

# INDICE

## DE LO CONTENIDO EN EL TOMO II.

Tít. II.	De las cosas corporales é incorporales,	76
Tít. III.	De las servidumbres,	79
Tít. IV.	Del usufructo,	93
Tít. V.	Del uso y de la habitacion,	104
Tít. VI.	De la usucapion,	108
Adicion,		124
Tít. VII.	De las donaciones,	125
§ Unico	De las donaciones llamadas <i>propter</i>	
	<i>nuptias</i> ,	134-
Adicion,		138

## TITULO II.

### *De las cosas corporales é incorporales.*

**Siguiese otra division de las cosas de la cual se hizo mencion en el título pasado. Dijimos pues, que las cosas, ó son *corporales ó incorporales*.\*** Corporales son aquellas que se pueden tocar, esto es, que se pueden percibir por alguno de los cinco sentidos; y así cosas corporales son todas las cosas materiales: é incorporales por el contrario, las que no se pueden tocar ni percibir por los sentidos, porque consisten en un derecho ó facultad que tiene el hombre para hacer alguna cosa: tal es v. g. el derecho de cazar en un bosque, las servidumbres y todas las obligaciones. Todas estas cosas por ningun sentido las percibimos, aunque sus efectos pueden ser patentes así á los ojos, como á los otros sentidos.

\* L. 1. tit. 30. P. 3.

Supuesto esto, sería fácil responder á uno que preguntase ¿si el dinero ó la moneda es cosa corporal? La materia, estos es, el oro ó la plata acuñada que es lo que llamamos moneda, sin duda es corporal porque se puede tocar; pero el valor ó precio intrínseco que contiene es cosa incorpóral, porque no puede percibirse por sentido alguno exterior, sino solo por el entendimiento.

Hemos visto ya que cosas sean corporales é incorpórales; resta ver sus calidades. De la misma definicion nace: lo 1.º Que las cosas incorpórales no se pueden poseer, y es la razon; porque poseer es detener materialmente la cosa, guardarla y ponerla en seguro, y todo esto no tiene lugar en las cosas incorpórales. Con todo, como estas cosas son nuestras, se dice verdaderamente que las cuasi poseemos, mientras hacemos ó podemos hacer uso de ellas y percibir su utilidad. 2.º En las cosas incorpórales no se dá tradicion sino cuasi tradicion, lo cual ya se ha explicado arriba. 3.º Las cosas incorpórales no estan en nuestro dominio; porque el dominio co-

mo se ha dicho, es derecho en una cosa corporal, y así no podemos decir *el derecho de prenda, ó tal servidumbre ú obligación está en mi dominio*. No obstante como estos derechos y obligaciones nos hacen mas ricos y tienen realmente precio y estimacion, de aquí es que se dice propiamente que estan en nuestros bienes.

Las cosas corporales se subdividen en muebles y raices. Muebles se llaman aquellas que ó se mueven por sí mismas por virtud interna que tienen v. g. siervos, animales, &c. las cuales tambien se llaman *semoventes*; ó pueden ser llevadas de un lugar á otro sin detrimento, v. g. las sillas, libros, &c. Raices son las que ni por sí ni por los hombres se pueden mover ni llevar á otro lugar naturalmente, como las casas, los campos, &c.\*

\* L. 4. tit. 29. P. 3:

## TITULO III.

### *De las servidumbres.*

Hemos tratado ya del dominio : si-guese ahora tratar de las servidumbres que es otro derecho en la cosa. Por ser-vidumbre no se entiende aquí aquella de que hablamos en el libro primero cuan-do una persona sirve á otra, sino cuando una cosa sirve á la persona. Siendo pues esta especie de servidumbre un de-recho, esto es, una cosa incorporal, con razon despues de esplicadas las cosas in-corporales en general, se sigue tratar de las servidumbres.

La servidumbre es *un derecho impues-to en la cosa agena, por el cual el señor en su cosa está obligado á padecer ó á no hacer algo en utilidad de otro.\** Se dice 1. que la servidumbre es un *derecho* : pero respecto del que tiene ó goza la ser-vidumbre ; porque respecto del que la padece es obligacion ó carga. 2. Ob-

\* L. 1. tit. 31. P. 3.

## 80

servese que la servidumbre es *derecho en la cosa*; por lo cual se enumeró arriba entre las especies de derecho en la cosa. Y á la verdad, si yo tengo algun derecho en la cosa de mi vecino, no es su persona la que me está obligada, sino su cosa. 3. Se dice la servidumbre *derecho en la cosa agena*, porque el señor no puede tener servidumbre en su cosa: v. g. si puedo sacar agua del pozo de mi vecino, es servidumbre; pero luego que adquiero la heredad de mi vecino en donde está el pozo, se acabó la servidumbre porque el pozo ya no es cosa agena sino mia; y así no saco la agua por derecho de servidumbre sino de dominio. Añadese: *por el cual el señor está obligado á padecer ó no hacer algo en su cosa en utilidad de otro*, y en esto consiste la esencia de la servidumbre. Por ejemplo: si tengo derecho de pasar por el fundo de mi vecino, este está obligado á sufrir que transite por él, y si obligo á mi vecino á que no levante mas sus paredes, está obligado á no hacer una cosa que pudiera como señor: siempre, pues, el sirviente está obligado á padecer ó

á no hacer, en utilidad del dominante.\* Las doctrinas dadas hasta aquí son tan generales que no se da caso en que alguna servidumbre consista en hacer; y así si queremos fingir el caso de que alguno hubiese prometido á su vecino componerle ó renovarle su casa todos los años, no seria servidumbre sino obligacion personal, y por consiguiente no *derecho en la cosa* sino *á la cosa*.

De lá definicion dada se infiere claramente de cuantas maneras sea la servidumbre. Una cosa puede servir ó á una persona ó á otra cosa. Si la cosa sirve á la persona, se llama servidumbre personal: si la cosa sirve á otra cosa, v. g. un fundo á otro fundo, se llama servidumbre real.† Por ejemplo: un marido al morir deja el usufructo de un fundo á su muger: en este caso el fundo sirve á la persona de su muger, y esta será servidumbre personal, por otro nombre *usufructo*. Por el contrario: si la pared del vecino debe recibir una viga de mi casa, esta servidumbre

\* Ll. 1. 2. y 3. tit. 31. P. 3.

† L. 1. tit. 31. P. 3.

## 82

es real, porque un predio sirve á otro. Las servidumbres personales son cuatro: *usufructo, uso, habitacion y obras de los siervos*.\* Se diferencian tambien estas servidumbres en su efecto; y así como en las personales la cosa sirve á la persona, sucede que se acaban con esta. Al contrario en las reales: porque una cosa sirve á otra, duran tanto como las cosas aunque pasen á otras personas.

En este título se trata de las servidumbres reales, que tambien se llaman prediales, porque no consisten en cosas muebles sino en raices. Mas como en estas servidumbres siempre un fundo sirve á otro fundo ó heredad, el que recibe la utilidad se llama *dominante*, y el que sufre la carga en utilidad del otro *serviente*.

Las servidumbres en nuestro derecho ó son *urbanas* ó *rústicas*. Urbana es la que tiene un edificio en otro, y rústica la que tiene una heredad en otra.† Esto supuesto se entenderán fa-

\* Dicha L. 1.

† Ll. 1. 2. y 3. tit. 31. P. 3.



cilmente varios acsiomas de la servidumbre.

1. *Toda servidumbre es en la cosa agena.\** La razon es, porque siempre que uno usa de su cosa, lo hace en virtud de dominio, y no de servidumbre, segun lo dicho arriba: y así cuando se dice que en nuestras cosas se puede poner servidumbre, se entiende que solo el dueño puede imponer á su cosa este gravámen y no otro.†

2. Acsioma: *Ninguna servidumbre puede consistir en hacer, sino solo en padecer ó en no hacer.‡* La razon es: porque de otra suerte no será la cosa la que sirve ó está obligada, sino la persona del que debe hacer. Cuando la servidumbre es de padecer, se llama *afirmativa*, v. g. la servidumbre de *caminos, ventana, goteras, &c.*; pero si es de no hacer alguna cosa, será *negativa*: v. g. no impedir la luz, no levantar mas alto, &c.

