cosa en juicio, se les debe dar curador, cuando no tengan

\* l. 7. solut. matrim.

protector, l. 1. tít. 6. lib. 6. y la ~~18.~~ tít. 18. lib. 2. *R. Ind.*

40. Con respecto al derecho de España debe tenerse presente que la mutacion de estado antecedente *Capitis diminutio*, relativa á la pérdida de libertad, domicilio y familia, que antes sufrían los siervos por pena en las clases de servidumbre justa, deportacion y adopcion, conforme á la l. 18. tít. 1. P. 6. há cesado en cuanto á la parte *maxima*, porque la servidumbre de pena se ha abolido en gracia de la humanidad por pragmática de 12 de marzo de 1771.

## TITULO IX.

### DE LA RESTITUCION DE LOS MENORES.

TIT. 25. P. 3. — TIT. 4. LIB. 4. D.

1. *Que es restitucion in integrum.* — Siendo débil el juicio de los menores, y espuesto á muchos engaños y perjuicios por culpa de sus guardadores ó de otros, se ha dispuesto que sean restituidos de los daños que reciban por estos motivos, *print. del tít. 19. y ult. P. 6.* Este remedio llamado por las ll. romanas *restitutio in integrum*, \* es: *Reposicion de la cosa al estado que tenia antes de haber el menor padecido el daño.* l. 1. a d. tít. 19. y 1<sup>a</sup>. tít. 25. P. 3. Menor es el que no ha cumplido 25 años, aunque le falte muy poco tiempo.

2. *Que se ha de probar para alcanzarla, y en que casos se concede.* — Para conseguir la restitucion hay que probar dos cosas: la una, que uno es menor, y la otra, que ha recibido daño por su debilidad, por culpa de su guardador ó por engaño de otro, l. 2. tít. 19. \*\* así en los actos judiciales como en los extrajudiciales, † de cualquiera naturaleza que sean, l. 2. tít. 25. P. 3. y ll. 3. y 5. d. tít. 19. en la que se ponen varios ejemplos, sin que impida la restitucion el que haya intervenido decreto del juez, l. 1<sup>a</sup> tít. 13. P. 3. Y tiene tambien lugar la restitucion para desamparar el menor la herencia que hubiese ya adido. ¶ Pero deberá hacerlo delante de los acreedores á la herencia, para que sepan las razones porque la desampara: y en vista de serle dañosa, lo acuerda el juez, poniendo primeramente en seguridad todas las cosas que perteneciesen á la herencia, l. 8. d. tít. 19. Y en

\* tít. 4. lib. 4. D. — \*\* L. 7. §. 7. del minor. — † D. l. 7. §. 5. — ¶ D. l. 7. §. 9.



cuanto á las prescripciones, pertenece la l. 9. d. tit. que las do 20 ó menos años no corren contra los menores, sino en el caso que hayan empezado contra sus predecesores, y entonces compete la restitucion por razon del tiempo que corrió contra ellos durante su menor edad; pero que las de mayor tiempo corren contra los mayores de 14 años, sin distincion, compitiendo para rescindirlos la restitucion.

3. *Requiere conocimiento de causa, y dura 4 años sobre los 25.* — La restitucion se ha de conceder con conocimiento de causa, l. 13 *ead.* y si hallare el juez que el pleito, juicio ó diligencia sobre que demanda la entrega, fué hecho en daño del menor, debelo tornar en aquel estado en que era antes, de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho, así como lo había primeramente, l. 2. tit. 25. P. 3. Y puede el menor hacer esta demanda no solo durante su menor edad, sino tambien cuatro años despues, y no solamente el menor sino aun sus herederos, l. 8. tit. 19. P. 6. \* Y pendiente el juicio de restitucion, no puede hacerse en él cosa alguna nueva, d. l. 2. tit. 25. P. 3. \*\* Pero no aprovechará la restitucion á los fiadores del menor, sino en el caso en que fuese hecho engaño en el mismo negocio del cual fué fiador, que entonces deberá ser deshecho á beneficio del menor y fiadores en cuanto montare el engaño, l. 4. tit. 12. P. 5.

4. *Casos en que no hay restitucion.* — *Ordin. de jud. tit. 3. quæst. 16. n. 36.* y *Gutier. pract. quæst. 32. n. pen.* juzgan que no debe denegarse la restitucion, sino en los casos que espresamente esté prevenido, sin que basten palabras jenerales y así lo persuade la suma equidad que ha dado causa á este remedio. Los casos en que se niega, son : — 1.º Si dijese el menor engañosamente, que era mayor de 25 años, y por su persona pareciese tal, l. 6. d. tit. 19. la cual dá por razon que las leyes ayudan á los engañados y no á los engañadores. || Pero si pareciere ser menor por la cara, dice López, en la *gl. 1.ª d. l. 6.* fundado en sus mismas palabras, en las leyes romanas, † y citando otros autores, que tendría lugar la restitucion, porque no se podría decir engañado el que trató con el menor, sino que los dos fueron dolosos, y el dolo del uno se compensaría con el del otro, como si ninguno lo hubiese tenido. — 2.º Si el pleito fuese comenzado siendo el huérfano menor, y la sentencia se diese cuando ya era mayor, l. 2. tit. 25. P. 3. †† — 3.º Si el huérfano mayor de 10 años y medio fuese sentenciado por haber cometido homicidio, hurto ú otros delitos semejantes, l. 4. d. tit. 19. Y lo mismo si siendo mayor de 14 años constase haber come-

\* L. ult. C. de temp. in integ. restit. l. 1. l. 8. §. ult. de minor. — \*\* Tit. C. in int. rest. post. — || l. 2. l. 3. C. si min. se maj. dix. — † L. 25. junc. l. 26. de rei. vind. l. ult. §. 3. de eo per quem factum. — †† L. 3. §. 1. de min.

tido adulterio, d. l. 4. † — 4.º Si habiendo seguido el menor pleito, pidiendo se declarase que alguno era su esclavo, se hubiese sentenciado que era libre, l. 6. d. tít. 19. †† — 5.º Si el deudor del menor le pagase con otorgamiento ó mandamiento del juez ; pero si pagare de otra manera, y despues el menor juggle el dinero ó lo gastare mal, ó lo perdiere, tendría entonces lugar la restitucion, l. 4. tít. 14. P. 5. † La razon de cesar en el primer caso, sin embargo de competir aun cuando interviniere decreto del juez, como se ha notado n. 2. es porque el deudor pagó por necesidad que tuvo de obedecer al mandamiento del juez : lo que es justo le liberte y dé seguridad. — 6.º Cesa la restitucion, si el daño que ha padecido el menor por sus tratos, viniese por caso fortuito, porque para tenerla es preciso le haya sucedido el daño por su debilidad de juicio, culpa del guardador ó engaño de otro, l. 2. d. tít. 19. \* — 7.º Cesa tambien, si el menor tuviese el remedio de la nulidad, por haber sido nula la sentencia que le dañaba, l. 1.ª d. tít. 25. P. 3: \*\* — Porque la restitucion es remedio extraordinario y subsidiario, y los remedios de esta clase cesan cuando compete algun ordinario, y lo nulo no puede recindirse, d. l. 16. *per totam*, cuya razon indica la misma ley 1.ª por aquellas palabras: *é por ende no seria menester de desatarla por restitucion.* — 8.º Niega tambien la restitucion á los mozos mayores de 14 años, el juramento (a) de no hacer uso de su mayor edad para rescindir sus contratos ó pleitos, l. 6. tít. 19. aprobando la famosa auténtica de los Romanos, *Sacramenta puberum*, que tanto ha turbado la jurisprudencia, como entre muchos clama Castro, en sus *Discursos críticos sobre las leyes*, lib. 3. *Disc.* 2. y 4. En el *Apéndice de menor*. 25. an. que va en su título correspondiente, en nuestro *Digesto Romano español*, hemos aplaudido la inobservancia de dicha auténtica. — 9.º Tampoco hay restitucion de algunos términos dilatorios, que por eso llamamos fatales, cuales son el de nueve dias para intentar el retracto de sangre ó abolengo, l. 8. tít. 11. lib. 4. R. y el de tres para suplicar de la sentencia interlocutoria, l. 1.ª tít. 19. d. lib. 4.

5. El tiempo en que puede pedirse restitucion en juicio sobre probanzas, se espresa en las ll. 4. y 5. tít. 5. y 3. tít. 8. y 5. tít. 9. R. previniéndose que no puede pedirse dos veces, y que

† L. 9. §. 2. eod. — †† D. l. 9. §. ult. sit. C. si adver. lib. — † L. 1. C. si adv. solut. — \* L. 11. §. 4. de min.— \*\* L. 16. §. 3. eod.

(a) Los juramentos y los votos de un menor no prueban que tenga mas juicio del que es capaz por su edad ; de consiguiente la ley no debe darlos por suficientes para la validacion de los actos de los menores, y es ademas repugnante que un juramento sea del mayor ó menor de edad sirva para invalidar lo ordenado por la ley, que lleva siempre la presuncion de justa.

así se espese en la sentencia.

6. Gozan de este mismo beneficio las Iglesias, el Fisco y los Concejos, Ciudades ó Universidades, cuando reciben daño, por engaño ó negligencia de otro, \* y deben pedirlo dentro de cuatro años, contados desde el día en que recibieron el daño; y dentro de 30, si este fuese de mas de la mitad del precio, l. 10. tit. 19. P. 6.

7. También compete la restitucion á los que reciben daño de algun contrato que se les hizo otorgar por fuerza ó miedo; pues aunque los contratos así celebrados valen, atendido el rigor del derecho, porque como suele decirse, la voluntad forzada es voluntad, \*\* se deshacen por la ley á beneficio de la equidad, que lo dicta, y que ha motivado todas las restituciones *in integrum*, l. 36. tit. 5. P. 5. y en su *gl.* 1<sup>ª</sup>. López. Pero debe advertirse, que el miedo que da lugar á la restitucion, ha de ser grave, que segun se dice, cae en varon constante, como es el de la muerte, perdimiento de miembro, de la libertad ó de la fama; porque el leve ó vano no sirve, l. 7. tit. 33. P. 7. ¶

8. También la tiene aquel, cuyas cosas, estando ausente por causa de guerra, mandamiento del Rey ó otra de la República, de estudios, romería ó otra semejante, ó en cautiverio, las usucapó ó prescribe otro; y se le cuenta el cuadrenio, para pedirla, desde el día en que se restituyese á sus hogares, y á sus herederos desde el día que supiesen que era muerto, l. 10. tit. 23. y 28. tit. 29. P. 3. † cuyo beneficio amplia la l. 4. tit. 12. lib. 4. R.

9. Ultimamente, compete este beneficio al que queriendo demandar alguna cosa á otro, la enajena este á quien fuese mas poderoso que él, oponiendo al demandante un contrario mas fuerte ó embarazoso. Entonces puede el demandante usar de la restitucion, pidiendo la cosa al que la tuviere, ó la reparacion de perjuicios al que la enajenó, segun escojere, l. 30. tit. 2. y 15. tit. 7. P. 3. Y por quanto esta ley 15. exige, para dar lugar á estas acciones, que la enajenacion haya sido engañosa, advierte bien López, en su *gl.* 2. que cesarán, sinó hubiése intervenido dolo por razon de la edad, salud, ó ocupaciones necesarias, L. 1.

10. Solórzano, *lib. 1. de Ind. gubernatione, cap. 27. n. 40.* dice que los indios gozan del privilegio de *restitucion*, y de los demas que gozan los menores y labradores.

\* L. 4. C. ex quib. caus. maj. — \*\* l. 21. §. 5. quod met. cau. — ¶ l. 36. de divers. regul. jur. — † l. 1. §. 2. ex quib. caus. major.



**NOTA AL TITULO V.****LEY DEL ECUADOR DE 13 DE ABRIL DE 1837.**

En consideracion á los abusos que se han introducido en las calificaciones y declaraciones de hijos naturales, no obstante lo que sobre el particular prescriben las leyes, para evitar fraudes y supercherías en una materia tan delicada.

**DECRETAN :**

Art. 1.º No podrá ser declarado hijo natural el que no haya sido espresamente reconocido por el padre, ó que en su defecto no probare que al tiempo de su concepcion vivía la madre en casa de aquel que pretende sea su padre, y que fué una sola.

Art. 2.º Caso de no producir una de estas pruebas no podrá ni aun administrarse otra alguna en juicio, ni mucho menos declararse la filiacion natural.

Art. 3.º El reconocimiento del padre deberá constar de una manera clara, esplicita y terminante, y no por inducciones y conjeturas, ni por servicios ú oficiosidades que pueden dispensarse á cualquier otra persona, y por otros diferentes motivos.

Art. 4.º La habitacion de la madre en una misma casa con el que se supone padre al tiempo de la concepcion del hijo, tampoco podrá estimarse por prueba bastante, si igualmente no se acredita que ella no se hallaba en la casa, como criada ó inquilina, y que había entre ellos una amistad ilícita.

Art. 5.º En lo sucesivo solo por reconocimiento esplicito del padre, hecho en un instrumento público ó á presencia del juez y dos testigos, se podrá declarar á alguno por hijo natural para todos los efectos civiles. Sin este reconocimiento será prohibida toda investigacion sobre paternidad natural.

Art. 6.º No podrá designarse alimentos al hijo natural de los bienes del padre, sin que preceda su reconocimiento, ó la declaratoria judicial en los casos y formas prescritas por esta ley.

Dada en Quito, &c.

**NOTA AL TITULO VII.**

Cuando la dote consiste en ganado que se dió sin apreciar, el dueño ó provecho pertenece á la mujer, como en los demas casos de dote inestudada; pero hay en este la particularidad, que el marido tiene que restituir cabal el número de cabezas que le dieron, reponiendo las muertas con los partos: l. 21. d. tít. 11. P. 4. Por lo mismo si no hubo crias con que llenar el número, cesa la obligacion del marido, y la mujer ó sus herederos recibirán lo que exista.

FIN DEL LIBRO PRIMERO.



## LIBRO II.

# DE LAS COSAS.

### TITULO I.

## DE LA DIVISION DE LAS COSAS Y COMO SE ADQUIERE SU DOMINIO.

TIT. 28. P. 3. — TIT. 1.º LIB. 2. INST.

1. *Nociones preliminares.* — Para tratar de las *cosas* en cuanto forman el segundo objeto del derecho, necesitamos explicar antes lo que significan *dominio*, propiedad ó señorío, *posesion* y *tradición* de ellas.

2. *Dominio.* — El dominio en sí, es la libre facultad de disponer cada uno de lo que la ley le reconoce como suyo. Aunque esta facultad tiene su primer fundamento en el derecho de la naturaleza, necesitaba quedar asegurada por el derecho civil para impedir que el mas fuerte arrebataste al débil lo que este hubiese adquirido ó hecho suyo con su trabajo. La ley civil garantiza la propiedad ó dominio y establece para el bien comun los modos de usarlo, señalando los límites dentro de los cuales puede cada uno ejercer esa facultad.

3. *Dominio absoluto, ó pleno ó perfecto.* — Reconocido el dominio por las leyes positivas, quedan dueños los particulares para ponerle las condiciones ó modificaciones que tuvieren por conveniente. Ticio, v.g. es señor de una finca, cuyas utilidades y frutos y derecho de disponer de ella quiere conceder ó vender ó pasar bajo ciertas condiciones á Cayo. Ticio tenía el dominio perfecto, absoluto y pleno, pero lo divide dando á Cayo esos títulos sobre la finca : y entonces su dominio deja de ser absoluto y perfecto, y Cayo adquiere tambien un dominio fraccionario que no es pleno y absoluto como era el de Ticio. El que á este le

queda despues de la cesion ó traspaso se llama *dominio* menos pleno.

4. *Dominio útil y directo.* — En el mismo ejemplo precedente : el dominio de Cayo que percibe los frutos, y provechos de la finca, se llama *dominio útil* y el que se reservó *Eslo es dominio directo*; tal se verifica con el vasallo que tiene el *dominio útil* en los feudos y el Señor ó Soberano el *dominio directo* : lo mismo en la enfiteusis.

5. *Propiedad.* — Ya se colije de lo dicho que dominio es lo mismo que propiedad : y así por las ll. 27. tít. 2. 1. tít. 28. P. 3. y 10. tít. 32. P. 7. se define la propiedad : *el derecho de gozar y disponer libremente de nuestras cosas, en cuanto las leyes no se opongan.* A veces, propiedad se toma no por el derecho ó dominio, sino por la misma cosa en que se le tiene. Vulgarmente se dice *nuda propiedad* la que no está acompañada del usufructo, y perfecta cuando lo está, lo mismo que en el dominio.

6. *Posecion.* — La posesion es la tenencia de una cosa corporal l. 1.<sup>a</sup> tít. 30. P. 3. Las cosas incorporales como acciones, derechos, servidumbres, no pueden poseerse materialmente como las corporales, y por eso su uso, goce ó disfrute se llama *cuasi-posesion* y se comprende tambien bajo la palabra *posesion* d. l. *Posecion natural* es la que consiste en tener uno la cosa por sí mismo corporalmente como cuando está en su casa ó heredad; y *posesion civil* la que consiste en tener la cosa habitual ó mentalmente, como cuando uno sale de su casa ó heredad sin ánimo de desampararla l. 2. d. tít.

7. *Tradicion.* — Tradicion ó entrega es la traslacion de la posesion ó el acto por el cual uno pone en mano ó en poder de otro alguna cosa. Cuando no es posible entregar la cosa misma, ó se entrega lo que la representa, como las llaves de una troje por lo que ella contiene &c. se dice *tradicion simbólica, ficta &c.* que luego esplicaremos.

8. *Cosas.* — Vengamos ahora al asunto del título, á saber qué son cosas en contraposicion de Personas y Acciones. El nombre *cosa* se toma en este lugar por *aquello que no siendo persona ni accion, puede ser de alguna utilidad ó comodidad al hombre.* La l. 2. tít. 28. P. 3. divide las cosas en cinco especies. — 1.<sup>a</sup> Comunes á toda criatura viviente. — 2.<sup>a</sup> Comunes á todos los hombres. — 3.<sup>a</sup> Pertencientes á solo el comun de alguna Ciudad, Villa, Castillo ú otro cuerpo semejante. — 4.<sup>a</sup> Pertencientes señaladamente á cada hombre para poder ganar ó perder el señorío de ellas. — 5.<sup>a</sup> No pertenecientes á señorío de algun hombre, ni contadas entre sus bienes. \*

9. *Comunes á toda criatura viviente.* — Pertencen á esta espe-

\* Princ. Inst. de rer. div.



cie el ayre, las aguas de la lluvia, el mar y sus riberas, l. 3. sig. \*; por lo que todo hombre puede aprovechar del mar en la pesca y navegacion, así como de su ribera en hacer naves, enjugar redes, levantar casa ó cualquiera otro edificio, y en todo aquello que no embarace el uso comun, sin que nadie pueda impedirselo. Ribera es: *todo aquel lugar que cubre el agua del mar, cuando mas crece, en cualquier tiempo de invierno ó de verano; y aunque nadie puede usar las obras que otro haga en ella, ni derribarlas; si se cayesen, ó las derribase el mar ú otro, bien podría cualquiera hacer otro edificio en el mismo lugar, porque son del que edificó, mientras se conservan, y no mas, ll. 3. y 4.*

10. *Comunes á todos los hombres.* — Entre las cosas de la 2.<sup>a</sup> especie cuenta la l. 6. d. tit. 28. los rios, los puertos y los caminos públicos, diciendo pertenecer comunalmente á todos los hombres, \*\* en tal manera, que tambien pueden usar de ellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran en aquella de dó son. — Las cosas de la 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> especie pertenecen al uso de todos los hombres de la tierra, segun nuestras leyes y las Romanas, † pero los intérpretes de estas dicen, que el uso de las primeras es comun á todos los hombres del mundo, y el de las segundas á solo los del territorio en que se hallan, y López gl. 4. de l. 6. indica esta misma diferencia.

11. *Del uso comun de los rios y riberas.* — Como el uso de los rios es comun á todos, ninguno puede hacer en ellos ni en su ribera, molino, casa ú otro edificio que embarace el uso de su navegacion. Y si alguno lo hiciese de nuevo, ó fuese hecho antiguamente, de que viniese daño al uso comun, debe ser derribado, *porque no es cosa guisada, que el pro de todos los hombres comunalmente se estorbe por el pro de alguno, l. 18. tit. 28.* Del mismo modo es comun el uso de las riberas del rio; y de consiguiente todos pueden atar á los árboles, que hay en ella, sus naves, y componerlas igualmente que sus velas, poner mercaderías y pescado, y venderlo, enjugar sus redes, y hacer otras cosas semejantes. Pero el señorío y propiedad de dichas riberas es de aquel cuyas son las heredades á que están unidas, d. l. 6. Y en su conformidad le pertenecen los árboles que hay en las mismas, y los puede cortar, y hacer de ellos lo que quisiere, †† con tal que no lo haga á tiempo que estuviese atada á ellos alguna embarcacion, ó llegase, y quisiesen atarla, porque entonces se consideraría impedido el uso comun de la ribera, l. 7.

12. *De comunidad, ó que pertenecen al comun de Ciudad, Villa &c.* — A la 3.<sup>a</sup> especie de cosas pertenecen las fuentes, montes, dehesas y otros lugares semejantes de las Ciudades y Villas, †

\* §. 1.º eod. — \*\* §. 2.º eod. — † §§. 1.º et 2.º eod. — †† §. 4.º eod. — ‡ §. 6.º eod.

destinados al pro comun de cada una : de los cuales puede usar cualquiera que fuese morador de ella ; mas no los que moran en otro pueblo, l. 10. tít. 11. y la 9. tít. 28. P. 3. Así el uso de las cosas de la 1.<sup>a</sup> especie es comun á todos los hombres del mundo: el de la 2.<sup>a</sup> á todos los del territorio, Nacion ó Provincia : y el de la 3.<sup>a</sup> á todos los de la Ciudad ó Villa en que existen. Hay otras cosas que pertenecen al comun de las Ciudades y Villas, y que sin embargo no puede usar de ellas cada vecino en particular, como son los campos, viñas ú otras cosas que están en el patrimonio de la Villa ó Ciudad : cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la misma Ciudad, como el reparo de muros, puentes y otras cosas semejantes, y el pago de salario de Corredores y otros oficiales, l. 10. de tít. 28. y l. 5. tít. 5. lib. 3. R. Para el buen gobierno de estos bienes se estableció una *Junta de Propios y Arbitrios* al tenor de las reales *Instrucciones de 1745 y 1760*, de las que se han espedido despues algunas *Adiciones*, como puede verse en Martinez, *Librería de Jueces*,—tít. 5. lib. 7. R. y en otros, que han hecho colecciones de cédulas recientes.

13. *Cosas de particulares.* — A la 4.<sup>a</sup> especie pertenecen aquellas cosas cuyo señorío ó dominio puede ganar ó perder cualquier hombre, l. 2. tít. 28. P. 2. cuales son las que llamamos privadas ó de particulares, y aquellas de que acabamos de hablar, y están destinadas al patrimonio de alguna Ciudad ó cualquier otro Colejio ó Universidad, cuyos frutos sirven para el beneficio comun de la misma Ciudad &c.

14. La 5.<sup>a</sup> especie de cosas es de aquellas, dice la cit. l. 2. tít. 28. que no pertenecen á señorío de ningun hombre, ni son contadas en sus bienes. Las llamamos de derecho divino por estar establecidas para el servicio de Dios, y son de tres especies, sagradas, relijiosas y santas, l. 12. de tít. 28. Sagradas son : *Aquellas que consagran los Obispos* como Iglesias, altares, cruces, cálices y otras semejantes, establecidas para el servicio de la Iglesia. Y debe advertirse, que si alguna Iglesia se derribare, queda sin embargo sagrado el lugar en que está construida, l. 13. d. tít. 28. \*

15. La sig. l. 14. d. tít. 28. \*\* dice ser lugar relijioso : *Aquel en que está enterrado un hombre ó á lo menos su cabeza* ; pero entre nosotros ningun lugar se hace relijioso sino es por autoridad de la Iglesia, *Inst. del Der. de Castilla, ihust.* por Palacios, *tít. 1.º cap. 3. lib. 2.* ni es lícito enterrar en otro lugar á los difuntos, en lo que seguimos las leyes canónicas. La l. 15. sig. refiere tambien lo que establecieron las Romanas sobre las cosas santas, diciendo lo eran los muros y las puertas de

\* §. 8. Inst. de rer. div. — \*\* §. 9. eod.

la ciudad; y que incurrían por ello en pena de muerto los que las quebrantaban rompiéndolas ó forzándolas: bien que no lo aprueba formalmente, como nota López en su *gl.* 2. infiriendo de ello ser oportuno distinguir la violacion, porque si se hacía con ánimo doloso, debía condenarse con pena de la vida, y cuando sin él, con pena extraordinaria.

16. *Denominacion de cosas.* — Otra division de cosas menciona la l. 1.<sup>a</sup> tit. 30. P. 3. en corporales é incorporeales. Estas son las que no tienen cuerpo, y no se pueden tocar, como, las servidumbres, derechos y herencias. Aquellas las que pueden tocarse, como, la casa, el caballo &c. De estas unas son inmuebles ó raíces, que tambien se llaman sitios, porque no pueden moverse, como, las casas y campos; y otras muebles que pueden moverse, por sí, como, los animales; ó por los hombres, como, vestidos, mesas, frutos de la tierra, &c. l. 4. tit. 29. P. 3. cuya diversidad produce diferentes derechos.

17. *Modos de adquirir el dominio.* — Todos saben, que la division de dominios viene del derecho positivo, porque la exigió la necesidad de vivir los hombres en paz; y que son varios los modos de adquirirlo: de estos unos pertenecen al derecho llamado de jentes, y trataremos de ellos en este tit. y otros han sido introducidos por el civil, y tienen lugar en las prescripciones, herencias y legados. Los pertenecientes pues, al derecho de jentes pueden reducirse á dos, tomándolos con alguna estension, *ocupacion* y *accion*. Quanto adquirimos por hecho ó ocupacion nuestra, pertenece al primero, siendo sus especies la caza, pesca, invencion ó hallazgo, tradicion y otras que iremos recorriendo; y al segundo, lo que adquirimos por razon de otra cosa nuestra, ó porque nace de ella, ó porque se une con ella de modo, que constituya un cuerpo con la misma. Tambien puede llamarse *derivativo* el uno, porque se deriva de otro, por cuya voluntad adquirimos el dominio, como la tradicion; y *originario* el otro, porque á nadie debe su orijen, teniéndolo todo en sí, y perteneciendo á él todos los demas.

18. *Animales fieros y domésticos.* — Contrayéndonos á la caza, debemos advertir que hay tres especies de animales: 1.<sup>a</sup> Absolutamente fieros ó salvajes. 2.<sup>a</sup> De naturaleza fiera, pero que se domestican ó amansan. 3.<sup>a</sup> Domésticos ó mansos. En la ocupacion de los primeros y últimos, se siguen reglas diversas: y en la de los segundos, se sigue la regla de los mansos, mientras conservan las costumbre de ir y volver, y la de los fieros, cuando la han dejado.

19. Fieros son aquellos animales: *Que por instinto tienen inclinacion de ir y vaguar por todas partes, sin apelecer la compañía del hombre, sean terrestres, acuáticos ó volátiles.* Y como no tienen dueño, se hacen del que los toma, aunque sea en campo aje-



no, \* á menos que el señor de este lo prohiba, negando la entrada al cazador, ó bien el cazar en su campo, si ya hubiese entrado, en cuyos casos son del dueño de este, l. 17. tít. 28. P. 3. Si los animales saliesen del poder del cazador, volviendo á su primitivo estado, pierde este su dominio, y lo adquiere el primero que los tome despues : entendiéndose que salen de su poder, cuando huyen, y están á tal distancia, que no se ven, ó que se considera que ya no pueden cojerse, aunque se vean, l. 19. — López, *gl.* 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> l. 21. cita AA. que dicen, que por una costumbre jeneral la fiera es del que puso el lazo en que cayó, y no del que la toma, especialmente cuando la fiera estaba tan enredada que no podía escapar, y la l. 16. tít. 4. lib. 3. *del Fuero Real*, prohíbe que se tome la fiera mientras la persiga el que la hirió. Es pues, regla en los animales fieros que no han tenido dueño, ó que habiendolo tenido se han escapado, y recobrado su libertad, que se hacen del primero que los ocupa.

20. *Caza y pesca.* — Aunque la libertad de cazar y pescar es de derecho de jentes, pueden los lejisladores modificarla ó limitarla en beneficio del mismo comun, como lo prueba Covar. *in cap. Peccatum de reg. jur. in 6.* §. 8. y en efecto se leen varias limitaciones en las ll. del tít. 8. lib. 7. R. y posteriormente en la *Ordenanza de caza*, que incluye la cédula de 17 de enero de 1772, en que se prohíbe la caza y la pesca con ciertos instrumentos y en aquellos meses, en que procrean los animales.

21. *Abejas.* — Las abejas se cuentan entre los animales fieros ; mas por ser muy útiles, se recojen en colmenas, y son propiedad del que las cuida, el cual conserva el dominio de los enjambres que vuelan de ellas, mientras los tiene á la vista, y no tan lejos que se considere imposible recojerlos ; porque entonces se hacen del primero que las ocupa, metiéndolas en la colmena ú otra cosa, aunque posaren en árbol ajeno, sino es que el señor del campo esté delante y se lo prohiba ; y lo mismo debe decirse de los panales que allí hubiesen hecho, l. 22. tít. 28. pero no podrá prohibir al dueño, que la persigue, el que entre en su campo y las recoja, l. 17. tít. 4. lib. 3. *del Fuero Real*.

22. *Animales mansos.* — Los animales mansos ó domésticos son los que nacen y se crian en nuestras casas, como las gallinas, los ánseres ó patos, y su dueño no pierde su dominio, aunque se vayan de su casa, y no vuelvan ; de suerte que puede pedirlos al que los retenga con intencion de hacerlos suyos, l. 24. tít. 28. siendo regla en ellos, que sin embargo de cualquiera ocupacion, permanecen siempre en el dominio de aquel de quien eran.

23. *Palomas.* — Los domesticados son de naturaleza fiera, pero como acostumbran ir y volver á los abrigos que les proporciona-

\* §. 12. Inst. de rer. div.

mos, se observa en su ocupacion la regla establecida en los man-sos, mientras conservan esta costumbre, y la de los fieros, cuando la olvidan. En atencion á que derramándose las palomas en los tiempos de sementera y de cosecha, ocasionaban por su multitud graves daños en los sembrados y mieses, se estableció la *Pragmática* de 16 de setiembre de 1784, en que se mejora la l. 7. tit. 8. lib. 7. R. y la *Ordenanza de caza*, citada en el n. 14.

24. *Invenção y bienes mostrencos*. — Por la ocupacion adquirimos tambien el dominio de las piedras preciosas y otras cosas semejantes, que encontramos en la ribera del mar, porque siendo de ninguno, se hacen del primero que las ocupa, l. 5. tit. 28. \* Asimismo adquirimos por la ocupacion el dominio de las cosas que desamparan sus dueños con intencion de que no sean suyas, \*\* porque desde entonces son de ninguno. Cuando falta esta intencion no tiene lugar este dominio, como sucede en las cosas muebles que arrojamus al mar, por el peligro de tempestad, † y en las raices, que desamparamos, por temor de enemigos y ladrones, ll. 49. y 50. tit. 28. Tampoco se adquiere dominio de las cosas *mostrencas*, esto es perdidas, las cuales deben pregonarse por catorce meses, para que si pasados, no pareco su dueño y las recoje, se vendan, y se aplique su producto á la construccion y reparo de caminos, segun el decreto de 27 de noviembre de 1785 que corrige las ll. 6. 7. y 8. tit. 13. lib. 6. R.

25. *Tesoros*. — Tambien se ocupa el tesoro ó dinero escondido, cuyo dueño no se sabe. Por la l. 45. tit. 28. correspondia la mitad al que lo hallaba, †† mas por la 1.<sup>a</sup> tit. 13. lib. 6. R. corresponde la cuarta parte al denunciador, y lo demas al Rey. Y aunque *esta ley* solo habla al parecer de tesoros hallados en lugares pertenecientes al Rey, prueban Covar. *in cap. cit. part. 3. §. 2. n. 4.* y Gutier. lib. 4. *pract. quest.* 36. n. 51. que debe entenderse de todos, mayormente siendo esta la costumbre jeneral. Segun las ll. 2. y sig. pertenecen tambien al Rey las minas de oro, plata y cualquier otro metal, y las de sal.

26. *Tradicion*. — Referimos tambien á la ocupacion la acepcion ó recibo de alguna cosa por tradicion, que nos hace el dueño ó su procurador, nacida de un justo título idóneo para transferir el dominio, como venta, dote, permuta ú otra semejante; bien que en la venta no pasa el dominio al comprador sino cuando paga el precio ó da fiador ó prenda, ó fija plazo, l. 46. tit. 28. † No es necesario que la tradicion sea real ó personal, basta la finjida ó presumida por el derecho, que es de dos modos: la una, que se llama ficcion de breve mano, introducida para la mayor facilidad de los negocios, como cuando tengo en mi poder una casa de Juan

\* §. 18. eod. — \*\* §. 46. eod. — † §. 47. eod. — †† §. 3. eod. — † §§. 40. 41. 42. eod.

en arrendamiento ó depósito, y me la vende, se hace mia sin tradicion real, porque para evitar rodeos, se finje que yo la restituí, y él me la entregó despues, l. 47. \* La otra es la simbólica, que se hace por la tradicion de algun símbolo ó señal, que denota la tradicion de lo que se vende, como cuando se hace del comprador el trigo de un almacen entregándole sus llaves al vendedor *delante del mismo almacen*, d. l. 47. y las 6. y 7. tít. 30. notándose que la 6 trahe un ejemplo en que basta el *apoderamiento de vista para ganar la tenencia de la cosa*, \*\* como veremos en el tít. sig. — Y como las servidumbres y demas derechos ó cosas incorporeales no son capaces de tradicion real, la representa en ellas el uso de aquel á quien se conceden, consintiéndolo el que sufre estos derechos, l. 1.<sup>a</sup> tít. 30. l. 1.<sup>a</sup> tít. 3. P. 3. Tambien hay tradicion finjida en favor de los que toman el dinero ó otras cosas que se arrojan al pueblo, en las funciones de alegría, l. 48. tít. 28. P. 3. † Para que este modo de adquirir dominio tenga lugar, debe ser el dueño ó su procurador el tradente, y tener intencion de pasar el dominio al accipiente, y por eso es derivativo, como dijimos.

27. *Accesion discreta y continua.* — Esplicados los modos de adquirir dominio por la *ocupacion*, tratemos de los de la *accesion*, cuyo nombre se toma latamente, porque se estiende no solo á las cosas que uniéndose á las nuestras forman un cuerpo con ellas, sino á las que nacen de las nuestras. Esta última especie de accesion se llama *discreta*, por la separacion de cuerpos, y la otra *continua*. Por la discreta pertenecen á nuestro dominio los partos de nuestras vacas, ovejas y otras bestias, l. 25. tít. 28. †† y los frutos de nuestros campos.

28. *Natural é industrial.* — Hay dos especies de accesion continua : la natural, por solo obra de la naturaleza y beneficio de los rios ; y la industrial, por la industria de los hombres. La primera acontece de cuatro modos : por aluvion, fuerza manifiesta de los rios, islas que nacen en ellos, y mutacion de álveo ó cauce de los mismos. Aluvion es : *Crecimiento lento que dan las avenidas de los rios á nuestros campos, tomándolos de otros tan poco á poco, que no puede entenderse el tanto que se une cada vez ;* y este aumento es nuestro por la accesion, l. 26. ¶ Pero si acaeciese que la fuerza manifiesta del rio en una grande avenida, se llevase una porcion de terreno conocidamente, con árboles ó sin ellos, del campo vecino, y lo dejase junto al mio, que estaba mas abajo, no se haría mio dicho terreno, hasta que los árboles echasen raices en mi campo : en cuyo caso adquiriría yo su dominio con la obligacion de dar al otro el menoscabo que recibió á juicio de

\* §. 43. eod. — \*\* §. 44. cod. — † §. 46. Inst. de rer. div. — †† §. 19. eod. — ¶ §. 20 eod.



peritos, l. 26. en cuyas *gls.* 6. y 7. advierte López con razon, que sería lo mismo, si el no haber echado raíces los árboles en mi campo, fuese porque no los había en la tierra unida : de suerte que todo pende de haber pasado mucho tiempo haciéndose constante la union : y que el menoscabo debía regularse con respecto á los árboles considerados como arrancados.

29. *Rios y mutacion de álveos.* — La accesion da el dominio de las islas, que se hacen en el rio, á los dueños de los campos mas vecinos, cada uno por lo que afronta con ellas, \* y debe seguirse con tanto rigor la mayor proximidad, que si alguna isla se formase en el rio, de modo que casi toda estuviese mas cerca de los campos del un lado, no sería toda de ellos, sino solo la porcion que les estaba mas cerca, y la otra de los del opuesto, por la correspondiente medida, l. 27. Y si los campos vecinos perteneciesen á uno en el usufructo, y á otro en la propiedad, sería la isla del propietario en cuanto á la propiedad y usufructo ; pero el usufructo de lo que se adquiere por aluvion ó fuerza manifiesta del rio pertenecerá al fructuario del campo, l. 30. Y si las islas de los rios no hubiesen nacido en ellos, sino que las hubiesen formado los mismos, entrando con grande avenida en las heredades, y reduciendo á isla algun campo, siempre permaneció este de quien era, l. 28. \*\* Si la isla naciese en el mar, lo que sucede muy rara vez, es del primero que la poblare ; mas debe obedecer al señor, en cuyo señorío está el lugar donde apareció, l. 29. † Si el rio muda de álveo, el nuevo se hace público, como lo es siempre, y el viejo abandonado lo adquieren los dueños de los campos vecinos, l. 31. †† Si los campos se inundan por las avenidas de los rios, sus dueños conservan sus dominios ; aunque pierden su posesion mientras están cubiertos : mas luego que se descubren, y vuelven las aguas á su lugar, pueden usar de ellos como antes, l. 32. ¶ Contamos tambien por accesion natural la que ocurre en la plantacion de un árbol en campo ajeno, porque el dueño de este adquiere el dominio del árbol, luego que echa raíces ó se alimenta del campo, l. 43. ¶¶

30. *Accesion industrial.* — A la accesion industrial pertenece en primer lugar, la conjuncion cuando se añade á un cuerpo la parte que le faltaba, en cuyo caso adquiere á veces el dominio de esta el que tiene el del cuerpo, segun las reglas de la l. 35. d. tít. 28. Si á una estatua mia de oro junto un pie del mismo metal, adquiero el dominio de este, si procedí de buena fe, y estoy obligado á dar su valor á su dueño. Pero si juntase un pie de otro metal, no lo hago mio, proceda ó no con buena fe. Si el dueño del pie lo juntase á mi estatua, me transfiere su domi-

\* §. 22. eod. — \*\* D. §. 22. — † §. 22. eod. — †† §. 23. — ¶ §. 24. Inst. de rer. div. — ¶¶ †† §. 31. Inst. eod.

nio, si lo hace con mala fe, ó sabiendo ser mia la estátua, pues se presume que me la quiere dar. Y si tuviese buena fe, me queda la eleccion entre retener el pie pagando su valor al dueño, ó devolvérselo.

31. Tambien adquiero por accesion lo que se escribe por otro en un libro ó pergamino mio. Si el que escribió tuvo buena fe, y quisiere el dueño el pergamino, deberá pagar al que escribió, á juicio de peritos. \* Y si lo escrito fuese secreto, ó interesase mucho al que escribió, dicta la equidad que pueda quedarse con ello, pagando su estimacion al dueño del pergamino, aunque no hallamos ley espresa para este caso. Mas si escribió de mala fe, pierde su trabajo, l. 36. Si alguno pinta en tabla ajena con buena fe, es dueño de la pintura, debiendo dar el valor de la tabla á su dueño ; pero si pintó con mala fe, debe ser la pintura del dueño de la tabla, l. 37. \*\*

32. Se adquiere igualmente por accesion el dominio de la madera, ladrillos y otros materiales, que ponemos en las casas, aunque sea de mala fe; para evitar que se arruinen los edificios con deformidad de la ciudad ; pero el que usó los materiales debe pagar al dueño su valor duplicado, l. 38. † que concede esta accion al doble, hablando del que edificó de mala ó buena fe. Y respecto á que segun la l. 16. tit. 2. P. 3. debe pagar el doble el que edificó de buena fe, y el que de mala, es responsable á cuanto jurase interesarle el que recibió el daño ; parece que este tiene eleccion contra el que edificó de mala fe, para pedir su interes, ó el doble valor de sus materiales. En la práctica creemos que jamas se verá condenar al doble al que edificó de buena fe.

33. *Especificacion.* — Hay otros dos modos de adquirir que no son tan sencillos como los anteriores. El 1.º es la *especificacion*, que se define : *Formacion de una nueva especie*. Si esta no puede tornar á su primer estado, pertenece su dominio al que la formó, y así será mio el vino que hice de uvas ajenas, con tal que haya tenido buena fe. Este modo equivale á la *ocupacion*, porque considerándose la especie nueva, como cosa que aparece de nuevo, se reputa sin dueño, y es del primero que la ocupa, que es el mismo que la hace. Al contrario, si puede tornar al primer estado, pertenece al dueño de la materia, y será mio el vaso que otro hubiese hecho de mi plata ; porque se considera que permanece siempre la misma materia, ‡ que como principal atrae á la forma ; y por ello se adquiere dominio en este caso por *acesion*. Y adviértase que en ambos casos debe el dueño de la nueva especie pagar el valor de la materia ó las espensas de la especie, si procedió de buena fe, pero no, si la hubiese tenido mala, l. 33. tit. 28.

\* §. 33. — \*\* §. 34. — † §. 29. — ‡ §. 25.

34. *Posecion de buena fe.* — El 2.º modo es el que dimana de la posesion de buena fe. Si alguno compra casa ó campo de quien cree ser suyo, ó que tiene potestad de venderlo, hace suyos los frutos, que percibiere mediante su trabajo, hasta que pareciendo el dueño, se comience pleito entre los dos por demanda y respuesta, y con tal que los hubiese consumido ó espendido; porque los existentes debe tornar al dueño de la finca sacando primero las espensas que hubiere hecho sobre ellos, l. 39. \* Esta doctrina debe entenderse en los frutos industriales, porque no proceden sin industria y cultura del hombre, como el trigo y demas frutos que se siembran. El modo de hacerlos nuestros es separándolos de la tierra ó de los árboles, porque los no separados ó pendientes, se reputan parte de la cosa. † Este modo es anómalo, porque ni puede reducirse á la ocupacion respecto que no tiene lugar en el poseedor de mala fe: ni á la accesion discreta, porque los frutos nacen de un campo que no es nuestro: la buena fe y la percepcion laboriosa son las que lo forman.

35. La misma l. 39. dice que si los frutos percibidos fuesen naturales, como las frutas de los árboles ó cosa semejante, debe *tornarlos* el poseedor de buena fe aunque los hubiese consumido. Lo cual hace iguales á los poseedores de buena y mala fe, porque percibidos los frutos, ambos no podrían restituir sino su precio; y esto es contrario á equidad, y no se salva con la interpretacion que da Lopez en su *gl.* 9. Débese advertir que tambien el poseedor de mala fe puede sacar las espensas, l. 39. La 40. distingue dos jéneros de poseedores de mala fe: uno de los que roban la cosa ó la entran sin derecho; y otro de los que la tienen por compra, donadío ó otra razon derecha; pero sabiendo que aquellos de quienes la han no tienen derecho de enajenarla: y dice de los primeros, que vencidos en juicio, deben tornar la cosa con los frutos que llevaron, y con los que hubiera podido llevar su dueño: y de los segundos, que han de tornar los frutos percibidos por ellos, pero no los que pudiera haber percibido el dueño: de cuyo caso pone cuatro escepciones, siendo la una cuando el vendedor vendió la cosa con intencion de engañar á sus acreedores, y el comprador fué partícipe del engaño.

36. Las espensas, que hace el poseedor de cosa ajena, son necesarias, útiles y voluntarias, l. 44. Todo poseedor de buena ó mala fe puede cobrar las necesarias, y retener la cosa, hasta que se las pague el dueño; pero debe tomar en descuento los frutos ó provechos que hubiese percibido. El poseedor de buena fe puede cobrar las útiles; pero el de mala fe puede sacarlas y llevárselas, si el dueño no quisiese pagarlas. Esto mismo puede hacer el poseedor de buena fe en las espensas voluntarias: bien

\* L. 22. C. de rei vind. — † J. 44. D. eod.



que deberá dejarlas si el dueño de la cosa se las pagare. El poseedor de mala fe nada saca por razon de estas espensas. La *cit. ley 44.* habla de esto con mas claridad que la 41. y 42. anteriores.

37. *Derecho de Indias.* — Los Reyes de España declararon su dominio en las tierras y mares de América por la *l. 1.<sup>a</sup> tit. 1.<sup>o</sup> lib. 3. R. Ind.* que dice: *Por donacion (a) de la Santa Sede Apostólica, y otros justos y lejítimos títulos, somos señor de las Indias Occidentales, islas y tierras del mar Océano, descubiertas y por descubrir, y están incorporadas en nuestra Real Corona de Castilla. Y porque es nuestra voluntad y lo hemos prometido y jurado, que siempre permanezcan unidas para su mayor perpetuidad y firmeza, prohibimos la enagenacion de ellas.*

38. Muchas cosas, que segun el derecho antiguo se tenian por públicas, correspondian en América, lo mismo que en otras naciones, á los derechos de la corona: véase el *tít. 25. lib. 4. R. Ind.* Acerca de las cosas de Universidad, como, los ejidos, términos públicos, dehesas, \* montes y pastos de las Ciudades, Villas y Lugares, véanse las *ll. 13. y 14. tít. 7. lib. 4.* y en cuanto al modo de administrar los bienes comunes de los pueblos de Indios, véase el *tít. 4. lib. 6. d. R.* y finalmente, con respecto á aquellos bienes cuyo uso no pertenece á los particulares, sino solo á la Ciudad ó República, como los *propios, arbitrios y pósitos,* véase el *tít. 13. lib. 4.* tocando la disposicion de estos bienes al ayuntamiento de la ciudad, con tal que sea en bien del comun, y dando cuenta á la superioridad, si eccediere de tres mil maravedises la cantidad que deba invertirse, *ll. 2. y 5. tít. 13. R. Ind.* y cédula de 30 de agosto de 1791.

39. En todos los pueblos de Indios debe compelerse á estos á que labren una porcion de tierra, para que se junten con sus frutos, los bienes de *comunidad ó censos, l. 13. tít. 4. lib. 4.* y ni la superioridad podrá esponder estos bienes sino en objetos de primera necesidad, como edificar Iglesias, despachar misiones, y establecer seminarios ó escuelas en que se enseñe á los Indios los elementos de la Religion y ciencias en castellano, *ll. 15. y 16. tít. 4. lib. 6. R. Ind.* y cédula de 24 de enero de 1782.

40. Por lo que toca á la caza y pesca, el pueblo ó su gobernador debe reclamar sus derechos respecto de los extranjeros, *tít. 8. lib. 4. y cédula de 16 de enero de 1772.* Y en orden á la pesca de perlas y de su quinta parte, perteneciente al estado, véase el *tít.*

(a) No sabemos que medio pudiera discurrir el enemigo mas furioso de la Religion cristiana para desacreditarla, que el que los Papas prestaron con la donacion de la América á España y Portugal.

\* *Dehesas,* son prados, ó lo que decimos *potreros,* cercados para pasto de animales.

oit. 25. lib. 4. — La l. 18. tit. 20. lib. 1.º prohibe que los oficiales de la Santa Cruzada tomen los bienes mostrencos bajo pena de perder las temporalidades y naturaleza. El ganado y los demas bienes mostrencos pertenece á la Real Cámara y Fisco, II. 11. tit. 5. lib. 5. y 6. tit. 12. lib. 8. R. Ind. Los tesoros de los Indios religiosamente guardados, que se llaman *Guacas*, y las minas de metales abandonadas y sin señor, pueden ser de los particulares, bajo ciertas condiciones, pues nadie puede cavar la tierra sin licencia de los majistrados, quienes deben convenir en la parte que deba atribuirse al Fisco, y en que los inventores resarzan los daños que casualmente se causo á las casas, fundos ó posesiones; y si los inventores ocultaron los tesoros, no solo pierden la parte á que tenían derecho, sino que se debe confiscar la mitad de sus bienes: véase el tit. 12. lib. 8. R. Ind. Segun el art. 14. tit. 6. de las *Nuevas Ordenanzas de Minería* está dispuesto que cualquiera pueda descubrir y denunciar las minas halladas; no solo en los predios comunes, sino aun en los de cualquiera particular, con tal que se pague el precio del territorio ocupado, y el daño que por esta causa puede seguirse: y por cédula de 23 de junio de 1808 aun los fundos vinculados están sujetos á la enajenacion forzosa en favor de los mineros, pudiéndose denunciar con las condiciones que espresa el citado artículo de las ordenanzas, edit. de Madrid de 1783, donde se puede ver el modo de decidir los pleitos sobre minas.

42. Beleña f. 106. nota, que sin embargo de que por la l. 1.ª. tit. 10. lib. 8. R. Ind. se manda pagar el 5.º de la plata y oro de las minas, por cédula de 30 de diciembre de 1716 se concedo á los mineros de Zacatecas que paguen sólo el diezmo; y por otra de 19 de junio de 1723 se manda que todos paguen el diezmo en lugar del 5.º, tanto los mineros como los aviadores, rescatadores, folleros, y demas personas en todos los minerales, incluso el oro, y en todos los reales de minas.

## TÍTULO II.

### DE LAS PRESCRIPCIONES.

TIT. 29. P. 3. — TIT. 15. LIB. 4. R.—TIT. 2. 3. LIB. 41. D. Y 33. Y 39. LIB. 7. C.

1. Las leyes civiles que son las que pueden y deben arreglar los modos de adquirir el dominio y perderlo, han prefijado ciertos

tiempos de posesion para que bajo estas ó las otras condiciones pueda con efecto cualquiera perder ó ganar el dominio de las cosas. Este asunto es puramente civil y por lo mismo donde se encuentren opuestas las leyes canónicas con las civiles, es de resolver segun las últimas, de cuya jurisdiccion sola son los negocios temporales.

2. *Prescripcion.* — Mediante la posesion continuada de una cosa, por el tiempo señalado en la ley, se adquiere su dominio absoluto; y mediante el trascurso del tiempo señalado tambien por la ley, se liberta uno de la obligacion ó carga que tenía, y tal modo de adquirir se llama *Usucapion* ó *Prescripcion*.

3. *Si es justa la prescripcion.* — Puede alguno creer que la prescripcion sea contraria á la equidad natural que no permite se despoje á nadie de sus bienes á pesar suyo y sin su noticia, ni que uno se enriquezca con la pérdida de otro; pero la ley, presumiendo que el que lleva su negligencia hasta el extremo de no reclamar ni hacer uso de sus derechos un tanto tiempo, los abandona, cede, ó enajena de hecho; y apoyandose en el público interes que no puede permitir la disminucion de la riqueza nacional, por el descuido con que algunos miren sus bienes, ni la incertidumbre y poca seguridad de las propiedades, ni el peligro á que por la pérdida de sus títulos estarían espuestas aun aquellas personas que hubiesen adquirido una cosa del verdadero dueño ó se hubiesen librado de una obligacion por un medio lejítimo; se ha visto en la precision de fijar un término, pasado el cual no se pueda inquietar á los poseedores, ni hacer averiguaciones sobre derechos demasiado tiempo abandonados. La prescripcion pues se considera entre todas las instituciones sociales como la mas necesaria al órden público; y no sin razon ha sido llamada por los antiguos *patrona del jénero humano, patrona generis humani*, y fin de los cuidados y ansiedades, *finis sollicitudinum*, á causa de los servicios que hace á la sociedad manteniendo la paz y tranquilidad entre los hombres y cortando el número de los pleitos. *Todo el tit. 26. de prescriptionibus* en las Decretales; *l. 1.ª tit. 29. Part. 3.* Acevedo, l. 6. tit. 15. lib. 4. R.

4. *Quienes pueden prescribir.* Puede prescribir todo hombre que tenga entendimiento, y no el loco ó demente, quien no puede ganar ni perder cosa alguna, aunque la tenga en su poder; pero si antes de quedar privado del juicio, había comenzado á ganar alguna cosa él ó la persona cuyos bienes hubiese heredado, continuará ganándola en el tiempo de su locura. El de sano entendimiento gana la posesion por sí mismo, por el hijo que tenga en su poder ó por su personero, que se apoderen de la cosa á nombre de su padre ó principal. Y aun cuando el hijo gane á su propio nombre, la adquiere para su padre, á escepcion de lo que pertenece al peculio castrense por el usufructo que le compete, Asi-



mismo pueden ganarla los tutores, curadores, y síndicos para sus huérfanos ó locos y para sus comunes, ll. 3. y 4. tit. 36. P. 3.

5. *Contra quienes no se prescribe.* — No pierden sus cosas ó derechos por la prescripcion los que se hallen ausentes en campaña, ó en comision del Rey ó Consejo, ó en cautiverio, escuela ó romería &c. los cuales tienen 4 años despues de su vuelta para hacer la reclamacion; — ni el menor de 25 años; — ni el hijo de familia; — ni tampoco la mujer casada su dote inestimada, salvo si no la demandare al marido disipador, l. 2. tit. 29. P. 3. l. 24. tit. 21. P. 2. l. 5. tit. 29. P. 2. l. 28. tit. 29. P. 3. l. 8, tit. 29. P. 3. l. 7. tit. 14. P. 6.

6. *Dos especies de prescripcion.* — La prescripcion no solo sirve para hacernos adquirir el *dominio* de una cosa, sino tambien para adquirir la libertad ó exoneracion de una carga, obligacion ó deuda, luego que el acreedor ha dejado pasar el tiempo que le estaba prefijado para usar de su accion ó derecho. Prescribir una accion ú obligacion no es lo mismo que prescribir una cosa, v.g. una heredad ó viña: prescribir una cosa es adquirirla ó hacerla suya; y prescribir una accion ú obligacion es por lo contrario extinguirla ó acabarla. De donde resulta que hay *prescripcion de dominio y prescripcion de accion.*

7. *Prescripcion de dominio.* — La adquisicion de una cosa por haberla poseido durante el tiempo legal. Para que tenga lugar esta prescripcion, son necesarios, hablando en jeneral, cinco requisitos — 1.º justo título — 2.º buena fe — 3.º posesion continuada — 4.º el tiempo tasado por la ley — 5.º *prescriptibilidad*, es decir capacidad de la cosa. Adquiero pues el dominio de una cosa, si habiéndola habido por compra ú otro título de quien creí que era su dueño, la poseo sin interrupcion el tiempo fijado por la ley, y no tenía la cosa alguna circunstancia que la escluyese del comercio humano. — Estos cinco requisitos se comprenden en este dístico.

*Sit res apta, fides bona, et titulus quoque justus  
Possideas juste, completo tempore legis.*

La cosa ha de ser capaz,  
Has de tener buena fe,  
Justo título y poseerla  
Por el tiempo de la ley.

8. En primer lugar es necesario *justo título*, es decir, una causa capaz de trasladar el dominio, como la compra, donacion, permuta, dote, legado, herencia &c.; y no basta que el título sea *existimado* sino que ha de ser verdadero y real, á no fundarse la falsa creencia en el error inculpado de un hecho ajeno. Así es que si poseo como mia una cosa, creyendo por inadvertencia ha-

ber venido á mí poder por justa causa, que realmente no ha existido, no puedo prescribirla ; pero si la creo mia en virtud de un error en que no incurrí por culpa ni por inadvertencia, v. g. si se me entregó como comprada por mi procurador que realmente la adquirió por un medio injusto, ó como legada en un testamento que despues resulta nulo, ó como debida por uno que se creía mi deudor pensándolo yo tambien así, la podré prescribir sin duda alguna, no siéndome demandada durante el tiempo que la ley ha señalado, ll. 11. y 14. tit. 29. P. 3.

9. El segundo requisito es la buena fe, la cual consiste en creer el poseedor que la persona de quien recibió la cosa tenía su propiedad ó cuando menos facultad para enajenarla. La buena fe se presume siempre, mientras no se pruebe lo contrario ; y basta que se tenga al principio de la posesion, de modo que no perjudica la mala fe que sobreviniere despues de la entrega. *Mala fides superveniens non interrumpit usucapionem*. Los intérpretes españoles sin embargo, con todo que la decision de la ley es terminante, dicen que en esta parte se observa la disposicion del derecho canónico, que requiere que la buena fe dure desde el principio hasta el complemento de la prescripcion, la cual, segun ellos queda interrumpida por la mala fe que sobrevenga al poseedor ó sus herederos, l. 12. tit. 29. P. 3. l. 2. tit. 8. lib. 11. Nov. que es la 5. tit. 15. lib. 4. N. R.—cap. 20. de *prescriptionib*. López *gl*. 1.<sup>a</sup> á d. l. 12. Covarr. lib. 1. Var. Castillo de *tertiis*. cap. 26. Molina de *primog*. lib. 2. cap. 6. Vela *dissert*. 48. n. 45. (a)

10. El tercer requisito es la *posesion*, pero una posesion continua, pacífica, pública, no equívoca y á título de propietario. *Continua* quiere decir que no sea interrumpida natural ni civilmente : naturalmente perdiéndola de hecho el que estaba prescribiendo ; y civilmente, por medio de emplazamiento ó demanda que le hiciera el interesado. *Pacífica*, esto es, adquirida sin violencia, porque la violencia es un obstáculo á la prescripcion. *Pública*, para que no pueda ocultarse á la persona contra quien se prescribe. *No equívoca*, para que no pueda dudarse si el tenedor de la cosa usa de ella por sí mismo ó por otro, l. 9. tit. 29 P. 3. Finalmente á *título de propietario*, porque no pueden prescribir los que poseen á nombre de otro, como por ejemplo el colono, arrendatario, inquilino, depositario, usufructuario, comodatario y todos los que tienen precariamente la cosa ajena : bajo el supuesto de que se presume siempre que uno posee por sí mismo y á título de propietario, si no se prueba que comenzó á poseer por otro, pues la posesion es un hecho que acompaña ordinariamente á la propiedad ; y cuando uno comenzó á poseer por otro se presume que siempre sigue poseyendo del mismo modo y con el propio tí-

(a) Véase el §. final de este título.

tulo, si no hay prueba de lo contrario ; l. 5. tit. 30. P. 3. — Para completar la prescripcion puede uno juntar á su posesion la do su autor ó causante de cualquiera modo que le haya sucedido, ya sea á título universal ó particular, ya sea á título lucrativo ó oneroso ; do suerte que el heredero, legatario, donatario ó comprador puede aprovecharse del tiempo en que tuvo la posesion el difunto, donador, ó vendedor, con tal que tenga buena fe ; y así es que si tú poseiste una cosa mueble dos años, y despues me la vendiste, donaste, ó dejaste en testamento, poseyéndola yo otro año, completará los tres que exige la ley para su prescripcion, l. 16. tit. 9. P. 3. La interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion para la propiedad, y la interrupcion en la propiedad interrumpe la prescripcion en la posesion, l. 7. tit. 15. lib. 4. R. — La l. 17. tit. 36. P. 3. señala los modos de perder la posesion por fuerza pero que no perjudica á la posesion civil ; pues declara que le queda *salvo su derecho y su dominio al forzado*.

11. El cuarto requisito es *el tiempo señalado por la ley*. — Las cosas muebles se prescriben por tres años ; ll. 9. y 17. tit. 20. P. 3. Las raices por diez entre presentes y veinte entre ausentes, esto es, por diez si el dueño se halla en la tierra ó provincia donde la cosa está situada, aunque no se halle en el mismo lugar, y por veinte si reside fuera de la provincia ; l. 18. id. id. mas si el poseedor ó dueño estuvieren parte del tiempo dentro de la provincia y parte fuera, se ha de añadir á lo que fulte para los diez años de presencia, un número de años de ausencia doble del que faltare para el complemento de aquellos ; de manera que si los de presencia son ocho por ejemplo y cuatro los de ausencia, estos cuatro últimos formarán los dos que faltaban para adquirir la prescripcion de diez años ; l. 20. id. id. — El que tuviere alguna cosa por tiempo de treinta años ó mas, continuos, en cualquier modo que la hubiese, sin movérsele pleito sobre ella, la prescribe y hace suya, aunque sea hurtada, forzada ó robada ; pero si pierde su tenencia ó posesion por cualquier motivo, no podrá pedirla en juicio al quo la tenga, salvo si este la hubiese hurtado, robado ó forzado á él mismo, ó recibido de él por préstamo ó alquiler, en cuyo caso bien la podrá pedir y cobrar ; y lo mismo se entionde si habiendo el juez por su rebeldía dado la posesion á otro, se presentare dentro de un año, y quisiere, pagando las costas, contestar á la demanda que contra él se hubiese puesto. Tal es la disposicion de la l. 21. tit. 29. P. 3.; mas á pesar de que no exige la buena fe en la prescripcion de treinta años, como se echa de ver, los intérpretes no obstante la exigen ateniéndose mas al derecho canónico que á las leyes civiles, y aun algunos quieren exijirla aun en la prescripcion de tiempo inmemorial. López en la gl. 2. de la misma l. 21. — En esta propia ley hay una diferencia que es muy importante notar : el poseedor por treinta años ó mas de una cosa, sea hur-



tada, robada ó forzada, la prescribe y no está obligado á responder ni al dueño de ella; pero si perdiese su tenencia sin que se la hurten roben ó fuerzen, no le queda derecho para reclamarla, entendiéndose que si la prestó ó dió alquilada no por eso pierde la posesion. Si por *treinta* años ó mas poseyere con buena fe una cosa raiz, puede defenderse con la prescripcion si la posee; y si pierde su tenencia, puede reclamar la cosa de cualquiera que no sea su verdadero dueño, y en caso que este no hubiere empleado fuerza ni engaño para recobrarla. d. l. 21. En cuanto á ser la cosa hurtada, dispuso despues la l. 2. tit. 8. lib. 11. Nov. ó 5. tit. 15. lib. 4. R. C. : *que si alguna cosa fuese hurtada, ó alguno tuviere escondida, no pueda defender por tiempo, que no se responda á su dueño cuando quier que gela demandare.* — Las cosas de patrimonio de las ciudades ó villas, esto es, aquellas cuyo producto sirve para el beneficio comun, como v. g. para la construccion ó reparo de muros, fuentes, puentes ú otras obras públicas, ó para salarios de correjedores ú otros empleados, sin que ninguno de los vecinos pueda usar de ellas en particular, se prescriben por el tiempo de *cuarenta* años, bien que se puede pedir por las ciudades o villas la restitucion *in íntegrum* durante *cuatro* años despues de los *cuarenta*. — Las cosas raices pertenecientes á Iglesia ó lugar religioso se prescriben tambien por *cuarenta* años; pero las muebles por solos *tres*; y las de la Iglesia Romana por *ciento*. — El señorío de las ciudades, villas y lugares, \* el derecho de exijir imposiciones, y segun algunos AA. las cosas de mayorazgo, se prescriben por tiempo inmemorial. — La posesion que se tenga de una cosa raiz con título y buena fe, se prescribe por un año y un dia; es decir que el que posee la cosa un año y un dia con título y buena fe en faz y en paz del que la demanda no está obligado á responder sobre la posesion; ll. 7. 26. tit. 29. P. 3. — l. 6. tit. 29. id. y ll. 3. 8. tit. 8. lib. 11. Nov. que son las ll. 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> tit. 15. lib. 4. N. R.

12. El quinto y último requisito es la *prescriptibilidad de la cosa*, quiere decir que la cosa sea en sí capaz de prescripcion ó que pueda prescribirse. Lo son todas las que están en el comercio de los hombres, y las incapaces son las siguientes. — 1.<sup>o</sup> las que se llaman de derecho divino, y son las sagradas, religiosas y santas : — 2.<sup>o</sup> las plazas, calles, caminos, dehesas ó corrales zanjados, ejidos y demas lugares que tienen los pueblos para el uso comun de sus vecinos : — 3.<sup>o</sup> la jurisdiccion ó derecho de administrar justicia : 4.<sup>o</sup> los tributos, pechos, rentas y otros dere.

\* En los gobiernos bien establecidos, no hay señorío de ciudades, villas, ó lugares que pueda prescribirse, porque señorío es *dominio* y ningun particular tiene facultad de adquirirlo, ni separarlo de la autoridad soberana ó suprema.

chos reales: — 5.º las cosas hurtadas ó robadas; — 6.º las que pertenecen al consocio ó coheredero; ll. 6. 7. 4. tít. 29. P. 3. ll. 4. 9. 2. tít. 8. lib. 11. Nov. que son las 1. 2. y 5. tít. 15. lib. 4. N. R.

13. El que de buena fe compra cierva, yegua ó cosa semejante que dé fruto, que fuese hurtada, robada ó forzada, si en su poder concibe y pare, puede ganar por prescripción el parto; mas no si antes de la concepción supiese que el vendedor la había adquirido por un medio injusto. Si después de la concepción sabe que no era de quien la vendió ó ignora que este la había hurtado ó robado, podrá prescribir el fruto; y si por ventura después del parto y no antes supiese del hurto ó robo, solo podrá prescribir el fruto en el caso que diere noticia al dueño y este no quisiera reclamar su derecho, como igualmente en caso que tratando de darle aviso no lo hallase por estar muy distante del lugar. l. 5. tít. 29. P. 3.

14. *Prescripción de acción.* — Se liberta uno de la obligación ó carga porque la persona en cuyo favor se haya contraído no hace uso de su derecho por el tiempo que la ley hubiese fijado. El tiempo en que se prescriben las acciones señala la ley 5. tít. 8. lib. 11. Nov. que es la 6. tít. 15. lib. 4. N. R. diciendo: *El derecho de ejecutar por obligación personal se prescriba por diez años; y la acción personal, y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años y no menos; pero donde en la obligación hay hipoteca, ó donde la obligación es mixta, personal y real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos.*

15. *Prescripción de censos.* — Los capitales de censos al quitar nunca se prescriben, dicen los AA., pero se prescriben los réditos, y solo se pueden exigir *ejecutivamente* los devengados en los 9 años y medio, ó 9 y dos tercios últimos según los plazos de su constitución, aun cuando hubiesen pasado 40, 80, ó mas años. — No sabemos por qué ley no estén sujetos los capitales de censos y sus réditos á las que gobiernan generalmente sobre prescripciones, siempre que acompañen los requisitos de buena fe, justo título y demas.\*

16. *Prescripción trienal.* — Bastan tres años para prescribirse las

---

\* Pasados diez años desde la fecha de los documentos de crédito, no se podrá intentar la vía ejecutiva, aunque después de aquel período se reconozcan con juramento, á menos que judicialmente se confiese la deuda. Tampoco son ejecutables los réditos de censos ó capellanías, cuando no han sido cobrados en todo ó en parte los vencidos en los diez años anteriores. Las sentencias ejecutoriadas por acción personal, real ó mixta, corren la misma suerte, contándose el espresado término de los diez años, desde la fecha de la notificación al vencido. — *art. 124 de la ley de 7 de diciembre de 1848 de procedimiento judicial en el Ecuador.*

acciones siguientes — la que corresponde á cualquiera que haya servido á otro para cobrar su estipendio ó salario : — la que compete á los boticarios, confiteros, joyeros, especieros y demas oficiales mecánicos y tenderos de comestibles por el importe de sus jéneros ó hechuras : — últimamente la que tienen los letrados, procuradores, notarios, agentes y escribanos para pedir sus honorarios ó estipendios : los tres años en los sirvientes se cuentan desde que fueron despedidos ó se despidieron, y en los demas desde que dieron sus jéneros ó efectos, ll. 9. 10. 11. y 13. tit. 11. lib. 10. Nov. que son las ll. 32. tit. 16. lib. 2. l. 9. tit. 15. lib. 4. l. 10. tit. 15. lib. 4. l. 9. tit. 20. lib. 6. N. R. y cédula de 26 de octubre de 1784.

17. La prescripcion de las deudas se interrumpe por renovarlas con escritura, fianza ó prenda, por satisfacer alguna parte de ellas, por indemnizar algun perjuicio, por pedir las en presencia de amigos ó avenidores, ó por otra causa semejante.

18. Las mismas reglas con poca diferencia se siguen entre comerciantes. Art. <sup>o</sup> 581. y 582. *del Código de comercio.*

19. Para que no embaraze en el estudio de este título, el enredo de ideas con que se suele esplicar lo que se entiende por *buena ó mala fe* á fin de poder prescribir, añadimos este párrafo poniendo lo que las leyes han querido que sea buena fe en las prescripciones. *Dan ó cambian omes algunas cosas que non son suyas, dice la ley. 12. tit. 29. P. 3. é aquellos á quien pasan han buena fe en tomándolas, cuidando que aquellos de quien las reciben, han derecho de las enajenar,* y esta misma ley al fin califica de mala fe la ciencia que tenga el comprador de ser la cosa ajena. La ley 9 de este mismo título espresa: que buena fe es creer que quien enajena la cosa es verdadero dueño ó tiene derecho de enajenarla. No presenta variacion de concepto en esta parte la l. 5. que aunque distingue el caso de que el comprador *sepa* que no era de quien vendió la yegua ó cierva con tal que ignore que la hubiese hurtado, robado ó forzado, hace suyo el fruto ; mas si sabe que fue hurtada robada ó forzada, no lo gana por tiempo. En jeneral se puede sentar que las otras muchísimas ll. que mencionan la *buena fe*, en ninguna parte se separan de la idea de que esta consiste en la creencia en que uno esté de que quien pasa la cosa tiene derecho de hacerlo. De donde se puede sacar por conclusion cierta : que para la conciencia ó fuero interno del individuo, cualquiera clase de duda, teórica, práctica, teológica, lo constituye en la obligacion de cerciorarse acerca del verdadero derecho que hubiese tenido el que le dió ó enajenó la cosa. Pero en los tribunales de justicia para saber si tuvo ó no buena fe, es necesario probar que al tiempo de recibir la cosa sabía que no era propia del que la enajenaba, ó que lo supo despues. El caso de que habla la l. 19. del mismo tit. 29. no se contrae á la buena ó



mala fe, sino al tiempo en que pueda prescribir aquel que compra la cosa raiz de quien la enajenaba con creencia cierta de no tener derecho para enajenarla, es decir que la creencia estaba en el vendedor y no en el comprador de cuya buena fe se trata.

### TÍTULO III.

## DE LAS SERVIDUMBRES REALES Y PERSONALES.

TIT. 31. P. 3. — TIT. 3. 4. ET 5. LIB. 2. INST.

1. *Qué es Servidumbre y sus diferencias.* — Como las servidumbres son un derecho real tan semejante al dominio, tratan de ellas las *Partidas* despues del dominio y de la posesion de las cosas corporales. Servidumbre es: *Derecho y uso que tienen los hombres en los edificios ó heredades ajenas para servirse de ellas en utilidad de las suyas.* Es de dos maneras *urbana*, la que ha una casa ó edificio en otro; y *rústica*, la que ha una heredad en otra. Ambas se llaman *reales*, porque dicen respecto, y se constituyen para utilidad de las cosas: á diferencia de otras que se llaman *personales*, porque solo se dirijen á la utilidad de la persona, sin señalamiento, respecto ni beneficio de sus cosas como el *uso* y el *usufructo*, l. 1.<sup>a</sup> tit. 31. P. 3. Las personales se expresan siempre con su nombre específico; y las reales solamente con el nombre jeneral *servidumbre*. Las reales se llaman *prediales*, por respecto á los predios á que se refieren: el *dominante*, aquel por cuyo beneficio se constituyen; y el *serviente*, el que sufre la carga. Solo los dueños de estos predios pueden constituir las, á excepcion de los juicios divisorios en que tambien puede constituir las el juez. \*

2. *Servidumbres urbanas.* — Las servidumbres urbanas se constituyen para diferentes fines, que se refieren en la l. 2. d. tit. 21. \*\* y son: — 1.º El derecho de que la casa del vecino haya de sufrir la carga de ponerse en ella un pilar ó columna sobre que pueda yo edificar en la mia, *oneris ferendi*. — 2.º El derecho de agujerear la pared del vecino, para meter allí una viga en beneficio de mi casa, *igni inmitendi*. — 3.º El mismo derecho para poner una ventana, que dé luz á mi casa, *luminum*. — 4.º El

\* §. 1. Inst. de serv. rust. et urb. praed. — \*\* d. §. 1.

derecho de echar el agua que cue sobre mis tejados á la casa de mi vecino por canal, caño ó de otra manera, *stillicidii, vel fluminis avertendi*. — 5.º El derecho de prohibir á mi vecino, que lleve mas su casa, quitando la vista y la luz de la mia, ó pudiendomela registrar, *altius non tollendi*. — 6.º El derecho de entrar en mi casa ó corral por la casa ó corral de mi vecino. Las leyes Romanas no establecieron esta última formalmente. \* Sus intérpretes dicen, que en la 1.ª debe ser reparada la columna de su dueño, y que en la 2.ª no está obligado el dueño del predio sirviente al reparo de la pared, que sostiene la viga; cuya diferencia adopta López, *gl. 2. l. 2.* y dice ser muy útil. Las mismas leyes reconocieron otras servidumbres menos frecuentes, que tambien reconoce nuestra cit. l. 2. cuando despues de las espresadas, dice: *O alguna otra semejante de esta que sea á pro de los edificios.*

3. *Servidumbres rústicas.* — Las servidumbres rústicas mas frecuentes son: \*\* — 1.ª *Senda* ó derecho de pasar por la heredad de otro, yendo á la mia á pié ó cabalgando, solo ó con otros, de modo que vaya uno detras del otro y no en par: — 2.ª *Carrera* ó derecho de llevar carretas ó bestias cargadas á mano, derecho de que carece el que tiene senda: — 3.ª *Via* ó derecho de ir por heredad ajena á la nuestra, á pié ó cabalgando, solo ó acompañado, y de llevar carretas ó piedras ó madera arrastrando, y todas las otras cosas que fueren menester para la utilidad de nuestra heredad. Debe tener la anchura en que las partes hubiesen convenido, y si no, la de 8 pies en lo recto, y 16 donde tuviere alguna tortura, l. 3. d. tit. 31. † — 4.ª *Acueducto*, ó derecho de llevar agua por heredad de otro, para nuestros molinos ó para el riego de nuestras tierras; (a) siendo obligacion del dueño del predio dominante guardar y mantener el cauce, acequia ó canal por donde corre el agua, de modo que no pueda ensanchar, alzar, ni bajar, ni hacer daño á aquel por cuya heredad pasare, l. 4. Pero si no tuviese derecho de llevar agua de fuente, que naciere en heredad ajena, no podrá el dueño de esta conceder á otro el mismo derecho sin consentimiento de aquel, á menos que fuese tanta el agua que abundase para la heredad de ambos, l. 5. †† — 5.ª El derecho de sacar agua de la fuente ó pozo de otro, para mis labradores, bestias y ganados, y de entrar y salir de la heredad con este objeto, siempre que fuese menester: — 6.ª El derecho de meter mis bueyes ú otras bestias con que labro mi heredad, en prado ó dehesa de otro, l. 6. — 7.ª El derecho de sacar piedras, tierras, arena ó hacer cal en la heredad ajena para edificar casa en la

\* L. 32. §. 3. fam. ersc. l. 18. com. div. — \*\* Princ. cod. — † L. 8. de serv. just. praed. — †† L. 2. §. 2. de serv. rust. praed.

