

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

QUE SE RIGEN POR LAS DISPOSICIONES DEL

CÓDIGO CIVIL

Y DE LA

Ley de accidentes del trabajo

POR

JOSÉ MARTÍ Y CATALÀ

Escribano de actuaciones

CON UN PRÓLOGO

DE

EMILIO CATARINEU Y AGUDO

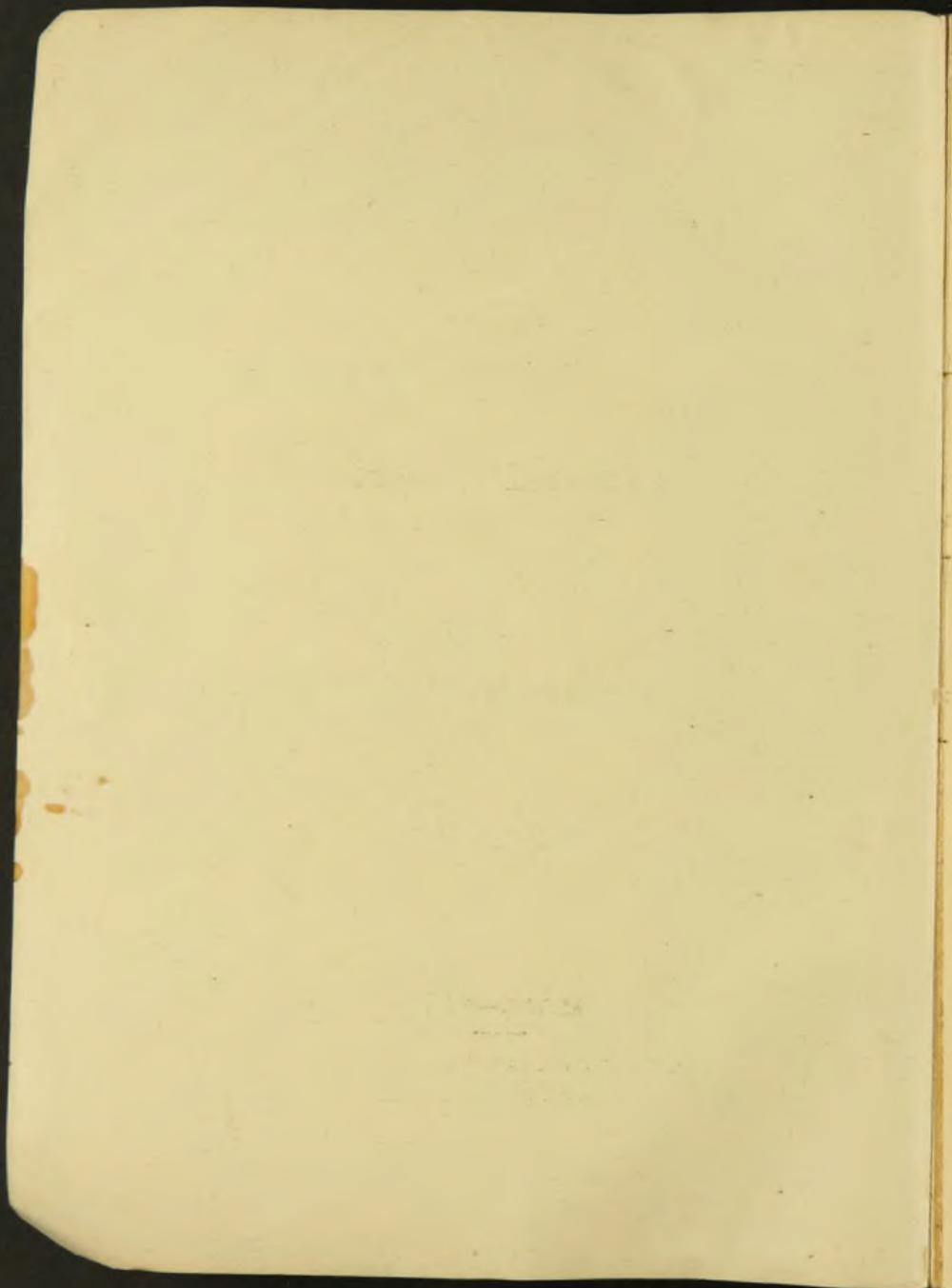
Juez de 1.^a instancia y ex-Notario (por oposición)



ALCOY.—1902.

IMPRESA DE "EL SERPIS,"

Anselmo Aracil, 10, (bajos)



PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

BPM Alcoi

Sig.: SL 45519//

Tit.: Procedimientos especiales que se

Aut.: Martí y Catalá, José

Cód.: 7065485 Req.: 853863



Es propiedad del Autor.
Queda hecho el depósito
que marca la ley.

PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

QUE SE RIGEN POR LAS DISPOSICIONES DEL

CÓDIGO CIVIL

Y DE LA

Ley de accidentes del trabajo

POR

JOSÉ MARTÍ Y CATALÀ

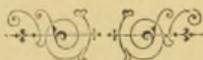
Escribano de actuaciones

CON UN PRÓLOGO

DE

EMILIO CATARINEU Y AGUDO

Juez de 1.^a instancia y ex-Notario (por oposición)



ALCOY.—1902

IMPRENTA DE "EL SERPIS,"

Anselmo Araçil, 10, (bajos.)

1870
1871
1872

INDICE

	<u>Págs.</u>
<i>Prólogo</i>	I

CAPÍTULO I

De la concesión de licencia ó consejo para contraer matrimonio

I. <i>Consideraciones generales.</i>	I
II. <i>Licencia para contraer matrimonio.</i> —Doctrina del Código civil.—Personas obligadas á solicitar la licencia.—Quien debe otorgarla.—Formas de hacer constar su otorgamiento.—Tramitación del expediente ante el Juzgado municipal.—Obligaciones de éste en el caso de impedimento del padre.—Manera de hacer constar la concesión cuando deba prestarla el Consejo de familia.—¿Puede recurrirse contra los acuerdos del Consejo sobre concesión ó negativa del consentimiento?	2
III. <i>Del consejo para contraer matrimonio.</i> —Modo de obtenerlo.—Interpretación de las respuestas evasivas.	8
IV. <i>Penalidad establecida por la celebración de matrimonios sin haber obtenido previamente la licencia ó consejo pateruo.</i>	9

CAPÍTULO II

Dispensas de impedimentos en el matrimonio civil

Impedimentos para contraer matrimonio civil.—Su clasificación.—Dispensa de impedimento.—Forma de solicitarla.—Documentos que han de acompañar á la solicitud.—Tramitación del expediente judicial.—Tramitación del expediente gubernativo.—Real carta de concesión. 11

CAPÍTULO III

Juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio

- I. *Consideraciones generales.* 18
- II. *Diligencias preliminares en los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio.*—Medidas generales de carácter urgente que pueden adoptarse antes de la interposición de dichas demandas.—Depósito provisional de la mujer y de los hijos.—Efectos civiles de la interposición y admisión de las mencionadas demandas.—Separación de los cónyuges.—Depósito definitivo ó ratificación del provisional de la mujer y de los hijos.—Alimentos.—Adopción de las medidas necesarias para que el cónyuge que tenga la administración de los bienes no pueda perjudicar al otro.—Litis-expensas 19
- III. *Tramitación de los juicios de nulidad de matrimonio.*—Quién puede ejercitar la acción para reclamar dicha nulidad.—Quién se considera que tiene interés en la nulidad en caso de impotencia.—Cuando

	Págs.
caduca la acción y en qué casos.—Efectos civiles de las sentencias declarando la nulidad.	26
IV. <i>Juicios de divorcio</i> .—Trámites que han de preceder á la admisión de las demandas según el Real Decreto de 23 de Noviembre de 1872.—Substanciación del juicio.—Efectos civiles de las sentencias decretando el divorcio.—Reconciliación de los divorciados	30
V. <i>Forma de proceder para dar efectos civiles á las sentencias de nulidad de matrimonio ó de divorcio pronunciadas por los Tribunales Eclesiásticos</i> ,	33

CAPÍTULO IV

Legitimación por concesión Real

Considerales generales.—Quien puede pedir la legitimación y en qué forma.—Efectos que produce — Trámite del expediente gubernativo y de la información judicial	35
---	----

CAPÍTULO V

Reconocimiento de hijos naturales

I. <i>Reconocimiento voluntario de hijos naturales</i> .—Reformas introducidas en esta materia con la publicación del Código civil.—Formas del reconocimiento.—Concepto legal de los hijos naturales.—Sus clases.—Modo de hacer constar el reconocimiento voluntario.—Requisitos que deben cumplirse cuando se haga en escritura pública.—Procedimiento	
---	--

propio para obtener la aprobación judicial.—Impugnación de esta clase de reconocimiento.—Administración de los bienes del hijo reconocido por el padre ó madre que le reconozca.—Expediente judicial que procede seguir para la aprobación de la fianza 39

II. *Reconocimiento forzoso*.—Investigación de la paternidad y limitaciones impuestas á la misma por el Código.—Investigación de la maternidad.—Trámites de estos juicios.—Reconocimiento forzoso en causa criminal.—Efectos civiles que produce la sentencia en ella dictada. 47

CAPITULO VI

Efectos de la patria potestad

I. *Efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos*.—De los expedientes de corrección paterna.—Tramitación de estos expedientes en el caso de que los padres hubiesen contraído segundas nupcias y el hijo fuere habido de anterior matrimonio ó de que ejerciere algun oficio ó cargo.—Real orden de 12 de Marzo de 1891.—Escuelas de reforma y asilos de corrección paterna. . . 53

II. *Efectos de la patria potestad en cuanto á los bienes de los hijos*.—Relaciones patrimoniales que son consecuencia de la patria potestad.—Obligaciones de los padres respecto á los bienes de sus hijos no emancipados.—Casos en que procede la constitución de hipoteca legal.—Personas que pueden exigir la constitución de dicha hipoteca.—Reglas de proceder en tales casos.—Inventario y depósito de valores mobiliarios 57

CAPÍTULO VII

Enagenación de bienes de menores

- I. *Enagenación de bienes de menores no emancipados.*—Reformas introducidas por el Código civil en esta materia.—Juez competente, según dicho Código, para conceder la licencia.—¿Se requiere la autorización judicial para enagenar bienes muebles pertenecientes á menores no emancipados?—Actos que se reputan de enagenación y gravamen.—Tramitación de esta clase de expedientes.—Transacción sobre los derechos de menores sujetos á patria potestad.—Formalidades que deben preceder á la concesión de licencia judicial para transigir. 64
- II. *Enagenación de bienes de menores emancipados.*—Limitaciones impuestas á los menores emancipados para disponer libremente de sus bienes.—Enagenación de bienes dotales inestimados pertenecientes á mujer casada menor de edad.—Expediente que en estos casos debe seguirse para obtener la licencia judicial.—¿Están sujetos á esta formalidad la cancelación, proposición y subrogación de hipoteca legal constituida en garantía de dote estimada cuando se otorgan por casada menor de edad? 70

CAPÍTULO VIII

Nombramiento de defensor

- Conceptos del cargo de defensor.—Casos en que procede nombrarle.—Personas en quienes debe recaer el nombramiento.—Procedimiento. 75

CAPÍTULO IX

De los modos de acabarse ó suspenderse la patria potestad

Casos en que se extingue la patria potestad, en que se suspende su ejercicio y en que los Tribunales pueden privar de ella á los padres.—Expediente judicial que procede instruir en este último caso. . . 79

CAPÍTULO X

De la adopción

Consideraciones generales.—Quien puede adoptar y á quien le está prohibido.—Derechos y obligaciones recíprocas del adoptante y del adoptado.—Autorización judicial para adoptar.—Procedimiento para obtenerla.—Prohijamiento de expósitos.—¿Es necesaria en este caso la autorización judicial? . . . 83

CAPÍTULO XI

De la ausencia

- I. *Consideraciones generales.* 94
- II. *Medidas provisionales en caso de ausencia* —Doctrina del Código civil.—Juez competente para adoptar dichas medidas.—Quien se reputa parte legítima para poderlas promover.—Trámites del expediente judicial.—Nombramiento de administrador interino.—Obligaciones que impone y remuneración que debe asignársele.—Otras medidas que pueden adoptarse además de la del nombramiento de administrador.—Causas porque termina la administración 96

III. <i>Declaración de ausencia.</i> —Carácter de esta declaración.—Término que debe transcurrir para poder solicitarla.—Quien puede hacerlo.—Trámites del expediente judicial.—Nombramiento de administrador.—Parientes en que debe recaer con preferencia.—Funciones que atribuye dicho nombramiento	101
IV. <i>Presunción de muerte de personas ausentes.</i> —Su concepto legal.—Tiempo que ha de transcurrir para poder declarar dicha presunción.—Juicio en que debe hacerse.—Publicación de edictos.—Efectos de la sentencia.	108

CAFÍTULO XII

DE LA TUTELA

Procedimientos relativos á su constitución, ejercicio y extinción

I <i>Consideraciones generales</i>	114
II. <i>Declaración de incapacidad por locura ó sordomudez.</i> —Restricciones de la facultad de obrar impuestas por la ley al loco.—Idem idem al sordomudo.—Clase de juicio en que procede hacer la declaración de incapacidad —Trámites del mismo. —Intervención del Consejo de familia.—Extremos que debe contener el auto declarando la incapacidad de un sordomudo	116
III. <i>Declaración de incapacidad por prodigalidad.</i> —Su fundamento racional.—Carácter limitado y circunstancial de dicha incapacidad.—Quien debe ser reputado pródigo.—Juicio en que procede hacerlo.—¿Puede el pródigo allanarse á la demanda?—Trámites de dicho procedimiento.—Extremos que de-	

be contener la sentencia que le ponga término.— Efectos de la declaración de prodigalidad.	125
IV. <i>Impedimentos y prohibiciones para ejercer los cargos de tutor y protutor y causas que dan lugar á la remoción del que los ejerce.</i> —Fundamento racional y doctrina legal aplicable.—Modo de proceder del Consejo de familia en este caso y recursos contra los acuerdos del mismo.—A quien corresponde la tutela interina mientras se tramitan dichos recursos.—Dificultades que ofrece el ejercicio de la tutela interina por el Consejo de familia.	131
V. <i>Excusas de la tutela.</i> —Su concepto.—Clasificación.—Modo de proceder del Consejo de familia para admitirlas ó denegarlas y recursos contra sus acuerdos	135
VI. <i>Del afianzamiento de la tutela.</i> —Su concepto y clases.—Tutores obligados á prestar fianza.—Procedimiento para la constitución de la misma.—Modo de constituir la fianza hipotecaria.—Circunstancias que debe contener la escritura de fianza hipotecaria de la tutela.—Fianza pignoraticia.—Fianza personal.—Ampliación y reducción de la fianza.—Cancelación total de la misma.—Recursos contra los acuerdos del Consejo de familia señalando la cuantía ó haciendo la clasificación de la fianza.	138
VII. <i>Del Registro de tutelas.</i> —Su objeto.—Requisitos que han de consignarse en las inscripciones.—Documentos que deben presentarse para que se inscriba la tutela —Carácter de este Registro.	146

CAPÍTULO XIII

Del Consejo de familia

- I. *Consideraciones generales.* 151
- II. *Formación y constitución del Consejo de familia.*—
Su concepto.—Constitución del mismo.—Juez com-
petente para constituirlo.—Personas que deben
componerlo —Tramitación del expediente para su
constitución.—Deberes del Juez municipal en la
constitución de dicho Consejo.—Casos en que pro-
cede su reconstitución y como debe hacerse. 154
- III. *Recursos contra los acuerdos del Consejo de fami-
lia.*—Tramitación de estos recursos.—Efectos de
su interposición 163

CAPÍTULO XIV

De la emancipación voluntaria y de la habilitación de edad

- I. *Consideraciones generales.* 167
- II. *De la emancipación voluntaria.*—Distinto concep-
to que atribuyen á la emancipación nuestro dere-
cho antiguo y el Código civil.—Clases de emanci-
pación.—Requisitos y formas de la emancipación
voluntaria.—Procedimiento judicial para otorgarla. 169
- III. *De la habilitación de edad.*—Sus analogías y dife-
rencias con la emancipación.—Concesión de la habi-
litación de edad por el Consejo de familia.—Trámi-
tes del expediente judicial necesario para su apro-
bación 174

CAPÍTULO XV

Procedimientos relacionados con el derecho de usufructo

- I. *Consideraciones generales.*—Concepto de este derecho real.—Obligación del usufructuario de prestar fianza.—Personas relevadas de constituir esta garantía 179
- II. *Procedimientos judiciales relativos à la no prestación de fianza por el usufructuario.*—Forma de proceder para señalar judicialmente el premio de administración que debe percibir el propietario cuando retenga en su poder los bienes.—Procedimiento para la entrega de ciertos bienes al usufructuario bajo caución juratoria.—Autorización judicial para el cobro de créditos por el usufructuario que no haya prestado fianza y para la inversión de su importe. 182

CAPÍTULO XVI

Protocolización de testamentos

- I. *Protocolización de testamentos ológrafos.*—Consideraciones generales.—Doctrina del Código civil.—Juez competente para ordenar la protocolización del testamento ológrafo y término en que debe solicitarse.—Personas que pueden pedir la protocolización.—Trámites del expediente — Información testifical y extremos que debe abrazar.—Cotejo de letras: cuando procede.—En qué forma ha de hacerse.—Auto de protocolización y recursos contra el mismo.—Notaría en que debe ser protocolizado el

	Págs.
testamento.—¿Procede seguir de oficio estos expedientes?	188
II. <i>Protocolización de los testamentos abiertos otorgados sin intervencion de Notario.</i> —Conceptos, clases y requisitos de dichos testamentos.—Su elevación á escritura pública.	197
III. <i>Protocolización de los testamentos militar y marítimo.</i> —Carácter de estos actos de última voluntad.—Clases de testamentos militares.—Formalidades que deben preceder á su protocolización.—Protocolización de los testamentos militares.—Clases de testamentos marítimos.—Formalidades que deben preceder á la protocolización de estos testamentos y modo de elevarlos á escritura pública.	203

CAPÍTULO XVII

De la aceptación y de la repudiación de la herencia

I. <i>De la aceptación de la herencia.</i> —Distintos sistemas porque se ha regido esta materia en el derecho positivo.—Requisitos de la aceptación.—Capacidad para aceptar.—Aceptación á nombre de menores é incapacitados.—Idem por mujer casada.—Expediente de autorización judicial.—Aceptación por sordomudos.—Idem á nombre de los pobres en general.—Idem á nombre de personas jurídicas.—Formas de la aceptación	212
II. <i>Repudiación de la herencia.</i> —Sus requisitos.—Aceptación hecha por los acreedores del heredero á quienes perjudica la renuncia de éste.—Trámites que deben precederla.—Procedimientos para exigir al heredero que acepte ó repudie la herencia.	217
II. <i>Aceptación de la herencia á beneficio de inventa-</i>	

rio.—Concepto de dicho beneficio y diferencias entre el mismo y el derecho de deliberar.—Modo de utilizarlo y plazo en que debe hacerse el inventario.—Quien ha de formarle.—Efectos que produce la aceptación en este caso. 221

CAPÍTULO XVIII

Del señalamiento de plazo en algunas obligaciones y del ofrecimiento de pago y consignación

- I. *Del señalamiento de plazo en algunas obligaciones*.—Casos en que los Tribunales pueden fijarle.—Procedimiento aplicable 227
- II. *Ofrecimiento de pago y consignación*.—Su concepto.—Requisitos que hay que cumplir antes de la consignación judicial.—Forma en que debe hacerse para reputarla bastante.—Trámites del expediente.—Cancelación de obligaciones inscritas en el Registro de la propiedad. 229

CAPÍTULO XIX

De las presunciones

Consideraciones generales acerca de la prueba de los hechos jurídicos.—Concepto y clasificación de las presunciones.—Presunciones de ley.—Presunción de cosa juzgada: ¿surte efecto esta presunción contra el Notario autorizante de un testamento que no haya sido parte en el litigio en que se declaró la nulidad de dicho testamento? 235

CAPÍTULO XX

De la dote necesaria

- Concepto y crítica de esta institución.—Procedimiento para exigir el pago y determinar la cuantía de la dote necesaria. 243

CAPÍTULO XXI

De la separación de bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio

- I. *De la separación de bienes de los cónyuges.*—Casos en que procede y forma de acordarla judicialmente. 249
- II. *De la administración por la mujer de los bienes del matrimonio.*—Cuando le corresponde y forma de conferírsela 252
- III. *De la licencia judicial necesaria para la enagenación ó gravamen de bienes inmuebles ó valores, por la mujer, separada de su marido ó administradora de los bienes del matrimonio 253*

CAPÍTULO XXII

Del retracto legal

Concepto del retracto legal y diferencias que le distinguen de las ventas á carta de gracia.—Clases del mismo.—Orden de preferencia para retractar.—De la demanda de retracto y término para interponerla, según la Ley de Enjuiciamiento civil.—Modificaciones introducidas en esta materia por el Código.—¿Está vigente el artículo de la Ley de En-

juiciamiento civil sobre prórroga de plazo para interponer la demanda en caso de ausencia?—En qué concepto debe entenderse la palabra inscripción para contar el término del retracto.—¿Deben computarse en el término para ejercitar el retracto los días inhábiles?—Requisitos de la demanda.—Documentos que deben acompañarse á ella.—Consignación del precio ó constitución de la fianza.—Celebración del acto conciliatorio y tramitación del juicio.—Forma de regular el importe de los gastos y mejoras que han de reembolsarse al comprador cuando haya lugar al retracto.—Pago de costas. . 255

CAPÍTULO XXIII

Del arrendamiento de servicios personales y de los accidentes del trabajo

- I. *Del arrendamiento de servicios personales.*—Naturaleza excepcional de este contrato.—Leyes que deben regirle.—Clases de arrendamiento de servicios.—Doctrina del Código civil.—Principales reglas aplicables al contrato de trabajo que deben incluirse en el Código civil 272
- II. *De los accidentes del trabajo.*—Ley de 30 de Enero de 1900.—Concepto del accidente del trabajo y de la responsabilidad patronal.—Extensión y límites de la responsabilidad.—Personas responsables: concepto del patrono.—Concepto del obrero.—Indemnizaciones: sus clases.—Asistencia médica y farmacéutica.—Incapacidad temporal.—Incapacidad perpétua.—Muerte del obrero.—Garantías de la responsabilidad: renunciadas y pactos prohibidos: seguros.—Del seguro oficial.—Del seguro obligatorio.

	<u>Págs.</u>
rio.—Del seguro voluntario.—Procedimientos para hacer efectivas las indemnizaciones.—Procedimiento administrativo.—Procedimiento civil.—Pago de costas.—Procedimiento penal.	281

CAPITULO XXIV

Del secuestro

Concepto del secuestro y sus clases.—Reglas por que se rige en la legislación civil.—Reglas procesales que le son aplicables.—Del secuestro á instancia del Banco hipotecario: su carácter.—Anotación preventiva en el Registro de la propiedad.—Facultades del Banco hipotecario en caso de secuestro. 313

CAPÍTULO XXV

De los juegos y apuestas

Del juego: su concepto: sus clases.—Juegos prohibidos.—Dificultad de aplicar las disposiciones del artículo 1798 del Código civil.—Juegos lícitos: facultades concedidas á los Tribunales para desestimar la demanda reclamando lo en aquellos ganado ó reducir la obligación. 319

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO Y RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS

CONCESIÓN DE LICENCIA Ó CONSEJO PARA CONTRAER MATRIMONIO

Sentencias. 19 y 23 de Abril de 1893 325

NULIDAD DE MATRIMONIO Y DIVORCIO

Sentencias. 6 de Abril de 1894.—19 de Noviembre
de 1895.—15 de Abril y 4 de Julio de 1896 y
1.º de Julio de 1897 325

RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES

Sentencias. 20 de Abril de 1892.—23 de Abril y 10
de Julio de 1894.—28 de Junio de 1895.—21 de
Mayo y 7 de Noviembre de 1896.—10 de Febrero
de 1897.—23 de Septiembre y 29 de Noviem-
bre de 1899 y 5 y 16 de Enero y 16 de Junio
de 1900 327

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN CUANTO A LOS BIENES DE LOS HIJOS

Sentencias. 22 de Octubre de 1891.—10 de Diciem-
bre de 1896 y 27 de Septiembre de 1898 332

ENAGENACIÓN DE BIENES DE MENORES

Resoluciones. 5 de Abril, 30 y 31 de Octubre de 1892.—20 de Julio, 30 de Agosto y 26 de Diciembre de 1893.—23 de Agosto de 1894.—28 de Mayo y 15 de Noviembre de 1897 y 27 de Enero de 1900 333

ENAGENACIÓN DE BIENES DOTALES Y PARAFERNALES
CUANDO LA MUJER FUERE MENOR DE EDAD

Resoluciones. 14 de Diciembre de 1896.—20 y 21 de Diciembre de 1898. 335

NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR

Sentencias. 31 de Marzo de 1892.—3 y 5 de Diciembre de 1895 y 14 de Enero de 1896 337
Resoluciones.—4 de Noviembre de 1896 y 19 de Noviembre de 1898. 339

MODOS DE ACABARSE LA PATRIA POTESTAD

Sentencias. 20 de Diciembre de 1892.—9 de Noviembre de 1898 y 14 de Marzo de 1899. 339

ADOPCIÓN

Resoluciones. 6 de Febrero de 1900. 340

AUSENCIA

Sentencias. 10 de Abril de 1890 y 8 de Marzo de 1899. 341
Resoluciones. 14 de Marzo de 1893 342

TUTELA

Sentencias. 6 de Octubre de 1891.—17 de Marzo y 12 de Diciembre de 1893.—1.º de Mayo, 12 de

Junio y 26 de Octubre de 1894.—30 de Enero, 14 de Junio y 5 de Diciembre de 1895.—17 de Abril y 4 de Junio de 1896.—12 y 27 de Febrero y 1.º de Octubre de 1897.—3 de Octubre de 1898.—21 de Junio de 1899 y 19 de Junio de 1901.	342
<i>Resoluciones.</i> 20 de Septiembre de 1890.—13 de Abril de 1892 y 7 de Diciembre de 1894.	348

CONSEJO DE FAMILIA

<i>Autos del Tribunal Supremo.</i> 18 de Junio de 1890 y 22 de Noviembre de 1892	350
<i>Sentencias.</i> 22 de Junio y 17 de Julio de 1893.—10 de Marzo de 1894.—30 de Diciembre de 1895.—9 de Febrero de 1897.—27 de Octubre de 1898.—10 de Mayo y 12 de Julio de 1899.—2 de Abril, 23 de Mayo y 6 de Junio de 1900.	351
<i>Resoluciones.</i> 20 de Marzo y 25 de Noviembre de 1893.—23 de Agosto de 1894.—24 de Febrero, 4 de Marzo y 21 de Abril de 1895 y 1.º de Septiembre de 1897.	356

EMANCIPACIÓN VOLUNTARIA Y HABILITACIÓN DE EDAD

<i>Resoluciones.</i> 3 de Junio de 1900.—4 de Noviembre y 14 de Diciembre de 1895.—20 de Marzo de 1897 y 19 de Noviembre de 1898.	359
---	-----

PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS

<i>Sentencias.</i> 16 de Febrero de 1891.—4 de Abril de 1895.—5 de Mayo de 1897 y 17 de Noviembre de 1898.	362
--	-----

ACEPTACIÓN DE HERENCIA

<i>Sentencias.</i> 25 de Mayo de 1895.—26 de Marzo de 1896.—8 y 25 de Mayo de 1897 y 14 de Junio y	
--	--

	<u>Págs.</u>
18 de Diciembre de 1899.	365
<i>Resoluciones.</i> 25 de Mayo de 1895.	368

DEL SEÑALAMIENTO DE PLAZO EN ALGUNAS
OBLIGACIONES

<i>Sentencias.</i> 5 de Mayo de 1900.	369
---	-----

OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN

<i>Sentencias.</i> 8 de Enero de 1892 y 26 de Noviembre de 1896.	370
<i>Resoluciones.</i> 27 de Abril de 1895.	370

PRESUNCIONES

<i>Sentencias.</i> 18 de Mayo de 1892.—9 de Marzo, 22 de Mayo, 24 de Octubre y 23 de Noviembre de 1894.—11 y 16 de Mayo y 1.º de Octubre de 1895. —29 de Enero, 6 de Febrero, 10 de Julio y 13 de Octubre de 1895.—3 de Enero, 22 de Marzo, 25 y 27 de Mayo de 1897 y 5 de Mayo de 1900.	371
---	-----

SEPARACIÓN DE BIENES DE LOS CÓNYUGES Y SU ADMI-
NISTRACIÓN POR LA MUJER DURANTE EL MATRIMONIO

<i>Sentencias.</i> 19 de Junio de 1899 y 12 de Enero de 1900.	376
--	-----

RÉTRACTO LEGAL

<i>Sentencias.</i> 15 de Abril y 26 de Octubre de 1891. —9 de Marzo de 1893.—16 de Mayo y 13 de No- viembre de 1894.—25 de Octubre y 26 de No- viembre de 1895.—13 y 17 de Abril, 27 de Octu- bre y 4 de Diciembre de 1896.—6 de Marzo y 31 de Diciembre de 1898.—28 de Febrero, 12 de	
---	--

	<u>Págs</u>
Marzo y 17 de Mayo de 1897 y 23 de Febrero y 31 de Mayo de 1899.	378

SECUESTROS

<i>Sentencias.</i> 13 de Noviembre de 1895.	386
---	-----

JUEGOS Y APUESTAS

<i>Sentencias.</i> 6 de Octubre de 1893.	387
--	-----

FORMULARIOS

LICENCIA Ó CONSEJO PARA CONTRAER MATRIMONIO

Acta otorgando licencia.	391
Comparecencia solicitando el consejo.	391
Acta dando el consejo desfavorable.	392

DISPENSA DE IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO

Informe del Juez de 1. ^a instancia al Ministro de Gra- cia y Justicia sobre concesión de dispensa.	393
--	-----

JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO Y DE DIVORCIO

Auto decretando el depósito provisional de mujer casada	394
Diligencia de constitución de depósito.	396
Providencia mandando intimar al marido y ordenan- do á la mujer que intente la acción de divorcio.	396
Auto levantando el depósito.	397
Idem ratificándolo.	398
Sentencia condenando al marido al pago de litis-ex- pensas	399
Sentencia decretando el divorcio entre cónyuges ca-	

	Págs.
sados civilmente.	402
Sentencia concediendo efectos civiles á otra de divor- cio pronunciada por un Tribunal eclesiástico.	406

LEGITIMACIÓN POR CONCESIÓN REAL

Informe del Juez de 1. ^a instancia al Ministro de Gra- cia y Justicia.	411
--	-----

RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES

Auto de aprobación del reconocimiento voluntario	412
--	-----

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Sentencia ordenando la constitución de hipoteca legal para garantir los bienes de los hijos cuya adminis- tración y usufructo corresponde á los padres.	413
---	-----

ENAGENACIÓN DE BIENES DE MENORES

Auto concediendo autorización judicial para la venta de una finca rústica perteneciente á un menor su- geto á patria potestad.	418
Auto autorizando la enagenación de bienes dotales inestimados de mujer casada menor de edad.	423

NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR

Auto nombrando defensor á unos menores.	420
---	-----

MODOS DE ACABARSE Ó SUSPENDERSE LA

PATRIA POTESTAD

Sentencia suspendiendo en el ejercicio de la patria potestad á un padre.	428
---	-----

ADOPCIÓN

Auto concediendo autorización judicial para adoptar.	435
--	-----

AUSENCIA

Auto designando representante ó administrador interino de los bienes del presunto ausente.	437
Auto de declaración de ausencia.	439
Auto nombrando administrador de los bienes del ausente.	440
Sentencia declarando la presunción de muerte de un ausente.	442

TUTELA

Auto declarando la incapacidad por locura.	444
Sentencia declarando la incapacidad por prodigalidad.	447
Sentencia declarando la nulidad de un acuerdo del Consejo de familia sobre remoción del tutor.	451

CONSEJO DE FAMILIA

Sentencia declarando la nulidad de las diligencias de constitución de un Consejo de familia y ordenando su reconstitución.	456
--	-----

PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS

Auto ordenando la protocolización de un testamento ológrafo	461
Auto ordenando la protocolización de un testamento abierto hecho de palabra sin intervención de Notario.	464

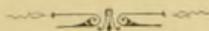
ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE HERENCIA

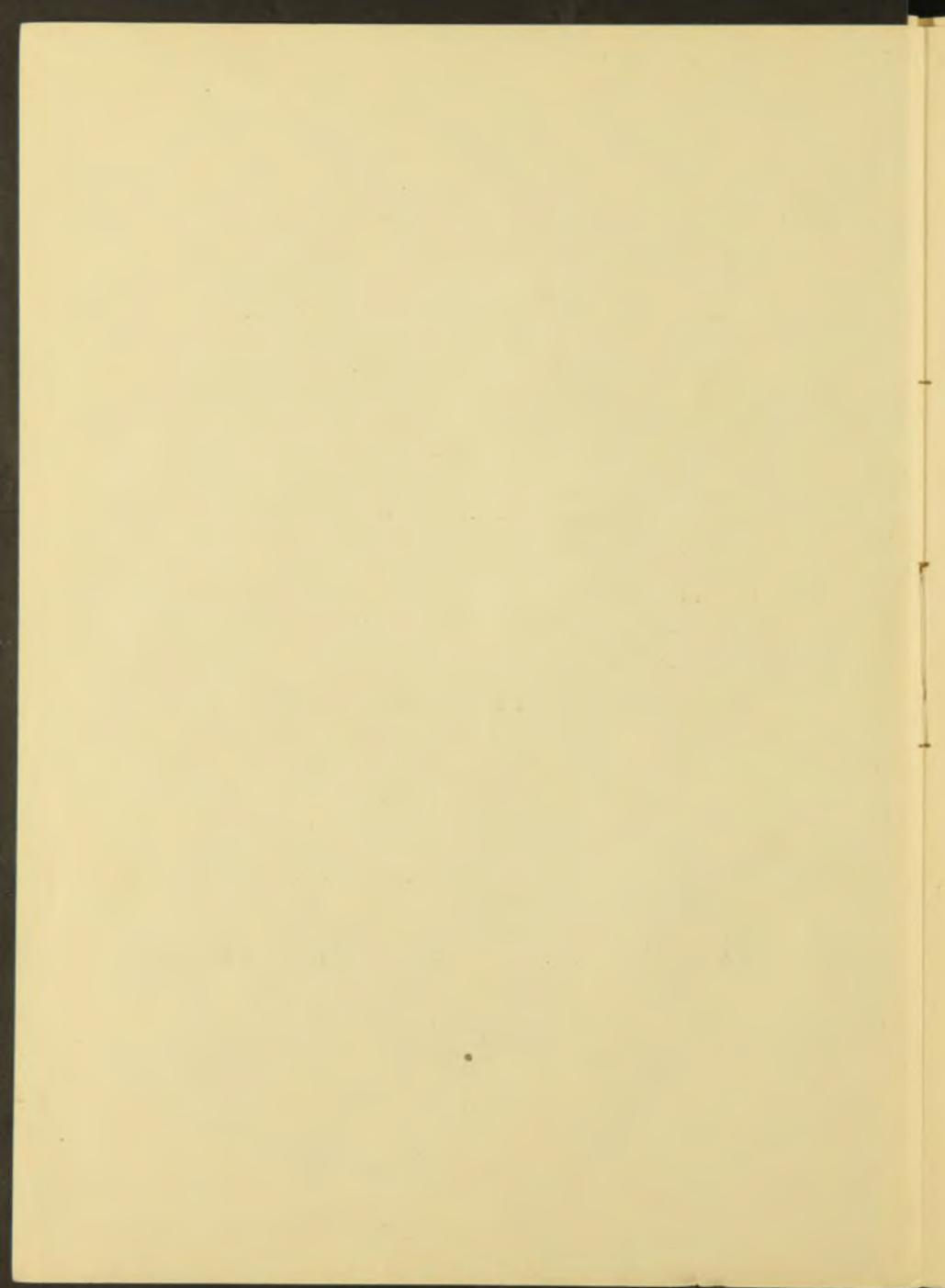
Auto señalando un término al heredero para que acepte ó repudie la herencia.	466
--	-----

OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN

Auto declarando bien hecha una consignación y orde-	
---	--

	<u>Págs.</u>
nando cancelar hipotecas inscritas en el Registro de la propiedad.	467
DOTE NECESARIA	
Auto regulando su cuantía.	469
SEPARACIÓN DE BIENES DE LOS CÓNYUGES Y SU ADMINISTRACIÓN POR LA MUJER DURANTE EL MATRIMONIO	
Auto otorgando licencia judicial á la mujer administradora de los bienes del matrimonio para enagenar inmuebles	472
RETRACTO LEGAL	
Sentencia declarando haber lugar al retracto á favor de un propietario colindante.	475
ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y ACCIDENTES DEL TRABAJO	
Sentencia condenando á un patrono al pago de indemnización por incapacidad permanente y parcial de un obrero, sobrevenida á consecuencia de accidentes del trabajo.	480
Sentencia condenando á un patrono al pago de indemnización por incapacidad absoluta y permanente de un obrero.	484
Sentencia condenando al patrono al pago de indemnización por muerte de un obrero en accidente del trabajo.	490





PRÓLOGO

Contrastando notablemente con la numerosa y selecta bibliografía extranjera destinada al estudio del derecho procesal, obsérvase el descuido, y casi pudiera decirse el abandono en que los juristas españoles tienen esta importante disciplina jurídica, sin que enfrente de las magistrales obras de ilustres autores ingleses, franceses, alemanes é italianos, (1) puedan citarse en nuestro país más que la obra elemental, exclusivamente didáctica, del señor Lastres; los meritisimos trabajos de D. Victor

(1). Véanse entre otros Bentham. De la organización judicial.— Pothier. Tratado de procedimiento civil.—Mittermaier. Tratado de las pruebas.—Garsonnet. Curso de procedimientos.—Boncenne. Teoría del procedimiento civil.—Sarnier. Filosofía del procedimiento civil.—Bordeaux. Del Jurado en materia civil.—Bonjean. Tratado de acciones.—Mortara. Procedimientos civiles.—Scialoja. Procedimientos civiles romanos.—Pertile. Historia del Enjuiciamiento civil.—Sancipriani. Ritología jurídica.—Lunati. De las apelaciones y de la jurisdicción única.—Lessona. Teoría de las pruebas.—Ferroglio. Litigiosidad y criminalidad.—Manfredini. Derecho judicial.—Faldella. El Estado moderno y la justicia.—Maltini. De la justicia gratuita.—Y Majetti. El Tribunal del trabajo.

Cobian y los notables comentarios á la Ley de Enjuiciamiento civil de los Sres. Manresa y Reus.

Si lamentable es el olvido con que se mira en nuestra patria el estudio doctrinal de las formas de proceder, lo es más todavía el estado de atraso de su legislación positiva, tan evidente y manifiesto que así lo proclaman de continuo cuantos se dedican en la cátedra, en el libro ó en el foro al ejercicio del derecho.

Construido al revés el edificio de nuestra codificación, sirve de base una anacrónica y anticuada ley procesal, que ni contiene todas las reglas de enjuiciar ni guarda la debida relación de armonía y congruencia con el Código sustantivo del que fué precedente, debiendo haber sido su obligado corolario; y á este capitalísimo defecto únense otros no menores que imponen la reforma inmediata del Enjuiciamiento para que, respondiendo á los predicados de la razón, de la ciencia y de la equidad, sea nuestra administración de justicia en lo civil, más rápida, más sencilla, más segura y menos costosa.

La defectuosa organización de los Tribunales; los graves inconvenientes del dispendioso, complicado y lento procedimiento escrito en sus varias instancias; el abuso y demasías á que se presta el beneficio de pobreza, arma inútil en manos del verdadero pobre á quien se

vence por cansancio, pero terrible y poderosa en las del litigante temerario y de mala fé que la emplea con éxito é impunemente para el logro de bastardos propósitos; la facilidad de promover repetidos é inútiles incidentes en que estérilmente se malgastan las energías y el dinero del que acude á los Tribunales en defensa de sus derechos; las dilaciones y dispendios que produce el procedimiento ejecutivo alejando del préstamo los capitales con mengua y perjuicio del crédito territorial, agrícola y mobiliario; las abusivas prácticas que convierten los juicios universales en negocios interminables de que se huye con fundado motivo para evitar que los partícipes en costas sean, ó herederos del finado ó primeros y principales acreedores en el concurso y quiebra; la posibilidad de prorrogar por tiempo indefinido los términos judiciales por no ser todos ellos cual debieran, fatales é improrrogables; la desproporción entre la cuantía de muchos asuntos litigiosos y las disposiciones arancelarias que le son aplicables, y otras muchas deficiencias legales que pudiéramos señalar, justifican nuestros asertos y hacen que con razón haya podido decir un sabio magistrado (1) que «nadie

(1) El Sr. Cobian en su obra «El procedimiento civil en España.»

que no sea calificado de demente por sus convecinos piensa ya en pedir amparo á los Tribunales, prefiriendo antes que acudir á ellos una ruinosa transacción ó la total pérdida de sus derechos.»

*
* *

No hemos de desentrañar y discutir aquí si la decadencia de nuestra literatura jurídica es consecuencia de la de nuestro derecho positivo formal ó si por el contrario la de éste responde á la falta de un derecho científico, base necesaria de su reforma; pero sentados estos hechos, cuya certeza no negará nadie, hay que reconocer que todo trabajo que venga á enriquecer el escaso catálogo de obras destinadas á esa clase de estudios, merece ser acogido, más que con benevolencia con aplauso, y que no debe escatimarse este á quien como el autor del presente libro, se decide á dar á la estampa un tratado de *Procedimientos especiales que se rigen por las disposiciones del Código civil y de la Ley de accidentes del trabajo.*

La sola enunciación del título del libro revela claramente su objeto: armonizar en lo posible la ley substantiva y la formal; concordar sus contradictorios preceptos y exponer la tramitación de procedimientos antes descono-

cidos, como los que se originan con el funcionamiento de instituciones nuevas importadas al derecho privado por el Código civil, y la substanciación de aquellos otros juicios y actos de jurisdicción voluntaria que por la publicación de dicho cuerpo legal han sido notablemente modificados.

Lo absurdo del sistema establecido para el enjuiciamiento civil, dá lugar con frecuencia, en la práctica de los Tribunales, á conflictos difíciles de resolver sin otras fuentes de conocimiento que los textos legales, ambiguos unas veces, contradictorios otras y siempre inconcordantes. Y es indudable que para allanar tales dificultades ha de ser utilísimo un trabajo de la índole del que nos ocupa, en el que se resuelven gran número de dudas y cuestiones relacionadas con la aplicación del derecho adjetivo, previo un meditado estudio de antecedentes y doctrinas que no es posible tener á la vista y consultar por quien haya de resolver un litigio ó redactar un escrito forense con los apremios obligados de la perentoriedad de los términos judiciales.

Todavía avaloran más la importancia de ese trabajo y demuestra el sentido práctico de su autor, aleccionado por una larga experiencia en el ejercicio de la fe pública judicial, los dos apéndices que aparecen al final, comprensivo

el uno de un extenso repertorio de jurisprudencia fielmente extractada y el otro de numerosos formularios que han de facilitar en gran manera su cometido á cuantos por razón de su cargo acudan á ellos en consulta para la práctica forense.

Tratándose de materias en que tan íntimamente se enlazan la esencia y la forma del derecho, ha tenido necesidad el Sr. Martí de ocuparse de cuestiones de derecho civil, y obsérvase en las apreciaciones á ese fin destinadas que su criterio está poderosa y sanamente influenciado por las corrientes y orientaciones de la nueva escuela que pretende inspirar á las instituciones del derecho privado un sentido más social del que hoy tienen, en armonía con las exigencias impuestas por el principio de solidaridad humana. Así lo demuestran sus acertados juicios respecto de la investigación de la paternidad y de la maternidad, reconocimiento de hijos naturales, intervención del poder público en la declaración de ausencia, conceptos de la prodigalidad y de la tutela, regulación de las funciones del Consejo de familia y retracto legal.

También merece ser notada la exacta distinción que hace al tratar de la licencia para contraer matrimonio y de la emancipación voluntaria entre las formas propias del acto extrajudicial y del procedimiento, censurando

con justicia los artículos del Código que atribuyen al juzgador funciones que corresponden al Notario.

*
**

En el capítulo dedicado al examen del contrato de arrendamiento de servicios y procedimientos aplicables al mismo y á los accidentes del trabajo, pone el autor todavía más de relieve su filiación intervencionista y la crítica severa con que juzga el régimen capitalista admitido en el incompleto articulado de nuestro Código, el concepto que dá de dichas instituciones, la exposición de los puntos más capitales que debe contener su reforma legislativa y el análisis minucioso de los preceptos de la Ley de 30 de Enero de 1900 en relación, tanto con las enseñanzas de la ciencia y de la práctica como con las legislaciones de otros pueblos, acreditan que puso en esa difícil parte de su labor, especial predilección y cuidado.

Como con razón afirma al hablar de las funciones del Estado, *éste, en el orden del derecho civil tiene que compensar con su intervención y con las limitaciones que imponga á ciertos actos las desigualdades que la distribución de la riqueza produce*, precisando para que estos deberes sociales se cumplan en su justa medida desterrar

para siempre de las legislaciones positivas el exagerado individualismo que en ellas impera y regular bajo nuevas bases, no solo muchas de las instituciones fundamentales por que se rige el derecho de propiedad como la expropiación forzosa, el censo, la hipoteca y el arrendamiento de fincas rústicas y urbanas (1) sino también los preceptos relativos al reconocimiento de la persona social que tan deficiente desarrollo tiene en nuestro Código, impidiendo así que el principio de asociación dé sus naturales y fecundos resultados, y los aplicables al contrato de trabajo, si es que estos por su importancia actual no se emancipan del derecho civil formando una nueva rama del privado que se traduzca en un Código industrial y un Código agrario, para cuya independencia tienen acaso más títulos que los que se invocan en favor del Derecho y del Código mercantiles.

*
* *

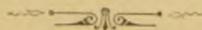
Expuestas estas ligeras consideraciones, redactadas para cumplir con un ineludible deber de la amistad que me une al Sr. Martí, quien tuvo el poco acierto de elegirme para avalar su firma sin pensar que el aval literario como el mercantil no tienen ningún valor cuando

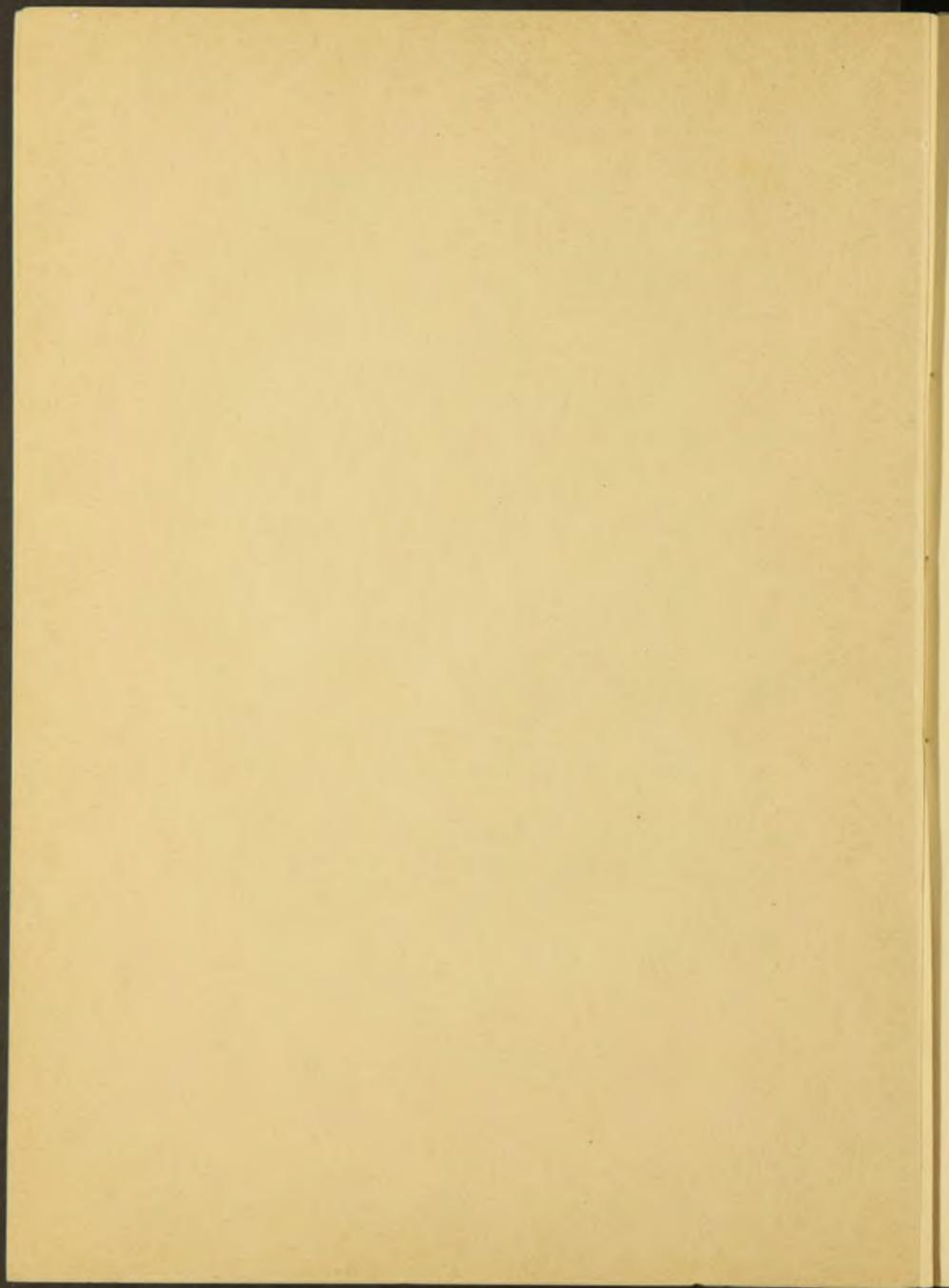
(1) Conceptuado este no como contrato sino bajo su aspecto de derecho real.

el avalista carece de crédito, no las terminaré sin la expresión de mi ferviente deseo de ver pronto convertidas en hechos las promesas de reorganización del Poder judicial y del Enjuiciamiento, á fin de que desaparezcan los vicios técnicos y sociales de que hoy adolecen, con el establecimiento del juicio oral y público y la única instancia en lo civil ante Tribunales Colegiados; la rectificación del patrocinio gratuito en forma tal que sirva de amparo al verdadero pobre sin perjuicio de castigar con severas sanciones al que lo utiliza de mala fé; la simplificación de los juicios ejecutivos y universales; la creación de instituciones análogas á las de los Consejos de *prud'hommes* ó *probi viri* que ejerzan el arbitraje y decidan en las contiendas entre el capital y el trabajo, y la implantación de otras reformas cuya larga enumeración requeriría mayor espacio.

Tan solo así dejaría de ser una amarga verdad aplicable al foro español aquella durísima pero justa observación de Menger, «quien ha tenido necesidad de acudir un par de veces á la vía judicial para defender sus derechos, se convierte en un enemigo consciente de la Sociedad y del Estado.»

EMILIO CATARINEU.





CAPÍTULO I.

DE LA CONCESIÓN DE LICENCIA Ó CONSEJO PARA CONTRAER MATRIMONIO.

SUMARIO: I. Consideraciones generales.

II. Licencia para contraer matrimonio.—*Doctrina del Código Civil.*—*Personas obligadas á solicitar la licencia.*—*Quién debe otorgarla.*—*Formas de hacer constar su otorgamiento.*—*Tramitación del expediente ante el Juzgado Municipal.*—*Obligaciones de éste en el caso de impedimento del padre.*—*Manera de hacer constar la concesión cuando deba prestarla el Consejo de familia.*—*¿Puede recurrirse contra los acuerdos del Consejo sobre concesión ó negativa del consentimiento?*

III. Del consejo para contraer matrimonio.—*Modo de obtenerlo.*—*Interpretación de las respuestas evasivas.*

IV. Penalidad establecida por la celebración de matrimonios sin haber obtenido previamente la licencia ó consejo paterno.

I.

CONSIDERACIONES GENERALES

Las leyes españolas de todos los tiempos, en justo acatamiento al deber de obediencia que merece la autoridad paterna por parte de aquellos que están sometidos á

su poder, han prohibido el matrimonio de los menores sin que le preceda el consentimiento de sus padres ó guardadores estableciendo penas para los celebrados clandestinamente eludiendo tan esencial requisito. La inexperiencia propia de la edad de la adolescencia y los peligros á que puede arrostrar el arrebato pasional induciendo á enlaces desgraciados y de irreparables consecuencias son las causas que obligan á la ley á prohibir el matrimonio de aquellos que todavía carecen de la plenitud de facultades para dirigirse por sí, sin la intervención y conformidad de los encargados de suplir su incompleta capacidad jurídica.

El mayor de edad, aunque emancipado, debe siempre respeto y deferencia á sus progenitores y aunque no esté en la obligación de seguir sus inspiraciones ha de reclamar el autorizado consejo de éstos, antes de formar una nueva familia, como la mejor garantía del acierto en la elección de cónyuge.

II.

LICENCIA PARA CONTRAER MATRIMONIO

Doctrina del Código Civil.—Consecuente con los principios antes expuestos, prohíbe nuestro Código (1) la celebración de matrimonio al menor de edad que no haya obtenido licencia y al mayor que no haya solicitado consejo de las personas á quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la ley, inspirándose, al desarrollar esta materia, en los precedentes de nuestra antigua legislación si bién modificándola con acierto al no establecer distinción alguna entre los sexos para exigir la licencia, como lo hacía la ley de 20 de Junio de 1862, fijan-

(1) Artículo 45.

do los veintitres años para los varones y los veinte para las hembras.

Personas obligadas á solicitar la licencia.—Según el precepto legal tienen esta obligación todos los menores de edad y parece que no haciendo distinción de ninguna clase entre ellos, cuantos estén en esa situación deben cumplirla; sin embargo, la distinta condición de los menores dá origen á cuestiones y dudas de gran importancia. Desde luego no cabe discusión respecto de los menores no emancipados, pero esta surge con fundado motivo en cuanto á aquellos que han logrado el beneficio de la emancipación, que puede obtenerse, ya por matrimonio, ya por concesión voluntaria de los padres, ya finalmente por habilitación de edad que concede el Consejo de familia, aprobando su acuerdo el Presidente de la Audiencia Territorial.

A nuestro juicio, en derecho constituido, ningún menor, se halle ó no emancipado, puede celebrar matrimonio sin licencia y ni el viudo ó viuda de menor edad, ni el emancipado voluntariamente, ni el que consiguió la *venia-etatis* pueden casarse sin el consentimiento de sus padres ó guardadores, pues la emancipación tal como la organiza nuestro Código no atribuye la plenitud de capacidad ni equivale á la mayoría de edad. Si en algún caso estaría justificada la excepción sería en el del menor habilitado de edad que ha salido de la tutela, especialmente si era viudo de otro matrimonio anterior, pero nunca de aquellos menores cuyos padres viven.

Quien debe otorgarla.—Corresponde la facultad de prestar el consentimiento, al padre y faltando éste ó hallándose impedido, por su orden, á la madre, á los abuelos paterno y materno y en defecto de todos al Consejo de familia si se tratase de hijos legítimos; á las mismas personas tratándose de hijos naturales reconocidos ó legitimados, siempre que hayan hecho el reconocimiento ó leg ti-

mación; al padre adoptante con preferencia á las personas de la familia natural respecto de hijos adoptivos y á los Jefes de las Casas de Expósitos para el matrimonio de los educados en ellas.

Algún autor ha interpretado con error la frase del Código «abuelo paterno y materno» suponiendo que comprende también á las abuelas y aunque haya que reconocer la injusticia con que ha procedido la ley privando á esas ascendientes de tal prerrogativa, no cabe admitir tal interpretación contraria al texto del artículo que emplea en singular los adjetivos paterno y materno, de los que habría prescindido de querer conceder á las abuelas la facultad que solamente otorga á los abuelos varones

Forma de hacer constar su otorgamiento.—Como esta licencia debe constar de un modo fehaciente, el Código ha exigido, (1) como documento indispensable para acreditar el cumplimiento de tal requisito, el instrumento público autorizado por Notario civil ó eclesiástico ó el testimonio de las diligencias que á tal efecto practique el Juzgado municipal del domicilio del solicitante. Hay en esta diversidad de medios que el Código establece una confusión inexplicable de conceptos jurídicos poco en armonía con los buenos principios, pues tratándose como se trata unicamente de rodear de garantías de autenticidad la prestación de la licencia, es esta misión propia únicamente del fedatario extrajudicial y agena por completo á la jurisdicción del Juzgado municipal, cuyas funciones no deben extenderse á actos de índole y naturaleza privada en los que para nada es necesaria la intervención del poder público, sin que se justifique esta confusión de atribuciones por razón alguna.

(1) Artículo 48.

Tramitación del expediente ante el Juzgado municipal.—

Admitida esta forma de hacer constar el consentimiento, por nuestro Código civil, faltan en él, sin embargo, reglas de carácter adjetivo sobre el procedimiento que ha de seguirse por los Juzgados municipales, cuando á ellos se acuda á hacer constar el otorgamiento de la licencia. Mas explícita la ley de 20 de Junio de 1862, expresaba que la petición de aquella se acreditaría por *declaración* ante el Juez de paz previo requerimiento y en comparecencia personal; y como las lagunas que ofrecen nuestras leyes vigentes, deben llenarse acudiendo, cuando es posible, á lo dispuesto en la legislación anterior, creemos que la forma de hacer constar el requisito que nos ocupa debe ser la comparecencia ante el Juzgado, de la persona que haya de contraer matrimonio, solicitando se requiera á quien ha de prestar la licencia para que la otorgue; la declaración hecha por ésta ante el Juez, sin consignar los motivos en que funde su negativa, cuando la diere, y la entrega del testimonio de lo actuado al solicitante para que pueda hacer uso de él en el expediente civil ó canónico que se instruya para su matrimonio.

Obligaciones del Juzgado en el caso de impedimento de la persona que debe prestar la licencia.

Si la persona que debe prestar el consentimiento se hallare impedida puede ocurrir, ó que este impedimento solo la inhabilite para comparecer á la presencia judicial; y en tal supuesto estimamos aplicable la Real orden de 21 de Julio de 1865 que ordena al Juez personarse en el domicilio de aquella, ó que esté afectada de una imposibilidad física ó moral que la prive de la capacidad necesaria para tal acto, como si se tratara de un mudo y analfabeto ó de un incapacitado mentalmente, y entonces es de aplicación lo regulado por el Código en cuanto al padre que deberá ser suplido por la madre, precepto que por existir la misma razón de derecho consideramos

de interpretación extensiva cuando la incapacidad afecte á la madre y á los abuelos paterno y materno.

No dice la ley como ha de acreditarse en el expediente la existencia de esta incapacidad y á nuestro juicio hay que distinguir según se trate de imposibilidad física, en cuya hipótesis consideramos suficiente el certificado facultativo ó de incapacidad legal que deberá probarse con el documento bastante á acreditar que fué declarada oportunamente por Juez competente.

Manera de hacer constar la concesión cuando deba prestarla el Consejo de familia.—Si el llamado á otorgar la licencia lo es el Consejo de familia, puede acontecer que el presidente del mismo se niegue á convocarle para deliberar sobre este extremo. ¿Que deberá hacer el Juez municipal ante tal negativa? ¿Bastará con que requiera personalmente á todos y cada uno de los individuos que forman esta institución tutelar y con que consigne las contestaciones que separadamente le den aquellos? Entendemos que no, porque falta el tramite previo de la deliberación entre los individuos del Consejo y porque este constituye una entidad á la que no puede reconocérsele personalidad mientras no se halle funcionando en forma legal. ¿Tiene facultades el Juez municipal para convocar por sí el Consejo de familia á fin de que acuerde la concesión ó denegación de la licencia? El Código no ha previsto el caso y solo atribuye autoridad para hacer la convocatoria al presidente, pero ante la necesidad de dar una solución al conflicto, cuando se presente, opinamos, que así como el Juez de primera instancia podia, según las disposiciones derogadas de la ley de Enjuiciamiento, reunir la Junta de parientes para suplir el consentimiento, puede y debe el Juez municipal convocar el Consejo de familia para que delibere y resuelva sobre este extremo y acudir á su superior jerárquico si se negaren á asistir los convocados, para que este, en virtud de las facultades

inspectoras y correctivas que tiene en toda tutela, adopte las determinaciones procedentes, incluso el proceder criminalmente por desobediencia contra quienes maliciosamente entorpezcan, con su falta de asistencia, el cumplimiento de este trámite.

Caso de que alguno de los vocales del Consejo tenga interés en que se celebre ó nó el matrimonio, no podrá asistir á la reunión ni emitir su voto, según lo prevenido con carácter general en el artículo 307 del Código; y si la mayoría de los vocales fueren incompatibles por tal motivo, habrá de reconstituirse el Consejo á este solo efecto, dando ingreso en el mismo á los parientes ó amigos á quienes correspondía, sin que esto implique que el Consejo, así reconstituido, tenga facultades para conocer de otros asuntos.

El menor, excepto si se tratare de mujer que no hubiese cumplido los catorce años, tendrá derecho á concurrir al acto y á ser oído en el mismo é igual facultad tendrán el tutor y protutor á quienes deberá citarse.

¿Puede recurrirse contra los acuerdos del Consejo de familia sobre concesión ó negativa del consentimiento?—Una cuestión grave se plantea respecto del acuerdo del Consejo de familia por falta de precisión en las disposiciones del Código; la de si la decisión del Consejo es definitiva é irrevocable ó si puede contra ella recurrirse en alzada ante el Juez de primera instancia. El artículo 310 que concede dicho recurso no exceptúa el caso de que nos estamos ocupando, pero es sin embargo tan absurdo suponer sujetas á revisión las resoluciones del Consejo sobre este particular que desde luego las creemos inapelables, como lo justifica el mismo Código al disponer que la negativa de la licencia no necesita ser fundada.

III.

DEL CONSEJO PARA CONTRAER MATRIMONIO

Modo de obtenerlo.—Los hijos mayores de edad están obligados á pedir consejo al padre y en su defecto á la madre para contraer matrimonio y si no lo obtuviesen ó fuere desfavorable podrán celebrar aquél transcurridos tres meses después de hecha la petición, que deberá constar en la misma forma antes enunciada para la concesión ó negativa de licencia. Si acudiesen al Juzgado municipal con tal objeto el procedimiento deberá ajustarse á lo prescrito en los artículos 1936 al 1939 de la ley de Enjuiciamiento que conceptuamos vigentes.

Interpretación de las respuestas evasivas.— La única complicación que puede surgir en la instrucción del expediente es que la persona llamada á dar el consejo trate de eludir una contestación categórica, valiéndose para ello de evasivas, dificultad que resolvía la Real orden de 16 de Diciembre de 1863 reputando tales respuestas como desfavorables al matrimonio y que el artículo 1939 de la ley de Enjuiciamiento civil autoriza á conceptuar favorables, si persiste en ellas el requerido después de apercibido por el Juez.

La antinomia que ofrecen estos dos preceptos dá lugar á cuestiones entre los tratadistas, por estimar unos, que habiendo derogado el Código la disposición de la ley de Enjuiciamiento civil ha recobrado su vigor la citada Real orden y entender otros, cuyo dictamen nos parece más acertado, que el silencio del Código sobre este particular no implica la derogación de aquel artículo que continúa subsistente.

En su consecuencia, cuando al requerimiento judicial se contestase con evasivas por la persona á quien se pida el

Consejo, somos de opinión que el Juez deberá aperecibirla de que si insiste en ellas se le tendrá por conforme con la celebración del matrimonio y si continuara en la misma actitud deberá reputarse que le otorga favorable.

IV.

PENALIDAD ESTABLECIDA POR LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIOS SIN HABER OBTENIDO PREVIAMENTE LA LICENCIA Ó CONSEJO PATERNO

Ya nuestras antiguas leyes castigaban con penas tan graves como las de esclavitud, confiscación de bienes y desheredación al hijo rebelde, que contra la voluntad de los padres ó sin contar con ella, contraía matrimonio.

Los profundos cambios que han sufrido la vida social y las costumbres en la época moderna, motivaron la reforma de nuestras leyes y la tan citada de disenso paterno limitó la sanción penal por infracción de sus preceptos á la fijada en los artículos del Código penal, que castigan como delito ó falta, respectivamente, la celebración de matrimonios sin el consentimiento de los padres ó guardadores ó sin el consejo de aquéllos. (1)

El Código civil (2) más severo respecto de este particular que su precedente legal, agrega al castigo de orden penal antes enunciado otro de carácter civil disponiendo, que si á pesar de la prohibición del artículo 45 se casaren las personas comprendidas en él, su matrimonio será válido pero los contrayentes quedarán sometidos á las siguientes reglas: 1.^a Se entenderá contraído el casamiento con absoluta separación de bienes y cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación

(1) Artículos 480 y 601 n.º 7.º del Código penal.

(2) Artículo 50.

de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio. 2.^a Ninguno de los cónyuges podrá recibir del otro cosa alguna por donación ni testamento. 3.^a Si uno de los cónyuges fuere menor no emancipado no recibirá la administración de sus bienes hasta que llegue á la mayor edad; entretanto sólo tendrá derecho á alimentos que no podrán exceder de la renta líquida de sus bienes.

Muchas y muy razonadas censuras ha merecido esta disposición de nuestra ley civil. Llama la atención en primer término que se castigue con la misma severidad al menor que se case sin consentimiento paterno que al mayor que prescinde del consejo, siendo tan distintas las situaciones de uno y otro y los efectos de la negativa, que en el primer caso constituye un impedimento absoluto y en el segundo solo aplaza el matrimonio por corto período de tiempo.

Además es muy de extrañar que mientras el Código penal concede á los padres la facultad de indultar á sus hijos de la responsabilidad en que incurren por la celebración del matrimonio sin su consentimiento, el civil no les otorgue igual prerrogativa para librarlos de las consecuencias de su imprevisión, con tanto más motivo cuanto que esta penalidad civil afecta mas al interés privado y de la familia que al interés público y de la sociedad.

También es objeto de crítica severa que se establezca en el matrimonio así celebrado, el régimen de la separación de bienes, que redundará muchas veces en beneficio del hijo desobediente, con daño de los intereses de su consorte quien no debe ser reponsable de la falta por aquél cometida, cuando las más de las veces habrá cumplido escrupulosamente sus deberes acerca de este requisito.

Finalmente, es extraordinario el rigor que emplea la Ley al privar á los cotrayentes de la facultad de recibir uno del otro cosa alguna ni aun por testamento.

CAPITULO II.

DISPENSAS DE IMPEDIMENTOS EN EL MATRIMONIO CIVIL.

SUMARIO: *Impedimentos para contraer matrimonio civil.—Su clasificación.—Dispensa de impedimento.—Forma de solicitarla.—Documentos que han de acompañar á la solicitud.—Tramitación del expediente judicial.—Trámite del expediente gubernativo.—Real carta de concesión.*

Impedimentos para contraer matrimonio civil.—

Entre los distintos sistemas que en el campo del derecho civil sostienen enconada y reñidísima lucha sobre el carácter que la ley debe dar al matrimonio y sobre la intervención del Estado en ese acto solemne, nuestro Código, en armonía con la fundamental de la Nación que establece la tolerancia de cultos y de acuerdo también con el Supremo poder de la Iglesia que prestó su asentimiento á la base 3.^a de la ley de 11 de Mayo de 1888, acepta un sistema mixto reconociendo dos formas de matrimonio, el *canónico* para los que profesan la religión católica y el *civil* para los que no comulgan en ella.

Este último cuyas solemnidades regula el Código, encomendando su celebración al Juez municipal, requiere en los que han de contraerle, capacidad bastante y para ello se establecen en el articulado de la ley los motivos ó cau-

sas que privan de ella y que en el tecnicismo jurídico reciben el nombre de impedimentos.

Su clasificación.—Los impedimentos para contraer matrimonio civil son, con ligerísimas variantes, los mismos que la Iglesia tiene establecidos para el canónico, pues la legislación pátria, para demostrar el acuerdo con que proceden ámbas potestades ha inspirado sus disposiciones en las del Concilio de Trento. Pueden ser los impedimentos ó absolutos, que inhabilitan á aquél en quien concurren para contraer matrimonio, ó relativos, que privan á determinadas personas de poderlo celebrar entre sí. El primer grupo comprende la edad menor de catorce años en los varones y de doce en las hembras; la incapacidad intelectual, la impotencia, las órdenes sagradas ó la profesión en orden religiosa que ligue con voto solemne de castidad y el matrimonio anterior no disuelto. El segundo grupo comprende á los parientes en línea recta por consanguinidad ó afinidad; á los colaterales por los mismos conceptos hasta el cuarto grado; á los parientes adoptivos; á los adúlteros y á los condenados como autores ó como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos.

No admite el Código la clasificación que de los impedimentos hace el derecho canónico en dirimentes ó impeditivos, según anulen el matrimonio, si se contrae, ó solo le hagan ilícito sin anularle; pero indirectamente viene á sancionarla al disponer que solo determinados impedimentos pueden dispensarse.

Impedimentos dispensables.—El Gobierno con justa causa puede dispensar, á instancia de parte, el impedimento comprendido en el número 2.^o del artículo 45, (1)

(1) Refiérese á la prohibición de que la viuda contraiga matrimonio durante los trescientos un días siguientes á la muerte de su marido y á la mujer cuyo matrimonio hubiese sido declarado nulo en los mismos casos y terminos á contar de su separación legal y merece censura que aquí se califique de impedimento sin comprenderlo entre los que enumeran los artículos anteriores.

los grados tercero y cuarto del parentesco colateral por consanguinidad legítima; los impedimentos nacidos de afinidad legítima hasta el cuarto grado ó natural hasta el segundo entre colaterales; y los que se refieren á los descendientes del adoptante.

Forma de solicitar la dispensa.—Rígese esta materia por el Reglamento del Registro Civil de 13 de Diciembre de 1870, y con arreglo á sus disposiciones la solicitud se presentará ante el Juzgado de primera instancia á que corresponda el municipal competente para celebrar el matrimonio y deberán firmarla los dos futuros esposos dirigiéndola al Ministro de Gracia y Justicia y haciendo en ella expresión del impedimento ó impedimentos cuya dispensa pidieren y de las causas en que se funde tal petición. Dichas causas ó circunstancias favorables para conceder la dispensa pueden ser: 1.^a La de convenir á los hijos de anteriores matrimonios por la fundada esperanza de hallar en el cónyuge que pretenda entrar en la familia la protección ó el cuidado de que están privados por la muerte de su padre ó madre. 2.^a La de propocionarse, por consecuencia del matrimonio, medios de subsistencia para los solicitantes, para alguno de ellos ó para sus padres necesitados ó enfermos. 3.^a La de facilitarse arreglos de familia que pongan término á cuestiones ó pleitos ó produzcan otra ventaja análoga. 4.^a La de evitarse escándalo por haber mediado largas y estrechas relaciones entre los solicitantes con existencia de prole ó embarazo. 5.^a La de haber gran dificultad de matrimonios por escasez de población ó por otras causas generales ó especiales de cada caso. 6.^a Y cualquiera otra causa que conforme á un recto criterio se estime como de interés público ó del particular de las familias de los solicitantes.

Documentos que han de acompañar á la solicitud.—Deberán presentarse con ella los fehacientes en que conste el impedimento de que se trate y la certeza de las

causas alegadas para obtener la dispensa, además de las partidas de nacimiento de los dos interesados, sacadas, según su fecha, del Registro Civil ó Parroquial. En el impedimento de la viuda se presentará certificación de la defunción del marido; en el de la mujer cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, testimonio de la sentencia firme recaída en el pleito de nulidad y en ambos casos certificado facultativo de que no están en cinta. En el parentesco de colaterales el árbol genealógico que le acredite, formado con las correspondientes certificaciones de nacimiento y de matrimonio. En el derivado de la adopción, primera copia del documento en que conste. Cuando se alegara como causa para obtener la dispensa la existencia de hijos habidos en consorcio ilegítimo ó la circunstancia de estar en cinta la solicitante, bastará sobre estos particulares, la aseveración de los interesados, sin perjuicio de presentar los documentos que acrediten el parentesco entre ellos, si existiere.

Tramitación del expediente judicial.—Presentada la instancia con los documentos mencionados en el párrafo anterior, que fueren procedentes, el Juez, después que los interesados se ratifiquen, pasará el expediente al Fiscal para que emita dictámen. A instancia de los solicitantes ó de oficio, si el Juez lo estima necesario, podrá acordarse la práctica de una información de testigos acerca de los hechos expuestos en apoyo de la pretensión y concluso con ella el expediente, en el que deberá procederse con la mayor brevedad y reserva posibles, el Juez lo elevará con su informe razonado al Ministro de Gracia y Justicia por conducto del Director General de los Registros.

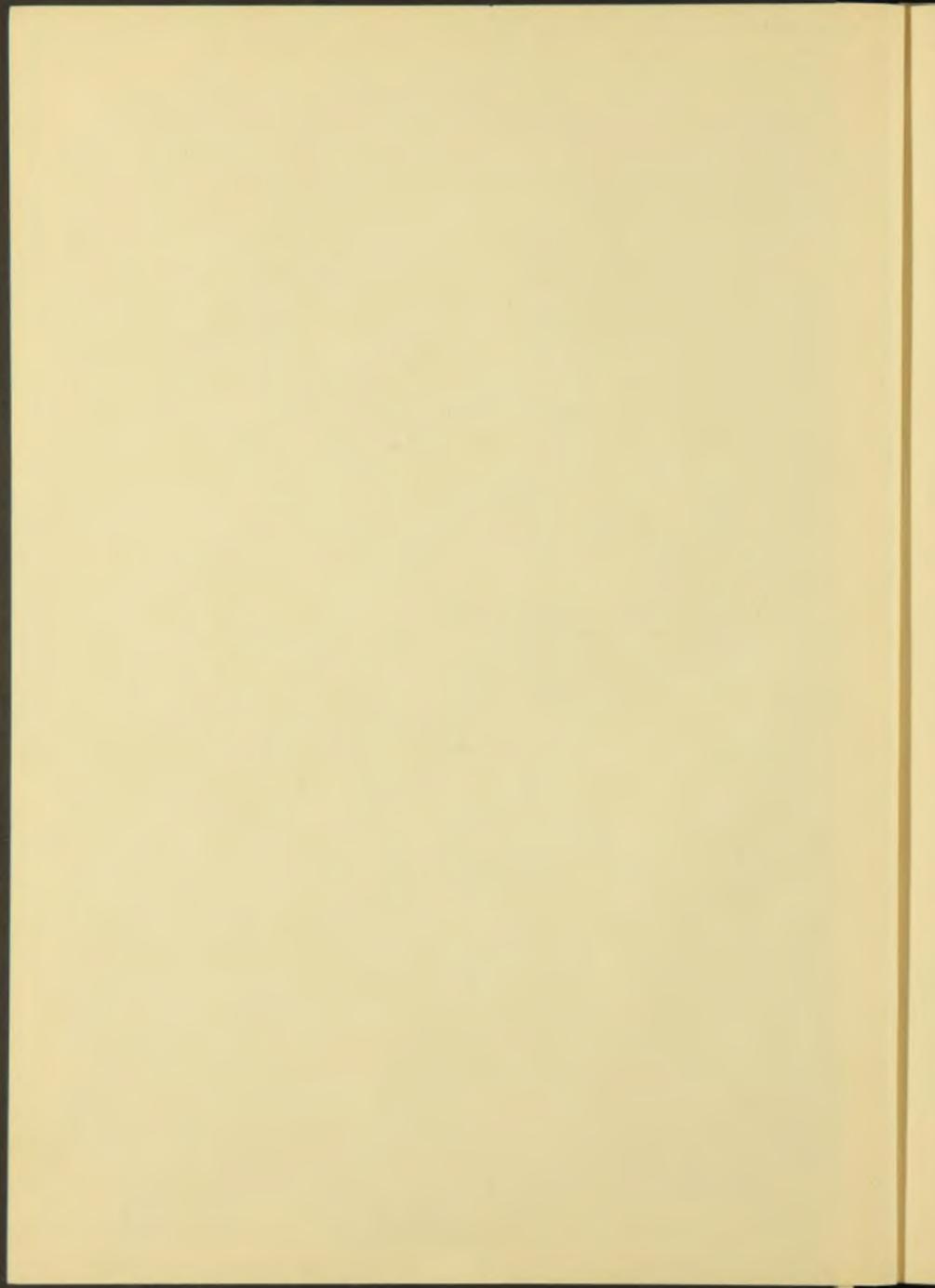
Expediente gubernativo.—Recibido en dicho Ministerio el expediente judicial podrá ampliarse aportando á él los documentos ó practicando las diligencias que se conceptuen de necesidad y en su vista se dictará resolu-

ción á propuesta de la citada Dirección general concediendo ó negando la dispensa.

Real carta de conccsión.—De la concesión de dispensa se expedirá Real carta impresa y revestida de las formalidades necesarias para su autenticidad (1) remitiéndose al Juez de primera instancia por cuyo conducto se hubiere solicitado, quien dispondrá que se tome de ella razón en un libro Registro de dispensas, que se haga constar á continuación de la misma haberse cumplido este trámite y que se entregue á los interesados para los usos que correspondan.

Cuando la resolución del Gobierno fuere denegativa de la dispensa se comunicará de Real orden al mismo Juez para su conocimiento, notificación á los interesados y demás efectos.

(1) La expedición de dicha Real carta devenga los derechos consignados en la *ley de gracia al ancar* de 1838 aplicable á este caso según lo prevenido en una R. O. de 1875.



CAPÍTULO III.

JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO Y DE DIVORCIO

SUMARIO: I. Consideraciones generales.

II. Diligencias preliminares en los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio. — *Medidas provisionales de carácter urgente que pueden adoptarse antes de la interposición de dichas demandas.*—*Depósito provisional de la mujer y de los hijos.*—*Efectos civiles de la interposición y admisión de las mencionadas demandas.*—*Separación de los cónyuges.*—*Depósito definitivo ó ratificación del provisional de la mujer y de los hijos.*—*Alimentos.*—*Adopción de las medidas necesarias para que el cónyuge que tenga la administración de los bienes no pueda perjudicar al otro.*—*Litis expensas.*

III. Tramitación de los juicios de nulidad de matrimonio. — *Quien puede ejercitar la acción para reclamar dicha nulidad.*—*Quien se considera que tiene interés en la nulidad en caso de impotencia.*—*Cuando caduca la acción y en qué casos.*—*Efectos civiles de las sentencias declarando la nulidad.*

IV. Juicios de divorcio. — *Trámites que han de preceder á la admisión de las demandas según el Real Decreto de 23 de Noviembre de 1872.*—*Substanciación del juicio*—*Efectos civiles de las sentencias decretando el divorcio.*—*Reconciliación de los divorciados.*

V. Forma de proceder para dar efectos civiles á las sentencias de nulidad de matrimonio ó de divorcio pronunciadas por los Tribunales Eclesiásticos.

I.

CONSIDERACIONES GENERALES

Afectando el matrimonio en España por razón del estado legal que creó la publicación del vigente Código dos formas, la canónica y la civil, lógico es que den origen las cuestiones matrimoniales á distintos procedimientos, según la manera como el vínculo se haya establecido, y que existan dos clases de tribunales encargados de conocer de dichos pleitos, correspondiendo por tanto á la jurisdicción eclesiástica entender de la nulidad del matrimonio canónico y del divorcio de los casados canónicamente y á la jurisdicción ordinaria de los mismos asuntos en el matrimonio civil. Ello no obstante, la ley civil ha tenido que sentar como declaración fundamental, en uno de sus preceptos, que los efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad de matrimonio y sobre divorcio solo puedan obtenerse ante los tribunales ordinarios, y reiterando la sana doctrina establecida por el Decreto-ley sobre unificación de fueros de 6 de Diciembre de 1868, ha sustraído del conocimiento de los Tribunales eclesiásticos todas aquellas cuestiones que estos antes consideraban como incidentes y que tienen un carácter exclusivamente temporal sin que afecten para nada al sacramento, como alimentos, depósito de personas, separación de la administración de los bienes y del dominio de ellos, en su caso, liquidación de la sociedad conyugal, restitución de dote y litis-expensas.

Consecuencia de lo expuesto es que al ocuparnos de la

clase de juicios á que se refiere el epígrafe de este título, que no tiene concordante alguno en la ley de Enjuiciamiento civil, no obstante su importancia, hayamos de establecer previamente una distinción, examinando en primer término aquellos procedimientos que por referirse á las medidas provisionales que han de adoptarse, mientras se tramitan los juicios de nulidad de matrimonio y de divorcio, afectan tanto á los canónicos como á los civiles y, siendo después objeto de nuestro estudio las formas de proceder aplicables á dichos pleitos, cuando han de conocer de ellos los Tribunales del fuero común, ya que para nada entra en nuestro plan el estudio del derecho canónico procesal.

II.

DILIGENCIAS PRELIMINARES EN LOS JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO Y DE DIVORCIO

De la comparación de los preceptos porque se regula esta materia en el Código y en la ley procesal, surge una evidente contradicción que inclina el ánimo á suponer que los autores de aquél trataron de derogar lo dispuesto en la última, que autoriza á la mujer casada que se proponga intentar demanda de divorcio ó de nulidad de matrimonio ó querrela de amancebamiento, para solicitar el depósito de su persona y de las de sus hijos sin más requisito formal que la enunciación de tal propósito al Juzgado. Este depósito, según el art. 68 del Código, solo puede pedirse y obtenerse una vez interpuesta y admitida la demanda; pero á pesar de que así dice la letra de la ley no creemos posible que haya querido privarse á la mujer casada que ve en peligro su seguridad personal y tal vez amenazada su vida, del recurso que la concede el art. 1880 de la ley de Enjuiciamiento, obligándola á vivir bajo el mismo techo

que su marido ó impidiéndola que utilice esa garantía de defensa hasta tanto que el Tribunal civil ó eclesiástico admitan una demanda que acaso no la es posible interponer por la coacción que sobre ella se ejerce. En su consecuencia creemos que el Código, si bien incurriendo en una omisión indisculpable, se refiere tan solo al depósito definitivo y deja subsistente la ley adjetiva para solicitar el provisional y las demás medidas de amparo y protección que sea preciso acordar con urgencia; resultando de lo antedicho que existan dos órdenes de diligencias preliminares relacionadas con los juicios de que nos hemos de ocupar y que merecen por ello ser examinados con la debida separación.

Medidas provisionales de carácter urgente que pueden adoptarse antes de la interposición de las demandas.

—El artículo de la ley de enjuiciar anteriormente citado, faculta, como ya hemos dicho, á la mujer casada para solicitar el depósito siempre que se proponga intentar alguna de las demandas ó querella mencionadas sin requerirse más que su manifestación. Principios del derecho natural y razones de orden público en el sentido que estos términos tienen dentro del derecho civil, justifican dicha disposición que facilita á quién se acoge á ella el proceder con entera independencia en el ejercicio de las acciones que le asistan, pero por esto mismo, las medidas que el Juez adopte deben ser de carácter provisional y subsistir tan solo el tiempo necesario para tal objeto, quedando sin efecto, si dentro de un término breve no se demuestra haber cumplido el fin para que se dictaron. Son estas medidas el depósito provisional de la mujer y de los hijos y la asignación de alimentos.

Depósito provisional de la mujer y de los hijos.

—Para decretar éste requiérese en primer término, solicitud de la interesada ó de otra persona á sus ruegos y la ratificación de aquella á la presencia judicial en la misma

casa del marido ó en la que se hallare, sin que pueda este último concurrir á la diligencia, si bién deberá citársele para las sucesivas con señalamiento de día y hora si hubiesen de tener lugar fuera del domicilio legal de los esposos. Una vez ratificada la reclamante, procurará el Juez que procedan de acuerdo ambos cónyuges á la designación de depositario y si se consiguieren ó el marido no hubiere concurrido, el Juez elegirá la persona que crea mas á propósito, bién de las designadas por uno de ellos de estimar infundada la oposición hecha por el otro, bién cualquiera otra de su confianza. En dicho acto se entregarán á la mujer la cama y ropa de su uso diario, previamente inventariadas, resolviendo el Juez, de plano y sin ulterior recurso, las cuestiones que sobre esto se susciten.

Al realizar el depósito quedarán en poder de la madre los hijos menores de tres años y en el del padre los que pasen de esta edad; y de la diligencia de constitución de dicho depósito, así como de la providencia de nombramiento se facilitará un testimonio al Depositario para su resguardo. La duración de este depósito provisional sera de un mes, dentro de cuyo plazo habrá de acreditar la mujer haber intentado la demanda ó querella, plazo ampliable á razón de un día por cada treinta kilómetros de distancia de la residencia del Juez eclesiástico ó civil al lugar del depósito, transcurrido el cual quedará sin efecto éste y será restituida la depositada á la casa de su marido, sin más escepción que la del caso en que acreditare haberle sido imposible intentar la demanda ó querella por causa que no le sea imputable.

El depósito se ratificará cuando se justificare haber sido admitida la demanda ó querella pudiendo entonces variar-se y constituirse en la persona que la interesada designe.

Efectos civiles de la interposición y admisión de las demandas de nulidad de matrimonio y de divorcio.—La admisión de las demandas á que se refiere

el epígrafe determina una situación especial en que, por virtud de la litis se colocan los cónyuges, á la que necesita atender la ley para evitar irreparables consecuencias que la continuación de la vida común podría traer y garantizar el derecho de defensa de que necesitan valerse en el estado anormal que se produce. Con este fin el Código previene (1) que mientras durare el juicio se adoptarán las disposiciones siguientes: 1.^a Separar los cónyuges en todo caso. 2.^a Depositar la mujer en los casos y forma prevenidos en la ley de Enjuiciamiento civil. 3.^a Poner los hijos al cuidado de uno de los cónyuges ó de los dos según proceda. 4.^a Señalar alimentos á la mujer y á los hijos que no queden en poder del padre. 5.^a Dictar las medidas necesarias para evitar que el marido que hubiere dado causa al divorcio ó contra quien se dedujere la demanda de nulidad de matrimonio perjudique á la mujer en la administración de sus bienes.

Separación de los cónyuges.—Fundamento del matrimonio el cariño, requiere la vida conyugal una perfecta identificación de voluntades, una armonía completa y cuando esta se rompe, cuando la mútua confianza falta, razones morales y exigencias de justicia imponen como necesidad ineludible la separación de los esposos. Por esto la primera determinación que manda adoptar el Código es esa separación que se entiende tan solo *quod mutuum cohabitationem*. Algún autor ha defendido la tesis de que decretada judicialmente la separación debe presumirse la ilegitimidad de los hijos que nazcan después de los 300 días de acordada aquella, mientras la madre no pruebe que son legítimos. No estamos conformes con este criterio; la separación de los cónyuges á que se refiere el

(1) Art. 68.

artículo 108 del Código no es esta de carácter transitorio y provisional que decreta el Juez de plano y sin forma de juicio; es la definitiva que se acuerda en la sentencia de divorcio ó de nulidad de matrimonio, única que causa estado, única que pone término definitivo á la vida común, pues de admitir el supuesto contrario podría perturbarse hondamente el orden familiar y producirse graves trastornos que afectan al estado civil solo mediante una providencia judicial á la que no preceden las formalidades de un juicio.

Depósito definitivo ó ratificación del provisional de la mujer y de los hijos.—El único medio procesal posible de llevar á la práctica la separación de los cónyuges es el depósito de la mujer. Si ésta promovió el divorcio, puede acontecer que solicitara, antes de intentar la demanda, el depósito provisional y en tal caso bastará con aportar al expediente de que antes hemos hecho mérito un testimonio de la providencia de admisión para que el Juzgado ratifique aquél y le eleve á definitivo. Cuando no se hubiese pedido ó si el marido fuere el demandante, se procederá por análogos trámites sin más diferencia que prescindir del requerimiento á la depositada para que entable ó ejercite su acción dentro de un mes.

Los efectos de este depósito son 1.º impedir al marido que moleste á su mujer ni al depositario, para lo que se le intimará en forma, apercibiéndole de proceder contra él á lo que hubiere lugar, si no respeta este mandato; y 2.º obligar á la mujer á que se someta desde luego á dicho depósito observándole y guardándole fielmente sin que la sea posible quebrantarle. Esto no quiere decir como algunos han pretendido que la depositada deba permanecer recluida en la casa donde se constituya el depósito, sino formando parte de la familia del depositario á cuya custodia y cuidado se confía.

La mujer que quebrantare el depósito perderá el dere-

cho á los alimentos, subsistiendo solo respecto de los hijos que estén en su poder, que, como ya hemos indicado anteriormente al hablar del depósito provisional, serán los menores de tres años.

Alimentos.—Deficiente en grado sumo és este enunciado del Código que no ha tenido en cuenta otros de sus preceptos donde se establece la libertad de estipulaciones en cuanto al régimen de los bienes dentro del matrimonio, permitiendo que sea la mujer la administradora de los que pertenezcan al mismo, en cuya hipótesis y mientras no se la prive de esta administración, ella será la obligada al pago de una pensión alimenticia á los hijos que queden en poder del padre y aun á este en caso de extrema necesidad; todo ello con sujeción á lo estatuido en el título 6.º del libro 4.º del mismo Código á cuyas disposiciones está supeditada la que estamos examinando.

De dos maneras, ó por mejor decir, en dos procedimientos distintos, puede decretarse el pago de alimentos; uno de ellos es sumarísimo y está regulado por el artículo 1916 de la ley de enjuiciar que previene que el Juez al decretar el depósito de una persona le señalará para alimentos la cantidad que prudencialmente crea necesaria, atendido el capital que le pertenezca ó que posea el que ha de darlos, adoptando las providencias que estime convenientes para la seguridad del pago de esta pensión; y el otro, también de carácter sumario, que se regula en el título 18 de su libro 2.º en forma de juicio y que recibe el nombre especial de alimentos provisionales: ¿Cuál de ellos será el procedente en los casos en que se intente el divorcio ó la nulidad del matrimonio? Creemos que los dos son de aplicación. El primero como medida provisional y urgente cuando se solicite el depósito. El segundo después de decretado este y para sustanciar formalmente la oposición que el marido ó la persona obligada

á dar los alimentos, pueda hacer respecto á la cuantía de los señalados.

Adopción de las medidas necesarias para que el cónyuge que tenga la administración de los bienes no pueda perjudicar al otro.—También aquí ha olvidado el Código que la mujer puede ser en muchos casos, dada la libertad de estipulaciones para el régimen de bienes de la sociedad conyugal, la administradora del patrimonio común ó que puede existir absoluta separación de bienes. Subsananado la omisión de que adolece el precepto legal hemos de establecer tres supuestos: 1.º Que corresponda al marido la administración de los bienes aportados por su cónyuge y de los gananciales. 2.º Que esta administración la tenga la mujer en virtud de pacto establecido antes de contraer matrimonio. 3.º Que se rija éste por el sistema de separación de bienes. En los dos primeros supuestos será procedente lo prevenido por el Código; en el último es innecesario.

¿Que medidas serán estas que el Juez habrá de adoptar para evitar perjuicios á cualquiera de los dos cónyuges cuando el otro tenga la administración? El comentarista Mucius Scævola dice que las que determinan los artículos 1433 y siguientes del Código, apreciación inexacta, á nuestro modo de ver, pues todas las comprendidas en dichos preceptos solo pueden tener lugar después de recaída sentencia firme en el juicio de nulidad ó de divorcio y estas de carácter provisional se han de reducir á la intervención judicial, ya directamente ya con la designación de un depositario ó administrador que se nombre al efecto para el manejo de los bienes comunes y de los patrimoniales del cónyuge que pudiere ser perjudicado por el otro.

Litis-expensas.—Falta en el articulado del Código un precepto expreso que sustituya al derogado de nuestra legislación antigua sobre litis-expensas y como no es posible admitir la inexistencia del deber de darlas á la mujer

que carezca de bienes propios para litigar ni puede concederse á ésta el beneficio de la pobreza legal teniendo bienes suficientes la sociedad conyugal no disuelta, ha tenido necesidad el Tribunal Supremo de venir á establecer con su jurisprudencia esa obligación del marido reputando cargas de la sociedad de gananciales los gastos que produzca el seguimiento de estos pleitos y afirmando, que con arreglo al artículo 1408 del Código civil, el marido debe abonar á su mujer el importe de los que le ocasionen los litigios que con el se crea precisada á sostener, doctrina contenida en la sentencia de 15 de Abril de mil ochocientos noventa y seis y ratificada en otras de 4 de Junio de dicho año y 26 de Enero del siguiente.

Es también digna de ser apuntada la doctrina de dicho Tribunal relativa á que la cantidad que se asigne para litis-expensas debe limitarse á lo que en cada caso resuelvan los Tribunales que conozcan del pleito, teniendo en cuenta las necesidades de la defensa y la naturaleza y extensión de las obligaciones que hayan de satisfacerse para atender á aquella.

III.

TRAMITACIÓN DE LOS JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO

Quien puede ejercitar la acción para reclamar dicha nulidad.—El vínculo matrimonial exige para su validez que los que le contraen tengan la aptitud física necesaria para el cumplimiento de los fines que impone y condiciones de capacidad jurídica para prestar con la libertad necesaria el consentimiento. Por esta razón se han establecido en la ley los impedimentos, derivados unas veces de la falta de edad, otras de la de inteligencia y

libertad, en algún caso de la carencia de condiciones para la reproducción y en muchos del parentesco próximo, con lo que se atiende no solo á las exigencias de la moral si no á evitar é impedir la decadencia de las razas. Finalmente la Iglesia y el Estado han establecido determinadas solemnidades para la celebración del matrimonio y la falta de cualquiera de las que se reputan como esenciales dá lugar á que se tenga aquél como no contraído. Ahora bién, como á pesar de estas prohibiciones es posible su contravención, el Código declara la nulidad del matrimonio: 1.º Cuando se haya celebrado entre personas en quienes concurra alguno de los impedimentos no dispensables de que nos ocupamos en el capítulo precedente. 2.º Los contraídos por error en la persona ó por coacción ó miedo grave que vicie el consentimiento. 3.º El contraído por el raptor con la robada mientras esta se halle en su poder. 4.º El que se celebre sin la intervención del Juez municipal competente ó del que en su lugar debe autorizarlo y sin la de los testigos.

Cuando exista alguna de estas causas de nulidad, si el matrimonio se celebró civilmente compete á la jurisdicción ordinaria declararla y dada la importancia del asunto que se ventila en esos litigios, claro está que el procedimiento aplicable ha de ser el que mayores garantías ofrezca y el que más amplitud dé á los litigantes para el ejercicio de sus acciones y excepciones ó sea el juicio ordinario de mayor cuantía.

Para interponer la demanda hay que distinguir entre los diversos motivos de nulidad. En la mayoría de los casos la acción corresponde no solo á los cónyuges sino al Ministerio fiscal y á cualquiera persona que tenga interés en la nulidad, precepto que se funda en que la disolución del vínculo interesa á la sociedad toda y mas particularmente á aquellos que sufran algún perjuicio con su existencia. Pero hay algunas causas de nulidad que solo

afectan á la persona de uno de los cónyuges que prestó su consentimiento con error ó fué victima del rapto, de la fuerza ó del miedo y por esto con razón declara el Código que entonces, solo el cónyuge perjudicado podrá ejercitar la acción, puesto que con la subsistencia del vínculo ni se ofende á la moral pública ni sufren perjuicio terceras personas.

Quien se considera que tiene interés en la nulidad en caso de impotencia.—La primitiva edición del Código no hacía mención alguna de la impotencia comprendiendo este caso entre aquellos en que el ejercicio de la acción de nulidad compete, no solo al cónyuge inocente sino también al Ministerio Fiscal y á cualquiera persona que tenga interés.

Al discutirse en el Senado la forma como se había cumplido la ley de bases, voces elocuentes censuraron con acritud esa facultad concedida al Ministerio público y á los extraños para levantar el velo que cubre los secretos del hogar doméstico y convertir los estrados de los Tribunales en lugar de escándalo donde pudieran llevarse por cualquiera los más recónditos misterios del matrimonio, aun contra la voluntad de ambos cónyuges y en muchas ocasiones sin fundamento alguno. Convencida la Comisión de la justicia de estas censuras, al reformar el articulado limitó este derecho concediéndole únicamente á uno y otro cónyuge y á las personas que tengan interés en la nulidad, pero la vaguedad de este último concepto le hace de muy difícil interpretación, prestándose á grandes confusiones, por que no se alcanza claramente quién podrá tener interés, aparte del cónyuge engañado, en que se declare la nulidad por impotencia.

Sin duda ha querido facilitarse el medio de que la mujer que por coacción ó por pudor, no se atreve á plantear tan grave cuestión por sí misma, pueda valerse de sus padres ó de aquellos otros parientes próximos á quienes

correspondería su tutela legítima, para que reclamen contra el matrimonio celebrado hasta conseguir que se anule. Solo á esas personas puede reconocérseles un interés legítimo y permitirles que se entrometan en asunto tan delicado.

Quando caduca la acción y en que casos.—La naturaleza de estas acciones hace que se consideren imprescriptibles por lo menos mientras el matrimonio exista, pero son excepción de esta regla general los casos de error, fuerza, miedo ó raptó, en que caduca á los seis meses de vida común de los cónyuges después de desvanecido el error, de haber cesado la fuerza ó la causa del miedo ó de recobrar la libertad la raptada si durante dicho término no se ha interpuesto la demanda. El fundamento de este plazo de prescripción no puede ser más lógico, pues con sus propios actos convalida el perjudicado lo que en su origen adolecía de un vicio de nulidad por falta de consentimiento libre, verdadera y espontáneamente otorgado.

Efectos civiles de las sentencias declarando la nulidad del matrimonio.—Son estos de dos clases; referentes los unos á las personas de los cónyuges y de los hijos; relativos los otros á los bienes de la sociedad conyugal. Para determinar los efectos en cuanto á las personas es preciso atender á la buena ó mala fé con que se contrajo el matrimonio. Si esta buena fé existía de parte de ambos, aquél produce todos sus efectos civiles reputándose válido hasta la fecha de la sentencia firme que lo disuelve. Si ha intervenido buena fé de parte de uno solo de los cónyuges surte esos mismos efectos respecto de él. Y si hubiere mala fé por parte de los dos se considera nulo desde su origen.

En cuanto á los hijos, haya buena ó mala fé en los padres, siempre surte efectos civiles y por tanto se reputan legítimos.

Ejecutoriada la nulidad, quedarán los hijos varones mayores de tres años al cuidado del padre y las hijas al de

la madre si de parte de ámbos hubo buena fé. Si esta solo la tuvo uno de ellos quedarán bajo su cuidado los hijos de ambos sexos. Si la mala fé fuese de los dos se les proveerá de tutor á los hijos. En todos los casos estarán los menores de tres años al cuidado de la madre hasta que cumplan esa edad, á no ser que por circunstancias especiales disponga otra cosa la sentencia.

Respecto de los bienes del matrimonio la ejecutoria de nulidad produce los mismos efectos que la disolución por muerte, pero el cónyuge que hubiese obrado de mala fé no tendrá derecho á los gananciales. Si la mala fé se extendiese á ambos quedará compensada.

IV.

JUICIOS DE DIVORCIO

Trámites que han de preceder á la admisión de las demandas según el Real Decreto de 23 de Noviembre de 1872.—Cuando los Tribunales civiles hayan de conocer de los pleitos de divorcio por estar casado civilmente el que lo promueve exigense, como requisitos previos á la admisión de las demandas, la celebración del acto conciliatorio y la práctica de una información sumaria acerca de la certeza de los hechos ó causas en que la acción se funde, siempre que unos y otros no aparezcan desde luego comprobados por medio de documentos públicos que se acompañen á dicha demanda. Esta información, análoga á la que se exige en el procedimiento canónico, está ordenado se reciba en el Real Decreto citado en el epígrafe, que conceptuamos vigente por el carácter procesal de sus disposiciones que hace no le comprenda la derogatoria del artículo final del Código.

Las causas en que puede fundarse la demanda de divor-

cio son las que enumera el artículo 105 de dicho cuerpo legal pero únicamente puede alegarlas el cónyuge inocente.

Substanciación del juicio.—Los trámites del mismo son los del ordinario declarativo de mayor cuantía y en él será siempre parte el Ministerio fiscal á quien deberá oírse en último lugar cuando no intervenga como demandante.

Los cónyuges menores de edad no tendrán necesidad de tutor para ser parte en estos juicios á no hallarse legalmente incapacitados por otro concepto.

Efectos civiles de las sentencias decretando el divorcio.—El divorcio solo suspende la vida común de los casados. Nuestra ley civil, inspirada en las enseñanzas de la Iglesia, no admite el divorcio como medio de disolverse el matrimonio. Las sentencias que le decretan producen los efectos siguientes: 1.º La separación de los cónyuges. 2.º Quedar ó ser puestos los hijos bajo la protección ó potestad del cónyuge inocente; si ambos fueren culpables se proveerá á aquellos de tutor, pero la madre tendrá siempre á su cuidado los menores de tres años. A la muerte del cónyuge inocente volverá el culpable á recobrar la patria potestad si la causa del divorcio fué el adulterio, los malos tratamientos de obra ó las injurias graves; si fuere otra la causa se nombrará tutor á los hijos. 3.º Perder el cónyuge culpable todo lo que le hubiere sido dado ó prometido por el inocente ó por otra persona en consideración á éste y conservar el inocente todo cuanto hubiere recibido del culpable, pudiendo además reclamarle desde luego lo que le hubiere prometido. 4.º La separación de los bienes de la sociedad conyugal y la pérdida de la administración de los de la mujer si la tuviere el marido y hubiere dado causa al divorcio. Y 5.º La conservación por parte del marido inocente de la administración de los bienes de la mujer, si la tuviere, sin más derecho en ésta que el de alimento.

La ejecución de estas sentencias se someterá en lo po-

sible á lo que con carácter general dispone la ley de Enjuiciamiento civil para llevar á efecto las dictadas por los Tribunales de este orden en los artículos 919 y siguientes. (1)

Reconciliación de los divorciados.—Para facilitar en todo tiempo la paz y unión del matrimonio declara el Código que la reconciliación pone término al juicio de divorcio y deja sin efecto la sentencia dictada en él, pero este hecho deberá ponerse en conocimiento del Tribunal que entienda ó haya entendido del litigio.

Sin perjuicio de esta disposición, si la sentencia se dictó fundada en el conato ó la connivencia del marido ó de la mujer para corromper á sus hijos y prostituir á sus hijas, surtirá, en cuanto á ellos, efecto dicha resolución judicial y si aun continuaren sometidos á la patria potestad los Tribunales adoptarán las medidas convenientes para preservarlos de la corrupción ó prostitución, medidas que no pueden ser otras que privar ó suspender á los padres de aquél derecho y poner los hijos bajo la guarda de un tutor.

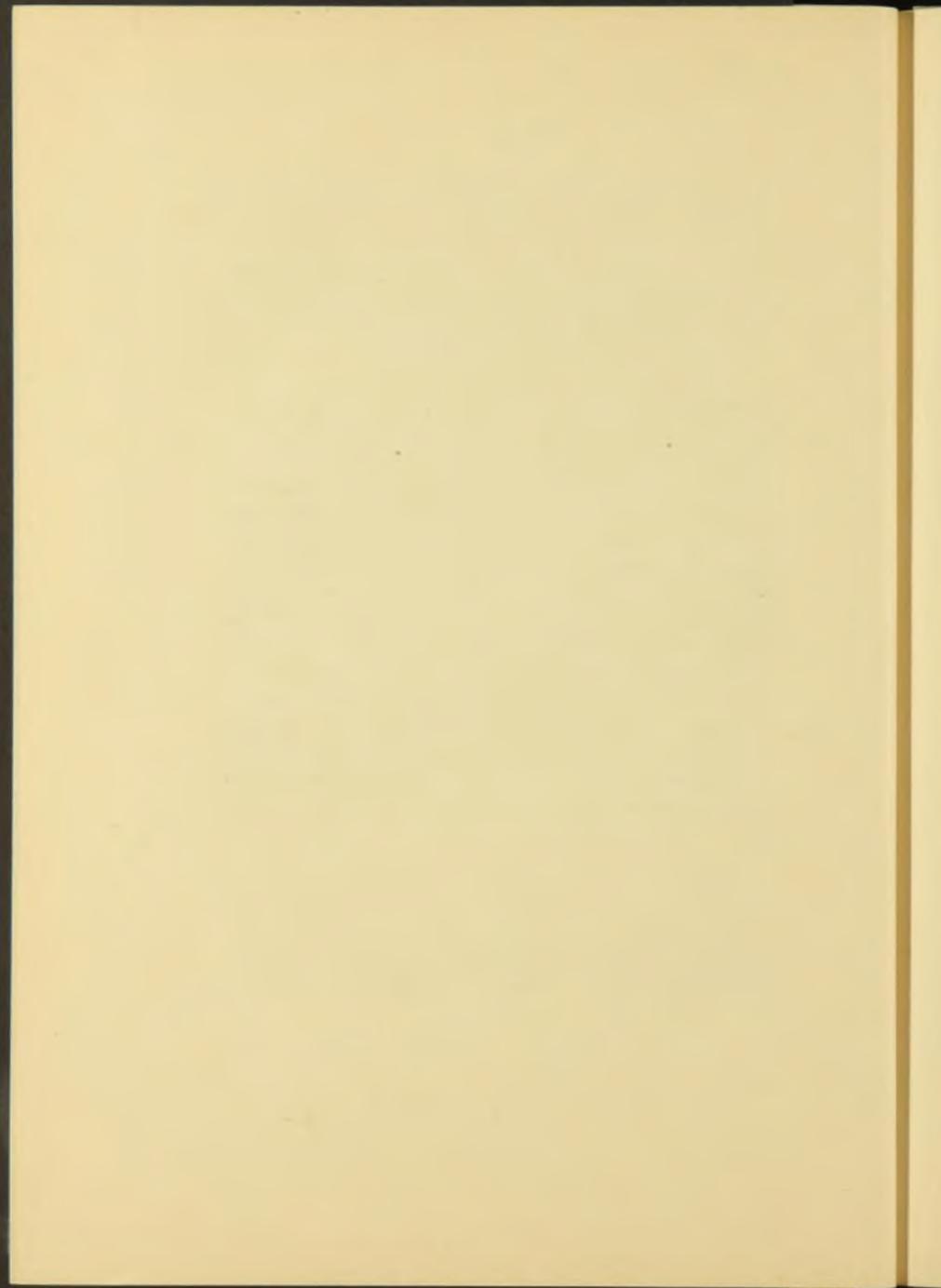
Al reconciliarse los cónyuges cesará la separación de bienes volviendo á regirse el patrimonio conyugal como ántes del divorcio, pero al tiempo de reunirse harán constar por escritura pública los bienes que nuevamente aporten y estos serán los que constituyan el capital propio de cada cónyuge.