\* L. 13. d. tit. y P.

† Véase la dha. L. 13. en el principio, y la 10 del mismo tit.

‡ Todo el tit. 31. P. 3. y especialmente la L. 1.

**3. Acsioma:** *Todas las servidumbres son indivisibles\** porque son un simple derecho, y el derecho no se puede dividir, y así á ninguno se le puede conceder la mitad del derecho de camino, goteras, &c.

De aquí podemos facilmente inferir de que modos se constituye la servidumbre. Para esto se debe hacer distincion entre el derecho *á la cosa y en la cosa*. El derecho á la servidumbre, lo podemos adquirir: 1. por pacto ó estipulacion, cuando alguno nos promete conceder servidumbre en su cosa.† 2. Por última voluntad, v. g. si alguno en testamento ó codicilo me lega el sacar agua de su fuente, &c.‡ 3. Por prescripcion; y en este caso, si la servidumbre es continua, esto es, que sirve continuamente, como el agua que nos viene del fundo ageno, se adquiere por uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y si fuere discontinua, esto es, que no se usa sino algunas veces,

\* L. 9. tit. 31. P. 3.

† L. 14. tit. 31. P. 3.

‡ D. L. 14.

como es la senda ó camino, no puede ganarse sino por tiempo inmemorial.\* Pero en el primer caso, no hay mas que derecho á la cosa: la persona del que promete ó el heredero me está obligada, y no la misma cosa. De aquí es, que solo tendré accion personal y no real. Pero el derecho en la cosa no se adquirirá sino por la subsiguiente *cuasi tradicion*, y se llama así, porque como la servidumbre es derecho, que es una cosa incorporeal, propiamente no se puede entregar sino cuasi entregar; y esta cuasi tradicion se verifica por el uso del uno, y la paciencia del otro: v. g. si se me ha concedido sacar agua del fundo vecino y yo comienzo á sacarla á su vista sufriendolo él, por este primer hecho se me hace cuasi tradicion de la servidumbre; y desde este tiempo tengo derecho en la cosa, y accion real contra cualquier poseedor. De esta regla se exceptúa la servidumbre constituida por última voluntad, en la cual se adquiere el derecho en la cosa sin tradicion, al punto que muere el testador.

\* Dha. L. 14. al fin, y la 15. tit. 31. P. 3.

Así mismo, claramente se deduce quien tenga obligación de hacer los reparos necesarios para la conservación de la servidumbre: v. g. tengo derecho de traer agua por medio de targea que salga del fundo del vecino; si se rompieren los canales, mi fundo que es el dominante estará obligado á repararlos.\* La razón se deduce del axioma 2. porque la servidumbre no puede consistir en hacer sino en *no hacer ó padecer*; y si el fundo serviente reparase, haría alguna cosa: y así no sería solamente servir.

Finalmente del 3. axioma que asienta ser la servidumbre indivisible, se infiere que no puede establecerse una mitad y otra parte de servidumbre, porque el derecho como cosa incorporal, no puede admitir división. Otra cosa sería en el uso de la servidumbre, porque este sí es capaz de admitirla, tanto por razón del modo, como si dijésemos á otro: te concedo servidumbre de camino pero con tal que solo pases á pie ó á caballo ó que no traigas carros: ó por

\* L. 4. d. tit. y P.

razon del tiempo, v. g. te concedo derecho de pastar, pero solo en los meses de invierno.

Lo que se ha dicho hasta aquí, trata de las servidumbres en general: véamoslas ahora en particular. Las dividimos arriba en servidumbres urbanas y rústicas; trataremos pues, en primer lugar de las urbanas. De estas la 1. es el derecho de cargar sobre la casa del vecino, v. g. si lo obligo á que me permita edificar levantando parte sobre la suya.\*

La 2. servidumbre es de agujerear la pared del vecino para meter vigas.† Por vigas se entiende no solo las propiamente tales, sino cualesquiera otra materia de edificio como piedras, ladrillos, hierro, &c. De aquí se percibe fácilmente la diferencia que hay entre esta servidumbre y la antecedente: pues en la primera todo el edificio carga en la pared ó columna del vecino, y en este solo una ú otra viga ó material.

La 3. servidumbre es de poner techo

\* L. 2. tit. 31. P. 3.

† D. L. tit. y P.

volado á mi casa sobre el fundo del vecino para libertar las paredes del agua y humedad.

La 4. es de recibir las goteras ó caños de la casa del vecino.\*

La 5. es de no levantar mas alto ; y este es un derecho por el cual el vecino en utilidad de mi casa se obliga á no levantar mas la suya para no impedirme la luz.†

La 6. es de luz, ó de *no impedir la luz.*‡  
Para entender bien estas dos especies de servidumbre es menester notar dos cosas : 1. que ninguno puede abrir ventanas, sino en su pared : 2. que puede cualquiera abrir cuantas ventanas quiera en su pared ; pero al vecino le es lícito edificar contra ellas de suerte que las cubra siendo su suelo. Ahora pues, si un vecino consigue de su vecino poder abrir ventanas en su pared, esta será servidumbre de luz ó de ventana. Pero si tengo ventana en mi pared que cae á la casa del vecino, y este me promete

\* D. L. &c.

† La misma L. 2.

‡ La misma L. tit. y P.

que no me la cubrirá con su edificio, se llamará servidumbre de no impedir la luz.\*

La 7. servidumbre es de paso por la casa ó corral del vecino á la casa propia.†

Siguense las servidumbres rústicas. De estas la 1. es el derecho de senda, carrera ó camino para pasar de la heredad de otro á la propia. La senda sirve para ir uno solo á pie ó á caballo, sin llevar carro ni bestias de carga: la carrera para ir solo ó acompañado con carretas: y el camino, para llevar estas cosas y otras cualesquiera como madera, piedras, &c. El ancho del camino debe regularse por lo pactado; y á no haberse convenido en esto, debe tener ocho pies de ancho, y si tuviere vuelta ó torcedura, en aquel lugar tendrá diez y seis.‡ 2. El derecho de conducir agua por heredad agena para regar hortalizas, ó para molinos.§ Y en este

\* L. 2. tit. 31. P. 3.

† Dicha L. 2.

‡ L. 3. dicho tit. y P.

§ L. 4. dicho tit.

caso el dueño de la heredad de donde se tomare esta agua, no puede conceder-sela á otro sin consentimiento de aquel á quien fuere otorgada la servidumbre, si no es que el agua fuere tanta que sobrase para los dos.\* 3. El derecho de beber en fuente ó pozo ageno para sí, sus labradores y bestias ó ganados, en el cual se incluye el derecho de entrar y salir en la dicha heredad.† 4. El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ó dehesa agena.‡ 5. El derecho de sacar cal, arena, piedra ú otras cualesquiera cosas de la heredad de otro.§

Una cosa es digna de observarse en las servidumbres rústicas (y aun puede tener lugar en las urbanas) y son los pactos con que se establecen: porque si la servidumbre se concede al fundo será real, y si á la persona será servidumbre personal y solo durará mientras viva la persona.

Resta ver de que modos se acaban

\* L. 5. de dicho tit. y P.

† L. 6. tit. 31. P. 3.

‡ Dicha ley en el medio.

§ Ley 7.



las servidumbres. Hemos dicho que estas son un derecho en la cosa: el cual sin embargo de ser perpetuo, puede acabarse de los modos siguientes: 1. por *consolidacion*. Consolidacion es cuando se hace uno mismo el dueño de los predios dominante y serviente: entónces se acaba la servidumbre por el principio explicado arriba de que el señor no puede tener servidumbre en su cosa.\* 2. Se estingue tambien por *remision*: porque como la servidumbre se constituye en utilidad del predio dominante, y cada uno puede renunciar del derecho introducido en favor suyo, el poseedor puede renunciarla siempre que quiera.† 3. Por *no uso*. De este modo en tiempo de diez años se acaba la servidumbre urbana, estando presente el señor del predio que goza de la servidumbre, y estando ausente en veinte años. Pero para que esto se verifique es necesario ademas que el dueño del fundo serviente con buena fe estorbe el curso

\* L. 17. tit. 31. P. 3. V. la otra manera.