(a) Véase la ley que insertamos de 15 de octubre de 1832.

mia, ó para hacer tinajas, para guardar el aceite que recojo en mi heredad, l. 7. ‡

4. *Quienes pueden imponerlas ó adquirirlas.* — Solo los que son dueños de alguna heredad pueden imponer servidumbre en ella, ll. 9. y 13. \* reputándose tambien por dueños los enfiteutas, que solo tienen el dominio útil, l. 11. Si la heredad fuese comun, deben otorgarla todos : y si la otorgasen unos, y otros no, no pueden resistir su uso los primeros ; y si los segundos, cada uno de ellos, tanto por sí, como por los otros : pero si consintiesen despues, valdría como si todos la hubiesen otorgado al principio, l. 10. \*\* Lo mismo debe decirse en cuanto al predio dominante, ¶ advirtiéndose que las servidumbres son individuos, esto es, que no pueden dividirse, ni entre los herederos del predio dominante, ni entre los del sirviente ; y de consiguiente se deben íntegras á cada uno de aquellos, y por cada uno de estos, ll. 9. y 18.

5. *Es carga inseparable de los fundos.* — La servidumbre, considerada pasivamente como carga, ó activamente como derecho, es tan inherente á la cosa que no se pierde aunque el predio sirviente ó dominante mude dueño, sino que pasa al nuevo poseedor, ll. 8. y 12. No podrá pues, enajenarla el dueño de la heredad á quien se debe sin enajenar la misma heredad. Pero aquel á quien se debe servidumbre de llevar agua para regar su heredad, puede conceder á otro el agua que ya estuviese en su campo, porque entonces es suya.

6. *Como se adquieren.* — Las servidumbres sean rústicas ó urbanas se constituyen de tres modos, l. 14. — 1.º Por contrato ó concesion entre vivos.—Por testamento ó última voluntad. — 3.º Por el uso.—Este uso debe ser continuo, con ciencia del dueño del predio sirviente, con buena fe, y no por fuerza ni por ruego. En cuanto al tiempo hay diferencia entre las servidumbres continuas y discontinuas ; porque las primeras se constituyen por 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes ; y las discontinuas por el inmemorial, l. 15. *Continuas*, son aquellas que usamos cada dia, como se explica d. l. 15. poniendo por ejemplo las cinco primeras que referimos en la clase de *urbanas* : y *discontinuas*, los que no usamos cada dia, de las que tambien pone por ejemplos las que hemos contado entre las *rústicas*, eceptuada la 4.ª de llevar agua para regar nuestra heredad, que pone la *misma ley* entre las *continuas*, cuando la usamos cada dia ; y entre las *discontinuas*, cuando la usamos algunos dias. Gómez 2. var. cap. 15. n. 27. advierte, que el tiempo para prescribir las servidumbres continuas, si son afirmativas, como la 1.ª y 2.ª de las urbanas, se empieza á contar desde el dia en que empieza su uso ; y en las negativas, como la 5.ª de las mismas urbanas, desde que el

‡ §. 2. Inst. cod. — \* §. 3. cod. — \*\* L. Mode serv. præd. rust. — ¶ D. §. 3.



prescribente prohíbe al otro hacer la cosa. Si pues, has sido siempre dueño de un solar, frente al mío, no tendré derecho de prohibirte que edifiques y levantes tu edificio; pero si te lo prohíbo, y desde entonces pasan 10 años, entre presentes, ó 20 entre ausentes, tendré ya este derecho en lo sucesivo.

7. Para el modo de adquirir la servidumbre por el uso, la ciencia y paciencia del dueño del predio sirviente, hacen de justo título y de tradición; y el uso del dominante sirve de ocupación de posesión. Por eso advierte el mismo Gómez, d. n. 27. que el que quiera aprovechar de esta adquisición debe ser cauto en alegar y probar la ciencia y paciencia del otro, á mas de su uso y ejercicio, y el tiempo necesario; y añade con López, g.<sup>o</sup> 3. d. l. 15. que si el prescribente apoyase su uso en título justo, bastarían su buena fe y el lapso del tiempo legal, y no sería necesaria la ciencia del dueño, como sucedería, si creyéndote dueño de un campo, sin serlo, te comprase una servidumbre sobre él á favor de otro mío, en cuyo caso la adquiriría yo por el uso, aunque lo ignorase el verdadero dueño. Las leyes Romanas establecieron este último modo de adquirir servidumbres por el uso, \* y aunque se ha omitido en las nuestras, lo adoptan los citados Gómez y López, y es muy conforme á lo que las ll. 6. 9. y 18. tít. 29. P. 3. establecen sobre la prescripción de las cosas corporales, como hemos notado en el tít. anterior.

8. *Como se pierden.* — También son varios los modos de extinguirse las servidumbres: — 1.<sup>o</sup> Por la confusión de los dominios, está es, si el dueño del predio dominante adquiere el dominio del sirviente, ó al contrario; de tal modo, que aunque vuelvan á separarse los dominios, no se debe la servidumbre, si no se estableciese de nuevo, l. 17 d. tít. 31. porque el hombre no usa de sus cosas en manera de servidumbre, l. 13. ó como suele decirse, á ninguno sirve su cosa. — 2.<sup>o</sup> Por la remisión ó condonación de la servidumbre, que hace el dueño del fundo dominante, d. l. 17. y basta que la remisión sea tácita, como si el dueño de la servidumbre permitiese al dueño del fundo sirviente hacer alguna cosa que impida su uso, l. 19. †

9. También se pierden: — 3.<sup>o</sup> Por el no uso de 20 años, sin diferencia de presentes y ausentes en las discontinuas; y por tiempo inmemorial en las continuas; de suerte que al paso que estas necesitan de más tiempo para perdersé que las discontinuas, sucede lo contrario para adquirirse, trocándose los tiempos, l. 16. pero se entiende esto en las servidumbres rústicas; porque las urbanas se pierden por la misma ley, en 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes, concurriendo la precisa circunstancia, y no de otra manera, de que el deudor de la servidumbre

\* L. ult. C. in fin. de presc. long. temp. — † L. 8. quem. serv. amit.

impida su uso con algun hecho, á buena fe, como, por ejemplo, el que pone la *misma ley* : cerrar la ventana por donde entraba la luz. Si la servidumbre se debiese á un predio comun, usando de ella uno de sus dueños, la conserva tambien para el que no la usó : y será lo contrario, si el no usarla este fuese despues de haber dividido los dueños el predio que era comun, l. 18. que da la razon de ser una la servidumbre en el primer caso, y dos en el segundo. †

10. *Usufructo*. — Las servidumbres personales son las que se deben á la persona sin respecto alguno á la cosa. Hay tres : *usufructo, uso y habitacion*. La principal y muy frecuente, es el usufructo, que se define : *Derecho de usar de casas, tierras, ganados ú otra cosa ajena que pueda dar renta, aprovechándose de todos sus frutos*. Pertenecen, pues, al fructuario todas las rentas y frutos de la cosa en que tiene el usufructo, sin distincion de naturales, nacidos de la misma cosa, ó civiles, producidos y percibidos por ocasion de ella ; pero no los partos de la esclava, ni el tesoro encontrado en el predio, porque no son propiamente frutos, ó cuando lo sean, se reputan extraordinarios, que siempre pertenecen al dueño de la cosa. Puede el fructuario vender ó disponer de los frutos como quisiere ; pero no enajenar ni empeñar la cosa : antes bien tiene obligacion de dar fiadores de que no se perderá, ni empeorará esta por culpa suya ; y cuando se acabe el usufructo, la restituirá á su dueño, ó á quien se le haya mandado, l. 20. A mas debe cuidarla, de modo que si fuese casa, ha de repararla, para que no se caiga ni empeore por su culpa ; y si fuese heredad, ha de labrarla y cultivarla bien, plantando cepas y árboles en lugar de los que se sacaren. Si fueren ovejas, debe reponer con sus crias las que murieren. Tambien debe pagar cualquier tributo ó derecho á que esté sujeta la cosa cuyos frutos percibe, l. 22. \*

11. Los modos de constituirse el usufructo son los mismos tres de las servidumbres reales, n. 6. — ll. 14. y 20. de suerte que en esto no hay diferencia alguna entre servidumbres reales y personales : ecepto el modo legal de constituirse el usufructo de los bienes adventicios del hijo de familias á favor del padre que lo tiene en su poder, á beneficio de la l. 15. tit. 17. P. 5. † cuyo usufructo dá al padre otras prerrogativas á mas de las que tienen otros fructuarios, que pueden verse en Gómez, l. 6. *de Toro, nn. 11. y 12. Castillo de usuf. cap. 3.* y otros ; siendo una de ellas el no poder el hijo enajenar su propiedad, sin consentimiento del padre. ¶ Pero hay diferencia en los modos de acabarse ; porque

† L. 16. quemad. serv. amit. — \* §. 1.º Inst. per quas pers. cuiq. adq. — † L. ult. §. 5. C. de bon. quæ liber. — ¶ L. 7. §. 2. l. 68. §. 2. de usuf. et quemad.

á mas de extinguirse como las servidumbres reales, por la remision ; por la prescripcion de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes ; y por la confusion ó consolidacion, adquiriendo el fructuario el dominio de la cosa, ó al contrario; fenece tambien por la muerte ó destierro perpetuo del fructuario, l. 24. tít. 31. y porque este lo enajene en favor de un tercero ; en cuyo caso se consolida tambien con la propiedad ; pues aunque puede vender, arrendar ó dar á otro la percepcion de los frutos ; no puede desprenderse del mismo derecho que él tiene, d. l. 24. y 3. tít. 8. P. 5. Los Intérpretes aclaran esto, distinguiendo dos derechos en el fructuario : el uno, real ó de comodidad, que consiste en que nadie le puede impedir la percepcion de los frutos ; y el otro personal, inherente á su persona : de los cuales puede enajenar, como quisiere el primero, cuya duracion pende del segundo ; pero si enajena este, se estingue siempre, y va á unirse con la propiedad. Quemándose toda la casa, ó derribándose por terremoto, ó de otra manera, se estingue tambien su usufructo, l. 25. tít. 31. P. 3. \* — Y si fuere dejado á alguna Ciudad ó Villa, sin expresion de tiempo, dura 100 años, † y pasados ellos se une á la propiedad : lo que tambien sucede si durante este tiempo se despoblase del todo, labrándose ó quedando yermo su sitio ; pero si todos sus antiguos moradores ó alguna parte de ellos poblasen despues juntos otro Lugar, les quedaría salvo el derecho que habían en aquel usufructo l. 26. d. tít. 31. El legal que tiene el padre en los bienes adventicios del hijo, se acaba por el casamiento de este ; pero no el que tiene el padre ó la madre en los bienes, que debe reservar para su hijo del primer matrimonio, como diremos despues.

12. *Uso.* — La segunda especie de servidumbres personales, llamada *uso*, es : *Derecho de usar de cosa ajena fructífera, aprovechándose de aquellos frutos, que necesita para sí, su familia ó dispensa.* Tiene lugar en él cuanto hemos dicho del usufructo, eceptuándose : — 1.º Que no pertenecen al usuario todos los frutos, sino los que necesita para su familia ; y de ahí es que nada de ellos puede tomar para dar ó vender, l. 20. tít. 31. ‡ y de consiguiente si muriese, teniendo algunos percibidos, y no consumidos, no serían de su heredero, sino del propietario. 2.º Que el usuario de bestias solo puede usar de ellas para sus labores ú otro servicio ; pero no para alquilarlas ó prestarlas, l. 21. || — 3.º Que el usuario no debe pagar las espensas del reparo de la casa ó cultivo de la heredad, ni los tributos ó pechos impuestos sobre ella, sino es que diese tan pocos frutos que todos fuesen del mismo usuario. ¶

\* §. 1. Inst. de usu et habit. — † §. 3. cod. — ‡ L. 18. cod. — || L. 5. §. 2. quib. mod. usuf. v. us. amit. — ¶ L. 56. de usuf. et quemad.



13. *Habitacion.* — La tercera servidumbre personal se llama, *habitacion ó morada*, que es : *Derecho de habitar en casa ajena con la compañía que tuviere.* Solo en dos cosas se diferencia del uso de la casa, y son : que se puede arrendarla ó alquilarla á otro, con tal que sea persona que haga buena vecindad ; y no es estingue sino por la muerte ó remision. Si se deja para tiempo determinado, es claro que se acaba, pasando este, l. 27. tit. 31. P. 3.

LEY DE 6 DE FEBRERO DE 1846.

### LA CONVENCION NACIONAL DEL ECUADOR,

DECRETA :

Art. 1.º Cualquier propietario de fundo urbano podrá edificar casas nuevas ó reedificar las antiguas levantándolas ó poniendo en ellas las mejoras que crea conducentes á su comodidad particular ó al ornato público, siempre que observe los reglamentos de policía.

Art. 2.º El vecino de la casa colindante tendrá solo derecho á impedir que el que ha levantado la pared contigua ó de medianía, á mas altura que la de la forma antigua, abra ventanas siempre que causen rojistro ó que impongan otra servidumbre, que perjudique á la seguridad de su casa, ó sea capaz de destruir ó ocasionar un notable daño á su edificio ; mas estas obras podrán hacerse libremente en el interior de la propia casa, y cuando las paredes sobre que se construyan no sean de medianía.

§.º único. Habiendo una calle de por medio no tendrá derecho alguno el vecino para impedir que el dueño de la casa fronteriza levante su pared hasta la elevacion que le permitan los reglamentos de policía, y para que abra en ella ventanas, ó la reedifique como mejor le parezca.

Art. 3.º El que levante á mayor altura la pared de medianía debe costear todos los gastos de la pared añadida y los reparos de la pared comun. Mas si la pared de medianía no se hallase en estado de sostener el aumento, la construirá enteramente á sus espensas, y el exceso que se le dé al ancho de la pared, debe estar al lado de su casa. Si el vecino no ha contribuido á la reconstruccion ó aumento de la pared de medianía, puede recuperar el derecho á ella pagando la mitad del costo, y el valor de la mitad del suelo ocupado por el exceso, sin que pueda resistirlo su copropietario.

Art. 4.º El reparo y reedificacion de una pared de medianía debe costearse en comun por los que tienen derecho á ella. Puede sin embargo eximirse de este gasto al copropietario que renunciare á la medianía, con tal que la pared no tenga un edificio que le pertenezca.

Art. 5.º Ninguna servidumbre, cuyo uso deba causar la ruina ó deterioro del edificio sobre que se haya impuesto, podrá ganarse por medio de la prescripcion.

Art. 6.º En la pared de medianía puede cada uno de sus dueños introducir

vigas ó tirantes hasta la mitad del espesor de ella, quedando siempre responsable á los perjuicios que pudieran causarse por esta razon.

Art. 7.º La presente ley solo tendrá lugar por ahora en las capitales de distrito, y para que el Poder Ejecutivo pueda hacerla estensiva á cualquier otra provincia, deberá preceder la solicitud ó informe de los concejos municipales y demas autoridades locales.

Comuníquese, &c. — Dada en Cuenca, &c.

LEY DE 7 DE OCTUBRE DE 1852.

LA ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR,

CONSIDERANDO :

1.º Que la ley de 6 de febrero de 1846 relativa á la libertad de construir y de mejorar los fundos urbanos, tiene algunos vacios que ocasionando dudas embarazan su ejecucion :

2.º Que el beneficio que concede dicha ley debe ser comun á todos los pueblos,

DECRETA :

Art. 1.º La facultad que concede el art. 2.º de la citada ley á los que quieren elevar la pared contigua ó de medianía, incluye tambien la de levantar la cubierta que carga sobre la pared ; mas los daños que sobrevinieren al dueño del predio sirviente, á causa del descenso de las aguas, serán satisfechos por el dueño del predio dominante.

Art. 2.º Se deroga el art. 3.º de la citada ley y en su consecuencia todas sus disposiciones son comunes á todos los pueblos de la República.

Comuníquese, &c.

LEY DE 15 DE OCTUBRE DE 1832,

PERMITIENDO SACAR AGUAS POR FUNDOS AJENOS PREVIA SU INDEMNIZACION.

EL CONGRESO CONSTITUCIONAL DEL ESTADO  
DEL ECUADOR.

CONSIDERANDO .

Que para fomentar el adelantamiento de la agricultura, es indispensable promover la fertilidad de los campos, bañándolos con las aguas de los rios y quebradas de comun, y que para ello deben vencerse los obstáculos que suelen ocurrir con la interposicion de algunas heredades, consultando al mismo tiempo á la indemnidad de los propietarios de estas,

DECRETA :

Art. 1.º Todo propietario de un fundo, ú otro cualquiera á su nombre y con su consentimiento, tendrá accion para sacar aguas de los rios, lagunas ó fuentes públicas ó comunes, para el riego de sus sementeras, y demas objetos de la industria agrícola.

§. único. Podrán ejecutarlo por fundos ajenos, siempre que por los propios no puedan abrirse los cauces.

Art. 2.º En el caso de ser necesario romper la acequia por fundos ajenos, deberá ser por donde cause menos perjuicio, y el que la abre, indemnizará previamente al propietario del predio todos los daños y perjuicios que le cause en su heredad, á juicio de peritos elejidos por las partes; y en caso de discordia, del que nombrase el alcalde municipal.

Art. 3.º Esta indemnizacion será no solo del valor estimado de los vegetales que destruyese, sino tambien del terrono que ocupare la misma acequia, y de una vara á las orillas en toda su longitud.

§. único. Las entradas y salidas de los que debieren limpiar la acequia, deben hacerse por la base de terreno que hay de uno y otro lado del cauce.

Art. 4.º Para la delineacion del cauce por fundos ajenos, (que no podrá hacerse por las casas y cualesquiera otros edificios) si no se conviniessen entre sí los interesados, deberán ocurrir á los árbitros que lo ejecuten con su intervencion, resolviendo la discordia el tercero que se nombre por el alcalde municipal; cuya decision se llevará á efecto sin mas recurso ni reclamo.

Art. 5.º Si por descuido ú otra causa del dueño de las acequias en tiempo de las avenidas de rios, por no tener el desaguo necesario, se introdujese el rio por la toma en el predio sirviente y causare daños al propietario, deberá satisfacer los calculados de la manera establecida sin mas progreso. Tambien presentará una caucion juratoria para la indemnizacion de los daños que progresivamente fueren resultando.

Art. 6.º Será del cargo del dueño de una acequia abierta por fundo ajeno, asegurar con estacada la parte del terreno que queda entre su acequia y el rio.

Art. 7.º Si por alguna avenida se llegase á destruir el terreno que media entre el rio y acequia, habiendo tomado el dueño de ésta las precauciones necesarias de estacadas para asegurarlo, el propietario del fundo sirviente estará obligado á franquear el terreno preciso para internarla y abrirla de nuevo en aquella parte, previas las indemnizaciones expresadas en los artículos anteriores.

Art. 8.º En el caso de que el rio ó fuente no contuviese mas agua que aquella sobre la cual algun individuo tiene derecho de propiedad, ó ha tomado posesion, nadie podrá disputársela.

Art. 9.º Los dueños de acequias comunes deberán contribuir á sus limpias y refacciones, segun sus respectivos convenios, ó el interes que tengan en ellas; y el que faltare á este deber será estrechado al pago de su parte ejecutivamente, y ademas multado desde cuatro hasta cincuenta pesos á discrecion del juez.

Art. 10. En los lugares de repartimiento de aguas en que cada interesado toma la que le corresponde, deberán establecerse compuertas á costa de todos, para la exacta distribucion de ellas, y evitar diferencias bajo la multa de veinticinco pesos.

Art. 11. Los interesados que abusaren de esta práctica, abriendo tomas en el cauce principal, ó defraudando las aguas que pertenecen á todos en comun,



deberán satisfacer los daños y perjuicios que ocasionasen, y la multa de dos á veinticinco pesos á discrecion del juez.

Art. 12. Para el nombramiento de peritos y árbitros de que habla esta ley deberá citarse al propietario del fundo, ó al que legalmente lo represente en la forma acostumbrada, y no á los mayordomos ó sirvientes, á menos que estén autorizados con poder bastante para este efecto.

Dada en Quito, &c.

## TITULO IV.

### DE LOS TESTAMENTOS.

TIT. 1.º P. 6. — TIT. 4. LIB. 5: R. = TIT. 10. LIB. 12. INST.

1. Las leyes civiles de todas las naciones despues de garantizar el derecho de propiedad y de hacerlo comunicable por medio de los contratos, lo han hecho tambien transmisible en el instante de la muerte, estableciendo las formalidades y prescribiendo la manera con que tal acto haya de surtir su completo valor. No es fácil resolver si no sería mas conveniente que la ley dejara aun á los padres de familia, en toda su libertad, para disponer de sus bienes al tiempo de morir. Si para las transmisiones de herencia sin testamento se funda en el amor á los hijos que la naturaleza les infunde; la misma consideracion debiera obligar al legislador á que abandone á la ternura paterna la libre disposicion de los bienes que tuvieren que dejar á sus hijos. Los hijos entonces se condujeran dando á sus padres mejores pruebas de piedad y sumision, estimulados con la esperanza del premio que tendría en su mano el padre para distribuirles segun mejor se hubiesen comportado con él. — Pero es otro el sistema que llevan nuestras leyes en el traspaso de las herencias.

2. Como al heredar se adquiere en un solo acto una *universalidad* ó conjunto de bienes, este modo de adquirir se llama *universal*, á diferencia de los otros de los títulos anteriores de este libro, que se llaman *singulares*, y por lo mismo se define la herencia: *universal patrimonio de alguno con sus cargas, en que otro succede.*

3. El título para esta adquisicion, es el *testamento*, ó la *sucesion sin testamento*, para el llamado por la ley. Testamento es: *testimonio de la voluntad del hombre, ó escrito en que se encierra y pone ordenadamente la voluntad del que lo hace, estableciendo en él su heredero, é repartiendo lo suyo en aquella manera que él tie-*

ne por bien que finque despues de su muerte ; l. 1.<sup>a</sup> tit. 1.<sup>o</sup> P. 6. Testamento, dice el prólogo de esto tit. es una de las cosas del mundo en que mas debèn los omes habar cordura cuantlo lo facen, por dos razones. La una porque en ellos muestran qual es su postrimera voluntad. E la otra porque despues que los han fecho, si murieren, no pueden tornar otra vez á enderezarlos.

4. El testamento es de dos especies ; *escrito* que es lo mismo que *cerrado*, y *abierto* que es lo mismo que *nuncupativo*. d. l. 1.<sup>a</sup> y ll. 1.<sup>a</sup> y 2. tit. 4. lib. 5. R. Cada uno de estos dos tiene sus solemnidades que por las ll. 2. y 3. tit. 1.<sup>o</sup> P. 6. eran otras y se variaron por las recopiladas que citamos.

5. *Testamento nuncupativo ó abierto*. — El que otorgamos por escrito ó á la voz, haciendo saber á los testigos cuales son nuestras disposiciones. “ Si alguno ordenare su testamento, ó postrimera voluntad con Escribano público, deben ser presentes á lo ver otorgar, tres testigos á lo menos, vecinos del Lugar, donde el testamento se hiciere — y si lo hiciere sin Escribano público que sean ai á lo menos cinco testigos, vecinos, segun dicho es, si fuere Lugar donde los pudierò haber ; — y si no pudieren ser habidos cinco testigos, ni Escribano en el dicho Lugar, á lo menos sean presentes tres testigos, vecinos del tal Lugar ; — pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante Escribano, teniendo las otras calidades, que el Derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vecinos del Lugar, adonde se hiciere el testamento ;” l. 1.<sup>a</sup> tit. 4. lib. 5. R.

6. *No es necesario nombramiento de heredero para que el testamento valga*. — “ Y mandamos, continúa la misma ley, que el testamento, que en la forma susodicha fuere ordenado, valga en quanto á las mandas, y otras cosas, que en él se contienen, aunque el testador no haya hecho heredero alguno, y entones herede aquel, que segun derecho, y costumbre de la tierra habia de heredar, en caso que el testador no hiciera testamento, y cúmplase el testamento : — y si el testador instituyere heredero en el testamento, y el heredero no quisiere heredar, valga el testamento en las mandas, y en las otras cosas que en él se contienen : — y si alguno dejare á otro en su postrimera voluntad por heredero, ó legare, ó mandare alguna cosa para que la dé á otro alguno, á quien substituyere en la herencia, ó manda, si el tal heredero ó legatario no quisiere aceptar, ó renunciar la herencia ó legado, el substituto, ó substitutos lo puedan haber todo.” Por esta famosa ley no es necesaria la institución de heredero para que sea válido el testamento, ó que el heredero tenga de adir ó posesionarse forzosamente de la herencia para que el testamento subsista ; lo qual era requisito *intrinseco* ó indispensable entre los Romanos,

7. *Testamento escrito ó cerrado.* — Se llama *cerrado* cuando el testador consigna á los testigos y Escribano para que firmen por fuera, lo que él ha escrito y regularmente no quiere que se instruyan de su contenido. “En el testamento cerrado, que en latin se dice *in scriptis*, mandamos que intervengan, á lo menos, siete testigos con un Escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura del dicho testamento, ellos, y el testador, si supieren, y pudieren firmar; y si no supieren, y si el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera, que sean ocho firmas, y mas el signo del Escribano; l. 2. d. tit.” los cuales dichos testamentos si no tuvieren la dicha solemnidad de testigos, mandamos que no fagan fe, ni prueba, en juicio ni fuera de él.”

8. *Testamento del ciego.* — “Y mandamos que en el testamento del ciego intervengan cinco testigos á lo menos”... Por las palabras de la ley, no se requiere *Escribano*; pero Acevedo en el n. 25 de su glosa á ella, lo cree necesario en el testamento del ciego y que los testigos sean *vecinos* del Lugar; lo que tampoco espresa la ley citada. — Que el testamento del ciego deba precisamente ser *abierto* por no poder hacerlo cerrado, no tenemos tampoco por verdadero; porque no es indispensable que el testamento cerrado sea *ológrafo*, es decir, escrito todo de puño del testador, y que el ciego carezca de personas de su confianza para ordenar un testamento escrito.

9. *Si deben los testigos ser rogados.* — El derecho Romano y las Partidas hicieron un requisito de entidad para el valor de los testamentos que los testigos fuesen *rogados*. En el hecho de no haber exigido esta circunstancia las dos leyes recopiladas en la nueva forma, quedó el ruego enteramente abolido. Gómez n. 29. gl. á esta l.

10. *Si valgan los testamentos con otro número de testigos.* — Después que las dos leyes que van arriba copiadas fijaron el número y calidades de los testigos necesarios para el otorgamiento de los testamentos, todavía los A. N. enseñan que bastan tres testigos para el testamento abierto donde no interviene Escribano pudiendo haberlo: “Gómez n. 47. y que bastan dos y el Escribano si fácilmente no pudieren encontrarse mas. Covarr. cap. 10. de testam. n. 3. En todo caso ha de prevalecer lo que prescriben las leyes, dejando aparte lo que crean los Escritores, si es contra ellas.”

11. Si interviniere cinco testigos no vecinos y un Escribano, no pudiendo ser habidos mas, contando al Escribano por dos testigos, y llenado así el número de siete, dice Febrero 1.ª parte; cap. 1.º que se practica otorgar los testamentos y darlos por válidos.

12. *Los testigos han de ver al testador* — Se requiere que los tes-



tigos todos juntos no solo oigan hablar, sino que vean al testador al ordenar su voluntad ó al otorgar el testamento cerrado; para evitar fraudes, y cumplir lo que manda la ley en las palabras: *deben ser presentes á lo ver otorgar.*

13. *Se estiende en papel sellado.* — La cédula de 23 de Julio de 1794 había declarado nulos todos los instrumentos que no se otorgasen en papel sellado, previniendo que los testamentos cerrados escritos en papel comun se protocolizen por Escribano. Por la ley de 13 de Abril de 1837 sobre papel sellado, se observa la misma práctica en el Ecuador, consignando el valor del sello en cualquier tiempo que se presente el instrumento art. 17. d. 1.

14. *Testamento militar.* — Los testamentos de que hemos hablado, se llaman *pagánicos*: hay otros, que se llaman *militares*, porque los hacen los *soldados*, á quienes las leyes de Partida llaman *caballeros*. Cuando estaban en hueste, y no en otro caso, los exceptuaba la l. 4. tit. 1. P. 6. de toda solemnidad, conforme á las leyes romanas. \* Mas por la *Ordenanza general*, y por cédula de 24 de Octubre de 1778 se declara que todos los que gozan fuero de guerra pueden testar sin limitacion alguna, de cualquier modo que *conste* su voluntad.

15. Hay cierto testamento con fe pública, que es el que se hiciese delante del Rey, en cuyo caso rarísimo valdría, aunque no hubiese otro testigo que el Rey, l. 5. tit. 1.º P. 6.

16. *Codicilo.* — Tambien es especie de testamento el *codicilo*, que es: *una manera de escritos pequeños, que hacen los omes despues que han fecho sus testamentos, para crecer ó menguar ó mudar alguna de las mandas que habian fecho en ellos, l. 1.ª tit. 12. P. 6.* El codicilo sea cerrado, sea abierto, se hace con las mismas solemnidades que el testamento nuncupativo, l. 2. tit. 4. lib. 5. R.

17. *Quienes pueden ser testigos en los testamentos.* — Pueden ser testigos los que no están prohibidos; y segun d. l. 9. lo están: 1.º Los condenados por cançiones injuriosas, por libelos ó pasquines infamatorios, por hurto ó otro delito, semejante á estos ó mas grave. 2.º Los apóstatas, que habiendo dejado nuestra religion católica, pasaron á ser moros ó judíos, aunque volviesen despues á la nuestra. 3.º Las mujeres. 4.º Los menores de 14 años. 5.º Los esclavos. 6.º Los mudos. 7.º Los sordos. 8.º Los locos, mientras estuviesen en su locura. 9.º Los pródigos. \*\* En quanto á los infames, juzga López, *gl. 2.* que se entienden todos los que lo son por infamia de derecho, de los que hablaremos adelante. Y en quanto á los esclavos, añade la *misma ley*, que si alguno estaba reputado libre á tiempo del otorgamiento del testamento, valdría este, aunque despues resultase

\* Princ. Inst. de milit. testam. — \*\* §. 6. Inst. de testam. ordin.

esclavo. \*

18. Hay otros que solo tienen una inhabilidad respectiva, como los descendientes para los testamentos de sus ascendientes, y estos para los de aquellos, según la l. 14. tit. 16. P. 3. que solo exceptúa de esta regla los testamentos militares. La misma inhabilidad tienen el heredero y todos sus parientes hasta el cuarto grado. Pero los legatarios ó fideicomisarios particulares no tienen ninguna en los testamentos, en que se les dejan las mandas, l. 11. tit. 1.º P. 6. †

19. *Quienes pueden hacer testamento.* — Pueden testar todos los que no tienen prohibición, l. 13. tit. 1.º P. 6. y la tienen los siguientes: — 1.º Los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12. ‡ — 2.º el desmemoriado, por cuyo nombre entienden las *Partidas* al loco ó mentecato. || — 3.º El pródigo. ¶ — 4.º Los mudos ó sordos, que no saben escribir, ni pueden hablar, desde su nacimiento; pero el que lo fuere por enfermedad, si sabe escribir, podrá hacer testamento, escribiendo de su misma mano, d. l. 13. — 5.º Los religiosos profesos, l. 17. y López en su *gl. 1.ª* Según las *Partidas* tampoco podían testar los condenados á muerte ó deportación, ni los hijos bajo la patria potestad, pero las ll. 3. y 4. tit. 4. lib. 5. R. los habilitan, bien que exceptúan los bienes de los condenados, sujetos á confiscación, por razón del delito. (1)

20. *Se puede testar dando poder á otro.* — La facultad de testar se puede cometer á otro, según las ll. d. tit. 4. lib. 5. R. En la 5. se previene, que en virtud del poder para testar, no puede el comisario instituir heredero, ni mejorar en 3.º y 5.º ni desheredar á ninguno de los descendientes del testador, ni sustituirlos, ni hacerles sustitución ninguna, ni darles tutor, á menos que tenga poder especial para cada una de estas cosas, y que el testador nombre la persona á quien quiere que el comisario haga heredero.

21. *Que puede hacer el comisario.* — Cuando el testador no hizo heredero, ni dió poder para ello y las demás cosas espresadas, sino solo para que se haga el testamento, puede el comisario descargar la conciencia del testador, pagar sus deudas, y distribuir por su alma la 5.ª parte de los bienes, que quedaren, pagadas las deudas; y el remanente se reparte entre los parientes á quienes toca heredar abintestato; y si no tuviese tales parientes, debe dejar el comisario lo que corresponde á la mujer del testador, y disponer de todos los bienes restantes en causas pias, y no en

\* §. 7. eod. — † §. 3. eod. — ‡ §. 1.º Inst. quib. non est perm. — || D. §. 1.º — ¶ §. 2. eod.

(1) Desde la primera Constitución del Ecuador en 1830, quedó abolida la pena de confiscación por su artículo 61 que ha sido repetido en todas las cinco Constituciones posteriores.

otra cosa alguna, l. 6. Debe el comisario usar del poder dentro de 4 meses, si está en el lugar á tiempo que se le da ; dentro de 6 meses, si entonces se halla ausente del lugar, y dentro de un año, si está ausente de España. Pasados estos términos, que corren tambien contra el comisario ignorante, irán los bienes del testador á sus herederos abintestato ; salvo si el testador le mandó señalada y determinadamente, nombrando la persona del heredero, ó señalando cierta cosa, lo que habia de hacer el tal comisario, en cuyo caso lo debe hacer, y si pasado el término no lo hiciese, será habido como si lo hubiese hecho, l. 7. Matienzo, Gómez y otros en *esta ley*, prueban que el testador puede coartar ó alargar dichos términos.

22. El comisario no puede revocar el testamento en todo ni en parte, salvo si el testador le dió poder especial para ello, l. 8. Tampoco el que el mismo hubiese ya hecho en virtud de su poder. Ni puede hacer codicilo, aunque sea para causas piosas, y aunque se reserve el poder revocar, añadir, menguar, ó hacer codicilo, ó declaracion alguna, l. 9. Si fueren muchos los comisarios, y muriere alguno, se refunde su derecho en los demas ; y siempre se está á lo que hiciere la mayor parte ; y en caso de no haberla, se recurre á la Justicia para su decision, l. 12. Y para que valga el poder para testar, debe otorgarse con las mismas solemnidades de los testamentos, l. 13.

23. *Si el comisario no lo hace.* — Si el comisario no hizo testamento, y los herederos abintestato no fuesen descendientes ó ascendientes legítimos del testador, estarán obligados á disponer de la 5.<sup>a</sup> parte de sus bienes por su alma : y si no lo cumplieren dentro de un año, desde la muerte del heredero, podrá compelerlos la Justicia á petición de cualquiera del pueblo, l. 10. Y en caso que el testador nombrase heredero, y diese poder á otro para que acabase por él su testamento, no podrá este disponer mas que de la 5.<sup>a</sup> parte de los bienes del testador, despues de pagadas sus deudas y cargos de su servicio, sino es que le hubiese dado poder para mas, l. 11.

24. *Apertura ó protocolizacion del testamento.* — Muerto el testador, cuyo testamento es cerrado, cualquiera á quien se mande algo en él, puede pedir su apertura judicial, ll. 1. y 2. tit. 2. P. 6. y añade López que tambien puede pedirla todo el que tenga cualquiera interes en ella, como el hijo preterido, que quisiese probar la nulidad del testamento ; jurando antes no proceder de malicia, d. l. 1.<sup>a</sup> \* — El Juez debe saber de los testigos si es aquel el testamento en que firmaron ; y si la mayor parte dijere ser así, debe ser abierto y leído ante ellos, aunque no estuviesen presentes todos. Si los testigos no pudiesen ser habidos, por estar

\* L. 3. C. quemad. test. aper.



ausentes todos ó la mayor parte, puede el Juez, en caso de ser perjudicial la demora, abrir el testamento ante hombres buenos ; pero despues que vinieren los testigos, deben reconocer sus firmas, y se manda trasladar el testamento en el registro, l. 3. d. tít. 2. que en lugar de firmas, dice *sellos*, que ya no se usan. Si el testador mandare, que no se abra alguna parte del testamento, hasta cierto tiempo, deberá hacerse así, l. 5. d. tít. 2. Si el testamento está en otra parte, señala el Juez plazo, para que se lo traigan y se abra ; y si el que lo tuviese fuese rebelde al mandato judicial, debe pagar al demandante lo que le corresponde por el testamento, y el perjuicio causado por su resistencia, d. l. 2. Si el testamento fué hecho de palabra, hará el Juez que declaren los testigos, y sus deposiciones se declaran por testamento nuncupativo, con todo lo demas de protocolizarlo &c.

25. *Derecho de Indias*. Murillo, *Curs. Jur. Canónici*, lib. 3. tít. 26. n. 238. cita á Solórzano, *Polít. Ind.* lib. 2. cap. 29. que dice : *en materia de testar tienen los Indios plena libertad y facultad y aun mayores privilegios que los rústicos ; pues si en los testamentos de estos, se requieren por lo menos cinco testigos, y hay quien diga, que deben ser vecinos, Gómez l. 3. Taur. en los de los Indios está recibido, que no necesitan de hacer ante escribano, ni testigos vecinos ; sino que baste que los escriba uno de sus Gobernadores, y que intervengan dos ó tres testigos varones ó hembras, de los que allí cómodamente se hallaren : y comprobado esto ante juez competente, el cual se persuada que lleva color de verdad, vale, y pasa por testamento solemne, y se lleva á debida ejecucion; porque todo esto obra en los Indios su mucha simplicidad y llaneza, y hallarse muchas veces en partes donde no hay escribanos ni testigos, como en semejante caso, hablando del testamento del rústico, hecho en el campo, lo dijo y dispuso el Emperador Justiniano.* Si murieren los indios intestados, ó hubieren dispuesto de sus bienes en memorias simples ó sin solemnidad, debe cuidarse de que sus hijos ó parientes hayan de heredar conforme á derecho, como se encarga á los Jueces Eclesiásticos, (1) y se manda á los seculares en la l. 9. tít. 13. lib. 1.º *R. Ind.* Véase á Beleña, *abintestatos*.

26. *Las causas de testamentos corresponden á los jueces legos.*—El conocimiento de todas las causas de herencia, tanto por testamento como abintestato, toca solamente á los jueces ordinarios, aunque los herederos ó el testador sean eclesiásticos, ó la herencia se deje para causas pias, cédula de 15 de noviembre de 1781.

27. Las milicias urbanas, que no están en actual ejercicio, no gozan del privilegio de hacer el testamento á estilo militar, cédu-

(1) En las Indias no conocen los jueces eclesiásticos de las causas testamentarias.

la de 19 de febrero de 1786.

Las disposiciones del testador no podrán alterarse ni conmutarse por ninguna autoridad, ni con ningun pretesto, ni nadie tendrá derecho á variar su voluntad. — *art. 4.º de la ley de 22 de marzo de 1837, sobre impuestos á las testamentarias para manumision de esclavos en el Ecuador.*

## TITULO V.

### DE LA INSTITUCION DE HEREDERO, SOSTITUCIONES Y DESHEREDACIONES.

TIT. 3. 4. 5. 6. Y 7. P. 6. = TIT 13. 14. 15. Y 16. LIB. 2. INST.

1. *Herederos suyos, necesarios y estraños.* — Aunque no es necesaria la institucion de heredero, para que valga el testamento; puesto que rara vez falta, viene á ser su parte principal. Instituir heredero, es: *nombrar á otro, para que muerto el que le nombró, quede dueño de sus bienes ó de alguna partida de ellos*, l. 1.ª tít. 3. P. 6. La 21. dividió los herederos en suyos, necesarios y estraños. Suyos son los hijos y descendientes del testador, en cuya potestad están; y se llaman así, porque son como una persona y una cosa con el testador; y necesarios son los siervos á quienes sus señores hacen herederos, y están obligados á serlo, aunque no quieran; pero como apenas hay esclavos en España, y los rigores de la suidad solo pueden considerarse en tutelas y sostituciones, es mejor dividir los herederos en necesarios ó forzosos, y voluntarios. Los necesarios son los que necesariamente deben ser instituidos ó desheredados, como los descendientes, y en su defecto los ascendientes; y voluntarios, todos aquellos á quienes el testador instituye herederos, porque quiere; bien que entre estos, los que son sus parientes mas cercanos, como los hermanos &c. le heredan forzosamente, cuando no hizo testamento legal, l. 2. tít. 7. P. 6.

2. Seguido el sistema de sucesion establecido por las ll. recopil. tít. 8. lib. 5. la division mas propia de herederos es ahora: — 1.º *en herederos forzosos por testamento, ó sin él*; — 2.º *forzosos abintestato*; — 3.º *forzosos en caso de testamento indebido*; — y 4.º *estraños.* — 1.º *Los hijos legítimos y los ascendientes legítimos lo mismo que la madre y el hijo no legítimos con tal que no sea de dañado y punible ayuntamiento, ó de clérigo, fraile ó monja*

*profesa, son herederos forzosos por testamento ó abintestato.* — 2.º *Los parientes dentro del cuarto grado son solo forzosos abintestato, l. 6. tit. 22. lib. 10. Nov. ó cedula de 6 de diciembre de 1785.* — 3.º *Los hermanos son herederos forzosos en caso que el hermano hubiese instituido heredero á alguna persona indigna.* — 4.º *Los estraños, que son todos los demas que nombre un testador por su voluntad, y sin obligacion que tenga de nombrarlos. En los intestados no habiendo herederos ascendientes, ó descendientes ó colaterales succede el Fisco. l. 12. tit. 8. lib. 5. R.*

3. *Los que tienen prohibicion absoluta de heredar.* — Todos pueden heredar excepto aquellos que tienen una prohibicion absoluta ó respectiva : los que tienen una prohibicion absoluta, porque nadie puede instituirlos, son : — 1.º Los desterrados para siempre, *deportati.* — 2.º Los condenados á trabajos para siempre, en las minas de los metales del Rey ; pero se puede legar á estos. — 3.º Los herejes y los apóstatas, \* los moros y judíos, l. últ. tit. 7. P. 6. — 4.º Las cofradías, sociedades ó cuerpos formados contra derecho, l. 4. d. tit. 3. La l. 5. de este tit. 3. prohibía nombrar heredera á la viuda que casare dentro del año de la muerte del marido ; pero la l. 3. tit. 1.º lib. 5. R. quitó la prohibicion, y pueden casarse y heredar.

4. *Los que la tienen respectiva, y cuales son hijos naturales.* — Los que solo tienen una prohibicion respectiva, porque no pueden ser instituidos por ciertas personas, son los hijos naturales y los espurios, cuyas clases debemos explicar primeramente. Los hijos naturales son aquellos á quienes su padre reconoce por tales, en caso que no la haya tenido en su casa, ni sido una sola mujer, en quien los hubo ; porque si la tuvo en ella ó fue sola, y reconoció uno de ellos, no necesitan los demas ser reconocidos, como se prueba por la l. 9. tit. 8. lib. 5. R. que dice : *ordenamos, que entonces se digan ser los hijos naturales, cuando al tiempo que nacieron, ó fueron concebidos, sus padres podian casar con sus madres justamente sin dispensacion, con tanto que el padre lo reconozca por su hijo, puesto que no haya tenido la mujer de quien lo hubo en su casa, ni sea una sola.* Por lo que segun esta ley hay dos medios de probar la filiacion natural : el uno, el reconocimiento del padre ; y el otro, el haber nacido de la única concubina que tenía el padre en su casa. Acevedo y Gómez, en las ll. 9. y 11. y basta un reconocimiento tácito, que se acredite por hechos y conjeturas, como prueban Castillo *de conject. et interp. ult. vol. c. 125.* Cervantes en *d. l. 11. n. 139.* y otros. (a)

5. *Hijos espurios.* — Los espurios se dividen en varias clases : 1.ª *Adulterinos ó Notos, que nacen de hombre casado y mujer*

\* L. C. de apost. l. 4. C. de hæret.

(a) Véase la ley del Ecuador paj. 73.





soltera, que se llama *barragana*, pues aunque despues se casen, por haber cesado el impedimento, no se legitiman. — 2.<sup>a</sup> *Sacrilegos*, que son los hijos de frailes y monjas profesos, y de clérigos de órdenes mayores. Estas dos clases son de *dañado ayuntamiento*. — 3.<sup>a</sup> *Incestuosos*, que son los hijos de parientes dentro del 4.<sup>o</sup> grado, l. 2. tit. 17. P. 4. — 4.<sup>a</sup> *Adulterinos* por parte de madre, cuando es casada con otro. Estas otras dos clases son de *dañado y punible ayuntamiento*; porque se reputa el ayuntamiento por *punible*, cuando la madre es casada con otro, ó es parienta del cómplice, respecto á que ella incurre en pena de muerte. — 5.<sup>a</sup> *Mánceres ó Mancillados*, que son de peor condicion que los anteriores, porque nacen de mujeres prostituidas á todo hombre, de modo que se ignora su padre.

6. *Cuando hereda el hijo natural*. — Tienen pues una prohibicion respectiva para ser instituidos herederos: — 1.<sup>o</sup> Los hijos naturales del testador, aunque estuviesen legitimados por rescripto del Rey, porque no pueden ser instituidos por sus padres ni madres, si tuviesen hijos ó descendientes legitimos ó legitimados por subsecuente matrimonio; pero podrán dejarles la quinta parte de sus bienes, ll. 7. y 10. tit. 8. lib. 5. R. Y si no tuviesen hijos legitimos ó legitimados por subsecuente matrimonio, podrán instituir á sus hijos naturales, aunque tengan ascendientes legitimos, ll. 7. y 8.

7. *Qué puede heredar el espurio*. — 2.<sup>o</sup> En cuanto á los espurios dicen las leyes lo siguiente: — 1.<sup>o</sup> Por la 5. tit. 19. P. 4. no está obligado el padre á los alimentos del hijo espurio. La 10. tit. 13. P. 6. dice: que este hijo *no debe heredar ninguna cosa* de los bienes de su padre: y que los hijos legitimos, y en su defecto los hermanos del padre ó el abuelo ó abuela, pueden revocar la donacion ó la manda que el padre hiciese al tal hijo; pero segun López, *gl. 3.* y todos los intérpretes, por la 1. 8. tit. 8. lib. 5. R. se ha hecho capaz de alimentos este mismo hijo, por parte de su padre ex testamento y abintestato, haya ó no hijos legitimos. — 2.<sup>o</sup> La 1. 6. d. tit. 8. dice: mandamos, que los hijos de clérigos no hayan, ni hereden, ni puedan haber, ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni otros parientes de parte del padre; ni hayan ni puedan gozar de cualquier manda, donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos ahora ni de aquí adelante, y cualquiera privilejio ó cartas que tengan ganadas ó ganaren adelante en su ayuda contra lo que Nos así ordenamos, mandamos que no les valgan. — 3.<sup>o</sup> La 1. 7. d. tit. se contrae á los cuatro casos siguientes: — 1.<sup>o</sup> Los hijos bastardos ó ilegítimos de cualquiera calidad que sean, no pueden heredar á sus madres ex testamento ni abintestato, en caso que tengan sus madres hijo ó hijos ó descendientes legitimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó muerte, mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no

mas. — 2.º En caso que no tenga la mujer hijos ó descendientes legítimos, aunque tenga padre ó madre ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ó hijos ó descendientes que tuviere naturales ó espurios, por su orden y grado le sean herederos legítimos ex testamento y abintestato. — 3.º Si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, mandamos en tal caso, que no puedan heredar á sus madres ex testamento ni abintestato ; pero bien permitimos que les puedan en vida ó en muerte, mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas ; y mandamos, que entonces se entienda dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurre en pena de muerte natural. — 4.º Si los hijos fueren de clérigos, ó frailes ó monjas profesos, en tal caso, aunque por el tal ayuntamiento no incurre la madre en la pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la l. 6. cit. Esta l. 7. corrige en parte lo que jeneralmente dispuso de los hijos de dañado ayuntamiento la l. 4. tit. 3. P. 6. — 5.º A cerca de los alimentos de los ilegítimos dice la l. 8. en caso que el padre ó la madre sea obligada á dar alimento á alguno de sus hijos ilegítimos en su vida ó al tiempo de su muerte, mandamos que por virtud de la tal obligacion, no le pueda mandar mas de la quinta parte de sus bienes, de la cual podía disponer por su alma, y por causa de los dichos alimentos no sea mas capaz el tal hijo ilegítimo : de la cual parte despues que la hubiere el tal hijo, puede en su vida ó en su muerte, hacer lo que quisiere.

8. Por las leyes anteriores se prueba pues, que los hijos espurios solo pueden heredar de sus padres, no siendo clérigos *in sacris* ó frailes profesos, el quinto de sus bienes, y si lo son, nada ; y que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, ecepto en tres : — 1.º Cuando tiene la madre hijos legítimos: — 2.º Cuando incurrió en pena de muerte por el ayuntamiento que produjo tal hijo. — 3.º Cuando es monja profesa. En los dos primeros casos puede dejarles su madre el quinto, y en el tercero nada. Sin embargo fundados los autores en el derecho natural, en el canónico y en la cit. l. 8. dicen : que aun el hijo de clérigo, que está en necesidad, puede recibir del padre los alimentos, y este debe dárselos en vida y en muerte ; pero que todo hijo espurio, que reciba mas, debe restituir el exceso á los herederos del padre : y que el hijo de mujer casada con otro ó parienta del cómplice, que es el padre, si recibe mas del quinto de la madre, debe restituir á los parientes de esta. Gutierrez, *lib. 5. pract. quæst. 54.* en las cit. *ll. 7. y 8.* que son la 9. y 10. de Toro, prueba que los espurios se hallan tan escludidos de la sucesion del padre, que solo puede dejarles la quinta parte de sus bienes, si estuviesen en necesidad, y no de otra manera.

9. Nada se puede dejar al confesor, sus parientes ó su Religion. — 3.º Nada puede percibir por disposicion del testador, el

que lo hubiere confesado en la enfermedad de que murió, ni sus parientes, ni su Iglesia ó Religión, *auto acord.* 3. tit. 10. lib. 5. R. confirmado por *cédula* de 18 de agosto de 1771, en la que se añade la pena de privacion de oficio al escribano, que autorizase cualesquiera instrumentos en contrario; declarando nulos los que se hicieren, para evitar así las sujestiones y fraudes con que se turba las conciencias de los enfermos, y se les trueca la voluntad. Pero nos parece que la nulidad no debe entenderse de todo el instrumento, sino solo de la parte que contiene la institucion de heredero ó manda en la persona del confesor; porque así se establecen las leyes de esta naturaleza, como la 8. tit. 7. P. 6. que dando por nulo el testamento en que el hijo deshereda á su padre, sin espresar causa alguna de las justas, añade: que esta nulidad es en cuanto á la desheredacion, mas no en cuanto á las mandas y demas cosas. La 1. 8. tit. 6. lib. 5. R. ordena tambien que si se anulare, por causa de pretericion ó exheredacion, el testamento en que hay mejora de tercio ó quinto, valga ella. Lo mismo dispusieron las leyes Romanas, \* fundadas en la equidad, que no permite, que dañe lo vicioso á lo que no lo es.

10. *La institucion debe ser con toda claridad.* — El nombramiento de heredero debe hacerse claramente, de modo que se sepa con seguridad cual es la persona nombrada. La 1. 6. tit. 3. P. 6. pone diferentes fórmulas con que puede hacerse esto. \*\* Por defecto de este seguro señalamiento no valdría la institucion de *Pedro mi amigo*, si yo tuviese dos amigos de este nombre, y no pudiese constar por algunas señales de cual de los dos quise hablar, ó irán mis bienes á mis parientes abintestato. Tampoco valdría, si el testador señalase el heredero por injurias ó dicerios especiales, como: *nombre heredero á Juan, que es traidor ó hereje*, para deshonorarlo ó infamarlo; pero si valdría, si en jeneral dijese de él, que era malo, sin espresar la especie de maldad, l. 10. tit. 3. Y si instituyere herederos ó legatarios á los pobres de algun lugar, deberán repartirse sus bienes entre los de los hospitales de aquel lugar, especialmente entre los que no pueden salir de ellos; pero si no señalase lugar, deben darse á los pobres de aquel, en que hizo el testamento, l. 20. tit. 3. lo que debe entenderse, segun López, *gl.* 7. en el caso que el testador tuviese allí su domicilio.

11. *Como se divide la herencia.* — Puede dividir el testador la herencia en cuantas partes quiera; pero la division comun es en 12 partes, que se llaman onzas, † porque este número es el mas proporcionado para subdividirse, completarse ó multiplicarse en pro-

\* Autent. ex causa C. de liber. præt. desump. ex. Nov. 115. cap. 3. in fine.

\*\* L. 15. C. de testam. — † §. 5. Inst. de her. inst.



porciones iguales (1). El total de las 12 onzas se llama *as*; su doble *dipondium*; su triple *tripondium*, ‡ lo que debe saberse para el caso en que el testador, llenando ó excediendo el *as*, nombrare otro heredero sin expresion de partes. Si nombra varios, sin expresion de partes en ninguno, todos las tendrán iguales; y si las expresare, cada cual sacará la que le señaló. Y si en algunos señalase partes, y en otro no, tendrían aquellos las señaladas, y este lo que falte hasta cumplir el *as*, y llenado ó excedido el *as*, lo que faltase hasta el *dipondio*, y con la misma regla hasta el *tripondio*. ¶ Si dijese pues, el testador: Juan sea heredero de 4 onzas, Pedro de 3 y Diego sea heredero; tendría este 5 que faltan para completar el *as*: y si señalaba 8 á Juan, y 7 á Pedro, Diego sacaría 9 que faltan para el *dipondio*; y por la misma razon tendría 12 si entre los otros dos tuviesen señaladas otras 12 como consta de las ll. 17. 18. y 19- d. tít. 3. que imitaron á las Romanas.

12. Las ll. Romanas y siguiendo á estas las de *Partida* dividieron la herencia en 12 partes, pero desde las Recopiladas ya es otra la division introducida: *legítima, y mejora de tercio y quinto*. *Legítima* es la porcion que el testador no puede por la ley dejar á otra persona. Así, los bienes del padre son por iguales partes *legítima* de los hijos *legítimos*, exceptuado solo el *quinto* de que los ascendientes pueden disponer á favor de cualquier descendiente ó extraño. Los bienes de los hijos se puede decir que son tambien *legítima* de sus ascendientes *legítimos*, exceptuado el tercio cuya disposicion les es libre para dejar á quien quieran. Los padres por lo que hace al *tercio* tienen libertad de dejarlo á alguno de entre sus descendientes pero no al extraño. La l. 8. tít. 8. lib. 5. R. autoriza al que tiene ascendientes *legítimos* para testar toda la herencia en favor del hijo natural con exclusion de los padres ó abuelos del testador.

13. *Derecho de acrecer*. — Los Romanos tenían por axioma: *que nadie podia morir en parte testado, y en parte intestado*, \* y se vieron precisados á admitir el derecho de acrecer, por el que siendo uno solo el heredero, é instituido en cosa cierta, ó parte cuotativa de la herencia, como una, dos ó tres onzas, recojia en su virtud los bienes restantes del testador necesariamente, aunque este lo prohibiese, \*\* Lo mismo disponia la l. 14. tít. 3. P. 6. hasta que la corrigió la l. 1.<sup>a</sup> tít. 4. lib. 5. R. y por consiguiente, puede uno morir ahora en parte testado, y en parte intestado:

(1) Mas espedita es sin duda la division y subdivisiones por el sistema *decimal*, que ojalá se introdujera jeneralmente para monedas, pesos y medidas por las ventajas que tiene. l. 6. 5. et 8. eod. — l. 6. 6. eod. — l. 7. de div. reg. jur. \*\* l. 1.<sup>a</sup> § 4. de her. inst.

vale la institucion de heredero hasta ó desde tiempo cierto, sin embargo de la l. 15. d. tit. 3. y ha cesado el derecho de acrecer en las herencias, á menos que sea por la voluntad del testador, que debe cumplirse religiosamente, segun d. l. 1.<sup>a</sup> así como por la misma razon ha tenido siempre lugar este derecho en los legados en que hay *conjuncion real*. Siendo pues la regla, la voluntad del testador, no habrá derecho de acrecer en las herencias, cuando uno solo es instituido en cosa cierta ó parte cuota de la herencia; ó cuando son muchos los instituidos con partes espresas para cada uno, que señaló el testador; en cuyos casos irán á los herederos legitimos ó abintestato los deinas bienes vacantes de que no dispuso el testador, Vela, *disp.* 47. Pero si el testador instituyese á muchos, juntándolos en toda la herencia ó en alguna parte de ella, como en el tercio ó en el quinto, habrá entro ellos derecho de acrecer, por juzgarse que es esta la voluntad del testador, puesto que los llama juntos á una cosa. Debemos por tanto tener presentes los siguientes principios: — 1.º Quo la voluntad del testador es la regla principal en el derecho de acrecer: — 2.º Quo este derecho solo tiene lugar entre personas instituidas juntamente en una cosa: — 3.º Que para que al uno aproveche la parte del otro, es necesario que este fallezca antes que el testador, ó que no haya llegado á obtener su parte, porque no puede acrecer otra parte que la que está vacante. Los casos siguientes deben resolverse segun estas reglas: 1.º Un padre tiene dos hijos y los instituye por herederos, mandando que el que sobreviva herede al que primero fallezca; si este deja descendientes, le heredarán, y no el hermano; porque se entiende que la voluntad del padre fué que heredasen los hijos de su hijo, y que el hermano de este le heredase en el caso de que falleciese sin sucesion; pero si intituye á dos estrafios por herederos, mandando que el que sobreviva herede al que fallezca, no heredan entonces los hijos de este, sino los del otro instituido, á quienes se acrecerá la herencia, á menos que el testador lo mande espresamente, Febrero, *part.* 1. *cap.* 1. §. 12. n. 219. — 2.º Legando el testador una cosa á dos ó mas personas juntamente, como: *mando á Pedro y Juan cien pesos*, deben partirla con igualdad: lo mismo han de hacer aunque se la mande separadamente, como: *mando á Pedro tal viña*, y despues diga en otra cláusula: *que manda á Juan la misma viña*; pero si el uno muere antes que el testador, ó renuncia su parte, ó sobreviene algun impedimento que le prive de llevarla, se acrecerá al otro, Febrero, n. 199. y véase á Gómez, *var. tom.* 1. *cap.* 10.

14. *Institucion con condicion.* — El testador puede instituir heredero no solo puramente, ó á dia cierto, sino tambien bajo de condicion, la que se espresa regularmente por la palabra *si*, y es: *Añadidura que suspende ó alarga hasta algun acontecimiento in-*

*cierto lo que quiere hacerse ó se promete.* Si sucede el acontecimiento, vale lo espresado, como si se hubiese establecido pura y sencillamente : si no sucede, nada vale ; y mientras se espera está pendiente, l. 1.<sup>a</sup> tít. 4. P. 4. † Es muy comun su uso en testamentos y contratos, y son varias sus especies, dividiéndose : 1.<sup>o</sup> En posibles é imposibles : 2.<sup>o</sup> En potestativas, casuales y mezcladas : 3.<sup>o</sup> En espresas y tácitas. — 1.<sup>o</sup> Posibles son aquellas en que no hay impedimento alguno para que se cumplan ; ó imposibles las que lo tienen. De estas, unas son imposibles por naturaleza ó de hecho, otras por derecho, y otras dudosas. Imposibles por naturaleza son aquellas, cuya existencia resiste la misma naturaleza, como si el testador dijese : *Nombro heredero á Pedro, si alcanzare el Cielo con la mano.* De hecho, las que no puede hacer el hombre, como un monte de oro ; y por derecho, las que son contra honestidad, contra buenas costumbres, contra obras de piedad, ó contra ley, ll. 1.<sup>a</sup> y 3. tít. 4. P. 6. ‡ Se llaman imposibles estas condiciones, porque, segun Papiniano, || *debe creerse que no podemos hacer aquellas cosas que ofenden la piedad y las buenas costumbres,* como si uno dijera : *te establezco por mi heredero, si no sacares á tu padre de cautiverio, ó no le dieres de comer.* Tanto estas como las imposibles por naturaleza, no causan embarazo alguno, pues se tienen por no puestas, y el heredero ó legatario toma lo que se le deja, como si se le hubiere dejado pura y simplemente. \* Lo contrario sucede en los contratos, porque son nulos cuando se celebran bajo de condicion imposible. Así lo establecieron las leyes Romanas, ¶ y aunque no hemos hallado ley alguna nuestra que lo establezca espresamente, notamos aquí esta doctrina por sentarla, López *g/.* 1.<sup>a</sup> l. 17. tít. 11. P. 5. Gómez *tom. 1. var. cap. 11. n. 60.* y todos nuestros intérpretes, fundándose en una razon tan sólida, como la de entenderse que los que así contraen, hablan de burlas, sin intencion de obligarse ; mientras que no puede creerse esto en un acto tan serio como el testamento, que se hace pensando en la muerte, y en cuyo favor se han constituido muchas cosas. (1) Las condiciones dudosas son las que se embarazan por sí mismas, no pudiéndose entenderlas, y por eso anulan la institucion ó el contra-

† L. 26. de cond. inst.— ‡ L. 15 de cond. inst.— || D. l. 15.— \* D. l. 13.— ¶ §. 10. Inst. de inut. stip.

(1) Juegan los lejisladores con casos soñados dando leyes sobre instituciones acompañadas de condiciones imposibles y juegan mas los intérpretes constituyendo diferencias serias entre el ánimo del testador y del contrayente que las pusieran. Si llegase un caso tan raro, nada puede calificarse de mas inútil que tales condiciones y en testamento ó contratos que sea, debería darse valor á lo útil, desechando lo inútil, como está mandado para los testamentos.



to en que se ponen, como : *Pedro sea mi heredero, si io fuere Juan; y sea Juan mi heredero, si lo fuere Pedro*; porque de ningun modo puede ser, que cada uno de ellos comenzase antes del otro á ser heredero, lo que sería necesario para que valiese la condicion, l. 5. tit. 4. P. 6. Tambien se anula la institucion por la condicion imposible de hecho, como : *sea Pedro mi heredero, si diere á tu Iglesia un monte de oro, l. 4. López gl. 1<sup>a</sup>*. dice : que el testador habla aquí de un monte de oro artificial; porque si hablase de un monte de oro natural, sería la condicion imposible por naturaleza, y así en esta ley, como en la 6. tit. 4. P. 4. trata de las condiciones latamente, concluyendo nosotros con respecto á las imposibles que no son propiamente condiciones, como tampoco las que se contraen á tiempo pasado ó presente, porque no puede estar en duda la cosa en que se ponen : lo que es un requisito necesario en toda condicion, l. 2. tit. 4. P. 6. — 2.º Las potestativas son las que están en nuestro poder, como : *te lego cien pesos, si fueres á Lima*. Las casuales, las que penden de la casualidad, como : *te lego cien pesos, si te hiciesen Obispo*. Las mezcladas, las que penden en parte de nuestro poder, y en parte de otro ó de la casualidad, como : *te lego cien pesos, si te casares con Lucrecia*, la que no puede cumplirse sin que con tu voluntad concurre la de la otra. ll. 7., 8. y 9. tit. 4.

15. 3.º Espresas son las que manifiestan claramente las palabras, como en los ejemplos anteriores, y túcitas las que se entienden espresadas. De estas, unas se entienden espresadas necesariamente, como cuando se prometen los frutos de tal año, se entiende necesariamente, *si nacieren, l. 20. tit. 11. P. 5*. Otras nacen de la presunta voluntad del testador, que aunque no las espresó, se entiende que las quiso. De esta clase es la condicion, *si muriese sin hijos*, que se entiende, cuando el testador instituyó á dos hijos, lejítimos ó naturales, sustituyendo el uno al otro simplemente, en cuyo caso, para pasar al segundo la parte que perteneció al que murió primero, es preciso que este hubiese muerto sin hijos, por entenderse ser esta la voluntad del padre testador, n. 13. caso. 1.º aunque no haya espresado esta condicion. † Lo contrario será si los instituidos son estraños, l. 10. tit. 4. P. 6. Y si el uno fuese hijo, y el otro estraño, juzga muy bien López, gl. 13. que se entendería tambien esta condicion en el hijo, si fuese él quien muriese primero. No encontramos en nuestras leyes la celeberrima cuestion de si la condicion puesta en la institucion, se entiende repetida en la sositucion, que tanto ha hecho discurrir á los intérpretes de las Romanas; si sucediese, nos inclinariamos á la afirmativa, segun lo que hemos dicho latamente en nuestro *Dijesto, lib. 35. tit. 1. n. 4. l. 14. d. tit. 4. dispone*

† l. 1. §. tit. de cond. et demonst.

que aquel á quien se deja algo, bajo condicion de que se case con persona determinada, nada gana, si esta muriese antes de casarse : como tampoco si él dejase de casarse por no quererlo, † á menos que esta persona determinada fuese su pariente, ó tal que no pudiese casarse con ella, segun derecho. Mas si queriendo casarse él, no lo quisiese ella, ganaría entonces el legado. ⚔ Esta ley 14. tit. 4. P. 6. ordena dos cosas que teniendo motivos iguales se terminan por decisiones diferentes. Se deja á uno la herencia con condicion de libertar á un esclavo : si este muere, como no fué culpa del heredero llamado ; no se le quita la herencia, aunque no se cumplió la condicion : y se quita la herencia al instituido so condicion de casarse con persona señalada, si esta muere ; porque no se cumplió la condicion. No media el favor por la libertad del esclavo, ni pone la ley este caso como excepcion sino como ejemplo.

16. Cuando la condicion es de las casuales, es siempre preciso que se cumpla, para conseguirse lo que se deja, l. 8. tit. 4. Y lo mismo en las potestativas, á menos que deje de cumplirse por aventura, y sin culpa de aquel á quien se impone, l. 7. d. tit. 4. y 22. tit. 9. P. 6. Pero si la potestativa consiste en no hacer alguna cosa, como : *lego á Pedro cien pesos si no fuere á Lima*, se le habrán de entregar desde luego, bajo fianza de restituirlos, si fuere, d. l. 7. Esta caucion se llama *Muciana*, porque la inventó Quinto Mucio ; y no tiene lugar en los contratos, segun Gómez, 2. var. cap. 11. n. 37. y todos los Intérpretes.

17. Si el testador nombra dos herederos, el uno puramente y el otro bajo de condicion, puede aquel tomar la parte de herencia que le corresponde, sin esperar el cumplimiento de la condicion, l. 12. tit. 4. Y cuando instituye heredero bajo dos condiciones, deberán cumplirse ambas, si las pone coyuntivamente, como : *sea Pedro mi heredero si se casase, y fuese á Lima* ; pero si se hace disyuntivamente, como : *ó fuese á Lima*, bastará se cumpla cualquiera de ellas, l. 13. tit. 4. \* La doctrina de las leyes Romanas, \*\* de tenerse por no escrita la condicion de no casarse, cuando se impone á un célibe, y especialmente á una mujer, está recibida en la práctica, como muy conforme á la moral ; pero debe cumplirse cuando se impone á un viudo, segun Gómez, in l. 4. Taur. n. 8. Covar. Gutier. y otros. En nuestro Digesto, lib. 35. tit. 1. n. 11. y sig. manifestamos que tambien debe cumplirse, cuando la prohibicion de casarse no es jeneral, ni tiene veces de tal, poniendo ejemplos de las leyes Romanas. † De que se nula la condicion de no casarse, no debemos inferir que lo sean tambien las adiciones ó expresiones tan frecuentes en los testamentos

† L. 31. de condit. et demonstr. — \* §. 11. Inst. de her. inst. — \*\* L. 22. et passim de cond. et demonstr. — † L. 53. l. 64. §. 1. de cond. et demonstr.

de los padres, que tienen hijas solteras, y las mejoran, *mientras se mantengan doncellas ó sin casarse*, porque no respiran el fin de dicha condicion, de impedir el matrimonio con perjuicio del Estado, sino el de socorrer á las hijas mientras estén desistuidas del auxilio del marido; y no hacen la mejora condicional sino modal; y de ahí es que se debe desde luego que fallezca el testador, y mientras las tales hijas fuesen célibes, sin esperar ni dar caucion: lo que es indispensable en las condiciones. A que se añade que las adiciones en caso de duda, antes deben considerarse modos que condiciones, *Castill. lib. 4. controv. cap. 55. Parlador differ. 147. Barbos. de dict. usu frequent. diction. Doncc. 93. n. 4.* En nuestro *Digesto, lib. 35. tit. 1. n. 5.* y sig. esplicamos la útil doctrina de la diferencia entre las condiciones *dividuas* é *individuas*.

18. *Sustituciones* — La palabra *sustitucion* tiene en jeneral dos significaciones: la una comprende la disposicion del testador, que habiendo instituido heredero, y temiendo que este no herede por cualquiera motivo, nombra á otro en su defecto: la otra comprende la disposicion del testador, que quiere que sus bienes pasen de un sucesor á otro; de suerte que habiendo sucedido el primero, transmita los bienes al segundo, y este al tercero &c. Segun esto la sustitucion es: *institucion en segundo ó ulterior grado*, y se divide en las siguientes especies: — 1.<sup>a</sup> Vulgar. — 2.<sup>a</sup> Pupilar. — 3.<sup>a</sup> Ejemplar. — 4.<sup>a</sup> Compendiosa. — 5.<sup>a</sup> Brevilocua ó recíproca. — 6.<sup>a</sup> Fideicomisaria. La 5.<sup>a</sup> es mas bien un modo de la 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> y tambien es modo la 4.<sup>a</sup> — l. 1.<sup>a</sup> tit. 5. P. 6.

19. La *vulgar*, llamada así, porque puede hacerla cualquiera del pueblo, y á quien quiera, l. 1. se hace *manifestamente*, por palabras negativas, como: *Pedro sea mi heredero; si no fuere, séalo Juan.* En esta sustitucion están comprendidos los dos casos de *impotencia* y de *noluntad*, respecto á que puede Pedro dejar de ser heredero por muerte ú otro motivo, ó porque no quiera, l. 2. \* Tambien puede hacerse *tácitamente*, por palabras afirmativas, como si el testador nombrase dos ó mas herederos, y dijese, que *lo fuera el que quedare vivo*, en cuyo caso se entiende, que lo será el vivo por no haberlo sido el que murió: y así aquel como los mas que sobrevivan tendrán la herencia por iguales partes, y por impotencia ó noluntad del uno la tendrán los otros, como lo establece d. l. 2. manifestando por ello que en el caso de impotencia se comprende el de noluntad: lo que era muy cuestionable entre los Romanos. Si el testador nombrase tres ó mas herederos, señalando partes á cada uno, y los sustituyese vulgarmente entre sí, sin expresar partes en la sustitucion, y uno de ellos dejase de heredar, tendrían los otros su porcion vacante, segun las partes señaladas en la institucion, y no por partes iguales, \*\* porque la

\* L. 3. C. de her. inst. princ. Inst. de vulg. subst. — \*\* l. 3. §. 2. eod. —



sostitucion debe juzgarse por las mismas reglas que la institucion. La sostitucion vulgar en que se sostituyen entre sí los mismos sustituidos, se llama *reciproca*, \* No tendrá lugar el sustituto vulgar, cuando el instituido heredero toma la herencia, ó dice que la quiere, porque de cualquiera de estos dos modos se constituye heredero, l. 4.

20. *Sostitucion pupilar*. — La sostitucion pupilar es la que hace el padre al hijo lejítimo impuber, que tiene en su poder, ll. 1. y 5. \*\* Por esta ley 5. podían los abuelos sustituir pupilarmente á sus nietos; pero se halla derogada en esta parte por la 8. tit. 1. lib. 5. R. Para que esta sostitucion sea válida se requieren las siguientes circunstancias: — 1.<sup>a</sup> Que el pupilo sea descendiente lejítimo del sostituyente: — 2.<sup>a</sup> Que esté en su poder, ó menos que sea póstumo: — 3.<sup>a</sup> Que sea menor de 14 años el varon y de 12 la mujer; porque si es mayor, puede testar, aunque esté en la patria potestad: — 4.<sup>a</sup> Que sea instituido ó lejítimamente desheredado; bien que valdrá la sostitucion, aunque haya sido preterido ó desheredado sin causa: 5.<sup>a</sup> Que despues de la muerte del testador, no recaiga en la potestad de otro: — 6.<sup>a</sup> Que entre efectivamente en la herencia paterna, pues si muere antes que su padre, caduca la sostitucion y este se hace dueño de sus bienes, y no el sustituto.