(1) No exponemos al detalle la tramitación procedente para la separación de bienes de los cónyuges y entrega á la mujer de la administración en los casos que la corresponde porque será objeto de otro capítulo de esta obra.

V.

FORMA DE PROCEDER PARA DAR EFECTOS CIVILES A
LAS SENTENCIAS DE NULIDAD DE MATRIMONIO
Ó DE DIVORCIO PRONUNCIADAS POR LOS
TRIBUNALES ECLESIASTICOS

Dichas sentencias producen los mismos efectos que las que recaen en pleito civil de igual naturaleza, pero no pudiendo ser ejecutadas por los mismos Tribunales que las dictan ha de reclamarse su cumplimiento de los ordinarios, bastando para ello presentar testimonio de la ejecutoria dictada por el fuero de la Iglesia. Asi lo indica indirectamente el artículo 1433 del Código civil, si bien refiriéndose tan solo á la separación de bienes; pero no encontramos tan llano y fácil como de dicha disposición se deduce, el procedimiento, y la práctica enseña que no basta con la presentación de la ejecutoria y con la petición de que se cumpla en lo que se refiere á los efectos civiles si no que es necesario acompañar aquella de una demanda formal en la que se concreten y detallen todas y cada una de las pretensiones del solicitante, tramitándose el asunto después con sujeción á lo establecido para los incidentes.



CAPITULO IV.

LEGITIMACIÓN POR CONCESIÓN REAL

SUMARIO: *Consideraciones generales.—Quién puede pedir la legitimación y en qué forma.—Efectos que produce.—Tramitación del expediente gubernativo y de la información judicial.*

Consideraciones generales.—Es la legitimación una ficción de la ley por la que se reputa nacido de justas nupcias al hijo natural engendrado fuera de ellas por padres libres para poderlas contraer entre sí.

Esta institución cuyos orígenes se remontan al derecho Romano, creada como medio de extinguir ó disminuir, cuando menos, los casos de concubinato, ha adoptado en nuestras antiguas leyes diversidad de formas de las que el Código actual tan solo acepta dos; el subsiguiente matrimonio y la concesión real. Aquélla, fundada en poderosas razones de moralidad que no pueden ser desconocidas a pesar de que algunos tratadistas la consideren como un estímulo de las uniones ilícitas por las facilidades que ofrece para borrar sus consecuencias, es agena por completo á nuestro estudio, ya que ninguna relación tiene con el derecho procesal. La legitimación por concesión real,

nombre que hoy se dá á la que las Partidas llamaron por Rescripto del Principe, nacida en épocas en que el concepto de la Soberanía y de la Potestad Real eran totalmente distintos del que actualmente tienen, no solo resulta anticuado por tal motivo siendo impropio que la dé acogida en su articulado un Código moderno, sino que carece por completo de utilidad y aplicación práctica tal como está regulada en el nuestro.

Si excusa podía tener la conservación de esa anacrónica y desacreditada prerrogativa Regia era habiéndola utilizado como medio de que los hijos naturales reconocidos por ambos padres pudieran lograr, en el caso de ser imposible el matrimonio de los mismos y á falta de descendencia legítima, todos los honores preeminencias y derechos de ésta; más para regularla del modo que lo hace el Código igualando la condición y los derechos de los hijos legítimados en esa forma á la de los naturales simplemente reconocidos sin otorgarles ningún beneficio de que ya no gozaran por su cualidad de naturales, para que la Real concesión sea un título vano y nominal que en nada favorece á quien le consigue, mejor hubiera sido suprimirla, siguiendo los respetables precedentes que ofrecían el proyecto de 1851 y la mayor parte de las legislaciones extranjeras.

Quien puede pedir la legitimación y en que forma.—La concesión de dicha gracia solo es lícito pedirla á ambos padres ya conjunta ya separadamente ó al hijo á quién deba favorecer; éste solamente después de muertos aquellos si en su testamento ó en otro instrumento público han manifestado voluntad de legitimarle, exigiendo el Código como requisitos necesarios para obtenerla, los siguientes: 1.º Que no sea posible la legitimación por subsiguiente matrimonio. 2.º Que el padre ó la madre que la pida ó que expresó su voluntad de legitimar no tenga hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio

ni descendientes de ellos. 3.º Que si el que la pide es uno de los padres y estuviere casado obtenga el consentimiento del otro cónyuge.

Efectos que produce dicha legitimación.—El legitimado en tal forma tiene derecho á llevar el apellido del padre ó de la madre que lo legitima, á recibir alimentos de los mismos, á una porción legitimaria de su herencia igual á la que corresponde á los hijos naturales y á sucederles abintestato en el mismo caso y lugar que aquellos. El padre ó madre que hace la legitimación tiene la patria potestad y derecho hereditario como si se tratara de hijos naturales.

Tramitación del expediente gubernativo y de la información judicial.—La petición habrá de hacerse directamente al Ministro de Gracia y Justicia en instancia suscrita por el padre ó madre que pretenda legitimar y por su consorte, si le tuviere, como medio de acreditar el consentimiento que este presta, acompañando á dicha solicitud certificación de la inscripción de nacimiento del hijo y los demás documentos en que la funde y ofreciendo justificación de los hechos expuestos. Si apareciere de los documentos presentados que concurren los requisitos prevenidos en el Código civil, el Jefe del Negociado lo expresará así en la nota y propondrá la remisión del expediente al Juez ó Tribunal competente para la práctica de la información ofrecida. Aprobado por el Ministro este dictamen se remitirá la instancia y documentos presentados á la Audiencia Territorial mediante Real orden comunicada por el Subsecretario para que por el Juez de primera instancia á quien corresponda se proceda á recibir la información. Esta deberá practicarse con intervención del Ministerio Fiscal, aportando á ella, como prueba documental, la escritura ó documento público en que conste el reconocimiento y si alguno de los padres hubiere fallecido, la certificación de defunción. Las declaraciones versarán so-

bre la imposibilidad de contraer matrimonio que tienen los padres, á no ser que este extremo se hubiera acreditado documentalmente, y acerca de la no existencia de hijos ó descendientes legítimos. Los testigos deben ser conocidos del Actuario ó identificar su personalidad por medio de otros de conocimiento. Oído el Fiscal, que emitirá dictamen por escrito, el Juez dará por conclusa la información y con su informe devolverá el expediente al Ministerio por el mismo conducto que se recibió. Oída la Sala de gobierno del Tribunal Supremo el Ministro, en vista del informe de aquélla, resolverá lo procedente. La concesión será comunicada al Tribunal que hubiere conocido de la información para que ordene su inscripción en el Registro civil previo pago de los derechos que devenga esta gracia al sacar, con arreglo á la ley de 14 de Abril de 1838 y á costa del recurrente, á no ser que antes hubiere obtenido el beneficio de la defensa por pobre.

CAPITULO V.

RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES

SUMARIO: I. Reconocimiento voluntario de hijos naturales.—*Reformas introducidas en esta materia con la publicación del Código civil.—Formas del reconocimiento.—Concepto legal de los hijos naturales.—Sus clases.—Modo de hacer constar el reconocimiento voluntario.—Requisitos que deben cumplirse cuando se haga en escritura pública.—Procedimiento propio para obtener la aprobación judicial.—Impugnación de esta clase de reconocimiento.—Administración de los bienes del hijo reconocido por el padre ó madre que le reconozca.—Expediente judicial que procede seguir para la aprobación de la fianza.*

II. Reconocimiento forzoso.—*Investigación de la paternidad y limitaciones impuestas á la misma por el Código.—Investigación de la maternidad.—Trámites de estos juicios.—Reconocimiento forzoso en causa criminal.—Efectos civiles que produce la sentencia en ella dictada.*

I.

RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE HIJOS NATURALES

Reformas introducidas en esta materia con la publicación del Código civil.—En el orden de la fa-

milia reconoce el derecho positivo distintos efectos civiles á la filiación, según provenga del vínculo matrimonial ó de la unión pasajera é ilícita de personas de distinto sexo; y aun tratándose de hijos ilegítimos no ha podido menos el legislador que concederles diversos derechos según la falta cometida por los padres tenga mayor ó menor gravedad, pues así como no es lícito ni posible confundir á los llamados de bendición con los naturales, no cabe tampoco equiparar á estos con los que proceden de dañado y punible ayuntamiento, ya que como dice con elocuencia el señor Alonso Martínez, la cadena de la generación está formada por tres eslabones distintos y la Ley debe hacer de ellos tres categorías diferentes.

Entre las exageraciones de los ideólogos y utopistas que inspiraron la obra legislativa de la *Convención francesa* igualando la condición de todos los hijos, sea cual fuere su procedencia, y el criterio estrecho de las escuelas conservadoras que quieren alejar al hijo natural del hogar doméstico reconociéndole tan solo derechos sucesorios á falta de descendientes legítimos, especialmente en la herencia paterna, el Código ha aceptado un término medio, una solución conciliadora que está en armonía con las exigencias de la justicia. Inspirado en un criterio progresivo sin rebasar por ello los límites que aconseja la prudencia ni aceptar doctrinas radicales que hubieran podido causar graves alteraciones en la organización de la familia legítima, nuestro derecho vigente ha dado un paso de avance en esta materia de tan gran trascendencia social rescatando á los hijos naturales del indebido é injusto destierro en que estaban con relación á la familia del padre, imponiendo á éste ó á la madre, en su defecto, el cumplimiento de la función de la patria potestad que tanto tiene de deber como de derecho y elevando, á los que con menosprecio eran calificados de bastardos, á la categoría de herederos forzosos, con derecho á una porción

legitimaria bastante cuantiosa, aunque menor que la de los descendientes legítimos, por merecidos respetos á la preferente condición de estos.

Formas del reconocimiento. — El Código, para otorgar la cualidad de naturales á los hijos habidos fuera de matrimonio exige, además de aptitud legal en sus progenitores para poder celebrarle, referida al momento de la concepción, el requisito esencial previo del reconocimiento, que puede ser de dos clases: voluntario y forzoso. El primero, como espontáneo, solo exige la manifestación de la voluntad en un acto civil rodeado de formalidades bastantes para que conste de un modo fehaciente. El segundo, arrancado en caso de *omisión ó resistencia* mediante un juicio, requiere una ejecutoria solemne. A estas dos formas de reconocimiento corresponden en la ley adjetiva dos procedimientos diferentes; uno de jurisdicción voluntaria, como garantía de autenticidad y como medio de impedir abusos que en algún caso pudieran cometerse; otro de jurisdicción contenciosa, revistiéndole de todas las formalidades de un juicio ordinario y aun algunas veces, cuando el nacimiento del hijo es consecuencia de un delito, acudiendo á declarar su filiación y á imponer los deberes, consecuencia de la paternidad, en un proceso criminal.

Concepto legal de los hijos naturales. — Modificando notablemente lo que disponía la Ley XI de Toro, define el Código á los hijos naturales diciendo que son los nacidos fuera de matrimonio de padres que al tiempo de la concepción de aquellos pudieron casarse sin dispensa ó con ella, siendo digno de elogio este precepto por haber prescindido de la duplicidad de momentos que para fijar tal condición señalaba la citada ley, refiriéndose, no solo á la época de la concepción, si no á la del parto, con lo que se autorizaba el reconocimiento de hijos nacidos del adulterio ó del sacrilegio, siempre que los padres fueran libres en la fecha del alumbramiento.

Por desgracia la buena impresión que produce tal reforma desaparece por completo con la lectura del artículo 129 del mismo Código que permite reconocer al hijo por uno solo de los padres; disposición que armonizada con la que prohíbe revelar el nombre de la persona con quién lo hubiere tenido ni expresar ninguna circunstancia por la que aquella pueda ser conocida, altera esencialmente el concepto antes expuesto, toda vez que en tal caso es imposible determinar, por desconocerse uno de los términos de la relación, si entre los progenitores del hijo mediaba algún impedimento dirimente para contraer matrimonio.

El deseo de impedir posibles abusos ha llevado al legislador á desechar el principio imperante en nuestro derecho histórico de que la madre siempre es cierta, autorizando este reconocimiento parcial y contrario á las leyes naturales, con el que se abre ancho portillo para que puedan penetrar en el seno de la familia los hijos adulterinos, incestuosos y sacrílegos, ganando la cualidad de naturales, no obstante su origen y adquiriendo derechos que no les pertenecen.

La filiación física supone la existencia de un padre y una madre; la filiación legal de los hijos naturales acepta, como dice un ilustre comentarista, el hecho imposible de la paternidad singular y disyuntiva, un padre ó una madre; si la generación humana requiere el concurso de dos personas de distinto sexo, es absurdo que la ley reconozca hijos enjendrados por una sola persona.

Clases de hijos naturales.—Con razón se censura esta disposición del Código de la que indirectamente se derivan dos clases de hijos naturales reconocidos, formada la primera por aquellos cuyo reconocimiento, hecho por los dos padres, acredita de una manera real y efectiva su capacidad para reconocerlos y constituyendo la otra los reconocidos por uno solo de sus progenitores, en cuyo caso existe tan solo una presunción basada en la aptitud

legal del que reconoce, pero que puede destruirse si se probare que el otro padre, cuyo nombre se oculta, carecía de las condiciones exigidas por la ley para poder contraer matrimonio con el que hizo el reconocimiento, habiéndose calificado acertadamente estos hijos de *naturales presuntos*.

Modo de hacer constar el reconocimiento voluntario.—Tres medios autoriza la ley para que los padres naturales puedan reconocer sus hijos, siendo los documentos en que con eficacia puede consignarse este hecho, el acta de inscripción del nacimiento del hijo, el testamento del padre y cualquier otro documento público.

El acta de nacimiento, que ha de redactarse y autorizarse por el Juez municipal con sujeción á las formalidades establecidas en la ley del Registro civil, puede contener, ya el reconocimiento hecho por ambos padres, ya el de uno solo de ellos; y el que lo verifique ha de comparecer por sí ó por medio de apoderado, con poder especial y auténtico á hacer la declaración de su paternidad. Cuando la hiciere uno solo no podrá revelar el nombre del otro, debiendo tacharse de oficio las palabras que contengan dicha revelación, si á pesar de esta prohibición se consignaren.

El reconocimiento en testamento no puede ser conjunto, puesto que ha desaparecido la forma de testar mancomunadamente, y aunque el testamento se revoque después no pierde su fuerza legal el reconocimiento en él contenido.

El Código permite como forma más general de reconocer á los hijos ilegítimos el documento público, y es indudable que estas palabras, aunque empleadas con gran impropiedad, se refieren á la escritura pública otorgada ante notario competente, pues ninguno de los demás documentos que tienen el carácter de públicos son apropiados para ello, ni los funcionarios que los autorizan tienen atribuciones que les permitan intervenir en ese acto jurídico.

Requisitos que deben cumplirse cuando el reconocimiento se haga en escritura pública.—Aparte de todos los que son propios del otorgamiento de un instrumento público, exigense como especiales en este caso, si el hijo fuere mayor de edad su consentimiento, consignado también en forma fehaciente, y si fuere menor, la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público.

Procedimiento para obtener la aprobación judicial.—Los trámites de estos expedientes no pueden ser otros que los establecidos en la ley para los actos de jurisdicción voluntaria, por que en él se solicita la intervención del Juez sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. Deberá reputarse Juez competente para conocer de estos asuntos el del domicilio de la persona que haya hecho el reconocimiento, quien habrá de acudir al Juzgado con el oportuno escrito en que consigne sus circunstancias personales, las del hijo objeto del reconocimiento y fecha en que este se haya verificado, acompañando copia de la escritura ó documento público en que conste y la certificación del acta de inscripción de nacimiento del hijo en el Registro civil. Conferido traslado al Ministerio fiscal y en vista de su informe dictará el Juez auto de aprobación, ordenando en él, que al margen del acta de inscripción de nacimiento del hijo se anote el reconocimiento del mismo y que á tal efecto se expida de dicha resolución, además del testimonio ó testimonios que solicite la parte otro que se remitirá de oficio al Juez municipal para que dentro del término legal practique dicha anotación y participe haberlo cumplido.

Impugnación del reconocimiento voluntario.—La impugnación del reconocimiento voluntario puede hacerla, lo mismo aquel que haya sido reconocido durante su menor edad, á quien se reserva tal derecho para que pueda ejercitarlo dentro del cuatrienio siguiente á su mayor

edad, que cualquiera otra persona que resulte perjudicada; ya porque el reconocido no reuna las condiciones que exige el párrafo 2.º del artículo 119 del Código, esto es, la de haber nacido de padres que al tiempo de la concepción pudieran casarse con dispensa ó sin ella, ya por haberse faltado á las prescripciones que para este acto exige el mismo Código.

Las consecuencias de haber admitido esa nueva clase de hijos naturales presuntos, reconocidos por uno solo de los padres á quien se prohíbe revelar el nombre del otro, como si fuera posible la paternidad ó maternidad singular, se ponen de relieve con motivo de las cuestiones á que puede dar lugar la impugnación del reconocimiento hecho en esta forma, pero el legislador no se atrevió á ser lógico con el principio que sentaba llevándole hasta sus últimas consecuencias y autoriza, que un tercero perjudicado pueda discutir la cualidad del reconocido por tal medio, poniéndose así en contradicción con otros de sus preceptos que no permiten la investigación de la paternidad ó la maternidad más que en contadísimos casos y siempre á instancia del mismo hijo ó de quien tenga su representación legal, pues sólo en beneficio de él puede hacerse.

El Tribunal Supremo (1) tuvo necesidad de resolver esa antinomia legal declarando que es lícito en tal caso, al que impugna el reconocimiento, revelar el nombre de las personas de quienes hubiese nacido el hijo, y ciertamente esta resolución entraña extraordinaria gravedad, pues con ella se permite y sanciona que un tercero pueda exigir la investigación de la paternidad ó maternidad, llevando al seno de una familia extraña las hondas perturbaciones y los

(1) Sentencia de 9 de Junio de 1888.

graves disgustos que una acusación de adulterio ó de incesto produce.

Por alguien se ha expuesto la duda de si será posible impugnar el reconocimiento forzoso en igual forma que el voluntario, pero á nuestro juicio el problema está resuelto por el artículo 1252 del Código, que sanciona la excepción de cosa juzgada haciéndola eficaz contra terceros, aunque no hubieren litigado, en las cuestiones relativas al estado civil de las personas.

Administración de los bienes del hijo reconocido, por el padre ó madre que le reconoce.—Otro expediente judicial á que puede dar lugar el reconocimiento de los hijos naturales, es el de la aprobación de la fianza que el padre ó madre que hiciesen el reconocimiento han de prestar para que se les confie la administración de los bienes del hijo reconocido, en el supuesto de que todavía se encuentre en la menor edad.

Recelosa la ley de que el padre natural haga el reconocimiento del hijo, no guiado por nobles y desinteresados móviles y á fin de reparar en lo posible la falta cometida, sino con el propósito de obtener los beneficios inherentes al caudal que el hijo haya podido adquirir de otras personas, on sólo le priva del usufructo que en esa clase de bienes concede al padre legítimo, sino que para conferirle la administración exige fianza á las resultas de aquella, que habrá de declarar bastante el Juez del domicilio del menor.

Expediente judicial que procede seguir para la aprobación de la fianza.—El procedimiento en este expediente deberá ser, á nuestro juicio, análogo al que se sigue cuando tratándose de hijos legítimos el padre tiene que constituir hipoteca legal para garantizar los bienes pertenecientes á aquellos si contrae segundas nupcias, ó sea, la presentación de un escrito en que se relacionen los bienes del hijo, cuya administración se solicite, con expresión de su valor y se ofrezca constituir fianza, que podrá

ser de cualquiera de las tres clases admitidas por la ley, fijando la cuantía de ella y señalando los bienes que han de estar afectos á esta responsabilidad, que cuando fuesen inmuebles, se acreditará que están libres de cargas por medio de la oportuna certificación del Registro de la propiedad en que se hallaren inscritos. El Juez ó Tribunal, en su vista, designará el perito ó peritos que han de proceder á la apreciación de los bienes que tengan que ser garantidos y de los ofrecidos como fianza, si fuere hipotecaria ó pignoraticia, y después de oír al Ministerio fiscal dictará auto definitivo aprobándola, si la estimare bastante, ó mandando ampliarla. En el primer caso dispondrá que se constituya otorgando la correspondiente escritura para su inscripción en el Registro, cuando se tratare de bienes inmuebles, ó que se depositen en el establecimiento público destinado al efecto los valores públicos ó muebles en que consista la garantía.

Creemos que la ley no debió autorizar la prestación de fianza personal, pero ya que no la excluye, somos de opinión que si el Juez la admitiere será bajo su responsabilidad.

II.

RECONOCIMIENTO FORZOSO

Investigación de la paternidad y limitaciones impuestas á la misma por el Código.—No se atrevieron los codificadores de nuestro derecho privado á prescindir de las rancias preocupaciones que informan los preceptos del Código francés y aceptando el criterio de éste, limitan y restringen la facultad de exigir al padre el reconocimiento de la prole á los casos en que exista escrito suyo indubitado declarando expresamente su paterni-

dad, á los de violación, estupro ó raptó con arreglo á lo prevenido en el Código penal y al de la posesión continúa del estado de hijo natural, justificada por actos directos del mismo padre ó de su familia.

Impropio fuera de nuestro trabajo entrar en una discusión doctrinal de este problema de derecho tan ampliamente discutido y por ello, sin abordarle, consignaremos nuestra franca opinión de que es contrario al derecho natural y á los más excelsos principios de justicia, privar al hijo de buscar á su padre, de reclamar un apellido que le pertenece, de reivindicar su derecho á alimentos, que es al fin y al cabo el derecho á vivir, solo por el temor de que esto pueda dar origen á litigios escandalosos que sirvan de medio para realizar innobles tráfico; y no se compagina bien, que mientras nuestra legislación penal autoriza la presentación de querellas por estupro y violación sin exigir ningún principio de prueba para tramitarlas y admitirlas, la Ley civil prohíba la interposición de demandas encaminadas á igual fin y de menos sensibles resultados, ordenando que se rechacen de plano aquellas que no se fundamenten ó en una prueba escrita ó en la posesión continúa del estado de hijo natural. Lo que los más elementales principios de equidad y justicia exigen, és, no que se limite el derecho del hijo, restableciendo en cierto modo la prueba tasada, sino que se castigue con severa penalidad al que temerariamente y de mala fé promueva un litigio de tal naturaleza, pues como ha dicho con notoria inconsecuencia uno de los autores del Código, el Sr. Alonso Martínez, los procedimientos restrictivos no disminuyen en mucho ni en poco el número de las uniones ilícitas, porque la suerte próspera ó adversa de los seres que pueden nacer de ellas no es freno suficiente para la lujuria y la concupiscencia humanas, y aún hubiera podido añadir, que lejos de hacer á las mujeres más celosas de su honor las someten á rudísima prueba alentando la

impunidad del hombre y poniendo á cubierto sus demasías.

Investigación de la maternidad.—La Ley, tan celosa en limitar y reducir los casos de reconocimiento forzoso de la paternidad no se muestra igualmente severa cuando se trata de la madre, sin duda en virtud de aquel principio que ya consignaban las Leyes de Partida copiándolo de Roma, de que la madre siempre es cierta, pero si el temor de posibles vejaciones obliga á restringir la investigación de la paternidad, mas debió tenerse en cuenta esta razón con respecto á la madre, ya que la ofensa que se la infiere con una imputación falsa es de mucha mayor gravedad puesto que afecta á su reputación; sin embargo, el Código obliga á la madre á reconocer al hijo natural, además de en los mismos casos antes expuestos con referencia al padre, cuando se pruebe cumplidamente el hecho del parto y la identidad del hijo.

Términos de estos juicios.—Las acciones para el reconocimiento de hijos naturales solo podrán ejercitarse en vida de los presuntos padres, salvo en los casos siguientes: 1.º Si el padre ó la madre hubieren fallecido durante la menor edad del hijo, en cuyo caso éste podrá deducir la acción antes de que transcurran los primeros cuatro años de su mayor edad.—2.º Si después de la muerte del padre ó de la madre apareciere algún documento de que antes no se hubiese tenido noticia en el que reconozcan expresamente al hijo, debiendo formularse la reclamación dentro de los seis meses siguientes al hallazgo del documento. Con sujeción á la regla 3.ª del artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento civil, estas demandas han de deducirse en juicio ordinario de mayor cuantía, acompañando á ellas, en su caso, los documentos en que el actor funde su derecho. Tendrán la cualidad de indubitados los documentos que reunan los requisitos que fija el artículo 608 de la citada Ley de enjuiciar, esto es, aquellos que hayan sido recono-

cidos por las partes de común acuerdo ó solo por aquella á quien perjudiquen y las escrituras públicas.

Varias cuestiones se derivan de la doctrina que examinamos relacionada con el procedimiento. La primera es quien ha de representar al hijo en el pleito con uno de sus padres cuando no esté reconocido por el otro y sea menor, supuesto en el cual creemos no es procedente lo propuesto por un comentarista de que se le nombre un defensor, porque siendo hijo de padres desconocidos hasta que el pleito se resuelva, ó tendrá la condición de expósito y corresponderá su representación al Jefe de la casa en que estuviere acogido, ó estará sujeto á otro tutor que deberá representarle, puesto que nadie puede alegar sobre él patria potestad.

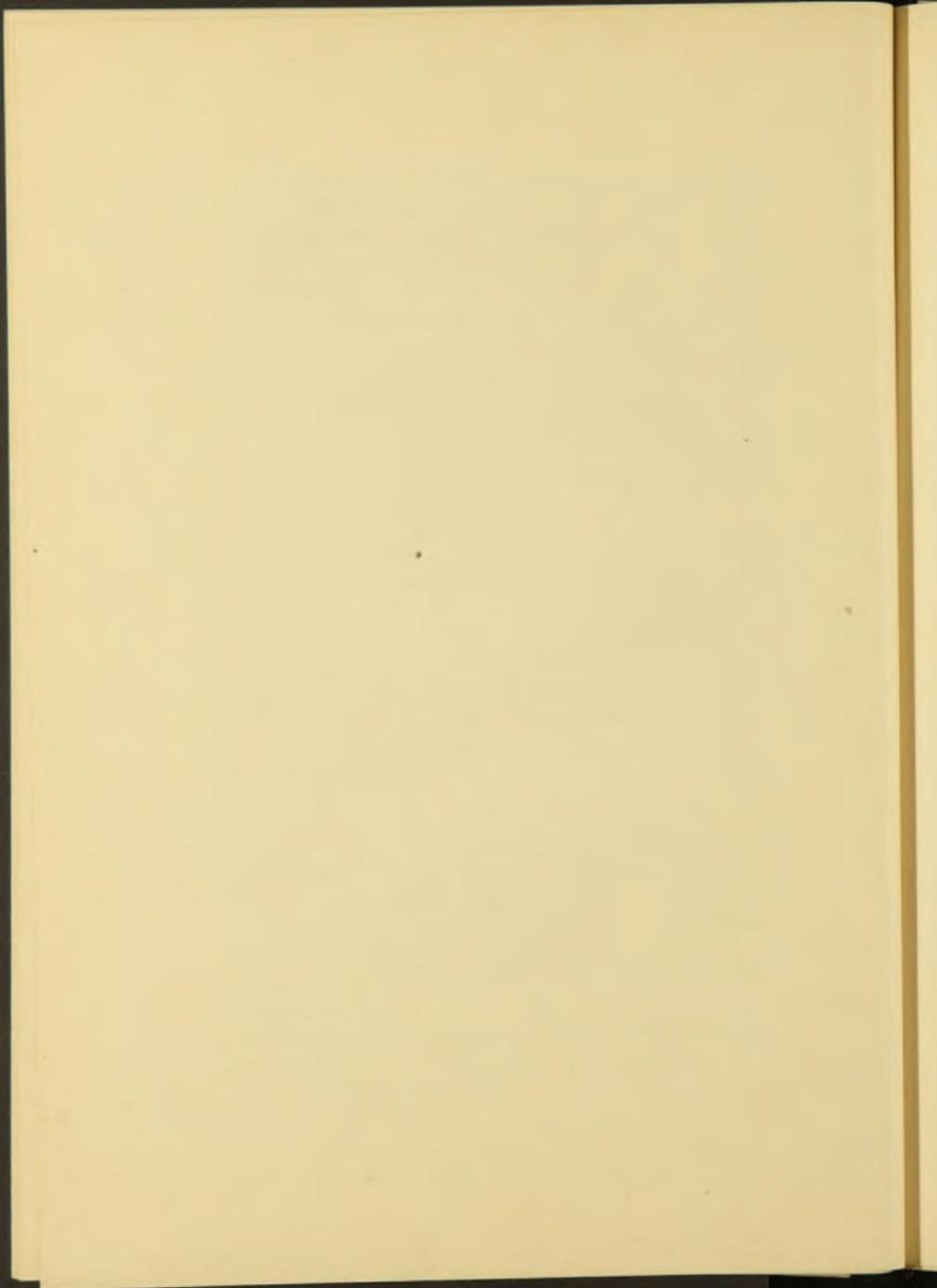
La segunda cuestión es la de si los herederos del hijo natural que haya muerto tienen acción para exigir de su abuelo ó abuela el reconocimiento de su difunto padre. El Código habla siempre del hijo sin mencionar para nada á los descendientes del mismo, pero como la sucesión transmite á los herederos todos los derechos y acciones del fallecido, creemos que estos le tienen para entablar dicha demanda en vida de sus presuntos abuelos ó después de la muerte de estos, dentro de los términos antes fijados, colocándose para ello en el mismo caso y lugar en que se hallaba su causante.

Reconocimiento forzoso en causa criminal.—El artículo 464 del Código penal impone á los reos de violación, estupro ó raptó la obligación de reconocer la prole, si la calidad de su origen no se lo impidiere, y en relación con este precepto el Código civil dispone que el reconocimiento en tales casos deberá ajustarse á lo dispuesto en la Ley penal.

El silencio de esta sobre la prueba de la filiación justifica lo que decíamos en anteriores párrafos acerca de la mayor amplitud que sus autores dieron á la investigación

de la paternidad y demuestra la desarmonía que entre una y otra legislación existe, no siendo posible sostener que el Tribunal á quien compete conocer del proceso necesite sujetarse á otras pruebas que la del delito, para imponer el reconocimiento.

Efectos civiles que produce la sentencia dictada en dichas causas.—Los efectos civiles de la ejecutoria que recaiga en los procesos á que venimos refiriéndonos, por lo que respecta á los hijos reconocidos, son todos los que el Código civil dá y establece á favor de aquellos, sin que puedan limitarse, como alguien pretende, á la reclamación de alimentos, pues si bien el número 3.º del citado artículo del Código penal impone el deber de mantener la prole, en todo caso, esto que podrá ser una redundancia, no quiere decir que los reconocidos no gocen de los demás derechos propios de su condición y tengan necesidad para adquirirlos de promover un nuevo litigio. La disposición penal comentada, más que á los hijos naturales refiérese á los demás ilegítimos, como lo demuestran los términos en que está redactada, y los derechos de aquellos se rigen por las leyes civiles.



CAPITULO VI.

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

SUMARIO: I. Efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos.—*De los expedientes de corrección paterna.—Tramitación de estos expedientes en el caso de que los padres hubiesen contraído segundas nupcias y el hijo fuere habido de anterior matrimonio ó de que ejerciere algún oficio ó cargo.—Real orden de 12 de Marzo de 1891.—Escuelas de reforma y asilos de corrección paterna.*

II. Efectos de la patria potestad en cuanto á los bienes de los hijos.—*Relaciones patrimoniales que son consecuencia de la patria potestad.—Obligaciones de los padres respecto á los bienes de sus hijos no emancipados.—Casos en que procede la constitución de hipoteca legal.—Personas que pueden exigir la constitución de dicha hipoteca.—Reglas de proceder en tales casos.—Inventario y depósito de valores mobiliarios.*

I.

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS HIJOS

De los expedientes de corrección paterna.—La patria potestad exige para el perfecto cumplimiento de

sus funciones que la autoridad fundada en ella se ejerza con plenitud de atribuciones disponiendo de medios coactivos bastantes para reducir á la obediencia á los que la desconozcan ó la nieguen. Por este es lógico que el Código conceda á los padres jurisdicción sobre las personas de sus hijos, permitiendo que los corrijan y castiguen moderadamente sin necesidad de recurrir al poder público para la imposición del castigo, si no solamente para su ejecución y cumplimiento.

El artículo 603 del Código penal establece que incurren en las penas de arresto menor y multa los hijos de familia y pupilos que faltaren al respeto y sumisión debidos á sus padres y tutores; pero la Ley civil, creyendo con sobrada razón que el someter á las formalidades de un juicio la apreciación de estos hechos y dejar al arbitrio judicial la facultad de imponer pena para ellos, desprestigiaba el poder paterno, facultó á quien lo ejerce para que pueda impetrar, en apoyo de su propia autoridad, el auxilio de la gubernativa, y si esto no fuera suficiente imponga á sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre ó madre con el visto bueno del Juez para que la detención se realice.

Merecedora de todo elogio esta disposición le tendría aún más cumplido por nuestra parte si con la adición de dos palabras se hubiere previsto un caso, que aunque improbable, porque no es de presumir se extravíe el cariño paternal hasta tal extremo, pudiera ocurrir en la práctica; el de que la corrección pretenda aplicarse á inocentes criaturas que aún estén en la infancia.

De sobra sabemos que el afecto paternal impedirá que esto suceda, pero las aberraciones del sentimiento humano son á veces tan monstruosas que nada se hubiera perdido expresando el Código que solo podría imponerse dicha corrección á los mayores de nueve años, en armonía con

el precepto del derecho penal que declara la irresponsabilidad absoluta de los que no los han cumplido.

Dos cuestiones pueden suscitarse con motivo de la aplicación del artículo que comentamos. Es la primera la de si el padre ó madre pueden corregir en dicha forma á los hijos emancipados que estén en la menor edad; y aunque el artículo no hace esa aclaración, dedúcese de lo que previene el siguiente, una solución negativa, además de que la emancipación es un modo de extinguir la patria potestad y solo como consecuencia de esta tienen los padres la facultad de que nos estamos ocupando. Por la misma razón conceptuamos que tampoco pueden corregir á sus hijos acudiendo á tal medio, el padre ó madre que ya por sentencia judicial ya por haber contraído segundas nupcias la madre, estén privados ó suspensos del ejercicio de sus derechos.

Tramitación de estos expedientes en el caso de que los padres hubieren contraído segundas nupcias y el hijo fuere habido de anterior matrimonio ó ejerciere algún oficio ó cargo.—Si bien por regla general la orden de detención dada por los padres debe autorizarla el Juez sin necesidad de conocer sus fundamentos y sin poder negarse á cumplirla, el Código establece dos excepciones. La primera cuando el padre ó madre hubiese pasado á segundas nupcias y el hijo fuese de los habidos en anterior matrimonio. La segunda cuando dicho hijo ejerza algún cargo ú oficio, aunque los padres no hayan contraído segundo matrimonio. En estos casos de excepción, fundados el uno en la desconfianza que inspira el mandato del padre por el temor de que pueda obedecer á sugerencias ó influencias bastardas de su cónyuge y el otro en la consideración personal que merece el hijo, exige la Ley que el que acuerde el castigo manifieste al Juzgado los motivos en que le funde y que el Juez oiga en comparecencia personal al hijo y decrete ó deniegue la detención

sin ulterior recurso. Algunas dificultades ofrece el interpretar y aplicar en la práctica esta disposición legal. Si la palabra oficio se refiere á cualquiera profesión ó arte á que el hijo esté dedicado, difícil será que tratándose de mayores de nueve años, especialmente en las clases pobres, no desempeñe alguno el corregido, y esto podría ser motivo de que la facultad concedida á los padres fuera puramente nominal, por lo que creemos debe entenderse en sentido estricto y no aplicarla á los que estén en el aprendizaje. También se ocurre la duda de si el Juez podrá ó no admitir pruebas despues de oídos los descargos que formule el hijo, inclinándonos nosotros por la afirmativa, pues ellas pueden ser el principal fundamento de la resolución judicial.

Finalmente, aunque es justo que contra la resolución del Juzgado no se conceda recurso alguno al hijo, no encontramos igualmente justificado que se prive de este derecho al padre cuya autoridad, cuando se negase sanción á su mandato, queda menoscabada y creemos que lo menos que podía concedérsele era la facultad de acudir ante el Juez de primera instancia para que revisase el acuerdo dictado por el Municipal.

Real orden de 12 de Marzo 1891.—La falta de establecimientos de educación correccional llevaba como consecuencia el que esta clase de detenciones se sufrieran en las cárceles públicas donde, en lugar de obtenerse el objeto que el legislador se propuso, aumentaba la desmoralización de los corrigendos, teniéndolos en contacto con malhechores y criminales, por cuya razón el precepto del Código civil era de escasa aplicación ya que los padres, temerosos de esos resultados, dejaban de solicitarla.

La Real orden que se cita en el epígrafe, dictada con el propósito de arbitrar un medio que evitara semejantes peligros á jóvenes en quienes, por no mostrarse aún una naturaleza perversa, pueden facilmente modificarse y desaparecer sus vicios y extravíos con la educación, la enseñan-

za y la corrección prudente y hábilmente combinadas, previno que la detención de que nos ocupamos se cumpliera, mientras no existan establecimientos destinados al efecto, en alguno de Beneficencia como Hospicio ó Casa de Misericordia, y en su defecto, en un local de las casas consistoriales separado de las cárceles, y solo en estas cuando el padre ó madre lo pidieren así expresamente, en cuyo caso se les tendrá con la separación posible y sin fiarles en el libro de detenidos ni en ningún otro especial.

Escuelas de reforma y asilos de corrección paterna.—Los poderosos y laudables esfuerzos del notable jurisconsulto señor Lastres lograron la publicación de la Ley especial de 4 de Enero de 1883 debida á su iniciativa, estableciendo una escuela de reforma y asilo de corrección paterna bajo la advocación de Santa Rita destinado á jóvenes menores de dieciocho años.

Fundado este Asilo en una finca de Carabanchel Bajo, regalada con tal objeto por el Marqués de Casa-Gimenez, se consiguen en él grandes resultados aplicando al efecto el sistema penitenciario mas perfecto que se conoce para la enmienda y educación de los reclusos, entre los que figuran como corrigendos los hijos de familia residentes en Madrid cuyos padres acuerdan su detención en uso de las facultades que les concede el Código civil.

II.

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD EN CUANTO Á LOS BIENES DE LOS HIJOS

Relaciones patrimoniales que son consecuencia de la patria potestad.—Los vínculos jurídicos que se crean entre padres é hijos no emancipados por virtud de

los bienes que á estos pertenecen hállanse regulados por la ley que determina los recíprocos derechos y obligaciones que corresponden á unos y otros. Desaparecida ya de la nomenclatura jurídica la palabra peculio en sus distintas clases de adventicio, profecticio, castrense y cuasi castrense, no por ello dejan de existir estas instituciones aunque esencialmente modificadas, siendo distintos los deberes y facultades de los padres con relación á los bienes de sus hijos menores según el origen y procedencia de dichos bienes

Los artículos 159 al 163 del Código civil regulan esta variedad de patrimonios que podemos clasificar en cinco categorías. Pertenecen á la primera los bienes adquiridos por el hijo no emancipado con su trabajo ó industria ó por cualquier otro título lucrativo en que la propiedad pertenece al hijo y el usufructo al padre ó á la madre que le tengan bajo su potestad y en su compañía. Forman la segunda los bienes adquiridos por los hijos con consentimiento de sus padres si vivieren independientes de estos, en cuyo caso se les reputará, para todos los efectos relativos á dichos bienes, como emancipados teniendo en ellos el dominio, el usufructo y la administración. Comprende la tercera aquellos bienes adquiridos por el hijo con caudal de los padres en los que pertenece á estos la propiedad y el usufructo si bien pueden ceder á aquel el todo ó parte de las ganancias que obtengan, no siéndole imputables en la herencia. Los dos últimos grupos de esta clasificación refiérense á los bienes ó rentas donados ó legados á los hijos para los gastos de su educación é instrucción, según corresponda administrarlos al padre ó á la madre, por no haber dispuesto el donante nada en contrario ó á otra persona, porque éste les hubiera privado de la administración. La doctrina expuesta, que se aparta muy poco de la establecida en el derecho antiguo, complétase con la disposición de carácter general de que el

padre ó en su defecto la madre son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

Obligaciones de los padres respecto á los bienes de sus hijos no emancipados.—Encomendado al cuidado de los padres el patrimonio de sus hijos no emancipados, la Ley, al conferirles dicho derecho y el de usufructo en la mayoría de los casos deposita en ellos toda su confianza sin exigirles garantía alguna que responda del resultado de su gestión, pero en el caso de segundas nupcias, miradas siempre con tanta prevención, el temor de que nuevos afectos influyan en la conducta del padre para que pueda causar perjuicios en sus bienes á los hijos de anteriores matrimonios, ha determinado que se imponga á éste la obligación de prestar fianza, entendida esta palabra no en su sentido estricto sino en el más ámplio que tiene, equivalente á toda clase de garantías.

Si se interpreta literalmente el artículo 163 del Código y no se le pone en relación con otros de sus preceptos, hay que reconocer que el legislador suprimió la justa prerrogativa otorgada á los padres por la ley del matrimonio civil eximiéndoles de prestar fianza, excepto en el caso antes indicado de las segundas nupcias, toda vez que dicho artículo les impone las obligaciones de todo usufructuario ó administrador respecto de los bienes del hijo que usufructúan ó administran, y además, las especiales establecidas en la Sección 3.^a del Título 5.^o de la Ley Hipotecaria, ó sean las relativas á la constitución de hipoteca legal por razón de peculio. Es este, sin embargo, un error debido acaso á la precipitación con que se redactó y revisó el Código, pues no se explica que estando como estaba derogada en parte dicha Sección de la Ley Hipotecaria por la de matrimonio civil, publicada después, con la que fué puesta en armonía aquella por el artículo 143 del Reglamento para su ejecución, que el Código haya querido

ponerla nuevamente en vigor volviendo al sistema de desconianzas y suspicacias que informaba la Legislación tradicional y bien se demuestra que donde el artículo cita á la Ley hipotecaria quiso citar la legislación hipotecaria incluyendo en ella su Reglamento, con solo tener en cuenta que al tratar del derecho de usufructo los mismos autores del Código, en el artículo 492 de éste, disponen, que los padres usufructuarios de bienes de sus hijos están relevados de fianza, á no ser que contrajeren segundo matrimonio.

Resolviendo á favor de esta última disposición la contradicción que existe entre la misma y el citado artículo 163, creemos indudable que la obligación de afianzar y constituir hipoteca legal solo la tienen los padres que se casen por segunda vez, para asegurar los bienes de los hijos de matrimonio anterior, cuyo usufructo les pertenezca.

Casos en que procede la constitución de hipoteca legal.—El derecho de los hijos, en el supuesto de segundas nupcias de los padres, consiste en que se les asegure con hipoteca especial suficiente los bienes muebles cuya propiedad les pertenezca, toda vez que los inmuebles deben ser inscritos á su nombre sin perjuicio de expresar en la inscripción el derecho de usufructo de los padres durante la menor edad de aquellos.

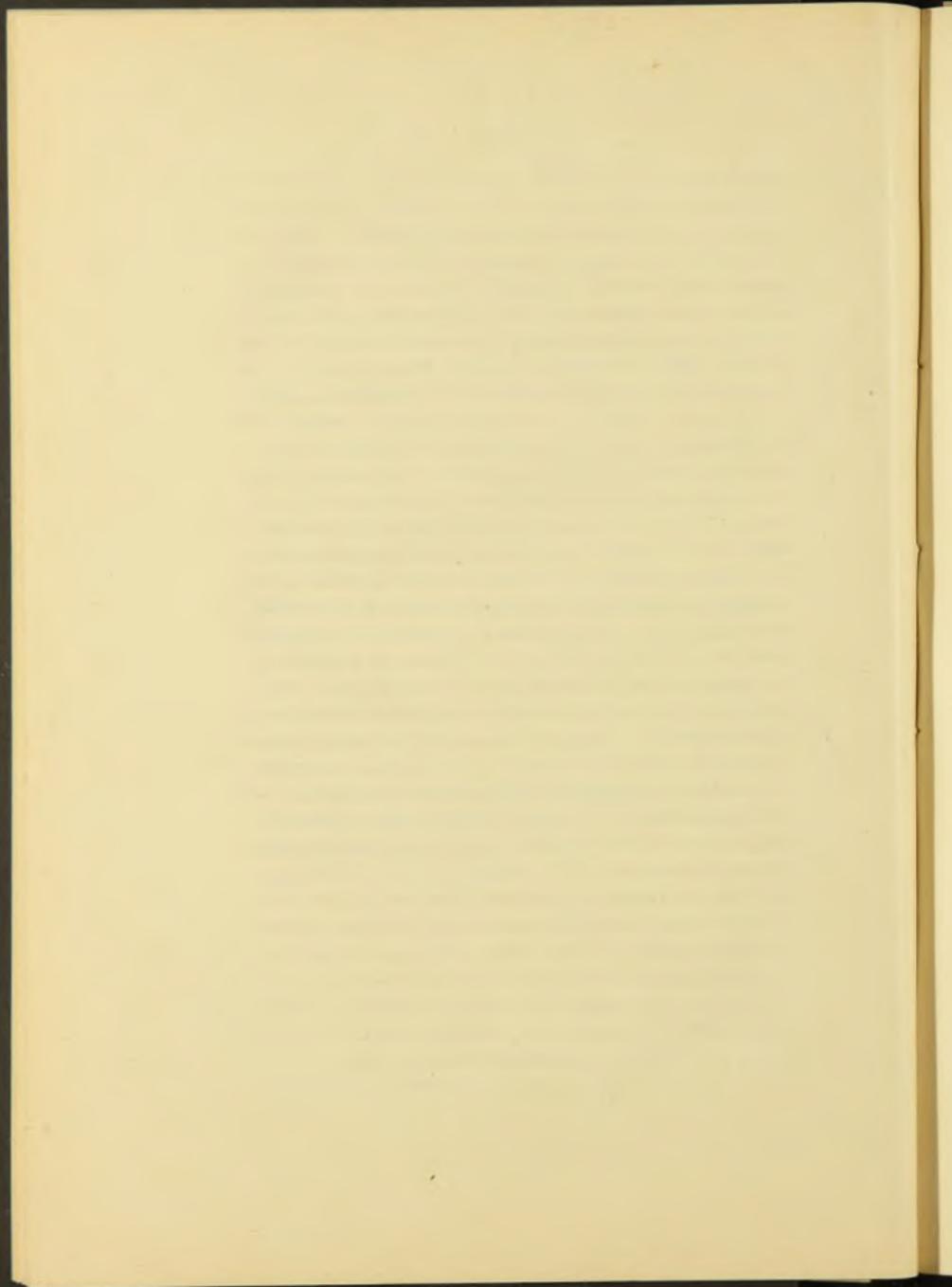
Personas que pueden exigir la constitución de dicha hipoteca.—La constitución de dicha hipoteca debe ser solicitada por las personas de quienes procedan los bienes que hayan de ser garantidos, en su defecto por los herederos y albaceas de ellas y á falta de unos y otros por los ascendientes del menor, sin que tenga ya aplicación la facultad que se concedía á la madre, legalmente separada de su marido, para exigirla, más que en el caso de nulidad de matrimonio, único en que es posible que el padre contraiga otro viviendo aquella.

Reglas de proceder en tales casos.—El procedi-

miento para la constitución de esta hipoteca debe ser el que regula el artículo 165 de la citada Ley hipotecaria, con arreglo al cual deberá acudir al Juzgado del domicilio del padre, el que tenga derecho á exigirla, con un escrito pidiendo su constitución por la cantidad que proceda y señalando los bienes que puedan ser gravados con ella, ó cuando menos, el Registro en que consten inscritos los que posea el padre obligado á prestarla. Presentado este escrito con la certificación que acredite el segundo matrimonio del padre, la de nacimiento del hijo para justificar su menor edad y los demás documentos necesarios á comprobar la personalidad del solicitante, y si fuere posible una certificación del Registrador en que consten todos los bienes hipotecables del padre demandado, el Juez citará á éste y al demandante á una comparecencia procurando en ella que se avengan para constituir dicha garantía; si se consigue el acuerdo se llevará á efecto lo contenido en los términos que se establezcan y si no hubiere avenencia, ya en cuanto á la obligación de hipotecar ya respecto de la cantidad que deba asegurarse ó de la suficiencia de la hipoteca ofrecida, se dará traslado del escrito de demanda al padre demandado y seguirá el juicio por los trámites establecidos para los incidentes en la Ley de enjuiciamiento civil.

Inventario y depósito de valores mobiliarios.—

Los bienes de los hijos en que los padres tengan solamente la administración deberán ser inventariados con intervención del Ministerio fiscal, pudiendo además decretarse por el Juez á propuesta de dicho Ministerio el depósito de los valores mobiliarios. Este inventario, por consiguiente, aunque no lo dice el Código habrá de formarse á petición del mismo padre administrador, de cualquiera de las personas antes mencionadas ó del Ministerio público y siempre con carácter judicial, interviniendo al efecto el actuario, sin que sea lícito realizarlo extrajudicialmente.



CAPITULO VII.

ENAGENACIÓN DE BIENES DE MENORES

SUMARIO: I. Enagenación de bienes de menores no emancipados.—Reformas introducidas por el Código civil en esta materia.—Juez competente, según dicho Código, para conceder la licencia.—¿Se requiere la autorización judicial para enagenar bienes muebles pertenecientes á menores no emancipados?—Actos que se reputan de enagenación y gravamen.—Tramitación de esta clase de expedientes.—Transacción sobre los derechos de menores sujetos á patria potestad.—Formalidades que deben preceder á la concesión de licencia judicial para transigir.

II. Enagenación de bienes de menores emancipados.—Limitaciones impuestas á los menores emancipados para disponer libremente de sus bienes.—Enagenación de bienes dotales inestimados pertenecientes á mujer casada menor de edad.—Expediente que en estos casos debe seguirse para obtener la licencia judicial.—¿Están sujetos á esta formalidad la cancelación, oposición y subrogación de hipoteca legal constituida en garantía de dote estimada cuando se otorgan por casada menor de edad?

I.

ENAGENACIÓN DE BIENES DE MENORES
NO EMANCIPADOS

Reformas introducidas por el Código civil en esta materia.—La Ley, que confiada en el cariño paternal otorga al padre sin restricción alguna la administración de los bienes de sus hijos menores, aleccionada por las tristes enseñanzas de la experiencia, restringe el poder de aquel cuando se trata de la enagenación y gravamen de dichos bienes y ejerciendo la debida protección á los intereses de sus propietarios encomienda á la función judicial la revisión de las causas que puedan justificar tales actos, reduciendo estas á las de necesidad ó utilidad de los mismos menores, cuando estén plenamente probadas.

La falta de preceptos claros y explícitos en nuestro derecho antiguo dieron motivo á que los autores de la ley de Enjuiciamiento civil, en esta como en otras muchas materias, estableciese reglas de derecho sustantivo impropias de aquel cuerpo legal, determinando en que casos y con que formalidades puede permitirse la enagenación y gravamen de bienes pertenecientes á personas incapaces de disponer por sí mismas y sugetas á la potestad ó tutela de otros.

El Código civil no podía pasar en silencio tan importante institución y ha introducido en sus artículos una variante radicalísima de lo que sobre este particular establecía la ley procesal, sustrayendo de la jurisdicción de los Tribunales la facultad de conceder esa clase de autorizaciones, cuando los dueños de los bienes que hayan de enagenarse ó gravarse están sugetos á tutela, para encomen-

darla á ese otro Tribunal privado que creó dentro del orden parental con el nombre de Consejo de familia.

En cuanto á los bienes de menores sometidos á la potestad de sus padres, la única regla que contiene el Código está formulada en su artículo 164, según el cual, el padre ó la madre en su caso no podrán enagenar ni gravar los bienes inmuebles del hijo en que le corresponda el usufructo ó la administración si no por causas justificadas de utilidad ó necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio con audiencia del Ministerio fiscal.

Juez competente, según dicho Código, para conceder la licencia.—El conferir al Juez del domicilio la competencia para conocer de esta clase de expedientes con exclusión de todo otro viene á alterar substancialmente lo que prevenía la regla 23 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según la cual, podían indistintamente tramitarlo dicho Juez del domicilio del menor ó el del lugar en que radicaren los bienes objeto de la enajenación.

Un tratadista de notoria autoridad en cuestiones de procedimientos y colaborador en la obra de nuestra codificación, el Sr. Manresa, afirma que como la fijación de la competencia pertenece al derecho adjetivo y el Código solo ha derogado el civil común, debe estimarse que continúa vigente y es complementaria de lo que este dispone la citada regla del artículo 63, pero por mucho que sea el respeto que merezca esta opinión no la encontramos suficientemente fundada. El Código establece de una manera expresa qué Juez tiene competencia para conocer de estos negocios y el que él designa es el único á quien puede acudir, pues ni cabe suponer que sus autores ignoraran lo dispuesto por la Ley de enjuiciar, si no antes bien, que lo tuvieron presente y se propusieron su reforma, ni lo claro y terminante del precepto que es necesario poner en armonía con la disposición final del mismo Código, derogatoria de la legislación anterior, permite eludir su cumplimiento á

pretexto de que es impropio de sus disposiciones el dictar reglas procesales, máxime cuando son tan numerosas las de esta clase que se contienen en su articulado; por consiguiente, cuando el Código no guardó silencio sobre este extremo, lo que muy bien pudo hacer remitiéndose a la Ley de enjuiciar, es porque quiere que tan solo el Juez por él designado, pueda intervenir en estos expedientes; y bien indica las dudas que al mismo Sr. Manresa se le ofrecen el que diga, después de emitir su dictamen, que para evitar cuestiones, lo más prudente será acudir al Juez del domicilio.

¿Se requiere la autorización judicial para enagenar bienes muebles pertenecientes á menores no emancipados?—También es de importancia otra variación que el Código hace de una manera tácita del derecho positivo que antes regía. El artículo 2.011 de la Ley de Enjuiciamiento civil requería la necesidad de licencia judicial no solo para enagenar ó gravar bienes inmuebles de menores é incapacitados, sino también para la enagenación y gravamen de efectos públicos y valores, sean al portador ó nominativos, derechos de todas clases, alhajas, muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo.

Algunos autores y principalmente Mucius Scaevola y Manresa, han sostenido con empeño que la prohibición de enagenar bienes muebles pertenecientes á menores, sin previa licencia judicial á que se refiere el artículo de la Ley de Enjuiciamiento civil antes citado, subsiste y permanece á pesar del silencio del Código. Tampoco nos parece este criterio muy ajustado á la recta interpretación de los preceptos del Código civil. La limitación de las facultades del poder paterno y del derecho de representación que confiere, es objeto único y exclusivo del derecho civil; el padre como representante del hijo puede hacer por sí solo y sin necesidad del concurso de la autoridad judicial todo aque-

llo que la Ley civil no le prohíba. Si la de Enjuiciamiento contiene preceptos de derecho substantivo que se dictaron con carácter transitorio, estos, después de la publicación del Código, han perdido toda su fuerza y vigor, y por consiguiente, cuando el Código no exige al padre que para enagenar ó gravar efectos y valores públicos, bienes muebles y derechos de esta misma naturaleza solicite licencia judicial, es porque tiene en él confianza bastante para no restringir su capacidad, y no cabe exigirle, fundándose en una disposición de derecho adjetivo, el cumplimiento de formalidades que no le impone el Código. Decir como dicen los tratadistas antes citados que la Ley de Enjuiciamiento viene á llenar con sus disposiciones un vacío del Código y complementa lo por él dispuesto, es imputar á los autores de aquel un pecado de negligencia en que no pudieron incurrir, pues es indudable que al dictar el artículo 164 del mismo se tuvo á la vista el 2.º OIT de la Ley de Enjuiciamiento, y que si no se incluyeron en aquel los bienes muebles fué por no añadir más cortapisas á los derechos de los padres en el manejo del caudal de los hijos que las que se estimaban absolutamente necesarias y acaso también para facilitar la circulación de la riqueza mobiliaria, que por su naturaleza no se acomoda bien á ser objeto de tales restricciones.

Actos que se reputan de enagenación y gravamen.—Para determinar en que casos es necesaria la licencia judicial hay que fijar en primer término con la debida precisión el significado de dichos conceptos. Actos de enagenación lo son todos aquellos en que el menor pierde el dominio de los bienes que posee; gravámenes han de considerarse todas las limitaciones que se pongan á este mismo dominio. En su consecuencia, las ventas, las permutas, las daciones en y para pago de deudas, las cesiones á título oneroso, requerirán la previa licencia judicial, por ser distintas formas de enagenar; y no comprendemos en

ellas las donaciones, porque de este contrato unilateral y gratuito no pueden resultar nunca á los menores utilidades de ninguna especie que den lugar á que se celebre en su nombre. La hipoteca, la anticresis, los censos, las servidumbres, el usufructo, uso y habitación, la inscripción arrendaticia, y cualesquiera otros derechos reales sobre inmuebles de naturaleza análoga, son gravámenes que afectan á la propiedad y por ello están comprendidos en la disposición que analizamos, tanto cuando se imponen sobre fincas ó derechos reales pertenecientes á menores, como cuando hayan de extinguirse los que á favor de estos estén constituidos, siendo oportuno citar aquí como disposición aclaratoria relativa á la extinción de derechos reales, la Real orden de 28 de Agosto de 1876 y la repetida jurisprudencia hipotecaria sentada por la Dirección de los Registros confirmando dicha Real orden, entre otras resoluciones en las de 14 de Marzo de 1887, 30 de Octubre de 1892 y 30 de Agosto de 1893.

Tramitación de esta clase de expedientes.—El procedimiento que debe seguirse en dichos expedientes es el que determina el título XI del libro III de la tan repetida Ley procesal que en lo relativo á los trámites no ha sido ni podido ser modificada.

Con arreglo á dichas disposiciones la licencia debe solicitarse por medio de escrito que autoricen el padre ó madre del menor y éste si tuviere más de catorce años ó doce según su sexo, expresando en dicha solicitud el motivo en que la petición se funde y el objeto á que deba aplicarse la suma que se obtenga, ofreciendo justificar la necesidad ó utilidad de la enagenación. Esta justificación ha de hacerse documental ó testificalmente y en este último caso con citación del Ministerio fiscal y de las personas designadas en el artículo 205 de la Ley hipotecaria, debiendo ser los testigos cuando menos, en número de tres y conocidos del actuario ó identificados por otros que lo

fueren. Practicada la información testifical y oído el Ministro público y las demás personas que designa la ley, el Juez concederá ó denegará la autorización por medio de auto motivado, cuidando en el primer supuesto bajo su responsabilidad de que se dé al precio obtenido la aplicación indicada al solicitar la autorización.

Transacción sobre bienes de menores sujetos á patria potestad.—Otro punto que requiere especial estudio al ocuparse de esta materia es el de la transacción sobre los derechos de los menores, objeto de una disposición especial del Código civil al regular este contrato. El artículo 1810 de dicho Código establece, que el padre y en su caso la madre pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad, añadiendo que si el valor de los objetos sobre que recaiga la transacción excede de dos mil pesetas no surtirá esta efecto sin la aprobación judicial, con lo que altera y modifica lo que disponía el artículo 2025 de la Ley de Enjuiciamiento, exigiendo el cumplimiento de dicho requisito para toda transacción que afectase á menores, fuere cual fuese la cuantía de los derechos litigiosos objeto de aquella.

Formalidades que deben preceder á la concesión de licencia judicial para transigir. La licencia para transigir ha de pedirse en los mismos autos, si hubiere pleito pendiente, consignando en el escrito el motivo y objeto de la transacción, las dudas y dificultades del negocio y las razones que la aconsejan como útil y conveniente. A este escrito deberá acompañarse el documento en que se hayan formulado las bases de la transacción, ofreciendo exhibir los demás antecedentes necesarios para poder formar juicio exacto sobre el asunto. Practicadas las diligencias que en dicho escrito se pidan y el Juez estime procedentes para demostrar la necesidad ó conveniencia de que se transija y oído el Fiscal, que será parte en el expediente desde su principio, se dictará auto, ya dene-

gando la licencia solicitada, si no se estima bastante la justificación hecha, ya concediéndola con aprobación de las bases presentadas ó introduciendo en estas las modificaciones que se estimen pertinentes. Este auto será siempre apelable en ambos efectos y una vez firme dará derecho al padre ó la madre para pedir testimonio del mismo á fin de que pueda insertarse en la escritura de transacción.

II.

ENAGENACIÓN DE BIENES DE MENORES EMANCIPADOS

Limitaciones impuestas á los menores emancipados para disponer libremente de sus bienes.—

Hasta aquí nos hemos ocupado de la enagenación de bienes de menores no emancipados y sujetos á la patria potestad, dejando para los títulos en que estudiemos la tutela y el Consejo de familia el examen de las disposiciones referentes á la enagenación de los de aquellos menores sujetos á guarda legal.

Pero la emancipación no se obtiene tan solo con la mayor edad sino que son también causas de ella, dando á tal palabra su sentido más lato, el matrimonio y la concesión voluntaria del padre ó madre á cuya potestad esté sometido el que ha de disfrutar de sus beneficios y en ambos casos no adquiere el emancipado una plenitud de facultades que le autorice para regir su persona y bienes como si fuere mayor, pues temiendo la ley las consecuencias de su inexperiencia le ha restringido la capacidad para ciertos actos, poniendo á su lado instituciones protectoras encargadas de suplir y completar aquella.

Cuando el menor emancipado es varón, ya proceda la emancipación de matrimonio, ya de concesión paterna, ha

estimado el Código bastante garantía para sus intereses que en los actos de enagenación y gravamen que realice, intervengan, prestando su consentimiento, el padre ó madre ó el tutor en su defecto; intervención que alcanza también á los actos de administración si el menor emancipado por matrimonio no hubiese cumplido aun dieciocho años.

Si la emancipación recayese en mujer á consecuencia de matrimonio, como al salir de la potestad paterna entra en la del marido que ejerce sobre ella su autoridad, éste es el encargado de suplir su falta de capacidad para contratar prestándola la oportuna licencia; mas el peligro de que en algunos casos sugestionada ó influenciada por el cariño ó por el temor pueda causar grave lesión á sus intereses é irreparable daño á su patrimonio cediendo á indebidas exigencias del otro cónyuge, ha obligado á la ley á rodear de mayores garantías la enagenación y gravamen de bienes inmuebles de mujer casada menor de edad, exigiendo no solo la licencia del marido, sino el expreso consentimiento del padre, madre ó tutor de aquella; y no contenta con esto, llevando á los últimos límites de la prudencia su misión protectora, ha requerido la licencia ó autorización judicial.

Enagenación de bienes dotales pertenecientes á mujer casada menor de edad.—Establece sin embargo el Código una distinción de bienes á la que no podemos encontrar esplicación satisfactoria; si se trata de la enagenación de parafernales, según el artículo 1387 del Código no se requiere más solemnidad que la licencia del marido, sea mayor ó menor de edad su consorte; en cambio para la enagenación de los dotales inestimados es necesario, como antes hemos dicho, el concurso de estos tres factores prestando su consentimiento, el Juez, los padres ó el tutor y el marido. Y decimos que no hemos podido hallar esplicación satisfactoria á esta distinción

porque á nuestro juicio, donde existe la misma razón de derecho debe regir la misma disposición, é iguales ó más grandes son los riesgos y peligros á que están expuestos los intereses de la mujer menor de edad casada, aportados al matrimonio en concepto de parafernales, que los que constituyen su dote.

No podemos invadir con mayores consideraciones el terreno para nosotros vedado del derecho civil y por esto, después de lo apuntado, entraremos de lleno en el estudio del expediente que debe tramitarse para la concesión de la licencia judicial.

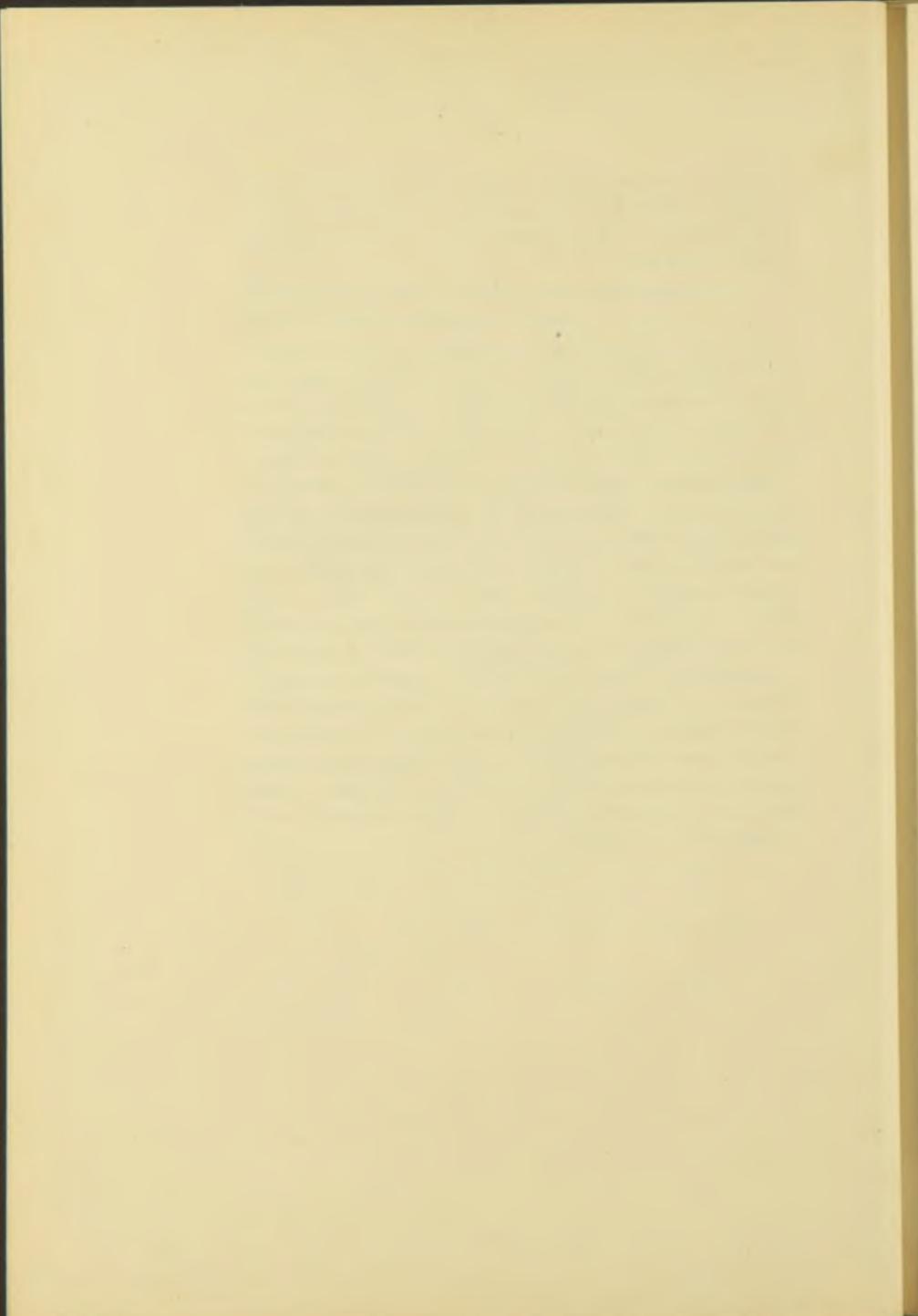
Expediente que debe seguirse para obtener la licencia judicial.—Como en la Ley de Enjuiciamiento civil no hay ningún procedimiento especialmente determinado para este caso concreto, creemos que habrá que acudir siempre, por razones de analogía, al establecido con el mismo fin para la venta de bienes de menores sujetos á patria potestad, con las modificaciones consiguientes á la disparidad de casos. La primera de dichas modificaciones se deriva de la distinta situación de la menor, pues estando sometidos á la autoridad del marido, éste y no los padres será el llamado á solicitar la autorización del Juez, quien ante todo habrá de oír al padre, madre ó tutor de la menor, si no han suscrito también la solicitud, toda vez que si no estuviesen conformes, es inútil toda tramitación. Recabada dicha conformidad habrá de procederse en la misma forma que antes hemos expuesto para justificar la necesidad ó la utilidad de la venta hasta dictar auto que ponga término al negocio.

Antes de llevar á efecto dicha resolución, si fuese favorable, precisa cumplir lo prevenido en el párrafo último del artículo 188 de la Ley hipotecaria y en el 132 del Reglamento para su ejecución que conceptuamos vigentes. Dispone el primero que el marido ha de constituir hipoteca legal sobre otros bienes en sustitución de los enagena-

dos ó gravados y previene el último que el Juez ó Tribunal no permitirá que consumen el contrato de enagenación ó gravamen sin que previamente se haya constituido la nueva hipoteca.

Es este extremo tan esencial por la responsabilidad en que pudiera incurrir el Juez si quedara incumplido el precepto legal, que estimamos de necesidad que la parte dispositiva del auto ordene no se entregue testimonio del mismo sin que antes se aporte á las diligencias copia de la escritura de constitución de la hipoteca legal, garantizando el precio que por la futura enagenación haya de percibirse.

¿Requíerese prévia licencia judicial para la cancelación, posposición y subrogación de hipoteca legal en garantía de dote estimada cuando se otorgan por casada menor de edad?—El artículo 1361 del Código que la exige solo se refiere á bienes dotales inestimados, pero ya que no de su letra, de su espíritu se deduce la necesidad de estimarle aplicable á los casos propuestos en el epígrafe, pues iguales razones existen para exigir el consentimiento de los padres ó tutores y la licencia judicial cuando la mujer vende sus bienes dotales, que cuando los enagena el marido, si este no sustituye la responsabilidad á que estaban afectos, por otra suficiente, que solo por aquellas personas y autoridad puede ser calificada.



CAPITULO VIII.

NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR

SUMARIO: *Conceptos del cargo de defensor.—Casos en que procede nombrarle.—Personas en quienes debe recaer el nombramiento.—Procedimiento.*

Concepto del cargo de defensor.—Ha borrado el Código del cuadro de nuestras instituciones jurídicas la de la curaduría destinada á la guarda de los mayores de 14 años, menores de 25 y de los incapacitados, y á la representación en juicio de los sujetos á patria potestad cuando por cualquier causa legítima no podrían ser representados por sus padres.

Al desaparecer los curadores ab-bona y ad-litem, refundiendo sus funciones en la tutela, era preciso sustituir aquel cargo con otro análogo para los casos en que no sea posible el nombramiento de tutor por existir la patria potestad. Esta misión viene á llenarla, en la moderna Ley civil el defensor á quien no se atribuye el mismo cometido que al antiguo curador para pleitos, puesto que atendiendo á las diversas causas que pueden producir la necesidad de su nombramiento se le conceden facultades, no tan solo para representar á los menores en juicio, cuando tengan intereses opuestos á los de su padre ó madre, sino para

ostentar su representación fuera de juicio, siempre que este conflicto de intereses se presente.

Gasos en que procede el nombramiento de defensor.—El artículo 165 del Código que ha venido á sustituir lo dispuesto en el 1852 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento, ordena que el Juez nombrará defensor con el objeto antes expresado al pariente del menor á quien en su caso correspondería la tutela legítima y á falta de éste á otro pariente ó un extraño. Es pues, el nombramiento de defensor un medio de suplir la falta de capacidad de los menores en aquellos asuntos en que el padre o madre, bajo cuya potestad están, son incompatibles para representarles; y aunque juzgamos que á esta institución debió dársele mayor amplitud haciendo de ella un complemento de la tutela, para que pudiera utilizarse cuando los menores emancipados necesitan accidentalmente completar su personalidad en determinados actos jurídicos, nos parece muy justificada la previsión del Código al crearla.

El Tribunal Supremo (1) dando al artículo que nos ocupa una interpretación extensiva imposible de armonizar con su sentido literal, pero que responde al espíritu que le informa, ha resuelto que procede acordar el nombramiento de defensor en el caso de que no puedan ostentar la representación de los menores sujetos á tutela en determinado asunto, el tutor, el protutor, el presidente del Consejo de familia, ni ninguno de sus vocales.

Personas en quienes debe recaer el nombramiento.—La designación debe hacerse en primer término á favor de los que según el artículo 211 del Código deberían ser nombrados tutores legítimos del menor si no estuviese sometido á sus padres, confiriendo el nombramiento por

(1) Sentencia de 5 de Diciembre de 1896.

el orden de preferencia establecido en dicha disposición, al abuelo paterno y en su defecto al materno, á las abuelas si se conservan viudas y al mayor de los hermanos varones con la prelación del doble vínculo y de la línea del padre. Solo á falta de todos ellos podrá nombrarse á otro pariente ó á un extraño, pero en este supuesto el arbitrio judicial es libre para hacer la elección sin que tenga que preferir á los parientes sobre los extraños, ni atenerse entre aquellos a la proximidad del parentesco. (1)

Procedimiento.—La petición podrá formularla, ante el Juzgado competente que lo es el del domicilio de los menores, el padre ó la madre, el Ministerio fiscal ó cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, instruyéndose al efecto un expediente de jurisdicción voluntaria, cuya tramitación, en líneas generales, creemos debe ser la siguiente:

El escrito solicitando se haga el nombramiento, autorizado por la persona que lo pida, deberá expresar con claridad y precisión la clase de negocio ó negocios en que exista incompatibilidad de intereses entre el menor y su padre ó madre que lo tengan en patria potestad, y consignar la edad de dicho menor, el nombre de la persona que se proponga para que le represente y en su caso el parentesco que les una. A dicha solicitud se acompañarán las certificaciones de defunción que acrediten ó que no hay parientes de los llamados á desempeñar la tutela legítima ó que el propuesto es el más próximo, excepto en el caso de que fuere el abuelo paterno. Cuando dicho menor tuviere catorce ó doce años cumplidos, según su sexo, y la representación se pidiese para comparecer en juicio, se presenta la duda de si se halla aún vigente ó ha sido dero-

(1) Sentencia de 14 de Enero 1896.

gado por el Código el artículo 1856 de la Ley de Enjuiciamiento que dispone, que la designación habrá de hacerla el mismo menor, ante el Juez, en comparecencia personal y aunque á nuestro entender esta duda no merece el nombre de tal, pues nada de común tienen el defensor de que habla el Código y el curador para pleitos á que se refiere la ley procesal, juzgamos como medida de previsión oportunísima, que si supiese escribir el menor autorice también el escrito ó en otro caso lo ratifique ante la presencia judicial.

Presentado dicho escrito y estimada bastante por el Juez la justificación del parentesco en su caso, hará comparecer al propuesto para que manifieste si acepta ó no el cargo, que es obligatorio, pero del que podrá excusarse aquel en quien deba recaer, cuando se hallase comprendido en alguna de las circunstancias que para eximirse de la tutela fija el artículo 244 del Código. En el acto de la comparecencia requerirá el Juez al compareciente á fin de que exprese si tiene alguna incapacidad ó incompatibilidad para el desempeño de la función que se le va á conferir y caso negativo, sin más trámites, dictará auto haciendo el nombramiento y disponiendo que el designado otorgue apud-acta obligación de cumplir los deberes de su cargo conforme á las leyes, del que se librá para el interesado el testimonio precedente.

CAPITULO IX.

DE LOS MODOS DE ACABARSE Ó SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

SUMARIO: *Casos en que se extingue la patria potestad, en que se suspende su ejercicio y en que los Tribunales pueden privar de ella á los padres.—Expediente judicial que procede instruir en este último caso.*

Casos en que se extingue la patria potestad, en que se suspende su ejercicio y en que los Tribunales pueden privar de ella á los padres.—La función protectora que con la patria potestad se ejerce termina cuando la protección no es necesaria, y por tal razón, los Códigos modernos dan un carácter limitado y temporal á la autoridad paterna, á diferencia de lo que acontecía en el derecho de la antigua Roma, donde considerada como una facultad del padre, solo la extinguía la muerte.

Tres causas señala el Código como determinantes de la extinción de la patria potestad, siguiendo en esto á la Ley de matrimonio civil: la muerte de los padres ó del hijo, la adopción de éste y la emancipación; pero al lado de ellas se apuntan en los sucesivos artículos otras que unas veces

dan origen á la privación total de los derechos de los padres sobre las personas y bienes de sus hijos, y otras son motivos tan solo de que ese poder quede en suspenso.

La madre que pasa á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre los hijos á no ser que el marido difunto, padre de estos, la autorice en su testamento para que en tal caso pueda conservarla y ejercerla y recobra su potestad sobre los no emancipados si volviere á enviudar.

La patria potestad se suspende también por incapacidad ó ausencia del padre ó en su caso de la madre, declarada judicialmente, y por la interdicción civil.

Finalmente los Tribunales podrán suspender en el ejercicio de la patria potestad á los padres ó privarles de ella y del usufructo total ó parcial de los bienes de los hijos, si tratasen á estos con dureza excesiva ó les dieren órdenes, consejos ó ejemplos corruptores, adoptando en tales casos las providencias que estimen convenientes á los intereses de dichos hijos.

Expediente judicial que procede instruir en este último caso.—De todas estas causas de extinción ó de suspensión, cuya justificación no nos incumbe hacer, solo la última ofrece interés para nuestro estudio puesto que ha de ser declarada mediante un procedimiento civil que no es objeto de regulación en la Ley de enjuiciar.

Tampoco el Código hace ni la más somera indicación de como y en que forma han de dictar los Tribunales resolución de tanta gravedad y no siendo posible suponer que haya querido concederles un poder arbitrario y discrecional para ejercer tal prerogativa, hemos de aplicar la regla general por que se siguen los juicios civiles estimando, con el Sr. Manresa, que á esa declaración ha de preceder un juicio, bién de naturaleza civil bién de índole criminal.

La diversidad de hechos que motivan esa privación del ejercicio de la autoridad paterna ha de reflejarse en el

procedimiento, y si aquellos son constitutivos de delito, los Tribunales competentes para conocer de la materia ó sea los del orden penal, al propio tiempo que resuelvan sobre la imposición de pena, deberán privar de la patria potestad al padre culpable, siendo esta interdicción una pena accesoria cuya duración y límites deberá fijar la sentencia. Pero si el hecho no revistiere tal gravedad, si no estuviere comprendido en ninguno de los títulos del libro segundo del Código penal, entonces se requerirán las solemnidades de un juicio ordinario de mayor cuantía concediendo al padre acusado la mayor amplitud para su defensa. No huelga por consiguiente, como supone algún comentarista, el artículo 171 del Código, pues según éste la privación de los derechos que la patria potestad confiere, puede decretarse, ya como pena en causa criminal, ya al resolver definitivamente un pleito de divorcio, ya por último en un procedimiento especial exclusivamente destinado á dictar tal declaración.

La iniciación del mismo constituye una función pública, y tanto los Jueces y Tribunales como el Ministerio fiscal están en el deber de ejercerla; por consiguiente, el Juez municipal que conociere en juicio de faltas de cualquiera de las que castigan el párrafo 2.º del artículo 602 ó el 5.º del 604 del Código penal y el de primera instancia que decretase el depósito de un hijo de familia á consecuencia de malos tratamientos de sus padres, con arreglo á lo que previene el número 4.º del artículo 1880 de la Ley de Enjuiciamiento civil, deberán poner estos hechos en conocimiento del Ministerio público y excitar su celo para que en la representación que le atribuyen las disposiciones de la ley orgánica del poder judicial y especialmente el número 6.º de su artículo 838 ejercite las acciones procedentes hasta tanto que se provea al menor de un defensor que es, en nuestro concepto, quien deberá tener su representación en el pleito siguiéndose éste por los trámites del juicio

ordinario hasta que recaiga sentencia, sin que sea posible admitir el criterio opuesto sostenido por Muscius Scævola en sus comentarios, de que tales actuaciones deben constituir un acto de jurisdicción voluntaria mientras el padre no formule oposición á ellos.

CAPITULO X.

DE LA ADOPCIÓN

SUMARIO: *Consideraciones generales.—Quien puede adoptar y á quien le está prohibido.—Derechos y obligaciones reciprocas del adoptante y del adoptado.—Autorización judicial para adoptar.—Procedimiento para obtenerla.—Prohijamiento de expósitos.—¿Es necesaria en este caso la autorización judicial?*

Consideraciones generales.—No es la adopción en nuestro derecho codificado como en el antiguo lo era, ficción legal que imitando á la naturaleza, creaba, ya entre parientes, ya entre extraños por el origen y por la sangre, vínculos civiles de paternidad y filiación iguales en todos sus efectos á los que produce el nacimiento dentro de la familia natural.

El legislador moderno, temiendo sin duda que se le atribuyera demasiada afección á esa institución tan poco arraigada en nuestras costumbres, la ha desnaturalizado por completo privando de derechos sucesorios al hijo adoptivo y convirtiéndola en un contrato de recíproca protección y mútuo auxilio que rara vez tendrá aplicación en la práctica por las escasas ó ninguna ventaja que ofrece.

Discuten los autores si la adopción es buena en sí, porque redundaría en beneficio de seres desamparados á quienes ha de proteger la Ley, ó si por el contrario, hay que reputarla perjudicial y peligrosa por estimular al celibato, dando medios al que en él permanece para encontrar en la ancianidad los afectos y los cuidados que no quiso buscar en el matrimonio.

No hemos de mediar en esa contienda aunque creamos que la adopción puede cumplir todavía fines sociales de gran utilidad, y por ello, dejando á un lado el estudio de estas cuestiones filosóficas, entraremos á exponer, desde luego, las disposiciones del Código para estudiar después con mayor detenimiento las que se relacionan con la forma de proceder.

Quien puede adoptar y á quien le está prohibido.

—Exige el Código como requisitos esenciales para poder adoptar. 1.º Que el adoptante esté en el pleno uso de sus derechos civiles. 2.º Que haya cumplido la edad de cuarenta y cinco años. 3.º Que tenga por lo menos quince años más que el adoptado.

Reminiscencias del concepto que la adopción tenía en el derecho Romano, al que copiaron nuestras leyes de Partidas, han debido ser causa de que se exijan estas condiciones propias solo para la constitución de la familia civil, pero innecesaria para la forma de adopción que establece la ley moderna. Esta ha rebajado, sin embargo, la edad desde sesenta á cuarentaycinco años, sin que se explique la razón que para ello haya podido tener, pues si la establecida en el derecho anterior respondía á la escasa probabilidad de descendencia, no ocurre igual al presente, sobre todo si el adoptante es varón. También se ha modificado la diferencia de edad que debe existir entre adoptante y adoptado, que según las Partidas, había de ser de dieciocho años reduciéndola á quince, número de años que no responde ni á la aptitud para contraer matrimonio ni á ninguna otra causa de capacidad.

A continuación de este precepto, establece la ley las causas de incapacidad, borrando con acierto las referentes á la mujer, al castrado y al impotente, en consideración, sin duda, respecto á estos últimos, de que tal vez son ellos quienes más necesitan acudir á ese medio ficticio de formarse una familia, que por su condición desgraciada, no pueden crear.

Prohibese la adopción: 1.º A los eclesiásticos. 2.º A los que tengan descendientes legítimos ó legitimados. 3.º Al tutor respecto á su pupilo hasta que le hayan sido aprobadas definitivamente sus cuentas. 4.º Al cónyuge sin consentimiento de su consorte. Los cónyuges pueden adoptar conjuntamente y fuera de este caso nadie podrá ser adoptado por más de una persona.

Fúndase la incapacidad de los eclesiásticos, que comprende tanto al clero regular como al secular, no solo en la imposibilidad que tienen de contraer matrimonio y gozar de la paternidad si no, acaso también, en el peligro de que pudiera ser medio de acoger como hijo adoptivo al sacrilego.

Responde la prohibición relativa á los que tengan descendencia legítima á que no pueda venir el adoptado á disputar el cariño del padre á los hijos nacidos de matrimonio y más todavía á impedir que por este medio entre en el hogar doméstico el hijo ilegítimo.

La del tutor respecto á su pupilo sería inmoral antes de la rendición de cuentas de aquel por la probabilidad de que abusara de su posición, obligando al que estuvo sometido á su potestad á que les prestara su indebida aprobación.

Finalmente el deseo de impedir disensiones entre los cónyuges justifica que ninguno de ellos pueda adoptar sin el consentimiento del otro.

Derechos y obligaciones recíprocas del adoptante y del adoptado.—Redúcense estos á la facultad que tie-

ne el hijo adoptivo de poder usar el apellido del que le adopta, juntamente con el suyo y á la prestación recíproca de alimentos, sin perjuicio del derecho preferente de los hijos naturales reconocidos y de los ascendientes del adoptante á ser alimentado por éste.

Otra facultad, no dependiente de la ley si no de la voluntad del que adopta, consígnase en el Código, cuyo precepto merece ser copiado literalmente—«El adoptante —dice— no adquiere derecho alguno á heredar del adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere á heredar fuera de testamento al adoptante, á menos que en la escritura de adopción se haya obligado éste á instituirle heredero.»

Dicha disposición reforma nuestro derecho tradicional que otorgaba al hijo adoptivo la cualidad de heredero forzoso en concurrencia con otros hijos y derecho preferente á la herencia intestada sobre todos los demás parientes; pero aparte de esto, acerca de lo que ya hemos emitido nuestro juicio, el artículo es de muy difícil interpretación y se presta á gran controversia, ya relacionándolo con la herencia testada ya con la sucesión abintestato.

¿Constituye la obligación que el adoptante contrae en la escritura pública un verdadero pacto sucesorio de cumplimiento ineludible al ordenar su última voluntad y dá derecho al adoptado para reclamar la ineficacia de la institución de herederos si fuere preterido? Así parece que debiera ser en buena lógica, puesto que toda obligación lícita ha de cumplirse en la forma que se contrae, sin que pueda establecerse quedando al arbitrio del deudor el cumplirla, pero por otra parte, el principio de derecho de que *voluntas hominis ambulatoria est usque ad mortem* sancionado por los artículos 737 y 739 del Código y la repugnancia con que éste mira toda clase de pactos sucesorios, opónense á resolver afirmativamente la cuestión, sobre todo si se tiene en cuenta que el mismo texto literal antes copiado, solo dá derecho á heredar fuera de testa-

mento, pero no á *romper* ó á anular el validamente otorgado.

Si dificultades ofrece el problema en relación con la sucesión testamentaria, mayores son todavía las que presenta tratándose del abintestato. Es indudable que el artículo que nos ocupa dá derecho al hijo adoptivo á suceder ex testamento al padre adoptante, pero como la doctrina no ha tenido el necesario desarrollo, como el legislador se olvidó de ella al regular la sucesión intestada, originase de esto la imposibilidad de determinar qué lugar ocupa en el orden de suceder y hay en realidad una verdadera contradicción entre este precepto excepcional y los comprendidos en el capítulo IV del título III libro III del mismo Código en que se fija dicho orden de suceder, según los cuales no concurre nunca á la herencia el hijo adoptivo. ¿Cómo se resuelve esta antinomia? Mientras la ley no dé soluciones, quedará el establecerlas al arbitrio de los Tribunales, pero desde luego creemos que en ningún caso deberán anteponerse los derechos del hijo adoptivo á los de los descendientes y ascendientes legítimos y naturales debiendo ser preferidos, cuando más, á los parientes colaterales y al cónyuge sobreviviente, sin perjuicio de la cuota usufructuaria de éste.

Autorización judicial para adoptar.—El deber de protección á los menores lo cumple la ley encomendando al poder judicial que examine en cada caso si es ó no conveniente y útil la adopción y para ello estatua la Ley de Enjuiciamiento un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria que ha sido modificado y adicionado por el art.º 178 del Código.

Procedimiento para obtener la autorización judicial.—De conformidad con lo que en dichos preceptos se dispone, la solicitud deberá formularla el adoptante ó adoptantes—cuando fueren marido y mujer, único caso de adopción conjunta—consignando sus circunstancias per-

sonales, las del adoptado y las razones que motiven la adopción. A este escrito habrán de acompañar las certificaciones del acta de nacimiento ó de bautismo de adoptante y adoptado que acrediten ser aquel mayor de cuarenta y cinco años y mediar entre uno y otro más de quince. El referido escrito lo suscribirán los padres del que se pretende adoptar, si los tuviere y el cónyuge del adoptante, en su caso, como forma de expresar su consentimiento y cuando no supieren firmar ó se omitiere esta formalidad, comparecerán ante el Juzgado á prestar dicho consentimiento. Si el adoptado es mayor de edad habrá de expresar, en comparecencia personal, su conformidad con la adopción y si fuere menor pero pasare de siete años deberá explorarse su voluntad en la misma forma consignándose en autos las manifestaciones que hiciere en sentido favorable ó contrario á la petición del adoptante.

La Ley procesal no consignaba quienes debían prestar el consentimiento en representación de los menores no sometidos á la patria potestad y el Código suple esta omisión, encomendando dicha facultad á las mismas personas que debieran darlo para su casamiento, que según el artículo 46 del mismo lo son, respecto de los hijos legítimos los abuelos paterno y materno y en su defecto el Consejo de familia; de los naturales y legitimados por concesión Real, los ascendientes del padre que le hubiere reconocido ó legitimado y el mismo Consejo; y de los ilegítimos los abuelos maternos y á falta de ellos el tan citado Consejo de familia.

Cumplidas estas formalidades el Juez deberá admitir la información que se ofrezca en el escrito para acreditar la aptitud legal del adoptante y la conveniencia de la adopción.

Dicha información deberá tener por objeto acreditar los siguientes extremos: 1.º Que el adoptante es seglar y soltero ó viudo, pues en el caso de que fuere casado, se re-

quiere, como antes hemos dicho, el consentimiento del otro Cónyuge: 2.º Que no tiene descendientes legítimos ni legitimados: 3.º Que no ejerce la tutela del que pretende adoptar y si la hubiere ejercido que le han sido aprobadas ya definitivamente las cuentas. Y 4.º Que la adopción es útil y conveniente para el adoptado.

Recibida esta información en que ha de declarar, cuando menos, tres testigos conocidos del actuario que dará fé de ello ó en otro caso hará constar la presentación de otros dos que respondan del conocimiento de aquellos, se pasará el expediente al Ministerio fiscal para que emita dictamen y suplidos ó subsanados los defectos que en su caso éste hubiere notado, si procediese hacerlo, el Juez llamará los autos á la vista y dictará dentro de los cinco días siguientes el oportuno auto concediendo ó denegando la autorización pedida. En el primer caso deberá insertarse dicha resolución en la escritura que se otorgue, á cuyo efecto se facilitará al adoptante el correspondiente testimonio, inscribiéndose después dicho acto en el Registro Civil por medio de nota puesta al margen de la inscripción de nacimiento del adoptado.

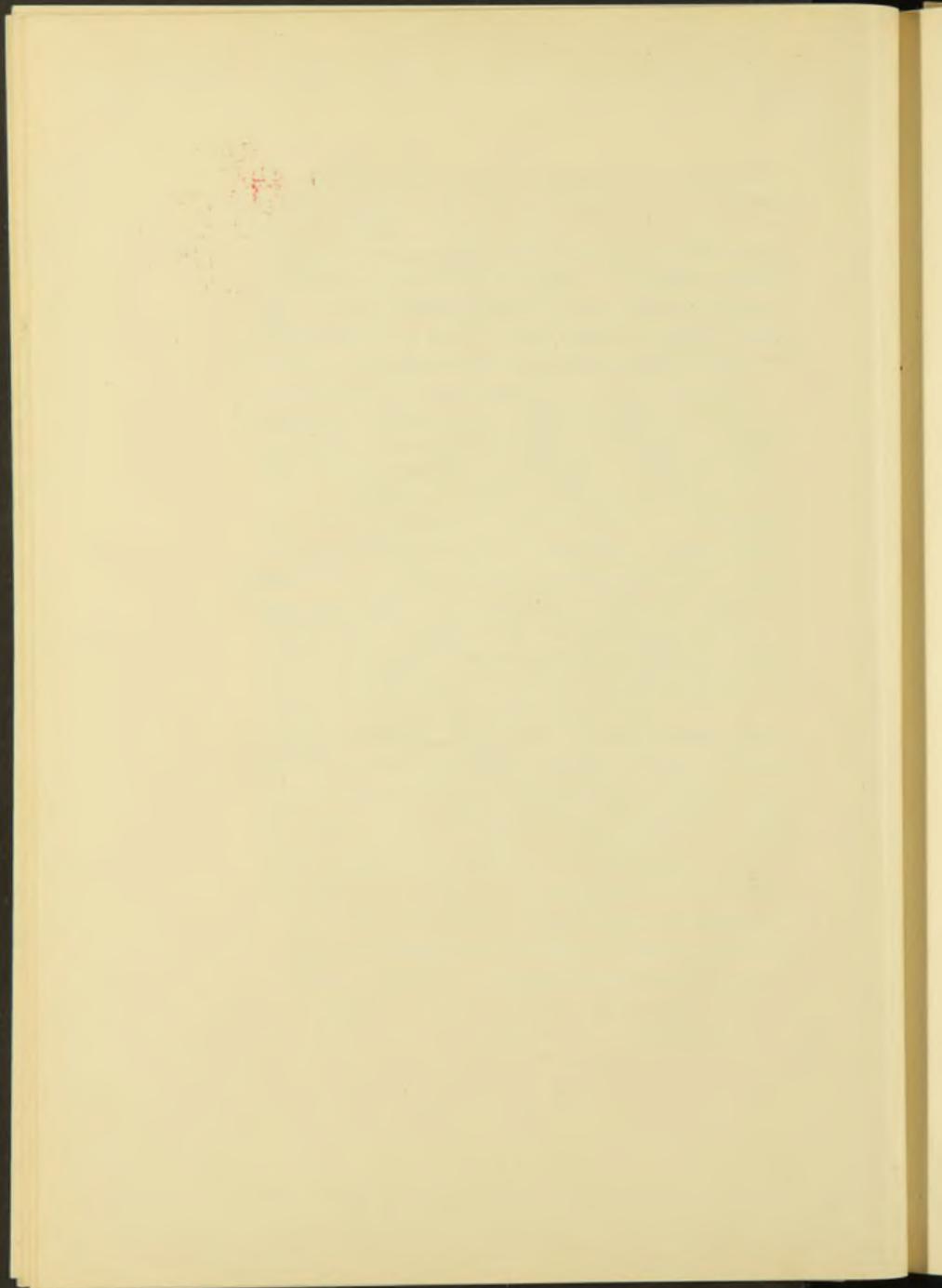
Prohijamiento de expósitos.— Merece un apartado especial el exámen de este punto, pues aunque nada dicen respecto de él ni el Código ni la Ley procesal, es en realidad de la mayor importancia y el que con más frecuencia ocurre en la práctica, contribuyendo á ello dos poderosas razones; la primera la de que muchos matrimonios que se encargan de la crianza de un expósito por defunción de algun hijo suyo cobran afecto á aquel durante ese periodo y á falta de otra descendencia deciden después prohibirlo. La segunda la de que, quien pretende crear afectos paternales supliendo con la adopción de un hijo extraño la falta de los propios, ha de preferir que el adoptado carezca de familia conocida, tanto por que éste concentrará más su cariño en los que le reciben y amparan, si no conocen

otros afectos, como por que así se evitan conflictos y disgustos muy fáciles de sobrevenir entre los padres naturales y los adoptivos.

Regúlase el prohijamiento de expósitos por las disposiciones de las leyes de Beneficencia de 6 de Febrero de 1822 y 20 de Junio de 1849 completadas con las del Reglamento de 14 de Mayo de 1852. El artículo 22 de éste previene que los expósitos ó abandonados que no fueren reclamados por sus padres y los huérfanos de padre y madre podrán ser prohijados por personas honradas que tengan posibilidad de mantenerlos, todo á discreción de la Junta provincial de Beneficencia, añadiendo que este prohijamiento no producirá más efecto que el que determinen las leyes. Otros artículos del mismo Reglamento establecen que si por cualquier motivo la prohijación viniese á no ser benéfica al prohijado, las Juntas lo volverán á tomar bajo su amparo y que á pesar de esta prohijación, si los padres naturales reclamasen al expósito, les será devuelto con intervención de la Junta y sin otro derecho en el prohijante que el de ser indemnizado de los gastos hechos en la crianza del prohijado.

¿Es necesario en este caso la autorización judicial?—La cuestión de procedimientos que aquí se presenta es la de si para tal clase de adopción se requiere también la prévia autorización judicial y las demás solemnidades de forma de que antes hemos hecho mérito. En realidad el Código no distingue y parece natural la aplicación de aquel axioma jurídico de que donde la ley no distingue no debe distinguirse, pero el espíritu de ella que no es otro que el de protección á los menores, haciendo intervenir una función pública en este importantísimo acto de su vida que modifica su estado civil, hace inclinar nuestra opinión á la negativa, creyendo innecesario el expediente judicial, pues la misión del Juez y la especie de patronato que este ejerce en dichos expedientes la cumplen con más conoci-

miento de causa, en este caso, las Juntas auxiliadoras de la Beneficencia pública; y el procedimiento administrativo, en cuyo detalle no hemos de entrar, viene á sustituir el judicial aparte de que el prohijamiento no surte los mismos efectos civiles que la adopción propiamente dicha, toda vez que el prohijado puede ser recobrado por sus padres naturales, sin que la existencia del prohijamiento influya ni modifique en nada la potestad paterna.



CAPITULO XI.

DE LA AUSENCIA

SUMARIO: I. Consideraciones generales.

II. Medidas provisionales en caso de ausencia.—*Doctrina del Código Civil.—Juez competente para adoptar dichas medidas.—Quien se reputa parte legítima para poderlas promover.—Trámites del expediente judicial.—Nombramiento de administrador interino.—Obligaciones que impone y remuneración que debe asignársele.—Otras medidas que pueden adoptarse además de la del nombramiento de administrador.—Causas por que termina la administración.*

III. Declaración de ausencia.—*Carácter de esta declaración.—Término que debe transcurrir para poder solicitarla.—Quien puede hacerlo.—Trámites del expediente judicial.—Nombramiento de administrador.—Porientes en que debe recaer con preferencia.—Funciones que atribuye dicho nombramiento.*

IV. Presunción de muerte de personas ausentes.—*Su concepto legal.—Tiempo que ha de transcurrir para poder declarar dicha presunción.—Juicio en que debe hacerse.—Publicación de edictos.—Efectos de la sentencia.*

I.

CONSIDERACIONES GENERALES

Una de las cuestiones más importantes que se presentan en el derecho procesal, en sus relaciones con el civil, es la referente á la forma de declarar la ausencia, por la trascendencia que esta declaración encierra, modificando el ejercicio de la capacidad puesto que todas las relaciones del sujeto á quien afecta quedan como en suspenso desde el momento en que su existencia no puede afirmarse con certidumbre.

Ausente, en sentido jurídico, dice el Sr. Arrazola, es el que no se encuentra en aquel lugar en que debiera encontrarse activa ó pasivamente, es decir, ya para hacer valer alguna facultad ó usar de algún derecho, ya para que otro ejercite contra él los que le correspondan. Escribe, a quien copian Sanchez Román y otros civilistas, define con suma concisión y elegancia al ausente afirmando que es todo aquel que no se encuentra donde su presencia es necesaria.

La palabra ausencia tiene en el orden del derecho dos acepciones diferentes. En sentido lato significa la situación de una persona que se halla fuera de su domicilio pero cuya existencia se sabe con certeza. En sentido estricto se emplea como sinónimo del estado jurídico de un individuo que ha dejado su domicilio y cuyo paradero se ignora. De aquí la clasificación que hacen Scævola y Manresa de ausencia cierta ó conocida é incierta ó ignorada. En el primer caso, como dice con mucho acierto el Sr. Aramburo en una notable monografía sobre las causas que modifican la capacidad, la ley respeta la libertad individual absteniéndose de toda intervención, que había de tradu-

cirse necesariamente en atentado y negación de la independencia personal. En el segundo, del hecho de estar el ausente en ignorado paradero, surge la duda acerca de su existencia y como sus intereses y derechos no pueden permanecer abandonados, ni es presumible que ese abandono sea voluntario, se hace preciso, para protegerlos y ampararlos, adoptar las medidas de previsión necesarias, que recayendo directamente sobre el patrimonio del ausente, de un modo reflejo vienen á favorecer los intereses públicos. La voluntad del ausente es sustituida por el poder que ejerce la tutela social mediante sus legítimos representantes.

Tal es el sencillo fundamento de esta institución que hace intervenir á la autoridad judicial en el reconocimiento del estado incierto de las personas, cuyo paradero se ignora mucho tiempo y á la que se ha dado en nuestras modernas leyes gran importancia, desarrollando los preceptos que deben regularla con extraordinario acierto.

Dos sistemas distintos han seguido los legisladores del siglo pasado, que tanto se preocuparon de esta cuestión, para garantir los derechos del ausente y atender en forma debida, tanto á la administración de sus bienes como á la efectividad de los derechos que tengan con respecto á él otras personas. El primero que es el que adopta nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, establece tan solo dos periodos; uno de presunción de existencia, otro de presunción de muerte. El segundo de dichos sistemas, á estos dos periodos añade un tercero, ó por mejor decir subdivide el de presunción de existencia en dos, clasificando la ausencia en presunta y declarada antes de reconocer y afirmar la presunción de muerte.

Esta doctrina que es la establecida en el Código Napoleón, ha sido trasladada al nuestro, que la desarrolla en cinco capítulos distintos, cuyo examen hemos de hacer con algún detenimiento pues la mayoría de sus disposicio-

nes tienen un carácter eminentemente adjetivo y procesal y han derogado casi totalmente las del Título XII del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil que regían antes en esta materia.

II.

MEDIDAS PROVISIONALES EN CASO DE AUSENCIA

Doctrina del Código Civil.— Comienza el Código modificando notablemente lo que prevalecían los artículos 2031 y 2045 de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre la intervención judicial en caso de ausencia y prescindiendo del requisito del tiempo que aquellos exigían como primera y esencial condición, declara, que cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, podrá el Juez, a instancia de parte legítima ó del Ministerio fiscal, nombrar quien le represente en todo lo que fuere necesario, determinación que también podrá adoptarse cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente. (1)

No es ya necesario, por consiguiente, el transcurso de más de dos años que la Ley de Enjuiciamiento exigía para la incoación de este expediente; pero no por ello ha de estimarse que tales resoluciones puedan ser adoptadas inmediatamente que una persona abandone su domicilio, pues siendo condición indispensable la de que se desconozca su paradero, claro está que debe haber pasado algún lapso de tiempo sin tener noticias suyas; y la apreciación de cuando podrá declararse este estado incierto la deja el Código al arbitrio judicial y á tal efecto dice que *podrá*, no que *deberá* el Juez hacerlas.

(1) Artículo 181.

Son cuestiones procesales que hemos de estudiar al ocuparnos de esta materia. 1.^a La de qué Juez será competente para adoptar estas medidas provisionales. 2.^a Quien se reputa parte legítima para poder solicitarlas. 3.^a Qué trámites han de seguirse y qué extremos han de probarse para que recaiga resolución definitiva en dicho expediente. Y 4.^a En qué persona deberá recaer el nombramiento de administrador interino de los bienes del ausente y de representante del mismo.

Juez competente para adoptar dichas medidas.

—La competencia del Juez no la determina el Código y ante su silencio hay que acudir á la Ley de Enjuiciamiento (1) que la atribuye al del último domicilio que hubiere tenido el ausente en territorio español, apartándose con acierto de lo que disponen algunas legislaciones extranjeras que conceden dicha competencia al del lugar en que los bienes estuvieren sitos, con lo que podrían originarse dilaciones perjudiciales, que es preciso evitar en casos tan urgentes.

Quien se reputa parte legítima para poder promover tales medidas.—El expediente de jurisdicción

voluntaria á que la ausencia presunta dá lugar podía instarlo, según la Ley de Enjuiciamiento civil, cualquier persona; pero en la reforma introducida por el Código se limita esta facultad á los que sean parte legítima ó al Ministerio fiscal, por el temor, sin duda, de que oficiosidades indebidas hagan al Juzgado inmiscuirse en adoptar prevencciones innecesarias; y solo en defecto de aquellos que tienen un interés directo en que los bienes del ausente no estén abandonados, creemos que podrá el Ministerio

(1) Regla 24 del artículo 63.

fiscal promover esas actuaciones, supliendo la negligencia ó imposibilidad de los interesados.