† L. 17. en el principio.

de la servidumbre, como v. g. si es viga que la estraiga de la pared en ausencia ó presencia del interesado segun hemos dicho arriba.\* Pero si es servidumbre rústica, solo por no uso de tiempo inmemorial se puede perder siendo continua, y siendo discontinua bastará no usar de ella por veinte años, ya sea entre presentes ó ausentes.† 4. Por permitir el dueño de la servidumbre que el señor de la cosa que la sufre haga algo que la impida ó destruya:‡ pues en este caso se entiende que la quiere renunciar. 5. Finalmente, por arruinarse ó extinguirse la cosa se acaba la servidumbre: porque como es un derecho en la cosa cuando se extingue esta se debe extinguir tambien el derecho que se tenia en ella.

\* L. 16. tit. 31. P. 3.

† La misma ley 16. al fin.

‡ L. 19. tit. 31. P. 3.

## TITULO IV.

### *Del usufructo.*

Dijimos arriba que en toda servidumbre sirve la cosa, y que si esta sirve á la persona será servidumbre personal: tales son el usufructo, uso, habitacion y obras de los siervos; pero que si una cosa sirve á otra cosa, resultará servidumbre real. De estas hemos hablado ya, y así trataremos ahora de las personales, y en primer lugar del usufructo.

Usufructo es *un derecho de usar y gozar los frutos de una cosa ajena sin deteriorarla.\** Antes de explicar esta definicion es necesario entender estas palabras: *usar, gozar y abusar*, en las que hay mucha diferencia. Usar es, percibir tanta utilidad de la cosa cuanto ecsige la necesidad. Por gozar se entiende percibir cuanta utilidad proviene de la cosa, no solo para ocurrir á las necesidades, sino tambien para comodi-

\* L. 20. tit. 31: P. 3.

dad y placer. Abusar es, percibir cuanta utilidad se quiera de la cosa, aunque sea destruyendola. Ahora facilmente se entenderá la definicion en la cual irémos por partes. El usufructo es derecho, y un derecho en la cosa, porque es servidumbre. Es un derecho de usar y de gozar, porque el usufructuario no solo percibe de la cosa lo que ecsije la necesidad, sino tambien lo conducente á dar placer y comodidad. Se usa y se goza de las cosas ajenas, porque es servidumbre que no la puede haber en cosas propias; de suerte que constituida esta servidumbre, siempre concurren dos personas: la una á quien pertenece el dominio, y se llama *propietario*; y la otra que goza del usufructo, ó utilidad de la cosa, y se llama *usufructuario*. Se añade finalmente que se ha de usar, y gozar de la cosa sin deteriorarla, porque si no sería abuso, y no uso solamente segun la diferencia de estas voces ya esplicada, fuera de que sería inútil al propietario el dominio, si el usufructuario pudiera destruir la cosa. De la definicion se colige facilmente

que frutos percibe el usufructuario, en lo cual sirve de regla el axioma siguiente. *El usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe siendo ordinarios.* Ahora pues, como los frutos son ó naturales ó industriales y los primeros proceden de la naturaleza solamente, como los partos de los animales, la yerva, &c. y los segundos mediante el trabajo é industria del padre de familias, como el trigo, lino, &c. es digno de advertirse que unos y otros son del usufructuario; porque el usufructo es un derecho de usar y de gozar, y estas palabras abrazan todo genero de utilidad. Por el contrario, un tesoro hallado en el fundo no lo hará suyo, pues segun el axioma establecido, el usufructuario percibe solamente los frutos ordinarios en los que no se incluyen los tesoros. A mas de que los fundos no se tienen para buscar tesoros, sino para cultivarlos.

Inferese tambien que puede el usufructuario locar á otro la heredad de donde percibe usufructo: porque lo que tiene uno para sí lo puede trasferir á

otro, y para el propietario lo mismo vale que el usufructuario goce de la cosa ú otro en su nombre siempre que no la deteriore. Puede tambien vender los frutos, pues vende una cosa suya :\* pero no puede ceder su derecho á otro porque espira con su persona, y mucho menos vender la cosa fructuaria que pertenece al propietario.

Con la misma facilidad se demuestra que no tiene el usufructuario libre disposicion de la cosa, supuesto que debe gozarla sin causar mutacion ni deterioro en ella, y que no permaneceria ilesa siempre que se hiciese mutacion en su forma. De donde infiero que no puede mudar las cosas del fundo fructuario, ni con el fin de ponerlo en mejor estado á su parecer, v. g. haciendo de las dehesas campos de cultivo. Del mismo principio infiero tambien que el usufructuario está obligado á reparar la cosa : pues no permanecería ilesa v. g. una casa, si no se la hiciesen los reparos y composturas correspondientes cuando lo

\* L. 20. tit. 31. P. 3. V. é este á quien es otorgado.

necesitare.\* Pero esto se entiende de unos reparos medianos, y así, si la casa estuviera por caer y fuese necesario levantarla de cimientos, lo cual no puede hacerse sino con muy crecidos gastos, corresponderían estos al propietario. Se infiere también que el usufructuario debe usar y gozar de la cosa como un buen padre de familias, el cual no pierde las cosas con el uso, sino que antes que se deterioren demasiado las procura restablecer y reparar.† Asimismo, que si se le concede el usufructo de una grey, debe reponer las ovejas que mueran con otras nuevas, y si es viña en lugar de las vides secas plantar otras de nuevo.‡ Finalmente, es claro que el usufructuario debe dar caución al propietario, pues este debe estar cierto de que su cosa se conservará ilesa. Está pues obligado á afianzar dos puntos: 1. que usará y gozará de la cosa á arbitrio de buen varón: 2. y que cuando él muera ó de otra suerte se acabe el usufructo, resti-

\* L. 22. tit. 31. P. 3.

† Ll. 20. y 22. tit. 31. P. 3.

‡ L. 22. ya citada.

## 98

tuirá la cosa intacta al mismo propietario ó á sus herederos.\* Pero esta caucion cesa siempre que el usufructo se concede por la ley, y así aunque el padre goce el de los bienes adventicios del hijo, con todo no da caucion á causa de ser legal este usufructo,† como tambien porque seria inpiedad que un hijo tuviese tan poca confianza de su padre.

Si se busca en que cosas se puede constituir el usufructo, hallarémolos que la definicion dada lo declara bastante-mente; porque constando en ella que se debe usar y gozar salva la sustancia de la cosa, se infiere que solo se puede constituir usufructo en cosas que no sean fungibles. Los juristas dividen las cosas en *fungibles* que constan de número, peso y medida, esto es, que se compran y venden contadas, pesadas y medidas y en no *fungibles*, que no admiten estimacion segun número, peso y medida. Pero como estas definiciones son algo oscuras, aclararémolos mas la diferencia de

\* L. 20. tit. 31. P. 3.

† L. 5. tit. 17. P. 4.



las cosas fungibles y no fungibles: 1. diferencia. Las cosas fungibles de nada sirven si no se consumen, v. g. el vino, el pan, el trigo; pero de las no fungibles podemos usar dejandolas ilesas, v. g. un campo, una casa.

2. En las cosas fungibles el dar otro tanto es dar la misma cosa; v. g. se me han dado prestados 100 pesos, si yo vuelvo otros tantos satisfago cumplidamente aunque no haya vuelto los mismos 100 pesos que recibí; mas en las cosas no fungibles, una cosa igual ó equivalente no es la misma; y así si yo presté un libro y vuelvo otro del mismo tamaño y aun igual en todo, no satisfago sino que debo volver el mismo en especie.

3. Las cosas fungibles no admiten regularmente precio de particular afeccion: v. g. un peso por habermelo dado el rey no vale mas que otro peso que he recibido de un rústico; pero las cosas no fungibles si lo admiten; y así un libro aunque no valga mas de 10 ó 12 reales, puede ser para mí de mayor estimacion que 10 ó 12 reales, por ser

regalo de un príncipe ó de un gran amigo y un monumento de su cariño.