21. *Espresa ó tácita*. — La sostitucion pupilar es tambien espresa ó tácita: la *espresa* es en esta forma: *mi hijo sea heredero; y si lo fuese, y muriese en la edad pupilar, séalo Pedro*. La *tácita* está comprendida en la sostitucion vulgar espresa, que se hace al hijo, como: *sea mi hijo heredero, y si no lo fuere, séalo Pedro*. Por esta sostitucion se entiende, que ha de heredar Pedro, *si el hijo heredase, y muriese en la edad pupilar*, l. 5. Así pues debe tenerse presente que la sostitucion pupilar tácita se comprende en la vulgar espresa, porque está concebida en términos negativos, como: *si mi hijo pupilo no fuese heredero, séalo Pedro*; aunque realmente esta sostitucion es afirmativa, porque solo puede tener lugar cuando el pupilo hereda, y deja la herencia por haber muerto en la edad pupilar: lo contrario de lo que sucede en la sostitucion vulgar, en que es necesario, que el instituido no herede, para que herede su sustituto. Mas por la misma l. 5. se exceptúa el caso en que el testador tiene dos hijos, el uno mayor de 14 años, y el otro menor, y los instituye, diciendo: *que si alguno de ellos muere antes de entrar en la herencia, ó no quiere ser su heredero, lo sea el otro en su lugar*; pues si el menor quisiere serlo, y entrase en la herencia, y muriese antes de la pubertad, no puede el mayor entrar en ella por la sostitucion pupilar tácita, sino por la proximidad de parentesco: la razon es, porque debe guardar-

\* L. 4. 6. l. de vulg. et pup. subst. — \*\* Princ. Inst. de pup. subst.

se igualdad entre ellos, y respecto á no poder concurrir en el hermano mayor las dos sustituciones pupilar y vulgar, es arrojado que en el menor se observe la pupilar, y en su consecuencia que el mayor herede *abintestato*, como pariente mas cercano, al modo que el menor le heredará si entra en la herencia paterna, y su hermano muere intestado sin legítima sucesion, porque cesa la sustitucion vulgar por haber sido heredero. Y por igual razon moriría lo mismo si en lugar del hijo mayor fuese instituido un extraño, aunque menor. \*

22. Tambien puede el padre dar sustituto pupilar al hijo que deshereda, en cuyo caso muerto este en la edad pupilar, heredaría el sustituto los bienes que viniesen al tal hijo por parte de su madre ó de otros. \*\* Y aunque *esta ley* exige que el padre nombre algun heredero, no es ya esto preciso, para que valga el testamento, segun la l. 1.<sup>a</sup> tít. 4. lib. 5. R.

23. Es efecto de la sustitucion pupilar que el sustituto recoja todos los bienes del instituido, de cualquiera parte que lo hayan pertenecido, como si este le hubiese nombrado heredero en tiempo en que pudiese hacer testamento; por cuya razon se considera como testamento del hijo. La l. 12 estableció espresamente que con la sustitucion pupilar quedase totalmente escluida la madre de la herencia del hijo. Gómez y otros intérpretes defienden que esto no está derogado por las ll. recopiladas. (1) El sustituto dado por el arrogador á su hijo adoptivo, no hereda mas bienes que los que este hubo del padre que le arrogó ó por consideracion á él. l. 9.

24. Introducida la sustitucion pupilar, porque no teniendo el pupilo la razon bastante desenvuelta para testar, pareció conveniente que el padre en cuya potestad se hallaba, testase por él, se sigue, que se acaba esta sustitucion: — 1.<sup>o</sup> Siempre que cesa la patria potestad de cualquiera manera que sea: — 2.<sup>o</sup> Cuando el hijo sale de la edad pupilar, l. 10. corregida por la cit. 1.<sup>a</sup> tít. 4. lib. 5. R. en cuanto á que vale todo lo que se ordena en el testamento, y por consiguiente la sustitucion aunque el heredero no admita la herencia. Tambien se acaba: — 3.<sup>o</sup> Por la supernacencia del hijo, de quien su padre no hizo mencion ninguna en el testamento: — 4.<sup>o</sup> Por otras causas que pueden verse en Febrero, *Part. 1.<sup>a</sup> c. 1.<sup>o</sup> §. 3.*

25. *Ejemplar.* — La sustitucion *ejemplar* es la que hacen los padres ó madres á sus hijos locos ó mentecatos, diciendo: *Instituyo heredero á mi hijo Pedro, y si muriese en la locura que padece, establezco por su heredero á Juan.* † Se llama así, por haberse introduci-

\* L. 2. C. de impub. et al. subst. — \*\* l. 6. §. 4. Inst. de pup. subst.

(1) Véase las notas al fin de este título.

† § 1. Inst. de pup. subst.

do á ejemplo de la pupilar ; por concurrir en los locos y mentecatos la misma razon que en los pupilos, de no poder testar por sí mismos. Con la misma analogía se llama tambien *cuasi pupilar*, mediando entre esta y la pupilar las siguientes diferencias : — 1.<sup>a</sup> Que solo el padre puede hacer la pupilar, y al hijo, que tenga en su potestad ; mientras que puede hacer la ejemplar esté ó no el hijo en su poder del mismo modo que la madre, \* porque no es ella un efecto de la patria potestad, sino del afecto que se tiene á los hijos. — 2.<sup>a</sup> Que en la pupilar puede el padre nombrar por sustituto (2) á quien le parezca, y en la ejemplar debe nombrar á los hijos del loco, y si no los tiene, á alguno de sus hermanos. † 3.<sup>a</sup> Que la pupilar se da y acaba por razon de la edad de aquel á quien se da, y la ejemplar por la de recobrar su juicio, l. 11. ‡ En caso que este vuelva á perder el juicio, es cuestion si la sustitucion permanece ó no, y López, *gl. 9. l. 11.* y Covar. *in cap. Raynutius*, §. 6. n. 11. se inclinan á la sentencia media de que permanece, si el intervalo de la recuperacion del juicio es corto ; y no, si es dilatado : lo que penderá del arbitrio del Juez. Y todos convienen en que puede darse sustituto ejemplar, no solo á los locos ó mentecatos, sino tambien á los que por algun vicio ó impedimento no pueden testar, como los pródigos, mudos y sordos, Covar. d. §. 6. n. 1.

26. *Compendiosa*. — La compendiosa, que es un modo, mas bien que una sustitucion distinta de las otras, es aquella : *que puede comprender y comprende cualesquiera herederos, todos sus tiempos y edades, y todos los bienes* ; de suerte que comprende la vulgar, la pupilar y cualquier otra, segun la calidad ó capacidad del que la hace y del que la recibe, como esplica Gómez l. *var. cap. 7.* — La l. 12. d. tít. 5. pone la siguiente fórmula : *Hago mi heredero á Pedro, mi hijo, y cuando quier que el muera, sea su heredero Juan.* Si Pedro no fuese hijo, se dirá : *Hago mi heredero á Pedro, y cuando &c.*

27. *Brevilocua ó reciproca* — Tambien es un modo de sustituir la *brevilocua ó reciproca*, y se verifica, cuando el testador dispone que sean sus sustitutos entre sí los mismos á quienes instituye herederos, diciendo : *Hago herederos á mis dos hijos y establezco por sustitutos al uno del otro.* Así lo esplica la l. 13. añadiendo, que hecha de este modo, contiene cuatro sustituciones, dos vulgares y dos pupilares. Advierte López *gl. 3.* que el hablarse de hijos en esta fórmula, es por mero ejemplo, y no porque no puedan los estraños ser sustituidos de este modo, en cuyo caso no podría comprenderse la pupilar.

— 28. Ultimamente, la *fideicomisaria* es aquella en que el testa-

\* L. 9. c. de impub. et al. subst. — † D. L. 9. — ‡ §. 1.º Inst. de pup. subst.



dor espera de algun modo, que el heredero, que nombra, restituya á otro la herencia, como : *Establezco á Pedro por mi heredero, y le ruego, quiero, mando, que restituya mi herencia á Juan.* El heredero establecido de este modo debe pasar la herencia al otro, sacando para sí la cuarta parte de toda ella, que se llama la *cuarta trevelianica*, l. 14. derogada, en cuanto á que si el heredero no quisiese recibir la herencia, le pudiese apremiar el Juez, por la l. 1.<sup>a</sup> tit. 4. lib. 5. R. repetidas veces citada, y que manda, que el sustituto pueda haber la herencia, aunque la renuncie el heredero.

29. *Derecho de deliberar.* — Respecto á que la herencia puede ser mas bien dañosa que útil, por las cargas á que queda obligado el que la admite, se estableció el derecho de deliberar, *prin. del tit. 6. P. 6.* \* que es : *Facultad para tomar acuerdo por sí, ó ayudado de sus amigos, de si le conviene admitir ó desechár la herencia.* Compete este derecho á todo heredero abintestato y testamentario, y puede pedir plazo para hacer uso de él al Rey ó al juez del lugar, donde está la mayor parte de la herencia, pero debe hacerlo antes de que se declare por heredero de palabra ó de hecho ; y está facultado á pedir que se le manifiesten todos los escritos, pertenecientes á la herencia, para instruirse mejor de lo que le convicne, l. 1.<sup>a</sup> † El Rey puede dar un año de plazo y el juez nueve meses, †† cuyo término puede coartar hasta cien dias, si entendiere que puede bastar. Y si acaso muriese antes de concluido este plazo, podrá deliberar su heredero en el que restare. † Pero si fallece despues de concluido el plazo, sin haber admitido la herencia, y es extraño, no tendrá su heredero derecho alguno á esta herencia. Mas si desciende del testador, que le había dejado heredero, y muere despues del plazo, puede sin embargo, su heredero haber la herencia, l. 2. Despues de admitida la herencia, no puede desampararla, l. 18. †† Mientras dura el tiempo de deliberar, no puede el heredero enajenar cosa alguna de la herencia, sin mandato del Juez con justa causa, como la de pagar el entierro, ó otros gastos, cuya omision perjudicase á los bienes hereditarios, l. 8. ¶ Y si el heredero se resolviese á no tomar la herencia, despues de haber ocupado algunas cosas de ella, debe restituirlas á aquel á quien deben ir. Y si no lo hiciere, jurará este cuantos son los bienes que ocupó el heredero, y será creído, estimando el Juez segun su arbitrio la suma que se jurare, l. 4.

30. *Inventario.* — Tambien hay otro derecho á favor del heredero, que es el inventario ó *escritura que se hace de los bienes del finado.* Este derecho es mas útil que el anterior, porque hecho el

\* §. 5. Inst. de fideicom. her. — † L. 5. de adq. vel. omit. her. — †† L. ult. §. 13. C. de jur. delib. — † L. 19. C. eod. — †† §. 5. Inst. de her. cual. — ¶ L. 5. l. 6. de jur. delib.

inventario, no está obligado el heredero á pagar mas deudas del difunto, que lo que montaren los bienes de la herencia. Debe comenzarse dentro de treinta dias desde que supiere que es heredero, y acabarse en tres meses ; pero si no estuviesen todos los bienes en un lugar, se le puede dar el plazo de un año á mas de los tres meses. Se ha de hacer el inventario en el lugar del domicilio del difunto, y ante su Juez, aunque todos sus bienes no estén en un pueblo, sino en diversos, pues una vez empezado el juicio, debe á instancia del heredero, espedir requisitoria á las justicias, en cuyo territorio existan, á fin de que los inventarién y tasen ; y hecho, le remitan orijinales las diligencias obradas, para unirlas á las principales en su juzgado ; lo cual se entiende, aunque fallezca fuera de su domicilio, pues este acaso no puede privar á su Juez de conocer de su testamentaria como competente, y no otro alguno, *Febrero*, Part. 2. lib. 1. cap. 1. §. 1. El inventario debe hacerse por escribano público, siendo llamados todos aquellos á quienes el testador mandó alguna cosa en el testamento, para que estén presentes cuando se haga. Y si alguno de estos estuviere en otra parte, ó estando en el lugar no quisiese ir, cuando lo llamen, entonces debe hacerse el inventario ante tres testigos, que conozcan á los herederos. Ha de ponerse al fin que todos los bienes están inventariados fiel y legalmente, y deben los herederos firmar esta diligencia : y si alguno no supiere, debe rogar á un escribano público, que lo haga por él ante dos testigos, l. 5. Juzga López *gl.* 8 de esta ley, que tambien debe citarse á los acredores. \* Si los legatarios no hubiesen estado presentes á la confeccion del inventario, y dudasen si estaba bien hecho, pueden pedir que el heredero jure haber procedido fielmente, y los testigos que está bien hecho el inventario, l. 6.

31. Hasta que no se cumpla el tiempo para hacer el inventario, nada pueden pedir al heredero aquellos á quienes se deja algo en el testamento, y nada pierden ellos de su derecho durante este tiempo. Tampoco debe el heredero pagar las mandas del testador, hasta que haya pagado sus deudas, l. 7. d. tit. 6. P. 6. que trata tambien de la *fulcidia*. Los gastos que hubiese hecho el heredero por el entierro ó por otra justa razon, no debe traerlos en el inventario; y si acaeciese alguna contienda sobre ellos, deberá probarlos por testigos ó por su juramento : y si tuviere algun derecho contra el difunto, le quedará salvo, l. 8. á diferencia del heredero, que no hizo inventario, cuyos bienes y derechos se confunden con los del difunto, por la admision de la herencia, l. 10. bien que ahora por la l. 13. tit. 6. lib. 5. R. que manda, que los gastos del entierro se saquen del quinto y no del cuerpo, solo dejarán de notarse estos gastos en el inventario, cuando el testa-

\* L. tit. C. de jur. delib.

dor no dejase á nadie el quinto; porque si lo hubiese dejado, deberían notarse como cargo, que habría este de tomar sobre sí en la division de la herencia. Si se probase que el heredero hizo maliciosamente el inventario, encubriendo ó hurtando algunos bienes, deberá pagar el doble de ellos á los que deban recibir algo del testador. Y el juez debe sentenciar cuando mas dentro de un año los pleitos que ocurran sobre inventario, l. 9. Y si el heredero hubiese admitido la herencia, sin inventario, quedan obligados tanto sus bienes como los del testador á pagar cumplidamente las deudas y mandas de este, sin que pueda tomar para sí la falciidia, l. 10.

32. *Hechos con que se ule la herencia.* — El heredero por testamento ó abintestato puede admitir la herencia por escrito ó de palabra, ó solo de hecho, usando los bienes de cualquiera modo. \* Pero si usase de ellos por piedad, para que no se pierdan ó menoscaben, como si cuidase de los siervos enfermos, ó diese de comer á los animales, no por eso se le tendrá por heredero, bien que convendrá que manifieste ante algunos, que no lo hace con intencion de ser heredero, l. 11. Los Romanos llamaron el primer modo *adicion*, y el segundo, *gestion por heredero*. † El heredero por testamento ó abintestato, que duda de la muerte del testador, ó de si pudo hacer testamento, y el instituido bajo la condicion, que se halla pendiente, no pueden entrar en la herencia, ni renunciarla, aunque quieran, l. 14. ‡ debiendo ser siempre la admision de cualquiera herencia pura y llanamente, segun la l. 15. que añade: que el heredero no puede ganar la herencia por procurador, excepto el Rey ó Consejo; pero que despues de haber otorgado que quiere ser heredero, bien puede tomar la posesion de la herencia por personero. Siendo dos estraños establecidos en uno por herederos, y renunciando el uno (sin sustituto), el otro no puede entrar en su parte, sin que entre en la de aquel, pues debe tener toda la herencia, ó dejar su parte, l. 18. mas siendo descendiente del testador, aunque la haya dimitido, puede recuperarla dentro de tres años siguientes, con tal que los bienes no estén enajenados, pues si lo están, no podrá á menos que sea menor, l. 20. Ultimamente, la herencia se desecha por los mismos dos modos que se admite: de hecho, ó por escrito ó de palabra, l. 18. ¶

33. Si alguno estableciese por heredero al hijo que está en poder de su padre, con intencion que gane la herencia para su padre, no podrá ganarla para sí, sino para su padre, con su otorgamiento y será peculio profecticio. Pero si la madre ó cualquiera otro instituyera heredero al tal hijo, con intencion que la herencia fuese para él, y no para su padre, podrá el hijo ganar la he-

\* §. 6. Inst. de her. qual.—† l. 5. §. 7. de adq. her.—‡ §. 6.—¶ §. 6. eod.D.



rencia, y tenerla sin consentimiento del padre; y no estando el hijo en el Lugar, puede entrar en ella el padre, y será peculio adventicio cuya propiedad tiene el hijo, y el padre el usufructo. Si el heredero fuere loco, mentecato, ó menor de 7 años, deberá entrar en la herencia á su nombre el padre ó el que lo tenga en su poder. Y si fuere menor de 14 años, podrá entrar en ella; pero con otorgamiento de su padre ó de aquel que lo tuviese en guarda, l. 13. Si muriese alguno intestado, dejando á su mujer en cinta, ó creyendo que lo está, debe esperarse el parto; y entre tanto nadie puede entrar en la herencia, l. 16; y la 17. explica las diligencias que han de practicarse para la custodia y seguridad del parto y evitar todo engaño.

34. *Puede el padre nombrar al contador y partidor para sus hijos.* — Por cédula de 20 de Enero de 1792 se manda: que cuando el padre nombra en su testamento contador y partidor estrajudicial, y las partes están conformes en que tenga efecto; no debe impedirse por la justicia; aunque haya menores ausentes, quedando salvo el acto de la aprobacion de la cuenta y adjudicaciones, que se practiquen por el comisionado, y el poder reparar entonces cualquiera agravio, que justamente se notase, por ser esto lo mas conforme á las leyes, y á las amplias facultades que por ellas se conceden á los testadores, y señaladamente á los padres, por efecto de la patria potestad, tan recomendada siempre en el derecho. Sin que obste, que el Contador haya rematado ó recibido su oficio con la espresa condicion de intervenir en los inventarios y particiones de los milicianos igualmente que de los demas vecinos, por deberse entender esto en unos y otros, siempre que los testadores en uso de aquella facultad, no hubiesen nombrado Contador y partidor estrajudicial, á reserva de aprobarse su operacion por la respectiva justicia, y repararse entonces cualquier agravio que se notare. En cuanto á los bienes y herencias de los que mueren *abintestato*, dice la l. últ. tít. 4. lib. 5. R. que se entreguen á los parientes que deban heredarles, debiendo los referidos herederos hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbren en el pais, con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto: y en el caso solo de no cumplir con esta obligacion los herederos, se les compela á ello por sus propios jueces, sin que por dicha omision, y para el efecto referido, se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes. Y solo asistan los jueces legos cuando haya que recontar dinero ó inventariar bienes y alhajas preciosas, para lo cual se considera que bastan dos dias: y en estos casos solo pueden llevar 30 reales por mañana y otros tantos por la tarde: (X) y que en los demas inventarios, tasas y almonedas no es necesaria asistencia del Juez, pues basta la de los interesados: y siendo menores ó ausentes, la de sus tutores, cu-

radores y defensores por ellos.

35. *Herencias con militares.* — Con respecto á las herencias de los militares, debe distinguirse las que dejan estos, de las que se dejan á ellos. Por reales órdenes de 19 de junio de 1784, y 6 de noviembre de 1788 se manda : que la jurisdiccion militar debe conocer en los inventarios y pleitos de liquidacion, particion, adjudicacion ó nulidad de inventario de los bienes que dejen los militares testados ó intestados ; y la ordinaria en los inventarios y pleitos que ocurriesen en las herencias que se dejen á militares por personas estrañas de esta jurisdiccion, ó les pertenecieren extestamento ó abintestato, aunque fueren de sus padres ó hermanos : todo lo cual es conforme á varios *art. del trat. 8. tit. 11. de las Ordenanzas del Ejército*, que en el 14 atribuyen á la jurisdiccion ordinaria el conocimiento de los inventarios y herencias por muerte de cualquiera criado militar, acaccida fuera de campaña.

36. *Con eclesiásticos.* — Y en cuanto á los eclesiásticos, por cédulas de 13 de junio de 1775, y 15 de noviembre de 1781 se manda que los jueces eclesiásticos no conozcan de nulidad de testamento ó inventarios, secuestro y administracion de bienes, aunque se hayan otorgado por eclesiásticos y algunos de los herederos ó legatarios sean comunidades, ó personas eclesiásticas ó obras pias.

37. *Desheredacion.* — Despues de la institucion de heredero, de los beneficios que este tiene para entrar en la herencia con seguridad, y de los modos de admitirla, debemos tratar de la desheredacion, que es : *excluir de la herencia á aquel, que tenia derecho á ella, l. 1.<sup>a</sup> tit. 7. P. 6.* Los ascendientes pueden desheredar á sus hijos y mas descendientes, si dieren justa causa, y fueren de edad de 10 años y medio á lo menos, y tambien lo pueden hacer los descendientes respecto de sus ascendientes, l. 2. Debe hacerse la desheredacion, nombrando al desheredado por su nombre, ó por otra señal, de modo que pueda saberse ciertamente quien es, y sea hombre ó mujer, y esté ó no en poder de quien le deshereda. Y aunque el padre hable mal del hijo, vale la desheredacion, como si teniendo un solo hijo, dijera : *Desheredo á mi hijo ladron, que no merece llamarse mi hijo.* \* Debe ser la desheredacion sin condicion † y de toda la herencia, y no de una cosa solamente, y si no fuese así, no valdría, l. 13. ‡.

38. Si el padre espresó varias causas justas, basta que el heredero escrito en el testamento, pruebe una, para que produzca efecto la desheredacion del hijo, l. 8. d. tit. 17. Las. II. 4. 5. 6. y 7. refieren 15 causas que puede tener el padre para desheredar

\* L. 3. de liber. et posth. — † L. 3. §. 1.º de inoffic. testam. — ‡ L. 19. de liber. et posth.

á su hijo, y añade la 8. que por ninguna otra lo puede desherrar. ¶ (1) Son las siguientes: — 1.<sup>a</sup> Haber maquinado contra la vida del padre. — 2.<sup>a</sup> Poner en él manos airadas para herirle ó prenderlo. — 3.<sup>a</sup> deshonrarlo gravemente de palabra. — 4.<sup>a</sup> Acusarlo de delito que tenga pena de muerte, destierro ó infamia. — 5.<sup>a</sup> Profanar el lecho del padre. — 6.<sup>a</sup> Desacreditarlo, ó causarle un daño por donde venga á perderse ó menoscabarse gran parte de lo suyo. — 7.<sup>a</sup> Si estando el padre preso por deuda ó por otra causa, y pudiendo el hijo varon afianzar para sacarlo, no lo hiciere. — 8.<sup>a</sup> Si le impide hacer testamento — 9.<sup>a</sup> Si toma por oficio hacerse juglar ó farsante, no teniendo el padre esta profesion (1) — 10.<sup>a</sup> Si se hace hechicero, ó encantador ó vive con ellos (2) — 11.<sup>a</sup> Si contra la voluntad del padre lidiase por paga con otros hombres ó con fieras. — 12.<sup>a</sup> Si proponiendo el padre matrimonio correspondiente á la hija, esta lo rehusa y se prostituye; pero no despues de haber aguardado hasta 25 años á que su padre la casara. — 13.<sup>a</sup> Si al padre vuelto loco, ó demente, lo abandonase el hijo mayor de 18 años á cuidado ajeno. — 14.<sup>a</sup> Si no redimiere al padre cautivo pudiendo hacerlo. — 15.<sup>a</sup> Si siendo el padre católico, apostatase el hijo y no se tornase á la fe. — Pero hay otras dos causas mas recientes, notadas de paso en el lib. 1. tit. 4. y son: el contraer matrimonio clandestino, y casarse los hijos sin el consentimiento de los padres; *Pragm. de 1776*, en aquella edad en que es necesario, segun el *decreto de 1803*: y últimamente segun la ley del Ecuador que está á la pág. 34.

39. Respecto á que se permite á los padres varias cosas mas que á los hijos, solo son 8 las causas, para que estos deshereden á aquellos, referidas en la l. 11. tit. 7. \* y si los padres ó los hijos no espresan en la desheredacion alguna de aquellas causas, son nulos sus testamentos, ll. 10. y 11. En cuanto á la desheredacion de los hermanos, establece la l. 12. que puede desheredar un hermano á otro con razon ó sin ella, con tal que no instituya heredero á hombre de mala vida ó infame: en cuyo caso podrá el hermano quebrantar su testamento, sino es que el hermano testador le hubiese desheredado por una de las tres causas, que espresa la misma l. 12. y la probase el heredero escrito. †

¶ Nov. 115. Cap. 3.

(1) Farsante, truhan, payazo, cómico. No tienen al presente estas profesiones la nota de infamia con que antes las maró principalmente el derecho canónico, y podemos asegurar que esta pena de desheredacion ya no se aplicaría á los que las siguen.

(2) En tiempo de D. Alonso el sabio, que tambien era astrólogo, acaso abundarían los brujos; ahora no se encuentran y desaparecen como espectros á proporcion que se aumentan las luces.

\* Nov. 115. cap. 3. — † Nov. 115. cap. 4. §. 1.º et seq.



40. Si el testador tiene descendientes ó ascendientes, y no los instituye herederos, ni los deshereda, sino que los omite sin mencionarlos, ó instituye heredero á otro, será nulo el testamento, en cuanto á su herencia, ll. 10. tít. 7. y 1. tít. 8. P. 6. Pero si los preteriera, sin nombrar heredero alguno, juzgamos sería válido, despues de la *Ley Recopilada*, que no exige institucion de heredero, para que valga el testamento. Así lo sientan, entre muchos, Matienzo en d. l. 1. *gl.* 10. n. 49. Ayllon, *ad Gom.* 1. *var. cap.* 11. n. 2. y Pichar. in §. *igitur quartam de inof. test.* n. 24. y la razon es, porque en el último caso se entiende instituido el hijo, con la obligacion de pagar las mandas, en cuanto no mengüen su legítima, sin que en esto reciba agravio, como en el primero, en que nombra el padre un extraño en su lugar.

41. *Cuando se rompe el testamento.* — El testamento válido se rompe: — 1.º Cuando al testador lo nace un hijo, á quien había preterido. Este hijo se llama *póstumo*, aunque en rigor solo es tal el que nace despues de muerto el padre, l. 20. tít. 1. P. 6. †† — 2.º Por otro testamento perfecto que otorgare despues el testador, l. 21. ‡ porque su voluntad es libre, y no hay hombre que haga testamento tan firme, que no pueda mudar lo cuando quisiere, l. 25. †† — 3.º cuando el testador quebranta á sabiendas el sello del escribano, raya las firmas ó las rompe; pero si esto fuese por casualidad, no perdería su valor, l. 24. ¶

42. Pero aun cuando el segundo testamento sea perfecto, no se rompe el anterior: — 1.º En el caso de d. l. 21. en que el testador nombra otro heredero en el segundo, porque creyó había muerto el que nombró en el primero, y resulta que estaba vivo; pero valdrán las mandas de ambos testamentos. † — 2.º Cuando el padre en el segundo testamento no hace mencion del primero, en que instituyó á sus hijos, l. 22. ‖ — 3.º Cuando el primero contiene cláusula derogatoria; porque entonces para romperse por el segundo, es necesario que se revoque espresamente en este; mas como esto pende de la voluntad del testador, dicen Covarr. *de testam. part.* 2. *rub.* á n. 57. y López, *gl.* 2. d. l. 22. que derogará el segundo al primero, siempre que se conjeture, que así lo quiso el testador. — 4.º El caso tercero de d. l. 22. está derogado por las ll. 1. y 2. tít. 4. lib. 5. R. porque rueda sobre el número de testigos en el primero y segundo testamento.

43. *Queja de testamento inoficioso.* — También puede rescindir-se el testamento á instancia del heredero, que lo acusa de inoficioso, esto es, hecho contra la piedad ó merced que debía guardarle el testador en el testamento; lo que llamaron los Romanos

†† L. 3. §. de inj. rup. et irr. fac. test. — ‡ §. 2. Inst. quib. mod. — †† L. 22. de legat. — ¶ L. 2. de his que in test. del. — † L. últ. de her. inst. — ‖ Nov. 107. cap. 2.

*querela inofficiosi testamenti*. Tiene lugar esta querrela, cuando pretende el desheredado que es falsa la causa de la desheredacion, y se rescindirá el testamento, si el heredero instituido no probase que es cierta, pues á él toca esta prueba, ll. 8. 10. y 12. tít. 7. || L. 1. 1. tít. 8. dice : que si el hijo del testador fuese desheredado á tuerto y sin razon, puede querrellarse para quebrantar el testamento, y el juez debe emplazar al heredero establecido, y si hallare que fué desheredado á tuerto, ó que no fué hecha mencion de él, debe juzgar que no vale el testamento. Pero si el testador, cuando estableciese el heredero, no hiciese mencion de aquel que tenía derecho de heredar, heredandolo ni desheredandolo, tal testamento no vale ni es nada, y por eso no se puede quebrantar, y debe ser entregada la herencia al hijo ó nieto de quien no fué hecha mencion : lo que se entiende tambien de los ascendientes que fuesen desheredados á tuerto y sin razon, ó de quienes no se hizo ninguna mencion en el testamento de los descendientes. Y aunque dijimos en el n. 39 que son nulos los testamentos, en que los ascendientes ó descendientes desheredan sin espresar causa alguna, fundados en las ll. 10. y 11. tít. 7. segun la l. 1. recop. que hemos transcripto, parece que deben rescindirse, para que no valgan : de cuyo modo queda todavía en pie la cuestion, tan reñida entre los Romanos, de si eran nulos ó necesitaban rescindirse, y nos inclinamos á lo último. (1)

44. Si el desheredado callase dejando pasar cinco años desde que el heredero nombrado entró en la herencia, no podrá intentar la querrela de inoficioso testamento, \* salvo si fuese menor de 25 años, que puede hacerlo en su menor edad y 4 años despues, l. 4. tít. 8. Y si el mismo desheredado aprueba el testamento, recibiendo para sí ó para otro, algun legado que se deje en él, ó

|| Nov. 115. cap. 1.

(1) El autor habla de *nulidad* y *rescision* contraponiendo una á otra ; pero sin indicar la menor diferencia legal entre estas dos cosas. Se dice que un acto es *nulo* cuando no ha podido absolutamente subsistir ni tener efecto desde que se celebró ; porque fué contra las leyes que le dan validez, ó que señalaron la forma de celebrarlo. v. g. Si un testamento escrito se hubiese hecho firmar por cuatro testigos, ó el testamento se otorgase por un menor de 12 años. Mas se dice que se *rescinde* cuando el acto tuvo algun valor en sí mismo, pero el daño que causaba al interesado en sus efectos, le autoriza por la ley para pedir su anulacion, como por ejemplo el error, el dolo, la menor edad, que no anularán el acto si las partes no lo pidieren. La nulidad, se puede decir, que en el acto nulo existe por sí misma, que es radical ; mientras que la rescision debe ser solicitada por la parte perjudicada pues de otro modo queda el acto subsistente. Por la identidad del último resultado en ambos casos, que es la ineficacia legal, suelen emplearse indistintamente estas dos voces.

\* L. 8. §. ult. seq. de inof. test.

defendiendo el testamento, como Abogado ó Procurador de otro, ó lo consintiese de cualquiera otro modo, no podrá querellarse contra él, l. 6. \*\* Si el padre instituye heredero al hijo en menor cuantía que en su legítima, es válido el testamento, y el hijo tiene derecho de completar su legítima; porque no está próterido, ni desheredado, l. 5. † Quebrantado el testamento, va la honrencia á los herederos abintestato; pero se conservan los legados, l. 7. †† y las mejoras de tercio y quinto, l. 8. tit. 6. lib. 5. R.

43. Cualquiera que impide á otro testar, pierde cualquiera derecho que tenga en los bienes de aquel á quien impidió; y lo que pierde es para la cámara del Rey. l. 26. tit. 1. Y si teniendo Pedro voluntad de nombrar heredero á Juan, ó legarle alguna cosa, se lo impidiese otro por fuerza ó con engaño; prohibido esto, tendría obligación de pagar á Juan el doble de lo que le hizo perder, l. 28. d. tit. 1. La 27 del mismo tit. refiere los modos reprobados de impedir el hacer testamento como son ardidcs de amenazas á los testigos ó Escribanos &c. pero no las persuasiones de buenas palabras al testador.

---

\*\* L. 23. §. 1. cod. — † Nov. 115. cap. 1. — †† D. Nov. cap. unde: auth. ex causa de lib. prater.

---

## NOTAS.

(1) Porque el derecho romano lo estableció, han querido los intérpretes del español defender que despues de arregladas las sucesiones forzosa por las ll. de la Rec. puede la madre ser escludida de este llamamiento forzoso, si el padre sustituyo pupilarmente: han buscado su apoyo en la frase que emplea la l. 8. tit. 8. lib. 5. R. cuando mandando que los hijos nombren á sus padres de herederos, dice, *si no tuvieren hijos, ó descendientes legítimos, ó que hayan derecho de heredarles*. Quieren que estas últimas palabras, ó que *hayan derecho de heredarles*, sean alusivas á los sustitutos. Bien se vé que ellas no son mas que sinónimas de las precedentes, *hijos*, (cuyo sinónimo legal) ó *descendientes legítimos*, (y sinónimo de ambos) ó que *hayan derecho de heredar*, no tienen mas referencia que á hijos ó descendientes legítimos. Lo que se convence plenamente dado que de la misma expresion usa la *ley 10. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real*, y de manera que allí, por el contesto de la ley, no hay lugar de querer comprender á los sustitutos. *Ningun home que hubiere fijos, ó nietos, ó dende ayuso*, que hayan de heredar, *no pueda mandar ni dar á su muerte mas de la quinta parte*. Nadie habrá dejado de advertir que esta redundancia de palabras es demasiado frecuente en la legislación española. — Mas el prurito de sostener opiniones privadas ha hecho que se desatienda la idea y plan jeneral y dominante manifestado por el lejislador en sus disposiciones. No se trata de averiguar qué significasen tomadas aisladamente aquellas pa-



labras : *ó que hayan derecho de heredarles* ; se trata de saber si despues de la Recopilacion puede el padre poner condiciones ó gravámenes en las herencias de sus hijos lejítimos ¿Es por las ll. recop. heredero forzoso del padre el hijo, solo cuando pasa la pubertad, ó lo es durante toda su vida desde que nace? Por lo ordenado en las recopiladas, no puede el padre añadir gravamen ó condicion de ninguna especie á la porcion lejítima del hijo. La sustitucion no es como quiera una condicion ó gravamen sino un despojo del derecho que la ley declara al hijo. La ley hace del hijo absolutamente la herencia del padre, lo que quiere decir que priva al padre de la disposicion de la herencia, y el sustituir, es disponer de ella, aunque sea para cuando muera el pupilo. Las ll. recop. pues, lejos de dar han quitado al padre lejítimo la facultad de semejante sustitucion, teniendo el pupilo la heredera forzosa que es su madre.

Queda reducido entonces el fundamento de la opinion de los intérpretes á que por las palabras citadas *ó que hayan derecho de heredar* no se derogó la l. 12. tít. 5. P. 6. que escluí á la madre en caso de sustitucion pupilar. Las cuales palabras entendidas de esta suerte conducen á un absurdo, á saber : que, habiendo otras ll. de Part. que arreglan la sucesion de diverso modo que las recopiladas ; la frase *ó que hayan derecho de heredarles* dejaba subsistente todo el sistema de sucesion en los bienes de los hijos, establecido por las Partidas, aun respecto de los padres ; porque, no sabemos que razon hay para que esta frase se refiera esclusivamente al sustituto pupilar, y no se ha de referir á los otros casos en que no pasaba á los padres la herencia del hijo ; es decir, á todos los otros casos que quiso corregir la l. recopilada declarando herederos forzosos á los ascendientes. — Lo que por lo menos demuestra con evidencia que es demasiado arbitraria la interpretacion de los AA. tanto mas cuanto que van contra los sentimientos de la naturaleza, el amor que ella inspira entre hijos y padres, que fué la base mas segura que han tomado las ll. recopiladas y todas las leyes que mejor han dispuesto sobre sucesiones.

Domat, *leyes civiles*, Muratori, *defectos de la jurisprudencia*, desde el siglo 17 y otros, no han dejado de clamar contra la bárbara doctrina de escluir á la madre de la herencia del hijo por preferir á un extraño que se le hubiese sustituido.

(2) Si en la sustitucion pupilar puede el padre nombrar por sustituto á quien le parezca, y nombra desde luego un extraño, tenemos que este escluye á los hermanos del pupilo, que le heredarían forzosamente, si muriese en la edad pupilar y no hubiese tal sustitucion : este ejemplo, y mucho mas el de la exclusion de la madre por el mismo extraño, contrarían la doctrina de las instituciones forzosas y de suidad, por la que no siendo libre el padre á nombrar por heredero al que quiera, tampoco puede nombrar por sustituto sino al inmediato sucesor. V. *las Inst. de Castilla de Asso y Manuel. lib. 2. tít. 5. cap. 1.*

(X) Todos los derechos de los jueces, escribanos &c. están arreglados en el Ecuador por Arancel de 3 de marzo de 1831.

## TITULO VI.

**DE LAS MEJORAS DE TERCIO Y QUINTO,  
LEGADOS, FIDEICOMISOS, FALCIDIA Y  
CODICILOS.**

TIT. 9. P. 6. = TIT. 6. LIB. 5. RECOPI.

1. *Legítima de los hijos y de los padres, y mejora.* - Todos los bienes de los padres son legítima de los hijos, excepto la quinta parte, y no mas, de que pueden disponer como les parezca, l. 12. tít. 6. lib. 5. R. Y son legítima de los padres todos los bienes de su hijo, que no tiene descendientes, excepto el tercio, del que puede disponer libremente, y no mas, l. 1. tít. 8. lib. 5. R. tambien puede el padre, (entiéndase siempre lo mismo de la madre) dejar el tercio á uno ó muchos de sus hijos, y aun á sus nietos, aunque á estos les sobreviva su padre, l. 2. — Molina de *Hispan. prinog. lib. 2. cap. 11. n. 5.* y Covar. *lib. 1.º var. cap. 10 n. 4.* añaden, que en el caso de tener un padre un solo hijo, y de él uno ó muchos nietos podrá dar el tercio al nieto, que le pareciere, cuya opinion seguimos contra Gómez en d. l. 2. porque el tercio no es legítima de ningun descendiente en particular, sino de todos.

2. *Cual mejora se saca primero, el tercio ó el quinto.* - Si el padre mejora en tercio y quinto, se saca primero el quinto, l. 21. 4. del *Esti- lo*, que está en observancia, y parece haberse introducido esto á favor del alma del testador, segun Gómez, l. 17. de *Toro*. Pero exceptúa bien Angulo, de *meliorat.* en la l. 9. gl. 2. n. 45. el caso en que el testador hubiese hecho antes irrevocablemente la mejora del tercio; porque entonces la del quinto habría de sacarse del patrimonio, que le restaba al testador, despues de estraída la del tercio. Tambien se sacará con antelacion la mejora del tercio, siempre que el testador lo quiera, porque estando instituido en su favor, que se saque el quinto antes que el tercio, por ser mayor de este modo, puede renunciar este beneficio, Cifuentes en la l. 25. de *Toro*.

3. *Modos de hacerse la mejora y si es revocable.* - Los padres pueden hacer estas mejoras en testamento ó por contrato entre vivos. Si las hicieren en testamento, pueden revocarlas hasta que mueran; porque hasta entonces pueden variar su voluntad. Tambien pueden revocar las que hacen por contrato entre vivos, excepto si hubiesen entregado la posesion de las cosas de la mejora al mejorado ó su procurador; ó á lo menos la escritura de la mejora, de-

lante de escribano ; ó que la mejora sea por causa onerosa con otro tercero, como de matrimonio ú otra semejante. Porque en estos casos solo podrá revocarse, cuando el padre se haya reservado derecho para ello, ó cuando sobreviniere alguna de las causas, que revocan las donaciones perfectas, segun derecho, l. 1. d. tít. 6. l. 5. R. Y en cuanto á promesas de mejorar ó no, establece la l. 6. que el padre está obligado á cumplir la promesa que hizo, por escritura pública, á alguno de sus descendientes, de que á ninguno mejoraría, y que si mejorase á alguno, no valdría : que tambien debe cumplir la promesa á alguno de sus descendientes, de que le mejoraría por casamiento ú otra causa onerosa ; y si no hiciere la mejora, se dará por hecha despues que muera. Se eceptúa de esto último la promesa del padre á la hija por causa de dote ú matrimonio, como luego veremos.

4. *De que tiempo se toma el valor de los bienes para deducir las mejoras.* — Estas mejoras de tercio y quinto se deducen de lo que valen los bienes del testador cuando muere y no de lo que valían en el tiempo que se hicieron ; l. 7. pero para esa deducción no entran las mejoras de las dotes y donaciones *propter nuptias* y las otras donaciones que los hijos trajeren á colacion y particion, segun la l. 9. porque estos salieron ya del patrimonio del padre cuando se otorgaron. Y en la misma razon se funda la l. 5. d. tít. 6. al disponer, que los mejorados sufran ú prorata el pago de las deudas del difunto, por la bien sabida regla, de no decirse bienes, sino lo que sobra despues de pagadas las deudas. \* Pero los legados y gastos del entierro se han de satisfacer de solo el quinto, l. 13. tít. 6. porque no son deuda, que disminuía los bienes del testador, sino una carga, que impone el mismo. Ni puede dejar de ser así, porque no pudiendo el padre imponer gravámen á la lejitima de sus hijos, l. 11. tít. 4. P. 6. \*\* y siéndolo todos sus bienes, á ecepcion del quinto, es preciso se saquen de él estos gastos. Debe advertirse aquí la especial doctrina de la l. 11. d. tít. 6. que permite á los padres gravar la lejitima de sus hijos en el órden siguiente : — 1.º A favor de sus descendientes lejitimos. — 2.º De los ilejitimos, que tengan derecho de suceder. — 3.º De los ascendientes. — 4.º De los parientes. — 5.º De los estraños. Mas esta imposicion de gravámen perpetuo ha cesado, por cédula de 1789. que citaremos á delante.

5. *Facultad de señalar los bienes en que se mejora.* — Padre y madre y abuelos pueden señalar en cierta cosa ó parte de su hacienda el tercio y quinto de mejora, pero esta facultad no pueden cometer á otra persona alguna, l. 3. d. tít. 6. ☞ Se ve la absoluta prohibicion que esta ley impone de cometer el señalamiento de la cosa en que se hubiese mejorado, á ninguna otra persona.

\* L. 39. §. 1. de verb. sign. — \*\* L. 32. C. de inof. testam.



¿De qué valor será con esto lo que enseñen *restrinjiendo* ó *ampliando* esta prohibicion espresa de la ley, Acovedo y Angulo que en este lugar cita Sala? ¿Ni para que pretender rebatir sus razones, cualesquiera que hubiesen inventado contra una disposicion tan terminante? Ella se niega á interpretaciones gratuitas; ni el hijo mejorado, ni *ninguna otra persona* pueden recibir la facultad, que personalmente ciñe esta ley al padre, ó madre y abuelos. — Si hubo este señalamiento de bienes, deberá pagarse la mejora con ellos; y si no hay, con parte de la herencia del difunto, sin que sea permitido á los demas descendientes de este pagarlas en dinero efectivo, á menos que la cosa no pueda dividirse cómodamente l. 4. d. tít. 6. Y podrá el mejorado admitir las mejoras, aunque renunciare la herencia, pagando á prorata las deudas del difunto, l. 5. y tambien quedan válidas, aun quando se anula el testamento por pretericion ó exheredacion, como dijimos, en el *tít. ant.*

6. *Las donaciones se entiende que son mejoras, y porque orden se colacionan.* — Cuando el padre ó ascendientes en testamento, ó por algun contrato entre vivos hicieren alguna donacion á alguno de sus hijos, aunque no digan que lo mejoran en el *tercio* y *quinto*, se entiende que lo mejoran, y tal donacion se cuente en el *tercio* y *quinto de sus bienes*, y si fuere mayor la donacion que el *tercio*, *quinto* y *legítima*, no valga en el exceso. l. 10. tít. 6. lib. 5. R. — Viniendo los hijos á heredar y partirse los bienes, están obligados ellos y sus herederos á traer á colacion *la dote*, y donacion *propter nuptias*, y las otras donaciones que tuviéren recibidas: pero si quieren renunciar la herencia pueden hacerlo, á menos que la tal dote ó donaciones fueren inoficiosas, en cuyo caso deben restituir el exceso á los coherederos: y para *se decir la tal dote inoficiosa se mire á lo que excede de su legítima y tercio y quinto de mejora*; l. 3. tít. 8. lib. 5. R. Por quanto estas dos leyes, ( que son la 26 y 29 de Toro ) no colocaron en el mismo orden, *tercio*, *quinto* y *legítima*, al ordenar que en estas se imputaran las donaciones y dotes; convienen casi todos los intérpretes en que quando la donacion fué *simple*, (entienden por tal, la que no tuvo causa impulsiva ó necesaria, sino que procedió de mera espontaneidad); se ha de aplicar primero al *tercio*, despues al *quinto* y lo que sobrare á la *legítima*; pero que si la donacion fuere *por causa*, es decir *forzosa* ó *necesaria*, se cuenta primero en la *legítima*, despues se aplica al *tercio*, y en lo que occediere al *quinto*. Aunque son poco concluyentes las razones de los espositores, la práctica sin embargo se ha conformado con este modo de verificar las deducciones en las mejoras, y no obstante la *ley 214 del Estilo* que va citada al n.º 2. Puede verse á Acev. en d. l. 10. n. 26. y á Covarr. *in cap. Raynaldus* §. 2. n. 16. *et seq.* que concilian de esta manera las *cit. ll. 26.*

y 29. de Toro, que á algunos han parecido contrarias.

7. *No puede el padre ofrecer mejora por dote.* — Y es muy digno de saberse en este particular de mejoras, que ningún padre puede dar ni prometer por via de dote ni casamiento á su hija tercio ni quinto de sus bienes, ni puede esta entenderse tácita ni expresamente mejorada por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que lo que mas diere ó prometiere, lo haya perdido ó pierda, l. 1. tit. 2. lib. 5. R.

8. No prohibe esta ley á los padres que mejoren á sus hijas en testamento, como no lo hagan con respecto á la dote en fraude de la tasa legal, como lo prueba Acev. quien examina en los nn. 6 y sig. la cuestion muy probable por ambas partes, de si vale ó no la promesa, que el padre dotante hace á su hija y al marido de esta, que no mejorará á ninguno de sus otros hijos. Apoya con muchas razones la afirmativa, y refiere estar Gutierrez por la contraria. Nosotros nos inclinamos á la de este último, por la poderosa razon de que siendo el espíritu de d. l. 1. coartar los excesos en las dotes, deben interpretarse todas las dudas sobre su inteligencia mas bien con estrechez que con amplitud. La ventaja, que llevan los varones respecto de las mujeres, de que las donaciones *propter nuptias* pueden aprovecharles para mejoras, cuando a las mujeres no pueden servirles sus dotes para lo mismo, se compensa muy bien con que las dotes que se les dan ó prometen, quedan preservadas del vicio de inoficiosas, siempre que quepan en los bienes del padre, conforme á la estimacion que tenían al tiempo de su concesion ó promesa, ó al de su muerte, segun escogieren las mismas hijas dotadas, cuando en las demas donaciones hay que atender precisamente al tiempo de la muerte, d. l. 3. tit. 8. lib. 5. R.

9. *Ejemplos de division hereditaria.* — Pongamos tres ejemplos, que abrazan casi toda la doctrina anterior. 1.º Un padre deja tres hijos, Pedro, Juan y Diego, y mejora á Pedro en el tercio y á Juan en el quinto. Tenía 1,700 pesos : debía 200 : legó 100, y se gastaron 50 en su entierro. Ante todo se pagarán las deudas, 200, y con esta baja quedarán 1,500, de los cuales tocan á Juan 300 por su quinto y de los restantes 1,200 pertenecen á Pedro 400 por el tercio y los 800 sobrantes se dividirán en partes iguales entre los tres. Y solo Juan por razon del quinto, que fueron 300, pagará los 150 del legado y gastos funerales; con lo que le queda el quinto en 150. Si en este ejemplo tuviere el testador un nieto, podrá dejarle las mejoras, y habría de pagar con la del quinto los legados y gastos del entierro. — 2.º El mismo padre tuvo, á mas de los referidos, una hija á quien dotó en 400 pesos. El quinto y tercio serán los mismos, porque no se pueden sacar de los 400 dotales. Se unirán pues estos 400 pesos á los 800, que quedaron despues de estrahido el quinto y tercio, y resultará un

cúmulo de 1,200, que debiendo dividirse en cuatro partes iguales, tocarán á cada uno 300. Y como la hija tenía ya recibidos 400, habrá de restituir 100, por ser la dote en este exceso inoficiosa; sino es que elijiese el tiempo en que se la dió ó prometió, en el cual era tan cuantioso el patrimonio del dotante, que podía bastar para dicha dote; en cuyo caso retendría los 400 pesos dotedales, y los restantes 800 se dividirían igualmente entre sus hermanos.

10. 3.º El mismo padre, no habiendo dejado mas hijos, que los tres del primer ejemplo, había hecho á Pedro una donacion simple de 1,000 pesos, y otra de 300 á Juan, *por causa*. Pedro se entenderá mejorado en los 1,000 pesos, de modo que los imputará en el tercio, quinto y legítima. Y como las mejoras solo dicen respecto al patrimonio del difunto á tiempo de su muerte, que, segun hemos visto, solo importaba 1,500; serán el tercio y quinto los mismos que en los dos ejemplos anteriores, y se ejecutará la division en el modo siguiente: de los 1,500, patrimonio del difunto, tocan á Pedro 700 por su quinto y tercio; y á los 800 restantes se acumularán 1,300, importe de las dos donaciones, y resultará el cúmulo de 2,100, que dividido en tres partes da una legítima de 700 pesos á cada uno de los tres hijos. Segun esto, de los 1,500, importe del patrimonio del padre, se darán 400 á Pedro, que con los 1,000, que tenía por su donacion, forman su total haber de 1,400, esto es, 700 por mejoras, y otros tantos por legítima. A Juan se darán 400, para que unidos á los 300 de su donacion, le formen la legítima de 700, que le corresponde. Y á Diego se darán los 700 resto del patrimonio del difunto, que son su legítima.

Para comprender mejor lo que hay dispuesto acerca de las divisiones de herencias, figuraremos otro caso mas, anteponiendo que cuando se dice *colacionar*, se entiendo el imputar lo tomado por el heredero en la porcion legítima que le corresponde. Muere Diego y se encuentra que sus bienes tienen el valor de 4000 pesos. A una hija había entregado la dote de 1,000: á su hijo Antonio una donacion *propter nuptias* de 500: mejora á Juan en el tercio y quinto. Aquí tenemos que hacer primero el cúmulo del caudal. La l. 9. tit. 6. lib. 5. R. ó 9. tit. 6. lib. 20. Nov. que es la 25. de Toro, manda que el tercio y quinto de mejora no se saque de la dote, donaciones *propter nuptias*, ni de las otras donaciones que los hijos trajeren á colacion y particion (n. 4); luego no entran por ahora, para saber el tercio y quinto, ni los 1,000 de la dote de la hija, ni los 500 de Antonio. Quedan por tanto los 4,000, de los que forman el quinto, 800, que quitados de 4,000 dejan 3,200, cuyo tercio son 1,066, que rebajados de 3,200 dejan el caudal en 2,134: sacados ya el tercio y quinto, ahora sí se colacionan los 1,000 de la dote y los 500 de Antonio componiendo el acervo con sus cautidades; resultan 3,054



divisibles por iguales partes entre los herederos, que son los tres hijos.

11. *Cosas que no se colacionan* — Es constante que los hijos no deben llevar á colacion (n. 4.) los bienes, que hubiesen recibido de sus padres en razon de mejoras ; porque la colacion está instituida para la igualdad entre los hijos, y las mejoras la destruyen. Pero las dotes, donaciones *propter nuptias* ú otra causa, que los hijos han recibido de sus padres, y no pertenecen á mejoras, (n. 6.) es preciso se colacionen, para que aumentado con ellas el patrimonio del padre, se pueda dividir con igualdad entre ellos ; bien que si los hijos que las recibieron, se quisieren apartar de la herencia, lo podrán hacer ; salvo que si fueren inoficiosas, habrán como se dijo, de tornar á los demas herederos el exceso en que lo fueren, d. l. 3. tít. 8. lib. 5. R. Asimismo ha de llevar el hijo á colacion y particion el peculio profecticio que tuviere, l. 3. tít. 15. P. 6. pero no el castrense, ni quasi-castrense, ni el adventicio ; porque estos le quedan libres para sí, sin derecho alguno de sus hermanos á ellos, l. 5. d. tít. 15.

12. Tampoco está obligado el hijo á llevar á colacion, lo que hubiese gastado el padre en sus estudios y libros relativos á ellos, y en armarle caballero, l. 3. tít. 4. P. 5. Los intérpretes quieren que se imputen estos gastos por mejora ; pero no es esto conforme á las palabras de d. l. 15. *no gelas pueden contar los otros hermanos en su parte en la particion*, y á mas vemos, que la misma ley compara estos gastos al peculio castrense ó quasi-castrense, exento de toda imputacion. Y aunque pudiera admitirse esta opinion en cuanto á los libros, en el caso de que existan en sí, ó en equivalente, en poder del mismo hijo, porque aumentan su patrimonio, y puede considerarse que los tiene el hijo por donacion simple ; no tiene esto lugar en los gastos del estudio, que deben reputarse alimentos ya consumidos, de los que no hay imputacion.

13. Y por la misma razon de que no aumentan el patrimonio los grados de las universidades ó cualesquiera otras dignidades, que no tienen salario, ni otros frutos civiles, y antes son una especie de carga de honor ; somos tambien de dictamen, que lo gastado por el padre en estos grados ú oficios, no debe imputarse al hijo, ni aun en cuenta de mejora, y debe pagarse de la herencia comun, como lo pensó Papiniano. \* Por lo que, si un hijo así condecorado, fuese mejorado en tercio y quinto, sacaría sus mejoras íntegras, sin que las disminuyese en parte alguna lo gastado en su grado : y así lo dispusimos en una division que arreglamos.

14. *Legados, quienes pueden legar y á quienes.* — En el nombre jeneral de *mandas* se comprenden los legados y los fidelcomisos,

\* L. 1. §. 16. de collat.

igualados en sus efectos por Justiniano. \* Sin embargo, la man-  
da que deja el testador con palabras directas, se llama *legado*, y  
se define : *una manera de donacion, que deja el testador en testu-  
mento ó en codicilo á alguno*. Puede hacerlo todo el que puede  
testar, y puede dejarse á todo el que puede ser instituido heredero,  
bastándole á este la capacidad de adquirirlo á tiempo en que  
muriere el testador, l. 1. tit. 9. P. 6. y para que vulga el lega-  
do debe constar *ciertamente* de la persona del legatario, l. 9. †  
como dijimos del heredero en el título anterior.

15. *Legado de cosa ajena*. — Puede el testador legar sus cosas,  
las de su heredero y las de otro cualquiera. Mas para que el le-  
gado de estas valga, es menester sepa el testador que no son su-  
yas, á menos que las legue á persona, que tuviere alleganza con  
él, como su mujer ó algun pariente, en cuyo caso valdría, aun-  
que lo ignorase, por presumirse ser esta su voluntad. Si se duda-  
se que el testador supiera ó nó que eran suyas, toca al legatario  
probar que lo sabía. Y cuando este legado vale, debe el heredero  
comprar la cosa legada, para darla al legatario : y no querien-  
do venderla su dueño, ó pidiendo mas de lo que vale, dará su es-  
timacion, á juicio de dos peritos, al mismo legatario, l. 10. tit. 9. ‡  
Debe el legatario probar la ciencia, porque es el actor á quien  
toca la prueba, l. 1. tit. 14. P. 3. || y porque el heredero tiene  
á su favor la presuncion. ¶ Si el testador legare una cosa em-  
peñada, por tanto ó mas de lo que valía, debe redimirla el heredero,  
y darla franca al legatario, sea que el testador supiese que  
estaba empeñada, sea que lo ignorase. Pero si estaba empeñada  
por menos de lo que valía, solo en el caso que supiere el testa-  
dor, que estaba empeñada, tendrá esta obligacion ; porque si lo  
ignoraba, deberá redimirla el mismo legatario, l. 11. ¶¶ Si tenien-  
do el testador alguna cosa empeñada, por dinero, que hubiese  
dado sobre ella, la legase al que la empeñó, vale el legado, en  
cuanto á que se debe entregar la cosa al legatario ; pero queda  
este con la obligacion de pagar á los herederos del difunto el di-  
nero, que sobre ella habia recibido, l. 16. de suerte que solo se  
entiende legado el derecho de prenda, y no la deuda. Pero si el  
testador tenia alguna carta ó escritura probatoria de lo que se  
debía, y la legase al deudor, se entiende que le condona la deu-  
da, l. 47. £

16. Tambien se puede legar las cosas que están por venir, co-  
mo los frutos, que han de nacer de tal campo, l. 12. ££ Si dijere el  
testador, que legaba cien pesos, que tenia en tal arca, debe darlos  
el heredero al legatario ; pero si encontrase menos, cumplirá dan-

\* §. 3. Inst. de legat. — † L. 9. §. 8. de her. inst. — ‡ §. 4. Inst. de legat. — || D. §. 4. — ¶ D. §. 4. — ¶¶ §. 5. eod. — £ L. 3. §. 1. de liber. leg. — ££ §. 7. Inst. de legat.

do lo que haya : y si encuentra mas, solo debe darle los cien pesos, l. 18. la que con esta decision da mucha prueba de que en caso de duda, siempre está la presuncion á favor del heredero.

17. *Cosas que no pueden legarse, y legado de cosas incorporales.* — No se pueden legar las cosas que están fuera del comercio de los hombres absolutamente, por todo respecto, como las sagradas : y á esta clase pertenecen de algun modo las cosas que señaladamente son de los Reyes, (1) como los palacios &c. Tampoco las que son del pro-comunal de alguna ciudad ó villa, como las plazas y los ejidos. Lo mismo sucede cuando la cosa está fuera del comercio solo por cierto respecto, como los mármoles, pilares ó maderas, que están puestas como parte integrante de los edificios ; de suerte que ni su estimacion deberá dar el heredero, l. 13. †; habiéndose prohibido este último legado, para conservar la hermosura de la ciudad, l. 16. tit. 2. P. 3. Si la cosa legada mudase de condicion, sin culpa del heredero, como si siendo profana, cuando se legó, quedase consagrada á tiempo de la muerte del testador, de ningun modo valdrá el legado, d. l. 13. ¶ Tambien se puede legar las cosas incorporales, como : derechos, deudas y servidumbres. Si se pidiere y cobrarse la deuda legada, se entiende revocado el legado. \* Pero si el deudor la paga de su grado, sin habérsela pedido, debe el heredero dar al legatario la cosa ó estimacion, que hubiese cobrado el testador ; porque se entiende, que este la guardó con este fin, l. 15.

18. *Legado de cosas en jénero, especie ó cantidad.* — Los juriscultos entienden por *jénero*, lo que los filósofos llaman *especie* : v. g. *predio, siervo, caballo* : y por *especie*, un individuo : v. g. *Pesillo, Bucéfaló, Damian*. Cantidad es el jénero determinado á cierto número, v. g. treinta onzas de oro, mil pesos &c. Cuando el testador lega una cosa en jeneral, como un caballo &c. es del legatario el derecho de escojerlo, si el testador tenía caballos ; pero no podrá escojer el mejor ; mas si no tenía, podrá el heredero comprar uno, regular ó comunmente bueno, para darlo al legatario, l. 23. debiendo tener lugar esta doctrina en las cosas naturales, mas no en las obras de los hombres, en que hay otra regla ; porque si el testador lega una casa sin señalarla, debe el heredero dar una de las del testador, cualquiera que sea ; si solo tuviese una, aquella misma (2) y si no tuviese ninguna, no vale el le-

(1) En los gobiernos monárquicos hace una estremada sumision que se tenga como sagrado todo lo que toca á los Reyes. Hasta el mismo imperio se dice *sagrado* en la China.

† §. 4. Inst. de legat. l. 41. §. 1. cum duob. seqq. de legat. l. — ¶ §. 2. Inst. de inut. stipul.— \* §. 21. Inst. de legat.

(2) En el testo de la ley 23 hay un error de imprenta en usar de plural por singular, dijo el Dor. Vivero en su nota. La ley usa de la palabra *una*



gado. || Si faculta el testador al legatario para que escoja de dos cosas la una, no podrá arrepentirse despues de haberla escogido, † y si el facultado fuese un tercero, y no escojiese dentro de un año, por no poder ó no querer, pasa esta facultad al legatario, l. 25. ††

19. *Error en el nombre del legatario ó de lo legado.* — Para que valga el legado, debe como en la herencia constar ciertamente de la persona á quien se lega, y á esta constancia no se opondria que el testador se hubiese equivocado, ó errase en el nombre de la persona : v. g. *lego mi coche á mi sobrino Pedro, hijo de mi hermana Lucía* : si Lucía no tuvo ó tiene mas de un hijo, pero este no llama Pedro sino Jorge, el legado vale, porque es el nombre y no la persona la equivocada, l. 28. de tit. 9. — Si se equivoca el testador llamando laton el oro, ó si sin determinar el jénero, ó reducir á cantidad, lega oro, paño, vino ; será un legado irrisorio, y no vale aunque el legatario quiera probar que fué la intencion dejarle oro y no laton ; d. l. 28. ¶

20. *Legado con causa ó modo, y cuando pasa su dominio.* — A veces añade el testador en los legados algunas espresiones, que forman condicion, causa ó modo. De las condiciones hemos tratado en el tit. ant. Causa es : *motivo que espresa el testador haber tenido para legar, como : lego á Pedro cien pesos, porque cuidó de mis negocios* ; y en este caso, aunque la causa sea falsa, el legado es válido, ll. 20. y 21. \* Modo es : *espresion del fin para que se hace el legado, como : lego á Juan 50 pesos, para que me haga un sepulcro* : y entonces debe entregarse el legado á Juan, dando fiador de que cumplirá lo que le mandó el difunto ; y gana su dominio luego que lo cumpliere, ó hiciese cuanto estuvo de su parte por cumplirlo, l. 21. Y en todo legado de cosa cierta, que se deja sin condicion, pasa el dominio de la cosa al legatario, luego que muere el testador ; de modo que, aunque el legatario falleciese antes de que el heredero entrase en la herencia, ó antes que él mismo legatario entrase en la posesion de su legado, este será siempre del heredero del legatario. Pero en los legados condicionales, si muriere el legatario antes de cumplida la condicion, no vale el legado, y queda su dominio en el heredero, l. 34. \*\* Si se legase el usufructo de alguna cosa, se deberá al

*casas*, lo mismo que diría unas *bragas*, empleando la terminacion plural para designar un solo objeto ó cosa; locucion muy usada hasta ahora en las escrituras públicas : *las casas de su morada, las casas que fueron de Pedro Puelles*. No hay error de impresion en la ley, ni resulta ambigüedad de contexto.

|| L. 13. l. 71. de legat. 1. — † L. 5. de legat. 1. — †† L. ult. §. 1. C. commun. de legat. — ¶ §. 29. Inst. de legat. l. 4. de legat. 1. — \* §. 31. Inst. de legat. — \*\* L. un. §§. 1. 5. et 7. C. de cad. toll. l. 5. quan. dies leg. v. fideic. cedat.

legatario desde que el heredero entrare en la herencia, y no antes, l. 35. £

21. *Desde cuando se deben los frutos.* — Si viviendo el testador tuviese la cosa algun aumento, por haberse construido una casa en el lugar legado, ó añadido por aluvion al campo, ó de otra manera, será del legatario la cosa con su aumento, l. 37. ££ Los frutos de la cosa legada se le deberán desde el dia en que el heredero entró en la herencia, d. l. 27. en cuya gl. 4. juzga López ser muy probable, que después de la l. 1. tit. 4. lib. 5. R. se le deben desde la muerte del testador.

22. *La misma cosa legada á dos.* — Si este lega á dos una cosa, la partirán igualmente, sea que los haya nombrado juntos, ó á cada uno por separado: y la parte que deja de tomar el uno, por muerte ó renuncia, acrece al otro, l. 33. † El legatario es libre á admitir ó no la cosa legada; pero no puede admitir una parte de ella, y desechar la otra, aunque sea un cuerpo, que contiene en sí muchas cosas, como una manada, que contiene muchas cabezas, †† mas de los herederos del legatario puede uno admitir la suya, y desechar otro la que le toca. Si el legado consta de muchas cosas, puede el legatario tomar la que quiere, y dejar las otras, á menos que le dejaren una cosa con carga, y otro sin ella, en cuyo caso no podría tomar esta, y dejar aquella, l. 36.

23. *Cuando se estinguen los legados.* — Veamos ahora como pierde el legado su valor: — 1.º Por la revocacion del testador, sea que borre la escritura en que estaba escrito; sea que lo borre en el codicilo, conservando el testamento en que lo dejaba, l. 39. ||—2.º Si lo legado se perdió ó murió sin culpa del heredero, l. 41. — 3.º Si de la cosa legada hiciese el mismo testador una nueva especie, que no pudiese reducirse á su primer estado, como de lana, paños; de madera, una casa, nave &c. l. 42. \* — 4.º Si lega el testador un carro ó carreta, se debe dar al legatario con la bestia, que lo traía; pero si esta muere, se estingue el legado; á menos que el testador la remplace, d. l. 42. porque se considera la bestia como principal; y es bien sabida la regla, que sin lo principal no tiene lugar lo accesorio, \*\*—5.º Si diere á otro el testador la cosa que tenía legada, se entiende que lo hizo con intencion de revocar el legado, y quedará estinto; pero se presume lo contrario, si la vendió ó empeñó, y deberá el heredero dar al legatario el precio en que fué vendida ó empeñada; bien que tanto en el caso de donacion, como en el de venta ó empeño, podrá probar contra la presuncion el que se interese en ello, ll. 17. y 40. †—

— £ §. 19. Inst. de legat.—££ d. l. un. §. 6.—† §. 8. Inst. de legat.—†† L. 6. de legat. 2.—|| L. 16. de adim. vel transf. leg.—\* L. 88. de legat. 3.—\*\* L. 129. §. 1. de div. reg. jur.—† §. 12. Inst. de legat. l. 8. l. 24. §. 3. de adm. vi transf. leg.

6.º Se estingue finalmente el legado, si despues de hecho el testamento, adquiriese el legatario el dominio de la cosa, por título lucrativo, pero no por título oneroso; porque entonces puedo pedir al heredero la estimacion de ella, l. 34. || Título lucrativo es el que nada cuesta, como: donacion, legado; y oneroso, el que cuesta algo, como: compra, permuta. Se estingue en el primer caso por el axioma: *de no poder concurrir dos causas lucrativas en una persona, acerca de una misma cosa*, ¶ En conformidad de esto, si dos testadores legasen á Pedro una misma cosa, cada uno en su testamento, y consiguiera en fuerza de uno de ellos su posesion y propiedad, en términos que no se podría quitársela segun derecho, nada podía pedir por ella en virtud del otro testamento; pero si primero lograrse por uno de ellos la estimacion de la cosa, bien podría pedir despues la misma cosa en virtud del otro, l. 44. †

24. *Una misma cosa legada dos veces.* — Si á uno mismo legase el testador dos veces una misma cosa determinada, como una viña, no está el heredero obligado á darla mas de una vez. Lo mismo sería si le legara muchas veces cierta cantidad de dinero, ó otra cosa de las que se puede contar, pesar ó medir, á menos que probare el legatario haber sido la voluntad del difunto, que se le dieran cuantas veces lo espresó. \* Pero si habiéndole legado en el testamento cierta cuantía, se la legara otra vez en el codicilo, se la deberá dar dos veces el heredero, á menos que probare haber sido la voluntad del testador, que solo le diera una vez, l. 45. de suerte que en el primero de estos dos casos está la presuncion á favor del heredero, y del legatario en el segundo.

25. *Donde se puede pedir el legado.* — Cuando la cosa legada es cierta ó determinada, puede pedirla el legatario, ó donde morare el heredero, ó en el lugar donde existiere la mayor parte de los bienes del testador, ó en cualquiera otro en que se hallare la cosa legada: y si el heredero mudase engañosamente la cosa de un lugar á otro, para perjudicar al legatario, debe llevarla á su costa al lugar donde estaba, y darla al legatario. Pero si el legado fuese en jeneral, como: *lego á Pedro un caballo*, sin espresar cual, ó se legare cierta cantidad de cosa, que se puede contar, medir ó pesar, podrá pedir Pedro el legado en el lugar de la morada del heredero, ó donde estuviere la mayor parte de los bienes del difunto, ó en cualquier otro, en que el heredero empezare á pagar los legados: y si el testador señaló lugar y tiempo, se ha de cumplir este señalamiento, l. 48.

26. *Cuarta falcidia.* — Es muy famosa en el derecho Romano la *ley Falcidia*, que mengua los legados, para asegurar la adi-

|| §. 6. Inst. de legat. — ¶ l. 17. de oblig. et act. — † d. §. 6. Inst. — \* l. 34. §. 3. de legat. 1.



cion de la herencia, sin la cual no podía subsistir testamento alguno, † Se trata de ella en el tít. 11. P. 6. pero como por la l. 1. tít. 4. lib. 5. R. tantas veces citada, no es necesaria en el día la adición de la herencia, para que valga el testamento; opinan Gómez, *lib. 1. var. cap. 12. n. 11.* y otros, que esta *ley Falcidia* ya no tiene lugar entre nosotros. Sin embargo nos parece mucho mas probable la opinion contraria de Pichard. *in Inst. pr. de lege Falcidia, n. 33.* Matienzo, *in d. l. 1. glos. 19. nn. 18. et 19.* Molina, *de Hispan. primog. lib. 1. cap. 17. nn. 10. et 11.* Castillo, *de Usuf. cap. 60.* y otros muchos. Admitida esta opinion, decimos: que por esta ley debe quedar al heredero la cuarta parte de la herencia, que se llama, *cuarta Falcidia*. Si el testador pues, distribuyera todos sus bienes en legados, de modo que nada quedase para el heredero, quitará este á cada legatario la cuarta parte de lo que se le deja, para formar su *falcidia*; y si le quedare algo, quitará á cada uno á proporcion de lo que le falte para completarla. Si el heredero fuese descendiente ó ascendiente del testador, á quien se debe su legítima, segun hemos explicado, tratando de las mejoras de tercio y quinto, deberá sacar esta, pero no tambien la *falcidia*, como lo prueba López, *gl. 3. l. 1. d. tít. 11.* la que añade, que tambien se saca la cuarta de las donaciones que se hacen por razon de la muerte. ||

27. Antes de que el heredero saque su cuarta, se debe bajar y pagar las deudas del difunto, los gastos de su muerte, y los del testamento ú otras diligencias pertenecientes á su mortuoria, \* así lo dispone la l. 2. d. tít. 11. pero en cuanto á gastos de entierro, téngase presente lo dicho en el tít. ant. n. 31. que solo rebajan la herencia, cuando á nadie se deja el quinto, porque si se deja, se sacan de este, l. 13. tít. 6. lib. 5. R. Para sacar la *falcidia*, debe considerarse el valor de los bienes del difunto, segun el tiempo de su muerte; de modo que el aumento ó disminucion que tengan despues de esta, es en beneficio ó perjuicio del heredero, y no del legatario, á quien queda siempre la misma porcion, l. 3. d. tít. 11. \*\* No están sujetos á la deduccion de la *falcidia* los legados siguientes: — 1.º Los que se dejan á Iglesia, pobres, lugar relijioso, ú otra obra de piedad. — 2.º Los que se dejan en testamento militar, l. 4. † — 3.º Los de cosa cierta, cuya venta ó enajenacion prohiba el testador al legatario. l. 6. †† Si paga el heredero algunos legados sin deducir su cuarta, porque creyó que alcanzaba la herencia sin esta deduccion, deberá pagar los otros del mismo modo; á menos que despues que empezó á pagar así, se descubra alguna gran deuda del difunto; porque

† Pr. Inst. de leg. Falcid. — || L. 2. C. de don. mort. caus. — \* §. 2. Inst. de leg. Falc. — \*\* §. 2. eod. — † Aut. simil. C. de leg. Falc. l. 12. C. de test. milit. — †† Nov. 119. cap. 11.

entonces la podría sacar de aquellos legados, que no hubiese pagado todavía, d. l. 6. Pierde la falcidia el heredero, que maliciosamente cancelase el testamento ó legados, para que no valiesen; y el que hubiese hurtado alguna de las cosas legadas, ó la negase maliciosamente, si fuere vencido en juicio, por cualquiera de estas causas. Tampoco se suca la falcidia cuando lo prohíbe el testador, d. l. 6. † y cuando el heredero no hubiese hecho inventario, l. 7. ††

28. *Fideicomisos y trebeliánica.* Pueden referirse á los fideicomisos singulares ciertos encargos secretos que suelen hacer los testadores á sus herederos ó albaceas, ó confesores y los distinguimos con nombre de *comunicatos*, acerca de los cuales y con este nombre particular no hallamos ley que algo disponga espresamente: pero si el comunicato se hizo al confesor, no deberá tener efecto; porque entonces se frustraría facilmente lo que prohibió la l. 15. tít. 20. lib. 10. Nov. que fueron el auto acordado y cédula de 18 de agosto de 1771 que citamos en el tít. 5. n. 10. Así como no debe ahora tener lugar entre nosotros, lo que disponen algunos, sugeridos en artículo de muerte por sus confesores, reconociendo nuevamente los principales de censos que en vida trasladaron en virtud de la ley al tesoro nacional. Censos que en la mayor parte se fundaron en favor de los Conventos ó que acaso los disfrutaban los mismos confesores, y que mandando reconocerlos de nuevo, se hace una manda formal contra la intencion bien manifiesta de la ley recopilada que está vijente. — Tratemos ahora brevemente de los fideicomisos, que se dividen en universales y singulares. De los primeros hablan las ll. 14. tít. 5. y 8. tít. 11. P. 6. y de los segundos la 3. y otras del tít. 9. d. P. 6. Fideicomiso en jeneral es: *todo aquello que con palabras oblicuas dispuso el difunto, que se diese á alguno.* Universal ó hereditario es aquel en que el testador manda ó ruega al que establece heredero, que restituya la herencia á otro. Cuando esto suceda, tiene el heredero derecho de retener la cuarta parte de la herencia, que se llama *trebeliánica*, y es muy semejante á la falcidia. Debe contar el heredero en esta parte las cosas que le mandó el testador, y que percibió. Si los frutos que tomó de la herencia, mientras la tuvo, montaren tanto cuanto la cuarta, nada puede tomar de la herencia, y debe entregarla íntegra: si importasen menos, los tendrá á cuenta de la cuarta, y completará esta, tomando de la herencia lo que falte: si valieren mas que la cuarta, se quedará con todos ellos, siempre que entregue la herencia en el dia, que hubiese señalado el testador. Pero si el testador no señaló dia cierto, y aquel á quien debía entregarse la herencia, fué negligente en pedirla, sabiéndolo; tendrá el heredero los frutos, sin contarlos en

† Nov. l. cap. 2. — †† L. ult. C. de jur. delib

su cuarta. Y si el heredero fué rebelde, difriendo maliciosamente la entrega de la herencia, debe dar los frutos con esta, aunque valgan mas que la cuarta. Toda esta doctrina es de la l. 8. que añade : no debe entenderse en el caso de ser hijo del testador, el que debe restituir la herencia ; porque este retendrá todos los frutos, que hubiese percibido de la herencia, sin hacer por ello descuento alguno de la legítima que se le debe. Nos parece que deberá decirse lo mismo, si el heredero fuese ascendiente del testador, puesto que concurre la misma razon de ser su heredero forzoso ; pero convenimos con López, *gl.* 9. d. l. 8. en que el hijo no podrá sacar á un tiempo la legítima y la cuarta trebeliánica, segun dijimos de la falcidia. n. 26.