Lo difícil aquí es determinar quienes deben ser considerados parte legítima. Desde luego que tienen esta cualidad aquellos á quienes corresponde la administración de los bienes del ausente, caso de que este estado interino y presunto se convierta en definitivo, que son (1). 1.º El cónyuge presente. 2.º Los herederos instituidos en testamento que presentaren copia fehaciente del mismo. 3.º Los parientes que le hubieren de heredar abintestato. Y 4.º Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte; porque como dice con razón un comentarista, es evidente que puesto que pueden pedir la declaración de ausencia, que envuelve mucha mayor gravedad, mejor podrán reclamar el nombramiento de representante de éste, toda vez que quien tiene derecho á lo más lo tiene á lo menos; pero la amplitud de la frase *parte legítima* hace suponer que el Código no quiso limitar la facultad de instar el expediente á las personas antes indicadas y que este concepto generalísimo debe interpretarse considerando comprendidos en él á cuantos tengan algún interés relacionado con la persona ó el patrimonio del presunto ausente, como sus acreedores, consorcios y coherederos.

Trámites del expediente judicial.—En cuanto á la tramitación creemos que deberá sujetarse á lo establecido por la Ley procesal (2) en la forma siguiente: El escrito inicial presentado por parte legítima que acredite esta cualidad ú ofrezca acreditarla previamente, deberá expresar la filiación del ausente, el último domicilio que éste tuvo,

(1) Art. 185.

(2) Art. 245.

la fecha en que se ausentó del mismo y el tiempo que haya transcurrido sin recibirse noticias suyas. Consignará también que dicha persona no dejó mandatario alguno al ausentarse ó que ha caducado el poder que otorgó y terminará con la solicitud de que se le nombre representante designando la persona en quien ha de recaer este nombramiento y el parentesco que la une con el que se halla en ignorado paradero.

Nombramiento de administrador interino.—Probados todos estos extremos mediante información de tres testigos ó documentalente, el Juez hará la designación de representante en auto motivado, nombrando para dicho cargo, en primer término al cónyuge presente, si no estuviere legalmente separado; y á falta de cónyuge á los padres, hijos y abuelos por el orden de prelación con que se enumeran, dando la preferencia, si hubiere varios hijos, á los varones sobre las hembras y al mayor sobre el menor y cuando concurrieren abuelos de ambas líneas, en primer lugar á los varones y en caso de ser del mismo sexo á los de la línea paterna.

Consideramos derogadas las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento que exigían la publicación de edictos llamando al ausente, pues de haber querido conservar esta formalidad lo habria dicho expresamente el Código como, lo hace al tratar de la declaración de ausencia.

El citado auto resolutorio de esta clase de expedientes, al hacer el nombramiento de representante, habrá de fijar las facultades, obligaciones y remuneración del designado, limitando las primeras á lo absolutamente necesario para que no queden abandonados los derechos del representado, imponiendo, como deberes del nombrado, los correlativos á sus atribuciones y regulándolos, así como la remuneración, según las circunstancias, por lo que está dispuesto respecto de los tutores,

Obligaciones que impone el cargo de adminis-

trador interino y remuneración que debe asignársele.—Serán, pues, obligaciones de dicho representante, que en este particular le equipara fundamentalmente el Código á un tutor, por la analogía que con tal cargo tienen las funciones que ha de desempeñar, el formar inventario de los muebles que reciba, prestar fianza en cantidad bastante á responder de las resultas de su gestión y rendir periódicamente cuenta de ella ante el Juzgado.

La remuneración, que no podrá exceder del diez por ciento de las rentas ó productos líquidos de los bienes, sin ser menor del cuatro, la fijará el Juez dentro de estos límites, teniendo en cuenta, no solo la importancia del capital si no el mayor ó menor trabajo que lleve consigo dicha administración.

Otras medidas que pueden adoptarse además de la de nombramiento de administrador.—Extensiva la intervención judicial á acordar además de este nombramiento, aquellas diligencias necesarias para asegurar los derechos ó intereses del ausente, no expresa ni podía expresar el Código en que han de consistir estas, ni es posible tampoco abarcar en una síntesis qué determinaciones serán procedentes en cada caso, pues depende esto de la situación especial en que se hallen los bienes del ausente, debiendo quedar, por consiguiente, al criterio del Juzgador.

Causas por las que termina la administración.—La representación que se confiere mediante dicho auto y las demás medidas de seguridad que el Juez adopte, cesarán con la presentación del ausente, con la de algún mandatario nombrado por él con posterioridad, ó la de sus herederos si acreditaren el fallecimiento del mismo, y finalmente, por la declaración de ausencia con carácter definitivo.

III.

DECLARACIÓN DE AUSENCIA

Carácter de la declaración de ausencia.—El segundo de los periodos en que el Código aprecia la ausencia es el de su declaración con carácter definitivo y en su exposición habremos de estudiar esa especial situación que se crea por el transcurso del tiempo y por la incertidumbre que se tiene de la existencia de un sujeto, obligando á convertir las medidas provisionales adoptadas, en un estado legal que afecta á las relaciones jurídicas del que se halla en ignorado paradero, cuya representación hay que encomendar á aquellos parientes que por la proximidad del vínculo que con aquel les une ó por la comunidad de intereses, se presume atenderán con mayor cuidado a la guarda y administración de sus bienes

Término que debe transcurrir para poder solicitar la declaración de ausencia.—Tres artículos destina no más el Código á esta materia, estableciendo en el primero (1) el plazo de dos años transcurridos desde que no se tienen noticias del que se ausentó ó desde que se recibieron las últimas, y cinco si hubiere dejado persona encargada de la administración de sus bienes, para poder declarar la ausencia.

Ha sido criticado este precepto por considerarse excesivamente corto el período de tiempo que fija, alegando que no hacia falta ese apresuramiento en la declaración de ausencia, puesto que ya el mismo Código, en la Sección

(1) Artículo 184.

anterior, establece la adopción de medidas interinas de aseguramiento para que no queden desamparados los intereses del ausente, á quien pueden irrogarse notorios perjuicios, procediendo con precipitación, al tener por incierta su existencia; pero en realidad, si respetables son los derechos del que se ausentó á que no se entrometan en la gestión de sus negocios otras personas, siquiera lo hagan con la garantía que dá la intervención de la autoridad judicial en su designación, también merecen gran respeto los intereses, los derechos y las esperanzas á que la ausencia prolongada puede dar lugar; además, ni el plazo es tan corto para temer abusos en tal sentido ni tampoco la declaración se hace sin una justificación previa del abandono en que tiene sus asuntos, voluntaria ó involuntariamente, el que desapareció de su domicilio. Con ocasión de la crítica de este artículo apunta un comentarista la idea de que las informaciones que practica la autoridad judicial para justificar la carencia de noticias del ausente y lo desconocido de su paradero, deberían ser más extensas que las contenidas en los artículos 2031 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, y ciertamente no deja de ser atinada la severa censura que de esas reglas procesales hace, pues á la pasividad con que intervienen el Juez y el Fiscal en dicha información debió poner término el Código, prescindiendo del carácter civilísimo que en la Ley de Enjuiciamiento tiene ese procedimiento y encomendando a los que desempeñan dicha función pública el proponer y practicar de oficio todos los medios de investigación conducentes á averiguar el paradero del ausente.

Se discute, resolviendo el problema en términos contradictorios, si el expediente á que dá motivo la declaración de ausencia puede incoarse después de transcurridos dos años sin recibir noticias, aunque no hayan transcurrido cinco, en el caso de que el ausente hubiese dejado persona encargada de la administración de sus bienes sin otorgar á

su favor escritura pública, confiriéndole poderes, ó lo que es lo mismo, si la locución empleada en el Código *persona encargada de la administración de los bienes* es equivalente á la de mandatario en legal forma, y á nuestro entender no tiene asomo de fundamento la cuestión, porque para que tenga eficacia y validez el encargo ó poder para administrar bienes, se requiere, según el artículo 1280, que conste en documento público, y si el contrato es ineficaz por la falta de esta formalidad no es posible concederle valor alguno. Además, la solemnidad de que nos ocupamos la exige el Código por vía de prueba y es, por consiguiente, insustituible con otra alguna.

También es objeto de dudas y cuestiones el que el Código no prevea la caducidad del poder antes de transcurrir los cinco años; unos creen que en tal caso el término de dos años deberá contarse desde que el poder caducó; otros por el contrario, opinan que habrá que esperar el término de cinco años para poder gestionar la declaración de ausencia, fundándose en la voluntad presunta del mandante, que acaso no previó, que pudieran sobrevenir causas de extinción del mandato; pero el error con que estos discurren es evidente, porque á nadie podrá imputar el ausente las consecuencias de su imprevisión y no cabe tampoco conceder efectos jurídicos á un contrato que ya no existe.

Quien puede pedir se declare la ausencia.—Pueden pedir la declaración de ausencia, como ya hemos dicho en otro lugar, el cónyuge presente, los herederos instituidos en testamento que presenten copia fehaciente del mismo, los parientes que hubieren de heredarle abintestato y los que tengan sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

No ofrece duda de ninguna clase la preferencia que justamente se concede al cónyuge presente no separado legalmente pero respecto de los herederos presuntos ins-

tituidos en testamento, surge una dificultad de importancia, por exigir la ley que al deducir su pretensión presenten copia fehaciente de dicho documento público. De tres clases puede ser el testamento de que se trate, ológrafo, abierto y cerrado. El primero y el último exigen para que pueda expedirse de ellos copia fehaciente su previa protocolización en el archivo de un Notario mediante mandato de la autoridad judicial dictado en el procedimiento oportuno y como esa protocolización no es posible ordenarla sino después de la muerte real ó presunta del testador, según previenen los artículos 689 y 712 del mismo Código, de aquí que esa facultad de solicitar la declaración de ausencia, que á los herederos testamentarios se confiere, sea puramente nominal, pues nunca les será posible utilizarla por la imposibilidad de cumplir la condición á que está sujeto su ejercicio. Queda solo el caso de que el testamento fuere abierto, pero aun entonces sale al paso un obstáculo insuperable, el de que el Notario que custodie en su archivo el original de dicho testamento se negará á dar copia de él, mientras no se acredite la defunción del testador ó no se pida por esta dicha copia, condiciones las dos imposibles de cumplir en el supuesto de que tratamos. La Ley Notarial, además de crear un protocolo reservado para ciertos testamentos, dá este mismo carácter de reserva á cuantos instrumentos públicos autoriza el Notario y prohíbe la exhibición de ellos y la expedición de copias á quien no tenga la cualidad de otorgante ó algún derecho adquirido, ya en la misma escritura cuya copia reclame, ya por acto posterior á su otorgamiento y como el heredero presunto no tiene ningún derecho adquirido á la herencia, de aquí que tampoco la tenga á que se le facilite dicha copia, ¿Podrá el Juez ordenar al Notario que la expida y deberá éste cumplir el mandato? La cuestión es difícil de resolver, pero optamos por una solución negativa, en cuanto al primer extremo de la pregunta, porque no

hay medio legal de que, el que se atribuya la cualidad de heredero presunto, lo acredite ante el Juez; pero si á pesar de todo, éste lo ordenara, creemos que deberá cumplirse dicha orden por el Notario sin que por ello incurra en responsabilidad, puesto que obra en virtud de obediencia debida. Una sola hipótesis hace posible que los herederos testamentarios puedan ejercer esa facultad; la de que el ausente, antes de estarlo, obtuviese una copia fehaciente de su testamento y esta viniera después á poder de sus herederos.

Es pues inaplicable, casi en absoluto, ese derecho concedido por el Código, que por otra parte no nos explicamos se haya establecido, puesto que los herederos testamentarios no han de tener ningún interés en solicitar se declare la ausencia desde el momento en que el mismo Código confiere la administración de los bienes, no á ellos por su calidad de tales, sino á los parientes más próximos, estén ó nó instituidos herederos.

Tramitación del expediente judicial.—El procedimiento que ha de seguirse para obtener la declaración judicial de ausencia es el siguiente: La pretensión deberá deducirla cualquiera de las personas indicadas, ante el Juez del último domicilio del ausente, acompañando al escrito el documento que justifique su derecho á formularla; y en este escrito habrá de ofrecer información sobre la ausencia en ignorado paradero de la persona de que se trate, fecha ó época en que se hubiere ausentado y carencia de noticias de ella. Recibida con citación del Ministerio fiscal la información, que habrá de ser por lo menos de tres testigos dando fé de su conocimiento el actuario ó garantizando otros dos la identidad de aquellos, si este no los conociere, se pasará el expediente á dicho Ministerio por seis días para que emita dictamen sobre las diligencias practicadas y conveniencia de la declaración pedida, y después de emitido dicho dictamen ó de subsanarse en su

caso, las faltas que se notaren, se dictará auto, que de ser favorable á la declaración de ausencia, habrá de insertarse en los periódicos oficiales, no surtiendo efecto dicha declaración hasta que hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que fué publicada. Para librar los testimonios de dicho auto y hacer el nombramiento de administrador de los bienes del ausente, será preciso que haya transcurrido el citado plazo y que conste en el expediente el cumplimiento de tal requisito, á cuyo efecto se unirán al mismo un ejemplar de la *Gaceta de Madrid* y otro del *Boletín Oficial* de la Provincia en que se haya hecho la inserción.

Nombramiento de administrador.—Declarada firme dicha resolución la persona que haya promovido el expediente, deberá solicitar, mediante otro escrito, que en virtud del nuevo estado de derecho creado, cese la representación interina que del ausente tenga aquel á quien se designó, en el supuesto de haberse adoptado esta medida de carácter provisional, y se proceda al nombramiento de administrador de los bienes de dicho ausente, acompañando los documentos que justifiquen el parentesco de la persona en quien haya de recaer tal cargo y ofreciendo completar la justificación de que no hay otro pariente más inmediato que el propuesto, con información de testigos si la prueba documental no fuese bastante.

Parientes en que debe recaer con preferencia la administración.—Cumplidos tales trámites el Juez hará el nombramiento de administrador á favor del cónyuge no separado legalmente, en su defecto al de los padres, hijos ó abuelos con la preferencia de sexo, edad y línea que indicamos al tratar de representante interino, y á falta de todos ellos, á los hermanos varones y á las hermanas que no estuvieren casadas, también con la preferencia de los de doble vínculo sobre los consanguíneos ó uterinos. Cuando no existiere ninguno de estos parientes el Juez

elegirá á la persona que estime más apta sin tener que someterse á ninguna regla legal.

Funciones que atribuye el cargo de administrador.—La analogía que estas funciones de la administración tienen con las del tutor justifica que se designe por el Código, para desempeñarlas, á las personas mismas á quienes corresponde la tutela legítima de los locos y sordo mudos, y en nuestra opinión, aun debiera haber ido más allá, equiparando en todo una y otra situación, pues no nos explicamos que para la guarda de los bienes del ausente se conserve una intución que tantos puntos de contacto tiene con la tutela del derecho antiguo y no se someta también esta causa modificativa de la capacidad civil al nuevo organismo, totalmente distinto del que ha venido á reemplazar, que constituye el régimen tutelar de nuestro derecho moderno. Para atender al cuidado de los bienes del ausente se atribuye al poder judicial el nombramiento de la persona encargada de hacerlo y la inspección y aprobación de los actos de esta; y para los demás casos de incapacidad, ejerce estas funciones el Consejo de familia. No se nos alcanza la razón de estas diferencias, pues igual es el cometido que en uno y otro caso han de desempeñar el administrador y el tutor y hasta resulta impropio el nombre que se dá á aquel, pues sus funciones no están limitadas á la administración de bienes si no que se extienden á representar legalmente en juicio y fuera de él al ausente cuya personalidad suple.

Pero respetando y aceptando la ley tal como es, hemos de lamentar, que ya que en este caso especial no ha querido privar á la función judicial de intervención directa en todo lo que se relaciona con la representación del ausente, no dé reglas para el ejercicio de esa intervención; omisión que habrá de ser suplida cuando se publique la anunciada reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil. Entre tanto estimamos vigentes los artículos 2040 al 2042 de dicha

ley y con arreglo á ellos, después de posesionar al administrador deberá tramitarse todo lo relativo á la prestación de fianza, formación de inventario, anotación en el Registro de la propiedad de la declaración de ausencia y del nombramiento de administrador, asignación que habrá de percibir éste y rendición de cuentas.

Dicha administración cesará en los mismos casos que expusimos con motivo de la representación interina ó sea porque comparezca al ausente por sí ó por medio de apoderado, se acredite la defunción de aquel ó se presente un tercero justificando documentalmente haber adquirido por compra ú otro título los bienes del mismo.

IV.

DE LA PRESUNCIÓN DE MUERTE DE PERSONAS AUSENTES

Su concepto legal.—La carencia de noticias del ausente y el curso ordinario de la vida, sujeta á contingencias imprevistas, son, según ha dicho un autor, el origen de dos presunciones contrarias: la primera de existencia, aunque desconocida, la segunda de muerte. En los primeros años de ausencia hay que suponer que el que ha desaparecido continúa existiendo y que, causas extrañas á su voluntad le privan de todo medio de comunicación. A medida que van pasando los años va desvaneciéndose esta presunción hasta convertirse en la contraria y es preciso que el legislador fije un término á ese estado incierto que se crea con la desaparición de una persona. Dos reglas diversas establece el Código para fundar esa presunción. Una referente al tiempo transcurrido desde que desapareció el ausente y dejaron de tenerse noticias suyas. La otra en relación directa con la edad del desaparecido. Los

motivos en que se inspira este doble criterio no pueden ser más lógicos. Por mucho que sea el abandono en que una persona tenga sus intereses y su hacienda, no cabe suponer que éste llegue á no ocuparse de ellos ni una vez siquiera en el plazo máximo que para perderlos por prescripción fija la ley. La duración de la vida humana tiene un término máximo probable, transcurrido el cual hay que presumir la muerte, racionalmente pensando.

Tiempo que ha de transcurrir para poder declarar la presunción de muerte.—Fundado sin duda en las anteriores consideraciones dispone el artículo 191 del Código que pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieron las últimas noticias de él, ó noventa desde su nacimiento, el Juez á instancia de parte interesada declarará la presunción de muerte.

Juicio en que debe hacerse.—Dicha declaración viene á poner término á la situación especial que creó la de ausencia abriendo la sucesión en los bienes del ausente, y de aquí que discutase con empeño, sosteniendo contradictorias opiniones, si debe ser adoptada en juicio solemne ó en un acto de jurisdicción voluntaria.

Aquella solución es la que está más en armonía con lo que se desprende de la letra y espíritu del articulado del Código, teniendo en cuenta que este ordena se dicte *sentencia* para hacer tal declaración y que por las graves consecuencias que produce, puesto que viene á extinguir una personalidad y á entregar á sus herederos el patrimonio de ella siquiera solo de un modo condicional, no puede ser dada sin que la precedan las formalidades propias de un juicio.

El argumento empleado en contra de que no existe contienda entre partes conocidas y determinadas, aún cuando sea muy poderoso, no es completamente exacto, pues al fin y al cabo el interés público exige que no se excluya de la vida social á un individuo sin una plena y

cumplida demostración de la certeza de los hechos en que la ley se funda para inducir la presunción de su muerte; y como la representación de ese interés público la ostenta el Ministerio fiscal, con él deberá contender el que deduzca dicha pretensión, que en nuestra opinión ha de tramitarse en juicio ordinario.

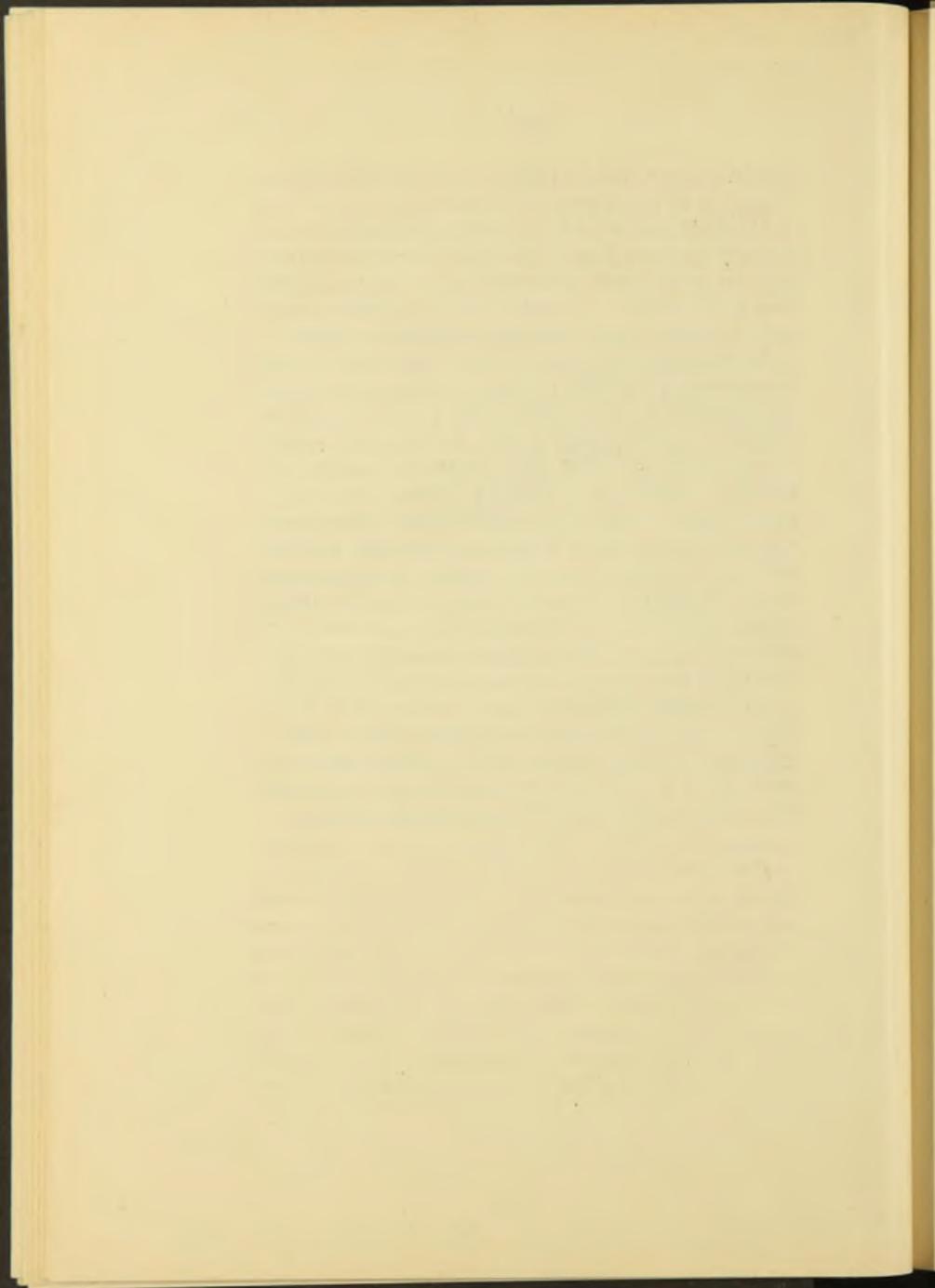
Publicación de edictos.—No quiere el Código que á pesar de los largos plazos que fija para la presunción de muerte del ausente se ejecute la resolución judicial en que esta declaración se contenga, sin emplear antes todos los medios posibles de publicidad para que llegue á conocimiento del desaparecido, y para ello previene que esta no tenga carácter de firmeza hasta después de seis meses de publicada por los periódicos oficiales, garantía bien mezquina por cierto, aun cuando con ella se cumpla la ficción legal de notificar, pues sabido es que la publicación de edictos que nadie lee solo conduce á producir inútiles dispendios é innecesarias dilaciones, cuando mejor hubiera sido que abandonando el legislador ese sistema rutinario dispusiera que el Juez procurase adquirir por todos los medios posibles antes de dictar una resolución de esa naturaleza, noticias ciertas del ausente, valiéndose para ello de la policía judicial y de los demás medios de investigación que tiene á su alcance.

Efectos de la sentencia.—Firme dicha sentencia se procederá á abrir la sucesión en los bienes del ausente, adjudicando estos á los herederos por los trámites de los juicios de testamentaria ó abintestato, según los casos, sin que pueda eludirse por aquellos el cumplimiento de esas formalidades, aun cuando el ausente haya prohibido en su testamento toda intervención judicial, porque no es igual el estado que crean la muerte presunta y la defunción debidamente justificada. Si el ausente se presentare después de abierta la sucesión ó sin presentarse se probase su existencia, recobrará los bienes en el estado que

tengan y el precio de los enagenados ó los adquiridos con él, pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

El Código equipara á los herederos del ausente con el poseedor de buena fé no obligándoles á devolver los frutos y rentas percibidos, y ciertamente que no puede ser más justa esta disposición, debiendo inculpar al ausente á su incuria ó á fuerza mayor las consecuencias de esa pérdida.

A pesar de que la Ley de bases de 11 de Mayo de 1888 disponía que la Comisión redactora del Código incluyera en esta Sección un precepto destinado á establecer que en ningún caso pueda el cónyuge del ausente, cuya presunción de muerte se declara, pasar á segundas nupcias, este artículo no aparece en el Código y algunos han querido suponer que el silencio del mismo autoriza á tener como vigente el artículo 90 de la Ley de matrimonio civil que permitía las segundas nupcias cuando el cónyuge cuya muerte se presume tuviere cien años de edad. Aunque no hubiera estado demás, como con previsión ordenaba la Ley de bases, hacer una declaración expresa sobre este particular, hay que convenir en que la presunción de muerte no surte iguales efectos que la muerte misma, y en que la Ley de matrimonio civil ha sido derogada por la disposición final del Código, rigiéndose la disolución del matrimonio por el artículo 52 del mismo Código que solo la declara en el caso de muerte de uno de los cónyuges.



CAPITULO XII.

DE LA TUTELA

PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A SU CONSTITUCIÓN, EJERCICIO Y EXTINCIÓN

SUMARIO: I. Consideraciones generales.

II. Declaración de incapacidad por locura.—*Restricciones de la facultad de obrar impuestas por la ley al loco.—Idem idem al sordomudo.—Clase de juicio en que procede hacer la declaración de incapacidad.—Trámites del mismo.—Intervención del Consejo de familia.—Extremos que debe contener el auto declarando la incapacidad de un sordomudo.*

III. Declaración de incapacidad por prodigalidad.—*Su fundamento racional.—Carácter limitado y circunstancial de dicha incapacidad.—Quien debe ser reputado pródigo.—Juicio en que procede hacerlo.—¿Puede el pródigo allanarse a la demanda?—Trámites de dicho procedimiento.—Extremos que debe contener la sentencia que le ponga término.—Efectos de la declaración de prodigalidad*

IV. Impedimentos y prohibiciones para ejercer los cargos de tutor y protutor y causas que dan lugar á la remoción del que los ejerce.—*Fundamento racional y doctrina legal aplicable.*—

Modo de proceder del Consejo de familia en este caso y recursos contra los acuerdos del mismo.—A quien corresponde la tutela interina mientras se tramitan dichos recursos.—Dificultades que ofrece el ejercicio de la tutela interina por el Consejo de familia.

V. Excusas de la tutela.—*Su concepto.—Clasificación.—Modo de proceder del Consejo de familia para admitirlas ó denegarlas y recursos contra sus acuerdos.*

VI. Del afianzamiento de la tutela.—*Su concepto y clases.—Tutores obligados á prestar fianza.—Procedimiento para la constitución de la misma.—Modo de constituir la fianza hipotecaria.—Circunstancias que debe contener la escritura de fianza hipotecaria de la tutela.—Fianza pignoraticia.—Fianza personal.—Ampliación y reducción de la fianza.—Cancelación total de la misma.—Recursos contra los acuerdos del Consejo de familia señalando la cuantía ó haciendo la calificación de la fianza.*

VII. Del Registro de tutelas.—*Su objeto.—Requisitos que han de consignarse en las inscripciones.—Documentos que deben presentarse para que se inscriba la tutela.—Carácter de este Registro.*

I.

CONSIDERACIONES GENERALES

Correlativa al derecho que á la asistencia tienen las personas faltas de la necesaria aptitud para poderse regir por sí, es la obligación que la mutualidad social impone de representarlas, dirigir las y protegerlas, sancionada y aceptada por todas las legislaciones que establecen para su régimen dos instituciones de importancia: la patria potestad y la tutela.

Derivada aquella del sentimiento de la paternidad innato

en todos los hombres, da forma en el derecho positivo al precepto de la ley natural en virtud del que vienen obligados los que dieron vida á un nuevo ser á subvenir á las necesidades de éste durante la menor edad, supliendo así sus deficiencias físicas y sus incapacidades anímicas. La tutela creada por la ley como similar y subsidiaria de la patria potestad la sustituye y suple, prestando medios de protección y de defensa á los que, sin estar sometidos al poder paterno, tienen restringida su capacidad civil por causa de edad, enfermedad, ó interdicción y su fundamento es el mismo de la institución que reemplaza.

Ninguna de las materias que estudia nuestro derecho civil ha sufrido, al ser codificado, reforma tan radical y completa como esta de la guarda legal. Sus dos antiguas formas de tutela y curaduría, establecidas, una para los menores impúberes, otra para los púberes y los mayores de edad incapacitados, han sido refundidas en una sola; la misión confiada antes al poder público de fiscalizar é intervenir los actos del guardador, encomiéndose ahora á un Consejo familiar, ampliando así la esfera de acción de este orden social y reconociendo la legitimidad de que se rija por sí mismo; y á la representación unipersonal del tutor ó del curador sustituye un complejo organismo, en el que funcionan armónicamente con diversidad de facultades y deberes, los cuatro elementos que le integran: tutor, protutor, Consejo de familia y autoridad judicial.

Concretándonos á nuestro objeto de estudiar tan solo los preceptos del derecho pósito que tienen relación con el procedimiento, examinaremos en el presente título: 1.º La declaración de incapacidad por locura ó sordomudez, que debe preceder á la constitución de la tutela por esta causa. 2.º La declaración de incapacidad por prodigalidad. 3.º Los recursos que procede entablar contra los acuerdos del Consejo de familia relativos á impedimentos ó prohibiciones para ser tutor ó protutor y á la remoción

de los que ejercen estos cargos. 4.º Los recursos contra los acuerdos del mismo Consejo sobre admisión ó denegación de excusas. 5.º La constitución de fianza en los casos en que debe prestarse por el tutor nombrado y los recursos que proceden contra los acuerdos del Consejo relativos á su calificación y aprobación; y 6.º el Registro de tutelas.

II.

DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD POR LOCURA Ó SORDOMUDEZ

Restricciones de la facultad de obrar impuestas por la ley al loco.—Influyendo la enfermedad en las cualidades personales del individuo que la padece, la Ley civil necesita tener en cuenta este elemento accidental en el sujeto de derecho para determinar su capacidad ó incapacidad y por ello, aquellas enfermedades que afectan á la inteligencia y privan al hombre de la voluntad y libertad necesarias para establecer relaciones jurídicas, son causa modificativa de su aptitud legal que necesita ser suplida valiéndose de la tutela.

La locura, dolencia que produce, ya una suspensión ó retraso en el desarrollo de las facultades mentales, ya una perturbación de estas con carácter, temporal unas veces, permanente otras, ya la privación total de razón, constituye un estado anormal, que sin extinguir la personalidad jurídica del que la sufre restringe el ejercicio de su capacidad, según declara el artículo 32 del Código civil refiriéndose á la demencia ó imbecilidad.

Con gran falta de propiedad se expresa dicho cuerpo legal al tratar de las enajenaciones mentales que influyen en los actos jurídicos, pues mientras en ciertos artículos

emplea los términos «locos» ó «dementes» (1) en otros usa las palabras «demencia» ó «imbecilidad» (2) y en algunos refiérese á los faltos de cabal ó sano juicio (3) ó á los que no se hallaren en el pleno ejercicio de su razón (4) y si bien hay que reconocer que no siempre se trata de iguales situaciones ó estados de incapacidad, esto no impide que se observe una falta de fijeza de criterio en la letra de la ley, muy censurable porque dá origen á diversidad de interpretaciones. Por eso creemos necesario sentar como punto de partida para este estudio, que en nuestro concepto la palabra «locura» comprende todas las formas y aspectos que presentan las enfermedades mentales y siempre que la empleemos debe entenderse que queremos referirnos á todas las alteraciones mentales de carácter permanente incluyendo en ellas el idiotismo, la imbecilidad, el cretinismo, la demencia, la manía, la monomanía, y en general todas las formas congénitas ó adquiridas que la locura ofrece, sin más excepción que aquellos estados puramente accidentales que solo de una manera transitoria privan del discernimiento en mayor ó menor grado, como el sonambulismo, la embriaguez, el delirio febril, la sugestión hipnótica, la debilidad senil y otros que no determinan una incapacidad constante, aún cuando puedan dar origen por la falta de consentimiento que presuponen, á la nulidad de las relaciones jurídicas establecidas bajo su imperio.

Las limitaciones que en su facultad de obrar tiene el loco á consecuencia de dicha enfermedad no han sido agrupadas en una disposición de la ley, como parecía natural, puesto

(1) Artículos 213, 237, 298, 1246 y 1263.

(2) Id. 32.

(3) Id. 652 n.º 2.º y 681 n.º 6.º

(4) Id. 83 n.º 6.º

que ningún acto que realice por sí el que se halla falto de razón puede ser eficaz y válido y en lugar de un precepto de carácter general que contuviera tal declaración, consigna el Código al regular las diversas instituciones que son objeto de su articulado, la incapacidad que con relación á ellas determina ese estado anormal, señalándole como impedimento para contraer matrimonio, (1) para ejercer la patria potestad, (2) para el ejercicio de los cargos de tutor y protutor (3) y vocal del Consejo de familia, (4) para la administración de sus bienes (5) y los de su mujer é hijos (6) para otorgar testamento, á no ser en intervalo lúcido, (7) para ser testigo en dichos actos de última voluntad (8) ó en juicio (9) y para contratar ú obligarse (10).

Restricciones de la facultad de obrar impuestas por la ley al sordomudo.—Los progresos de la medicina y pedagogía modernas, han redimido al sordomudo del aislamiento y de la inopia intelectual en que vivía poniéndole en comunicación directa con las demás personas, por medio de una educación adecuada y dotándole de capacidad é inteligencia bastantes para poderse regir por sí mismo.

No es ya, por consiguiente, á los ojos de la ley la sordomudez una causa de incapacidad absoluta equivalente á la locura, como lo era en nuestra legislación derogada, ni dá lugar, por tanto, en todo caso, á constituir en guarda legal

-
- (1) Artículo 83.
(2) Id. 179.
(3) Id. 237.
(4) Id. 298.
(5) Id. 200.
(6) Id. 1441.
(7) Id. 633.
(8) Id. 681 n.º 6.º
(9) Id. 1240.
(10) Id. 1253.

al que tiene ese defecto físico, siendo necesario distinguir entre el sordomudo que no sabe leer y escribir, quien por su falta de educación ha de ser considerado como incapaz y sometido al poder tuitivo de otra persona y el que habiendo recibido la instrucción necesaria tiene conciencia de todos sus actos y no requiere del auxilio ajeno, ni para la vida social, ni para crear relaciones de derecho.

El primero, conforme á la ley positiva, hállase en idéntico caso que el loco; el segundo tiene la plenitud del ejercicio de su capacidad excepto para autorizar aquellos actos en que se exige el empleo de la palabra hablada, como el otorgamiento de testamento abierto ó el intervenir en él en calidad de testigo; y los que se encuentran en situación intermedia, esto es, que hayan recibido tan solo una educación incompleta, aunque deban estar sujetos á guarda legal será tan solo con la extensión y límites que exijan la imperfección de la enseñanza que se les haya dado, debiendo el Juez determinar concretamente el alcance de las facultades del tutor.

Expuestas estas ideas generales á las que, por las condiciones de este libro no podemos dar más amplio desarrollo, examinaremos los requisitos necesarios para obtener en juicio la declaración de incapacidad por locura y sordomudez.

Clase de juicio en que procede hacer la declaración de incapacidad.—Sirve de garantía de la libertad humana que el poder público intervenga para privar á una persona del pleno y libre ejercicio de sus derechos, sometiéndola á la autoridad de otra; y en armonía con este principio dispone el Código en su artículo 213 que no se puede nombrar tutor á los locos dementes y sordomudos mayores de edad, sin que preceda la declaración judicial de que son incapaces para administrar sus bienes.

Hay, sin embargo, en este precepto, un error de redacción que no podemos pasar desapercibido, pues se olvidó

al dictarle que pocos artículos antes, en el 206, se concedía al padre y á la madre la facultad de poder nombrar tutor en testamento para sus hijos mayores de edad incapacitados. ¿Deberán interpretarse dichos artículos en el sentido de que la designación de tutor hecha en última voluntad por el padre ó madre para los hijos mayores incapacitados será nula si antes de otorgarse no se ha seguido el expediente judicial en que debe hacerse la declaración de incapacidad? Parécenos que, aunque así resulta de su letra, no es tal el espíritu que los inspira ni el propósito de legislador. Tampoco es admisible la solución de que esa previa declaración solo ha de hacerse cuando se trate de la tutela legítima ó dativa y creemos que lo que quiso decir el artículo 213, aunque no lo dijo, es que no se podía nombrar tutor de esas dos últimas clases ni entrar el nombrado en testamento en el ejercicio de sus funciones, sin que preceda la declaración judicial á que venimos aludiendo.

Dicha declaración ha de ser precedida de un juicio que el Código quiere sea de carácter sumario sin determinar el procedimiento que en él ha de seguirse y con este motivo los comentaristas proponen diversas soluciones.

Estraña en primer término que no se refiera el Código á cualquiera de las varias clases de juicios que regula la Ley de Enjuiciamiento civil y que por el contrario utilice el adjetivo *sumario* que responde á una clasificación de los juicios en ordinarios, sumarios y sumarísimos, no establecida en dicha Ley procesal, siendo esta la principal causa de las dudas que ocurren, tanto á los autores como á los que en la práctica han de aplicar los preceptos legales.

La Revista de los Tribunales en un extenso artículo doctrinal, defiende el criterio de que el procedimiento que debe seguirse es el establecido en los artículos 2002 al 2012 de la Ley de Enjuiciamiento civil al tratar de las informaciones para perpétua memoria, desconociendo con

ello, que estas constituyen un *acto* de jurisdicción voluntaria y que el Código exige contienda, no solo al emplear la palabra *juicio* sino al atribuir al Ministerio fiscal la representación del incapaz cuando soliciten la declaración su cónyuge ó parientes y á un defensor especial que se le nombre cuando la pida dicho Ministerio. Tampoco permite aceptar esta interpretación el texto del citado artículo 2002, puesto que si las informaciones ad-perpetuum no han de referirse, según aquel, á hecho de que haya de resultar perjuicio á persona cierta y determinada, mal puede aplicarse esa ritualidad para dictar una resolución de tanta trascendencia como la declaración de incapacidad, que afecta á la personalidad del incapaz y limita y restringe todos sus derechos civiles.

El comentarista Mucius Scaevola defiende la tesis de que el procedimiento aplicable es el establecido para los incidentes por reunir, á la par que brevedad, abundantes medios de comprobación para el apoyo de los derechos sustentados; y el Sr. Manresa pronunciándose contra esta opinión, estima, que aunque el Código hace necesaria una modificación de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre este punto, está vigente lo mandado en su artículo 1848 que prescribe, para la declaración de incapacidad por causa de demencia, la forma sumaria de un *antejuicio*.

Poderosas son las razones en que se apoya este dictamen, pero está la dificultad en que dicha Ley de Enjuiciamiento civil no tiene ninguna sección ni artículo que nos diga la manera como ha de tramitarse y seguirse ese *antejuicio*.

Hay por consiguiente que acomodar su tramitación á alguno de los procedimientos que comprende dicha Ley y mientras no se establezca uno nuevo, preciso es admitir que el más propio es el señalado para los incidentes, pues como dice la circular de la Fiscalía del Supremo de 25 de Enero de 1894, en esa forma deben sustanciarse todas las

cuestiones litigiosas que tengan relación con el ejercicio de la tutela, según lo prevenido en el artículo 1873 de la tan citada ley adjetiva.

Tramitación del juicio.—Aceptando el criterio anteriormente expuesto nos parece que la forma de seguirse el juicio ha de ser la siguiente: 1.º Presentación de la demanda por el cónyuge ó pariente del incapaz ó por el Ministerio fiscal acompañando á la misma los documentos que justifiquen su parentesco. Dicho escrito deberá formularse consignando los hechos determinantes de la incapacidad y los fundamentos de derecho procedentes y por medio de los oportunos otrosies se solicitará el recibimiento á prueba y la anotación preventiva de dicha demanda en el Registro ó Registros donde el presunto incapaz tuviese inscritos bienes inmuebles. Cuando haya tutor testamentario se acompañará copia fehaciente del testamento en que fué nombrado. Si el demandante es el Fiscal, el Juez nombrará defensor que represente al demandado y después de tal acuerdo, cuando proceda, se conferirá traslado de la demanda al Fiscal ó al defensor para que la contesten en el término de seis días.

Puede ocurrir que transcurra dicho plazo y que el Fiscal ó el defensor nombrado no cumplan con su deber legal de contestar á la demanda. ¿Será procedente acusarles la rebeldía y tenerles por rebeldes? Entendemos que no y que lo único admisible en este caso que, aunque improbable, ya nos ha ocurrido en la práctica, es tener por contestada la demanda, suponiendo que el silencio de la representación del demandado equivale á su aquiescencia con lo en ella pedido.

Recibido el juicio á prueba por un término no menor de diez días ni mayor de veinte, común para proponerla y ejecutarla, se practicarán las propuestas que sean pertinentes y después de unidas á los autos, si entre ellas no hubiere figurado la del reconocimiento personal del loco ó

sordomudo, lo acordará el Juez de oficio, designando los Facultativos que hayan de acompañarle á dicho acto é informar sobre la certeza de la enfermedad y citando á las partes para que concurran á dicha diligencia.

Intervención del Consejo de familia.—Emitido dictámen por los peritos, será procedente cumplir el trámite que previene el artículo 216 del Código civil oyendo al Consejo de familia y aquí nos sale al paso una dificultad. El artículo 293 del Código y todos los demás que se refieren á dicha institución, parten del supuesto de que la persona á quien ha de asistir el Consejo sea menor ó incapaz, y por tanto, que esté declarada esta incapacidad. El Consejo de familia no es, después de todo, más que uno de los diversos órganos del complicado mecanismo que forma la tutela, y si por una parte se previene que no puede someterse á ella quien no esté declarado incapaz, y por otra se dispone que para hacer tal declaración ha de constituirse previamente el Consejo, precisa reconocer que el Código, por un defecto de redacción, establece aquí un círculo vicioso de imposible salida, pues indudablemente lo que quiso decir es, no que se oyera al Consejo de familia constituido de una manera definitiva, si no á los parientes que en su caso deben constituir dicho Consejo reunidos en una junta de carácter provisional. ¿En qué forma deberá ser oído este Consejo provisional? La mejor á nuestro modo de ver es unir á los autos una certificación literal del acta de la sesión, que en el mismo local del Juzgado y fuera de la presencia del Juez, celebren los convocados para deliberar y resolver sobre la consulta que se les hace, consignando en ella el acuerdo adoptado, y si éste se tomó por mayoría ó unanimidad de los concurrentes; pero está no excluye el que tampoco conceptuemos ilegal la solución propuesta por un tratadista de que el Juez les oiga, ya de palabra, ya por escrito, confiriéndoles traslado en los autos para que informen sobre dicho particular

dentro del término de tres días. Si se pidiese vista, el Juez la acordará, y celebrada ésta ó transcurridos los dos días siguientes al de la citación, sin haberla solicitado, dictará dentro de quinto día resolución definitiva en forma de auto haciendo dicha declaración de incapacidad ó denegándola.

Contra este auto no hay duda de que podrá entablarse el recurso de apelación que respecto de todas las resoluciones que ponen término á un negocio, en primera instancia, concede el artículo 384 de la Ley de Enjuiciamiento civil, sin que á ello sea obstáculo el derecho que á los interesados dá el Código de deducir demanda en juicio ordinario, con lo que no viene á hacer otra cosa que á confirmar la doctrina, tantas veces proclamada en nuestro derecho procesal positivo, de que no producen escepción de cosa juzgada las sentencias recaídas en juicios de carácter sumario, como el ejecutivo, el interdictal y otros, sin que por ello se ponga en duda la procedencia de las dos instancias. Contra los autos que en segunda instancia dictase la Audiencia no cabe recurso de casación por no ser definitivos, según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de su suprimida Sala tercera de 6 de Octubre de 1891.

Extremos que debe contener el auto declarando incapaz á un sordomudo.—El auto de que nos venimos ocupando, cuando la declaración de incapacidad se refiera á un sordomudo, ha de fijar la extensión y límites de la tutela en relación con los grados de ilustración del tutelado, quedando al arbitrio judicial la libre apreciación de esta.

III.

DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD POR PRODIGALIDAD

Fundamento racional de esta incapacidad.—Inherente al derecho de propiedad la facultad de libre disposición, el *jus abutendi* de los Romanos, las escuelas exageradamente individualistas proclaman el principio de que ese derecho no tiene limitación alguna, mientras que otras escuelas y las legislaciones que en ellas se han inspirado, dando á la propiedad un sentido más social, estiman que no atribuye un poder arbitrario, absoluto y discrecional sobre las cosas, que la riqueza debe ser considerada como fundamento de una función social establecida, no solo en beneficio del propietario, sino de todos, y que su posesión impone deberes cuyo carácter, estrictamente jurídico, no puede ser desconocido ni negado por el propietario obligado á cumplirlos.

Consecuencia de estas distintas doctrinas es que algunos nieguen el derecho del Estado y de los Poderes públicos á intervenir en los actos del individuo, prohibiéndole malgastar su fortuna y derrocharla caprichosamente y que en todo caso, de admitir la prodigalidad como causa modificativa de la capacidad civil, hayan estimado que constituye un estado morbosos mental susceptible de tratamiento y curación, para equiparar el pródigo al loco y restringir sus derechos por iguales razones que restringe los de éste. Pero en realidad el ser pródigo no presupone falta de libertad de obrar ni prueba la existencia de una enfermedad que perturbe las facultades mentales. El que disipa su fortuna para proporcionarse placeres, el que la derrocha para satisfacer su vanidad y gozar fama de espléndido y

desprendido, tiene su razón sana y discurre con lucidez, según ha dicho con frase elegante el Sr. Sánchez Román. El pródigo no es un loco ni un enfermo ni un delincuente y el fundamento de la limitación de sus facultades está en el fin que la propiedad ha de cumplir. Esta, como con acierto sostiene Ahrens, existe para un objeto y uso racionales, se halla destinada á satisfacer las diferentes necesidades de la vida humana y por consiguiente, todo abuso, toda destrucción de ella, es contrario al derecho y debe ser prohibido por la ley.

Un sistema ecléctico entre los dos que acabamos de exponer, es el que sigue nuestro Código, pues si bien no admite que pueda la ley limitar en absoluto el derecho de libre disposición, siguiendo en esto á los individualistas, establece esa limitación cuando los actos del pródigo ó desgastador de sus bienes, como le llamaba la Ley de Partidas, puedan perjudicar los intereses familiares, no el interés general, apreciando la prodigalidad, más como un vicio que redundaba en perjuicio de la sociedad doméstica, que como un mal social que trasciende á todos los órdenes de la vida.

Carácter limitado y circunstancial de dicha incapacidad.—Las únicas personas á quienes, según el Código, pueden perjudicar los actos del pródigo, son su cónyuge y sus herederos forzosos, y por esto únicamente á ellos atribuye la facultad de pedir que se le declare tal concediéndola tan solo al Ministerio público, cuando aquellos sean menores ó estén incapacitados; de donde se deduce que al soltero ó viudo que no tenga ascendientes ni descendientes le es lícito reducirse á pobreza y dilapidar su patrimonio sin que su desatentada conducta pueda ser corregida por nadie y que la restricción que produce la declaración de prodigalidad tendrá término, si después de hecha tal declaración fallecen las personas en cuyo beneficio se haga, dejando el pródigo de serlo legalmente y de-

biendo extinguirse la tutela de que se le hubiere provisto.

Además, es de tener en cuenta para formar completo concepto de esta causa modificativa, que como no afecta á la inteligencia ni priva al que la sufre de libertad y voluntad, solo debe restringirse parcialmente su capacidad en aquello que afecte á la administración y libre disposición de los bienes, no en lo que se refiere al ejercicio de derechos de un orden puramente moral.

Quien debe ser reputado pródigo.—Ni el Código moderno ni las antiguas leyes de Castilla definen la prodigalidad. Los autores que tratan de investigar este concepto, inclinanse á no reputar tal al que solo malgaste sus rentas, por cuantiosas que sean, estimando únicamente merecedor de esa interdicción á quien además de dichas rentas emplee mal y en gastos supérfluos el capital de que dispone. Encomendada la solución de este problema por el silencio de la ley al arbitrio judicial, los Tribunales habrán de decidir en cada caso teniendo en cuenta los actos realizados por la persona á quien se atribuya tal tacha, puestos en relación con la importancia de su patrimonio y con las necesidades que su condición social le impongan.

Juicio en que procede hacer la declaración de prodigalidad.—Dicha declaración debe pedirse, según el Código, en juicio contradictorio, término en cierto modo redundante é impropio porque no es posible que haya juicio sin que haya contradicción. La clase de procedimiento en que esta medida ha de adoptarse, opinan algunos no puede ser otra que la del ordinario de mayor cuantía, fundándose para ello en la regla 3.^a del artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento civil que previene se decidirán en él las demandas relativas á derechos políticos ú honoríficos, exenciones y privilegios, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas.

Contra este criterio está el sostenido por la Fiscalía del

Supremo en la circular antes citada de 5 de Enero de 1894, que estima aplicable á esta clase de juicios la tramitación de los incidentes, toda vez que el objeto que se persigue es la constitución de una tutela, y que según previene el artículo 1873 de la referida Ley de Enjuiciamiento, todas las cuestiones relacionadas con el nombramiento de tutores que hayan de resolverse en juicio se sustanciarán en dicho procedimiento. Realmente la mayor autoridad que tiene esta última opinión y el estar más en armonía con los principios jurídicos que recomiendan la brevedad del trámite, nos decide á conceptuarla más acertada, siendo también la que hemos visto aplicar en la práctica.

¿Puede el pródigo allanarse á la demanda?—Difícil es resolver la cuestión que plantea un comentarista de si el pródigo puede allanarse á la demanda de prodigalidad, problema jurídico que resuelve en sentido negativo, entendiendo que las alteraciones del estado civil de una persona, cuando provienen de causa de incapacidad, no pueden fundarse en la manifestación del presunto incapaz, quien acaso se conduzca con miras interesadas, sino que es necesario derivarlas de los hechos comprobados, y aunque en ningún otro autor hemos visto sostenida la tesis contraria, no nos es posible suscribir el criterio que defiende Mucius Scævola, porque si el juicio en que se sustancia la demanda de prodigalidad es por su naturaleza esencialmente civil, sin que la intervención en él del Ministerio fiscal tenga por objeto representar el interés público sino suplir la falta de capacidad del cónyuge ó de los herederos forzosos del supuesto pródigo ó á éste cuando no comparezca, no hay razón alguna que impida el allanamiento á la demanda. Además, el temor que abriga dicho comentarista de que por este medio puedan confabularse los individuos de una familia y declarando pródigo á su jefe causar perjuicios á tercero, es notoriamente infundado, porque ese peligro ya le previene la declaración que el

mismo Código hace en otro artículo, de que los actos del pródigo anteriores á la demanda de interdicción, no podrán ser atacados por causa de prodigalidad y en lo que se refiere a bienes inmuebles, únicos de imposible ocultación, bastante amparados resultan los derechos de tercero con los preceptos de la Ley hipotecaria que exigen la anotación preventiva de la demanda y la inscripción de la sentencia en el libro especial de incapacitados del registro ó registros de la propiedad en que estén inscritos los bienes del pródigo, para que pueda causarse perjuicio á los que no fueren parte en el pleito. Por último, esa opinión no se armoniza con la misma letra de la ley que en el artículo 223 previene, que solo cuando no comparezca en juicio el demandado, le represente el Ministerio público ó un defensor, de lo que se desprende que si comparece, aunque se allane á la demanda, no cabe tal representación. Y si esto es así ¿con quién ha de seguir el juicio en que se haga el allanamiento? ¿Qué diligencias habrán de practicarse después de éste? ¿Cómo podrá probarse la inexactitud de los hechos si al Juez no le es lícito proceder de oficio? ¿En qué fundamentos de hecho y de derecho podrá basarse una sentencia denegatoria sin conculcar el principio procesal que ordena atenderse á las alegaciones y pruebas que las partes formulen y propongan?

Mientras no se reforme totalmente la naturaleza de esta clase de procedimientos y se dé en ellos una intervención directa á la representación del poder público, no es posible admitir esa interpretación, y hay que reconocer, que el allanamiento á la demanda pone término al litigio y que la sentencia deberá dictarse de conformidad con las pretensiones de aquella si se ajustan á las prescripciones legales.

Trámites de dicho procedimiento.—Presentada la demanda por persona que tenga facultades para interponerla acompañando á ella los documentos que acrediten dicha personalidad y sin olvidarse de solicitar por medio

de otrosi la anotación preventiva en el Registro á los efectos de que antes hemos hecho mérito, deberá emplazarse al pródigo para que comparezca y la conteste dentro del término que fija para este trámite de los incidentes, la Ley de enjuiciar.

En el caso de rebeldía del demandado su representación la tendrá el Ministerio fiscal ó un defensor, si dicho Ministerio tiene la cualidad de demandante. No ha querido el Código privar de medios de defensa á la persona cuya capacidad se impugna, y á fin de evitar abusos posibles y de rodear de las mayores garantías la sentencia declaratoria de prodigalidad, aplica á este caso el mismo criterio que viene siguiendo para que no queden abandonados é indefensos los derechos de menores é incapacitados, confiriendo al Ministerio público la representación de dicho incapaz y cuando á éste ya estuviere encomendada la defensa de intereses incompatibles con los del demandado, á un defensor, sin que tal representación ó nombramiento impida que se tenga por rebelde á dicho demandado y que con respecto á él se cumplan las disposiciones de la Ley adjetiva relativas á los juicios en rebeldía, y entre ellas, la de retención y embargo de bienes, como forma de asegurar los resultados del juicio.

Extratos que debe contener la sentencia que ponga término al litigio.—Seguido éste por todos sus trámites se dictará sentencia, que si fuese conforme á la petición del demandante, esto es, á la declaración de prodigalidad, determinará con precisión los actos que queden prohibidos al incapacitado, las facultades que haya de ejercer el tutor en su nombre y los casos en que por uno y otro habrá de ser consultado el Consejo de familia.

Efectos de la declaración de prodigalidad.—Queda al libre arbitrio del Juez decidir qué actos del incapaz han de estar intervenidos por el tutor y en que casos habrá de suplir la falta de capacidad de aquel; pero estas

limitaciones solo pueden afectar al orden económico, á la administración y libre disposición de los bienes y en ningún caso puede darse al tutor facultades sobre la persona del tutelado ni privar á éste del ejercicio de la autoridad marital y paterna

La tutela del pródigo solo comprende la administración de los bienes del mismo y de los hijos menores que haya tenido de anteriores matrimonios, pero la de los dotales y parafernales de la mujer, la de los que pertenezcan á los hijos comunes y la de los gananciales, corresponde á su cónyuge y respecto de todos estos extremos habrá de contener un pronunciamiento especial la sentencia que se dicte.

IV.

IMPEDIMENTOS Y PROHIBICIONES PARA EJERCER LOS CARGOS DE TUTOR Y PROTUTOR Y CAUSAS QUE DAN LUGAR Á LA REMOCIÓN DEL QUE LOS EJERCE

Fundamento racional y doctrina legal aplicable.

—La función social que cumplen el tutor y protutor es tan delicada é importante que no basta para desempeñarla reunir las condiciones legales que cualquier otra pública requiere, sino que su naturaleza de cargo de confianza exige además, en quien lo desempeñe, estar investido de cualidades morales que haciéndole intachable impidan recaiga sobre él toda sospecha.

Por esto nuestro Código establece detalladamente gran número de causas de inhabilitación y remoción que pueden clasificarse en cuatro grupos. 1.º Por razón de restricción de la capacidad jurídica, en el que se comprenden los sujetos á otra tutela, las mujeres y los quebrados y con-

cursados no rehabilitados, los religiosos profesos y los extranjeros que no residan en España. 2.º Por razón de conducta actual ó presunta, como los penados que estén cumpliendo condena ó lo que la hubiesen sufrido por delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público y las personas de mala conducta ó que no tuviesen manera de vivir conocida. 3.º Por incompatibilidad de intereses, en cuyo caso se encuentran los que al deferirse la tutela tengan pleito con el menor sobre su estado civil ó sobre la propiedad de sus bienes y le adeuden sumas de consideración, á menos que en estos dos últimos supuestos hubiesen sido nombrados por los padres en testamento. Y 4.º Por negligencia, en la que incurren los parientes y el tutor testamentario que hubiesen faltado al deber de poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que dé lugar á la tutela, para que proceda á la formación del Consejo de familia.

La mayoría de estas causas lo son también de remoción del tutor y protutor cuando incidan en ellas los nombrados después de haberles deferido el cargo, remoción que también procede acordar si el tutor se ingiere en la administración de la tutela sin que haya solicitado del Consejo de familia el nombramiento de protutor ó sin haber prestado la fianza ó inscrito la hipotecaria en su caso, si no formaliza el inventario en el término y de la manera establecida por la ley; y por último si se conduce mal en el desempeño de sus funciones.

Modo de proceder del Consejo de familia en este caso y recursos contra los acuerdos del mismo.—

La falta de preceptos reglamentarios que desarrollen esta materia ó de disposiciones de la Ley adjetiva civil que la completen, motiva dudas de importancia sobre la forma y el procedimiento que deberá aplicarse en estos casos. El Código se limita á declarar que el Consejo de familia no podrá resolver sobre la incapacidad de los tutores y pro-

tutores, ni acordar su remoción sin citarlos ni oírlos, si se presentasen, y que estos acuerdos se entenderán consentidos, procediendo proveer la tutela vacante cuando el tutor no reclama ante los Tribunales dentro de los quince días siguientes al en que se haya notificado la resolución; plazo que tiene bastante analogía con el que se suele conceder para el recurso de apelación, y que hace creer á algunos, que el procedimiento apropiado para tramitarla es el establecido en la ley para la segunda instancia. Ciertamente que esto estaría más en razón y se armonizaría mejor con el fin que debe siempre perseguirse en asuntos que afectan á menores, de evitar dispendios y dilaciones innecesarias; pero mientras no se fijen en una reforma legal procedimientos especiales á que haya de someterse la tramitación de estos expedientes, tanto en primera instancia ante el Consejo de familia, como en grado de apelación cuando del acuerdo de aquel se recurra al Juzgado, hay que rechazar todos aquellos que priven al tutor de medios de defensa y convenir en la necesidad de un juicio que proceda seguir por los trámites establecidos para los incidentes y en el que litigará el Consejo á expensas del tutelado, pero pudiendo ser sus vocales condenados personalmente en costas si hubieren procedido con notoria malicia. También pueden entablar el recurso de alzada ante los Tribunales, los vocales de dicho Consejo, cuando el acuerdo fuere favorable al tutor y no hubiere sido adoptado por unanimidad, palabra cuya interpretación ha dado lugar á controversias por entender algunos que equivale á la conformidad de los votos de todos los que acudan á la sesión en que se tome dicho acuerdo, siempre que sean cuando menos tres, número necesario para adoptar determinaciones; mientras que otros, con mayor razón, á nuestro juicio, sostienen que esa unanimidad solo existe cuando están conformes en la resolución adoptada todos los que forman parte del Consejo, pues la disposición legal parece que

tenga por objeto impedir que ningún vocal de éste pueda recurrir contra sus propios actos, y no hay motivo para privar á los que por enfermedad ú otra causa justificada no pudieron asistir á la sesión en que se desestimó la propuesta referente á la incapacidad ó remoción del tutor, de que entablen contra ella los recursos legales, establecidos principalmente en beneficio del sujeto á tutela. En último término estos casos dudosos deben siempre resolverse en favor del mayor número de garantías y estas solo se consiguen interpretando restrictivamente la palabra unanimidad.

*A quien corresponde la tutela interin se tra-
mitan dichos recursos.*—Mientras dure el litigio la ley ha privado al tutor, puesto en entredicho, del ejercicio de las funciones de su cargo, y ante el temor de los abusos que pudiera cometer en él, encomienda al Consejo que adopte las determinaciones necesarias para proveer á los cuidados de la tutela con la restricción de que no podrán ejecutarse estos acuerdos sin la previa aprobación judicial. (1)

*Dificultades que ofrece el ejercicio de la tutela
interina por el Consejo de familia.*—De lamentar és que los autores del Código, olvidándose de la naturaleza y carácter de que han investido á la institución del protutor, no encarguen á éste del ejercicio de la tutela interina en tales casos; siendo todavía más sensible que para evitar los inconvenientes de su desempeño por la colectividad «*Consejo*» se haya entorpecido la gestión de éste con una rémora tan grande como la de someter todas sus determinaciones á la aprobación del Juzgado, complicación que viene á sumarse con las muchas que ya de suyo ofre-

(1) Artículo 243 del Código civil.

ce el sistema de la guarda legal y que no conduce á otro resultado que á consumir en expedientes judiciales y recursos gran parte del patrimonio del sujeto á tutela. Agrava este mal la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1) que establece no puede delegar el Consejo sus facultades nombrando otro tutor que ejerza el cargo durante esa interinidad aunque solo lo sea para determinados asuntos; pues siendo según esta doctrina una pluralidad de personas la encargada de proveer á los cuidados de la tutela, ni podrá atender á ellos con la perseverancia y asiduidad que requieren, ni acudir á las necesidades del menor ó incapaz con la prontitud y urgencia que en muchas ocasiones hay necesidad de emplear, máxime si se tiene en cuenta que dichos servicios no están retribuidos y á menudo significan una pesada y difícil carga.

V.

EXCUSAS DE LA TUTELA

Su concepto.—Los cargos de tutor y protutor son honoríficos, obligatorios é irrenunciables. Deberes que como los propios de esas funciones nacen unas veces de las relaciones de familia y otras de la solidaridad social, no pueden eludirse ni excusarse sin una causa plenamente justificada que demuestre la imposibilidad de soportar la carga que consigo llevan, y la ley ha tenido necesidad de acotar y puntualizar estos casos de excusa á fin de que,

(1) Sentencias de 27 Octubre 1898 y 10 Mayo 1899.

censurables egoísmos, no puedan utilizar como pretexto la vaguedad de sus disposiciones.

La naturaleza jurídica de las excusas es, por consiguiente, la de un derecho que se concede á las personas en que recaiga el nombramiento de tutor para eximirse de desempeñarlo, que pueden ó no ejercitar aquellos á quienes favorece pero que en nada afecta á su capacidad, diferenciándose en esto, substancialmente, de lo que los antiguos tratadistas llamaban excusas necesarias y el Código califica de causas de inhabilitación. La mejor nota diferencial entre unas y otras la ha dado el Sr. García Goyena diciendo, que en los impedimentos y prohibiciones para ser tutor y protutor se atiende únicamente al interés del menor ó incapacitado, mientras que las excusas responden tan solo al interés ó comodidad del nombrado.

Clasificación de dichas excusas.—En tres grandes grupos han sido clasificadas con acierto las excusas que el Código admite. El primero comprende todas aquellas que se fundan en el desempeño de cargos ó empleos públicos que, bien por la dignidad que confieren, bien por las atenciones que exigen no permiten consagrarse al cumplimiento de los deberes del tutor más que en excepcionales casos. Dichos cargos son los de Ministro de la Corona, Presidentes de los Cuerpos Colegisladores ó de los Tribunales y Consejos Supremos, Arzobispos y Obispos, Funcionarios de las carreras judicial y fiscal, Militares en activo servicio, Eclesiásticos con cura de almas y Autoridades que dependan directamente del Gobierno. Procede incluir en el segundo grupo aquellas excusas que se fundan en atenciones privadas preferentes, como el tener bajo su potestad cinco ó más hijos legítimos, el ser tan pobre que no pueda atender al cuidado de la tutela sin menoscabo de su existencia y el desempeñar ya el cargo de tutor ó protutor de otra persona. Finalmente, en el último grupo tienen cabida las que proceden de impedimento físico ó intelec-

tual, esto es, la edad mayor de sesenta años, la enfermedad y el no saber leer y escribir. (1)

Todas las excusas enumeradas hacen relación exclusivamente á cualidades ó condiciones de la persona del tutor; pero existe otra, incluida oportunísimamente en el Código, que se funda, no ya en este motivo sino en la existencia de otras personas á quienes preferentemente corresponde sufrir dicha carga. Tal es la que establece el artículo 245 al eximir á los que no fueren parientes del menor ó incapacitado de la obligación de aceptar la tutela si en el territorio del Tribunal que la defiere existen parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñar aquel cargo.

Modo de proceder del Consejo de familia para admitir ó denegar las excusas y recursos contra sus acuerdos.—El procedimiento que rige esta materia, está en concordancia con la organización de la tutela. En primer término ha de conocer de ellas el Consejo de familia ante quien ha de alegarlas el interesado en la reunión dedicada á constituir la tutela y si no hubiese concurrido á esa reunión ni tenido antes noticia de su nombramiento, dentro de los diez días siguientes á la fecha en que le hubiese sido notificado tal nombramiento. Igual plazo es aplicable á aquellas causas de exención posteriores á la aceptación de la tutela, debiendo contarse el término en estos casos desde el día en que el tutor tenga conocimiento de ellas.

Las resoluciones del Consejo de familia desestimando las excusas podrán ser impugnadas ante los Tribunales por el tutor que las alegó, en el término de quince días. El

(1) Las dos últimas de este grupo deberían ser consideradas más como causas de incapacidad que como motivos de excusa.

acuerdo del Consejo será sostenido por éste á expensas del menor y si fuese confirmado se impondrán las costas al que formuló la reclamación. Durante el juicio de excusa el que la proponga estará obligado á ejercer su cargo y si no lo hiciese, el Consejo le nombrará sustituto, de cuya gestión será responsable el sustituido si fuese desechada la excusa. El tutor testamentario que se excuse de la tutela perderá lo que voluntariamente le hubiese dejado el que le nombró.

VI.

DEL AFIANZAMIENTO DE LA TUTELA

Su concepto y clases.—Es el tutor responsable de su gestión y á asegurar esta responsabilidad, á garantizar el que pueda hacerse efectiva si por acaso administrase mal menoscabando ó consumiendo los bienes del sujeto á su guarda, se dirigen las disposiciones legales que el Código agrupa bajo el epígrafe que encabeza este artículo, aunque usando en ellas la palabra fianza, no en su sentido propio dentro del tecnicismo legal, de contrato de garantía prestada por un tercero para responder personal y subsidiariamente de la obligación contraída por el principalmente obligado, si no en el más amplio en que también la emplean las leyes procesales, comprensivo de las diversas formas de garantía real y personal, que en derecho son designadas con los nombres de fianza propiamente dicha, prenda ó hipoteca.

Tres clases de fianza puede prestar el tutor según el artículo 253 del Código: hipotecaria, pignoratícia y personal, si bien esta última solo podrá admitirse cuando fuese imposible constituir alguna de las otras dos. Dicha disposición, que introduce una variante radical en la materia,

puesto que la Ley de Enjuiciamiento civil no autorizaba á presentar fiador en ningún caso, sin duda por la poca confianza que el crédito personal merece, previene también que la fianza ha de constituirse por el obligado á prestarla antes de que se le defiera el cargo, frase empleada con impropiedad por el legislador que sin duda quiso expresar que la constitución de la fianza ha de preceder á la posesión del tutor, concepto distinto del de deferir la tutela.

Tutores obligados á prestar fianza.—Establece el Código como regla general la obligación del tutor de constituir la fianza, pero en algunos casos, las personas designadas ofrecen tales garantías de rectitud que la ley no ha podido menos que eximirles de ese deber. Por esta razón el artículo 260 del tan citado Código conceptúa comprendidos en dicha exención: 1.º Al padre, madre y abuelo en los casos en que son llamados á la tutela de sus descendientes. 2.º Al tutor testamentario nombrado por el padre ó madre relevándole de dicha obligación, á no ser que con posterioridad al nombramiento sobrevengan causas ignoradas por el testador que hagan indispensable la fianza á juicio del Consejo de familia. Y 3.º al tutor nombrado con igual beneficio por extraño que hubiere instituído heredero al menor ó incapaz ó dejándole manda de importancia, si bien en tal caso la exención estará limitada á los bienes ó rentas en que consista la herencia ó legado.

Fúndase la primera de dichas causas de exención en la confianza que inspiran los ascendientes cuyo cariño constituye la mejor garantía; y las dos últimas, que tienen respetables precedentes en nuestro derecho antiguo, en la que ofrecen los testadores que al hacer la designación del tutor, relevándole de fianza, demostraron la ilimitada fe que les merecía su rectitud y probidad, cualidades que no pueden ser desconocidas por la ley mostrándose más celosa que aquellos.

Sin embargo, como las circunstancias personales del tu-

tor ó la cuantía del patrimonio del tutelado pueden variar después de la muerte de los padres, el Código, con justificada previsión autoriza en tales casos al Consejo de familia a reclamar del guardador el aseguramiento de su gestión; y en cuanto al designado por un extraño, limita con lógica la excepción á los bienes que de él procedan, únicos sobre los que tiene facultades para disponer, aun cuando al hacerlo obre con imprudencia, pues de otra suerte el beneficio que con su herencia ó manda otorga, podría convertirse en daño del mismo á quien con ella se trata de favorecer.

Procedimiento para la constitución de la fianza.—La nueva organización dada en nuestro derecho actual á la tutela hace inaplicables por completo los preceptos contenidos en las leyes Hipotecaria y de Enjuiciamiento para regir esta materia; y como por otra parte el Código que los derogó virtualmente no los ha reemplazado con otros de carácter adjetivo ofrécense en la práctica grandes dificultades y conflictos, que hay necesidad de resolver, ateniéndose tan solo al derecho sustantivo, por su desarmonía con el formal.

Consecuencia de lo expuesto és que no podamos indicar, con seguridades de acierto, las reglas á que ha de someterse la constitución de fianza, pero á pesar de ello expondremos con la debida separación los trámites que han de seguirse en cada caso.

Después de hecho el nombramiento de protutor incumbe al Consejo fijar el importe de la fianza que con intervención de aquel ha de constituirse por el tutor. Dicha fianza deberá asegurar: 1.º El importe de los bienes muebles que entren en su poder apreciándolos por el valor que tengan consignado en inventario. 2.º Las rentas ó productos que durante un año rindieren los bienes del menor ó incapacitado, que estimamos habrá que graduar por el tipo medio de las percibidas en años anteriores ó en su

defecto por tasación pericial salvo el caso de que se tratase de arrendamiento, cuyo precio sea conocido. Y 3.º las utilidades que durante el mismo periodo de tiempo pudiese percibir el tutelado de cualquiera empresa mercantil ó industrial, cuya regulacion no puede ofrecer inconveniente por la facilidad de calcular el promedio guiándose por los antecedentes que consten de los inventarios y balances formados por la empresa de que se trate.

Determinada así la cuantía de la fianza, si el tutor estuviere conforme, procederá á constituirla, pudiendo hacerlo á su elección en bienes muebles ó raíces y cuando careciese de unos y otros, presentando persona de reconocida solvencia.

Modo de constituir la fianza hipotecaria.—El tutor que se proponga otorgar hipoteca para responder de su administración, necesita acreditar ante el Consejo la propiedad de los bienes que ofrece y que su valor es bastante garantía á dicho fin, y aunque la ley no lo previene nos parece que esto únicamente puede hacerse presentando ante el Tribunal familiar para su examen, los títulos de adquisición de las fincas que pretende gravar y certificación del Registro expresiva de las cargas que los afecten ó que estén libres de ellos. Examinados estos títulos por el Consejo y encontrándolos conformes, le incumbe calificar la suficiencia ó insuficiencia de la fianza ofrecida, para lo cual habrá de proceder á la valoración de los inmuebles, que según afirman con acierto los señores Galindo y Escosura, debe hacerse ateniéndose á lo que aparezca de los títulos de propiedad, medio más seguro y menos expuesto á errores que la tasación pericial y la capitalización de la renta líquida imponible, á los que solo deberá acudir como supletorios. Estimamos prudente que el Consejo no declare la suficiencia de la garantía mientras el importe de los bienes en que consista, así calculada, sea menor del doble del caudal que ha de asegurarse, pues es necesario tener en

cuenta, además de las costas y gastos judiciales á que pudiera dar lugar en su día el tener que hacer efectivas las responsabilidades del hipotecante, la gran depreciación que sufren las fincas cuando son enagenadas judicialmente.

Declarada bastante por el Consejo la fianza ofrecida ó completada por el tutor con otros bienes si se estima insuficiente, hay que proceder á su constitución; y como quiera que para inscribirla en el Registro es necesario que conste en documento auténtico, se hace indispensable el otorgamiento de escritura pública al que han de concurrir, además del tutor, el protutor y la persona ó personas que el Consejo designe para aceptarla y aprobarla en su nombre, que deberán acreditar su personalidad con certificación del acta de dicho Consejo en que conste el acuerdo relativo á su designación.

Circunstancias que ha de contener la escritura de fianza hipotecaria de la tutela.—En dicho instrumento, además de las cláusulas propias de su naturaleza se habrán de consignar las procedentes para la determinación de los requisitos siguientes: 1.º El nombre del tutor y su cualidad de testamentario legítimo ó dativo, expresando en el primer caso por quien fué designado. 2.º La fecha de su nombramiento. 3.º La circunstancia de no haber relevación de fianza ó la de que á pesar de haberla, el Consejo de familia ha creído necesario exigirla. 4.º El importe del capital, rentas y utilidades del huérfano ó incapaz, haciendo mención especial de lo que importa la parte de dicho caudal consistente en bienes muebles. 5.º El importe de la fianza que se haya mandado prestar. 6.º Relación de las fincas sobre que se constituye, con expresión de su valor, cargas de cada una y título de su última adquisición, todo con referencia á los de propiedad y á las certificaciones del Registro y avaluos que se hayan presentado. 7.º Constitución de la hipoteca por la cantidad señalada para la fianza. 8.º Designación de la cantidad por que cada

fina quede hipotecada según la distribución que se hubiere hecho. 9.º Copia de los acuerdos del Consejo de familia declarando bastante la fianza ofrecida y designando las personas que en su nombre han de concurrir á aceptarla y aprobarla en el acto del otorgamiento de dicha escritura.

Esta se inscribirá en el Registro, estando obligados á pedir la inscripción, el tutor, el protutor y los vocales del Consejo de familia, debiendo satisfacer el tutor por su cuenta y no por la del pupilo los gastos que ocasione tanto el otorgamiento de la fianza como la referida inscripción.

Fianza pignoratícia.—Cuando la garantía que se ofrezca consista en bienes muebles, pueden ser estos metálico, valores públicos, alhajas ó mobiliario en la estricta acepción de esta palabra y claro está que la apreciación de su valor ha de hacerse por distintos procedimientos según la clase de los bienes ofrecidos fijándose por la cotización oficial la de los efectos públicos y por peritos la de los demás. El Código previene que los referidos efectos y valores deben depositarse en el establecimiento público destinado al efecto, pero no ha tenido en cuenta que dichos establecimientos no admiten en depósito algunos de los bienes en que pueda constituirse la garantía, y en este caso creemos que deberán ser entregados á un particular previo el otorgamiento de la correspondiente escritura, quedando ésta ó el resguardo de depósito en poder del Consejo de familia.

Fianza personal.—Como ya hemos dicho, esta solo puede constituirse ante la imposibilidad de poder prestar una garantía real, y por consiguiente, el primer deber del Consejo es cerciorarse de que el tutor no posea bienes de ninguna clase ni tampoco le es posible conseguir de un tercero que afecte los suyos al cumplimiento de dichas obligaciones.

El fiador personal del tutor deberá ser persona abonada,

de reconocida responsabilidad y tener la capacidad necesaria para obligarse, debiendo constituir la fianza mediante escritura pública en la que se expresarán las mismas circunstancias antes consignadas, con la natural excepción de aquellas que se refieran á la hipoteca.

No ha previsto el Código el caso de que el tutor adquiera con posterioridad, bienes suficientes á asegurar las resultas del ejercicio de la tutela, pero parécenos que en tal supuesto el Consejo está en el deber de obligarle á que los hipoteque ó pignore cancelando total ó parcialmente la fianza personal.

Ampliación y reducción de la fianza.—La fianza podrá aumentarse ó disminuirse durante el ejercicio de la tutela según las vicisitudes que experimenten el caudal del menor ó incapacitado y los valores en que aquella esté constituida, y esta ampliación ó reducción habrá de hacerse siguiendo trámites análogos á los adoptados para constituirla, debiendo siempre emplearse el medio de escritura pública para la cancelación parcial de la hipotecaria.

Cancelación total de la fianza.—Hallándose esta afecta á las responsabilidades que el tutor pueda contraer mientras ejerza la tutela, lógico es que no se pueda cancelar totalmente hasta que, aprobadas en definitiva las cuentas del tutor y satisfecho en su caso por el mismo el saldo que en su contra resulte, queden extinguidas sus obligaciones. Dos casos pueden presentarse para acordar dicha cancelación, el primero que la tutela termine por la mayor edad del sujeto á ella, por haber recobrado la razón, cesado la prodigalidad ó cumplido la pena de interdicción; y el segundo, que el tutor cese en sus funciones, ya por haber sido removido de su cargo, ya por haberle sido admitidas las excusas que presente, ya finalmente por cualquier otra causa.

En el primer caso ha de hacer la cancelación el que estaba sujeto á tutela, que es á quien incumbe aprobar las

cuentas. En el segundo, como la tutela continua y es el Consejo quien deberá censurar y aprobar las cuentas, á este corresponde autorizar la cancelación.

Recursos contra los acuerdos del Consejo de familia señalando la cuantía ó haciendo la calificación de la fianza.—No es facultad discrecional del Consejo de familia fijar el importe de la fianza tutelar ni aprobar ó desaprobar á su arbitrio la ofrecida si no que en uno y en otro caso ha de sujetar sus acuerdos á las disposiciones legales de que antes hemos hecho mérito, teniendo para ello en cuenta y apreciando debidamente, tanto el valor del caudal que ha de ser asegurado, como el de los bienes con que se asegure ó la solvencia del fiador personal. En evitación de los abusos que se pudieran cometer por dicha entidad, incurriendo en error, ya por exceso, ya por defecto, autoriza el Código al tutor y á los mismos vocales del Consejo para recurrir ante los Tribunales contra dichos acuerdos.

El artículo 255 de dicho cuerpo legal, que es el que concede al tutor la facultad de recurrir, nada dice sobre la forma procesal á que ha de someterse la tramitación del recurso.

El Tribunal Supremo en sentencia de 5 de Diciembre de 1895, ha sancionado la doctrina de que la falta de fijación de trámites en esta clase de recursos no implica la necesidad de que afecten el carácter de un pleito ordinario, y en consonancia con esta declaración de la jurisprudencia, estimamos que el procedimiento que debe aplicarse es el que regula los incidentes, fundádonos para ello en dos poderosas razones; la primera la de que es el mismo que aceptaba en casos análogos la Ley de Enjuiciamiento civil cuando al Juez competían las facultades que hoy tiene el Consejo de familia referentes á la determinación, calificación y aprobación de la fianza tutelar; la segunda, la de que no hay otro más breve y adecuado dentro de la juris-

dicción contenciosa, pues es inadmisibile el seguir una apelación analoga á la que se entabla en los juicios verbales contra las sentencias del Juzgado municipal en razón á que dicho procedimiento no ofrece al tutor medios de probar ante el Juzgado la injusticia del acuerdo que impugna y el Juez carece de los elementos necesarios para resolver con pleno conocimiento de causa.

Tampoco expone el Código el plazo dentro del cual han de interponerse las demandas á que den lugar estos recursos, lo que en nuestra opinión debiera haber hecho, pues no hay medios hábiles de poder apreciar cuando causarán estado y deberán tenerse por consentidos los acuerdos del Consejo de familia.

La necesidad de cumplirlos dentro de términos breves, nos hace pensar que por analogía han de tener aplicación á estos casos lo dispuesto en los artículos 240 y 249 señalando el término de quince días para alzarse de los acuerdos referentes á incapacidades ó excusas, sin que podamos apoyar nuestro criterio en otro fundamento que el de una interpretación lógica. Lo mejor será sin embargo, que para evitar en la práctica dificultades, se adopte la precaución de requerir al tutor en el acto de la notificación del acuerdo, de que en dicho término de quince días ó en otro prudencial que fije el Consejo, se alce del mismo si le convinieren, bajo apercibimiento, de que en otro caso, se le tendrá por conforme.

VII.

DEL REGISTRO DE TUTELAS

Objeto de dicho registro.—Tienen por objeto los Registros públicos hacer constar de un modo auténtico todos los actos que constituyen, modifican, alteran ó extin-

guen una relación de derecho, y en la vida social de los pueblos modernos son de una necesidad positiva é imperiosa, sirviendo como la más importante garantía del ejercicio de los derechos civiles. A esta finalidad responde también la creación del de tutelas por nuestro Código sin otros precedentes que dos artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil que ordenaban se pusiera testimonio en un registro especial de todos los discernimientos que se hicieren de los cargos de tutor ó curador. Los artículos 288 al 292 del Código que establecen dicho registro, determinan la forma en que ha de ser llevado, disponiendo que en todos los juzgados de primera instancia habrá uno ó varios libros donde se tome razón de las tutelas constituidas durante el año en el respectivo territorio, libros que deberán estar bajo el cuidado de un secretario judicial, quien hará los asientos gratuitamente.

La indecisión y vaguedad de estos preceptos ha de influir notablemente en el poco éxito de la institución. Dejar al arbitrio de los Juzgados el que lleven, según estimen mejor, uno ó varios libros, es faltar al principio de uniformidad fundamental en materia de registros, aparte de que no tiene lógica explicación que se permita esa diversidad de libros, cuando según se desprende de las demás disposiciones que rigen en esta materia, no han de tener aplicación, puesto que todos los asientos que deben contener son de la misma índole.

La obligación de abrir un registro nuevo cada año para inscribir en él las tutelas que durante el mismo se constituyan, carece también de fundamento, pues no son estas tan numerosas que obliguen á emplear un tomo anual en su inscripción y se dará lugar con ello á que en la mayoría de los Juzgados ó quede incumplido el precepto legal ó sufran extravío los libros, que habrán de contener uno ó muy pocos folios.

Requisitos que han de consignarse en las inscrip-

ciones.—Dichas inscripciones, que deberán hacerse gratuitamente (1) han de contener: 1.º El nombre, apellidos, edad y domicilio del menor ó incapaz y la extensión y límites de la tutela cuando esta se haya constituido por causas de prodigalidad ó sordomudez, cuyos datos se deberán tomar de la resolución que declare la incapacidad. 2.º El nombre, apellidos, profesión y domicilio del tutor y la expresión de si es testamentario, legítimo ó dativo. 3.º El día en que haya sido deferida la tutela y el en que prestó la fianza el tutor, expresando en su caso la clase de bienes sobre que esté constituida. Y 4.º La pensión alimenticia asignada al menor ó incapaz ó la declaración de que han de compensarse frutos por alimentos.

Incompleta encontramos esta enumeración de los requisitos que deben constar en el Registro de tutelas, pues faltan en ella muchos datos que son de absoluta necesidad para formar juicio y llenar los fines que el legislador se propuso al ordenar su creación. En la tutela testamentaria es indispensable conocer la fecha del testamento, el nombre de la persona que le otorgó y si éste fué uno de los padres ó un extraño al menor ó incapacitado, pues son muy distintos los efectos que el nombramiento produce según proceda de uno ú otro. La clase de fianza que el tutor preste, puede ser personal, hipotecaria ó pignoratícia, y al expresar el Código que solo debe hacerse constar la clase de bienes en que ha sido constituida, olvida que en algunos casos no recae sobre bienes y omite el exigir que se haga constar la inscripción de la hipotecaria en el

(1) Sostiene un comentarista que no está prohibida la percepción de honorarios por las diligencias que precedan á estas inscripciones, pero á nuestro juicio esta práctica es abusiva y dado el propósito del legislador y el espíritu de la ley acaso pudiera estimarse como exacción ilegal.

Registro de la propiedad ó el nombre del establecimiento público donde fueron depositados los efectos ó valores dados en prenda. Por último, la ampliación ó reducción de fianza alteran también las condiciones relativas al ejercicio de la tutela y constituye un olvido imperdonable no haber prevenido sean objeto de una inscripción especial en el Registro que nos ocupa.

Documentos que deben presentarse para que se inscriba la tutela.—La inscripción deberá pedirla el tutor nombrado, acompañando á su solicitud ó presentando en el acto de la comparecencia los documentos siguientes: 1.º Certificación librada por el presidente del Consejo de familia de las actas de las sesiones en que se acordó su nombramiento si fuese dativo y se le dió posesión del cargo, y de la en que se asignara la pensión alimenticia del menor, en su caso. 2.º Copia fehaciente del testamento en que se le nombró cuando tuviere esta cualidad de testamentario. Y 3.º La escritura de fianza hipotecaria, debidamente inscrita en el Registro de la propiedad, el resguardo de haber depositado los efectos ó valores públicos dados en prenda, ó el instrumento público en que aparezca constituida la fianza personal, según sea la forma en que se haya prestado la garantía, cuando no esté relevado de constituirla. Si la tutela es de un incapacitado, se presentará también testimonio del auto ó sentencia declarando la incapacidad.

El Juez calificará estos documentos ordenando ó no la inscripción, según los estime ó no bastantes y contra su resolución podrán interponerse los recursos de reposición y apelación que contra todo acuerdo judicial de índole civil concede la Ley de Enjuiciamiento.

Carácter de este Registro.—Dicho Registro de tutelas será público y sus libros deberán exhibirse á las personas que tengan algún interés en conocerlos, estando obligado el Secretario que lo tiene á su cargo á expedir, con

el visto bueno del Juez, las certificaciones que referentes al mismo se le pidan.

Los Jueces examinarán anualmente los asientos hechos en el Registro y adoptarán las determinaciones necesarias en cada caso para defender los intereses de las personas sujetas á tutela.

No expresa el Código cuales sean las medidas y determinaciones que el Juzgado haya de adoptar en cumplimiento del deber que le impone dicha disposición, pero al reservarle la suprema inspección y vigilancia de la tutela se desprende que ha de tener facultades para corregir y evitar los abusos que observe en las gestiones del tutor, del protutor y del Consejo de familia, sin que para hacerlo necesite llenar más trámite que el de oír á los interesados.

CAPITULO XIII.

DEL CONSEJO DE FAMILIA

SUMARIO: I. Consideraciones generales.

II. Formación y constitución del Consejo de familia.—*Su concepto.—Constitución del mismo.—Juez competente para constituirlo.—Personas que deben componerlo.—Tramitación del expediente para su constitución.—Deberes del Juez municipal en la constitución de dicho Consejo.—Casos en que procede su reconstitución y como debe hacerse.*

III. Recursos contra los acuerdos del Consejo de familia.—*Tramitación de estos recursos.—Efectos de su interposición.*

I.

CONSIDERACIONES GENERALES

Es el Consejo de familia una novedad importada á nuestro derecho copiándola de legislaciones extrañas, sin que baste á justificar el abolengo nacional que pretenden atribuirle algunos escritores, la existencia de precedentes en nuestras leyes del Fuero-Juzgo y Fuero-Real, que se

refieren á Juntas de parientes cuyos fines y funciones, de carácter limitado y parcial, son muy distintos de los que la codificación novísima confiere á ese Tribunal. Tampoco cabe fundar el carácter tradicional de dicha institución invocando para ello el derecho foral Aragonés, puesto que el Consejo que regido por las costumbres, funciona en dicha región con regularidad perfecta, siendo un poderoso auxiliar de la vida y de las relaciones de familia, solo tiene ligeras semejanzas con el que establece el Código, difiriendo uno de otro notablemente en su origen, en sus clases, en la extensión de sus funciones y cometido, en la forma de designar las personas llamadas á constituirle y hasta en el modo de proceder y en sus relaciones con el poder público.

Creyentes convencidos de la utilidad que puede prestar el Consejo de familia bien organizado, encontramos, sin embargo, en el que nuestro Código acepta, grandes defectos, debidos principalmente á la falta de adaptación al medio en que ha de desenvolverse y funcionar, porque el legislador no tuvo en cuenta que las condiciones de nuestra raza y la falta de costumbres públicas en nuestro país, no permitan trasplantar á él esa institución, tal cual se practica en otras Naciones donde la evolución del derecho, en sentido social, ha alcanzado mayores progresos y donde la organización de la familia y las relaciones que entre sus miembros existen son también de muy distinta naturaleza.

El Consejo de familia responde á la necesidad de ampliar la esfera de acción de esta creando un tribunal salido de su seno, que, como dice un sabio publicista, participe de la doble naturaleza del poder doméstico y del poder social y resuelva con prudencia y autoridad muchas de las complicadas cuestiones que nacen de las relaciones personales y patrimoniales entre parientes, aplicando el derecho interno porque aquellas deben regirse, función completamente extraña á los fines del Estado. Pero la primera con-

dición que es necesario establecer para que este régimen autonómico dé buenos resultados, consiste, á nuestro entender, en que el Consejo sea realmente de familia, esto es, se componga única y exclusivamente de aquellos próximos parientes ligados con estrechos vínculos de verdadero afecto, que tengan por este motivo interés directo en las cuestiones que han de resolver.

Esta consideración que no ha sido tenida en cuenta por los autores de nuestro Código incurriendo con ello en el imperdonable error de suponer iguales la organización familiar patria y la de los países cuya legislación copiaron cuando en realidad en el nuestro solo existe comunidad de intereses y de afectos entre los que viven ó han vivido reunidos en un mismo hogar, es á nuestro juicio, la principal causa de que el Consejo de familia no haya producido en la práctica los resultados que de él se esperaban, y lejos de ser una garantía eficaz para la buena gestión de la tutela están con él los intereses de los tutelados menos defendidos y más expuestos que cuando el poder judicial les protegía.

Enhorabuena que inspirándose en el derecho foral Aragonés hubiera admitido el legislador ese consejo cuando los padres, en sus capitulaciones matrimoniales ó en sus testamentos designan las personas que han de formarle ó cuando los llamados por la ley á constituirle fuesen parientes del menor ó incapaz, lo más lejanos dentro del cuarto grado civil, ya que en uno y otro caso existen motivos fundados para depositar plena confianza en los que han de ejercer las importantes funciones que consigo lleva ese cargo; pero creer que los extraños al menor ó parientes remotos del mismo han de proceder con la actividad y el celo debidos, desempeñando una misión que se admite con repugnancia y solo por imposición de la ley, es desconocer las condiciones de nuestro carácter y la apatía é indiferentismo que le domina. La protección á los menores é

incapaces solo se ejerce bien obrando impulsado ó por los nobles y poderosos estímulos del afecto, ó por los requerimientos inexcusables del deber que impone un cargo oficial y retribuído; y en su consecuencia, somos de opinión que mientras nuestras costumbres no sufran una radical reforma, solo podrá funcionar en buenas condiciones el Consejo familiar testamentario ó el legítimo formado por parientes próximos, debiendo estar encomendada al poder judicial, como antes lo estaba, la intervención en los actos de la tutela, en defecto de aquellos.

En los doce años que lleva de vigencia nuestro Código ha demostrado la experiencia que en aquellos casos en que el Consejo de familia no está formado por parientes muy inmediatos, ó se convierte en un instrumento ciego del tutor, cuyos actos sanciona y aprueba sin conciencia de lo que hace, ó solo sirve de estorbo y rémora al ejercicio de las funciones tutelares, que entorpece con dificultades y trabas innecesarias, inspiradas más veces en rivalidades personales ó en móviles bastardos, que en el deseo de defender los intereses que les están encomendados, de lo que es buena prueba la copiosa jurisprudencia del Tribunal Supremo, resolutoria de innumerables pleitos y cuestiones en que esterilmente se ha consumido gran parte del patrimonio de los menores ó incapacitados, víctimas inocentes de esas luchas.

II.

FORMACIÓN Y CONSTITUCIÓN DEL CONSEJO DE FAMILIA

Su concepto.—No es esta institución, como su nombre indica, un tribunal encargado de decidir todos los asuntos que se ventilan entre cónyuges y parientes, lo mismo en

el orden económico que en lo referente al divorcio, alimentos, testamentarias, divisiones etc, sino que sus atribuciones están limitadas á la tutela, por lo que sería más propio se calificara de Consejo tutelar, con tanto más motivo cuanto que no siempre son miembros de la familia los que le forman.

Dentro de ese reducido círculo de atribuciones pudo optar el legislador entre dos sistemas aceptando, ó el del Código Napoleón que concede intervención directa y personal en todos los actos del Consejo al Juez, encargado de convocarle y presidirle, ó prefiriendo el de los que quieren conceder plena autonomía á dicho organismo y declaran inapelables sus resoluciones; más el prurito de buscar siempre el término medio hizo que se desecharan ambos criterios y se organizara el Consejo bajo la base de completa independencia del poder público, pero con la facultad en éste de revisar los acuerdos cuando contra ellos recurran alguno de sus miembros, el tutor, el protutor ú otra persona interesada.

Constitución del Consejo de familia.—La ley impone al Ministerio público ó al Juez municipal que tuviesen conocimiento de que existe en el territorio de su jurisdicción alguna de las personas que con arreglo á aquella están sujetas á tutela, el deber de pedir y ordenar respectivamente la constitución del Consejo de familia. Además, el tutor testamentario, si le hubiere, los parientes á quienes corresponde la tutela legítima y los llamados á ser vocales de dicho Consejo, están obligados á poner en conocimiento del Juez municipal el hecho que dé lugar á la tutela en el momento que lo supieren, siendo responsables, tanto todos estos, como los nombrados funcionarios, de los daños y perjuicios que por su negligencia ú omisión se causen á los menores ó incapacitados. La infracción de este deber constituye una causa de incapacidad para el ejercicio de la tutela, incidiéndose en ella, según doctrina esta-

blecida por el Tribunal Supremo (1), cuando no se diere el aviso prevenido al Juzgado dentro de un término tan próximo ó inmediato como el que aconseja la prudencia del hombre más escrupulosamente exacto en el cumplimiento de sus obligaciones.

Juez competente para constituir dicho Consejo.

—Incurriendo en notable omisión el Código no ha determinado de una manera clara cual deba serlo en este caso, á pesar de que alude al que ejerza jurisdicción en el territorio donde se encuentren los necesitados de tutela; pero como no es posible admitir, interpretando literalmente los artículos 203 y 293 del Código, que la competencia la determina el lugar de la residencia accidental y transitoria de los menores ó incapaces, pues los peligros y perturbaciones que esto produciría no se escapan á la inteligencia menos despierta, el Tribunal Supremo (2) ha tenido necesidad de declarar resolviendo un litigio promovido á consecuencia de haberse constituido para una misma tutela, dos distintos Consejos de familia, cada uno por diverso Juez municipal, cuyos Consejos funcionaban á un tiempo, considerándose ambos legítimos, que la residencia á que el Código se refiere es la habitual y fija, no la accidental y transitoria, y que en armonía con lo que respecto de la competencia para el nombramiento de tutor disponía la derogada regla 17 del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil aplicable por analogía á estos casos, es Juez competente para formar el Consejo, en primer término el del domicilio del padre ó de la madre, cuya muerte ó segundas nupcias de ésta, en su caso, ocasionen la constitución de la tutela; en su defecto el del domicilio legal del

(1) Sentencia de 1.º de Marzo de 1894.

(2) Sentencia de 10 de Marzo de 1894.

menor ó incapaz; á falta de uno y otro el de cualquier lugar donde radiquen bienes inmuebles del sometido á guarda legal; y solamente cuando no existiere ninguna de estas circunstancias, el de su residencia accidental.

Personas de que debe componerse el Consejo.—

El Consejo de familia se compondrá de las personas que el padre ó la madre, en su caso, hubieren designado en testamento, y en su defecto, de los ascendientes y descendientes varones y de los hermanos y maridos de las hermanas vivas cualquiera que sea su número. Cuando no llegasen á cinco se completará este número con los parientes varones más próximos de ambas líneas, paterna y materna. (1)

Si no hubiere parientes de los indicados ó no estuvieren obligados á formar parte del Consejo, el Juez municipal lo constituirá, ó suplirá el número de parientes que falte, con personas honradas de la localidad, prefiriendo siempre á los amigos del padre del menor ó incapaz. Los parientes más próximos en grado excluyen á los más remotos, cualquiera que sea la línea á que pertenezcan y en igualdad de grado será preferido el pariente de más edad. (2)

No podrán ser obligados á formar parte del Consejo los parientes del menor ó incapaz llamados por la ley que residieren fuera del radio de treinta kilómetros del Juzgado donde radique la tutela, pero tendrán derecho á ser vocales, si voluntariamente se prestan á aceptar el cargo, por lo cual deberá citárseles. Las causas que excusan, inhabilitan y dan lugar á la remoción de los tutores y protutores son aplicables al Consejo de familia, y tampoco podrán ser vocales las personas que el padre ó la madre, en su caso, hubieren excluido por testamento de este cargo.

(1) Artículo 24 del Código.

(2) Artículo 295 del Código y Sentencia de 17 de Junio de 1893.

El Consejo de familia para los hijos naturales se formará bajo las mismas reglas que el de los hijos legítimos, pero nombrando vocales á los parientes del padre ó madre que hubieren reconocido á aquellos. El de los demás hijos ilegítimos se formará con el Fiscal municipal, que será presidente y cuatro vecinos honrados. (1)

La administración de cada establecimiento de beneficencia tendrá sobre los huérfanos en él acogidos, hasta que lleguen á la mayor edad, todas las facultades que corresponden á los tutores y á los Consejos de familia.

Expuesta en síntesis la doctrina del Código civil sobre la materia, como antecedente necesario para desarrollar con suficiente conocimiento de causa la forma de proceder aplicable á la institución que nos ocupa, solo indicaremos, con respecto á ella, que el Código conserva la tutela unipersonal para los expósitos y demás acogidos en establecimientos de beneficencia, acepta el sistema mixto de la legislación francesa para los hijos ilegítimos y respecto de los legítimos y naturales reconocidos, fundamenta la organización del Consejo en estos tres principios: 1.º La última voluntad de los padres. 2.º El parentesco. Y 3.º Las relaciones de amistad ó vecindad con aquellos, estableciendo tres clases de Consejos de familia similares á las de la tutela, que bien pudieran calificarse de testamentario, legítimo y dativo.

Tramitación del expediente para constituir el Consejo.—Determinada ya en párrafos anteriores la competencia del Juez municipal á quien corresponde conocer de esta clase de expedientes, hemos de ocuparnos ahora del estudio de su tramitación.

(1) De extrañar es que en este supuesto, los autores del Código, claudicando en su doctrina de no dar intervención en las funciones del Consejo á la autoridad pública, concedan al Fiscal municipal la presidencia.

Si promoviere su incoación alguna de las personas obligadas á poner en conocimiento del Juzgado el hecho que dá lugar á la formación de la tutela, en el escrito que presente ó en la comparecencia que haga, deberá consignar: 1.º Los nombres, apellidos, edad y domicilio del menor ó incapacitado de que se trate. 2.º La fecha de la defunción de la persona que ejercía la patria potestad de aquel, expresando si otorgó testamento; la del matrimonio de la madre, en su caso, ó la del auto declarando la incapacidad del loco, sordomudo, pródigo ó interdicto que haya de ser sometido á tutela, con expresión del Tribunal que le dictó. 3.º La filiación completa de las personas designadas en testamento para formar el Consejo, ó en su defecto, la de los parientes más próximos, amigos ó vecinos, á quienes corresponda componerle, indicando su domicilio. A este escrito habrá de acompañar, cuando haya testamento, la primera copia del mismo y en todo caso la certificación del Registro de actos de última voluntad que acredite que el presentado es el último ó que no se otorgó ninguno por los padres del sujeto á tutela. La forma de justificar que los que se indican para la constitución del Consejo son los parientes más próximos, entendemos que no puede ser otra que la presentación de los certificados del Registro civil ó eclesiástico que sirven de prueba de todo arbol genealógico y cuando esto no fuere posible, la información testifical.

Si el expediente se incoare de oficio ó á petición fiscal y cuando el que le promoviere no pueda proporcionar los datos y documentos antes enumerados, juzgamos procedente que el Juez requiera á la persona más allegada al menor ó incapaz para que los facilite reclamando de oficio los documentos que no se obtengan por este medio.

Justificados así los extremos que conciernan al caso de que se trate mandará el Juez convocar á las personas que corresponda pertenecer al futuro Consejo, disponiendo

sean citadas para el día, hora y local que señale, haciéndolo por medio de exhortos respecto de los que no residan en la población, á fin de que comparezcan por sí ó por medio de apoderado especial, bajo apercibimiento de que la falta de asistencia, sin causa legítima que la justifique, será castigada con multa que no podrá exceder de cincuenta pesetas. La cédula de citación habrá de expresar el nombre y apellidos de la persona á quien se haga, el concepto en que se le cita, el objeto de la citación, la conminación de la multa y la designación del sitio, día y hora en que la reunión haya de tener lugar. Dicha citación habrá de hacerse con las formalidades que establece la Ley de Enjuiciamiento civil. (1)

Deberes del Juez municipal en la constitución del Consejo.—Corresponde á aquel la presidencia de la Junta que tendrá lugar el día que previamente se haya señalado, si concurrieren todos los citados. Si faltare alguno de ellos, no estimamos posible constituirlo con los que asistan si no que procederá la imposición de multa, en su caso, y hacer nuevo señalamiento, citando en sustitución de los que hubieren alegado y justificado excusa admisible á los que deban reemplazarlos. (2) Reunidos todos los vocales, el Juez procederá á darles posesión de su cargo y á declarar constituido el Consejo, sin que en esta primera reunión sea lícito que este tome acuerdo alguno, puesto que sus deliberaciones deberán tener lugar sin la intervención ni la presencia del Juez municipal. (3)

(1) Artículo 271 y 272.

(2) Para evitar las dificultades que la falta de número bastante puede ocasionar, creemos que debe hacerse, además de la citación de los llamados á formar parte del Consejo, la de los dos parientes ó amigos que hayan de sustituirlos en caso de excusa ó incompatibilidad, con el carácter de suplentes, á semejanza de lo que se hace al constituir el Tribunal del Jurado.

(3) Por esta razón conceptuamos abusiva é ilegal la práctica, muy generalizada, de nombrar presidente del Consejo de familia en el mismo acto de su constitución en el Juzgado Municipal.

Cuando varias personas pretendan tener mejor derecho á formar parte del Consejo, el Juez, en vista de los documentos presentados, decidirá en el acto, y sin permitir contienda ni admitir recurso alguno contra sus resoluciones, quien debe ser el preferido, siendo contraria á una recta interpretación de la ley la costumbre que hemos visto usada por algunos Jueces municipales de admitir y tramitar recursos de reposición y de apelación de las providencias dictadas sobre el particular en esta clase de expedientes, convertidos, por tal medio, en un litigio dispendioso é improcedente.

La nulidad que resulte de la inobservancia de los preceptos legales, ha de subsanarse por los Tribunales, reparando el error cometido en la formación del Consejo; pero no quiere esto decir que el mismo Juez municipal que cometió el error sea quien lo declare, si no que en tal supuesto, los interesados que se crean con derecho á impugnar las diligencias practicadas deberán entablar la correspondiente demanda ante el Juzgado de primera instancia del partido á que corresponda el municipal donde se constituyó el Consejo. (1)

¿En qué clase de juicio deberá sustanciarse esta demanda? Algunos autores, sacando exageradas consecuencias de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de que los errores é irregularidades cometidos en el acto de la constitución del Consejo solo pueden corregirse mediante la oportuna demanda de nulidad, opinan que esta ha de ventilarse necesariamente en juicio declarativo de mayor cuantía; pero nos parece más acertado el criterio sentado por la Fiscalía de dicho Supremo Tribunal en la notabilísima memoria de 15 de Septiembre de 1894 que

(1) Artículo 296 del Código civil y Sentencia de 18 de Junio de 1890.

afirma que dicha nulidad debe discutirse y resolverse por los trámites establecidos para los incidentes, procedimiento mucho menos dispendioso que el juicio ordinario y no exento de las necesarias garantías, toda vez que hasta es susceptible de casación el fallo que dictare el Tribunal de segunda instancia.

La constitución del Consejo se hará constar en acta que suscribirán todos los presentes, la cual quedará unida al expediente de su referencia librándose certificaciones de la misma á los interesados que lo pidan y debiendo una de ellas encabezar el libro de actas de dicho Consejo.

Casos en que procede la reconstitución del Consejo y como debe hacerse.—Cuando éste quedare incompleto por haberse producido en él alguna vacante, el tutor, el protutor ó cualquiera de los que le forman, deberán instar del Juzgado municipal que proceda a reconstituirle, proveyendo aquella en la persona á quien por ministerio de la ley le corresponda; á tal efecto habrá de acreditarse la existencia de la vacante acompañando el certificado de defunción, si esta la hubiere producido, ó certificación del acta del Consejo en que se admita la excusa, se declare la incapacidad ó se acuerde la remoción, si alguna de estas causas diere lugar á tal vacante.

Cuando seguido juicio de nulidad sobre la forma en que fué constituido el Consejo se declare aquella, el Juez de primera instancia remitirá la ejecutoria al municipal correspondiente para que proceda á reconstituirle, ateniéndose á lo resuelto en la sentencia.

Para la reconstitución del Consejo deberá seguirse el mismo procedimiento que para su formación.

III.