Ahora pues, el usufructo solo se puede constituir en las cosas no fungibles, porque estas solas no se consumen con el uso, y el usufructo es un derecho de usar, y de gozar de la cosa salva su sustancia; y así sería un absurdo si á Ticio. v. g. se concediese el usufructo de una botija de vino, pues si usaba de él, ninguna utilidad quedaría al propietario. Con todo, para este caso se inventó un *cuasi usufructo* que tiene lugar en las cosas fungibles, prestando caucion el cuasi usufructuario, que acabado el uso de la cosa, volverá otro tanto en el mismo genero de aquello que recibió. De esta suerte, si yo tengo el cuasi usufructo de una bodega de vino, podré consumirlo todo, dando caucion de que acabado el tiempo de este usufructo, volvere tantas botijas de vino, como las que contenia la bodega, y que será de la misma calidad &c.\*

\* Se preguntará ¿si en vestidos podrá consistir verdadero usufructo, ó si solo será *cuasi* en el caso de que un testador concediese en su testamento á

## 101

Siendo justo que el que percibe las comodidades de la cosa, sufra sus cargas se sigue: que el usufructuario que logra todos los frutos de la cosa, debe pagar los tributos, pechos y demas contribuciones á que esté obligada la cosa.

Hemos visto hasta aquí la naturaleza del usufructo: falta ver como se constituye y como se acaba. Se constituye el usufructo ó por la ley ó por el dueño de la cosa. Por la ley, siempre que las leyes disponen que en estas, ó en aquellas cosas tengamos el usufructo: v. g. las leyes mandan que al padre competa el usufructo en los bienes adventicios de sus hijos.\* El señor puede conceder el usufructo de su cosa ó por última voluntad, esto es, por legado, ó por pacto.† En el primer caso no hay

otro el usufructo de sus vestidos? Y se responde que puede ser uno y otro: será verdadero usufructo, si de tal suerte concedió el testador el uso de sus vestidos, que quede obligacion de restituir los mismos en especie acabado el tiempo de la concesion: y será *cuasi*, si se deben restituir otros ó su estimacion. Hein. en este tit. §. 419.

\* L. 5. tit. 17. P. 4.

† L. 20. tit. 31. P. 3. *ibi. é tal otorgamiento como este puedese fucer por postura, ó en testamento.*

## 102

necesidad de tradicion, sino que el usufructuario adquiere derecho en la cosa en virtud del testamento luego que el testador muere. En el segundo caso el pacto solo da derecho á la cosa, esto es, accion personal contra el que promete para que realice el usufructo prometido ; pero no habrá derecho en la cosa hasta que se verifique la *cuasi tradicion*. Esta concesion de usufructo entre vivos se hace ó por voluntad espresa del señor, por pacto como llevamos dicho, ó por voluntad tácita, como si alguno dejó que otro usára y gozára de su cosa sin contradecirlo por el tiempo de 10 años en su presencia ó de 20 en ausencia, pues entónces adquiere el usufructo por prescripcion.

Los modos de acabarse el usufructo nacen de su naturaleza y definicion; y así cesa primeramente el usufructo, por la muerte natural del usufructuario,\* pues es servidumbre personal que se debe á la persona y acaba con ella. Pero si á una ciudad, ó república que es persona moral y no se entiende que

\* L. 24. tit. 31. P. 3.

muere, se la deja algun usufructo, nuestras leyes disponen para este caso que dure 100 años\* si no se señaló tiempo: y es la razon; porque en el usufructo es necesario que la propiedad no sea del todo inútil al señor y lo sería si nunca volviese al propietario el usufructo. 2. Cesa tambien por muerte civil, esto es, por servidumbre ó por destierro perpetuo.† 3. Por consolidacion, esto es, cuando el usufructo se une á la propiedad; pues como ya se ha dicho mas de una vez, á ninguno puede servir su cosa.‡ 4. Estinguida la cosa se estingue tambien el usufructo que se tenia en ella. 5. Por no uso de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes; pero no por el abuso de la cosa, pues para este caso está bastante asegurado el propietario con la fianza que se le ha otorgado por el usufructuario. 6. Se acaba por enagenacion hecha por el mismo usufructuario, la cual no produce mas efecto que hacer que el usufructo vuelva

\* L. 24. d. tit. y P.

† Vease la misma ley 24.

‡ La misma ley 24.

## 104

al propietario y nunca pasará al otro á quien se quería enagenar. Finalmente se acabará el usufructo por acabarse el tiempo por el cual se concedió la cosa, si este se señaló al tiempo del pacto.\*

### TITULO V.

#### *Del uso y de la habitacion.*

Fuera del usufructo nos restan otras servidumbres personales, conviene á saber, *el uso, la habitacion y las obras de los siervos*. La diferencia que hay entre el usufructo y el uso es clara, si se tiene presente lo dicho arriba. El usufructuario no solo usa para ocurrir á su necesidad, sino que á mas de esto, goza de la cosa para su utilidad y placer: el usuario solamente usa, no goza. Se definirá pues el *uso*, diciendo que es *un derecho de usar de las cosas ajenas para sacar de ellas lo precisamente necesario y salva su sustancia*.

\* L. 24. tit. 31. P. 3.

De aquí nacen varios axiomas. 1. *Menos provecho se saca del uso que del usufructo,\** pues en el usufructo se adquiere todo aquello que ordinariamente dá la cosa, ahora sean frutos para necesidad, utilidad ó placer ; pero el usuario solamente toma lo que necesita ; y así. (2. Axioma :) *el uso solamente satisface la necesidad de cada dia.†* 2. *Con varios ejemplos aclararemos esta materia.* El que tiene el uso de una heredad solo debe tomar de la fruta, yerbas, flores, hortaliza, &c. lo que ha menester para comer él y los de su casa ; pero no para dar á otro ni para vender.‡ Si á alguno se le concede el uso de una casa la puede habitar ; pero no toda sino solo aquellas piezas de que tenga necesidad segun su condicion ; pero no podrá alquilarla y solo se

\* L. 20. tit. 31. P. 3. ibi. “ *E de tal otorgamiento como este no se puede aprovechar del tan lleneramente aquel á quien es fecho como del usufruto.*”

† L. 20. tit. 31. P. 3. ibi. “ *Porque este que ha el uso tan solamente non puede esquilmar la cosa si non en lo que oviere menester ende para su despena.*”

‡ La misma L. 20. cerca del fin.

le permite recibir huéspedes si quiere.\* El que tiene el uso de algun ganado, puede tomar de la leche, lana, estiercol, todo aquello que necesite segun sus circunstancias y número de su familia.†

Finalmente, como el uso solo está ceñido á la necesidad del usuario, es claro, que este no puede venderlo ni alquilarlo ni concederlo graciosamente á otro como tampoco las cosas que son su materia.

La tercera servidumbre personal se llama *habitacion*: esta es un derecho de *habitar la casa agena sin deteriorarla*. Por esta servidumbre se concede no solo el uso, sino el goce de todas aquellas piezas de la casa que están destinadas para habitacion. De donde se infiere, que este derecho es mas pingüe ó comprende mas, que el uso de la casa.‡ El usuario recibe solo aquellas piezas que ha menester y el habitador las tiene todas con tanta amplitud que puede con-

\* L. 21. tit. 29. P. 3.

† L. 21. ya citada.

‡ Cotejese la L. 21. con la 27. t. 31. P. 3.



cederlas gratis ó alquilarlas á otros, lo cual dijimos poco ántes que no podia el usuario.\*

De la misma definicion aparece claramente que este derecho de habitacion es menos pingüe que el usufructo de una casa,† pues el usufructuario percibe los frutos de todas las partes que la componen de suerte que se aprovecha de sus tiendas; de sus baños, huertas, jardines &c.; por el contrario el habitador solo tiene las piezas destinadas para habitacion, y nada mas.

La última servidumbre personal son las obras de los siervos: por ella entendemos *un derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ageno*. Es de mas utilidad esta servidumbre que la de uso de un siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad, y así no puede locarlas á otro, como puede justamente aquel a quien se ha otorgado servidumbre de obras.

\* L. 21. t. 31. P. 3.

† L. 20. tit. 31. P. 3. V. La segunda manera es.