29. La diferencia de la misma l. 8. sobre que solo el heredero, que admite la herencia por su voluntad, puede sacar la cuarta y tomar frutos, y no el que es apremiado; no tiene lugar en el dia, en que cesa la precision de apremiar, y puede admitir la herencia el sustituto, aunque su principal la deseche, l. 1. tit. 4. lib. 5. R. Advertimos finalmente, en cuanto á fideicomisos universales, que el heredero, que restituye, debe pagar las deudas del difunto á proporcion de su cuarta, d. l. 8. *Fideicomiso singular* es aquel en que el testador ruega al heredero, ó á aquel á quien lega algo, dé á otro una ó mas cosas singulares : en cuyo caso debe cumplir el heredero lo que se le manda, y lo mismo el legatario hasta aquella cuota que montare lo que se le legó. \* Y nótese, que se puede gravar con fideicomisos no solo en testamento, sino en codicilo, y tanto á los herederos abintestato, como á los testamentarios; ¶ siempre que no sea con gravamen de sus legítimas á los herederos forzosos. l. 3. tit. 9. P. 6. \*\*

30. *Que no se puede en codicilo.* — Concluyamos este Tit. añadiendo á lo que hemos dicho en el 4. n. 16. sobre codicilo : que no se puede dar ni quitar directamente la herencia por codicilo, † pero que sí puede darse y quitarse indirectamente, como : si alguno mandase ó rogase en él, sin haber hecho testamento, que su heredero abintestato diese la herencia á Pedro ; y que sucedería lo mismo, si habiendolo otorgado, mandase ó rogase esto mismo al heredero que instituyó, en cuyo caso debe sacar este la cuarta trebeliánica, ll. 2. tit. 12. y últ. tit. 11. P. 6. Finalmente, no se rompe el codicilo por otro posterior, á menos de constar, que quien lo hizo, quiso que no valiera el primero, || ni por haberle nacido despues un hijo al que otorgó el codicilo, á diferencia del testamento, en que sucede todo lo contrario, l. 3. d. tit. 12. como hemos visto.

\*. §. 1. Inst. de sing. reb. per fideic. rel. — \*\* §. 10. Inst. de fideic. her. — † L. 3. C. de testam. — || L. 3. C. de codic.



## TÍTULO VII.

## DE LAS SUCESIONES INTESTADAS. DE LA PERDIDA DE LA HERENCIA Y DEL ALBACEAZGO.

TIT. 13. P. 6. — TIT. 8. LIB. 5. R. — TIT. 20. LIB. 10. NOV.

1. *Base de las sucesiones.* — Siguiendo las leyes los grados de amor y afección con que la naturaleza se pronuncia en los vínculos de la sangre, han establecido el orden de suceder, primero los descendientes, después los ascendientes y por último los colaterales de aquel cuya voluntad no consta, porque finó sin testar.

2. *Intestados.* — Intestado es el que muere sin testamento, ó hizo testamento nulo, ó si lo hizo válido, se rompió ó rescindió; l. 1. tit. 13. P. 6. Los primeros llamados á sucederle son sus descendientes varones ó hembras, estén en la patria potestad ó fuera de ella, sean hijos ó nietos ó adelante; con la diferencia de que los hijos suceden por *cabeza* ó *persona* y los nietos, bisnietos &c. por *estirpe*.


3. *Qué es suceder por cabeza ó por estirpe.* — Es suceder por *cabeza*, heredar por su *propia persona*, cada *individuo* por sí: suceder por *estirpe*, es *representar* uno ó muchos para tener parte en la herencia al que estaba llamado en persona: en la sucesión por estirpe, hay como una ficción de derecho suponiendo que los descendientes más remotos ocupan el lugar de su difunto padre; por lo cual, cuando se sucede por *cabezas*, se divide la porción hereditaria en tantas partes, cuantas son las personas ó individuos: y siendo por estirpes, en tantas cuantas son las ramas de descendencia. Así por ejemplo; si fallece Juan dejando *un hijo*, *dos nietos* sin padre, y *tres bisnietos* sin padre, ni abuelo; se dividirá la herencia en tres porciones, una para el hijo que sucede por cabeza; otra para los dos nietos, y la tercera para los bisnietos que suceden por la representación de su padre y abuelo; ll. 2. y 3. d. tit. 13. \* Aunque Juan no dejase hijo ninguno, sino nietos y bisnietos de dos ó más hijos; las porciones han de ser tantas, cuantos fueron los hijos, no cuantos son los nietos y bisnietos. Para la herencia por cabezas ó por estirpes, los hijos, nietos &c. es menester que no sean *abortivos*, conforme á lo que exige la l. 2. tit. 8. lib. 5. R. y queda dicho en el §. 1. tit. 2. lib. 1.

\* §. ult. Inst. de hered. quæ ab int. defer.

4. *Como suceden los legitimados.* — Los legitimados por *matrimonio* suceden á su padre y á su madre junto con los legítimos; y prefieren á los que obtuvieron *rescripto* de legitimacion para heredar á sus padres, aunque el *rescripto* hubiese sido anterior al nacimiento ó al matrimonio con que se legitimó: mas respecto á honras y preminencias y á suceder á los otros parientes, son iguales á los legítimos. l. *recop.* 10. d. *tít.* 8. que deroga á la 11. *tít.* 13. P. 6. en cuanto llamaba á los hijos naturales juntamente con los legítimos para la sucesion de la madre.

5. *Sucesion de los naturales, espurios y adoptivos.* — Si el padre solo deja hijos naturales, le sucederán en dos partes, de las doce en que dijimos se dividía la herencia, y las partirán igualmente con su madre, l. 8. d. *tít.* 13. sin que pueda embarazarlo la viuda del difunto, l. 9. No hallamos que los espurios estén llamados á la sucesion del padre; antes prueba lo contrario la l. 7. d. *tít.* 8. lib. 5. R. que solo los llama á la sucesion de la madre. V. *tít.* 5. nn. 4. 5. 6. 7. y 8. de este lib. Las ll. 8. y 9. *tít.* 16. P. 6. dan á los adoptivos el derecho de suceder á su padre adoptivo; pero los intérpretes, atendiendo á las ll. 5. *tít.* 6. lib. 3. l. *tít.* 22. lib. 4. del *Fuero Real*, y la 1. y 10. *tít.* 8. lib. 5. R. juzgan que esto debe entenderse, cuando el padre adoptivo no tuviere hijos legítimos y naturales, López, *gl.* 5. d. l. 8. Pichardo, *lib.* 3. *inst. tit.* 1. §. n. 4; y aun en este caso es de dictamen Acevedo d. l. 1. R. n. 66. que los ascendientes legítimos y naturales del padre adoptivo escluyen á dichos hijos, bien fundado en d. l. 1. (1)

6. *Sucesion de la viuda ó cuarta marital.* — Aunque este primer orden escluye á los otros dos, admite á la viuda del finado, que no tuviese de lo suyo con que poder vivir bien y honestamente, correspondiéndole la cuarta parte de los bienes de su marido, que no ha de pasar de cien libras de oro. (2) Covar. *de veter.* núm. *col. cap.* 6. Gómez, 2. *var. cap.* 4. n. 6. Ayllon &c. tratan del valor de estas libras; mas Gutier. *de jur. confirm. part.*

(1)  Por lo mismo que la adopcion no es mas que imitacion de la naturaleza, no debe el hijo adoptivo ser de mejor condicion que el natural para suceder al padre intestado, ni sus relaciones con el adoptante deben destruir las de la sangre para darle esta preferencia. El reconocimiento que hubiese hecho el padre de su hijo natural, prueba tanto su amor como pudiera creerse que lo prueba el acto de adopcion respecto del adoptado. Y por lo que mira á los legitimados por *rescripto*, esta legitimacion no es de mas fuerza que la que viene por *matrimonio* y no obstante esta, la ley que dice sigue por regla en la sucesion el mayor amor, autoriza al que tiene ascendientes legítimos para nombrar de heredero á su hijo natural. Parece por tanto mas fundada la opinion de Matienzo en la l. 9. *tít.* 8. lib. 5. R. que no la de Febrero ni Acevedo.

(2) Que equivalen á 5,135 de nuestros pesos de á 8 reales.

1. *cap. 4.* quiere que en esto se esté á la costumbre. Debe sacarse esta cuarta de todos los bienes, porque es deuda legal, á cuyo pago están sujetos todos ellos, aunque el marido haya testado, sino es que fuese tan rico, que pudiese vivir ella con menos que le dejase d. l. 7. tít. 13. *que si no dejare á tal mujer con que pudiese bien y honestamente vivir.* Las leyes de la Recop. no derogan este derecho, porque nada establecen en perjuicio de los acreedores, cual es la mujer; pero se sujeta esta cuarta á la reservacion, de que hablaremos en el núm. 16. y segun algunos espositores compete igualmente al viudo pobre.

7. 2.º *orden. Sucesion de los ascendientes.* — El segundo orden es de los ascendientes del difunto, segun la proximidad de su grado, porque no tiene lugar en él la representacion y el mas cercano escluye siempre al mas remoto; pero sí le tiene la *sucesion en líneas*, por lo que la una mitad de la herencia va á la línea paterna, y la otra á la materna, cuando concurren los abuelos de ambas; de lo que se sigue: — 1.º Que el padre y la madre dividen la herencia con igualdad. — 2.º Que si solo el uno sobrevive, se la lleva toda, con exclusion de los abuelos. — 3.º Que existiendo un abuelo de una línea y los dos de la otra, aquel tomará una mitad, y estos dos la otra. — 4.º Que sobreviviendo un solo abuelo, la tomará toda; sin que en ningun caso se haga distincion de bienes paternos y maternos, salvo donde es costumbre tornar los bienes al tronco, ll. 1. y 4. d. tít. 13. P. 6. Así, este modo de suceder en líneas, no es por estirpes, porque no da lugar á la representacion, excluyendo el próximo al remoto; y no es por cabezas, porque un solo abuelo de una parte rca tanto como los dos de la otra. A falta de ascendientes legítimos, suceden los naturales en los mismos términos, que los hijos naturales suceden á sus padres, l. 8. d. tít. 13. mas el padre adoptivo no sucede al hijo adoptado.

8. 3.º *orden. Colaterales.* — El tercer orden es de los parientes laterales ó de travieso, que aunque sean hermanos del difunto, nunca concurren con sus ascendientes, l. 4. d. tít. 8. que deroga á la 4. d. tít. 13. que llamaba á los hermanos y sus hijos junto con los ascendientes. A falta pues de descendientes y ascendientes del difunto, le suceden: — 1.º Los hermanos de ambos lados y sus hijos. — 2.º A falta de estos, los hermanos de un solo lado y sus hijos. — 3.º Si concurrieren hermanos de padre ó sus hijos, con hermanos de madre ó sus hijos, se dividirán los bienes de modo, que los paternos vayan á los hermanos de padre, y los maternos á los de madre; y los demas bienes se partirán entre todos con igualdad, ll. 5. y 6. d. tít. 13. — 4.º Si el difunto no dejase hermano sino hijos de hermanos, le sucederán estos por cabezas, haciéndose tantas partes iguales entre ellos, cuantas son sus personas, á diferencia de cuando concurren con sus tíos, que



sucedan por estirpes, d. l. 5. tít. 8. lib. 5. R. con esclusión de los tios del difunto, l. 6. d. tít. 13. que despues de los hermanos y sus hijos llama á los parientes mas cercanos por solo la razon de su mayor proximidad. De lo espuesto resultan los axiomas muy importantes: — 1.º *En la línea lateral la representacion no pasa de los hijos de los hermanos, y solo tiene lugar en ellos, cuando concurren con sus tios.* — 2.º *La preferencia que da el doble vínculo ó parentesco por parte de padre y madre no pasa de los hermanos.*

9. Mas téngase presente, que si Pedro deja su casa á tres hermanos suyos, y sobrevive á los dos, el tercero hereda toda la casa, y nada los hijos de aquellos; porque el derecho no concede representacion por testamento entre los transversales, sino abintestato, y esto en el caso y grado referidos y no en otros. Se acrecerán pues al hermano sobreviviente, las partes de los dos hermanos que murieron antes que Pedro, así por esta razon, como por las mas que aduce Febrero, *part. 1. cap. 1. §. 8. n. 174.*

10. *Entre naturales y lejitimos* — Pero al natural suceden los hermanos naturales y sus hijos por este orden: — 1.º Los naturales por ambos lados escluyen á los naturales por un lado, según López, l. últ. d. tít. 23. *gl. 3.* y Gómez l. 9. *de Toro*, n. 50. — 2.º Los del lado materno, d. l. últ. debiendo ser preferidos los que de estos sean lejitimos, como se prueba por el *vers. Fuera ende y sig. d. l. últ.* y lo advierte López, *gl. 2.* bien que Gómez n. 49. defiende lo contrario. — 3.º Los de parte de padre, debiendo ser preferidos los lejitimos, según ley espresa, *d. vers Fuera ende.*

11. Si se trata de un lejitimo, que no deja parientes lejitimos, le suceden los naturales por parte de madre, d. l. últ. al fin, con absoluta esclusión de los de parte de padre, aunque sean hermanos. No sabemos, que otro alguno defienda esta opinion; pero la sostenemos con firmeza por conforme á d. l. últ. porque 1.º dice: *otrosi, que los hijos naturales no han derecho de heredar los bienes de los lejitimos.* ¿ A qué deberá referirse la palabra *lejitimos* sino á la de *hijos*, que no era necesario repetir, y decir: *de los hijos lejitimos?* 2.º continúa: *ni de los parientes otros, que les pertenecen por parte de su padre:* estas palabras, *ni otros*, prohíben que sean heredados los parientes paternos, despues de haber prohibido esto mismo á los hijos lejitimos, que son los hermanos paternos del natural, que no puede heredarles.

12. López, *gl. 7.* Gómez *núm. 48.* y otros defienden lo contrario, fundados en que sucediendo el hermano lejitimo al natural, debe este suceder al lejitimo; pero esta sucesion no es recíproca, porque 1.º Si la hubiese querido la ley, la habría espresado, como la 8. del mismo tít. hablando de la línea recta. 2.º No se comparan aquí naturales con naturales, como en la 8. si.



no naturales con legítimos, y la condicion de estos es mejor, segun la misma l. últ. que tal vez por esto quiso esta desigualdad. 3.º La reciprocidad es regular, mas no precisa; y así vemos que el adoptado hereda al adoptante, y no al contrario.

13. *Hasta qué grado succeden los colaterales* — Por la l. 6. tít. 13. P. 6. estaba fijado el *décimo grado* de parentesco para las sucesiones intestadas; mas la 6. tít. 22. lib. 10. Nov. dispone sobre las herencias abintestato en el concepto de estar reducidas al *cuarto grado*. En cuanto á que este deba computarse por el derecho civil ó canónico, están diverjentes los espositores. Constantemente se ha dicho que la computacion de grados canónica servía para los matrimonios, y la civil para las sucesiones y otros efectos. La l. 6. citada de Part. se contrajo al arreglo de las sucesiones y señaló el *décimo grado*: las cédulas de Carlos III. de 1785 y 1786 que son la l. 6. de la Nov. y la de 25 de setiembre de 1798, aunque no contraidas al asunto preciso de fijar el grado para la sucesion, sino de dar forma á la recaudacion de bienes *mostrencos, vacantes y abintestatos*, hablan de estos últimos como pertenecientes al fisco, si no hubiere parientes dentro del 4.º grado. Si despues de esto, nada hay, como quieren los intérpretes, decidido espresamente sobre cual cómputo ha de seguirse en estos grados que mencionan las ll. referidas; el camino mas seguro sería resolverse por la misma regla que presume el afecto del testador respecto de sus parientes y no de estranos ni del fisco, y tomarse los grados por el lado mas lato. (A)

14. *Los religiosos y sus conventos están excluidos de las herencias abintestato*. — Por ser tan opuesto á su absoluta incapacidad personal, como repugnante á la profesion que hacen de renunciar al mundo y todos los derechos temporales, al emitir los tres solemnes é indispensables votos de sus institutos, prohibe la l. 17. tít. 20. lib. 10. Nov., (que fué la prág. de 6 de julio de 1792) que los religiosos profesos de ambos sexos hereden á sus parientes abintestato, ellos, ni sus conventos á título de representacion ni otro concepto; previniendo que los tribunales *no admitan ni permitan* admitir demanda sobre el particular. En cédula de 29 de noviembre de 1796 se declaró otra vez que los religiosos profesos de ambos sexos son *incapaces* de testar, y tambien lo son de toda sucesion intestada, así ellos como sus conventos. *Matr. ya, páj.* 449.—No pueden heredar abintestato; ¿pero podrán ex-testamento? Si la misma ley pone por fundamento para separarlos de la sucesion intestada, la resistencia de los votos, entre ellos el de pobreza, que á su profesion hicieron; su incapacidad queda la misma para adquirir bienes y derechos por testamento. El Concilio tridentino \* prohibió efectivamente, mas solo á los fran-

\* Sess. 22. de reform. cap. 6.

ciscanos ser nombrados herederos. La costumbre de España se había sobrepuesto á la ley que en jeneral ordenaba : *no dar ni mandar cosa alguna á hombre de religion despues de profesos*. l. 10. tít. 5. lib. 3. *del Fuero Real*; y triunfó la costumbre obteniendo una sancion legal; la cédula de 29 de abril de 1804 manda se cumpla la declaracion hecha que está en la l. 38. tít. 15. lib. 1. N. Cod. *de las leyes de Indias*, de que los relijiosos profesos de ambos sexos, siempre que su Orden pueda *poseer bienes*, quedaban capaces para recibir y gozar herencias, capellanías eclesiásticas ó legas y demas cosas á que sean llamados, percibiendo el usufructo de los raices mientras su vida y que muertos vuelvan á sus parientes. — En el Ecuador, si se deja á las relijiones bienes raices los toma el fisco y reconoce su valor en favor de los nombrados. (B)

15. ⚔ Se ponen sobre las herencias algunas contribuciones, como para las *casas santas de Jerusalén*, y en el Ecuador tambien para la *canonizacion de la B. Mariana de Jesus*, y estas se llaman *mandas forzosas*: son á voluntad del testador en lo que mira al tanto ó cuanto: pero no así el gravamen para fondo de manumision de esclavos impuesto por la ley de 21 de julio de 1821, reformada por la de 22 de abril de 1839, y subido por la de 27 de setiembre de 1852, que muerde en mayor ó menor cantidad fija las herencias, segun los grados de menor ó mayor cercanía de los herederos. — En España hubo el impuesto decretado en noviembre de 1800 que ó no llegó á efectuarse entre nosotros ó dejó luego de tener efecto. Los anteriores que están en vigor, han de deducirse primero de las herencias para entregarlas despues á los herederos propietarios.

16. *Reservas*. — El cónyuje que queda con hijos y pasa á segundo matrimonio, debe reservar para los del primero y sus herederos siguiendo el mismo orden de sucesion: — 1.º Los bienes que adquiere del cónyuje difunto, por arras, testamento, fideicomiso, legado, donacion entre vivos ó por causa de muerte, ó por otro cualquier título lucrativo, aunque sea el de arras ó donacion de joyas por causa del matrimonio ó por cualquiera otro legado, ó fideicomiso. — 2.º Los dados á la mujer por los parientes ó amigos del marido, Gómez, l. 15. *de Toro*, n. 7. — 3.º Los que han pertenecido al cónyuje, por sucesion intestada de alguno de sus hijos, l. 1. tít. 2. lib. 3. *del Fuero Real*, Gómez, n. 2. — 4.º con tal que este los haya heredado de su padre ó madre, Gómez, n. 2. † — No tiene lugar la reserva: — 1.º En la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio, que pertenece á cada uno de los cónyujes, l. 6. tít. 9. lib. 5. R. porque esta ganancia no va al un cónyuje por el otro, sino por la ley. — 2.º En

\* L. 3. C. de secund. nupt. — † Authent. ex testam. C. de secund. nupt.

los bienes del hijo, que van al cónyuge por título, que nace de la voluntad del mismo hijo, como testamento, porque sucede en ellos como cualquier extraño, Gómez n. 2. \* no debe decirse, que por esta misma razón podría disponer el cónyuge de los bienes, que adquiere por testamento del otro; ya por la especie de injuria que le hace pasando aquel á segundo matrimonio, ya porque es natural que el cónyuge testado repugne, que los bienes pasen á hijos extraños con perjuicio de los propios.

17. Para seguridad de la reserva están hipotecados los bienes del cónyuge á favor de los hijos, l. 26. tit. 13. P. 5. y si enajenare los que debe reservar, se sostendrá la enajenación hasta la muerte, despues de la cual se revocará, porque podría suceder que sus hijos muriesen antes que él, y entonces subsistiría la enajenación, Gómez, d. 1. n. 5. Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos con igualdad sin mejorar á ninguno, Gómez, n. 3. †

18. Como la reserva es en favor de los hijos, cesa: 1.º Si estos no existen cuando muere el cónyuge, á menos que haya descendientes de dichos hijos, para los cuales continúa. Acev. l. 4. tit. 1. lib. 5. R. — 2.º En caso de que el cónyuge finado hubiese concedido licencia al sobreviviente, para que contraiga segundo matrimonio. — 3.º Si lo contrajese de consentimiento de sus mismos hijos á quienes habia de aprovechar la reserva, Gómez, n. 6. l. 14. y Acev. d. l. 14. donde se inclina á que basta que el consentimiento sea tácito, comprobado por algun hecho. En estos casos la mujer, que por el segundo matrimonio se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gómez, d. n. 3. Acev. d. l. 4. n. 36. ‡ — Y conservará el usufructo, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados y velados, Acev. n. 35. Se disputa si ha lugar á la reserva, cuando la viuda vive licenciosamente; Gómez, n. 16. está por la negativa, pero nos inclinamos á la afirmativa de Acev. n. 10. El lecho cotidiano, que por muerte del un cónyuge queda al sobreviviente, si este vuelve á casarse, debe restituir á los herederos del difunto; por mitad si se dedujo de los bienes gananciales, y por entero si á falta de ellos se sacó de los bienes del cónyuge finado; l. 6. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real.

19. *Pérdida de herencia.* — En jeneral todo heredero debe perder la herencia: — 1.º Si entrase en ella antes de querrellarse judicialmente de la muerte que causaron al testador los de su familia; ó si causada por otros extraños, no se quejase dentro de cinco años, lo que no se entiende 1.º con los menores; 2.º con los que no son poderosos para demandar la muerte; 3.º con los

\* d. Auth. — † Auth. Lucrum. C. de secund. nupt. — ‡ Auth. Sed et quis, lib. 5. Cod.



ausentes, 4.º con las mujeres, l. 11. tít. 8. lib. 5. R. ni con el heredero, que puesta la querella se apartase de la causa, l. 15. tít. 7. P. 6. — 2.º Si constándole de los que mataron al testador, abriese el testamento sin acusarlos, pero no en el caso de ser un simple aldeano, l. 13. d. tít. 7. — 3.º Si acusa de falsa la escritura del testamento en que era establecido heredero, sea como actor, ó como abogado, y continúa la acusacion hasta que recaiga sentencia sobre ella : á no ser que lo haga en calidad de fiscal ó de guardador de algun huérfano, d. l. 13. — 4.º Si entrega la herencia á quien prohíbe la ley, aunque sea á ruego del testador, porque entonces pierde los derechos que tenga, l. 13. — 5.º Si comete adulterio con la mujer del testador ó da la muerte á este, l. 13. La herencia que se pierde por alguna de estas causas, se aplica á la Cámara, l. 11. tít. 8. lib. 5. R. y en lo demas se cumple la voluntad del testador.

20. *Albacea*. — Testamentario, albacea ó cabezalero es : *el encargado de cumplir lo que el testador ordena en su testamento ú otra última disposicion*. Son de dos clases, *testamentarios*, los elejidos por el testador ; y *dativos*, los que nombra el juez de oficio, en caso que el testamentario no quiera cumplir lo dispuesto por el testador, ó que el heredero por sí no tome este cargo.

21. No puede ser albacea, regularmente hablando, el que no puede testar, V. tít. 4. n. 19. notándose : — 1.º Que el relijioso de San Francisco no puede serlo, aunque tenga licencia de su prelado : — 2.º Que puede serlo la mujer por costumbre inconcusa : — 3.º Que tambien puede serlo el mayor de 17 años, porque de esta edad le permite el derecho ser procurador en cualquiera negocio extrajudicial : — 4.º Que puede serlo el escribano, que autoriza el testamento ; pero no si le resulta comodidad, y se tendrá por no escrito el testamento, excepto en algunos casos, Febrero, *part. 1. cap. 1. §. 18. n. 250.*

22. El albacea — 1.º es libre á aceptar ó no el cargo ; pero una vez aceptado espresa ó tácitamente, está obligado á evacuarlo en el término que el testador le prefije, y cuando no, dentro de un año, despues de su muerte, y admitido, no puede renunciarlo antes de dar cuenta. — 2.º El albacea universal debe hacer inventario de los bienes del testador ante escribano y dos testigos, V. tít. 5. n. 28. y sig. y dar cuenta de lo recibido y gastado, aunque el testador lo releve de ello, Febrero. n. 253. — 3.º Las facultades del albacea son las que le da el nombramiento. — 4.º Aunque el testador le confiera facultad de vender sus bienes, en caso necesario, no podrá hacerlo sino en pública subasta, l. 62. tít. 18. P. 3. — 5.º No puede comprar ninguno de los bienes del testador, so pena de nulidad de la venta, y del cuatro tanto para el fisco, l. 23. tít. 11. lib. 5. R. — 6.º No puede conmutar lo que se deja para causas pias, en otros usos, aunque sean

evidentemente mejores, si la voluntad del testador se puede cumplir justamente (C). — 7.º El ordinario eclesiástico puede coim-pelerlo, siendo negligente, al cumplimiento de las disposiciones piadósas del testador, aunque este lo prohíba, l. 7. tit. 10. P. 6. por-que la persona privada no tiene facultad para impedir lo que es de derecho comun, civil ó eclesiástico. — 8.º Si procede con negligencia ó malicia, debe ser privado judicialmente del cargo, y resarcir el daño que cause; y si tiene manda, la pierdo para el alma del testador, ú no ser hijo, pues si este no puede quitarse la legítima que naturalmente le compete; pero si no hay manda, debo pagar dos mil mvs. para la cámara, l. 14. tit. 4. lib. 5. R. estendiéndose esta pena al que retiene el testamento cerrado, y no lo manifiesta á la justicia dentro de un mes despues del fallecimiento del testador. — 9.º El cargo de albacea espira por renou-cion, si causa de ser sospechoso, por revocacion del testador, transcurso del termino asignado, &c. — 10. Está en práctica dar su-lario al albacea. (D)

## NOTAS.

(A) Dice Sula : que habiendo considerado mas atentamente el art. 9. de esta ley, no le parece seguro que la sucesion se limite al 4.º grado. El cit. art. es como sigue : y porque suele acontecer que la justicia real quiero tomar conocimiento de las causas de abintestato; y sobre esto se orijnan com-petencias, estarán advertidos los subdelegados de que han de recibir informacion clara de dos circunstancias. 1.ª De haber muerto la persona sin hacer testa-mento. 2.ª Quo al difunto no le conocen parientes dentro del 4.º grado, para que con esta justificacion pasen á inhibir á la justicia real : y si en sus au-tos, que le harán entregar, se enunciare tener algunos parientes el difunto, el subdelegado los hará citar á lo menos por edictos y pregones. Si estos parientes de que habla últimamente el art. están dentro del 4.º grado, tocan á ellos los bienes, y no hay lugar á la causa de abintestato. ¿Para que es pues la citacion? Para averiguar, si están ó no dentro del 4.º grado, y por con-siguiente este art. no da derecho ninguno á los parientes que están fuera de aquel grado. Sin embargo, atendiendo á las demas razones de Sala, conve-nimos en que esta ley no está en uso, ó que debe entenderse del 4.º grado canónico y no del civil; siendo lo mejor que en las sucesiones transversales no hubiese limitacion de grados, porque si en la transmision de los bienes abintestato se ha de seguir por regla el afecto del difunto, es natural que ame este á sus parientes, mas que al fisco.

(B) Si del que está vivo no hay herencia, legados ni herederos, el que va á entrar en religion no debe disponer de una herencia, que no le corresponde todavía, ni puede corresponderle despues de profeso, por la incapacidad absolu-ta de adquirir en que se halla entonces. — A mas de la cit. l. 17. parece, que

por la cédula de 22 de enero de 1784, tampoco puede ser instituido heredero ningun otro religioso. Por esta cédula se declara á los excoadjutores de la compañía, que por la bula de estincion quedaron seglares, y hablan tomado algunos el estado de matrimonio, capaces para adquirir los bienes libres y vinculados, que recayesen en ellos por herencias de sus padres, parientes ó estranos, mandas, legados ó con cualquier otro título. Tambien se declaró á los exjesuitas sacerdotes con la misma capacidad para adquirir los dichos bienes. Si los jesuitas, pues, necesitaron de esta habilitacion, á pesar de haberseles obligado á secularizarse; mucho mas bien deberá necesitarla cualquier otro profeso, que continúa en su convento.

(C) El legislador puede conmutar, y tambien el Obispo, Ses. 22. del Trid. de ref. cap. 6. *Desearíamos que esta facultad se ejerciese principalmente en favor de la educacion, como obra de toda preferencia, que envuelve en sí toda otra clase de obras buenas: el que deja diez mil pesos para limosnas, por ejemplo, hace esta buena obra por una vez; pero el que los deja para la educacion, ataca á la pobreza en su raiz, y reproduce para siempre su limosna; porque los unos educan á los otros, y todos estos son útiles y benéficos.*

(D) En América se da comunmente el cuatro por ciento, ó mas al arbitrio del juez, atendidas la cantidad y calidad del negocio, y la ocupacion ó trabajo. Pero en el Ecuador no pasa del cuatro por ciento, autorizado por un auto acordado de la antigua Audiencia española, ni jamas se deja al arbitrio del juez que pueda aumentarlo.

## TITULO VIII.

### DE LOS MAYORAZGOS.

TIT. 7. LIB. 5. R. — TIT. 17. LIB. 20. NOV.

*Esta palabra mayorazgos presenta toda la dificultad de la materia que vamos á tratar. Apenas hay institucion más repugnante á los principios de una sabia y justa legislacion, y sin embargo apenas hay otra que merezca mas miramiento á los ojos de esta Sociedad, decia hablando á la Sociedad patriótica de Madrid el ilustre español Jovellanos á fines del siglo pasado. El paso más provechoso que en 1824 dieron los legisladores de Colombia fué declarar su estincion por ley de 10 de julio, igualmente que prohibir toda clase de constituciones y vinculaciones; como contrarias al fomento de la agricultura y de la industria, por los bienes que segregaban del comercio para alimentar sólo la vanidad y ociosidad y muchas veces la estupidez de sus poseedores. Lo mismo se ha hecho en Méjico y Chile, y aun en España por ley de*



27 de setiembre de 1820 se suprimieron todos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y toda especie de vinculaciones, de bienes raíces, semovientes y censos de cualquiera otra naturaleza, restituyéndolos desde entonces á la clase de absolutamente libres. — “Viendo con dolor que los cursantes de derecho pierden todavía su tiempo en el estudio de esta materia que está eliminada legalmente de nuestros usos, habríamos segun nuestro deseo suprimido este título de la obra de Sala, si no fuera que para el cumplimiento de las mismas disposiciones de la ley que los estinguió, se hace necesario el conocimiento de lo que eran y lo que gobernaba acerca de sus sucesiones.”

Como á todas las cosas se les busca gravo importancia en su mayor antigüedad; los españoles han encontrado la de sus mayorazgos en el libro del Génesis, donde se habla de *primojénitos*, y despues en los fideicomisos y sustituciones de los romanos: Hay errores, hay males que ninguna fecha por remota que fuere, les hará mudar su naturaleza: las sustituciones y fideicomisos entre los romanos llevaban objetos distintos sin incluir vinculaciones de bienes para *mientras el mundo durare*: hasta la cuarta jeneracion fué el término mas largo que Justiniano señaló á los fideicomisos, y las sustituciones se propusieron mas bien jeneralizar la propiedad, no la posesion sola entre mayor número de herederos. Formada idea de lo que los mayorazgos han podido ser, descenderemos á su esplicacion y divisiones con la misma repugnancia que un teólogo santo puede tratar la materia de pecados.

1. *Mayorazgos, su fundacion.* — Mayorazgo es una porcion de bienes señalados para que se conserven perpetuamente en la familia, sucediendo en ellos las personas que designa el fundador: de donde, la persona que los posee se llama tambien mayorazgo. Al principio fué libre su fundacion con tal que en ella no se perjudicase á la lejítima de los herederos forzosos; pero en mayo de 1789, se exijió permiso del Rey, y se restringió esa facultad prohibiendo hacerla ni aun por via de agregacion ó de mejora do tercia y quinto, ni aun por los que careciesen de herederos forzosos, con otros requisitos que no dejaban de hacer mas difícil la vinculacion de bienes; y era nula toda vinculacion sin el precedente permiso del Soberano. Con él podia hacerse, como todo lo demas, por testamento ó contrato entre vivos; la mujer sin licencia del marido, cuando era por testamento y el mayor de 14 años sin la de sus padres por testamento ó contrato. Despues de fundado, se podian añadir condiciones ó alteraciones con tal que no hubiese sido por contrato, ó confirmado con juramento, ó dado ya la posesion al llamado, ó lo hubiese fundado por causa onerosa con tercero, salvo si se reservó el derecho de hacer cualesquiera modificaciones.



2. *Division de mayorazgos.* — Se dividen en *perpetuos y temporales*, y en *regulares é irregulares*. *Perpetuo*, cuando el fundador quería que los bienes permanciesen siempre vinculados, aunque se extinguiese la familia en cuyo favor se había instituido, para lo cual el último poseedor tenía facultad de nombrar también á los estraños. *Temporal*, por el contrario, cuando se fundó únicamente para ciertas líneas ó personas, las cuales acabadas ó muertas, cesaba la vinculacion y el último poseedor disponía á su arbitrio de los bienes. *Mayorazgo regular*, en el que es llamado primero, el hijo varon mayor y sus descendientes lejitimos, prefiriendo siempre el mayor al menor y el varon á la hembra, ó mas breve, aquel en cuya sucesion se sigue la de la corona de España por el orden establecido en la l. 2. tit. 15. P. 2. *Irregular*, el que en la forma, modo ú orden se aparta del precedente. Esta irregularidad depende en todo de las calidades que el fundador quiera poner; pero los A.A. refieren varias clases de mayorazgos irregulares, á saber: — 1.º de agnacion rigorosa ó verdadera: — 2.º de agnacion finjida: — 3.º de simple masculinidad: — 4.º de femineidad: — 5.º de eleccion: — 6.º alternativos: — 7.º Saltuarios: — 8.º de segundo-jenitura: — 9.º incompatibles. — *Mayorazgo de verdadera ó rigorosa agnacion*, es cuando se llama á los varones descendientes de varon en varon del fundador, sin que medie hembra ninguna. Se dice de agnacion, porque solo entran los *agnados*, es decir los parientes de parte del padre, con exclusion de los *cognados*, esto es de los parientes por parte de madre. En los mayorazgos fundados desde 1615, para que las hembras se entiendan escluidas es preciso que el fundador las escluya espresa y literalmente sin que basten arguementos, presunciones ni conjeturas por precisas, claras y evidentes que sean, de suerte que siendo de mejor línea y grado se preferirán á los varones mas remotos, sean varones de varones, ó varones de hembras; l. 13. tit. 7. lib. 5. R. ú 8. tit. 17. lib. 10. Nov. — *Mayorazgo de agnacion finjida*, se dice así porque el fundador no teniendo agnacion propia, la finje, y llama en primer lugar á un cognado suyo, ó á un estraño, ó tal vez á una hembra, para que despues del primer llamado sucedan los hijos y descendientes de aquellos, de varones en varones, de los que suele exigir que lleven siempre el apellido y armas del fundador. — *Mayorazgo de pura masculinidad*, es cuando se admiten solamente los *varones*, sean agnados ó cognados, esto es sin distincion que vengan de varon ó de hembra. — *Mayorazgo de femineidad*, en el que solamente suceden las hembras, ó por lo menos son preferidas á los varones. Es de dos maneras: de femineidad *propia*, cuando están escluidos todos los varones. Este puede ser de dos modos: ó mandando que siempre suceda la hembra á la hembra: ó mandando que lo posea siempre hembra sin espresar si ha de ser hembra de hem-

bra ó hembra de varon. El de femineidad *impropia*, si se manda que teniendo el poseedor hijos varones y hembras, sucedan estas y no ellos, y que si no los tuviere, entre el varon y despues de su vida la hembra mayor. — *Mayorazgo electivo*, es aquel en que el fundador dió facultad al poseedor para elejir por sucesor suyo á alguno de sus hijos, ó en su falta al pariente que mas quisiere. Si el poseedor muriese sin hacer uso de esta facultad pasa el mayorazgo á su primojénito ó á quien corresponda segun el orden de los mayorazgos regulares. — *Mayorazgo alternativo*, á cuya sucesion llama el fundador á uno de una línea durante su vida, y despues de su muerte á otro de otra línea, mandando que así siga en adelante la sucesion, alternando las líneas. — *Mayorazgo saltuario ó de hecho*, en que para los llamamientos se atiende solo á la mayor edad entre todos los de la familia del fundador, de manera que muerto el poseedor no le sucede precisamente su primojénito, ni otro de su línea, sino el que entre los de la familia tenga entonces mas edad, sin atender al mayor ó menor parentesco con el último poseedor. Se llama *saltuario* porque se salta ó pasa de una línea á otra segun fuere menester, y de *hecho* porque se cxlje la *mayoría* de edad en el sucesor. — *Mayorazgo de segundo-jenitura*, aquel á cuya sucesion se llaman los segundo-jénitos. — *Mayorazgo incompatible*, es aquel cuya poscion excluye el derecho á suceder en otro mayorazgo. Puede venir de las condiciones que hubiese impuesto el fundador, mandando que el sucesor en el suyo, no pudiera usar otras armas ó apellido, y que hubiese otro mayorazgo con las mismas condiciones, que hubiese de tocar al que ya poseía el otro: ó es la incompatibilidad proveniente de la ley, que es la 7. tit. 17. lib. 10. Nov. ó 7. tit. 7. lib. 5. R. que ordena que si á causa de un matrimonio se unen dos mayorazgos, de los cuales el uno tenga renta annual de dos cuentos, (2941 pesos del Ecuador); se dividan los dos mayorazgos entre los hijos, dando al primojénito la eleccion y pasando el otro al segundo-jénito.

Estas son las principales especies de mayorazgos irregulares; pero segun la voluntad de los fundadores que pueden imponer toda clase de condiciones lícitas, habrá otras muchas que constituyan alguna variedad de las espresadas; para todas las cuales sirven las reglas siguientes, sean los mayorazgos regulares ó irregulares.

3. Regla 1.<sup>a</sup> *El orden prescrito en la l. 2. tit. 15. P. 2. para la sucesion de la monarquia, es la norma de todos los mayorazgos; y así en caso de dudarse de la voluntad del fundador, el mayorazgo se reputa regular, en el que sucederán por línea recta los descendientes varones mayores, y á falta de hijo varon, la hija mayor: si el hijo mayor muere, antes de suceder, heredará su hijo ó hija legítima, y á falta de todos el mas cercano pariente.*

Regla 2.<sup>a</sup> *Como el mayorazgo es por su naturaleza indivisible, porque de otro modo no podría perpetuarse; solo en caso de nacer jénelos, habría de dividirse entre los dos. Foderé en su medicina legal opina que si salen á luz mediante la operacion cesarea, dos, se reputa por primer nacido al que primero recibió la partera en su mano; l. 12. tít. 33. P. 7.*

Regla 3.<sup>a</sup> *La sucesion en los mayorazgos es perpetua en todos los que vienen de la familia del fundador. De aquí es que aunque este hubiese solo llamado á su primojénito, sin hacer mencion de los demas hijos, no por eso se entienden escludidos, faltando la descendencia del primero. De aquí tambien, que los bienes de mayorazgo no podian enajenarse sino con licencia del Soberano y por utilidad pública ó del mismo mayorazgo, con conocimiento de causa y citacion del inmediato sucesor.*

Regla 4.<sup>a</sup> *En los mayorazgos deben tenerse presentes cuatro cosas: la línea, el grado, el sexo y la mayor edad: la línea; porque los de la línea del último poseedor son antes que los de las otras: — el grado; porque el mas próximo pariente de dicho poseedor escluye al mas remoto; siendo de notarse que aquí tiene lugar la representacion no solo en la línea recta sino tambien en la transversal hasta lo infinito: — el sexo; porque siempre el varon escluye á la hembra que es de la misma línea y grado, mas no á la que es de mejor línea y grado, la cual será preferida al varon mas remoto, á menos que en propias palabras estén escludidas por el fundador, sin que basten presunciones por precisas, claras y evidentes que sean: — la mayor edad; porque habiendo concurrentes iguales en línea, grado y sexo, debe preferirse el que cceda á los otros en edad; ll. 13. y 14. tít. 7. lib. 5. R. ú 8. y 9. tít. 17. lib. 10. Nov.*

Regla 5.<sup>a</sup> *Terminada la línea del primojénito, se pasa á la del segundo-jénito, y así en adelante, á la del tercero &c.; escludyéndose los ilejítimos, no entendiéndose por tales los nacidos de matrimonio putativo, en que uno de los cónyuges ó ambos ignoren el impedimento que tenían. — El lejitimado por subsiguiente matrimonio solo se entiende llamado á suceder desde el tiempo de su lejitimacion, es decir desde el casamiento de sus padres, y así, aunque él hubiese nacido antes que otro lejítimo de matrimonio, será este último el sucesor, l. 1. tít. 13. P. 4. — El lejitimado por rescripto es escludido por todos los parientes del fundador: el arrogado ú adoptivo nunca suceden.*

Regla 6.<sup>a</sup> *El parentesco mas cercano se considera respecto del último poseedor, y no del fundador, sea en la línea recta, sea en la lateral, pero siempre que los de esta sean tambien parientes del fundador, porque á estos solo corresponde suceder.*

Regla 7.<sup>a</sup> *Como el hijo del último poseedor no sucede por herencia de su padre, sino por llamamiento de sus ascendientes ma-*



yores, sucede siempre, aunque fuere desheredado por el padre. Mas como respecto del fundador los subsiguientes poseedores no consideran sus herederos en el mayorazgo, pagarán las deudas que resultaren contra él, á menos que se hubiesen contraído despues de fundado irrevocablemente el mayorazgo.

Regla 8.<sup>a</sup> En los mayorazgos se da la posesion llamada civilissima: es decir, basta la muerte del poseedor para que por ministerio de la ley y sin acto alguno de aprension, entrega ni declaracion de juez, se considere ya el inmediato llamado como poseedor real del mayorazgo. Sobre esto está basado el juicio ó interdicto de Tenuta, que toca á la parte de Juicios.

Regla 9.<sup>a</sup> Los pragmáticos estienen la disposicion de la l. 6. tit. 17. lib. 10. Nov., ó 6. tit. 7. lib. 5. R. de no haber obligacion de pagar las mejoras que se hicieren por el predecesor en las cercas, edificios, &c. de los mayorazgos, á toda especie de mejoras; y otros quieren que tal disposicion hubiese sido transitoria, con objeto de impedir entonces que los vasallos construyesen castillos, casas fuertes, &c.

Regla 10.<sup>a</sup> La fundacion de mayorazgo no solo se prueba por escritura pública, sino tambien por testigos y por costumbre inmemorial, l. 1. tit. 7. lib. 5. R. ó 1. tit. 17. lib. 10. Nov.

Todas estas reglas ceden á la voluntad del fundador en cuanto es libre á disponer con las condiciones que caben en todos los demas negocios humanos.

## LEY DE 10 DE JULIO DE 1824

ESTINGUIENDO LOS MAYORAZGOS, VINCULACIONES Y SOSTITUCIONES EXISTENTES AL TIEMPO DE SU PROMULGACION.

### El Senado y Cámara de Representantes de la República de Colombia.

CONSIDERANDO:

1.º Que siendo las fundaciones de mayorazgos, vinculaciones y sostituciones, y la prohibicion de enajenar sus bienes, establecidos solamente por la ley, pueden por consiguiente ser estinguidas por otra ley:

2.º Que esta disposicion es reclamada por el fomento de la agricultura, industria y comercio que desde luego prosperarán con la libre circulacion de dichos bienes:

3.º Que esta misma necesidad exige el cumplimiento de varias leyes que actualmente rijen sobre la fundacion de capellanías, patronatos de legos y cualquiera otra obra pia;

## DECRETAN :

Art. 1.º Corresponden á la República todos los bienes de mayorazgos, vinculaciones y sustituciones que despues del dia de la publicacion de esta ley se hallaren sin lejítimo poseedor.

Art. 2.º Quedan estinguidos todos los mayorazgos, vinculaciones y sustituciones que el dia de la promulgacion de esta ley existan en Colombia, y de cuyos bienes podrá su actual poseedor disponer libremente como verdadero propietario.

Art. 3.º Esta facultad de disponer libremente de los bienes de mayorazgos, vinculaciones y sustituciones no comprenderá el tercio y mitad del quinto del valor que tengan actualmente dichos bienes, siempre que haya inmediato sucesor presunto, nacido ó concebido por nacer; pues en este caso el inmediato sucesor presunto deberá suceder precisamente en dicho tercio y mitad del quinto.

Art. 4.º Con este objeto dentro de los seis meses de publicada esta ley deberá hacerse avalúo de los bienes vinculados con intervencion del inmediato sucesor, ó defensor jeneral de menores, si aquel no fuese mayor de edad; á fin de que la variacion que puedan tener dichos bienes no aumente ni disminuya la sucesion que corresponda á dicho sucesor inmediato.

Art. 5.º Las disposiciones comunes de derecho serán las que deban guardarse para calificar quien es sucesor presunto, nacido ó concebido por nacer.

Art. 6.º En caso de que los bienes vinculados tengan alguna pension impuesta ó gravada sobre ellos, se sacarán bienes equivalentes que reditúen á razon del interes legal conocido en el pais, la pension á que esten gravados, ó se reconocerá á censo en parte de los fondos con intervencion del interesado ó interesados.

Art. 7.º Esta deduccion deberá hacerse del total de los bienes vinculados, y del remanente solo la deduccion de tercio y mitad del quinto para el objeto prevenido en el artículo tercero.

Art. 8.º Es nula toda fundacion de capellanías y patronatos de legos que se haga con la cláusula directa ó indirecta de no enajenar los bienes en que consista la fundacion.

Art. 9.º Se permite la fundacion de capellanías y patronatos de legos cuyos bienes pueden enajenarse libremente ó traspasarse por contrato de censo.

Art. 10.º Todas las fincas correspondientes á capellanías, patronatos de legos, ó á cualquiera otra obra pia, se podrán vender, ó reconocerse á censo redimible su valor á favor de la fundacion, ó al contado imponiéndose en otras fincas con las formalidades prescritas para estos casos.

Art. 11.º Los bienes raices que por testamento ó de cualquiera otro modo se dejaren en lo sucesivo á las manos muertas, deben venderse en almoneda, é imponerse su producto á censo en las tesorerías nacionales, aplicándose la pension anual al objeto señalado en el contrato que sea título para la adquisicion.

Art. 12.º En caso que haya litijio pendiente sobre algun mayorazgo, vinculacion ó sustitucion, se reputa actual poseedor para los efectos de esta ley

aquel en cuyo favor se decida el pleito en última instancia.

Duda en Hogoté & c.

## TÍTULO IX.

### DE LAS CAPELLANIAS.

Puesto que la fundación y goce de las capellanías, en cuanto pueden conformarse, se modelan por lo que hay establecido para mayorazgos; ll. 13. y 14. tit. 7. lib. 5. R. podemos oportunamente decir algo de ellas en este título.

1. *Capellania* es imposición de un capital en finca raíz, ó en otros bienes seguros, con objeto de que goce de sus róditos la persona llamada por el fundador con cargo de decir ó mandar decir cierto número de misas en determinada ó cualquiera capilla, iglesia ó altar. \* El contrato con que se formalizan estas instituciones son regularmente los *censos*, de los que hablaremos adelante en título separado.

2. En las capellanías se suele nombrar uno que sea el *patrono*, y este es el facultado para nombrar al presbítero capellan que diga las misas: otras veces se deja el patronato á la misma persona que ha de celebrar las misas, y entonces el capellan y patrono son uno solo. En ocasiones tambien al patrono lego se le señala alguna parte de proventos, dejando libre la dotacion de misas para los capellanes, ó á estos se pasa enteramente la administracion y producto de los bienes, quedando al patron solo el nombramiento; todo lo cual viene dispuesto desde las fundaciones, á voluntad del testador.

3. *Se dividen en mercenarias, colativas y jentilicias.*—Las capellanías que se instituyen sin intervencion de la autoridad eclesiástica y no sirven de título para ordenarse, se llaman *mercenarias* ó *laicales* y *profanas*. Dicense *mercenarias*, porque el sacerdote encargado de las misas solo tiene derecho á la merced ó estipendio que por las misas se asignare: *laicales*, porque las poseen los legos, y *profanas*, porque los bienes en que se establecen conservan siempre su naturaleza de temporales. Tambien se denominan *memorias* de misas; porque son fundaciones de misas que uno hace para conservar su memoria: *legados pios*, porque suelen instituirse en testamento por via de manda ó legado: y *patronatos de legos*, porque los poseedores son legos, y se consideran como patronos que pueden nombrar, ó remover al sacerdote que celebra las misas, ó elejir indistintamente sin nombramiento al que

\* *Lara de capellan.* lib. 2. cap. 1. — *Mostazo de causas pias* lib. 3. cap. 1.



haya de decirlas ; por lo cual se llaman *amovibles á voluntad y manuales*, pues que está en mano de los patronos, dejarlas ó quitarlas al sacerdote que nombraron. A la clase de las capellanías mercenarias pertenecen las capellanías *cumplideras*, que son las que se confieren á presbíteros ó legos que no sean los patronos, con la obligacion de celebrar ó hacer celebrar las misas y cumplir las demas cargas, y con derecho de administrar sus bienes y gozar de todo su producto.

4. *Colativas*. — Las capellanías colativas ó eclesiásticas son las que se instituyen con autoridad del Papa ó del Obispo y sirven de título para ordenarse : llámense colativas, porque es propio del Obispo el conferir las. La presentacion ó nombramiento de capellan puede tocar á persona lego ó eclesiástica, segun la voluntad del fundador ; pero la colacion, institucion canónica ó investidura, el cuidado de la conservacion de las fincas y del cumplimiento de las cargas, como asimismo el conocimiento de la legitimidad de los pretendientes en las capellanías fundadas para consanguíneos, corresponden al ordinario diocesano del territorio en que están fundadas ; de suerte que el patrono tiene solamente la regalía de nombrar capellan dentro del término prescrito por el derecho canónico. Febrero mej. tom. 2. páj. 346. y 339. n. 6. Estas capellanías pueden conferirse á presbíteros ó á los que todavía no lo sean, para que se ordenen, segun disponga el fundador ; y para obtenerlas, si son simples, es decir sin cura de almas, ha de tener el capellan 14 años, á no ser que el fundador mande conferir las á los de menor edad ; pero siendo con cura de almas, se requiere la edad de 25 años. La posesion de estas capellanías no se adquiere por solo el hecho de la presentacion ó nombramiento, sino que ademas es indispensable la colacion ó institucion canónica.

5. No pueden hacerse colativas las capellanías mercenarias, ni servir de título para ordenarse, á no ser que la fundacion permita que alguno se ordene con ellas por via de patrimonio. Si son instituidas para parientes, ha de justificarse el parentesco, ó cualquier otro derecho á ellas ante la autoridad civil, á menos que se hubiese dejado al patrono la eleccion del pariente ó persona que mejor le paresca.

6. *Jentilicias*. Son las capellanías colativas en que tiene derecho de patronato cierta *jente* ó familia designada por el fundador ; de manera que las jentilicias son de la misma naturaleza que las colativas, á diferencia de que los patronos son siempre legos.

7. Los bienes de las capellanías no podían antes enajenarse, ni prescribirse, ni desmembrarse ; mas por real cédula de 19 de setiembre de 1798 se dispuso la enajenacion de todos los bienes raíces pertenecientes á obras pias, memorias, patronatos de legos, cofradías y demas de esta clase.

8. Todas las capellanías, *mercenarias, colativas y jentilicias* pueden fundarse por testamento ó por contratos: mas por real resolución de 20 de febrero de 1796 y circular de 20 de setiembre de 1799, se declaró que del mismo modo que para la erección de mayorazgos, era para la fundación de capellanías indispensable la licencia del Soberano, l. 6. tit. 12. lib. 1. Nov.

9. La l. 15. tit. 10. lib. 1. R. de Ind. atribuyó á los jueces eclesiásticos *librar mandamientos para el pago de los estipendios de capellanías*, inhibiendo á los jueces seculares; pero fué revocada por cédula de 22 de marzo de 1789, disponiendo que *el conocimiento de las demandas de principales y réditos de toda clase de capellanías y obras pias contra los legos y sus bienes, no toca á los jueces eclesiásticos sino á las justicias reales*.

10. Igualmente otra cédula de 18 de marzo de 1776, prohibió el nombramiento de capellanes interinos para las capellanías colativas y laicales; las cuales nunca se tendrán por vacantes, y se dejará su goce á los parientes llamados, como en los mayorazgos; declarando por abusivo todo lo hecho en contrario hasta esa fecha.

## TITULO X.

### DE LAS OBLIGACIONES, PACTOS Y CONTRATOS EN JENERAL.

TIT. 16. LIB. 5. R. — TIT. 14. Y 15. LIB. 3. INST.

1. *De las obligaciones en jeneral.* — Obligacion importa tanto como *deber, necesidad, constriccion de hacer ó no hacer alguna cosa*. La naturaleza y el derecho positivo nos imponen varias especies de deberes, y de aquí nace que unas obligaciones se llaman *naturales*, y otras *civiles*. Mas como el derecho civil no puede ni debe entrar en el arreglo de todas las obligaciones naturales, y solo toma en cuenta aquellas que dicen relacion inmediata con el orden ó bienestar de la sociedad; las que no son del dominio del derecho positivo, las que están exentas de su jurisdiccion, quedan en la esfera de obligaciones naturales. Las otras, á las que tambien presta su fuerza la ley civil, se llaman obligaciones *mistas*; porque nos las prescriben juntamente la naturaleza y la ley civil. Aunque por lo comun enseñan los AA. que hay obligaciones *puramente civiles*, esta denominacion carece de propiedad:

— 1.º porque la ley civil no puede ir contra la naturaleza, y decir *puramente* civiles, deja comprender que tales obligaciones no serían naturales, y no siéndolo, no puede concebirse que no fueran contra ella : — 2.º porque la ley civil no puede crear actos que no sean humanos, y de cualquiera modo que la ley los arregle, recae su disposición sobre actos naturales ; si la ley contraría su curso, no es ley, es violencia, es obra de la fuerza, y los deberes que vienen de semejante fuerza, nunca podrían llamarse lejitimamente *obligaciones*. Lo que los AA. designan con nombre de obligación *meramente* civil, si bien se reflexiona sobre ello, se conoce facilmente que es, lo que en algunos casos parece á primera vista no estar muy conforme con el derecho natural ; como por ejemplo, en el *contrato literal* la obligación de pagar lo que no llegó á recibirse, las *prescripciones*, las *contribuciones* &c. pero en estos mismos casos, nadie se equivoca en que el derecho natural, que es la razón suprema de justicia, mandaba disponer como el legislador civil dispuso. Si un fundamento debil parece oponerse á cualquiera ley de esta especie, motivos mas sólidos y poderosos la justifican, y entonces la ley positiva se halla fortificada con los mismos y mas seguros preceptos del derecho natural. Conclúyase pues aseverando sin temor de duda, que no hay obligación *meramente* civil. Por tanto, solo por seguir el uso comun de la espresion en esta parte de elementos y para comprender la doctrina de los AA. diremos que obligación *puramente civil* es la creada por el derecho positivo, pero que no la impone el natural.

2. Otra division de obligaciones es en *perfectas é imperfectas*. Perfecta, se dice aquella cuyo cumplimiento puede exigirse judicialmente, es decir por la autoridad de los jueces : imperfecta, la que no encadena sino la conciencia, como la obligación de hacer limosna y la de reconocer un servicio. La obligación mista es perfecta en todos sentidos, y esta viene á ser la que se entiende jurídicamente bajo el nombre jeneral de obligación.

3. Todas las obligaciones nacen de la ley : unas mediando hecho nuestro y otras sin él. De parte de la ley son aquellas que se nos imponen aunque no medie nuestro consentimiento ; y de parte nuestra nos las imponemos por hechos propios, lícitos, como los contratos ; é ilícitos, como los delitos. Para que se entienda bien la materia de contratos debemos anteponer, 1.º la diferencia entre pactos y contratos : y 2.º la que hay en los mismos pactos por el derecho español respecto de lo que eran por el derecho romano.

4. *Diferencia entre pactos y contratos*. — Pacto, trato, promesa, convenio, contrato, en su oríjen eran todos en el fondo el consentimiento espresado de dar ó hacer, no dar, ó no hacer alguna cosa. Fué necesario que por la ley se fuesen marcando y esta-

bleciendo sus diferencias. Un simple consentimiento se llamó pacto: decimos *simple* esto es, que no tenía forma en palabras determinadas; porque por ejemplo, el derecho romano, tenía dicho \* que la equidad natural manda cumplir todas las convenciones que no están expresadas en las leyes civiles, y la buena fe requiere que se guarde cualquier cosa que se hubiese tratado. Pero desviándose los hombres de este consejo saludable, no-gaban fácilmente sus convenciones con pretesto de no haberlas hecho en *serio*, y hubo entonces que fijar ciertas palabras, ciertas fórmulas, las que, si se decían, argüían verdadero consentimiento y producían obligación eficaz, no dando lugar á eludir con ese pretesto lo que se había pactado ó prometido. Por esto definió el derecho romano la obligación: *un vínculo de derecho que nos fuerza con la necesidad de dar ó hacer alguna cosa, según las leyes civiles*. Y se llamó *pacto nudo* ó desnudo el que no estaba revestido de estas palabras ó fórmula: no decía el derecho de los romanos que no debieran cumplirse estos pactos nudos ó simples; por lo contrario, juzgaba improbo, perverso al hombre que los violase: querían que bastara la confianza privada, la fe humana para darles fuerza; pero careciendo de forma legal tales pactos, no producían obligación civil, ellos ni el juramento, sino solo los contratos.

5. *Diferencia entre el derecho español y romano*. — Hemos visto que la obligación por el derecho romano traía su fuerza en los pactos de las palabras que lo significaban. Todavía frustraba la malicia los convenios á pretesto de que fueron ó no fueron las palabras de la ley, las emplendas en el pacto; por cuya causa el derecho español dió la famosa l. 2. tit. 16. lib. 5. R. mandando: *que si parece que alguno se quiso obligar á otro por promision, ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepcion que no fué fecha estipulacion, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho &c. . . mandamos que todavía vala la dicha obligación, y contrato que fuere hecho, en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro*. Con esta ley desaparecieron las fórmulas de ciertas palabras para los pactos, y en su virtud todos producen obligación civil en su mayor eficacia. El pacto entre los romanos no producía acción sino solo excepcion; es decir, que si uno se obligó á una cosa mediante un simple pacto, no podía ser apremiado al cumplimiento, pero si la cumplía voluntariamente, no tenía ya derecho para reclamar lo que hubiese dado ó ejecutado; porque sino había contraído obligación civil, la había contraído natural. Mas por esta ley 2. copiada, no hay ya entre nosotros vestigio alguno de la diferencia que las leyes romanas pusieron entre pactos y

\* L. l. D. de pactis.



contratos : todo pacto sério es obligatorio, porque la fidelidad que se deben mutuamente los hombres en sus palabras exige el cumplimiento de todo aquello en que se hubieren lícitamente convenido.

6. *De los pactos en especial.* — Hay ciertas convenciones que han quedado con el nombre de pactos. *Pacto anticrético*, cuando se da en prenda una cosa fructífera para que durante el empeño, haga el acreedor suyos los frutos sin descontarlos de la deuda. Este pacto estuvo reprobado por la l. 2. tit. 15. P. 5. como usurario ; pero en el Ecuador, (1) Venezuela y Chile, donde son libres las partes para estipular los intereses de sus préstamos, ha cesado la reprobacion. — *Pacto de quota litis.* El que hace un litigante con otra persona ofreciéndole cierta parte, v. g. la tercera ó la cuarta, de la cosa litijiosa, si se encarga de seguir el pleito y lo gana. También estuvo reprobado por la l. 14. tit. 6. P. 5. y l. 23. tit. 22. lib. 5. Nov. En el Ecuador gobierna desde su independencia la disposicion de que el abogado pueda estipular libremente su honorario con los clientes, y si se cobra alguno excesivo, se pida regulacion al juez. (2) *De los pactos de adiccion ó señalamiento de día, de la ley comisoría, pacto comisorio, y de retroventa,* se hablará en el título de compra y venta.

7. *Del pacto de sucesion mutua.* Promesa que se hacen dos personas de sucederse ó heredarse una á otra. Está reprobado, aunque sea entre marido y mujer, para evitar que el uno maquine contra la vida del otro por sucederle ; l. 33. tit. 11. P. 5. Por la misma razon es nulo el pacto de dividirse de la herencia que se espera de cierta y determinada persona. De aquí no se infiere que también fuera nulo el testamento recíproco, en que dos se instituyesen mutuamente herederos, dice Gómez en la l. 22. de Toro ; pero nosotros decimos que milita la misma razon de temor, que en el pacto prohibido de sucesion mutua : lo cual no se compone con que el testamento pueda revocarse y el pacto nó, que es en lo que se funda Gómez.

8. *De los contratos.* — La palabra *convencion ó convenio* abraza los pactos y los contratos : *Convenio* : es el *consentimiento de dos ó mas personas* en dar, ó hacer, no dar, ó no hacer alguna cosa. Cuando este convenio tiene nombre por la ley y su consiguiente obligacion, se llama *contrato*, y así se define el contrato : la convencion que tiene nombre cierto y causa civil de obligar. La convencion sin nombre propio se llama también *contrato inominado*, que mas propiamente solo debía llamarse pacto. Cuando se dice que los pactos dan la ley á los contratos, se quiere significar que las calidades, condiciones ó modificaciones con que se celebren, son el cons-

(1) Ley de 7 de octubre de 1833.

(2) Art. 79 de la ley orgánica de tribunales de 29 de enero de 1846.

tutativo de toda su fuerza.

9. Los requisitos necesarios para la validez de los contratos son : — el consentimiento de las partes : — su capacidad para contratar : — cosa cierta que forme la materia de la obligación : — y una causa lícita y honesta. — El consentimiento debe darse libremente y no por efecto de error, de fuerza, de dolo ó engaño. — Pueden contratar todos aquellos que no están declarados incapaces por la ley ; ll. 4. y 5. tít. 11. P. 4. y 5. tít. 34. P. 7. es decir, son incapaces ; el furioso, el mentecato, el pródigo, el menor sin autoridad de su curador y la mujer casada sin licencia de su marido ; pero las personas capaces de contratar no pueden oponer la incapacidad de aquellos con quienes contrataron para invalidar el convenio. — Todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres son materia de contrato, y es indiferente que sea corporal ó incorporal, presente ó futura. — No puede tener efecto el contrato con causa ilícita, si puede probarse que fué tal ; porque por lo jeneral no es necesario que se espese la causa del contrato para pedirlo su cumplimiento, l. 2. tít. 16. lib. 5. R.

10. *Lo que es esencial, natural y accidental en los contratos.* — En los contratos hay circunstancias *esenciales*, sin las cuales no subsistirían : *naturales*, las cuales se suponen, aunque no se hubiesen expresado, y *accidentales* que pueden entrar ó no, por mera voluntad de los contrayentes. En la venta, v. g. es circunstancia esencial el precio, natural la evicción, y accidental el pagar en oro ó plata. Es circunstancia esencial el precio, porque si este falta, ya no hay venta sino donación, aunque se usara de la palabra venta : como si dijera Pedro que me vendía su caballo doblado : es circunstancia natural la evicción, porque siempre se entiende, á no ser que se escluya expresamente por voluntad de las partes : es accidental pagar en oro ó plata, porque no afecta la sustancia del contrato, que permanece siempre el mismo con ella ó sin ella.

11. *Modos de celebrarse.* — Los contratos pueden celebrarse verbalmente ó por escritura pública ó privada, así entre presentes como entre ausentes, por los mismos contrayentes ó sus mandatarios ; y siempre tendrán igual valor á menos que la ley exija alguna forma ó solemnidad particular. l. 5. tít. 4. lib. 5. *Fuero Juzgo*. l. 3. tít. 14. P. 1. — l. 28. tít. 8. P. 5. l. 2. tít. 16. lib. 5. R. ó l. 1. tít. 1. lib. 10. Nov.

12. *Su fuerza.* Los contratos tienen fuerza de ley para las personas que los hicieron ; y no pueden revocarse sino por el mutuo disenso de las mismas ó por las causas que las ll. designan ; l. 61. tít. 5. P. 5. Por lo mismo, el que cumplió de su parte el contrato tiene opción de compeler judicialmente al otro á que lo cumpla también por la suya ó que le resarza los daños y perjuicios.

13. Los derechos y obligaciones que resultan de los contratos, aun de los condicionales, pasan y se transmiten por muerte de los contrayentes á sus herederos ; porque el que contrae, se entiende que contrae para sí y sus herederos, á menos que la naturaleza del mismo contrato se oponga, como en el de *sociedad*, que no continúa ; porque se buscó la habilidad personal del socio ; ó si al tiempo del contrato se espresó lo contrario.

14. Los contratos no perjudican á terceras personas que no han intervenido en ellos ; pero bien pueden aprovecharles, librandolas de alguna obligacion, ó adquiriendo algun derecho ; l. 11. tít. 11. P. 5.

15. Como los contrayentes deben obrar de buena fe en la celebracion del contrato y cumplir fielmente lo prometido, tienen que responder de ciertas lesiones, es decir, que quedan constituidos en la necesidad de resarcir á la parte contraria el daño, que por su dolo ó culpa y á veces caso fortuito, se le ocasionare, y esto se llama *prestar el dolo ó culpa en el contrato*.

16. *Dolo*. — Es toda especie de astucia, trampa, maquinacion ó artificio para engañar á otro, ó el propósito de dañar á otro injustamente. El dolo se presta en todos los contratos, de modo que no puede hacerse convenio en contrario.

17. *Culpa*. — La infraccion de ley que uno comete libremente, pero sin malicia, por alguna causa que puede y debe evitar ; ó la accion ó omision perjudicial á otro, en que uno incurre por ignorancia, impericia ó negligencia.

18. *Especies de culpa*. — La culpa es de tres especies : lata, leve, y levísima. La lata consiste en no emplear con respecto á las cosas de otro, aquel cuidado y diligencia que el comun de los hombres, aun los menos solícitos suelen poner en sus negocios ; como si un conductor deja la carga en la puerta de una posada ó en otro paraje de donde facilmente la roba cualquier transeunte. La culpa leve consiste en no poner en la conservacion de la cosa que debe restituir, ó en el manejo del negocio de que está encargado, toda la diligencia que comunmente ponen los buenos padres de familia en sus negocios ; como si el conductor deja la carga en el cuarto de posada que se le destina, pero sin cerrar la puerta. Y por fin la levísima consiste en no poner toda la esmerada atencion que los padres de familia mas vijilantes y cuidadosos suelen aplicar en la custodia de sus cosas y manejo de sus negocios : como si el conductor aunque cierre la puerta, no toma la precaucion de examinar su seguridad. Esta esplicacion es conforme á la l. 11. tít. 33. P. 7.

19. Respecto de que en unos contratos se presta una culpa y en otros otra, se han establecido las siguientes reglas. — 1.<sup>a</sup> En los contratos útiles á una sola parte, está esta obligada á prestar hasta la culpa levísima : v. g. en el comodato. — 2.<sup>a</sup> en los hechos por

utilidad de ambas, como la venta, arrendamiento y sociedad, ambas prestan hasta la culpa leve.—y 3.<sup>a</sup> en los casos en que siendo el contrato útil á una parte, como el depósito, tiene la otra que no recibe utilidad, que prestar la culpa, solo presta la lata, como el depositario. Porque la culpa lata es la mayor, que se presta en todos los contratos, la equipara la ley al dolo.—Caso fortuito. Acontecimiento inopinado, como inundacion, naufragio, incendio, rayo, violencia, conmocion popular, ruina de edificio &c. que acaecen por fuerza mayor que no se puede prever ni resistir; l. 11. tit. 33. P. 7. — La regla es : que en ningun contrato por su naturaleza está obligado el contrayente á prestar el caso fortuito. Solamente hay dos excepciones. — 1.<sup>a</sup> Si el contrayente quiso voluntariamente hacerse responsable. — 2.<sup>a</sup> Si hubo retencion indobida de la cosa ú otro motivo que constituya en culpa á la parte : v. g. si habiendo prestado mi caballo á Ticio para ir al pueblo A, se sirve de él yendo á otra parte y el caballo perece por algun caso fortuito. Si Ticio no hubiera traspasado la ley de la convencion, el caballo no se habría hallado en el lugar donde perció.

20. *Division de los contratos.* — El contrato se divide — 1.º en verdadero y presunto. — 2.º espreso y tácito. — 3.º nominado ó innominado. — 4.º unilateral y bilateral. — 5.º consensual, verbal, real y literal. — 6.º De buena fe y de estricto ó rigoroso derecho.

21. *Verdadero y presunto.* — Es un axioma en derecho que todo contrato presupone necesariamente el consentimiento ; porque para producir obligacion ha de preceder un hecho propio. Este consentimiento á veces no se ha espresado, sino que la ley presume que lo hay ó debió haberlo. Cuando el consentimiento es espreso, se realiza lo que se llama contrato verdadero ó positivo ; y cuando se presume, hay cuasi-contrato ó contrato presunto.

22. *Espreso ó tácito.* — A ciertos hechos fija la ley tales ó tales consecuencias y efectos ; por ejemplo, si uno tiene un vale y lo devuelve al deudor sin espresar que le perdona la deuda ; la ley ha mandado que se entienda la deuda remitida con el solo hecho de la devolucion : si un heredero gestiona como tal en la herencia aunque no espresare que la admite, se entiende que la admitió y se impuso con tal hecho las obligaciones anexas á todo heredero. En ambos casos, y otros semejantes á estos no hubo espresion verbal del consentimiento ; pero se consintió en practicar estos hechos, y se contrajeron las obligaciones consiguientes. He aquí la diferencia de un consentimiento tácito y espreso, y lo que ha motivado tambien que se diga contrato espreso y contrato tácito.

23. *Nominado ó innominado.* — Ya dijimos que ciertos contratos tienen nombre, nominados, como *venta, compañía, arrendamiento, &c.* y como no era posible que las leyes bautizasen á la infinidad de convenciones que varían diariamente las transacciones



humanas; quedan muchos contratos sin nombre, *innominados*, pero pueden reducirse á un principio : *prestacion de un hecho, exigiendo un hecho de otro* : es decir, *doy ó hago para que des ó hagas*. En los contratos *innominados*, el contrayente que rehusaba cumplir el convenio debía pagar al otro los perjuicios que se le siguiesen : y el que cumplió por su parte tenía la eleccion de apremiarlo á que cumpla por la suya ó á que le indemnice los perjuicios, al tenor de lo que jurare, y tasare el juez ; l. 5. tit. 6. P. 5. En el dia, siendo toda promesa obligatoria, el que promete dar ó hacer algo, puede ser compelido al cumplimiento de su empeño l. 2. tit. 16. lib. 5. R. ó 1. tit. 1. lib. 10. Nov.

24. *Unilateral y bilateral*. — En prometiendo seriamente una cosa sin recibir alguna promesa en retorno, la convencion, obligacion ó contrato se llama *unilateral*, porque no hay vínculo, lazo, sino de *un lado* que es la persona que se obliga. Si ambas partes, al contrario, se hacen recíprocamente promesas serias que dependa la una de la otra ; el empeño ó contrato se llama *bilateral* ó *synalagmático*, es decir, que vincula, que ata á las dos partes contrayentes. Cuando las cosas prometidas de una parte y de otra son de valor igual, como en la compra y venta, en la permuta, se llama el contrato *conmutativo*. Ejemplo de estos contratos. Al partir de viaje me encargas jestionar en tus negocios mientras te hallas ausente, y yo te lo prometo : este es un contrato unilateral ; porque yo me comprometo contigo sin que intervenga promesa ninguna de parte tuya. — Te ofresco entregarte una cosa mediante un precio que ajustamos, ó de ejecutar yo algo en cambio de otra cosa que tu ejecutarás ; aquí está el contrato bilateral ó *synalagmático* ; porque ambos nos hemos prometido mutuamente alguna cosa, y la promesa de lo uno depende de la promesa de lo otro. — En caso que las cosas que recíprocamente nos hemos prometido fueren de igual valor, habremos celebrado un contrato conmutativo.