RECURSOS CONTRA LOS ACUERDOS DEL CONSEJO DE FAMILIA

Tramitación de estos recursos.—De las decisiones del Consejo de familia pueden alzarse ante el Juez de primera instancia los vocales que hayan disentido de la mayoría al votarse el acuerdo, así como el tutor, el protutor, cualquier pariente del menor u otro interesado en la decisión, salvo el caso del artículo 242 referente á que se desestime por unanimidad la remoción del tutor, acerca de cuyo extremo ya nos ocupamos al estudiar la tutela. (1)

De la interpretación literal de la palabra «alzarse» han deducido algunos comentaristas que el recurso que quiso establecer el legislador es el de apelación, que debe tramitarse, ya con arreglo á lo que sobre apelaciones en general previene la Ley de Enjuiciamiento, ya conforme á lo establecido para los que se interpongan en actos de jurisdicción voluntaria. Nuestro criterio, opuesto á esta doctrina, ya le hemos fundado en consideraciones expuestas al tratar cuestiones análogas en el capítulo que precede.

Los acuerdos del Consejo no son decisiones de un Tribunal que constituya una gerarquía en el orden judicial; la segunda instancia requiere una primera en que la contienda se decida por las mismas formas y con arreglo á

(1) Artículo 310 del Código civil.

procedimientos análogos á los que han de seguirse en la revisión de lo resuelto, y la falta de estos requisitos necesarios evidencia el error en que incurren los que interpretan en ese sentido la disposición legal antes transcrita.

La única solución posible, mientras no venga una adición ó reforma de la Ley procesal, es la que patrocina el comentarista Manresa, concordando lo que previene el artículo 481 de dicha Ley al declarar se ventile y decida en juicio ordinario toda contienda que no tenga señalada tramitación especial, con lo regulado en el 1873 de la misma, que somete las cuestiones que surjan con motivo del nombramiento de tutores y discernimiento de sus cargos, á la tramitación determinada para los incidentes.

Debe, por consiguiente, impugnarse todo acuerdo tomado por el Consejo de familia promoviendo un juicio declarativo que habrá de seguirse como si se tratara de una demanda incidental, y la sentencia que recaiga será apelable ante la Audiencia, pudiendo recurrirse en casación de la que ésta dicte.

No se nos oculta que con este procedimiento se originan complicaciones y dispendios que en definitiva vienen á redundar en perjuicio de los sujetos á tutela, y que tal vez una interpretación literal de las disposiciones del Código permite sustanciar por trámites más breves y menos costosos estos recursos, siguiendo la práctica establecida por la Audiencia de Madrid en algún caso que cita el Sr. Lastres, de que el Juez resuelva como si se tratase de una apelación de un Tribunal inferior y que contra su fallo se dé también recurso ante la Audiencia; pero aparte de que con ello se admiten tres instancias, lo que no está en armonía con los principios que rigen nuestro enjuiciamiento civil, creemos no es posible adaptar á las formas establecidas para la apelación, estos recursos, mientras nuevas reglas no veogan á fijar el modo de proceder el Consejo para la adopción de sus acuerdos en forma que permita al encargado de revisarlos

conocer desde luego los fundamentos en que se apoyan. (1)

Extraño es, que teniendo á la vista los autores del Código un modelo tan perfecto como el de la legislación portuguesa, para poder salvar esos inconvenientes, no lo hayan aceptado. (2)

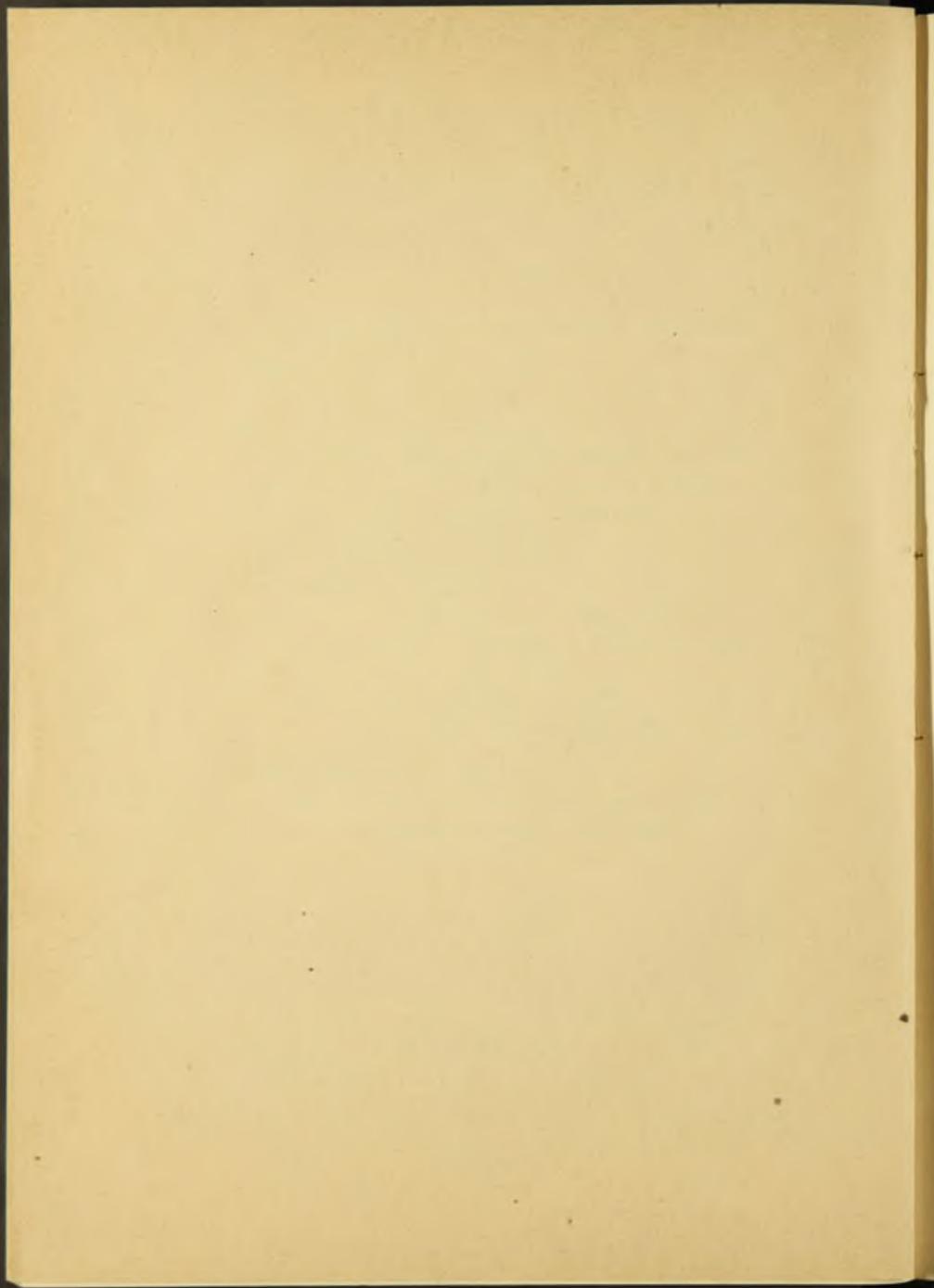
Efectos de la interposición de dichos recursos.—

Cuestión difícil de resolver, es, si deducida demanda contra un acuerdo del Consejo de familia debe quedar en suspenso su ejecución hasta que se resuelva el litigio ó se procederá á llevarlo á efecto sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el juzgador declarando la nulidad ó rescisión del acto ejecutado. De una parte, la suspensión del acuerdo puede traer irreparables perjuicios y podría utilizarse como medio de entorpecer continuamente la gestión y administración de la tutela; de otra la inmediata ejecución puede producir daños de inevitable reparación, y por ello somos de opinión que en cada caso concreto, teniendo en cuenta el alcance del acuerdo y los inconvenientes ó ventajas que de su ejecución ó suspensión puedan resultar, deberá resolver el Juez lo que crea procedente, sin que quepa sentar reglas fijas y de carácter general sobre esta materia.

La doctrina del Tribunal Supremo parece inclinarse á que los acuerdos del Consejo solo podrán ejecutarse después de ser firmes, pero en algunos casos será necesario establecer una excepción á esta regla por las razones antes indicadas.

(1) Sentencia de 6 Junio de 1900.

(2) En dicho país existe un Consejo de tutela con el carácter de Tribunal compuesto por el Juez del distrito, sus dos sustitutas inmediatas y el Curador de huérfanos, éste con voto puramente consultivo. Ante él se recurre de los acuerdos del Consejo de familia dentro de los tres días siguientes al en que fueren notificados; si son confirmados, contra la resolución confirmatoria no cabe recurso alguno y en el caso de que se revoquen puede recurrirse ante la Audiencia del Territorio.



CAPITULO XIV.

DE LA EMANCIPACIÓN VOLUNTARIA Y DE LA HABILITACIÓN DE EDAD.

SUMARIO: I. Consideraciones generales.

II. De la emancipación voluntaria.—*Distinto concepto que atribuyen á la emancipación nuestro derecho antiguo y el Código civil.—Clases de emancipación.—Requisitos y formas de la emancipación voluntaria.—Procedimiento judicial para otorgarla.*

III. De la habilitación de edad.—*Sus analogías y diferencias con la emancipación.—Concesión de la habilitación de edad por el Consejo de familia.—Trámites del expediente judicial necesario para su aprobación.*

I.

CONSIDERACIONES GENERALES

La plenitud de capacidad en el sujeto de derecho determina la extinción de aquellos medios supletorios que le auxilian, dirigen y protegen mientras la imperfección de sus facultades psíquicas le impide gobernarse por sí.

A este fundamento responde la proclamación que la Ley civil hace de la independencia de las personas individuales cuando por la edad, por el matrimonio ó por la voluntad de los que la tienen sometida á su poder tuitivo, pueden romperse esos vínculos de sumisión sin peligro para aquel á quien se reconoce aptitud bastante para desenvolver libremente su actividad en la vida del derecho.

La potestad patria que en otros tiempos fuera un derecho que solo terminaba con la muerte del padre, es hoy una función establecida por la ley para cumplir con los deberes que la educación y cuidado de los hijos impone, y aceptando esta doctrina, los Códigos modernos han fijado una época de la vida en la que la relación paterno-filial se transforma dejando reducida la autoridad que de ella emana á los naturales términos de respeto, consideración y cariño de los hijos para con los padres, pero haciendo cesar el predominio de estos sobre aquellos.

Con mayor razón todavía se explica que por iguales causas se extinga la tutela, pues como ya digimos en otra ocasión, es tan solo una institución subsidiaria creada para reemplazar la falta de la que la naturaleza establece, y por tanto, debe desaparecer cuando la que viene á sustituir resulta innecesaria.

El desarrollo físico é intelectual no es igual en todos los hombres, pero como la ley no es posible dictarla para casos determinados y ha de contener una regla de carácter general, ha tenido necesidad de adoptar como criterio un término único para la fijación de la mayoría de edad, anticipando, sin embargo, el derecho de gozar total ó parcialmente de los beneficios que ese estado lleva consigo á aquellos menores que, ya por razón de haber contraído matrimonio necesitan de la libertad é independencia que el régimen de la nueva sociedad por ellos fundada exige ó ya por las circunstancias excepcionales que en ellos concurren y cuya apreciación, mejor que nadie, pueden hacer

los padres ó tutores, están en situación de salir del dominio á que se hallan sometidos.

Por esto nuestro Código, agrupando en un solo título la emancipación y la mayor edad, las regula conjuntamente declarando (1) que aquella tiene lugar. 1.º Por el matrimonio del menor. 2.º Por la mayor edad. 3.º Por la concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad; y añadiendo después (2) que el menor de edad, huérfano de padre y madre, puede obtener el beneficio de la mayor edad por concesión del Consejo de familia.

Ajena á nuestro objeto la emancipación por matrimonio y por mayoría de edad, puesto que ninguna relación tienen con el derecho adjetivo, habremos de examinar solamente, aunque con la separación debida, las que se alcanzan por concesión de los padres y del Consejo de familia, ó sea la emancipación voluntaria y la habilitación de edad.

Al hacerlo así, siguiendo el método trazado por el legislador, no prestamos por ello nuestra conformidad á dicho método, cuya deficiencia se pone bien de relieve con motivo de las instituciones que nos ocupan, que tendrían su necesario desarrollo y oportuno lugar en la parte general destinada á regular y estudiar el sujeto, el objeto y la relación de derecho aisladamente considerados, parte cuya falta en nuestro cuerpo legal es uno de sus mayores defectos.

II.

DE LA EMANCIPACIÓN VOLUNTARIA

Distinto concepto que atribuyen á la emancipación nuestro derecho antiguo y el Código civil.

(1) Artículo 314.

(2) Artículo 322.

—Ficción legal á la que acudieron los Romanos para hacer *sui-juris* al hijo de familia mediante la triple venta del mismo por su padre, tiene la voz emancipación, en el tecnicismo jurídico, un significado equivalente á enagenación, dimisión, renuncia del poder paterno; y en esta acepción estricta, única que con propiedad puede dársele, no comprende ni puede comprender todos los medios y modos de extinguirse la patria potestad por los cuales el hijo sale de ella.

El uso generalizado en el foro dió una interpretación extensiva á ese concepto y el Código ha venido á consagrarla, entendiendo por emancipación no solo el acto voluntario por el que el padre autoriza al hijo para regirse por sí antes de que llegue á la mayoría de edad, sino el hecho derivado de distintas causas por el que adquiere aquel el libre ejercicio de su facultad de obrar.

De otro lado, mientras se amplía así por la ley el concepto que la voz emancipación tiene en derecho, restringense en ella los efectos de la emancipación propiamente dicha y en lugar de concederle los propios de la independencia personal, absoluta é ilimitada, la otorga solo los de una relativa libertad exigiendo el concurso del padre ó del tutor para la validez de los actos jurídicos más importantes que pueda realizar el emancipado; no siendo cierto que se equipare á este con el mayor de edad, puesto que para tomar dinero á préstamo, gravar y vender bienes inmuebles y comparecer en juicio, necesita del consentimiento ó de la asistencia de su padre, madre ó tutor.

De suerte que el concepto de la emancipación, á la par que es mucho más amplio que lo era en el antiguo derecho por cuanto abarca la mayoría de edad, el matrimonio del menor y la concesión paterna, resulta mucho más restringido cuando á dicha palabra se le dá su sentido genuino y propio, puesto que el poder á que se hallaba sometido el que la obtiene, no desaparece ni acaba por completo sino

que continúa ejerciéndose aunque con algunas limitaciones.

Clases de emancipación.—Fijado en el párrafo anterior el concepto de la emancipación, hay que admitir, aunque el Código no lo establezca expresamente, una clasificación de la misma que es la que ya hacían tratadistas de tanta autoridad como Laserna, Escriche y Gutiérrez, en legal ó necesaria y voluntaria, según se obtenga por ministerio del derecho á consecuencia de la edad ó del matrimonio ó por graciosa concesión del padre que la otorga; y aún á esta división de dicha institución, podría añadirse otra, teniendo en cuenta los efectos que produce, en emancipación total y parcial, puesto que la primera que es la que se consigue con la mayoría de edad, confiere la capacidad absoluta para todos los actos de la vida civil mientras por la última queda supeditada la voluntad de los emancipados á la de sus progenitores ó guardadores.

Requisitos y formas de la emancipación voluntaria.—La necesidad de que se ejerza con acierto esta facultad concedida á los padres, de desprenderse de su autoridad para con los hijos sujetos á ella, obliga al establecimiento de ciertas limitaciones que nuestro Código reduce á la edad de dieciocho años en el emancipado y al consentimiento del mismo, sin duda por estimar que en la plenitud de la adolescencia pueden ya haberse desarrollado en grado bastante las condiciones de capacidad de los menores.

La emancipación puede otorgarse por escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal. No es la primera vez que el Código utiliza esta duplicidad de formas concediéndolas iguales efectos para hacer constar manifestaciones de voluntad en el orden jurídico como si se tratara de solemnidades de igual carácter.

Ya con motivo del consentimiento ó consejo para contraer matrimonio tuvimos que hacer constar el desconocimiento que el precepto legislativo revela del verdadero

carácter que debe tener la forma de exteriorizar estos actos, puesto que tratándose de relaciones de derecho normalmente establecidas, en las que solo interviene el poder público para revestirlas de autenticidad, es absurdo que al Juez municipal, cuya misión no es la de dar fé ni la de autorizar instrumentos públicos en que se consignen los hechos jurídicos, se le encargue de ese cometido, confundiendo sus atribuciones con las del fedatario extrajudicial y convirtiendo caprichosamente el archivo del Juzgado que no reúne para ello las necesarias condiciones, en archivo de protocolos.

Procedimiento judicial para otorgarla.—Aceptando el precepto legal antes indicado tal como el Código lo establece, incumbe á nuestro objeto el exponer la forma que ha de darse á esa comparecencia ante el Juzgado municipal.

En primer lugar se nota en el Código la omisión de qué Juez es el competente para que ante él se haga, y acudiendo en defecto de precepto expreso á resolver por analogía la cuestión, parécenos, que estando, atribuida por la regla veinte y cinco del artículo 63 de la Ley de Enjuiciamiento civil á los Jueces de primera instancia del domicilio del solicitante la de las informaciones para dispensa de ley, que era el medio procesal en nuestro derecho antiguo de otorgar la emancipación, debe conceptuarse que el Juez municipal del domicilio del padre del menor es el único á quien compete conocer en este caso.

La comparecencia habrá de hacerla el padre, pero como quiera que la emancipación no es válida sin que en ella consienta el hijo, ocurre la fundada duda de si esta aceptación, este consentimiento habrá de expresarse en el mismo acto y conjuntamente que la manifestación del que emancipa. A nuestro juicio esto no es necesario toda vez que no se trata de un contrato bilateral que produzca reciprocidad de derechos y obligaciones, y por tanto, el

consentimiento, la aceptación mejor dicho, puede prestarse ya en el mismo acto, ya en otro separado.

Uno de los inconvenientes mayores que ofrece esta forma judicial de consignar la emancipación es la de que el funcionario que en ella interviene ha de calificar la capacidad del padre que la otorga y del hijo que la acepta; calificación que requiere conocimientos técnicos de que en muchos casos carecen los Jueces municipales, toda vez que es necesario que el padre acredite que no tiene limitado ni restringido el ejercicio de su patria potestad por concepto alguno y que el hijo demuestre que se halla en edad de poder ser emancipado; dificultades que se salvan con el otorgamiento de escritura pública donde el Notario dá fé bajo su responsabilidad de que los otorgantes tienen la capacidad legal necesaria para el acto que realizan.

Puede acontecer que el Juez Municipal se niegue á admitir la comparecencia estimando que los que intentan hacerla no tienen capacidad para ello. En este caso ¿qué forma habrá de darse á esta negativa y qué recursos cabe entablar contra ella? El silencio de la ley no puede suplirse más que por el buen sentido y éste indica que consignada la pretensión por escrito debe recaer providencia denegándola, en cuyo caso ya son de aplicación los recursos de reposición y de apelación que concede la Ley de Enjuiciamiento contra las resoluciones judiciales.

Resueltas estas cuestiones previas que afectan á la competencia y á la capacidad, cuando ambas concurren habrá de contener la comparecencia los extremos siguientes: 1.º La filiación completa de ambos comparecientes que deberán identificar su personalidad si no fueren conocidos del Juez, haciendo constar además que son padre ó madre é hijo y que este último ha justificado ser mayor de dieciocho años con la certificación de la inscripción de su nacimiento en el Registro civil. 2.º La declaración solemnemente hecha por el padre de que es su voluntad

emancipar al hijo y lo emancipa. Y 3.º El consentimiento que éste presta.

Tampoco expresa el Código si se habrán de entregar las actuaciones originales á los comparecientes ó certificación de ellas, pero tratándose de un documento de tanto interés, creemos que debe archivar y la certificación que de él se libre, se presentará en el Registro civil donde esté inscrito el nacimiento del hijo para que por nota marginal se haga constar dicha emancipación, sin lo que no producirá efecto contra terceros.

El artículo del Código objeto de este estudio ha derogado las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento aplicables á la emancipación contenidas en el título relativo á las informaciones para dispensa de ley, por haber dejado de ser dicho acto, en virtud de tal reforma, una de las gracias al sacar que se regían por la Ley de 1838.

III.

DE LA HABILITACIÓN DE EDAD

Sus analogías y diferencias con la emancipación.

—En el capítulo destinado á la mayor edad que subsigue en el Código, el referente á la emancipación, conságranse los artículos 322 al 324 á facultar al Consejo de familia para que conceda al menor de edad sujeto á tutela el beneficio de la mayor edad siempre que tenga dieciocho años cumplidos, consienta en la habilitación y se considere que ha de serle conveniente, debiendo aprobar la determinación del Consejo el Presidente de la Audiencia territorial del Distrito después de oír al Fiscal y hacerse constar la habilitación concedida, en los Registros civil y de tutela.

De lo expuesto resulta que esta habilitación no es en el fondo ni más ni menos que una modalidad de la emanci-

pación voluntaria que surte idénticos efectos, se otorga en los mismos casos y condiciones, exige iguales requisitos de edad y aceptación y difiere tan solo en cuanto á la situación de aquel á quien favorece, que en un supuesto es el hijo de familia que se halla bajo la patria potestad y en otro el huérfano, que por la condición de tal, entró en la tutela; siendo consecuencias derivadas de esta diferencia esencial el mayor número de requisitos y solemnidades de que se rodea la habilitación.

El examen de los artículos porque esta se rige, sobre todo en lo que afecta al procedimiento, origina dificultades de interpretación que trataremos de exponer y dilucidar sintetizando todo lo posible.

La letra del Código previene que para que el menor pueda alcanzar esa gracia ha de ser huérfano de padre y de madre, y á nuestro entender no tiene explicación plausible ese rigorismo, puesto que pueden darse muchos casos en que existiendo uno de los padres el hijo se halle sujeto á tutela, y á pesar de que el padre ó madre vivos consientan en que se le habilite como mayor de edad, no pueda hacerse por oponerse á ello el precepto que analizamos, privándole así sin razón de las ventajas que podría proporcionarle dicho beneficio. Un ejemplo demostrará mejor nuestra idea. Supongamos el caso del hijo huérfano de padre cuya madre contrajo segundas nupcias y que para dedicarse al comercio necesita la habilitación de la mayor edad. ¿Qué motivo impide se le otorgue cuando estén conformes en hacerlo el Consejo y la madre que en todo caso tendría derecho á recobrar la patria potestad si enviudara de nuevo? Después de todo, en este y en *los demás casos á el semejantes, hay un menor que de presente está sujeto á tutela y que en lo futuro puede volver á entrar en patria potestad; pues cuando la institución tutelar esté propicia á habilitarle como mayor de edad y el padre ó madre cuyos derechos estén en suspenso consienta en emanciparle, la

ley, que en uno y otro caso, aisladamente considerados, lo consiente, no debe negarse á autorizarlo cuando se dan conjuntamente.

Concesión de la habilitación de edad por el Consejo de familia.—La habilitación de la mayor edad requiere dos trámites: Que la conceda el Consejo de familia y que la apruebe el Presidente de la Audiencia territorial. Para cumplir con el primero bastará que el Consejo, después de deliberar y examinar los antecedentes necesarios para formar juicio sobre la conveniencia que al menor pueda reportar esa anticipación de la mayoría de edad, lo acuerde por mayoría de votos, consignando dicho acuerdo en acta que deberá suscribir el menor, si supiere hacerlo, como medio de prueba de su consentimiento.

Para la aprobación de esta concesión no nos dice la ley substantiva qué formalidades han de cumplirse, limitándose á otorgar esa facultad al Presidente de la Audiencia, quien ha de oír previamente al Fiscal.

Extraño nos parece que haya de ser el Presidente de la Audiencia territorial quien preste su aprobación á ese acuerdo del Consejo de familia, y por más que hemos procurado penetrar en la idea que determinó al legislador á reservar á tan alta gerarquía del poder judicial esa función, no nos ha sido posible descubrir los móviles ó fundamentos que á ello le indujeron.

Acuerdos de mucha mayor trascendencia aprueba y sanciona el Juez de primera instancia, quien además ejerce la inspección de la tutela. En él radica también plenitud de jurisdicción y no hay razón alguna que justifique esa desconfianza que parece inducirse de la disposición del Código, siendo por el contrario presumible que por estar más cerca del tutelado y de sus tutores resolvería con mayores probabilidades de acierto. La importancia gerárquica del funcionario á quien se encomienda aprobar la habilitación de edad, no aumenta las garantías de que esta

solo se otorgará en aquellos casos en que el favorecido tenga plenitud de capacidad para regirse por sí, y antes al contrario las amengua, porque no es posible que el Presidente de la Audiencia, sobre quien pesan tantas y tan graves ocupaciones, compruebe la certeza de las razones alegadas, con tanta facilidad como el Juez de primera instancia que dispone de mayores medios de investigación, y que por lo menos debiera ilustrar con su informe á la Autoridad que ha de decidir en definitiva.

Trámites del expediente judicial necesario para aprobar la concesión de la habilitación de edad.—

No los indica el Código creyéndolo sin duda misión propia de la Ley de enjuiciar, pero hasta en esto incurre en manifiesta contradicción, pues cuida de exigir la audiencia del Fiscal.

A falta de texto expreso de la ley indicaremos los que en nuestro sentir deben cumplirse.

Consignada la concesión en el acta de la sesión del Consejo en que se acuerde, el Presidente del mismo deberá fibrar certificación de ella y entregarla al tutor que es á quien corresponde ostentar en juicio la representación del menor. Dicho tutor deberá elevar al Presidente de la Audiencia una solicitud á nombre de su representado á la que acompañará la aludida certificación y la de nacimiento del menor, justificativa ésta de que ha cumplido los dieciocho años, pidiendo la aprobación del acuerdo adoptado por el Consejo. Recibidos estos documentos en la Audiencia procederá, en primer lugar, que el menor preste su consentimiento ó ratifique el que ya hubiere prestado, compareciendo á tal efecto personalmente, ya ante el mismo Presidente de la Audiencia ya ante el Juez de primera instancia de su domicilio á quien podrá conferirsele comisión para la práctica de esta diligencia. Cumplido tal trámite preséntase la duda de si es necesario justificar de nuevo la conveniencia de la habilitación ó si bastará con que haya

estimado su existencia el Consejo que hizo la concesión. Del articulado del Código despréndese que esa justificación ha de hacerse, tanto para la concesión como para la aprobación, y por consiguiente, salvo en el caso de que de las actas del Consejo y motivos en ella consignados resulte evidenciada la utilidad que al menor ha de reportar, creemos que el Presidente no puede ni debe prescindir de que se aporte al expediente prueba bastante de dicha conveniencia, ya recibéndola por sí mismo, ya por medio del Juez comisionado, y siempre con citación del Ministerio fiscal; cuya prueba habrá de versar sobre las circunstancias personales del que ha de recibir la habilitación, medios de fortuna, profesión á que se dedica ó piensa dedicarse, etc.

Unidas al expediente estas pruebas y el informe del Juez del partido, del que creemos no debe prescindirse, se comunicará lo actuado al Fiscal para que emita dictamen, y en su vista resolverá el Presidente concediendo ó denegando la aprobación solicitada, sin que contra esta resolución quepa recurso alguno.

Aprobada la habilitación se librárá testimonio del acuerdo presidencial, y á su presentación en los registros de tutelas y civil se inscribirá y anotará respectivamente, debiendo hacerse en el último la anotación al margen de la inscripción de nacimiento del menor.

CAPITULO XV.

PROCEDIMIENTOS RELACIONADOS CON EL DERECHO DE USUFRUCTO.

SUMARIO: I. Consideraciones generales.—*Concepto de este derecho real.—Obligación del usufructuario de prestar fianza.—Personas relevadas de constituir esta garantía.*

II. Procedimientos judiciales relativos á la nó prestación de fianza por el usufructuario.—*Forma de proceder para señalar judicialmente el premio de administración que debe percibir el propietario cuando retenga en su poder los bienes.—Procedimiento para la entrega de ciertos bienes al usufructuario bajo caución juratoria.—Autorización judicial para el cobro de créditos por el usufructuario que no haya prestado fianza y para la inversión de su importe.*

I.

CONSIDERACIONES GENERALES

Concepto del derecho real de usufructo.—Desarrollando el Código la doctrina contenida en la Base XII de la Ley de 11 de Mayo de 1888, dá al derecho de usu-

fructo un concepto completamente distinto del que tenía en Roma y en nuestras leyes derogadas, que le clasificaban entre las servidumbres personales, regalándole como un derecho real limitativo del dominio que difiere en su esencia y en su forma del de servidumbre, con el que no debe confundirsele.

Sin entrar en la exposición de las diferencias que existen entre uno y otro derecho, á los que tan solo es común la nota de ser limitaciones del dominio, ni en el examen de las diversas modalidades que el usufructo ofrece y que obligan á clasificarle en legal, voluntario y mixto, total y parcial, usufructo propiamente dicho y cuasi usufructo, singular y universal, simple y múltiple, común y especial etc. etc., lo que nos haría rebasar los límites de este trabajo, basta indicar tan solo para nuestro fin, que el derecho real que nos ocupa es una de las instituciones tratadas con mayor esmero en el Código, que después de fijar con precisión su naturaleza definiéndole como la facultad de disfrutar los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y substancia, determina minuciosamente los derechos y obligaciones, tanto del usufructuario como del propietario respecto del usufructo en general y de los especiales de minas, montes, ganados, cosas poseídas en común, viñas, olivares y bienes fungibles.

Descartadas por la razón expuesta todas las cuestiones de derecho civil que se relacionan con la constitución, ejercicio y extinción del usufructo y también aquellas otras procesales que se refieren al usufructo legal del padre ó del cónyuge viudo, por tener otro lugar más apropiado que este para su estudio, hemos de fijarnos únicamente en la obligación de prestar fianza que impone la ley al que goza del usufructo voluntario y en los procedimientos que son consecuencia del cumplimiento ó incumplimiento de esta obligación de afianzar.

Obligación del usufructuario de prestar fianza.

—El artículo 491 del citado Código, establece que el usufructuario ha de prestar fianza suficiente á responder del cumplimiento de todas las obligaciones que le correspondan, debiendo constituir dicha garantía antes de entrar en el goce de los bienes. En el derecho antiguo el incumplimiento de tal deber impedía en absoluto entrar en posesión del usufructo, pero nuestra ley moderna ha modificado este extremo, dando soluciones que permiten al usufructuario percibir los frutos, rentas ó intereses de los bienes, aún cuando no preste la fianza. No es, por consiguiente, esta obligación legalmente exigible, sino de cumplimiento potestativo. La fianza podrá ser de cualquiera de las clases en derecho admitidas, esto es, personal, pignoratícia ó hipotecaria, y la calificación de su suficiencia incumbe al propietario ó ha de hacerse judicialmente en caso de discordancia entre éste y el que la ofrece.

Personas relevadas de prestar fianza.—Se exceptúa de la obligación de afianzar por razón de usufructo: 1.º Al que estuviere dispensado de hacerlo por el constituyente de dicho derecho en el título en que se establezca, puesto que solo en defecto de las disposiciones del mismo, es aplicable lo preceptuado por el Código. 2.º A los que fueren relevados de tal obligación por el nudopropietario siempre que no se cause con ello perjuicio á otra persona. 3.º Al vendedor ó donante que se hubiere reservado el usufructo de los bienes vendidos ó donados. 4.º A los padres usufructuarios de los bienes de sus hijos legítimos ó legitimados, á no ser que contrajeran segundo matrimonio. Y 5.º Al cónyuge sobreviviente respecto de la porción legítima que debe percibir en usufructo de la herencia del premuerto, salvo también el caso de que celebre nuevas nupcias.

II.

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES RELATIVOS Á LA NO PRESTACIÓN DE FIANZA POR EL USUFRUCTUARIO

*Forma de proceder para señalar judicialmente
el premio de administración que debe percibir el
propietario cuando retenga en su poder los bienes.*

—Si el obligado á dar fianza no la prestare por imposibilidad de hacerlo, no ha querido privarle la ley en absoluto de los beneficios que obtuvo por la liberalidad del constituyente ó por pacto, y á tal efecto dispone que el propietario podrá optar por uno de estos dos medios: ó exigir que los inmuebles se pongan en administración, los muebles se vendan invirtiendo el precio en valores seguros y los efectos públicos se conviertan en inscripciones intransferibles, cuando ya no lo fueren, depositándolos en un banco ó establecimiento público á fin de que aquel que tiene el usufructo no pueda disponer más que de las rentas ó intereses; ó retener en su poder dichos bienes en calidad de administrador con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deduciendo la suma que por dicha administración se convenga ó judicialmente se le señale.

La falta de una Ley procesal que esté en armonía con el Código sustantivo, hace que se ofrezcan para la aplicación en la práctica, del precepto que comentamos, inconvenientes difíciles de vencer. Surgen estos en primer término del silencio de la ley respecto de cuales sean las facultades que en tal caso debe tener el que goza del usufructo para intervenir é inspeccionar los actos del propietario administrador al objeto de que no le cause perjuicios con su gestión, y aplicando al caso otras disposiciones análogas establecidas en la Ley de Enjuiciamiento civil para regular la administración de bienes litigiosos, creemos que el usu-

fructuario tendrá derecho, en tal supuesto, á intervenir por sí ó por medio de tercera persona la recolección de los frutos cuando el usufructo consista en bienes inmuebles que los produzcan y á que se le rinda, anualmente por lo menos, cuenta justificada de la administración, que podrá impugnar acudiendo á los Tribunales para que resuelvan lo procedente, si no se admitieren los reparos que formule.

Cuando existiere disconformidad entre usufructuario y propietario sobre el premio que á éste corresponde cobrar por la administración de los bienes, ha de resolverse el conflicto por medio de un procedimiento judicial, naciendo de aquí la dificultad de cual deberá ser el aplicable. Desde luego hay que rechazar el establecido para los actos de jurisdicción voluntaria porque precisamente surge y se inicia la cuestión á consecuencia del desacuerdo que existe entre los que para ventilarlo acuden al Juzgado, no siendo tampoco lógico admitir que haya de someterse su resolución á los lentos y dispendiosos trámites de un juicio escrito, aún reduciendo las proporciones de éste á las muy limitadas que tienen las cuestiones incidentales. En la imposibilidad, pues, de aplicar ninguno de dichos procedimientos creemos lo mejor que se acepte la forma verbal, siguiéndose por el Juzgado de primera instancia competente un juicio sumarísimo en el que, después de oír en una comparecencia á los dos interesados y de practicar en el acto las pruebas que articulen, se dicte auto definitivo fijando el tanto por ciento de la renta con que deberá ser remunerado el propietario administrador, sin que contra dicha resolución quepa otro recurso que el de apelación en un solo efecto, puesto que no se causa con ello ningún perjuicio irreparable. Este modo de proceder, que es el que más se ajusta á la equidad, tiene también gran analogía con el determinado por la Ley adjetiva respecto del nombramiento y retribución de administradores en los juicios universales y en la vía de apremio.

Procedimiento para la entrega de ciertos bienes al usufructuario bajo caución juratoria.—La facultad del propietario de retener en su poder los bienes tiene una excepción muy justificada respecto de aquellos muebles que el que goza del usufructo necesite para su uso, de los instrumentos y herramientas propios de la industria á que se dedique y del derecho de habitación para él y su familia en una casa comprendida en el usufructo, todo lo cual podrá judicialmente reclamar siempre que preste caución juratoria, debiendo el Juez acceder á dicha petición ó denegarla después de consultadas las circunstancias del caso.

El artículo 495 del Código, que es el que otorga tal derecho, si bien merece ser elogiado por el buen propósito que le inspira, ha sido redactado con tan poca fortuna que se presta á severas críticas, siendo el primer motivo de ellas ver resucitada por una ley moderna la anacrónica y desacreditada caución juratoria que no representa ninguna garantía. También deja mucho que desear la ambigüedad de la locución empleada en dicho precepto al facultar al Juez para que conceda ó niegue la petición *consultadas las circunstancias del caso*, pues no se expresan ni aún en términos generales, qué clase de circunstancias han de ser tenidas en cuenta. La presunción de que el fundamento del citado artículo debió ser facilitar al usufructuario aquellos elementos más precisos para atender á sus necesidades y á su trabajo, nos induce á creer, que cuando la cuestión se plantee ante los tribunales, estos deberán decidir en un juicio sumario en que sea oído el dueño, debiendo versar las pruebas sobre la imposibilidad de prestar fianza, necesidades del usufructuario, crédito que el mismo merezca, valor de los muebles que reclame, utilidad que pueden prestarle dada su posición social etcétera etc.

Autorización judicial para el cobro de créditos

por el usufructuario que no haya prestado fianza y para la inversión de su importe.—Constituye una facultad del usufructuario el cobro de los créditos que forman parte del usufructo, pero solo podrá ejercerla sin restricción alguna cuando tuviere dada la correspondiente fianza, necesitando en otro caso autorización del propietario ó del Juez en su defecto.

Dos motivos pueden determinar que el usufructuario que no haya prestado fianza acuda ante el juzgado solicitando autorización para poder hacer efectivos los créditos cuyo disfrute le corresponda: la imposibilidad del propietario para otorgarle tal permiso, y su infundada negativa; y según se esté en uno ú otro caso será distinto el procedimiento que ha de seguirse. En el primero de dichos supuestos se trata de un acto de jurisdicción voluntaria que tiene gran analogía con el regulado por la Ley adjetiva para la enajenación de bienes de menores, y en el expediente se acreditarán las causas á que obedezca la imposibilidad del propietario para autorizar el cobro de los créditos de que se trate. Recibida la información testifical que justifique tal extremo, si no se hubiere probado documentalmente y oído el fiscal se dictará auto concediendo ó denegando la autorización según el resultado de las pruebas, disponiendo en dicha resolución, cuando fuere favorable, que las cantidades que se cobren serán depositadas en un establecimiento público ó invertidas en bienes ó valores que garanticen suficientemente los derechos del propietario. Para la ejecución de este auto deberán adoptarse las medidas de precaución necesarias á fin de que se cumpla estrictamente lo resuelto.

En el caso de que el propietario hubiere negado el permiso para el cobro de los créditos en cuestión, éste habrá de ser parte en el juicio, no resolviéndose sin su audiencia y sin practicar las pruebas pertinentes que ofrezca en justificación de su negativa. La resolución que le ponga tér-

mino concederá ó denegará la autorización según se estime ó nó por el Juzgado la procedencia del cobro de los créditos, y cuando se acceda á la solicitud del usufructuario se tomarán para la inversión del importe las mismas precauciones que en el caso anteriormente expuesto.

CAPITULO XVI.

PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS

SUMARIO: I. Protocolización de testamentos ológrafos.

—Consideraciones generales.—Doctrina del Código civil.—Juez competente para ordenar la protocolización del testamento ológrafo y término en que debe solicitarse.—Personas que pueden pedir la protocolización.—Trámites del expediente.—Información testifical y extremos que debe abrazar.—Cotejo de letras: cuando procede.—En que forma ha de hacerse.—Auto de protocolización y recursos contra el mismo.—Notaría en que debe ser protocolizado el testamento.—¿Procede seguir de oficio estos expedientes?

II. Protocolización de los testamentos abiertos otorgados sin intervención de Notario.—*Conceptos, clases y requisitos de dichos testamentos.—Su elevación á escritura pública.*

III. Protocolización de los testamentos militar y marítimo.—*Carácter de estos actos de última voluntad.—Clases de testamentos militares.—Formalidades que deben preceder á su protocolización.—Protocolización de los testamentos militares.—Clases de testamentos marítimos.—Formalidades que deben preceder á la protocolización de estos testamentos y modo de elevarlos á escritura pública.*

I.

PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS OLÓGRAFOS

Consideraciones generales.—La forma de testar ológrafo es una de las novedades introducidas en nuestro derecho por el Código y aunque no puede desconocerse que facilita y simplifica extraordinariamente la ordenación de las últimas voluntades poniéndolas al alcance del mayor número de personas y reduciendo en lo posible las solemnidades de estos actos, son tantos los inconvenientes y peligros de que está rodeada, que la mayoría de los juristas que se han ocupado de ella, son contrarios á su establecimiento y censuran con dureza al legislador por haberla adoptado.

Las tristes enseñanzas de la práctica han venido á dar la razón á estos censores, habiendo confirmado, litigios y procesos de gran resonancia, que no eran infundados y caprichosos los temores que determinaban la ruda oposición á esta reforma, de maestros del derecho de tanta valía como el Sr. Comas, al sostener en el Senado que con esta nueva clase de testamentos se aumentaría notablemente la criminalidad con delitos de falsificación, quitando garantías á las sucesiones testamentarias, y que su admisión en el Código hacía indispensable más crecido número de reglas jurídicas encaminadas á evitar el fraude y á rodear de autenticidad y seguridad tales documentos.

Los riesgos en que se coloca la propiedad y el derecho sucesorio con la admisión del testamento ológrafo en época como la presente, en que tanto han progresado las malas artes de la imitación y de la falsedad, son mucho mayores que las ventajas que puedan reportarse con él, por lo que en una reforma prudente del Código debe ser

relegado á la calidad de extraordinario y supletorio para aquellos casos en que haya absoluta imposibilidad de otorgar testamento solemne, exigiendo además mayores solemnidades para su otorgamiento, como la de la intervención de dos testigos que los autoricen con el testador, requisito de que no se prescinde ni aún en el más insignificante documento privado.

Doctrina del Código civil.—Para que sea válido este testamento ha de ser el otorgante mayor de edad, precepto que se adicionó al Código en virtud de las atinadas observaciones hechas en el Senado al discutirse el primitivo texto que no establecía distinción alguna, estimando capaces para otorgar toda clase de testamentos á los mayores de catorce años. Además de este requisito que afecta á la capacidad, exige la ley, como solemnidades esenciales del testamento ológrafo, que se extienda en el papel sellado correspondiente al año de su otorgamiento, se escriba todo él y se firme por el testador, y exprese el año, mes y día en que se otorgue, debiendo salvarse por aquél, bajo su firma, las tachaduras, enmiendas y entre renglonados que el documento contenga; particulares todos que no han de ser objeto de nuestro estudio sino en cuanto se relacionan con los procedimientos que deben seguirse para la protocolización de estas últimas voluntades.

Juez competente para ordenar la protocolización del testamento ológrafo y término en que debe solicitarse.—Corresponde ordenar dicha protocolización al Juez de primera instancia del último domicilio del testador ó al del lugar en que falleció, siempre que se pida dentro del término de cinco años contados desde el día del fallecimiento. El transcurso de este plazo sin solicitar la protocolización determina la caducidad del testamento que queda ineficaz y sin valor alguno. Ha parecido este término demasiado largo á algún comentarista por la situa-

ción de incertidumbre en que entre tanto están los derechos de los herederos abintestato ó de los que sean por otro testamento anterior, pero nosotros opinamos que el legislador, con buen acuerdo, tuvo en cuenta al dictar esta disposición el artículo 23 de la Ley hipotecaria con el que la puso en concordancia, toda vez que, según el mismo, la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales hecha á favor de herederos voluntarios no perjudicará á tercero si no hubieren transcurrido cinco años desde la fecha de aquella.

Cierto que esto no impide posibles perjuicios cuando los adquirentes de la herencia tengan el carácter de herederos forzosos ó se trate de bienes muebles, más tal argumento, lejos de ser pertinente para demostrar que debe acortarse dicho plazo, solo prueba que fué impremeditada y poco oportuna la reforma del citado artículo de la Ley hipotecaria hecha en 1869, y que la excepción que á favor de los herederos forzosos se estableció entonces, debe desaparecer. Además, la responsabilidad de daños y perjuicios que contrae la persona en cuyo poder esté depositado el testamento ológrafo, si no lo presenta al Juzgado dentro de los diez días siguientes al en que tenga noticias de la muerte del testador, hace que no quede sin sanción la morosidad en presentarle y justifican la extensión del plazo fijado para su caducidad.

Personas que pueden pedir la protocolización.—

Las personas que teniendo noticia del otorgamiento de dicho testamento estén interesados por cualquier concepto en que se presente, podrán gestionar la práctica de las correspondientes diligencias para la protocolización, y aunque el Código no lo expresa, nos parece muy acertada la opinión de un tratadista de que en el supuesto que cualquiera de ellos solicitase sea requerido judicialmente el depositario del testamento para su presentación al Juzgado, éste deberá acceder á tal pretensión, aplicando por analogía el

artículo de la Ley procesal que así lo ordena en cuanto al testamento cerrado.

Trámites del expediente.—Presentado el testamento ológrafo con la oportuna solicitud promoviendo el expediente y el certificado de defunción del testador, sin cuyo requisito no deberá dársele curso, el Juez, si estuviese en plica cerrada el testamento, procederá á su apertura, y tanto en este caso como si se presentase abierto, lo rubricará en todas sus hojas, sin que se requiera que el actuario haga constar por diligencia el estado de las plicas en que esté contenido, por no ser esencial este requisito. A pesar de ello, si existen sospechas de que ha sido abierto ó sufrido alguna alteración, enmienda ó raspadura, no será supérfluo é inútil hacerlo así, obligando al presentante á que firme dicha diligencia.

Información testifical y extremos que debe abarcar.—La comprobación de la identidad del testamento presentado ha de hacerse mediante información de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador y declaren no abrigar duda racional de que el testamento ha sido escrito y firmado de mano propia del mismo. A tal efecto, en el escrito inicial del procedimiento deben consignarse los nombres de las personas idóneas para prestar dicha declaración y el lugar de su vecindad, pues ni el Juez puede determinarlas por sí, toda vez que en ellas ha de concurrir la cualidad de amigos del testador que son los que mejor conocerán su letra y firma, ni hay motivos de que por esta indicación puedan ser sospechosos de parcialidad los testigos á quienes se refiera.

La información deberá practicarse, previa citación del cónyuge sobreviviente, descendientes y ascendientes legítimos del testador ó de las personas que tengan su representación legal y en defecto de unos y otros de los hermanos. Aquellos tienen el carácter de herederos forzosos y son, además de legitimarios, los primeramente

llamados á suceder en las herencias abintestato, y sin duda, por tal razón, la ley quiere que estén presentes á la apertura del testamento. Los hermanos, aunque no les corresponda porción legítima en la herencia, ocupan el primer lugar en el orden de la sucesión intestada á falta de parientes en línea recta, y por esto cuando no existe ninguno de esta clase tienen un interés directo en el asunto y no debe tramitarse sin su intervención.

Si estas personas no residiesen dentro del partido, se ignorase su existencia ó siendo menores ó incapacitados carecieren de representación legítima, deberá citarse al Ministerio fiscal.

Para hacer estas citaciones, cuando no se trate de Ministerio público, precisa sea conocida la filiación y domicilio de los que hayan de ser citados. No incumbe al Juez investigar de oficio si existen ó nó tales parientes y cuales sean sus nombres y vecindad, y en su consecuencia, el presentante tendrá obligación de manifestarlo, ya en el escrito que motive las actuaciones, ya por medio de comparecencia. La diligencia de citación expresará el lugar, día y hora que el Juez señale para recibir la información, y será conveniente que al verificarla se haga saber á los interesados la facultad que les concede el Código de hacer en dicho acto las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento.

En la fecha que se señalase y á presencia de los citados que asistan, se recibirá declaración, por separado, á los testigos designados, interrogándoles ante todo por los particulares que comprende el artículo 648 de la Ley procesal, referentes al parentesco, amistad y demás causas que hacen tachable el testimonio, y si no les comprendiere ninguna de ellas se les pondrá de manifiesto el documento que contenga la disposición testamentaria, á fin de que digan, después de examinarlo con el necesario detenimiento, si tienen ó nó duda racional de que todo

él, incluso la firma, está escrito de puño y letra del testador.

Se ha discutido si es de absoluta necesidad para que el Juez sancione con su aprobación las diligencias de estos expedientes, que las declaraciones de los testigos contengan literalmente trascrita de las palabras de la ley la afirmación de que *no abrigan duda racional de la autenticidad y legitimidad del testamento*. No podemos asentir á este criterio que lo supedita todo á un formulismo rutinario; y si el testigo dice que tiene la completa seguridad de que la letra y firma que reconoce son del testador ó manifiesta que á su juicio es auténtico y legítimo el documento, así deberá consignarse, y habrá iguales ó mayores motivos para la aprobación del expediente que cuando se empleen los términos que la ley usa, pues el propósito de esta al servirse de la frase *duda racional* no es otro que llevar al ánimo del Juez la persuasión de que los testigos que deponen están firmemente convencidos de que no se ha cometido ninguna falsedad.

Cotejo de letras: cuando procede.—Como prueba supletoria de identificación de la letra y firma del otorgante, establece el Código el cotejo pericial de letras. En tres casos puede ejecutarse éste: 1.º Por falta de testigos idóneos. 2.º Porque los examinados dudaren de la autenticidad de aquella. 3.º Porque el Juez lo estime conveniente. El arbitrio judicial tiene extraordinaria amplitud en la disposición que analizamos. El Juez puede ó no acudir al examen de peritos para que le ilustren, á pesar de la unanimidad de los testigos en tener por legítimo el testamento; y raro será el caso en que un Juez celoso y prudente prescinda del informe pericial echando sobre sí la grave responsabilidad de resolver definitivamente aprobando un testamento ológrafo, sin cerciorarse antes por todos los medios que tiene á su alcance, de que este es legítimo. El testimonio humano tan falible y sospechoso

de parcialidad, ofrece escasas garantías, menores aún cuando ha de prestarse sobre extremos que requieren conocimientos técnicos y acerca de los que hasta los más hábiles calígrafos, pueden ser inducidos á error.

Forma de hacer dicho cotejo.—El cotejo del documento presentado ha de hacerse con otro suscrito por el testador que tenga el carácter de indubitado. A tal fin se requerirá á la persona que inste el expediente para que designe el archivo público en que obrare alguno que reúna tal cualidad. Hecha esta designación se procederá al nombramiento del perito, y no obstante que según las reglas porque se rige el procedimiento civil debe recaer aquel en los que designen las partes de común acuerdo, creemos que tales reglas no son de aplicación á este caso, puesto que pueden irrogarse perjuicios á personas extrañas al expediente y que el nombramiento deberá hacerlo de oficio el Juez á favor de los que por su competencia y rectitud le merezcan más confianza.

Dicha diligencia se sujetará en lo posible á lo que respecto de este trámite previene la Ley de Enjuiciamiento civil, debiendo tenerse en cuenta, para nombrar uno ó tres peritos, la importancia del caudal hereditario y las dificultades y gravedad de los motivos que hayan inducido al Juez á utilizar dicho medio de prueba.

Para su práctica se constituirá el Juzgado, previa citación de las partes, en el archivo donde estén los escritos ó firmas indubitados, el día y hora que al efecto haya señalado, y en dicho acto se hará la comprobación por el Juez y por los peritos revisores que después emitirán, acerca de su resultado, el dictamen que estimen procedente.

Tanto en este acto como en el de la comparecencia de los testigos, tienen derecho, los parientes y el Ministerio fiscal que concurran, á hacer las observaciones que crean oportunas sobre la autenticidad del testamento, que deberán ser tenidas en cuenta por el Juez al dictar resolución definitiva.

Auto de protocolización y recursos contra el mismo.—Como consecuencia de todo lo actuado, el Juez, por medio de auto, debe disponer que se proceda á la protocolización del testamento presentado y de las diligencias en la Notaría correspondiente, cuando estime justificada la identidad de aquel, ó dènegar, en caso contrario, la protocolización pedida. Este auto se llevará á efecto, en todo caso, quedando á salvo á los interesados que no estuvieren conformes con lo resuelto, el derecho de promover el correspondiente juicio declarativo y con tal motivo se suscita la duda de si procede entablar contra dicha resolución el recurso de apelación ante la Audiencia del territorio. No puede desconocerse que estas actuaciones están comprendidas entre las que la Ley adjetiva define como de jurisdicción voluntaria, y por consiguiente, que las apelaciones que se entablen deben admitirse con la distinción que fijan los artículos 1819 y 1820 de dicha ley, ó sea, en ambos efectos cuando lo entable el que promovió el expediente, y en uno solo si las interpone cualquiera de los demás interesados.

Notaría en que debe ser protocolizado el testamento.—Dispone el Código que el Juez, al ordenar la protocolización, designará la Notaría en que ésta ha de tener efecto, que no podrá ser otra que la correspondiente al distrito Notarial en cuya capitalidad esté el Juzgado, para lo que deberá tenerse presente, que según previene la Ley de Enjuiciamiento civil al tratar de los testamentos hechos de palabra, (1) doctrina aplicable por analogía á los ológrafos, cuando hubiere más de una Notaría en la cabeza del partido, la protocolización se hará en la que designe el Juez, sin que esta designación pueda recaer

(1) Artículo 1955.

arbitrariamente en cualquiera de ellas, ni aún en el caso de que los interesados de común acuerdo la elijan, pues al hacerlo hay que atenerse á lo mandado en el Real decreto de 21 de Octubre del año último, sobre turnos para la intervención de los Notarios en los instrumentos públicos en que interviene el Estado en cualquiera de sus funciones, y por tanto, la administración de justicia. (1)

¿Procede seguir de oficio estos expedientes?

—Se ha discutido, con relación á este procedimiento, si podría seguirse de oficio y si tendrá el Juez facultades para decretar, sin instancia de parte, la práctica de las diligencias de protocolización cuando llegare á su noticia la existencia de cualquier testamento ológrafo ó recibiere este documento por correo. El autor que plantea tal problema forense, para decidirse por la negativa, funda su dictamen en una sentencia del Tribunal Supremo relativa á las antiguas memorias testamentarias que resolvió no debían ser protocoladas de oficio, y en la dificultad que existe de que el Juez conozca las personas que han de prestar su testimonio sobre la identidad del testamento. A nosotros nos parece que existen dentro del mismo Código y de la Ley de Enjuiciamiento civil razones más poderosas que las invocadas en justificación de la improcedencia de que el Juez instruya de oficio esos expedientes. En primer término, la autoridad judicial carece de facultades para incoar por sí un expediente de jurisdicción voluntaria que solo puede seguirse y tramitarse á instancia de parte ó del Ministerio fiscal; y además y principalmente, cuando el Código ha dispuesto que si el testamento oló-

(1) Según el citado R. D. la autoridad de que se trate (en este caso la judicial) deberá oficiar al Notario Delegado del distrito para que manifieste cual de sus compañeros se halla en turno, y conocido este extremo se avisará al que corresponda para que autorice el instrumento.

grafo no se presentare dentro de los cinco años contados desde el fallecimiento del testador quedará ineficaz, es porque quiso dejar en absoluta libertad á los interesados para que lo presenten ó nó; facultad á que se opondría ese supuesto deber de la autoridad judicial.

II.

PROTOCOLIZACIÓN DE LOS TESTAMENTOS ABIERTOS OTORGADOS SIN INTERVENCIÓN DE NOTARIO

Concepto, clases y requisitos de dichos testamentos.—El testamento abierto, forma la más solemne de manifestar la última voluntad que revelada oralmente queda á cubierto de toda alteración por la suma de garantías que ofrecen las solemnidades extrínsecas de que se reviste, el Notario que lo autoriza, los testigos que le sancionan con su presencia y con su firma, la escritura pública en que se consigna, el protocolo á que ésta se incorpora y el archivo donde se custodia, no siempre puede otorgarse en razón á las dificultades que en muchas ocasiones se presentan para el concurso de todos los elementos que al objeto de asegurar su autenticidad exige la ley; y conocedora ésta de que en los casos de excepción donde la urgencia impida cumplir todos los requisitos consignados en ella como esenciales debe permitirse el otorgamiento de otras formas más abreviadas y menos solemnes de testar, ha dado validez y eficacia á los testamentos hechos de palabra ó escritos sin intervención de Notario, cuando el inminente peligro de muerte en que se encuentre el testador ó la existencia de una epidemia, justifiquen el prescindir de esas formalidades establecidas para el testamento normal.

Dos clasificaciones pueden hacerse de estos testamentos

extraordinarios: una relacionada con la diferencia de situaciones en que se hallan los testadores, á la que responde la distinción que hace el Código entre los otorgados en inminente peligro de muerte y los que se otorgan en caso de epidemia; otra referente al mayor ó menor número de solemnidades de que se rodean, según se manifieste la última voluntad tan solo de palabra ó se consigne por escrito.

Con relación á la primera clase de testamentos, es decir á los otorgados en peligro de muerte, exígesse, además de la inminencia del peligro, la presencia de cinco testigos idóneos, esto es, que reunan las condiciones de capacidad que han de concurrir en los que lo son en el autorizado por Notario, y que á ser posible se escriba el testamento. Respecto de los que en caso de epidemia pueden otorgarse, basta con la presencia de tres testigos mayores de dieciseis años, varones ó mujeres, háganse de palabra ó por escrito.

Los expresados testamentos solo tienen una validez temporal, quedando ineficaces si pasasen dos meses desde que el testador salió del peligro de muerte ó cesó la epidemia, precepto legal que se funda en la posibilidad en que el testador está de dar forma á su última voluntad por los medios ordinarios.

Su elevación á escritura pública.—Acacida la muerte del testador dentro del plazo antes fijado, ha de pedirse al Tribunal competente, en los tres meses siguientes al fallecimiento, ordene la elevación á escritura pública del testamento que aquel otorgó, el cual quedará ineficaz y nulo si se dejase transcurrir dicho término sin formular la enunciada petición, que deberá deducirse y tramitarse según el artículo 704 del Código en la forma determinada por la Ley de Enjuiciamiento civil.

Si esta afirmación de la Ley substantiva fuere cierta, si tan solo hubiera que atenerse á lo dispuesto en la de procedimientos para ordenar la protocolización de que

nos ocupamos, prescindiríamos de tratar dicha materia; pero como creemos que por la nueva forma que á estas disposiciones testamentarias se ha dado, es necesario acreditar extremos no previstos en la Ley de Enjuiciamiento, y que efecto de tales reformas ha sufrido aquella una modificación substancial, hemos incluido este artículo en nuestro plan á fin de exponer la tramitación que ha de darse á los expedientes, armonizando el Código civil con el de procedimientos.

La competencia para conocer de los actos de jurisdicción voluntaria en que ha de decretarse la protocolización de los indicados testamentos, corresponde, según la regla 22 del artículo 63 de la Ley adjetiva, al Juez del lugar en que aquellos se hubiesen otorgado, debiendo instar el procedimiento parte legítima, que lo será el que tuviese interés en el testamento, el que hubiese recibido en él cualquier encargo y los apoderados ó representantes legales de aquellos. El Sr. Manresa, comentando estas disposiciones, estima comprendidos en ellas á los acreedores del testador cuya deuda hubiese sido reconocida en el testamento, pero no á los que no hubiesen sido favorecidos con ese reconocimiento. También afirma dicho tratadista que el heredero abintestato, aunque no se le designe, puede solicitar la promoción del expediente, opinión que se funda en que es el ejecutor de la última voluntad del difunto puesto que éste puede fallecer bajo testamento en que no disponga de todos los bienes que le pertenezcan.

La solicitud promoviendo el expediente habrá de indicar los nombres, apellidos y vecindad que tenía el testador, fecha de su defunción, clase de testamento que otorgó, expresando si lo hizo solo de palabra ó si se consignó por escrito; filiación y vecindad de los testigos, nombre del Notario si hubiese concurrido al otorgamiento y por cualquier causa no se hubiese elevado á escritura

pública y manifestación de los hechos en que se funde el interés legítimo del solicitante para incoar dichas diligencias.

A esta solicitud se acompañará, además de los documentos que prueben la personalidad del que la presenta, el certificado de defunción del causante, y en el caso de que se hubiese tomado nota ó apunte de las disposiciones del testador se presentará también con la solicitud dicha nota ó memoria.

Tales son los únicos requisitos que la Ley de procedimientos exige se consignasen, pero teniendo á la vista los artículos del Código porque se regula esta materia, creemos que además habrá de ofrecerse ó acompañarse prueba de documentos ó de testigos en crédito de que, desde la fecha del otorgamiento hasta la de la defunción, no habían transcurrido dos meses á contar desde el día en que el testador salió del peligro inminente de muerte ó cesó la epidemia, y de haberse cumplido todas las solemnidades exigidas por el Código, que no expresa la prenombrada Ley de Enjuiciamiento. Presentada dicha solicitud, el actuario hará constar la fecha en que ha sido entregado, por medio de la oportuna nota que exigirá firme el presentante, cuya diligencia tiene en este caso extraordinaria importancia, puesto que sirve para determinar si ha transcurrido ó nó el término de tres meses contados desde el fallecimiento del testador que fija el Código para la caducidad de esta clase de disposiciones testamentarias.

Si no se hubiese presentado el escrito dentro de dicho plazo entendemos que el Juez, por resolución motivada, deberá denegar la pretensión que se deduce, siendo éste uno de los vacíos más importantes que se notan en la Ley procesal por no estar en concordancia con el Código.

Si la petición se hizo en tiempo hábil mandará el Juez que comparezcan los testigos y el Notario, en su caso, en el día

y hora que señale, bajo apercibimiento de multa y de las demás correcciones que la desobediencia haga necesarias.

Dichos testigos deberán ser examinados separadamente y de modo que no tengan conocimiento de lo declarado por los que les hayan precedido y si alguno estuviere enfermo, el Juzgado se trasladará á su domicilio para recibirle declaración, acto continuo de haber sido examinados los demás.

Esta prescripción que hemos copiado de la ley, origina una duda en su aplicación cuando no concurren el día señalado todos los testigos que hayan de examinarse, duda que resuelve Scavola, proponiendo se haga constar por diligencia, que no han comparecido todos los citados, para que en su vista acuerde el Juez la suspensión del acto y nuevo señalamiento, excepto en el caso de que alguno de ellos estuviese ausente del partido judicial y pueda examinarse por medio de exhorto.

Más grave dificultad que la anterior es la que se origina por la defunción de alguno de los testigos ó por su ausencia en ignorado paradero. La ley que resuelve este caso al tratar de la apertura de testamentos cerrados, sin duda por la frecuencia con que se ofrece, tenido en cuenta el largo plazo que puede mediar desde la fecha en que se otorgaren, no lo ha hecho al tratar de los testamentos hechos sin intervención de Notario, acaso por lo excepcional que resulta la defunción de uno de los testigos en el corto período de vigencia que aquellos tienen, pero debió preverlo, pues especialmente en caso de epidemia es muy fácil que así acontezca.

Ante el silencio del derecho positivo opinamos que el testamento, que no puede ser averdado por uno de los testigos que en él intervinieron, quedará ineficaz, si bien es de tal gravedad la cuestión que se plantea que deseáramos verla resuelta por la jurisprudencia, principalmente con relación al caso del testamento escrito y firmado por

el testigo fallecido, pues de identificarse la letra y firma de éste por el cotejo pericial y su idoneidad por otros medios probatorios, parece que se resista el negar validez á la disposición que tales garantías de autenticidad ofrece, cuando la única falta de comprobación de que hay que prescindir no es imputable, ni al testador ni á sus derechohabientes.

En las declaraciones testificales se hará constar, bajo la responsabilidad del Juez, la edad de los testigos y el lugar en que tuvieren su vecindad al otorgarse el testamento, debiendo el actuario dar fé de conocerlos ó de que han identificado su personalidad, y además nos parece, aunque no lo dice la ley, que habrá de consignarse también que en ellos concurrían al intervenir en el acto testamentario las demás circunstancias de capacidad que el Código determina para reputarlos idóneos.

La declaración, según la Ley de procedimientos, deberá versar sobre los siguientes extremos: 1.º Que el testador tuvo el propósito serio y deliberado de otorgar su última disposición. 2.º Que los testigos y el Notario, en su caso, oyeron simultáneamente de boca del testador todas las disposiciones que quería se tuvieran como su última voluntad, bien lo manifestase de palabra, bien leyendo ó dando á leer alguna nota ó memoria en que se contuviere. 3.º Que los testigos fueron en el número que exige la ley según las circunstancias del lugar y tiempo. Y 4.º Que cuando la voluntad del testador se hubiere consignado por escrito, digan si es la misma que se les leyó y si reconocen por legítimas sus firmas respectivas, en el caso de haberlas puesto.

A estos particulares que la ley fija creemos nosotros, que por virtud de las innovaciones introducidas en el derecho substantivo, hay que añadir bastantes más, siendo el primero y fundamental de todos ellos el que se refiere al estado de enfermedad del testador y á la gravedad é inmi-

nencia del peligro de muerte ó á la existencia de la epidemia. Es también substancial que se interroge á los testigos acerca de si hubo ó nó posibilidad de escribir el testamento cuando no lo esté y motivos que impidieron hacerlo, que pueden ser, tanto la urgencia y falta de tiempo material, como el hecho de no saber escribir ninguno de los que intervinieron en el acto ni haberse encontrado persona hábil para hacerlo. Asimismo habrá de consignarse en las expresadas declaraciones que á juicio de los que las prestan el otorgante tenía las condiciones de capacidad necesarias para testar; que no se interrumpió la unidad del acto, y estando el testamento escrito y no firmado por el otorgante, la causa de que no lo suscribiera.

Las disposiciones testamentarias hechas de palabra deberán consignarse fielmente en las declaraciones.

Practicada esta información y en su caso las pruebas supletorias que justifiquen no había caducado la disposición testamentaria de que se trate en vida del testador, el Juez declarará testamento lo que resulte de las declaraciones, aprobando tan solo como tal, cuando entre ellas haya alguna divergencia, aquello en que todas estuviesen conformes, siempre con la calidad de sin perjuicio de tercero; y mandará protocolizar el expediente en los registros del Notario de la cabeza de partido á quien corresponda en turno con arreglo á lo prevenido en el R. D. de 21 de Octubre de 1901.

III.

PROTOCOLIZACIÓN DE LOS TESTAMENTOS MILITAR Y MARÍTIMO

Carácter de estos actos de última voluntad.—Privilegio de clase establecido solo en consideración á las

personas y al oficio que desempeñan, serían el testamento del militar y del marino, si en tal concepto los autorizara y regulase la ley, excepción odiosa é injusta del principio de igualdad que debe inspirar el derecho; pero regulados y establecidos como formas especiales de testar con menor número de solemnidades que las ordinarias, en consideración á las circunstancias excepcionales que rodean al estado de guerra y al peligro constante que amenaza á los que tienen por profesión, la honrosa de defender la patria con las armas ó de cruzar los mares con sus naves, están plenamente justificados esos testamentos que pueden otorgar los militares en campaña y los que á bordo de un buque de guerra ó mercante corren los riesgos de una travesía, expuestos á los azares de toda expedición marítima.

Tales motivos y otros tan poderosos como ellos, cuya especificación no hemos de hacer aquí, fundamentan las dos secciones que el Código destina á formular las reglas aplicables á las disposiciones testamentarias objeto de este artículo, siendo lo más plausible de aquellas el que haya desaparecido la facultad que militares y marinos de guerra tenían según legislación derogada para otorgar en todo tiempo el testamento especial y privilegiado propio de su clase, reduciéndola á sus naturales y justos límites, al exigir que los primeros estén en campaña y los últimos á bordo.

Clases de testamentos militares.—Este beneficio concedido, no solo á los que pertenecen al Ejército, si no á cuantos le siguen, ya sean voluntarios, rehenes, prisioneros ó empleados en su servicio, no puede utilizarse sin que se dé la circunstancia de estar en tiempo de guerra y hallarse en campaña, frase cuyo significado es equivalente al de estar las tropas en acción ó acampadas, pero fuera de los cuarteles y que en el tecnicismo militar se contrapone á la de hallarse de guarnición y en pié de paz.

Peró como la situación en campaña puede ser muy dis-

tinta, según el Ejército permanezca en la relativa quietud del campamento ó entre en batalla, asalto ó combate, el Código ha previsto esta diversidad de momentos estableciendo las siguientes clases de testamentos militares:

A). Testamentos otorgados en campaña pero sin peligro próximo de acción de guerra.

1.º El que puede otorgarse por escrito ante dos testigos y un oficial que tenga por lo menos la categoría de capitán.

2.º El que los enfermos ó heridos tienen facultad de hacer también por escrito ante dos testigos y el capellán ó el facultativo que les asista.

3.º El que los que estuvieren en un destacamento mandado por un subalterno otorguen ante el mismo y dos testigos.

Y 4.º El testamento cerrado que autorice un Comisario de guerra ejerciendo funciones de Notario y cumpliendo en todo las solemnidades establecidas por el Código para los testamentos cerrados ordinarios. (1)

B) Testamentos otorgados durante una batalla, asalto ó combate ó en peligro próximo de acción de guerra:

1.º El que verbalmente puede hacerse ante dos testigos.

2.º El cerrado que autoriza un oficial y también dos testigos, debiendo firmar todos ellos el acta del otorgamiento juntamente con el testador si pudiere.

Formalidades que deben preceder á su protocolización.—La distinta naturaleza de los testamentos militares según se otorguen en el Campamento ó en acción de guerra, dá lugar á que las formalidades que con posterioridad á su otorgamiento han de cumplirse sean también

(1) Los mencionados testamentos caducarán cuatro meses después que el testador haya dejado de estar en campaña, artículo 719 del C. C.

diferentes. El otorgado en peligro próximo de acción de guerra queda ineficaz desde luego si el testador se salva del peligro en cuya consideración testó, pero si no se salvare, requiérese para su validez que los testigos comparezcan ante el auditor de guerra ó funcionario de justicia que siga al Ejército á fin de que se le dé forma escrita, declarando ante el auditor ó funcionario, en cuyas declaraciones se harán constar los que las presten las manifestaciones de última voluntad que hubieren oído al difunto. Convertido así el testamento verbal en escrito se encontrará en iguales condiciones que los otorgados en el campamento.

Todos los testamentos militares que hemos enumerado han de ser remitidos á la posible brevedad al cuartel general y por éste al Ministerio de la Guerra.

Protocolización de los testamentos Militares.

—Archivados estos en el Ministerio de la Guerra, ignoran su existencia la mayoría de las veces los interesados en ellos; y por esto el Código impone á dicho Ministro el deber de que tan luego le conste el fallecimiento del testador remita el testamento al Juez del último domicilio del difunto, y no siéndole conocido, al Decano de los de Madrid para que de oficio cite á los herederos y demás interesados en la sucesión. Estos, si estuvieren instituidos en testamento abierto, han de solicitar que se eleve á escritura pública y se protocolice en la forma prevenida por la Ley de Enjuiciamiento civil. Cuando sea cerrado el testamento el Juez procederá de oficio á su apertura en la forma prevenida por dicha Ley con citación é intervención del Ministerio fiscal, y después de abierto lo pondrá en conocimiento de los herederos y demás interesados.

Despréndese de lo expuesto que el Código ha querido equiparar el testamento militar á los efectos de su protocolización, al hecho de palabra ó por escrito sin intervención de Notario, de que hemos tratado en el artículo precedente, pero comprendiendo que no existe identidad de

casos, ha dictado algunas reglas especiales que en la práctica han de resultar deficientes.

La primera novedad que en el particular se introduce es la de imponer al Ministro la obligación de remitir el testamento al Juzgado si hubiere fallecido el testador, y extraña que no se le imponga también el deber de manifestar por qué conducto le consta el fallecimiento que por regla general serán las partes de bajas que en su Ministerio se reciban, para que el Juez, antes de practicar diligencia alguna, reclame el certificado de defunción del testador.

Es verdaderamente anómalo que la competencia en estos expedientes de protocolización se atribuya al Juez de último domicilio del difunto y en su defecto al Decano de los de Madrid, contradiciendo así la regla procesal de que corresponde conocer de dichos expedientes al Juez del lugar en que se hubiere otorgado el testamento, sin que haya motivo en tales casos para no atemperarse á esa disposición legal. Explicable sería la excepción cuando el militar muere en territorio extranjero, pero no tiene razón de ser si fallece en España; y menos aún el que se recomiende al Juez Decano de los de Madrid, cuando no fuere conocido el último domicilio del difunto, puesto que tratándose de militares en activo servicio, como son todos los que están en campaña, sabido es que su domicilio legal según el artículo 68 de la Ley de Enjuiciamiento, lo tienen en el pueblo en que estuviere de guarnición el Cuerpo á que pertenezcan.

Alterando un principio fundamental de los que regulan el Enjuiciamiento civil, se ordena que el Juez proceda de oficio en las primeras diligencias, citando en forma á los herederos y demás interesados en la sucesión y nada hay que objetar á tan justificada modificación de esa regla jurídica, puesto que no existe otro medio legal de notificar á dichos herederos é interesados; la dificultad estará en averiguar, sus domicilios si el testador no cuidó de consignar-

los en el testamento, siendo entonces necesario acudir al recurso de la citación por edictos.

Citados los herederos, cesa toda actuación de oficio y solo se procederá á practicar las demás diligencias necesarias para la protocolización á instancia de parte legítima. ¿Ante que Juez deberán instarse esas actuaciones? Según el Código, el testamento se remite al Juez del último domicilio del difunto ó al Decano de los de Madrid, pero no expresa si solo á los efectos de la citación de los herederos ó para la práctica de todas las diligencias que lleva consigo la protocolización; y como por otra parte la Ley adjetiva declara que la competencia para elevar á escritura pública los testamentos hechos de palabra ó por escrito sin intervención de Notario la tienen los Jueces del lugar en que se otorgan, surge la duda de si ante estos deberá tramitarse el expediente de jurisdicción voluntaria; pero siguiendo á otros comentaristas nos parece que el Código ha modificado esencialmente esta regla del procedimiento y que por tanto, el Juez que comienza las actuaciones debe terminarlas.

Es de aplicación á los trámites de estos expedientes cuanto tenemos dicho en el artículo anterior, sin más excepciones, que para las declaraciones de los testigos y oficiales del Ejército que hayan de ser examinados, habrá que exhortar á la autoridad militar respectiva, si aún estuvieren en campaña.

Clases de testamentos marítimos.—La imposibilidad que el marino y cuantos se embarquen en una nave tienen de testar en la forma ordinaria, explica, la especialidad de estas disposiciones testamentarias, y así como al examinar las que otorgan los militares hubimos de hacer dos grandes grupos, en consideración á la mayor ó menor proximidad del peligro de entrar en acción de guerra, tendremos que hacer la clasificación de los marítimos, según se otorguen en circunstancias normales y ordinarias de la

navegación ó ante el riesgo inminente de naufragio; pudiendo, en su consecuencia y conforme con la letra del Código, fijar las siguientes clases de testamentos marítimos.

A) Testamentos otorgados á bordo sin riesgo inminente de naufragio.

1.º El ológrafo hecho por el testador con sujeción á la forma ordinaria, respecto del cual están en el deber el Capitán del buque mercante ó el Comandante del de guerra de recogerle y custodiarle en caso del fallecimiento del testador, haciéndolo constar así en el Diario de la navegación y entregándole á la autoridad marítima local ó al Agente Diplomático ó Consular del primer puerto que arribar á un puerto extranjero se entregará, al Agente diplomático ó Consular de España, copia que deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que le firmaron, autorizándola en otro caso el Contador ó Capitán que hubiere recibido. El Agente Diplomático ó Consular hará extender por escrito diligencia de la entrega y cerrada y sellada la copia que recibió, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministerio de Marina, para que se deposite en su archivo; cuando el buque toque en el primer puerto del Reino el Comandante ó Capitán entregará el testamento original cerrado y sellado á la autoridad marítima local quien lo remitirá sin dilación al Ministerio de Marina y si hubiere fallecido el testador, certificación que lo acredite.

2.º El testamento abierto que tienen facultad de autorizar los contadores de buques de guerra ó capitanes de los mercantes ó los que hagan sus veces, con asistencia de dos testigos idóneos, elegidos, a ser posible, entre los pasajeros, uno de los cuales por lo menos ha de poder firmar, haciéndolo por sí y por el testador, si este no supiere ó no pudiere. Estos testamentos serán custodiados por el Comandante ó por el Capitán del buque y al arribar á un puerto extranjero se entregará, al Agente diplomático ó Consular de España, copia que deberá llevar las mismas firmas que el original, si viven y están á bordo los que le firmaron, autorizándola en otro caso el Contador ó Capitán que hubiere recibido. El Agente Diplomático ó Consular hará extender por escrito diligencia de la entrega y cerrada y sellada la copia que recibió, la remitirá con la nota del Diario por el conducto correspondiente al Ministerio de Marina, para que se deposite en su archivo; cuando el buque toque en el primer puerto del Reino el Comandante ó Capitán entregará el testamento original cerrado y sellado á la autoridad marítima local quien lo remitirá sin dilación al Ministerio de Marina y si hubiere fallecido el testador, certificación que lo acredite.

3.º El testamento cerrado que pueden autorizar los mismos funcionarios, cumpliendo todas las solemnidades propias de la forma ordinaria, con excepción del número de testigos que bastará sean dos. La copia del acta de su otorgamiento y el testamento original se entregarán á los agentes extranjeros y autoridades marítimas en la misma forma antes expuesta respecto á los abiertos, para su remisión al Ministerio de Marina.

4.º El testamento de los Contadores de buques de guerra y Capitanes de buques mercantes que serán autorizados por los que deban sustituirles en sus cargos.

(B). Los otorgados en peligro de naufragio que podrán hacerse de palabra ante dos testigos debiendo formalizarse luego las declaraciones de estos ante el Contador ó Capitán del buque si el testador no se salvare del naufragio pues en otro caso quedarán ineficaces.

Formalidades que deben preceder á la protocolización de estos testamentos y modo de elevarlos á escritura pública.—Los mencionados testamentos que caducan pasados cuatro meses desde que el testador desembarque en punto donde pueda testar en la forma ordinaria, serán remitidos por el Ministerio de Marina luego que se tenga noticia de la defunción del testador, al Juez del último domicilio de éste ó al Decano de los de Madrid, siguiéndose en todo la tramitación antes expuesta respecto de los testamentos militares, ó la propia de los ológrafos, si fueren de esta clase, con la única excepción de que sea el otorgante extranjero, en cuyo caso se enviarán al Ministerio de Estado para que éste por la vía diplomática les dé el curso que corresponda.

CAPITULO XVII.

DE LA ACEPTACIÓN Y DE LA REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

SUMARIO: I. De la aceptación de la herencia.—*Distintos sistemas porque se ha regido esta materia en el derecho positivo.—Requisitos de la aceptación.—Capacidad para aceptar.—Aceptación á nombre de menores é incapacitados.—Idem por mujer casada.—Expediente de autorización judicial.—Aceptación por sordomudos.—Idem á nombre de los pobres en general.—Idem á nombre de personas jurídicas.—Formas de la aceptación.*

II. Repudiación de la herencia.—*Sus requisitos.—Aceptación hecha por los acreedores del heredero á quienes perjudique la renuncia de éste.—Trámites que deben precederla.—Procedimientos para exigir al heredero que acepte ó repudie la herencia.*

III. Aceptación de la herencia á beneficio de inventario.—*Concepto de dicho beneficio y diferencias entre el mismo y el derecho de deliberar.—Modo de utilizarlo y plazo en que debe hacerse el inventario.—Quien ha de formarle.—Efectos que produce la aceptación en este caso.*

I.

DE LA ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

Distintos sistemas porque se ha regido esta materia.—En el derecho sucesorio, la aceptación, la adición de la herencia puede ser voluntaria y libre ú obligatoria y forzosa. El primer sistema es el que siguen todas las legislaciones modernas como consecuencia del derecho de personalidad, con tanta firmeza reconocido y garantido en ellas; el segundo, propio de los pueblos y de las legislaciones primitivas en que la propiedad individual no existía ó apenas empezaba á alborcar, es el que implantaron y regularon las antiguas leyes romanas obligando á los herederos suyos y necesarios á adir la herencia aún contra su voluntad y á continuar la personalidad del difunto cumpliendo todas sus obligaciones y satisfaciendo todas sus deudas.

Dentro del sistema de libertad cabe adoptar tres distintos criterios: uno el de los que llevándole hasta sus últimas consecuencias establecen la absoluta separación de bienes y declaran que la herencia no puede ser nunca dañosa al heredero; otro el que hace depender de la aceptación la responsabilidad del aceptante pero obligándole, una vez hecha, á pagar con su patrimonio el pasivo de la herencia; y finalmente como término medio entre ambos, el que establece el beneficio de inventario, forma de aceptación que presupone una limitación de responsabilidades y un deslinde de patrimonios y que convierte al heredero en liquidador del caudal relicto, haciéndole dueño del exceso que de esta liquidación resulte, pero sin obligarle á pagar con sus bienes propios el déficit que la misma pueda arrojar.

Tan solo los Códigos de Méjico y Portugal se han atrevido á dar carta de naturaleza en el derecho positivo á la radical reforma que supone el sistema de separación de bienes; los demás y entre ellos el nuestro, basados en la legislación Justiniánea, al par que proclaman el principio de que la aceptación es voluntaria y libre, prohíben pueda hacerse en parte, á plazo ni condicionalmente; la declaran irrevocable una vez hecha y establecen dos modos ó formas de realizarla; pura y simplemente, que hace al aceptante responsable de todas las cargas de la herencia no solo con los bienes de ésta, sino con los suyos; y á beneficio de inventario, en cuyo caso solo queda afecto al pago de deudas y legados el patrimonio del difunto.

En consonancia con estos principios la adición ó aceptación de herencia según nuestro Código, es el acto por el cual el sujeto á quien ésta se defiere en testamento ó abintestato manifiesta su resolución de ser heredero. La repudiación es la manifestación formalmente hecha de no querer serlo.

Requisitos de la aceptación.—Son requisitos necesarios para que tenga lugar la aceptación: 1.º Que conste de una manera cierta y positiva el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata. 2.º Que el aceptante esté también cierto de su derecho á la herencia. 3.º Que tenga la libre disposición de sus bienes y capacidad para heredar. 4.º Que si lo fuere testamentario esté instituido en testamento válido. Y 5.º Que se haya cumplido la condición ó legado el día, si la institución está hecha bajo condición suspensiva ó desde cierto día.

Capacidad para aceptar.—Puede aceptar la herencia que le pertenece, toda persona que es capaz de contratar, porque mediante la aceptación se contraen obligaciones para con los acreedores del difunto y sus legatarios; y como la ley ha declarado á ciertas personas incapaces para celebrar contratos, ha tenido que negar á las mismas la facul-

tad de aceptar herencias, limitando también las atribuciones de sus representantes para hacerlo en nombre de ellas con objeto de que no puedan irrogarles graves perjuicios.

A este fin dicta el Código reglas para la aceptación de las herencias que correspondan á menores ó incapacitados, mujeres casadas, pobres, asociaciones, corporaciones, fundaciones y establecimientos públicos de carácter oficial.

Aceptación á nombre de menores é incapacitados.—La herencia dejada á estos podrá aceptarla su tutor, que si lo verifica sin autorización del Consejo de familia, se entenderá hecha á beneficio de inventario, requiriéndose dicho permiso para la aceptación: pura y simple.

Aceptación por mujer casada.—No puede ésta aceptar ni repudiar la herencia sinó con licencia marital, y en su defecto con la aprobación del Juez; pero en este caso no responderán de las deudas hereditarias los bienes ya existentes en la sociedad conyugal. El artículo del Código civil que sanciona la anterior doctrina fué modificado en la revisión hecha de su primera edición á virtud de la discusión del primitivo articulado en los cuerpos Colegisladores. Disponía antes aquel precepto transcrito de la Ley 54 de Toro, que cuando la mujer casada aceptase la herencia con aprobación judicial se entendería esta aceptación hecha á beneficio de inventario, y como creyera algún ilustre Senador que tal prescripción lastimaba sentimientos de cariño y respeto filial poco compatibles con la protesta que supone el inventario, la Comisión codificadora modificó la redacción del artículo, con tan poca fortuna, que en realidad no tiene defensa posible, pues para determinar cuales son los bienes existentes en la sociedad conyugal que quedan afectos á la responsabilidad de las deudas hereditarias sería preciso nada menos que practicar liquidación de dicha sociedad antes de la aceptación, introduciendo una perturbación innecesaria en las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

Expediente de autorización judicial.—El procedimiento para obtener la autorización judicial en estos casos debe ser igual ó muy análogo, cuando menos, al establecido en la Ley de Enjuiciamiento sobre habilitaciones para comparecer en juicio; en su virtud habrá de acreditar la recurrente la negativa de su marido á conceder la licencia y ser oídos éste y el Ministerio fiscal, sustanciándose la oposición, si la hubiere, con arreglo á los trámites establecidos para los incidentes.

Aceptación por sordomudos.—La limitación de la capacidad por razón de este defecto físico solo existe cuando va unida á él la carencia de toda instrucción. Consecuente el Código civil con esta doctrina, que ya hemos expuesto en otro lugar (1) permite al sordomudo que supiere leer y escribir aceptar la herencia por sí ó por medio de procurador, debiendo, si estuviere sujeto á tutela aceptarla en su nombre el tutor, pero á beneficio de inventario.

Aceptación á nombre de los pobres en general.—La facultad de poder instituir herederos á los pobres en general sin designación de personas, dá motivo á que por la falta de determinación de aquellos en quienes debe recaer la herencia tengan que aceptarla en su nombre otras personas, y con acierto previene el Código que estas deben ser los albaceas testamentarios designados para distribuir los bienes y en su defecto la junta formada por el Párroco, Alcalde y Juez municipal del domicilio del testador, en cuyos casos se entenderá siempre aceptada á beneficio de inventario.

Aceptación á nombre de personas jurídicas.—Los legítimos representantes de las asociaciones, corpora-

(1) Véase el capítulo XII.

ciones y fundaciones capaces de adquirir, podrán aceptar la herencia que á las mismas se dejare, pero para repudiarla necesitan la aprobación judicial con audiencia del Ministerio público, la que se solicitará por quien ostente la representación de dichas entidades instando un expediente de jurisdicción voluntaria en donde procederá acreditar: 1.º La defunción del testador. 2.º La institución hecha por éste. 3.º La situación ó estado del caudal hereditario. 4.º Causas que motiven la repudiación. Y 5.º Los perjuicios que de no aprobarla podrían irrogarse. Justificados tales extremos y oído el Fiscal, el Juez dictará resolución definitiva, concediendo ó denegando la aprobación solicitada, cuyo auto será apelable en ambos efectos.

Una duda importante, que también tiene gran relación con el procedimiento, se suscita al interpretar el artículo á que nos venimos refiriendo, la de qué asociaciones necesitan cumplir con este requisito para repudiar las herencias. El Código no distingue entre las de interés público y las de interés particular, pero á pesar de ser un aforismo jurídico que donde la ley no distingue no debe distinguirse, tenemos por indudable que solo á las de interés público se refiere, pues resultaría absurdo que una sociedad civil mercantil ó industrial de interés particular hubiera de necesitar que el Juez sancionara sus actos aprobando la repudiación de una herencia hecha por sus socios.

Los establecimientos públicos oficiales en vez de la aprobación judicial necesitan la del Gobierno para aceptar y repudiar herencias.

Formas de la aceptación.—Ya hemos dicho antes que esta puede ser pura y simple ó á beneficio de inventario. La primera admite dos formas: *Expresa* si se consigna en un documento público ó privado; *tácita* si consiste en hechos de los que se infiere necesariamente la voluntad de aceptar ó que no habría derecho á ejercitar sinó con la calidad de heredero, no considerándose tales los de mera

conservación vigilancia ó cuidado de los bienes hereditarios, ni su administración provisional.

II.

REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

Sus requisitos.—Quiere la ley que ésta conste de modo tan fehaciente y auténtico que solo admite como forma de hacerla la escritura otorgada ante Notario ó el escrito presentado á Juez competente para conocer de la testamentaria ó abintestato; y por razones de moralidad priva de la facultad de repudiar á los herederos que hayan sustraído ú ocultado algunos efectos de la herencia.

Aceptación hecha por los acreedores del heredero á quienes perjudique la renuncia de éste.—En idénticos motivos se basa una innovación introducida en nuestro derecho por el Código que cae de lleno dentro de los límites de nuestro estudio y que consiste en la facultad concedida á los acreedores del heredero que repudie la herencia en perjuicio de ellos, de acudir al Juez solicitando autorización para aceptarla en nombre de aquel, en cuanto baste á cubrir el importe de sus créditos, perteneciendo el exceso, no al renunciante, si no á los que deban heredar en su defecto con sujeción á las reglas establecidas para la sucesión testada ó intestada. Esta novedad que pugna con el principio de que la aceptación de la herencia es siempre voluntaria y libre, viniendo á colocar en lugar del heredero personas extrañas á aquella con perjuicio de sus coherederos ó sustitutos, la explica el Sr. Lastres en una de sus notables conferencias sobre el Código civil, como medio de evitar que se burlen intereses legítimos por un deudor de mala fé, renunciando la herencia para que recaiga en las personas de sus hijos y poder disfrutar impunemente la

renta de la misma, á cuyo efecto refiere un caso práctico ocurrido con anterioridad al Código. El artículo, pues, se justifica por una consideración de pura equidad, pero ha de ofrecer muchas complicaciones y dificultades en su aplicación práctica, sobre todo, mientras un procedimiento especial no venga á regular la forma de hacer tal petición.

Trámites que deben preceder á la aceptación por los acreedores.—¿En qué forma deberá pedirse la autorización y qué trámites habrá que seguir para concederla? Difícil es contestar á la pregunta ante el silencio de la ley. Ciertamente que no se trata de una contienda entre partes conocidas y determinadas que hayan de ventilar sus diferencias en un pleito, pero son de tanta entidad los perjuicios que puedan causarse con esa licencia, tan grave, la resolución que el concederla envuelve, que estimamos único medio procesal que sirva de suficiente garantía la interposición de formal demanda por los acreedores promoviendo un juicio en que sean parte el heredero renunciante y los que hubieren de adquirir la herencia en virtud de dicha renuncia, representando el Ministerio fiscal á los ausentes ó desconocidos. En ese juicio habrán de acreditar los demandantes su cualidad de acreedores legítimos, la validez y subsistencia de sus créditos, la imposibilidad de hacerlos efectivos por insolvencia del deudor y la certeza de la renuncia hecha por este. Cualquier otra forma procesal que no sea esta nos parece deficiente para adoptar resolución tan trascendental é importante.

Procedimiento para exigir al heredero que acepte ó repudie la herencia.—No puede estar esta yacente por tiempo indefinido ni han de esperar para hacer efectivos sus derechos los acreedores y legatarios, sujetos al capricho del heredero hasta que este quiera manifestar su voluntad; mientras algún interesado no reclame, libre es el sucesor de aplazar sus determinaciones, pero esto no es lícito hacerlo cuando con ello se causa

algún perjuicio. Tal es el fundamento de los artículos 1004 y 1005 del Código civil que conceden acción á terceros interesados para que insten en juicio la aceptación ó repudiación de la herencia siempre que ejerciten dicha acción nueve días después de la muerte de aquel de cuya sucesión se trata.

La ambigüedad y confusión de los términos en que el artículo 1005 está redactado ha de dar lugar á muchas cuestiones y le hacen de difícil interpretación. *Instando en juicio*, dice, y parece con esto referirse á que es necesario entablar un procedimiento contencioso, pero sin embargo de que la palabra juicio no admite otra interpretación nos inclinamos á creer que el propósito de la ley es que la reclamación se haga ante la autoridad judicial, no que se le dé forma de juicio. Este podrá sobrevenir tal vez si el heredero se opone negando la cualidad de parte legítima al reclamante, pero ni siempre sucederá así ni tal suposición impide que principien las actuaciones con el carácter de jurisdicción voluntaria.

El reclamante habrá de ser un tercer interesado y este calificativo de tercero ha sido censurado con razón por los comentaristas. Interesados son, pero no terceros, puesto que su interés en la sucesión es directo, los legatarios, los acreedores del finado y los coherederos. Interesados son también, aunque no directamente en la herencia, sino en su aceptación, los acreedores propios del heredero; pero no es presumible que á ellos únicamente se refiera el artículo.

Su sentido, á nuestro entender, es conceder ese derecho á todos los que tengan algún interés, sea por el título que fuere, habiéndose empleado, aunque con alguna impropiedad, la palabra *tercero* con relación al trasmittente y al adquirente de la herencia que lo son el finado y el heredero.

Formulada la petición ante el Juzgado, mediante un escrito que no creemos requiera la forma de demanda y al

que deberá acompañar una justificación suficiente del interés que en la herencia tenga el solicitante, el Juez acordará requerir al heredero señalándole un plazo, que no puede exceder de treinta días, para que dentro del mismo manifieste si acepta ó repudia la herencia, con apercibimiento de que si transcurre dicho término sin que haga tal declaración se considerará que la acepta. Puede acontecer que al ser requerido el heredero se persone en el expediente y se oponga á la petición del reclamante. ¿Deberá en este caso suspenderse el término señalado para aceptar ó repudiar y seguirse el juicio por todos sus trámites? Mientras una reforma de la Ley adjetiva no diga otra cosa es indudable que con arreglo á lo ordenado en su artículo 1817, procederá acordar la suspensión, no obstante que esto pueda dar lugar á dilaciones innecesarias y dispendiosas que entorpezcan el ejercicio de ese derecho.

La aceptación y repudiación pueden hacerse, como hemos dicho en otro lugar, en documento público ó privado y en escrito ante Juez competente; pero ocurre la duda de si podrán emplearse los dos primeros medios cuando judicialmente se haya señalado plazo para hacerla. Nos parece que no hay en ello inconveniente alguno, si bien entonces, habrá el heredero de poner en conocimiento del Juzgado el hecho de la aceptación ó repudiación para que se declare terminado el expediente. En el caso de que el heredero guarde silencio y no manifieste si acepta ó repudia, durante el plazo que se le señale, se hará la procedente declaración de tener la herencia por aceptada, notificando el auto á dicho heredero y entregando testimonio del mismo, una vez sea firme, al interesado.

III.

ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA Á BENEFICIO DE INVENTARIO

Concepto de dicho beneficio y diferencia entre el mismo y el derecho de deliberar.—Puede convertirse la herencia en carga insoportable para el heredero, que adquiere con ella graves responsabilidades, si, faltar de los antecedentes necesarios de la sucesión que se le defiere se decide á aceptarla simplemente. A poner remedio á este mal tienden los llamados beneficios de deliberar y de inventario, cuyo origen se remonta al derecho honorario de Roma en que los introdujo el Pretor. A través de los tiempos han cambiado notablemente estas instituciones y en vez de ser incompatibles y tener vida independiente una de otra, forman un todo único y homogéneo, debiendo preceder al término propio de la deliberación la formación del inventario judicial.

Todo heredero puede aceptar la herencia á beneficio de inventario aunque el testador se lo haya prohibido; y también podrá pedir la formación de éste, antes de aceptarla, para deliberar sobre si le conviene ó nó su aceptación. Dos objetos, por consiguiente, puede tener el inventario; ó liquidar la herencia ya aceptada por un heredero que no queriendo confundir su patrimonio con el del causante se pone desde luego á cubierto con tal declaración ó conocer la cuantía é importe de su activo y pasivo para resolver en su vista si debe ó no ser repudiada.

Modo de utilizar los beneficios de deliberar y de inventario y plazo en que éste debe hacerse.—El heredero que tenga en su poder los bienes de la herencia ó parte de ellos y quiera utilizar el beneficio ó el dere-

cho de deliberar, deberá manifestarlo al Juez competente para conocer de la testamentaria ó del abintestato, dentro de los diez días siguientes al en que supiere ser tal heredero, si reside en el lugar del fallecimiento del causante, y de treinta días si residiere fuera, debiendo pedir á la vez la formación del inventario y la citación de los acreedores y legatarios para que acudan á presenciarlo si les conviniere. Cuando no tenga en su poder la herencia ó parte de ella, ni haya practicado gestión alguna como tal heredero, estos plazos se contarán desde el día en que la hubiese aceptado ó hecho tales gestiones de heredero, y en su caso, desde el siguiente al en que espire el plazo que el Juez le hubiese fijado para aceptar ó repudiar la herencia á instancias de algún interesado.

El inventario, que deberá ser fiel y exacto de todos los bienes de la herencia, se principiará dentro de los treinta días siguientes al de la citación de los acreedores y legatarios y concluirá dentro de otros sesenta, pudiendo el Juez prorrogar este último término por causa justa el tiempo que estime necesario, sin que exceda de un año. Si por culpa ó negligencia del heredero no se terminara el inventario en dichos plazos, se entenderá que acepta la herencia pura y simplemente.

Se trata, por consiguiente, en el Código, cuya doctrina hemos resumido en los anteriores párrafos, de un procedimiento especial que no es propiamente el del juicio de testamentaria ó abintestato, pero que sin embargo, tiene muchos puntos de contacto y conexión con el primer período de ellos, y por tanto, tal procedimiento habrá de principiar en forma análoga á la de dichos juicios. El heredero que quiera utilizar los beneficios legales de que estamos tratando, acudirá al Juez, lo mismo que habría de acudir para promover el juicio voluntario de testamentaria, esto es, justificando la defunción del causante y su cualidad de heredero, en solicitud de que se cite á los acreedores y

legatarios del finado y á sus demás coherederos, si los hay, para que concurran a la formación del inventario. El Juez, ratificada esta petición, accederá á ella, fijando día y hora en que ha de tener principio dicha formalidad y ordenando la citación personal de los presentes y ausentes con residencia conocida y la publicación de edictos para citar á los que se ignore donde la tienen. El Fiscal representará á los menores ó incapacitados que no tengan representación legal, hasta que se les provea de ella y á los ausentes sin domicilio conocido.

Quien ha de formar el inventario.—Puede ser éste judicial ó extrajudicial, y el último solemne y simple, según tenga ó nó intervención en él el Notario.

Discútese si el que ha de formarse con motivo del procedimiento de que estamos ocupándonos, requiere la intervención del fedatario ó basta que se forme particular y privadamente por el heredero con el concurso de los demás interesados que acudan á la citación, judicialmente hecha.

Los que defienden esta última solución alegan en su abono razones poderosas. No se trata aquí de la tramitación de uno de los juicios de testamentaria ó de abintestato, sino simplemente de conocer el estado de herencia, acaso de acuerdo entre las partes y con el mero propósito de obtener un beneficio particular. El expediente promovido, es en realidad un acto de jurisdicción voluntaria, una información de interés puramente privado, y no prescribiendo el Código expresamente la forma en que ha de hacerse el inventario, es gravar sin necesidad la sucesión, con una carga más el exigir que siempre intervengan el Escribano ó el Notario, cuando muy bien los interesados pueden formarle de común acuerdo y en la mayor armonía.

Sin embargo, la mayoría de los autores se inclinan por la solución contraria y estiman que no puede eludirse la

intervención judicial, fundados, más que en las disposiciones del Código, en las de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Bueno será que en evitación de perjuicios se admita como criterio práctico y menos expuesto á error este último, pero nosotros creemos que si todos los interesados á quienes se haya hecho la citación acuden ante el Juez, manifestando su voluntad de formar particular y extrajudicialmente dicho inventario, este deberá acceder á tal pretensión, sin que al hacerlo así, se produzca ningún vicio de nulidad del expediente; y solo en el caso de que haya desacuerdo entre los interesados ó intervenga el Ministerio público, en la representación que antes hemos indicado, es cuando se impone que el actuario sea quien proceda á inventariar la herencia.

Hecho en una ú otra forma el inventario dentro del término legal, si se pidió su formación para deliberar, tendrá el heredero treinta días para manifestar si acepta ó repudia la herencia, y si dejare transcurrir este plazo sin hacerlo se entenderá que acepta pura y simplemente.

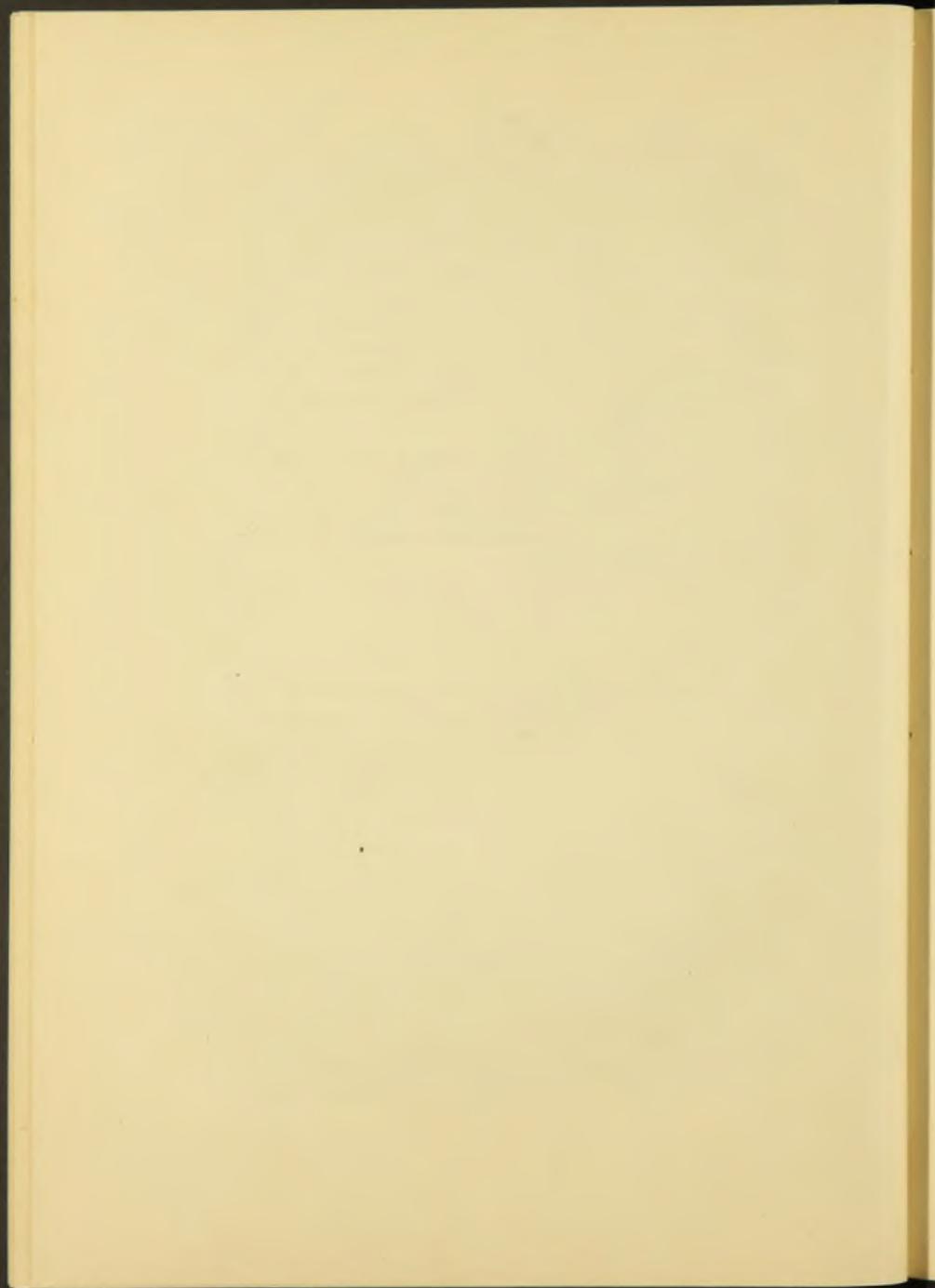
Efectos que produce la aceptación á beneficio de inventario.—El beneficio de inventario produce en favor del heredero los efectos siguientes: 1.º No queda obligado á pagar las deudas y demás cargas de la herencia, sino hasta donde alcancen los bienes de la misma. 2.º Conserva contra el caudal hereditario todos los derechos y acciones que tuviera contra el difunto. 3.º No se confunden para ningún efecto en su daño sus bienes particulares con los que pertenezcan á la herencia.

El heredero perderá este beneficio, si á sabiendas deja de incluir en el inventario alguno de los bienes, derechos ó acciones de la herencia y si antes de completar el pago de deudas y legados enajena bienes hereditarios sin autorización judicial ó de todos los interesados ó no dá al precio de lo vendido la aplicación determinada al concederle la autorización.

Durante la formación del inventario y hasta la aceptación de la herencia el Juez podrá proveer á instancia de parte legítima á la administración y custodia de los bienes hereditarios con arreglo á lo que se prescribe para el juicio de testamentaria en la Ley de Enjuiciamiento civil.

Este administrador, ó si no le hubiere, el heredero, pagará á los acreedores por el orden de preferencia de sus créditos fijado en sentencia firme y en su defecto á los que primero se presenten. Pagados los créditos se satisfarán los legados y el heredero entrará en el pleno goce del remanente de la herencia.

Las costas del inventario y los gastos á que dé lugar la administración de la herencia y la defensa de sus derechos, serán de cargo de ésta, sin más excepción que aquellos en que hubiere sido condenado personalmente el heredero por su dolo ó mala fé.



CAPITULO XVIII.

DEL SEÑALAMIENTO DE PLAZO EN ALGUNAS OBLIGACIONES Y DEL OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN.

SUMARIO: I. Del señalamiento de plazo en algunas obligaciones.—*Casos en que los Tribunales pueden fijarle.—Procedimiento aplicable.*

II. Ofrecimiento de pago y consignación.—*Su concepto.—Requisitos que hay que cumplir antes de la consignación judicial.—Forma en que debe hacerse para reputarla bastante.—Trámites del expediente.—Cancelación de obligaciones inscritas en el Registro de la propiedad.*

I.

DEL SEÑALAMIENTO DE PLAZO EN ALGUNAS OBLIGACIONES

Casos en que los Tribunales pueden fijar el plazo para el cumplimiento de las obligaciones.—Al establecer el libro IV de nuestro Código la clasificación de las obligaciones y dividir las en puras, condicionales y a plazo, ocupándose de estas últimas viene el artículo

1128 á establecer la facultad en el acreedor de acudir á los Tribunales para que fijen la duración de aquel, si la obligación no le señaláse, cuando de su naturaleza y circunstancias se dedujese que ha querido concederse al deudor ó cuando quedó á voluntad de éste la duración de dicho plazo.

La razón en que se inspira el precepto legal no puede ser más justa, pues responde al principio de derecho que establece que las obligaciones se contraen para cumplirse; pero careciendo esta doctrina de mayores desarrollos en el Código, ocurren cuestiones sobre la forma de proceder en tales casos.