## TITULO VI.

### *De la usucapion.*

Dijimos arriba, que los modos de adquirir unos eran de derecho de gentes y otros de derecho civil. Los primeros establecimos que eran tres: ocupacion, accesion y tradicion: siguen ahora los civiles, que son los que no nacen solamente de la razon natural, sino que provienen en mucha parte de las leyes civiles. Estos modos de adquirir por derecho civil se dividen en *universales* por los cuales se nos trasfiere todo el derecho que alguno tiene en sus cosas; de suerte que este sucesor universal entra en todos los derechos de su antecesor y recibe en sí todas sus obligaciones: y *singulares* por los que no pasa todo el derecho de otro á nosotros, sino solamente se adquiere el dominio de una cosa singular. De los modos universales no conocemos otro en el dia mas de la herencia; de los singulares hay cuatro: usucapion ó prescripcion,

donacion, legado, y fideicomiso. Trataremos primeramente de la prescripcion, y luego de los demas.

La prescripcion podemos decir que es *un modo de adquirir el dominio de una cosa capaz, por cierto tiempo establecido en derecho habiendo buena fe, justo título y estando en posesion de ella.* Antes de esplicar los cinco requisitos esenciales para la prescripcion que se contienen en la definicion dada, es necesario decir algo sobre su justicia y utilidades que acarrea á la república.

Es innegable, que el bien público se debe anteponer á todo otro particular : de esta suerte ninguno puede dudar que sea justa la prescripcion, viendo que el público se interesa en el cultivo de las tierras y en que los dominios de las cosas no esten inciertos. De otro modo el descuido y negligencia de los poseedores, acarrearía notables perjuicios al estado y ninguno estaria cierto de que era verdadero señor de la cosa, á mas de estar siempre obligado á responder al que alegase dominio en ella, volviendose

TOM. II—10

## 110

de este modo los pleitos interminables. Este es el motivo por que despues de varias controversias, se ha admitido la prescripcion entre las naciones, siendo fuera de esto conforme al derecho natural, que aquellas cosas que son de ninguno cedan al primero que las ocupa; y las cosas abandonadas por su dueño las tiene el derecho por de ninguno. ¿Y que cosa se podrá llamar con mas razon abandonada que aquella que en un espacio considerable de años no es buscada ni solicitada por su dueño, ni vindicada del que la posee? Con razon pues pierde el dominio de la cosa en pena de su negligencia; y porque las cosas que se tienen por abandonadas ceden al primero que las ocupa.\*

Veamos ahora los requisitos de la prescripcion, que como se ha dicho ya nacen de su definicion. El 1. *es la buena fe*. Por ella entendemos un juicio recto por el cual uno cree que es verdadero señor de la cosa; y así si uno compra un libro sabiendo que no es del

\* L. 1. t. 29. P. 3. Vease á Olmeda en el derecho público de la paz, tom. 1, cap. 11.

vendedor sino de otro, no lo adquiere por prescripción, pues se lo impide la mala fe. Nuestro derecho no requiere buena fe sino al principio, esto es, que en el tiempo del contrato ó de la adquisición se crea uno dueño, de suerte que la mala fe superveniente no daña,\* v. g. si yo compro un libro, y despues de tenerlo dos años creyendo que habia comprado de un verdadero señor, comienzo á oír que no lo era del libro, con todo la prescripción corre y yo adquiero. Pero esto se halla enmendado por el derecho canónico, que requiere buena fe continua y perpetua desde el principio de la prescripción hasta el fin,† y así se practica.

2. El otro requisito es el *justo título*, esto es, una causa tal que sea hábil para

\* L. 12. tit 29. P. 3.

† Cap. 20. de prescrip. *Quoniam omne quod non est ex fide peccatum est sinodali iudicio deffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica, quam civilis, cum generaliter sit omni consuetudini derogandum quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet ut nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae.*

## 112

trasferir el dominio como ya esplicamos en otra parte. De esta suerte, aunque el título sea justo si no es hábil para transferir el dominio, es absurdo creer que la cosa poseida de este modo se pueda prescribir; y así, v. g. si alquilé una casa y la he poseido por diez ó veinte años, no por esto me hago dueño de ella, porque la locacion ó conducion no es título hábil para transferir el dominio, aunque en sí es justísimo.\* De aquí se sigue que no es suficiente para la prescripcion el error de justo título: v. g. tengo una cosa mueble por mia creyendo que la compre ó que me fué donada, si despues sé que no es así, aunque la haya tenido tres años, no la prescribo† sino es que el error fuera invencible procedente de hecho ageno, que entonces valdria la prescripcion, como si uno mandase á su procurador que le comprara alguna cosa, y este no lo hiciese así sino que la hubiese sin título, y la entregase al señor diciendole que la habia comprado; te-

\* Vease la L. 9. t. 29. P. 3.

† L. 14. d. t. y P.

niendo esta cosa por tres años, la prescribirá por ser el error invencible y de hecho ageno.\*

Antes de pasar adelante, es necesario advertir que el título puede ser *verdadero ó no verdadero*. *Título verdadero* es aquel en fuerza del cual se trasfiere el dominio sin necesidad de prescripción, como cuando la cosa se ha comprado de su verdadero señor. El no verdadero puede ser de tres maneras, *putativo, colorado y presunto*. *Putativo* se llamará cuando se juzga que hay título no habiendolo hábil, como el que cree que una cosa la poseé por donación, siendo recibida en prestamo. *Colorado* es aquel que tiene visos de verdadero título, pero en realidad de verdad no tiene fuerza de tal, como el que ha comprado una cosa de uno que no es verdadero señor, pero el que la recibe cree que lo es. *Titulo presunto* es aquel que el derecho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. Esto supuesto, veamos cual de

\* Vease la misma ley del mism. tit. al fin.

10\*

estos títulos es necesario para la prescripción.

1. El título verdadero no se requiere, antes habiendolo no se da prescripción porque ya se adquirió dominio.

2. Para la prescripción ordinaria de tres, diez, y veinte años, se requiere título colorado.\*

3. Para la prescripción de larguísimo tiempo, esto es, de treinta, cuarenta y cien años, basta título presunto; y es la razón, porque con el curso de tanto tiempo presume el derecho que hay justo título no habiendose reclamado la cosa, y aunque habiendo mala fe no se prescriba según derecho canónico, con todo el derecho civil quita la acción para reclamar su cosa á los dueños,† en atención á las razones dichas.

4. El título putativo no basta para la prescripción ordinaria de tres años, &c.,‡ pero sí para la de las servidum-

\* Argumento de la ley 9. tit. 29. P. 3. y de la 14. en el princ.

† Veanse las Ll. 21, 23, y 27. d. t. y P. de las que se hace argumento para probar lo dicho.

‡ L. 14. tit. 29. P. 3



bres ; y es la razon, porque el uso de uno y paciencia del otro por tantos años, sirve de título.

Se sigue el 3. requisito de la prescripcion, y es que la cosa sea capaz de ser prescrita.

1. Son imprescriptibles las cosas forzadas, hurtadas, ó poseidas con mala fe no solo por el ladron, lo cual es indubitable,\* sino tambien por el tercer poseedor, segun opinan muchos autores† fundandose en la ley 5. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast. y es enteramente cierto, que ningun poseedor de mala fe prescribe si se atiende al derecho canónico que no admite prescripcion si no es que el poseedor persevere en buena fe hasta el ultimo dia de su complemento ; y así se tiene por derogada la ley 21 tit. 29. Part. 3. la cual establece que con treinta años de posesion, se adquiere la cosa de cualquier modo que la hubiere adquirido.‡

\* L. 5. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

† Vela Dis. 48. núm. 45. Covarrubias en la regl. Possesor. Molina de Prim. lib. 2. cap. 6.

‡ Vease á Greg. Lop. en la glosa de dha. L. 21. tit. 29. P. 3. Lib. 10. tit. 2. del Fuero Juzgo.

2. Item, es imprescriptible el hombre libre.\*

3. El sumo imperio y jurisdiccion civil y criminal que tienen los reyes, y odo lo que no se puede hacer sin tenerla, no se puede prescribir; pues con motivo de ser inherente á los huesos del príncipe, es necesario serlo para gozarla.†

4. Está tambien enteramente prohibida la prescripcion aun inmemorial de los pechos y tributos debidos al rey, como tambien de las alcabalas, en lo cual se declara que no corre el tiempo, y que la prescripcion se tiene por injusta y dañosa al bien comun.‡

5. Las cosas hipotecadas, empeñadas, arrendadas, ó alquiladas, tampoco se pueden prescribir por tiempo alguno, pues los que las tienen no poseen por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen.§

\* L. 24. d. tit. y P.