25. *Consensual, verbal, real y literal*. — *Consensuales* son aquellas convenciones que con solo el consentimiento se constituyen y quedan perfectas, sin exigir requisitos que se han puesto para otros contratos ; y por eso toman el nombre de *consensuales* ; pues el consentimiento, ya sabemos que es indispensable en todos ; pero en los dichos *consensuales*, no hay necesidad de entrega de la cosa, ni de solemnidad de palabras, ni de escritura, que en su caso solo sirve para prueba ; sino que se perfeccionaron en el acto de *consentir*. Son contratos *consensuales*, la compra, arrendamiento, compañía y mandato. — *Verbal* es el contrato que para estar perfecto requiera ciertas y determinadas palabras que componían su fórmula, como la estipulacion, la promesa ; pero al presente producen obligacion, sin atenderse á las fórmulas, sino únicamente á que se hū-

biesen hecho con ánimo sério y hubiese aceptación de la otra parte. — *Real*, el que para decirse celebrado necesita la entrega de la cosa sobre que recae; porque solo después de entregada y recibida, queda obligado el que la recibió á devolver la misma cosa ó su estimación: son contratos reales el mutuo ó préstamo, el comodato, el depósito y la prenda. *Febrero mej. tom. 3. páj. 267.* quiere que lo sean también todos los contratos innominados. — *Literal*, contrato por el que uno que dió ó otro un vale ó escrito en que confiesa haber recibido de él por vía de mutuo ó préstamo cierta cantidad, y deja pasar dos años sin reclamarlo, queda obligado al pago, aunque no la haya recibido; l. 9. tit. 1. P. 5. También en los demás contratos, médiu regularmente escrito; pero en ellos no produce acción y obligación como en este, sino solamente prueba. Como el fundamento de esta obligación literal, es solo el vale no retractado dentro del término de dos años, puede el deudor impedir que la obligación se perfeccione, ó bien reclamando el vale antes que terminen los dos años con protesta de que no ha recibido el dinero, ó si es demandado dentro de este plazo, oponiendo la excepción que se llama de *dinero no recibido, non numeratæ pecuniæ*: y entonces la prueba no le toca á él, ni no ser que en el mismo vale hubiese renunciado esta excepción. Y no le toca, porque se presume que la necesidad ó indijencia de los que piden prestado les hace no rehusar dar su vale, antes de percibir el dinero. Por cuya razón, en los otros contratos ha de probar la excepción *non numeratæ* el mismo que la opone y no su contrario.

26. *Contrato de riguroso derecho y de buena fe.* — De estricto derecho: el que no comprende mas que lo que se ha estipulado espresamente, ó lo que se halla establecido por las leyes sobre el asunto, debiendo siempre tomarse á la letra sin estension ninguna. Tal es el unilatéral. — *De buena fe*: el que se estiende aun á cosas sobre que no se han explicado los contrayentes; por ejemplo á los intereses por mora ó retardo; y aquel en que el juez puede desechar todo lo que se opone á la razón de equidad ó á la voluntad presunta de las partes. Tal es el bilateral. Así enseñan las Institutas; pero en verdad que esta division de contratos, de *buena fe y de estricto derecho*, carece de ley y de fundamento. Lo que en el contrato está claro, debe cumplirse: ¿hay algunas consecuencias dudosas ó obscuras que alguno de los contrayentes quiere deducir del contrato? Distingamos: Si la obscuridad es verdadera, no fué materia del contrato, y sale de la jurisdicción del juez que ha de resolver sobre él. Si las partes sin embargo la someten á su decision, el juez tiene para ella que ceñirse á la determinacion rigorosa del derecho; porque es su deber, y es eso lo que de él exijen los litigantes. El derecho mismo le fija las reglas que en tales casos ha de seguir; ll. 2 y

3. tit. 33. P. 7. Desviándose el juez del derecho estricto, cometería una arbitrariedad con agravio necesario de uno de los interesados. Aparte de esto, esta obscuridad en las consecuencias de un contrato, puede nacer en todos ellos; y por consiguiente no hay razon para establecer diferencias y la division de contratos de buena fe y de estricto derecho, que sería racional, cuando solo unos estuvieran espuestos á esas oscuridades y otros no. De riguroso derecho es que la buena fe debe conducir á los hombres en todas sus estipulaciones y en el cumplimiento de todas sus obligaciones y contratos. Y la diferencia viene á consistir, no en la propia índole de los contratos, sino en el diverso modo con que se han de llevar á efecto, necesitando unos de interpretacion, al paso que en otros es innecesaria. Ya no existe la causa que entre los romanos dió lugar á esta distincion. Cuando el pretor remitía los litigantes á los jueces, estos en ciertos casos estaban obligados á conformarse con las fórmulas que el pretor prescribía, y entónces las acciones se llamaban *stricti juris*: cuando los jueces quedaban en otros casos libres á determinar segun la equidad, las acciones se llamaban de *buena fe*. Pero entre acciones y contratos había y hay la misma grande diferencia que entre las causas y sus efectos.

27. *Contrato aleatorio*: es la convencion recíproca cuyos efectos en cuanto á las pérdidas y ganancias, para cualquiera de las partes ó para todas ellas, dependen precisamente de un acontecimiento incierto. Tales son el juego, las apuestas, la aseguracion, el préstamo á la gruesa ventura y el contrato de renta vitalicia.

Del contrato trino se hablará en el título de *Sociedad*.

28. *Transacciones*. — La transacion ó concordia, que teniendo nombre como se ve, dicen no obstante los AA. que pertenece á los contratos innominados, es: *Decision convenida, no gratuita de cosa dudosa*, López, *gl. 1<sup>a</sup>. l. 5. tit. 6. P. 5. Valeron de transact. tit. 1. quest. 3. y 4.* Mas claro, es: *un contrato voluntario en que se convienen los litigantes acerca de algun punto dudoso, decidiéndolo mutuamente á su voluntad*. Se dice *decision*, porque termina los pleitos, de suerte que tiene tanta fuerza, como la cosa juzgada: *convenida*, porque se hace por convencion de las partes: *no gratuita*, porque no la hay sin que los transijentes se den, reciban ó remitan mutuamente alguna cosa: de *cosa dudosa*, esto es, de cosa de que hay ó puede haber pleito. Puede haber una transacion jeneral, pero debe ser con respecto á los pleitos que puedan dimanar de un litijio actual. Valeron, *tit. 2. quest. 1. n. 22.*

29. Como la transacion es una especie de enajenacion, no pueden hacerla los que no pueden enajenar como los furiosos, pródigos, mentecatos, infantes, impúberes sin autoridad de sus tutores. De los procuradores dice espresamente la l. 19. tit. 5. P. 5. pue-

de transijir el que tuviere poder especial para ello ; y tambien el que lo tenga jeneral, para hacer cumplidamente todas las cosas en el pleito, que el mismo otorgante podría hacer. Pero López *gl.* 8. y 9. dice : que aunque se concede esta facultad á tales procuradores jenerales no debe entenderse en aquellos casos, que serian muy perjudiciales á los otorgantes, por el abuso de los escribanos, que suelen poner estas palabras por sí solos, sin noticia de los mismos otorgantes : tambien son de esta opinion Covar. 1. *var. resol. cap. 6. n. 3.* y Valer. *de transact. tit. 4. quæst. 5. in. 27, y 28.* y en efecto, en práctica nadie quiere transijir con procurador que no tiene poder especial.

30. No se puede transijir, ni vale la transacion : 1.º sobre lo que se manda en algun testamento, antes de abrirse y verso ; l. 1. tit. 2. P. 6. y creemos que los otorgantes no pueden renunciar esta prohibicion que se ha establecido para evitar engaños : 2.º sobre los alimentos futuros debidos por testamento, á no ser con autoridad del juez. Las leyes romanas lo establecieron así, \* para evitar el engaño del alimentario : y aunque no tenemos esta prohibicion en las nuestras, se halla recibida en la práctica, Valer. *tit. 3. quæst. 3.* Castillo, *de aliment, cap. últ.* No se estiende esta doctrina á los alimentos pasados, ni á los debidos por contrato, † y el juez no debe conceder su permiso sin conocimiento de causa. †

31. Puede transijirse sobre los delitos pasados, cuando se trata de ellos civilmente, en cuyo caso puede el juez imponer al reo que transijió, la pena correspondiente al delito, porque lo confiesa transijiendo, l. 22. tit. 1. P. 7. (1) que exceptúa el delito de falsedad, el cual no se entiene confesar el que transije sobre él. Y añade, que si uno transije solo por librarse de la vejacion de seguir el pleito, y pudiese probar su inocencia, no merece pena, y el acusador debe pagarle el cuádruplo de lo que recibió, si se lo pide dentro de un año, y si despues el duplo. Si el delito fuese tal, que mereciese el reo pena de muerte ó de perdimiento de miembro, y de temor de ella quisiese transijir, dando algo á su acusador, puede hacerlo ; porque es justo que cada cual pueda redimir su sangre, á escepcion del adulterio, que no admite transacion en que se reciba dinero ; bien que puede el marido perdonar el delito sin precio alguno, d. 1.

32. La transacion, dicen, es de *estricto derecha*, y por ello solo tiene su efecto en lo que espresa, sin estenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, Castillo, *tomo 4. controv. cap. 42.* Valeron, *de transact. tit. 5. quæst. 2.* Su efecto es terminar el pleito, l.

\* L. 8. de transact. — † L. 8. C. eod. — † D. l. 8. de transact.

(1) Ley inconsecuente con sus propios motivos : el que transije civilmente ó pudiera hacerlo en todo delito ó en ninguno, ó reputarse confeso en todos ó en ninguno.



34. tít. 14. P. 5, de suerte que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la excepción de pleito acabado, y se considera muy favorable, como dirigida á evitar pleitos.

33. Se rescinde la transacion : 1.º Cuando se otorgó en vista de falsos instrumentos ; pero si estos solo tuvieren relacion con algunos capítulos, quedarán firmes los otros. 2.º Cuando se hizo por dolo ó por miedo que cae en varon constante, l. 34. tít. 14. P. 5. Disputan algunos si se rescinde la transacion por la lesion enormísima ; pero d. l. 34. dice : " que la avenencia é el pleito " que así fuese hecho, debe ser guardado, e cuanto quier que " montase aquella parte que quitase el demandador, non la podría despues demandar " ; y López añade : que despues de esta ley no ha lugar á opiniones ; porque las palabras *cuanto quier* nada escluyen ; y así no se rescinde la transacion aun cuando la lesion sea enormísima. Se hablará de la lesion en el título siguiente.

## TITULO XI.

### DE LA COMPRA Y VENTA.

TIT. 5. P. 5. TIT. 11. Y 12. LIB. 5. R. TIT. 12. LIB. 10. NOV. =  
TIT. 24. LIB. 3. INST.

1. Todo contrato es consensual por cuanto sin consentimiento no hay contrato ; pero son cuatro á los que está apropiado el nombre de consensuales, á saber : *compra y venta, arrendamiento, compañía y mandato*. Compra y venta es un contrato por el cual uno pasa á otro el dominio de cosa determinada por precio determinado. De donde son tres las cosas esenciales en este contrato ; consentimiento, precio y cosa : es oneroso á ambas partes, y por tanto se presta en él hasta la culpa leve. Puede hacerse por escritura pública ó privada y aun sin ella, así entre ausentes como entre presentes, por carta ó procurador, pura ó simplemente ó bajo condicion, sea suspensiva, sea resolutoria \* ll. 6. 8. 23. 38. hasta la 48. tít. 5. P. 5.

\* Condicion resolutoria se llama, la que al cumplirse produce la revocacion ó invalidacion del contrato, y restituye las cosas al estado que tenían antes de celebrarse. Cualquiera condicion *suspende la ejecucion* del contrato ; pero la *resolutoria*, no lo suspende, sino que solamente obliga al contrayente á restituir lo que recibió bajo esta condicion, v. g. Te vendo mi casa con condicion de que si viene mi hermano que está en Londres, me la volverás : si viniere, se deshace la venta.

2. *Consentimiento*. - Queda perfeccionada la venta desde que los contrayentes consentan en el precio y en la cosa. En caso que pongan casi como condicion el requisito de que se celebre escritura, no se entenderá perfeccionado el contrato hasta que se verifique esta condicion; ll. 6. y 23. tit. 5. P. 5. pero si simplemente hacen mencion de escritura como de constancia posterior para el contrato, queda el contrato perfecto, no puede arrepentirse uno de los contrayentes, y antes puede obligar el uno al otro á que la otorgue. Si alguno toma algo (lo que se llama *arras*) en señal de que conviene en la venta, no puede arrepentirse, y si se arrepiente debe pagar las arras dobladas; pero si es el comprador el que se arrepiente pierde las arras, y no hay en ambos casos contrato. Mas si la señal dada no fué como arras, sino en parte del precio, el contrato subsiste y no hay lugar al arrepentimiento l. 2. tit. 10. lib. 3. *Fuero Real*, y 6. y 7. tit. 5. P. 5.

3. *Si se puede forzar á vender*. - Consecuencia es de lo antepuesto que sin consentir el dueño de la cosa, no puede haber venta. Dos casos solo se ecepcionan, en que no hay consentimiento actual, y aun puede haber resistencia, y con todo, la venta se ejecuta: — 1.º cuando para usos públicos se priva á un particular de su propiedad, previo el pago de lo que ella vale; *art. constituc. de la República*. Puede ser que el dueño lo rehuse, pero al consentir en las leyes que gobiernan el Estado, consintió en esta disposicion: 2.º mandando la autoridad judicial rematar bienes de un deudor, que desde que contrajo sus deudas, consintió tambien en que si no cumplía, se rematarían sus bienes.

4. *Error ó dolo*. - Donde interviene error ó dolo no puede haber verdadero consentimiento, y así no es válida la venta, cuando se ha dado el consentimiento por error, ha sido arrancado por fuerza, ó se ha sorprendido por dolo; ll. 13. 21. y 57. tit. 5. P. 5. El error debe recaer sobre la sustancia misma de la cosa vendida, como si se da laton por oro; l. 21. d. tit. pero si versa sobre los accidentes no hay nulidad, como si se vende oro malo por bueno, ó si se vende un solar de 30 varas por de 35; advirtiéndose en este último caso, que si el solar ó fundo ó otra cosa se vende por cuerpo, es decir, la cosa sin relacion á su medida ó peso; entonces ni aun hay lugar á la disminucion ó aumento de precio; *Gómez lib. 2. var. cap. 2.* — Otro motivo de nulidad por falta de verdadero consentimiento es, si la venta se hace por fuerza ó violencia capaz de infundir miedo, de causar impresion en una persona razonable, inspirando el temor de esponer su persona ó su fortuna, ó bien la de su cónyuje, ascendientes ó descendientes, á un mal considerable y actual ll. 56. d. tit. l. 7. tit. 33. P. 7. — Es por fin causa de nulidad el dolo ó engaño, cuando impulsa al contrato, es decir, cuando son tales las maniobras hechas por una de las partes, que sin ellas no hubiera convenido

la otra; pero si el dolo interviene por incidencia, de modo que no hubiera impedido el consentimiento, vale la venta, y solo hay lugar al resarcimiento del daño causado por él, l. 57. d. tít.— Es lo mas frecuente que solo por dolo ó por error se puede comprar en mas ó en menos de la mitad del justo precio. Veamos qué es precio.

5. *Precio*. — Es el equivalente de la cosa que se compra. En la venta debe ser cierto, justo y en dinero. Ha de ser *en dinero*, porque consistiendo en otra cosa, ya no sería compra-venta, sino cambio ó permuta, ó bien resultaría algun contrato innominado; l. 1. tít. 6. P. 5. y l. tít. 11. lib. 3. *Fuero Real*.—*Cierto*, es decir, determinado y fijo. No puede dejarse el precio al arbitrio de uno de los contrayentes, pero sí al de un tercero, que si lo fija, se ha de estar á él, y si lo fija con exceso, se ha de regular por hombres buenos ó por el juez; y si muriere antes de fijarlo, no hay contrato, l. 9. d. tít.—*Justo*. El valor de las cosas depende de la estimacion que por su utilidad las dan los hombres, y la escasez ó abundancia de ellas son las circunstancias comunes que arreglan los precios. El precio mas jeneral y frecuente en circunstancias dadas, es lo que se llama *precio comun*, *precio justo*; y aquel á que se reduzcan comprador y vendedor por circunstancias peculiares y circunscritas á la ocasion, será *precio convencional*.

6. *Lesion*. La desigualdad ó quebranto entre el precio justo y convencional, que oede en perjuicio de uno de los contrayentes, se llama *lesion*. Así pues, si entre el precio comun y el que se da por el comprador, hay una desigualdad en mas de la mitad, v. g. si dió menos de cinco, siendo el precio comun diez, debe, ó suplir el precio justo que valía la cosa cuando compró, ó volvérsela al vendedor, recobrando lo que hubiere dado: y al revés, si el comprador fué el engañado, como dando mas de quince por lo que valía diez. Es decir, que en estos casos ó se rescinde el contrato, ó se reduce á sus justos términos segun elija el perjudicado; ll. 56. y 57. d. tít. y ll. 1. y 6. tít. 11. lib. 5. R. y 2. tít. 1. lib. 10. Nov. pudiendo hacerlo dentro de cuatro años y no despues, aunque haya renunciado este beneficio, á menos que hubiere hecho la renuncia sabiendo el justo precio de la cosa. Está determinada la *lesion* ó desigualdad por la ley, mas los intérpretes la han estendido hasta embrollar bien esta materia, inventando *lesion enorme*, *enormísima* y sembrando mil confusiones. Castro, *Discursos críticos*, lib. 4. disc. 6. Llamán *lesion enorme*, la que espresa la ley, es decir la diferencia de *algo*, mas ó menos de la mitad del justo precio, y *enormísima* la de *mucho*, mas ó menos de la mitad del justo precio. Basta que ocurra la lesion establecida por la ley para rescindir la venta ó indemnizar al perjudicado. Y uno ú otro de estos remedios concede el derecho no solo en las ventas, sino en las *trueques*, arriendos, dacion en pago, dote esti-

mada, y en toda clase de contratos onerosos, aunque se hagan por almoneda, desde el día en que se celebraron hasta 4 años y no despues, l. 2. tít. 11. lib. 5. R. La lesion, como se ve, ha de ser en mas de la mitad del justo precio; porque si no, subsiste el contrato y no está sujeto á rescision; l. 2. d. tít. 11. : eceptuándose de esta regla el caso de la dote estimada, en que si hubo lesion de cualquier cantidad que sea, debe rescindir-se y reformarse, mostrado el engaño, l. 16. tít. 11. P. 4.

7. *Casos en que no ha lugar á lesion.* — Son los siguientes: — 1.º En las obras que toman los artistas á destajo ó en almoneda, no pueden alegar este engaño, por la pericia que se les supono, l. 3. d. tít. 5. lib. 6. R. — 2.º En las ventas de bienes raíces pertenecientes á obras pias, de las temporalidades de los jesuitas, de los colejos mayores, de la Corona y de los vínculos y mayorazgos, no ha lugar á los recursos de lesion y nulidad, conforme á la cédula de 21 de octubre 1800. — 3.º Lu l. 6. tít. 11. lib. 5. R. quitó el derecho de reclamar la lesion si la cosa fué vendida por tasacion y en público contra la voluntad del dueño, es decir por órden judicial, pero compelió á los hombres á que comprasen; y como esta fuerza hecha para comprar era intolerable por injusta, la ley, como sucede con las de ese carácter, quedó sin uso; y en América creemos que nunca lo tuviese. \* — 4.º Tampoco cuando la cosa está perdida, muerta ó muy empeorada, l. 56. tít. 5. P. 5. — 5.º Cuando la cosa pasa á tercer poseedor, á menos que sea por título lucrativo, ó que sepa que la cosa fué comprada en menos de la mitad del justo precio, en cuyo caso se puede repetir contra él en defecto del primer poseedor, Covar. 2. var. cap. 3. n. 10. Molina, de just. et jur. tr. 2. disp. 349. — 6.º Cuando el mayor de 14 años de cierta ciencia, y cerciorado del valor de la cosa y del beneficio que le compete, renuncia con juramento (A) aquel beneficio introducido en su favor, l. 56. tít. 5. P. 5. Añaden algunos no haber lugar á lesion; cuando se hace remision ó donacion espresa de lo que la lesion importa; pero si no hay buena fe, si hay dolo, si se hace de modo que al tiempo del contrato la parte lesa ignore que lo es, nada valen estas donaciones y renunciaciones; y se consideran como una cláusula de pura rutina, siendo violento presumir una donacion semejante en un contrato intrinsecamente igual, en que las partes no tienen otro ánimo que el de comprar y vender, y hacer sacrificio por sacrificio. Véase á Gómez, 2. var. cap. 2. n. 26. y Covar. 2. var. cap. 4. que solo juzgan válidas aquellas renunciaciones que son especiales, y hechas por los que estaban bien instruidos del justo precio que la cosa tenía.

\* También están fuera de práctica, por la misma razon las ll. 18. y 20. tít. 7. lib. 9. R. que compelián á comprar bienes rematados por deudas fiscales.



8. *Cosa.* — En cuanto á la cosa que se vende es preciso examinar si es ó no de las cosas que se pueden vender y comprar. Pueden venderse y comprarse todas las cosas que están en el comercio de los hombres; no solo las existentes, sino tambien las futuras, como por ejemplo los frutos que han de nacer de un campo, y aun la esperanza, v. g. la de lo que saque un pescador la primera vez que eche la red ó el anzuelo; l. 11.; y la de las herencias, menos de la que ha de venir de cierta y determinada persona sino es con beneplácito de la misma. Tambien son materia de compra y venta las cosas incorpóreas, como acciones, créditos, derechos y servidumbres. — Pero no pueden venderse: el hombre libre l. 15. tít. 5. P. 5. las cosas sagradas, relijiosas y santas; no siendo para la construccion ó pago de deuda de la iglesia, y para alimentar pobres en tiempo de hambre, l. 1. tít. 14. P. 1. las públicas, como plazas, caminos, rios, l. 15. las novicias, l. 17. las robadas, — las litijiosas; ll. 10. y 21. tít. 4. lib. 5. Fuero Juzgo: — las piedras ó maderas que están formando algun edificio, l. 16. tít. 5. P. 5. ni las cosas estancadas sino bajo las reglas que hubiese establecido el gobierno.

9. *Personas que no pueden comprar.* — No solo hay cosas que no se pueden comprar ó vender, sino tambien personas que tienen prohibicion de comprar por sí ó por otros: — tales son los tutores, curadores, albaceas, ó cualesquiera otros administradores de bienes ajenos, que no pueden comprar cosa alguna de las que administran bajo pena de nulidad y de cuatro tanto para el fisco l. 23. tít. 11. lib. 5. R. ó 1. tít. 12 lib. 10. Nov. ni los jueces las cosas que se venden en almoneda por su mandato, l. 22. tít. 8. lib. 2. R. ó 4. tít. 14. lib. 5. Nov. ni los correjidores ó gobernadores los bienes inmuebles que se vendieren en el territorio de su jurisdiccion, bajo pena de perderlos para el fisco: l. 2. tít. 6. lib. 3. R. ó 3. tít. 11. lib. 7. Nov. ni los ropavejeros lo que se vende en almoneda, l. 17. tít. 12. lib. 5. R. ó 4. tít. 12. lib. 10. Nov. ni los corredores mercadería ninguna por su cuenta bajo pena de diez mil maravedís y pérdida de lo comprado: l. 26. tít. 11. lib. 5. R. ó 4. tít. 7. lib. 9. Nov.: el hijo de familias, el menor sin licencia de su padre ó curador, no pueden tomar mercaderías al fiado, bajo nulidad del contrato y de la fianza que tal vez dieren para su firmeza: — y por fin nadie puede hacer compras al fiado para cuando se case ó herede ó suceda en algun mayorazgo, bajo nulidad; de manera que el vendedor no podrá reclamar en juicio el pago de lo que así hubiere vendido, l. 22. tít. 11. lib. 5. R. ó 17. tít. 1. lib. 10. Nov. Véase el cap. 5. tít. 7. Part. 1. del Código penal del Ecuador.

10. *Venta de cosa ajena.* — Dícese que puede venderse lo ajeno sujetándose el vendedor á la eviccion. Asertó impropio; porque hemos visto que la eviccion es circunstancia natural en

este contrato, y lo natural no puede ser salvaguardia de lo que no deba hacerse. Mas la l. 19. tit. 5. P. 5. empieza con estas formales palabras : *Cosa ajena vendiendo un hombre á otro, valdrá la vendida* ; pero es no mas que para seguir estableciendo los efectos de la disyuntiva de si el comprador sabía ó ignoraba que era ajena : si sabía, no le queda derecho á repetir del vendedor el precio que le dió, en caso que el verdadero dueño la reclame y venza : y si no sabía, recobra del vendedor no solo el precio sino los daños y perjuicios. — Esta ley dispone sobre el hecho ejecutado, no autoriza ni faculta para que se haga ; y por eso prosigue hablando en el concepto de quo el que es dueño verdadero la reclamará ó la vencerá en juicio. La validez de la venta versa únicamente entre el comprador y vendedor, sin perjuicio del dueño lejítimo, l. 33. quo no ha concurrido con hecho suyo á privarse de su propiedad. Y esto mismo se ve confirmado por la l. 53. del propio tit., poniendo el caso, en que vendo el que no es dueño, y al mismo tiempo el dueño de una cosa á diversas personas ; ordena la ley que la adquiera el que la compró al que era dueño. Con todo, es muy mas justa la disposicion del código francés, que declara espresamente nula la venta de la cosa ajena.

11. *Compra con dinero ajeno.* — Si la cosa se compró con dinero ajeno, es del que la compró á nombre suyo, salvo si este dinero pertenecía á militar en servicio del Estado, ó á menor de 25 años, ó á iglesia, y el comprador fuese el tutor del menor ó el Prelado ó el administrador de la iglesia : bien que queda al arbitrio de los dueños del dinero, tomar este ó la cosa que se compró, aunque la compra se hubiese hecho á nombre de los otros. La misma eleccion tiene la mujer en lo comprado con dinero de su dote por su marido, y aunque ella hubiese prestado su aprobacion, l. 49 d. tit.

12. *Venta hecha á dos.* — Pedro vende un caballo á Juan, recibe el precio, y en vez de entregarlo, va, vende, toma el precio y ademas lo entrega á Diego ; manda la l. 50. d. tit. que Diego sea dueño del caballo y no su primer comprador Juan, á quien le queda el derecho contra Pedro por el precio, por los daños y perjuicios. Si el caballo no fué de Pedro sino ajeno, aun entonces será la propiedad del primero que tomó la posesion, y esto aunque no hubiese pagado el precio ; d. l. 6. La tradicion y la posesion, á que en estos dos casos, se ha dado tanta fuerza, no la tienen tanta que puedan justificar la inconsecuencia que resulta con el sistema entero de las mismas leyes. Hablando sin las sutilezas del derecho romano, la primera venta hizo dueño verdadero del caballo á Juan, y procediendo Pedro á venderlo á otro, vendió lo que no era suyo, vendió lo ajeno. Las leyes que declaran válida la venta de lo ajeno, no privan, como acabamos de ver, al dueño verdadero del derecho de repetir por lo suyo que otro vendió ;

luego reconocen el derecho del primer comprador. Que la cosa sea de este, aun antes de entregársela, lo declaran las mismas leyes que hacen del comprador el daño ó provecho de la cosa vendida, que repiten sin cesar que en la venta basta el consentimiento sobre ajuste de precio y cosa, para que quede perfeccionada; y que en el mismo caso propuesto califican de delito, *estelionato*, el vender la cosa á dos. Si pues no interviene hecho propio del primer comprador, y las leyes no pueden menos de reconocerlo como propietario; él lo es, y se peca contra la justicia dando la propiedad al segundo comprador por sola la tradicion ó posesion. La tradicion y consiguiente posesion no son el contrato, no son la causa, el título, ó motivo de adquisicion de dominio; son puramente la ejecucion de un contrato precedente; y he aquí que la ley de que hablamos ha confundido la ejecucion del contrato, ha sancionado mayor fuerza para ella que para el contrato mismo. Heineccio, que segun el testimonio de Bentham, es el mas juicioso de los intérpretes del derecho romano, no ha podido desatar satisfactoriamente esta implicancia. Recit. lib. 3. tit. 24. §. 911. *El vendedor es deudor, dice, de cierta especie, y si esta perece, deja de serlo.* En decir, *es deudor*, se confiesa que la especie ya no es suya, sino del comprador, porque no se *debe* sino lo *ajeno*. La razon en resumen viene á lo mismo: que la cosa perece para su dueño.

13. *Pactos en la venta.* — Puede ponerse en la compra-venta cualquier pacto que no sea contra las leyes ó buenas costumbres. Los mas frecuentes son el de la *ley comisoría*, el de *adicion* ó *señalamiento de dia*, y el de *retroventa*. El pacto de la ley comisoría es una convencion de que si el comprador no paga la cosa hasta cierto dia, se deshaga la venta; y en su virtud, si el comprador no paga todo el precio ó su mayor parte el dia señalado, tiene el vendedor la eleccion de pedir todo el precio, ó de revocar la venta, reteniendo para sí la señal ó la parte de precio que hubiese recibido; y hecha la eleccion no puede arrepentirse. \* Si el comprador hubiese recibido algunos frutos, los debe tornar al vendedor, sino es que este no quisiese tornar la señal ó parte del precio recibido, en cuyo caso no debería tener los frutos. Estos se vuelven deducidas las espensas, y el comprador debe pagar el empeoramiento de la cosa, que sobreviniese por su culpa d. l. 36. tit. 5. P. 5.

14. *Adicion de dia.* — El de adicion en dia es: una convencion de que si hasta cierto dia hallase el vendedor quien le diese mas por la cosa, pueda venderla á este; en cuyo caso debe ser preferido por el mismo precio el primer comprador, quien si no aceptare el aumento, ha de volver la cosa con los frutos, deduci-

\* L. 4. §. 2. l. 7. de leg. commis.

das las espensas, l. 40. d. tit. 5.

15. *Comisorio*. — Está reprobado el pacto *comisorio*, por el que empeñada una cosa, y pasado el día señalado sin redimirse, sea del acreedor por aquello solo que dió, cuando la recibió á peños, y no segun el justiprecio de hombres buenos l. 40. tit. 5. y 12. tit. 13. P. 5. †

16. *Retroventa* — Pacto que se pone entre el comprador y vendedor de que volviendo este á darle el precio que recibe, le volverá la cosa comprada ; l. 42. d. tit. ó mas breve, que volverá á vendérsela por el mismo precio. El cumplimiento de este pacto de parte del vendedor se llama *redencion*, y de parte del comprador *retroventa*. El derecho de redimir segun unos es perpetuo, de suerte que siempre que el vendedor ó sus herederos quieran recobrar la cosa vendida, podrán compeler al comprador y á los suyos. Gómez, *var. lib. 2. cap. 2. n. 28.*; pero segun otros solo dura 20 años, que es el tiempo en que se prescriben las acciones personales ; y por ser meramente personal la que tiene el vendedor para obligar al comprador á la retroventa porque proviene de solo el contrato, no puede intentarla contra tercer poseedor, á menos que se hubiese añadido la condicion de no poder venderla ó enajenarla, en razon de que entonces sería nula la segunda venta.

17. El comprador debe pagar el precio ; pues de otro modo ni aun con la posesion de la cosa se hace dueño de ella, á no ser que el vendedor se la hubiese fiado, sea con fianza ó prenda, sea sin ellas. El vendedor debe entregar al comprador la cosa vendida con todo lo que le pertenece ó le está unido. Si es una casa con los canales, caños, aguaduchos y todas las demas cosas acostumbradas para su servicio, estén dentro de ella ó fuera. Tambien los ladrillos, piedra, teja y madera que estuviesen puestos ó movidos en la misma casa, si fueron de ella. Pero no los que no hubieron estado puestos en la casa, aunque el vendedor los hubiese llevado á la misma casa para ponerlos en ella, l. 28. d. tit. 5. † Esta misma distincion se observa con respecto á las pérticas ó palos para levantar las vides, pues entran en la venta los que estuviesen metidos, ó los que han de volver á ponerse, y no los otros, aunque estuviesen destinados y preparados á este efecto, l. 31. tit. 5. Tampoco entran los peces que se hallaren en alguna alberca de la casa y heredad vendida, ni las gallinas, ni otras aves ó bestias, que hubiere en ella, l. 30. \* Ni los muebles que no están unidos á la casa, como las mesas, armarios, cubas ó tinajas que no estuvieren fincadas ó soterradas en la casa ; pero si estuvieren, entran en la venta, l. 29.

† L. ult. C. de pact. pign. — † L. 17. §. 10. de act. emp. et vend. — \* L. 15. cod.



18. *A quien pertenece el daño.* — Perfeccionada la venta, pertenece desde entonces al comprador todo el daño y provecho, aun antes de su entrega, l. 23. tit. 5. menos en los casos siguientes, en que el daño es del vendedor: — 1.º Cuando hubo dolo ó culpa ó tardanza en el vendedor; pero si despues de la tardanza quisiese entregarla el vendedor sin daño, y el comprador tardase en recibirla, será suyo el daño que suceda entonces, ll. 27. y 39. || — 2.º Cuando el vendedor tomó sobre sí el peligro. — 3.º Si la venta fuese condicional y empeorase ó mejorase la cosa antes de cumplirse la condicion, pertenece al comprador el daño; pero si se perdiese ó destruyese toda por cualquiera manera que fuese, el daño sería del vendedor, l. 26. tit. 5. (B)—4.º Cuando la cosa fuese de las que se gustan, miden ó pesan, y se perdiese y empeorase antes de ser gustada, medida ó pesada, aunque se haya convenido en el precio, ¶ pero si falta el comprador al dia señalado para gustar, medir, ó pesar, ó al dia para que se le requirió delante de testigos, es suyo el daño que suceda despues, l. 24. tit. 5.

19. Esta ley añade varias particularidades: — 1.ª No acudiendo el comprador requerido, puede el vendedor vender la cosa á otro, y recobrar del comprador moroso el menoscabo que tuviere en esta venta. — 2.ª Puede el vendedor alquilar vasos ó cubos á costa del comprador moroso, si necesitase los suyos, en que está el vino vendido. Y si no hallare vasos de alquiler, y los hubiere menester para poner otro fruto, que no tiene donde meter, podrá echar en la calle ó camino, lo que tenía vendido, pesándolo ó midiéndolo antes. — 3.ª Si la venta fuese de oro, plata, trigo ú otra cosa, que se vende por peso ó medida, y antes de pesarse ó medirse, se pierde en todo ó en parte, es del vendedor el peligro. Pero si conservándose la cosa, abarata ó encareciese el precio de las de su clase, la mejora ó menoscabo que habría por esta razon, sería solo del comprador: es decir, que si bajase el precio, deberá pagarlo entero, segun la convencion; y si subiere, no ha de pagar mas que el convenido, López *gl.* 11. y Hermosilla, *gl.* 4. Pero en las cosas que se venden á ojo, como todo el vino de una bodega ó aceite de un almacén, pertenece al comprador todo el daño ó provecho que acaeciese despues de haberse convenido, como sucede jeneralmente en las cosas que no se pesan ni miden. \*

20. *Eviccion y saneamiento.* — El vendedor está obligado á la eviccion y saneamiento de la cosa vendida. Eviccion es la accion que tenemos contra el que nos vendió una cosa que nos quitan *venciendonos* en juicio por no haber sido propia del vendedor. —


|| LL. 15. et 17. de per. et com. rei vend. — ¶ L. 35. §. 5. de contr. empt.—  
\* L. 35. §. 5. de cont. empt.

Y la obligacion que el vendedor tiene, sea por la eviccion, ó por cualquiera otro motivo, de darnos la cosa vendida, *quita y libre* de todo embargo procedente de causa anterior al contrato, se llama *saneamiento* l. 32. d. tít. de forma que en defecto de la cosa vendida está obligado á dar el comprador otra igual en todo, y cuando esto no pueda, á restituir el precio y las costas, gastos y perjuicios, con sus intereses: y si se impuso la pena del doble, en caso de no sanearla, tiene que pagar la estimacion doble de la cosa, aunque exceda al doble que se estipuló; d. l. con tal que el comprador haga saber al vendedor la ocurrencia del pleito antes de la publicacion de probanzas, cuando mas tarde. Si el vendedor no quisiere entrar en juicio podrá el dueño litigar con el comprador, quedándole á este salvo su derecho, para precisar al vendedor al saneamiento de la cosa; l. 32. hasta la 37. Y si el vendedor es clérigo puede ser reconvenido de eviccion por el juez del comprador, aunque este sea secular, si ante este pende el pleito sobre la posesion ó propiedad de la cosa vendida, l. 57. tít. 6. P. 1.

21. La obligacion de la eviccion cesa en los casos siguientes. 1.º Si el comprador pone el pleito en manos de árbitros y lo pierde, sin consentimiento del vendedor, ó no ser que este se hubiese obligado de cualquier modo que se quitase la cosa, López, *gl.* 3. d. l. 33. y Hermosil. id. — 2.º Si el comprador pierde por su culpa ó por un caso fortuito la cosa comprada ó su posesion. — 3.º Si el comprador no alegó la prescripcion que tenía ya ganada; y López, *gl.* 7. estiende esta doctrina á las espensas y mejoras que el comprador hubiese hecho en la cosa, y al tiempo de restituirla no las exceptuó ó protestó, que por lo mismo no podría recobrarlas del vendedor. — 4.º Si habiéndose dado sentencia, dejó de apelar, no estando el vendedor delante. — 5.º Si el vendedor la vendió al comprador estando jugando un juego prohibido ó la jugó. — 6.º Si el juez diese sentencia injusta á sabiendas, ó por ignorancia contra el comprador; pues entonces el responsable es el juez, Hermos. d. l. *gl.* 6. l. 24. tít. 22. P. 3. Covar. *lib.* 3. *var. cap.* 7. n. 10. — 7.º Si siendo la cosa vendida una herencia, ó las rentas de una heredad, ó otra jeneralidad, fuese vencido en juicio el comprador, solo con respecto á una cosa ó á una renta determinada de ella, y no á toda ó la mayor parte; pero si la cosa fuese nave, casa, cabaña de ganados ó otra semejante, y el comprador fuese vencido en alguna parte de cualquiera de estas cosas, debe el vendedor hacerla sana, como si lo vencieren por toda la cosa principal, ll. 35. y 25. tít. 5. — 8.º Si el comprador consiente que la cosa se haga eclesiástica. — 9.º Si el gobierno se apodera de ella, Hermos. l. 37. *gl.* 1. n. 6. que trae su limitacion. — 10.º Si se pactó espresamente que el vendedor no había de estar obligado á la eviccion, quedando el com-

prador enterado del perjuicio que podía resultarle de este pacto. — 11.º Si el comprador fué de mala fe, sabiendo que la cosa era ajena, pues entonces debe restituirla al dueño, sin que el vendedor esté obligado á restituírle el precio, ú no ser que espresamente hubiese pactado la evicción.

22. La evicción tiene lugar en todos los demas contratos onerosos, y por consiguiente: — 1.º En los arrendamientos. — 2.º En las permutas, l. 4. tít. 6. P. 5. — 3.º En la dacion en pago de deuda, \* — 4.º En los juicios divisorios. — 5.º En las divisiones de herencias, en las que, previene la l. 9. tít. 15. P. 6. que si se hacen ante juez, mande este, despues que fuese hecha, que las partes se afiancen mútuamente la evicción; pero que esta no tenga lugar, si el mismo padre ó testador hiciere en vida la division. López, *gl.* 2. añade, que ha lugar la evicción, cuando consta que el testador quiso la igualdad entre sus herederos; y con mas razon la ha de haber cuando el hijo quedare perjudicado en su legítima. — 6.º En las transacciones ó concordias, cuando la cosa quitada no es de aquellas que son objeto de la transacion, sino que se dió á alguno de los transijentes para que transijiera. † — 7.º En la dote estimada, en la necesaria y en la que procede de promesa obligatoria. — 8.º El legatario de una cosa jenérica, podrá pedir otra al heredero, si le fuese quitada la que este le dió primeramente; así lo probamos en nuestro *Digesto, lib. 21. tít. 2. n. 11.* y sucederá lo mismo siempre que el que adquiera la cosa por título lucrativo, tiene derecho para pedirla de nuevo ó su equivalente. Por lo demas, el que tiene una cosa por título *lucrativo* no goza por lo regular de la evicción. Véase sobre estas doctrinas á Guzman, *de evic. y Gómez, 2. var. cap. 2.*

23. *Accion redibitoria y de cuanto menos.* — Tiene el vendedor obligacion de manifestar las cargas, vicios ó defectos de las cosas, sean raiz, ó semoviente; y si no los manifiesta, puede el comprador intentar dentro de seis meses la accion *redibitoria*, para volver la cosa al vendedor, y recobrar del mismo el precio; ó bien dentro de un año la accion del cuanto menos *quanti minoris*, para recobrar del vendedor tanta parte del precio, cuanta valiese menos la cosa por razon de la carga ó vicio ocultado. Estos dos plazos se empiezan á contar desde el dia en que se hizo la venta, l. 65. tít. 5;  lo dice espresamente la ley y nada vale que López, *gl.* 11. entienda que desde el dia que llega el vicio á noticia del comprador; porque las palabras *fasta seis meses* que puso al principio la misma ley, están por ella esplicadas intencionalmente: *este tiempo de los seis meses é del año sobredicho, se debe comenzar á contar, desde el dia que fué fecha la vendida.* La accion redibitoria y de cuanto menos tienen tambien

\* L. 4. C. de evic. — † L. 38. C. de transact.



lugar en las permutas, en la dacion en pago, y en la dote con estimacion que causa venta, y en los demas contratos semejantes, l. 1. tít. 11. lib. 5. ó 2. tít. 1. lib. 10. Nov. Y segun la Curia Fil. *Redib.* puede el comprador elejir una de estas dos acciones, y retener la cosa viciosa, contra la voluntad del vendedor.

24. La l. 63. sobre la venta de bionces raices, dice: que si uno vende casa ó torre que tiene servidumbre, ó tributo callando estas cargas, sin avisarlas al comprador, puede esto deshacer la venta, y está obligado el vendedor á volver el precio con los daños y menoscabos que lo hubiese causado; pero si el vendedor ignoraba el vicio, solo está obligado á volver el precio y no los menoscabos. Y aunque esta ley no habla de la accion *quantum minoris*, dice López, *gl.* 4. que tambien puede usar de ella el comprador. Entre nosotros si se ocultan capitales á censo, tiene el comprador la misma accion redibitoria, aunque los tribunales suelen obligar al vendedor á redimir solo el censo ocultado, negando la rescision.

25. La l. 65. sobre la venta de bestias, solo habla de la devolucion del precio, aunque el vendedor sepa la tacha de la bestia al tiempo de venderla; pero seguiremos á Hermosilla, segun el cual es tambien responsable á los daños, así como lo es el vendedor de la casa por la l. 63.

26. Parece que la misma l. 63. exige que el vendedor sepa la enfermedad ó tacha para que se den las acciones *redibitoria* y *quantum minoris*, pues dice: *si lo sabe el vendedor*; pero López, *gl.* 4. y Hermos. *adic.* juzgan ser lo mismo si la ignorase; porque de que la ley hable del caso en que el vendedor sabe la tacha, no hay razon para escluir el caso en que la ignore, contra el espíritu de las mismas leyes, que por lo jeneral no quieren que la ignorancia del vendedor perjudique al comprador: lo que tambien es conforme al derecho romano.\*

27. El vendedor no estaría sujeto á ninguna de las acciones referidas, si al tiempo de vender la cosa manifestase el vicio al comprador, de modo que siendo este sabedor, le placiese la compra, y recibiese la cosa dando el precio. Lo mismo sería, si se aviniesen en el precio, y la venta se hiciese en términos que por tacha que tuviese la bestia, no la pudiese deshacer el comprador, l. 66. pero López, *gl.* 2. dice: que esto se entiende en el caso que el vendedor ignorase el vicio; conforme á unas leyes romanas. Pero si el vendedor decía jeneralmente que la bestia tenía tachas, y encubría la que había, callando, ó diciéndolas engañosamente envueltas en otras, de manera que el comprador no pudiese enterarse, estaría obligado á las dos acciones expresadas, d. l. 66.

\* L. 1. §. 2. de *re lit. edic.*



28. La l. 67. d. tít. 5. propone dos casos: — 1.º Que si el comprador habiendo comprado la cosa la empeñase á otro, y despues deshiciere la venta, por alguna de las razones que hemos espresado, entonces el que la tomó á peños debe volverla al vendedor cuya fué y puede pedir al comprador que la empeñó, que le pague lo que dió sobre ella á peños. — 2.º Que si alguno empeñase á otro una cosa, obligándose en tal manera que no la pudiese vender, dar, ni enajenar de ningun modo hasta que la tuviese quita ó libre, y sin embargo la vendiese á otro, no valdría la venta.

29. Finalmente, aunque la accion por la lesion enorme se prescribe en cuatro años, Parladorio fundado en la l. 16. tít. 11. P. 4. dice: que para la enormísima son necesarios veinte años, por ser una accion personal, y hallarse señalado este término para las acciones personales por la l. 6. tít. 15. lib. 4. R. — La l. 10. tít. 19. P. 6. sobre los bienes de las Iglesias, de los Reyes, de los Concejos y de los menores dice: “que se pueden demandar por la restitucion *in integrum* desde el dia que recibieron el engaño ó menoscabo hasta cuatro años. Pero si el menoscabo fuese tan grande que montase de mas de la mitad del precio que valía alguna de las cosas sobredichas que fuese enajenada: entonces bien puede demandar enmienda é restitucion fasta treinta años, desde el dia que fuese fecho el enajenamiento de la cosa.”

30: *Derecho de Indias*. — Las tierras que se reparten á los descubridores y pobladores no pueden venderse á ninguna iglesia, monasterio ni persona eclesiástica, pena de perdicion de dichas tierras, l. 10. tít. 12. lib. 4. R. *Ind.* Para evitar el perjuicio de los indios en la venta de tierras á los españoles, se manda, que cuando se dieren ó vendiesen, sea con citacion de los fiscales de las audiencias, quienes deben ver y reconocer con toda diligencia la calidad y disposiciones de los testigos, y hacer que se observen las demas circunstancias de la l. 26. d. tít. 12.

Quando los indios venden los bienes raices ó muebles que se les permite, traiganse á pregon con almoneda pública en presencia de la justicia, los raices por 30 dias y los muebles por 9, teniéndose por nulo lo que de otro modo se practique, l. 27. tít. 1. lib. 6. d. R. y la ordenanza de 17 de diciembre de 1603 en orden á los jueces que deben conocer de dichas ventas; y ahora no pueden vender sus tierras los indios sin autorizacion de sus protectores. En cuanto á pregones no está en uso darlos.

---

### NOTA.

(A) El juramento no debe ser un vínculo de iniquidad. ¿Y no lo es cuando sostiene un contrato que he hecho, impelido de la necesidad y sin conocer un

perjuicio tan grave como el de privarle de mas de la mitad del valor de mi propiedad? Si el juramento no puede sostener un contrato usarlo, porque me priva de lo que es mio ¿cómo puede sostener este contrato que me infiere el mismo daño? Se dice: que yo puedo renunciar y donar lo que es mio, y que en tanto estoy obligado en cuanto parece que sóriamente quise obligarme. — Mas no puede llamarse sério y obligatorio, un acto nacido de la necesidad, de la inconsideracion ó ignorancia de mi parte, y por otra, de la rutina de un escribano, que inserta estas renunciaciones y juramentos en toda clase de ventas, porque así las encuentra en su formulario. Semejantes renunciaciones, donaciones y juramentos se reducen á que si el comprador me priva de mas de la mitad del valor de lo que le vendo, me obligo á perdonarle, aun cuando él conozca el perjuicio que me infiere: y esto no es otra cosa, que abrir la puerta al fraude; renunciar las leyes prohibitivas, y hacer ilusoria la potestad legislativa; atacar la seguridad de la propiedad tan necesaria al bien comun; hacer intervenir á Dios en seguridad del defraudador; vulgarizar el juramento y fomentar el perjurio. Para evitar estos males dictaron Dn. Fernando y Doña Isabel en 1480 la l. 11. tít. 1. lib. 4. R. prohibiendo el uso del juramento entre legos en contratos sobre cosas profanas, invalidando la obligacion, y multando al escribano en la mitad de sus bienes ó inhabilitacion de su oficio; pero cediendo desgraciadamente estos legisladores á los gritos del mas absurdo fanatismo, que pretendía que la potestad secular no podía dictar una ley en asunto extraño á su dominacion, invalidando un contrato jurado, y haciendo de nuevo la transgresion del juramento; derogaron aquella ley por la pragmática de 1502, y volvieron á dar pábulo á las opiniones y disputas, á las sutilezas de la metafisica y á las máximas mas contrarias al buen sentido. Para evitar este paso retrógrado, se debió tener presente entre otras razones: 1.º Que el soberano puede declarar nulo un contrato, y que en este caso el juramento no tiene valor; porque como accesorio de un acto nulo, no puede ser el mismo sino nulo, y 2.º Que es suficiente que esté sujeta á la soberanía la materia del contrato y sus solemnidades, para que no surta efecto el juramento hecho contra la prohibicion, al modo que aunque la Iglesia no pueda dar otra forma á los Sacramentos, mas de aquella que recibieron de Jesucristo, pudo no obstante, prescribir cierta forma en el contrato de matrimonio, invalidando los clandestinos, ó de otro modo celebrados, no introduciendo nueva forma en el Sacramento, sino en el contrato. Castro, lib. 4. disc. 7.

(B) A primera vista se creerá injusta la diferencia de esta ley. Pendiente la condicion no hay todavía venta ¿por qué toca el daño al comprador? si la hay, ¿por qué perece la cosa para el vendedor? La cosa en sí es el objeto del contrato: si esta perece antes de cumplirse la condicion, ni la condicion ni el contrato tienen sobre qué recaer; pero si la condicion se cumple, el provecho ó desmejora de la cosa son puntos accesorios que siguen lo principal y son del comprador como la cosa misma. No cumpliéndose la condicion, ni el menoscabo pertenece al comprador. López *gl. á esta ley.*

## TITULO XII.

## DE LOS RETRACTOS.

TIT. 11. LIB. 5. R. — TIT. 13. LIB. 10. NOV.

1. Los retractos de que vamos á hablar son un derecho, porque están establecidos por las leyes, pero carecen de justicia. Siendo la venta un título sagrado que asegura la posesion de las cosas en el comercio humano, conceder los retractos, especialmente los familiares, es debilitar aquella garantía y contribuir en cierto modo á las vinculaciones que hoy se empeñan las mismas leyes en estinguir. Cuando por fin llegue el tiempo deseado de que las nuestras se reformen, esperamos que sea la primera que quede desterrada, esa facultad sin objeto verdaderamente útil, de anular, usando del tanteo, una compra que ya tenía constituido dueño lejítimo al que la celebró. No es por cierto lo mas comun que con el retracto se restrinja la libertad amplia que debe tener todo hombre para disponer de sus cosas, que es el fundamento que dan los intérpretes para reprobear este derecho; porque decidido el dueño á la venta, le es indiferente la persona del comprador: su objeto es hacerse al precio, y nada le importa ó poco quien se lo proporcione. Pero jamas dejará de suceder que el comprador no se retraiga, si sabe que á pesar de la compra queda inseguro todavía en el título de su adquisicion: y bien se comprende que semejante temor influye directamente en la baja del precio y en inmediato perjuicio de los dueños de las ventas. De todos modos el retracto es un mal, y la ley que lo produce debe ser abolida.

2. *Retracto ó tanteo* es el derecho que compete á alguno para anular una venta, tomando para sí por el mismo precio lo que otro había comprado. Se quiere que este derecho sea el mismo que tuvieron los judios. Lev. 25. v. 25.: los romanos lo admitieron, pero estos y otras pueblos, dice Escriche, lo rechazaron luego con justa razon. Hay retractos de varias especies, y son las principales, de *abolengo* que tambien se llama *de sangre, lejítimo y jentilicio*: retracto de *sociedad ó comunión*: y segun algunos, retracto *convencional*, llamando así el pacto de retroventa, ó venta hecha á *carta de gracia* que queda explicado ya al núm. 16. del título antecedente.

3. El de *abolengo, jentilicio, lejítimo ó de sangre*, es el que tienen los mas próximos parientes dentro del cuarto grado para tomar los bienes raices de sus abuelos ó padres ofreciendo dentro del término prefinido por derecho, el mismo precio en que se vendieron, ll. 8., 9., 12. y 14. d. tít. 11. R. y 2., 4., 7. y 9. d. tít.



13. Nov. Movi6 á conceder este derecho la aficion que se supone tienen los mas 6 las heredades 6 fincas de sus ascendientes : mas como esta gracia en favor de unos pocos, envuelvo daño para otros con perjuicio de la sociedad, es contraria á los principios que deben guiar al legislador ; y por lo mismo debe restringirse la ley en sus aplicaciones por ser odiosa.

4. *¿ Cuáles son los parientes á quienes se concede este derecho ?* Los mas próximos al vendedor, con tal que desciendan del ascendiente de quien se deriva la cosa vendida, con inclusion de los hijos naturales, de los desheredados y de los que renunciaron la herencia paterna ; y sin que dé prelación el doble vínculo de parentesco, bajo el concepto de que tiene lugar aquí la representacion como en las sucesiones intestadas, ll. citad. Gómez á la 70 de Toro. Matienzo á la 7. d. tit. 11. R. — Si el mas próximo no quiere 6 no está en capacidad de usar de este derecho pasa al siguiente en grado, 6 así sucesivamente hasta el cuarto grado civil inclusive. — Y si hay dos 6 mas de un mismo grado, todos se dividirán la cosa por iguales partes, 6 no ser indivisible ; pero entonces habría lugar á la licitacion, segun opinan los AA. — *Parladorio, difer.* 109.

5. *¿ Sobre qué bienes se ejercita ?* — Sobre los bienes raices, no muebles, del patrimonio de los abuelos 6 padres comunes del que los vende y del que los retrae, y que hubiesen pasado á poder del que los vende por título universal 6 singular, esto es, por herencia, legado, donacion, dote, mejora, &c. con tal que no hayan salido del patrimonio de la familia, haciéndose de libre enajenacion con una sola venta 6 estraño, de la que no se redimieron. Matienzo, Acevedo, á la 1. 7. d. tit. 11. — Si se venden muchos de estos bienes juntamente por un solo precio, todos se han de redimir 6 ninguno : pero si á cada cosa se señaló su precio, podrá el pariente sacar 6 retraer la que quisiere y dejar las otras : porque en el primer caso se considera una sola venta, y en el segundo muchas : bien que aun en este, si el comprador no hubiera tomado las unas sin las otras, l. 10. d. tit. 11. R. 6 5. d. tit. 13. Nov. tendrá que llevarlas 6 dejarlas todas el pariente, aunque cada una tenga su precio por separado. — Si de dos cosas vendidas una solamente fuese patrimonial, podrá el pariente tomar solo esta, y dejar la otra que no lo es, tasándose por peritos su valor para entregarlo : bien que, quieren algunos, y así debe ser, que se proceda como en el caso precedente, esto es tomar todas para no perjudicar al dueño. Acev. y Matienzo. *lug. cit.*

6. *¿ Contra quien compete este derecho ?* Contra el comprador que sea estraño á la familia 6 que sea pariente mas remoto que el retrayente, mas no contra el igual en grado ; que tiene por la ley igual derecho.

7. *¿ En qué casos puede ejercerse el retracto ?* No solamente



cuando se vende la finca patrimonial ó de abolengo, sino tambien cuando se da en pago de deuda ó en dote estimada, que se reputan por verdadera venta ; pero no si es en cambio ó permuta de una finca por otra : l. 7. tít. 11. lib. 5. R. ó l. tít. 13. lib. 10. Nov.

8. *¿ Cómo se hace el retracto ?* Jurando el retrayente que quiere para sí y no para otro la finca, que no procede con fraude, y entregando al comprador todo el precio que este hubiese dado, con las expensas, costas y alcabala que hubiese pagado, l. 9. tít. 11. R. ó 4. tít. 13. Nov. Este dinero, si el comprador rehusa recibirlo, se consigna al juzgado, y es lo que regularmente se hace, ó se deposita ante testigos, si no hay proporcion de que el juez lo mande. Si no se sabe cual es el precio, deberá el retrayente espresarlo y ofrecer ó depositar el que le pareciere. dando fiadores de pagar el exceso, si lo hay ; y si la venta se hizo al fiado, dará fiadores ante el juez de que lo pagará á su tiempo. Acevedo á la l. 8. tít. 11.

9. *¿ Qué término se concede para usar de este derecho ?* Nueve dias fatales que corren contra los menores, los ausentes y aun contra los ignorantes á no haber fraude, sin que se conceda el remedio de la restitucion *in integrum* ll. 7. y 8. d. tít. 11. Estos nueve dias deben contarse en los remates, desde el dia del remate, l. 9. d. tít. 11. : en las ventas privadas desde que se celebraron, y en las condicionadas desde que se cumple la condicion. — Durante los nueve dias puede intentarse la accion de retracto contra cualquier poseedor, aunque la cosa dentro de esos mismos nueve dias hubiese pasado á muchas manos, y entonces el precio que ha de dar el retrayente, no es el de la última, sino el de la primera venta, pues se subroga en derecho al primer comprador.

10. *¿ Se admite compensacion en el retracto ?* En el jentilicio no, porque el retrayente ha de consignar ó entregar el precio para cumplir con la ley y tener accion : si el comprador le debe, puede el pariente consignar todo el precio y pedir al mismo tiempo la retencion de lo líquido de su acrencia. Escriche, *Retracto*.

11. *Retracto de comunion ó sociedad*, es el derecho que tiene cualquiera de los consocios ó condueños de una cosa indivisa para ser preferido en la compra de la parte que alguno de ellos vende á otro, dando el mismo precio, ll. 55. tít. 5. P. 5. y 14. d. tít. 11. Si las partes están divididas, aunque sea muy someramente, como un campo por pequeñas sanjas ó surcos, &c. no tiene lugar el retracto : es menester que tengan la cosa *pro indiviso*, ó sea en comun, aunque las partes sean desiguales, v. g. que uno tenga dos, otro cuatro, otro siete partes sin señalamiento de términos en un mismo campo. Gómez á la l. 70. de Toro n. 27. ↪ Repárese que la l. 5. citada tít. 5. P. 5. que es á la que se refieren las recopiladas posteriores dice : *Dos omes ó mas a-*

viendo alguna cosa comunalmente de so uno, que cualquier de ellos puede vender la su parte, magüer la cosa non sea partida; e puòela vender á cualquier de los que han en ella parte, ó á otro extraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisiere dar tanto por ella, como el extraño, esse la debe aver ante que el extraño. Por mas repugnante que sen este derecho de retraer y que como odioso deba restrinjirse lo posible; siempre se ha de atender, mientras se halle en vigor, á la disposicion de la ley. La division ó señalamiento leve de términos en un campo, ¿le ha quitado ó no el concepto de comun? Si le quitó, ya no hay derecho al retracto y la cuestion es inoportuna: si á pesar de ese señalamiento todavia es comun la cosa; no se puede dudar que está en pie el derecho concedido; y no debe en tal caso atenderse á que se hubiese hecho algun señalamiento de partes, sino á que el campo, la heredad ó finca que sea, no forme ya una sola cosa, un cuerpo que se repute comun. — El comunero por pequeña que sea su parte, puede retraer el todo ó las otras partes mayores que se vendan. — En concurso de algunos de ellos que todos quieran retraer, no se les da por partes iguales como á los parientes, sino á proporcion de la parte de cada uno. — Tambien es la opinion comun de que en el retracto de comunero se da derecho no solo en las heredades ó bienes raices, que es en lo que lo tienen los parientes, sino tambien en las cosas muebles. Lo que dice muy claro la l. 14. tit. 11. cit. es: si alguno vendiere la parte de alguna heredad, y la misma ley previene que el retracto de comunero se verifique con *las diligencias, y solemnidades y de la manera* que el de los parientes mas propincuos. Los intérpretes que se fundan en la palabra *cosa*, de que usa la ley 55. de Partidas, se desentienden de que esa *cosa* la supone la misma ley 55. *divisible*. Y si la acepcion de la voz *cosa*, abraza muebles ó inmuebles, es lo regular que la adiccion de *divisible* recae solo sobre bienes inmuebles: un campo puede dividirse, pero de una alhaja solo se divide el valor. En comprobacion de esto citan Matienzo y Acevedo la l. 139 del Estilo, que dice: *las heredades y otras cosas raices*, aplicando el nombre *cosa* á la heredad. — Igualmente dicen los AA. que este retracto de comuneros tiene lugar en las servidumbres rústicas ó urbanas, en el derecho de apacentar ganado en prado ó potrero ajeno, y no solo en la venta, sino tambien en la dacion en pago, transacion, y en el arrendamiento hecho á muchos de algun fundo, diezmo ó otras rentas. — Ya dijimos que la ley ordena que en este retracto se ha de usar del derecho de comunero en la misma forma y con las mismas diligencias que en el de parentesco, con la diferencia de que en el de sociedad tiene lugar la compensacion y no en el de sangre.

12. Como hay una especie de comunion de bienes entre el

dueño directo, el enfitéuta y el superficiario, pues gozan del dominio de una misma cosa, se da tambien entre ellos el derecho de tanteo ó retracto. Así es que si el señor del dominio ó de la propiedad del fundo, lo vende á un estraño, pueden retraer por el tanto el enfitéuta ó superficiario dentro de los nueve dias referidos, por tener el dominio útil; y en igual manera, si el enfitéuta ó superficiario venden su dominio ó su derecho, puede retraerlo el señor del dominio directo, dentro del mismo término, en el caso que no le paguen ninguna pension; pues si se la pagan, tiene dos meses contados desde que se le requiera. En este caso, si da licencia absoluta para la venta al enfitéuta ó superficiario, no puede hacer uso del retracto; y si la diere sin perjuicio de su derecho de tanteo, podrá usar de él dentro de los nueve dias de la venta y no dentro de los dos meses.

13. Cuando concurren al retracto el señor directo, el útil, el socio y el pariente mas propinquo, tienen la preferencia por el órden siguiente: — 1.º el señor del dominio directo, — 2.º el enfitéuta, — 3.º el socio, y el último que queda es el pariente, que es como vienen llamados en la l. 13. tit. 11. R. ú 8. tit. 13. Nov.

14. Parece arreglado á equidad otro derecho introducido por la costumbre entre nosotros, que llama *tanto de perjudicado*, que es cuando en un concurso alguno de los acredores sale perjudicado en su acrencia, si de la masa de bienes concursados se remata este ó aquel fundo, le conceden que lo pida por el tanto.

15. *Tanto ó retracto en las ejecuciones.* — Si las posturas (de lo que se ejecutó y remata) no contuvieren dinero de contado hasta la cantidad de la deuda y costas, el acredor podrá ser postor, ó pedir la cosa por el tanto en el acto del remate; art. 111. de la ley de procedimiento civil. — Se concede al deudor el derecho de redimir la cosa rematada si fuere raiz, pagando de contado la deuda y costas, dentro de nueve dias perentorios contados desde el dia del remate. *ib.*

## TITULO XIII.

### DE LAS PERMUTAS. DE LA ALCABALA.

TIT. 6. P. 5. — TIT. 17. LIB. 9. R.

1. Las ll. del tit. 17. lib. 9. R. ó 12. lib. 10. Nov. juzgan por una misma cosa los trueques ó permutas con las ventas, ll. 2. R. 11. y 13. Nov. — *Permuta*, es un contrato en cuya virtud se

cede una cosa por otra, l. 1. tit. 6. P. 5. Se perfecciona por solo el consentimiento como la compra y venta; y se diferencia de esta, en que el precio no se fija en dinero, en que cada cosa es al mismo tiempo cosa vendida y precio de la otra, y que cada uno de los contrayentes tiene las dos calidades de comprador y vendedor. Algunos quieren que se divida la permuta en *simple* y *estimatoria*; *simple*, cuando no se determina el precio de ninguna de las dos cosas, y *estimatoria* cuando se procede avaluándolas: en la primera, añaden, no ser forzoso que haya igualdad, de modo que ninguno de los contrayentes puede quejarse de lesión, á menos de haber dolo, fuerza ú otra causa para ella, y que en la segunda, sucede lo contrario por razon del aprecio de las cosas trocadas. — Pueden permutar los que pueden vender, y pueden permutarse las cosas sujetas á venta, l. 2. tit. 5. P. 5. — Si uno de los permutantes recibió ya la cosa del otro, y luego resulta que este no era su propietario, no está obligado á entregarle la que le había prometido en cambio, sino solo á devolverle lo recibido; porque fué su ánimo adquirir lo que el otro no puede trasladarle. — La permuta produce las mismas obligaciones que la venta; de aquí es que cada uno de los permutantes queda obligado en favor del otro, no solo á la entrega de lo permutado, sino tambien á la eviccion y saneamiento, y á la satisfaccion de todos los perjuicios orijinados por falta de cumplimiento; l. 4. d. tit. — El riesgo de la cosa que cada permutante ha ofrecido dar, corresponde á aquel á quien se ha prometido, del mismo modo que en el contrato de venta corresponde al comprador el riesgo de la cosa vendida; por manera que si la cosa prometida en cambio, perece sin culpa del que la ofreció y antes de haberse constituido en mora, quedará libre de su obligacion sin que el otro contrayente pueda repetir la cosa dada por su parte, ni aun dejar de darla si todavía no lo ha hecho. — Tambien deben manifestarse los defectos ó tachas de las cosas trocadas, y si se encubren maliciosamente, se podrá deshacer la permuta en los mismos términos que la venta; pues aquella puede anularse por las mismas causas que esta. Todas las demas reglas prescritas para la venta se aplican igualmente á la permuta. — El derecho romano consideraba la permuta como un contrato imperfecto y lo ponía entre los innominados, resultando de allí que no median-do la forma de la estipulacion, ni la entrega hecha por alguno de los contrayentes, no podía ninguno de ellos pedir su ejecucion, y que cuando uno de los permutantes había hecho la entrega, no tenía accion para pedir judicialmente lo que se le había prometido, sino tan solo para recobrar lo que había entregado; pero como entre nosotros deben cumplirse todas las convenciones, porque todo hombre queda obligado de cualquier manera que parezca quiso obligarse, segun la l. 2. tit. 16. lib. 5. R. ó l. tit. 1. lib.



10. Nov.; produce la permuta todo su efecto y debe ejecutarse como cualquier otro contrato de cualquier nombre.

2. Porque la alcabala se paga mas de ordinario en los contratos de venta y permuta ha parecido conveniente tratar aquí de ella. La alcabala es una contribucion *de tanto por ciento que pagan al Erario los que venden ó permutan.* ↪ Para probar Florez Estrada, *Curso de econ. polít.* cap. 12. part. 4. lo desarreglado y contra todos principios que es el sistema de contribuciones en España, *bastaría*, dice, hablar de la *alcabala*, y apoya su sentir con lo que escriben Ustáriz, Ulloa, Campomanes, Townsend, y la Enciclopedia británica, en la que se sienta : *que solo ese impuesto debía acabar con la industria española.* Véase además á Escriche, *Alcabala.*

3. Como estos contratos se hacen y deshacen por el mutuo consentimiento, solo se deberá la alcabala cuando el contrato esté perfecto mediante este consentimiento. De aquí es que se debe la alcabala : — 1.º Siempre que el contrato esté perfecto, aunque despues lo disuelvan los contrayentes, porque el fisco adquirió ya el derecho á exijirla, que no pueden quitarle los contrayentes, á no ser que lo disuelvan *inmediatamente antes de haber pasado á otros negocios* ; porque entónces se juzga que no hubo venta. Gutierrez, *de gabel. hb. 7. quæst. 10.* Gómez, 2. *var. cap. 2. n. 3.* Molina, *de just. et jur. disp. 373.* — 2.º Disuelto el contrato despues de la entrega, se ha de distinguir si esta entrega es de solo el precio de la cosa, ó bien de uno y otro. Pedro vende una casa á Juan, y entregada antes de recibir el precio, se disuelve la venta : en este caso solo se debe una alcabala ; porque solo hubo una venta con su disolucion : mas si se disuelve la venta despues de entregada la casa y recibido el precio, entónces se deben dos alcabalas ; porque se entiende que hubo segunda venta, por la cual vendió Juan su casa á Pedro, l. 1. tít. 17. lib. 9. R. Molina, *disp. cit.* ↪ Así opinan los AA. que no tratarían sino de proponer máximas agradables á un gobierno absoluto. Este impuesto como todos es odioso y de estricta interpretacion : se manda que la alcabala se pague en las ventas ; si por cualquiera causa no las hay, si se anulan, si se deshacen, lo racional y justo es que no se debe alcabala, por el sencillísimo motivo de haber faltado el objeto á que se impuso, que es la venta *efectiva*, y no el neto consentimiento de las partes. Lo demás es proceder con superchería y mala fe. Lo convéncen las consecuencias desatinadas que se sacan : se hace depender, dice bien Escriche, la fuerza de la venta de cierta sancion del tiempo : ¿ y cuál es el intervalo que debe mediar entre el contrato y el distracto, entre su celebracion ó revocacion, para que ya los contrayentes hayan causado alcabala ? ¿ Es á los 5 minutos, á los 10, á los 30 que adquiere el fisco el derecho de pedirla?

¿Es acaso al minuto, si los contrayentes pasan á hablar de otros asuntos ó tratar otros negocios, ó á los 3 dias ó 20 horas si se han estado callados y parados? No hay razon en verdad para cargar la alcabala sobre una venta que no tuvo efecto y que no llegó á producir traslacion de dominio.

4. 3.º En las ventas con el pacto de adiccion en dia, tít. 10. n. 21. se debe una alcabala, que la paga el segundo comprador que hizo la compra, mejorando la condicion del vendedor.

5. 4.º Si la venta se hace con el pacto de retroventa, y en fuerza de este redime el vendedor la cosa, se debe la alcabala de la venta, y no de la retroventa, Molina, *disp.* 374. porque siendo perfecta la primer venta, adquiere el fisco un derecho á la alcabala, que no puede quitársele por la retroventa; pues aunque por esta vuelve al dominio del primer vendedor; no vuelve de tal modo que le pertenescan los frutos percibidos mientras duró la primer venta, Parlad. *lib.* 1. *rer. quot. cap.* 3. §. 4. n. 9. De la retroventa no se debe alcabala; porque no se considera como venta, sino como rescision de la primera; á menos que este pacto se añada despues.

6. 5.º En los retractos de sangre, de sociedad y demas legales se debe una sola alcabala; porque el retrayente se subroga al primer comprador, anulándose las ventas posteriores.

7. 6.º En las ventas que se rescinden por lesion, miedo justo, dolo incidente á otro motivo culpable, se paga alcabala; porque estas ventas no se resuelven por pacto ó por el derecho, sino por sentencia á que dieron mérito los injustos contrayentes; y la culpa de estos no debe escluir el derecho que el fisco habia adquirido á la alcabala. — 7.º En las ventas á censo redimible se debe una sola alcabala, que pagan por mitad los contrayentes, cédula de 17 de junio de 1773; de la redencion nada se paga.

8. No se debe alcabala; — 1.º En el contrato condicional antes de que se cumpla la condicion (1); ni en el celebrado á nombre de otro, antes de que se ratifique por este. — 2.º En las ventas de los menores que se rescinden por la restitution *in integrum*; porque á mas de no haber culpa, vuelve la cosa á su estado primitivo, como si no hubiese habido venta. — 3.º En la dote estimada, aunque cause compra y venta, l. 35. tít. 18. lib. 9. R. — 4.º Las Iglesias y los clérigos *in sacris* no pagan alcabala en sus compras y permutas, á menos que estos contraten por comercio, l. 6. d. tít. — 5.º Hay algunas cosas eceptuadas del pago de alcabala, como los libros y otras que pueden verse en las ll. 34. 35. d. tít. 18. — 6.º Cuando la venta se deshace en virtud del pacto de la ley comisoria, tít. 10. n. 20. es mas probable que no se debe alcabala; porque produce este pacto la resolu-

(1) Lo declaró una circular del Gobierno del Ecuad. de 15 de junio de 1833.

cion de la venta como si no se hubiese hecho ; de suerte que el dominio de la cosa vuelve al vendedor sin tradicion alguna : y el fisco no adquirió derecho á la alcabala, irrevocable, sino revocable, pendiente de si la venta se deshacia ó no, Gutier. *d. quas.* 10. n. 10. Molina, *disp.* 378. Matienzo, *l. 7. tit. 11. hb.* 5. *R. gl.* 3. n. 21. cuya doctrina, que es la comun, entienden estos autores en el caso de haberse puesto el pacto con palabras directas, diciéndose que si tal sucedía, *no valdria la venta*, ó de otro modo semejante. Y añaden sería lo contrario si fuesen oblicuas las palabras, como si dijera : *que se rescinda ó deshaga la venta* ; porque entonces como esplica muy bien Molina, no se resuelve la venta, como si no se hubiese hecho, sino que se trata de que no tenga mas duracion, y por ello siempre se considera que existió.

9. El pago de la alcabala es á razon de uno por diez, (A) é incumbe regularmente al vendedor, *ll. 1. y 3. tit. 17. lib. 9. R.* mas si el vendedor ó comprador no fuere del lugar donde se hace la venta ó trueque, responde el comprador, *l. 32. tit. 19. lib. 9. R.* tambien está obligado el comprador sino avisó de la venta al alcabalero despues de tres dias de hecha. *l. 31. d. tit.* El derecho de alcabala no se prescribe por posesion inmemorial, y aun-que en ello pareciere haber tolerancia de los Reyes, *ll. 1. y 2. tit. 15. lib. 4.º R.*

10. En la permuta se tasan las cosas para que cada uno pague por la suya. Y por la identidad que hay entre la alcaba y el luismo, que se paga de la venta de los bienes enfitéuticos, entiéndase aplicable á este cuanto hemos dicho sobre la primera. *V. tit. 14. n. 4.*

11. Los indios no deben alcabala ecepto en el comercio de jéneros ó efectos que no sean frutos de su labranza ó crianza, *céd. 9. de setiembre de 1804.* La libertad del esclavo no paga alcabala, *céd. 27 de octubre de 1790.* Todo censo y contrato enfitéutico y de locacion que pase de diez años paga alcabala ; pero las ventas de solares para fábricas solo pagan la mitad de la alcabala de su precio, segun se estienda la poblacion. *céd. 21 de agosto de 1777.* La administracion de este impuesto tenia jurisdiccion privativa con apelacion á la Junta Superior de Hacienda, conforme á la real órden de 17 de marzo de 1778.