Procedimiento aplicable.—No cabe duda que es errónea la opinión que patrocina algún autor de que los Tribunales pueden fijar la duración del plazo en estos casos sin forma de juicio, á simple requerimiento del acreedor, por medio de escrito al que acompañe el documento en que conste la obligación cuyo término ha de ser fijado y en resolución motivada que se fundará exclusivamente en el examen de la naturaleza y circunstancia de la obligación contraída, por lo que resulte de dicho título, que servirá de base para determinar la extensión y límites del plazo cuyo señalamiento se pida.

A la admisión de este criterio se oponen los principios fundamentales del derecho procesal. Nadie puede ser condenado en juicio sin ser oído y á tanto equivaldría permitir que el juzgador, con solo la audiencia de una de las partes, resolviera sobre punto tan trascendental como el de la fijación de plazo.

Aunque la confusión con que está redactado el artículo no permite penetrar ni aún en el espíritu del mismo, bien se deduce de su contexto, que aquel no fué otro que el de impedir se eludiera el cumplimiento de ciertas obligaciones por la indeterminación y vaguedad con que estuviesen contraídas.

Se trata, por consiguiente, de un asunto de jurisdicción contenciosa que se rige por las disposiciones generales de la Ley de Enjuiciamiento civil y ha de ser resuelto en el juicio declarativo que corresponda á la cuantía de la obligación, afectada de esa condición, debiendo seguirse por todos los trámites, que para dicha clase de juicios fija el Código de procedimientos. Podrá ser que cuando la reforma tan necesaria de éste se lleve á efecto se reduzcan los límites de dicha cuestión á un juicio verbal y sumario en que, previa audiencia de las partes y práctica de la prueba que propongan, resuelva el Juez fijando el plazo que ha de concederse al deudor, pues en realidad el asunto no requiere mayores amplitudes de forma, pero entre tanto hay que aceptar como única solución la del juicio declarativo.

II.

OFRECIMIENTO DEL PAGO Y CONSIGNACIÓN

Su concepto.—La más importante de las causas de extinción de las obligaciones es el pago, palabra que en la acepción que el Código la emplea equivale á forma de cumplimiento total de ellas, aún cuando en sentido más restrictivo signifique entrega de dinero.

Se reputa oferta ú ofrecimiento de pago el acto por el que un deudor manifiesta á su acreedor su intención de cumplir inmediatamente la obligación; y se llama consignación el depósito que en forma legal hace el deudor del objeto de dicha obligación, cuando el acreedor no quiere ó no puede recibirlo.

El incumplimiento de las obligaciones dá origen á responsabilidades exigibles al que incurra en él por razón de morosidad; y como en esta pueden recaer tanto el que ha

de hacer efectiva la obligación contraída, como el que tiene derecho á exigirla, precisa que la ley consigne disposiciones encaminadas á determinar la forma de acreditar ese incumplimiento, pues no sería justo que el deudor que al vencimiento de la obligación se hallara dispuesto á realizar el pago, sufiere las consecuencias del capricho de su acreedor negándose á recibirle, ó de la imposibilidad en que éste se halle para hacerse cargo de las cosas ó cantidad en que aquel consista.

Tal es el objeto de los artículos del Código que se ocupan de este particular, estableciendo medios procesales para que conste de modo fehaciente y con la intervención del poder público en esos casos excepcionales, el cumplimiento de la obligación realizado por el deudor.

Requisitos que hay que cumplir antes de la consignación judicial.—Como es lógico el Código empieza por hacer una necesaria distinción, según se trate de que el acreedor no quiera ó no pueda recibir el pago. En el primer supuesto es preciso que conste su negativa y para ello el previo ofrecimiento, que podrá probarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho, siendo la forma más usual y más segura la intervención de la fé pública extrajudicial, que lo haga constar en acta. En el segundo bastará hacer la consignación sin necesidad de que la preceda esa formalidad.

Forma en que debe hacerse para reputarla bastante.—Conceptuamos bastante la consignación y su anuncio, cuando el acreedor estuviese ausente, cuando se halle incapacitado para recibir el pago en el momento que deba hacerse y cuando varias personas pretendan tener derecho á cobrar ó se haya extraviado el título de la obligación; para concederla eficacia previene la ley que ha de ser hecha sujetándose estrictamente á las condiciones establecidas para el pago y poniéndola en conocimiento de los interesados en éste.

Las cosas ó cantidades objeto de la consignación deben ser depositadas á disposición de la autoridad judicial, ante quien se acreditará el ofrecimiento, en su caso, y el anuncio de aquella, siempre. Hecha que sea, se notificará á los interesados y el deudor podrá pedir al Juez, que mande cancelar la obligación, quien, si procede, lo acordará así, pudiendo retirarse el depósito por el que lo constituyó mientras no recaiga la resolución judicial antedicha ó no se presente el acreedor aceptando el pago.

Trámites del expediente.—Del extracto anteriormente hecho de los preceptos de carácter sustantivo por que se rige esta materia, se deduce la necesidad de un procedimiento especial, falto de precedentes en el derecho antiguo y que tampoco está regulado en nuestra Ley de Enjuiciamiento.

Tiene en realidad dicho procedimiento la naturaleza de los actos de jurisdicción voluntaria, pues aunque existe entre los intereses del deudor que consigna y los del acreedor que no puede ó no quiere recibir el pago, cierta oposición, esta no se traduce desde luego en contienda judicial y no hay por tanto cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas.

A las disposiciones del libro III de dicha ley habremos de acudir, por consiguiente, para encontrar la tramitación aplicable á esta clase de negocios en los que será Juez competente el del lugar del pago.

En consonancia con ellas, creemos que la tramitación de dicho expediente debe sujetarse á las siguientes reglas: 1.ª Presentación de un escrito por el deudor, acompañado de la cantidad ó cosa que haya de dar en pago, manifestando en el cuerpo del mismo la clase y condiciones de la obligación que debe quedar extinguida, fecha en que se contrajo, documento en que conste, lugar y tiempo en que debió pagarse, nombre y circunstancias personales del acreedor, con expresión de los fundamentos de su negativa

ó de los motivos que impidan pagarle y en su caso día en que se hizo el ofrecimiento de pago y resultado de éste, terminando con la solicitud de que se admita la consignación y después de las diligencias procedentes se declare bién hecha y se cancele la obligación. Con dicho escrito deberán presentarse los títulos ó documentos que justifiquen el ofrecimiento de pago ó las causas que impidan al acreedor recibirlo. Cuando cualquier de estos extremos no pudiera acreditarse documentalmente se ofrecerá información testifical acerca de ellos. 2.^a El Juez, en vista de los documentos presentados ó del resultado que dé la información testifical, si encontrare suficientemente justificados los motivos en que se funda la solicitud del deudor, admitirá provisionalmente la consignación y ordenará que el metálico, valores ó efectos en que consista se depositen en la forma que preceptua el Real Decreto de 24 de Agosto de 1891. (1) 3.^a Realizado el depósito se notificará la consignación al acreedor ó interesados a quienes afecte, notificación que creemos debiera extenderse á requerirles para que manifiesten ni aceptan ó nó dicha consignación, dándoles un plazo para comparecer á oponerse á su aprobación definitiva, y si se opusieren, se convertirá el expediente en contencioso con arreglo á lo que dispone el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Tampoco expresa el Código la manera de hacerse el anuncio de la

(1) Según el citado R. D. cuando la cuantía exceda de 2000 pesetas deberá ingresarse en la Caja General de Depósitos ó en sus sucursales, considerando como tales donde no los haya con carácter oficial, las del Banco de España. Los resguardos originales, después de testimoniados en autos, quedarán en poder del Juez bajo su responsabilidad personal. En las poblaciones donde no existan Sucursales de la Caja de Depósitos ni del Banco de España, se remitirán los valores á la más inmediata siempre que su cuantía exceda de 5000 pesetas y la remesa pueda hacerse sin gran quebranto. Cuando no excediere de dicha suma ó no fuere fácil el envío la conservarán los Jueces bajo su responsabilidad.

consignación á los desconocidos y áusentes, pero suponemos bastará el medio generalmente adoptado de publicar á tales efectos los correspondientes edictos en los periódicos oficiales. 4.º Cumplidos estos requisitos, no habiéndose formulado oposición por persona alguna, se dictará auto en el que, si la consignación se ha ajustado á las disposiciones que regulan el pago, se declarará bien hecha y se mandará cancelar la obligación.

El acreedor, á quien entendemos le debe ser notificada esta resolución, podrá reclamar en cualquier tiempo la entrega de la cantidad consignada.

Cancelación de obligaciones inscritas en el Registro de la propiedad.—La cancelación puede afectar á inscripciones hechas en el Registro de la propiedad, y en tal caso procederá que al decretarla se expida el correspondiente mandamiento por duplicado al Registrador para que lleve á efecto la de la inscripción de que se trata.

A primera vista parece que en esta clase de procedimiento no es admisible, porque el auto que lo ordena no causa estado, ni tiene la cualidad de providencia ejecutoria, requisitos que exige el artículo 82 de la Ley hipotecaria concurren en el mandato judicial para cancelar una inscripción hecha en virtud de escritura pública, sin el consentimiento de la persona á cuyo favor se hizo. Sin embargo de ello, como aquí se trata de un precepto del Código que expresamente manda al Juez cancelar la obligación, no podrá eludir el Registrador hacerlo; y así lo ha sancionado la Dirección de los Registros en resolución de 27 de Abril de 1895, que declaró que si bien es regla general que constando inscrita á nombre del finado una hipoteca, los únicos que pueden cancelarla son los que en su día acrediten la cualidad de herederos é inscriban su derecho en el Registro, esto no obstante, si vencido uno de los plazos de la obligación sin haber herederos declarados del acreedor, por sostener pleito entre sí, el de-

dor, usando la facultad que le concede el artículo 1.176 del Código consigna la cantidad estipulada y pide la cancelación de la obligación, está bien ordenada, siendo inscribible la escritura de carta de pago otorgada por el Juez, conforme á dicho artículo, á nombre de quienes en definitiva pudieran resultar herederos.

CAPITULO XIX.

DE LAS PRESUNCIONES

SUMARIO: *Consideraciones generales acerca de la prueba de los hechos jurídicos.—Concepto y clasificación de las presunciones.—Presunciones de ley.—Presunción de cosa juzgada: ¿surte efecto esta presunción contra el Notario autorizante de un testamento, que no haya sido parte en el litigio en que se declaró la nulidad de dicho testamento?*

Consideraciones generales acerca de la prueba de los hechos jurídicos.—El acto jurídico, cuando no se ejecuta inmediatamente, puede ser negado ó desconocido por el comprometido á cumplir las obligaciones que en él se contengan. Para prevenir los perjuicios que traería consigo esta eventualidad, ha sido preciso, como dice el señor Costa en una notable monografía, dotar al derecho de aquella certidumbre y regularidad sin las cuales toda vida racional y progresiva es imposible, revistiendo al efecto de reglas fijas á la expresión de las obligaciones y refiriéndolas, una vez contraídas, á algo extraño é independiente de la voluntad de los obligados, que es lo que se llama medio de prueba.

Discuten los tratadistas si esta materia de la prueba pertenece única y exclusivamente al dominio de la Ley adjetiva que necesita determinar su valor para concederla eficacia en juicio, ó si por el contrario forma parte integrante del derecho civil, que debe revestir de reglas fijas á la expresión de los actos jurídicos, como garantía contra la mala fé de los que los celebran.

El Código civil, siguiendo á los que sostienen este último criterio, ha destinado muchos de sus artículos á regular la prueba, siendo de censurar únicamente la falta de sistematización con que se ha hecho, diseminando la materia en varios títulos y secciones relativas á la prueba del matrimonio, á la de la filiación, al registro del estado civil y de la propiedad y al modo de probar las obligaciones; defecto de plan que puso muy de relieve D. Augusto Comas en una acertada enmienda, en la que proponía, que todos los aludidos preceptos se agruparan al final del Código en un libro especial que debía llevar como título «De las pruebas.»

Aparte de esto, la labor realizada por nuestros codificadores, significa un gran progreso y constituye una novedad muy plausible, habiéndose desenvuelto con acierto toda la doctrina referente á las distintas clases de pruebas, á las circunstancias que han de concurrir en cada una de ellas para reputarlas eficaces y á las reglas de apreciación de las mismas por los tribunales, todo ello sin confundir los principios propios del derecho sustantivo con aquellos otros que tienen su lugar oportuno en las leyes de enjuiciar, á pesar de las grandes dificultades que ofrece este deslinde de la materia, perteneciente á una y otra rama del derecho.

Extraño á nuestro propósito el examen de los medios de prueba bajo el aspecto en que el Código los trata, hemos hecho, sin embargo, una excepción respecto de las presunciones, porque no estando reguladas en la Ley adje-

tiva, tienen gran relación con el procedimiento los preceptos de nuestro Código que de ellas se ocupan.

Concepto y clasificación de las presunciones.—

La palabra presunción—prejuicio sin prueba—es equivalente á la de indicio, de mas uso en el derecho penal, que lo definieron las partidas diciendo era gran sospecha, que vale tanto en algunos casos como averiguamiento de prueba. El Sr. Escriche, en su diccionario de legislación y jurisprudencia, define la presunción «consecuencia que saca la ley ó el magistrado de un hecho conocido para averiguar la verdad de otro desconocido ó incierto» y otro publicista determina sus caracteres con gran acierto, calificándola de obligación que la ley impone de aceptar ó mirar una cosa como verdadera y exacta, sin necesidad de que conste prueba.

Las presunciones pueden ser legales ó de derecho y de hombre ó de hecho. Las primeras, consignadas expresamente en la ley, se subdividen en dos grupos: *juris et de jure* ó definitivas y *juris tantum* ó provisionales. En aquellas es tal el grado de evidencia á los ojos del legislador, tan grande el interés público que motiva su establecimiento y tan graves los peligros de discutir su certeza, que se prohíbe terminantemente toda discusión y toda prueba en contrario, estimándolas como verdades necesarias ante las que han de obligarse y someterse la inteligencia y la voluntad de los ciudadanos y de los jueces. Las *juris tantum* se estiman como verdades probables, atendido el orden natural y lógico de las cosas, y no excluyen la prueba en contrario, ó sea, la demostración de que en aquel caso concreto han tenido lugar los hechos de una manera distinta de la ordinaria, esto es, de un modo excepcional.

La presunción de hombre ó de hecho, que también se califica de judicial, es la que forma el Juez por la apreciación de las circunstancias antecedentes ó subsiguientes al hecho principal que se examina, siempre que este se

halle completamente acreditado, siendo norma legal que entre el mismo y el que se trate de deducir ha de haber un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano.

Presunciones de ley.—Como reglas generales de las mismas, únicamente establece el Código, que su existencia dispensa de toda prueba á aquellos á quienes favorecen y que solo pueden destruirse por prueba en contrario, salvo en aquellos casos en que la ley lo prohíbe expresamente (1)

(1) El articulado de dicho cuerpo legal establece como presunciones *juris tantum* las siguientes:

De muerte simultánea, cuando se dudare quien murió primero entre dos ó más personas llamadas a suceder. (Art. 32).—De buena fé en los contrayentes del matrimonio, aunque este sea declarado nulo. (Art. 69).—De legitimidad de los hijos nacidos después de los ciento ochenta días siguientes al de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos siguientes á su disolución, aunque la madre hubiere declarado contra dicha legitimidad ó sido condenada como adúltera. (Arts 108 y 109).—De legitimidad de los hijos que nacieren dentro de los ciento ochenta días siguientes á la celebración del matrimonio, si el marido, antes de casarse, hubiese sabido el embarazo de su mujer; consintiere, estando presente, que se ponga su apellido en la partida de nacimiento al hijo que su mujer dió á luz, ó le reconozca como suyo expresa ó tácitamente. (Art. 110).—De la calidad de naturales á los hijos que hayan sido reconocidos por uno solo de los padres (Art. 130).—De propiedad de las obras, siembras ó plantaciones, á favor del dueño de la cosa raíz á que aquellas estén unidas ó incorporadas (Art. 359).—De igualdad en las porciones correspondientes á los participes en la comunidad de bienes cuando no estén expresamente determinados (Art. 393).—De buena fé en el poseedor. (Art. 434).—De justo título en el que posee en concepto de dueño. (Art. 448).—De posesión de los muebles y objetos que se hallen dentro de una cosa raíz á favor del poseedor de esta. (Art. 449).—De continuidad en la posesión respecto del que poseyendo actualmente demuestre que ha poseído también en época anterior, al que se reputa poseedor durante el tiempo intermedio (Art. 459).—De tenencia de la cosa mueble, cuya posesión no se entiende perdida mientras se halle bajo el poder del poseedor, aunque este ignore accidentalmente su paradero. (Art. 461).—De existencia

Presunción de cosa juzgada: ¿surte efecto esta presunción contra el Notario autorizante de un testamento que no haya sido parte en el litigio en que se declaró la nulidad de dicho testamento?—

A una presunción especial dedícanse tres artículos del Código civil; nos referimos á la que determina la cosa juzgada contra la cual solo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión, fórmula con la que se consagra la doctrina que ya sancionaba el Derecho Romano en la célebre máxima *res judicata pro veritate habetur*. Para que la presunción de cosa juzgada surta efecto en otro juicio, es necesario, que entre el caso resuelto por la sentencia y

de la servidumbre de medianería, mientras no haya título, signo exterior ó prueba en contrario, en las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación, en las que separan jardines ó corrales sitios, ya en poblado ya en el campo, y en las cercas, vallados ó setos vivos que dividen los predios rústicos. (Art. 572).—De inexistencia de dicha servidumbre de medianería, cuando hubiere signo exterior que la contradiga. (Art. 573).—De fraude en la donación, cuando no se haya reservado el donante bienes bastantes para pagar las deudas anteriores á ella. Art. 643).—De revocación del testamento cerrado, cuando aparezcan rotas las cubiertas, quebrantados los sellos ó borradas, raspadas ó enmendadas las firmas. (Art. 742).—De aceptación del albaceazgo, si no se alega excusa dentro de los seis días siguientes al en que se tenga noticia del nombramiento ó al en que se supo la defunción del testador, cuando aquel era ya conocido. (Art. 898).—De aceptación de la herencia cuando el heredero vende, dona ó cede su derecho á un extraño, á todos sus coherederos ó á alguno de ellos, renuncia, aunque sea gratuitamente, en beneficio de uno ó más de sus coherederos ó renuncia por precio á favor de todos ellos; y cuando habiéndole señalado el Juez término para que acepte ó repudie, deja transcurrir dicho plazo sin hacer manifestación alguna. (Arts. 1.000 y 1.005).—De renuncia del derecho del beneficio del inventario si por culpa ó negligencia del heredero no se principia ó no se concluye aquél en los plazos y con las solemnidades prescritas por la ley. (Art. 1.018).—De pago de los intereses cuando se entrega recibo por el capital, y pago de este cuando se libra resguardo por el último plazo. (Art. 1.100).—De culpa en el deudor si se pierde la cosa estando

aquel en que ésta sea invocada, concurra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren.

Como excepción á la indicada regla general de identidad de cosas, causas, personas y condición de estas, necesaria para que prospere la presunción de cosa juzgada, consigna la ley, que en las cuestiones relativas al estado civil de las personas y en las de validez ó nulidad de las disposiciones testamentarias, dicha presunción es eficaz contra terceros aunque no hubieren litigado. A primera vista, el precepto no puede ser más justo; descansa en el fundamento racional de que tales asuntos están en relación

en su poder. (Art. 1.183).—De condonación de deuda cuando se entrega el documento privado justificativo del crédito, presumiéndose también que esta entrega se hizo voluntariamente si el documento se hallare en poder del deudor. (Arts. 1188 y 1189).—De remisión de la obligación accesoria de prenda, cuando se devuelve la cosa pignorada ó esta se halla en poder del obligado. (Art. 1191).—De celebración del contrato en el lugar en que se hizo la oferta. (Art. 1262).—De existencia de causa lícita en los contratos, aunque no se exprese. (Art. 1277).—De celebración de los contratos en fraude de acreedores cuando el deudor enagene bienes á título gratuito, ó aunque sea á título oneroso, si lo hiciere después de haberse pronunciado contra él sentencia condenatoria en cualquiera instancia ó expedido mandamiento de embargo. (Art. 1297).—De que son gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer. (Art. 1407).—De que ha sido aprobada y recibida una obra en la parte en que estuviere pagada. (Art. 1592).—De ocultación maliciosa del otorgamiento de la escritura de venta en la enfiteusis, cuando no se presenta al Registro dentro de los nueve días siguientes al de su fecha. (Art. 1638).—De gratuidad en el mandato á falta de pacto en contrario. (Art. 1711).—De gratuidad en el depósito si no se pacta retribución. (Art. 1760).—De inexistencia de permiso para servirse ó usar de la cosa depositada. (Art. 1768).—De culpa en el depositario, si habiéndole entregado la cosa cerrada ó sellada, la devuelve con el sello ó la cerradura forzados. (Art. 1769).—Y de error en el pago cuando se entregó cosa que no se debía ó que ya estaba pagada. (Art. 1901).

directa con el interés público y de que es imposible volver sobre lo resuelto sin producir con ello graves y trascendentales trastornos; pero á pesar de la justicia de esta disposición, que no negamos, hay que reconocer que con ella pueden causarse irreparables daños, privando de toda defensa á quienes vienen á sufrir, aunque de un modo indirecto, las consecuencias de una resolución dictada sin audiencia suya.

Donde más se manifiesta este gravísimo inconveniente es en relación con la nulidad de los testamentos autorizados por Notario, pues aunque éste no responde de la que afec-te al fondo, á no ser que hubiere intervenido en ella maliciosamente, sí viene obligado á indemnizar de daños y perjuicios cuando proceda dicha nulidad de la falta de las solemnidades establecidas en el mismo Código, respecto de las que no le es posible alegar ignorancia. En tal caso, si los herederos abintestato litigan con los testamentarios para conseguir esa declaración de nulidad, el Notario no puede ser parte en el procedimiento, porque contra él no se entabló la demanda, y porque carece de personalidad para comparecer en aquel juicio, sin embargo de ser el más interesado en defender la validez de la disposición testamentaria que se impugna. En cambio, si después de fallado definitivamente el pleito declarando la nulidad del testamento, le demandan los instituidos en él para que les indemnice del perjuicio sufrido, no le es lícito ni posible alegar la validez de la última disposición que autorizó, porque le saldrá al paso el citado artículo del Código, que hace inatacable la cosa juzgada, y habrá de ser víctima, ya de la connivencia maliciosa, ya del descuido ó la desidia con que procedieron los que á él le demanden.

De una parte, si se admite la interpretación antes dada al precepto del Código, resulta inícuo que el Notario sea condenado sin ser oído, sin darle medios de defensa para evitar su responsabilidad, que tal vez represente un valor superior al de su patrimonio; de otra, si se entiende

que la declaración de nulidad no impide el que el fedatario, al ser demandado, pueda sostener la validez de la escritura testamentaria que ante él se otorgó, podría darse el caso de que, dictándose dos sentencias contradictorias, los instituidos en el testamento perdiesen la herencia, porque aquel se declaró nulo á instancia de los herederos abintestato; y el derecho á ser indemnizados, porque se estimase válido en el pleito promovido al Notario.

El conflicto no tiene más que una solución que debe dársele en la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil, estableciendo como aplicable á estos litigios un procedimiento análogo al que el artículo 1482 del Código fija para la citación de evicción en las ventas, imponiendo en él á los demandados, si quieren después repetir contra el Notario, la obligación de solicitar que dentro del término señalado por la ley para contestar á la demanda, se emplace á aquel, á fin de que comparezca y la conteste, si lo estima oportuno, y se le tenga por parte en las actuaciones sucesivas, si se le personare.

CAPITULO XX.

DE LA DOTE NECESARIA

SUMARIO: *Concepto y crítica de esta institución.—*
Procedimiento para exigir el pago y determinar la cuantía
de la dote necesaria.

Concepto y crítica de esta institución.—Sin otro fundamento para ello que la desconfianza de que el afecto paternal no cumpla espontáneamente los deberes que este vínculo de parentesco impone para con las hijas, cuando van á contraer matrimonio, consérvase en nuestro Código la dote necesaria, no con el carácter que en el Derecho Romano tenía de obligación de ineludible cumplimiento, como medio de constituir un patrimonio á la mujer, que al romper con sus nupcias el vínculo de cognación perdía todo derecho á la herencia de sus ascendientes, y de proporcionarla recursos, en el caso allí tan frecuente, de repudio ó divorcio, sino como una obligación imperfecta, de dudosa exigibilidad, que si por una parte ofende y desprestigia á los padres, de otra resulta ineficaz en la práctica, por no rodear de las necesarias garantías el derecho que se otorga á las hijas.

Dentro de nuestra legislación antigua existían dos sistemas distintos, y aún opuestos, respecto de la obligación de dotar; el primero copiado por las Partidas del Derecho Romano establecía ese deber, como antes hemos dicho, de una manera ineludible, dando facultades a las hijas para investigar la fortuna paterna y hacer efectivo el importe de su dote; el segundo, inspirado en el Derecho Germano, era el que sancionaba una ley de la Novísima Recopilación, que sin determinar el límite mínimo de la dote, fijaba el máximo en el importe de la legítima, prohibiendo toda mejora expresa ó tácita por razón de matrimonio, al objeto de impedir que el excesivo afecto de los padres para con una de sus hijas, ó el deseo de proporcionarlas una colocación ventajosa, pudiese perjudicar á los demás descendientes y legitimarios.

El Código vigente parece decidirse por el primer sistema, al disponer en sus artículos 1340 y 1341, que el padre ó la madre, ó el que de ellos viviese, están obligados á dotar á sus hijas legítimas, fuera del caso en que estas se casasen sin su consentimiento, cuando necesitan obtenerlo, y ha de consistir esta dote obligatoria en la mitad de la legítima, escepto cuando tuviere bienes equivalentes á dicha mitad, en cuyo caso cesará esta obligación, debiendo suplir el dotante, si el valor de dichos bienes no llegase á esa cuantía, lo que falte para completarla. Pero aunque con estos preceptos, en apariencia se establece un límite mínimo de la dote que los padres están obligados á constituir, el legislador tuvo miedo de permitir á las hijas, y más todavía á sus maridos, que pudieran hacer efectivo tal derecho hasta sus últimas consecuencias, acadiendo á procedimientos que están en abierta oposición con los debidos respetos filiales, y dejó sin efecto su mandato, de un modo indirecto, al prohibir en todo caso la pesquisa de la fortuna de los padres para determinar la cuantía de la dote.

Somos decididos enemigos de la conservación en las

leyes positivas, de instituciones que, como la presente, constituyen una intromisión indebida de la ley en el derecho interno y privativo de la familia, pero de aceptar el criterio opuesto, debió hacerse de una manera franca, autorizando á las hijas para que judicialmente pudieran exigir el importe de la dote, que debió fijarse con relación al caudal del obligado á constituirla, en el momento en que tuviera que cumplir dicha obligación.

Al no hacerlo así el Código ha escrito inútilmente los artículos comentados, dejando á merced de los padres la fijación de la cuantía de la dote, con imperdonable olvido del principio de derecho que previene, que las obligaciones establecidas en la ley deben ser de tal naturaleza, que no pueda eludirse el cumplirlas.

Con razón ha dicho un autor que no cabe idear nada más ineficaz que la dote obligatoria establecida en el Código, y al mismo tiempo mas perturbador en la práctica, de la institución dotal, con desprestigio de la autoridad paterna. En la imposibilidad de comentar con la debida extensión esas reglas jurídicas, sintetizaremos su crítica haciendo notar: 1.º Que no se determina bien si la obligación es conjunta en ambos padres, que deben contribuir á ella en la misma proporción, ó solo de la madre en defecto de bienes de fortuna de su cónyuge. 2.º Que al fijar la cuantía de la dote en la mitad de la legítima se ha elegido un tipo indeterminado é incierto, puesto que en realidad la legítima no existe hasta que con la muerte se abre la sucesión de los padres, no siendo posible determinar y apreciar en vida de estos su importe, ni aún presumirle, porque depende de los actos de libre disposición de sus bienes que aquellos tienen derecho á realizar mientras existan. 3.º Que al emplear la locución de legítima rígorosa, se usa un término impropio, puesto que en el tratado de sucesiones no se distingue entre legítimas rígorosas y legítimas amplias, y aunque bien se comprende

que quiere aludirse al tercio del caudal de los padres, esto no exime de la falta de propiedad en el lenguaje, que puede dar lugar á incidentes y discusiones enojosas. Y 4.º Que siendo la dote obligatoria una consecuencia del derecho á legítima, una especie de anticipo de esta, es inconsecuente el Código con otros de sus preceptos, al no obligar á los padres á que doten también á sus hijas naturales, puesto que se las ha reconocido la condición de herederas forzosas y legitimarias al regular el derecho sucesorio.

Procedimientos para exigir el pago y determinar la cuantía de la dote necesaria.—El Código, después de prohibir la investigación de la fortuna paterna, previene que los Tribunales harán la regulación de la dote, sin más trámites que recibir las declaraciones de los mismos padres donantes y las de los parientes más próximos de los hijos, varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna, residentes en la misma localidad ó dentro del partido judicial, añadiendo que á falta de parientes mayores de edad resolverán los Tribunales á su prudente arbitrio, solo con las declaraciones de los padres.

Con respecto á esta disposición de derecho adjetivo son observaciones pertinentes: 1.ª Que es extraño que se califique de acto de jurisdicción voluntaria un procedimiento destinado á exigir judicialmente el cumplimiento de una obligación, y que en su lugar, debió establecerse un juicio de tramitación sumarísima y verbal ante el Juez de primera instancia, en el que solo fueran admisibles las alegaciones de la hija demandante y de los padres demandados, no permitiéndose otras pruebas que las declaraciones de los parientes á que se refiere el Código. 2.ª Que no se ha previsto el caso de que el padre se niegue á dotar á la hija por tener esta bienes equivalentes á la mitad de su legítima, siendo dudoso si en tal supuesto

será lícito averiguar á cuanto asciende el patrimonio de la misma por medios distintos que las declaraciones de los parientes, ya que la lógica y la equidad parecen indicar que lo que se prohíbe respecto del padre no debe permitirse en cuanto á la hija, aunque el silencio de la ley sobre punto tan esencial deje amplio campo á toda clase de interpretaciones. 3.^o Que es muy anómalo se acuda al testimonio de los parientes cuando estos residan en la misma localidad que el padre ó dentro del partido judicial y se prescindan de dicho testimonio cuando la residencia de aquellos fuese otra, sin que esta distinción pueda obedecer, ni al deseo de evitar molestias á tales parientes, puesto que cabe acudir al medio de los exhortos, ni á la presunción de que por residir en punto distinto desconozcan las condiciones de fortuna y posición de los padres, pues puede darse el caso de que solo por estar presentes sean oídos parientes remotos y que tal vez no sostengan ninguna relación con la familia, y en cambio se prescindan de los más inmediatos, como los hermanos y los tíos, en consideración á su ausencia. 4.^a Que para que las declaraciones de tales parientes ofrecieran garantías de imparcialidad, ha olvidado el Código el excluir á los hermanos de la que pretenda la dote, que por regla general será á los que se oiga, por ser los parientes más próximos, cuando precisamente tienen un interés opuesto al de aquella y han de tender en sus manifestaciones á que se reduzca, cuanto fuere posible, la cuantía de dicha dote. 5.^a Que el haber designado un pariente de cada línea, lejos de conducir al mayor acierto en la resolución dará motivo á que rara vez coincidan en sus manifestaciones los declarantes y á que ante la contradicción de sus testimonios, el Juez encargado de resolver, no pueda atenerse á ninguno de ellos para formar criterio. Y 6.^a Que el dejar al prudente arbitrio de los Tribunales la fijación de la dote, cuando solo sean oídos los padres, no permite que

esa facultad discrecional pueda ejercerse bien y acertadamente, ya que, ó el juzgador habrá de aceptar lo que aquellos digan, en cuyo caso mejor hubiera sido dejar á la libre voluntad de los mismos el cumplimiento del deber moral de dotar á su hija, prescindiendo de este procedimiento vejatorio é inútil, ó en vez de prudente arbitrio será caprichosa arbitrariedad la que inspire las resoluciones del Juez, toda vez que al disentir de la manifestación de los padres no podrá apoyarse en ningún dato ni fundamento racional.

La tramitación de estos expedientes habrá de someterse, en sus líneas generales, á la de los actos de jurisdicción voluntaria, incoándose á petición de la que reclame la dote ó de su cónyuge, por medio de escrito en el que consignará la filiación y domicilio de los padres y la de los dos parientes que hayan de ser oídos, en el caso de que los hubiere varones y mayores de edad con residencia dentro del partido judicial. El Juez dispondrá la citación de unos y otros, y después de recibirles declaración, que deberá versar sobre el importe del caudal del obligado á dotar y número de hijos ó descendientes con derecho á legítima que este tenga, dictará auto fijando la dote que haya de percibir la reclamante.

Esta se determinará precisando lo que se estime ser la fortuna actual del dotante y dividiendo la sexta parte de ella por el número de legitimarios.

Contra dicho auto podrá interponerse el recurso de apelación, en uno ó en ambos efectos, que respecto de las resoluciones que ponen término á los expedientes de esta naturaleza, conceden los artículos 1819 y 1820 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

CAPITULO XXI.

DE LA SEPARACIÓN DE BIENES DE LOS CÓNYUGES Y DE SU ADMINISTRACIÓN POR LA MUJER DURANTE EL MATRIMONIO.

SUMARIO: I. De la separación de bienes de los cónyuges. — *Casos en que procede y forma de acordarla judicialmente.*

II. De la administración por la mujer de los bienes del matrimonio. — *Cuando le corresponde y forma de conferírsela.*

III. De la licencia judicial necesaria para la enajenación ó gravamen de bienes inmuebles ó valores, por la mujer, separada de su marido ó administradora de los bienes del matrimonio.

I.

DE LA SEPARACIÓN DE BIENES DE LOS CÓNYUGES

Casos en que procede y forma de acordarla judicialmente.—La plausible novedad introducida por el Código autorizando la libertad de estipulaciones para el régimen económico de la sociedad conyugal, es causa de

que la separación de bienes entre marido y mujer pueda fundarse en la voluntad de ambos, solemnemente declarada al otorgar sus capitulaciones; pero no nos referimos aquí á esta situación normal dentro del matrimonio, que no tiene ninguna relación directa ni indirecta con el enjuiciamiento, sino á aquella otra en que la separación de bienes es consecuencia de otros hechos que han alterado esencialmente las relaciones conyugales, dando motivo á que se acuerde judicialmente este régimen escepcional del patrimonio familiar.

En tres casos establece el Código la facultad de que uno de los cónyuges pueda solicitar de los Tribunales esta separación de bienes: 1.º Cuando el otro cónyuge hubiere sido condenado á una pena que lleve consigo la de interdicción civil. 2.º Cuando hubiere sido declarado ausente. 3.º Si hubiere dado causa al divorcio.

Como de lo anteriormente expuesto se deduce, ha de preceder siempre á la separación de bienes un procedimiento judicial terminado por sentencia ó auto firme, ya sea este el juicio criminal en que se imponga la pena de interdicción, ya el expediente de declaración de ausencia, ya el juicio de divorcio seguido, según la forma del matrimonio, ante los Tribunales eclesiásticos ó seculares. Por consiguiente, la providencia judicial acordando la separación de bienes, es un trámite de ejecución de sentencia, si bien cuando esta ha sido dictada por los Tribunales de otro fuero, como el eclesiástico, ó de otra jurisdicción, como la penal, es lógico que no puedan aquellos llevar á efecto sus resoluciones en cuanto afectan á intereses ó relaciones puramente civiles, y que haya necesidad de acudir al Tribunal á quien está cometido conocer de las cuestiones de esta naturaleza.

Por tales motivos encontramos justificado que el artículo 1435 del citado Código disponga, que para decretar la separación de bienes, baste con presentar al Tribunal civil la

sentencia firme contra el cónyuge culpable ó ausente, y aún hubiera podido prescindir de este trámite cuando la separación es resultado de la declaración de ausencia ó del divorcio de los civilmente casados, en cuyo caso, la sola comparecencia del cónyuge presente ó inocente ante el Juez que conoció del pleito principal, pidiendo decreto la separación de bienes en virtud de la sentencia ó auto firme recaído contra el culpable ó ausente, debiera ser bastante para acordar dicha separación, siendo innecesario acompañar la ejecutoria y formar un nuevo expediente.

Lo que no tiene justificación es, que en contradicción con esta doctrina, diga otro artículo del mismo Código— el 1437—que la demanda de separación de bienes y la sentencia firme en que se declare, deberán anotarse é inscribirse en el Registro de la propiedad, si recayesen sobre bienes inmuebles, pues de dicha disposición se desprende que para obtener tal separación hay necesidad de presentar una demanda y de seguir un juicio que termine por sentencia.

No nos explicamos como podrán armonizarse en la práctica estos dos preceptos; el primero ordena al Juez que tan luego se le presente la sentencia firme de interdicción, ausencia ó divorcio, con la petición correspondiente, acuerde la separación de bienes; el segundo supone la necesidad de interponer una demanda y seguir un juicio, pero ante la inutilidad de éste, pues nada hay en él que discutir, creemos que huelga la interposición de formal demanda y su anotación en el Registro, y que el Juzgado deberá acordar, desde luego, la separación de bienes á petición de parte legítima, siendo esta resolución inscribible tan pronto se haga firme.

II.

DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA MUJER DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO.

*Cuando le corresponde y forma de conferirse-
la.*—La separación de bienes de los cónyuges produce, como primero y principal efecto, la disolución de la sociedad de gananciales, que deberá ser liquidada, pero como esta disolución no tiene la extensión y alcances que la que sobreviene cuando la muerte rompe el vínculo matrimonial, toda vez que tanto el marido como la mujer han de atender recíprocamente á su sostenimiento, al de la prole y á la educación de esta, ha tenido necesidad la ley de dictar reglas acerca de la administración de dichos bienes, especialmente cuando se transfiere á la mujer, por haber sido ella quien solicitó y obtuvo la separación.

De los tres casos en que dicha separación procede á intancias de la mujer, interdicción y ausencia del marido y divorcio á que este hubiese dado motivo, solo en los dos primeros se encomienda á aquella la administración de los bienes del matrimonio, porque en el último, cada uno de los cónyuges recobra su patrimonio y lo administra por sí.

También autoriza el Código á los Tribunales para que confieran la administración á la mujer, con las limitaciones que estimen convenientes, cuando el marido se hallare absolutamente impedido para administrar por sí y no la hubiere encomendado á otra persona, ó si estuviere prófugo ó declarado rebelde en causa criminal. La forma de obtener en tales supuestos la autorización judicial para administrar, no puede ser otra que la de un

expediente de jurisdicción voluntaria, y aunque nada preceptúa el Código sobre este particular, creemos aplicables á tal procedimiento las disposiciones del Título I Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil; con arreglo á ellas habrá de incoarse el expediente á instancias de la mujer que solicite la administración, debiendo ser parte en el mismo el Ministerio público y versar las pruebas sobre el impedimento físico del marido ó su cualidad de prófugo ó rebelde, que únicamente podrá acreditarse con el testimonio de la resolución dictada por Juez militar ó civil competente.

III.

DE LA LICENCIA JUDICIAL NECESARIA PARA LA ENAGENACIÓN Ó GRAVAMEN DE BIENES INMUEBLES Ó VALORES, POR LA MUJER, SEPARADA DE SU MARIDO Ó ADMINISTRADORA DE LOS BIENES DEL MATRIMONIO

Como restricción á la capacidad civil de la mujer, tanto en los casos de separación de bienes, judicialmente decretada, cuanto en aquellos en que la corresponda administrar los del matrimonio, previene el artículo 1444 del Código, que no podrá enagenar ni gravar bienes inmuebles sin la previa licencia judicial, debiendo justificar para obtenerla, la conveniencia ó necesidad de la enagenación ó gravamen.

La tramitación de este expediente ofrece grandes analogías con el que regula la Ley procesal y otros artículos del Código para la enagenación de bienes de menores, el cual fué objeto de nuestro estudio en el Capítulo VII de este libro, por lo que no hemos de reproducir lo allí expuesto, bastando con esta mera referencia; pero como en algunos

casos el marido que tiene interés directo en esos asuntos puede no estar privado de capacidad para comparecer en juicio, nos parece que el Código debió indicar, que cuando así acontezca, se le conceda audiencia en el expediente, á fin de que formule los reparos ú objeciones que estime pertinentes á la pretensión de la mujer. Iguales trámites habrán de cumplirse para la enagenación y gravamen de valores públicos y créditos de empresas y compañías mercantiles, pero para evitar los perjuicios que pueda sufrir el caudal administrado con el aplazamiento de la enagenación, que supone el cumplimiento de dicha formalidad, autoriza que se haga aquella con intervención de agente ó corredor, consignando el precio en depósito judicial hasta que recaiga la aprobación del Juez ó Tribunal competente, siendo responsable personalmente el agente ó corredor si no se hiciese la consignación ó depósito.

CAPITULO XXII.

DEL RETRACTO LEGAL

SUMARIO: *Concepto del retracto legal y diferencias que le distinguen de las ventas á carta de gracia.—Clases del mismo.—Orden de preferencia para retraer.—De la demanda de retracto y término para interponerla, según la Ley de Enjuiciamiento civil.—Modificaciones introducidas en esta materia por el Código.—¿Está vigente el artículo de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre prórroga de plazo para interponer la demanda en caso de ausencia?—En qué concepto debe entenderse la palabra inscripción para contar el término del retracto.—¿Deben computarse en el término para ejercitar el retracto los días inhábiles?—Requisitos de la demanda.—Documentos que deben acompañarse á ella.—Consignación del precio ó constitución de la fianza.—Celebración del acto conciliatorio y tramitación del juicio.—Forma de regular el importe de los gastos y mejoras que han de reembolsarse al comprador cuando haya lugar al retracto.—Pago de costas.*

Concepto del retracto legal y diferencias que le distinguen de las ventas á carta de gracia.—Aparece el retracto en las legislaciones primitivas como una con-

secuencia de la organización de la familia y de la propiedad colectiva, sirviendo de limitación impuesta á la facultad de disponer por acto entre vivos para impedir la desmembración del patrimonio familiar, por lo que son sus primeras formas las del retracto de sangre ó de abolengo. Extiéndese después esta institución á personas y cosas extrañas á la familia y se muestra entonces como una de las facultades propias de los dueños útil y directo en la enfiteusis y de los condóminos ó comuneros, teniendo por finalidad, en tales casos, reunir en una sola mano la propiedad dividida, ó poner término á la comunidad de bienes.

El Código civil, inspirado en los principios exageradamente individualistas que predominaban á principios del siglo pasado, ha desterrado de nuestra legislación el retracto gentilicio, siguiendo con ello el criterio de aquellos que le reprobaban por odioso y contrario á la libertad del propietario, sin pensar, que regulado, no en la forma en que lo estaba por nuestras leyes tradicionales, sino en otra más en armonía con la organización de la familia moderna y de la propiedad perteneciente á esta entidad jurídica, aún hubiera podido cumplir fines de gran importancia social.

El retracto, en la propia acepción de esta palabra, es un derecho real, limitativo del dominio, que compete á ciertas personas para quedarse por el tanto con la cosa vendida á otra, ó como dice el Código, para subrogarse con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra ó dación en pago; pero ya se aprecie como derecho real ya como condición resolutoria del contrato de compra-venta establecida por la ley en beneficio de determinadas personas, hay ante todo que distinguirla y diferenciarla de las ventas con pacto de retro, llamadas á carta de gracia, cuyos caracteres, origen y naturaleza jurídica, no permiten confundirlas con aquel. Por esto es digno de censura el Código patrio que regula

en un mismo capítulo la doctrina porque han de regirse ambas instituciones, cuando el retracto legal debió haber sido objeto de un título especial destinado á estudiarle como derecho real en el Libro que se ocupa de la propiedad y de sus modificaciones, reservando el tratar del pacto de retroventa para el título destinado al contrato de compra, al que puede aquel adicionarse mediante la estipulación del rescate de la cosa vendida, siempre que se devuelva el precio.

Las diferencias entre el impropriamente llamado por el Código retracto convencional y el legal no pueden ser mayores. Derívase el uno de la voluntad, tiene el otro su origen en la ley; responde aquel á razones de interés privado, éste á motivos de conveniencia ó utilidad pública; es el primero inherente á la condición de propietario de la cosa que se ha de retraer y el último establécese precisamente en beneficio de los que nunca la han tenido bajo su propiedad; y mientras el convencional suele utilizarse tan solo como medio de disfrazar préstamos usurarios, por lo que resulta odioso y debe restringirse, el legal, que favorece en unos casos la desaparición de la propiedad dividida y tiende en otros á remediar la excesiva disgregación de los predios rústicos, es beneficioso y aún debiera ampliarse á otros casos, como medio de estimular la propiedad colectiva.

Clases de retracto.—La falta de método científico en la formación del Código civil hace que éste, en vez de agrupar en una sola sección las reglas aplicables á las diversas clases de retracto legal, se ocupe de ellas en distintos lugares y á propósito de otras instituciones, con las que guarda relación. Enumeradas dichas clases de retracto por el orden con que aparecen en el articulado de la ley, son las siguientes:

1.º El de coherederos, que autoriza á estos para adquirir por el mismo precio en que se vendiere á un extraño

la porción hereditaria correspondiente á cualquiera de ellos, antes de hacerse la partición. (1)

2.º El de comuneros ó condueños, que procede en el caso de enagenarse á una persona que no tenga partición en la cosa común la parte de todos los demás condueños, ó la de alguno de ellos. (2)

3.º El de propietarios de tierras colindantes no separadas por arroyos, acequias, barrancos, caminos ó servidumbres aparentes, que pueden ejercitar aquellos, cuando se trate de la venta de una finca rústica limitrofe, cuya cabida no exceda de una hectárea. (3)

4.º El de crédito litigioso que concede al deudor el derecho de extinguir su obligación, reembolsando al cesionario ó comprador de dicho crédito el precio que pagó, los intereses del mismo desde el día en que fué satisfecho y las costas que se hubieran ocasionado. (4)

Y 5.º El que corresponde recíprocamente al señor directo y al enfiteuta, para adquirir el derecho enagenado por uno de ellos á un tercero en el precio que la enagenación haya tenido. (5)

Orden de preferencia para retraer.—Entre las diversas clases de retracto, cuando se dieren conjuntamente con ocasión de una misma venta, el de comuneros tiene preferencia sobre el del dominio util y directo y éste á su vez excluye el de colindantes. Si dos ó más copropietarios ó coherederos quieren usar á un tiempo del retracto, solo

(1) Art. 1007.

(2) Art. 1522.

(3) Art. 1523. Este retracto, conocido también con los nombres de retracto de asuncanos ó aldeaños, constituye una novedad en nuestro derecho, en el que se ha introducido para evitar los enormes perjuicios económicos que produce la excesiva subdivisión de la propiedad rústica y servir de estímulo que facilite la agrupación de pequeñas parcelas.

(4) Artículo 1525.

(5) Artículo 1528.

podrán hacerlo á prorrata de la porción que cada uno tenga en la cosa común ó en la herencia, y cuando dos ó más colindantes utilizasen dicho derecho respecto de la misma finca, será preferido el propietario del predio de menor cabida ó el que lo solicite primero, si sus fincas la tuvieren igual.

De la demanda de retracto y término para interponerla según la Ley de Enjuiciamiento civil.—Dicha ley, que incluyó entre las disposiciones porque se rige este juicio especial, algunas de carácter esencialmente sustantivo, derogadas ó modificadas hoy por los preceptos del Código civil, dispone, que el escrito de demanda habrá de ser presentado dentro de nueve días contados desde el otorgamiento de la escritura de venta y cuando ésta se hubiere ocultado con malicia, desde el día siguiente al en que se acreditase que había tenido conocimiento de ella el retrayente, considerando maliciosa la ocultación de la venta si no se inscribió oportunamente en el Registro, en cuyo caso habría de contarse el plazo desde la presentación de la escritura en dicha oficina. No residiendo el retrayente en el lugar del otorgamiento de la escritura, tenía, para deducir su demanda, además de los nueve días, uno por cada treinta kilómetros que distase del de su residencia dicho pueblo.

El secreto del protocolo y la dificultad consiguiente de que un tercero extraño al contrato tuviera conocimiento de su celebración, hacía muy problemática la posibilidad de ejercitar esta acción dentro del término fijado por la ley, y aunque para acudir á tal inconveniente se reputaba maliciosa la venta no inscrita oportunamente teniéndose entonces como fecha de origen del derecho la de la presentación de la escritura en el Registro, era motivo de cuestiones y daba lugar á innecesarios incidentes la vaguedad de esos dos conceptos de malicia y oportunidad.

Modificaciones introducidas en esta materia por

el Código.—Ha variado éste la doctrina antes expuesta, estableciendo distintos plazos para la presentación de la demanda, según la clase de retracto en que se funde la acción.

En el de comuneros y condueños el plazo para retraer es de nueve días contados desde la inscripción de la escritura en el Registro, y en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento del otorgamiento de la misma. Igual término se concede á los propietarios colindantes en los casos en que se les reconoce derecho á retraer.

En el procedente de censo enfiteútico es necesario distinguir, según el que trate de enagenar su dominio haya avisado ó nó al otro condueño, para que ejercite el tanteo. Si medió dicho aviso, el dueño directo ó útil que no usó del derecho de tanteo podrá utilizar el de retracto dentro de los nueve días útiles siguientes al del otorgamiento de la escritura de venta, y si éste se ocultó, en el mismo término, contado desde la inscripción de dicha escritura en el Registro de la propiedad, ocultación que se presume de derecho si nó se presenta el citado documento en el Registro dentro de los nueve días siguientes al de su autorización. Si la enagenación se hubiere realizado sin el previo aviso de que antes hemos hecho mérito, el señor directo ó el dueño útil, en su caso, podrán retraer la finca vendida siempre que presentasen la demanda en el plazo de un año, contado desde la inscripción de la venta en el Registro. Cuando la finca sujeta á este gravamen se vendiese judicialmente, el término para el tanteo será el fijado en los edictos anunciando la subasta, y el del retracto el de los nueve días que subsigan al del otorgamiento de la escritura, sin que en este caso haya necesidad de dar aviso por la publicidad con que se hace la venta.

El retracto de crédito litigioso ha de utilizarle el deudor en el término de nueve días contados desde que el cesionario le reclame el pago de la deuda.

Finalmente el que asiste á los coherederos para adquirir la porción de herencia vendida por cualquiera de ellos á un extraño, antes de la partición, ha de ser utilizado en el plazo de un mes contado desde que se les haga saber la venta.

¿Está vigente el artículo de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre prórroga de plazo para interponer la demanda en caso de ausencia?—De lamentar es que no se haya conservado la prórroga del plazo que concedía al ausente dicha ley, de un día más por cada treinta kilómetros de distancia, refiriendo esta, no á la que medie entre el domicilio del retrayente y el lugar en que se autorizó la escritura, si no á la existente entre aquel y la capitalidad del distrito hipotecario en que se hallen instaladas las oficinas del Registro, que son las que han de servir á dicho interesado como centro de información. El criterio de algún comentarista de que debe estimarse vigente el artículo 1619 de la Ley de Enjuiciamiento civil que concede dicha prórroga, es á nuestro entender equivocado, porque afectando como afecta dicha disposición, más que á la forma de ejercitar el retracto, al fondo, á la esencia de este derecho, puesto que influye en su caducidad y en la prescripción de la acción, hay que conceptualarla derogada por el Código, como lo está el párrafo 1.º del artículo que la precede, con el que tiene íntima relación.

En qué concepto debe entenderse la palabra inscripción para contar el término del retracto.—El plazo para interponer la demanda empieza á correr desde la fecha de la inscripción de la escritura en el Registro, pero como la palabra inscripción se emplea en la Ley Hipotecaria en dos acepciones distintas, una ámplia que comprende todos los asientos que se hacen en aquel á saber: el de presentación, la inscripción propiamente dicha, la cancelación, la anotación preventiva y hasta las notas marginales;

y otra estricta que se refiere al asiento donde se consignan de una manera solemne y permanente las adquisiciones y trasmisiones del dominio y demás derechos reales, ocurre la fundadísima duda de en cual de dichas acepciones la habrá usado el artículo del Código de que nos ocupamos, esto es, si el plazo de nueve días deberá contarse desde que se extienda en el diario el asiento de presentación de la escritura de venta ó dación en pago ó desde que se haga la inscripción de ella en el libro Registro. De interpretar literalmente las palabras de la ley hay que convenir en que el término no empieza á correr hasta que esté hecha la inscripción propiamente dicha, hasta que el Registrador, después de examinar y calificar el título, proceda á inscribirle, siendo la fecha de este asiento definitivo la que debe servir de punto de partida para hacer el cómputo; pero si se atiende al espíritu que inspira la mencionada disposición legal, si se tiene en cuenta que la finalidad del plazo en ella establecido no es otra que la de facilitar al retrayente el conocimiento del contrato, debe reconocerse que el asiento de presentación es suficiente para llenar este objeto, y que desde la fecha del mismo asiento hay que contar el término de nueve días. En abono de esta última opinión puede invocarse una razón legal convincente. El art. 28 de la citada Ley Hipotecaria, que considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que esta produce la del asiento de presentación.

¿Deben computarse en el término para ejercitar el retracto los días inhábiles?.—Discútese entre los que se dedican á esta clase de estudios si los días señalados para ejercitar el retracto deben ser naturales ó si han de contarse tan solo los hábiles, excluyendo los festivos y aquellos otros en que, según la Ley orgánica del poder judicial, vacan los Tribunales y Juzgados. Apoyado este último criterio en la consideración de que el término para retraer debe estimarse de carácter judicial, por ser el pla-

zo marcado para interponer la demanda, podía admitirse mejor cuando regían sobre la materia los artículos de la Ley de Enjuiciamiento civil, pero siendo aplicables ahora los del Código, creemos que la cuestión ha de resolverse con arreglo á lo preceptuado por éste en su artículo 7.º que previene, que si en las leyes se habla de días, se entiendan estos de veinticuatro horas sin distinguir entre festivos y no festivos, y por consiguiente, no deben descontarse los inhábiles (1)

Alguna dificultad ofrecerá la aplicación de esta doctrina en el caso de que el último día del término sea feriado, puesto que la Ley de enjuiciar prohíbe actuar en asuntos civiles los días inhábiles, pero en realidad esto no es argumento, pues con la presentación de la demanda en el Juzgado *no se realiza ninguna actuación*, y además, el caso es análogo al de la presentación de escritos en el último día de cualquier término judicial, que deben admitirse aún cuando se entreguen en las últimas horas de la noche, no obstante que solo se entienden hábiles para los asuntos civiles las que median desde la salida á la puesta del sol.

Requisitos de la demanda.—El escrito en que se interponga aquella ha de someterse en su forma á las prescripciones del artículo 524 de la Ley procesal, exponiendo en párrafos enumerados los hechos y fundamentos de derecho y formulando con claridad y precisión la súplica, que tendrá por objeto pedir se declare haber lugar al retracto y se mande que el comprador otorgue á favor del demandante la escritura de venta en iguales condiciones y por el mismo precio que hizo la adquisición.

(1) Con razón afirma el Sr. Lastres resolviendo la duda en el mismo sentido, que el plazo como de prescripción, es de 9 días naturales, excepto en el retracto enfiteútico en que el Código se refiere á días útiles; y que no puede decirse que hay verdaderos términos judiciales mientras no se inicie el juicio con la presentación de la demanda.

Aparte de esto, son requisitos especialmente determinados en el artículo 1618 de la Ley adjetiva, los de la consignación del precio, si fuere conocido, ó prestación de fianza de consignarlo cuando se conozca, y el de contraer el compromiso de no enagenar la finca en el término de cuatro ó seis años, según se trate del retracto de condueños ó del enfitéutico.

Esta obligación de no enagenar la finca en dichos términos no es exigible, á nuestro juicio, desde la publicación del Código civil, puesto que se trata de una limitación del derecho de propiedad, materia exclusiva del derecho privado y no del procesal que ha sido derogado en todo lo que no afecte directamente á las formas de enjuiciar por el último artículo del tan citado Código. Así lo entienden también tratadistas tan reputados como los Sres. Alcubilla y Escosura, pero el Tribunal Supremo ha declarado que la omisión de esa formalidad es motivo bastante para que no se dé curso á la demanda. (1) Mucho respeto nos merece la jurisprudencia á pesar de que ha dejado de ser fuente de derecho, pero mientras no se reitere con nuevas decisiones, no creemos deba aceptarse por los Tribunales ese criterio, falto de fundamento doctrinal y opuesto á los buenos principios jurídicos. Sin embargo, preciso será que tengan presente tal interpretación los que hayan de interponer demandas de retracto, pues aunque sea supérfluo y hasta perjudicial y oneroso el contraer el compromiso de no enagenar, puede evitarse con ello la pérdida de la acción.

Documentos que deben acompañar á la demanda.—Para justificar el título en que se funde el retracto, previene la ley que se acompañe á la demanda alguna prueba, aunque no sea cumplida.

Esta justificación que no puede menos de ser documen-

(1) Sentencia de 13 de Noviembre de 1894.

tal, puesto que el mismo artículo ordena se acompañe á la demanda, será diferente según las clases de retracto; en el de condueño, el copropietario que ejercite la acción presentará la escritura en que conste su condominio; el señor directo ó el enfiteuta, la de constitución ó reconocimiento de censo; el propietario colindante, el título de adquisición de la finca limitrofe de su pertenencia, acreditando con él la cabida de aquella y el lindero ó linderos comunes; y el coheredero, el testamento ó la declaración de herederos abintestato; títulos todos ellos que podrán suplirse con la certificación del Registro de la propiedad que justifique se hallan inscritos en él los derechos del retrayente. Aunque la ley no lo ordena estimamos conveniente que también se presente certificación del Registro referente á la inscripción de la venta cuya rescisión se pide, especialmente cuando sea necesario probar que se interpone la demanda dentro de término.

Consignación del precio ó constitución de la fianza.—La Ley de Enjuiciamiento exige antes de acordar sobre la admisión de la demanda, se consigne el precio, siendo conocido, ó en otro caso se dé fianza bastante de consignarlo luego que lo sea. Opina algún autor que el artículo 1.525 del Código en relación con el 1.518 ha venido á adicionar indirectamente lo que aquella preceptúa, puesto que si el retrayente está obligado á reembolsar al comprador, además del precio de la venta, los gastos del contrato y los necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, la consignación ó fianza deberá ser bastante á responder también de dichos gastos; pero desautorizada esta opinión por el Tribunal Supremo que decidió que dicho artículo solo impone la obligación del reembolso de esas cantidades y no su consignación previa, nos atenemos á esta doctrina. (1)

(1) Sentencia de 31 de Diciembre de 1897.

La consignación habrá de hacerse ante el Juzgado al presentar la demanda y el Juez ordenará el depósito de la cantidad en que consista en el establecimiento público destinado al efecto, siendo aplicables á la forma de hacerlo las reglas que expusimos en el capítulo XVIII al tratar de la consignación en pago.

La fianza, solo admisible cuando no se conozca el precio, podrá ser hipotecaria, pignoratícia ó personal; pero si el Juez la admite de esta última clase será bajo su responsabilidad.

Celebración del acto conciliatorio y tramitación del juicio.—Hecho el depósito ó admitida la fianza, se tendrá por intentado el retracto, pero no se dará curso á la demanda hasta después de presentar la certificación de que se ha celebrado sin efecto el acto de conciliación.

Una omisión encontramos en la Ley de Enjuiciamiento sobre este particular, la de que no fije plazo alguno al demandante para la celebración de dicho acto, pues si bien es cierto que con la interposición de la demanda ningún perjuicio se causa al comprador, porque la admisión se aplaza por tiempo indefinido (mientras no caduque la instancia) también lo es que con ese acto queda como en suspenso y en entredicho el dominio de la finca, lo que ha de influir poderosamente en las determinaciones relativas al cultivo de ella y á las mejoras necesarias ó útiles que requiera, pues nadie se decide á realizarlas en un inmueble de que puede verse privado por el retracto. En atención á estas razones de orden económico, creemos que en la reforma de la ley, si no se prescinde de la celebración del acto conciliatorio, debe cuando menos obligarse al retrayente á que le intente dentro de un término prudencial que no exceda de treinta días. Admitida la demanda se tramitará por las reglas especiales que el Código de procedimientos establece en los artículos 1622 al 1630 relativas al emplazamiento, contestación, prueba en su caso,

comparecencia y sentencia, apelable esta en ambos efectos, debiendo seguirse la segunda instancia con arreglo á los trámites señalados para los incidentes.

Forma de regular el importe de los gastos y mejoras que han de reembolsarse al comprador cuando haya lugar al retracto.—Aún estando conformes el demandante y demandado respecto de la procedencia del retracto, cabe que no lo estén en cuanto á la fijación de la cuantía de los gastos hechos, tanto con motivo del contrato como en el cultivo de la finca y con la realización de mejoras necesarias y útiles en ella. En este caso, mientras la ley no venga á determinar concretamente lo que debe hacerse, pueden seguirse dos procedimientos distintos. Uno de ellos determinarlos en la sentencia después de haber sido objeto de discusión y prueba en el juicio; y otro el de aplazar su regulación para diligencias de ejecución de sentencia, limitándose esta á declarar la procedencia del retracto. Esto último nos parece más ajustado á la naturaleza del juicio, que no puede ni debe versar más que sobre si existe ó nó el derecho de retraer. Solo después de declarado firme el fallo, no habiendo conformidad entre las partes acerca de la cuantía de dichos gastos y de si deben ó no reputarse necesarios y útiles, procederá ventilar esa cuestión incidental aplicando por analogía, ó bien lo dispuesto para la ejecución de sentencias cuando existe condena al pago de cantidad ilíquida ó de perjuicios no regulados, ó mejor aún, las reglas dictadas para determinar estos perjuicios en el interdicto, procedimiento mucho más breve y que, sin embargo de su carácter sumario, no está desprovisto de las necesarias garantías.

Pago de costas.—Otro extremo también de importancia y de muy difícil solución es el de la imposición de costas en el caso de que el demandado se allane desde luego, ya en el acto conciliatorio, bien al contestar á la

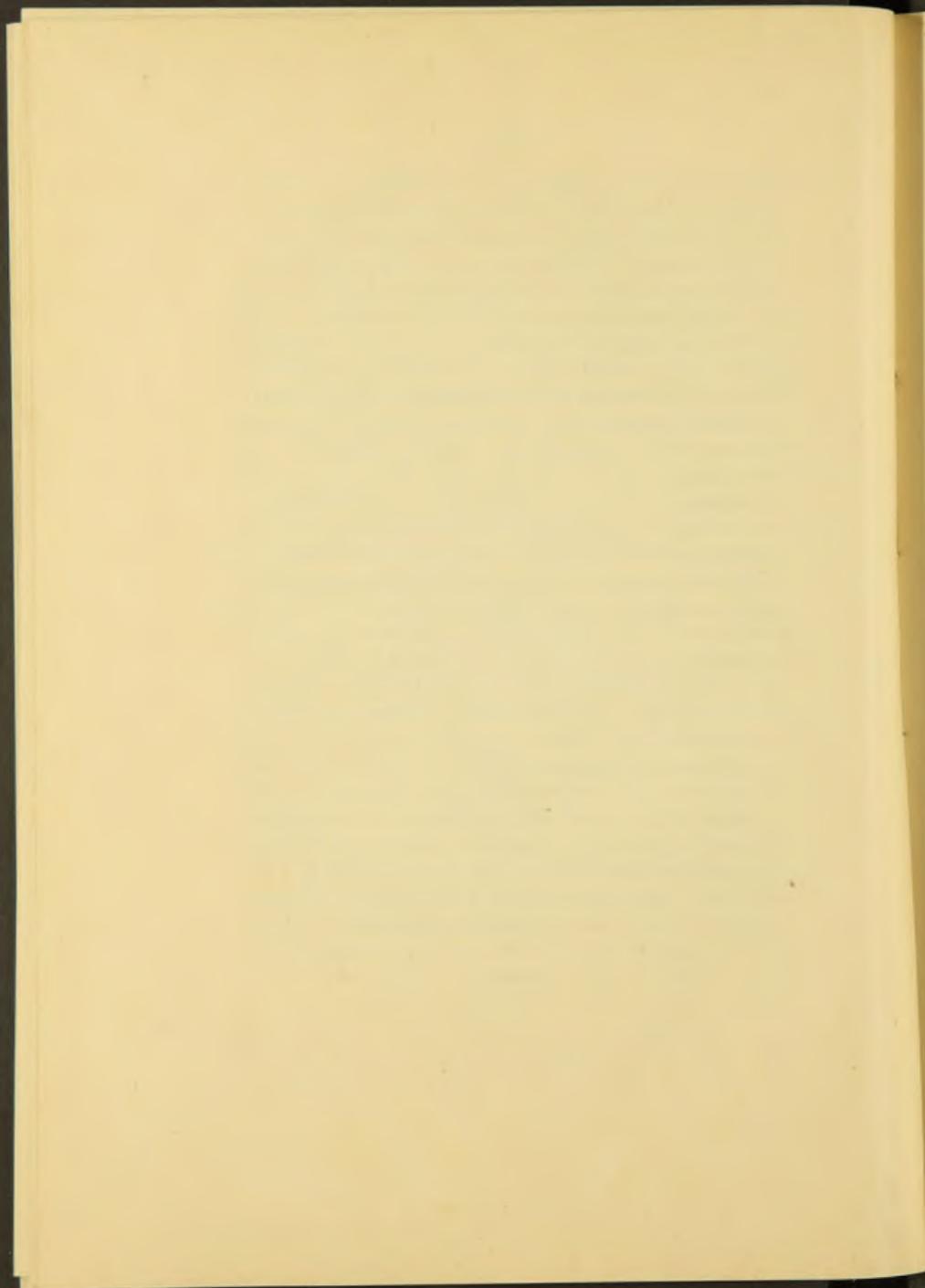
demanda, á otorgar á favor del retrayente la correspondiente escritura de venta, y se oponga tan solo á satisfacer las costas causadas con la presentación de dicha demanda y subsiguientes diligencias. ¿Deberá en tal caso continuar el procedimiento exclusivamente para determinar á quien procede condenar en costas? Así creemos que debe ser porque en realidad, mientras no se allane el demandado de un modo incondicional á todas las peticiones de la demanda, entre las que ordinariamente se incluirá la referente á costas, el juicio debe seguir para resolver sobre los extremos en que no estén conformes las partes. Pero aunque éste sea nuestro criterio de aplicación del derecho vigente, no por ello desconocemos que en realidad viene á desnaturalizarse en tal caso el juicio de retracto y á la vez á hacerse más gravoso, innecesariamente, con la práctica de actuaciones, que con alguna previsión de la ley, hubieran podido evitarse. La dificultad se deriva de no haber impuesto al retrayente la obligación de que dentro de un término breve, que bien pudo fijarse en nueve días, requiera judicial ó notarialmente al comprador para que otorgue á su favor la escritura de venta en otro plazo igual, con la conminación, de que si no lo verifica se presentará la demanda y serán de su cargo las costas á que dé lugar; ó de no haber establecido que se tendría por ejercitado en tiempo el derecho, siempre que durante el plazo que hoy se dá para presentar la demanda, se intente la conciliación ante el Juez Municipal, acudiendo solo al de primera instancia, de no lograrse avenencia en dicho acto, dentro de los nueve días siguientes al de la celebración del mismo.

La falta de estos preceptos ú otros análogos en el Código, motiva que cualquier solución que se adopte sobre imposición de costas en el caso de que tratamos, resulte injusta y onerosa. Condenar al demandado al pago de ellas cuando se allana desde luego á otorgar la escritura,

es poco equitativo, puesto que á la primera noticia que tiene de los deseos del retrayente, de adquirir la finca, se aviene á satisfacerlos, y no mediando culpa por su parte no hay razón para causarle tales perjuicios. Imponer al actor las costas causadas á su instancia, cuando por la conformidad del demandado se demuestra la procedencia de la acción que ejercita, también nos parece de injusticia notoria, toda vez que no hizo más que usar de un derecho que la ley le dá sin que ninguna disposición de la misma le obligue á poner en conocimiento del demandado, antes de interponer la demanda, su propósito de intentar el retracto.

Además, mirando este problema bajo su aspecto práctico, son de notar otros dos graves inconvenientes. La imposición de costas al demandado contribuirá á dificultar la contratación, pues ante el peligro de tener que pagarlas, se rehuirá la adquisición de parcelas de poca cabida. El obligar al actor á que satisfaga las suyas, será causa de que en muchos casos se renuncie al ejercicio de la acción, sobre todo tratándose del retracto de colindantes, que recae sobre predios, cuyo precio, en muchos casos, es menor que el importe de dichas costas.

Pero como en la práctica hay necesidad de dar solución á la cuestión, cuando se plantea, nuestro dictamen es, que no disponiendo la Ley de Enjuiciamiento civil respecto de esta clase de juicios que se haga pronunciamiento expreso sobre costas, no se condene en ellas al demandado que se allanó á las demás peticiones del actor más que cuando éste pruebe, que á pesar de haberle manifestado su intención de retraer se negó extrajudicialmente á otorgar la escritura, obligándole, para conseguirlo, á presentar la demanda.



CAPITULO XXIII.

DEL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS PERSONALES Y DE LOS ACCIDENTES DEL TRABAJO.

SUMARIO: I. Del arrendamiento de servicios personales.
—*Naturaleza excepcional de este contrato.*—*Leyes que deben regirle.*—*Clases de arrendamiento de servicios.*—*Doctrina del Código civil.*—*Principales reglas aplicables al contrato de trabajo que deben incluirse en el Código civil.*

II. De los accidentes del trabajo.—*Ley de 30 de Enero de 1900.*—*Conceto del accidente del trabajo y de la responsabilidad patronal.*—*Extensión y límites de la responsabilidad.*—*Personas responsables: Concepto del patrono.*—*Concepto del obrero.*—*Indemnizaciones: sus clases.*—*Asistencia médica y farmacéutica.*—*Incapacidad temporal.*—*Incapacidad perpétua.*—*Muerte del obrero.*—*Garantias de la responsabilidad; renunciaciones y pactos prohibidos: seguros.*—*Del seguro oficial.*—*Del seguro obligatorio.*—*Del seguro voluntario.*—*Procedimientos para hacer efectivas las indemnizaciones.*—*Procedimiento administrativo.*—*Procedimiento civil.*—*Pago de costas.*—*Procedimiento pena'.*

I.

DEL ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS PERSONALES

Naturaleza excepcional de este contrato.—Entre los diversos órdenes de relaciones jurídicas que pueden crearse bajo la forma legal del contrato, ninguno de tan complejos é importantes efectos como el que se establece con el arrendamiento de servicios, convención que por el carácter inmaterial de las prestaciones que constituyen su objeto, es esencialmente distinta, en cuanto á éste, de las demás que regula el derecho privado, siendo inaplicables á ella muchos de los preceptos por que se rigen las obligaciones contractuales, y principalmente, el que sanciona la ilimitada libertad de estipulaciones, porque la actividad humana no es posible supeditarla de un modo absoluto á la voluntad agena, sin infringir con ello los principios fundamentales de la ética y del derecho natural. (1)

Si esta nota característica que el arrendamiento de servicios ofrece ha hecho siempre difícil su regulación por la Ley civil, ante la imposibilidad de amoldarle á los principios generales por que se rige el derecho de obligaciones, la dificultad sube de punto en los tiempos presentes en que aumenta de modo extraordinario la complejidad de

(1) Por esta razón prohíben la mayoría de las legislaciones el arrendamiento de servicios vitalicio, impidiendo así que el arrendatario pueda constituirse voluntariamente en perpétua servidumbre; y análogos motivos justifican las limitaciones impuestas en las modernas leyes sociales á la libre celebración de este contrato, con el fin de garantizar el derecho de los trabajadores á la vida, ó la seguridad personal, á la instrucción y á la asistencia.

las relaciones entre el capital y el trabajo, por la intervención de factores y causas económicas antes desconocidas y que tanta influencia ejercen en ellas, como la organización de la gran industria, los progresos del maquinismo, la creación de *trusts* ó monopolios industriales, el incremento de la riqueza mueble, la acumulación de la inmueble en grandes propiedades, la carestía de las subsistencias, el excesivo aumento de las contribuciones indirectas que gravan al proletariado, las facilidades que presentan la emigración é inmigración, dando lugar, por falta ó exceso de brazos, á alteraciones muy sensibles en la regulación de los salarios, la formación de sociedades cooperativas de producción, de crédito y de consumo, y la coligación voluntaria de obreros para las huelgas, como medios de resistencia.

Los graves males que originan algunos de esos hechos y el exceso de producción, requieren para su remedio la adopción de medidas legislativas que regulen, bajo bases de justicia, el contrato de que nos ocupamos, y normalicen la situación económica de las clases proletarias, estableciendo un derecho nuevo mas en armonía con los principios de solidaridad social y desechando por anticuado é inícuo el sistema de abstención, que bajo el pretexto de proteger las libertades de contratación y de trabajo, inspira los Códigos vigentes.

El Estado, cuyo concepto en la ciencia es hoy muy distinto del que le atribufan esos Códigos, siguiendo las doctrinas exageradamente individualistas proclamadas por los economistas del siglo pasado, tiene que cumplir funciones tutelares de gran importancia, para compensar con su intervención y con las limitaciones que imponga á ciertos actos, las desigualdades que la distribución de la riqueza produce; y la abstención del poder social en la regulación de las relaciones jurídicas entre ricos y pobres, entre capitalistas y trabajadores, equivale á prestar una

protección injusta é indebida á los que por la posición que les dá su riqueza, pueden imponer condiciones onerosas y convertir en objeto de explotación á los necesitados. Por esto, en la lucha que han sostenido las escuelas jurídicas que representan la antigua doctrina del *laissez faire, laissez passer* y los partidarios de la intervención positiva y directa del poder en las relaciones del derecho civil, por razones, tanto de justicia como de interés y de orden público, el triunfo es de los últimos, habiéndose dictado en la mayoría de los países civilizados, leyes de protección á la clase obrera, para asegurarla, como ha dicho Lurratti, el mínimun de bienestar compatible con la debilidad de la naturaleza humana. (1)

Leyes que deben regir el arrendamiento de servicios.—Es en realidad este un contrato de derecho civil por el que se crean relaciones de orden privado, y que por tanto, debe ser regulado por las leyes y Código civiles,

(1) No podemos nosotros examinar en su total integridad los diversos aspectos que los problemas del trabajo industrial y agrario presentan en relación con la Sociología, la Política, la Economía y el Derecho, ni aún concretarnos á la indicación de los que directamente atañen al derecho civil, por lo que creemos cumplido nuestro objeto, consignando, que aquél ha sufrido una transformación radical bajo la influencia de los nuevos principios que informan las leyes sociales de la mayoría de los pueblos cultos, inspirados en las doctrinas del socialismo científico, llamado también evolutivo, de la cátedra ó del Estado, que tuvieron su origen en Alemania. A esta escuela, cuyos primeros campeones fueron Wagner y Brentano, pertenecen hoy la mayoría de los sociólogos y entre ellos Wollnar, Bernstein y Menger en la misma Alemania, Adler en Austria, Jaurès, Tarde y Millerand en Francia, Vandervelde en Bélgica, Luzzatti y D' Agnano en Italia y Dorado Buyla y Posada en España; y sus teorías vienen á templar las exageraciones y radicalismos, tanto del credo anarquista, cuyos principales propagandistas han sido el príncipe Kropotkine, Juan Grave y Eliseo Reclús, como del socialismo revolucionario que se inspira en las ideas de Carlos Marx, Lasalle, Engels, Bebel y Guesde, y del colectivismo agrario que defienden George y Wallace.

pero el incremento extraordinario que ha tomado la gran industria, de una parte, y de otra, la gravedad é importancia de los conflictos que á consecuencia de ese contrato se producen, ha dado motivo á que pretenda crearse, dentro del derecho privado, una nueva rama del mismo, independiente del civil y traducida en la legislación positiva en Códigos también especiales, bajo los nombres de Código Industrial y Código Agrario, invocando para ello razones acaso más poderosas que las que se tuvieron en cuenta al emancipar como ciencia y legislación excepcionales el derecho y el Código Mercantiles.

Mas si tal empresa es posible acometerla en países como Alemania y Austria, en el nuestro, como dice razonadamente el Sr. Canalejas en su notable preámbulo del proyecto de ley creando el Instituto del trabajo, hay que contentarse, por ahora, con reformas más modestas, debiendo ser la primera y fundamental de todas ellas, la reforma del título del Código civil relativo á la prestación de servicios personales.

Clases de arrendamiento de servicios.—Aceptando la definición del mismo que le considera como un contrato bilateral mediante el que se obliga una persona á la prestación de su trabajo intelectual ó manual, al empleo de su inteligencia ó de su fuerza física, en beneficio del otro contratante, que por su parte se compromete á pagarle la cantidad estipulada en concepto de sueldo, honorarios, jornal ó salario, podemos deducir de esta definición, que la primera y capital división que cabe hacerse de los servicios que se dan en arrendamiento, radica en la naturaleza de estos, según consistan en el esfuerzo de la inteligencia ó en el esfuerzo físico, en el trabajo intelectual ó en el manual; siendo de tanta importancia esta clasificación, que en realidad, todas las reformas que se proponen y la mayor parte de las realizadas en el Extranjero, solo se refieren al trabajo manual, aunque al hacerlo así se proceda con ma-

nifesta injusticia, pues acaso es más grande la penuria y mayores también los sacrificios y las necesidades del obrero intelectual que las del trabajador manual.

La forma de prestar el servicio motiva otra división de su arrendamiento en servicio doméstico, cuando se presta en la misma casa del patrono, recibiendo en tal caso la retribución el nombre de salario ó soldada; servicio á jornal, si aquella se determina con relación á la unidad de tiempo, día, aunque el pago se haga por semanas, quinceñas ó meses; servicio á sueldo, si se pacta su pago por mensualidades ó anualidades; y servicio á destajo, cuando se ajusta por un tanto alzado el importe de la obra ó de la ocupación. Esta clasificación también influye profundamente en la regulación del contrato que ha de someterse á reglas muy diferentes según sea la clase de servicios.

Finalmente, el sexo, la edad y la pericia de los trabajadores que arriendan sus servicios, dá lugar á otra clasificación, siendo muy distintas las reglas aplicables al trabajo de las mujeres que al de los hombres; al de los niños que al de los adultos, y constituyendo una especialidad el contrato de aprendizaje.

Doctrina del Código civil.—El Código civil publicado en nuestra patria cuando ya las aspiraciones y principios de solidaridad social habían hecho mucho camino, se desentendió por completo de ellos, y al establecer los preceptos aplicables á este contrato, prescindió en absoluto del sentido armónico que informa el derecho privado de los demás pueblos modernos, para atenerse exclusivamente al criterio egoísta que siguen los individualistas, protegiendo el régimen del capitalismo; y en los cinco artículos destinados á tan importante institución, tan solo se ocupó de los derechos del patrono, del amo, como le llama en algunos casos, sin que ni una sola de sus disposiciones tenga por objeto cumplir esa elevada misión propia del derecho privado, de garantizar el trabajo contra los abu-

sos del capital, y reduciendo á raquíticos términos este contrato, que á juzgar por el articulado que de él se ocupa es el más secundario y subalterno de todos, pues solo trata de las relaciones entre amos y criados, como si los legisladores que lo elaboraron no hubieran tenido el pensamiento en otra cosa que en el servicio doméstico de sus hogares.

Aparte de la prescripción justa que declara nulo el arrendamiento hecho por toda la vida, impidiendo al arrendatario que se convierta en esclavo (porque como dice Carlos Marx en su discutida obra «El Capital» para que la relación de libertad é igualdad subsista en este contrato, es necesario que el trabajador no enagene su actividad para siempre, pues entonces se vende á sí mismo y se trueca de comerciante en mercancía) no merecen especial mención mas que dos artículos del Código, y ambos para ser censurados. Es el primero de ellos el 1584 donde créase un irritante é injusto privilegio procesal á favor de las clases ricas, disponiendo que el amo será creído salvo prueba en contrario: 1.º Sobre el tanto del salario. Y 2.º Sobre el pago de los devengados en el año corriente. Este precepto, además de ser inoportuno en el Código y ageno á su objeto, infringe lo que ha constituido siempre un axioma en materia de prueba, de que al que afirma incumbe probar y está en contradicción con otro del mismo cuerpo legal contenido en el artículo 1214 donde se dispone, que la prueba de las obligaciones incumbe al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. Explicable sería que en beneficio del débil, del menesteroso, del proletario, se hubiera saltado por encima de los fundamentos del derecho á título de equidad; pero que esto se haga para favorecer al señor, al amo, sin razón alguna, no tiene explicación ni justificación posible. El mismo Código, que por no atentar á las sagradas libertades de contratación y de trabajo ni violentar las leyes

económicas de la concurrencia permite que puedan pactarse las condiciones más onerosas y duras para la prestación del trabajo, siempre que las acepte por imposición fatal de la necesidad el obrero, autoriza al amo para no pagarle, á no ser que haya tenido la previsión de exigirle un contrato escrito, y considera cómo no hacerlo así más honrada y más digna de crédito la palabra del patrono que la del obrero ó la del sirviente, obligando á éste, contra lo que dicen la lógica, el derecho natural, el derecho escrito y hasta el mismo Código en otro lugar, á que pruebe un hecho negativo, el de que no le fué pagado su salario.

El otro artículo del mismo capítulo á que antes nos referíamos es el 1587, y previene, que la despedida de los criados, menestrales y demás trabajadores asalariados, dá derecho á desposeerles de las herramientas y edificios que ocuparen por razón de su cargo. La disposición en sí es justa pero se nota en ella una lamentable omisión, la de que no establezca que esas herramientas deben presumirse propias del obrero mientras el arrendador de sus servicios no pruebe que le pertenecen; porque siendo lo más usual y corriente que las herramientas de trabajo sean del que le presta, del artículo parece deducirse la presunción contraria.

Tales son en síntesis las únicas disposiciones que con carácter de especialidad contiene el Código sobre el contrato de trabajo, y aunque á este sean también aplicables otros preceptos relativos á la contratación en general, parécenos muy deficiente la obra legislativa, que lejos de llenar su objeto y ser como ha dicho un estadista (1) la forma jurídica más acabada de ese contrato, necesita ser completada y reformada substancialmente.

(1) El Señor Moret en la Circular del Ministerio de la Gobernación de 21 de Junio de 1902.

Principales reglas aplicables al contrato de trabajo que debieran incluirse en el Código civil.—

Para que este responda á la actual organización de la sociedad y á las condiciones económicas de la misma, muy otras que las del pasado, ha de ser modificado esencialmente, transformando y regulando bajo nuevas bases, no solo las instituciones fundamentales porque se rige el derecho de propiedad y las relativas á la persona social que tan deficiente desarrollo tiene en nuestro derecho positivo, impidiendo así que pueda dar sus naturales y fecundos resultados el principio de asociación, sino también los preceptos aplicables al contrato que nos ocupa, cuya regulación no debe dejarse entregada por completo al libre arbitrio de los contratantes.

Aparte de la incorporación al mismo de los preceptos aplicables al contrato de aprendizaje y al trabajo de las mujeres, contenidos hoy en la Ley especial de 13 de Marzo de 1900, cuyo lugar apropiado es el título del Código correspondiente á la prestación de servicios, deben ser objeto de las disposiciones relativas á la misma: 1.º La obligación de que el contrato se celebre por escrito autorizando el pacto colectivo ó con grupos y asociaciones de trabajadores, forma que dá grandes ventajas á la clase obrera, compensando los inconvenientes que se derivan de la desigual condición en que están al celebrarlo empresarios y obreros. 2.º La limitación máxima de la jornada de trabajo, ya con relación á toda clase de industria para impedir los abusos de la codicia, ya respecto de industrias determinadas que por sus condiciones de insalubridad ú otras, requieran mayores limitaciones. 3.º La prohibición del pago en especies para impedir la explotación de la clase obrera por medios indirectos. 4.º La inmunidad é intransferencia del salario á fin de que no pueda ser embargado más que en contadísimos y escepcionales casos. 5.º El privilegio de preferencia de crédito para el cobro por el obrero

de sus estipendios y jornales. 6.º La obligación del empresario de indemnizar á las víctimas de los infortunios del trabajo, y de cooperar al sostenimiento de Cajas de socorro para enfermos é inválidos, y de retiros para la vejez. (1) 7.º La facultad de los obreros y aprendices de reclamar á la terminación del contrato una certificación relativa á la conducta observada y á la causa que motivó su despedida, extensiva respecto de los aprendices, cuando fuere procedente, á acreditar que han adquirido la práctica de su oficio. 8.º La creación de comités de conciliación, compuestos de obreros y patronos y presididos por la autoridad pública, para intervenir en las discordias que entre arrendadores y arrendatarios puedan surgir, con motivo de la celebración, cumplimiento y extinción del contrato, procurando conseguir la avenencia, y para evacuar las consultas que sobre dichos puntos se les hicieren. Y 9.º Establecimiento del arbitraje, ya con carácter voluntario, ya forzoso, y de Tribunales especiales ó jurados mixtos que le ejerzan con plenitud de jurisdicción. (2)

(1) Esta obligación se halla regulada en nuestra patria por la Ley especial de 30 de Enero de 1900 que es objeto de nuestro examen en la sección segunda del presente capítulo.

(2) Estos preceptos, tan solo en lo fundamental, deben formar parte del Código, siendo propio de leyes especiales y de reglamentos dictados por el Poder administrativo, darles más amplio desarrollo en todo lo referente á la inspección de fábricas y talleres, á la formación de estadísticas, á la forma, condiciones y efectos del contrato del trabajo celebrado con los obreros que se empleen en las obras públicas, ya se ejecuten estas directamente por la administración central, provincial ó municipal, ya por medio de contratistas ó empresarios, á las condiciones en que ha de realizarse el trabajo de los presos para que no haga una competencia perjudicial y peligrosa al de los obreros libres etc., cuya exposición en detalle es impropia de este trabajo.

II.

DE LOS ACCIDENTES DEL TRABAJO

Ley de 30 de Enero de 1900.—Cuando ya la mayor parte de los países europeos habían establecido la institución del seguro de trabajo, en su triple aspecto de seguro de enfermedad, con la creación de cajas de socorro; seguro de vejez, con la de cajas de retiro; y seguro por accidentes, combatiendo así los tres males que más contribuyen á agravar la precaria situación del proletariado, se publicó en nuestra pátria, debida á la loable iniciativa del ilustre ex-Ministro D. Eduardo Dato, la Ley sobre accidentes del trabajo de 30 de Enero de 1900; ley, que con la publicada en 9 de Marzo siguiente sobre el trabajo de las mujeres y de los niños, constituye un timbre de gloria para su autor á quien se debe el primer paso en el camino de las reformas sociales necesarias para armonizar el derecho positivo con lo que de consuno exigen la ciencia moderna y la justicia, siquiera no se atienda en ellas al problema obrero más que en uno de sus limitados y parciales aspectos y las soluciones admitidas estén muy distantes de las radicales y enérgicas sancionadas en el derecho germánico con el establecimiento del seguro obligatorio. (1)

(1) En Inglaterra existen disposiciones legislativas con el nombre de Factory Acts que imponen la obligación de indemnizar desde 1850, siendo la Ley vigente la de 7 de Diciembre de 1888. La Suiza lleva la fecha de 23 de Marzo de 1877. La Alemana fué promulgada el 6 de Julio de 1884 y completada por las de 28 de Mayo de 1885, 5 del mismo mes de 1886 y 8 de Julio de 1887, que la hicieron extensiva á los empleados de correos, telégrafos y ferrocarriles, obreros del campo y marinos. La Austriaca es de 8 de Marzo de 1885 complementada por otra de 1887. La Sueca se sancionó en 1894. La de Dinamarca en 15 de Enero de 1898. La Italiana en 11 de Marzo del mismo año. Y la Francesa en 9 de Abril del propio año.

Con posterioridad á esta Ley se han dictado el Reglamento para su ejecución de 28 de Junio de 1900, la Real Orden de 2 de Agosto siguiente que aprueba el catálogo de mecanismos preventivos sobre accidentes del trabajo, y el Real decreto de 27 del propio Agosto de 1901 sobre sociedades de seguros contra accidentes del trabajo.

Concepto del accidente del trabajo y de la responsabilidad patronal. De las tres teorías que pueden aplicarse á la determinación de la responsabilidad proveniente de los accidentes del trabajo, la del derecho civil Justiniano sobre culpa ó negligencia, la de la falta contractual ó de inversión de la prueba y la del riesgo profesional, la Ley española ha aceptado esta última, respondiendo con ello á los buenos principios de la Sociología. (1)

(1) La antigua doctrina de la culpa ó negligencia que solo hace responsable al patrono en el caso de que se pruebe su intención punible ó su imprudencia simple ó temeraria, es la aceptada por nuestro Código civil que la estatuye de una manera genérica en sus artículos 1.092, 1.902 y 1.908 párrafo 1.º, siendo de lamentar que dicho cuerpo legal no contenga ninguna disposición para proteger la vida del trabajador contra los riesgos á que se expone en el ejercicio de su profesión, mientras que para proteger la propiedad desciende á detalles tan nimios como los contenidos en sus artículos 390 y 592 relativos á los árboles que amenazan caerse y á los que extienden sus raíces ó ramas á las heredades vecinas.

Ante la imposibilidad de fundamentar en esa teoría del derecho antiguo la responsabilidad patronal como consecuencia del contrato, ideáronse las de la falta contractual ó de inversión de la prueba y la del riesgo profesional.

La de la inversión de la prueba ideada por Mr. Sainctelette, Ministro de Obras públicas en Bélgica, parte del supuesto de que al obrero solo incumbe probar la realidad del accidente, y establece la presunción *juris tantum* de que la responsabilidad de aquel corresponde al patrono, quien únicamente se podrá eximir de ella cuando probare que el hecho es imputable al obrero ó á un tercero.

La del riesgo profesional conceptúa la obligación de indem-

De acuerdo con este criterio consigna el artículo 1.º de la Ley que «para los efectos de la misma, entiéndese por accidente toda lesión corporal que el operario sufra con ocasión ó por consecuencia del trabajo que ejecuta por cuenta ajena», definición que, á nuestro juicio, hubiera sido más completa y más propia añadiendo á ella «á no ser que se la cause voluntariamente, ó sea debida á fuerza mayor extraña al trabajo», únicos casos en que procede la excepción, y que aunque están previstos de una manera tácita el primero y expresamente el último, en el artículo 2.º, hubieran tenido aquí lugar más propio y adecuado, completando la definición.

El requisito que esta exige de que el trabajo se ejecute por cuenta ajena, holgaba haberlo consignado, puesto que más adelante, al definir al operario, solo reputa tal al que ejecuta habitualmente un trabajo manual fuera de su domicilio por cuenta ajena, y así como se prescinde de las

nizar que el patrono tiene como una condición inherente á la naturaleza del contrato de trabajo, por ser éste causa permanente de peligros á que, ya por la índole de la industria, ya por otras circunstancias, está expuesto el trabajador, contra los que debe protegerle el empresario, indemnizándole si á pesar de todo es víctima de ellos. El obrero, dicen los partidarios de tal sistema, no debe ni puede soportar los riesgos inevitables de la industria, porque no tiene la elección de los útiles que emplea, y al dueño incumbe la responsabilidad de la máquina que mata y hiere porque la máquina es suya, pudiéndose afirmar con razón, que á hechos nuevos, resultado de las transformaciones que han sufrido los medios de producir, debe corresponder un derecho nuevo. El patrono que acepta los servicios de un obrero ha de protegerle contra los riesgos de toda clase, incluso las temeridades de la experiencia y los excesos del deber. Si la autoridad del patrono nace del contrato, la responsabilidad nace igualmente de él, dando acción al obrero para reclamar la compensación del daño sufrido al realizar los servicios que se comprometió á prestar; puesto que el patrono al contratar adquiere la obligación de proteger la vida y la integridad corporal del operario, y la indemnización, en caso de accidente, no es más que la forma de sustituir por otra esa obligación.

condiciones del trabajo relativas á que sea habitual, manual y realizado fuera del domicilio, debió prescindirse de la que nos ocupa.

Extensión y límites de la responsabilidad.—Esta comprende todos los accidentes que acaezcan con ocasión ó á consecuencia del trabajo en sus diversas clases, pero de varios preceptos de la Ley, se deduce, que están exceptuados los siguientes: 1.º Los antes indicados que provengan de intención dolosa del mismo obrero ó de fuerza mayor. 2.º Los causados también intencionalmente por el patrono ó por un tercero, en los que la indemnización se regulará con arreglo al Código penal, con las salvedades que expondremos al ocuparnos del procedimiento. Y 3.º Los que procedan de imprudencia punible de los mismos sujetos, que también se rigen por las disposiciones del Código Penal.

Todos los demás, sea cual fuere su causa y ya produzcan la muerte del obrero, su incapacidad perpétua ó temporal, su inutilidad absoluta para toda clase de trabajos ó limitada á su profesión habitual, están comprendidos en la Ley.

Sus preceptos no se extienden, sin embargo, más que á determinado número de industrias, que son por regla general aquellas en que se hace uso de una fuerza distinta de la del hombre, excluyéndose, además del trabajo intelectual, el agrícola y el que se realiza fuera del domicilio del patrono (1)

(1) La Ley enumera como industrias á que son aplicables sus disposiciones. 1.º Las fábricas y talleres y los establecimientos industriales donde se hace uso de una fuerza cualquiera distinta de la del hombre. 2.º Las minas, salinas y canteras. 3.º Las fábricas y talleres metalúrgicos y de construcciones terrestres ó navales. 4.º La construcción, reparación y conservación de edi-

Personas responsables: concepto del patrono.—

Es esta una palabra nueva en la técnica jurídica importada de legislaciones extranjeras y cuya significación no equivale precisamente á la de arrendador de servicios personales, siendo más amplio el concepto que expresa, pues comprende, no sólo al que contrata con el trabajador sino al propietario á quien en su caso pertenece la obra ó empresa que se trata de realizar, pudiendo decirse que en realidad hay dos clases de patronos; el propietario de la obra, explotación ó industria donde el trabajo se preste y el contratista encargado de su ejecución; éste con responsabilidad directa, inmediata, principal; aquél sólo responsable indirecta y subsidiariamente, pudiendo ser varios los que se encuentren en este caso, en razón á la subdivisión que el trabajo admite, si el contratista á su vez encomienda á otros empresarios parte de los trabajos contratados por él.

ficios comprendiendo los trabajos de albañilería y todos sus anexos, carpintería, cerrajería, corte de piedras, pintura, etc. 5.º Los establecimientos donde se produzcan ó se empleen industrialmente materias explosivas ó inflamables, insubstancias ó tóxicas. 6.º La construcción, reparación y conservación de vías férreas, puentes, caminos, canales, diques, acueductos, alcantarillas y otros trabajos similares. 7.º Las faenas agrícolas y forestales donde se hace uso de algún motor que accione por medio de una fuerza distinta á la del hombre. En estos trabajos la responsabilidad del patrono existirá solo con respecto al personal expuesto al peligro de las máquinas. 8.º El acarreo y transporte por vía terrestre, marítima y de navegación interior. 9.º Los trabajos de limpieza de calles, pozos negros y alcantarillas. 10.º Los almacenes de depósito y los depósitos al por mayor de carbón, leña y madera de construcción. 11.º Los teatros con respecto de su personal asalariado. 12.º Los cuerpos de bomberos. 13.º Los establecimientos de producción de gas ó de electricidad y la colocación y conservación de redes telefónicas. 14.º Los trabajos de cojocación y reparación y desmonte de conductores eléctricos y de pararrayos. 15.º Todo el personal encargado en las faenas de carga y descarga. 16.º Toda industria ó trabajo similar no comprendido en los números precedentes.

La responsabilidad de los patronos es solidaria y total, pero el obrero no tiene acción para dirigirse contra los subsidiariamente responsables sin que antes haya recaído declaración de insolvencia del principal responsable.

Concepto del obrero.—Obrero ú operario no es para la Ley de accidentes sinónimo de trabajador ó arrendatario de servicios personales, y dando á dicho término una acepción muy restringida, exige como requisitos del trabajo que ha de realizar dicho arrendatario: 1.º Que se dedique á él habitualmente. 2.º Que sea manual. 3.º Que le realice fuera de su domicilio. Y 4.º Que sea por cuenta ajena.

1.º Al exigir que la ejecución del trabajo sea habitual se ha empleado una frase de difícil interpretación. La habitualidad supone repetición de actos, pero no es posible precisar cuantos de estos actos son necesarios para que se estime habitual una práctica, una virtud, un vicio, una profesión, sin exponerse á graves equivocaciones. (1)

Ya que no lo hizo la Ley, al menos el Reglamento debió concretar y aclarar más este concepto de la habitualidad, á fin de que el operario que tiene la desgracia de ser víctima de un accidente el primer día que se dedique á una clase de trabajo, no se vea privado por ello del beneficio de la indemnización.

2.º El trabajo ha de ser manual, expresión también di-

(1) Tan ambiguo es el sentido de la palabra habitualidad que el Código mercantil ha tenido necesidad de consignar minuciosas reglas para fijarle con relación á la profesión de comerciante; y el no haber hecho otro tanto el Código Penal al calificar de agravante ó atenuante la embriaguez, según concurra ó no dicho requisito, ha dado lugar á gran número de recursos de casación y á que se forme jurisprudencia contradictoria.

fácil de definir porque en la mayoría de los actos humanos entran conjuntamente el esfuerzo físico y el intelectual, pero según predomine uno ú otro en el trabajo que se realiza así deberá ser calificado.

3.º Exige el artículo de que nos ocupamos que se verifique el trabajo fuera del domicilio del obrero. Dos razones de alguna entidad han debido tenerse en cuenta para esto. La primera, que al operario debe hacerse responsable de los riesgos que corra en su domicilio, puesto que no le es posible al patrono adoptar las precauciones necesarias para evitarlos (1); la segunda, más poderosa todavía, es que en dicho supuesto el trabajador, más que un obrero, es un contratista que ejecuta obras por cuenta de otro.

4.º El trabajo no ha de hacerse por cuenta propia sino por la de un empresario ó propietario, porque de no ser así, el obrero se convierte á su vez en empresario cuya retribución no es el salario, sino la ganancia que espera obtener como consecuencia del ajuste.

Indemnizaciones: sus clases.—Indemnizar es equivalente á reparar el daño, á sustituir con un beneficio el perjuicio sufrido, y como el daño y el perjuicio que provienen del accidente del trabajo no pueden repararse ni sustituirse más que valuándolos pecuniariamente, el concepto de la indemnización en esta ley es el de obligar al patrono al pago de determinadas cantidades en dinero. No está, sin embargo, claramente expresada la idea de la indemnización en la ley, pues mientras de uno de sus artículos se desprende que en ella están comprendidos, tanto los gastos que el patrono hace para la asistencia y cura-

(1) Una excepción, sin embargo, pudiera haberse establecido, la de que la causa del accidente provenga de peligros inherentes á la clase de materiales que el patrono entrega al operario para su manejo por el mismo.

ción del obrero lesionado, como los medios jornales que éste percibe durante su enfermedad y las cantidades ó pensiones ánuas que se entregan al mismo ó á su familia en los casos de incapacidad perpétua y muerte, de otros parece resultar que solo comprende los pagos que han de realizarse cuando el obrero se inutiliza perpétuamente ó muere. Dicha confusión tiene su origen en no haber limitado la indemnización á los accidentes que producen la muerte ó la incapacidad perpétua, estableciendo, tanto para la temporal, como para los casos de enfermedad, Cajas de socorro análogas á las que funcionan en Alemania y cuyos fondos contribuyen á formar los patronos con una tercera parte del importe de los gastos, estando á cargo de los obreros las otras dos terceras partes, para lo que se les descuenta la prima necesaria del salario ó jornal que perciben; pero á pesar de ello creemos que el espíritu de la ley es no reputar indemnización, en sentido estricto, los gastos de asistencia y los socorros al lesionado durante la misma. (1)

Expuesto este concepto, que es el que juzgamos más exacto de la indemnización, podemos clasificarla bajo dos puntos de vista diferentes; en relación á su importancia, según se trate de incapacidad temporal, perpétua ó muerte; y en relación á la forma de pago, que puede ser, ya entregando una cantidad alzada por una sola vez, ya constituyendo á favor de la familia de la víctima una pensión vitalicia ó temporal. (2)

(1) No es esta mera cuestión de palabras que carezca de importancia, pues según se entienda de uno ú otro modo el término indemnización, tendrá el obrero lesionado derecho á percibir los medios jornales correspondientes á los días festivos.

(2) El legislador, apartándose de los códigos extranjeros que le habrán servido de modelo en otros casos, y más que de ninguno del francés, otorga la preferencia al sistema de entregas de ca-

Asistencia médica y farmacéutica.—En todos los casos en que estas se requieren, viene obligado el patrono a facilitarlas hasta que el lesionado se halle en condiciones de volver al trabajo, quede incapacitado perpétuamente, pero exhospitalado, ó fallezca. La facultad atribuida al empresario de designar los médicos y farmacéuticos bajo cuya dirección ha de ser asistida la víctima del accidente, si bien se corresponde con la obligación que aquel tiene de satisfacer los honorarios que devenguen los facultativos encargados de la curación y parece establecida como garantía de que esta no se prolongará indebidamente, ofrece el inconveniente de que priva al herido de elegir personas de su confianza para que le asistan. Podía haberse concedido al obrero el derecho de designarlas sin perjuicio de que el patrono nombrase otro facultativo que interviniera en la asistencia si, así lo estimaba, ya que la salud y la vida son dones tan preciosos que á nadie puede obligársele á entregarlas en manos de persona designada por otro. Además, respecto al farmacéutico, si bien el título académico de que se halla revestido garantiza su moralidad y competencia, es preciso tener en cuenta que el egoísmo mercantilista á veces llega á tanto que bien podría darse el caso de que, convenido con el patrono por una cantidad alzada para el suministro de todas las medicinas que nece-

pital, admitiendo solo la constitución de pensiones vitalicias ó temporales cuando se trata de accidente que produce la muerte, y aún en este caso, con facultad en el patrono de optar entre una y otra forma de indemnización, con lo que crea á su favor un privilegio que le permite dar la preferencia al pago de la pensión cuando sea probable su próxima extinción por las circunstancias de edad, enfermedad etc. del que haya de percibirla, y al pago del capital en los supuestos contrarios.

sitaren sus obreros, no los facilitara en las necesarias condiciones de pureza y eficacia. (1)

Incapacidad temporal.—Limitase la responsabilidad del patrono, cuando la lesión cure sin dejar al lesionado impedimento alguno para el trabajo habitual, al pago de la mitad de su jornal hasta la fecha de la exhospitalación, pero si transcurrido un año no hubiere cesado aún la incapacidad, se conceptuará esta perpétua y se exigirá por las reglas que después expondremos.

Aparte de lo largo que resulta el plazo de un año fijado para reputar como perpétua la incapacidad, la única duda á resolver es la de si el obrero tiene derecho á los medios jornales de los días festivos. Nuestro criterio, ya expuesto anteriormente, es el de que esos medios jornales deben reputarse como socorros necesarios, como una pensión alimenticia, y que por tanto, no procede descontar los correspondientes á los días de fiesta; pero hemos de reconocer que de la letra de los artículos 4.º y 11.º de la ley se deduce la interpretación contraria.

Incapacidad perpétua.—Calificase así la que produce al operario una inutilidad permanente, ya sea esta absoluta, esto es, para toda clase de trabajo, en cuyo caso la indemnización ha de ser igual al importe de dos anualidades del salario que percibía; ya relativa únicamente á su profesión habitual, teniendo derecho al cobro de dieciocho meses de salario si se inutiliza totalmente para ella, y al de

(1) La Ley de Enjuiciamiento criminal, autoriza al lesionado para nombrar al médico que ha de encargarse de su curación, sin perjuicio de que intervengan en ella el forense y el que el procesado designa.

un año del mismo salario, ó á ser empleado con igual remuneración en otra clase de trabajo compatible con su estado, si la inutilidad, aunque permanente para su profesión, fuese solo parcial.

Respecto de la incapacidad absoluta y permanente solo nos ocurre observar lo mezquino de la indemnización del salario de dos años, sobre todo, comparada con la que se establece para la incapacidad relativa, creyendo que hubiera sido mucho más justo asignar al obrero una pensión vitalicia consistente en el cuarenta por ciento del salario.

En cambio la disposición relativa á la incapacidad parcial permanente préstase á numerosas observaciones, tanto por lo obscuro de su texto como por su difícil aplicación en la práctica, siendo las más importantes las siguientes: 1.^a Que no hay posibilidad de determinarla con acierto, porque si el trabajador se inhabilita para realizar alguno de los trabajos en que consistía su oficio se incapacita totalmente para éste, toda vez que los que puede realizar no constituyen ya aquella profesión que tenía, sino otra, que tal vez será análoga, pero que no es la misma, como lo demuestra la ley al decir «que el patrono podrá dedicar al obrero á otro trabajo compatible con su estado» distinto, por tanto, del que antes ejecutaba. 2.^a Que es poco equitativo el derecho de elección que se dá al patrono para emplear al obrero en otra ocupación ó indemnizarle con un año de salario. Ni al trabajador ni al capitalista puede imponérseles por fuerza el contrato de trabajo; éste ha de ser voluntaria y libremente prestado y admitido, pues de otra suerte, no da sus naturales y útiles resultados, y al no atender á esta consideración, olvidando que no hay medios coactivos para obligar al obrero á que cumpla el cometido que se le encargue, se crea un motivo de continuos conflictos sobre la manera como se presta el servicio, siempre que el patrono prefiera este medio de indemnización. 3.^a Que no se ha fijado el tiempo de subsistencia de

esta obligación del patrono, omisión que hace presumir que existirá mientras viva el obrero, con lo que resulta mucho mas onerosa que la de satisfacerle un año de salario. Y 4.^a Que tampoco se consigna qué garantías deberá prestar el patrono para asegurar el cumplimiento de esta obligación, pues sin ellas pueden quedar burlados los derechos é intereses del obrero que ha de ser indemnizado en esa forma.

