

---

## CAPÍTULO VII

### Régimen económico-familiar

#### Idea general

En el último tercio del año 1910 se discutieron en la prensa periódica y en la profesional las ideas expuestas, en tesis general, por D. Trinitario Ruiz y Valarino, en su notable discurso de Apertura de Tribunales. En él aparece el siguiente párrafo, muy digno de ser copiado:

«En consonancia con estos principios de ponderada igualdad, se examinan otros preceptos y se discuten extremos de importancia relativos á esta parte de la organización de la familia, para concordarlos con el criterio fundamental que, á grandes trazos, acabo de enunciar. Con arreglo á él hay que estimar que los preceptos que se refieren á la eficacia civil de los actos de la mujer casada son muy deficientes, pues, obedeciendo á esos mismos dictados de igualdad y de justicia, á la mujer debe reconocérsele, clara y explícitamente, personalidad como administradora y regente de la casa que constituye el domicilio conyugal, con todas las facultades necesarias para su régimen, según la respectiva posición de los cónyuges, aún aceptando algunas de las limitaciones establecidas, pues la aspiración más general y la solución que más adeptos cuenta es la de declarar la personalidad de la mujer en tanto con ella no se perjudique la unidad de dirección, escollo que puede sortearse sin gran dificultad contando con la ayuda que habrán de prestar la comunidad y la

solidaridad de intereses de los cónyuges, si se prescinde como es natural, de suspicacias y exagerados celos».

Estas declaraciones hechas por el ministro de Gracia y Justicia, de una manera vaga—fuerza es decirlo—respondiendo á su criterio igualitario, en el régimen económico de la familia, compatible con la gerencia atribuída por la ley al marido, han sido bastante discutidas, especialmente en «Heraldo de Madrid», por pluma muy autorizada en este linaje de estudios.

Hubiéramos querido que el Sr. Ruiz Valarino, más que señalar una orientación en el derecho civil codificado, hubiese fijado los supuestos básicos en que pudiera estribarse la reforma por él anunciada.

Debido, sin duda, á la vaguedad del anuncio de modificaciones en este respecto, el articulista de tan ilustrado periódico sienta las afirmaciones de que «la mujer casada tiene personalidad, de hecho en nuestras costumbres castellanas y la tiene de derecho, cuando quiere ser administradora (conservar el señorío, que decían las Partidas) de sus bienes de carácter parafernals».

No suscribimos esta valiosa opinión, como tampoco la de que «la administración á que se refiere el ministro que es facultad conservativa, apenas si halla limitaciones en la práctica de la vida conyugal».

Al decir esto, nos vemos obligados á consultar y exponer aquí las disposiciones vigentes reguladoras del derecho que tiene la mujer casada, en orden á sus bienes parafernals ó extradotales.

Claro que ejerce sobre ellos el señorío, el dominio con la facultad dispositiva aneja á éste, pero condicionada, en su ejercicio y subordinada á la licencia marital, precisamente,—como dice con gran acierto, el articulista—«por la necesidad de mantener en constante vigilancia los derechos de ella y rodearlos de garantías para que no sufran menoscabo por hechos extraños al propio interés de la misma».

Lo que negamos, en redondo, es que esa administración de los bienes parafernals sea una verdad, pues con arreglo al Código no pasa de pura superchería.

Con efecto; ¿de qué sirve y á qué conduce el art. 1.384 del Código civil, con precedentes en nuestro derecho tradicional, según el que la mujer tendrá la administración de los bienes parafernals, sino puede obligarse sin licencia de su marido, como terminantemente preceptúa el art. 61 del propio cuerpo legal? ¿Qué adminis-

tración es esa, mediante la que la mujer no puede por sí otorgar arrendamientos inscribibles en el Registro de la propiedad, referentes á dichos bienes parafernales, ni disponer del producto de sus rentas, por cuanto éstas corresponden á la sociedad conyugal y tienen el carácter de gananciales, como determina el núm. 3.º del artículo 1.401 y el 1.385 del citado Código? ¿Qué personalidad es esa de la mujer que no puede comparecer en juicio por sí ó por medio de procurador, si no obtiene licencia marital y, en su defecto, habilitación del Juez, según previene el art. 60 de aquél cuerpo legal?

Por donde resulta que esa administración tan decantada no pasa de ser vana palabrería, desde el punto y hora que se la condiciona y restringe, de tal suerte, que bien pudiera suprimirse en tributo á la verdad de los hechos.