### NOTA.

(A) La cuota de alcabala no ha sido siempre igual. En 29 de junio de 1785 se encargó al superintendente jeneral que en los pueblos administrados, se fijase la alcabala bajando ó subiendo prudentemente la cuota, segun el abuso que en uno y otro haya que remediar ; siempre con equidad y consideracion á no impedir el progreso de la industria y comercio ; en cuyo favor se habían

declarado libres de ella muchos artículos. Canga Argüelles, en su *Diccion. de Hacienda*, se inclina á creer que la perpetuidad de esta odiosa contribucion ha sido obra del tiempo y consecuencia de las repetidas concesiones temporales, mas bien que de un acuerdo formal del cuerpo representativo de la Nacion Española; y se fueda en que la reina Isabel dijo en su testamento: " Que algunos lo habian representado que determinase si las alcabalas se podian llevar en buena conciencia; en cuya virtud mandaba á sus hijos que hiciesen examinar si fué temporal ó perpetua: si hubo *libre consentimiento* de los pueblos para se poder llevar y perpetuar como tributo justo. Si lo hallan corriente, manda que se encabecen los pueblos, y si ilegítimo, *hagan luego juntar Cortes* é den en ellas órden qué tributos se deben justamente imponer para sustentacion del Estado con *beneplácito* de los dichos regnos ". Desde que se estableció la alcabala se suscitaron quejas contra ella y contra el método de su recaudacion. Las Cortes las abolieron en 1810 y poca reflexion basta para conocer el fatal influjo que esta contribucion ejerce en los ajentes de la riqueza pública. Establecida la alcabala, el que vende una finca por 10,000 pesos, solo recibe 9.300 computándola al 7 por 100: de consiguiente la masa del capital de la nacion se disminuye en 700. Si el comprador, por error de cálculo, por jenerosidad ó ignorancia se allana á pagar la finca y la alcabala, sacrifica un capital de 10,700 pesos para adquirir lo que solo vale 9,300 y aunque él es quien hace el desembolso, siempre resulta que la sociedad pierde 700. — La alcabala impide la circulacion de las propiedades. Al estado le interesa mucho que estas no encuentren obstáculos para pasar á donde produzcan mayores utilidades. El que se desprende de una finca, quizás se propone establecer con su valor un ramo mas lucrativo de industria, y el comprador acaso trata de colocar caudales que le rinden poco ó que mira estancados, en otro objeto que le facilite mayores utilidades. " Esta transmutacion, dice Say, aumenta la renta jeneral . . . y si los gastos la entorpecen, siempre son un obstáculo para el crecimiento de la renta nacional. "

☞ *En el Ecuador.* Por el art. 16 de la l. de 22 de mayo de 1826, se suprimió el derecho de alcabala en la venta de bienes raices, subrogando el de *registro* reducido al dos por ciento del valor libre. — La l. de 26 de setiembre de 1827 suprimió el registro, renovando la alcabala. — Por l. de 24 de setiembre de 1830 se suprimió la alcabala terrestre sobre los frutos y manufacturas del Estado, exceptuando las ventas que haga el gobierno, en las que la pagarían los compradores, y dejandola en las de fincas raices junto con el derecho de cabezon. En 27 del mismo mes y año, se quitó la alcabala presunta en la importacion de efectos extranjeros. Por decreto de la lejislatura de 13 de noviembre de 1831 se subió la alcabala del 4 al 12 por 100 en las ventas de buques extranjeros que se verificaren en los puertos de la República, deduciéndola del precio de su tasacion y no del convenido entre los contratantes. Ultimamente el art. 5 de la l. de 30 de octubre de 1833 derogó la de 24 de setiembre de 1830 en cuanto á la supresion que había hecho de la alcabala terrestre. — En el día conforme á las ll. de crédito público, se paga en las ventas de bienes raices el 4 por 100 en numerario, ó el 8 en billetes contra el Estado de deuda Colombiana ó Española.



## TITULO XIV.

## DE LOS ARRENDAMIENTOS.

TIT. 8. LIB. 5. P. 5. = TIT. 10. AL 15. LIB. 9. R. TIT. 10. LIB. 10. NOV.

1. El arrendamiento es : *un contrato en que se convienen los contrayentes, que por el uso de alguna cosa ú obras de la persona ó bestia, se dé cierto precio en dineros contados, l. 1. tit. 8. P. 5.* Se decía *loguero* de las obras, cuando un hombre loga á otro obras que ha de hacer con su persona ó su bestia ; porque si otra cosa recibiese que no fuese dinero contado, no sería *loguero* sino *contrato innominado* ; pero las mismas ll. 1. y 2. confunden el *loguero* con el arrendamiento. En cuanto á las casas, se suele decir *alquiler*, l. 5. y tambien se da á veces este nombre al arrendamiento de cosas, l. 14. y el de *ajuste* al de las obras. El que recibe en arriendo alguna cosa se llama *arrendador* ó *arrendatario* ; y el que la concede *dueño* ó *locador*.

2. El arrendamiento es el segundo contrato consensual. Se parece á la venta en cuanto á que se perfecciona por el consentimiento, y á que el precio debe ser cierto, en dinero efectivo ; y se separa de ella en cuanto á que es temporal, y á que solo el uso de la cosa pasa al arrendatario, y no el dominio, ni la verdadera posesion, que queda en el que concedió la cosa, l. 5. tit. 30. P. 3.

3. *Quiénes pueden arrendar.* — Pueden dar ó recibir en arrendamiento las mismas personas que pueden comprar y vender, excepto los caballeros, esto es los soldados y oficiales de la corte del Rey, que no pueden arrendar campos ajenos, para que no se embaracen de hacer el servicio del Rey, l. 2. tit. 3. P. 5. ||

4. *Cosas que pueden arrendarse.* — Pueden ser arrendadas las cosas corporales y las incorporales ó derechos, cuyo uso puede transferirse á otro por utilidad suya, como el usufructo. Tambien pueden serlo las obras de una bestia ó persona, como sucede en los jornales.

5. *Obligaciones del locador.* — El locador está obligado á conceder la cosa y facilitar su libre uso al arrendador, para que pueda utilizar de ella, y aprovechar sus frutos ; en lo que hay que considerar : — 1.º Que si al arrendador se le impide el uso de la cosa por el dueño, tiene este obligacion de satisfacerle todos los daños y menoscabos que le vinieron por ésta razon ; y aun las ganancias que pudiera haber hecho, si le hubieran dejado dis-

|| L. 30. l. 31. C. de locat. conduc.

frutar la cosa. — 2.º Lo mismo será, si se puede ó no resistir al que impide el uso de la cosa : no se lo puede resistir, cuando tiene derecho á impedir, como aquel que es verdadero dueño de una cosa, que tuvo empeñada, y que se la han arrendado. Pero esto se entiende, si lo supo el locador á tiempo del contrato ; pues si no lo supo entonces, solo estará obligado á volver el precio que recibió, y á nada mas. Tambien se cotiende esto del arrendador de buena fe ; porque el de mala fe, que sabia que la cosa era de otro, no tiene demanda alguna contra aquel de quien la hubo, como todo consta de la l. 21. d. tit. 8. \* — 3.º Está obligado el locador á pagar las mejoras necesarias y las útiles que hubiese hecho el arrendador, á juicio de peritos. A las mejoras de puro recreo solo está obligado cuando fueron puestas con su consentimiento, ó cuando tenga utilidad de ellas, como si vendió la cosa en mas por razon de estas mejoras ; pero el conductor puede llevarlas, si puede separarlas, l. 24. tit. 8. P. 5. — 4.º Tambien está obligado á pagar los daños y menoscabos al arrendador el que le alquile toneles ú otros vasos malos ó quebrados, de tal suerte que el vino ó aceite que se ponga en ellos, se pierda ó tome mal sabor, aunque lo ignore ; porque todo hombre debe saber si es buena ó mala la cosa que da en arrendamiento, l. 14. tit. 8. á menos que supiese el arrendador el defecto. — 5.º El jornalero que presta sus obras es el locador, y si este fuese culpable en no prestarlas lealmente, procurando el provecho del arrendador que se las paga, tendrá obligacion de pagarle los daños y menoscabos, del mismo modo que en los arrendamientos de las cosas, l. 15.

6. *Obligacion del arrendador.* — El arrendador está obligado : 1.º A cuidar bien la cosa, como si fuese propia, l. 7. y á pagar al locador el precio convenido, al tiempo espresado en el convenio, ó segun la costumbre que haya en el lugar, ó si uno y otro falta, al fin del año, l. 4. Y si no pagare al tiempo convenido, ó á mas tardar al fin del año, puede el locador espelerlo de la cosa. — 2.º Si esta fuere casa, están obligados al pago del alquiler y de los menoscabos que hubiere ocasionado el arrendador, todas las cosas que se hallaren en la misma casa, las que podrá retener hasta que cobre, formando inventario de ellas ante vecinos ; y será lo mismo, si la cosa arrendada fuese heredad ó tierra, con solo la diferencia, de que las cosas halladas en ésta solo están obligadas en el caso que se hubiesen metido con ciencia del dueño, l. 5.

7. Si la casa estuviere alquilada hasta cierto tiempo, pagando el arrendador á los plazos convenidos, no se le puede echar de ella, hasta que se le cumpla el tiempo, l. 6. ccepto : — 1.º Si el

\* l. 33. locat. et cond.

dueño no podía continuar viviendo en la casa de su habitacion, porque se caía, amenazaba ruina, ú otra causa grave, y no tenía otra en que morar, ó si se casase un hijo suyo, ó se hiciese caballero. — 2.º Si despues de hecho el arrendamiento, resultase en la casa necesidad de obrar en ella, para que no se cayese. — 3.º Si el arrendador usase mal de la casa, haciendo en ella algun mal, para que se empeorase, ó teniendo malas mujeres, ó malos hombres de que se sigue mal á la vecindad. ¶ — 4.º Si estando la casa arrendada para cuatro ó cinco años, con precio señalado para cada año, pasasen dos años sin que pagase. En cuanto al primer caso advierte Gómez, 2. var. cap. 3. n. 6. que la necesidad del dueño debe sobrevenir despues del arrendamiento, para que sea causa de la espulsion del arrendador. Y López, gl. 5. d. l. 6. esplicando las palabras : *y si los fciese caballeros*, dice : que tal vez se pusieron, porque segun costumbre antigua de España, los caballeros, (soldados) solian habitar separados de sus padres, y necesitaban casa ; y añade, que por esta razon deberá decirse lo mismo, si el hijo fuese Juez ó Abogado, que hubiese menester casa capaz, separada de la de su padre.

8. *Culpa que se presta.* — Como este contrato es en utilidad de ambos contrayentes, se presta en él la culpa leve, ll. 7. y 14. tit. 8. Si el locador de obras alquilase su diligencia en cosas que exigen mucho cuidado, debería prestar tambien la levisima, ll. 8. y 15. La 8. solo eceptúa el caso fortuito ; el cual solo se presta por tres causas : — 1.ª Si alguno de los contrayentes se obliga á él por pacto. — 2.ª Si el arrendador se tarda en volver la cosa, y sucediese el caso al tiempo de la tardanza ó despues de ella. — 3.ª Si el caso acaeciese por su culpa. Y téngase presente que se tiene por culpable y responsable en el caso fortuito al que tomó en arriendo una cosa para uso determinado, y le da otro : así, el que alquiló un caballo para ir de Quito á Pasto, si le da otro uso, comete culpa ; y si perece entonces por caso fortuito, debe pagarlo, como se dijo al n. 19. tit. 10.

9. *Precio del arriendo.* — Debe haber proporcion entre el precio y el provecho del uso de la cosa ; por lo que es aplicable á este contrato quanto hemos dicho del de compra y venta. Y á mas debe advertirse que el considerable y estraordinario aumento ó disminucion de frutos, puede causar variacion en el precio. Si se perdiesen ó destruyesen todos los frutos de la heredad por algun acaso que no fuese muy acostumbrado, no está obligado el arrendador á dar cosa alguna del precio ; porque es justo que perdiendo él la simiente y gastos del cultivo, pierda el dueño la renta que debia haber. \* — l. 22. tit. 8. que pone varios ejemplos de caso fortuito, como : avenida de rio, mucha lluvia, fuego

¶ L. 3. de locat. et cond. — \* L. 15. §. 2. locat. et cond.



que quemase los frutos, hueste de los enemigos, asonados de otros hombres que los destruyesen &c. porque se supone que los contrayentes no tuvieron presentes estos casos extraordinarios á tiempo de contraer. Pero si el arrendador cojiese alguna parte de los frutos, podrá dar al dueño todo el arrendamiento, ó bien lo que sobrare de ellos, deducidos sus gastos, l. 22. Y si se perdiesen por culpa del arrendador, está obligado á pagar todo el precio, Molina, *de just. et jur. tract. 2. disp. 405.* y Covar. *pract. quæst. cap. 30.* el cual dico haber visto muchas veces decidirse estas cuestiones sin atenderse á dicha l. 22. haciéndose la baja del precio en la tercera ó cuarta parte al arbitrio de los jueces; por cuanto no es fácil hacer constar la cantidad de los frutos ó impensas por la variedad de las deposiciones de los testigos.

10. Pero este derecho de no pagar nada cuando se pierden todos los frutos por aventura, no tiene lugar si el arrendador contrajo, obligándose al precio en cualquier caso que se perdiesen, l. 23. que señala otro caso, cuando habiéndose hecho el arrendamiento por dos ó mas años, se pierden los frutos en el uno, y en el anterior ó posterior se cojen con tanta abundancia, que bastan para pagar el precio de los dos años, y los gastos; pues entonces pagará tambien el precio por razon del año malo; y aunque el locador le hubiese hecho ya remision de aquel año, se lo podrá pedir despues sobreviniendo el abundante. \* Y si por aventura acaeciese que la heredad diere tantos frutos en un año, que pueden montar á mas del doble de lo que solía rendir un año con otro, deberá el arrendador doblar el arrendamiento; porque es justo que el dueño á quien, cuando no hay frutos, pertenece la pérdida, tenga el beneficio, cuando los hay abundantes; nunca nunca he visto en práctica esta paga doble. Mas si la tal abundancia provino de la mayor industria ó cultivo del arrendador, ó por mejoras que hubiese hecho, solo está obligado el arrendador al precio del contrato, l. 23. Lo que en el Ecuador se ha usado en jeneral es pagar el arriendo con independenciam absoluta de la abundancia ó escasez de frutos y aunque esto no se espresare en el contrato. Práctica que hace mucho mas sencillo este contrato, que cual lo establece la ley de Partida; porque las pruebas que tendrían lugar á exigirse para justificar la proporcion entre el precio y los frutos y la averiguacion de si estos provinieron por naturaleza ó pura industria del arrendador, &c. sería un manual fecundísimo de pleitos, que aun sin esta circunstancia rara vez dejan de promoverse al terminarse los arrendamientos.

11. *Cuando se puede remover al arrendador.* — Cumplido el término del arrendamiento debe tornar la cosa á su dueño: y si el arrendador fuere rebelde, no queriéndola entregar hasta que fue-

\* l. 15. §. 14. local cond.



se dada sentencia contra él, debe tornar despues á su dueño, doblada la paga, y á mas los menoscabos, que por su culpa hubiese en aquella cosa, l. 18. d. tít. Tampoco hay práctica de esta paga doble. Al contrario, debe el dueño pagar las mejoras, sino es que se pactase, que no las podría pedir, l. 24.

12. Puede renovarse el arrendamiento espresa ó tácitamente. Si la cosa arrendada fuere tierra, se entenderá renovado el arrendamiento por un año, si el arrendador permanece en ella tres dias despues de cumplido el tiempo, debiendo pagar el mismo precio que en cada uno de los años pasados. Pero si fuese casa, solo se entiende la renovacion en los dias que la habitó, l. 20. mas por carta del Concejo supremo de 26 de mayo de 1770 se manda que para no entenderse renovado el arrendamiento para el año siguiente, es menester que el dueño avise al arrendador, ó este al dueño, al principio del año último, que cesará en el que sigue.

13. *Puédese vender la cosa locada.* — Puede el dueño vender la cosa antes de concluido el tiempo del arriendo, y entonces puede el comprador echar de ella al arrendatario; pero el dueño está obligado á restituírle lo correspondiente al tiempo que le quedaba para aprovecharse de la cosa, l. 19. y López, *gl.* 4. prueba que se estiende esta obligacion al pago de los menoscabos, Gómez, 2. *var. cap.* 2. *n.* 9. La misma ley exceptúa dos casos: — 1.º Si hubo pacto de no echar al dueño durante el arriendo. — 2.º Si el arriendo se hizo para toda la vida del arrendador ó para siempre. Gómez, *cap.* 3. *n.* 9. Covar. *lib.* 2. *var. cap.* 15. *n.* 2. López, *gl.* 7. Puede tambien el arrendador subarrendar la cosa, como no se le haya prohibido por pacto, Gómez, *cap.* 3. *n.* 14.

14. *Duracion del contrato.* — Por muerte del locador ó del arrendador no se acaba el arrendamiento: permanecen sus efectos para con los herederos, l. 2. lo que se entiende cuando la cosa está en el patrimonio del locador. El arriendo que hace el marido de los bienes dotales y parafernales de la mujer, subsiste despues de su muerte, y la mujer debe esperar, para recojerlos, á que se cumpla el tiempo pactado. Tambien subsiste el arriendo que hace el prelado de la Iglesia, el tutor y el curador de los bienes que administra; pero si se sienten gravados la Iglesia, el pupilo y el menor les compete el remedio de la restitution *in integrum*.

15. *Arriendo de cosas públicas.* — En los arriendos de las cosas del fisco sufre el arrendador el caso fortuito por extraordinario que sea, l. 2. tít. 9. lib. 9. R. Estos arriendos deben ser por remate al que mas diere; y se puede abrir el remate dentro de ocho dias pagando el aumento de medio diezmo; y dentro de quince dias con la puja del diezmo entero; y dentro de cuatro meses con la de la cuarta parte. El diezmo es la décima parte del precio en que estaba hecho el remate. El aumento ó puja se divide en cuatro

partes; las tres para el fisco y la una para aquel que remató, y es excluido por la puja. El modo de gobernar este asunto se halla en el tít. 13. lib. 9. R. Todas las circunstancias prevenidas para estas pujas, deben observarse en los arriendos de los bienes pertenecientes á los pueblos ( Propios y Arbitrios ) por decreto del Supremo Concejo del año de 1771. Tambien tiene lugar esta cuarta puja en las ventas ó enajenaciones de los bienes raíces de los hospitales y otras obras pias, segun el cap. 13. de la Instruccion de 22 de febrero de 1799. Sobre el arrendamiento de los bienes de las Iglesias, véase á Murillo Velarde, de *Loc. et conduct.* n. 169.

16. *Derecho de Indias.* - Todo arrendador de derechos del fisco debe ser favorecido de las justicias en la cobranza, l. 44. tít. 13. lib. 8. R. Ind. El último asentista no tiene el tanto si no fuere en caso de que haya puja del cuarto, ó otra que se deba admitir, l. 31. tít. 8. d. lib. En ningun arrendamiento, asiento ó contrata de algun ramo de hacienda pública se puede estipular libertad de derechos, ni moderacion de precio con los jéneros de estanco, Real orden de 17 de setiembre de 1779.

## TITULO XV.

### DE LOS CENSOS.

TIT. 15. LIB. 5. R. — TIT. 15. LIB. 10. NOV.

1. *Etimologia.* - Censo viene de la palabra latina *censere*, *valuar* ó *tasar*, porque entre los romanos se tasaban los fundos sujetos á tributo, y con ellos se hacían padrones ó listas de los nombres de sus dueños; y *censo* vino á significar ambas cosas, el padron ó catastro de las personas, como las pensiones de las haciendas ó fundos sujetas á contribucion. De aquí se derivó á los censos materia del contrato.

2. *Definicion y division.* - Censo es un contrato por el cual se adquiere el derecho de percibir una pension anual mediante la entrega de alguna cosa. De donde, se llama tambien *censo* la misma *pension*, y el *derecho* de cobrarla. Se divide en *enfiteutico reservativo* y *consignativo*. Son perjudicialísimos al Estado como lo prueba Viscaino en su tratado: *sobre los estragos que causan los censos* y en especial los enfiteuticos.

3. *Enfiteusis.* - Censo enfiteutico ó enfiteusis es un contrato consensual en que se conviene uno á dar ó otro perpetuamente ó para largo tiempo el dominio útil de alguna finca, por cierta pen-

sion anual, reservando para sí el dominio directo, l. 28. tit. 8. P. 5. Es condicion necesaria en este contrato que se celebre por escrito, d. l. para su constancia; mas no por eso es contrato literal, sino consensual, tit 10. n. 25.; los censos tienen mucha semejanza con la compra y venta, arrendamiento y no pocas veces son formalmente venta; l. 3. tit. 14. P. 1. El enfiteusis suele constituirse regularmente para *siempre*, y por eso si en el escrito no se espresó tiempo, advierten Molina, *de just. et jur. disp.* 445. y López, *gl.* 4. á la l. 28. que se ha de entender perpetuo por ser esa su naturaleza ordinaria.

4. Los efectos del enfiteusis á favor del que lo concede, son: — 1.º Quedar de dueño directo de la cosa. — 2.º Tener derecho de exigir anualmente las pensiones, de modo que si dejan de pagarse por tres años, ó por dos, si es á Iglesia, cae en comiso la cosa, y puede tomarla sin mandato de Juez, \* bien que el enfiteuta tiene diez dias para purgar su tardanza; y si tampoco hubiese pagado en este plazo, puede el dueño tomar la cosa, aunque no haya pedido la pension; porque se entiende que el mismo dia del plazo pide por él, d. l. 28. pero la pena de comiso no está en práctica, Febrero, *adic. del censo*, §. 9. y el uso no ha recibido esta absoluta potestad del señor directo; y así debe ocurrir al juez; porque lo contrario turbaría la tranquilidad pública. — 3.º Competirle el derecho de tanto ó de *fadiga*; por lo que cuando el enfiteuta quiera vender la cosa debe hacérselo saber, y comunicarle el precio, y solo cuando dice que no la quiere ó calla por dos meses, puede venderla á otro de quien el señor directo pueda haber el censo tan facilmente como del mismo, l. 29. — 4.º Tener, cuando se vende la cosa, el derecho de *laudemio* ó *luismo*, que es la quincuajésima parte del precio en que se vende, ó de la estimacion, si no fuere venta, y que ha de pagarle el nuevo poseedor, á quien debe reconocer por enfiteuta, d. l. 29. Y segun lo pactado suele ser la vijésima ó la décima. Prescribiéndose en la circular de 28 de diciembre de 1798, las reglas que han de observarse en la redencion de censos afectos á las fincas vinculadas, que se hayan de enajenar en virtud de la cédula de 25 de setiembre del mismo año, es una de ellas, no haber lugar á laudemios en los censos perpetuos ó enfiteuticos, que tengan contra sí dichos bienes en favor de particulares, de cuerpos eclesiásticos ó fundaciones piadosas por la primer venta, puesto que por ser vinculadas no pudieron esperarlos sus dueños.

5. Los efectos á favor del enfiteuta son: — 1.º Adquirir el dominio útil de la cosa. — 2.º Poder venderla en los términos referidos; y empeñarla sin noticia del dueño á persona tan espedita para pagar el censo como el mismo enfiteuta; lo que tam-

\* l. C. de jur. emphyt.

bien debe observar cuando la vende ; porque si vende ó empeña á persona mas poderosa, no vale el contrato, y pierde el derecho que tenía á la cosa, d. l. 29. — 3.º Poder del mismo modo imponer servidumbre sobre la cosa, y constituir á beneficio de otro el usufructo de ella, Molina, *de Hispan. primog. lib. 1. cap. 20. n. 2.* — 4.º No poder quitársele la cosa sino cuando no paga en los términos referidos. — 5.º Acabarse el censo, si la cosa padeciese tal quebranto que quedase reducida á menos de su octava parte, l. 28.

6. *Censo reservativo.* — El censo reservativo ó retentivo se constituye cuando alguno da á otro alguna cosa raiz, transfiriéndole todo el dominio directo y útil, reservándose cierta pensión anual en frutos ó en dineros que le ha de pagar el que la recibe ; de suerte que el censuario queda dueño independiente y absoluto de la cosa, sin que el censalista tenga otro derecho que el del cobro de la pensión.

7. Entre este censo y el enfiteutico hay algunas diferencias, que refieren Covar. 3. *var. cap. 7. n. 1.* Molina, *de just. et jur. tract. 2. disp. 381.* y son : — 1.ª Que por el reservativo se transfiere tanto el dominio útil como el directo, y por el enfiteutico solo el útil. Avend. *tract. de censibus, cap. 13. n. 3.* dice : que esta es la llave para conocer la naturaleza de ambos censos ; y por esta distincion suele decirse : que pagamos la pensión en el censo reservativo, de cosa nuestra ; y en el enfiteutis de cosa ajena. — 2.ª Que el enfiteuta puede vender la cosa sin hacerlo saber al dueño directo, y sin que le pertenescan el luismo y la sudiga. — 3.ª Que la cosa no cae en comiso, aunque no se pague por mil años la pensión, á menos que haya pacto en contrario, l. 1. tit. 15. lib. 5. R. que debe entenderse de este censo reservativo, Molina, *d. disp. 381.* Avendaño, *de censib. cap. 90. n. 4.* pudiendo admitirse aquel pacto en este censo ; porque concediéndose el dominio directo y útil de la cosa, puede el concedente no querer concederlo sino bajo el dicho pacto ; como en el enfiteutico lo quiere hacer y hace el dueño directo, respecto del dominio útil.

8. Dudándose si un censo es enfiteutico ó reservativo, se debe decidir por las circunstancias, atendiendo mas á la naturaleza del contrato, que á las palabras, que frecuentemente confunden los escribanos por impericia ; y cuando no basten las circunstancias, se considerará el censo mas bien reservativo que enfiteutico, Covar. 3. *var. cap. 7.* Molina, *disp. 383.* porque grava menos al que lo debe.

9. Se puede constituir este censo por convencion, como es lo regular, ó por testamento, como si el testador legase á alguno una cosa fructifera con la reserva de pagar cierta porcion de sus frutos á sus herederos. Las mas veces se establece en la misma escritura en que se concede un campo en enfiteutis, imponiéndole.



le al mismo tiempo la carga de particion de frutos á razon de uno por cada cuatro, cinco ó seis. Y puede ser perpetuo, durante la vida del censalista, ó absolutamente redimible; y si se duda de esto, debe considerarse mas bien consignativo que reservativo, y mas bien redimible que irredimible, segun Vela, *disert.* 33. n. 70. (1) porque el consignativo redimible es el mas frecuente, y el menos gravoso para el deudor.

10. *Censo consignativo.* — El censo consignativo se llama así, porque se consigna sobre bienes del que lo debe, quedando este con el dominio directo y útil de los bienes. Se constituye regularmente por cierto precio, que consiste en dinero efectivo, y entonces es verdadera venta; pero puede constituirse por otros títulos, como permuta, donacion, compensacion de tributos, de obsequios ú obras, ó por última voluntad, y su naturaleza es segun el título de su imposicion. Hablarémos del constituido por contrato de venta, como mas frecuente, y porque fácilmente se entenderán por él los demas.

11. *Su definicion.* — Censo consignativo es: *Compra por la cual dando alguno cierto precio en dinero efectivo sobre bienes raices de otro, compra el derecho de cobrar cierta pension anua del dueño de dichos bienes, quedando este tan dueño de ellos como antes.* Decimos dando *alguno cierto precio*, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion, como las demas compras, sino que requiere numeracion del precio, verdadera ó finjida, Vela, *disert.* 34. n. 37. Se compra el derecho de cobrar ó exigir la pension, y no la pension misma, *Covar. d. lib. 3. cap. 7. n. 2.* *Avend. d. tract. cap. 37. n. 20.* y por eso no se puede objetar que se da dinero por dinero, aunque algunas veces, hablando impropriamente se dice comprarse los réditos ó las pensiones. — Discurriendo con estas sutilezas que pervierten las ideas, no se proponen aquí los AA. sino alejar del censo toda semejanza con el préstamo á interés en odio de la usura. Cuando yo compro un sombrero, no entiendo que no haya comprado el sombrero, sino el derecho al sombrero; y el mercader que me lo vende, no quedará obligado á mas que á no negarme el derecho, aunque nunca me entregue mi sombrero?

12. Se divide el censo en pecuniario y fructuario, segun se pague la pension en dinero ó en frutos. Puede constituirse de modo que se pague la pension por años, meses ú otros tiempos señalados; y puede ser perpetuo ó temporal, dividiéndose el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, y en redimible; que se constituye con el pacto de *retroventa*, y llamamos *al quitar*: y hablando con propiedad se dice tambien perpetuo, por no acabarse con el tiempo, Vela, *disert.* 33. n. 51. y *Censio, de cen-*

(1) Ya no hay censos irredimibles, como luego se dira.

*sib. quest.* 2. bien que la l. 7. d. tít. 15. se opono al perpetuo é irredimible.

☞ Es punto casi jeneralmente reconocido que desde 1573 en que se dió la l. 7. tít. 15. lib. 5. R. ó 5. tít. 15. lib. 10. Nov. no ha quedado censo de ningun nombre que se tenga por irredimible ; tanto mas, quanto que en el concepto de los que impugnan la licitud del precio del dinero, los censos que llevaran el carácter de irredimibles no se eximirían de la nota de usurarios ; porque la libertad del que paga las pensiones para poder redimir y la que no tiene el que las cobra, para pedirle el capital, dicen que salva de ese vicio el contrato de los censos.

13. *Vitalicio.* — El temporal puede constituirse por un número cierto de años, como 20, 30 ó 40 ó un tiempo incierto, mientras viviere el comprador ó vendedor ó algun otro, y entonces se llama *vitalicio* : y este estan irregular y extraordinario que no parece censo : porque enajenando para siempre el precio ó capital, sin esperanza de recobrarlo jamas, compramos el derecho de exigir la pension anua sin respecto á cosa alguna, ni á industria, ni á obras del que la ha de pagar, sino solo á la vida de aquel por la cual fué constituido : acabada la cual, se acaba tambien este censo, y no de otra manera, de suerte que pende de ella en su constitucion y conservacion. Estas circunstancias, el ser menor su precio, ó mayor su pension que es lo mismo, y el ser incierto el tiempo de la muerte, contribuyen á hacerlo lícito, Salgado, *labyrinth. part.* 1. *cap.* 20. *Cov. d. cap. n.* 3. *Felicio. lib.* 1. *cap.* 7. *n.* 10. *Vela, disert.* 35. *n.* 57. y *disert.* 36. *n.* 42. Estas divisiones tambien tienen lugar en el censo reservativo. Molina, *d. tract. disp.* 383. hasta la 389. examina todas las especies del censo consignativo con la solidez que acostumbra. En el censo vitalicio exige la l. 8. tít. 15. lib. 5. R. que la numeracion ó paga del dinero sea real.

14. El mismo Molina, *disp.* 383 añade otra division en real y personal, llamando personal aquel que solo se coloca en la persona con respecto á su industria ú obras, sin que haya cosa alguna obligada. Pero muchos opinan que no puede haber censo personal, Faria *ad Covar.* 3. *var. cap.* 7. *n.* 27. *Vela, disert.* 35. *nn.* 27. 102. y *siguient.* *Avend. de censib. cap.* 58. donde responde á Feliciano, *Covar.* y otros. Nos parece mejor la sentència de los que reprueban la division ; y el mismo Molina no está lejos de pensar así, puesto que dice en la *disp.* 387. que el censo personal es de muy difícil sostenimiento. No importa que los adicionadores á la Biblioteca de Ferraris, *voz Census*, y Martinez, *Librer. de Jueces*, tomo 7. lib. 5. tít. 15. *n.* 220. digan : que la cédula de 10 de julio de 1764 aprueba el censo personal ; porque ella solo aprueba los contratos por los cuales algunos, y especialmente las viudas y algunos destituidos de propia industria entregaban dinero á los cinco Gremios mayores de Madrid, para el comercio, y á ra-

zon de tres ó dos y medio por ciento ; y estos contratos no constituyen censo, sino una especie de compañía, por la que los contrayentes se parten de tal modo la ganancia, que contentándose los que pusieron su dinero con una porcion segura, pero muy inferior á la de una ganancia regular, pertenesca la restante á los Gremios. Pero debemos advertir, que esta reprobacion del censo personal se entiende eceptuando el vitalicio, segun dijimos en el n. *antec.*

15. Tambien tenemos ciertos censos que se llaman *Juros*, y consisten en rentas que el Rey concedió á alguno en compensacion de sus servicios ó remuneracion de sus méritos, ó por cierto precio sobre salinas ú otros derechos. Como el juro es un censo consignativo, cuanto se ha establecido de este, tiene lugar en aquel, ll. 6. 12. y 13. d. tít. 15. lib. 5. R. con solo la diferencia de que de la venta del juro no se paga alcabala, como de la de los otros censos, Larrea *alleg.* 23. Por el *auto acord.* 6. tít. 6. lib. 5. se mandó observar el aumento del precio ó baja de la pension que la l. *penult. d. tít. 15.* estableció en los censos consignativos al quitar.

16. En el censo consignativo se deben atender tres cosas : — 1.<sup>a</sup> El precio por el que se compra ó constituye, que se llama *capital*. — 2.<sup>a</sup> La pension ó réditos que se pagan. — 3.<sup>a</sup> La cosa en que se consigna ó constituye. El famoso *Motu proprio* de Pio V. *de creand. censib.* estableció que el precio hubiese de consistir en dinero efectivo ; pero no está recibido en España, segun la l. 10. d. tít. 15. Solo en el censo vitalicio previene la 8 de d. tít. que haya consignacion en dinero efectivo. Mas no es necesario que la tradicion del precio sea real : basta la finjida, que llaman *brevis manus*, estableciéndose el precio en deuda de dinero cierta y líquida, á cuyo pago podía ser obligado el deudor, A. vend. *cap.* 38. la cual es útil al mismo deudor. En los censos, que se constituyen por testamento ó donacion, no interviene tradicion de precio, aunque tambien se puede acomodar la finjida, siendo cierto que se debe considerar que la hay en los casos de redencion ó enajenacion de la cosa censuada.

17. Pretendiendo proporcionar las pensiones con los capitales se fijó primero la tasa en los censos redimibles á razon de catorce mil el millar, que equivale á lo que decimos al 7 por 100, en el año de 1563 : despues en 1608, al 5 por 100 y posteriormente en 1705 al 3 por 100, ó 33 mil y un tercio el millar, reduciendo al mismo precio los impuestos anteriormente, l. 15. tít. 15. lib. 15. R. ú 8. tít. 15. lib. 10. Nov. ¶ Para América se señaló el 3 por 100 en céd. de 13 de marzo de 1786; pues muchos anteriores á esa fecha estaban establecidos al 5 por 100 — Aunque al imponerse el censo se fije un rédito mayor, no se anula el contrato sino que se reduce á la tasa legal. d. l. — Por decreto de 14

de agosto de 1829 — se permitió en el Ecuador pagar en frutos de los predios censidos los réditos de los censos, y aunque se limitó al tiempo de 10 años, los decretos legislativos posteriores han continuado sin interrupción el mismo permiso hasta la presente, añadiéndose que por ley de 16 de diciembre de 1853 se mandó que los intereses de los capitales acensuados se satisfagan al 2 por 100 en dinero ó al 3 en los efectos de los fundos gravados, en que se convengan acreedor y deudor.

18. En cuanto á la cosa sobre que se establece el censo, debe ser fructífera é inmueble ó raiz. La cosa sobre que se situa el censo quieren unos y se llama jeneralmente hipoteca; pero otros estiman que no hay mas que servidumbre. Sea lo uno ó lo otro, la práctica, de que ningun juez pudiera ahora impunemente separarse, es que se persigue el fundo acensuado con verdadera accion hipotecaria en todos sus efectos; que se reclama y compele al pago de las pensiones al actual dueño, aunque se hubiesen devengado en tiempo de los dueños precedentes y sin que medie escusion ninguna del que fué deudor: que en las prelaciones de pago tienen el privilegio de verdaderas hipotecas cuando concurren con créditos de otra naturaleza, y últimamente que en concepto de tales afectan los deudores de los réditos sus fundos á este pago, sea que ellos constituyan el censo, sea que compren las fincas con capitales antes acensuados. — Se puede gravar un mismo fundo con dos ó mas censos, con obligacion que tiene el dueño de declarar los que ya estén impuestos, bajo pena de restituir con el dos tanto el capital que recibiere para nueva imposicion sin declararlo. l. 2. tít. 15. lib. 5. R. 6 2. tít. 15. lib. 10. Nov.— Ya se ha dicho que si la cosa acensuada se vende como libre, los tribunales precisan al vendedor á sanearla del censo, pero no rescinden el contrato.

19. Los censos se acaban y estinguen en los casos siguientes.— 1.º Por perecer la finca censida, ó por hacerse infructífera en todo ó para siempre. Mas si no es en todo, opinan Molina, Faria, Vela, y dispone la bula del Papa Pio V. publicada en Roma en 1569, que se rebajen los réditos á prorata, (notándose que no es en esta parte, sino en que los censos se funden precisamente con dinero de contado, que se suplicó de esta bula): pero Sala, Escriche y otros quieren que la opinion mas probable sea que se deben los censos siempre que la parte que quedase de la finca diere los frutos bastantes para pagar toda la pension, sin entrar á prorata el dueño, sino pagándola íntegra. Exijencia irracional. Aunque el acreedor del censo fuera tan dueño del fundo como el propietario, debían ambos ser partícipes del daño sobrevenido al fundo, á menos que se quiera constituir de sirviente al dueño para que solo trabaje en obsequio del censalista.

20. Es verdad que si la cosa perece, ó se hace esteril por cul-



pa del dueño, el acreedor del censo podrá repetir por el capital y los perjuicios. Mas si habiendo perecido ó vultose infructífera sin culpa suya, se restablece ¿diremos que revive el derecho de los censualistas; v. g. si se redifica una casa destruida por un terremoto? ó si deja en descubierto el rio las playas que antes tenía inundadas? Cremos que no en todos casos se debe resolver del mismo modo. El area, en que se redifique la casa, tiene un valor, y la casa reconstruida tiene otro muy diverso. El valor del area servirá de regla para ver si cabe el capital y si no debió perderse á proporcion con el precio libre que en la casa tenía el dueño. Lo reconstruido es enteramente de este último. Si revive el fundo naturalmente, pensamos tambien que entonces lo justo sería acomodar proporcionalmente al nuevo valor el que tuvieron tanto el dueño como el censualista al tiempo de su destruccion, entendiéndose que los costos nuevos del dueño para restablecerlo, le deben quedar libres.

21.—2.º Se estingue por dimision del fundo que haga el dueño en favor del censualista, y queda libre porque la accion de este último no es personal contra el propietario ó poseedor del fundo. — 3.º Por la prescripcion de 30 años, en que se prescriben toda clase de acciones, no obstante que algunos niegan la prescriptibilidad á los censos, razonando que cada año nace ese derecho de cobrar la pension; como si esto mismo de cobrar róditos anualmente no pudiera tambien pactarse en otros muchos contratos: y á la vez otros enseñan que el censo se prescribe en menos de 30 años. El partido seguro es, que las acciones que vienen de este contrato considerándolas en la mejor especie á que puede reducirselas, es decir de hipotecarias, (ó mistas si se apura,) no pueden gozar de mayor tiempo que del que á estas señaló la l. recop. — 4.º Por la redencion, cuando el deudor restituye el precio capital que tenía acensuado; lo que puede hacer siempre que quiera y por mitad ó tercia parte, segun las extravagantes de Mart. V. y Calisto V. Gutierr. Sala y otros: recordando que no hay censo de ninguna especie, ni para cualquier objeto, que no pueda redimirse, y que el acreedor tampoco puede precisar al deudor á que los redima, pues solo está á voluntad del que lo paga. Desde 1837, se permitió en el Ecuador redimir los censos trasladándolos al Tesoro público con cantidades iguales de billetes de crédito contra el Estado. Al presente está restringido á cierta clase de estos el uso para la traslacion, es decir á los de deuda interior que con algunas calidades declara la lejislatura. Ahora y despues recibirán mil bendiciones los autores de tanto bien á la agricultura, á la poblacion, á la industria, y al alivio de infinitas familias á quienes una disposicion tan sábia sacó de la miseria que las devoraba. Nuestros mayores, sobre todo en el interior de la República, pensaron que no se ganaba nombre, que no obra.

ha como buen vasallo y que no era digno de ser tenido como miembro de la sociedad, el que no destinara cuanto podía á censos, para que sirviesen de capellanías ó parientes ó á extraños : pensamos por fin que creían, según se espresan ellos mismos en las escrituras de esas fundaciones, que el medio esclusivo de asegurar su bienaventuranza eterna, no podía ser otro que dejar algunas imposiciones al tenor de las que referimos. Medio siglo más de coloniaje y toda la República habitada estaría convertida en un fundo acensuado, sin un solo palmo de terreno libre.

22. Comunmente dejaban en los testamentos la disposicion de que se impusiese tal ó tal censo, principalmente para fundacion de capellanías : en lo que debe advertirse que por los jueces no se ha considerado la cláusula dispositiva como bastante para que la imposicion se tuviese ya por hecha y se persiguiese el fundo en que se mandara situarlos con accion hipotecaria : se ha exigido siempre la misma escritura de imposicion, sin perjuicio del derecho que quedara al acreedor contra el heredero ó albaceas. Vé el n.º 11. de este tit.

## TITULO XVI.

### DE LA COMPAÑIA O SOCIEDAD, Y DEL MANDATO.

TIT. 10. Y 12. P. 5. — TIT. 26. ET 27. LIB. 3. INST.

1. *Sociedad ó compañía.* — El tercer contrato consensual es la compañía ó sociedad, que se define : *un contrato consensual que hacen dos ó mas sobre la reunion de su caudal ó industria con el fin de ganar algo.* Por consiguiente se puede hacer de dos modos : poniendo su caudal ambos socios; ó poniendo el uno su caudal, y el otro su industria ó trabajo. El que pone dinero ó cosa retiene su dominio, y corre su peligro, á diferencia del mutuo, en que no corre el peligro ; porque no retiene el dominio del dinero que prestó. Y el que pone su trabajo no ha de tener un señalamiento determinado, haya ganancia ó pérdida ; porque este sería un salario, y el contrato no sería entonces de compañía, sino de locacion y conduccion, por cuyas leyes debería decidirse cualquier diferencia ; pero si se le señalase por su trabajo una parte determinada de lo que se ganase, como la cuarta ó la quinta, habrá compañía.

2. *Su naturaleza.* — Hay que considerar en la compañía : 1.º Que se perfecciona por solo el consentimiento, como los demás contratos consensuales, l. 1. tit. 10. P. 5. — 2.º Que puede ha-

erla todo el que pueda consentir. — 3.º Que ha de tener por objeto una cosa justa, l. 2. — 4.º Que siendo la igualdad el fundamento de este contrato, se han de dividir así el lucro, como la pérdida, daños y peligro á proporcion de lo que contribuye cada uno. — 5.º Que el principal vuelve al dueño á no ser que se haya comunicado al socio, ó que se haya pactado de otro modo.

3. *Sus especies.* — Se puede contraer la compañía hasta cierto tiempo ó por toda la vida, d. l. 1. y puede ser universal ó no. La universal es cuando se juntan todos los bienes de los compañeros habidos y por haber en cualquier manera, aun que fuese peculio castrense y cuasicastrense, con todas sus ganancias, l. 6. El efecto de esta compañía es hacer comunes todos los bienes que tienen los socios sin que sea necesaria verdadera tradicion, ú ocupacion por el uno, de lo que antes era del otro, pues basta la tradicion finjida, l. 47. tít. 28. P. 3. y de ahí es, que cada uno de los socios puede usar de estos bienes, y hacer demanda sobre ellos; pero si alguno de ellos tuviese señorío ó jurisdiccion, no pueden usar los otros de este señorío ó jurisdiccion, si no les fuere otorgado señaladamente poder para ello, l. 9. así como si tuviese deudores, no les podrán pedir los otros socios las deudas sin un poder igual, que se deberá otorgar, y lo que cobraren será comunalmente de todos, d. l. 47.

4. *Division de la compañía particular.* — La compañía que no es universal se divide en tres especies: — 1.ª Para solo un negocio, sobre una cosa señalada, como vender vino, paño, &c. l. 18. — 2.ª. Simplemente, sin espresar bienes sobre que se hace, l. 7. — 3.ª. Sobre las ganancias que se obtuvieren. Es claro que en la primera solo se debe atender á la ganancia ó pérdida de aquel único negocio. De la segunda se parten las ganancias que proviniéron de aquel menester ó mercadería que usaren, l. 7. de suerte que solo pertenecen á ella las ganancias cuestuarias que salen de la industria ó trabajo, López, *gl.* 1. \* — En la tercera entran todas las ganancias, tomada latamente esta voz, de modo que comprende todo lo adquirido, aunque no fuese por trabajo ó industria, sino por herencia ú otro título semejante, l. 12. Es pues esta compañía média entre la universal y la cuestuaria.

5. *Como se hace la partija.* — El que pone dinero ó bestias ó nave conserva su dominio; y si perece sin culpa de nadie, parece para su dueño, si se pierde la ganancia y el principal sin que quede nada de este; y si solo se perdió parte del principal, recaudará el dueño la parte que queda. De modo que en la division, concluida la sociedad, primero se sacan las espensas y deudas, despues el principal de cada socio, y de la ganancia que queda se parten proporcionalmente con arreglo á lo que cada uno

\* l. 7. pro soc.

puso. Si uno puso la industria, según la estimación de esta, será su parte en la ganancia (A). Otros diferentes modos de celebrarse la compañía dependen de la estimación diversa del capital y de la industria y del pacto que hubiesen hecho los socios, observándose la proporción debida. Si no constase del pacto con que se celebró la compañía, se entiende celebrada según la costumbre de la provincia entre los mercaderes.

6. Se guardará lo que los contrayentes hayan expresado en cuanto á las partes de ganancia y pérdida, con tal que sea justo: si nada expresaron deberán ser iguales; y si expresaron los de la ganancia y no los de la pérdida, se partirán estas del modo que aquellas, y al contrario; de suerte que la expresión de la una sirve para la otra. \*

7. *Qué igualdad se establece.* — La igualdad no ha de ser aritmética, sino geométrica ó proporcionada al caudal que cada uno ha puesto, es decir, que si el caudal de uno fuere 300 y el de otro 200, y la ganancia importare 10, tendrá 6 el de 300 y 4 el de 200, porque la equidad dicta que cada uno saque á proporción de lo que ha puesto. Si sucediere que por ser uno de los compañeros más perito en la negociación, ó por poner más trabajo, ó por aventurarse á más peligros que los otros, se le señalare más porción de la ganancia, será válido este pacto. Asimismo valdría el pacto de que uno no tuviese parte en la pérdida y sí en la ganancia; pero no el de que uno no tuviese parte en la ganancia, sino que toda esta fuese del otro; porque esta sería la compañía leonina que reprueban la l. 4. d. tít. 10. † Puede dejarse la división de partes al arbitrio de un tercero señalado; y si fuere justa, se habrá de guardar; y si no, se regulará por el dictámen de hombres buenos, l. 5.

8. *Qué, si uno pone caudal y otro industria.* — Pudiendo contraerse compañía de modo que el uno ponga la industria y trabajo, y el otro el caudal, manifestaremos la diversidad que puede haber en esto, según nuestros autores, pues las leyes no hablan de ello. — 1.º Unas veces por ser el trabajo corto y el caudal de más valor, se compara el trabajo con solo el uso del caudal y el peligro de perderlo. En este caso el caudal no se comunica, y de consiguiente el que puso el trabajo no se hace partícipe del caudal que puso el otro; y para este solo, que es su único dueño, queda salvo ó perece, sin que tenga parte alguna el que puso el trabajo. — 2.º Otras veces al contrario, se pone un trabajo de valor igual al del caudal, y entonces el trabajo se compara con el dominio del caudal, y por consiguiente se comunica este al que puso el trabajo. Los casos que ocurran deberán juzgarse por estos dos modos, cuando los contrayentes no hayan expresado el que

\* L. 3. §§. 1. et 3. de societ. — † §. 2. eod. l. 29. §. 2. pro soc.



debía observarse, Covar. 3. *vat. cap. 2. n. 2.* Escobar, *comput. 22. Vinn. lib. 1. select. quest. cap. 54.*

9. Pongamos dos ejemplos para mayor claridad: — 1.º Pedro puso un caudal que valía mil pesos, y tú pusiste un trabajo de igual valor; disuelta la compañía se dividirá en partes iguales lo que se hallare, sin tener cuenta de si hubo ganancia ó pérdida. — 2.º Tú pusiste un trabajo tan corto, que solo es igual al beneficio que podía producir el uso del caudal: el valor de lo que quedase hasta mil pesos todo será de Pedro; y tú solo tendrás la mitad del sobrante si lo hubiere, y la otra mitad será para Pedro. (B)

10. Si en este segundo ejemplo hay pérdida en el caudal, se suele decir, que todo el daño es de Pedro, y ninguno del que puso el trabajo, y de consiguiente que es válido pactar que uno de los contrayentes tenga parte en la ganancia, y no en la pérdida, como dijimos al núm. 7. pero es claro que el no tener parte en esta, se entiende solamente respecto del caudal, del que nada pierde, porque nada puso; mas en realidad pierde el trabajo, y de ahí lo válido y lícito de esta convencion, la cual es conforme á la l. 4. tít. 10. P. 5. en aquellas palabras: *ó si facen pleito, que si perdiesen en la compañía en aquellas cosas que usan, que non oviese parte en la pérdida; tales pleitos como estos valen é deben ser guardados.*

11. *Modos de acabarse.* — La compañía se acaba de seis modos: — 1.º Por el mútuo consentimiento espontáneo de todos los socios. — 2.º Por muerte de uno de los socios, l. 10. d. tít. 10. aunque sean muchos, si no es que se hubiesen pactado que muerto uno siguiesen los demas en la compañía. † Pero no valdría el pacto de que muerto un compañero hubiese de durar la compañía en sus herederos; porque solo en dos casos puede el heredero entrar en lugar del socio difunto: — 1.º Cuando la compañía es sobre arrendamiento de cosas públicas ó de algun comun, l. 1. d. tít. 10. ¶ — 2.º Cuando el socio difunto dejó el negocio de la sociedad actuándose, de modo que es necesario concluirlo: en estos dos casos no se disuelve la compañía hasta que se concluya el negocio. Y si antes de empezar el negocio continúan los demas socios en la compañía con los herederos del socio difunto, hay nueva sociedad con estos, habiendo quedado disuelta la que se hizo con el difunto. — 3.º Por muerte civil del socio. — 4.º Por la cesion de bienes del socio. — 5.º Por pérdida ó destruccion de la cosa por la cual fué hecha la compañía. — 6.º Por la renuncia, l. 11. pero la dolosa ó intempestiva al paso que no libra de sus compañeros al renunciante, libra á estos de él; por lo que si un socio hiciese la renuncia viendo que le venía alguna ganancia, sus compañeros serán partícipes de esta; y al contra-

† §. 5. Inst. de societ. — ¶ L. 59. de pro soc.

rio, si viniere alguna ganancia á los otros despues de la renuncia, nada participará de ella el que renunció, l. 12. Debe á mas el que hace la renuncia intempestiva pagar todo el daño que vienesse á los otros por esta razon, l. 11. Pero hay tres causas justas para renunciar : — 1.<sup>a</sup> Ser uno de los compañeros de jenio muy altivo ó insufrible. — 2.<sup>a</sup> Hallarse en servicio del Estado ó del comun del pueblo, y no poder continuar. — 3.<sup>a</sup> No guardar el compañero lo pactado, l. 4.

12. La compañía se acaba por la muerte de uno de los socios apesar del axioma : *el que contrae, contrae para si y su heredero*, l. 11. tit. 14. P. 3. porque en este contrato se tiene consideracion á la aptitud de la persona, la cual puedo faltar en su heredero. Tampoco se opone á la renuncia el axioma : *de la obligacion una vez contraida no puede apartarse uno de los contrayentes contra la voluntad del otro*, || porque este medio es necesario para evitar los desacuerdos y discordias que produce el mantenerse en comunion los que no tienen voluntad de ollo, l. 11. tit. 15. P. 6. Mas téngase presente : que aunque la muerte y la renuncia disuelven completamente la compañía ; la obligacion del socio sobre resultas de cuentas tanto activas como pasivas, correspondientes al tiempo que duró la compañía, pasa á sus herederos, l. últ. d. tit. 10.

13. *Deberes del socio.* — El socio debe conducirse en los negocios de la compañía con el mismo cuidado y diligencia que si fuesen propios ; de suerte que deberá prestar la culpa leve, segun las reglas de los nn. 18 y 19 tit. 10. Si lo hiciese así, los daños y menoscabos serán comunes á todos ; pero si sucedieren por dolo suyo serán todos de su cuenta, debiendo resarcir los perjuicios que hubiere causado, l. 7. d. tit. 10. en los que se entienden no solo los menoscabos que ocasionó por su mala versacion, sino tambien todo lo que los socios podian haber ganado, si se hubiese conducido como debía ; sin que baste decir, que por otra parte hizo tantas ganancias que podía ser mejorada la pérdida. Y si para conservar las cosas comunes á la sociedad fuese preciso que el socio que las administra, gaste de su propio dinero ; está obligado á esto, si lo tiene, para hacerse pago despues.

14. Por la exuberancia de buena fe ó igualdad que debe reinar en este contrato, \* establece la l. 15. d. tit. 10. que si el que administra los bienes hubiese dado, á uno ó mas de sus compañeros, alguna porcion sin noticia de los otros, y despues no le queda parte igual para estos ; la han de devolver aquellos para que se haga la division con la igualdad correspondiente ; á menos que los que no recibieron, supiesen la data, y callasen por negligencia ; porque si en este tiempo quedase pobre el administrador, y

¶ l. 5. C. de obl. et act. — \* l. 3. C. pro soc.

no pudiese pagársela, los insolutos sufrirán este perjuicio por su culpa. \* Finalmente, la prueba de la pérdida incumbe al socio que administra ; porque la presuncion está por la ganancia.

15. *Derechos del socio.* — A favor del socio se debe notar : — 1.º Que el socio que pone la industria ó negocia, si sale fuera de su casa, se mantiene á costa de la sociedad; y se numeran entre las espensas necesarias de esta los gastos ordinarios y precisos que haga en su persona saliendo de su casa para actuar el negocio de la sociedad ; pero no se le deben pasar los gastos superfluos é inútiles — 2.º Que el que celebra un contrato de sociedad poniendo su industria, puede celebrar otras sociedades con otros, siempre que no perjudiquen á la sociedad anterior ; y saliendo á negociar fuera de su casa se mantendrá á costa de todas las sociedades, descontando los gastos en la parte que corresponda á cada una, segun la proporcion jeométrica. Pero si despues de contraida una sociedad, contrae otras que le perjudiquen ó embaracen negociar como debe, está obligado á resarcir y pagar á la sociedad anterior todos los perjuicios que le vengan por esta causa. — 3.º Que compete al socio el beneficio de competencia, que consiste en no poder ser reconvenido en mas de lo que pudo hacer, d. l. 15. †

16. *Contrato trino.* — Pedro y Juan celebran contrato de sociedad, poniendo Pedro el capital y Juan la industria con la condición de partirse igualmente de las ganancias. Suponen luego que estas ascenderán á 30 por 100 y Pedro se conviene en recibir solamente 8 en vez de los 15 que le tocaban, con tal que Juan le asegure el capital, obligándose, como se obliga, á devolvérsele entero en cualquier evento. Como todavía el 8 por 100 está en riesgo, pues no ha de darse sino en el caso de que haya utilidades, lo vende Pedro al mismo Juan por un 5 por 100 que este ha de pagarle fijamente, haya ó no haya ganancias ; de suerte que en último resultado Pedro tiene asegurado su capital y un interés de 5 por 100.

Este contrato es triple, es decir, de sociedad á ganancias y á pérdidas ; del de aseguracion del capital por renuncia de parte de la ganancia : y del de venta de esta ganancia incierta por otra ganancia cierta y mas moderada. Es admirable lo mucho que se ha escrito por teólogos y juristas sobre este contrato triple, sosteniéndolo unos como lícito y combatiendo otros como usurario. En último análisis, es un préstamo á interés, y las cuestiones que de él nacieran tenían que resolverse por las disposiciones vijentes que dejan al arbitrio de las partes, como es debido, estipular los intereses del mutuo. Véase al P. Zech, *opusc.* 1. *controv.* 3. *sect.* 6. *de cont. trino.*

\* l. 63. §. 5. pro soc. — † §. 38. Inst. de action.



17. *Mandato*. — El cuarto y último contrato consensual es el mandato, que se define: *un contrato consensual por el que una persona toma á su cargo el desempeño gratuito de los negocios lícitos que otro le confía*. Puede ser: — 1.º *Expreso* ó *tácito*, l. 12. tit. 12. P. 5. *Expreso*, si se contrae por palabras entre presentes, ó por cartas ó mensajeros entre ausentes, bastando cualesquier palabras que manifiesten la intencion de obligarse, l. 24. d. tit. 12. *Tácito*, si alguno estando presente permite que otro desempeñe sus negocios. — 2.º *Puro*, condicional ó á día cierto. *Puro*, como: *te encargo que repares mi casa*. — *Condicional*, como: *mantendrás á Juan, si quedares viudo*. — *A día cierto*, como: *mantendrás á Juan hasta el primer día de 1858*. — 3.º *Jeneral* ó *especial*. *Jeneral*, contraído á todos los negocios: *especial* á uno ó algunos señalados. — 4.º *Judicial* ó *extrajudicial*. — *Mandato judicial*, el que se da por medio de poder judicial y principalmente para pleitos. *Extrajudicial*, el que se da sin ese poder. — 5.º Finalmente, puede ser de cinco modos con respecto al fin: — 1.º Por utilidad de solo el mandante. — 2.º Por utilidad del tercero solamente. — 3.º Por la de un mandante y un tercero. — 4.º Por la del mandante y el mandatario. — 5.º Por la del mandatario y la de un tercero, ll. 20. 21. y 22 tit. 12. \*

18. Si se hace por solo la utilidad del que recibe no es mandato sino consejo, y no produce obligacion en el que da el consejo, á menos que lo haya dado maliciosamente ó con engaño, en cuyo caso debe pagar todo el daño que recibió por esta razon aquel á quien lo dió. l. 23. † Asimismo, si se recibe paga ó salario por pacto, no es mandato sino locacion y conduccion; pues para que haya mandato es necesario que sea gratuito, aunque bien puede tener esperanza el mandatario de que el mandante premie su servicio, y le haga favores.

19. *Deberes del mandante*. — El mandato es un contrato bilateral, pues se obligan mutuamente los contrayentes; así el mandante debe: — 1.º Pagar al mandatario lo que hubiere gastado en cumplir el mandato. — 2.º tambien debe pagarle los perjuicios que le vinieron por esta causa, como morirse el caballo en quo fué á actuar el mandato; de suerte que el mandatario no debe sufrir ningun perjuicio por haber ejecutado un mandato honesto; decimos *por esta causa*, porque si le vinieron perjuicios por otra causa, como por mala voluntad de un enemigo, no está obligado á repararlos el mandante. — 3.º Si el mandato fué en beneficio de un tercero, el mandatario tiene accion para repetir por los gastos y espensas contra el mandante, y este contra el tercero. Si el mandante no puede pagar al mandatario, deberá cederle su accion

\* § 12. &c. Inst. de mandat. — † §. 6. Inst. eod. junct. l. 47. de div. reg. jur.



contra el tercero. Si el mandatario nada puede conseguir del mandante, y el servicio fué en beneficio de tercero, tiene contra este la acción *negotiorum gestorum*. Si el tercero no pidió el servicio que fué en su utilidad ó lo ignoró; así el mandante como el mandatario pueden hacerle cargo de los gastos por la acción *negotiorum gestorum*; aunque este en defecto de aquel. — 4.º Por ser el mandato un contrato en beneficio de solo el mandante se halla este obligado aun á la culpa *levísima*.

20. *Obligaciones del mandatario.* — El mandatario, — 1.º Debe cumplir el mandato de modo que si, en no cumplirlo ó cumplirlo mal, comete engaño ó culpa; ha de satisfacer al mandante el daño que le haya ocasionado, l. 20. López, gl. 5. apoyado en el derecho romano interpreta la palabra *culpa* de modo que comprenda también la *levísima*; pero solo está obligado á la *lata*, por ser un contrato en beneficio de solo el mandante; de suerte que el mandatario solo estaría obligado á la *leve* cuando también cediese el contrato en su beneficio. — 2.º Está obligado á proceder en el modo y forma en que aceptó el mandato.

21. *Mandato torpe.* — El mandato contra buenas costumbres no vale, como si mandarás á Pedro que cometiese un homicidio; y aunque Pedro gastase algo en esto no te lo podría demandar, antes bien él y tú quedaban obligados á las malas resultas de este ímprobo cumplimiento por ser ambos reos del delito. Por la misma razón tampoco valdría el mandato de un menor de 25 años, para que alguno saliese fiador de una barragana ú otra mala mujer, l. 25. d. tit. 12.\*

22. *No pueda renunciarse despues de consentido.* — Basta que el mandato sea un contrato que queda perfecto por el mutuo consentimiento, para que no pueda renunciarlo el mandatario, aun estando las cosas enteras, esto es, aun antes de haber empezado á ejercerlo, como dice López, gl. 3. fundado en las palabras de la l. 20. ca. si aquel á quien manda hacer la cosa recibe el mandamiento, *tenuenda es de cumplirlo*; á lo que se agrega la ley de Castilla, copiada n. 5. tit. 10. por la que, en tanto queda obligado el hombre en cuanto parezca que quiso obligarse. En cuanto á la mujer, podemos decir que por ella se acaba el mandato, porque fundándose este en el amor ó confianza según d. l. 20. *non facerles amor*, se considera personal, y de consiguiente no pasa á los herederos.

\* Inst. cod. L. 12. §. 1. mand. vel cont.

## NOTAS.

(A.) Según la costumbre del Ecuador este es el modo con que se celebra el contrato de sociedad; el que pone el capital ratiene su dominio, y cobra su ría.

go. Otros diferentes modos de celebrarse dependen de la diversa estimacion del capital y de la industria y del pacto que hubiesen hecho los socios con arreglo á ella, observando la proporcion debida. Los equatorianos no conocen la sociedad universal ni la media de que habla el autor. La sociedad de los casados es distinta: el marido y la mujer no se comunican en ella el capital que cada uno introdujo al matrimonio, ni lo que adquieren por herencia ó por donacion.

(B) Debiéndose guardar en este contrato la igualdad geométrica en todo, es doctrina de autores célebres, que si concluido el negocio de la sociedad solo queda el capital sin ganancia ninguna, el dueño de este debe resarcir al que puso la industria, la pérdida de trabajo. Y por la misma razon, si se perdió el capital antes de que el socio que puso la industria hubiese trabajado ó empleado la, debe este resarcir al dueño del capital parte de la pérdida: todo esto segun se regule el valor del capital y de la industria con proporcion á la diferencia que hubiere entre esta y aquel. Aun los pactos que se hagan entre los socios sobre ganancias y pérdidas, sobre dividendos el capital entre todos ellos ó quedar íntegro para el que lo puso, deben ser con arreglo á esta proporcion.

## TÍTULO XVII.

### DEL CONTRATO VERBAL O DE PALABRAS.

DE LA LEY 2.ª TIT. 16. LIB. 5. R. O. 1. TIT. 1. LIB. 10. NOV.

1. *Promesa ó estipulación de los romanos.* — La promesa es la estipulación ó contrato verbal de los romanos, que la distinguieron del pacto por medio de cierta solemnidad de palabras, negando á este la fuerza que concedían á aquella: la solemnidad consistió en las palabras de la pregunta y la respuesta: y las leyes de la Partida 5.ª tit. 11. adoptaron algo de estas embarazosas é inútiles distinciones, que han sido derogadas por la famosa ley de Castilla, 2.ª tit. 16. lib. 5. R. (l. 1. tit. 1. lib. 10. de la Novis.) que hemos transcripto al n. 5. tit. 10. la cual ha simplificado este asunto, restituyéndolo tal vez á su estado natural, cuando declara que en cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar á otro, queda con efecto obligado sea entre presentes, sea entre ausentes.

2. *Definicion.* — La promesa es: otorgamiento que hacen los omnes unos con otros por palabras con intencion de obligarse, aviniéndose sobre alguna cosa cierta que deben dar é hacer unos á otros, l. 1. tit. 1.º P. 5. La deliberacion y la espontaneidad deben predominar en la promesa, y siempre se ha de estar en ella al ánimo del

promisor; porque en las cosas gratuitas nadie se obliga á mas de lo que quiso. La promesa es contrato unilateral, y el promisor presta la culpa lata, l. 20. tít. 11. P. 5. — Se llama *promisor* el que hace la promesa; y *estipulador ó promisario* el que la recibe.

3. *Aceptacion*. — Despues de aceptada la promesa, no puede arrepentirse el promisor, y está abligado en ambos fueros á cumplirla. Puede aceptarla cualquiera en beneficio del promisario, segun la *cit. l. 2.* sin que sea necesario que acepten las personas que exijía el derecho romano. Si se hace á presencia del promisor, su silencio arguye aceptacion. Mas es dudoso si el promisor pueda arrepentirse antes de que el promisario acepte la promesa: Molina, n. 9. refuta á Covarrubias, que dice: que la promesa es revocable antes de la aceptacion. Otros, como Murillo Velarde, *de Pactis*, n. 361. dicen: que no hay duda en que es irrevocable aun antes de la aceptacion, y esto parece lo mas conforme á la *cit. l. 2.*

4. *Cuando es válida ó nula*. — La promesa es respectivamente válida ó nula ó inútil, ó puede dejar de obligar, y cumplirse ó no al arbitrio del promisor, si se atiende: — 1.º Al promisor. — 2.º Al promisario. — 3.º A la cosa prometida. — 4.º Al modo con que se promete.

5. En cuanto á lo primero se debe notar, que pueden prometer todos los que no tienen prohibicion para ello, y que la tienen: — 1.º El loco ó desmemoriado, el menor de 7 años, y el pupilo mayor de 7, y menor de 14, sino es en cuanto le sea útil la promesa; y en los mismos términos el mayor de 14 años, y menor de 25 que teniendo curador quiere obligarse sin su consentimiento; pero si no tuviere curador vale su promesa, bien que con sujecion á la restitucion *in integrum*; y en los mismos términos que el pupilo, el pródigo ó desgastador de sus bienes, ll. 4. 5. y 6. d. título 11. — 2.º El padre con respecto al hijo que tiene en su poder, sino es la promesa de mejora por casamiento ó otra causa onerosa, y la que le haga con escritura pública de no mejorar á ninguno de los descendientes, y que si mejorase á alguno no valdría como queda dicho en el título de herederos. — 3.º El hijo al padre bajo cuyo poder se halla, sino es en todo aquello de que puede disponer libremente, y en que se le considere como padre de familias, como lo es con respecto al peculio castrense y quasi-castrense, l. 6. d. tít. 11. Las promesas que hagan los que tienen prohibicion serán nulas.

6. Con respecto á prometer por otro debe observarse: — 1.º Que el personero, tutor, &c. pueden prometer á nombre del principal, menor, &c. ll. 7. y 8. d. tít. 11. — 2.º Que puede obligarse alguno á que otro dará ó hará alguna cosa, l. 2. d. tít. 16. R. pero que en este caso no queda obligado el otro, y sí el que promete, cuya promesa se reduce entonces á que cuidará que el



otro lo haga; y que si no lo hace, ó no pusiese las diligencias para que lo haga, estará obligado al interese, Matienzo, *d. l. gl.* 4.

7. El promisor puede quedar desobligado por alguna causa que le sobreviene, ó que no previó, y que si hubiese previsto, no habría hecho la promesa, como : — 1.º La promesa de ayudar á otro en su trabajo, como cultivar una viña, si el promisor tiene que cuidar á su padre ó hijo que repentinamente cayó enfermo.— 2.º La que se hace de donar una cantidad de dinero, si el promisor pierde sus bienes y queda pobre.

8. Tambien queda desobligado el promisor por causas que miran al promisario, así : — 1.º No está obligado á cumplir su palabra el que la dió de casamiento á una que creia vírjon honesta y despues sabe que no lo es, ó se corrompió despues de la palabra.— 2.º Tampoco lo está el que ofreció limosna ó dote, creyendo que la persona á quien ofrecía era pobre, y sabe despues que no lo es. — 3.º Cuando dos se prometen mútuamente, faltando el uno, puede faltar el otro, López, *gl.* 1. y 2. l. 3. tít. 6. P. 5.

9. Por razon de la cosa es nula é inútil la promesa : — 1.º Cuando se promete una cosa prohibida, como : un beneficio eclesiástico ó alguna otra cosa de las que están fuera del comercio de los hombres, que llamamos de derecho divino, y en tanto está reprobada esta promesa, que no valdría aun en caso que despues se hiciesen profanas, l. 22. d. tít. 11. \* — 2.º Tampoco vale la promesa de cosa que no es ni puede ser, ó de cosa cierta que ya no existiese, como el que ofrece tal caballo : si este ha muerto, el promisor no tiene obligacion de dar cosa alguna por él, l. 21. pero si lo matare sin justa causa, habría de pagar su importe, l. 19.

10. Vale la promesa de las cosas que no nacen todavia, como los frutos de este año, de tal campo, ó el parto de tal caballería; y deberá cumplirla el promisor luego que la cosa nacida estuviere en estado de poderse dar. Y si nada naciere de la cosa que señaló, nada debería dar, salvo si hiciere alguna cosa maliciosamente para que no naciese, que entonces habría de pagar lo que importare, por este dolo ó culpa lata, l. 20 d. tít. 11.

11. Con respecto al modo como se hace la promesa, debe notarse : — 1.º Que despues de la cit. l. 2. tít. 16. lib. 5. R. aun cuando las palabras de promesa no sean tan exactas, quedará obligado el promisor á todo aquello á que deliberadamente quiso obligarse. — 2.º Que todos los pactos que no hayan sido celebrados con un ánimo sério y deliberado, no producen obligacion aunque conste de lo pactado. — 3.º Que la promesa que se hace por miedo grave, injusto, no obliga, porque se anula al arbitrio del promisor.

\* §. 2. de inútil. etip.



12. *Pura ó condicional.* — Tambien hay que advertir en cuanto al modo : que la promesa es pura, á dia cierto, y condicional. Es pura la promesa cuando no hay en ella dia señalado ni condicion, como si preguntándote : *¿ Me prometes 10 pesos ?* responderas : *Los prometo.* A dia cierto, si se añadiera en la pregunta : *el dia 1.º de enero ;* y lo mismo sería, si fuese cierto que el dia había de venir, aunque no se sepa cuando, como el dia de la muerte. Condicional, si se pusiese una condicion, como : *¿ Me prometes 50 pesos si me casare?* l. 12. d. tít. 11. Estos tres modos tienen tambien su lugar en los otros contratos y donaciones.

13. Cuando la promesa es pura, pende del arbitrio del juez señalar dia en que debe cumplirla el promisor ; y si este espresó el lugar en que había de cumplirla, y no quiere ir á él maliciosamente, puede apremiarlo el juez á que vaya á cumplirla, con los daños y menoscabos que recibió el otro, l. 13. d. tít. Los romanos en este caso, por falta de accion civil, tenían la pretoria *de eo quod certo loco.*

14. Si alguno prometió dar alguna cosa el dia 1.º del mes, sin espresar cual mes, se debe entender del mes primero que viniere despues de hecha la promesa. Si dijera que prometía 20 pesos cada año, no podría pedir el otro hasta fin del año los pertenecientes á aquel año ; pero si dijera, que los prometía en todos los años de su vida, se le podría pedir al principio de cada año los de aquel año, l. 15. Lo que se promete á dia cierto, que se sabe con seguridad que vendrá, aunque se ignore el cuando, como el dia de la muerte, si se paga antes de este dia, no se puede repetir ; porque no puede dejar de llegar este dia en que hay derecho de exigir lo que no se ha pagado, l. 32. tít. 14. que llama impropriamente condicion á esta circunstancia.

15. En la promesa condicional no hay deuda hasta que se cumpla la condicion, y de ahí es que si uno paga lo que prometió bajo condicion, antes de haberse cumplido esta, lo puede repetir ; porque puede suceder que no se cumpla, l. 32. Si se cumple, queda entonces obligado el que prometió ; y si consta haber faltado la condicion no vale la promesa, l. 12.

16. Las promesas *condicional y á dia cierto* convienen en que no puede pedirse la cosa hasta que venga el dia ó se cumpla la condicion y en que si muriere antes de este tiempo uno de los contrayentes, quedan en sus herederos los efectos de la promesa del mismo modo que estaban en el que murió, l. 14. lo que sucede al contrario en los legados condicionales, los cuales se estinguen muerto el legatario pendiente la condicion, tít. 6. n. 20.

17. La condicion imposible hace nulo el contrato : la negativa, esto es, la de no hacer, suspende el cumplimiento de la promesa hasta la muerte del promisor ó del promisario, sin que tenga lugar la caucion *muciana* ; por lo que si uno dijese : *te pro-*

meto 100 pesos, si no fueres á Lima, no estaría obligado á dárte los mientras vivieres, aunque ofrezcas la caucion inuciana de restituirlos, si se verificase tu ida á Lima : todo lo cual sucede á lo contrario en las herencias y legados, pues ni los anula la condicion imposible, ni los suspende la negativa, *tít. 5. n. 14. y sig. Vé legados en el tít. 6.*

18. *Promesa in sólidum.* — La l. 1. tít. 16. lib. 5. R. ( 10. tít. 1. lib. 10. de la Novis.) establece : “ que si dos personas se obligan simplemente por contrato ó en otra manera alguna, para hacer y cumplir alguna cosa, que por ese mismo hecho se entiende ser obligados cada uno por la mitad ; salvo si en el contrato se dijere que cada uno sea obligado *in solidum*, ó entre sí y en otra manera fuere convenido ó igualado ; y esto no enbargante cualesquier leyes del Derecho Común que contra esto hablan ; ” por lo que si dos personas prometen simplemente una cosa, se entienden obligadas cada una por la mitad ; pero cuando la prometen *in solidum*, esto es, por entero, puede cada una ser reconvenida por el todo.