Muerte del obrero.—Cuando á consecuencia del accidente fallece el obrero, el derecho á la indemnización recae en su familia, dando á esta palabra un significado distinto del que en el derecho civil tiene y entendiéndola en el sentido de que solo comprende á aquellas personas cuya subsistencia dependía del trabajo de la víctima y que al quedar por su defunción, viudas, huérfanas ó desamparadas, se ven privadas de toda clase de recursos,

El derecho á la indemnización se reconoce en primer término y conjuntamente á la viuda y á la descendencia legítima; en segundo lugar á la viuda sin descendencia, y en defecto de esta á los ascendientes, siempre que fueren sexagenarios y carecieren de recursos. (1)

(1) Censurable es que se haya privado de todo derecho al viudo varón inútil ó impedido cuya consorte fallezca víctima de un accidente del trabajo, y más todavía la exclusión injusta de los descendientes naturales, agravada por la singularidad de que el derecho que á ellos se niega está reconocido á los ascendientes de igual clase (párrafo preliminar del art. 5.^o). Acaso haya inspirado este precepto la idea de fomentar las uniones legítimas en la clase obrera y combatir indirectamente el concubinato, tan frecuente en el proletariado industrial, pero ni creemos en la eficacia de esos medios indirectos de perseguir la inmoralidad de las uniones ilícitas, ni nos parece justo y humano que los hijos naturales queden en la mayor hofanada y desamparo cuando su padre ó madre mueren á consecuencia de un accidente del trabajo. Además, esa disposición es un caso de atavismo, una especie de salto atrás en nuestra legislación, que ya había desechado con la publicación del Código civil rancias y antiguas preocupaciones, al dar derecho á legítima hereditaria á los hijos naturales, aún en concurrencia con los legítimos.

La forma y cuantía de esta indemnización habrá de ser la que establecen las disposiciones siguientes: 1.^a Una suma igual al salario medio de dos años que disfrutaba la víctima cuando esta deje viuda ó hijos ó nietos huérfanos que se hallaren á su cuidado. 2.^a El importe de dieciocho meses de salario si solo dejare hijos ó nietos. 3.^a El de un año de salario á la viuda sin hijos ni otros descendientes del difunto. 4.^a El de diez meses de salario á los padres ó abuelos de la víctima si no dejare viuda ni descendientes y fueren aquellos sexagenarios y pobres, siempre que sean dos ó más. En el caso de quedar uno solo la indemnización será equivalente á siete meses de salario.

Cuando la víctima fuere mujer solo tendrán derecho á indemnización los descendientes huérfanos de padre ó abandonados por éste ó por el abuelo viudo, y los ascendientes.

El patrono podrá, en vez de las indemnizaciones antedichas, otorgar pensiones vitalicias, siempre que las garantice á satisfacción de los interesados, del cuarenta por ciento del salario anual de la víctima, pagadero á la viuda, hijos, ó nietos menores de dieciséis años; del veinte por ciento á la viuda sin hijos ni descendientes legítimos de la víctima; y del diez por ciento para cada uno de los ascendientes pobres y sexagenarios cuando no dejase viuda ni descendientes, no pudiendo exceder el total de las pensiones, en este caso, del treinta por ciento. Estas pensiones cesarán cuando la viuda pasare á ulteriores nupcias, y respecto de los hijos ó nietos, cuando llegaren á la precitada edad de dieciséis años. (1)

(1) La ley, con un criterio favorable al capitalismo, deja á la elección del patrono el entregar una suma alzada correspondiente á determinado tiempo de salario ó garantizar el pago de una pensión, apartándose así del sistema que siguen las demás legislaciones, que establecen solo la pensión, autorizando al pensio-

La aplicación de estas disposiciones dá lugar á grandes dificultades por la falta de preceptos reglamentarios que los desenvuelvan y completen.

La primera y más grave de todas ellas es la que se relaciona con el caso de que concurren conjuntamente viuda y descendientes, dificultad que se suscita, tanto por no haberse previsto quien deberá percibir la indemnización, como por la falta de preceptos que fijen la porción de ella correspondiente á cada partícipe. Al redactarse la ley, sin duda, se partió del supuesto más general y corriente de que los descendientes lo sean, á la vez que de la víctima, de la viuda, y de que en esta recaiga la patria potestad de los mismos, pero no se tuvo presente que en algunos casos, no muy escepcionales, puede no corresponder á la viuda la potestad de esos descendientes, y entre ellos citaremos los siguientes: 1.º El de que el obrero estuviese casado en segundas ó posteriores nupcias y tuviere hijos de anterior ó anteriores matrimonios. 2.º El de que la viuda estuviera privada por sentencia firme de la patria potestad por cualquiera de las causas que dan lugar á esta penalidad civil. 3.º El de que se incoare causa criminal con motivo de la defunción del obrero, quedase en suspenso durante su tramitación el pago de indemnizaciones por el accidente y cuando se decretare dicho pago hubiere contraído la viuda otro matrimonio y perdido, por tal causa, la patria potestad. Y 4.º El de que el difunto tuviere á su cuidado nietos que no lo fueren de su cónyuge.

Cuando así acontezca no cabe en buena lógica, ni en

nado para su capitalización, si lo considera mejor. Creemos perjudicial para el que recibe la indemnización el que consista esta en una cantidad alzada, cebo de la codicia de intermediarios y curiales poco escrupulosos, pero en todo caso, el derecho de elección debió otorgarse á los obreros y no á los patronos.

principios de justicia, que la viuda sea quien perciba la indemnización ni cobre la pensión, según opte por uno ú otro medio el patrono, pero entonces surge la dificultad de determinar qué parte proporcional corresponde á la viuda y cual á los hijos ó nietos. No es posible aplicar la doctrina del Código civil que rige la herencia intestada, porque al hacerlo así, solo tendría la viuda una cuota usufructuaria igual á lo que percibiera cada uno de los hijos, que no es lo que ha querido la ley y que resultaría muy mezquina. Una reciente Real Orden del Ministerio de la Gobernación inserta en la Gaceta de 18 de Junio último, resuelve de una manera deficiente é incompleta uno de los casos antes enunciados, el de que concurren con la viuda hijos de su matrimonio con la víctima y otros nacidos de nupcias anteriores de esta, disponiendo, que corresponderá al cónyuge supérstite la mitad de la indemnización y la otra mitad se distribuirá por partes iguales entre los hijos de ambos matrimonios, debiendo percibir la viuda la parte perteneciente á los hijos constituidos en su potestad, y entregarse la correspondiente á los del anterior matrimonio del obrero, á quien de hecho les tuviere á su cargo. (1)

Otro problema imprevisto en la ley plantéase cuando habiendo optado el patrono por el pago de una pensión que se distribuye entre varios herederos de la víctima se extingue el derecho de alguno de ellos á la parte que le corresponde percibir, como acontece por el segundo matrimonio de la viuda, por llegar á la edad de dieciséis años

(1) Hemos calificado de deficiente esta R. O. porque no prevé los demás casos que apuntamos en el texto. Además el criterio que en ella se sigue no puede ser más arbitrario por falta de justa proporcionalidad y se deja sin resolver si en el supuesto de concurrencia de hijos y descendientes más remotos estos últimos percibirán su porción *in capita* ó *in stirpe*.

los descendientes, y por la muerte de algún pensionista. ¿Deberá en este caso acrecer la porción vacante á los demás pensionistas cuyo derecho subsiste ó se extinguirá en beneficio del patrono la obligación de pagarla? A nuestro juicio son mucho más poderosas las razones que existen á favor de la familia del obrero, porque además de que la pensión constituye un todo indivisible y de que está fijada, no en proporción al número de personas llamadas á su disfrute, sino al parentesco que las une con la víctima y al salario de esta, la ley debe interpretarse extensivamente en lo favorable á aquellos en cuyo beneficio se dictó. (1)

Garantías de la responsabilidad: renunciadas y pactos prohibidos: seguros.—Para que no queden burlados los derechos del obrero á la indemnización, establécense en la ley disposiciones encaminadas á impedir que la coacción moral que sobre aquel puede ejercer el patrono, no le imponga como condición del contrato la renuncia á los beneficios de la ley ó algún pacto, en virtud del cual, se minore ó restrinja y modifique la responsabilidad patronal.

Aparte de esto admítase, como forma de garantía, el establecimiento del seguro, pero no con carácter obligatorio, como lo hacen otras legislaciones, sino voluntario en el patrono, que puede sustituir así su responsabilidad directa por la de una sociedad legalmente autorizada, siempre que el seguro sea nominal ó en cabeza del obrero,

(1) Confirma este criterio y es un decisivo argumento en su favor, por razón de analogía, el aceptado por la legislación de clases pasivas, según la cual, cuando la totalidad de la pensión que satisface el Estado se reparte entre varias personas y alguna de ellas fallece ó pierde el derecho á percibirla, la parte á ella correspondiente no se extingue, sino que aumenta proporcionalmente la pensión de los demás interesados.

según previene el artículo doce de la ley, de cuya recta interpretación se deduce que el seguro colectivo, esto es, el constituido por el industrial garantizando los riesgos de todos los operarios de su fábrica ó empresa sin designar estos individualmente por sus nombres y demás circunstancias, no produce una verdadera subrogación, siendo únicamente origen de una relación jurídica entre el asegurador y el patrono, completamente independiente y extraña al obrero, cuyos efectos solo se extienden á que el patrono pueda reintegrarse de las indemnizaciones que pague.

El extraordinario desarrollo que los progresos de la industria y del comercio han dado al seguro haciendo de él una de las instituciones más importantes y de mayor aplicación en el derecho privado contemporáneo, permite utilizarle como forma de garantía para el cumplimiento de las obligaciones que el patrono tiene para con el obrero, en el triste pero posible caso de un accidente.

Tres formas adopta el seguro por accidentes en la variedad de leyes obreras que rigen los distintos países de Europa. La del seguro oficial en que el Estado paga las indemnizaciones cobrando del patrono las primas de dicho seguro; la del seguro obligatorio en que el mismo Estado impone á los patronos el deber de asegurar á sus obreros, ya en una sociedad autorizada por el Gobierno para esta clase de operaciones y mediante el pago de la prima que con ella convenga, ya por el sistema de la mutualidad en Corporaciones patronales; y finalmente la del seguro voluntario en que es potestativo en el patrono constituirle, subrogándose tan solo en sus obligaciones el asegurador, cuando el obrero esté conforme, tenga conocimiento del contrato y éste se haga á su nombre ó en su cabeza.

Del seguro oficial.—Más aproximado que ningún otro á un régimen puramente socialista, tiene esta institución el defecto de centralizar demasiado en el poder fun-

ciones que no le son propias, y de ofrecer grandes complicaciones, tanto por las dificultades que ofrece la investigación é inspección que sería necesario realizar para el cobro de todas las primas, especialmente en los países en que no está formada todavía una estadística completa del trabajo industrial, como en razón á los inconvenientes que para el cobro del seguro habrán de ofrecerse al obrero, por las trabas que el expedienteo y la burocracia ponen á todo pago que ha de realizar el Estado.

Del seguro obligatorio.—El más perfecto complemento de una Ley de accidentes del trabajo, está en la regulación de esta clase de seguros que la dan verdaderas condiciones de eficacia. Garantízase con ella el cobro de las indemnizaciones de una manera rápida y económica, evítanse litigios, hácese menos sensible á los patronos el gasto que las indemnizaciones por accidentes puede producirles, facilitase la inspección del Estado y se libra á la víctima del accidente ó á su familia de inútiles y costosas consultas, y de caer tal vez en manos de Letrados poco escrupulosos que la hagan objeto de su explotación. Tiene, sin embargo, esta clase de seguro muchos impugnadores que estiman no existe razón alguna para imponer al patrono ese medio de previsión contra los riesgos de su industria; que así se estimula el abandono y la falta de vigilancia por la confianza que inspira el seguro contratado; que se crea un monopolio injusto á favor de determinadas sociedades de seguros, ó sea, de las que el Estado autoriza; y que en el caso de litigio entre el obrero y la sociedad aseguradora, la lucha se entabla en condiciones muy desiguales por la riqueza, poder é influencia de que esta dispone. La mayoría de estos argumentos existen lo mismo en el caso de que el patrono sea el obligado directamente á pagar la indemnización, y los restantes carecen de base ó se desvirtuan ante la importante consideración de que ese sistema es el que mayor suma de garantías ofrece á los

obreros. Así lo han comprendido Alemania y Austria, instaurándole en excelentes condiciones en sus leyes de 1884 y 1889 respectivamente, bajo la base de la mutualidad, pero con la diferencia de que mientras la primera impone la agremiación por profesiones, la segunda obliga á la agremiación regional.

Del seguro voluntario.—Es este el que puede contratar el patrono libremente, optando entre tal forma de garantía ó su responsabilidad directa, con lo que la institución redundará solo en su beneficio, sin que de ella obtenga ninguno el obrero para el que, cuando más, puede estimarse como un pacto agregado á su contrato de trabajo que le dá acción contra una personalidad de segura solvencia, condición que acaso no concurra en su patrono.

La ley española permite sustituir la obligación de indemnizar que el patrono tiene, por el seguro hecho á su costa, en cabeza del obrero de que se trate y con una sociedad de las aceptadas para este efecto por el Ministerio de la Gobernación. La práctica ha demostrado que los efectos de esta disposición son escasos ó nulos por las dificultades que el seguro individual presenta, y que inducen á los capitalistas á no constituirle, prefiriendo el seguro colectivo. (1)

(1) Las sociedades de seguros mútuos ó á prima fija que se dedican á esta clase de operaciones, deben reunir las condiciones siguientes. 1.^a Separación de las operaciones de seguros de accidentes personales de cualesquiera otras que realicen. 2.^a Fianza especial de 225.000 pesetas si fueren á prima fija y de 5.000 si se tratase de asociaciones mútuas establecidas por industriales ú obreros, fianza que se aumentará proporcionalmente al importe de las operaciones realizadas hasta 350.000 pesetas en el primer caso y 50.000 en el último, y que podrá consistir en valores públicos, bienes inmuebles, urbanos ó créditos hipotecarios sobre los mismos. 3.^a Aceptación de los preceptos legales vigentes en materia de accidentes del trabajo, principalmente

Procedimiento para hacer efectivas las indemnizaciones.—La regulación hecha en la Ley y el Reglamento de las formas á que ha de someterse el procedimiento en los casos de resistencia en el patrono al cumplimiento de las obligaciones que sobre él recaen, es objeto de preceptos de carácter general, que por falta de su debido desarrollo en otros complementarios y de detalle, da motivo á dificultades en su aplicación.

Nuestro criterio sobre esta materia ya le hemos sentado en párrafos anteriores al tratar del arrendamiento de servicios en general; todas las cuestiones que entre capitalistas y trabajadores se produzcan á consecuencia del contrato de prestación de servicios, deben ser resueltas por el arbitraje, y aunque parezca la opinión exagerada é inclinada tal vez con exceso á las doctrinas socialistas, no podemós admitir el arbitraje voluntario, sino el impuesto por la misma ley, sin facultad en los contratantes de rehuirle, sin posibilidad en estos de acudir, valiéndose de unos ú otros pretextos, al estrépito de la contienda judicial ó á las complicaciones del expedienteo administrativo. La Ley no se ha atrevido á dar ese paso progresivo, estableciendo los Tribunales ó Jurados mixtos, y aunque hace la salvedad de que solo con carácter transitorio y hasta que se

respecto á los casos de siniestro, forma y cuantía de la indemnización y beneficiarios del seguro. 4.^a Comunicación al Ministerio de la Gobernación de sus estatutos ó reglamentos, balances, empleo del capital, condiciones de las pólizas, tarifas de premios, cálculo de seguros y rentas vitalicias y estadística de contratos estipulados, sus novaciones y cumplimiento ó terminación. Estas sociedades deben ser autorizadas especialmente por el Ministro de la Gobernación é inscritas en el Registro que se lleva en el mismo, y fijar su domicilio social en España ó tener un apoderado español.

dicten disposiciones relativas á aquellos, entenderán en estos asuntos los Jueces de primera instancia, conserva el procedimiento judicial y dicta reglas para los trámites administrativos que han de precederle. Acaso sea este el principal motivo de los escasos resultados que está dando en la práctica la ley de 30 de Enero de 1900. Lo decimos con sentimiento, porque honrándonos con auxiliar en sus funciones á la administración de justicia, sus prestigios son los nuestros y deseamos verla enaltecida y considerada como se merece; pero hay que reconocer, que imponer al obrero para que pueda hacer efectivos sus derechos la obligación de demandarlos ante la Administración y ante los Tribunales, es privarle con frecuencia de ellos, pues antes que recorrer el largo calvario de acudir á Alcaldes y Secretarios, de buscar Procuradores que le representen y Letrados que le defiendan, no en una, sino en dos instancias, á veces en población muy distante de la en que reside, y siempre sin poder ofrecer á sus defensores otro lucro que su gratitud ó una parte de esa misma indemnización que se le niega y que constituye todas sus esperanzas para el porvenir, renunciará á su reclamación ó admitirá la limosna que buenamente le ofrezca el patrono. Y no se diga que por tratarse de un juicio verbal en que no se requiere la intervención de Letrado y Procurador puede el obrero prescindir de ellos y dirigirse por sí mismo, pues esto, que en teoría podrá sostenerse, es imposible en la práctica, donde aún son pocos esos medios para sostener la contienda el débil contra el fuerte, el desvalido contra el poderoso, quien utilizará los talentos de sus Letrados para que no prospere la reclamación por las deficiencias con que se formule, por la falta de oportunidad y pericia en la proposición y práctica de la prueba, por la no alegación en forma de los derechos del reclamante ó por cualquier otro motivo, acaso muy legal pero muy injusto.

De someter á los Tribunales de justicia estas cuestiones,

ha debido conferírseles gran amplitud, para que, procediendo de oficio y sin sugetarse á las ritualidades de esta Ley adjetiva incoaran y tramitasen los expedientes de esta naturaleza; y ha podido aceptarse la única instancia en Tribunal colegiado, pero residente lo más lejos en la cabeza del partido judicial á que pertenezca el lugar donde sobrevenga el accidente. Pero al no hacerlo así, de la combinación de los preceptos de la Ley y del Reglamento, resulta, que el obrero que no consiga voluntariamente el pago de la indemnización ha de acudir: 1.º A la autoridad administrativa (Alcalde ó Gobernador de la provincia, según los casos) para que esta, después de oír al patrono, se reclamar antecedentes y de formar un voluminoso legajo (algunos hemos visto que exceden de cien folios) comine al empresario ó propietario para que pague, y si no lo realiza dentro de las 48 horas, dé por terminado su cometido y remita las actuaciones al Juzgado. 2.º Ante el Juez de primera instancia por medio de demanda ó papeleta de juicio verbal á fin de que proceda á la celebración de éste. Y 3.º Ante la Audiencia del Territorio para sostener ó impugnar la sentencia dictada por el Juez. Esto sin contar con que en el caso de que se haya instruido con motivo del accidente proceso criminal (como debe instruirse siempre) le será forzoso esperar un largo período de tiempo hasta que en el mismo pronuncie la Audiencia provincial auto de sobreesamiento ó sentencia absolutoria.

La complejidad de estos trámites salta á la vista, pero más se perciben aún las dificultades que ofrecen, examinándolos detalladamente.

Procedimiento administrativo.—Si se hubiera introducido en nuestra legislación obrera la importante y necesaria institución de los comités de conciliación ó Consejo de prud-hombres, que con tanto éxito funcionan en otras naciones, sería innecesaria la ingerencia del poder administrativo en las reclamaciones de indemnización por

accidentes, pues el cometido que se la encarga no viene á ser otro que el de avenir y poner de acuerdo á los interesados, misión que realizan mucho mejor esos comités ó Consejos.

La reclamación ante la autoridad administrativa ha de hacerla el obrero por escrito extendido por duplicado en papel común, recogiendo el reclamante uno de los ejemplares con el recibí del funcionario á quien lo entregue, que puede ser, en las capitales de provincia un empleado del Gobierno civil ó de las Delegaciones de policía y en las demás poblaciones el Secretario del Ayuntamiento. La autoridad administrativa que reciba el parte requerirá al patrono para que cumpla la obligación infringida, y si este requerimiento no diese resultado en un plazo de 48 horas, dará cuenta del hecho al Juez de primera instancia, para que instruya las diligencias por incumplimiento de la ley.

En esta forma expone dicha ley la intervención gubernativa en las reclamaciones por accidentes, y á primera vista parece muy sencilla y muy rápida, mas si se tiene en cuenta que antes de hacer el requerimiento de pago al patrono es necesario oírle para juzgar sobre la procedencia ó improcedencia de la reclamación; que en muchos casos esta se deriva de la disconformidad entre patrono y obrero, ya por conceptuar el último que no se halla curado ó por no estar conforme con la calificación de la inutilidad, supuesto en el que habrá de nombrar facultativos que con los de su principal practiquen un nuevo reconocimiento, y que si no hay acuerdo entre los peritos el Gobernador civil de la provincia ha de remitir copia de las certificaciones que libren y antecedentes relacionados con ellos á la Academia de medicina más inmediata para que en definitiva emita dictamen, se explica la lentitud y complejidad de esos trámites previos, que en último resultado son supérfluos, pues para intentar la conciliación bastaba

con una comparecencia de los interesados ante la autoridad.

Procedimiento civil.—El artículo 14 de la Ley de accidentes del trabajo dispone que los conflictos que surjan en la aplicación de sus preceptos, se resolverán por los Jueces de primera instancia, con arreglo á los procedimientos establecidos para los juicios verbales y con los recursos que determina la Ley de Enjuiciamiento civil. El Reglamento previene, que los hechos que no se relacionen con el incumplimiento de la Ley y que constituyan diferencias de apreciación entre las partes litigantes, serán objeto de la correspondiente demanda ante el Juez de primera instancia, que conocerá de ella en la forma antedicha, considerándose siempre al obrero como litigante pobre, sin necesidad de que promueva para ello procedimiento alguno.

Presentada en el Juzgado la correspondiente demanda de juicio verbal, ya después de seguido el expediente administrativo, ya prescindiendo de este trámite previo, deberá celebrarse dicho juicio verbal por los trámites establecidos para los de esta clase en la Ley de Enjuiciamiento civil. En algunos casos ocurre la duda de si habrá que denegar la admisión de la demanda cuando por el mismo hecho instruya sumario el juzgado, suspendiendo su tramitación hasta que en el juicio criminal recaiga ejecutoria.

Según se desprende del artículo 18 de la ley, si los hechos constituyen delito ó falta, no quedará expedito el derecho de los interesados á reclamar civilmente la indemnización hasta que los Tribunales de lo Criminal acuerden el sobreesamiento de la causa ó la absolución del procesado, con lo cual, como ya hemos dicho y dada la práctica legal de instruir sumario, siempre que sobreviene un accidente de los definidos en la ley, se interrumpe por mucho tiempo el ejercicio de la acción y se priva al obrero ó

á su familia de esos recursos cuando le son más necesarios; á pesar de esto, nosotros creemos, interpretando el precepto legal en un sentido amplio y con un criterio favorable al obrero, que no debe rechazarse de plano su demanda, y únicamente procederá desestimarla cuando el patrono alegue como excepción la de litis-pendentia, que solo deberá prosperar probando el patrono dos extremos: uno, que se sigue causa criminal por el mismo hecho y que no ha recaído en ella ni auto de sobreseimiento, ni sentencia; y otro, que el obrero, al ofrecerle el procedimiento, no renunció á la indemnización, ni caso de haberla renunciado se reservó el derecho de reclamarla civilmente. Es impropio exigir la intervención de Procuradores á pesar de que el artículo 4.º de dicha Ley de Enjuiciamiento solo exime de esta obligación *en los juicios de que conozcan en primera instancia los Jueces municipales*, pues ya se comprende que á estos están equiparados los que versan sobre accidentes del trabajo.

La contradicción evidente que resulta entre el carácter sumarísimo del juicio verbal en el que, como su mismo nombre expresa, debiera procederse verbalmente, y el admitir dos instancias con plenitud de jurisdicción en los Tribunales encargados de revisar la primera sentencia, obliga á que se consignent por escrito alegaciones, excepciones y proposición y práctica de pruebas, convirtiendo esos juicios, de sumarísimos en complicados y extensos, sin que sea posible hacer otra cosa para que el Tribunal de apelación pueda proceder con pleno conocimiento de causa.

La sentencia deberá dictarse en el mismo día ó al siguiente, y contra ella cabe recurso de apelación que tramitará la Audiencia del Territorio con sujeción á las reglas dictadas para la segunda instancia de los juicios verbales. Este recurso de apelación, á pesar de lo breve de sus trámites, presenta los inconvenientes de que ni es pro-

pio de la Audiencia Territorial el conocer de tales recursos en asuntos donde pueden las mismas partes defenderse por sí, ni la gran distancia que media entre la capital de la región y muchos de los pueblos de su circunscripción permite al obrero trasladarse á ella para la defensa de sus derechos. (1)

Pago de costas.—Rara vez se concretan los obreros, ó mejor dicho, sus interesados defensores, á formular sus peticiones dentro de los límites de lo justo; y lo exajerado de las pretensiones deducidas dá motivo á que, absolviendo en parte de la demanda, no se haga expresa condena de costas. Como consecuencia de ello surge la obligación de pagar cada uno de los litigantes las causadas á su instancia, y se ha discutido si en tal caso está afecta al pago de esas responsabilidades la cantidad que el obrero ha de percibir del patrono, en concepto de indemnización, en cuanto aquellas quepan en la tercera parte de dicha suma, ó lo que es lo mismo, si es aplicable á este caso el art.º 37 de la Ley de Enjuiciamiento civil, según el cual, venciendo el declarado pobre en el pleito que hubiese promovido, deberá pagar las costas causadas en su defensa siempre que no excedan de la tercera parte de lo que él haya obtenido en virtud de la demanda ó reconvencción, reduciéndose, si excedieren, á lo que importe dicha tercera parte.

El obrero está declarado pobre por ministerio de la mis-

(1) Estos inconvenientes se hubieran evitado estableciendo la única instancia y el Tribunal colegiado del que podían formar parte, juntamente con el Juez de primera instancia, el Registrador de la propiedad, el Juez Municipal de la cabeza de partido, que suele ser siempre letrado, ó en su defecto un Notario en quien concurra la cualidad de abogado, con lo que, á la par que se darían grandes facilidades para esta clase de negocios abreviando trámites y tiempo, podría servir el establecimiento de estos Tribunales como ensayo del juicio oral y público en el procedimiento civil.

ma ley que establece en su beneficio esta presunción juris et de jure, y como la ley no le exime de las obligaciones que á consecuencia de tal declaración le son imputables, tiene el deber de cumplir las referentes al pago de costas, conforme determina la Ley de Enjuiciamiento, cuya disposición, comprendida entre las de carácter general, es aplicable á todos los juicios que en la mencionada ley se regulan.

Ciertamente que esta interpretación resulta poco equitativa y en contradicción con los propósitos que persigue la Ley de accidentes de trabajo, pues tal vez por torpezas ó deficiencias de los encargados de dirigir al demandante, se le merma el importe de la indemnización en beneficio, precisamente, de los que acaso tienen la culpa de que se le imponga el pago de parte de las costas; pero no habiendo previsto nada la ley especial, no cabe admitir excepción alguna á lo dispuesto en el art.º 37 de la Ley de Enjuiciamiento, hasta que la publicación de un Código del trabajo ó de una ley complementaria venga, como es justo, á declarar la inmunidad de la indemnización y la prohibición de todo embargo que pueda privar de ella, total ó parcialmente, al que la debe percibir.

Préstase también á graves dudas la forma en que deben regularse los derechos de aquellos funcionarios que los cobran con arreglo á arancel ó sean los correspondientes á Procuradores, Escribanos, Relatores, Secretarios, oficiales de Sala y alguaciles. No cabe duda que estos funcionarios han de percibir los derechos que les corresponden con sujeción á lo dispuesto en los artículos dos y tres de los aranceles judiciales vigentes (1) cuyos títulos se refieren á los negocios en los Juzgados de 1.ª instancia y en las Audien-

(1) Son los que aprobó el R. D. de 4 de Diciembre, de 1883.

cias, sin que quepa aplicar, no obstante tratarse de un juicio verbal, los artículos arancelarios que para el cobro de derechos en esta clase de juicios comprende el título I, toda vez que este se refiere á juicios de que conocen en primera instancia los Jueces Municipales. A primera vista esta interpretación, que entendemos es la única posible de los preceptos legales, no se compagina bien con la finalidad que se propone la Ley de la mayor economía en el procedimiento, que así resulta muy costoso; pero si se tiene en cuenta que en las disposiciones generales de dichos aranceles existe una limitación contenida en su artículo 345, que dispone que en el Juzgado de 1.^a instancia no podrán exceder del 7 por ciento de la cantidad litigiosa los derechos que se devenguen por razón de las actuaciones anteriores á la ejecución de sentencia en los juicios verbales, no resulta tan oneroso para los litigantes el pago de costas. (1)

Procedimiento penal.—El accidente de trabajo puede tener por causa, el azar, el caso fortuito ó inevitable ó la imprudencia del mismo obrero, lo que en la técnica moderna se llama el riesgo profesional, y entonces solo es exigible la responsabilidad civil del patrono, determinada por la ley especial; y puede proceder de la intención dañada y punible, de la imprudencia simple ó temeraria del mismo patrono ó de un tercero y entonces hay que hacer efectivas dos responsabilidades; la penal, derivada del delito ó de la culpa, y la civil, que es siempre secuela y consecuencia necesaria de aquella.

Respetuoso el legislador con los principios que informan

(1) Aunque el artículo 345 de los Aranceles no pudo prever la existencia de una Ley que atribuyese á los Jueces de primera instancia el conocer en esta clase de juicios verbales, está redactado en tales términos, que resulta de perfecta aplicación, la limitación en él contenida, á los juicios sobre accidentes del trabajo.

nuestros Códigos civil y penal y sus respectivas Leyes de Enjuiciamiento, ha dispuesto en el artículo 17 de la de accidentes, que si los daños y perjuicios fuesen ocasionados con dolo, imprudencia ó negligencia, que constituyan delito ó falta con arreglo al Código penal, conocerán en el juicio correspondiente los Jueces y Tribunales de lo criminal; y plantéase á consecuencia de ello un problema jurídico de gran importancia. La responsabilidad penal puede recaer sobre un extraño al patrono y al obrero ó sobre el mismo patrono, y ocurre preguntar con tal motivo: ¿Tendrá derecho en el primer supuesto el obrero ó su familia al cobro de dos indemnizaciones, una del delincuente que causó la lesión ó la muerte y otra del patrono, la primera regulada por la legislación penal ordinaria y la segunda por la Ley de accidentes? ¿Quedarán por el contrario el patrono exento de toda responsabilidad civil? ¿Será solo responsable subsidiariamente en defecto ó por insolvencia del autor del delito ó de la falta? Esta última solución, aunque no la consigna la ley, es á nuestro entender, la mas justa. El criminal, ya lo sea por dolo, ya por imprudencia, debe en primer término reparar el daño ó indemnizar los perjuicios causados, pero si no pudiere hacer efectiva total ó parcialmente esa indemnización, el patrono, sea ó no responsable subsidiariamente con arreglo al Código penal, está obligado á abonar ó á completar al lesionado ó á la familia del interfecto, la cantidad que uno ú otra deberían percibir con arreglo á la Ley de accidentes, y para ello, el patrono podrá ser parte en el procedimiento que habrá que ofrecerle y la sentencia contendrá un pronunciamiento especial respecto de este particular.

Si el responsable criminalmente fuere el mismo patrono, la responsabilidad civil deberá regularse con arreglo á lo dispuesto en el Código penal, pero preciso es tener presente que esta no podrá ser menor de la que concede la citada Ley de accidentes.

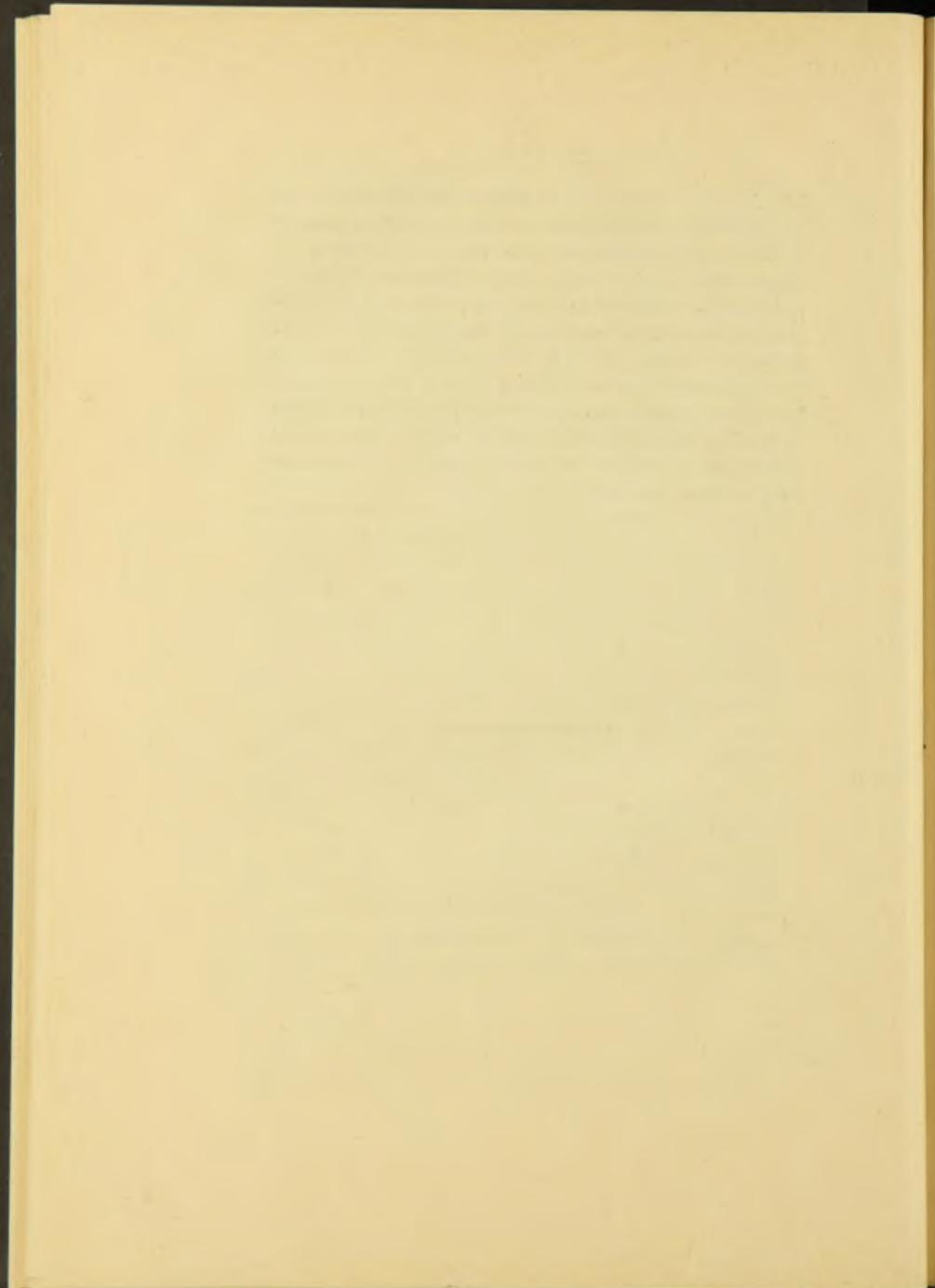
Otro punto de capital interés relacionado con el derecho y el procedimiento penal, es el que se refiere á las declaraciones contenidas en el Reglamento (1) disponiendo que las responsabilidades que se derivan del incumplimiento de las obligaciones consignadas en él y las faltas que también se precisan, se juzgarán con arreglo á lo prescrito en el artículo 17 de la ley, esto es, como constitutivas de delito ó falta, en el juicio criminal correspondiente y por los Tribunales de este orden. En cierto modo el artículo que nos ocupa crea una nueva figura de delito, incluyendo entre los que define el artículo 581 del Código penal la falta de medidas de previsión y precaución en el patrono, y agregando á la penalidad ordinaria una pena especial que consiste en el aumento de una mitad de la indemnización que corresponde al obrero.

Plausibles encontramos los preceptos reglamentarios que castigan con severidad el egoísmo ó el descuido de los patronos, siendo solo de sentir que no se tuvieran en cuenta al dictar la ley, en cuyo caso serían perfectamente aplicables, pues incluidos en el Reglamento no tienen la eficacia que debieran tener porque á ellos se oponen los artículos 1.º y 7.º del Código penal, revelando además una intromisión indebida y excesiva del poder ejecutivo en funciones propias del legislativo.

Cuando el hecho que diere motivo al accidente ocasionase la formación de sumario, lo que acontece siempre, como ya hemos dicho en otro lugar, requiérese, para que quede expedito el derecho del obrero á reclamar de su patrono la indemnización correspondiente, que en la causa recaiga auto de sobreesamiento ó sentencia absolutoria del procesado, doctrina legal que anula la mayor parte de los

(1) Artículo 60.

beneficios que se trata de conceder, sometiendo al obrero ó á sus hijos á una larga é innecesaria dilación, como si la miseria y el hambre que ha de venir á remediar la indemnización pudieran esperar á que se terminen los largos y complejos trámites de la causa; y bien pudo el legislador, teniendo en cuenta esta razón, autorizar al obrero ó á sus derecho-habientes, para que pudieran reclamar la indemnización desde que ocurre el accidente, ejercitando la acción civil con independencia de la penal, sin perjuicio de los derechos del patrono á repetir, en su caso, contra el tercero que se declare responsable por la sentencia que ponga término á la causa.



CAPITULO XXIV.

DEL SECUESTRO

SUMARIO: *Concepto del secuestro y sus clases.—Reglas porque se rige en la legislación civil.—Reglas procesales que le son aplicables.—Del secuestro á instancia del Banco Hipotecario: Su carácter.—Anotación preventiva en el Registro de la propiedad.—Facultades del Banco Hipotecario en caso de secuestro.*

Concepto del secuestro y sus clases.—Calificase con este nombre al depósito judicial, y difieren las opiniones sobre su naturaleza jurídica, pues mientras unos estiman es un acto, no originado en la voluntad de las partes, sino en la determinación del Juez, entienden otros que es un contrato, producto del concierto de voluntades entre el dueño de la cosa secuestrada y el secuestrario, ya se establezca la relación jurídica directamente entre ellos, como ocurre en el secuestro convencional, ya por la mediación del Juez, que en representación legal de las partes litigantes hace el depósito y conviene con el depositario, quien en virtud de dicha relación queda obligado, no para con el Juez, sino para con aquel de los litigantes que en su día haya de recibir la cosa secuestrada.

Aceptando esta última doctrina, que es la que sustenta

el notable civilista Sr. Sánchez Román, podemos definir el secuestro como un contrato real, bilateral, por su cualidad de retribuido, mediante el que las partes litigantes en un pleito ó el Juez en su representación, entregan á otra persona una cosa para su custodia, conservación y restitución de la misma cuando se la ordene. Es el secuestro, por consiguiente, una de las varias clases de depósito, que se diferencia del denominado así en sentido estricto, en que aquel es siempre retribuido, mientras éste, por su naturaleza es gratuito, aunque ello no impida que como pacto ó condición agregada se establezca la remuneración, siendo además muy distintos sus fines y causas, que en el depósito voluntario lo son la custodia y conservación de las cosas, exclusivamente, y en el judicial ó secuestro, además de esto, el garantizar las resultas de un juicio ó asegurar la efectividad de un derecho.

Reglas por que se rige en la legislación civil.—

El Código civil respeta la doctrina relativa al secuestro que establece la Ley de Enjuiciamiento civil en los distintos procedimientos donde considera necesaria dicha garantía, como lo son, entre otros, el embargo preventivo, el juicio ejecutivo, el procedimiento de apremio, la ejecución de sentencia, los juicios en rebeldía, el aseguramiento de cosas litigiosas y los cuatro juicios universales de testamentaría, abintestato, concurso y quiebra.

Como reglas especiales por que se rige este contrato, aparte de las aplicables á todo depósito, solo pueden citarse las de que el depositario de los bienes secuestrados está obligado á cumplir respecto de ellos todas las obligaciones de un buen padre de familia, y no puede quedar libre de su encargo hasta que se termine la controversia que lo motivó, á no ser que el Juez lo ordenase por consentir en ello todos los interesados, ó por otra causa legítima.

Reglas procesales que le son aplicables.—Son re-

glas procesales del secuestro; 1.^a Que el nombramiento de administrador judicial recaiga en persona designada por el acreedor y bajo la responsabilidad de éste. 2.^a Que de dicho secuestro, cuando se trate en bienes inmuebles, se tome anotación preventiva en el Registro y se notifique á los arrendatarios para que entreguen las rentas al depositario nombrado. 3.^a Que en el caso de que los bienes embargados no se cultiven por el mismo deudor, pueda éste nombrar un interventor que asista á la recolección de los frutos. 4.^a Que las cantidades secuestradas que consistan en metálico ó valores, se depositen en un establecimiento público de los destinados al efecto. 5.^a Que las cosas muebles se entreguen al depositario ó secuestrario, bajo inventario detallado. Y 6.^a que dicho depositario rinda cuenta justificada de su administración en los plazos que el Juez le señale, proporcionados á la importancia del caudal, sin que en ningún caso puedan exceder de un año.

Del Secuestro á instancias del Banco hipotecario: su carácter.—

Ha sufrido el contrato de depósito en los últimos tiempos una transformación radicalísima, aplicándose á fines y objetos desconocidos en el derecho antiguo y produciendo la creación de instituciones tan poderosas é importantes como las que el derecho mercantil estudia con los nombres de Bancos de Depósito y Doks. No podía menos de alcanzar este movimiento progresivo á todos los aspectos de ese contrato, y una de las modificaciones más esenciales de su naturaleza y carácter es la que ha tenido el secuestro judicial al aplicarle como medio de garantía en los préstamos hipotecarios, facilitando así la obtención de estos y robusteciendo el crédito territorial.

La ley de 2 de Diciembre de 1872 que creó el Banco hipotecario de España, otorga á favor de éste un privilegio procesal extraordinario, consignando en su art.^o 33, que vencido y no pagado un préstamo hipotecario ó cualquier fracción de él ó sus intereses, podrá el Banco requerir por

escrito al deudor para que satisfaga su débito, y si este no pagare en los dos días siguientes al del requerimiento, tendrá acción dicho establecimiento para pedir al Juez de primera instancia competente, el secuestro y la posesión interina de la finca, que se ordenará si transcurridos quince días, desde la presentación de la demanda, no se verificase el pago, siempre que se haya acreditado la falta de éste y la legitimidad del crédito con la presentación del título.

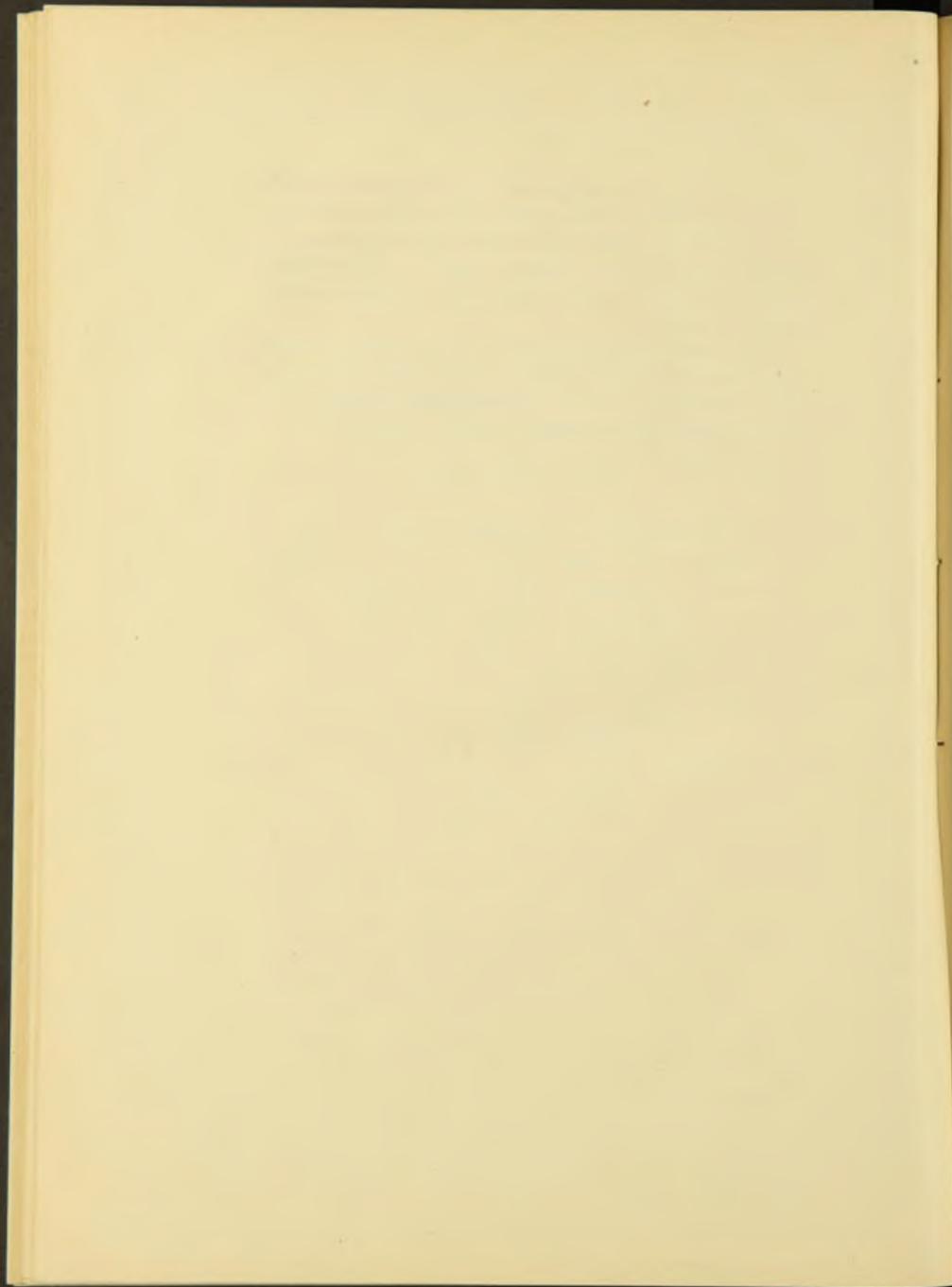
Como puede observarse de la simple enunciación de la doctrina legal, aquí el secuestro toma una forma especialísima, viniendo á ser depositario de la cosa litigiosa el litigante que la reclama para hacerse con las rentas pago de su crédito.

Anotación preventiva en el Registro de la propiedad.—De la providencia ordenando el secuestro, en este caso especial, se tomará anotación preventiva en el Registro de la propiedad en el mismo día de su notificación. Así dice la ley, pero no creemos que haya querido modificar completamente todas las disposiciones de la Hipotecaria que rigen en cuanto á la presentación de documentos en el Registro y término para hacer en él las anotaciones preventivas, pues nada justifica tal urgencia; y nos parece que lo que ha querido decir, es, que en el mismo día se libren los mandamientos por duplicado ordenando la anotación y se presenten en dicha oficina, ya que esta fecha es la que ha de tener dicha anotación para todos los efectos que produce, según el artículo 23 de la citada Ley hipotecaria.

Facultades del Banco Hipotecario en caso de secuestro á su instancia.—El Banco tendrá todas las facultades que al depositario de fincas embargadas le concede la Ley de Enjuiciamiento civil; percibirá las rentas vencidas y no satisfechas del inmueble, aplicándolas al pago de su crédito y recogerá así mismo los frutos y rentas posteriores, cubriendo con ellos, primero los gastos de

conservación y explotación que la finca exija y después su propio crédito, siendo potestativo en él, ya continuar en la posesión interina del inmueble secuestrado, de acuerdo con el deudor, hasta extinguir con sus productos el préstamo y los intereses, ya promover sin dicho acuerdo la venta judicial.

El secuestro no se suspenderá por demanda que no se funde en algún título anteriormente inscrito ni por la muerte del deudor ni por la declaración de quiebra ó concurso del mismo ó del dueño de la finca hipotecada.



CAPITULO XXV.

DE LOS JUEGOS Y APUESTAS.

SUMARIO: *Del juego: su concepto: sus clases.—Juegos prohibidos.—Dificultad de aplicar las disposiciones del art. 1798 del Código civil.—Juegos licitos: facultades concedidas á los Tribunales para desestimar la demanda reclamando lo en aquellos ganado ó reducir la obligación.*

Del juego: su concepto: sus clases.—Entre los contratos aleatorios estudia el Código los de juego y apuesta, dedicando algunos artículos á determinar los efectos de estas convenciones.

Es la palabra juego, en su significación más lata, equivalente á entretenimiento ó diversión; pero en su sentido jurídico expresa la idea de un contrato por el que dos ó más personas ponen á ganancias ó pérdidas determinadas cantidades ó cosas, sometiendo la adjudicación de las primeras ó el gravamen de las últimas á condiciones ó hechos inciertos.

Dejando aparte toda consideración de orden social, moral y económico sobre las consecuencias del vicio del juego y acerca de la mejor forma de solucionar en las leyes los graves problemas que su existencia plantea, vamos á apuntar tan solo algunas ligeras observaciones referentes á las

disposiciones del Código civil que regulan los nombrados contratos en cuanto hacen relación al procedimiento judicial necesario para reclamar su cumplimiento.

En tres clases ó grupos pueden dividirse los juegos bajo la consideración de hechos aleatorios, formando la primera aquellos en que la decisión depende pura y exclusivamente de un hecho incierto y casual, por lo que reciben el nombre de juegos de azar; la segunda los que se supeditan á una capacidad especial y particular de los jugadores, como la destreza ó habilidad de estos; y la última los en que se combinan la inteligencia y la suerte, dando origen á los generalmente conocidos con el nombre de juegos de sociedad.

Nuestras leyes civiles y penales establecen otra clasificación; la de permitidos ó lícitos y prohibidos ó ilícitos.

Juegos prohibidos.—Merecen, según la ley, esta calificación, todos los de azar y los llamados de envite, que se hace, añadiendo al interés que representan los tantos ordinarios, cierta cantidad que se aventura á un lance ó suerte. Ni el Código civil ni el penal señalan nominalmente los juegos comprendidos en estas categorías, y derogada la Ley 15, título 23, libro 12 de la Novísima Recopilación, que los enumeraba, hay que acudir á la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia penal para poder conocer cuales comprende ese concepto, siendo muy de lamentar que el citado Código civil, ya que priva de acción para reclamar lo en ellos ganado, no los defina y determine.

Dificultad de aplicar las disposiciones del artículo 1798 del Código.—El mencionado precepto concede una excepción á favor del que cobró lo ganado en juego ilícito, para que no pueda serle pedido por el que voluntariamente hizo el pago, á no ser que este fuese menor, estuviere inhabilitado para administrar sus bienes ó hubiere mediado dolo. Aunque tal doctrina arranca del Derecho Romano y de nuestras leyes antiguas, nos parece que el citado artícu-

lo no está muy en armonía con el 360 del Código penal que declara el comiso del dinero ó efectos destinados al juego, pues si se presentase una demanda reclamando cantidades perdidas en él, aunque se fundare en cualquiera de las causas que el Código civil expresa, no podría el Juez dejar de acordar la formación del oportuno sumario con suspensión del procedimiento civil, decretando en aquel el comiso del dinero cuya devolución se pretendía en la demanda presentada. Esto por una parte, y por otra, la antinomia evidente que existe entre la disposición que analizamos y la que contiene el art.º 1092 del mismo Código, según el cual las obligaciones civiles que nacen de los delitos ó faltas se rigen por las disposiciones del Código penal, en cuyo caso están las derivadas del juego ilícito, especialmente si en él media dolo ó engaño, nos hacen deducir la improcedencia de toda acción civil para reclamar lo perdido en dicha clase de juegos, sean las que fuesen las circunstancias que mediaron en la pérdida, y á pesar de la inaplicable disposición que venimos comentando.

Juegos lícitos: facultades de los Tribunales para desestimar la demanda reclamando lo en aquellos ganado ó reducir la obligación.—Sancionando una vez más la doctrina de que el contrato es ley para los que lo celebran, que vienen obligados á cumplir lo pactado, consigna el Código que el que pierde en juego ó apuesta no prohibidos, queda obligado civilmente; pero á pesar de esta declaración establece el artículo 1801 del mismo Código una regla extraña y de peligrosa aplicación en la práctica, dejando al arbitrio de la autoridad judicial el no estimar la demanda cuando la cantidad que se cruce en el juego ó en la apuesta sea excesiva, ó el reducir la obligación en lo que excediese de los usos de un buen padre de familia.

Aparte de que dicho precepto desconoce y niega el derecho de disponer, que todo propietario tiene respecto

de sus cosas, para poder hacer de ellas lo que mejor le parezca con tal que se valga de medios lícitos, como lo son los juegos permitidos; y aparte también de que estas restricciones siempre resultan ineficaces en el orden práctico, siendo letra muerta de la ley, que difícilmente puede corregir con sus dictados las costumbres, hay un aspecto de la cuestión relacionado con el procedimiento que nos obliga á censurar la resolución adoptada por el legislador.

En el Derecho procesal civil son axiomas, á los que no puede tocarse sin alterarle profundamente, que las sentencias han de ser siempre congruentes con la demanda ó la contestación, sin que el Juez pueda conceder más ni menos que lo pedido por alguna de las partes, y que aquel debe resolver según lo alegado y probado, no pudiendo en su fallo salirse del marco que le trazan los litigantes con el ejercicio de sus acciones y escepciones. Dejar al arbitrio judicial ancho campo para que rebase esos límites, es infringir en sus fundamentos estos predicados del derecho, y no cabe duda que la estricta aplicación del art.º 1801 del Código conduce á tal absurdo, pues aunque demandante y demandado estén conformes en la cuantía de la deuda, en la procedencia de la acción, en su origen y más todavía, aunque el último se allane á la demanda, podrá y deberá el Juez, con arreglo á dicha disposición, desestimar aquella ó aminorar la obligación en lo que le parezca excesiva, sin más reglas de apreciación que su personal criterio.

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

y

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL
DE LOS REGISTROS

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

PHYSICS DEPARTMENT
530 SOUTH EAST ASIAN AVENUE
CHICAGO, ILLINOIS 60607

Concesión de licencia ó consejo para contraer matrimonio.

Sentencias del Tribunal Supremo

19 y 23 de Abril de 1893. Incurrir en el delito de celebración de matrimonio ilegal el Párroco que autoriza el de personas que no han obtenido el consejo de los llamados á darle con arreglo al artículo 45 del Código civil.

Nullidad de matrimonio y divorcio.

Sentencias del Tribunal Supremo

6 de Abril de 1894.—De conformidad con lo que dispone el artículo 1887 de la Ley de Enjuiciamiento civil, deben quedar en poder de la madre hasta la terminación del juicio de divorcio, los hijos que no tuvieren tres años cumplidos; y en poder del padre, los que pasaren de esa edad, sin que sea cierto que dicho precepto legal se refiera, como pretendía la recurrente, al tiempo intermedio entre la constitución del depósito y la admisión de la demanda de divorcio.

19 de Noviembre de 1895.—No es posible substanciar como un incidente del depósito de mujer casada, la pretensión deducida por la madre que se halla en este caso, de que se coloque una hija mayor de tres años y entregada al padre, en un colegio donde aquella pueda verla y hablarla cuando tenga por conveniente.

Es incompatible con los deberes y derechos que la patria protestad entraña, obligar al padre á separarse de su hija y á trasladar la residencia de esta á la población en que esté depositada la madre para que esta pueda comunicarse con ella.

15 de Abril de 1896.—Siendo de cargo de la sociedad conyugal ó de gananciales el pago de las deudas y obligaciones que durante el matrimonio contraigan, así el marido como la mujer, según previene el artículo 1408 del Código civil, tanto con arreglo á ese precepto como en consonancia con el sentido general de cuantas disposiciones regulan los derechos y obligaciones respectivas entre cónyuges, el marido debe abonar á su mujer el importe de los gastos que la ocasionen los pleitos que con él se vea precisada á sostener, acudiendo á la defensa de sus derechos, sin que pueda entenderse cumplida esta obligación con el pago de la de alimentos, ni tenga la mujer que invertir parte de la cantidad que en tal concepto percibe, en atender á los gastos de dichos litigios. En igual criterio se inspira la sentencia de 26 de Enero 1897.

4 de Julio de 1896.—Las *litis expensas* deben limitarse á lo que en cada caso resuelvan los Tribunales que entiendan en el pleito, que son los que únicamente pueden conocer y apreciar las necesidades de la defensa y la naturaleza y extensión de las obligaciones que legalmente deben satisfacerse para atender á ella con el importe de los bienes gananciales.

1.º de Julio de 1897.—Gozando los extranjeros en España de todos los derechos que las leyes civiles conce-

den á los españoles, salvo lo dispuesto en los tratados internacionales ó en el artículo segundo de la Constitución del Estado, es evidente, que cuantas medidas de seguridad y de amparo ó protección establezca la ley en favor de los nacionales, son extensivas á los extranjeros que residan accidental ó habitualmente en el país, ya se refieran á la libertad ó integridad de sus personas, ya á la garantía de sus derechos; y que en tal concepto, no debe negarse á una mujer casada, extranjera, residente en España, el depósito que autorizan los artículos 1880 y 1881 de la Ley de Ejuiciamiento civil, cuando con dicho propósito impetre la protección de los Tribunales españoles, siendo Juez competente para decretarle, con arreglo al artículo 70 de la citada Ley procesal, en relación con la regla 20 del 63 de la misma y con el 40 del Código civil, el del lugar en que el marido resida habitualmente.

Reconocimiento de hijos naturales

Sentencias del Tribunal Supremo

20 de Abril de 1892.—Es procedente la inadmisión de una demanda sobre reconocimiento forzoso de hijos adúlteros, con arreglo á lo prevenido en el artículo 140 del Código, interpretando este precepto en el sentido de que debe rechazarse, desde luego, y no ser tramitada, toda petición que contravenga lo en él prevenido, porque sería notoriamente improcedente substanciar el juicio hasta sentencia, cuando la ley dice terminantemente que no se admita la demanda.

28 de Abril de 1894.—Corresponde la patria potestad de

un hijo natural á la madre que le reconoció antes de la publicación del Código, con preferencia al padre que la reclama para sí, después de publicado éste, pues solo dando efecto retroactivo á las disposiciones del Derecho nuevo podría reconocerse el reclamado por el padre, toda vez que, afectando á la personalidad del hijo este reconocimiento de la patria potestad, se infringiría la primera de las disposiciones transitorias del Código.

10 de Julio de 1894.—El hecho de anotar é inscribir de su puño y letra D. R. á la niña L. con el apellido L. y demás circunstancias de fecha y punto de nacimiento, Parroquia donde fué bautizada y padrinos que la asistieron, conforme con el contenido de la partida sacramental, que dice además ser hijo natural de aquel en el libro particular que tenía destinado á inscripciones análogas de sus hijos y familia, no puede dejar de ser considerado como el reconocimiento serio, deliberado y expreso de la paternidad, ya que solo á quien como hijo se tiene, se le dá el propio apellido en escrito indubitado, y que no cabe dudar que es preciso y directo el enlace que hay entre este hecho de dar el propio apellido á la niña y la lógica deducción del reconocimiento de la paternidad que implica, constituyendo una presunción que se ajusta cumplidamente á las reglas del criterio humano y llena los requisitos que para estimarla como medio de prueba exige el artículo 1253 del Código civil.

28 de Junio de 1895.—Debe decidirse con arreglo á las prescripciones del Código civil, el reconocimiento de un hijo natural, cuando la petición por éste formulada se funda en la posesión de estado por hechos realizados en su mayor parte, aunque no en su totalidad, antes de estar en vigor el Código. La posesión de estado de hijo natural no requiere mas que la continuación de hechos que presenten á una persona en la continua y no interrumpida relación de hijo de otra determinada, relación que existe y debe

estimarse probada cuando ésta ha gobernado, tratado y alimentado á aquella como tal hija natural.

21 de Mayo de 1896.—No autoriza el Código la prueba de la filiación respecto al padre en los mismos casos que respecto á la madre, por lo que la Sala hizo bien prescindiendo de la prueba sobre este extremo practicada y concretando sus apreciaciones á la encaminada á justificar la posesión de estado.

7 de Noviembre de 1896.—La posesión de estado ha de revelarse por actos tales como tener el padre al hijo natural en su casa, alimentarle y educarle en tal concepto, ú otros análogos de tal valor y eficacia que acrediten cumplidamente que el hijo mantiene con aquel carácter relaciones constantes con el autor de sus días, ó en su defecto, con la familia de éste.

10 de Febrero de 1897. Incumbe al que pretende el reconocimiento, la justificación de la posesión constante de estado de hijo natural, siendo esta un hecho que la Sala puede resolver negativamente, en uso de su competencia, al apreciar las pruebas.

23 de Septiembre de 1898.—Para ser tenido como hijo natural el nacido de padres que al tiempo de la concepción ó del parto pudieron casarse sin dispensa, bastaba, conforme á la Ley XI de Toro, que el padre le reconociera expresa ó tácitamente, ya por escrito ó de palabra; ley que es aplicable al hijo cuyo derecho nació bajo el imperio de la misma, toda vez que la cuarta disposición transitoria del Código civil tan solo dá fuerza retroactiva á los preceptos del propio Código que se refieran al modo de ejercitar los derechos preexistentes, á su duración ó al procedimiento para hacerlos valer, en ninguno de cuyos casos se encuentra lo dispuesto en el artículo 135 respecto á la paternidad de hijos naturales, por ser evidente que el reconocimiento afecta á la existencia misma del derecho, tanto, como que es el acto que lo determina en favor del hijo que

por razón de su nacimiento tenga capacidad para ser reconocido.

29 de Noviembre de 1899.—Si bien el reconocimiento de hijos naturales nacidos antes de la publicación del Código se halla condicionado, no por sus preceptos sino por la Ley XI de Toro, esto no impide que los que de conformidad con la misma tengan tal cualidad, adquieran los derechos que el citado cuerpo legal considera como inherentes ó propios de aquel concepto jurídico, y por consiguiente, que les corresponda en la herencia de su padre natural los derechos sucesorios y la porción legítima señalados en el citado Código, según lo prescrito en las disposiciones transitorias primera y duodécima del mismo, en las que se ordena, que el derecho declarado por primera vez en dicho cuerpo legal tendrá efecto, desde luego, aunque el hecho que le origine se verificara bajo la legislación antigua.

5 de Enero de 1900.—El reconocimiento de un hijo como natural por los presuntos padres cuando estos contraen matrimonio, antes ó después de reconocerle, reviste al hijo del concepto y consideración de legítimo para todos los efectos legales, sin que haya en nuestras leyes antiguas ni modernas precepto que autorice, en perjuicio de aquel, rectificación alguna arbitraria de semejante reconocimiento. Cuando existe una posesión de estado de tal naturaleza, tampoco aparece permitida una mera investigación de la paternidad real de quien tuvo por hijo al que de aquella disfruta, como no sea para justificar cumplidamente que el hijo legitimado no reuna las condiciones relativas que para poderlo ser exige la ley, ó la absoluta de no ser hijo de quien lo reconoció, ya por no haber podido procrearle, ya por serlo de otra persona; pues que de otra suerte, supuesto el misterio que rodea la paternidad y la presunción de derecho de su certeza, establecida en la ley por el fundamento del reconocimiento ó de la posesión de estado, no puede

legalmente prevalecer contra ella ninguna otra, por vehementemente que parezca.

Tanto las leyes vigentes antes de la publicación del Código, como éste, no consienten, sin que quede resentida su virtualidad atendido su sentido y la trascendencia de los actos que regulan, que el estado de un hijo reconocido, quien como tal se halla en posesión del mismo dentro de la familia, sea anulado sin justificación cumplida, no pudiéndose tener por tal la afirmación del padre de no haberle procreado, contradiciéndose con sus actos anteriores de reconocimiento expreso.

16 de Enero de 1900.—Según lo ordenado en las disposiciones transitorias del Código civil, el derecho de los nacidos antes de la publicación de aquel, á ser reconocidos como hijos naturales, está regulado, no por los preceptos del citado Código sino por la Ley XI de Toro ó sea la 1.^a del título V libro X de la Novísima Recopilación.

16 de Junio de 1900.—Cualquiera que sea el derecho que pueda tener en su caso la madre natural para exigir del padre el cumplimiento de las obligaciones que la ley le impone respecto de los hijos de ambos, es indudable, que el reconocimiento de estos, hecho por ella voluntariamente, no la dá preferencia para ejercer la patria potestad, cuyo derecho corresponde al padre, aún cuando le haya sido impuesta por una sentencia judicial la obligación de reconocer á dichos hijos.

Efectos de la patria potestad en cuanto á los bienes de los hijos.

Sentencias del Tribunal Supremo

22 de Octubre de 1891.—Quien ejerce la patria potestad no puede renunciar á la administración de los bienes, como establecida en beneficio de los menores y para mantener el orden de la familia.

10 de Diciembre de 1896.—Se ajusta al precepto legal formulado en el artículo 159 del Código civil, la sentencia, que sin privar al padre de la administración de los bienes que el hijo heredó de otra persona, se limita, en cumplimiento de una cláusula testamentaria, á disponer rinda cuentas dicho padre al curador ad-litem nombrado con este objeto por la testadora.

27 de Septiembre de 1898.—El usufructo establecido por la ley á favor del padre ó de la madre en virtud de la patria potestad que ejercen sobre sus hijos, se halla por su naturaleza primordialmente afecto al cumplimiento del deber de crianza, alimentación y educación de estos, constituyendo consiguientemente tal obligación un título de mejor derecho sobre el de cualquier acreedor ordinario por razón de deudas de la sociedad conyugal, que bien el padre ó la madre hayan podido contraer.

Enajenación de bienes de menores.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros

5 de Abril de 1892.—La cesión de un crédito hipotecario es acto de verdadera enajenación que no puede hacerse sin la previa licencia judicial, á pesar del derecho que los padres tienen para cobrar los créditos de sus hijos expidiendo los oportunos recibos ó resguardos.

30 de Octubre de 1892.—Para dar por revocada una donación de inmuebles otorgada á favor de menores, se requiere la previa autorización judicial obtenida conforme al artículo 164 del Código civil.

31 de Octubre de 1892.—Tratándose de bienes indivisos pueden los herederos cancelar las hipotecas constituidas á favor del causante, siempre que los menores interesados en los mismos estén representados por su tutor, pero no cuando esta representación corresponde á los padres, en cuyo caso es necesaria la autorización judicial.

20 de Julio de 1893.—La adjudicación en pago de deudas que recae sobre porciones de fincas pertenecientes á menores, requiere, para que sea válida é inscribible, que la preceda la autorización del juzgado, otorgada en los términos que establece el artículo 164 del Código civil, sin que sea lícito prescindir de ella atribuyendo al acto jurídico en que se realiza el carácter de una partición, porque aquellos tienen en derecho el nombre técnico que les corresponde según su naturaleza y esencia y no el que caprichosamente quieran darles los particulares.

30 de Agosto de 1893.—Para celebrar un arrendamiento inscribible en el Registro cuando los bienes inmuebles arrendados pertenecen á menores sometidos á patria potestad, ha de obtenerse previamente licencia judicial otorgada por el Juez del domicilio de aquellos.

26 de Diciembre de 1893.—También se requiere dicha autorización para otorgar una escritura de adjudicación e pago de deudas que recaen sobre porciones de fincas pertenecientes á menores sugetos á patria potestad, aunque no estén inscritos á su nombre.

23 de Agosto de 1894.—En la enagenación de bienes inmuebles de menores sugetos á tutela, es de esencia la subasta, cualquiera que sea el valor de aquellos, aunque no llegue á 4.000 pesetas. Autorizan esta interpretación del artículo 272 del Código: 1.º Su sentido gramatical que obliga á marcar tres grupos distintos al precisar qué bienes deben ser enagenados en subasta pública, bienes inmuebles, derechos inscribibles y alhajas ó muebles cuyo valor exceda de 4.000 pesetas, porque el pronombre relativo encerrado en un inciso separado por dos comas del resto de la oración, no puede tener otro antecedente que el de las cosas que inmediatamente le precedan, esto es, alhajas y muebles. 2.º El que con esta interpretación coincide la tendencia de nuestro derecho histórico y tradicional anterior al Código, que exigía siempre la subasta judicial para la venta de bienes raíces de menores. Y 3.º El que el pensamiento que informa dicho artículo y todo nuestro derecho civil en materia de bienes, está hoy por hoy ordenado sobre el principio capital de que la propiedad territorial merece una especial y preferente atención por parte de la ley, lo cual obliga, cuando se hallan en manos de menores, á rodearla de mayores formalidades y á procurarla mayores garantías.

28 de Mayo de 1897.—Para la venta en subasta de bienes de menores sugetos á tutela, no exige el Código el

previo dictamen pericial sobre el avalúo de la finca, sin que sea aplicable, ni aún por analogía, el artículo de la Ley de Enjuiciamiento civil referente á esta formalidad, que regía antes de la publicación del Código. Si bien debe consignarse en la escritura de venta la manifestación de las causas de necesidad y utilidad que la motivan, no es necesario que se justifique su certeza, siendo incompetentes los Registradores para examinar y calificar los fundamentos de los acuerdos del Consejo de familia, que guardan gran analogía con las providencias judiciales.

15 de Noviembre de 1897.—No es inscribible una escritura otorgada por un menor de edad casado, por adolecer del defecto de haberse celebrado sin consentimiento del padre de dicho menor, requisito esencial, según lo terminantemente dispuesto en el artículo 59 del Código civil.

27 de Enero de 1900.—Se infringe el artículo 164 del Código civil, enagenando con pacto de retro ó á carta de gracia una finca perteneciente á un menor, y es nulo el contrato cuando la autorización judicial otorgada al padre no le facultaba para estipular otras condiciones que las propias y usuales del contrato de compra venta.

Enagenación de bienes dotales y parafernales cuando la mujer fuere menor de edad.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros

14 de Diciembre de 1896.—Teniendo la parte de una finca vendida por mujer casada el carácter de parafernál,

por haberla aportado al matrimonio en concepto de herencia y no como dote, es evidente que la vendedora, á pesar de su menor edad, ha podido otorgar el contrato con solo la licencia de su marido, porque el artículo 1387 del Código establece esta limitación de capacidad, y el medio de suplir con habilitación judicial la falta de dicha licencia no distingue entre mayores y menores de edad.

El artículo 59 del Código civil que señala los efectos de la emancipación por el matrimonio, se refiere exclusivamente á la persona del marido, sin hacer mención alguna directa ó indirectamente de la mujer, y sin haber términos hábiles, dada su redacción, para aplicar sus disposiciones á esta última, aparte de que, tratándose de limitaciones ó restricciones puestas por el legislador á la capacidad de las personas, ha de estarse rigurosamente al texto literal de la ley.

La emancipación que habilita al menor para regir su persona y bienes, como si fuera mayor, requiriendo tan solo la intervención del padre, madre ó tutor, para ciertos actos de enagenación, gravamen y préstamo, es la voluntariamente concedida por el padre ó madre que ejerza la patria potestad y no la que se obtiene mediante el matrimonio, que se rige por el citado artículo 59 y no por el 317 que emplea dicha palabra en el sentido estricto, y por consiguiente, no es aplicable á la mujer menor de edad y casada.

20 de Diciembre de 1898.—No constando en el Registro que la finca vendida por una mujer casada menor de edad tuviera el concepto de dotal, y apareciendo del mismo, así como de lo consignado expresamente en la escritura, que pertenecía á la vendedora por habérsele adjudicado para parte de pago de su legítima paterna, es indudable que tiene el carácter de parafernál, bastando la licencia del marido para poderla enagenar, sin que el he-

cho de haber concurrido el tutor al otorgamiento de la escritura para prestar su consentimiento, aunque innecesario, pueda afectar en modo alguno á la completa eficacia y validez legal del contrato.

21 de Diciembre de 1898.—Vendida por una mujer casada menor de edad una finca parafernál á su tutor, aunque la venta se haya hecho con autorización del marido, el contrato es nulo, porque no habiendo perdido el comprador el carácter de tutor de la vendedora, á pesar del matrimonio de ésta, toda vez que no es causa de conclusión de la tutela el matrimonio y puede ser necesaria la intervención de sus funciones en los casos á que se refieren los artículos 1352 y 1361 del Código, y estando prohibido al tutor comprar por sí ó por medio de otro los bienes del menor, á menos de estar autorizado para ello por el Consejo, es evidente que existe falta de capacidad en el adquirente, y por tanto, que la escritura adolece de un defecto insubsanable que impide su inscripción.

Nombramiento de defensor

Sentencias del Tribunal Supremo

31 de Marzo de 1892.—Subsistiendo en Navarra su derecho propio, excepto en lo comprendido en los títulos preliminar y cuarto del libro primero del Código civil, es inaplicable el artículo 165 del mismo referente al nombramiento de defensor y demás preceptos por la que se rige tutela, estando por consiguiente bien interpretada la Ley foral al nombrar curador ad-litem á un menor, no obstante tener padre, quien perdió la patria

potestad sobre aquel por haber contraído segundas nupcias, según previene la Ley I título X libro III de la Novísima Recopilación de Navarra (1).

3 de Diciembre de 1895.—Siendo el nombramiento de curador para pleitos en algunos casos una consecuencia legal del depósito de personas, su revocación es ineludible cuando se deja sin efecto dicho depósito. El artículo 1914 de la Ley de Enjuiciamiento civil está esencialmente modificado por el 165 del Código, siendo doctrina legal establecida en diversas sentencias, que las instituciones de derecho, regidas exclusivamente por la legislación común cuando se publicó el Código, en territorios en que rigen disposiciones forales, están sometidas á las prescripciones de dicho Código, como ley general, á tenor de su artículo doce, que mantiene el derecho foral en toda su integridad pero no le extiende á materias que estaban fuera de su contenido.

5 de Diciembre de 1895.—Es procedente el nombramiento de defensor á los menores sujetos á tutela cuando haya de promoverse juicio sobre remoción del tutor y protutor y de todo el Consejo de familia. El defensor nombrado, mientras el nombramiento subsista, tiene personalidad para representar al menor en juicio, sin que por ello se menoscabe ninguna de las garantías establecidas en el Código, en beneficio de menores, por ser dicho cargo de

(1) Llamamos la atención de los lectores sobre esta sentencia que se contradice con la que insertamos á continuación y con otras posteriores del mismo Supremo Tribunal, especialmente las de 12 de Junio de 1894 y 12 de Febrero de 1897, que extractaremos entre las referentes á la Tutela y al Consejo de familia, las que declaran, que dichas instituciones deben constituirse con arreglo á los preceptos del Código, en los países forales, por haber venido á sustituir á los de la Ley de Enjuiciamiento civil, de aplicación general en todo el Reino.

defensor perfectamente compatible con las funciones encomendadas á los tutores y protutores y con las que desempeña el Consejo de familia.

14 de Enero de 1896.—El artículo 165 del Código civil no concede preferencia á todos los parientes del menor, sobre los extraños, para el cargo de defensor de aquel, sino tan solo á los que en su caso estarían llamados á desempeñar la tutela legítima, y en su virtud, no se infringe la citada disposición legal al nombrar para dicho cargo á un pariente remoto, aunque se acredite que el menor tiene otros más próximos, siempre que no sean los á que se refiere el artículo 211 de dicho Código.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros

4 de Noviembre de 1896 y 19 de Noviembre de 1898.
—(Véanse entre las que extractamos referentes á la emancipación voluntaria y habilitación de edad.)

Modos de acabarse la patria potestad.

Sentencias del Tribunal Supremo

20 de Diciembre de 1892.—Las viudas que lo eran antes de promulgarse el Código civil y que contrajeron segundas nupcias después de la vigencia de aquel, pierden la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio.

9 de Noviembre de 1898.—Es indudable que el adul-

terio anterior de la madre no debe estimarse comprendido en los casos en que con arreglo al artículo 171 del Código pueden los Tribunales privarla de la patria potestad sobre sus hijos, puesto que en el 73, que es aplicable á ambos cónyuges, se determina, que á la muerte del inocente recobre el culpable la mencionada potestad y sus derechos, si la causa del divorcio fuese el adulterio.

Los ejemplos corruptores á que alude el citado artículo 171, son los que los padres pueden dar á sus hijos por su actual vida licenciosa ó por actos de presente, de reconocida inmoralidad, y por ello tampoco puede ser causa para la pérdida de la potestad paterna la supervivencia de un hijo ilegítimo, sobre todo, si no vive bajo el mismo techo de la persona que le dió el sér.

14 de Marzo de 1899.—Si bien el artículo 171 del Código concede á los Tribunales la facultad de privar á los padres de la patria potestad ó suspender el ejercicio de esta, si tratan á sus hijos con dureza excesiva ó les dieren consejos ó ejemplos corruptores, es manifiesto que pueden usar discrecionalmente de tal facultad ó dejar de usar de ella, en vista de las pruebas suministradas, no siendo impugnabile en casación lo que resuelvan.

Adopción

Resoluciones de la Dirección General de los Registros.

6 de Febrero de 1900.—Si fallecido el padre adoptante fuere aún menor de edad el adoptado, recobra sobre éste la patria potestad su padre legítimo, por haber desapare-

cido las circunstancias que motivaron la pérdida de ella, que no son otras que la imposibilidad natural y jurídica de que coexistan sobre un mismo sujeto individual dos derechos absolutos de igual naturaleza, intensidad y extensión, constituidos á favor de dos personas distintas, confirmando la exactitud de esta interpretación de las disposiciones del Código, el que este exija, para organizar la tutela de los menores de edad, que estos carezcan de padre y madre naturales y legítimos, y no hayan sido emancipados legalmente, circunstancia que no concurre en el hijo dado en adopción, porque el Código no reconoce, entre los modos de emancipar, la muerte del padre adoptivo.

Ausencia

Sentencias del Tribunal Supremo

10 de Abril de 1890.—No probándose ni habiéndose intentado probar que unos ausentes, en ignorado paradero, estén en las circunstancias de hecho que exige la ley para obtener el beneficio de pobreza, no puede concedérseles este, aunque los únicos bienes que de ellos se conozcan den una renta inferior al doble jornal de un bracero.

8 de Marzo de 1899.—La sentencia declarando la presunción de muerte de una persona, aunque no deba ejecutarse hasta transcurridos los seis meses de su publicación, surte efectos legales en cuanto á la sucesión de la persona de que se trate, desde la fecha en que se considere debe tenerse por muerto á aquel á quien se refiere, porque si se aceptara la pretensión de que el derecho solo empieza á existir desde que se dicta la sentencia, se establecería la doctrina contraria á los buenos principios de la legislación

substantiva y procesal de que las resoluciones judiciales no se limitan á declarar los derechos sino que constituyen su origen exclusivo, siendo el único fin de la dilación establecida por el artículo 192 del Código, el de adoptar una medida de precaución, atendiendo á la posibilidad de que, mediante la publicación del fallo, reaparezca el reputado por muerto.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros

14 de Marzo de 1893.—Es inscribible la sentencia que declara la presunción de muerte, no siendo precisa su inscripción especial cuando existe auto de declaración de herederos, sino que en tal caso bastará que en un solo asiento se registren ambos documentos, previa calificación de los mismos por el Registrador.

Tutela.

Sentencias del Tribunal Supremo

6 de Octubre de 1891.—Contra los autos que pongan término al expediente de incapacidad por locura ó sordomudez, no cabe recurso de casación por no ser definitivos y poder los interesados deducir demanda en juicio ordinario.

17 de Marzo de 1893.—Solo el tutor testamentario puede ostentar la legítima representación del tutelado, mientras no se acuerde la remoción de aquel, siendo por ende nulo, los actos y contratos autorizados por un tutor dativos aun cuando esté autorizado por el Consejo de familia y

haya sido nombrado por este á consecuencia del abandono en que estaban los intereses del menor por la larga ausencia de su tutor testamentario, toda vez que el Código no permite que existan dos clases de tutela, ordenando en su artículo 201 que se ejerza esta por una sola persona.

12 de Diciembre de 1893.—Nombrado judicialmente un tutor dativo y habiéndosele discernido el cargo con anterioridad á la vigencia del Código, el Consejo de familia del incapacitado tiene obligación de ponerle en posesión del mismo, debiendo entregársele los bienes del sujeto á tutela por hallarse esta ya legalmente constituida, sin necesidad de ningún otro acto.

1.º de Mayo de 1894.—La obligación impuesta por el párrafo 2.º del artículo 293 del Código civil, de poner en conocimiento del juzgado municipal el hecho que dá lugar á la tutela, debe cumplirse por los sometidos á ella, en el momento que lo supieren, pues ya se atiende al sentido gramatical de la antedicha frase adverbial que usa la ley, ya al fundamento legal que la dictó, que no és otro que proceder con prontitud y urgencia al nombramiento del Consejo de familia del incapaz, amparo y garantía de su persona y bienes, debe reconocerse que el espacio de tiempo que medie desde que se tenga noticia del hecho determinante de la tutela hasta que se cumpla el precepto de la ley, ha de ser tan próximo é inmediato como aconseja la prudencia del hombre mas escrupulosamente exacto en cumplir sus obligaciones, en cuyo caso no está quien deja transcurrir doce dias sin hacerlo, incurriendo por ello en la causa de incapacidad establecida en el número II del artículo 237 del Código

12 de Junio de 1894.—La Ley de Enjuiciamiento civil rigió en su totalidad desde su publicación en todas las provincias y todo lo comprendido en dicho cuerpo legal dejó, en su virtud, de formar parte del derecho foral y pasó á ser legislación común de España; y siendo las disposi-

ciones de dicha ley parte del derecho general, en lo que estén en contradicción con el Código civil, ley posterior, han sido derogadas por el artículo 1976 de éste, y no puede pretenderse su subsistencia como consecuencia de lo ordenado en el 12, que solo mantiene en vigor el derecho excepcional contenido en los fueros, pero no el común que regía para determinadas materias en los territorios que gozan de esa excepción. En su consecuencia, la constitución de la tutela de Cataluña y demás países forales, ha de someterse á lo que disponen los artículos 293 y otros del Código civil y no á las reglas de la Ley de enjuiciar.

26 de Octubre de 1894.—Siendo la asignación de frutos por alimentos una forma de retribuir al tutor y al mismo tiempo de atender á las necesidades de los menores, forma reconocida en derecho y aceptada en el Código civil en sus artículos 279 y párrafo 4.º del 290, el Consejo de familia está en la obligación de acatar la voluntad del testador que fije esta forma de pago al tutor nombrado, sin que le sea lícito alterarla á pretexto de que es excesiva la pensión alimenticia, y no puede decirse que el tutor se enriquece torticeramente cuando recibe lo que le corresponde en virtud de una disposición testamentaria, sobre todo, si no se demuestra que con ella se infiera grave perjuicio á los menores.

30 de Enero de 1895.—Las costas causadas en el pleito interpuesto por el padre de los menores contra el curador de los mismos, para que cesara en la administración de los bienes que constitufan la mejora hecha á dichos menores por su abuela materna, cuando no hay expresa condenación, deben satisfacerse por los litigantes, cada cual las suyas, y no por los menores que no litigaron y á quienes no alcanza, por tanto, responsabilidad alguna.

14 de Junio de 1895.—No puede fundarse la remoción de un tutor en el hecho de no haber concurrido personalmente á la formación del inventario cuando el

acuerdo que declaró su nulidad fué recurrido y está pendiente de resolución el recurso.

Tampoco puede fundarse la remoción del tutor en la nó prestación de fianza, cuando está relevado de esta obligación, tanto por la madre de la menor sujeta á su guarda como por un extraño que la nombró heredera de todos sus bienes.

5 de Diciembre de 1895.—(Véase bajo el epígrafe «nombramiento de defensor»).

17 de Abril de 1896.—La renuncia del cargo de tutor después de haberlo desempeñado cierto número de años, no implica por sí propósito de causar perjuicios al sujeto á tutela.

4 de Junio de 1896.—El Presidente del Consejo de familia de una menor tiene personalidad para representar á ésta en juicio y reclamar el pago de los créditos que se le adeuden, cuando en virtud de renuncia admitida al tutor está vacante dicho cargo, porque interín se provee, es al Consejo de familia, y como ejecutor de sus acuerdos al presidente, á quien compete proveer á los cuidados de la tutela, sin que se requiera la previa aprobación judicial para ejecutar las determinaciones que adopte con tal fin más que en el caso de que exista contienda entre el tutor y el Consejo sobre remoción ó declaración de incapacidad de aquel.

12 de Febrero de 1897.—Según tiene declarado el Supremo en otras sentencias anteriores, las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil de observancia en todo el Reino y aplicables á los países forales como de carácter general, fueron derogadas por el artículo 1976 del Código en todo aquello que contradiga los preceptos de este cuerpo legal posterior, sin que á ello obste lo ordenado en su artículo 12, puesto que en él solo se mantiene como vigente el derecho foral, es decir, el excepcional que antes de su publicación regía para determinadas materias en las

provincias de fuero, y por tanto, es indudable que la forma de acordar y llevar á cabo el discernimiento de la tutela ha de ser la que preceptúa dicho Código y no la que determinaban los derogados artículos de la Ley de Enjuiciamiento relativos á esta materia, siendo equivocada la opinión del Juzgado que se consideró con facultades para discernir dicho cargo.

27 de Febrero de 1897.—Estando autorizado el tutor por el Consejo de familia únicamente para comparecer en juicio como demandado, carece de personalidad para formular reconvencción y apelar, toda vez que, puestos en relación el artículo 840 de la Ley de Enjuiciamiento civil que obliga al apelante á personarse en forma dentro del término del emplazamiento y el 269 del Código que exige autorización especial del Consejo de familia á favor del tutor para sostener dicha apelación, dedúcese de ambos la necesidad de que semejante autorización se acredite en el acto de personarse, pues no de otro modo puede realizarse dicho acto en forma legal, y no habiéndolo verificado así el recurrente ni solicitado en tiempo la suspensión del término del emplazamiento, si entendía que fuerza mayor le impedía comparecer en forma, es evidente que la Audiencia se ajustó á los preceptos legales al declarar desierta la apelación por falta de personalidad en el tutor, que no justificó esta con la debida autorización especial, al personarse en la segunda instancia.

1.º de Octubre de 1897.—La obligación que tiene el tutor de rendir cuentas al que le reemplaza en el cargo, está limitada al caso en que, siendo pariente colateral del menor ó extraño al mismo, no haya sido nombrado con la asignación de frutos por alimentos, toda vez que si bien el artículo 280 del Código dispone en términos generales la existencia de esa obligación, sin distinguir la forma en que se haya hecho el discernimiento, debe interpretarse poniéndole en armonía con el que le precede, según el

cual, solo en tal supuesto ha de rendir cuentas de su gestión el tutor al Consejo de familia.

3 de Octubre de 1898.—No es lícito al Consejo de familia proceder al nombramiento de un tutor interino para determinados actos, aún cuando por causa de incapacidad ó de remoción haya cesado en sus funciones el tutor testamentario y no sea firme el acuerdo tomado con tal objeto, pues si bien el artículo 243 del Código obliga al Consejo á proveer á los cuidados de la tutela, esto equivale á ordenarle que la ejerza por sí, sin que tenga facultades para delegarla en otra persona ú organismo ni para desprenderse en todo ni en parte del carácter que dicha disposición le atribuye.

21 de Junio de 1899.—Tanto los tutores como los curadores nombrados bajo el régimen legal anterior al Código, han de someterse á las reglas dictadas por el mismo para todo cuanto se refiera al ejercicio del cargo, según la octava de sus disposiciones transitorias; y siendo la rendición de cuentas un acto relativo al desempeño de dicho cargo, ha de realizarse en la forma por el Código determinada, por lo que la curadora ejemplar que es reemplazada en sus funciones por otro tutor, debe rendir las cuentas con sujeción á lo estatuido en el artículo 280 del mencionado Código, correspondiendo al Consejo de familia y no al Juzgado de primera instancia, el examen y censura de ellas.

19 de Junio de 1901.—La prohibición impuesta á la madre que contrae segundas nupcias de seguir ejerciendo la patria potestad sobre sus hijos, no es motivo para considerar incapacitado á su segundo marido para el desempeño de la tutela de los mismos hijos, porque aunque haya algunas razones de orden moral tenidas en cuenta por el legislador al establecer la pérdida de la patria potestad en el caso expresado, que también pueden alegarse en defensa de la incapacidad á que antes se alude, es innegable

que dada la fundamental diferencia que existe entre la institución de la patria potestad y la tutela por la manera diversa como una y otra funcionan, ni esas razones comunes revisten igual importancia según que se apliquen á una ú otra institución ni podrían asentarse sobre la misma y única base una y otra incapacidad; aparte de que entre las declaradas en el artículo 237 del Código, para ser tutor no se encuentra comprendida la de estar casado con la madre de los menores sujetos á tutela, ni es posible deducirla interpretando extensivamente el precepto que priva á aquella de la patria potestad cuando contrae segundo matrimonio.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros

20 de Septiembre de 1890.—El número 5.º del artículo 269 del Código civil que impone al tutor el deber de obtener autorización del Consejo de familia para enagenar bienes de los menores sujetos á su guarda, no distingue entre los tutores que á la publicación del Código estaban ya en posesión de su cargo y los que obtuvieron el nombramiento con posterioridad á su vigencia, por lo que es indudable que tal precepto obligó á unos y otros, siendo inaplicables en tales casos las reglas contenidas en la Ley de Enjuiciamiento civil, é improcedente la licencia judicial conseguida por tal medio, pues si bien es cierto que el artículo 310 del Código concede al Juez facultad para modificar los acuerdos del Consejo, esto mismo prueba que es incompetente el Juzgado para conceder tal licencia mientras no la niegue el Consejo y se recurra contra su acuerdo.

13 de Abril de 1892.—El nombramiento de tutor de determinados menores hecho por una persona extraña á

ellos, á pesar de estar sometidos á la patria potestad, no puede estimarse como eficaz, ni se compagina con la actual organización de la tutela, pues esta facultad solo comprende el caso de que los menores no tengan padre ó madre, pero no cuando estos existen, en cuyo supuesto no pueden ser despojados por un extraño de la patria potestad que les corresponde, en virtud de la cual deben intervenir en nombre de sus hijos en el inventario de los bienes en que fueron instituidos herederos, sin que pueda suplir su intervención ninguna otra persona, ni proceda el nombramiento de defensor no habiendo intereses opuestos.

7 de Diciembre de 1894.—La tutela de los extranjeros se regula por el estatuto personal, y con arreglo á la legislación del país de origen del incapacitado debe completarse su falta de capacidad, aunque sus bienes radiquen en país extranjero, siendo la razón de ello la de que, confiada á la ley nacional la protección de los ciudadanos, no fuera justo arrebatarla uno de sus más altos y delicados fines, que es el que preside á la organización de la tutela. Por tanto, es inaplicable el Código civil á actos jurídicos realizados en nombre de un incapaz de nacionalidad inglesa, y no exigiendo la ley de este país autorización del Consejo de familia para enagenar bienes del sujeto á tutela, no existe defecto en la escritura que se hizo sin dicho requisito.

Consejo de familia

Autos del Tribunal Supremo

18 de Junio de 1890.—Con arreglo al espíritu y letra de las disposiciones contenidas en los artículos 1689 y 1690 de la Ley de Enjuiciamiento civil, solo puede darse lugar al recurso de casación contra resoluciones que pongan término de una manera definitiva á los asuntos en que recaigan, por lo que es improcedente tal recurso contra los acuerdos adoptados por un Juez municipal al formar un Consejo de familia. El artículo 296 del Código, al establecer el modo y forma de reparar cualquier error que pudiera cometerse en la constitución del citado Consejo por inobservancia de los preceptos legales, fija de un modo claro y terminante, que los Tribunales pueden subsanar cualquier nulidad que resulte de esta inobservancia, y por tanto, el medio fácil y expedito que tienen los interesados para impugnar la formación de dicho organismo, es acudir al Juez competente con la correspondiente demanda de nulidad, sin que en manera alguna quepa recurrir en casación planteando é iniciando la cuestión por primera vez ante el Supremo, sin antes haber sido discutida y decidida por otros Tribunales, lo que chocaría con los buenos principios del procedimiento y sería por todo extremo irregular y anómalo.

22 de Noviembre de 1892.—No tratándose de un juicio declarativo seguido por las correspondientes instancias y á que se haya puesto término, previo el oportuno procedimiento, no procede interponer recurso de casación contra la sentencia dictada, y por consiguiente, no ha lugar á admitir el que se entable contra la dada por un Juez de pri-

mera instancia al resolver la alzada de un acuerdo del Consejo de familia sobre remoción de un curador.

Para la tramitación de dichas alzadas, no ha fijado la ley procedimiento especial ni impuesto que deban seguirse por el del juicio ordinario.

Sentencias del Tribunal Supremo

17 de Julio de 1893.—Al disponer el artículo 294 del Código que cuando los padres no hayan designado en testamento las personas que deban componer el Consejo de familia formarán parte de él los ascendientes y descendientes varones y los hermanos y maridos de las hermanas vivas del menor ó incapacitado, cualquiera que sea su número, y que si no llegasen á cinco se completará con los parientes varones más próximos de ambas líneas paterna y materna, ha querido evidentemente significar, que á falta de número bastante de parientes de los taxativamente designados, se complete el de sus individuos con los parientes, no de cada línea sino de ambas líneas juntas que resulten ser los más próximos del menor, dando la preferencia á esa mayor proximidad de parentesco, como garantía natural de más vivo afecto y prenda de mayor solicitud por los intereses del incapaz, toda vez que si el ánimo del legislador hubiese sido conceder en primer término la preferencia á la simultaneidad de las líneas y dentro de ellas, pero subsidiariamente, á la proximidad del parentesco, hubiera expresado indudablemente el concepto diciendo «parientes de las dos líneas eligiendo los más próximos de cada línea». Dicha interpretación la confirma el párrafo segundo del mismo artículo, en el que, para el caso de que sea necesario constituir el Consejo *in totum* por no existir ascendientes, descendientes ni hermanos, se preceptúa que se constituya aquel con los cinco parientes más próximos del me-

nor ó incapaz, pues no se explica, ni puede por tanto admitirse, que tratándose de completar el Consejo con dos, tres ó cuatro individuos de la familia, adoptara el legislador un criterio y para llamar á cinco siguiera otro distinto, existiendo en uno y otro caso completa identidad de personas á quienes atender y de intereses que amparar.

22 de Junio de 1893.—Las actas de un Consejo de familia no son documentos públicos ni por razón de la materia ni con relación á las personas; y la falsedad cometida en ellas sólo merece la calificación de delito si causa perjuicio á tercero ó ha mediado ánimo de causarlo.

10 de Marzo de 1894.—La Ley de Enjuiciamiento civil no contiene precepto especial que determine la competencia para la constitución del Consejo de familia, pero por ser esta una institución tutelar creada con posterioridad á dicha ley, debe regularse la competencia por analogía, según lo establecido para la tutela y para la curatela, instituciones de carácter general y únicas reconocidas en aquella ley para completar la personalidad de los menores y de los incapacitados. En su consecuencia, la constitución del Consejo de familia que ha de amparar á una menor sujeta á tutela por defunción de sus padres, compete al Juez del último domicilio de aquel cuya muerte ocasionó la tutela, de conformidad con la regla 17 del art.º 63 de la citada Ley procesal que atribuye en primer término al Juez de dicho domicilio el nombramiento de los cargos de tutores y curadores para bienes y resolución de sus excusas.

30 de Diciembre de 1896.—No cabe en un incidente de rendición de cuentas declarar de soslayo la nulidad de los acuerdos adoptados por un Consejo de familia y amparados por resoluciones judiciales que deben respetarse, sin perjuicio de la responsabilidad de los vocales de dicho Consejo, si en el juicio correspondiente se declarasen ilegítimos sus actos.

9 de Febrero de 1897.—Los acuerdos del Consejo de fa-

milia sobre remoción de los tutores son firmes con arreglo al art.º 240 del Código, si el removido no entabla contra ellos, dentro del término de quince días, reclamación en forma ante los Tribunales ó sea ante el Juez de primera instancia, á tenor del artículo 310. Si la reclamación se formula sin intervención de procurador, como es preciso para comparecer en juicio con arreglo á los artículos 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento, en un escrito que quedó sin curso por no llevar más que la firma del interesado y de un letrado, hay que estimar ejecutorio el acuerdo y no puede dejarse sin efecto en virtud de una demanda formalizada después de transcurrir dicho plazo de quince días.

27 de Octubre de 1898.—El derecho de recurrir en alzada ante el Juez de primera instancia contra las decisiones del Consejo de familia que el art.º 310 del Código civil otorga á los vocales disidentes del voto de la mayoría, no puede referirse á las determinaciones que dicho Consejo tome para proveer á los cuidados de la tutela en el caso de promoverse litigio sobre la remoción del tutor, porque no siendo estas determinaciones ejecutorias sin la previa aprobación judicial, á ningún fin práctico conduce la alzada, pudiendo el vocal disidente, cuando el Juez conozca del asunto, impugnar el acuerdo y exponer las razones legales ó de conveniencia para el menor que abonen la necesidad de desaprobarlo.

El art.º 243 del Código que ordena al Consejo proveer á los cuidados de la tutela en el caso de litigio pendiente con el tutor, sobre incapacidad ó remoción, no le autoriza para que delegue nombrando otro tutor, aunque sea con el carácter de interino y para determinados asuntos.

10 de Mayo de 1899.—La prescripción del art.º 243 del Código relativa á que las determinaciones adoptadas por el Consejo de familia para proveer, en el caso de que se trata en dicho artículo, á las necesidades de la tutela, no puedan ejecutarse sin la previa aprobación judicial, no sig-

nifica que dictado auto de aprobación por el Juzgado sean aquellas ejecutorias, pues que contra dicho auto pueden utilizarse los recursos que la ley establece contra las resoluciones judiciales. La autoridad judicial para conceder ó negar la aprobación á las referidas determinaciones del Consejo de familia puede y debe tener en cuenta, no solo si están comprendidas en las atribuciones del Consejo, sino también si éste ha procedido y tomado el acuerdo en la forma y con los requisitos por la ley prefijados, examinando cuantos fundamentos juzgue necesario para resolver, aunque no hayan sido aducidos por las partes, en uso de las facultades de carácter tuitivo y discrecional que la ley le otorga.

Las funciones de los individuos del Consejo de familia son de carácter esencialmente personal, no delegables, ya por su propia naturaleza ya porque así se infiere necesariamente de lo dispuesto en los artículos 297, 305 y 306 del Código civil.

12 de Julio de 1899.—La autorización que el Consejo de familia concede al tutor para entablar una demanda, implica la facultad de utilizar las peticiones accesorias é incidentales que con la dirección jurídica y desarrollo de dicha resolución del Consejo sean congruentes y oportunas, y por tanto, estando autorizado un tutor para demandar el pago de una cantidad que se adeude á su pupilo, lo está también para reclamar los intereses que á dicha cantidad correspondan y los daños y perjuicios que con su morosidad hubiese ocasionado el deudor.

2 de Abril de 1900.—Según el artículo 305 de dicho Código civil, para que el Consejo de familia pueda adoptar resoluciones, es necesario que estén presentes por lo menos tres vocales; los acuerdos se tomarán siempre por mayoría de votos y el del presidente decidirá en caso de empate. En consonancia con este artículo es indudable que cuando á una reunión del Consejo concurren cuatro voca-

les de los que dos votan en pro, uno en contra y otro se abstiene, hay la mayoría exigida por la ley para la validez del acuerdo, por deber considerarse al que se abstuvo como si no hubiese asistido.

23 de Mayo de 1900.—Aun cuando el Código civil no expresa ó determina quienes pueden promover el juicio de remoción de los vocales del Consejo de familia, es evidente que puede promoverlo el tutor como representante que es, según el art.º 262, del menor ó incapacitado en todos los actos civiles, fuera de los que estos puedan ejecutar por sí mismos, y la demanda que ha de entablarse directamente ante los tribunales, no necesita de la previa autorización del Consejo de familia, ya por que no puede comprenderse entre las que genéricamente menciona el número 13 del art.º 269, ya por que pugna con el buen sentido que se exija, como requisito preliminar del juicio, el consentimiento de las mismas personas contra quienes se va á proceder. En su consecuencia, el Tribunal sentenciador que deniega á un tutor el derecho de ejercitar la acción de remoción de los vocales del Consejo, otorgándosele al Presidente de éste, como ejecutor legal de sus acuerdos, no interpreta rectamente los preceptos del Código civil antes citados.

Los hechos de que dos vocales de un Consejo de familia dejen de asistir á muchas sesiones del mismo, por cuyas faltas fueron multados, de que protesten en las que asistieron de la nulidad de los acuerdos por la á su parecer ilegal constitución de un Consejo, de que en una sesión por ellos promovida ilegalmente acuerden la remoción del presidente y de que en las discusiones se produzcan en formas destempladas y ofensivas, no implican el mal comportamiento que según los preceptos del Código constituye causa de remoción, si esta conducta dimana de su creencia, acertada ó errónea, de que el Consejo se ha constituido con un vicio de nulidad que afecta á todos sus actos, mien-

tras no haya alguna razón para presumir que dicho error se profesa de mala fé ó con un propósito reprobable.

6 de Junio de 1900.—Aún cuando la doctrina del artículo 310 del Código civil al conceder acción para alzarse de las decisiones del Consejo de familia á los parientes del menor que no forman parte de aquel, así como al tutor y al protutor, autoriza la de que tengan igualmente acción para pedir su nulidad, no puede extenderse esta facultad á más de lo que alcance su interés familiar en favor de la persona ó del patrimonio del menor ó incapacitado ó el propio derecho de los reclamantes afectado por la decisión impugnada, y la sentencia que acuerda la nulidad de la constitución de un Consejo de familia, por razones puramente formales y de orden interior del mismo que no interesan á los derechos propios de los demandantes ni á la persona y bienes del incapacitado, incurre en ese exceso é infringe, por indebida aplicación, dicho art.º 310.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros.

20 de Marzo de 1893.—El Código civil no ha reputado indispensable el nombramiento de un Secretario del Consejo de familia, y su Presidente, que es el que redacta y extiende las actas de las sesiones, debe ser el competente para certificar del contenido de las mismas, sin que se requiera la intervención de Notario, tanto por ser dicho Consejo una institución eminentemente familiar en cuyas funciones no puede inmiscuirse el Estado más que en los casos previstos por el Código, cuanto porque éste no contiene precepto alguno que revele, ni aún por modo indirecto, el propósito del legislador de acudir al Notario para revestir de autenticidad los acuerdos del Consejo.

El Visto Bueno puesto en cualquier documento no se re-

fiere á la certeza ó exactitud de lo en él contenido, y en tal concepto, la certificación meramente visada por el Presidente de un Consejo de familia y autorizada por el que se titula Secretario del mismo, no llena las exigencias del Código.

25 de Noviembre de 1893.—El Código civil ha concedido al Consejo de familia todas las facultades que nuestra antigua legislación civil atribuía al poder judicial en orden á la autorización de aquellos actos que traspasan los límites de una simple administración y á la subordinación que en justicia hay que imponer al tutor con respecto á una autoridad superior que le vigile y censure, sin que pueda exceptuarse de este cuadro general de atribuciones del Consejo la aprobación del contrato de partición, no obstante lo dispuesto en el artículo 1049 de la Ley de Enjuiciamiento civil que no es posible considerar vigente después de la publicación del Código, que ha introducido tan radicales transformaciones en la institución tutelar.

Si bien es innecesaria la aprobación judicial de una partición verificada por el tutor con autorización del Consejo de familia, requiérese, para que el mencionado contrato tenga validez, que la intervención del tutor sea la de un mero agente ejecutivo de la voluntad del Consejo, bien por que proceda con estricta sujeción á las instrucciones y bases que aquel le haya marcado, bien por que después de haberla ultimado haya dado cuenta de ella al Consejo, mereciendo la aprobación y conformidad del mismo.

23 de Agosto de 1894.—Cuando se trata de enajenación de bienes inmuebles de menores sujetos á tutela es de esencia la subasta pública, pues el pronombre *cuyo* que el artículo 272 del Código emplea al referirse al valor mayor de 4000 pesetas, solo rige á las palabras que inmediatamente le preceden, esto es, alhajas y muebles, formando otros dos grupos distintos dentro de la oración los términos *bienes inmuebles y derechos inscribibles*. Además, el

pensamiento que domina en el artículo es el de establecer separación profunda entre la propiedad raiz y la mueble, exigiendo para la primera mayores solemnidades y sometiendo a mayores trabas, interpretación que coincide exactamente con la tendencia de nuestro derecho histórico y tradicional que exigía siempre la subasta judicial para la venta de los bienes raíces de menores y no imponía tal requisito en la de los muebles, siquiera fueran de gran valor. Todo nuestro derecho civil en materia de bienes está hoy por hoy ordenado sobre el principio capital de que la propiedad territorial merece una especial y preferente atención por parte de la ley, lo cual obliga, cuando se halla en manos de menores, á rodearla de mayores formalidades y á procurarla mayores garantías.