† L. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

‡ Vease la dha. L. 1. al fin, y la 2. tit. 15. lib. 4. de la misma Rec.

§ L. 4. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast. y 22. tit. 29. P. 3.

**El 4. requisito es el tiempo prefinido por derecho ; y como este es vario segun la calidad de las cosas que se prescriben, se advierte que la prescripcion, una es temporal, y otra inmemorial. Esplicarémós primero la diversidad de tiempos que comprende la temporal, que se llama así por estar ceñida á cierto tiempo.**

La primera prescripcion de esta naturaleza es la anual. Con ella se prescribe la pena en que cayó el que salió por fiador de otro para presentarle en juicio hasta cierto tiempo, y bajo de la dicha pena. Si incurriere en ella por no haber cumplido lo prometido, y no se le pidiere dentro de un año contado desde el dia en que cayó en la pena, la prescribió, y no puede ser en adelante demandado.\*

2. La segunda prescripcion temporal, es la de tres años con que se adquieren las cosas muebles† y se prescriben los salarios de los criados no pidiendolos en todo este tiempo contado

\* Vease este caso espreso en la L. 10. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

† L. 17. tit. 29. P. 3.

desde que fueron despedidos de sus señores. Asimismo, pasados tres años, no pueden pedir lo que hubieren dado de sus tiendas los boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos por lo tocante á sus hechuras; y los especieros y confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer,\* como tambien los salarios de los abogados y procuradores no habiendose contestado demanda sobre ello antes que hayan pasado los mismos tres años.†

3. La tercera especie de prescripcion temporal es la de diez años, y con esta se ganan los bienes raices entre presentes,‡ y el derecho de ejecutar por obligacion personal.§

4. La prescripcion de veinte años que es la cuarta, sirve para adquirir los bienes raices entre ausentes|| y la accion personal y ejecutoria dada sobre ella.¶

5. La quinta manera de prescripcion

\* L. 9. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

† L. 32. tit. 16. lib. 2. Rec. de Cast.

‡ L. 18. tit. 29. P. 3.

§ L. 6. en el princ. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

|| D. L. 18. t. 29. P. 3.

¶ L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

que es de treinta años, sirve para ganar por este tiempo segun derecho de partidas las cosas con mala fe, con la diferencia de que habiendo buena fe en el que prescribe, si otro le quita la cosa, puede pedirla en juicio, si no es que sea el verdadero señor el que se la quitó, pero si la poseyese de mala fe no puede demandar la posesion si no es que otro se la hubiese robado á él, ó la hubiese dado prestada ó alquilada. Tambien puede recobrarla si el juez le hubiese quitado la dicha cosa por no responder á la citacion, pues en este caso si viniese dentro de un año y respondiese á la demanda puesta, se le entregará pagando las costas.\* Tambien se prescriben por treinta años las acciones real, hipotecaria y mista de real y personal.†

6. La otra especie de prescripcion temporal es de cuarenta años, y con ella se adquieren las cosas de las iglesias que sean raices, pues las muebles se pierden por tres años como todas las demas.

\* L. 21. tit. 29. P. 3.

† L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

Tambien se adquieren por el dicho tiempo los bienes que son de patrimonio de alguna ciudad ó villa, y que no son de uso comun á todos los pueblos,\* como siervos, viñas, navios, &c. pues las públicas como plazas, calles, &c. solo por tiempo inmemorial se podrán prescribir. Prescribese finalmente por cuarenta años el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo ó su heredero, ú otro alguno á quien el mismo la hubiese obligado otra vez.†

7. La septima especie de prescripcion temporal aunque de larguísimo tiempo, es la de cien años. Pero este privilegio solo está concedido á las cosas raices de la iglesia de Roma;‡ y así si alguno posee un campo que pertenezca á los dominios del Papa por cualquier título que lo haya adquirido de algun no señor, no prescribirá si no es que pasen cien años.

\* L. 7. tit. 29. P. 3.

† Vease la L. 27. tit. 29. P. 3. y la L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

‡ L. 26. tit. 29. P. 3.

**Siguiese la prescripcion inmemorial, la cual no está reducida á tiempo cierto, y se llama así, porque para que lo sea es necesario que la posesion de la cosa sea tan antigua que no haya memoria de lo contrario. Debe pues, probarse esta prescripcion con testigos de buena fama que depongan haber visto poseer la cosa por espacio de cuarenta años, y que así lo oyeron decir á sus mayores, y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario; y que de ellos es pública voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra.\* Por esta prescripcion se adquiere el señorío de cualesquier ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, entendiendose sujeta á la suprema que reside en el monarca, la que como se ha dicho no se puede prescribir.**

**5. El último requisito para la prescripcion es la *posesion continua*.† La palabra posesion no se toma aquí en**

\* L. 1. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast. que se refiere á la 1. tit. 7. lib. 5. de la misma.

† L. 9. tit. 29. P. 3. y la L. 29. del mismo tit. Arg. de la L. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec. de Cast.

sentido natural y gramatical, esto es, por la nuda detencion de la cosa, sino en sentido civil y jurídico, en el que se requiere detencion corporal, y ánimo de adquirir.\* El que detiene pues la cosa de este modo con una continua y no interrumpida posesion y por el tiempo establecido por las leyes, adquirirá el dominio por medio de la prescripcion. De aquí se sigue, que la posesion interrumpida no aprovecha: esta interrupcion puede ser de dos maneras, natural ó civil;† la natural se verifica cuando uno es echado de la posesion ó por el verdadero señor ó por otro. La civil se hace por acto judicial cuando el verdadero señor entabla su accion en juicio contra el poseedor de su cosa y este es citado y emplazado por el juez.‡ Impedida pues, la posesion de alguno de estos modos, se tiene por interrumpida la prescripcion, y no aprovecha el tiempo corrido, de suerte que si uno hubiera poseido la cosa raiz por nueve años y en

\* L. 1. tit. 30. P. 3.

† L. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rcc. de Cast.

‡ L. 29. tit. 29. P. 3.



el décimo se le interrumpe, de nada le aprovechan los años corridos, (si no es que sea absuelto de la demanda;) y así debe comenzar de nuevo el tiempo de su prescripción desde el día en que volvió á poseer la cosa.\*

No solamente se interrumpe la prescripción mediante demanda judicial, sino también por la interpelación hecha ante los vecinos de la casa y protesta de que solo por impedimento no lo demanda en juicio;† y si el poseedor es huérfano ante su tutor.‡

Resta ahora investigar si al sucesor aprovechan los años que ha poseído el antecesor; v. g. ¿si prescribiré una cosa raíz que mi padre poseyó seis años, poseyéndola yo los cuatro restantes? En este particular es regla general la siguiente: *el sucesor continúa la posesión de su antecesor, sea sucesor universal, sea singular siempre que ambos tengan buena fe; pero para comenzar la prescripción*

\* Dha. L. 29. del mismo tit. y P.

† L. 30. tit. 29. P. 3.

‡ Ll. 29. y 30.

desde sí mismos, no les daña la mala fe de su antecesor.\*

## ADICION.

*En el lugar en que se cita á Olmeda en su derecho público se pueden tambien ver á Vattel lib. 2. cap. 11. y á Renneval lib. 2. cap. 8. Sobre la derogacion de que habla el autor de la ley 21. tit. 29. P. 3. véase el Sala, lib. 2. tit. 2. n. 10.*

*Entre las cosas cuyo dominio se pierde por la prescripcion pasados tres años, se pone el salario de los criados: para esto se cita la ley 9. tit. 15. lib. 4 de la Rec. de Cast. Se puede ver mas estensamente al Acevedo sobre esta ley y al Carleval tom. 2. lib. 1. tit. 3. disput. 4 núm. 2 y sig. donde se hacen cargo de esta materia y de la presuncion de mala fé del deudor é interrupcion de la prescripcion por interpelacion estrajudicial.*

*Hay tres cédulas con fecha de 16 de septiembre y 26 de octubre de 1784 y 19 de mayo de 1785 (que apoya las anterio-*

\* L. 16. tit. 29. P. 3.