19. *Si dos prometen á dos.* — Si á dos personas se promete *in solidum* una misma cosa, cada una de ellas puede exijirla toda ; pero se estingue la deuda, si se da la cosa á uno solo. Del mismo modo si son dos los que prometen la cosa, dándola el uno, queda libre el otro. Si se ofrecio una de dos cosas, queda la eleccion al arbitrio del promisor. Los que prometen *in solidum* una misma cosa á una misma persona se llaman *correos* ó *dos reos de prometer* ; y aquellos á quienes se promete *in solidum* una misma cosa, *reos* de estipular.

20. *Pena convencional.* — Adviértase últimamente, que cuando alguno se hubiese obligado á pagar una cosa determinada para cierto tiempo, bajo tal pena, si sin culpa suya no pudo pagar, ó porque sobrevino algun impedimento, ó porque pereció la cosa para aquel á quien estaba prometida ; entonces el que prometió no está obligado á la pena ; porque el deudor queda escusado aun de la pena convencional, como lo demuestra Covar. *C. quamvis pactum, part. 2. §. 5.* aunque algunos lo contradicen. Exceptúase cuando en el convenio se hubiese expresado que en cualquier acontecimiento estuviese obligado á la pena, de modo que ya esta no debe considerarse como pena, que lo es solo en el nombre, sino como una obligacion al interes, si no lo paga aun sin culpa suya. Pero se ha de examinar si permaneciendo la obligacion de pagar el débito principal, sea usuraria la tal pena y por tanto ilícita: puesto que no pueda considerarse ni como verdadera pena, ni como recompensa del daño emergente ó del lucro cesante, ni como otro justo título; mas si hay algun justo título por el cual haya sido impuesta la pena, se podría justamente exijir y recibir, Molina, *de just. et jur. Disp. 269. n. 7.*

## TITULO XVIII.

## DE LAS FIADURAS.

TIT. 12. P. 5. — TIT. 16. LIB. 5. R. — TIT. 21. LIB. 3. INST.

1. *Fianza.* — Fianza es : un contrato accesorio por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena para el caso que no la cumpla el que la contrajo. De donde el fiador solo se obliga en defecto del deudor principal.

2. *Quienes no pueden afianzar.* — Por lo regular pueden ser fiadores todos los que pueden obligarse, l. 1. tit. 12. P. 5. excepto : — 1.º Los soldados que reciben soldada del Rey, por estar en servicio — 2.º Los obispos, los clérigos seculares y los religiosos. — 3.º Los labradores, sino entre sí mismos unos por otros ; de suerte que no pueden obligarse como principales ni como fiadores á favor de los señores de los lugares en cuya jurisdicción viven, ni de otro alguno, siendo nulas las renunciaciones de este privilegio, y bajo perdimiento de oficio á los escribanos que las otorgan, ll. 25. y 28. tit. 21. lib. 4. R. (A) — 4.º Las mujeres, l. 2. d. tit. 12. bien que de estas pone la l. 2. varios casos en que pueden serlo, como : — 1.º Por la libertad de un esclavo. \* — 2.º Por la dote de alguna otra mujer. † — 3.º Si bien instruida la mujer de este privilegio, lo renuncia. — 4.º Si habiendo entrado fiadora, dura en la fianza dos años, y la ratifica después de alguna manera. ‡ — 5.º Si recibiese precio por la fianza. López. *gl.* 9. l. 3. juzga mas probable que la cantidad del precio se reputa por el juez. — 6.º Si vistiéndose de hombre ó de otro modo hiciese creer que era varón. || — 7.º Cuando entró fiadora por alguno, y acaeciese después de esto, que ha de heredar los bienes de aquel por quien fió. — 8.º Por su utilidad y provecho, como si fué fiadora por el que la fió.

3. En cuanto al último caso establece la l. 9. tit. 3. lib. 5. R. que la mujer no puede ser fiadora de su marido, aunque se alegue que la deuda se convirtió en provecho de ella. Y manda, que cuando se obliguen mancomunado marido y mujer, que esta no sea obligada á cosa alguna, salvo si se probase que se convirtió la tal deuda en provecho de ella ; pues entonces á prorrata del dicho provecho será obligada, pero si lo que se convirtió en provecho de ella fué en cosas que el marido le era obligado á dar, así como en vestirla y darle de comer y las otras cosas necesas.

\* L. penult. C. ad senat. vellejan. — † L. 12. C. eod. — ‡ L. 22. eod. — || L. 2. §. 3. d. eod.



rias, manda que por eso no sea ella obligada á cosa alguna: queriendo que todo lo dicho se entienda, si no fuere la dicha fianza y obligacion de mancomun por dinero de las rentas reales ó pechos ó derechos de ellas. Gómez, 2, var. cap. 13. nn. 16 y 17 y en esta l. 9. que es la 61 de Toro examina varias cuestiones.

4. En cuanto al 2.º caso hay que notar, que los clérigos *in sacris* pueden ser fiadores por otros clérigos, por sus Iglesias y por personas desvalidas, y aun quando saliesen fiadores por aquellos que les está prohibido, valdría la fianza en cuanto á sus bienes, bien que su prelado podría castigarlos por haberla hecho, l. 45. tit. 6. P. 1.

5. *Fianza en obligaciones naturales.* No solo la obligacion natural y civil admite fiador, sino tambien la meramente natural, en cuyo caso aunque el deudor principal no pueda ser apremiado ó cumplirla, podría serlo el fiador, l. 5. d. tit. 12. P. 5. † computándose la obligacion de los hijos de familia y de los menores sin licencia de sus padres ó tutores, y la de los mayores ó menores, que no están bajo del poder paterno ó de tutor ó curador, que compran ó prestan para pagar en tiempos inciertos, conforme á la l. cit. tit. 11. n. 9.

6. *Limites para el fiador.* — Tambien se debe notar: — 1.º Que puede uno ofrecer su fianza antes de que se constituya la obligacion principal, \* — 2.º Que puede uno obligarse hasta cierto tiempo ó bajo de condicion, d. l. 16. — 3.º Que el fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal; porque la fianza es accesoria; y este *mas* puede consistir: — 1.º En cantidad, si debiendo 100 pesos el principal, se obligase el fiador en 120, en cuyo caso no vale la fianza en el exceso de los 20 pesos. — 2.º Cuando el principal se obliga á dar una cosa en un lugar cierto, y el fiador se obliga á darla en otro mas incómodo. — 3.º Cuando el principal estaba obligado á dar la cosa en tiempo cierto, y el fiador se obliga á darla en plazo mas corto. — 4.º Si el principal estaba obligado bajo de condicion, y el fiador se obliga puramente. En ninguno de estos tres últimos casos valdría la fianza, l. 7. d. tit. 12. ‡ (1)

7. *Del beneficio de orden y escusion.* — Para que el acreedor pueda pedir la deuda al fiador, es menester que la pida antes al deudor principal, si se hallare en la ciudad, y no pudiendo cobrarla de este, podrá entonces demandarla al fiador. Y si hallándose presente el fiador, estuviese ausente el deudor, puede aquel pedir plazo al juez, que le deberá dar, segun le pareciere, para poder llevar á la ciudad al deudor; y si pasare el plazo sin lle-

† §. 1. Inst. de fidejus. — \* §. 3. eod. — ‡ §. 5. Inst. de fidejus.

(1) Si el hombre queda obligado á cuanto quiso obligarse; se puede dudar que las leyes de Partida cit. en este n. se hallen vijentes.



varlo, podrá ser precisado á la paga, l. 9. d. tit. 12. P. 5. Este beneficio del fiador se llama de *orden*, por el orden que debe seguirse de reconvenir antes al deudor y despues al fiador. Tambien se llama beneficio de *excusion*, que quiere decir, que se ha de ver primero que no hay ó no son bastantes los bienes del deudor principal. Deja de tener lugar, cuando el fiador lo renunció, y cuando el deudor es por notoriedad insolvente, y en otros casos menos frecuentes que aprueba Gómez 2. *var. cap.* 13. n. 14. bien que fundado en solo leyes romanas. En el dia apenas se ve escritura de fianza que no contenga esta renuncia. (B)

8. *De division.* — Cuando los fiadores eran muchos les concedieron las leyes romanas otro beneficio llamado de division, que consiste en que el fiador que fuere reconvenido por toda la deuda, puede conseguir que la accion del acreedor se divida entre los demas fiadores, dirijiéndola contra sí solo á prorata. ¶ Gómez, d. cap. 13. n. 15. y Maymó en este tit. n. 12. pretenden que esta doctrina debe observarse en el dia conforme á la l. 8. d. tit. 12. P. 5. Pero despues de la l. 1. tit. 16. lib. 5. R. que hemos copiado, no tiene lugar semejante beneficio; porque ó los fiadores se obligaron simplemente, y entonces solo pueden ser reconvenidos á prorata; ó se obligaron *in solidum*, y entonces puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, debiendo tenerse por inútil en el primer caso la ecepcion de la division, y por renunciada tácitamente en el segundo, Acev. en d. l.

9. *Cesion de acciones.* — Tambien compete á los fiadores el beneficio de *cesion de acciones*, llamado *carta de lasto*, por el cual pagando uno de los fiadores toda la deuda puede pedir al acreedor le ceda sus acciones contra sus compañeros, para reclamar de ellos la satisfaccion de la parte que les corresponda, l. 11. d. tit. 12. Esta cesion es necesaria al fiador contra sus compañeros en la fianza, porque entre ellos no hay obligacion recíproca; pero no contra el deudor principal, pues sin ella puede recobrar de este cuanto hubiese pagado por él. Y compete la cesion al fiador cuando paga á su nombre, y no cuando paga á nombre del deudor; porque pagando de este último modo, el deudor queda libre del acreedor y fiadores, y solo obligado al fiador que pagó, d. l. 11. que añade: que si el deudor pagó simplemente sin expresar si lo hacía á nombre suyo ó al del deudor, le competirá la cesion, si la pide luego, y dejará de competirle, si difiere el pedirla.

10. Si de dos fiadores obligados por mitad por haber contraido simplemente la fianza, paga uno toda la deuda, no podrá pretender la cesion de acciones para recobrar la mitad que pagó por el otro; porque si la pagó ignorando el beneficio de d. l. 1. tit. 16. la podrá repetir del acreedor como indebidamente pagada; y si lo

lizo sabiéndolo, se juzgará que la quiso dar.

11. *Fianza por mandato.* — Vale la fianza por mandato espreso ó tácito, y tambien sin mandato sobre cosa que otro debe dar ó hacer, en cuya utilidad lo hace, aunque este no lo consienta. Y cuando pagare en alguno de estos casos el fiador por el deudor, debe este dárselo ó hacérselo cobrar, l. 12. que pone tres casos de excepcion. — 1.º Si el fiador paga la deuda con intencion de dársela al deudor, y nunca pedírsela. — 2.º Si la fianza es en utilidad del mismo fiador. — 3.º Si entró fiador, contradiciéndolo el deudor. Si por mandamiento de Pedro entrases fiador por Juan, que está ausente, y que no te hubo mandado, y pagases algo por él, no se lo podrás demandar, y lo deberás pedir á Pedro, por cuyo mandato hiciste la fianza. Pero si cuando la hacías estaba presente Juan, y no la contradijo, ó la hacías en nombre suyo, estando él ausente, y es en utilidad suya, tendrás la eleccion de pedirlo á Pedro ó á Juan, y los dos estarán obligados á pagartelo, l. 13.

12. *Ecepciones del fiador.* — Si reconvenido el fiador no quisiere oponer la excepcion perentoria que respecto del acreedor tenía, y vencido pagare la deuda, no la podrá recobrar del deudor; porque se presume que procede engñosamente para hacerle perder su derecho. Pero si la excepcion que podía oponer, solo era personal á sí ó al deudor, bien la podrá recobrar l. 15. López, *gl.* 9. y 10. limita esta doctrina sobre la excepcion personal del deudor al caso en que el fiador no pudo avisarte, para que hicieses uso de ella.

13. *Pasa á los herederos.* — Aunque el fiador pague por su voluntad sin reconvenccion judicial, puede recobrar del deudor lo que pagó por él; pero si pagó la deuda antes del plazo, debe esperar á que este se venza para recobrarla, l. 16. que añade que por la muerte del fiador pasan á sus herederos todos los efectos de la fianza: lo que es jeneral en todos los contratos á excepcion de la compañía y mandato, tit. 15.

14. *Liberacion de fianza.* — No puede el fiador pedir al juez que el deudor le liberte de la fianza antes de pagar cosa alguna de la deuda, cepto: — 1.º Si fuere ya condenado á pagar toda la deuda ó parte de ella. — 2.º Si dura ya mucho tiempo en la fianza, cuya tasa está al arbitrio del juez. — 3.º Cuando el fiador, viendo que viene el plazo, quiere pagar para no caer en la pena, y el deudor y el acreedor rehusan admitir la paga, y entonces la deposita en buena parte ante testigos. — 4.º Cuando se constituyó fiador hasta cierto dia, y este pasó ya. — 5.º Cuando el deudor empieza á desgastar sus bienes.

## NOTAS.

(A) El autor trae en este lugar otros principales privilegios concedidos por d. ll. 25. y 38. á los labradores que labrasen por sí ó por sus criados y familia; y son : — 1.º Que no pueden ser ejecutados por deuda que debieren de cualquier manera, en sus bueyes, mulas ni otras bestias de arar, ni en los aperos ni aparejos que tuvieren para labrar, ni en sus sembrados ni barbechos en ningún tiempo del año, ni en sus frutos seminales que cojieren de sus labores despues de puestas en las eras hasta que los entrojen ; y entonces, cuando por alguna ejecucion se les hubiere de vender alguna parte, no sea ú menos precio de la tasa ; y no habiendo comprador, se haga pago con ello al acreedor, excepto : — 1.º Por los pechos ó derechos debidos al rey. — 2.º Por las rentas de las tierras del señor de la heredad. — 3.º Por lo que el tal señor les hubiere prestado ó socorrido para la dicha labor ; y en estos tres casos, cuando no tuvieren otros bienes de que puedan ser pagadas dichas deudas : y que en un par de bueyes ú otras bestias de arar, no pueden ser ejecutados en los dichos tres casos, ni en otro alguno. — 2.º Que no pueden ser presos por deuda alguna que no descienda de delito : y si el juez ó executor contravinieren á estos dos privilegios, deben ser castigados, el juez con la suspension de su oficio por un año, y el acreedor, que lo pidiere, por el mismo hecho haya perdido y pierda la deuda, y el labrador quede libre de ella. La l. 25. quiso que este segundo privilegio solo tuviese lugar en los seis meses últimos del año, pero la 28. lo extendió á todo el año, sino es que las deudas sean contraidas antes de ser labradores. — 3.º Que por ninguna de sus deudas puedan renunciar su fuero, ni someterse á otro, l. 28. confirmada en esto por los *autos acord.* 3. y 8. tit. 25. lib. 5. y que sean nulas las escrituras que otorgaren en contrario de estos y demas privilegios á favor de los labradores, sin embargo de cualesquier renunciaciones, y que los escribanos no las otorguen so pena de perder sus oficios para siempre. — 4.º Que no se les pueda tomar ningún carro, carreta ni bestia, sino es para servicio público, y entonces pagádoles primero de contado al alquiler que pareciere justo á la justicia, segun el tiempo en que se les tomen. Otros privilegios de menos uso sobre panadear, y no asistir á guardas, ni otra jente de guerra, con trigo, cebada ni otro mantenimiento, se pueden ver en d. ll.

(B) Los comentadores de nuestra legislación confunden jeneralmente la obligación *solidaria* con la *mancomunal*, resultando de este error que las partes contrayentes ignoren el grado de su obligación : que los tribunales duden en sus fallos y los den variadamente, sujetando á las partes á responsabilidades que no esperaban. Todo proviene de no formarse ideas claras de las cosas. Obligación *solidaria* entre deudores es aquella en que el acreedor tiene derecho de pedir, la *totalidad* de la deuda á cualquiera de ellos, despues de hacer escusion de bienes del deudor principal ; y al contrario, la *mancomunal* es aquella en que el acreedor tiene facultad de reclamar al tercer obligado, aun sin verificar semejante escusion. Por consiguiente una obligación *solidaria* puede dejar de ser *mancomunal*, y una *mancomunal* *solidaria* : pero tambien una y otra pueden participar de ambas naturalezas. Así, la obligación *solidaria* será

al mismo tiempo mancomunal, no solo cuando los contrayentes lo manifiestan así en el contrato, sino tambien cuando expresándolo se contrae ella en pago de una deuda propia de los mismos; porque como se ve, el acreedor tiene que dirigirse de necesidad en derecho contra los mismos deudores solidarios, y la obligacion mancomunal contraida por muchos podrá ser igualmente solidaria, si ademas de dar facultad de reclamar directamente contra ellos, se da tambien la de pedir la totalidad del haber. — Tales son sin duda las nociones sencillas que han de tenerse acerca del carácter distintivo de la naturaleza de cada una de estas obligaciones, bien diferentes de las esplicaciones que de ellas hacen los tratadistas, y entre ellos el ilustrado D. Eugenio Tapia en el Febrero Novisimo, apesar de no discordar acaso en el fondo de la cuestion principal respecto de los derechos y obligaciones que de ellos resultan. ¿ No es evidente que no da una esplicacion sencilla y clara de lo que es mancomunidad? ¿ Y no es una contradiccion en los términos decir que hay fianza mancomunal? Fianza es obligacion accesoria. Obligacion que tiene lugar despues de haber procedido contra el deudor principal, y al contrario la mancomunidad da derecho de reconvenir en primer lugar al obligado mancomunario. Claro es pues que en tal caso deberia decirse que hay una fianza que no es fianza, porque no tiene ninguno de los caracteres de tal. ¿ Para qué esta confusion? ¿ Por qué no dar á cada palabra idea distinta? En las ciencias, muchos errores provienen de no definir bien las cosas, y de consiguiente de formarse ideas inexactas de ellas. De esta esplicacion conocerá el lector los absurdos que cometen nuestros escribanos, al otorgar escrituras de tales obligaciones y á qué responsabilidades imprevistas y no queridas sujetan á las partes contratantes por ignorancia, disculpable acaso por la confusion que las mismas leyes ponen en estas materias, y por el pernicioso método de formularios antiguos adoptados en la curia. ¿ Es posible que se tarde en dejarlos en olvido, y adoptar en su lugar el estilo de estender en las escrituras la mera voluntad de los contrayentes, aclarada es verdad por la instruccion del escribano, pero redactada en lenguaje comun y sencillo? Gorozavel, *Derecho civil*.

## TÍTULO XIX.

### DE LOS PEÑOS O PRENDAS.

TIT. 13. P. 5. Y TIT. 17. LIB. 5. R. = TIT. 1. LIB. 20. DIG.

1. *Peño ó empeño*. — Las Partidas tratan del peño despues de la fianza, porque tambien el peño es un contrato accesorio, cuyo objeto no es otro que asegurar la obligacion principal, *princ. del tit. 13. P. 5.* y se define: *un contrato real por el que se entrega una cosa (llámase prenda) al acreedor para seguridad del crédito con la obligacion de que pagado la devuelva*: de lo que se deduce,



que ni el dominio ni el uso de la cosa pasan al acreedor, sino solo su custodia.

2. *Diferencia entre prenda é hipoteca.* — La prenda se llama así cuando es mueble, y se entrega al acreedor; é hipoteca, cuando es raiz, y no se entrega al acreedor, á quien solo se traspasa un derecho á la propiedad en el caso de no satisfacerse la obligacion principal.

3. *Cosas que pueden ó no empeñarse.*—Pueden empeñarse las cosas corporales y las incorporales, las presentes y las futuras, como los partos y frutos, que están por nacer. No pueden empeñarse las cosas que no pueden venderse, tít. 11. n. 8. y en los mismos casos en que pueden venderse, pueden empeñarse, l. 3. d. tít. 13. debiendo notarse: —1.º Con respecto á la cosa ajena, que no puede ser empeñada sin mandato de aquel cuya es; pero valdría si su dueño supiese despues el empeño y lo consintiere, ó estando presente callase, l. 9. Si despues de haber empeñado á Pedro alguna cosa, la empeñara á otro, sin que Pedro lo sepa ni lo mande, no valdría el segundo empeño, sino es que la cosa valiese tanto que bastase para pagar á los dos; pero si no basta, estaría obligado á dar otro peño al segundo, y el juez puede penarlo á su arbitrio por este engaño, que se llama *estelionato*: lo mismo debe observarse cuando se empeña cosa ajena, sin que lo sepa el que la recibe, l. 10.

4. *Quien puede empeñar.* — Segun la l. 7. tít. 13. P. 5. — 1.º Puede empeñar todo el que puede enajenar. — 2.º Queda válido el empeño del que esperaba ser dueño de la cosa, cuando llega á serlo. — 3.º Si yo empeñé la cosa al que sabe que es ajena, y se la entregué y adquirí despues su dominio, queda ella obligada; y si no se la entregué, no queda obligada. Pero si el acreedor ignoraba que era ajena, queda obligada luego que adquiero su dominio, sea que se la haya entregado ó no. — 4.º El que tiene derecho en la cosa puede empeñar este derecho, y López *gl.* 2. añade, que adquirida la cosa en virtud de este derecho, quedará empeñada.

5. *Qué se necesita probar para que valga el empeño.* — Para que el acreedor pueda usar de su derecho de peños contra el que le empeñó la cosa, le basta probar que este la poseia en buena fe á tiempo en que se la empeñó; mas para usar de él contra un tercer poseedor necesita probar que quien se la empeñó tenía el dominio de ella á tiempo del empeño, l. 18.

6. *Deberes del acreedor.* — Debe el acreedor: —1.º Cuidar de la prenda como de cosa propia, de modo que tiene que prestar la culpa leve, mas no el caso fortuito. — 2.º Abstenerse de hacer uso de la prenda. — 3.º Restituir al deudor la prenda en el estado en que le fué entregada con sus frutos ó con sus mejoras útiles, deducidos los gastos, luego que le fuere satisfecha la deu-

da, l. 2. d. tit. 13.

7. *Uso de la prenda.* — Como en España estaban prohibidas las usuras, no era lícito el pacto llamado *anticreseos*, que admitieron los romanos \* por el cual hacía el acreedor, suyos los frutos del peño. El derecho canónico lo reprobó también, *cap. un. extr. de usur.* Pero por el *cap. salubriter, de usur. Decret. de Greg. IX*, el marido puede percibir y hacer suyos los frutos de los bienes que se le hubiesen dado á peños, en seguridad de la dote que habían de darle, como compensatorios de los réditos de la dote; según lo prueban Gómez, l. 50. de Toro, n. 30. Castillo, lib. 3. *controv.* n. 23. y Covar. *var. cap.* 1. n. 3.

8. *Derechos del acreedor.* — El acreedor puede demandar al que le empeñó la cosa, ó á sus herederos, que se la entreguen. Si el que le empeñó lejos de entregar la cosa al acreedor, la enajena y entrega á otro, el primer acreedor debe pedir al deudor lo que le había dado sobre ella, y si no lo consigue, puede pedir la cosa al que la tuviere, l. 14. guardando en esto el mismo órden que en la fianza; ecepto en el caso que el deudor hubiese enajenado la cosa despues que el acreedor le movió pleito sobre ella, en el cual tendrá este la eleccion de demandar la deuda al deudor, ó la cosa empeñada al que la tenga. Por la l. 22. puede el acreedor retener la cosa por nueva deuda hasta que también esta le sea pagada, mas no con la calidad de prenda. Si diste á Pedro en prenda un campo por 200 pesos, que te prestó, y despues vuelve á prestarte 100 pesos, sin espresion alguna de peños, aunque le pagues los 200 pesos, tendrá derecho á retener tu campo hasta que le pagues los 100. Pero tendrá este derecho solo contra tí y tus herederos: de modo que si estando el campo en poder de Pedro, lo vendieses á otro, podría este otro exigir de Pedro que se lo entregue, pagándole solo los 200 pesos en que fué empeñado, sin que Pedro pudiese resistir á título de que todavía se le debían los 100, l. 22. tit. 13. †

9. Si se constituye el empeño facultando al acreedor para que venda la cosa, si no fuese pagado al tiempo convenido, puede el acreedor proceder á la venta en almoneda pública y no de otro modo, haciéndolo saber antes al deudor, si lo hallare en el lugar, y si no á los de su casa, ó aun cuando no pueda hacerlo saber por alguna razon como la de no encontrar á nadie en casa del deudor, l. 41. También puede venderla, aunque nada se hubiese pactado sobre tiempo de redencion, ni sobre venta, con tal que requiera al deudor delante de hombres buenos para que la redima, y este deje pasar sin hacerlo doce dias, si la cosa es mueble, y treinta si fuese raiz. Ultimamente, aunque se pacte que el acreedor no pueda vender la prenda, podrá sin embargo venderla, si

\* L. l. §. 3. l. 11. §. 1. de usur. — † L. un. C. etiam ob chirograph.

requiere tres veces al deudor delante de hombres buenos para que la redima, y pasan despues dos años. Y tanto en este caso como en el anterior debe ser la venta en almoneda, l. 42.

10. El acreedor solo puede comprar la prenda con voluntad del dueño, ó cuando puesta en almoneda no se encuentre comprador, debiendo volverse al deudor las sobras del precio sobre el valor de la deuda, en todos estos casos, ó cobrando las faltas, si las hubiere, l. 44. Tambien puede el acreedor empeñar la cosa á otro ; pero si le pagase el deudor, puede este recobrarla del segundo, el cual tendrá derecho de exigir del primero que le dé otro peño igual, ó que le pague, l. 35.

11. *Empeño puro ó con condiciones.* — Puede constituirse el peño bajo condicion ó á dia cierto, y entonces no tiene derecho el acreedor á que se le entregue la prenda hasta que se cumpla la condicion ó venga el dia, sino es que el deudor se hubiere de ausentar, en cuyo caso lo tendrá para que se la entregue ó para que le dé seguridad de que se le entregará, cumplida la condicion ó venido el dia, l. 17.

12. *Hipoteca.* — La hipoteca sigue esencialmente las mismas reglas que la prenda con la diferencia que se ha notado al núm. 2. Es pues la *hipoteca un derecho del acreedor sobre los bienes raices que el deudor le ha obligado para pago de la deuda.* Puede constituirse entre presentes ó ausentes por carta, con escritura pública ó sin ella, l. 6. tít. 13. P. 5. ó empeñándose la escritura de compra de la cosa, pues por este hecho se entiende empeñada la misma cosa, l. 14. (1)

13. *Division* — La hipoteca se divide : — 1.º En voluntaria ó convencional, y necesaria ó judicial. — 2.º En expresa y tácita. — 3.º En jeneral y especial. La *voluntaria* es la que se constituye por voluntad de las partes ó por contrato ó por testamento, como si un testador legase á Pedro cien pesos anuos, hipotecando para el pago sus bienes que dejaba á su heredero : de la *judicial* hablaremos mas adelante ; pero notemos ahora una especie particular de la l. 13. tít. 13. P. 5. y es : que si el juez ha mandado que se dé á Pedro alguna cosa en peños, y antes que se le entregue, la empeña su dueño á otro en peño convencional, y se la entrega, este es preferido : dando la ley esta doctrina como ejemplo de una regla que establece ; á saber : que los empeños que manda hacer el juez, no obligan hasta que se entregue la prenda, á diferencia de los convencionales, que son obligatorios luego que los otorgan las partes.

14. *Jeneral y especial* — *Hipoteca jeneral* es aquella en que el deudor obliga los bienes que tiene y tendrá en lo sucesivo : de la

(1) Ahora es menester que se celebre en escritura pública para que sea anotada y registrada en el oficio de anotacion de hipotecas.

que solo se exceptúan aquellas cosas que verosímilmente nadie quiere obligar, como su lecho y el de su mujer, vestidos, ropa, utensilios de cocina, armas, caballo de su uso y otras semejantes, l. 5. tít. 13. P. 5. *Especial* es cuando uno obliga una sola cosa ó algunas señaladamente, y entonces solo se estiende esta obligacion á las cosas señaladas; y este derecho del acreedor se interina tanto en ellas que lo conserva aunque la cosa mudase de estado, ó se empeorase ó mejorase como si fuese casa y se derribase, ó tierra inculta y se plantase ó aumentase por aluvion; pero el acreedor debe restituir todo al deudor, pagándole esta deuda y las espensas que hubiese hecho por esta razon, l. 15.

15. Y alcanza el derecho de peños á los frutos de la cosa empeñada, enajenada despues por el que la empeñó en los términos siguientes: si el que empeñó su heredad la enajenase despues de haberla sembrado, estarán tambien obligados los frutos que, sembrados antes, nacieren despues: lo contrario sería, si el que la compró la sembrase, siendo ya tenedor de ella, l. 16.

16. *Espresa*. — Hipoteca *espresa* es la que se manifiesta por las palabras de los contrayentes, como: 1.º La que tiene el dueño de la casa arrendada en las cosas que se hallaren en ella, para asegurar el cobro del arrendamiento y los menoscabos, que le hubiere ocasionado en ella el arrendador: y si la cosa arrendada fuese un campo, en las cosas que allí hubiere metido el arrendador, con solo la diferencia que en el campo es menester que las cosas hubiesen sido metidas con ciencia del dueño, la que no es necesaria en las casas, como lo hemos explicado en el tít. 14. n. 6. con referencia á la l. 5. tít. 8. P. 5. que así lo establece, \* — 2.º La que tiene el dueño de un campo, que arrendó, en los frutos que produjo, l. 25. tít. 21. lib. 4. R. ó l. 6. tít. 11. lib. 10. Nov. \*\* — 3.º La que tiene el legatario en los bienes del testador, l. 26. d. tít. 13. P. 5. || — 4.º La que compete al que prestó dinero para guarnecer ó rehacer ó reparar alguna nave, casa ú otro edificio, en la nave, casa ó edificio en que se hubiese empleado el dinero, l. 26. d. tít.

17. *Tácita ó legal*. — Hipoteca *tácita* es la que se constituye por la ley, sin respecto á la voluntad de las partes, y por eso se llama *legal*. Hay varias especies: — 1.ª La del fisco en los bienes de los que le deben tributos, en los que recojen los pechos del Rey, ó hacen arriendo ú otro convenio para cobrar sus derechos, l. 25. tít. 13. |||| — 2.ª La del pupilo en la cosa que otro le compró hasta que haya cobrado todo su precio, d. l. 25. † — 3.ª La de los menores en los bienes de sus guardadores, desde el dia que

\* L. 4. in quib. caus. pign. v. hipot. tac. cont. l. 5. C. d. locat. — \*\* L. 7. d. tít. in quib. caus. — || §. 2. Inst. de legat. — |||| L. 1. C. de priv. fisc. — † L. 7. qui pot. in pign.



empezaron á usar de su oficio hasta que hayan dado cuentas, l. 23. d. tít. 13. †† — 4.<sup>a</sup> La del marido para asegurar la cobranza de la dote, que se le prometió, en los bienes del que hizo la promesa, fuese su mujer ú otro, y la que tiene la mujer en los bienes de su marido por razon de la dote ó bienes parafernales, que recibió con ella, d. l. 23. l. 17. tít. 11. P. 4. ‡ — 5.<sup>a</sup> La de los hijos en los bienes de su madre, que casó segunda vez, por las donacionés que le hizo su primer marido, padre de dichos hijos á cuyo favor están reservadas, d. l. 26. tít. 13. P. 5. ‡‡ — 6.<sup>a</sup> La de los hijos en los bienes de su madre, que despues de haber sido su guardadora, siendo viuda, casa con otro, y en los de este, que es su padrastro, hasta que diere cuentas, d. l. 26. ¶ — 7.<sup>a</sup> La de los hijos por sus bienes maternos en los de su padre fructuario de ellos, que los administra; y si acaso los bienes del padre no fuesen bastantes, podrán demandar los suyos á cualquiera que los tuviere, sino es que fueren herederos, l. 24. tít. 13. P. 5.

18. *Cuando se acaba.* — Como la obligacion de peños es accesoría, se estingue del mismo modo que la principal; pero hay otros modos en que queda la obligacion y se acaba la hipoteca, como: — 1.<sup>o</sup> Si se pierde ó consume enteramente la prenda, segun el axioma: *los deudores de cierta especie por perecer esta sin culpa suya, se libertan.* ¶¶ Dijimos enteramente; porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiese mudado de estado, se conserva en lo que quedare, como vimos en el n. 14. — 2.<sup>o</sup> Por la remision ó condonacion del acreedor expresa ó tácita: tácita es, si el acreedor restituye al deudor la prenda ó la cautela de su derecho, por cuya restitucion se entiende que le remite el derecho de peños, pero no la deuda, sino es que dijese manifestamente que se la perdonaba, l. 40. tít. 13. P. 5. \* — 3.<sup>o</sup> Por la prescripcion, si alguno poseyere la prenda con buena fe por espacio de 30 años, sin distincion de poseedores, segun dijimos en el tít. 15. nn. 21. y sig. cuya doctrina es enteramente aplicable á los peños.

19. Tratemos ahora de la proferencia de los acreedores sean hipotecarios ó no advirtiéndolo ante todo tres circunstancias principales: — 1.<sup>a</sup> que como el acreedor no puede ser pagado de bienes que no son del deudor, son preferidos á todos los acreedores, los que tienen la reivindicacion: así, se debe sacar de lo que se encuentre en poder del deudor, los depósitos, los préstamos, los bienes arrendados, los bienes hallados aunque no parezca el dueño ni se sepa quien es: los bienes comprados á la Iglesia, fisco y menor, cuyo precio no ha pagado: los comprados á un particular

†† L. 20. C. de admin. tut. — ‡ L. un §. 1. C. de rei ux. act. 1. ult. C. de pac. con. — ‡‡ L. 6. §. 1. C. de secund. nup. — ¶ L. 6. C. in quib. caua pign. v. hipot. — ¶¶ L. 23. de verb. oblig. — \* L. 3. de pact.

que no dió por recibido el precio, ni recibió prenda ni fiador por él: (A) porque sobre estos bienes no tiene dominio. Lo mismo es si lo que es jénero, que se usa por número, peso ó medida, no se mutuó, sino se depositó por modo de cantidad ó especie, ll. 2. y 9. tít. 3. P. 5.

20. — 2.º Que los acredores por título oneroso deben ser preferidos á los donatarios y demas por título lucrativo; porque las donaciones y liberalidades en perjuicio de los acredores son ilícitas y nulas.

21. — 3.º Que cuando concurren dos acredores de una misma clase es preferido regularmente el que tiene el derecho mas antiguo, l. 27. tít. 13. P. 5. conforme á la famosa regla: *el que es primero en el tiempo, es preferido en el derecho.* \* Segun esta l. 27. empeñada una cosa á dos, es preferido el primero, á no ser que el segundo hubiese dado el dinero, en cuyo caso es preferido este, porque dió primero el dinero; de suerte que este caso no es en realidad una excepcion de aquella regla, porque el segundo aseguró el derecho de peños antes que el primero, y de ahí nace su prioridad. \*\*

22. Los acredores se dividen en cinco clases: — 1.ª Los singularmente privilegiados. — 2.ª Los hipotecarios privilegiados. — 3.ª Los hipotecarios no privilegiados. — 4.ª Los no hipotecarios privilegiados, que solo tienen privilegio personal. — 5.ª Los no hipotecarios sencillos, que no tienen privilegio alguno, de los cuales tenemos en nuestras leyes tres especies, que pueden tambien formar tres clases subalternas, como luego veremos. Estas cinco clases tienen prelación las unas sobre las otras segun el orden con que se han colocado.

23. A la 1.ª pertenecen: — 1.º Los acredores de los gastos del entierro, debiendo ser moderado, segun las circunstancias del difunto, l. 12. tít. 13. y haciéndose de los bienes muebles de este, y en su defecto de los inmuebles. — 2.º Los acredores á quienes se les debe por razon de la faccion del testamento, inventario ú otra diligencia semejante, necesaria para formar el patrimonio, y proceder al pago de las deudas, l. 8. tít. 6. P. 6. que compara estos gastos con los del entierro, || Gómez, l. 30. *Taur.* donde añade, que debe decirse lo mismo de los gastos de la última enfermedad del difunto. Si por no alcanzar los bienes para el pago de las deudas se moviere pleito entre los de esta clase, aunque no hay ley expresa ni opinion jeneralmente recibida, diremos que debe ser preferido el que hizo los gastos del entierro, por lo mucho que este interesa á la causa pública y á la relijion.

24. A la 2.ª clase pertenecen: -- 1.º Los dueños de las tier-

\* L. 2. l. 4. et passim. C. qui potior. in pign. — \*\* 11. D. qui pot. in pign. — || I. ult. 6. C. de jur. deliber.

ras en los frutos que producen, para cobrar su renta ó arriendo, sobre lo que establece la l. 25. tít. 21. lib. 4. R. ó 6. d. tít. Nov. que sean preferidos á los otros acredores de cualquier calidad que sean. — 2.º El acreedor refaccionario, que es el que prestó dinero para re-hacer ó reparar una nave, casa ú otro edificio, ó para guarnecer la nave de armas ú otras cosas necesarias, ó para dar de comer á los marineros ó gobernadores de ella, y con efecto se empleó en ello el dinero; porque en razon del derecho de hipoteca, que tiene sobre la nave ó casa, ó bien espresa, ó aunque fuese tácita, es preferido este acreedor al que tuviere de ante mano empeñada la nave ó casa, l. 28. d. tít. 13. P. 5. que da la razon de esta preferencia, diciendo: *porque con los dineros que él dió, fué guardada la cosa que se pudiera perder.* ||| — 3.º El fisco en los bienes de sus deudores, y la mujer en los bienes del marido, por su dote, l. 33. d. tít. 13. † — 4.º El huérfano en la cosa comprada con dinero suyo, respecto de otro acreedor hipotecario, á quien estuviere empeñada por el mismo que la compró por hipoteca, jeneral, l. 30. d. tít. 13. †† — 5.º El que teniendo Pedro todos sus bienes hipotecados á otro, con hipoteca jeneral le presta dinero para comprar alguna cosa, con el pacto de que esta cosa le debía estar hipotecada; pues habría de ser preferido en ella al hipotecario jeneral, d. l. 30. ¶

25. Los de esta 2.<sup>a</sup> clase ceden siempre á los de la 1.<sup>a</sup> y así sucesivamente; pero si se disputa entre ellos, tampoco hay ley espresa ni opinion jeneral para decidir su preferencia; por lo que sujetándonos á los que han pensado mejor, nos parece que debe preferir el dueño de la tierra en los frutos nacidos en ella; porque así lo convencen: — 1.º Las palabras de la ley cit. — 2.º La consideracion de que ni los dueños ni los colonos debieron tener intencion de que los frutos se hiciesen de estos, sino por medio del pago, y que de consiguiente no verificado esto, permanecen de algun modo en el dominio del dueño. — 3.º Que es cierto que estando pendientes los frutos, antes de percibirse, son del dueño de la tierra como parte de ella. ‡ Tambien nos inclinamos á que debe preferir el acreedor refaccionario, porque la cosa existe por él, como dice, d. l. 28. Del fisco y de la mujer por razon de su dote suele decirse que corren á un mismo paso (B): su privilejio consiste en la preferencia á los acredores hipotecarios, que tienen á su favor hipoteca tácita anterior; pero no si esta fuese espresa, d. l. 33. tít. 13. La opinion comun niega esta prelación á la mujer por razon de sus bienes parafernales, Covar. 1. var. cap. 7. n. 1. Vela, diss. 2. n. 64. En los casos que acabamos de referir, cesa la regla de que prefiera el que tiene derecho mas

||| L. 5. qui potior in pign. l. 6. eod. — † L. ult. C. qui potior in pign. —

†† L. 7. eod. — ¶ L. 7. qui potior in pign. — ‡ L. 44. de rei vind.

antiguo.

26. A la 3.<sup>a</sup> clase pertenecen los hipotecarios no privilegiados, en la cual obra de lleno la regla de ser preferido el que tiene derecho mas antiguo, con tal que esta antigüedad consto plenamente, pues si un acreedor posterior prueba con escritura hecha por escribano público habérsele hipotecado alguna cosa, será preferido al anterior, que lo acredita solo por papel escrito de mano del deudor, ó por deposicion de dos testigos. Mas si este documento privado fuese hecho por mano del deudor, y firmado por tres testigos, que escribiesen en él sus nombres con sus manos mismas, preferiría á la escritura pública; porque el documento se considera entonces tan libre de sospechas de fraude como la escritura pública, l. 31. tít. 13. López, *gl.* 8. Y con arreglo á esta doctrina prueba bien Covar. *pract. quest. cap.* que siempre que constase plenamente, que la carta ó escritura privada era mas antigua que la pública, debería preferir á esta. (C)

27. De la 4.<sup>a</sup> clase de acreedores que no tienen hipoteca pero si privilegio personal, solo encontramos uno, que es el deponente que dió en depósito por cuenta, peso ó medida, cosas que se suelen contar, pesar ó medir, en cuyo caso pierde el dominio de ellas, porque el depósito se convierte en mútuo, n. 19. pero tiene en ellas el privilegio de ser preferido á los demas acreedores, que no sean hipotecarios, l. 9. tít. 3. P. 5. López, *gl.* 3.

28. La 5.<sup>a</sup> clase en que se coloca á los acreedores que no tienen hipoteca ni privilegio alguno, se subdivide en tres órdenes por la l. 48. tít. 25. lib. 4. R. ó 5. tít. 24. lib. 10. Nov. Al orden 1.<sup>o</sup> pertenecen los que prueban su crédito por escritura pública. Al 2.<sup>o</sup> los que lo prueban por documento privado, escrito en papel sellado, que corresponde á su calidad y cantidad. Al 3.<sup>o</sup> los que lo prueban por documento privado, escrito en papel comun. Los del orden segundo son preferidos entre sí mismos, segun la regla de prioridad, pues dice la ley: *dándoles lugar entre sí mismos conforme á su antelación.* Nos parece que esta regla debe estenderse á los del orden primero ya porque no hay razon de diferencia respecto de estos, como por la equidad que es notoria. Pero no creemos que se deba observar en los del orden tercero, porque la misma ley dice, que sus escritos están sujetos á grandes fraudes por los cuales parecen mas antiguos de lo que realmente son.

29. Solo habla la ley de los acreedores quirografarios y de los hipotecarios; pero teniendo la citada regla tanto lugar en los hipotecarios no privilegiados, y pudiendo ocurrir en los escritos de sus obligaciones los mismos fraudes, que quiso evitar, no dudamos afirmar, que todo lo que acabamos de decir en cuanto á los quirografarios, debe observarse en los hipotecarios no privilegiados.



30. Entre los acredores quirografarios sin privilejio ni prelación de los unos respecto de los otros, se dividen los bienes en proporcion jeométrica ; por la que si uno tiene un vale de 100 pesos, otro de 200, y otro de 300, y en los bienes del deudor solo hay 60 pesos : al primero le tocan 10, al segundo 20, y al tercero 30. Y el mas vijilante, que primero obtuvo sentencia de juez, será preferido entre los acredores de su clase, Salgado, *in Labyrinth.* 1. part. cap. 16. n. 6. et 2. part. cap. n. 154. et 3. part. cap. 11. n. 11.

31. Cuando los bienes del deudor no alcanzan á pagar á todos los acredores, él ó su heredero está obligado en justicia á guardar en el pago el orden que establecen las leyes, prefiriendo á los que segun estas deben ser preferidos. Pero es de advertir, que si el heredero hizo inventario segun la ley, y pagó en buena fe á los acredores presentes, ignorando que hubiese otros hipotecarios preferentes, estos no tienen accion contra él, sino contra los que recibieron la paga injustamente. Mas si el heredero no hizo inventario, puede ser reconvenido. Tambien hay que notar, que si el deudor ó su heredero paga á un acreedor, compelido por sentencia judicial, el acreedor preferente que se halla en descubierto tampoco tiene accion contra el que pagó.

32. *Anotacion de hipotecas.* — Para precaver que con un mismo fundo se constituyera hipoteca en seguridad de créditos mayores que su valor, ó en otras palabras, para evitar que se engañase á los acredores ofreciéndoles hipoteca con fundo pignorado ya por otras acrencias, se dió la l. 3. del tít. 15. l. 5. R. ó 1. tít. 16. lib. 10. Nov. mandando que en cada cabecera de partido haya un anotador que lleve libro en que registre los censos, tributos, é hipotecas de las casas y fundos. En 31 de enero de 1768, se publicó la pragmática de Carlos III, estableciendo el oficio de hipotecas con la instruccion para el cumplimiento de aquella ley y del auto acordado 21. tít. 9. lib. 3. por los cuales, la anotacion en el oficio debía hacerse hasta 6 dias despues de otorgado el instrumento, en el mismo lugar, y si en los pueblos del distrito ó jurisdiccion dentro del término de un mes : y no cumpliendo con el registro no harían fe los instrumentos en juicio ni fuera de él, *para el efecto de perseguir las hipotecas, ni para que se entiendan gravadas las fincas. . . . aunque la hagan para otros fines diversos de la persecucion de las hipotecas* l. 14. tít. 15. lib. 5. R. ó 3. tít. 16. lib. 10. Nov. Por cédulas de 9 de mayo de 1778 y 16 de abril de 1783 se estendió á América el establecimiento de este oficio. Por otra de 25 de setiembre de 1802 se declaró la antelacion al instrumento primeramente registrado, aunque hubiese sido posterior al otorgarse. — La ley de 22 de mayo de 1826 art. 12. incorporó en Colombia el oficio de anotacion á la oficina de registro ; y como sus disposiciones están en esta parte

vijentes, copiarnos los artículos mas precisos.

Art. 4.º En estos libros, ó registros se tomará razon de todos los instrumentos de imposiciones, censos, ó cualesquiera otros gravámenes que tengan especial y expresa hipoteca ó gravámen, y tambien las redenciones, ó liberaciones de las hipotecas en su caso.

Art. 6.º Dentro de los veinte primeros dias contados desde la fecha del instrumento de imposicion, censo ó gravámen que contenga hipoteca especial deberá sacarse el orijinal, ó primera copia de él por la persona, sociedad, cuerpo ó comunidad á cuyo favor se otorgue, y presentarse en la oficina de anotacion de hipotecas, para que se tome razon á fin de que tenga fuerza para el objeto de perseguir la hipoteca especial.

Art. 7.º Pasado el término de los veinte dias no se tomará razon de las escrituras, que contengan hipoteca especial en el libro de anotacion, y solo si se registrarán en el registro con arreglo, y para los efectos que se expresan en el capítulo siguiente.

Art. 8.º La toma de razon se reducirá, á expresar la fecha del instrumento, la oficina en que se otorgó, los nombres de los otorgantes, su veclidad, la calidad del contrato, la clase de imposicion, ó gravámen que tenga, y los bienes raices gravados, ó hipotecados especialmente, con expresion de sus nombres, situacion, linderos, y demas circunstancias que mejor los den á conocer. Ejecutado el registro en la forma prevenida, el secretario anotador pondrá en el instrumento exhibido la nota siguiente. — Queda tomada razon en el oficio de hipotecas del canton de N. al folio tantos del registro de anotacion del presente año, hoy dia tantos de tal mes, y año, y suscribiendo con firma entera, le devolverá al interesado.

Art. 9.º Para que pueda hacerse debidamente la anotacion se requiere no solo que la escritura se presente dentro de los veinte dias fijados en el art. 6.º sino tambien que el interesado exhiba una boleta con que se compruebe que ha satisfecho el correspondiente derecho de anotacion.

Art. 10. El secretario de cualquiera municipalidad que anotare y registrare una escritura, ó obligacion hipotecaria sin los requisitos prevenidos; será por el mismo hecho destituido de su empleo, é inhabilitado perpetuamente para obtener cualquier otro de confianza, ó mantijo.

Art. 11. Por cada anotacion de hipotecas, se satisfarán ocho reales en la respectiva colecturía.

Art. 18. Ninguno de los documentos relativos á los actos expresados en este capítulo como sujetos al requisito del registro, excepto los comprendidos en los números 1.º 2.º y 3.º podrán admitirse, ni valer en juicio ni fuera de él, mientras no estén debidamente registrados; pero para que puedan tener efecto legal ó ser admitidos nuevamente en juicio, si se hubiere omitido el registro deberá satisfacerse el duplo de los derechos que dejaron de pagarse. Los tribunales, jueces, escribanos ó funcionarios de cualquiera clase, que quebranten de cualquier modo la disposicion de este artículo quedarán sujetos á una multa desde diez á doscientos pesos.

## NOTAS.

(A) Véase á Hermosilla, l. 26. tít. 5. P. 5. *gl.* 1. sobre los casos en que se presume ó no que hay fe de precio.

(B) Entre el fisco y la dote se prefiere la primera en tiempo, por correr juntos en la prelación. Y siendo en el tiempo iguales sin que conste cual es primero, la dote es preferida al fisco. ll. 29. y 33. tít. 13. P. 5. López, *gl.* 2. d. l. 33. segun la cual hay que notar : — 1.º que la hipoteca espresa prefiere á la dote y al fisco, aunque sea jeneral. — 2.º Que si sucede el caso de que habiendo tenido Pedro dos mujeres, solicitan los herederos de ambas el cobro de su crédito dotal, tendrán preferencia los de la primera, ecepto en las cosas que se hallaren pertenecientes á la segunda. 3.º Que si se casa una mujer, y se promete dote á su marido, si este obliga sus bienes por esta dote y los empeña despues á otro antes de que se le entregue la dote ; entouces pagada esta, tiene la mujer mejor derecho en los bienes del marido que otro ninguno á quien los hubiese obligado.

(C) Murillo Velarde, *de Solutionib.* n. 218. tratando de la preferencia de los acredores hipotecarios, dice ; “ esta anterioridad de los hipotecarios no solo es con respecto al débito principal sino tambien respecto de los accesorios, de las usuras ó intereses, y aun quando todas estas cosas vengan despues de la segunda hipoteca ” y cita á la Curia Filip. 2. *p. lib.* 2. Paga, n. 35. Tambien puede verse á Febrero adicionado, *p. 2. lib.* 3. *cap.* 3. §. 2. n. 108.

## TITULO XX.

DEL CONTRATO LITERAL Y DE LOS  
REALES.

LIB. 3. INST. TIT. 15. Y 22.

1. *Contrato literal.* — El contrato literal, que se llama así, porque son necesarias letras ó escrito para su constitucion, es : *un contrato por el cual uno que ha entregado á otro un vale ó escrito en que confiesa haber recibido de él en mutuo alguna cosa que en realidad no ha recibido, y deja pasar dos años sin reclamarlo, queda obligado al pago de la cosa en razon del mismo vale, aunque no haya recibido.*

2. *Cómo tiene lugar.* — El deudor que firmó el vale sin haber recibido el dinero, puede querellarse ante el juez de como el que le prometió prestar dinero no se lo ha prestado, y que le mande devolver el vale. Y si dejase pasar dos años despues de firmado el vale, no podrá poner tal querella. Y si despues fuese demandado, debería pagar el dinero como si lo hubie-

se recibido. Pero si puso la ecepcion antes de los dos años, no sería tenido de responderle por tal vale, ni de pagarle el dinero; tit. 10. n. 25. Fuera de ende que el otro pudiera probar que le había dado el dinero, ó que el deudor, que había otorgado el vale, renunciase la ecepcion de la pecunia no contada, *non numerata pecuniæ*. Ca estonce non se podria amparar por esta razon, si este renunciamiento fuese escrito en el vale. Esta es la doctrina de la l. 9. tit. 1. P. 5. sobre que hay que notar : — 1.º Que esta es la única ley que habla de este asunto.— 2.º Que aunque la ley usa la palabra *cosa*, prueba López, *gl.* 1. que debe ser de aquellas que constan de número, peso ó medida, y lo convence la misma ley, que mas adelante habla siempre de maravedis. — 3.º Que tambien suele mediar escrito en los demas contratos, pero en ellos no produce obligacion ni accion, como en este, sino solamente prueba. — 4.º que probada legalmente la entrega del dinero ya no será contrato literal sino de mutuo.

3. Atendamos á los casos siguientes : — 1.º Si el que se presenta como deudor firma llanamente en favor del acreedor un vale de mil pesos sin haberlos recibido, y deja pasar dos años en silencio ; se le obliga á que los pague, como si los hubiese recibido ; porque el contrato quedó perfecto desde entonces. — 2.º Tambien se obliga al deudor al pago de los mil pesos antes de los dos años, si renunció en el mismo vale ó en otro papel separado la ecepcion del dinero no entregado. — 3.º Si el deudor no renunció esta ecepcion, puede proponerla antes de los dos años, y entonces se halla el acreedor obligado á probar la entrega. — 4.º Si el deudor renunció la ecepcion, no está el acreedor obligado á probar la entrega ; pero los intérpretes dicen : que si el deudor ofrece probar que no se le entregó el dinero, se le debe oír, López, *gl.* 6. y Covar. 2. *var. cap.* 4. n. 3. el cual añade : que la partícula *si* que usa la ley al hablar de la renuncia, que se hace en el vale, no contiene condicion ; porque tambien es válida, y con mas razon la que se hace en otro papel, respecto á que la indijencia obliga al pobre á firmar la renuncia con la misma facilidad que el préstamo, abonándolo todo bajo una sola firma.

4. *Presuncion de la ley á favor del deudor.* — La razon de estar obligado el acreedor á probar la entrega, cuando el deudor no renuncia la ecepcion del dinero no contado, es por estar á favor de este la presuncion de que no había recibido el dinero cuando firmó el vale, pues la indijencia obliga á esto con mucha frecuencia, como lo indica la ley al principio : por lo que no militando igual razon en los demas contratos, no tiene lugar en ellos contra el vale la ecepcion del dinero no entregado, si no la prueba evidentemente el que la propone.

5. El haber establecido la l. 5. tit. 21. lib. 4. R. 64. tit. 28. l. 11. Nov. que los vales reconocidos traigan aparejada ejecucion,



ha dado lugar á que se dispute, si despues de esta ley queda es- cluida la excepcion del dinero no entregado, cuando el que firmó el vale lo reconoce legalmente. Nos parece mas probable la opi- nion de que tiene todavía lugar, porque á mas de nacer esta e- cepcion del tenor del mismo vale, tiene tambien lugar contra los instrumentos guarentijios (A), como lo prueban Gómez, 2. var. cap. 6. n. 3. y Molina, de just. et jur. disp. 302. á los cuales com- para dicha ley los vales reconocidos. Pero si el que reconoce el vale, reconoce tambien ser cierta la deuda, no ha lugar á la excep- cion, porque falta su fundamento, que es la presuncion de que no hubo entrega.

6. *Compete esta excepcion al heredero y al fiador.* — Muerto el deudor, puede proponer esta excepcion su heredero ó su fiador dentro de los dos años.

7. *Contratos reales.* — Los contratos reales son cuatro : *mutuo, comodato, depósito y prenda*, y ademas todos los innominados. Se llaman *reales* de *res*, que significa *cosa*, porque se necesita pa- ra su constitucion que se entregue alguna cosa. Es pues contra- to *real* aquel por el que entregada una cosa, se obliga el que la recibió á la restitution de la misma cosa ó de su estimacion.

8. *Mutuo.* — Bajo el nombre de préstamo se comprenden el mu- tuo y comodato. *Mutuo* es : *un contrato por el cual se da á alguno cierta cantidad de las cosas que se suelen contar, pesar ó medir, con obligacion de restituir otro tanto de la misma especie y calidad.* El mutuuario se hace dueño de la cosa, l. 1. tit. 1. P. 5. \* — ☞ Por mas que se atormente el entendimiento no pue- de comprenderse, como se hace dueño de la cosa el mutuuario : dueño quiere decir el propietario, el señor absoluto para disponer de lo suyo sin dependencia de otro : ; dueño el mutuuario de una cantidad ó cosa que no tiene en sí misma, sino solamente para el uso : dueño de cantidad que queda obligado á devolver ! Segun esto, si yo compro una casa por mil pesos, tambien quedo de due- ño de la casa y de los mil pesos que debo por ella ; porque tanto vale en el caso que los deba por *mutuo*, como por compra : quien me oyere decir que soy dueño de la casa y del precio que por ella debo, me reputará un loco, ó me calificará de salteador des- carado. Sin embargo los intérpretes llaman á boca llena dueño al *mutuuario*; como si el uso que se le da del dinero, fuera darle la propiedad de la suerte principal : y si el mutuuario se hace due- ño : ; en qué se distingue la donacion del mutuo ? Se contesta que se hace dueño porque si la cosa mutuada perece, perece pa- ra él y no para el mutuante. Luego siempre que el contrayen- te en los demas contratos está obligado á prestar aun el caso for- tuito, como si hubo falta ó desvio de uso en el comodatario, es

\* Prine. Inst. quib. mod. re con. obl. .

forzoso decir que se hace dueño de la cosa, porque perece para él : porque el jénero nunca perece. ; Qué trastorno de verdades ! De que se haga dueño de la cosa infieren : — 1.º Que si esta se pierde, aunque sea sin culpa suya, por fuego ó cualquier otra aventura, se pierde para él, l. 10. † y puede hacer de ella lo que quisiere, l. 2. — 2.º Que solo puede dar en mutuo el que fuere dueño de las cosas que da, ó otro por su mandado, d. l. 2.

9. Se puede dar en mutuo no solo á personas particulares, sino tambien al fisco, iglesia, ciudad y menor ; mas para que valga el mutuo hecho á estos cuatro, es necesario pruebe el mutuante que se convirtió en utilidad de ellos, sino es que el mensajero real enseñare carta del rey para recibir el mutuo, en cuyo caso no sería necesaria esta prueba, l. 3. d. tit. 1. Cuando no se da esta prueba el mutuante tiene acción para repetir contra el administrador que recibió el mutuo.

10. *A quienes no se puede dar en mutuo.* — No se puede dar en mutuo á ninguna persona con el pacto de pagar en tiempo incierto, como cuando se case ó herede ó suceda en algun mayorazgo, tit. 11. n. 9. ni tampoco á los hijos de familia sin consentimiento del padre, de modo que en tales casos nadie está obligado á pagar la deuda, ni los fiadores si los hay ; pero en cuanto al hijo de familia se exceptúan los casos siguientes : — 1.º Si al tiempo de tomar el préstamo dijere que no tenia padre en cuyo poder estuviere. — 2.º Si tuviese algun destino público, l. 4. tit. 1. P. 5. — 3.º Si fuese menestral ó tuviese tienda de mercadería, como hombre que no está en poder de otro. — 4.º Si fuese soldado, lo que entiende López, *gl.* 4. del peculio castrense. — 5.º Si emplease lo que recibió en utilidad del padre, en cuyo poder está, l. 5. — 6.º Si el padre empezó á pagar la deuda, pues entonces se entiende que consiente el préstamo, ó si el mismo hijo empieza á pagarla despues que salió de la patria potestad, l. 6. — 7.º Si fuese estudiante fuera de la casa de su padre, porque entonces el que lo tiene á su cargo debe pagar hasta aquella cantidad á lo menos que pudiera haber gastado en alimentos y cosas necesarias para el estudio, l. 6. ‡

11. Por la l. 7. d. tit. 1. si un mercader pone en su tienda á otro que no esté en su poder, y este toma algo en mutuo por mandado del mercader ó lo pasa en su pro ó utilidad, no estaría obligado al pago el cajero sino el mercader ; lo contrario sería si lo tomase sin mandado ni utilidad del mercader.

12. *Que cosas se dan en mutuo, y deberes del mutuario.* — Solo se pueden dar en mutuo las cosas que se cuentan, pesan ó miden, como dinero, trigo, vino, &c. El que recibe no está obliga-

† L. 1. §. 4. de obl. et act. — l. 1. de senat. Maced. ll. 1. 3. 7. et 17. C. cod.

do á devolver las mismas cosas, porque puede consumirlas, sino otro tanto tal, esto es del mismo jénero ó especie y de tan buena calidad como lo mutuado, aunque nada de esto se espresase á tiempo del préstamo, l. 2. d. tít. 1. † por ser esto una circunstancia esencial de este contrato. Pero hay que advertir, que en la moneda se estima el valor, y en los jéneros se considera la entidad física; por lo que el mutuuario no está obligado á volver la misma cantidad de moneda que recibió, sino el mismo valor, en caso que haya aumento ó disminucion en el valor de la moneda; mientras que en las cosas usuconsumptibles está obligado á devolver la misma cantidad, valgan mas ó menos al tiempo de la entrega (B). Y si no tuviese de aquel jénero deberá dar tanto precio cuanto montare el valor de lo que se le prestó, en el dia y lugar en que debió darlo. Y si no se hubiere señalado dia ni lugar, deberá estimarse el valor segun fuere en el lugar en que se demanda, y tiempo en que se le pide en juicio, l. 8. pudiendo el mutuante pedir la cosa á los diez dias despues que fué prestada, si el plazo no fué puesto, l. 2.

13. *Usura.* — El mutuo es esencialmente gratuito, y por esto las leyes prohiben la usura, l. 46. tít. 6. P. 1. y l. tít. 6. lib. 8. R. ó l. tít. 22. l. 12. Nov. Esta última dice: *se halla que el logro es muy gran pecado, y vedado así en la ley de Natura como de Escritura y de Gracia.* Es pues el logro ó usura: *la ganancia que viene del mutuo ó el interes por el uso del dinero.*

14. *Cuando es licita.* — Sinembargo, aunque nada se puede exigir por razon del mutuo, hay tres títulos por los cuales se puede cobrar un interés: daño emergente, lucro cesante y mora. Véase Escriche, palabra *interés.*

15. *Del daño emergente y lucro cesante.* — Es justo que sea compensado con algun interés el que por prestar su dinero sufre alguna pérdida ó se priva de alguna ganancia justa: y de aquí es que se ha introducido la costumbre jeneral de cobrar á razon de 6 por 100: lo que suele decirse *á uso de comercio.*

16. *Mora.* — Puede pactarse pena para el caso en que el deudor no pague al tiempo señalado, l. 1 tít. 1. P. 5. Y para que el mutuante pueda exigir la es necesario que sea puesta con solo el objeto de exitar al pago al deudor moroso; que la mora de este sea culpable, y que la pena sea moderada. Si no se pactó pena, lo único que puede exigir el mutuante á mas del principal por razon de la mora, es el lucro cesante ó el daño emergente, y en este caso aun cuando la mora sea inculpable.

17. *Usura paliada.* — A veces se cubre la usura con el velo de algun otro contrato, y entonces se llama *paliada*, como: — 1.º El anticreseos tít. 8. n. 6. — 2.º La usura moatra ó palia-

† l. 3. de reb. cred.

da con el contrato de compra y venta, como si buscando Juan dinero prestado le vende Pedro un caballo en su precio supremo de 55 pesos, y se lo compra el mismo Pedro inmediatamente en su precio ínfimo de 45 pesos, que se los entrega, para que Juan le pague los 55 en el plazo convenido (1). El contrato trino, del que se habló al n. 16. tit. 16.

18. *Contrato de aseguracion.* — La aseguracion se halla muy distante de la usura, y se define: *un contrato por el cual una de las partes toma á su cargo, mediante cierto precio, el peligro de las cosas que van por mar ó tierra, ó que están espuestas á incendio, &c.* Este contrato parece de los innominados, aunque tal vez puede reducirse al de compra y venta, cuando el precio ó mas de ser cierto consistiere en dinero, diciéndose que el asegurador vende la seguridad, que puede venderse no menos que la esperanza. Covar. 3. var. cap. 2. nn. 4. et 5. El precio exigido por el asegurador debe ser proporcionado al mayor ó menor peligro que corre la cosa que asegura. Y el dolo ó mala fe anula este contrato, como todos los demas, bien provenga de parte del asegurador que sabía que las cosas habían llegado á su destino, ó bien de la del dueño que en el caso opuesto sabía de cierto que estas habían perecido.

19. *Comodato.* — El segundo contrato real es el comodato, que se define: *un contrato real por el que se entrega á alguno una cosa que no se consume con el uso, ú fin de que se sirva de ella gratuitamente hasta cierto tiempo ó para cierto objeto, y la devuelva despues.* El *precario* es una especie de comodato que se diferencia de este, en que no se define tiempo, ni se designa el uso que se ha de hacer de la cosa prestada.

20. Pueden dar y recibir en comodato las mismas personas que pueden dar y recibir en mutuo, nn. 9 y 10—l. 1. tit. 2. P. 5. Mas el menor aunque no pueda dar, puede recibir en mutuo, porque esto mejora su condicion.

21. *Diferencias del comodato al mutuo.* — Entre el comodato y el mutuo hay dos diferencias esenciales: — 1<sup>a</sup>. Que la materia del comodato es una cosa que no se acostumbra contar, pesar ó medir, como un caballo, un mueble, &c. — 2<sup>a</sup>. Que el comodatario no se hace dueño de la cosa: al contrario de lo que sucede en el mutuo, en que el mutuario adquiere el dominio de la cosa contada, pesada, ú medida, l. d. tit. 1. \* (2). De aquí es que cuan-

(1) No sabemos qué pueda autorizar al lejislador ni á los intérpretes para establecer reglas sobre el precio del dinero, ó del uso del dinero, y para fijar lo supremo y lo ínfimo del precio de las demas cosas, siendo todo efecto del conjunto de circunstancias de que la ley no puede disponer, sino los contratantes.

\* §. 2. Inst. quib. mod. re cont. ohl.

(2) Vé el n. 8. de este título.



do la cosa usuconsumible se presta para ostenta y pompa, y no para que se use, habrá comodato y no se transferirá el dominio, porque se recibe la cosa por modo de especie. De estas diferencias nacen otras subalternas, como : — 1<sup>a</sup>. Que concluido el tiempo convenido, debe el comodatario entregar la cosa al comodante, aunque no se la pida, l. 9. — 2<sup>a</sup>. Que si pereciese sin culpa suya por aventura ó caso fortuito, queda libre de pagar cosa alguna, excepto en los tres casos de la l. 3.

22. Cuando el comodato es en utilidad solo del que recibe, como sucede regularmente, debe este prestar la culpa levísima por la pérdida ó deterioro de la cosa. Cuando la utilidad es así del que da como del que recibe, deben prestar ambos la culpa leve. Y cuando es solo del que da, debe prestar el que recibe la culpa lata, l. 2. que pone ejemplos al tenor de lo que hemos dicho, tít. 10. n. 19.

23. Los tres casos de la l. 3. en que el comodatario responde del caso fortuito son : — 1.º Si pereció ó se perdió la cosa por su culpa, dándole otro uso del que se le había concedido. — 2.º Si fué moroso en restituirla, reteniéndola contra la voluntad de su dueño, despues de pasado el tiempo señalado. † — 3.º Si se conviene con el comodante en pagarle los daños y perjuicios ocasionados por el caso fortuito. ‡

24. Si el comodatario salva todas sus cosas en un incendio, naufragio ó peligro semejante, y deja perecer la cosa prestada, se presume que pereció por su culpa, y debe probar la falta de culpa ó descuido. Si las cosas prestadas eran mas preciosas ó de mas valor que las suyas, debe salvar primero las mas preciosas ; porque debe poner en conservarlas cuando menos el cuidado que en las propias, de las cuales habría salvado lo mejor ; y si no lo hace así, está obligado á pagarlas. En caso que las cosas comodadas y las propias sean igualmente preciosas, debe preferir las comodadas ; porque debe conservarlas con una diligencia exactísima, y es responsable á la culpa levísima. Por esta razon el comodante no está obligado á compensar al comodatario el valor de las cosas de este que no pudo salvar. Si las cosas del comodatario son mas preciosas, puede salvarlas primero ; y es cuestionable si quedó obligado á pagar al comodante el valor de las cosas mas viles que perecieron. Si despues de haberse salvado las cosas comodadas hay que hacer gastos para reparar la lesion ó deterioro que han sufrido, debe pagarlos el comodante.

25. *Culpa y caso fortuito en el comodato.* — En caso de que el comodato sea para utilidad del comodante ó de ambos, la doctrina de arriba varía. El comodatario debe salvar las cosas mas preciosas del comodante, pero exige de este el valor de sus cosas que pere-

† L. 82. §. 1. de verb. obl. — ‡ L. 23. de div. reg. jur.

cieron. Si las cosas de ambos eran igualmente preciosas, puede preferir las suyas sin quedar responsable á nada. Esta doctrina del peligro y caso fortuito tiene lugar en el conductor, depositario y demas que tienen cosas ajenas segun la culpa lata ó leve ó levisima á que estén obligados, siempre que no haya pacto en contrario. Véase á Molina *de just. et jur. disp.* 295.

26. Si el comodatario devuelve la cosa al comodante con la persona mandada por este, queda libre de toda responsabilidad, aunque se pierda. Si el comodante despacha un nuncio para intimarle que mande la cosa con persona segura, y el nuncio cambia el mensaje, para que se la dé á él mismo, y el comodatario se la entrega incautamente, debe pagarla si el nuncio la roba. Si el comodatario remite la cosa con persona de notoria probidad y cuya fidelidad le consta, queda libre de responsabilidad; l. 4. tit. 2. P. 5.

27. *Deberes del comodante.* — El comodante está obligado á dar la cosa sin vicio, y si lo tiene y no lo manifestare sabiéndolo, debe pagar al comodatario todo el daño que por esta razon lo viniere, l. 6. † como el que presta una cuba rota ó inficionada, de suerte que se pierda lo que se ponga en ella: el locador paga este daño, aunque ignorase el vicio de la cuba, tit. 13. n. 5.

28. *Deberes del comodatario.* — Con respecto al comodatario es necesario considerar: — 1.º Que debe restituir la cosa al comodante luego que pase el tiempo ó uso para que la recibió. Si fuere bestia, debe darle de comer de lo suyo, y gastar lo demas necesario mientras se sirviese de ella. Pero si enfermase sin culpa suya, pagará el dueño lo que costare su curacion, l. 7. † — 2.º Que no puede retener la cosa á título de deuda que le debiere el comodante, salvo si esta fuere contraida por beneficio y razon de la misma cosa, y despues que se la prestó, y no antes, en cuyo solo caso la podrá retener, siendo las espensas que hubiese hecho de aquellas que puede pedir en derecho, l. últ. d. tit. 2. esto es las necesarias. — 3.º Que si por no entregar la cosa mueve pleito al comodante, y mientras se da sentencia la retiene, sin que sea por espensas extraordinarias en conservarla, se le obliga á que á mas de entregar la cosa pague el valor de ella, l. 12. tit. 10. P. 7. — 4.º Que si perdió la cosa, y habiéndola pagado la hallare el comodante, tendrá este la eleccion de retener la cosa y tornar el precio, ó conservar el precio y entregar la cosa al comodatario; pero si el que la halló fuere un tercero, se la podrá demandar el comodatario puesto que la pagó, l. 8. tit. 2. P. 5. — 5.º Que si una cosa es comodada á muchos á un tiempo, cada uno es responsable de la par-

† L. 17. §. 3. l. 18. §. *com. v. cont.* — l. d. l. 18. §. 2.

te que le toca y no del todo; á no ser que se haya pactado que cada uno se obligue *in sólido*, l. 5. d. tít. 2. — 6.º Que si durante el comodato muriese el comodatario, dejando varios herederos, deberá restituir la cosa al que la tuviere en su poder. Y si habiéndose perdido, quedare la obligacion de pagarla, deberá pagarse por todos, d. l. 5.

29. *Depósito*. — El tercer contrato real es el depósito, que las leyes de *Partida* llaman *condessijo* del verbo antiguo *condesar*, que significa poner en custodia ó guarda, y se define: *un contrato real por el que confía uno á otro la custodia de una cosa bajo condicion de que se la volverá en el instante que se la pida*. Es de tres maneras, *sencillo* ú *ordinario*, *miserable* ó *necesario*, y *secuestro*. — 1.º *Sencillo*, es el que se hace regularmente entre amigos, sin un accidente extraordinario que lo motive. — 2.º *Miserable*, es el que se hace por causa de tumulto, incendio, ruina, naufragio ú otro accidente alarmante, á fin de libertar las cosas del peligro. — 3.º *Secuestro*, es el que se hace de una cosa litijiosa hasta que la contienda sea librada en juicio, l. 1. tít. 3. P. 5. † de este trataremos en los juicios.

30. *Es gratuito*. — Aunque se pueden dar en depósito todas las cosas de cualquier manera que sean, está mas en uso dar las muebles. Este contrato es gratuito por su naturaleza, pues si se recibe precio, dejeneraría en locacion, esto es, alquiler ó arriendo, ó en contrato innominado; bien que impropriamente se suele también llamar depósito la guarda que se hace por paga, l. 2. d. tít. 3.

31. Ni el dominio ni el uso de la cosa depositada se transfiere al que la recibe, á no ser que siendo de las cosas que se suelen contar, pesar ó medir, se diese por cuenta; peso ó medida, d. l. 2. ‡ en cuyo caso el depósito se convierte en mutuo, llamándose por eso *depósito irregular*.

32. *Cuando el depósito se convierte en mutuo*. — Cuando la moneda ú otra cosa usoconsumible se deposita, dando facultad al depositario para que use de ella; pasa á ser mutuo; pero como es un mutuo mesclado con depósito, porque el deponente puede pedir la cosa en el momento que quiera, al paso que en el puro mutuo debe esperar por lo menos diez dias; disputan los autores y están divididos sobre si compete al depositario dentro de los dos años la accion del *dinero no contado*, n. 2. Molina de *just. et jur. disp.* 523. nn. 2 y 3, está por la negativa. Cuando la cosa usoconsumible se deposita cerrada por modo de cantidad ó especie, no se transfiere el dominio al depositario, quien solamente debe pagarla si perece por su dolo ó culpa lata.

33. *Qué otras personas se consideran depositarios*. — *Cualquiera*.

† L. 1. in pr. et §. 8. depos. vel cont. — † L. 24. l. 25. l. eod.

que tenga las cosas en su poder, puede darlas en depósito á todo hombre, sea lego, clérigo ó relijioso. Si la cosa fuese depositada en una iglesia ó monasterio con otorgamiento y mandato del prelado y cabildo, están obligados á volverla como cualquier otro hombre : lo mismo sería si estuviesen delante el prelado ó cabildo y callasen y no lo contradijesen. Pero si se dejase la cosa en guarda de uno de los de la iglesia ó cabildo, no sabiéndolo los otros, solo aquel estará obligado, salvo si la cosa fuese dada ó enpendida en utilidad de la iglesia, porque entonces estarán todos obligados, l. 7. d. tít. 3.