24 de Febrero, 4 de Marzo y 21 de Abril de 1896.— Son aplicables á los países forales los artículos del Código por que se rigen la constitución de la tutela y el Consejo de familia, de conformidad con lo establecido en la sentencia del Supremo de 12 de Junio de 1894 por ser posterior en fecha á la de 31 de Marzo de 1892 en que se sentó la doctrina contraria. Para que sea válido é inscribible un contrato de partición autorizado en Navarra, en el que están interesados menores sujetos á tutela, se requiere la autorización del Consejo de familia de dichos menores, aún siendo estos aforados, sin que pueda ni deba surtir efecto la concedida por el Juzgado.

1.º de Septiembre de 1897.—Con arreglo á lo establecido en el artículo 1457 del Código civil, pueden celebrar el contrato de compra venta todas las personas á quienes dicho Código autoriza para obligarse, salvo las modificaciones contenidas en los dos artículos siguientes. En ninguno de ellos ni en los demás del Código se prohíbe expresamente á los vocales del Consejo de familia adquirir por compra los bienes del menor ó incapacitado respecto del cual ejerce sus funciones. Por ser prohibitiva y además excepción

de una regla general la disposición contenida en dicho artículo ordenando no podrán adquirir por compra aunque sea en subasta pública por sí ni por persona intermedia el tutor ó protutor los bienes de la persona sujeta á tutela, no debe ampliarse, ni aún por razón de analogía, á personas y casos que no comprende, según las reglas de interpretación universalmente aceptadas.

Emancipación voluntaria y habilitación de edad.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros

3 de Junio de 1890.—El artículo 317 del Código establece una regla general que abarca todos los casos de emancipación y es aplicable á todos los emancipados, sean hembras ó varones, cuya regla consiste en que el menor queda habilitado para regir su persona y bienes como si fuera mayor, sin más limitaciones que la de necesitar el consentimiento de su padre, madre ó tutor para los actos que el mismo artículo determina, y entre ellos, el de vender bienes inmuebles, sin que sea posible afirmar que dicho precepto se refiere solo á los varones, porque para ello habría necesidad de distinguir donde la ley no distingue.

Para la enagenación de bienes inmuebles parafernales propios de una mujer menor de edad basta la licencia de su marido y el consentimiento de las personas que el artículo 317 enumera, sin que sea, además, indispensable ni

necesario el requisito de la licencia judicial, no exigido, en cuanto á tales bienes, por precepto alguno del Código. Tampoco es cierto que la emancipación de que trata el artículo 317 sea tan solo la voluntaria, sino que este precepto comprende igualmente la obtenida por concesión del padre ó de la madre que la que se alcanza por matrimonio. (1)

4 de Noviembre de 1896.—En las limitaciones que establece el artículo 317 del Código no está comprendido el contrato de partición, por lo cual es válido el que suscribe el menor emancipado, máxime si la madre, en defecto del padre, prestó el consentimiento para su celebración, pues aunque aquella tuviera intereses encontrados con los de su hijo, no puede estimarse aplicable al caso el artículo 165 que exige el nombramiento de defensor, por referirse este solamente á los hijos no emancipados.

14 de Diciembre de 1896.—El artículo 59 del Código civil que señala los efectos de la emancipación por matrimonio se refiere *exclusivamente* á la persona del marido, sin hacer mención alguna directa ó indirectamente de la mujer y sin haber términos hábiles, dada su redacción, para aplicar sus disposiciones á esta última, aparte de que, tratándose de limitaciones ó restricciones puestas por el legislador á la capacidad de las personas, ha de estarse rigurosamente al texto literal de la ley.

El artículo 317 del mismo Código se refiere únicamente á los efectos de la emancipación voluntariamente concedida por el padre ó madre y no á la que se consigne por matrimonio, como lo demuestra la colocación de dicho artículo después del que establece los efectos de la emancipación

(1) Esta resolución se contradice con la de 11 de Diciembre de 1896, que después insertaremos, y en la que se sienta otra doctrina.

por matrimonio y entre los que tratan de la forma, requisitos y efectos propios y peculiares de la voluntaria.

Al prohibir el artículo 1387 á la mujer casada, en términos generales y sin establecer ninguna restricción ó limitación por razón de su menor edad, que sin licencia del marido enagene, grave ó hipoteque sus bienes parafernales, la autoriza implícitamente para ejercer los referidos actos *con solo dicha licencia*, sin que necesite para ello el consentimiento de su padre, madre ó tutor.

20 de Marzo de 1897.—El menor emancipado puede dar poder para realizar un acto á que la ley le autoriza expresamente, tanto por que lo esencial en tales casos es tener la facultad que se delega, cuanto por que al declarar el artículo 317 del Código que la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuere mayor, con las solas excepciones que establece taxativamente, no consignándose entre ellas la de otorgar el contrato de mandato, es evidente que puede otorgarlo.

19 de Noviembre de 1898.—La capacidad del menor de edad casado se regula por lo dispuesto en el artículo 315 del Código en relación con el 59 y no conforme á lo prevenido en el 317, aplicable exclusivamente á los casos de emancipación voluntaria; y en su virtud, el que se halla en tal caso no puede enagenar bienes raíces sin el debido consentimiento de las personas llamadas á prestarlo, cuyo carácter no puede ostentar el padre que tenga intereses opuestos al del menor, con arreglo á la doctrina establecida en el artículo 165 de dicho Código. (1)

(1) Nótese la contradicción que resulta entre el criterio aceptado por la Dirección con respecto al nombramiento de defensor, en la resolución antes extractada, y el que se sostiene en la de 4 de Noviembre de 1896.

Protocolización de testamentos

Sentencias del Tribunal Supremo

16 de Febrero de 1891.—Es nulo el testamento otorgado en peligro inminente de muerte *si fué posible escribirle* y no se escribió, siendo de la apreciación de la Sala sentenciadora la determinación de la posibilidad.

4 de Abril de 1895.—La omisión cometida por el testador que lo hace en forma ológrafa, no salvando bajo su firma las tachaduras enmiendas y entrerrenglones, según previene el párrafo 3.º del artículo 688 del Código, no determina la nulidad del testamento, afectando tan solo á la validez y eficacia de las palabras tachadas, enmendadas é interlineadas, ya porque dicho precepto está en párrafo aparte de los otros del artículo citado que expresan las condiciones necesarias para la validez del testamento ológrafo, ya porque de admitir esa interpretación se llegaría al absurdo de que pequeñas enmiendas no salvadas que en nada afectasen á la parte esencial y preceptiva del testamento anularían éste, ya finalmente porque dicha disposición ha de entenderse en perfecta armonía y congruencia con la de la Ley del Notariado, que declara nulas las adiciones, apostillas, entrerrenglonaduras, raspaduras y testados en las escrituras matrices, siempre que no se salven en forma, pero no el documento que las contenga.

Sea cualquiera el orden con que en un testamento ológrafo se expresen el año, mes y día de su otorgamiento, es éste válido y resulta cumplida la disposición legal mientras no se omita ninguno de esos tres extremos que comprende la fecha, importando poco que se comience escribiendo el mes y después se consignen el día y el año.

5 de Mayo de 1897.—Las mayores facilidades que se dan para el otorgamiento de los testamentos hechos en peligro inminente de muerte, no excluyen el cumplimiento de todos los demás requisitos esenciales que para el testamento abierto se exigen en la misma sección donde aquellos se encuentran incluidos, siempre que sean racionalmente compatibles con las condiciones de su otorgamiento. Al no hacerse expresión en una ú otra forma de todos los testigos que concurren al acto del otorgamiento de un testamento de esa clase, cométese una falta que afecta á su validez, por ser dicho requisito parte integrante y condición esencial de los testamentos escritos; y cuando no aparece expresada más intervención real que la de cuatro testigos, no se puede estimar subsanada la falta del quinto por una prueba posterior, atendida la substantividad de las formas que el Código establece para la validez de los testamentos.

17 de Noviembre de 1898.—No puede desconocerse el derecho del Estado para pedir la nulidad de un testamento en el supuesto de no haber parientes llamados á la sucesión intestada, porque el título para el ejercicio de su acción arranca del llamamiento que en su favor hace el artículo 956 del Código, sin que pueda estorbarlo la posibilidad de que existan algunas personas con preferente derecho á la herencia, como no puede ser obstáculo para que un pariente ejercite la misma acción por la simple posibilidad de que haya otros de grado más próximo, puesto que entonces se le colocaría en una situación verdaderamente anómala que haría ilusorio su derecho, no pudiendo promover el juicio de abintestato para obtener la declaración de heredero, por haber un testamento, ni atacar este de nulidad, por no haberse declarado previamente su derecho á la herencia.

Los Abogados del Estado son los representantes legales de esta entidad jurídica en todos los asuntos civiles y

criminales en que tenga interés y cuya resolución compete á los Tribunales, y por ello, como el artículo 956 del Código, á quien llama en su caso á la sucesión del que muere sin testamento es al Estado, aunque disponiendo que se destinen los bienes á los Establecimientos de Beneficencia é instrucción pública gratuita, es inconcuso que á los nombrados funcionarios y no á los representantes especiales de aquellas instituciones, corresponde ejercitar la acción privada que del citado texto legal se deriva.

Si bien por regla general hay que entender que la expresión que se haga en el testamento ológrafo del año, mes y día, es la determinante de la fecha de su otorgamiento para los efectos, entre otros, de apreciar si el papel del timbre empleado es el correspondiente al del año en que se otorga, como dicha forma de testar no requiere unidad de acto como puede suceder y es lo regular que suceda que desde que el testador comienza resueltamente á consignar su voluntad hasta que concluye de expresarla transcurran algunos días, por no ser fácil que realice su obra en uno solo, y como la condición requerida por la ley de que el papel sellado que se utilice al efecto sea el correspondiente al año del otorgamiento no tiene otro objeto y alcance que el de comprobar, por tal medio, la certeza del acto en cuanto al tiempo en que se verifica, es evidente que dicha inteligencia no es absoluta, porque cuando existen méritos para estimar que el testador ha dado principio al testamento en el año á que corresponda el papel, aunque no lo termine hasta comenzado el siguiente, por la proximidad entre el fin del uno y el comienzo del otro, debe considerarse cumplido dicho requisito legal, pues ni el legislador ha preceptuado por modo expreso que se atienda única y exclusivamente á la fecha por el testador escrita para la determinación de la en que se otorga, ni deja de ser período del otorgamiento en el testamento ológrafo todo el que prudencialmente se aprecie

que necesita el testador para comenzar y concluir su obra sin solución de tiempo que revele voluntaria suspensión de la ejecución de la misma.

Tal interpretación del artículo 688 del Código se ajusta tanto más á la crítica racional y á los principios de la hermenéutica, cuanto que la facultad concedida por la ley para testar en forma ológrafa, demuestra el notorio propósito de dar mayor amplitud y libertad á los testadores para la expresión de su última voluntad, relevándoles de las exigencias formales y restrictivas de los otros testamentos; libertad y amplitud que no sería lógico reducir mientras no se alteren substancialmente las condiciones requeridas por la ley.

No puede declararse nulo un testamento ológrafo por no corresponder el papel sellado al año de su fecha, si el testador, por su edad avanzada, por la gran extensión que dió á sus últimas disposiciones y por el duplicado que hizo del documento fechado en dos de Enero de un año y escrito en papel sellado del anterior, no pudo principiar y concluir su última voluntad en los dos primeros días del mes de la fecha, y más aún si se demuestra que el papel empleado se compró á últimos de Diciembre del año anterior.

Aceptación de herencia

Sentencias del Tribunal Supremo

25 de Mayo de 1895.—La aceptación de la herencia que se deja á los pobres corresponde en primer lugar á las personas encargadas por el testador de distribuir sus

bienes, sin que puedan aceptarla de otro modo que á beneficio de inventario.

26 de Marzo de 1896.—No puede decirse que hay error de hecho ni de derecho al apreciar las pruebas cuando se desestima una demanda por no ser heredero de determinada persona el demandado en virtud de la falta de justificación sobre el hecho de haber aceptado la herencia, prueba que incumbía al actor.

8 de Mayo de 1897.—La cláusula de un contrato en que un heredero subroga á su acreedor en sus derechos sobre la herencia apoderándole para que pueda provocar y gestionar en el juicio de testamentaría cuanto estime conveniente con la limitación de que dicha subrogación y apoderamiento solo la hace hasta que dicho acreedor consiga el completo pago de su crédito, no significa haberse despojado el heredero de cuantos derechos pudieran corresponderle, ni puede entenderse de otra manera que como la consagración del derecho que á los acreedores de aquel concede el artículo 1083 del Código.

25 de Mayo de 1897.—El heredero que acepta una herencia á beneficio de inventario conserva su propia personalidad con entera independencia de la que adquiere con la misma herencia, puesto que ni responde de las cargas y deudas que sobre ella pesen, sino hasta donde alcancen los bienes, ni se confunde su caudal propio con el heredado, ni siquiera pierde sino que conserva los derechos y acciones que tuviera contra el difunto; y en su consecuencia, es evidente, que si por una deuda hereditaria se embargaren bienes privativos del heredero, puede éste impugnar el embargo utilizando la tercera de dominio, que es el recurso adecuado para mantener su derecho, igual en tal caso al de todo tercerista por consistir en que los bienes propios no responden al pago de las deudas ajenas.

La aceptación de herencia que el testador dejara á los pobres en general sin designación de persona determina-

da, en uso de la facultad que para ello le otorga el artículo 749 del Código civil, se rige por lo dispuesto en el 992, según el cual, no siendo posible á las agraciadas aceptar por sí mismas, corresponde la aceptación, en primer término á los encargados por el testador de distribuir sus bienes y se entiende siempre aceptada á beneficio de inventario, siguiéndose de ello que carecen dichos encargados de facultades para aceptar libremente y que como consecuencia de la aceptación pueden los pobres resultar favorecidos, pero nunca perjudicados. Esta doctrina es aplicable al caso en que por muerte del testador sin haber aceptado ni repudiado una herencia recayere el derecho á ella en los pobres á quienes deje la suya, porque además de existir en este caso con mayor fuerza que en el previsto por la ley la misma razón de derecho, es manifiesto, que no pudiendo aceptar los instituidos por sí mismos, ha de reconocerse la facultad de hacerlo en las personas designadas por dicho precepto legal con las mismas condiciones impuestas para la aceptación. En consecuencia de lo expuesto, el fallo que estima aceptadas á beneficio de inventario, no tan solamente la herencia dejada por una señora para dotar doncellas pobres, sino también la de su madre á quien sobrevivió heredándola, sin haberla aceptado ni repudiado, no infringe sino que aplica rectamente los artículos 992 y 1006 del Código civil.

14 de Junio de 1899.—La manifestación hecha ante el Juez de quien se tenía solicitada la declaración de herederos, advirtiendo y anticipando que la aceptación de la herencia se habría de entender á beneficio de inventario, equivale á una aceptación explícita con aquel beneficio, y la sentencia que así lo declara interpreta rectamente el artículo 1011 del Código civil.

Aún cuando la formalización del inventario no se realice dentro de los plazos y con las solemnidades que la ley expresa, no puede declararse aceptada la herencia pura y sim-

plemente si no se justifica que aquellos requisitos dejaron de cumplirse por culpa ó negligencia de los herederos.

La enagenación de la totalidad de los bienes de la herencia para el pago de deudas hereditarias, no constituye ningún acto que implique el ejercicio del derecho de herederos sin distinción de patrimonios, ni dá motivo para estimar perdido el beneficio de inventario y tener por aceptada la herencia pura y simplemente.

18 de Diciembre de 1899.—La no aceptación de la herencia puede demostrarse también, á pesar de no haberla repudiado de una manera expresa en uno de los documentos solemnes á que se refiere el artículo 1008 del Código, por otros medios probatorios, á tenor de lo dispuesto en la sección cuarta título III libro III del citado cuerpo legal, de que forma parte aquel artículo.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros.

25 de Mayo de 1895.—El hecho de haber intervenido en los autos que al morir dejó incoados su causante para sostener la misma pretensión por éste deducida, demuestra la aceptación de la herencia por parte del instituido, ya que no habría tenido derecho á ejecutar tales actos sino con la cualidad de heredero.

Del señalamiento de plazo en algunas obligaciones.

Sentencias del Tribunal Supremo

5 de Mayo de 1900.—Si bien el artículo 1128 del Código civil establece que si la obligación no señalare plazo pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor los Tribunales fijarán la duración de aquel, no se puede aplicar esta doctrina al caso en que el documento suscrito por la deudora no exprese fecha del vencimiento de la obligación si por el contenido del mismo ó por otros medios probatorios no se justifica la existencia de circunstancias de las que pueda deducirse que la voluntad del acreedor fué conceder un término para el pago. (1)

(1) Aunque nos parece fundada la doctrina que el Tribunal Supremo sienta en esta sentencia, si bien encontrándola algo confusa, pues á nuestro juicio debió expresarse que en el supuesto de que se trata la obligación era exigible desde que se contrajo, de conformidad con lo que previene el artículo 1113 del Código, no podemos prestar igual conformidad á la sentencia recurrida cuya casación se deniega, en la que, á pesar de sostenerse ese criterio, se condenó á la demandada á que pagara á su acreedor dentro del término de diez días, fijando este caprichosamente y con notoria falta de lógica, pues de entender que no existía plazo debió ser la condena al pago inmediato, esto es, tan luego como la sentencia fuera firme.

Ofrecimiento de pago y consignación.

Sentencias del Tribunal Supremo

8 de Enero de 1892.—Siendo desconocido el paradero de un acreedor hipotecario que no comparece, á pesar de haber sido llamado por edictos, es procedente la providencia ordenando al rematante en subasta judicial de la finca hipotecada que consigne el importe del crédito hipotecario; cuya consignación se ajusta á las disposiciones del Código civil y extingue la hipoteca, librando al rematante de las responsabilidades del artículo 1876 de dicho Código.

26 de Noviembre de 1896.—Para que el ofrecimiento de pago pueda estimarse comprendido entre los que autoriza el artículo 1176 del Código civil y libere al deudor de la obligación, es indispensable que el acreedor se niegue sin razón á admitirlo, en cuyo caso no se encuentra el propietario que rechaza el precio á merced de un inquilinato después del vencimiento del plazo y cuando ya el arrendatario había incurrido en mora.

Resoluciones de la Dirección General de los Registros

27 de Abril de 1895.—Vencido uno de los plazos de la obligación sin haber herederos declarados del acreedor por sostener pleito entre sí, el deudor, que usando de la facultad que le concede el artículo 1176 del Código civil, consigna la cantidad estipulada, tiene derecho á la cance-

lación de la obligación correspondiente, y la autoridad judicial que así lo ordena aplica debidamente lo dispuesto en el artículo 1180 del citado cuerpo legal, sin que sea necesario, en tal caso, que los herederos autoricen la cancelación para que esta se inscriba.

Presunciones

Sentencias del Tribunal Supremo

18 de Mayo de 1892.—No existe la excepción de cosa juzgada si en el juicio ejecutivo solo se trató de su nulidad por defectos de forma y en el ordinario se fundó la demanda en haberse acreditado la insolvencia del deudor, antes de proceder, como se procedió en la ejecución contra el fiador.

9 de Marzo de 1894.—El hecho de abonar algunos alquileres al administrador judicial de la finca y de consignar el importe de otros en el Banco de España, constituye presunción legal del contrato de arrendamiento.

22 de Mayo de 1894.—El fallo definitivo consentido por las partes adquiere la autoridad de cosa juzgada.

24 de Octubre de 1894.—Las presunciones son eficaces para probar lo mismo las acciones que las excepciones siempre que reunan los requisitos por la ley exigidos, por ser un elemento probatorio que puede utilizar de igual manera el actor para demostrar la existencia de la obligación que el demandado para acreditar su extinción.

Los hechos de haber designado la testadora en su codi-

cilo los deudores que á la sazón tenía sin incluir entre ellos al demandado, de haberle satisfecho sus gastos y cubierto sus necesidades y haberle encargado hacer la declaración de créditos en el inventario que como albacea había de formar, probados como ciertos, guardan enlace preciso y directo, según las reglas de la crítica racional, para poder deducir de ellos que el demandado solventó los créditos que se le reclaman.

23 de Noviembre de 1894.—Las sentencias dictadas en pleitos de naturaleza análoga y en los que se ejercitan iguales acciones é invocan los propios derechos, no pueden menos de producir excepción de cosa juzgada en el pleito posterior que versa sobre la misma cuestión.

11 de Mayo de 1895.—No puede alegarse como excepción de cosa juzgada, para combatir una reclamación de bienes muebles, el auto de sobreseimiento libre dictado en causa sobre estafa de dichos muebles, porque tal auto no solamente no resuelve nada sobre la propiedad de los expresados bienes sino que reconoce que pueden existir acciones civiles acerca de dicha propiedad.

16 de Mayo de 1895.—Cuando hay identidad en la razón de pedir, en la cosa y en las personas, hay que respetar lo anteriormente ejecutado, no pudiendo, por lo tanto, entenderse la reserva hecha en la sentencia anterior en el sentido de que puede reproducirse la cuestión en otro litigio.

1.º de Octubre de 1895.—Los razonamientos aducidos en los considerandos de una sentencia para no dar eficacia á las declaraciones de algunos testigos no son las presunciones á que se refiere el artículo 1249 del Código civil.

29 de Enero de 1896.—Aparte del efecto privilegiado que responde á la cosa juzgada, según el párrafo último del artículo 1251 del Código, cuando concurren las circunstancias determinadas en el 1252, tienen las decisiones y actuaciones judiciales valor probatorio con sugestión á

las reglas comunes del derecho; por tanto, puede y debe estimarse probado que se trasmitió el dominio de ciertos bienes cuando estos han sido adjudicados judicialmente en pago de un crédito reconocido por sentencia ejecutoria.

6 de Febrero de 1896.—No hay identidad de acciones si en un pleito se ejercitó la hipotecaria y en el segundo la reivindicatoria, así como tampoco identidad de personas si la del último pleito no es causa-habiente de la del primero. No puede alegarse la excepción de cosa juzgada cuando no existe vínculo alguno jurídico que permita considerar identificado al uno con el otro litigante para los efectos del juicio y cuando el objeto de cada pleito es substancialmente distinto.

10 de Julio de 1896.—Tratándose de saber si mediante la consecutiva celebración de dos contratos de venta hubo ó no propósito de defraudar en ambos á los acreedores del primer vendedor, son de tener en cuenta las fechas de los contratos, el estado de los negocios del dueño y el de las reclamaciones judiciales contra el mismo pendientes, las circunstancias de las personas que figuran como compradores y sus relaciones con los interesados en mantener la venta; y existiendo enlace preciso y directo entre estos hechos y la trascendencia de ellos sobre la cosa vendida y sobre el destino del precio, debe apreciarse como medio probatorio la presunción resultante.

13 de Octubre de 1896.—Al negar eficacia á un documento de deber que no ha sido entregado al que en él aparece como acreedor y que siempre estuvo á disposición de su autor, que consignó en el mismo su cancelación motivada, se aplica rectamente el artículo 1189 del Código civil y la presunción en él establecida de que el acreedor entregó voluntariamente el documento privado del que resulta la deuda cuando este se encuentre en poder del deudor; y es todavía más conforme con la naturaleza de los hechos la presunción de que no se ha querido dar origen á

una obligación perfecta por medio de un documento privado que el deudor ha retenido en su poder, cancelándolo cuando le pareció conveniente hacerlo.

8 de Enero de 1897.—Varios de los créditos que son objeto de recursos, como la fecha en que algunos están otorgados y la indeterminación de otros en cuanto á su origen y á la persona del acreedor, constituyen hechos notorios generadores de presunciones de todo punto atendibles, según las reglas del criterio humano, por la relación y enlace directo que guardan con el hecho que de ellos deduce la Sala sentenciadora de ser ineficaces tales créditos, lo que unido á la falta de toda prueba en contrario, autoriza á la solución absolutoria por ella adoptada.

No puede calificarse de presunción lógica y legal la de que deben reputarse cobrables unos créditos por el mero hecho de haberse inventariado sin declarar que no lo eran.

22 de Marzo de 1897.—Para que la cosa juzgada surta efecto decisivo en otro juicio, es necesario que haya identidad perfecta, no solo entre las personas de los litigantes sino entre las cosas y las causas; y no hay tal identidad entre cosas y causas cuando en el primer pleito se pide una indemnización en términos generales é indeterminados, y en el segundo se concreta al importe de ciertas cuentas de resaca de gastos judiciales y notariales y de intereses originados por el perjuicio de letras y por la conducta del demandado.

25 de Mayo de 1897.—Las resoluciones judiciales consentidas y pasadas en autoridad de cosa juzgada por no haberse recurrido contra ellas en debida forma, producen, dentro ó fuera del pleito en que se dictaren, tan solo el efecto que les corresponda según su índole y contenido; y esto supuesto, la providencia que manda se requiera de pago á un albacea, no produce más efecto que cubrir este trámite, sin que pueda derivarse de ella que dicho albacea

no tiene derecho ya para entablar las tercerías de dominio que estimó procedentes respecto de los bienes del finado que hubieren sido embargados.

27 de Mayo de 1897.—El simple hecho de que en una casa existan ventanas que dan á una finca colindante, no implica necesariamente el derecho de servidumbres de luces y vistas ni á ello inducen las reglas del criterio humano, pues la existencia de tal derecho tiene su forma de adquisición.

5 de Mayo de 1900.—Existe la identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueren, exigida por el artículo 1252 del Código civil, cuando entre dos juicios, uno de tercería de dominio y otro de mayor cuantía, no hay más diferencia que la de que la inscripción en el Registro del expediente posesorio que sirvió en ambos de título para pedir, no se había verificado cuando se siguió el primero y se formalizó antes de promoverse el segundo. Semejante diferencia no es bastante para dejar de estimar la excepción de cosa juzgada porque en los dos pleitos se ha debatido la misma cuestión entre los propios litigantes, por iguales motivos y ejercitando idéntica acción; y porque el requisito ó formalidad de la inscripción del título posesorio en el Registro, no afecta, en vigor, á la esencia de los derechos del demandante en uno y otro juicio, por no producir más que los determinados en el artículo 403 de la Ley Hipotecaria.

Separación de bienes de los cónyuges y su administración por la mujer durante el matrimonio.

Sentencias del Tribunal Supremo

19 de Junio de 1899.—Decretada la separación de bienes de los cónyuges en juicio seguido para que se concedieran efectos civiles al divorcio acordado por Tribunal eclesiástico, é impuesta al marido como cónyuge culpable la pérdida de la administración de los bienes de su esposa, solicitó aquél, en diligencias de ejecución de sentencia, se requiriera á ésta para que se abstudiese de enagenar bienes de su propiedad sin la intervención de su marido, cuyo requerimiento se hizo por el Juzgado accediendo á dicha solicitud. Confirmado el auto por la Audiencia se interpuso recurso de casación al que declara haber lugar el Tribunal Supremo, fundándose en que en el régimen de los bienes propios de la mujer que obtiene el divorcio como cónyuge inocente, no establece el artículo 73 del Código que para la enagenación deba someterse á la intervención del marido, necesitando tan solo de licencia judicial en los casos que establece y enumera el 1444; y en que el requerimiento mandado hacer por la resolución recurrida resolvía una cuestión decidida en la sentencia de cuya ejecución se trataba.

12 de Enero de 1900.—Seguido ante los Tribunales eclesiásticos pleito sobre divorcio por sevicia, promovido por la esposa, y dictada sentencia en segunda instancia de la que apelaron ambas partes, hallándose el pleito pendiente

de la resolución de este recurso, acudió la demandante, que ya antes había obtenido el depósito de su persona, á los Tribunales ordinarios interponiendo demanda incidental en solicitud de que se la concediese autorización judicial para comparecer en juicio y contratar sobre sus bienes propios, á cuya demanda se opuso el otro cónyuge y el Ministerio fiscal, recayendo sentencia de la Audiencia, revocatoria de la del Juzgado, en la que se declaró por la Sala no haber lugar á conceder la habilitación solicitada. Interpuesto recurso de casación contra el fallo, el Tribunal Supremo declara no haber lugar á dicha casación, porque la autorización judicial para contratar, si bien procedería como consecuencia de la separación de bienes de la sociedad conyugal y pérdida de la administración de los de la mujer, cuando pronunciada sentencia firme de divorcio declarase causante de este al marido, no puede concederse mientras dicha sentencia firme no se dicte, siendo inaplicable al caso el número 5.º del artículo 68 del Código civil, por referirse á medidas preventivas de carácter interino á fin de evitar que el marido perjudique á la mujer en la administración de los bienes, medidas que no han sido reclamadas y cuya cualidad no puede atribuirse á la petición formulada por la esposa de que se la autorice para disponer libremente de su patrimonio.

La habilitación para comparecer en juicio que puede solicitar la mujer casada fundada en la negativa del marido á ostentar su representación, no puede ni debe concederse en términos generales para todos los negocios de la solicitante, sino tan solo para el caso especial en que concurra aquella circunstancia.

Retracto legal

Sentencias del Tribunal Supremo

15 de Abril de 1891.—No habiéndose perfeccionado la venta ni tenido existencia legal hasta el 18 de Agosto de 1890, en cuya fecha habían de entrar en posesión de las fincas vendidas á plazos los adjudicatarios en la subasta que se verificó antes de publicado el Código, pudo utilizarse respecto de dicha venta el retracto establecido en el párrafo último del artículo 152 del mencionado cuerpo legal á favor de los propietarios colindantes.

26 de Octubre de 1891.—Para que pueda usar del retracto de una cosa común el copropietario de la misma, es condición precisa é indispensable, aparte de que se enagene á un extraño la porción perteneciente á uno de los condueños y se utilice aquel derecho dentro del término legal, que el retrayente se subrogue en lugar del que adquirió la cosa por compra ó dación en pago, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato; y por consiguiente, enagenada en pública y judicial subasta una finca perteneciente exclusivamente á la vendedora y la mitad de otra que poseía en común con un hermano suyo, por el único y total precio de treinta y cinco mil pesetas consignado en la escritura, en contemplación, indudablemente, al conjunto de dichos bienes y á las ventajas que por su proximidad y otras circunstancias podía reportar al rematante su simultánea adquisición, es evidente, que el condueño de la última finca que ejercita el retracto solo en cuanto á ella por ser la única que tiene derecho á reclamar, no puede mantener en su

necesaria integridad, cual requiere la ley, las condiciones esenciales del contrato, ó sea, la cosa vendida, el precio dado por ella y hasta el mismo consentimiento, que como se ha dicho, recayó sobre tales dos fincas formando para su comprador un solo é indivisible todo; por lo que, siendo imposible la subrogación de personas en el modo y forma que la ley prescribe, procede la declaración de no haber lugar al retracto.

9 de Marzo de 1893.—El retracto legal de condueños tiene por objeto refundir en una sola persona el dominio pleno de una finca, evitando los inconvenientes que la desmembración del mismo produce para la facilidad de las transacciones y el desarrollo de la riqueza inmueble; por cuya razón, el Código civil concede la facultad de retraer, no solo cuando existe verdadera comunidad en un predio, sino en el censo enfiteútico, en los foros, en la cesión del suelo para plantación de viñas por el tiempo que vivieran las primeras cepas, y en los contratos de naturaleza análoga al de enfiteusis, sin que obsten al ejercicio de aquella facultad la separación é independencia que hay entre los derechos que comprende el dominio directo y los inherentes al dominio útil.

Aunque no haya comunidad en todos los disfrutes ó aprovechamientos de una finca, no puede menos de reputarse como copropietarios de cosa común al que tiene derecho de siembra y á aquel á quien pertenece el arbolado, ya porque este se haya adherido al terreno y no puede subsistir separado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de manera que el uno, en las operaciones del cultivo, no puede hacer nada que redunde en menoscabo ó detrimento de los árboles, ni es lícito al otro, al utilizarse de ellos, impedir, entorpecer ó perjudicar la explotación agrícola del suelo.

Es manifiesta la procedencia del retracto cuando la finca se dá á censo reservativo, puesto que éste constituye

una enagenación ó venta del predio, que debe estimarse comprendida en el artículo 1522 del Código civil.

16 de Mayo de 1894.—Si bien las minas tienen el concepto de bienes inmuebles y los copropietarios el derecho de retracto legal, para poder ejercitar este, se requiere, que la cosa esté poseída en común, caso en que no se encuentra una mina cuando los derechos sobre la misma se han dividido en participaciones determinadas é independientes, representadas por acciones que desde su creación vienen adquiriéndose como tales; siendo esto más de notar si en la demanda formulada por un accionista se expresa que lo que intenta retraer son seis acciones de dicha mina, con lo que él mismo demuestra que no existe posesión en común y por tanto, que no le asiste el derecho de retracto.

13 de Noviembre de 1894.—Vendido en 22 de Julio de 1892 el suelo de una finca cuyo arbolado pertenecía á don Pedro Antonio Sánchez Carrasco, entabló éste demanda de retracto contra el comprador del terreno, quien al constatarla la redarguyó de inadmisibile porque el actor no se comprometía á no vender durante cuatro años el dominio del suelo que intentaba retraer, y por tanto, carecía la demanda del requisito exigido en el artículo 1618 n.º 5.º de la Ley de Enjuiciamiento. Dictada sentencia en ambas instancias declarando haber lugar al retracto, interpuso el demandado recurso de casación fundado en la infracción del artículo de la ley antes citado, y el Tribunal Supremo casó y anuló la sentencia recurrida considerando que son tan esenciales las condiciones que han de tener las demandas de retracto consignadas en dicho artículo 1618, que si careciendo de alguna ó algunas de las pertinentes al retracto que se entabla, el Juez diera curso á la demanda con olvido de lo que previene la citada disposición, la acción no puede prosperar por la existencia de ese vicio radical en el procedimiento.

26 de Octubre de 1895.—El derecho de retracto de la parte vendida por un condueño á un extraño solo puede ejercitarse por quien acredite cumplidamente que es copropietario de la cosa común, y si al formular la demanda no se acompaña á ella documento alguno justificativo del condominio, no debe prosperar esta, aún cuando después y dentro del período de prueba se pretenda presentar algunos documentos para acreditar tal extremo, menos aún oponiéndose á ello la otra parte y estimándose esta oposición en la sentencia al declarar que no pueden hacer probanza por el tiempo y forma en que fueron presentados.

26 de Noviembre de 1895.—Al establecer el Código civil en su artículo 1523 el retracto legal de colindantes, lo hace derivar, por modo indudable, de la relación de contigüidad de las fincas, y se inspira en el propósito determinado y concreto de corregir en lo posible la exagerada división de la propiedad rústica, por cuya razón no es posible hacer extensivo dicho precepto á cosas y casos que están fuera de su espíritu y letra, como sucedería en el supuesto de conceder el derecho de retraer varias fincas vendidas en un solo y total precio, al dueño de otra colindante con una de las enagenadas, pero que no tiene ningún linde común con las demás incluidas en la venta; ni tampoco cabe interpretarle tan restrictivamente que por ignorarse el precio de la finca colindante vendida en globo con las demás, se prive al asurcano del derecho de retraerla, pues con ello vendría á quedar la virtualidad del mandato legal á discreción y arbitrio de los contratantes. Por tanto, conformes los litigantes en el hecho, de todo punto decisivo, de que solo lindan con tierras del actor siete de las diecisiete fincas que fueron objeto de la venta, es notorio que la sentencia que le declara con derecho á retraer, no ya las colindantes sino la totalidad de las vendidas, infringe el artículo antes mencionado, con tanto

más olvido de su letra, cuanto que alguna de las fincas no contiguas era un predio urbano.

13 de Abril de 1896.—La prescripción del artículo 1521 del Código civil se refiere á la subrogación del retrayente en el lugar del comprador respecto de la cosa que pueda ser objeto del retracto, no de aquellas otras que aún cuando se comprendan en la misma escritura de venta carezcan de las condiciones necesarias para poder ser retraídas.

17 de Abril de 1896. El mero hecho de estar dividida una casa en pisos correspondientes á diversas personas, no borra la comunidad real y efectiva que establecen, así la unidad de la techumbre como la del solar, las paredes maestras y medianeras y las demás cosas y obligaciones de carácter común, que por serlo, deben costear á prorrata todos los dueños de las diversas partes del inmueble. En consonancia con estos principios, el dueño de dos habitaciones que están enclavadas en la casa que intenta retraer y ocupan parte de los pisos segundo y tercero de la misma, debe ser reputado como condueño y con facultad para poder usar del retracto en el caso de enagenarse á un extraño la parte de todos ó de algunos de los demás condueños.

27 de Octubre de 1896.—Aceptados por el demandado los hechos de la demanda en la que se expresó que se presentaba dentro del término legal, y no habiendo sido objeto de excepción el plazo en que se ejerció el derecho de retracto, ni de discusión durante el curso del pleito hasta la vista de segunda instancia, la Sala sentenciadora que absuelve al demandado por el fundamento de no haber justificado el actor que hizo uso de su derecho dentro del término establecido en la ley, infringe el artículo 566 de la de Enjuiciamiento civil, porque determinándose en él que la prueba ha de concretarse á los hechos alegados que no hayan sido confesados llanamente por la parte á quien perjudiquen, es claro que eximen á cada una de la obliga-

ción de probar los admitidos por la contraria. Los artículos 1618 al 1620 de la Ley procesal relativos al retracto, han sido modificados por el 1524 del Código civil, y solo pueden aplicarse en cuanto no se contradigan con este.

4 de Diciembre de 1896.—El retracto legal se ha establecido para lograr, según su naturaleza, la consolidación de los dominios que se encuentran desmembrados ó indivisos, ó para que desaparezcan las unidades pequeñas de la propiedad; y por consiguiente, procede solo contra los extraños que adquieren derechos sugetos al retracto, pero no los que tienen igual interés en la consolidación, salvo las preferencias establecidas por la ley en casos determinados.

6 de Marzo de 1897.—La Ley de Puertos de 7 de Mayo de 1880, no puede conceptuarse comprendida en la derogación contenida en el artículo 1976 del Código, por referirse en su totalidad á una materia especial no regida por éste, quedando por lo tanto vigente el derecho de tanteo que dicha ley establece en favor de los dueños de fincas colindantes con los terrenos á que se refiere el artículo segundo de la misma, no obstante las disposiciones del citado Código que regulan el retracto legal.

31 de Diciembre de 1897.—El marido es el representante legal de su mujer en juicio y fuera de él, y si bien según el artículo 1383 del Código no puede ejercitar acciones de ninguna clase respecto á los bienes parafernales sin intervención ó consentimiento de su cónyuge, esta disposición no tiene otro propósito y alcance que el de garantizar á la mujer sus intereses, por lo que no es posible estimar comprendido en ella el caso en que aquél ejercite el derecho de retraer una finca colindante con otra de los parafernales de su mujer, toda vez que al hacerlo no menoscaba en poco ni en mucho el dominio ni aún la facultad de administrar que á la mujer corresponde en esta clase de

bienes, y solo puede procurarle la ventaja notoria de aumentar su haber.

Los artículos 1518 y 1525 del Código civil no exigen la consignación de los gastos de compra ni de los hechos en la cosa sino solamente su reembolso, lo cual implica que la consignación solo subsiste en cuanto al precio, con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil, y esto, con tanto más motivo cuanto que sobre ser aquellos ordinariamente desconocidos, ningún perjuicio puede resultar para el interesado de que se le abonen antes de ejecutar la sentencia en que se otorgue el retracto.

28 de Febrero de 1898.—El marido, como administrador de los bienes que constituyen la sociedad de gananciales, puede enagenarlos y obligarlos por título oneroso sin consentimiento de la mujer, no reconociendo á ésta la ley otro derecho que el de percibir la mitad de los que resulten, luego que por haber concluido la sociedad, se haga liquidación de ella. La mujer carece de condominio en los gananciales mientras no se disuelva el matrimonio, y por tanto, de acción para poderlos retraer.

12 de Marzo de 1898.—El derecho al retracto de aledaños requiere, que quien lo ejercite acredite ser propietario de una finca colindante con la que fuere objeto de la venta, pero esta justificación no es de absoluta necesidad se haga mediante instrumento público inscrito en el Registro de la propiedad, pudiendo el Tribunal sentenciador apreciar, por los elementos probatorios suministrados en el juicio, que el actor ha justificado cumplidamente ser dueño de la tierra que linda con la retraída.

17 de Mayo de 1898.—Al hacer el Tribunal sentenciador aplicación de las prescripciones de los artículos 25 y 396 de la Ley Hipotecaria, para negar fuerza y eficacia al título acompañado con la demanda en justificación del dominio del retrayente, por único el fundamento de no estar inscrito, ha infringido la doctrina sancionada con repetición por

el Supremo, porque según éste tiene declarado, el citado artículo 396 de la Ley Hipotecaria no prescribe en absoluto que se rechacen en juicio los títulos relativos á actos y contratos inscribibles, cuando no se haya llenado, respecto de ellos, la formalidad de la inscripción, sino solo aquellos con los que se intenta perjudicar á un tercero en el sentido que á esta palabra se da en la misma ley; cuya circunstancia no concurre en el comprador de la finca que se pretende retraer.

23 de Febrero de 1899.—El muro, cerca ó árboles existentes entre dos heredades, no puede equipararse á las vías, corrientes, barrancos ó servidumbres que las separan á los efectos de excluirlas del retracto de colindantes, porque sobre ser esto contrario á la naturaleza de las cosas, es también opuesto á la expresión del concepto contenido en el segundo párrafo del artículo 1523 del Código.

31 de Mayo de 1899.—El artículo 1636 del Código civil no exige, para que se dé lugar al retracto, que el dueño directo y el enfiteuta hayan respectivamente vendido ó cedido por sí mismos el dominio, siendo solo indispensable, para que la acción pueda ser ejercitada, que la dación ó cesión en pago se hayan realizado de modo directo ó indirecto, ya voluntaria ó ya necesariamente por consecuencia de deudas del dueño, sin otra excepción que la de las enagenaciones forzosas por causa de utilidad pública, porque admitir la doctrina contraria sería dejar á la voluntad de los contrayentes el cumplimiento de dicha disposición legal, que facilmente podían eludir. Habiendo los Síndicos de una quiebra donado, cedido y adjudicado en virtud de transacción, en pago de lo que el quebrado debía y por cantidad determinada, ciertos censos á aquel pertenecientes, y no comprendiendo toda transacción, sino los objetos expresados determinadamente en ella ó los que por inducción necesaria de sus palabras deben reputarse incluidos en la misma, es manifiesto que no hay obstáculo que impi-

da conocer el precio definitivo que debía ser declarado al condueño para que pudiera hacer uso del derecho de tanteo; y por consiguiente, la falta de aviso autoriza á este á ejercitar el retracto dentro del plazo fijado en el artículo 1639 del citado Código.

Secuestros

Sentencias del Tribunal Supremo

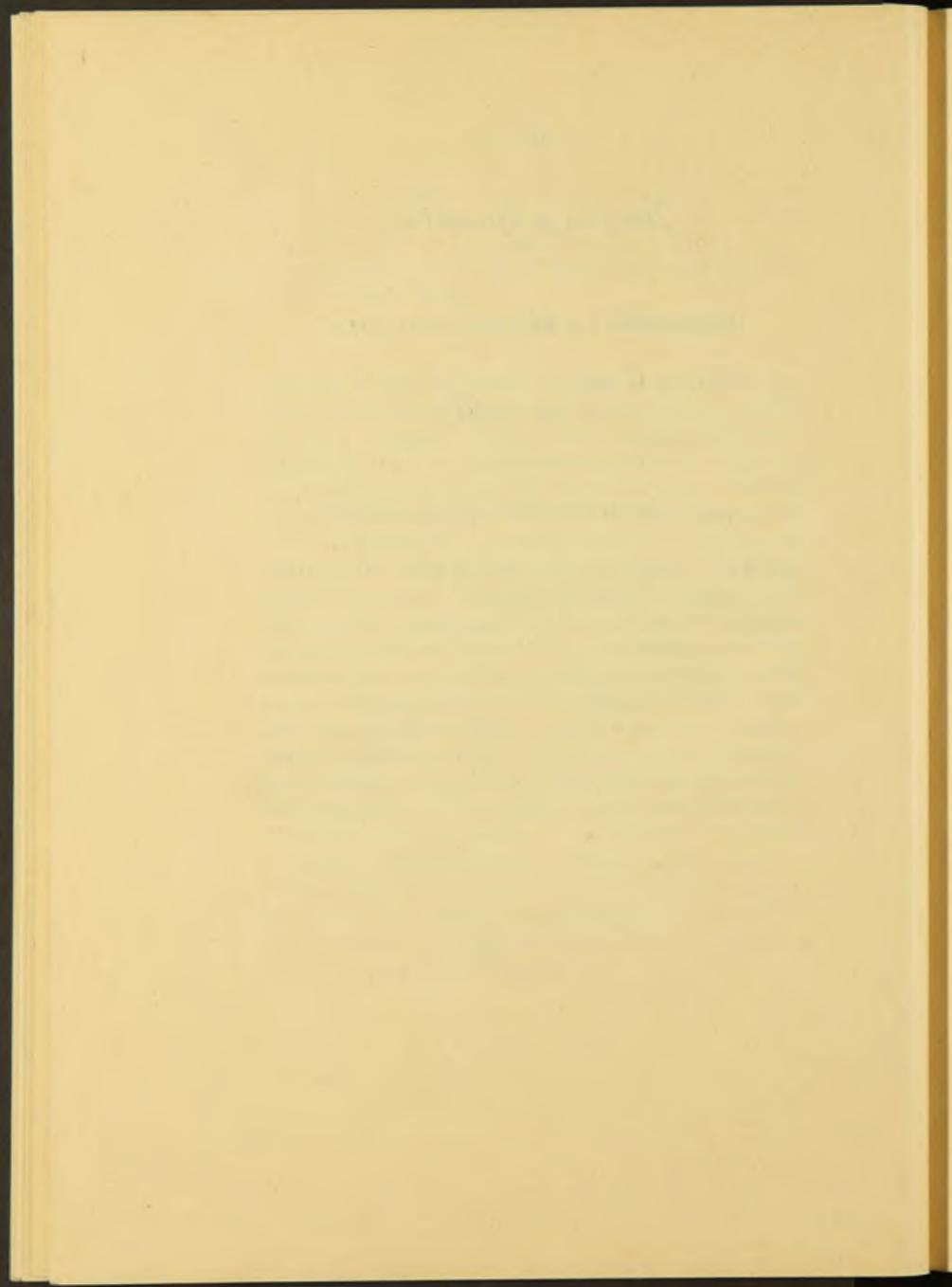
13 de Noviembre de 1895.—El administrador judicial á quien se encomienda una finca secuestrada está en su perfecto derecho para entablar la demanda de desahucio, aunque esta se dirija contra uno de los condueños que la habitaba sin precio ni merced alguna y sin la aquiescencia de los dueños que reunían también esa cualidad, puesto que representante dicho administrador del dominio mientras se resolviesen las cuestiones pendientes, pesaba sobre él la obligación de conservar los bienes y cobrar las rentas y demás productos, de manera que no se infiriera perjuicio á ninguno de los interesados.

Estando pendiente el juicio de testamentaria, ninguno de los coherederos puede ostentar ni ejercer todavía el dominio perfecto de las fincas que pertenezcan á la masa de bienes proindivisa, y el administrador judicial es quien ejerce la representación de aquellos.

Juegos y apuestas

Sentencias del Tribunal Supremo

6 de Octubre de 1893.—Los artículos 1790 y 1901 del Código, al determinar lo que son contratos aleatorios ó de suerte comprendiendo entre ellos la apuesta ó juego no prohibido, conceden acción civil para reclamar su cumplimiento, siempre que la cantidad que se haya cruzado no sea excesiva, no solo á los contratantes sino á los terceros en cuyo favor se haya estipulado, con tal de que estos, de conformidad con lo que previene el artículo 1257, hayan hecho saber su aceptación al obligado; doctrina legal que se aplica rectamente dando valor y eficacia á una apuesta de cincuenta pesetas que medió entre dos personas y haciendo que se cumpla la promesa ó estipulación establecida en el contrato en favor de tres testigos presenciales, de emplear la expresada suma, no en una cena para los cinco como antes se había proyectado, sino en un billete de lotería que, por consiguiente, dió obción y derecho á todos ellos de percibir por iguales partes el premio con que dicho billete fué favorecido.



FORMULARIOS

SECRET

LICENCIA O CONSEJO PARA CONTRAER
MATRIMONIO

Acta otorgando licencia

En ... á ... de ... de 190 ... Ante el señor Juez municipal comparece D.^a ..., mayor de edad, casada, de este domicilio y *dice*: Que su marido D. ... ha sido requerido con el fin de que conceda licencia para contraer matrimonio al hijo de ambos D. ..., y estando aquel impedido para hacerlo por no saber leer ni escribir y padecer una parálisis de la lengua que le imposibilita el uso de la palabra, según se acredita por la certificación facultativa que presenta, la exponente en uso de las facultades que para tal caso le concede el artículo 46 del vigente Código civil, otorga la oportuna licencia á su pronombrado hijo D. ... de ... años, soltero, empleado, vecino de ... para que contraiga matrimonio con D.^a ... de ... años, soltera, vecina de ...

Léda la presente acta á la compareciente, se afirmó y ratificó en su contenido firmándola con el Señor Juez de que certifico.

(Siguen las firmas.)

Comparecencia solicitando el consejo

En ... á ... de ... de 190 ... Ante el señor Juez municipal comparece D. ... mayor de edad, soltero, co-

merciante, de este domicilio y *dice*: Que tiene concertado su matrimonio con D.^a ..., de ... años, soltera, vecina de ...; y necesitando para celebrarle que previamente le dé su consejo el padre del compareciente D. ..., vecino de esta población, habitante en ..., solicita se le requiera judicialmente con tal objeto y se haga constar la contestación que diere en el acto del requerimiento, del que se le expida la correspondiente certificación á los efectos procedentes.

Así lo expresa, se afirma y ratifica y firma con el señor Juez de que certifico.

(Siguen las firmas.)

Acta dando el consejo desfavorable

En ... á ... de... de 190... Ante el señor Juez municipal comparece D. ... (su filiación) quien previamente ha sido citado para este acto, y requerido por el señor Juez para que dé á su hijo D. ... consejo con motivo del matrimonio que intenta celebrar con D.^a ..., *dijo*: Que no constándole los antecedentes necesarios relativos á dicha señora, á quien no conoce, para poder formar juicio sobre la conveniencia ó inconveniencia del proyectado matrimonio de su hijo con la misma, se abstiene de emitir su opinión. El señor Juez, en vista de dicha contestación le hizo presente la necesidad de que diera una respuesta categórica, pues en otro caso, las evasivas se interpretarían como consejo favorable; y atendiendo á esta advertencia manifestó el compareciente que se opone á la celebración del expresado matrimonio, y por consiguiente, dá á su nombrado hijo consejo desfavorable á sus propósitos de casarse con la precitada D.^a ...

Extendida la presente se procedió á su lectura aprobando su contenido el compareciente que la suscribe con el señor Juez de que certifico.

(Siguen las firmas.)

DISPENSA DE IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER
MATRIMONIO

*Informe del Juez de 1.^a instancia al Ministro de
Gracia y Justicia sobre concesión de dispensa.*

Excmo. Sr.

Tramitado en este Juzgado á instancias de D. ... y de D.^a ... (sus filiaciones) el expediente para la concesión de dispensa del impedimento de parentesco que entre ellos existe, á fin de poder contraer matrimonio civil, tengo el honor de elevar á V. E. las actuaciones practicadas, según previene el Reglamento del Registro civil de 13 de Diciembre de 1870.

Al propio tiempo y cumpliendo con el deber que dicho precepto legal me impone de emitir informe sobre la petición formulada, creo procedente hacerlo favorablemente á tal solicitud, por estar plenamente justificados los motivos que la fundamentan.

Acreditado documentalmente que los solicitantes son parientes colaterales en segundo grado de afinidad por haber estado casado D. ... con una hermana de D.^a ... que falleció dejando dos hijos que aún se encuentran en la menor edad, concurre en este caso una causa justa de dispensa, toda vez que nadie mejor que la solicitante podrá prestar á dichos huérfanos los cuidados de que están pri-

vados por la muerte de su madre, ya que con ellos la unen tan estrechos vínculos.

Por tales razones y de conformidad con lo expuesto por el Ministerio fiscal, estima el que suscribe que debe concederse la dispensa pretendida.

V. E. no obstante resolverá lo que más procedente estime.

Dios guarde á V. E. muchos años.

(Lugar, fecha y firma.)

Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia.

JUICIOS DE NULIDAD DE MATRIMONIO Y DE DIVORCIO

Auto decretando el depósito provisional de mujer casada.

En... á ... de ... de 190 ... El señor D. ..., Juez de primera instancia de la misma y su partido. Visto este expediente; y

Resultando que por D.^a ... mayor de edad casada, de esta vecindad, se ha presentado ante este Juzgado en el día de ayer un escrito solicitando el depósito provisional de su persona y la de sus hijos B. y C. de dos años y de seis meses de edad respectivamente, al objeto de poder entablar en su día la correspondiente demanda de divorcio contra su marido D. ... por malos tratamientos de obra; en cuyo escrito se interesa, además del depósito, la entrega de la cama y ropa de uso diario de la recurrente y la asignación de alimentos á la misma y sus hijos, para lo que hace constar que su cónyuge disfruta un sueldo de cuatro mil pesetas anuales, poseyendo además bienes cu-

yas rentas pueden calcularse en otras dos mil pesetas al año.

Resultando que acordada la ratificación de la interesada en el precitado escrito y constituido para ello el Juzgado en el domicilio conyugal, dicha señora, no estando presente su marido, ratificó su petición de depósito.

Considerando que de conformidad con lo prevenido en el número primero del artículo 1880 de la Ley de Enjuiciamiento civil, podrá decretarse el depósito de mujer casada siempre que ésta se proponga intentar demanda de divorcio; y según el 1916, en el auto en que se decreta dicho depósito deben señalarse alimentos provisionales en la cantidad que prudencialmente se crea necesaria, atendiendo al capital que pertenezca á la solicitante ó al que posea el que ha de darlos.

S. S.^a por ante mí el Escribano, *hijo*: Se decreta el depósito provisional de D.^a . . . , el que se llevará á efecto en el día de mañana y once horas de la misma, citando previamente á su marido D. . . á fin de que concurra á dicha diligencia y las sucesivas que procedieren, bajo apercibimiento de que se realizarán sin más citación aunque no comparezca. Queden en poder de aquélla sus dos hijos B. y C. menores de tres años, y los que pasen de esta edad, si los tuviere, en poder de su padre hasta que en el juicio correspondiente se decida lo que proceda. Y en atención al sueldo y rentas que se atribuyen al marido de la D.^a . . . se asigna á ésta, en concepto de alimentos provisionales para ella y sus citados hijos, la cantidad de doscientas pesetas al mes, cuyo pago hará su nombrado marido por mensualidades anticipadas. Lo mandó y firma S. S. doy fé.

(Siguen las firmas).

Diligencia de constitución de depósito

En ... á ... de ... de 190 ... Siendo la hora señalada, constituido el Juzgado en el domicilio de D. ..., comparecieron á la presencia judicial éste y su esposa D.^a ..., y habiéndoles invitado S. S. á que se pusieran de acuerdo sobre la persona que había de encargarse del depósito de dicha señora y sus hijos menores de tres años, designaron respectivamente, el primero á D. ... padre de la misma y ésta á D. ..., sin que á pesar de las excitaciones del Sr. Juez pudiera conseguirse que convinieran ambos en designar una misma persona; en vista de lo cual, estimando infundada la oposición hecha por D.^a ... á la propuesta de su esposo, S. S. nombró depositario á D. ... quien presente al acto aceptó el cargo obligándose á cumplir los deberes que el mismo impone; é inmediatamente quedó constituida bajo el depósito de dicho señor la D.^a ... con sus hijos B. y C..

Acto seguido el D. ... hizo entrega á su cónyuge de la cama y ropa de su uso diario, que comprende los efectos siguientes: ... (se inventariarán).

Y no habiéndose formulado reclamación alguna se dió por terminada esta diligencia que leída á los comparecientes y encontrándola conforme la firman con S. S. doy fé.
(Siguen las firmas).

Providencia mandando intimar al marido y ordenando á la mujer que intente la acción de divorcio.

Juez, Sr. N.—En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1890 de la Ley de Enjuiciamiento civil, intímese á

D. ... que no moleste á su mujer D.^a ... ni al depositario de la misma D. ..., bajo apercibimiento de procederse contra él á lo que hubiere lugar: hágase saber también á aquélla que si dentro de un mes no acredita haber intentado la demanda de divorcio, quedará sin efecto el depósito y será restituída á la casa de su marido; y facilítese al depositario el oportuno testimonio de su nombramiento á los fines procedentes. Lo mandó y firma S. S. en ... (lugar y fecha).

(Siguen las firmas).

Auto levantando el depósito

Resultando que constituida en depósito provisional D.^a ... en fecha de ..., se la notificó en legal forma el acuerdo de este Juzgado por el que se la ordenaba que si en el término de un mes no acreditaba haber intentado el divorcio quedaría sin efecto el depósito y sería restituída á la casa conyugal.

Resultando que D. ... marido de la depositada, ha comparecido en este expediente por escrito de ... solicitando del Juzgado dejara sin efecto el depósito y la restituyera á su domicilio, fundando esta pretensión en que había transcurrido con exceso el plazo que se la concedió sin haber justificado la presentación de la correspondiente demanda intentando el divorcio ante el Tribunal competente.

Considerando que teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1894 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es procedente, accediendo á lo solicitado por D. ..., dejar sin efecto el depósito de su cónyuge D.^a ... y restituirla á la casa de aquél, toda vez que, según resulta de autos, ha

transcurrido el plazo de un mes que se la señaló al efecto, sin que haya justificado haber intentado el divorcio.

S. S. por ante mí el Escribano *dijo*: Se alza y deja sin efecto el depósito de D.^a ... y restitúyasela á la casa de su marido.

Así lo proveyó y firma el Señor D. ... Juez de primera instancia de ... (lugar y fecha).

Auto ratificando el depósito

En ... á ... de ... de 190 ... El señor D. ..., Juez de primera instancia de este partido. Visto el presente expediente; y

Resultando que por auto de ... y á instancia de D.^a ... se decretó el depósito provisional de la misma, cuya diligencia se llevó á efecto en el siguiente día ... nombrándose depositario á D. ... en depósito de quien quedó aquélla constituida con sus hijos menores de edad B. y C., guardándose en la diligencia las formalidades legales prevenidas, y sin que mediara reclamación alguna por parte de su marido D. ... presente al acto.

Resultando que la depositada ha aportado á autos un testimonio que acredita haberle sido admitida la demanda de divorcio contra su referido esposo, presentada en tiempo ante el Tribunal eclesiástico de ..., en virtud de lo cual pide se ratifique el expresado depósito por haberse cumplido el requisito que para ello exige el artículo 1895 de la Ley procesal y estar conforme con el depositario que se la nombró.

Considerando que habiendo justificado en legal forma la depositada D.^a ... por medio del precitado testimonio, que le ha sido admitida en el Tribunal eclesiástico de ... la demanda de divorcio presentada contra su marido D. ..., y no habiéndose formulado por los interesados re-

clamación alguna sobre variación de depósito, es procedente acceder á lo por aquella pretendido.

Vista la citada disposición legal, S. S. por ante mí el Escribano, *dijo*: Se ratifica el depósito provisional de D.^a ... con sus hijos menores B. y C. en la persona de D. ..., llevado á efecto el día ..., y se deja definitivamente constituido, lo que se hará saber á dicho depositario y al esposo de la depositada á los fines legales procedentes.

Así lo proveyó mandó y firma etc.

Sentencia condenando al marido al pago de litis expensas.

En ... á ... de ... de 190 ... El señor D. ..., Juez de primera instancia de la misma y su partido. Vistos los presentes autos incidentales seguidos sobre asignación de litis-expensas, en los que son partes, como demandante D.^a ..., mayor de edad, casada, dedicada á sus labores, de esta vecindad, representada por el procurador D. ... bajo la dirección del letrado D. ...; y de otra como demandado D. ..., marido de la anterior, también mayor de edad, propietario, de igual domicilio; representado y dirigido respectivamente por el procurador D. ... y letrado D. ...; y

Resultando que en ... de ... D.^a ... dedujo ante este Juzgado demanda incidental contra su marido D. ... solicitando que previa la tramitación del oportuno juicio se declarara que aquél estaba obligado á satisfacer las litis-expensas que se ocasionaran con motivo del pleito de divorcio que seguían ante los Tribunales eclesiásticos y de los incidentes con él relacionados, exponiendo como hechos determinantes de su petición: 1.º Que á consecuencia de los malos tratamientos de obra de que era objeto se había visto obligada á interponer contra su cónyuge demanda

de divorcio, después de solicitar el depósito provisional de su persona, que se llevó á efecto, asignándosele como alimentos provisionales la cantidad de doscientas pesetas mensuales cuya suma apenas basta para cubrir sus necesidades más perentorias. 2.º Que á pesar de las reclamaciones que reiteradamente le han sido hechas á su marido para el pago de los gastos judiciales que se causan en dichos litigios, se ha negado siempre á satisfacerlos alegando que no estaba obligado á hacerlo. Y 3.º Que su repetido esposo disfruta un sueldo de cuatro mil pesetas anuales y posee bienes propios y gananciales cuya renta mínima asciende á otras tres mil, disponiendo, por tanto, de bienes bastantes con que atender á los gastos litigiosos á que ha dado lugar con su conducta; cuyos hechos se fundamentan exponiendo en su apoyo las alegaciones que dicha parte actora estimó procedentes é invocando como preceptos legales aplicables los artículos 59, 60 y 1408 del Código civil.

Resultando que emplazado en forma el demandado para que se personase y contestara la demanda dentro del término que fija el artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento civil, presentó en tiempo el oportuno escrito de contestación solicitando se le absolviera de dicha demanda á la que se opuso porque si bien eran ciertos en lo substancial los hechos expuestos de contrario por su cónyuge, ésta, además de la pensión alimenticia que disfrutaba, poseía bienes parafernales que administraba por sí misma, con los que podía atender holgadamente á los gastos que ocasionasen los litigios por ella temerariamente promovidos; alegando como fundamentos de derecho el mismo artículo 1408 del Código civil que tan solo considera como cargo de la sociedad de gananciales las obligaciones que la mujer contraiga en cuanto puedan legalmente obligar á dicha sociedad, y el artículo 1976 del mismo Código que derogó la legislación anterior á dicho cuerpo legal por la que se regían las litis-expensas.

Resultando que recibido el incidente á prueba conforme á lo solicitado por los litigantes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, se practicó la propuesta de confesión judicial, documentos y testigos, en comprobación de los hechos aducidos.

Resultando que unidas á los autos las pruebas practicadas y solicitada por las partes la celebración de vista pública, tuvo lugar dicho acto, al que concurrieron con sus respectivas defensas que en sus informes reiteraron las peticiones deducidas en la demanda y contestación.

Resultando que en la tramitación de este incidente se han observado las prescripciones legales establecidas para los de su clase.

Considerando que la asignación de litis-expensas en los casos en que contiendan ambos cónyuges debe hacerse con cargo a los bienes de la sociedad legal de gananciales que administre el marido, quien, por tanto, está en la obligación de abonarlas sin que pueda eximirse de dicha obligación fundado en que su cónyuge disfruta una pensión alimenticia, puesto que esta no puede destinarse en todo ni en parte á tal objeto.

Considerando que tampoco es motivo que justifique el incumplimiento de dicha obligación el que la mujer posea bienes propios sea cual fuere su cuantía ni el que los administre por sí, toda vez que las rentas de ellos forman parte del haber de la sociedad conyugal y deben ingresarse en el patrimonio familiar, sin que á la administradora le sea lícito destinarlas á otros fines, ni atender con ellas al pago de gastos litigiosos.

Considerando que á pesar de la derogación que con carácter general contiene el artículo 1976 del Código civil de la legislación anterior al mismo, no por ello ha dejado este de sancionar la forma de pago de las litis-expensas, puesto que estas constituyen una carga de los gananciales, ya que únicamente en tal forma es posible atender á ellas

y facilitar á la mujer medios para que pueda defenderse en los pleitos con su marido.

Vistas las disposiciones legales citadas y las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 15 de Abril de 1896, 4 de Junio del mismo año y 26 de Enero del siguiente.

FALLO: que debo condenar y condeno á D. ... á que satisfaga á su esposa D.^a ... los gastos ocasionados y los que se le originen en el pleito de divorcio que entre ellos se sigue y en las incidencias relacionadas con el mismo, cuyos gastos estará en la obligación de abonar tan luego sea firme esta sentencia en lo que importen los ya producidos previa su liquidación y justificación; y el día primero de cada mes respecto de los que en lo sucesivo se causen con arreglo á las cuentas justificadas que se le presenten.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando etc.

Sentencia decretando el divorcio entre cónyuges casados civilmente.

En ... á ... de ... de 190 ... El Sr. D. ..., Juez de primera instancia de la misma y su partido. Vistos los presentes autos de divorcio, en que son parte, como demandante D.^a ..., mayor de edad, dedicada á las labores de su sexo, de esta vecindad; y como demandado su cónyuge D. ..., también mayor de edad, propietario, de igual domicilio, representados respectivamente por los procuradores D. ... y D. ... bajo la dirección de los letrados D. ... y D. ...; y

Resultando que en ... de ... de ... D.^a ... y en su nombre el procurador D. ... presentó ante este Juzgado

demanda en juicio ordinario de mayor cuantía solicitando se decretara el divorcio perpétuo entre la demandante y su marido D. ... con todas las consecuencias inherentes á esta declaración respecto á las personas y bienes de los cónyuges y de sus hijos y con expresa condena de costas al demandado como culpable, á cuyo efecto expuso como hechos, que su autorizante había contraído matrimonio civil con el D. ... ante el Juzgado municipal de ... el día ... y que algunos años después de celebrado, su expresado marido, que con manifiesto olvido de sus deberes la tenía en el mayor abandono, introdujo en el domicilio conyugal con el aparente carácter de sirviente, pero en realidad como concubina, á N. con quien se amancebó sin ocultar sus propósitos á la demandante y menospreciando la dignidad de esta hasta el extremo de obligarla á que permaneciera en su casa dicha concubina á pesar de su decidida oposición á consentirlo, é injuriándola gravemente de palabra y obra en varias ocasiones.

Resultando que á la referida demanda, fundamentada en las alegaciones consiguientes á la doctrina legal que contienen los artículos 104 y 105 del Código civil, este último en sus números primero y segundo, se acompañaron la certificación justificante de la celebración del matrimonio civil y la del acto conciliatorio, que tuvo lugar sin avenencia, solicitándose además por medio de los oportunos otrosies la ratificación del depósito de la persona de la actora, que estaba constituido provisionalmente; y que á los efectos prevenidos en el Real Decreto de 23 de Noviembre de 1872 se recibiera información previa acerca de los hechos que motivan la demanda, acordándose después su admisión si se estimaba suficiente la prueba practicada en dichas diligencias preliminares.

Resultando que recibida con citación del Ministerio fiscal la información propuesta, depusieron en ella varios testigos á tenor del interrogatorio presentado, corroborando

la certeza de los hechos que en él se consignaban, por lo que se decretó la admisión de la demanda y la ratificación del depósito, emplazándose en forma al demandado que se personó en autos dentro del término legal.

Resultando que el procurador D. . . en nombre y con poder bastante del demandado D. . . evacuando el traslado de contestación que le fué conferido pidió se absolviese de la demanda á su representado y se condenase en costas á la demandante, negando para ello la exactitud y veracidad de los hechos expuestos de contrario y afirmando, en oposición á los mismos, que el matrimonio había vivido en la mayor paz y armonía, turbada únicamente por ligeras disensiones debidas al carácter discolo de la D.^a . . . y á sus exagerados é infundados celos que la hacían sospechar, sin motivo alguno, la existencia de relaciones ilícitas entre su marido y la sirvienta, con lo que dió lugar á la ruptura de relaciones entre los cónyuges y á su separación amistosa; sin que mediaran tampoco por parte del demandado las ofensas de obra é injurias que se le imputaban, pues siempre había tenido á su consorte los debidos respetos y consideraciones, ni podían merecer calificación tan grave las justas reconvenciones y recriminaciones que alguna vez la había dirigido á consecuencia de su conducta; fundado en cuyos hechos y estimando inaplicables los fundamentos de derecho invocados por la parte actora, concluyó con la súplica de que antes se hace mérito.

Resultando que al replicar y duplicar las partes insistieron en las súplicas formuladas en su demanda y contestación, fijando definitivamente los puntos de hecho y de derecho objeto de la contención y solicitando de común acuerdo el recibimiento á prueba.

Resultando que á instancias de la parte actora comparecieron varios testigos afirmando unos haber visto al demandado en paseos, teatros y otros lugares públicos acompañado de su sirvienta y en íntimo coloquio con ella, ase-

gurando otros haber presenciado varias disputas entre el matrimonio en las que la mujer reconvinó al marido por sus tratos ilícitos con la referida sirvienta y que aquel, reconociendo la certeza de tales cargos la contestó con palabras ofensivas á su honor y decoro; y declarando por último el facultativo D. . . haber asistido á D.^a . . . curándola de varias contusiones y erosiones que según le manifestó le había causado su marido, sin que este, que se hallaba presente, protestara de tal imputación.

Resultando que á solicitud del demandado se practicó también prueba de testigos conviniendo en sus declaraciones los por él presentados en que merecía la consideración de hombre honrado y de ejemplar conducta, sin que á pesar de la amistad íntima que con él y su cónyuge tenían, sospecharan nunca la existencia de disgustos conyugales, y menos aún, el amancebamiento del D. . . y su sirvienta con menosprecio de la mujer de aquel.

Resultando que unidas las pruebas á los autos y habiendo solicitado la parte actora la celebración de vista pública se verificó esta, en la que los letrados defensores reprodujeron oralmente las pretensiones consignadas en sus respectivos escritos de demanda y contestación.

Resultando que en la tramitación de este juicio se han guardado las reglas del procedimiento.

Considerando que por la prueba testifical practicada á instancias de la parte actora se ha justificado cumplidamente la existencia de hechos que por el enlace preciso y directo que guardan, según las reglas de un racional criterio, con el del amancebamiento que se atribuye al demandado y su criada, constituyen una presunción apreciable como medio de prueba y bastante para estimar que aquél ha incidido en la causa de divorcio que establece el número 1.^o del artículo 105 del Código civil.

Considerando que así mismo se ha demostrado por los únicos medios probatorios posibles la existencia de malos

tratamientos de obra y de injurias graves inferidos unos y otras por el demandado á su esposa, puesto que aprecian-do la prueba testifical conforme á las reglas de la sana crí-tica, no puede menos de concederse crédito y eficacia á la declaración de testigo tan abonado como el facultativo que asistió á la demandante, cuyo testimonio corroboran otras personas, todos de ciencia propia y presenciales con rela-ción á muchos de los hechos que refieren, sin que la prue-ba aportada de contrario, por la vaguedad y generali-dad de los hechos á que se contrae, pueda tener influencia alguna en la decisión del litigio.

Considerando que por los motivos expuestos es proce-dente decretar el divorcio solicitado por D.^a ... declaran-do cónyuge culpable á su marido D. ... á los efectos con-siguientes á tal declaración y condenándole al pago de costas.

Vistos los artículos 104 y números 1.^o y 2.^o del 105 del Código civil, el Real Decreto de 23 de Noviembre de 1872, las disposiciones legales concordantes con las citadas, y de-más de aplicación general.

FALLO: que debo declarar y declaro haber lugar al divorcio perpétuo de los cónyuges D. ... y D.^a ..., el que decreto entre ellos por causas imputables á aquel, á quien condeno al pago de todas las costas de este juicio.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando etc.

*Sentencia concediendo efectos civiles á otra de di-
vorcio pronunciada por un Tribunal eclesiástico.*

En ... á ... de ... de 190 ... El señor D ..., Juez de primera instancia de la misma y su partido. Vistos los

presentes autos de juicio ordinario de mayor cuantía sobre concesión de efectos civiles á una sentencia de divorcio pronunciada por Tribunal eclesiástico, seguidos entre partes, de una como demandante D.^a ..., mayor de edad, dedicada á sus labores, de este domicilio, y de otra como demandado su cónyuge D. ..., también mayor de edad, comerciante, de la misma vecindad, á quienes representan respectivamente los procuradores D. ... y D. ... y dirigen los letrados D. ... y D. ...; y

Resultando que previo acto de conciliación sin avenencia, el procurador D. ... en la representación de D.^a ... formuló ante este Juzgado demanda en juicio ordinario de mayor cuantía con las pretensiones siguientes: que se concedieran todos los efectos civiles á la sentencia firme de divorcio de la demandante y demandado pronunciada por el Tribunal eclesiástico de ... en fecha de ...; se decretara la separación de los bienes de los cónyuges con pérdida para el marido de los derechos que por virtud de las leyes le corresponden como tal, poniendo á los hijos habidos de dicho matrimonio bajo la potestad y protección de la solicitante como cónyuge inocente y facultándola para contratar y obligarse sin la intervención y concurrencia de su mencionado marido; se privara á éste del derecho de reclamar cuanto tuviese entregado á su esposa; se le condenara por vía de litis-expensas y como litigante temerario al pago de las costas; y por último se ordenase la anotación de la sentencia de divorcio en el Registro civil de ... por medio de nota marginal en la inscripción del matrimonio celebrado por la solicitante con el demandado, inscribiéndose la que recaiga en este pleito en el Registro ó Registros de la propiedad en que lo estén los bienes inmuebles á que afecte, declarándose disuelta la sociedad de gananciales con liquidación de la misma y entrega á cada uno de los partícipes del haber que le corresponda.

Resultando que en la referida demanda se consignaron como hechos, que en fecha ... D. ... y D.^a ... contrajeron matrimonio canónico inscrito luego en el Registro civil correspondiente, de cuyo matrimonio hubieron tres hijos que actualmente viven en compañía de la madre quien en fecha ... promovió contra su marido pleito de divorcio en el que recayó la sentencia firme antes citada, declarando culpable del mismo al demandado; hechos que fueron fundamentados con los razonamientos que se estimaron pertinentes y la cita de los artículos 67, 73, 1433, 1436 y 1441 al 1444 del Código civil, acompañándose como documento fundamental de la acción ejercitada la ejecutoria librada por el Tribunal que decretó el divorcio.

Resultando que personado en autos el demandado dentro del término del emplazamiento se opuso á las pretensiones deducidas de adverso, interesando se limitaran las declaraciones que había de contener el fallo pedido á facultar á la demandante para que administrara sus bienes pero sin derecho á enagenarlos y gravarlos á no mediar para ello la oportuna licencia marital, ni á la separación de bienes y adquisición de la patria potestad sobre los hijos; fundado en que eran inaplicables al caso los preceptos legales invocados en la demanda, porque el Tribunal que decretó el divorcio lo hizo solamente por el término de diez años, transcurridos los cuales recobraría el demandado la plenitud de sus derechos de patria potestad y autoridad marital que afectan á las personas y bienes de su mujer é hijos, lo que no podría realizarse en su integridad si durante el plazo fijado para la separación de cuerpos su esposa disponía como si el matrimonio estuviese legalmente disuelto.

Resultando que en los escritos de réplica y dúplica se reprodujeron en lo esencial los hechos y fundamentos de derecho relacionados, renunciando ambas partes al recibi-

miento á prueba por estimar que el litigio versaba únicamente sobre cuestiones de derecho.

Resultando que celebrada vista pública á petición de la parte actora informaron los letrados de ambos litigantes reiterando las pretensiones formuladas por escrito.

Resultando que en la substanciación del juicio se han observado las prescripciones legales.

Considerando que según lo preceptuado en el artículo 67 del Código civil, á los Tribunales ordinarios compete el adoptar las determinaciones procedentes para que las sentencias de nulidad de matrimonio y de divorcio obtenidas en tribunales del fuero eclesiástico surtan todos sus efectos civiles.

Considerando que declarado cónyuge culpable el demandado D. . . . en la sentencia de divorcio, este fallo debe producir contra él todos los efectos que fija y determina el artículo 73 del citado Código civil, sin que pueda eludir las consecuencias de sus actos ni limitarlas en su extensión amparándose para ello en una distinción que la ley no establece ni es posible hacer entre el divorcio temporal y el perpétuo que solo se diferencian en cuanto á su duración, pero no respecto á las demás modalidades que constituyen sus elementos accidentales.

Considerando que todas las pretensiones consignadas en la súplica de la demanda están en armonía con el régimen legal establecido para el caso de separación de los cónyuges por divorcio, debiendo por tanto, accederse á ellas y desestimar la solicitud del demandado que carece de todo fundamento legal, sin que le tenga tampoco racional en la supuesta imposibilidad de cumplir los fines propios de la sociedad familiar cuando termine la separación temporal de los esposos, toda vez que las facultades de libre disposición que á la mujer se conceden en ese estado anormal del matrimonio se hallan restringidas por la intervención judicial necesaria para

la enagenación y gravamen de bienes y valores públicos.

Considerando que es una consecuencia del divorcio la separación de bienes y la disolución de la sociedad de gananciales cuya liquidación deberá hacerse sin que para ello sea obstáculo el carácter temporal del divorcio, toda vez que tal caso se halla previsto en el artículo 1439 del citado Código civil, que previene para los supuestos de reconciliación ó de desaparición de las causas que motivaron la separación, se constituya nuevamente, aunque bajo las mismas bases, el patrimonio conyugal con el otorgamiento de escritura pública en que se consignent los bienes aportados de nuevo por marido y mujer, reputándose nuevas aportaciones todos los que les pertenezcan, aunque procedan en todo ó en parte de la sociedad disuelta.

Vistas las disposiciones legales antes citadas y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Junio de 1899.

FALLO: que debo declarar y declaro haber lugar á conceder todos sus efectos civiles á la sentencia de divorcio de los cónyuges D. . . . y D.^a . . . que por término de diez años decretó el Tribunal eclesiástico de . . . , y en su virtud, debo ordenar y ordeno la separación de las personas y bienes de dichos cónyuges, privando al marido, durante el término de diez años fijados en dicha sentencia, de la autoridad marital, de la patria potestad sobre sus hijos A., B. y C. y de los demás derechos que en tales conceptos le correspondan. Pónganse los prenombrados menores bajo la potestad y cuidado de su madre D.^a . . . Se declara disuelta la sociedad de gananciales constituida por dichos consortes á cuya liquidación deberá procederse conforme á las reglas legales establecidas, entregándose á la demandante el haber que por virtud de tal liquidación la corresponda; y se habilita á la misma para contratar y obligarse, tanto respecto á sus bienes propios como los que administre y usufructue de sus hijos, sin la intervención ni concurrencia de su cónyuge, pero ajustándose al cumplimiento

de los requisitos exigidos en el artículo 1444 del Código civil siempre que fuere necesario. Anótese en el Registro civil de . . . por medio de nota marginal á la inscripción del matrimonio la sentencia de divorcio cuyo cumplimiento se ha reclamado en este pleito, é inscribáse la presente, por lo que afecte á bienes inmuebles, en el Registro ó Registros de la propiedad en que aquellos radiquen.

Así por esta mi sentencia etc.

LEGITIMACIÓN POR CONCESIÓN REAL

Informe del Juez de 1.^a instancia al Ministro de Gracia y Justicia.

Excmo. Sr.

Recibida en este Juzgado por conducto del Ilustrísimo Sr. Presidente de la Audiencia Territorial la Real Orden dictada por V. E. á virtud de instancia de D. . . . presentada en ese Ministerio para que sea legitimado por concesión Real su hijo de menor edad R., se acordó el debido cumplimiento á dicha soberana resolución, y requerido en forma el interesado para que prestara la información correspondiente, se ha recibido esta con citación del Ministerio fiscal, resultando de las actuaciones practicadas, que el prenombrado menor es hijo natural del solicitante, quien no tiene otros hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio y que no le es posible legitimarle en esta forma por haber fallecido la madre natural que reconoció al citado menor.

Acreditado, por tanto, en dicho expediente que concurren todos los requisitos exigidos por el Código civil

para la legitimación por concesión Real, y estimándola conveniente á los intereses del menor por la mejor condición que se da á su estado civil, el que suscribe, coincidiendo con lo dictaminado por el Ministerio público, tiene el honor de informar á V. E. en sentido favorable á la concesión de dicha gracia.

V. E. no obstante resolverá lo que estime más procedente.

Dios guarde etc.

RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES

Auto de aprobación del reconocimiento voluntario.

Resultando que en escrito autorizado por D. ..., y D.^a ... (sus filiaciones) se solicitó de este Juzgado la aprobación del reconocimiento voluntario que ambos habían hecho de su hijo N. menor de edad, mediante escritura pública autorizada por el notario D. ... en fecha ..., acompañando copia de dicho instrumento público y la certificación del acta de inscripción del nacimiento del nombrado N. en el Registro civil de ...

Resultando que conferido traslado al Ministerio fiscal este dictaminó favorablemente acerca de la pretensión deducida por concurrir todos los requisitos exigidos por la ley en el reconocimiento hecho y no existir motivos legales que impidan su aprobación.

Considerando que acreditado por documento público que obra como cabeza de este expediente que el menor N. reconocido por sus padres tiene la cualidad de hijo na-

tural, y habiéndose cumplido todas las formalidades exigidas por el Código civil para que dicho reconocimiento surta efecto, es procedente prestarle la debida aprobación.

El Sr. D. . . ., Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el actuario *dijo*: Que debía aprobar y aprobaba el reconocimiento voluntario hecho por D. . . . y D.^a . . . de su hijo natural N., cuyo reconocimiento deberá anotarse al margen del acta de inscripción del nacimiento del reconocido, á cuyo efecto se expedirá de esta resolución, á más del testimonio ó testimonios que solicitaren los interesados, otro que se remitirá de oficio al Juez municipal de . . . para que practique dicha anotación y participe haberlo cumplido.

Así lo proveyó y firma S. S. en . . . etc.

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD

Sentencia ordenando la constitución de hipoteca legal para garantir los bienes de los hijos cuya administración y usufructo corresponde á los padres.

En . . . á . . . de . . . de 190 . . . El Sr. D. . . ., Juez de primera instancia de la misma y su partido. Vistos los presentes autos incidentales sobre constitución de hipoteca legal, en los que son partes, de una como demandante D. . . . que comparece con el doble carácter de ascendiente del menor M. y albacea testamentario de la madre del mismo; y de otra como demandado D. . . .; á quienes representan respectivamente los procuradores D. . . . y D. . . . bajo la dirección de los letrados D. . . . y D. . . .; y

Resultando que practicada la división de los bienes que constituían la herencia de D.^a . . . fueron adjudicados estos por mitad à sus hijos N. y M., correspondiendo al último, menor de edad, en pago de su haber, la cantidad de cien mil pesetas en metálico y otros bienes muebles valorados en cinco mil, haciéndose cargo de una y otros á nombre del adjudicatario, su padre el prenombrado D. . . por pertenecerle la administración y usufructo del referido patrimonio.

Resultando que en . . . (fecha) D. . . contrajo segundo matrimonio con D.^a . . . que fué inscrito en el Registro civil correspondiente sin que con posterioridad á la celebración de aquel constituyera hipoteca legal en garantía de dichos bienes, por cuya razón, después de transcurrido algún tiempo, el abuelo materno del prenombrado menor, en quien concurría además la cualidad de albacea testamentario de la madre y causante de aquél, acudió ante este Juzgado mediante el oportuno escrito de demanda en solicitud de que, previa la celebración del juicio que previene el artículo 165 de la Ley hipotecaria y la práctica de las demás diligencias que fueren procedentes, se ordenara á D. . . la constitución de la hipoteca legal que viene obligado á prestar ó se constituyera judicialmente de oficio y á su nombre, á cuyo fin expuso, además de los hechos anteriormente relacionados, que el expresado D. . . con quien debían entenderse las diligencias y tramitarse el juicio, poseía bienes inmuebles suficientes para gravarlos á la seguridad de dicha obligación, acompañando en justificación de lo expuesto la certificación de nacimiento del menor acreditativa de su edad y de su parentesco con el solicitante, la del segundo matrimonio del padre, copia fehaciente de la escritura de división de la herencia de la madre en que constan los bienes adjudicados al menor y el nombramiento de albacea, y una certificación del Registrador de este partido en que se relacionan las fincas inscri-

tas á favor del D. ... haciéndose constar que se hallan libres de todo gravamen.

Resultando que admitido dicho escrito fueron citados los interesados en la constitución de la hipoteca á la celebración de la comparecencia que previene el número 3.º del artículo antes citado, cuyo acto tuvo lugar con asistencia del abuelo y del padre del menor, conviniéndose este último á prestar la hipoteca que se le exigía, pero sin que fuera posible avenirles en cuanto á la cantidad que con ella debe asegurarse y á la suficiencia de los bienes que han de ser gravados, por sostener el obligado á prestar dicha garantía, que era bastante á tal objeto constituirla por cantidad de ciento una mil pesetas sobre la finca de su propiedad (se describirá); y exigir el demandante que dicha finca solo responda de ochenta mil pesetas, por no tener mayor valor, y que las restantes veinticinco mil pesetas se impongan sobre el otro inmueble del demandado consistente en ... (describase).

Resultando que en su vista se confirió traslado del escrito de demanda al padre demandado, quien dentro del término de seis días que se le concedió para contestación presentó esta solicitando se le absolviese de dicha demanda, exponiendo en apoyo de tal petición, que si bien eran ciertos los hechos que en ella se consignaban no se consideraba obligado á hipotecar bienes en garantía de las cinco mil pesetas en que se estimó el mobiliario adjudicado á su hijo M., porque había disminuido notablemente de valor con el transcurso del tiempo y además era excesivo su justiprecio, estando dispuesto á prestar dicha garantía por las cien mil pesetas en metálico que administraba y por mil pesetas más que en justa tasación valía dicho mobiliario, para todo lo que era suficiente la finca que en el acto de la comparecencia había ofrecido hipotecar, no siendo aceptada por el demandante, que solo se proponía molestarle creándole dificultades, toda vez que, según se acredi-

taba con la certificación del amillaramiento acompañada, dicho inmueble lo estaba con un líquido imponible de cuatro mil cien pesetas, que capitalizadas al tipo legal daban un valor superior al que tienen los bienes que deben ser asegurados.

Resultando que recibido el juicio á prueba, conforme á lo solicitado por las partes en sus respectivos escritos, se aportó á autos á instancias de la parte actora, una certificación librada por el Registrador de la propiedad con referencia á la inscripción del inmueble antes descrito, de la que aparece que el demandado D. . . . lo adquirió por compra mediante el precio de setenta y cinco mil pesetas; y que á solicitud del mismo actor fueron tasados por peritos nombrados en la forma que previenen los artículos 610 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil el expresado predio rústico y el mobiliario perteneciente al menor, valuando el primero en ochenta mil pesetas y los muebles en cuatro mil quinientas.

Resultando que unidas las pruebas á los autos se celebró vista pública, con asistencia únicamente del demandante, que insistió en sus pretensiones de que la hipoteca debía constituirse en garantía del total valor de los bienes del menor y sobre inmuebles suficientes á responder de su devolución, no siendo bastante á tal objeto la garantía ofrecida de contrario.

Resultando que en la substanciación de este incidente se han guardado las reglas procesales establecidas para los de su clase.

Considerando que la hipoteca por razón de peculio que establece con el carácter de legal el artículo 202 de la Ley hipotecaria ha de asegurar todos los bienes que no sean inmuebles pertenecientes al mismo peculio que administran los padres; y que el valor de dichos bienes asegurados debe regularse según la tasación hecha de ellos en el título de dominio, por lo cual, la que viene obligado á prestar el

demandado D. ... para garantir el mobiliario perteneciente á su hijo procede constituirlo por cantidad de cinco mil pesetas en que fueron tasados dichos muebles al ser adjudicados, sin que quepa su reducción por el desmerecimiento que hayan sufrido, en ningún caso imputable á su propietario.

Considerando que la finca ofrecida en garantía por el padre, obligándose á constituir hipoteca sobre ella, resulta con un valor notoriamente insuficiente á dicho fin, como lo demuestran el precio de su adquisición que se consigna en la inscripción del Registro y la tasación pericial, medios más adecuados para regularle que la capitalización de la renta líquida imponible, cuyo dato solo debe ser tenido en cuenta en defecto de otros más exactos.

Considerando que por las razones antes consignadas procede declarar insuficientes los bienes ofrecidos en hipoteca por D. ... para garantizar el valor de los patrimoniales de su hijo, cuya administración y usufructo tiene, y ordenar que dicha hipoteca se constituya sobre los designados por el demandante, afectando cada uno de ellos á tal obligación por las cantidades que se expresan en la demanda.

Considerando que la oposición hecha por D. ... que ha dado lugar á que se tramite el presente juicio debe reputarse temeraria, condenándole por ello al pago de las costas, con tanto más motivo cuanto que el demandante solo ha procedido en cumplimiento de inexcusables deberes legales y sería injusto que tuviera que satisfacer las causadas á su instancia.

Vistos los artículos 159, 160, 163 y 492 del Código civil, los citados de la Ley Hipotecaria, el 167 y 168 de la misma, los 134, 143 y 144 de su Reglamento y el 741 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

FALLO: que debo declarar y declaro haber lugar á que se constituya hipoteca legal por cantidad de ciento cinco mil pesetas sobre bienes inmuebles propios de D. ... y su

ficientes á garantir la devolución del metálico y muebles que administra y usufructua de su hijo D. . . . , ordenando que se constituya dicha hipoteca sobre las fincas descritas en el resultando tercero de esta sentencia, por las sumas de ochenta mil pesetas la primera y veinticinco mil pesetas la última; y á tal efecto, autorícese por el actuario, tan luego sea firme este fallo, el acta de constitución de hipoteca sobre dichos inmuebles en la forma y con los requisitos determinados en el artículo 144 y su concordante el 140 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria, librándose testimonio de dicha acta que con el oportuno mandamiento se remitirá al señor Registrador de la propiedad del partido para que sea inscrita.

Así por esta mi sentencia y condenando al demandado al pago de todas las costas del presente juicio, etc.

ENAGENACIÓN DE BIENES DE MENORES

Auto concediendo autorización judicial para la venta de una finca rústica perteneciente á un menor sujeto á patria potestad.

Resultando que en . . . (fecha) compareció ante este Juzgado D.^a . . . , mayor de edad, viuda, de esta vecindad, ostentando la representación legal de los menores sus hijos D. . . . y D.^a . . . con la pretensión que formuló mediante el oportuno escrito de que se la concediera, con arreglo á lo preceptuado en el artículo 164 del Código civil, la co-

respondiente licencia judicial para proceder á la venta de una finca rústica de la propiedad de dichos menores, situada en . . . (se describirá), por el precio de ciento veinticinco mil pesetas, exponiendo como fundamentos de su solicitud, que los referidos menores no poseían otra clase de bienes con que atender al pago de un crédito hipotecario impuesto sobre dicho inmueble á favor de D. . . . para garantizar un préstamo de cincuenta mil pesetas de capital é intereses del mismo á razón del seis por ciento anual, por plazo de seis años, ya vencido, habiendo sido requerida por el acreedor de inmediato pago con apercibimiento de proceder ejecutivamente contra la finca si no lo realizaba; y que por otra parte, la venta era de notoria utilidad para los menores, pues además de que con su importe saneaban su patrimonio extinguiendo la única obligación á que estaba afecto, podían invertir el sobrante en valores mobiliarios, de crédito público ú otros de naturaleza análoga que dieran la renta suficiente para atender con ella á las necesidades de su subsistencia y educación, siendo también conveniente que la enagenación se realizara, en lugar de sustituir la hipoteca con otro gravamen que llevaría consigo el pago de crecidos intereses, porque situada la finca á larga distancia del lugar en que tienen su residencia la exponente y sus hijos no podían atender debidamente á su administración y cuidado, perjudicándose por ello el inmueble cuyos rendimientos habían disminuido considerablemente; y por último, en razón á que el precio ofrecido resultaba beneficioso, toda vez que el valor de la finca, según la tasación que de ella se hizo al ser adjudicada y con arreglo también al capital con que aparecía amillarada, era inferior á la cantidad por que se tenía proyectada la venta.

Resultando que al mencionado escrito, que suscribían también los prenombrados menores, de edad de quince y diecisiete años respectivamente, acompañó la soli-

citante las certificaciones de nacimiento de estos, la de defunción de su cónyuge, otra certificación del amillaramiento en que consta que el expresado inmueble figura con una renta líquida imponible de cuatro mil doscientas pesetas y la escritura de división de la herencia del referido D. . . . en la que se adjudicó á los nombrados menores por mitad y proindiviso la finca descrita, haciendo constar que su valor de ciento diez mil pesetas quedaba reducido, á los efectos de la adjudicación, á sesenta mil, teniendo en cuenta el gravamen á que estaba afecta, el cual, según se consigna en dicho documento, no pudo cancelarse por no existir otros bienes aplicables al pago de la deuda.

Resultando que admitido dicho escrito y practicada con citación del Ministerio fiscal y del abuelo paterno de los menores, único ascendiente vivo de los mismos, la información testifical ofrecida, depusieron tres testigos sin tacha para serlo y conocidos todos del actuario, afirmando unánimemente, al ser examinados á tenor del interrogatorio propuesto, que el precio de ciento veinticinco mil pesetas en que se había de realizar la venta lo conceptuaban ventajoso para los vendedores y que esta les era útil por no poder atender personalmente á los múltiples cuidados que requiere el cultivo del predio, pudiendo obtener muchos más beneficios de la renta de otros bienes ó valores seguros.

Resultando que el Ministerio público, al evacuar el traslado que se le confirió manifiesta su conformidad con las pretensiones deducidas por la D.^a . . . siempre que el producto de la venta, después de satisfecho el crédito, se invierta totalmente en la compra de otros inmuebles, en préstamos hipotecarios con garantía bastante ó en valores públicos que se depositen en el establecimiento destinado al efecto á nombre de los interesados y sin facultades en la madre para poderlos retirar, pignorar ó vender.

Resultando que concedida audiencia al abuelo de los menores presentó escrito adhiriéndose á la solicitud formulada por el Sr. Fiscal y pidiendo que para el exacto cumplimiento de lo por aquel interesado, se consignara en la Caja general de Depósitos el precio de la venta, no invirtiéndole en otros bienes hasta que el Juzgado apruebe el destino que se intente darle.

Considerando que de los documentos aportados aparece plenamente justificada la necesidad de la enagenación del inmueble de que se trata, puesto que los interesados no tienen otros bienes ni recursos con que atender al cumplimiento de la obligación hipotecaria constituida en garantía del préstamo cuyo pago se les exige; y que estando concertada la venta por un precio justo y en condiciones favorables para los intereses de sus actuales propietarios, según se ha justificado también documental y testificalmente, procede conceder la licencia pedida.

Considerando que dicha licencia debe otorgarse sin otras limitaciones que la de que parte del precio se invierta en el pago del crédito, siendo improcedente el imponer á la madre las demás restricciones que pretenden el abuelo de los menores y el Sr. Fiscal, en razón á que de acordarlo así se infringiría el artículo 402 del Código civil, que exime á los padres de prestar fianza como usufructuarios del capital de sus hijos; y los 163 y 164 del mismo cuerpo legal que les conceden la administración y el manejo de dichos bienes con toda amplitud, salvo si contraerjen segundo matrimonio, único caso en que el padre, ó la madre cuando no pierde la patria potestad por contraerlo, vienen obligados á prestar fianza.

Considerando que tampoco pueden fundamentarse dichas restricciones en lo ordenado por el artículo 2024 párrafo 2.º de la Ley de Enjuiciamiento civil que exige el depósito del precio en un establecimiento público hasta tanto que se le dé la aplicación correspondiente, porque dicho

precepto, en cuanto se oponga el ejercicio de los derechos inherentes á la patria potestad, quedó derogado por el artículo 1976 del Código civil, siendo la única doctrina que regula en su aspecto substantivo esas facultades paternas sobre los bienes de los hijos, los citados artículos 163 y 164 del Código civil, en ninguno de los que se exige el cumplimiento de tales requisitos, ni se faculta á la Autoridad judicial para que se entrometa en los actos de administración del patrimonio de los menores, adoptando medidas que revelan una desconfianza de la gestión paterna, contraria al espíritu que informa las citadas disposiciones.

Vistos los preceptos legales citados y los demás comprendidos en el Título XI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento civil.

S. S. por ante mí el Escribano, *dijo*: Se concede á D.^a . . . licencia judicial para que en nombre y representación de sus hijos menores D. . . y D.^a . . ., venda por precio de ciento veinticinco mil pesetas la finca propiedad de estos que se describe en el resultando primero de este auto, invirtiendo de su importe, cincuenta mil pesetas en el pago del crédito hipotecario impuesto sobre dicha finca y que también consta relacionado en esta resolución, y dando al resto el destino que como administradora del patrimonio de sus nombrados hijos estime mejor para los intereses de éstos, bajo su exclusiva responsabilidad y sin obligación de dar cuenta al Juzgado de la inversión que dé á dicho capital.

Así lo proveyó mandó y firma el Sr. D. . . Juez de primera instancia de . . . (lugar y fecha)

Auto autorizando la enagenación de bienes dotales inestimados de mujer casada menor de edad.

En ... á ... de ... de 190 ... El Sr. D..., Juez de primera instancia de este partido. Visto este expediente; y

Resultando que en ... (fecha) D..., mayor de edad, comerciante, de este domicilio, como marido de D.^a ..., de veintiún años de edad, presentó ante este Juzgado un escrito promoviendo el oportuno expediente de jurisdicción voluntaria á fin de que, previa la práctica de las diligencias procedentes, se autorizara á su prenombrada consorte para que con la debida intervención del padre de la misma D. ... pudiese vender la finca ... (describase) que aportó al matrimonio en concepto de dote inestimada, con cuyo carácter consta inscrita en el Registro de la propiedad al tomo ... libro ... folio ... número ... é inscripción ...; exponiendo con el fin de justificar tal pretensión que dicha venta era necesaria para destinar su precio á las operaciones mercantiles á que vienen dedicándose ambos cónyuges en el establecimiento de tejidos y confección que tienen instalado en la calle de ... de esta población, negocio que exige un capital de que solo puede disponer el matrimonio, enagenando la expresada finca, puesto que según se demuestra con la escritura de capitulaciones matrimoniales acompañada, los demás bienes que poseen consisten en los efectos, enseres y mobiliario de dicho establecimiento y en otra casa propia del exponente que no es posible enagenar en tan buenas condiciones como la que se pretende vender, por la que han ofrecido el precio de cuarenta mil pesetas, superior á su valor real y al que se le asignó en la citada escritura de capitulaciones; en crédito de cuyos extremos, además de los documentos

de que después se hará mérito, ofreció información testimonial, consignando el interrogatorio á cuyo tenor habían de examinarse los testigos designados, é interesó se diera audiencia en el expediente al Ministerio fiscal y al padre de su cónyuge D. . . ., expresando por otrosí que para garantizar dichos bienes dotales se hallaba dispuesto á constituir en el mismo acto de la enagenación la correspondiente hipoteca legal gravando al efecto la finca de su propiedad por el importe del precio y para asegurar su devolución.

Resultando que al mencionado escrito, firmado también por la mujer del solicitante D.^a . . ., se acompañaron las certificaciones de matrimonio y nacimiento de ésta, la escritura de capitulaciones matrimoniales en la que constan las aportaciones de dicha señora á que antes se hace referencia, estando valorada en treinta y cinco mil pesetas la finca objeto de este expediente; la certificación de su amillaramiento que aparece estar hecho con un líquido imponible de novecientas pesetas; una escritura de compraventa de la finca . . . (se describirá) otorgada á favor del solicitante que adquirió dicho inmueble por la cantidad de setenta mil pesetas; y otra certificación del Registro de la propiedad en que está inscrito, de la que aparece estar libre de cargas.

Resultando que recibida con citación del Ministerio fiscal y del padre de la interesada la información ofrecida comparecieron en ella tres testigos idóneos, identificados por otros conocidos del actuario, deponiendo aquellos, de conformidad con las preguntas que se les formularon, que conceptúan necesaria para el desarrollo de los negocios mercantiles á que se dedican D. . . . y D.^a . . ., la enagenación de la finca antes descrita, que haciéndose por el precio de cuarenta mil pesetas, ha de ser de manifiesta utilidad porque, además de lo ventajoso de dicho precio, podrán ampliar las operaciones de su tráfico, en el que están muy

acreditados, obteniendo así un interés mucho más crecido que el que hoy perciben en concepto de renta.

Resultando que oído el Ministerio fiscal y el padre de la D.^a . . . , expresaron ambos al evacuar el traslado que se les confirió con tal objeto, que no hallaban inconveniente alguno en que se accediera á lo solicitado, añadiendo el último que reputaba útil para los intereses de su hija la venta del inmueble de referencia, por lo que estaba dispuesto á prestar su consentimiento en el acto de otorgarse la escritura, puesto que la devolución de la dote que lababa suficientemente asegurada con la hipoteca legal que había ofrecido constituir el marido de aquélla sobre finca propia, que conceptuaba bastante para garantir el precio de la venta.

Considerando que justificada por el único medio probatorio posible en este caso, que es el de testigos, la necesidad de la venta que se propone realizar la menor D.^a . . . para invertir el precio en los negocios mercantiles á que ella y su esposo se dedican, y habiendo prestado su consentimiento el padre de dicha interesada, quien también reputa suficiente la hipoteca ofrecida por el marido para garantir la devolución del precio, es procedente conceder la licencia pedida teniendo en cuenta que no puede sufrir perjuicio alguno en sus intereses dicha menor, puesto que la venta ha de realizarse por cantidad que excede al valor actual del inmueble, quedando afecta á las responsabilidades que el marido como administrador de la dote tiene de restituirla en su día, una finca libre de cargas y tasada en cantidad superior al importe del gravamen que sobre ella ha de imponerse.

Vistos los artículos 1361 del Código civil, el 188 de la Ley Hipotecaria, el 132 del Reglamento para su ejecución y el 2011 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

S. S. por ante mí el actuario *dijo*: Se concede á D.^a . . .

licencia judicial para que con la autorización de su padre D. ... y de su marido D. ... pueda vender la finca dotal de su propiedad descrita en el primer resultando de este auto, siempre que lo haga por el precio de cuarenta mil pesetas, que se entregará á su nombrado esposo para darle el destino que expresa en su solicitud, debiendo éste constituir en el mismo acto y en la propia escritura hipoteca legal en garantía de la restitución de dichas cuarenta mil pesetas sobre la finca de su propiedad, también descrita anteriormente, que se declara suficiente á tal objeto, concurriendo el actuario á la autorización de dicho instrumento público para exigir el cumplimiento de lo acordado, lo que hará constar después por diligencia en estos autos.

Así lo proveyó, etc.

NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR

Auto nombrando defensor de uños menores

En ... á ... de ... de 190 ... El Señor D. ..., Juez de primera instancia de esta ciudad y su partido. Visto este expediente; y

Resultando que D. ... (su filiación) acudió á este Juzgado mediante escrito de ... (fecha) exponiendo, que por el fallecimiento de su esposa D.^a ... era necesario proceder á la liquidación de la disuelta sociedad conyugal y á la división de los bienes y herencia de dicha finada entre sus hijos J. . M. . y N. ., menores de edad todos ellos, y el solicitante ea su cualidad de cónyuge supérstite, por lo que, no

pudiendo representarles en los actos jurídicos relacionados con dicha división, por tener intereses opuestos á los de los indicados menores, se estaba en el caso de designarles un defensor encargado de ostentar su representación en tales actos, cuyo nombramiento competía hacer al Juzgado á quien se dirigía en consideración á que es el del domicilio de todos los interesados, debiendo recaer tal nombramiento en el abuelo materno de dichos menores D. . . ., por haber fallecido el paterno, según justificaba por la certificación acompañada, en méritos de lo que solicitó se nombrase á aquél, defensor de sus precitados hijos, quienes suscribían también el escrito por estar conformes con su contenido.

Resultando que citado en forma el defensor propuesto compareció manifestando aceptaba el cargo, para el que no tiene incompatibilidad, incapacidad ni motivo de excusa.

Considerando que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 165 del Código civil, procede nombrar defensor á los menores á que se refiere este expediente para que estén debidamente representados en las operaciones particionales de su herencia materna, toda vez que en ellas ha de intervenir su padre por derecho propio y representando intereses opuestos al de aquellos ó incompatibles con el ejercicio de su patria potestad.

Considerando que con la presentación de la partida de defunción del abuelo paterno de los expresados menores se ha demostrado que no existe otro pariente de los mismos más próximo en grado que el propuesto, por cuyo motivo debe nombrársele, ya que según sus manifestaciones no concurren en él ninguna de las causas que incapacitan ó imposibilitan para el ejercicio de la tutela.

Visto el citado artículo 165 del Código civil y los 1852 y siguientes de la Ley procesal.

S. S. por ante mí el actuario, *dijo*: Se nombra defensor

de los menores J. M. y N. á su abuelo materno D. . . . , confiriéndole dicho cargo para que en nombre y representación de sus defendidos intervenga en la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por muerte de D.^a . . . , en la división de la herencia de dicha finada y en cuantos actos judiciales ó extrajudiciales fuere necesario hasta ultimar tales operaciones; y otorgada que sea por el nombrado la oportuna obligación apud-acta, de cumplir los deberes de su cargo, expídanse el testimonio ó testimonios que para acreditar su nombramiento solicite.

Así lo proveyó etc.