*res,) en las que derogandose todo fuero secular, se previene que todos los sirvientes, artesanos, jornaleros, &c. ocurran á los jueces ordinarios para pedir cuanto se les deba, y que desde el día de la interpelacion estrajudicial hasta el de la solucion, esten obligados sus deudores maliciosos á pagarles á los operarios el interes de seis por ciento y á los sirvientes, el de tres.*

## TITULO VII.

### *De las donaciones.*

Donacion es *una liberalidad hecha á otro, sin que ningun derecho nos obligue á ello.\** Se llama *liberalidad*, porque no puede verificarse donacion sin cosa que tenga algun valor. Es necesario que sea *hecha á otro*, porque ninguno puede donarse á sí mismo. Finalmente debe ser *sin que ningun derecho nos obligue á ello*, porque cuando uno da á otro lo que le debe, no dona, sino que paga.

\* L. 1. tit. 4. P. 5.

## 126

La donacion en general se divide en una que se hace *entre vivos*, y otra por *causa de muerte*.\* La primera es la que se hace sin respeto ni consideracion al caso de muerte. Y la segunda se verifica por miedo, ó con respicencia á ella, de suerte, que el donante quiere mas tener la cosa que darla, si no es que muera. Para entender la diferencia de estas dos donaciones es menester distinguir si uno dona de tal suerte, que trasfiera el dominio luego al punto, y solo se reserve la posesion hasta la muerte, ó si el donante no trasfiere otra cosa que la esperanza, y el dominio hasta despues de su muerte. En el primer caso es donacion entre vivos, esté sano ó moribundo el que la hace. En el segundo, es donacion por causa de muerte, ahora este prócsimo el peligro, ahora no.

Esto supuesto, veamos quien puede donar. Una y otra donacion es realmente liberalidad que trasfiere el dominio en el donatario, ya sea al punto ó

\* Ll. 1. y 11. tit. 4. P. 5.

para lo por venir. **Dominio entre vivos no puede transferir sino el que es señor y tiene la libre administracion de sus bienes.\*** La donacion por causa de muerte como es muy semejante á la última voluntad, solo aquel trasfiere el dominio de este modo, que puede hacer testamento.

De estos axiomas se infiere que no puede donar entre vivos, 1. el menor de 25 años: 2. el loco desmemoriado ó pródigo á quien le está prohibida la administracion de sus bienes: 3. el hijo que está bajo el poder de su padre sin su licencia, si no es que fuese del peculio castrense, ó cuasi castrense, del cual puede disponer á su arbitrio, pues del profecticio solo podrá hacer donacion por causa justa.† 4. El que es reo de delito de lesa magestad á no ser que lo cometa despues de hecha la donacion ;‡ aunque este y todo condenado á muerte puede donar de los bienes que no le han sido confiscados.§

\* Arg. de la L. 1. tit. 4. P. 5.

† L. 3. tit. 4. P. 5.

‡ L. 2. del mismo tit.

§ L. 3. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

Como la donacion entre vivos hemos dicho que es un pacto, y este no se puede hacer sin promesa de parte de uno y aceptacion de parte de otro, se sigue: que la donacion requiere aceptacion sin que se deba poner en esto diferencia entre la donacion por causa de muerte, y la entre vivos, pues una y otra se ha de aceptar; antes bien en esto consiste la diferencia entre la donacion por causa de muerte, y el legado ó fideicomiso, pues aquella se debe aceptar por el donatario presente, y el legado ó fideicomiso se puede dejar al ausente ó ignorante. Se requiere tambien que el donante y donatario sean personas diversas, pues es evidente que ninguno puede donarse á sí mismo. Esta es la razon de no valer la donacion entre el padre y el hijo, pues el derecho los reputa por una misma persona. Esta misma razon habia antiguamente para que no valiese la donacion entre marido y muger; pero nuestro derecho las prohíbe, porque el mútuo amor sería causa de que empobreciesen haciendose donaciones cuantiosas;\* y se prueba ser esta la razon

\* L. 4. tit. 11. P. 4.

mas propia de una ley del Fuero Real que permite hacer estas donaciones pasado el primer año en el que se deja ver que el amor será mas vivo y tierno.\*

Hemos dicho que la donacion es una liberalidad, y esta debe trasferir una cosa que traiga alguna utilidad. La traen pues, todas las que estan en el comercio de los hombres por lo cual no se pueden donar las cosas sagradas, santas, religiosas, públicas, &c. Son tambien útiles las cosas incorporales, como los derechos, servidumbres, obligaciones, &c. y así no hay duda que se pueden donar. Pueden traer tambien utilidad todos los bienes presentes y futuros de alguno que fuese tan liberal, ó por mejor decir, tan pródigo que los quisiere donar; pero para evitar los graves inconvenientes que tendria semejante donacion, la ha prohibido espresamente el derecho, estableciendo que ni aun todos los bienes presentes se pueden donar.† Finalmente, las cosas ajenas pueden prestar utilidad, y así se pueden donar;

\* L. 3. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real.

† L. 8. tit. 10. lib. 5. Rec. de Cast.

pero esta donacion solo producirá efecto en el caso de que el donatario reciba la cosa con buena fe, esto es, creyendo que el que se la dona es verdadero señor, pues entonces adquirirá la cosa por prescripcion si el dueño no la vindicare en tiempo oportuno.

Las dos especies de donaciones ya explicadas se diferencian primeramente en el modo de donar. La donacion entre vivos como solamente es pacto, no requiere mas que el consentimiento, y así no necesita de solemnidades algunas; pero la donacion por causa de muerte necesita de tres ó cinco testigos por participar de la naturaleza del testamento.

2. Se diferencian por razon de la libertad de donar; y así como entre vivos hay peligro de llegar á pobreza si se hacen donaciones cuantiosas, por eso se ha mandado que esta donacion no esceda de 500 maravedis de oro, que en pesos fuertes de nuestra moneda hacen 1280 y para que la donacion pueda ser mas cuantiosa de lo dicho, es necesario sea hecha á lugares piadosos, ó al rey, ó que se haga con escritura pública



y otorgamiento del juez.\* Mas la donacion por causa de muerte, como vale ó tiene efecto hasta despues de la muerte, y no hace mas pobre al donante por grande que sea, no necesita de insinuacion. 3. Se diferencian en el efecto. La donacion entre vivos vale al punto, y una vez hecha no se puede revocar sin causa, pues aquello que se hace por mútuo consentimiento, no se puede disolver sino por mútuo disentimiento; pero la donacion por causa de muerte siempre es revocable, porque participa de la naturaleza de las últimas voluntades que son variables como el hombre hasta el punto de la muerte. 4. Se diferencian por razon de la traslacion del dominio. La donacion entre vivos es título hábil para trasferirlo; pero el título no dá sino solo derecho á la cosa, y para tenerlo en la cosa es necesaria la subsiguiente tradicion. Así pues, no me hago señor de la cosa donada hasta que se verifique la tradicion. Por el contrario, porque la donacion por causa de muerte es semejante á la última voluntad, y por esta pasa el dominio á noso-

\* L. 9. tit. 4. P. 5.

tros sin tradicion luego que el testador ó donante ha muerto, de aquí es, que las cosas donadas de esta suerte se hacen nuestras luego que el donante muere, no habiendolas revocado antes. 5. Se diferencian por razon de la paga. El que es reconvenido por la donacion entre vivos, goza del beneficio de competencia, y no se le condena en toda la cantidad no teniendo con que pagar, pues se le debe dejar lo necesario para pasar la vida sin mendigar. Finalmente, se diferencian en las acciones. La donacion entre vivos como solo da derecho á la cosa, no produce accion real, sino solo personal contra el donante. Por el contrario, la donacion por causa de muerte siendo semejante á la última voluntad ó los legados, se pide con las mismas acciones que estos, conviene á saber; *rei vindicatoria*, hipotecaria y personal contra el heredero.