34. *Qué culpa se presta en el depósito.* — El depositario presta la culpa lata y dolo, porque toda la utilidad es del que deposita, l. 3. d. tít. que pone tres ecepciones : — 1.<sup>a</sup> Cuando el depositario se sujeta por pacto á la leve ó levisima. — 2.<sup>a</sup> Cuando el depositario solicitó el depósito. — 3.<sup>a</sup> Cuando el depositario recibe paga, bien que en este último caso, hablando propiamente no es depósito. En cuanto á la 2.<sup>a</sup> ecepcion, dicen unos que se sujeta á la levisima, y otros que no ; Murillo Velarde, *de Depósito*, n. 139. es de los últimos.

35. No estando el depositario obligado á prestar la culpa leve, lo está mucho menos á la levisima y al caso fortuito, l. 4. d. tít. 3. que tambien pone cuatro ecepciones : — 1.<sup>a</sup> Pacto. — 2.<sup>a</sup> Mora. 3.<sup>a</sup> Culpa, que hemos explicado en el n. 19. y 4.<sup>a</sup> Cuando el depósito fué hecho principalmente por utilidad del que lo recibe. Parece que en este caso solo debería estar sujeto á la culpa levisima, como el comodatario n. 18. y no al caso fortuito ; pero la ley así está escrita.

36. *Obligaciones del depositario.* — El depositario debe : — 1.º Abstenerse de hacer uso de la cosa sin consentimiento del dueño, porque de lo contrario comete hurto. — 2.º Restituirla con sus frutos y rentas en cualquier tiempo que se le pida, sin poderla retener por razon de compensacion ó deuda, ni aun de las expensas hechas en ella, porque deberá pedir separadamente lo que se le adeudare l. 5. y últ. d. tít. 3. \* ecepto en los cuatro casos de la l. 6. — 1.º Si siendo un arma la pide el dueño estando loco ó en acceso de cólera. — 2.º Si el dueño es desterrado y se le confiscan todos los bienes. — 3.º Si concurren á pedir la cosa un ladrón que la depositó, y otro que dice ser suya. — 4.º Si el depositario conoce que la cosa es suya, habiéndole sido robada.

37. *Pena al que niega el depósito.* — Si el depositario recibe una arca cerrada con llave ú otra cerradura semejante, y la entrega abierta, debe ser condenado al pago de todo lo que el deponente dijere que le falta bajo juramento ; porque esta es la pena del que comete dolo, Murillo Velarde, *de Depósito*, n. 138. Si negare el

\* l. 10. §. 24. deposi. v. cont.



depósito y le fuere probado en juicio, se hace infame, y debe ser condenado á volver la cosa ó su estimacion con las costas y menoscabos y perjuicios que hubiese tenido el deponente por esta razon, segun el juramento de este, tasado por el juez; pero no deberá pagarle los daños por lo que dejó de ganar, l. 8. d. tit. 3. Si el depósito fuese miserable, debe el que lo negó y le fué probado, pagar la estimacion doblada por la gran maldad de la negativa en los depósitos de esta clase, d. l. 8. \*\*

38. *Derecho de Indias* — Por cédula de 17 de agosto de 1781 se manda, que todos los depósitos se impongan sobre las rentas de tabaco ó de alcabala, á razon de 4 por ciento al año, de cuenta de la Real Hacienda. Y por otra de 24 de agosto de 1799 se manda estinguir el oficio de Depositario jeneral de todas las ciudades y villas de las indias.

\*\* L. 18. deposi. v. cont.

## NOTA.

(A) Se llama cláusula *guarentijia* (del Gaélico y despues Toscano, *guarentir*, *guarentigia* *guarentia*, defender, defensa, frauquizia, cautela,) la que contienen las escrituras en los términos siguientes: *Y confiere amplio poder á los Señores Jueces del Estado que deben conocer de este negocio conforme á derecho para que lo apremien á su cumplimiento como por sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada y consentida.*

## TITULO XXI.

### DE LAS DONACIONES.

TIT. 4. P. 5. Y TIT. 10. LIB. 5. R. ó TIT. 7. LIB. 10. NOV.

1. *Qué es donacion y como se divide.* — Las Partidas tratan ahora de la donacion, que es: *un contrato por el cual renunciarnos voluntaria y gratuitamente nuestros derechos sobre una cosa que nos pertenece para transferirlos á otra persona que acepta el beneficio.* Se divide en dos especies, la una llamada *entre vivos*, y la otra *por causa de muerte*: la 1.<sup>a</sup> es la que se hace sin tener en consideracion el caso de muerte; y la 2.<sup>a</sup> la que se hace por via de manda, en razon de tener sospecha de la proximidad de la muer-

to, l. 7. tit. 10. lib. 5. R. Empezaríamos tratando de la primera. \*

2. *Quién puede ó no donar.* — Pueden donar todos los que pueden disponer libremente de sus cosas, l. 1. tit. 4. P. 5. No pueden donar : — 1.º El menor de 25 años. — 2.º El loco, pródigo; &c. — 3.º El reo de lesa majestad y el que trabaja en multa ó herir á los que el rey hubiese tomado señaladamente por sus consejeros escogidos y honrados. — 4.º Los herejes condenados por la Iglesia ; l. 2. que añade, que los anteriores no pueden donar desde el dia que se movieron á hacer ó aconsejar el yerro ; pero los acusados de otro yerro aunque moren muertos ó destierro perpetuo pueden donar hasta el dia de la sentencia. — 5.º Por esta l. 2. no pueden donar los sentenciados á muerte ó destierro perpetuo ; pero la juzgamos corregida en esta parte por la l. 3. tit. 4. lib. 5. R. ó 3. tit. 18. lib. 10. Nov. que les permite testar.

3. *Si pueden donar los hijos.* — Los hijos que están en poder de sus padres, pueden hacer donacion de sus bienes castrenses ó euasi-castrenses sin otorgamiento del padre. Tambien podrán dar de los profecticios alguna cosa á su madre ó hermana ó sobrina ó alguno de los otros parientes para casamiento ó para otra cosa, que entendiesen les era gran menester, y fuere cosa justa y derecha. Y lo mismo sería si diesen á su maestro : mas de otra manera no podrán dar, l. 3. d. tit. 4. Lo mismo y con mas razon se dirá, aunque la ley no lo espresa, de los bienes adventicios. De las donaciones de los padres á los hijos, véase lo dicho de las mejoras de tercio y quinto en el tit. 6.

4. *Donacion para ó con condicion.* — Las donaciones se pueden hacer puramente, bajo condicion y á dia cierto, ll. 4. y 7. d. tit. 4. como todas las obligaciones, segun dijimos en el tit. 10. n. 12. donde esplicamos estos tres modos de contraerse y los varios efectos que producen, y que se acomodan en todo á las donaciones. Tambien se pueden hacer ora entre presentes, ora entre ausentes, por carta ó mensajero ; y hecha la donacion por palabras ó por carta simplemente, sin haberse entregado la cosa, está obligado á cumplir el que la hace \*\* pero no se le puede pedir mas de lo que pueda hacer, porque le compete el beneficio de *competencia*, l. 4. tit. 4 : si se hiciera hasta cierto tiempo, valdrá hasta que este viniese ; y venido, ganarían la posesion y el señorío de la cosa dada el donador ó sus herederos, l. 7. Si en la donacion se impuso algun cargo al que recibe, y lo cumpliere, quedará válida en todo ; pero si no lo cumpliere, puede ser apremiado á que lo cumpla ó desampare la donacion, porque la puede revocar el donador, l. 6. que añade que estas donaciones se llaman en latin *sub modo*.

\* Princ. Inst. de donat. — \*\* §. 2. Inst. de donat.

5. *Insinuacion.* — Como el bien público se interesa en que ninguno consuma su patrimonio en profusiones, ha puesto la l. 9. la tasa de quinientos maravedis de oro (1) á las donaciones, mandando que no valgan en cuanto excediesen de esta cantidad, sino con *insinuacion*, que consiste en que el juez la apruebe ó interponga su autoridad. Pero la misma ley pone varias donaciones que no necesitan insinuacion: — 1.<sup>a</sup> La que hace el Rey ó se hace á él. ¶ — 2.<sup>a</sup> La que se hace para redimir cautivos, ó para rehacer alguna Iglesia ó casa derribada. ¶¶ — 3.<sup>a</sup> La donacion por dote ó por razon de casamiento, ¶ — 4.<sup>a</sup> La que se hace á alguna Iglesia, lugar relijioso ú hospital.

6. *Donacion jeneral.* — La donacion de todos los bienes es nula, aunque sea de solo los bienes presentes, l. 8. tít. 10. lib. 5. R. ó 2. tít. 7. Nov. Si el que la hizo se reservó alguna cosa notable como el usufructo con que pueda mantenerse durante su vida, es válida; Gómez, en d. l. 8. y en este sentido debe entenderse la 8. tít. 4. P. 5.

7. *Donacion no teniendo hijos.* — Esta l. 8. dice, que si alguno que no tiene hijos ni esperanza de tenerlos, diese á otro todo lo suyo ó gran parte de ello, y despues casase y tuviese hijo ó hija legítima, es revocada por ende la donacion, y no debe valer en ninguna manera; sobre que se debe notar: — 1.<sup>o</sup> Que como esta ley no espresa cantidad cuando dice *gran partida*, piensa López gl. 5. que se debe definir esto por el arbitrio del juez, como se hace en casos semejantes; siendo lo mas probable que se anule la donacion en cuanto exceda del quinto; Molina, *de just. et jur. disp.* 282. n. 5. — 2.<sup>o</sup> Que por las palabras *es revocada*, se ve que la donacion queda rescindida por el mismo derecho, gl. 10. — 3.<sup>o</sup> Que por identidad de razon será lo mismo, si los hijos que sobreviniesen fuesen en la misma mujer que era suya á tiempo de la donacion, con tal que aparezca que el donador no pensó en ellos, gl. 8. — 4.<sup>o</sup> Que aunque muera el hijo legítimo que sobrevino, la donacion queda siempre anulada; Molina, n. 8. — 5.<sup>o</sup> Que el donatario debe restituir la cosa donada con los frutos percibidos desde el dia en que fué nacido y bautizado el hijo.

8. *Donacion fraudulenta.* — Tambien es nula la donacion que se hace en fraude para no pagar, es decir, para no pagar los pechos ó tributos comunes; como la de un padre á su hijo clérigo, l. 11. tít. 10. lib. 5. R. ó 3. d. tít. 7. Nov. De todos los bienes reales y derechos reales que adquirieran las Marías Muertas por cualquier título lucrativo ú oneroso, por testamento ó cualquier

(1) En América es necesaria la insinuacion cuando pasen de mil pesos.

¶ L. 34. C. de donat. — ¶¶ L. pen. in pr. et §§. 1. et 2. eod. — ¶ Nov. 127. §. 2.

última voluntad ó acto entre vivos, habían de pagar un quince por ciento con el preciso ó invariable destino de extinguir los vales reales, según el decreto de 21 de agosto de 1705.

9. *Es la donacion irrevocable.* — La donacion entre vivos es irrevocable, l. 7. tít. 10. lib. 5. R. 6 1. d. tít. Nov. ecepto en el caso de grande ingratitud del donatario, como : — 1.º Si el donatario hace gran deshonor de palabras al donador ó le acusa de tal delito que probándosele caería en pena de muerte, mutilacion, infamia ó pérdida de la mayor parte de sus bienes. — 2.º Si pudiese manos airadas contra él. — 3.º Si hiciese gran daño en sus cosas. — 4.º Si de alguna manera tratase de su muerte. † Mas es necesario que la ingratitud se pruebe para que la donacion se revoque por estas razones, que solo se pueden proponer por el donador agraviado y no por sus herederos, l. 10. tít. 4. P. 5. los cuales no podrán otra cosa que continuar la accion intentada por el donador. Y declarada la revocacion por el juez, debe devolver el donatario la cosa donada con los frutos percibidos desde el dia en que se le citó para el pleito.

10. *Gracias Enriqueñas.* — El tít. 10. del lib. 5. R. 6 5. lib. 3. Nov. contiene muchas leyes revocando las grandes donaciones que han hecho los reyes apretados por las urjoncias de la monarquía y por importunaciones y sujestiones, principalmente las de Enrique 4.º llamadas las gracias *Enriqueñas*.

11. *Donacion por causa de muerte.* — Tratemos ahora de la donacion por causa de muerte, n. 1. Si en la donacion no se hizo mencion de la muerte, será entre vivos, aunque se haga por un moribundo. La donacion por causa de muerte es revocable, y esta facultad es tan esencial á esta donacion y demas actos de última voluntad, que si el donador se obliga á no revocar la donacion en que se hizo mencion de muerte, pasa á ser donacion entre vivos; y en este caso si pasa de quinientos maravedis de oro debe insinuarse, y si es de todos los bienes es nula. Pero la donacion por causa de muerte puede ser de todos los bienes y no necesita insinuacion.

12. *Cuándo es revocable.* — La donacion por causa de muerte se puede revocar de tres modos : — 1.º Si el donatario muere antes que el donador. — 2.º Si este salió de la enfermedad ú otro peligro, por cuya razon la hizo. — 3.º Si el mismo se arrepiente de haberla hecho, †† l. ult. d. tít. 4. P. 5. que añade debe hacerse delante de cinco testigos; pero la creemos corregida en esta parte por d. l. 1. tít. 4. lib. 5. R. 6 1. tít. 18. lib. 10. Nov. que solo exige tres testigos para los testamentos nuncupativos, ú otra *postrimera voluntad*, cuyas palabras no tienen otra cosa á que referirse sino á estas donaciones; y porque sería incongruente exi-

† L. ult. C. de revoc. donat. — †† §. 1. Inst. de donat.



jir mayor solemnidad para estas donaciones que para los testamentos; ¶ Covar. *in rubr. de testam. part. 3. n. 32.* Matienzo en la l. 1. tít. 4. lib. 5. R.

13. *Parecida al legado.* — Segun la l. 7. tít. 10. lib. 5. esta donacion se hace por *manda*, que significa legado ó fideicomiso, tít. 6. n. 14. pero esto no quiere decir que esta donacion sea legado sino parecida á él, como en efecto se le parece en ser revocable, en estar sujeta á la cuarta falcidia, l. 1. tít. 11. P. 6. ¶¶ y en otras cosas.

## TITULO XXII.

### DE LOS CUASICONTRATOS.

TIT. 28. LIB. 3. INST.

1. *Quasi contrato.* — Es preciso digamos algo de las obligaciones, que nacen de unos hechos honestos tan semejantes en sus efectos á los contratos, que el derecho finje ó hace presumir que lo son, por lo que se llaman *cuasicontratos*, que suceden cuando hay verdadero consentimiento de una parte y presunto ó finjido de la otra, y se definen : *un hecho honesto que produce obligacion aun de parte del que lo ignora, porque la equidad ó la utilidad que le resulta hace presumir su consentimiento.* Los principales fundamentos del consentimiento presunto son : — 1.º Que cada cual consiente en aquello que le trae utilidad. — 2.º El derecho no consiente y por eso se presume que nadie quiere hacerse mas rico con perjuicio de otro. — 3.º El que quiere lo que antecede no debe dejar de querer lo que se sigue ; Heinec. *Element. del derec. civil Romano*, §. 967.

2. *Sus especies.* — Hay cinco cuasicontratos principales, que son : — 1.º La administracion de bienes ajenos sin mandato de su dueño. — 2.º La administracion de la tutela ó curaduría. — 3.º La administracion de una cosa comun. — 4.º La adiccion ó admision de la herencia. — 5.º La paga de lo que no se debe.

3. *Gestion de negocio ajeno.* — La administracion de negocios ajenos sin mandato de su dueño, que los romanos llamaban *negotiorum gestio*, es : *un cuasicontrato por el que uno toma á su cargo voluntaria y gratuitamente el desempeño estrajudicial de los negocios ó de la administracion de los bienes de otro que lo ignora ó por haberse ausentado dejándolos en abandono ó por hallarse en demencia ó por otra razon, l. 26. tit. 12. P. 5.*

¶ L. 15. de mort. cau. donat. — ¶¶ L. 42. §. 1. de mort. cau. donat.

4. *De cuantos modos.* — Este cuasicontrato tiene lugar de varios modos : — 1.º Si alguno administra los bienes de otro, que encontró en abandono : — 2.º Si hace el negocio de Pedro creyendo que era de Juan, en cuyo caso resulta cuasicontrato con Pedro : — 3.º Si hizo un negocio creyendo que era mandado sin serlo : — 4.º Si pagó una deuda ajena líquida y cierta, sin mandato : — 5.º Si recibió lo que se pagaba á otro.

5. *Obligaciones del gestor y del dueño.* — El dueño de los bienes está obligado á pagar al administrador lo que hubiere espendido en su utilidad y mejoras, como si lo hubiese hecho por su mandato : y el administrador está obligado á dar al dueño la cuenta de lo que haya percibido con deducción de las espensas. \* El guardador de huérfanos y el procurador de algun comun ó particular tambien están obligados á esto, pudiendo el administrador de los bienes desamparados repetir por los gastos, sea contra el guardador y procurador que se ausentan, ó sea contra el huérfano y comun inmediatamente, l. 27. d. tít. 12. Y la accion mutua del dueño contra el administrador, y de este contra el dueño es personal, que pasa á los herederos.

6. *Gastos que hicieron.* — Las espensas que se han do abonar son las necesarias y las útiles, y no solo las que lo son cuando se comienza y despues, sino tambien las que parecieron serlo en su principio y se vió despues que no lo fueron, con tal que se hayan hecho de buena fe. Si el huérfano fuese menor de 14 años nunca deberá pagar él las que parecieron y no fueron útiles, sino el guardador, á no ser que fuesen necesarias. Y nótese que en las espensas necesarias entra tambien el trabajo personal y la industria del administrador.

7. *Si con buena ó mala fe.* — Esta doctrina de espensas tiene lugar cuando el administrador entró de buena fe á cuidar las cosas del ausente; pero si pudiese saberse en verdad que alguno se metió en ollo de mala fe, y no aparece que aliñó ni mejoró cosa alguna de donde se puede sacar las espensas que hizo, las debe perder sin que pueda recobrarlas del dueño : y es muy digno de notarse lo que añade la ley : “sino es que hicieron tanta ganancia, que bastara para pagarlas, y quedar parte de ella al dueño”. Y si en las cosas hubiese algun daño ó menoscabo, lo debería pagar todo al dueño, l. 29. d. tít. 12.

8. *Si hace lo que no usaba el dueño.* — No debe el administrador comprar ni hacer cosa alguna que no hubiese usado comprar ni hacer el dueño de los bienes que administra : si lo contrario hicieron, y en los bienes se encontrare algun daño ó menoscabo, le pertenece todo á él, y no al dueño, aunque aconteciere por ocasion ó caso fortuito. Y si hubiere ganancia será toda del dueño.

\* §. 1. Inst. de obl. quas. ex cont. nasc.

ño con la obligación de pagar al administrador las espensas que en ello hubiese hecho, l. 33.

9. *En que negocios se ha de mesclar.*—Si en ausencia del dueño quedan muchas cosas ó muchos negocios, el administrador puede encargarse de la administración de una cosa y de un negocio dejando los otros, porque le es voluntario encargarse de lo que quiera; y en esto se diferencia del que por oficio ó pacto se encarga de negocios ajenos. Pero debe continuar ó concluir el negocio de que se encargó y empezó; y es responsable de los daños ó perjuicios, si lo desampara ó maneja mal; porque habiéndolo empezado se perfeccionó el cuasi contrato, y equivale á un mandato aceptado. Del mismo modo en caso de que los negocios sean conexos ó que tengan dependencia los unos de los otros, si se hizo cargo del uno, está obligado á cuidar de los otros conexos. Aunque no sean conexos, si alguna persona quiso hacerse cargo de todos, y porque no quiso dejar el uno, quedaron desamparados los otros, está obligado á cuidar de todos, y es responsable.

10. *Si contra la voluntad del dueño.*—Si el dueño prohibió á alguno que tome parte en sus negocios, y este se entromete á manejarlos, pierde su trabajo y las espensas que hizo en el manejo de los bienes, aunque hayan estado desamparados. Exceptúase el caso en que haya procedido solo con el fin de evitar un daño de muerte ó mutilación ó enfermedad grave del dueño ó por el bien público, pues entonces podrá cobrar su trabajo y espensas, aunque se le haya prohibido meterse.

11. *Qué culpa presta.*—En cuanto á culpas dice la l. 30. d. tit. 12. que el administrador debe prestar el engaño y la culpa; y López. *gl.* 1. entiende por culpa la leve, y añade que esta es la que regularmente presta el administrador, y en efecto así lo espresa la l. 34. La misma l. 30. exceptúa el caso en que alguno entrare á cuidar de las cosas de un ausente, porque las halló tan desamparadas, que ningun hombre del mundo pensaba meterse en ello, y por desviar el daño al dueño de ellas: en cuyo caso dice, que no debía pechar lo que por su culpa se perdiese, sino solamente lo que hubiese sucedido por su engaño, \* á lo que añade el mismo López, *gl.* 3. ó por su culpa lata, que siempre va unida con el engaño en las prestaciones de los contratos, por lo que se le asemeja. Al contrario, si alguno se metiese á administrar los negocios del ausente en lugar de otro que quisiese hacerlo con mucho cuidado por amistad ó parentesco, debería cuidar las cosas en la manera que quería el otro; de guisa que por su culpa, ni por su engaño, ni por su negligencia se pierda ni se menoscabe ninguna de ellas. Y si contra esto hiciere, tenudo se-

\* L. 3. §. 9. de negot. gest.

ría de pechar cuanto se perdiese ó se monoscabase por cualquier de estas tres maneras, l. 34. Por lo que se ve claramente que el administrador se halla sujeto en este caso aun á la culpa levísima, pues aunque por *neglijencia* se entiende regularmente la culpa leve, esta ley la toma aquí por la levísima, á la cual sujetan tambien las glosas romanas al administrador en igual caso. Y por lo que respecta al caso fortuito, el administrador solo está obligado á él, cuando haya sucedido por culpa suya ó por mora culpable, ó cuando se le haya prohibido meterse en el negocio ajeno, y advertido de que quedaria sujeto al caso fortuito, ó cuando haya hecho lo que no acostumbraba hacer el dueño.

12. *Si administra por compasion.* — Sobre el administrador de pura compasion dice la l. 35. que si alguno por piedad se mueve á recibir en su casa á algun huérfano desamparado, gastando de lo suyo en cuidar de sus cosas, mientras que lo tiene en su casa, y acaece despues que este quiere cobrar de los bienes del mozo lo que así gastó, no lo puede hacer; pues habiéndose movido á criar al mozo por piedad y misericordia, se entiende que lo hizo por Dios, y por esta razon nada debe darle el mozo por el bien que le hizo, ni por lo que gastó en cuidarle sus cosas; pero sí deberá hacerle honra y bien, y tenerle reverencia toda su vida. La l. 35. tít. 14. P. 5. exceptúa el caso en que la crianza fuese de mujer, y quisiese despues el que la recojió casarse con ella, ó que se casase con alguno de sus hijos, y ella ó su padre lo contradijesen: entonces deberá el que embarazó el casamiento pagarle los gastos de su crianza.

13. *La madre ó abuela los bienes del hijo.* — Si la madre ó abuela tuvieron los hijos ó nietos en su casa despues de la muerte de su padre, y al mismo tiempo los bienes de ellos en su poder, dándoles de comer, beber, vestir y calzar, y demas cosas que hubiesen menester, y los bienes de los dichos bastaren para soportar estos gastos, lo podrán recobrar de estos bienes. Mas si no los hubieren los mozos, no pueden recobrarlos, y se entiende que se movieron naturalmente á mantenerlos. Pero si fueren los mozos tan ricos, que tuviesen de que vivir de lo suyo, y los mas bienes de ellos no entrasen en poder de la madre ni de la abuela, y los recojieren á su poder dándoles lo necesario, protestando que querían recobrar de los bienes de los tales mozos lo que gastaban en ellos, bien podrán recobrarlo; pero no tendrán derecho de pagarse, si no lo protestaron, l. 36. d. tít. 12.

14. *El padraastro ú otros.* — El padraastro que teniendo en su casa á su entenado, le diese de comer y de beber y las otras cosas necesarias, protestando que quería cobrar las espensas, que en ello hacia, las podrá cobrar de los bienes del mozo, si los tuviere. Pero si este fuere ya tan grande que se sirviese de él, no podrá cobrar las que hizo en gobernarlo, aunque lo protes-



tase, por ser justo que este servicio del mozo le sirva de descuento de las espensas que hizo en razon de su persona : mas sí podrá recobrar las que hubiese hecho en recaudar las cosas del mozo que fueron en utilidad de él, l. ult. d. tít. 12. la que añade que lo que acabamos de decir del padrastro, se entiende tambien de todos los otros hombres que gobiernan y cuidan de los mozos estraños, y recaudan sus cosas.

15. — *Se presume que los gastos se hacen sin ánimo de cobrarlos.* — Añadimos : que siempre que se presume que uno hizo gastos á beneficio de otro por pura liberalidad ó caridad, no puede retractarse despues, y hacer uso de la accion *negotiorum gestorum* : que hay esta presuncion respecto del amo que costeó la curacion de un criado pobre, especialmente si el amo era de comodidad y de un carácter liberal ó caritativo : que en los casos anteriores se presume el procedimiento ó ánimo liberal ó piadoso respecto de los alimentos ; pero si los gastos no eran indispensables, no se presume el ánimo liberal ó caritativo, cuando se duda y no consta lo contrario : que en caso de duda, es una prueba de que se tuvo ánimo de cobrar el haber llevado apunte de estos gastos no necesarios : finalmente, que si para cobrarlos no se puede dar prueba de su valor, se ha de estar al juramento del que los hizo; Molina, de just. et jur. disp. 554.

16. *Administracion de tutela ó curaduría.* — El 2.º Cuasi contrato es la administracion de la tutela ó curaduría. Esta administracion no es un contrato entre el tutor y menor ; pero con todo produce en ellos una obligacion mutua ; porque el guardador está obligado á dar cuentas al menor y prestarle la culpa leve, mientras el pupilo se obliga por su parte á pagarle lo que por razon de su oficio haya espendido en beneficio suyo, de lo que hemos tratado en el lib. 1. tít. 8.

17. *Comunion de bienes.* — El 3.º quasi contrato es la comunion de bienes, que no proviene del contrato de compañía, sino de otra causa, como la de que muchos sean dueños de una cosa, en lo que hay que notar que en virtud del cuasi contrato : — 1.º Cualquiera de los comuneros está obligado á consentir que se parta la cosa comun, si el otro lo pide, l. 2. tít. 15. P. 6. \* lo que se ha establecido justamente para evitar las discordias que nacen de la comunion, \*\* y para que teniendo cada uno lo suyo cuide mejor de ello, l. 1. d. tít. 15 — 2.º El administrador de la cosa está obligado á dar cuentas de todos los provechos y cargos, † — 3.º Cuando la cosa comun no puede dividirse sin que se destruya ó menoscabe, se debe adjudicar á uno de los comuneros, por ejemplo, al mayor licitante con la obligacion de pagar á los otros

\* L. 1. C. com. divid. — \*\* L. 77. §. 20. de legat. 11. — † L. 3. com. divid.

sus partes respectivas : — 4.º Cuando hay instrumentos comunes se han de entregar en depósito al que tuviere mayor parte, con obligacion de dar copias á los demas y mostrarles el orijinal cuando fuere menester, ó bien al mas anciano y honrado, si las partes fueren iguales, ó bien al que le toque por suerte si no hay diferencia entre los comuneros, ó bien se depositan en parte segura hasta que estos se convengan.

18. *Adicion de herencia.* — El 4.º cuasi contrato es la adicion ó admision de la herencia. Por ella se obliga el heredero á pagar las mandas, esto es, los legados y fideicomisos del testador, l. 3. tit. 9. P. 6. † Esta obligacion no puede nacer de contrato ; porque no lo hubo entre los legatarios y el heredero á quienes este muchas veces jamas ha conocido ni visto. Y debemos advertir que esta obligacion del heredero ácia los legatarios, no debe confundirse con la otra que tiene de satisfacer á los acredores que ya lo eran del difunto ; porque aunque á esta da tambien entrada la adicion de la herencia, no nace de ella, sino de la causa que la produjo contra el testador, y por lo mismo debe seguir su naturaleza. Estos acredores se llaman hereditarios, porque eran ya carga de la herencia antes de ser adida, á diferencia de los otros que se llaman testamentarios, por ser su raiz el testamento.

19. *Paga de lo indebido.* — El 5.º y último cuasi contrato es la paga de lo que no se debe. Si alguno pagare por yerro lo que no debe, creyendo que lo debía, se le ha de volver lo que pagó, l. 28. tit. 14. P. 5. † Y si hecha la demanda por el que pagó, confesase el otro que era cierta la paga, diciendo no haber habido yerro, el que hizo la paga deberá probar que lo hubo. Pero si el demandado negare habersele pagado, bastará al que pide, probar solamente que pagó ; pues aunque no probase que fué por yerro, se le deberá tornar lo que pagó ; sino es que quisiese el demandado probar luego que la paga se hizo por ser deuda verdadera ; l. 29. d. tit. 14. la que eceptúa al menor de 25 años, mujer, labrador sencillo, soldado que vive con caballo y armas en servicio del rey ó de la tierra, á quienes exime de la obligacion de probar que fué yerro la paga que hicieron, cargando con la de probar lo contrario al que recibió, aunque otorgase el recibo. †† Y entiéndase que se habla del yerro de *derecho*, no del de *hecho*.

20. El que pagare dudando si debía ó no, podrá recobrar lo que pagó, si probase que no lo debía, l. 30. d. tit. 14. || Pero si pagó sabiendo que no debía, no podrá recobrarlo ; porque se juzga que lo hizo con intencion de darlo, d. l. 30. |||| salvo si fuese menor de 25 años, que por razon de la menor edad podría repe-

† §. 5. Inst. de obl. quæ quas. ex cont. nasc. — † §. eod. — †† L. 25. de probat. — || L. ult. C. cond. indeb. — |||| L. 1. de cond. indeb. l. 53. de div. reg. jur.

tirlo, d. l. 30.

21. Tampoco puede repetir : — 1.º El heredero que pagó *de su voluntad* las mandas dejadas en un testamento imperfecto, l. 31. d. tít. 14. que exceptúa como d. l. 29. al menor de 25 años, á la mujer, al labrador sencillo y al soldado, porque á estos no daña la ignorancia del derecho : — 2.º El que en juicio fué sin razon absuelto de hacer cierta paga que verdaderamente debía, y la pagó, l. 33. d. tít. 14. P. 5. ¶ — 3.º El que da por título de dote ó arras á una mujer, creyéndose obligado á darlo sin que lo estuviese ; porque este donadío es por causa de piedad, l. 35. d. tít. 14. ¶¶ — 4.º El que paga por transacion, l. 34. \*

22. Si la cosa que pagó alguno sin deberla era fructífera, el que la recibió debe restituirla con sus frutos. Y si cuando se le entregó y despues, tuviese buena fe, creyendo que se le debía y la vendiese, deberá pagar el precio en que la vendió ; mas nada deberá pagar si la perdió sin culpa. Al contrario, si tuviese mala fe cuando recibió la paga ó despues, sabiendo que no se le debía, deberá pechar el precio de la cosa al que pagó, tanto en el caso que la perdiese como en el que la vendiese ; l. 37.

23. Si debiendo de dos cosas señaladas la una, como un caballo ó un mulo y creyendo alguno que debía ambos, los pagare, podrá repetir el que quisiere ; pero si uno de ellos hubiere muerto, no podrá pedir el otro ; l. 39. \*\*

24. Si algun menestral hiciese alguna obra á otro, creyendo estar obligado á ello, como una casa, nave ú otra cosa semejante, y despues de haberla hecho, hallare que no estaba obligado, debele dar aquel por quien la hizo, tanto precio quanto le pudiera costar el hacerla otro menestral tan bueno como el que la hizo ; l. 40. †

25. Sobre lo que se da por causa torpe debemos decir, que la torpeza puede estar de parte del que recibe solamente ó de la de ambos, ó solo del que da. En el primer caso hay lugar á la repetition, como si hubieses dado á Pedro 20 pesos, para que no mate ; porque es cosa injusta recibir precio por no hacer aquello que naturalmente está uno obligado á no hacer ; y no es torpeza dar para que no se haga mal. Lo mismo sería si habiéndole prestado alguna cosa, le dieras los 20 pesos para que te la restituya ; l. 47. d. tít. 14. ††

26. Si la torpeza está de parte de los dos, no hay repetition ; porque en caso de igualdad es mejor la condicion del que posee ; l. 53. que lo ilustra con el ejemplo de uno que da una cosa con intencion mala á alguna mujer que fuese de buena fama ; pues

¶ L. 60. de cond. indeb. — ¶¶ L. 32. §. 2. eod. — \* L. 65. §. 1. eod. — \*\* L. 32. de cond. indeb. — † L. 26. §. 12. de cond. indeb. — †† L. 1. §. 2. in pr. et §. 1. de condic. ob turp. cau.

aunque ella prometa y reciba, con todo no puede el otro demandar lo que le había dado, ni ella es tenuta de tornarselo. † Las ll. 51. y 52. traen ejemplos de dos que se casan sabiendo ambos que tenían impedimento; y del que da algo al juez para que dé juicio á su favor. En ambos casos se niega tambien la repetición; pero en ellos no se queda lo dado en quien lo recibió, sino que va á la cámara del rey, l. 82. †† exceptuando á los menores de la l. 51. que se casan sabiendo que tenían impedimento; porque han excusa por la menor edad para cobrar cada uno de ellos lo que dió al otro en dote ó arras.

27. Tampoco se puede repetir, y con mas razon en el tercer caso, en que la torpeza está solo de parte del que da, como si una mujer sabiendo que tiene impedimento para casarse con uno que lo ignoraba, se casase, dándole dote, que no podría repetir cuando los separasen. † Así pues por regla jeneral, solo cuando la torpeza está únicamente de parte del que recibe, hay lugar á la repetición, y nunca cuando está de parte del que da ó de ambos.

28. Acerca del que da al juez para que juzgue bien, tenemos dos leyes que parecen contrarias: la 27. tít. 22 P. 3. y la d. 52. tít. 14. La 1<sup>a</sup>. le concede la repetición, significando que la torpeza está solo de parte del juez que recibió, y la 2<sup>a</sup>. se la niega. Para concordar estas dos leyes nos parece bien lo que dice López, gl. 4. d. l. 27. y la 1<sup>a</sup>. de la 52. que solo en el caso en que dicie, para que el juez dé sentencia justa, y que no le haga injusticia, tendrá lugar la repetición; porque solo entonces se oree, que dió con ánimo de redimir la vejacion, y no de corromper al juez; y de consiguiente que no comete torpeza alguna: del mismo sentir es Covar. in cap. Peccatum de reg. jur. in 6. part. 2. cap. 3. n. 1. donde examina muy bien este asunto. Las ll. 26. y 27. d. tít. 22. P. 3. traen las penas en que incurre el juez que recibe algo por juzgar.

29. Si alguno que cometió adulterio, homicidio, hurto ó otro delito semejante, diere alguna cosa á otro para que no lo descubriese, tendría repetición de lo que dió; porque si fué torpeza haber cometido el delito, no lo es dar algo para evitar que se le descubra; pues todo hombre debe solicitar cuanto pudiere no caer en peligro de muerte ó de mala fama, l. 54. d. tít. 14.

Tanta eficacia como de contratos y cuasicontratos tienen las obligaciones civiles que uno se impone por delitos ó cuasidelitos. De estos hemos de hablar en la parte penal despues de terminar con la parte civil.

† L. 3. eod. — †† §. ult. de don. int. vir. et ux. aut. Novo jure C. de pæn. jud. qui mal. jud. — † L. 4. §. 3. de cond. ob turp. can.



**TITULO XXIII.**  
**MODOS DE ESTINGUIRSE LAS**  
**OBLIGACIONES.**

TIT. 14. P. 5. — TIT. 30. LIB. 3. INST.

1. *Modos de acabarse las obligaciones.* — Despues de haber tratado de los modos de contraerse la obligacion, debemos hablar de los modos con que se estingue, que son : — 1.º Paga : — 2.º Pérdida de la cosa sin culpa del deudor : — 3.º Sentencia judicial : — 4.º Quitamiento ó remision : 5.º Novacion : — 6.º Compensacion : — 7.º Transacion : — 8.º Prescripcion. De la transacion y prescripcion se habló ya en su lugar correspondiente.

2. *Pago.* — Paga ó solucion es : *entregar al acredor la cosa, ó hacerle aquello á que está obligado el deudor.* Debe hacerse la paga en los términos que se debe. Pero si el deudor no puede pagar la misma cosa que debía, podrá dar otra al arbitrio del juez. Y si la obligacion fuere de hacer alguna cosa, y el deudor no pudiere hacerla de la manera que prometió, deberá hacerla de otra, tambien al arbitrio del juez, y pagar ademas el daño y menoscabo que por ello le vino al acredor. Y se puede pagar á nombre del deudor, aunque este lo ignore, y aunque lo sepa y lo contradiga ; l. 3. tít. 14. P. 5. ¶ y entonces quedarán libres los fiadores y las prendas, l. 1.

3. Si paga á otro que al acredor, y ratifica este, es válido el pago. Lo mismo si se pagase al procurador nombrado señaladamente por el acredor, aunque le quitase el mandamiento despues de haber cobrado ; pero si lo quitase antes, y el deudor lo sabía, quedará vijente la deuda ; ll. 5. y 6. Si Pedro promete darnos á Juan y á mí 100 pesos, quedaria libre dándolos á cualquiera de los dos, aunque despues le prohibiera yo que los diese á Juan, con tal que esta prohibicion fuese antes de haber empezado yo el pleito contra Pedro ; porque si fuese despues, ya no le aprovechaba pagarlos á Juan, como tampoco si este despues de la promesa hubiese mudado de estado, haciéndose de seglar religioso, ó poniéndose en poder de otro, ó siendo desterrado para siempre á algun lugar, d. l. 5. \* Véase el tít. 17. n. 19. Y no se puede pagar al que tiene poder para pedir la cosa en juicio aunque saliese vencedor, sino es que el poder fuese tambien para cobrarla ; l. 7 d. tít. 14.

4. *Pago hecho á menores.* — De lo que se debe á un menor ó

¶ Princ. Inst quib. mod. tol. obl. — \* §. 4. Inst. de iur. stip. l. 16. de fidejus. l. 38. de solut.

loco no basta que se haga el pago al tutor ó curador, para que se estinga la deuda enteramente, sino que debe hacerse con otorgamiento del juez; porque de otra manera está sujeto á la restitucion *in integrum*, l. 4. ¶

5. *El pago ha de ser íntegro.* — No puede pagarse por partes lo que se recibió por junto, y el acreedor puede repeler la paga parcial, exigiéndola junta. Y debe hacerse en el lugar señalado; á no ser que la deuda sea por delito, en cuyo caso debe pagarse en cualquiera parte distante, donde se halle el acreedor, aunque el deudor sufra costos y riesgos en la conduccion; porque está obligado á indemnizar enteramente al perjudicado.

6. Cuando en la obligacion no se espresó plazo, no está obligado el deudor á pagar la mora sin ser reconvenido. Puede pagar antes de cumplido el plazo, á menos que este se haya fijado en beneficio del acreedor, en cuyo caso no puede pagar antes.

7. Si el acreedor se resiste á recibir la deuda, tiene el deudor el medio de la *consignacion*, que es ofrecerle el dinero en el tiempo y modo correspondientes, delante de hombres buenos, con protesta de que quiere pagar con él, y depositarlo en algun hombre bueno, ó en la sacristía de una iglesia. Con esto queda el deudor tan libre, que si se pierde el dinero sin culpa suya se pierde para el acreedor que la tuvo en no recibirlo; l. 8. d. tit. 14. † Y es mejor hacer esto ante juez y con su aprobacion, como se practica.

8. No puede el acreedor apremiar por sí al deudor á que le pague, ni tomarle en prenda cosa alguna: lo debe hacer ante el juez á su requerimiento, sino es que los dos lo hubiesen pactado antes; porque por las ll. 11. tit. 13. y 14. tit. 14. P. 5. se manda: que si un acreedor de su propia autoridad quita por fuerza al deudor una prenda ó la cosa que le es debida por algun contrato, pierda su crédito, vuelva doblada la prenda, y pague tambien su valor al fisco, quedando el deudor libre de la deuda. Pero si la cosa que tomó de su autoridad era una prenda señalada en el contrato, con derecho á tenerla en su poder hasta que se pague, y no la tomó para quedarse con ella; en este caso dice López, gl. 5. d. l. 11. que solo pierde el derecho á la prenda y no el crédito. Véase fuerzas en el tit. de delitos.

9. *Siendo dos ó mas deudas, cuál se entiende que se paga primero.* — Cuando uno paga una parte de varias deudas que tenga á favor de otro, se aplicará esta parte á la que el deudor quiera; si calla, podrá escojerla el acreedor, pero si lo contradijere luego el deudor antes que saliese del lugar, se contará en la deuda que él señalare; si ninguno la señala, se aplicará á la mas gravosa por razon de pena, usuras &c. entendiéndose pagadas

† §. 3. Inst. quib. ad. lic. — l. 9. C. de solut.

las usuras primero que el principal, l. 10. tít. 14. López, g. 106. pero si todas fuesen iguales, se repartirá el pago á todas. Ruffo, la deuda líquida y la ilíquida, primero se entiende pagada la líquida. Entre lo que uno debe como fiador y como principal, se entiende pagada la deuda propia antes que la de fiador. Pero si uno debe y dió fiadores y debe por otra parte sin ellos, cuando paga, se entiende pagar la que tiene fiadores, para libertarlos. Debiéndose una cantidad con prenda ó hipoteca, y otra sin ellas, antes es visto pagarse la de la prenda ó hipoteca; y si hubiere fiadores ó hipoteca ó prenda juntamente; se libra la de fiadores antes que la de las prendas. *Cur. Fil. cap. Paga.*

10. *Como se acredita el pago.* — Se prueba el pago por el recibo del acreedor, por la cancelacion de la escritura, por testigos, &c. En los réditos y pensiones añales si muestra el deudor haber pagado los tres años próximos continuos, es visto ser probada la paga de todos los demas anteriores, ó entonces incumbe al acreedor probar que no los ha pagado. \*

11. Por la *muerte ó pérdida* de la cosa que se debe, cesa la obligacion de pagar su importe, si la cosa es cierta ó señalada, como un caballo, y con tal que esta muera ó se pierda, sin culpa del deudor; ll. 18. tít. 11., y 9. tít. 14. P. 5. || Pero si esto acontece por culpa del deudor, aunque solo fuese la de tardanza ó mora, quedaría vijente su obligacion de pagar la estimacion de la cosa, como si hubiese dia señalado para la paga, que ya pasó; ó se la hubiese pedido el acreedor, y no quiso entregársela, pudiéndolo hacer, dd. ll. 18. y 11. Dijimos *cosa cierta*, porque si la deuda fuese de cosa incierta ó de cosas que se cuentan, miden ó pesan, siempre perecería para el deudor, y quedaría con la obligacion; l. 10. tít. 1. P. 5. ‡ porque el deudor lo es entonces del jénero, y el jénero nunca perece, † por lo que si prestas á Pedro una onza de oro que le roban, tendrá que pagártela, no estando obligado á darte aquella mismísima onza, sino una onza en jeneral.

12. *Sentencia judicial.* — Cesa la obligacion, si litigando el deudor con el acreedor, fallare el juez que por motivos legales no existe ya ó no se contrajo realmente la deuda.

13. *Condonacion.* — Es claro que se acaba la obligacion por *remision* ó perdon de la deuda, que el acreedor hace al deudor, y que las *Partidas* llaman *quitamiento*; ll. 1. y 2. d. tít. 14. Esta remision puede ser expresa ó tácita: expresa es cuando se hace por palabras claras que la manifiestan, como si el acreedor pactase con el deudor que nunca le pedirá la deuda. Lo mismo sería si el acreedor se diese por pagado, á lo que los romanos llamaron

\* L. quicumq. C. de apoth. publ. — || L. 5. de reb. cred — † §. 2. Inst. quib. mod. re cont. obl. — ‡ L. 11. C. si cert. pct.

*acceptilacion.* ¶ Tácita es la que se indica por algun hecho, como si el acreedor da el vale al deudor ó lo rompe con intencion de quitar la deuda ; pero si el acreedor prueba, que solo dió el vale en confianza, ó que se lo hurtaron, ó forzaron á que lo rompiese, la obligacion queda en pie. Y téngase presente que la remision solo puede hacerse sin insinuacion, cuando no excede de la cantidad espresada en el tít. 21 n. 5.

14. *Novacion.* — La *novacion*, que tambien se llama *quitamiento* en las *Partidas*, es : la *sustitucion de una obligacion por otra* ; de modo que aunque se estingue la obligacion antigua, queda la nueva en su lugar, á diferencia de los otros modos que la quitan enteramente, dejando al acreedor sin derecho alguno contra el que fué su deudor. Se puede hacer de dos modos : — 1.º Variándose la especie ó la forma de la obligacion ; como si se establece que se deba como precio de renta lo que se debía por título de préstamo, ó que se deba puramente lo que se debía bajo condicion : — 2.º Subrogándose un nuevo deudor en lugar del primero con consentimiento del acreedor ; en cuyo caso queda libre el primero aun cuando el segundo viniese á ser insolvente. Pero si el segundo se obliga simplemente á pagar la deuda del primero, sin espresar su intencion de que este quedase libre, no habría novacion, sino que ambos quedarían obligados ; bien que pagando cualquiera de ellos, se extinguirá la obligacion para los dos ; l. 15. tít. 14. P. 5. ||

15. Si la primera obligacion es pura, y otro la renueva bajo condicion, solo habrá novacion, cuando se cumpla la condicion. Si al contrario, la primera es bajo condicion y la segunda pura, tampoco habrá novacion, si no se cumple la condicion, l. 16. La razon es la misma en ambos casos, porque siendo la novacion renovamiento de obligacion, es preciso para que la haya, que sean dos las obligaciones, la antigua y la nueva, y en estos casos faltaría la obligacion condicional, si no se cumpliese la condicion. Parece á primer vista que esta ley contiene una formal excepcion del segundo caso, cuando dice : “fuera ende si los contrayentes pactasen” que valiese la nueva obligacion, aunque no se cumpliese la condicion puesta en la primera” ; pero entonces no habría una novacion propiamente, porque faltaban las dos obligaciones ; bien que sería válida la segunda, que se llamaría segunda, en cuanto se dirijia á desatar la 1.ª condicional, que pudo serlo y no lo fué.

16. La 18 trae el caso de un mayor de 7 años y menor de 14, que por sí solo, sin otorgamiento de su guardador, contrae alguna obligacion en renovamiento de otra : entonces se estingue la primer obligacion, aunque el menor no está obligado á pagar, y el acreedor debe imputarse á sí mismo el haber renovado la obli-

¶ §. 1. Inst. quib. mod. tol. obl. — || §. 3. Inst. eod.



gacion con uno que no podía obligarse eficazmente en su daño. ¶

17. La l. 19. pone otro caso de uno que creyéndose deudor queda á pagar á otro en lugar de su acreedor putativo: por esta novacion se desata la primera obligacion, y tiene que pagar al otro, aunque despues resulte que no había él debido; bien que tendrá derecho para repetir contra el que él creyó que era su acreedor. Mas si sucediese que Juan se obliga á pagar por Diego y se descubre que Diego no debía, puede Juan resistirse al pago de lo que ofreció; y si paga queda libre con Diego, y este repetirá por lo que se cobró indebidamente.

18. Por la novacion se estingue la obligacion de los fiadores y de la prenda; y á no ser que consientan en quedar obligados.

19. *Compensacion* — La compensacion es: *descuento de una deuda por otra*, como si debiendo tú cien pesos á Pedro, te debiere él igual cantidad por el mismo título ó por otro. Para la compensacion es necesario que las deudas sean ciertas y líquidas por ambas partes; ‡ Llámase líquida una deuda cuando consta su existencia y cantidad, y así la que se halle contestada ó sujeta á litijio ó que consista, v. g. en daños y perjuicios que todavía no se han fijado, no puede oponerse en compensacion á otra deuda cierta y determinada, á no ser que el que la opone tenga medios de probar su existencia y cantidad dentro del término de 10 dias. l. 20. tit. 14. P. 5. Por lo que si el reo no prueba á lo mas tarde dentro de diez dias, que el actor le debe, el juez debe ir adelante en el pleito, sin atender á la compensacion, d. l. 20. y si las deudas fuesen desiguales, tendrá lugar la compensacion en la cantidad concurrente, quedando vijente la obligacion en lo demas, l. 22. Una cantidad que se deba por obligacion natural no podría pedirse que se compense con otra debida por obligacion civil; pues carece la primera de accion en la ley civil para demandarse en juicio. En caso de que antes de reunir ambas deudas las condiciones legales para la compensacion llegare á trascurrir el tiempo necesario para la prescripcion de cualquiera de ellas, no podrá ya oponerse la deuda prescrita para compensacion con la otra. Pero si todas las condiciones necesarias para la compensacion se hubiesen encontrado reunidas por algun tiempo, aunque fuese por un solo dia, se habría verificado de derecho la compensacion y podría oponerla perpetuamente el deudor que se viese demandado.

20. Pueden compensar: — 1.º Dos compañeros que hicieron daño por su culpa ó negligencia en las cosas de la compañía, pues se compensa la obligacion de resarcir del uno con la del otro. Y si solo el uno hubiese hecho daño por una parte, y dado utilidad por otra, podrá compensar el valor de esta con el de aquel, segun fue.

¶ L. 9. §. 3. cod. — † L. ult. §. 1. C. de compens.

re la cantidad. Esta doctrina de d. l. 22. parece contraria á la de la l. 13. tít. 10. P. 5. Véase la l. 17. cit. en el n. 13. tít. 10. pero López, *gl.* 1. d. l. 22. la concuerda diciendo: que la 22 habla del caso en que el daño vino por solo culpa del compañero, y la 13 del daño que acaeció por dolo; en cuyo caso no puedo pretender compensacion á título de que ha beneficiado á la compañía. Si uno de los compañeros hubiese hecho daño en algunas cosas de la compañía por engaño, y en otras su compañero por culpa, habrá lugar á la compensacion; pero no si los dos lo hubiesen hecho en una misma cosa, pues entonces todo lo pagarán el del dolo, sin poder compensar cosa alguna con el otro; l. 23.

21. *Compensan los fadores.* — 2.º No solo pueden compensar los deudores principales, sino tambien sus fadores, tanto de lo que el acreedor debiese á los principales, como á los mismos fadores. — 3.º Tambien puede compensar el personero ó procurador, lo que deben á su principal, dando fador de que este lo habrá por firme; pero lo que debiere el mismo personero, no lo puede descontar de lo que se debe á su principal sin consentimiento de este; l. 24. — 4.º Cualquiera puede compensar por el demandado, dando fianza de que este tendrá por firme lo que fuese hecho y pagará lo que fuere juzgado; l. 10. tít. 5. P. 5. \*

22. *Cosas que admiten compensacion.* — Pueden compensarse todas las deudas de cosas que se pueden contar, pesar ó medir, l. 21. † porque estas cosas fungibles son de tal naturaleza que valen unas por otras, como una fanega de trigo por otra.

23. *Y cosas que no.* — No pueden compensarse: 1.º Las cosas que no son tan iguales como las fungibles: y si la misma l. 21. añade que tambien tendrá lugar la compensacion, cuando dos se deban alguna cosa que no fuese cierta ó señalada, como en jeneral un caballo, ó otra cosa semejante; se entiende esto cuando el caballo del uno tenga el mismo valor que el del otro; de suerte que en este caso deberá señalar el juez un caballo de igual valor por ambas partes, considerando que los deudores lo son mas bien de una cantidad que de un cuerpo inestimado. La misma ley prosigue diciendo, que si una de las cosas debidas fuere cierta ó señalada, no tendría lugar la compensacion.

24. Tampoco puede compensarse: 2.º Lo que se debe al fisco ó á fondos públicos para las necesidades comunes; l. 26. ‡ — 3.º Ni lo que se debe á alguno por razon de fuerza ó delito que hayan cometido contra él, l. 27. — 4.º Ni lo que se deposita, debiendo el depositario entregar la cosa luego que se la demanden, para repetir despues por lo que se le debiere; l. 5. tít. 3. P. 5.

\* L. un. C. de satis. — † L. C. de compens. — ‡ L. 3. C. de compens.

## Breve reseña de los Cuerpos del Derecho español y del de el Ecuador.

1. De ningun monumento se colije que aun cuando sometida á los Cartajineses se gobernara España por algun derecho escrito, hasta que quedó sujeta á la dominacion y leyes de los Romanos. Espelidos estos por los godos, vándalos, alanos, suevos, silingos, mientras los enjambres de tantos bárbaros del Norte se disputaban los países del mediodia, no había lugar á proyectos de códigos legales, ni aun á sostituir radicalmente las costumbres de los indígenas invadidos con las que los invasores sacaban del seno de los pueblos germánicos. Quedaron por fin dueños de España los godos, fundaron su monarquía, le dieron leyes, y de ellas se conserva un código escrito en latin bastante propio, cuyo título orijinal *Codex legum, liber legum, liber iudicum*, se mudó en el siglo 13 con el bárbaro que aun hoy tiene de *Fuero Juzgo*.

2. *Fuero Juzgo*. — Es el código mas antiguo de los españoles, de fines del siglo 7.º ó principios del siguiente, y segun pretende Masdeu, el primero que se hubiese formado despues de la decadencia del imperio romano. No están acordes los Escritores sobre los monarcas godos autores de las leyes que comprende, ó de su compilacion, pero es cierto que contiene leyes establecidas desde mediados del siglo 5.º en que reinaba Eurico, hasta principios del 8.º en que murió Wamba. Son 559 leyes, fuera de 18 que preceden sobre la eleccion de los príncipes, sus derechos y obligaciones, distribuidas en 54 títulos, las que han llegado á nosotros. Prescindiendo de su número, circunstancias, y variaciones, se debe, dice el Dor. Marina en su *Ensayo de la lejislacion castellana*, suponer como un hecho incontestable que estas leyes eran romanas: mas de cualquier suerte, el código visogodo es de suma importancia como monumento que descubre el caracter de estas antiguas leyes y por la conexion esencial que tienen con el sistema político de la monarquía goda. Hablando de este código dice Gibbon: establecieron algunas leyes sábias tan ventajosas á los reyes como á los vasallos, los concilios nacionales de Toledo, en los cuales la política de los obispos dirijía y moderaba el espíritu indócil de los bárbaros. Uno de estos concilios examinó y ratificó el código de leyes dadas bajo una série de reyes godos desde el feroz Eurico hasta el piadoso Eijica. No temo asegurar, añade el mismo historiador, que los arreglos civiles de este código muestran una sociedad mas culta y adelantada que la de los Borgoñones y de los mismos Lombardos. Se puede colejir el mérito de estas leyes de que estuvieron en observancia á pesar de tanto trastorno y de las visicitudes de la monarquía en mas de diez siglos; pues prueba el mismo Dor. Marina con mul-



titud de documentos que en los varios gobiernos establecidos en la Península despues de la irrupcion de los mahometanos, el Fuero Juzgo era el código fundamental de su legislación. La política de los Arabes dejó á los españoles vencidos, su religion, sus leyes y costumbres, y así los países que cayeron bajo su dominacion, continuaron observando las leyes godas, las que mucho mas bien habían de ser guardadas y respetadas por los españoles que se salvaron del yugo sarraceno. — Pero es preciso detenerse aquí en un reparo. ¿ Como desde el tiempo del rey godo Alarico, ( hijo de Eurico, de quien atestigua San Isidoro que fué el primero que dió leyes escritas ), aparece el *Breviario* llamado de *Aniano*, que fué el canciller que lo suscribió ? Breviario que era un código puramente romano, sacado del Gregoriano, Hermojeniano, Teodosiano, de las sentencias de Paulo, é instituciones de Cayo, mandado formar por este Alarico, bajo la direccion de un conde Goyar. Compilacion aprobada por los obispos y magnates y sancionada y publicada en 506 ? Dos clases de súbditos componian en esa época la Nacion : los romanos, bajo cuyo nombre estaban todos los españoles que no eran godos ; y los mismos godos. Para estos últimos siguió siempre en vigor el código de Eurico : los otros, acostumbrados como estaban á las leyes romanas, alzaron la voz contra el nuevo código de los godos, á pesar de que en sustancia no podía ser sino de las mismas leyes romanas, y cediendo entonces Alarico á las exigencias de estos mandó formar el Breviario, cediendo tambien al deseo de complacer con su suegro el rey de Italia Teodorico. Los príncipes godos posteriores tomaron empeño en desterrar el derecho romano, aun imponiendo multas á los que quisieran servirse de él, como lo hizo Recesvindo prohibiendo el uso de leyes romanas bajo multa de 30 libras á las partes que las citaran en juicio ó á los jueces que sentenciaran segun ellas. — Alfonso Villadiego dió impreso este código del Fuero Juzgo con notas en 1600 : el canónigo Llorente en 1792 ; ambos vertido ya al castellano, pues en latin en que se compuso, lo había hecho ya imprimir el célebre frances Pedro Pitheo en 1579.

3. *Espéculo y Fuero Real.* — A los godos arrojaron los sarracenos y corrieron cerca de 6 siglos desde la entrada de estos en España hasta la formacion del *Fuero Real*. Como en el curso de este espacio los Españoles refugiados en las montañas septentrionales, fueron reconquistando varias provincias ; para asegurarlas de que no volvieran al poder de los moros, necesitaban convenirse en privilejios y fueros municipales de muchas clases, principalmente del siglo 11 para adelante : esenciones que eran otros tantos códigos locales, que ahogaban por decirlo así las leyes godas y rompían necesariamente la unidad que debe reinar en un Estado bien constituido. Muy larga fuera la rela-



cion de los fueros otorgados con tal ó otros motivos desde el siglo 11 hasta el 13. Tuvieron fueros Leon, Nájera, Sepúlveda, Logroño, Sahagun, Toledo, San Sebastian, Cuenca, Cáseres, &c. Con la reunion de las dos coronas de Leon y Castilla en San Fernando, adquirió este monarca bastante vigor para intentar reformas que ese mismo laberinto de fueros, leyes y nuevas exigencias de los pueblos hacía necesarias. A cuyo intento se propuso escojer de entre aquella multitud las mejores leyes, formando un código en lengua castellana que rijiese con uniformidad en todo su reino. Su hijo que le sucedió Alonso X, consiguió llevar al cabo la formacion de un código de ese caracter jeneral. Este código fué el de las 7 *Partidas*. Pero respecto á que su formacion demandaba mucho tiempo y era instante la urgencia de un cuerpo de leyes regular, dió provisionalmente: 1.º el *Espéculo* para uso de los tribunales de la casa del Rey.

4. Este *Espéculo*, ó *Espejo* de todos los derechos, no ha llegado completo á nuestros tiempos, pues no hay mas de 5 libros, siendo así que en ellos se hallan remisiones al 6.º y 7.º Sus leyes en la mayor parte concuerdan con las de *Partidas* y aun muchas literalmente, aunque en otras en puntos muy importantes se encuentran notables diferencias. — Parece que es mas antiguo que este, el *Setenario* ó una obra inconclusa principiada por el rey Fernando con su hijo Alonso que por el número 7 de las *Partidas* han equivocado ó citado antiguamente algunos escritores confundiendo estas dos obras: fué este cuerpo legal muy respetado y de grande autoridad en el siglo 14: los jurisconsultos de esa época le estudiaban, y citaban con la misma frecuencia que el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Real* &c. *Marina, lib. 7.*

5. El 2.º código que precedió á las *Partidas* es el *Fuero Real* dispuesto por el mismo D. Alonso X. publicado á fines de 1254. No obstante la promulgacion de estas dos compilaciones el *Espéculo* y el *Fuero Real*, muchas ciudades y villas continuaron en el uso de sus fueros municipales, y con tanto apego que el mismo Rey se vió forzado á ceder al clamor y amenazas de los nobles, y de los concejos ó cabildos, restituyéndoles su lejislacion municipal hasta el extremo que no solo derogó el *Fuero Real*, se abstuvo de publicar las *Partidas* aunque estuviesen concluidas, sino que siguió el mismo otorgando nuevos fueros municipales, bien que donde se pudo dió por fuero municipal el *Real*. Y á pesar de la derogacion de este, su claridad, método y precision fueron causa de que lo admitieron sin resistencia Leon, Galicia, Córdoba, Sevilla y otros lugares, y tuvo siempre en cierta manera la consideracion de código jeneral, tanto que sus leyes fueron corrijiéndose, declarando y amplificando por las del *Estilo*.

6. *Leyes del Estilo*. Se llamaron así 252 leyes publicadas á fines del siglo 13 ó principios del 14. No consta si son leyes orde-

nadas por autoridad legítima ó por trabajo privado de algun particular, aunque de su contesto se saca que no son disposiciones de algun legislador : algunas de ellas están insertas en la Novísima Recopilacion.

7. *Leyes de Partida*. Creyó por fin Alonso XI que las circunstancias del reino se presentaban favorables para dar el código proyectado por S. Fernando, ejecutado por su hijo Alonso y que sin duda es el que mas honra á los españoles, el código de las 7 *Partidas*. No es presumible que sea obra de un hombre solo y menos de un monarca, por sábio que fuese, rodeado de otras atenciones y cuando las de Alonso X fueron llenas de contradicciones. El undécimo de este nombre dió últimamente autoridad á este cuerpo en las cortes de Alcalá, año de 1348, pero siempre con reservas y modificacion por la resistencia de los magnates y respeto á la adhesion de los pueblos á sus cartas forales ; de donde provino que antepuso á las leyes de Partida la autoridad de aquellos fueros, mandando que los pleitos se decidiesen primero por las leyes de un *Ordenamiento* que el promulgara en esas mismas Cortes ( A ) : segundo, por las del Fuero Real y fueros municipales de cada pueblo, en cuanto estuviesen en uso ; y en último lugar por las de Partida. En estos propios términos pasó esta disposicion á la *Nueva y Novísima Recopilaciones*. Apesar de ser las Partidas el mejor Código de los Españoles, tuvo decimos, el último lugar en la escala de los cuerpos de leyes que habian de observarse. Su edicion mas comun es á la que acompañan las glosas de Gregorio Lopez. La Academia Española ha hecho últimamente una que contiene algunas innovaciones respecto de las ediciones vulgares que teníamos. Se dió á este cuerpo el nombre de las 7 *Partidas*, porque en 7 partes es su division. En la 1.<sup>a</sup> se trata de la fe católica y del conocimiento de Dios : en la 2.<sup>a</sup> de los emperadores, reyes y señores que deben mantener la tierra en justicia : en la 3.<sup>a</sup> de la justicia, de su administracion en los juicios ó pleitos : en la 4.<sup>a</sup> de los desposorios y matrimonios : en la 5.<sup>a</sup> de contratos : en la 6.<sup>a</sup> de testamentos y herencias y en la 7.<sup>a</sup> de acusaciones, delitos y penas. Se formaron sus leyes de los usos y costumbres antiguas de España, de leyes romanas y canónicas, doctrinas de Padres y sentencias de sábios y filósofos antiguos. De siete á diez años empleó Don Alonso en su formacion, y no pudo publicarlo por resistencia de los castellanos, como código para todo el reino ; tanto que aun Alonso XI despues de correcciones y reformas apenas alcanzó á colocarlo co-

---

(A) *Ordenamiento de Alcalá*, código publicado en 1348 que contiene 32 títulos, divididos en leyes, las cuales se han pasado casi todas á la Recopilacion ó enteras ó con correcciones. Asó y Manuel lo imprimieron con notas en 1774.

mo código supletorio. Mas no es cierto segun algunos quisieron que hubiesen venido las Partidas á publicarse con fuerza legal cuando á principios del siglo 16 se dieron las leyes de Toro.

8. *Leyes de Toro.*— Estas fueron 83 leyes ordenadas bajo Don Fernando é Isabel en las Cortes de Toledo año de 1502, y publicadas en las de Toro en 1505. No forman un código completo con método y orden como el Fuero Juzgo, ó las Partidas; porque se propusieron solo dirimir las contiendas á que daba lugar la inteligencia de las leyes de los otros códigos y suplir algunos vacíos notados en la legislación. Fijaron el orden de observancia preferente entre los distintos cuerpos legales, y quitaron la fuerza obligatoria que en ocasiones se había concedido al sentir de los juriscultos. Adoptaron la institucion de las mejoras, y vinculaciones á las que dieron grande impulso: restablecieron la facultad de testar por comisario, y establecieron los retractos, estendieron el número de hijos naturales, que antes eran solamente los habidos de soltero y soltera, y por ellas podían ser tambien hasta los adulterinos, é introdujeron últimamente otras novedades que complicaron en vez de simplificar la jurisprudencia, segun la abundancia de materia que encontraron tantos comentaristas de ellas. Estas leyes se incorporaron en los respectivos títulos de la Recopilacion. *Escriche. Diccionario.*

9. El último código que tenía España cuando la América del Sur proclamó su Independencia era la *Recopilacion*. La *Nueva* se publicó por primera vez en 1537 bajo Felipe 2.<sup>o</sup> y contiene las leyes que succesivamente se fueron promulgando desde la formacion del Fuero Real, y las Partidas, como tambien muchas de los códigos anteriores como del Fuero Juzgo, de las llamadas leyes del Estilo, casi todas las del Ordenamiento de Alcalá y las famosas 83 de Toro. En las ediciones posteriores se insertaron las que se iban estableciendo en el intermedio; hasta que en 1805 se publicó la última con título de *Novísima*. La 1.<sup>a</sup> contenía 8, y esta 12 libros: en esta última se propuso proceder con mas arreglo y método en la distribucion de leyes ordenando mejor las materias: en lo cual, se ve que lo adelantado es bien poco, ni era dable obtenerlo, no derogando la Nueva Recopilacion entera. Los literatos españoles y los juriscultos ilustrados, dice el Dor. Marina, están convencidos de ser obra mas facil y asequible formar de nuevo un cuerpo lejislativo que corregir los vicios é imperfecciones de los que están en uso: reconocen desde luego en la Recopilacion defectos incorregibles por su misma naturaleza: obra inmensa, confarcinada de escombros y ruinas, edificio monstruoso de partes heterojéneas y órdenes inconciliables, hacinamiento indijesto de leyes antiguas y modernas, truncadas de sus originales y que sin ellos no se puede comprender el fin de su publicacion. — Cuando los que dirijen las Naciones no miran mas

que al interes de mandarlas y al personal suyo, es forzoso que sus leyes solo se compongan de elementos de contradicciones y confusion. Asi fueron las que los Reyes de España dieron para sus Colonias.

10. La *Recopilacion de leyes de Indias* que formaba el código municipal de esta mitad del nuevo mundo, es un conjunto de las disposiciones que desde la conquista fueron dictando los Reyes españoles para sistemar el plan de sacar todas las ventajas posibles de estas vastas rejoncs, sin atender mucho á mejorar la suerte de los colonos. El Dr. Robertson se inclina á elogiar las leyes que prescribían medidas benéficas para con los indijenas. No nos es dado entrar por ahora en el examen de hasta donde pueda juzgarse de la bondad de un gobierno por algunas leyes que pueden darse por ostentacion, pero cuyo cumplimiento no queda de modo alguno asegurado. Tampoco haremos comparacion de la conducta de España con América y de la que han observado otras potencias europeas respecto de sus colonias. Si gozara la España para su propio gobierno de un código menos imperfecto que la Nueva Recopilacion, y hubiese dado leyes malas para las Indias, hubiera sido sin embozo su tiranía : pero de iguales vicios se debe acusar tanto unas como otras leyes de ambos códigos. El de Indias, no obstante de haber sido encargado el cuidado de su arreglo sucesivamente á dos jurisconsultos españoles bien célebres, Solorzano y Ramos del Manzano, no es mas que la aglomeracion indijesta de leyes de diversos tiempos, solicitadas por mandarines ineptos para lugares de distintas costumbres y acomodadas á las esclusivas ideas de conservar su dominacion, esquilmando estos paises, que era el misterio con que se habían de conducir los del Consejo de Indias. Se formó pues la Recopilacion de sus Leyes por orden de Carlos II, quien en su Cédula de 18 de mayo de 1680, con la que autorizó este cuerpo, refiere que desde 1552 y 1560 se había mandado al Virey de Méjico reunir las Cédulas, Provisiones y despachos dados para el gobierno de Indias : que con efecto el Licenciado Vasco de Puga, oidor de aquella Audiencia, los reunió é hizo imprimir un tomo en 1563 : que Felipe II mandó que la impresion de tales Cédulas y Provisiones no se hiciese en América sino en la Península, lo cual aunque se recomendaba varias ocasiones al Consejo no se efectuó hasta el referido año de 1680. En tiempo de Carlos III se trató de hacer variaciones radicales en los puntos de administracion y al intento se dieron las instrucciones y ordenanzas de Intendentes para Méjico y Buenos Ayres, y aun quedó en consulta por el Presidente de Quito una que conforme al espíritu de aquellas dos se proyectó para Quito y Cuenca. — Como mas que ninguna otra necesita alteraciones continuas la administracion ó gobierno que no se cimienta en principios fijos de justicia y de me-



jas para los súbditos, salieron despues de estos cuerpos legales, infinitas Cédulas dirigidas á todos los puntos de América, de las que no se ha formado una compilacion, ni se han añadido á la que existía, como se añadieron los *Artos Acordados* á la Recopilacion Castellana. — Despues de la Independencia se mandó que las Cédulas espedidas hasta el año de 1808, quedasen con vigor en las nuevas Repúblicas Americanas.

## DERECHO DEL ECUADOR.

11. Nuestro derecho está al presente diseminado en las colecciones de leyes que se dictaron en Colombia hasta su desinembracion y en las que posteriormente han dado los Congresos del Ecuador. De las de Colombia, tenemos la coleccion de tres tomos : el 1.º de las del Congreso de Cúcuta en 1821 : el 2.º de las de los Congresos de 1823 y 1824 : y el 3.º de las de 1825 y 1826. En noviembre de 1828 mandó el Libertador Bolivar publicar por la imprenta un *Registro oficial* de sus decretos jenerales, que se verificó con los espedidos hasta diciembre de 1829 que están comprendidos en otro tomo ; algunos pocos de ellos han quedado todavía en práctica, sin embargo de que ni esta coleccion se ha incluido en el número de cuerpos de leyes vijentes, ni pueden reputarse como *espedidos por el Gobierno para la ejecucion de las leyes*, pues fueron decretos dictatoriales que antes bien las revocaban ó anulaban. — En mayo de 1830 se separó el Ecuador de Colombia, se dió luego Constitucion y leyes propias, y siguieron dándolas los Congresos entonces bienales de 1831, y 1833. En 1835 se promulgó otra Constitucion con algunas leves mas y continuando la reunion del Congreso cada dos años, las dieron los de 1837 y 1839. En 1843 se repitió otra Constitucion que junto con las leyes dadas ese año, se anuló por el Gobierno provisorio en 1845. La Convencion reunida en 1845 dió Constitucion y la mayor parte de sus leyes á principios del año siguiente de 1846. El Congreso de ese año que ya era anual, y los de 1847, 48 y 49 dieron las suyas, hasta el año de 1852, en que la Asamblea del Ecuador reformó la Constitucion de 1845, y espidió varias leyes, lo mismo que los Congresos de 1853 y 1854. Las leyes de 1821 hasta 1830 fueron leyes Colombianas : las siguientes propiamente Ecuatorianas, están contenidas, las desde 1830 hasta 1839 en los dos tomos que con el título de *Registro Auténtico* mandó se formara el Congreso de 1839 : las de los años posteriores se han ido publicando en los periódicos oficiales, de cuyo número es el *Nacional* en que se hallan las sancionadas desde 1846 hasta 1849, y en los otros periodicos las restantes hasta el de 1854.

# INDICE.

## LIBRO I.

TITULO I. <i>De la Justicia y del Derecho.</i>	1
TITULO II. <i>Del Estado de los hombres y del derecho que les corresponde segun él.</i>	5
TITULO III. <i>De la Patria potestad.</i>	14
TITULO IV. <i>De los Esponsales y Matrimonio.</i>	10
TITULO V. <i>De la Legitimacion.</i>	30
TITULO VI. <i>De la Adopcion.</i>	41
TITULO VII. <i>De las Dotes, Arras, y otras donaciones entre casados.</i>	46
TITULO VIII. <i>De la Tutela y Curaduria.</i>	56
TITULO IX. <i>De la restitucion de los menores.</i>	60

## LIBRO II.

TIT. I. <i>De la division de las cosas y adquisicion de su dominio.</i>	74
TITULO II. <i>De las Prescripciones.</i>	86
TITULO III. <i>De las Servidumbres reales y personales.</i>	91
TITULO IV. <i>De los Testamentos.</i>	103
TITULO V. <i>De la institucion de heredero, sustituciones y desheredaciones.</i>	110
TITULO VI. <i>De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, falcidia y codicilos</i>	134
TITULO VII. <i>De las sucesiones intestadas, pérdida de herencia y albaceazgo.</i>	148
TITULO VIII. <i>De los Mayorazgos.</i>	157
TITULO IX. <i>De las Capellanías.</i>	164
TITULO X. <i>De las Obligaciones, Pactos y contratos en jeneral.</i>	166
TITULO XI. <i>De la Compra-Venta.</i>	177
TITULO XII. <i>De los Retractos.</i>	191
TITULO XIII. <i>De las Permutas : de la Alcabala.</i>	195
TITULO XIV. <i>De los Arrendamientos.</i>	201
TITULO XV. <i>De los Censos.</i>	206
TITULO XVI. <i>De la Compañía ó Sociedad y del Mandato.</i>	214
TITULO XVII. <i>Del Contrato verbal ó de palabras.</i>	222
TITULO XVIII. <i>De las Fincuras.</i>	227
TITULO XIX. <i>De los Peños ó Prendas.</i>	232
TITULO XX. <i>Del Contrato literal y de los reales.</i>	243
TITULO XXI. <i>De las Donaciones.</i>	253
TITULO XXII. <i>De los Cuasicontratos.</i>	257
TITULO XXIII. <i>Modos de extinguirse las obligaciones.</i>	265