MODOS DE ACABARSE Ó SUSPENDERSE LA
PATRIA POTESTAD

*Sentencia suspendiendo en el ejercicio de la patria
potestad á un padre.*

En . . . á . . . de . . . de 190 . . . El Señor D. . . . Juez de primera instancia de este partido. Vistos los presentes autos ordinarios de mayor cuantía, sobre privación de la patria potestad, en que son partes, como demandante D. . . . (su filiación) con el carácter de defensor del menor B. . . , nombrado especialmente para representarle en este juicio; y como demandado el padre de dicho menor D. . . . (su filiación); á quienes representan y dirigen respectivamente los procuradores D. . . . y D. . . . y los letrados D. . . . y D. . . . ; y

Resultando que en . . . (fecha), el demandante D. . . . , abuelo del niño B. . . , acudió ante este Juzgado en solicitud de

que se decretara el depósito de dicho hijo de familia para evitar los malos tratamientos de que era objeto por parte de su padre, quien desde que había contraído segundas nupcias no solo tenía desatendido á su nombrado hijo habido de su primer matrimonio, sino que por fútiles motivos y á veces sin razón alguna, le golpeaba y castigaba con dureza excesiva, habiendo llegado hasta el extremo de lesionarle, lo cual requirió la asistencia del facultativo D. . . ., quien denunció el hecho al Juzgado municipal, que en el procedente juicio de faltas impuso al padre, como autor de lesiones leves la pena de quince días de arresto y pago de costas.

Resultando que habiéndose accedido á tal solicitud y constituido el depósito del expresado niño en poder de su abuelo materno, á instancias del que se tramitó el expediente, el Ministerio fiscal, en cuyo conocimiento se pusieron los hechos, instó el correspondiente acto de jurisdicción voluntaria á los efectos prevenidos en el artículo 165 en relación con el 171 del Código civil para que se nombrase defensor legal á dicho niño al objeto de que entablara la oportuna demanda contra el padre con el fin de privarle de su potestad, nombramiento que se hizo designando para dicho cargo al demandante en su cualidad de pariente más próximo.

Resultando que en . . . (fecha) el procurador D. . . ., á nombre del D. . . ., en el concepto ya expresado de defensor legal de su nieto B. . ., entabló demanda en la que, concretando como puntos de hecho los anteriormente referidos é invocando como fundamentos de derecho las alegaciones procedentes en armonía con la doctrina legal que contienen el artículo 171 del Código civil, el 602 número 2.º del penal y el 1873 de la Ley de Enjuiciamiento civil, este último citado al objeto de demostrar que la tramitación que debía darse al juicio era la propia de los incidentes, puesto que en definitiva, el objeto que se persi-

que es el de constituir en tutela al menor, solicitó, que previas las diligencias procedentes seguidas con sugestión á los trámites establecidos en los artículos 741 y sucesivos de la Ley adjetiva, para las cuestiones incidentales, se dictara sentencia definitiva privando á D. ... de la patria potestad que ejerce sobre su hijo B.. y del usufructo total de los bienes de éste, é imponiéndole el pago de las costas del juicio.

Resultando que á la demanda se acompañó como prueba documental, la certificación de nacimiento del menor que acredita ser este de doce años de edad é hijo legítimo del demandado D. ... y de D.^a ...; la de defunción de esta última; los testimonios de los autos constituyendo en depósito á dicho niño con arreglo á lo prevenido en el número 4.º del artículo 1880 de la Ley de Enjuiciamiento civil y nombrando defensor legal del mismo al demandante; y la ejecutoria recaída en el juicio de faltas que se siguió por el Juzgado municipal de ... contra el repetido demandado, en la que se declara á éste responsable criminalmente, en concepto de autor, de una falta de lesiones leves causadas á su hijo, y se le impone la pena de quince días de arresto y costas.

Resultando que conferido traslado de la demanda al D. ... se personó en autos dentro de tercero día mediante escrito en el que se opuso á que se substanciara el juicio por los trámites de los incidentes según lo propuesto por el actor, solicitando se siguiera con arreglo á las formas procesales fijadas para los de mayor cuantía en que debía decidirse la cuestión, de conformidad con lo establecido en los números 2.º y 3.º del artículo 483 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que ordenan se decidan en esa clase de juicios las demandas relativas á los derechos de filiación, paternidad y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas, y aquellas otras cuya cuantía, sea inestimable ó no pueda determinarse, en cuyo caso se

halla la interpuesta, calificada con manifiesto error de incidental, puesto que no se relaciona con ningún otro juicio pendiente, ni por disposición de ley alguna está sometida á esa tramitación especial, siendo la cita del artículo 1873 de la Ley de Enjuiciamiento civil hecha de contrario, manifiestamente equivocada é improcedente, ya que el objeto del juicio promovido no es constituir ninguna tutela ni surge tampoco la acción á consecuencia del nombramiento de tutor, únicos casos en que es aplicable el expresado precepto legal.

Resultando que admitido dicho escrito fueron convocadas las partes para la comparecencia que ordena celebrar el artículo 493 de la Ley de procedimientos, cuyo acto tuvo lugar con asistencia de sus abogados defensores que insistieron en sus peticiones respecto á la clase de juicio, alegando el del demandante, en apoyo de las suyas, el criterio sentado en la circular del Excmo. Sr. Fiscal del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1894, que afirma deben substanciarse en forma incidental todas las cuestiones litigiosas relacionadas con la tutela.

Resultando que por no haber sido posible que en dicha comparecencia se pusieran de acuerdo las partes sobre la clase de juicio en que había de ventilarse la cuestión, se dictó auto declarando procedente seguirle por los trámites de los declarativos de mayor cuantía, cuya resolución se fundó en el artículo 481 y en el número 2.º del 483 de la Ley de Enjuiciamiento, conforme á los que, toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada en dicha Ley tramitación especial, debe ventilarse en el juicio declarativo correspondiente, que es el de mayor cuantía cuando esta fuera inestimable; y en que así lo exigen, además, la trascendencia de la resolución definitiva que ha de dictarse, la necesidad de que puedan utilizarse con la mayor amplitud todos los medios de defensa, el no derivarse la demanda de ninguna otra principal con la que tenga relación, y

el no haber precedido á su interposición ningún otro acto de jurisdicción voluntaria sobre constitución de tutela.

Resultando que en vista de dicha resolución presentó el demandante nuevo escrito pidiendo se tuviese por reproducida su demanda y se substanciase en juicio ordinario de mayor cuantía con emplazamiento del demandado.

Resultando que personado éste en tiempo evacuó el traslado de contestación mediante el oportuno escrito en el que suplicó se le absolviera de la demanda y se impusieran las costas al actor, decretando además el alzamiento del depósito en que estaba constituido su hijo, que debía ser restituído al domicilio paterno, á cuyo objeto alegó no eran ciertos los hechos que se le imputaban atribuyéndole crueldades contrarias á su modo de ser y á sus sentimientos y afectos, sin otro fundamento para ello que la sentencia recaída en un juicio de faltas, que aunque merecedora de todos los respetos que deben tenerse á las resoluciones firmes de los Tribunales, podía afirmar que se dictó sin elementos bastantes de juicio y por virtud de un hecho casual, acaecido á consecuencia, no de haberse excedido en la corrección de su hijo, sino por una fatalidad inevitable, puesto que le hirió sin intención de hacerlo al castigarle moderadamente; y que lejos de emplear con dicho su hijo malos tratamientos, le han hecho siempre, él y su segunda esposa, objeto de sus más solícitos cuidados; por lo que estimaba inaplicables al caso las citas y doctrinas legales que sirven de fundamento á la demanda, siendo además esta excesiva, pues aún en el negado supuesto de que existiesen los motivos alegados por el demandante, solo procedería suspenderle en el ejercicio de la patria potestad por corto período de tiempo, y no privarle de ella perpétuamente; cuya grave resolución debe dictarse tan solo contra aquellos padres que dieren á sus hijos consejos corruptores ó les causaren lesiones graves.

Resultando que al replicar y duplicar las partes insistieron en los hechos y fundamentos legales consignados en sus escritos de demanda y contestación, fijando definitivamente como puntos de hecho y de derecho objeto del debate los en dichos escritos aducidos sin adicionar ningún otro y pidiendo el recibimiento a prueba del juicio.

Resultando que abierto el período de prueba se practicó la propuesta declarando varios testigos presentados por el actor, quienes afirmaron que el demandado D. . . era de carácter impetuoso y procedía con dureza excesiva para con su hijo, especialmente desde que contrajo segundas nupcias, siendo frecuente en él privarle de la comida por más de un día y maltratarle de obra, lo que había dado motivo á que en varias ocasiones tuvieran que intervenir los vecinos y quitárselo de entre las manos, curándole las lesiones y contusiones que le producía, las que alguna vez requirieron asistencia facultativa.

Resultando que á instancia del demandado se practicó también prueba testifical en la que varios amigos de la familia materna del menor dieron los mejores antecedentes acerca de la conducta de aquél, afirmando además que entre dicho demandado y el demandante, su padre político, habían mediado graves cuestiones por razón de intereses y por oponerse este último al segundo matrimonio de aquél, existiendo entre ellos por tales causas enemistad manifiesta.

Resultando que unidas las pruebas á los autos se celebró vista en la que reprodujeron las partes sus alegaciones y pretensiones.

Resultando que en la tramitación de este juicio se han cumplido los requisitos que la ley exige.

Considerando que los Tribunales podrán y deberán privar á los padres de la patria potestad ó suspenderles en el ejercicio de ella si tratasen á sus hijos con dureza excesiva, lo que es evidente ha acontecido en el caso de autos, según lo demuestra prueba tan irrecusable como la sentencia

dictada contra D. . . . en el juicio de faltas cuya ejecutoria se ha aportado á las actuaciones, sin que las alegaciones hechas para desvirtuar su fuerza probatoria puedan estimarse, en razón á que se oponen á la santidad de la cosa juzgada y no tienen ningún valor contra dicho fallo, que fué dictado para castigar una falta cometida intencional y maliciosamente, pues de ser cierto lo expuesto por el demandado ó habría consignado la sentencia que las lesiones se produjeron por imprudencia de su autor, y se habría disminuído considerablemente la pena, ó se le habría absuelto declarando comprendido el hecho en la circunstancia eximente que establece el número 8.º del artículo 8.º del Código penal, toda vez, que la corrección de los hijos es un acto lícito y hasta un medio necesario para cumplir con el deber de educarles.

Considerando que en confirmación de la prueba documental han depuesto varios testigos idóneos á cuyo testimonio debe prestarse crédito, no solo porque en sus asertos sobre hechos concretos coinciden todos los que dicen haber presenciado tales hechos, sino porque la razón de ciencia que dán es muy justificada, apreciándola con sugestión á las reglas de la sana crítica.

Considerando que las declaraciones de los testigos del demandado se limitan á aseverar que observa buena conducta, lo que en nada influye para la decisión del litigio, puesto que este se refiere á actos de la vida privada que no trascienden fuera del hogar doméstico y sólo pueden conocer contadas personas; y que la existencia de enemistad manifiesta entre actor y demandado es un hecho extraño á la litis, la que ha de decidirse con arreglo á las pruebas practicadas, á cuya eficacia no afecta, aparte de que el demandante ha procedido en cumplimiento de las obligaciones de su cargo de defensor legal para que fué nombrado por requerimiento del Ministerio público.

Considerando que los hechos en que se funda la deman-

da no revisten tan extraordinaria gravedad que hagan presumir una persistente intención en el demandado de continuar maltratando á su hijo, ni revelan crueldad excesiva que justifique la privación total de la patria potestad, castigo establecido por la Ley civil para aquellas faltas de los padres, inexcusables en absoluto, por lo que procede suspenderle tan solo en su ejercicio por término de cinco años, tiempo suficiente para que la reflexión y el afecto determinen la enmienda y una variación radical en su conducta, y que cabe fijar teniendo en cuenta que las facultades concedidas por el Código sobre este extremo al Juzgado son discrecionales.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de aplicación general del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento

FALLO: Que debo suspender y suspendo á D. ... en el ejercicio de la patria potestad sobre su hijo B., por tiempo de cinco años contados desde que esta sentencia sea firme, privándole por el mismo término del usufructo total de los bienes del referido menor. Y póngase en su día esta resolución en conocimiento del Juez municipal competente para que proceda á la constitución de la tutela de dicho menor en la forma preceptuada por el Código civil.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando y sin hacer expresa condenación de costas, lo pronuncio etc.

ADOPCIÓN

Auto concediendo autorización judicial para adoptar.

En ... á ... de ... de 190 ...

Resultando que D. ... y su esposa D.^a ... (sus filia-

ciones), acudieron á este Juzgado con escrito de fecha . . . , que ambos suscribieron, solicitando autorización judicial para adoptar al menor N . . . , de edad de diez años, hijo del finado B . . . y de su viuda C . . . que también firma la solicitud para mostrar su conformidad con la adopción, ofreciendo información testifical á tenor de las preguntas consignadas en el interrogatorio que formularon con objeto de acreditar que carecen de descendencia, no ejercen ni han ejercido la tutela del que pretenden adoptar, y que la adopción es útil y conveniente á éste.

Resultando que admitido dicho escrito al que se acompañaron las certificaciones de nacimiento de los solicitantes y del menor justificativas de la edad de los mismos, y la de defunción del padre de dicho menor, se exploró la voluntad de éste, quien manifestó su conformidad con ser adoptado.

Resultando que practicada la información propuesta comparecieron tres testigos idóneos y conocidos del actuario, quienes afirman ser cierto que los recurrentes no han tenido hijos; que el menor N . . . está sometido á la potestad de su madre que permanece viuda; y que á los intereses de aquél es útil y conveniente la adopción, tanto por que los adoptantes son personas de intachable conducta y que le han demostrado siempre gran afecto, criándolo en su casa, como por que la posición económica de los mismos es mucho más desahogada que la de su madre, lo que le proporcionará medios para poder seguir una carrera que aquélla no podría costearle.

Resultando que comunicado el expediente al Sr. Fiscal emitió dictamen manifestando que á su juicio no había inconveniente alguno en que se autorizara á los cónyuges recurrentes para adoptar al menor N . . .

Considerando que por concurrir en D . . . y D^a . . . las circunstancias exigidas como requisitos esenciales para poder adoptar, no estar comprendidos en ninguno de los

casos en que la ley prohíbe hacerlo, mediar entre ellos y el menor que quieren acoger en su familia la diferencia de edad que determina el Código, haberse acreditado la utilidad y conveniencia que ha de reportar al menor la adopción y estar conformes con que se realice, tanto éste como su madre, debe concederse la autorización pedida, de conformidad con el dictamen del Ministerio público.

El Sr. D. . . ., Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el Escribano, *dijo*: Se autoriza á los esposos D. . . . y D.^a . . . para que conjuntamente adopten como hijo al menor N . . .; á cuyo efecto se les entregará testimonio de este auto que deberá insertarse íntegramente en la escritura que otorguen, inscribiéndola después en el Registro civil en que lo está el nacimiento del que ha de ser adoptado.

Así lo mandó y firma etc.

AUSENCIA

Auto designando representante ó administrador interino de los bienes del presunto ausente.

Resultando que L . . . casada con M . . . ha comparecido ante este Juzgado manifestando por escrito de fecha . . . que su expresado marido se ausentó hace ya más de un año de esta población en que tenía su domicilio legal, sin que desde entonces se hayan recibido noticias suyas; por lo que, no habiendo dejado mandatario alguno que le representare se halla desatendida la administración de su patrimonio y el de la recurrente que por tales motivos carece de capacidad para realizar ningún acto jurídico;

en mérito de cuyos hechos solicitó, que de conformidad con lo estatuito en el artículo 181 del Código civil, se la nombre representante del mencionado ausente con determinación de sus facultades y obligaciones, que deberán ser las consiguientes á las funciones de administración que ha de desempeñar, y se acuerden las demás diligencias necesarias para asegurar los derechos é intereses de su expresado marido.

Resultando que del relacionado escrito, al que se acompañaba la partida de matrimonio de la exponente y una certificación del Secretario del Ayuntamiento relativa al padrón de vecinos del año anterior en el que figura inscrito como tal el M . . . , se dió traslado al Ministerio fiscal á los efectos del artículo del Código antes citado, quien dictaminó procedía hacer el nombramiento solicitado siempre que testificalmente se acreditare la ausencia en ignorado paradero del M . . .

Resultando que practicada información acerca de dicho particular atestiguaron su certeza tres personas conocidas de la familia é identificadas por el actuario.

Considerando que está acreditada en debida forma la personalidad de L . . . para instar este expediente, y que en vista de la justificación del hecho de la ausencia en ignorado paradero de su esposo y de la carencia de noticias del mismo procede que se la nombre representante de dicho su marido, de acuerdo con lo que establece el artículo 183 del Código civil.

S. S. por ante mí el Escribano *dijo*: Se nombra á L . . . representante de su marido ausente M . . . concediéndola las facultades necesarias para que administre, tanto los bienes del ausente como los suyos propios, los de la sociedad conyugal y los de sus hijos; y ejerza en cuanto á estos la patria potestad cumpliendo las obligaciones inherentes á los cargos que se la confieren, sin otra remuneración que el usufructo de los bienes de sus hijos. Expídase

para la interesada el testimonio ó testimonios que solicitare del presente auto, y practíquense las diligencias que la misma inste y se reputen necesarias al objeto de que queden debidamente asegurados los derechos é intereses del ausente y pueda aquella ejercer la administración de los expresados bienes.

Así lo proveyó y firma el Sr. D. . . ., Juez de primera instancia de . . . (lugar y fecha).

Auto de declaración de ausencia

Resultando que en . . . (fecha), B . . . (su filiación), presentó ante este Juzgado un escrito en el que manifestaba que su padre M . . . había desaparecido de su domicilio hace ya más de tres años sin dejar mandatario alguno que le representare, habiendo sido necesario, en vista de que no se tenían noticias suyas y de que se ignoraba su paradero, que la madre del exponente reclamara del Juzgado la nombrase administradora interina de los bienes de aquél, cuyo cargo ejerció dicha su madre hasta su defunción acaecida en . . .; y que habiendo transcurrido el plazo fijado por el Código civil para solicitar la declaración legal de ausencia pedía al Juzgado declarara la de su nombrado padre; á cuyo efecto y para justificar su cualidad de parte legítima y el derecho que le asistía á promover este expediente, presentaba su partida bautismal acompañando también certificación referente al padrón de vecinos en la que consta que el ausente tuvo en esta población su último domicilio; ofreciendo acreditar los demás enunciados pertinentes por medio de información testifical.

Resultando que recibida dicha información con citación del Ministerio fiscal se comprobó por ella que en efecto eran ciertos los hechos relativos á la ausencia del M . . . de quien no se habían tenido noticias hacía ya más de tres

años ignorándose su actual paradero, y que al ausentarse no dejó persona encargada de administrar sus bienes.

Resultando que oído el Ministerio fiscal prestó su conformidad á la solicitud formulada por B . . .

Considerando que en vista de la cumplida prueba testifical que se ha hecho de la ausencia de M . . . por tiempo que excede de dos años sin que existan noticias del mismo y de su paradero actual, ni tenga nombrado mandatario alguno que le represente, procede declararle ausente legalmente á los efectos prevenidos en el capítulo II del título VIII libro I del Código civil; toda vez que la pretensión se ha formulado por quien ostenta y acredita su cualidad de parte legítima, y que se han llenado todos los requisitos exigidos por el Código civil y la Ley adjetiva para hacer tal declaración.

El Sr. D. . . ., Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el actuario, *dijo*: Se declara la ausencia legal de M . . ., la que no surtirá efecto hasta seis meses después de la publicación de este auto en el Boletín oficial de esta provincia y Gaceta de Madrid; y para su inserción en dichos periódicos oficiales entréguense al recurrente los oportunos edictos.

Así lo mandó y firma dicho Sr. Juez en . . . (lugar y fecha).

Auto nombrando administrador de los bienes del ausente.

En . . . á . . . de . . . de 190 . . .

Resultando que nombrada representante interina de los bienes del presunto ausente M . . . su cónyuge L . . ., falleció ésta antes de transcurrir el término para poder solicitar la declaración de ausencia legal de su marido.

Resultando que el hijo mayor de los varones habidos en dicho matrimonio B . . . , solicitó de este Juzgado, pasados tres años desde la desaparición de su padre, se declarara la ausencia legal del mismo, á lo que se accedió por auto de . . . (fecha).

Resultando que unidos á este expediente los ejemplares del Boletín oficial de esta provincia y de la Gaceta de Madrid en que se insertó dicho auto y transcurridos seis meses desde su publicación, ha comparecido el prenombrado B . . . pidiendo se hiciera á su favor el nombramiento de administrador de los bienes de su padre ausente, por ser el pariente más próximo llamado por la ley á ejercer tal administración.

Resultando que en crédito de dicha preferencia de derecho presentó el exponente las certificaciones de defunción de su madre y de sus abuelos paternos, y ofreció información testifical en justificación de que era el hijo varón primogénito del ausente, cuyo hecho ha sido comprobado en la forma propuesta y con intervención del Ministerio público.

Considerando que por ser firme el auto en que se declaró la ausencia legal de M . . . , debe procederse á nombrar administrador de sus bienes, designando para dicho cargo al B . . . , á quien corresponde con preferencia á toda otra persona, por falta de cónyuge y padres del ausente.

El Sr. D. . . . , Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el Escribano, *dijo*: Se nombra administrador de los bienes del ausente M . . . á su hijo mayor B . . . , quien ejercera las funciones de tal cargo con la plenitud de facultades que le concede el Código civil, con derecho á percibir en concepto de retribución el siete por ciento del producto líquido de los bienes que administre, viniendo obligado á rendir anualmente cuenta de su gestión. Poseiónesele de dicha administración, previo inventario, siem-

pre que preste la oportuna fianza en cantidad bastante á responder del importe de los bienes muebles que se le entreguen y de las rentas ó productos que durante un año dieren los inmuebles; é inscribase en el Registro de la propiedad donde lo estén las fincas del ausente, dicho nombramiento y la declaración de ausencia.

Así lo mandó y firma etc.

Señtencia declarando la presunción de muerte de un ausente.

En ... á ... de ... de 190 ... El Sr. D. ... Juez de primera instancia de este partido. Vistos los presentes autos de juicio ordinario de mayor cuantía, seguidos entre partes, de una, como demandante B ... que ostenta el carácter de heredero presunto del ausente M ... , representado y dirigido respectivamente por el procurador D. ... y letrado D. ... ; y de otra, como demandado, el Ministerio fiscal en representación de dicho ausente; y

Resultando que por el citado procurador D. ... , en nombre y con poder bastante de B. ... , se interpuso ante este Juzgado demanda promoviendo juicio ordinario de mayor cuantía, en la que, exponiendo que el padre de su autorizante M ... había desaparecido de su domicilio en ... (fecha) y declarádose su ausencia legal por auto de ... que fué firme y se ejecutó por no haber comparecido dicho ausente, y que habían transcurrido más de treinta años desde la desaparición del mismo, cuya edad excede de noventa, por cuyos motivos procedía declarar la presunción de su muerte, invocando como fundamentos legales de su acción los artículos 191 y 192 del Código civil; solicitó, que previa la tramitación del oportuno juicio, que debía seguirse con el Ministerio fiscal en representación del ausente, se dictase sentencia definitiva dando lugar á la deman-

da y declarando la presunción de muerte de M... con los demás pronunciamientos que son consecuencia de ella.

Resultando que á dicho escrito se acompañaron la partida de bautismo del ausente y una copia simple de los autos dictados en ... y en ...; el primero declarando la ausencia del mismo y el segundo nombrando administrador de sus bienes al demandante.

Resultando que emplazado el Ministerio fiscal se personó en autos y á su tiempo contestó á la demanda oponiéndose á su admisión mientras no se probasen los hechos expuestos por el actor, que negó en principio para fundamentar en tal negativa su petición condicional.

Resultando que renunciada por el demandante la réplica se solicitó por las partes el recibimiento á prueba del juicio, practicándose la propuesta por aquél, consistente en el coitejo que se hizo en forma de la partida de bautismo que resultó estar literalmente transcrita de su original; en la aportación de testimonios fehacientes de las dos resoluciones judiciales de que antes se hace mérito, idénticos en su contexto al de las copias simples presentadas; y en el examen de cinco testigos que declararon de perfecto acuerdo con el interrogatorio propuesto la certeza de los hechos consignados en la demanda.

Resultando que celebrada vista pública insistió el actor en sus pretensiones asintiendo á ellas el Fiscal por estimar probados los hechos y ser aquellas procedentes, en armonía con los fundamentos de derecho alegados.

Resultando que en la tramitación de este juicio se han guardado las prescripciones legales.

Considerando que procede hacer la declaración de presunción de muerte de un ausente cuando así se solicita por parte legítima pasados treinta años desde que desapareció ó se recibieron sus últimas noticias, ó noventa desde su nacimiento.

Considerando que deducida la demanda que motiva este juicio por quien tiene la cualidad de heredero forzoso de M ... y acreditado documental y testificalmente que la edad de este excede de noventa años y hace más de treinta que desapareció de su domicilio ignorándose su actual paradero, debe resolverse de conformidad con lo que previene el artículo 191 del Código civil, dando lugar á la demanda.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de aplicación general del Código civil y de la Ley de procedimientos.

FALLO: Que debo declarar y declaro la presunción de muerte de M ...; y publíquese esta sentencia en los periódicos oficiales para que después de declarada firme si transcurriere el término de seis meses contados desde su inserción en ellos sin presentarse el ausente ó prueba de su existencia, pueda abrirse la sucesión en sus bienes.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando etc.

TUTELA

Auto declarando la incapacidad por locura

En ... á ... de ... de 190 ... Visto este expediente; y

Resultando que el procurador D. ... en nombre y representación de N ... presentó ante este Juzgado demanda promoviendo un juicio incidental, para que se declarase la incapacidad de M ..., hermano de su poderdante, en la que consignó como hechos que el referido M ..., mayor de edad, soltero, propietario, de esta vecindad, padece

desde hace algún tiempo una grave enfermedad mental que según el dictamen de los facultativos encargados de su asistencia, es de carácter permanente y de difícil ó imposible curación; que su pariente más próximo es el demandante, único hermano de doble vínculo que tiene y cuyo parentesco acredita con las certificaciones del nacimiento de ambos que acompaña; y que los llamados á constituir el Consejo de familia, que en su caso debe formarse, lo son A .., hermano consanguíneo del presunto incapaz y B .. C .. J .. y L .., parientes en tercer grado los dos primeros y en cuarto los dos últimos por las líneas paterna y materna respectivamente; hechos en cuyo apoyo invocó los fundamentos de derecho que se desprenden de la doctrina establecida en los artículos 213, 214, 216, 217, 293 y demás aplicables de los que regulan la tutela en el Código civil y en los 1873 y 741 y sucesivos de la Ley de Enjuiciamiento, para en su consecuencia solicitar, que substanciado el juicio en forma de incidente con el Ministerio fiscal, á quien atribuye la ley la representación del presunto incapaz, y oído el Consejo de familia provisional que debía constituirse para este solo efecto con las personas antes designadas, se dictare en su día, después de practicar la prueba que oportunamente propondría, auto definitivo declarando la incapacidad por locura del referido M ..., la que debería inscribirse en el Registro de la propiedad de ... donde lo están los bienes raíces que le pertenecen.

Resultando que admitida dicha demanda con los documentos acompañados y conferido traslado al Ministerio fiscal, la contestó oponiéndose á las peticiones en ella formuladas, mientras no se probasen cumplidamente los hechos expuestos.

Resultando que recibido el juicio á prueba se practicó toda la propuesta por el actor, declarando varios testigos, que les constaba la certeza del hecho fundamental de di-

cha demanda, ó sea, que el M . . . tiene perturbadas sus facultades mentales hace ya algún tiempo; afirmando también que los parientes más próximos del mismo lo eran el demandante y las demás personas que éste citaba en su escrito, sin que existiese ninguna otra de igual ó preferente derecho.

Resultando que á solicitud también del demandante fué examinado el presunto incapaz por tres peritos médicos en ejercicio, que de común acuerdo designaron las partes, en cuyo examen intervino el que provee dirigiendo por sí mismo varias preguntas á dicho incapaz, que las contestó con manifiesta incongruencia, revelando por sus actos y expresiones la anormalidad de su estado mental; después de cuyo examen, los mencionados peritos emitieron el oportuno informe en el que aseveran . . . (estráctese).

Resultando que constituido provisionalmente el Consejo de familia con los parientes más próximos del presunto incapaz, se presentó á nombre de dicha entidad, certificación librada por su presidente, del acta de la sesión celebrada al objeto para que exclusivamente había sido formado, en la que se consigna el acuerdo adoptado por unanimidad de mostrarse conformes con la petición deducida en estos autos, en atención á la certeza de la incapacidad de M . . . y á la necesidad de que se le constituya en tutela.

Resultando que unidas á los autos las pruebas practicadas se celebró la vista pública pedida, en la que la parte actora insistió en las pretensiones que tiene deducidas, á las cuales se allanó el Sr. Fiscal por conceptuarlas procedentes en vista del resultado de dichas pruebas.

Considerando que cumplidos en este juicio todos los requisitos y formalidades que establece la ley para que pueda dictarse una declaración de incapacidad por locura; y habiéndose justificado que M . . . está demente, según el resultado que ofrecen las pruebas testifical y pericial y el

examen que personalmente hizo el que provee de dicho sugeto, procede declararle incapaz á los efectos prevenidos en el artículo 213 del Código civil.

El Sr. D. . . ., Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el Escribano, *dijo*: Se declara la incapacidad por locura de M . . . , á quien se priva de la administración de sus bienes; póngase esta declaración en conocimiento del Juez municipal de su domicilio á fin de que proceda inmediatamente á la constitución del Consejo de familia definitivo de dicho incapacitado; é inscribase la presente resolución en el Registro de la propiedad del partido donde radican dichos bienes.

Así lo mandó y firma etc.

Sentencia declarando la incapacidad por prodigalidad

En . . . á . . . de . . . de 190 . . . Visto el presente juicio incidental sobre declaración de prodigalidad, en que son partes, como demandante E . . . y como demandado su marido J . . . (sus filiaciones); representados y dirigidos respectivamente por los procuradores A . . . y B . . . y por los letrados G . . . y H . . . ; y

Resultando que el procurador A . . . en nombre y con poder de E . . . presentó ante este Juzgado demanda contra el marido de su principal J . . . exponiendo los siguientes hechos: 1.º Que su poderdante y el demandado celebraron matrimonio hace unos tres años, al que aquélla aportó, además de una cuantiosa dote, metálico y efectos por valor de doscientas mil pesetas, que en concepto de bienes parafernales y bajo la fé de Notario, entregó para su administración á dicho su marido, quien á su vez llevó á la sociedad conyugal un patrimonio de trescientas mil pesetas, según la valoración que se asignó á los bienes que le

constitufan, en la escritura de capitulaciones matrimoniales, 2.º Que el referido J ... en el corto transcurso de tiempo que lleva de casado, ha enagenado fincas propias por más de ciento cincuenta mil pesetas de valor y pignorado en varios establecimientos públicos los títulos de la deuda que su esposa le entregó en administración, 3.º Que el producto de esas enagenaciones y préstamos ha desaparecido en pocos meses consumido en innecesarios viajes, en incesantes renovaciones de mobiliario de lujo enagenado poco después con notable depreciación, en considerables pérdidas sufridas en el juego, y en otros gastos impropios de quien observa una conducta medianamente ordenada, 4.º Que la demandante ha exhortado varias veces á su marido para que pusiese sus gastos en armonía con las rentas de que disponen, limitando tan extraordinarios dispendios, sin obtener otro resultado que las amenazas de aquél de que gastará en breve plazo la fortuna de ambos; propósitos que es de presumir sean ciertos puesto que no há mucho vendió en treinta y seis mil pesetas una finca que en la prenombrada escritura de capitulaciones estaba valorada en ochenta mil, derrochando el precio en pocos días. Y 5.º Que ante la persistencia de J ... en sus prodigalidades demostradas de reciente; por las coacciones que ha ejercido sobre la demandante para que cancelara una hipoteca constituida á su favor en garantía de bienes dotales sobre una finca que pretendía aquél malvender, se ha convencido dicha señora de la imposibilidad de poner á salvo los restos de ambos patrimonios, sin recurrir para conseguirlo á la vía judicial.

Resultando que en la referida demanda, después de designar los fundamentos de derecho pertinentes para la aplicación de los artículos 60 párrafo 2.º, 221, 222 y 226 del Código civil, se solicitó se declarase al demandado J ... pródigo é incapaz para administrar sus bienes propios y los de su cónyuge é hijos, prohibiéndole también realizar

toda clase de actos intervivos relacionados con dichos patrimonios, y especialmente los de enagenación y gravamen, y confiriendo á ella las facultades necesarias para el manejo de su caudal y el de sus hijos, y al tutor que se nombra las inherentes á dicho cargo en cuanto se refieren á los bienes del pródigo, señalando los casos en que haya de ser consultado el Consejo de familia.

Resultando que por medio de los oportunos otrosíes interesó la anotación preventiva de la relacionada demanda en el Registro de la propiedad en que están inscritos los bienes de ambos cónyuges y se pidió el recibimiento á prueba, aportando desde luego como documental, la certificación de la inscripción del matrimonio, la escritura de capitulaciones, copia simple de la de venta á que alude el hecho cuarto de su demanda, y un certificado justificativo de las pignoraciones de valores de que se ha hecho mérito.

Resultando que admitida la demanda y ordenada su anotación preventiva se dió traslado al demandado, que oportunamente compareció en autos contestándola mediante escrito en el que negaba la certeza de los hechos que se la imputan, alegando en contrario, que los gastos por él realizados no eran excesivos, tenidos en consideración, de una parte las necesidades propias de su posición social y de los cargos que había desempeñado, y de otra las importantes sumas entregadas á su esposa para compra de joyas y otras atenciones, y lo pagado á eminentes facultativos que la han asistido en sus dolencias, alguno de los cuales ha presentado minutas que ascienden á cuarenta y cinco mil pesetas, imposible de satisfacer solo con las rentas que perciben y sin mermar considerablemente el capital; y que no es cierto haya tenido pérdidas en el juego ni disipado caprichosamente sus bienes y los de su cónyuge, pues únicamente tomó á préstamo treinta mil pesetas sobre valores pertenecientes á ésta, y las ventas que ha hecho las ha rea-

lizado en las mejores condiciones posibles, dentro de los apremios consiguientes á los gastos extraordinarios de la familia; en cuyos hechos se basó para reputar inaplicables las disposiciones legales citadas de adverso y solicitar se le absolviese de la demanda, condenando en costas á la demandante.

Resultando que recibido el juicio á prueba se practicaron las de confesión judicial documentos y testigos. (Se expresará el resultado de ellas).

Resultando que celebrada vista á instancias de la parte actora informaron en ella su defensa y la del demandado reiterando las peticiones que tienen hechas por escrito.

Resultando que en la tramitación de este juicio incidental se han guardado las prescripciones legales.

Considerando que documentalmente resulta acreditado que las enagenaciones efectuadas por J ... han sido en su mayoría hechas por un precio muy desventajoso para el vendedor y en condiciones sumamente onerosas, sin que hayan mediado motivos legítimos que disculpen tales actos.

Considerando que apreciada en conjunto la restante prueba dedúcese de ella, que si bien es cierto que algunas partidas de gastos como la de pago de crecidos honorarios á un médico justifican la total inversión de las rentas del matrimonio, lo es también que con estas, regularmente administradas, habría podido atenderse debidamente á todas las necesidades de la familia.

Considerando que los gastos y dispendios hechos por el demandado, aparte de aquellos á que se refiere el anterior fundamento, deben calificarse de excesivos y supérfluos, puestos en relación con la importancia del patrimonio de que dispone y con las necesidades de su condición social.

Considerando que por los motivos expuestos procede

hacer la declaración de prodigalidad de J... cuya petición ha sido formulada por quien tiene la consideración de parte legítima y en el procedimiento apropiado.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás de aplicación general.

FALLO: Que debo declarar y declaro pródigo á J..., incapacitándole para que administre sus bienes propios, los de su mujer y los de sus hijos, y privándole de la facultad de disponer de aquellos por actos entre vivos. Se confiere á la demandante E... la administración de sus bienes dotales y parafernales y la de los hijos habidos en su matrimonio con el demandado. Póngase esta declaración en conocimiento del Juez municipal de su domicilio para la constitución del Consejo de familia del declarado incapaz, á quien se le nombrará tutor con facultades para administrar los bienes del sujeto á su guarda y enagenarlos y gravarlos, cuando fuere necesario, con autorización de dicho Consejo; é inscribese dicha declaración de incapacidad en el Registro de la propiedad en que fué anotada preventivamente la demanda que la motiva.

Así por esta mi sentencia con expresa condena de costas al demandado etc.

Sentencia declarando la nulidad de un acuerdo del Consejo de familia sobre remoción del tutor.

En ... á ... de ... de 190 .. El Sr. D. ..., Juez de primera instancia de este partido. Vistos los presentes autos incidentales sobre nulidad de un acuerdo del Consejo de familia del menor H... en que son partes, de una como demandante B..., tutor de dicho menor; y de otra como demandados C... presidente de dicho Consejo de familia y P... y Q... vocales del mismo; y

Resultando que en ... (fecha) y ante el Juzgado municipal de ... se constituyó el Consejo de familia del menor H ..., siendo nombrados miembros del mismo C .. P .. Q .. L .. y M .. y elegido presidente el primero.

Resultando que el referido Consejo de familia en sesión de ... (fecha) nombró tutor á B ... quien fué posesionado de su cargo previo el cumplimiento de las obligaciones que para entrar en su ejercicio impone el Código civil, y que después de llevar dos años desempeñando la tutela, el mismo Consejo, en acuerdo adoptado por la mayoría de sus vocales en ... (fecha) removió del referido cargo de tutor al B ..., fundándose para ello en que había hecho gastos indebidos realizando obras innecesarias en fincas del sujeto á tutela sin ponerlo en conocimiento del Consejo ni recabar su autorización; habitaba una casa perteneciente á aquél sin pagar merced; y utilizaba en su beneficio y negocios propios el producto y rentas de los bienes confiados á su administración.

Resultando que notificado este acuerdo por medio de acta notarial al expresado tutor, éste, después de celebrar sin avenencia acto de conciliación con el presidente y vocales del Consejo de familia que le suscribían, y dentro de los quince días siguientes al de la notificación, dedujo demanda solicitando se declarase la nulidad del acuerdo en cuya virtud se le había removido de su cargo; consignando como hechos los antecedentes que quedan referidos, negando la exactitud de los fundamentos base de la remoción y alegando que tan solo había verificado en las fincas que administra gastos necesarios, que por su escasa cuantía y por la urgencia de realizarlos, no requerían el previo consentimiento del Consejo: que tampoco era cierto habitase sin pagar alquileres un inmueble de la propiedad del menor, porque quien le habita es éste, en cuya compañía vive el demandante para poder cuidarle: que no ha distraído para ningún negocio propio, como gratuitamente ase-

gura el Consejo, el producto de las rentas que recauda, de las que en su día rendirá la oportuna cuenta justificada: y finalmente que el acuerdo impugnado, aparte de su notoria injusticia, se tomó sin haberle citado para dirigirle cargos sobre su conducta ni concedíndole audiencia con tal objeto; por lo que estimaba se habían infringido los artículos 238 y 239 del Código civil, procediendo en su consecuencia, que tramitada dicha demanda en la forma que la ley previene para los juicios de mayor cuantía, se resolviera en definitiva dejar sin efecto el repetido acuerdo por el que se le removía de su cargo de tutor, con imposición de costas al presidente y vocales del Consejo que le adoptaron, con quienes debía seguirse el juicio.

Resultando que como justificación documental de los relacionados hechos se acompañaron á la demanda copia auténtica del acta notarial por la que se notificó al demandante el acuerdo del Consejo de familia removiéndole de la tutela, cuyo acuerdo está transcrito íntegramente en dicho instrumento público; otra copia fehaciente de la escritura de fianza otorgada por el tutor para responder de su gestión, de la que aparece que las rentas anuales del menor se calcularon en ocho mil pesetas; y una certificación librada por la oficina correspondiente del Banco de España en la que se consigna que B . . . tiene abierta en dicho establecimiento de crédito una cuenta corriente sin interés, cuyo saldo mínimo ha sido durante los dos últimos años de veinte mil pesetas.

Resultando que emplazados los demandados comparecieron en forma, pretendiendo que se declarase que contra la deliberación del Consejo de familia solo podía interponerse por el tutor recurso de alzada para ante el Juzgado, ó en todo caso, y de no estimarse procedente dicha pretensión, se decidiera que la demanda interpuesta por el tutor B . . . , debía tramitarse como los incidentes.

Resultando que por no haberse conseguido avenencia

entre las partes en la comparecencia que al efecto se celebró sobre la tramitación á que había de sugetarse la cuestión planteada, acordó este Juzgado se siguiese el juicio en forma incidental, evacuando después los demandados el traslado que se les confirió para contestar, en el cual, después de insistir en la certeza de los motivos fundamento de la remoción, expusieron que el tutor demandante había sido citado de un modo expreso para que asistiese á la sesión en que se acordó removerle de su cargo, y no tuvo á bien concurrir á ella; en méritos de lo que solicitaron se les absolviese de la demanda y se condenara en costas al actor.

Resultando que recibido el incidente á prueba se practicó la suministrada por la parte actora, declarando varios testigos de los que, unos afirmaron haber realizado por su encargo obras de reparación en un edificio propio del menor que amenazaba ruina, siendo el importe de dichas obras el de ochocientas pesetas; y otros, que el referido tutor y el menor sujeto á su guarda viven juntos en una casa de éste, ocupando solo uno de sus pisos y estando arrendados los demás.

Resultando que también á instancias de los demandados se ejecutó la prueba por ellos propuesta consistente en el testimonio de varias personas que aseveraron ser cierto que el tutor había realizado varias obras de lujo y ornato en una casa propia del menor, la que habitaba sin pagar alquiler, y que dicho tutor había sido citado, por mediación de uno de los testigos, á la sesión en que se adoptó el acuerdo impugnado relativo á su remoción, contestándole que no pensaba molestarse asistiendo á ella.

Resultando que reconocido por peritos nombrados de acuerdo por las partes el edificio objeto de las obras sobre que se discute, dictaminaron aquellos estimando el valor de las verificadas inferior á mil pesetas y conceptuando necesarias para la conservación del inmueble las impensas hechas por el tutor.

Resultando que en la tramitación de este juicio se han guardado las reglas del procedimiento.

Considerando que para que el Consejo de familia pueda acordar la remoción de un tutor es requisito indispensable citarle previamente y oírle si se presentare, formalidad que no se ha acreditado fuera cumplida en el presente caso, pues no basta que así lo afirme un testigo cuando pudo y debió emplearse medio más solemne para que constara de modo auténtico, ya haciendo la citación por acta notarial, ya por cédula entregada al citado mediante recibo suscrito por él ó por testigos de su negativa.

Considerando que esta falta de citación, pues no puede estimarse probado se hiciera, anula por defectos de forma el acuerdo que adoptó la mayoría del Consejo, conforme á lo dispuesto en el artículo 239 del Código civil, que exige expresamente el cumplimiento de la solemnidad omitida como trámite previo para la remoción.

Considerando que aún en el supuesto que se hubiere probado el hecho de la citación, el acuerdo, si bien sería válido en cuanto á la forma, debería ser revocado porque no se ha justificado sea cierto que el tutor distraiga para negocios propios cantidades pertenecientes á su pupilo, sino antes al contrario, se ha probado documentalmente que dicho tutor tiene inactiva en el Banco de España en cuenta corriente sin interés, una cantidad muy superior al doble de la renta anual del menor; de cuyo hecho se deduce una presunción eficaz de la inexactitud de tal imputación; y porque los otros dos fundamentos en que tal acuerdo se apoya, aunque se hubiesen probado, no constituirían ninguno de ellos motivo bastante para adoptar tan grave resolución, como es la separación del B . . . de su cargo, pues no demuestran que se conduzca mal en su desempeño, único caso de los que establece el artículo 238 del Código con el que guardan alguna remota relación, no teniendo ninguna analogía con los demás consignados en dicha disposición legal.

Vistos los artículos del Código civil antes citados y demás de aplicación al caso.

FALLO: Que dando lugar á la demanda interpuesta por B ... en concepto de tutor del menor H ..., debo declarar y declaro nulo el acuerdo que en ... (fecha) adoptó la mayoría del Consejo de familia de dicho menor removiéndolo de su cargo al B ..., cuyo acuerdo se deja sin efecto.

Así por esta mi sentencia etc.

CONSEJO DE FAMILIA

Sentencia declarando la nulidad de las diligencias de constitución de un Consejo de familia y ordenando su reconstitución.

En ... á ... de ... de 190 .. El Sr. D ..., Juez de primera instancia de este partido. Vistos los presentes autos incidentales sobre nulidad de constitución de un Consejo de familia seguido entre partes, de una como demandante A ... y de otra como demandado B ..., presidente y representante legal del Consejo de familia de la menor N ...; representados y dirigidos respectivamente por los procuradores D ... y D ... y letrados D ... y D ...; y

Resultando que fallecido en ... (fecha) M ... dejando una hija menor de edad llamada N ..., el Juzgado municipal del domicilio del finado procedió á la formación del Consejo de familia de la misma á instancias de su tío H ..., cuyo Consejo quedó constituido con las personas designadas por éste, que lo fueron F .. y G .., tíos carnales

y J . . L . . y S . . , primos hermanos de dicha menor, todos por la línea paterna; á quienes se nombró sin practicar previamente el Juzgado municipal diligencia alguna para averiguar si existían otros parientes con derecho preferente, y ateniéndose únicamente á los antecedentes que suministró la persona á cuya instancia se siguió el procedimiento, que en su escrito, no acompañado de más documentos que la certificación de defunción del padre de la menor y la de nacimiento de ésta, manifestaba, que los expresados eran los únicos parientes que existían.

Resultando que el procurador D . . . , en nombre y representación de A . . . interpuso ante este Juzgado demanda promoviendo un juicio incidental, en la que solicitaba se declarase la nulidad de las diligencias de constitución del referido Consejo de familia, y en su consecuencia, mal constituido éste; y se ordenara reconstituirle con los parientes más próximos de la sujeta á tutela, dando ingreso en él al demandante, á su hijo T . . y á P . . , tío carnal por línea paterna de la expresada menor; y excluyendo á J . . L . . y S . . que por tener parentesco más remoto que dos de los designados y menor edad que el otro, formaban parte indebidamente de dicha institución; cuyas peticiones hizo sentando para ello como hechos los que antes se relacionan adicionados con los referentes al parentesco de los que debían ser incluidos, y alegando como fundamentos de derecho los artículos 293 al 296 del Código civil y la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 6 de Junio de 1900, cuya doctrina legal invocaba para demostrar que había sido infringida por el Juzgado municipal en el acto cuya nulidad se pedía.

Resultando que admitida la demanda con los documentos que la acompañaban, consistentes en las partidas sacramentales y certificaciones de las inscripciones de nacimiento que formaban el árbol genealógico entre la repetida menor y los parientes cuyo ingreso en el Consejo se solici-

ta, fué emplazado el demandado, quien oportunamente se personó impugnando las pretensiones del actor, para lo que expuso: 1.º Que si bien era cierto que la constitución del Consejo se hizo sin convocar para dicho acto al demandante y á su hijo, fué en razón á que no se tenía noticia de la existencia de tales parientes por no residir en el partido judicial donde está domiciliada la menor, ni mantener relaciones de ninguna clase con ella y su familia, desde la defunción de la madre, acaecida hace más de quince años. 2.º Que tampoco había motivo para anular la constitución del Consejo por haberse prescindido de dichos parientes, puesto que estos, por residir fuera del radio de treinta kilómetros del Juzgado en que radica la tutela, están exceptuados de formar parte de dicho Consejo por el artículo 297 del Código civil, que los excluye si voluntariamente no se prestan á aceptar el cargo, imponiéndoles indirectamente la obligación de poner en conocimiento del Juez municipal cual es el lugar de su residencia, para que por éste puedan ser citados. 3.º Que si bien no entró á formar parte del Consejo P . . , tío carnal de la menor por parte de padre, fué teniendo en cuenta que por ser el de mayor edad de los más próximos parientes, recaería en él la tutela. Y 4.º Que no es procedente la anulación de las diligencias practicadas por el Juzgado municipal, porque estas se ajustaron á los preceptos legales en relación con los datos conocidos, puesto que no existe ninguna disposición que regule el procedimiento en estos casos y determine en que forma ha de cerciorarse el Juez de que los parientes propuestos son los más próximos.

Resultando que recibido el juicio á prueba á instancia de las partes, que oportunamente lo tenían solicitado, se cotejaron con sus originales los documentos acompañados á la demanda y se practicó información testifical acerca del hecho consignado en la contestación referente á la carencia de noticias, en el lugar del domicilio de la menor, de que

existieran parientes de la misma por línea materna, hecho que afirmaron ser cierto los testigos presentados.

Resultando que celebrada vista pública á instancia de las partes, reprodujeron en ella las peticiones que tenfan hechas por escrito.

Resultando que en la substanciación de este juicio se han guardado las reglas del procedimiento.

Considerando que la acción ejercitada por el demandante al reclamar la nulidad de la constitución del Consejo de familia de la menor N . . . se funda en un motivo legítimo, porque el Juzgado municipal ha de atenerse, al proceder á la formación de dicha entidad, á lo expresamente prevenido en el artículo 294 del Código civil, que establece la preferencia de derecho á favor de los parientes más próximos; siendo por tanto deber del Juez que los convoca inquirir por todos los medios que su autoridad le facilita, cuales son las personas en quienes concurre esa cualidad, sin que la falta de disposiciones procesales que regulen la forma en que ha de hacerse tal investigación, sea razón bastante para prescindir de ella y atender tan solo al dicho del que promueve el expediente, quien por interés, malicia ó ignorancia, puede suministrar datos equivocados.

Considerando que el referido Consejo de familia se halla mal constituido, puesto que del mismo forman parte parientes más remotos de la menor que los designados por el demandante, sin que justifique la exclusión de estos el que no residan dentro del radio de treinta kilómetros del Juzgado, pues tal circunstancia la consigna la ley tan solo como motivo de excusa que puede ó no utilizar la persona en quien concurre, siendo deber del Juez citarla en forma para que use de ese derecho, si le conviniere, ó en otro caso concurra al acto y se posesione de su cargo.

Considerando que el haber prescindido también de P . . . , tio carnal de la menor por línea paterna, al formar

el Consejo, no se justifica en modo alguno porque después hubiera de recaer en él el nombramiento de tutor dativo, puesto que no podía presumirse esa designación antes de estar formado el Consejo que le nombró, revelando dicha exclusión la existencia de un acuerdo previo ilegalmente tomado por quienes aún no tenían derecho á hacerlo para evitar después el proveer la vacante que pudiera resultar de tal nombramiento.

Considerando que á los Tribunales corresponde subsanar la nulidad que resulta de la inobservancia de las disposiciones del Código civil en la formación de los Consejos de familia, reparando los errores cometidos.

Considerando que si bien es procedente por tal motivo anular el constituido por el Juzgado municipal de ... á que se refiere este juicio y reconocer el derecho preferente que tiene el demandante, su hijo T .. y P .. para formar parte de dicho Consejo sobre los actuales miembros del mismo J .. L .. y S .., esta preferencia debe quedar subordinada á la que puedan tener otras personas que aparecieren con parentesco más próximo, por lo que, para evitar nuevas reclamaciones debe ordenarse la reconstitución, previniendo al Juez Municipal que al hacerlo se cerciore de que los designados son los parientes más inmediatos, valiéndose para ello de los medios procesales que estime más adecuados á tal efecto.

Vistas las disposiciones legales antes citadas y demás de aplicación.

FALLO: Que debo declarar y declaro nula la constitución del Consejo de familia de la menor N ... formado por el Juez municipal de ... en ... (fecha), dejando sin efecto todos los acuerdos tomados por dicho Consejo; á cuya reconstitución deberá procederse convocando á los cinco parientes que de las investigaciones que se practiquen resulten ser los de grado más próximo, y excluyendo de dicha convocatoria á J .. L .. y S .. que deberán

cesar, desde luego, en el cargo de vocales de dicho Consejo que actualmente desempeñan, sustituyéndoles en su día con el demandante A . . . , su hijo T . . . y P . . . , tío carnal de dicha menor, por parte de padre, si no se presentaren otras personas de parentesco más cercano. Y para el cumplimiento de lo que en este fallo se dispone, tan luego sea firme, librese el oportuno mandamiento al prenombrado Juez municipal.

Así por esta mi sentencia etc.

PROTOCOLIZACIÓN DE TESTAMENTOS

Auto ordenando la protocolización de un testamento ológrafo.

En . . . á . . . de . . . de 190 . . . El Sr. D . . . , Juez de primera instancia de este partido. Visto el presente expediente; y

Resultando que en . . . (fecha) se presentó ante este Juzgado por M . . . un escrito al que acompañaba el testamento ológrafo otorgado por su hermano P . . . y el certificado de defunción del mismo acaecida en . . . (lugar y fecha); en cuyo escrito se solicitaba la tramitación de las correspondientes actuaciones para elevar á escritura pública la última voluntad consignada en dicho testamento ológrafo, exponiendo como antecedentes necesarios á tal efecto, que el finado, en la fecha en que ordenó su disposición testamentaria, era mayor de edad, vecino de . . . , soltero, sin descendencia natural; é indicando que los únicos interesados en la herencia, que por disposición de la ley tenían derecho á intervenir en las diligencias que pro-

movía, eran, además del compareciente, sus hermanos B . . y C . . , ambos mayores de edad y residentes en esta población, y el Ministerio fiscal en representación de su otro hermano menor de edad J . . , que hasta la fecha del fallecimiento del causante había estado bajo su tutela. Cuyos hechos exponía para solicitar, fundado en los artículos 691 al 693 del Código civil, que previa la comprobación de la identidad del testamento presentado, por medio de testigos, que podían serlo H . . F . . y E . . , en quienes concurren todas las circunstancias legales necesarias de idoneidad é imparcialidad, se acordara la protocolización del referido documento, con las diligencias que se practicasen, en los registros de la Notaría correspondiente.

Resultando que admitido dicho escrito fueron rubricadas por el actuario todas las hojas del testamento presentado, que está abierto, extendido en dos pliegos de papel sellado clase undécima, del año 1899, y firmado y rubricado con el nombre y apellidos correspondientes al finado de cuya sucesión se trata.

Resultando que acordada la práctica de la información testifical ofrecida, se citó á los antedichos interesados y al Ministerio fiscal en representación del menor, concurriendo todos ellos al acto, que se llevó á efecto prestando declaración por separado los tres testigos designados H . . F . . y E . . , quienes después de afirmar que no les comprende ninguna tacha legal y que conocían perfectamente la letra y firma del testador, examinaron detenidamente el testamento ológrafo de referencia, asegurando no abrigan duda racional de que dicho testamento se hallaba escrito y firmado de mano propia del P . . . , cuya firma y carácter de letra les eran muy conocidos por las relaciones de amistad que con él les unían.

Resultando que á pesar de que ninguno de los interesados presentes á la expresada información hizo observaciones sobre la autenticidad del testamento examinado, el

que provee, por considerarlo conveniente para la perfecta identificación de dicha disposición testamentaria, acordó el cotejo de su letra con la de otros documentos indubitados, nombrando peritos revisores á D. ... y D. ..., quienes llevaron á efecto dicha diligencia, constituyéndose en unión del Juzgado y de las partes en la Notaría de D. ..., cuyos protocolos contienen firmas auténticas del testador, emitiendo después dictamen, en el cual, por las razones de ciencia que consignan, establecieron como conclusión definitiva, que á su juicio las letras cotejadas eran iguales y estaban hechas por la misma mano.

Considerando que el documento presentado por M ... con el escrito origen de este expediente reúne todos los requisitos legales para ser reputado como testamento ológrafo válido, puesto que se halla extendido en el papel sellado correspondiente á la fecha de su otorgamiento, expresa el día, mes y año en que se otorgó, y está escrito todo él y firmado de mano del testador, según han aseverado con razones de ciencia tres testigos idóneos, confirmando su dicho el examen pericial.

Considerando que solicitada la protocolización de dicho testamento dentro del término que la ley establece para ello y habiéndose llevado á efecto todas las diligencias en la misma ordenadas, debe accederse á tal solicitud.

Vistos los artículos 688 al 693 del Código civil.

S. S. por ante mí el Escribano, *dijo*: Que debía ordenar y ordena la protocolización de este expediente y del testamento ológrafo otorgado por P ... en ... (lugar y fecha), obrante á folios ... de estas actuaciones, en la Notaría correspondiente; á cuyo efecto se oficiará al Delegado de este Distrito Notarial para que manifieste el Notario que se halla en turno de los residentes en esta población, al cual se entregaran por el actuario las diligencias originales á fin de que realice dicha protocolización.

Así lo proveyó etc.

Auto ordenando la protocolización de un testamento abierto hecho de palabra sin intervención de Notario.

Resultando que ocurrida la defunción de B ... en ... (lugar y fecha) acudió ante este Juzgado su ... (heredero, legatario, albacea, etc.) M ... mediante escrito en el que expresaba, que el referido causante, pocas horas antes de fallecer y estando en peligro inminente de muerte, pero en la plenitud de sus facultades, había otorgado de palabra su última disposición testamentaria, ante los cinco testigos idóneos para serlo de dicho acto C .. H .. F .. G .. y S ... quienes oyeron simultáneamente lo por aquel ordenado, que no pudo reducirse á escrito por imposibilidad material; en vista de cuyos hechos y de acuerdo con lo estatuido en los artículos 702 y 703 del Código civil y en el título VI del libro III de la Ley de procedimientos, solicitó la instrucción del oportuno expediente para elevar á escritura pública dicha última voluntad, á cuyo efecto procedía se ordenara la comparecencia de los expresados testigos á la presencia judicial, para que después de ser examinados sobre la certeza de los extremos que antes se consignan, manifestasen cual fué la última voluntad otorgada ante ellos por el B ..., declarando testamento lo que de dicha información resultare acreditado por el testimonio unánime de los que habían de prestarle.

Resultando que acreditada por el solicitante con los documentos necesarios su cualidad de parte legítima y la defunción del testador, se acordó tener por deducida en tiempo la pretensión y que comparecieran los testigos designados, á quienes se citó para un mismo día, concurrendo todos ellos y examinándoseles en la forma que previene el artículo 1949 de la nombrada Ley procesal, á presencia del actuario que dió fé de conocerlos.

Resultando que los referidos testigos en sus declaraciones, después de expresar sus circunstancias personales de las que se deduce su capacidad anterior y actual, afirmaron en idénticos términos que en el día . . . , á presencia de todos ellos, en un solo acto que no fué interrumpido, B . . . , que á juicio de los mismos tenía capacidad para testar y propósito serio y deliberado de hacerlo, les manifestó de palabra ser su voluntad . . . (consígnese). Cuyas manifestaciones no fué posible hacer constar por escrito en aquellos momentos por la gravedad del enfermo.

Considerando que cumplidos en este expediente todos los requisitos exigidos para elevar á escritura pública un testamento hecho de palabra sin intervención de Notario; demostrado en él que los testigos examinados eran capaces por razón de edad, vecindad y demás circunstancias y justificado con su testimonio que en dicho acto se cumplieron todas las formalidades exigidas por la Ley civil para el otorgamiento, procede su elevación á escritura pública, declarando á tal efecto testamento válido y eficaz las disposiciones que de lo manifestado por los testigos resulta hizo el B . . . á su presencia en el día que expresan.

El Sr. D . . . , Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el Escribano, *dijo*: Se declara testamento del difunto B . . . lo que resulta de las declaraciones de los testigos examinados C . . H . . F . . G . . y S . . que aparecen en un todo conformes, entendiéndose tal declaración sin perjuicio de tercero; y protocolícese este expediente original en la Notaría á que corresponda en turno, á cuyo efecto, conocido que sea el Notario que deba protocolizarlo, se le entregará.

Así lo proveyó etc.

ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE HERENCIA

Auto señalando un término al heredero para que acepte ó repudie la herencia.

Resultando que en ... (fecha), A ... recurrió á este Juzgado manifestando por escrito, que haciendo ya más de seis meses que se hallaba vacante la herencia de B ... sin que por el heredero voluntario N ... instituido en su testamento se hubiera realizado acto alguno expreso ni tácito de aceptación de herencia; é interesando al derecho del recurrente que se acepte ó repudie para poder hacer efectivo el legado con que le favoreció dicho causante, por no haber éste designado en su última voluntad albaceas de quienes poderlo reclamar, hacía uso de la facultad que le conceden los artículos 1004 y 1005 del Código civil, con arreglo á los cuales solicitaba se requiriese al referido heredero para que dentro del plazo, que sin exceder de treinta días fijara prudencialmente el Juzgado, manifestase si aceptaba ó repudiaba la herencia, apercibiéndole de tenerla por aceptada pura y simplemente si deja transcurrir el expresado término sin hacer ninguna declaración en contrario.

Resultando que al supradicho escrito se acompañaron la certificación de la defunción de B ... y una primera copia del testamento que otorgó en ... ante el Notario D ..., de cuyo documento aparece hecha la institución de heredero á favor de N ..., legándose en otra de sus cláusulas al solicitante la cantidad de cinco mil pesetas en metálico.

Considerando que la petición formulada por A ... se

ajusta á las prescripciones legales que invoca para fundamentarla, puesto que se ha hecho después de haber transcurrido más de nueve días de la muerte de la persona de cuya sucesión se trata y por quien tiene personalidad para hacerlo, que ha acreditado en forma con el testamento de aquélla en que se le favorece con un legado; por cuyo motivo procede acceder á lo solicitado.

El Sr. D . . . , Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el Escribano, *dijo*: Requírase á N . . . instituido por B . . . en su testamento para que dentro del término de treinta días manifieste si acepta ó repudia la herencia, apercibiéndole de que si no lo hace se tendrá por aceptada.

Así lo proveyó y firma S. S. en . . . (lugar y fecha), doy fé—

OFRECIMIENTO DE PAGO Y CONSIGNACIÓN

Auto declarando bien hecha una consignación y ordenando cancelar hipotecas inscritas en el Registro de la propiedad.

Resultando que por escritura pública otorgada en . . . ante el Notario D . . . , una de cuyas primeras copias obra como cabeza de este expediente, A . . . recibió en préstamo mútuo de B . . . la cantidad de veinticinco mil pesetas en dinero efectivo, obligándose á devolverle dicha suma y los intereses pactados del seis por ciento al término de un año, é hipotecando en garantía del cumplimiento de tal obligación la finca . . . (describase); cuyo gravamen y otro subsidiariamente establecido por cantidad de dos

mil pesetas para atender en su caso al pago de gastos y costas judiciales, fueron inscritos en el Registro de la propiedad de este partido al tomo ... libro ... etc.

Resultando que vencida dicha obligación, el deudor, el mismo día en que finaba el plazo, se constituyó en el domicilio del acreedor para verificar el pago, y en vista de la negativa de éste á recibirle requirió al Notario D ..., que en acta por él autorizada hizo constar el expresado hecho.

Resultando que en ... (fecha) el nombrado deudor A ... presentó en este Juzgado un escrito acompañado de los documentos públicos de que antes se hace mérito, en el que relacionaba la clase y condiciones de la obligación contraída, fecha en que se contrajo, nombre y circunstancias personales del acreedor y el hecho de haberse negado éste á recibir en pago las veintiseis mil quinientas pesetas que ante el Notario intentó entregarle como importe de capital é intereses del préstamo; cuya suma consignó en la mesa del Juzgado solicitando se tuviera por bien hecha la consignación y se cancelase la hipoteca constituida á la seguridad de dicho préstamo, que con la devolución de aquella cantidad quedaba extinguido.

Resultando que admitida provisionalmente la consignación se depositaron las veintiseis mil quinientas pesetas en la sucursal de la Caja General de Depósitos de ... y se notificó al acreedor requiriéndole para que manifestara dentro del término de nueve días si aceptaba ó nó dicha consignación y compareciese á oponerse á la aprobación definitiva, si lo estimaba procedente; término que transcurrió sin que el requerido pareciera en autos.

Considerando que en la consignación á que se refiere este expediente se han cumplido todos los requisitos de forma establecidos por el Código civil y que estando hecha para liberarse de una deuda cuyo pago se negó á recibir sin motivo alguno el acreedor, no obstante quedar

con él totalmente cumplida la obligación principal y la accesoria de abono de intereses, y haberse realizado el ofrecimiento en tiempo oportuno, debe reputarse eficaz para declarar extinguidas dichas obligaciones y cancelar la hipoteca que las garantiza.

Considerando que los gastos ocasionados en la consignación se han causado por haberse opuesto el acreedor á recibir el pago sin motivo justificado, en razón á lo cual deben ser de su cuenta.

El Sr. D . . . , Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el Escribano, *dijo*: Se declara bien hecha la consignación de veintiseis mil quinientas pesetas que en este Juzgado entregó A . . . , y en su consecuencia, extinguido el contrato de préstamo mútuo en que contrajo la obligación de devolverlas y la hipoteca impuesta sobre la finca de dicho deudor descrita en este auto. Para la cancelación del referido gravamen, librese el oportuno mandamiento al Registrador de la propiedad de este partido. Póngase esta resolución en conocimiento del acreedor haciéndole saber que la suma consignada se depositó en el establecimiento público antes nombrado. Y se declaran de cuenta del mismo todos los gastos ocasionados en la consignación.

Así lo proveyó y firma S. S. en . . . (lugar y fecha),
doy fe.=

NOTE NECESARIA

Auto regulando su cuantía

En . . . á . . . de . . . de 190 ..

Resultando que M . . . y su esposa L . . . acudieron á este Juzgado por medio de escrito firmado por ambos, en

el que, después de manifestar habían contraído recientemente matrimonio, previo consentimiento paterno, que la L . . . carecía de toda clase de bienes propios y que su padre S . . . , á pesar de los repetidos ruegos que se le han dirigido se niega á entregarle su dote, no obstante poseer bienes en parte heredados y en parte adquiridos durante el matrimonio, cuyo valor excede de ciento cincuenta mil pesetas; solicitaron se ordenara al expresado S . . . les entregase la dote que está en la obligación de dar á su hija L . . . , fijando el Juzgado previamente su cuantía; á cuyo efecto debería oír á los padres de la interesada y á sus parientes más próximos que lo son sus tíos paterno y materno respectivamente E . . y J . . , residentes en esta población.

Resultando que tramitado el expediente que en virtud de dicho escrito se incoó, comparecieron en él los padres de L . . . manifestando que ni se negaban ni se habían negado á entregar á su hija la dote que reclama, siendo el único motivo de no haberla ya constituido la exigencia de su hijo político de que se le entreguen bienes por valor de cincuenta mil pesetas en que caprichosamente calcula la mitad de la legítima rigurosa presunta de su cónyuge como hija única, atribuyéndoles un patrimonio de ciento cincuenta mil pesetas, cuando en realidad tan solo consiste en treinta mil que tienen invertidas en valores públicos; con cuya renta y el trabajo personal del S . . , empleado en una casa de comercio, atienden á sus necesidades; por lo que debe fijarse dicha dote en diez mil pesetas.

Resultando que recibida declaración á los citados parientes afirmó el primero que por el conocimiento que tiene de los negocios á que se dedica su hermano y de las ganancias que en ellos ha obtenido, cree que su fortuna no debe exceder de sesenta mil pesetas; y manifestó el último que por los cuantiosos gastos que hace su hermano político, el lujo con que sostiene su casa y las compras de

efectos públicos que tiene noticia ha hecho, cree que su actual patrimonio ascenderá á unas noventa mil pesetas.

Considerando que la regulación de la cuantía de la dote obligatoria ha de hacerse sin más investigación que las manifestaciones de los padres dotantes y la de los dos parientes más próximos de la hija, requisitos que se han cumplido en el presente caso, resultando discordes y opuestas las referencias hechas por los informantes, en virtud de lo cual, el Juzgado debe hacer la tasa de la dote á su prudente arbitrio.

Considerando que el promedio resultante de las cantidades asignadas como fortuna personal de los dotantes por estos y por sus parientes, es el de sesenta mil pesetas; por lo que siendo única legitimaria la que ha de ser dotada corresponde á la mitad de su legítima rigurosa presunta la cantidad de veinte mil pesetas.

Vistos los artículos 1340 y 1341 del Código civil.

El Sr. D . . . , Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el Actuario *dijo*: Se fija en veinte mil pesetas la cuantía de la dote obligatoria correspondiente á L . . . , cuya suma deberá ser entregada á su marido M . . . en tal concepto por el padre de aquella, mediante el otorgamiento de la oportuna escritura pública y con sugestión á las disposiciones que regulan la constitución y garantía de la dote en el Código civil.

Así lo proveyó etc.

SEPARACIÓN DE BIENES DE LOS CÓNYUGES
Y SU ADMINISTRACIÓN POR LA MUJER
DURANTE EL MATRIMONIO

Auto otorgando licencia judicial á la mujer administradora de los bienes del matrimonio para enagenar inmuebles.

En ... á ... de ... de 190 ..

Resultando que N ..., mayor de edad, casada, vecina de ... y administradora de los bienes de la sociedad conyugal por ausencia legal de su marido, compareció con tal carácter ante este Juzgado pidiendo la oportuna autorización para enagenar la finca ... (describase), adquirida como ganancial durante el matrimonio por su cónyuge M ... é inscrita á nombre del mismo en el Registro de la propiedad: cuya solicitud fundó en la necesidad de atender con el producto de su venta á la reparación de una casa, propia también del matrimonio, sita en ..., la cual, por su ruinoso estado, no da actualmente renta alguna, pero que reparada convenientemente podría producir buenos alquileres; en que dicha enagenación era de gran utilidad y conveniencia por estar concertada en diez mil pesetas, precio que excede al valor que tiene asignado en el título de su adquisición y en el amillaramiento; y por último, en que los demás bienes pertenecientes al patrimonio familiar, son todos ellos de difícil venta. Después de cuyas consideraciones y para justificar cumplidamente los hechos en que funda su petición, ofreció información sumaria de testigos á tenor del interrogatorio que consignó, acompañando además con dicho escrito, los títulos de propiedad de la finca que pretende vender, de los que aparece fué

adquirida por precio de siete mil pesetas; certificación con referencia á su amillaramiento que le asigna una renta líquida imponible de doscientas cincuenta pesetas; un informe del arquitecto municipal D. . . . exponiendo el estado ruinoso en que se encuentra la casa antes indicada y la necesidad de que cuanto antes se proceda á su reparación, estimando en diez mil pesetas la cantidad necesaria para las obras; un testimonio del auto firme en que se declaró la ausencia legal del marido de la recurrente y otro del en que se la nombró administradora de los bienes del matrimonio.

Resultando que admitido dicho escrito con los expresados documentos y recibida la información testifical ofrecida con citación del Ministerio público han declarado tres testigos conocidos del actuario y sin excepción para serlo, aseverando todos ellos que si la casa que posee M . . . se restaurara convenientemente podría producir una buena renta que actualmente no da por no hallarse en condiciones de ser habitada á causa de su ruinoso estado; que como la reparación exige obras de alguna importancia le será imposible á N . . . atender á los gastos que ocasione con las rentas que posee y administra, las cuales necesita para su subsistencia y la de sus hijos; que teniendo en cuenta el valor real de la finca que pretende enagenar, es ventajoso el precio de diez mil pesetas que por ella ofrecen; y finalmente, que las fincas de su propiedad son de muy difícil venta.

Resultando que comunicado el expediente al Ministerio fiscal evacuó el traslado emitiendo su parecer de que se conceda á N . . . la autorización que solicita en atención á que se ha justificado suficientemente la necesidad y utilidad de la pretendida venta.

Considerando que los motivos alegados por N . . . para reclamar licencia judicial que la permita enagenar una finca de la sociedad conyugal cuya administración desempeña,

son legítimos todos ellos, habiéndose demostrado su certeza por los medios probatorios conducentes, que apreciados en su conjunto producen el convencimiento de la utilidad de dicha enagenación y de la necesidad de las obras en que ha de invertirse el precio que se obtenga.

Considerando que en los casos en que á la mujer corresponde la administración de los bienes del matrimonio, como acontece en el presente por estar declarada la ausencia legal del marido, á ella, como gestora de dicha sociedad corresponde realizar los actos jurídicos necesarios para atender al cuidado de dichos bienes, sin más limitación que la de conseguir licencia judicial si ha de enagenar inmuebles ó valores públicos; por cuya razón, habiendo solicitado parte legítima la que se pide en este expediente, debe concederse sin restricciones de ninguna clase, con tanto más motivo cuanto que los intereses del ausente quedan debidamente asegurados desde el momento en que ha de invertirse el producto de la venta en mejoras necesarias de otro inmueble que tiene la cualidad de ganancial.

Vistos los artículos 59, 1441 y 1444 del Código civil.

El Sr. D. . . ., Juez de primera instancia de este partido, por ante mí el Escribano, *dijo*; Se concede licencia á N . . . para que, como representante legal de la sociedad conyugal por ausencia de su marido, oficialmente declarada, venda por precio de diez mil pesetas la finca que se describe en el primer resultando de este auto y que está inscrita á nombre de su cónyuge en el Registro de la propiedad; cuyo precio deberá invertir en las obras necesarias para la reparación de la casa propia también de dicho matrimonio sita en . . . Y líbrese para la interesada el testimonio ó testimonios que solicitare del presente auto.

Así lo proveyó etc.

RETRACTO LEGAL.

Sentencia declarando haber lugar al retracto á favor de un propietario colindante.

En ... á ... de ... de 190 .. El Sr. D. ... , Juez de primera instancia de este partido. Vistos los presentes autos sobre retracto, en que son partes, como demandante S ... y como demandado P ... (sus filiaciones); representados y dirigidos respectivamente por los procuradores J .. y B .. y letrados F.. y H .. ; y

Resultando que el procurador J .. en la representación que ostenta promovió en este Juzgado juicio de retracto interponiendo la oportuna demanda en la que consignaba como hechos: que su poderdante es dueño de un trozo de tierra huerta sito en ... (describáse detalladamente); que el demandado P .., mediante escritura autorizada en ... (fecha) por el Notario D. ... había comprado á Q ... por precio de dos mil pesetas otra finca rústica colindante con la anteriormente expresada (se describirá consignando la cabida que ha de ser menor de una hectárea); y que la referida transmisión ha sido inscrita en el Registro de la propiedad de este partido con fecha ...; alegando como fundamentos de derecho las consideraciones que estimó oportuno deducir relacionando los hechos expuestos con los artículos 1521, 1523 y 1524 del Código civil, 63, 1621 y 1622 de la Ley de Enjuiciamiento civil para terminar con la súplica de que se tuviese por intentado el retracto, por consignado el precio de las dos mil pesetas que acompañaba, por hecha la promesa de pagar al demandado los gastos que según la ley deben serle

reintegrados y por entablada la demanda, que después de cursada previa celebración del acto conciliatorio y recibimiento á prueba del pleito, si no existía conformidad en los hechos, debía motivar la sentencia definitiva declarando haber lugar al retracto de la finca objeto del mismo y mandando que el P . . . otorgue á favor del demandante la oportuna escritura de venta, con apercibimiento de autorizarla el Juez si aquel no lo hiciere, y con expresa condena de costas al mismo, caso de que se oponga á la demanda.

Resultando que al expresado escrito se acompañó por el procurador presentante el título de propiedad de la finca que pertenece á su representado y una certificación de la inscripción hecha á favor del demandado de la finca que aquél intenta retraer; consignando además en la mesa del Juzgado las dos mil pesetas que importaba el precio, cuya suma fué depositada en la sucursal del Banco de España en . . .

Resultando que celebrado sin avenencia el acto de conciliación y aportada á autos certificación en que así constaba, se confirió traslado de la demanda al P . . . , cuya representación compareció en tiempo solicitando se le absolviera de ella con imposición de costas al actor; en apoyo de cuya petición expuso: que su autorizante posee como dueño otra finca rústica limítrofe con la que se intenta retraer aunque de mayor cabida que la del demandante; que no había consignado oportunamente el importe de los gastos ocasionados con el otorgamiento de escritura y demás pagos legítimos que ascendían á . . . pesetas, y de las mejoras necesarias y útiles verificadas en dicho inmueble importantes otras . . . pesetas, ni constituido fianza para responder de su pago; y que no se había realizado ninguna gestión requiriéndole extrajudicialmente para que se allanara á subrogar al demandante en su derecho, como comprador de la finca; por cuyo motivo, en el supuesto

de asistirle la acción que ejercita, sería de todo punto impropcedente se le condenara en costas. Hechos que fundamentó invocando como doctrina legal aplicable el artículo 1523 del Código civil, que lógica y gramaticalmente interpretado, solo concede acción para ejercitar el retracto á los propietarios de tierras colindantes, cuando la venta haya sido hecha á quien no goza de tal condición, pero no cuando concurre en el comprador; el 1518 del mismo Código, que exige, para poder hacer uso del retracto, el reembolso al comprador del precio de la venta, de los gastos del contrato y de los necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, cuya disposición, relacionada con la Ley de Enjuiciamiento civil, demuestra la necesidad de consignar previamente el importe de dichos gastos ó de afianzar su pago, puesto que se hallan en el mismo caso que el precio; y los principios generales de derecho de que nadie debe sufrir las consecuencias gravosas de los actos de otro cuando por su parte emplea la suficiente diligencia para evitarlo y que está sugeto al pago de las costas de un litigio el que caprichosamente y sin razón derecha lo provoca.

Resultando que con dicha contestación á la demanda se presentó una escritura otorgada por Z.. á favor del demandado, mediante la que éste adquirió é inscribió en el Registro otra finca comprensiva de ... áreas y lindante por Norte con la que es objeto del retracto.

Resultando que recibido el juicio á prueba á instancia de ambas partes, se practicó toda la propuesta, prestando los dos litigantes confesión judicial, cotejándose los documentos que aportaron al juicio, y declarando varios testigos acerca de la existencia de mejoras hechas por el demandado en la finca que se le reclama.

Resultando que transcurrido el término de prueba y unida ésta á los autos se mandó traerlos á la vista para

sentencia; y que en su tramitación se han observado las prescripciones establecidas para esta clase de juicios en la Ley de procedimientos.

Considerando que según lo dispuesto en el artículo 1523 del Código civil, tendrán el derecho de retracto cuando se trate de finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea, los propietarios de las tierras colindantes que no estén separadas de ella por arroyos, acequias, barrancos ó caminos; en virtud de cuya disposición legal, concurriendo estas circunstancias en las fincas propias del demandante y del demandado, hay que determinar la preferencia de derecho entre ellos atendiendo á la medida superficial de sus respectivos inmuebles, y otorgarla al actor, á quien pertenece el de menor cabida, sin que pueda admitirse la excepción alegada de que en el caso de ser asurcano también el comprador no procede el retracto, pues ni la letra de la ley autorizan tal interpretación de sus preceptos relativos á esta materia que son aplicables a toda clase de ventas, sea quien fuere el adquirente, ni de su espíritu se deduce la limitación invocada por el demandado, si no antes al contrario, el mejor derecho del dueño de la parcela más pequeña, que en este caso lo es el demandante.

Considerando que tampoco se justifica la improcedencia del retracto porque no se haya consignado el importe de los gastos realizados por el comprador, tanto con motivo del contrato como por las mejoras necesarias y útiles hechas en la finca; pues aparte de que no es posible hacer la consignación de cantidades desconocidas y que solo pueden averiguarse y liquidarse después de promovida la contienda, no existe, ni en la Ley substantiva ni en la procesal, precepto alguno que á ello obligue, siendo el único deber del retrayente reembolsar esas cantidades después de justificada debidamente su inversión, y bastante para que el juicio se siga y termine, la promesa solemne contenida en

el escrito de demanda de reintegrarlas al otorgarse la escritura.

Considerando que justificado por el actor su cualidad de propietario de finca colindante y habiendo cumplido con los requisitos que establece la Ley procesal y el Código civil, puesto que interpuso la demanda dentro del término de nueve días contados desde la fecha de la inscripción, consignó el precio de la venta y ofreció el pago de los gastos legítimos hechos por el comprador, procede hacer la declaración solicitada en la demanda, dando lugar al retracto con los demás pronunciamientos consiguientes.

Considerando que la oposición infundada y temeraria del demandado le hace responsable del pago de las costas, que procede imponerle por tal motivo, sin que el no haber sido requerido previa y extrajudicialmente por el actor para que le otorgase la escritura de venta aminore su responsabilidad en este concepto, puesto que para evitarla pudo allanarse á la demanda, ya en el acto conciliatorio ya en el trámite de contestación.

Vistas las disposiciones legales ya citadas, las demás con ellas concordantes y la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Diciembre de 1897.

FALLO: Que declarando como declaro haber lugar al retracto promovido por S . . . en este juicio, debo condenar y condeno á P . . . á que tan luego sea firme esta resolución otorgue á favor de aquel la oportuna escritura de venta de la finca que compró á Q . . . debiendo preceder á dicho otorgamiento el pago por el retrayente de los gastos del contrato de la primitiva adquisición y de los necesarios y útiles hechos en el expresado inmueble por su comprador, cuya liquidación y justificación, si no hubiere acuerdo, se practicará en las diligencias de ejecución de este fallo. Retfrense de la sucursal del Banco de España, donde se hallan depositadas, las dos mil pesetas consignadas como precio de dicha venta y entréguense al intere-

sado P . . . que ha de percibir las, en el acto del otorgamiento de la escritura; comisionándose para todo ello al actuario que interviene en estos autos.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando y con expresa condenación de costas al demandado, lo pronuncio etc.

ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS Y ACCIDENTES
DEL TRABAJO

Sentencia condenando á un patrono al pago de indemnización por incapacidad permanente y parcial de un obrero, sobrevenida á consecuencia de accidentes del trabajo.

En . . . á . . . de . . . de . . . El Sr. D. . . ., Juez de primera instancia de este partido. Vistos los presentes autos de juicio verbal seguido sobre pago de indemnización por inutilidad de un obrero, en que son partes, como demandante N . . ., mayor de edad, jornalero, de este domicilio; y como demandados J . . . (su filiación) destajista de obras públicas, y la sociedad mercantil regular colectiva que gira bajo la razón social . . . y tiene su domicilio en . . ., dedicada á la construcción de ferrocarriles y otras obras públicas.

Resultando que en los trabajos que se realizan en el término municipal de esta población para la construcción de uno de los túneles de la vía férrea de . . . á . . ., la vagoneta destinada á extraer los escombros alcanzó al obrero N . . . cogiéndole la mano derecha en la que le produjo una

lesión que tardó en curar desde . . . , fecha en que ocurrió el accidente, hasta . . . , habiendo sido necesario amputarle el dedo medio de dicha mano y quedado torpes los movimientos de los demás dedos de ella.

Resultando que por el referido obrero se presentaron ante este Juzgado papeletas para la celebración de un juicio verbal, en las que solicitaba se citase para dicho acto á J . . . y L . . . , este último en representación de la sociedad mercantil antes nombrada, de la que es gerente, de quienes reclamaba el pago de 1975 pesetas en concepto de indemnización por la incapacidad permanente y absoluta para la clase de trabajos á que venía dedicándose.

Resultando que citadas las partes y celebrada la comparecencia, el letrado que acompañaba al demandante reprodujo la demanda, exponiendo los hechos antes relacionados y el de que su defendido trabajaba en las obras ganando un jornal diario de tres pesetas, en virtud del contrato de arrendamiento de servicios que había concertado con el destajista J . . . , quien á su vez era subarrendatario de la sociedad demandada, que tenía á su cargo la construcción de la vía férrea en que sobrevino el accidente á consecuencia del cual había quedado el obrero incapacitado para la profesión de porteador de tierras á que se dedicaba; pidiendo, de conformidad con lo prevenido en el número 2.º del artículo 40 de la Ley de 30 de Enero de 1900, el abono de año y medio de salario, descontados los correspondientes á los días festivos, ó sea la cantidad de 1350 pesetas, y el de la mitad más de esta indemnización por incumplimiento de las disposiciones de la Ley, según preceptúa el artículo 64 de su Reglamento, por no haberse dado parte á la Autoridad administrativa del accidente de que se trata; de cuyos pagos debía declararse responsables, en primer término al demandado J . . . y subsidiariamente á la sociedad constructora del ferrocarril; todo ello con imposición de las costas del juicio á dichos demandados.

Resultando que la dirección de estos al contestar á la demanda en dicho acto, alegó la excepción de *plus petición* reconociendo la certeza del hecho que determinó el accidente y las lesiones, pero negando que la incapacidad resultante fuera absoluta y permanente para ejercer el oficio del obrero demandante, quien solo había quedado inútil parcialmente, estando comprendido el caso en el número 3.º del artículo 4.º de la citada Ley y no en el 2.º; por lo que debía absolvérseles de la demanda en cuanto esta es excesiva y limitarse la sentencia á declarar que el patrono está obligado á destinarle con igual remuneración que tenía, á otro trabajo compatible con su estado, ó á pagarle un año de salario, según prefiera.

Resultando que recibido el juicio á prueba prestó confesión judicial el demandado J . . . afirmando ser cierto que no dió cuenta del accidente á la administración y se unieron á los autos las certificaciones presentadas por el médico del patrono D . . . que dió por curado al demandante en la fecha que antes se ha dicho, asegurando, que por la falta del dedo medio de la mano derecha y la dificultad de los movimientos en los restantes, había quedado impedido, aunque tan solo parcialmente, para su profesión habitual y otra certificación que autorizan conjuntamente los médicos D . . . y D . . . afirmando en ella, que la incapacidad del lesionado es permanente y absoluta para el trabajo de su oficio.

Resultando que practicada prueba pericial á solicitud de los demandados, fué reconocido el demandante por los médicos D . . . D . . . y D . . . , quienes emitieron dictámen sosteniendo que el defecto físico que le ha quedado á consecuencia de las lesiones, no le imposibilita totalmente para desempeñar el cometido propio de su oficio, en el que podrá continuar trabajando, si bien con alguna dificultad y lentitud.

Resultando que en la tramitación de este juicio se han guardado las formalidades legales.

Considerando que la lesión sufrida por el obrero N . . . que ha dado lugar á la incoación del presente juicio, debe ser calificada solamente de permanente y parcial, siguiendo el dictámen de cuatro de los seis peritos que han emitido su opinión acerca de ello, cuyo criterio debe ser aceptado con sugestión á las reglas de la sana crítica, no solo por que es el de la mayoría de los informantes sino porque con él están conformes los designados por la parte á quien perjudica, y porque no existe motivo alguno que le haga sospechoso de error ó de parcialidad.

Considerando que las lesiones de esa naturaleza y clase están comprendidas en el número 3.º del artículo 4.º de la Ley de accidentes del trabajo y no en el número 2.º de dicho artículo, solo aplicable á los casos de incapacidad absoluta.

Considerando que según el artículo 1.º de la citada Ley en relación con el también 1.º del Reglamento para su ejecución, deben considerarse como patronos en el presente caso, tanto al destajista que contrató directamente con el obrero como á la sociedad que tiene á su cargo la construcción del ferrocarril, aquél en el concepto de responsable principal y esta con responsabilidad subsidiaria.

Considerando que la única infracción cometida por el demandado J . . . cuya realidad se ha probado, es la de no haber dado parte del accidente á la Autoridad gubernativa, obligación que como impuesta tan solo en el artículo 8.º del Reglamento, no constituye incumplimiento de la Ley ni, por tanto, debe ser calificada con arreglo al 64 de dicho Reglamento, que por su carácter penal ha de interpretarse restrictivamente; no habiendo por ello lugar á la imposición de multa ni al aumento de una mitad más de indemnización correspondiente al obrero.

Vistos los artículos 1.º, números 2.º y 3.º del 4.º, 14 y 15 de la citada Ley de 30 de Enero de 1900 y los 1 al 5, 8, 10, 27, 49, 62 y 64 del Reglamento para su ejecución.

FALLO: Que declarando como declaro que la incapacidad del obrero N... sobrevenida á consecuencia del accidente del trabajo, de que fué víctima, es, aunque permanente, solo parcial para el oficio de porteador de tierras á que estaba dedicado, debo condenar y condeno al demandado J..., y en su defecto, como responsable subsidiaria á la sociedad..., á que á su elección, ó empleen al referido obrero con el jornal de 3 pesetas diarias en un trabajo compatible con su estado, ó le satisfagan una indemnización equivalente á un año de salario computado al mismo tipo, con deducción del de los días festivos; absolviéndoles de la demanda en cuanto no se ajuste á este acuerdo y especialmente del pago de la mitad de la indemnización por incumplimiento de la Ley.

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando, sin expresa condenación de costas etc.

Sentencia condenando á un patrono al pago de indemnización por incapacidad absoluta y permanente de un obrero.

En... á... de... de 190.. El Sr. D..., Juez de primera instancia de esta Ciudad y su partido. Visto el presente juicio verbal seguido sobre pago de indemnización por accidentes del trabajo, en el que son partes, como demandante M... y como demandado R... (sus filiaciones); y

Resultando que el día..., M... que trabajaba como operario en la cantera propiedad de R... sita en..., teniendo á su cargo el disparo de los barrenos que en ella se hacían para extraer el material, fué lesionado, al explotar uno de aquellos, produciéndole una herida contusa en la región frontal con fractura del hueso del mismo nombre, pérdida del tejido óseo y hernia de la masa cerebral, que

pudo reducirse, y otras contusiones en diferentes regiones del cráneo y cara, necesitando para su curación asistencia facultativa durante ocho meses, al término de los cuales fué exhospitalado por el médico del patrono que le asistió, consignando en la certificación de sanidad que quedaba incapacitado absoluta y permanentemente para su trabajo habitual de cantero, pero no para dedicarse á otros oficios.

Resultando que instruido el correspondiente sumario en averiguación y comprobación de los hechos, sus circunstancias y personas responsables, en su caso, puso término al proceso el auto dictado por la Audiencia Provincial de ... sobreseyendo provisionalmente.

Resultando que en ... (fecha) el referido obrero M ... dedujo la demanda origen de este juicio presentando al efecto las oportunas papeletas para la citación del patrono R ... al que reclamaba la cantidad total de cuatro mil trescientas treinta y cinco pesetas por los conceptos que expresaría en el acto del juicio.

Resultando que citadas las partes para dicho acto concurrieron ambas con sus respectivos letrados, reproduciendo su demanda el del demandante que solicitó se condenara al patrono R ... al pago de las cantidades siguientes: A) Dos mil quinientas cincuenta pesetas por el importe de seiscientos jornales ó sean dos años, descontados los días festivos, liquidados en proporción al salario diario de cuatro pesetas veinticinco céntimos; los que debía percibir en concepto de indemnización por su incapacidad permanente y absoluta para toda clase de trabajos, según el artículo 4.º apartado 2.º, caso 1.º de la Ley de 30 de Enero de 1900. B) La mitad de la cantidad anterior ó sean mil doscientas setenta y cinco pesetas en concepto de multa, con arreglo á los artículos 5.º caso 5.º de dicha Ley y 53 al 66 del Reglamento para su ejecución, por carecer las obras de los aparatos de precaución exigidos por el Catálogo aprobado por Real Orden de 2 de Agosto de 1900. Y C)

Quinientas diez pesetas importe de los medios jornales devengados desde el día siguiente al en que fué lesionado hasta el en que se le dió de alta; cuyas tres partidas arrojan un total de cuatro mil trescientas treinta y cinco pesetas.

Resultando que para fundamentar esta petición expuso como hechos, además de los determinantes del accidente, los siguientes: 1.º Que su patrocinado M . . . había sido contratado por R . . . para trabajar en su oficio de cantero con el jornal de cuatro pesetas veinticinco céntimos diarios en la cantera de que se ha hecho mención en el primer resultando, de la que era y sigue siendo propietario el demandado. 2.º Que en la referida cantera se trabajaba como si se tratara de la roturación de un campo que no ofrece ningún peligro, sin emplear ninguno de los aparatos de previsión determinados en las disposiciones legales vigentes. 3.º Que por la disconformidad del obrero con la calificación de su incapacidad hecha por el médico designado por el patrono, convino aquél con éste en que le reconocieran otros tres facultativos, que certificaron conjuntamente ser la incapacidad que padecía permanente y absoluta para toda clase de trabajo. Y 4.º Que habiéndose opuesto la sociedad en que el patrono tiene contratado el seguro colectivo de sus operarios, á pagar el correspondiente á esa declaración de incapacidad para toda clase de trabajos, aceptando tan solo la calificación que de ella hizo el médico encargado de la asistencia, se negó también dicho patrono á satisfacerle la indemnización á que tiene derecho.

Resultando que la dirección del demandado se opuso á la demanda, solicitando se le absolviera de ella; cuya súplica fundó: 1.º En que el demandante carecía de acción para dirigirla contra él, puesto que en sus obligaciones estaba subrogada, por lo que afecta á este accidente, la sociedad aseguradora . . . , legalmente autorizada, con la que tiene concertado el seguro de todos sus obreros. 2.º En

que tampoco procedía abonarle la indemnización por el concepto de incapacidad absoluta y permanente para toda clase de trabajos, porque en vista de la disconformidad que existía entre los dictámenes de los médicos designados por las partes, debió el obrero promover el oportuno expediente administrativo y recabar en él la intervención de la Academia de Medicina más inmediata; de la omisión de cuyo trámite era aquel responsable. Y 3.º En que asimismo no procedía el pago de una mitad de la indemnización en concepto de multa por falta de las medidas preventivas que exigen las disposiciones legales, toda vez que la causa de la desgracia no fué debida al descuido en la adopción de tales precauciones, sino a la mala calidad de la mecha puesta en el barreno, que no duró en su combustión el tiempo reglamentario; cuya culpa no puede imputarse al patrono que ha de adquirir forzosamente dichas mechas de la sociedad monopolizadora de los explosivos.

Resultando que recibido el juicio á prueba se presentó por el demandante la certificación facultativa á que antes se ha hecho referencia, en la que, los tres médicos que la autorizan, estiman que se han resentido sus facultades intelectuales y que se aprecia también la paresia de la extremidad superior derecha que le impide ejercer fuerza con ella; de donde concluyen ha quedado incapacitado total y perpétuamente para toda clase de trabajos.

Resultando que también á instancia del actor prestó confesión judicial el demandado, que al absolver las posiciones formuladas declaró ser cierto que el M. . . trabajaba como operario á sus órdenes, ganando el jornal que expresa en su demanda, y que en la repetida cantera no había ningún aparato ó mecanismo de los exigidos por el Catálogo oficial, tales como pantallas, blindajes, etc., los que no había adquirido por conceptuarlos innecesarios.

Resultando que á petición del demandado se aportaron al juicio los documentos siguientes: Una póliza del seguro

colectivo celebrado entre él y la sociedad anónima . . . , en cuyo documento consta que el concierto se hace por todos los obreros y aprendices del asegurador mediante la prima anual de . . . pesetas y por término de un año contado desde la fecha de la póliza, siendo su objeto los accidentes que sufran dichos obreros y aprendices; las certificaciones facultativas referentes á la asistencia y curación del lesionado que autoriza el médico D. . . ; otras certificaciones de varias solicitudes dirigidas por dicho demandado á la Autoridad gubernativa en queja de las malas condiciones de la mecha que expende la sociedad monopolizadora de explosivos; y varias cartas de la sociedad aseguradora en que manifiestan sus gerentes no estar dispuestos á abonar otra indemnización que la procedente, según la incapacidad calificada por el médico que asistió al lesionado.

Resultando que practicada también prueba pericial, los facultativos nombrados, uno por cada parte y el tercero por insaculación, dieron dictámen estimando la incapacidad perpétua y absoluta para toda clase de trabajos.

Resultando que en la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

Considerando que reconocidos por el demandado como hechos ciertos la realidad del accidente de que fué víctima el obrero y que aquel tuvo lugar con ocasión de las obras que se realizaban en la cantera de su propiedad, quedan reducidas las cuestiones jurídicas que hay que resolver en este juicio á determinar la procedencia ó improcedencia de la acción y á fijar en su caso la extensión y cuantía de las indemnizaciones que se piden.

Considerando que no es posible fundar esa falta de acción en la existencia de un contrato de seguro colectivo celebrado entre el demandado y la sociedad . . . , pues para que la subrogación de obligaciones que autoriza el artículo 12 de la Ley sobre accidentes del trabajo surta

todos sus efectos y libere al patrono de responsabilidad, es preciso, que como el mismo precepto expresa, el seguro se haga en cabeza del obrero, esto es, individual y nominalmente; condiciones que no reúne el de que se trata, mediante el cual no se ha establecido ninguna relación jurídica entre la entidad aseguradora y los obreros asegurados, sino entre aquella y el patrono, á quien se garantiza el reintegro de las indemnizaciones que legítimamente pague.

Considerando que para precisar la cuantía de la indemnización y calificarla legalmente, es preciso tener en cuenta el dictámen de la mayoría de los peritos que han reconocido al lesionado, quienes le declaran incapaz para toda clase de trabajos, siendo de notar, que como garantía de imparcialidad de estos informes existe la circunstancia de que el patrono asintió á la ampliación del reconocimiento del obrero y después ha cooperado á la prueba pericial designando uno de los facultativos que la han ejecutado.

Considerando que tampoco es motivo que impida calificar en esa forma la incapacidad, el que el obrero no acudiese á la Autoridad administrativa reclamando la intervención de la Academia de Medicina más inmediata, porque ese trámite previo no es obligatorio y necesario, sino potestativo en el lesionado, á quien le es permitido utilizarle ó nó antes de demandar al patrono, según el artículo 27 del Reglamento.

Considerando que por la confesión judicial del patrono se ha justificado plenamente la inexistencia en las obras de explotación de la cantera, de los aparatos de precaución exigidos por la ley y detallados en la Real Orden de 2 de Agosto de 1900; siendo por tanto responsable dicho patrono de las consecuencias de su descuido, y viniendo obligado, en virtud de lo que preceptúa el número 5.º del artículo 5.º de dicha ley, á aumentar en una mitad más la cuantía de la indemnización que ha de percibir el obrero,

sin que sea admisible la excusa formulada de que por la calidad de las obras eran innecesarios esos aparatos, y de que el accidente fué debido á causas independientes y extrañas á la existencia ó inexistencia de tales precauciones, pues el precepto legal es imperativo y al eludirle se incurre en la sanción que establece, exigible civilmente después de haberse sobreseído en el procedimiento criminal.

Considerando que asimismo tiene derecho el demandante á que se le abone el importe de los medios jornales devengados durante el tiempo de su curación.

Vistos los artículos 1 á 5, 7, 11, 12, 14 y 19 de la Ley de 30 de Enero de 1900 y los 1, 4, 7, 14 y 53 al 66 de su Reglamento, la Real Orden de 2 de Agosto del mismo año y las disposiciones aplicables de la Ley de Enjuiciamiento civil.

FALLO: Que debo condenar y condeno á R ... á que pague al obrero M ..., en concepto de indemnización por accidentes del trabajo, la cantidad de cuatro mil trescientas treinta y cinco pesetas, en la que se incluyen las tres partidas, que por los motivos que expresa la demanda, le han sido reclamadas; imponiéndole también el pago de todas las costas del juicio.

Así por esta mi sentencia etc.

Sentencia condenando al patrono al pago de indemnización por muerte de un obrero en accidente del trabajo.

En ... á ... de ... de 190 .. El Sr. D. ..., Juez de primera instancia de este partido. Visto el presente juicio verbal, sobre reclamación de indemnización por accidente del trabajo, en cuyo juicio son partes, como demandante R ..., viuda, mayor de edad, sin profesión determinada, vecina de ..., que litiga por sí y en representación de sus

hijos N ... y O ..., menores de edad; y como demandado S ..., casado, mayor de edad, fabricante, vecino de ... ; y

Resultando que en ... (fecha), estando el obrero J ... empleado en arrollar á una plegadora el papel que se elaboraba en una de las máquinas de la fábrica propiedad de S ..., su patrono, fué cogido por dicha máquina cuyos cilindros le causaron lesiones, á consecuencia de las cuales falleció pocas horas después.

Resultando que seguida la causa procedente para la investigación y calificación legal del hecho en su aspecto penal, se sobreseyó en ella provisionalmente.

Resultando que por la viuda del expresado obrero se acudió á la Autoridad administrativa, después de terminado dicho proceso, reclamando su mediación para conseguir el cobro de la indemnización correspondiente, sin que las gestiones practicadas por dicha Autoridad dieran resultado, por lo que puso el hecho en conocimiento del Juzgado á los efectos del artículo 49 del Reglamento para la ejecución de la Ley sobre accidentes del trabajo.

Resultando que en vista de dicho expediente y no apareciendo del mismo hecho alguno que diera motivo á la instrucción de nuevas diligencias de carácter penal, se hizo saber á la interesada para que pudiera ejercitar sus acciones en juicio civil.

Resultando que el procurador D. ... á nombre y como mandatario de dicha viuda, que le confirió el mandato en comparecencia ante el Juzgado, entabló en ... (fecha) demanda de juicio verbal contra el patrono S ..., reclamándole el pago de mil ochocientas pesetas por indemnización á aquélla y á sus hijos.

Resultando que citadas las partes para la comparecencia que previene la Ley de Enjuiciamiento civil, se celebró dicho acto, esplanando la actora su demanda basada en los hechos que ya se han relacionado é invocando como cita legal pertinente el número 1.º del artículo 5.º de la

Ley de 30 de Enero de 1900 sobre accidentes del trabajo, para solicitar se condenase al demandado al pago de la expresada suma, importe de seiscientos jornales, ó sean dos años del salario que disfrutaba la víctima á razón de tres pesetas diarias, presentando en justificación de su derecho las certificaciones de defunción del causante, de su matrimonio con la demandante y del nacimiento de sus hijos, todos ellos legítimos, y un testimonio del auto de sobreseimiento á que antes se ha hecho referencia.

Resultando que por la dirección del demandado se impugnó la demanda pidiendo que se declare prescrita la acción ejercitada, por no haberla utilizado dentro del término de un año que fija el artículo 15 de la Ley de accidentes del trabajo; y de no dar lugar á esta excepción se redujera la indemnización reclamada á mil doscientas pesetas, porque el jornal que percibía la víctima, si bien era el de tres pesetas en la temporada de verano, se reducía á dos durante el invierno, en razón al menor número de horas de ocupación; y habiendo sobrevenido el accidente en el mes de Diciembre, con arreglo á este último tipo debía liquidarse.

Resultando que propuesta prueba por las partes se practicó la de testigos, compareciendo varios obreros de la fábrica del demandado, que á las preguntas formuladas por éste contestaron reconociendo ser cierto que en los meses de Noviembre á Febrero, ambos inclusive, por el menor consumo de los productos que se elaboran, disminuyen las horas de trabajo, rebajándose proporcionalmente el jornal; y que el que percibía el finado J . . . era de dos pesetas durante dichos cuatro meses y de tres en el resto del año.

Resultando que en la tramitación de este juicio se han guardado las prescripciones legales.

Considerando que conformes los litigantes en cuanto á las causas originarias del sensible accidente que produjo la muerte á J . . . y en el hecho de que aquel aconteció con

ocasión del trabajo, solo procede resolver en cuanto á las excepciones alegadas de prescripción y plus petición.

Considerando que si bien es cierto que la reclamación administrativa y la demanda origen de este juicio las ha deducido la parte actora catorce meses después de ocurrir la muerte del obrero, no por ello puede estimarse prescrita la acción que ejercitó, puesto que el término para entablarla quedó interrumpido con la instrucción del sumario seguido por el mismo hecho, toda vez que según se deduce de los artículos 17 y 18 de la misma ley, hasta tanto que se acuerde el sobreseimiento de la causa ó la absolución del procesado en ella no tiene el interesado expedito su derecho para reclamar civilmente la indemnización de daños y perjuicios, pues la competencia, mientras el proceso se tramita, tanto en lo que respecta á la responsabilidad criminal como á la civil, está atribuída única y exclusivamente á los Jueces y Tribunales de aquel orden.

Considerando que interpretado el artículo 15 de la ley con arreglo á este criterio, único admisible en buena lógica, no puede estimarse prescrita la acción ejercitada por la demandante, pues de atenerse estrictamente á la letra de la referida disposición que fija el término de un año contado desde la fecha del accidente, resultaría el absurdo de que los interesados se verían privados de su derecho á indemnización por no poder ejercitarle en la vía civil mientras se substanciaba la causa, y por haber prescrito cuando esta terminó con un sobreseimiento provisional.

Considerando que asimismo se impone esa interpretación extensiva de dicho artículo teniendo en cuenta que el espíritu que informa la ley y el propósito que guió al legislador fué el de favorecer, siempre que sea posible y justo, las reclamaciones del obrero ó de su familia; y en razón, además, á que según el artículo 1969 del Código civil, el tiempo para la prescripción de toda clase de acción

nes civiles se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.

Considerando que tampoco es procedente admitir, como el demandado subsidiariamente alega, que el jornal regulador de la indemnización lo sea el que percibía la víctima el día de su muerte, pues la cuantía de aquella ha de fijarse, según el número 1.º del artículo 5.º de la Ley, en una suma igual al salario diario medio de dos años, cuando el obrero deja viuda é hijo; y aceptando la base de liquidación propuesta por el patrono se haría esta con arreglo al salario mínimo, infringiéndose con ello el precepto legal.

Considerando que justificado suficientemente por medio de testigos que el salario diario del finado era de tres pesetas durante ocho meses del año y de dos en los cuatro restantes, el término medio proporcional con sugestión al que debe abonarse la indemnización es el de dos pesetas sesenta y siete céntimos diarios, ó sea, por los seiscientos jornales correspondientes á los días hábiles de dos años, mil seiscientas pesetas, los que deberá percibir la viuda reclamante á nombre propio y al de sus hijos, procediendo únicamente desestimar la demanda en cuanto excede de la cantidad antes fijada la en ella pedida.

Vistas las disposiciones legales citadas y demás con ellas concordantes.

FALLO: Que debo condenar y condeno al patrono S... á que pague á la viuda R... la cantidad de mil seiscientas pesetas en concepto de indemnización por la muerte de su marido J..., ocurrida á consecuencia de un accidente del trabajo.

Así por esta mi sentencia etc.