Hemos advertido poco ha que la donacion entre vivos es irrevocable; pero esta regla, (como todas) tiene sus excepciones. La 1. es, si la donacion hecha es inoficiosa; y se llama así aquella por la cual los hijos del donante son dañados

en su parte legítima, y se revocará en toda aquella cantidad en que esceda del quinto de que tiene el padre libre disposicion.\* 2. Se revoca tambien todo lo que esceda de 500 maravedis de oro, no siendo la donacion hecha con alguna de las condiciones dichas arriba para que valgan las donaciones cuantiosas.† 3. Revocase tambien la donacion por ingratitud del donatario. Mas como la ingratitud es ó simple cuando uno no agradece ni hace bien á su bienhechor, ó preñada cuando le hace mal; es menester notar que la primera no basta para revocar la donacion, sino que es necesaria la segunda de la cual asignan las leyes cuatro casos. 1. Cuando el donatario deshonra de palabra al donante ó le acusa de algun delito por el cual merece pena de muerte ú otra semejante. 2. Cuando le injuria de hecho poniendo manos airadas en él. 3. Cuando le hace grande daño en sus cosas. 4. Cuando le procura la muerte.‡ Pero

\* L. 8. en el fin tit. 4. P. 5.

† L. 9. en el fin tit. 4. P. 5.

‡ L. 10. tit. 4. P. 5.

es digno de notarse que el donante solamente puede revocar la donacion hecha al ingrato, mas no sus herederos, pues si él no la revocó en vida, se hace juicio que perdonó la injuria, y es regla general que *las acciones que miran solamente á la venganza no se dan á los herederos*. Pero ni aun contra los herederos del donatario ingrato tiene el donante accion para revocar la donacion hecha, porque solo se ha establecido para venganza, y esta solo tiene lugar contra el que nos agravió, lo que de ningun modo ha hecho el heredero. Se puede finalmente revocar la donacion por nacerle hijos al donante, como espresamente lo dispone nuestro derecho.\*

### § I. *De las donaciones llamadas propter nuptias.*

Hay varias donaciones entre el hombre y la muger antes del matrimonio. La primera es llamada *dote*, y ne es otra cosa, que aquel caudal ó bienes que la muger dá al marido por razon de

\* L. 8. tit. 4. P. 5.

su casamiento á efecto de ayudar á sostener las cargas del matrimonio: de esta hemos tratado en otra parte.

Las arras son de tres maneras. Unas son lo que el esposo dá, ú ofrece á la esposa por razon de la dote que con ella recibe; ó por honor del matrimonio, y atencion á la virtud, honestidad y otras apreciables prendas y circunstancias de que está adornada; ó por remuneracion y recompensa de su virginidad y nobleza: y esta donacion se llama vulgarmente *arra*, y por derecho de partidas *donacion propter nuptias*.\*

Lo que el esposo da simple y francamente á la esposa para su adorno, v. g. anillos, aderezos &c, ó esta á él antes que el matrimonio sea consumado; pero con esperanza y fin de casarse, se llama en latin *sponsalitia largitas*; pero tacitamente se entiende que tal donacion como esta la debe restituir el donatario al donante si fuese en su culpa que el matrimonio no se cumpla.† Y si acaeciese morir alguno de ellos antes de consu-

\* Vease la l. 1. tit. 11. P. 4.

† L. 3. t. 11. P. 4.

**marse debe restituirse la donacion integramente al que la hubiere hecho, ó á sus herederos ; pero si fuere hecha por el esposo á la esposa, y la hubiere besado, no debe restituir esta, ni sus herederos mas que la mitad, y la otra mitad la pueden retener para sí.\***

**Veamos ahora á quanto pueden ascender estas donaciones. Sin embargo de que por las leyes† se permite poder hacer el marido á la muger, y ella á él, durante el matrimonio y siendo consumado, donacion de algunos bienes no haciendose el uno mas rico y el otro mas pobre; es de advertir, que el marido no puede dar ni ofrecer á su muger en arras ni en otra cosa alguna, mas que la decima parte de sus bienes que liquidamente tuviere y poseyere al tiempo de contraer el matrimonio, ó al de su separacion, segun fuere capitulado, como lo dispone una ley del Fuero Real confirmada por otra de Recopilacion,‡ en que se manda**

**\* D. L. 3. del mism. tit. y P:**

**† Veanse las leyes 4. 5. y 6. t. 11. P. 4.**

**‡ L. 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real y l. 2 tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.**

no se puede renunciar aquella, y que en caso de hacerse sea nula la renuncia. Ni tampoco puede dar el marido á la muger en dichas arras, joyas ó vestidos, mas que lo que importare la octava parte de la dote que con ella recibiere,\* sin que se pueda tampoco renunciar este derecho, y los contratos que se hicieren en contrario no valen, y las cantidades en que hubiere esceso deben ser aplicadas á la real cámara.†

La tercera especie de arras, y que lo son en todo rigor de derecho, es lo que los esposos de futuro se entregan antes de contraer matrimonio en señal ó prenda para justificar y hacer constar los esponsales de futuro, ó una especie de pena que se imponen para que la pague el que se aparte de celebrarlo,‡ lo cual segun parece, ya no se practica en el dia.

Vease sobre todo este parrafo á Febrero, P. 1. cap. 2. § 1. y 2. de la Librería de escribanos: á Colom de escriba-

\* Ll. 4. y 5. t. 2. lib. 5. Rec. de Cast.

† L. 5. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.

‡ Vease la L. 1. tit 11. P. 4.

nos tomo 2. lib. 2. cap. 3: á Gomez en la ley 52. de Toro, y todo el tit. 11. de la partida 4. Y se advierte por conclusion de este título que cuando muere el marido despues de consumado el matrimonio, llevará la muger ó los suyos, todo lo que el esposo la dió siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo, elegirá la muger, y por su muerte sus herederos, tomando las arras ó lo que el marido la dió: la cual eleccion se ha de hacer dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y pasados la harán ellos y podran darla de las dos cosas la que quieran.\*

## ADICION.

*Sobre la imposibilidad de donar los bienes confiscados se debe consultar el articulo 147 de la constitucion, que dice: “Queda para siempre prohibida la pena de confiscacion de bienes.” Por él se vé que en el dia no ecsiste ya semejante atentado contra la propiedad.*

\* L. 4. tit. 2. lib. 5. Rec. de Cast.



*La ley 69 de Toro que es la misma 8: del tit. 10. lib. 5. de la Rec. de Cast. dice terminantemente: “Ninguno pueda hacer donacion de todos sus bienes, aunque lo haga solamente de los presentes.”*

*Esta ley tan benéfica, y que sin duda fue arrancada por la esperiencia de los muchos males que por su falta se sufrían, vino á hacerse ilusoria y sin ningun efecto por las absurdas interpretaciones de los que llamandose comentadores del derecho, no hacían otra cosa que embrollarlo y dar resoluciones del todo opuestas á la letra de las leyes tan solo consultando á sus caprichos, intereses y preocupaciones. Véase á Antonio Gomez en dicha ley.*

*Hay un caso muy reciente y que aun está pendiente ante el congreso general, en el que se ven patentemente los males que han traído dichas interpretaciones eludiendo las disposiciones literales de las leyes. Las dos cámaras aunque en resoluciones diversas han manifestado del modo mas terminante el espíritu de que la ley citada se observe literalmente, y pronto saldrá una decision uniforme y bajo la misma base; de este modo se evitará que*

*la seducción y el engaño valiendose de los pretestos mas sagrados, pongan en la ultima miseria á los imbéciles, que con la mejor intencion y dejandose deslumbrar, abandonan todos sus bienes.*

## TITULO VIII.

*Quien puede enagenar ó no.*

En este título se debe notar una regla general y dos escepciones que padece. La regla es esta: *el señor puede enagenar su cosa*: la cual nace de la naturaleza y definicion del dominio, que segun dijimos es el derecho en una cosa corporal del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla. Pero esta regla padece como hemos dicho dos escepciones de las cuales se trata en este título. La 1. es que *algunas veces sucede que uno sea señor y con todo no pueda enagenar.* 2. *Otras veces el que no es señor tiene derecho de enagenar.*

La 1. escepcion reducida á que algunas veces el señor no puede enagenar,