No somos feministas, pero entendemos que importa al Legislador rodear de garantías eficaces los intereses de la mujer casada, pues siempre, por más que se la exalte en el seno de la familia, dejando de ser como en Roma, hermana de sus hijos, se encuentra bajo una subordinación propia del sexo y de la misión que le cumple satisfacer, cuidadosamente, en el hogar.

Por mas que goza del señorío de sus bienes parafernales, con facultad de disponer de ellos por actos intervivos, obteniendo la prevenida licencia marital, vemos de continuo, en la práctica,—donde se tocan las dificultades de las leyes—mujeres que contratan desprendiéndose de su patrimonio, víctimas de la violencia ó del engaño que ejercen sobre ellas sus maridos. ¿Cómo, por regla general, se ha de negar la mujer casada á enajenar todo ó parte de su patrimonio, si el marido la obliga á ello? Se dirá que puede impetrar el auxilio del Tribunal, negándose á contratar; pero esto, no es lo ordinario: la que cohibida, algunas veces, no quiere descubrir los secretos de la familia publicando quizás, las torpezas y aún los desvíos de su esposo que la lleva á la notaría, contrata mal á su pesar para devorar en silencio sus tristezas cuando no cae en las redes del infortunio.

Cuando la mujer casada gozaba, como hemos dicho, de hipoteca tácita ú oculta en los bienes de su marido por razón de las enajenaciones de sus bienes parafernales, el Legislador la tenía proveída de medios restitutorios; pero al presente, extinguidas aquellas cargas ocultas que esterilizaban el crédito territorial, la mujer no tiene ya esas garantías, cuando, contra entrega del dinero á su marido bajo

fe de Notario, deja de pedir la constitución de hipoteca legal expresa; en términos que, no mediando esto último y constando por la escritura que ella recibió el importe del contrato, no puede antepo-nerse á los otros acreedores de su esposo.

Medios protectores deben partir de la ley en interés de la mujer casada, cuando enajene sus parafernales.

En un punto coincidimos con el notable articulista de «Heraldo de Madrid»: en que todas las modificaciones que se intenten llevar al régimen jurídico de la familia, han menester de muy madura reflexión y de fatigosos estudios. ¡Cómo que la familia, unidad social y total del primer grado, es ancha base de las instituciones civiles que no cambia fácilmente, por capricho, ni á impulsos de la coacción del Estado! Este no debe apartarse de las enseñanzas provechosas de la realidad, á saber: que si no pueden atribuirse á la mujer facultades directivas, en el hogar, sino de concurrencia á la acción y gerencia de su esposo, es muy justo que el Poder público, con fórmulas meditadas y circunspectas, ampare los intereses de la que, por debilidad de su sexo y por su subordinación en la vida doméstica, puede ser obligada ó engañada en la celebración de contratos, de los cuales muchas veces se arrepiente, cuando no los maldice, sumida en la desesperación y en la desgracia.

Dice tan preclaro articulista que «las limitaciones del Código (se refiere á la administración de los bienes parafernales), nada han podido contra la costumbre tradicional, y no se le ocurre á ningún marido, en esos territorios, ampararse en la ley común para rechazar por ilícitos actos realizados por su mujer, con capacidad jurídica que le regatea el Legislador, pero que no le discuten los que establecen con ella vínculos contractuales».

Respetable es esa costumbre, que emerge á la vida jurídica, de un sentido moral caudaloso y fecundante, pero, en litigio la cuestión, aquella no puede prevalecer contra el derecho escrito, como preceptúa el art. 5.º del Código civil; de modo que son nulos, aunque confirmables los contratos otorgados por mujer casada, respecto de sus bienes parafernales sin obtener la licencia de su esposo exigida por el art. 62 del propio cuerpo legal.

Indiscutiblemente: el derecho consuetudinario es y debe ser el sustentáculo grande y poderoso del derecho escrito; pero, por fuerza, á este debemos atenernos, cuando aquél, proveyendo enseñanzas sacadas de la entraña social demanda imperiosa reforma en las leyes.

El Sr. Aldecoa, en su hermoso discurso aludido en el capítu-

lo VI, ratifica, aclara y amplía lo que el Sr. Ruiz Valarino dijo en el suyo.

El Presidente del Tribunal Supremo, partiendo del supuesto de que debe afirmarse el principio de autoridad directora del marido, reconociendo en la mujer, dentro del matrimonio, una autoridad complementaria de aquella para la educación de los hijos, para el funcionamiento de la sociedad y para la vida de esta en sus relaciones externas, dice que debiera suprimirse el art. 57 del Código civil, puesto que ninguna trascendencia jurídica tiene, en realidad.

Tan notable jurisprudencia marca en el problema esta saludable orientación, mejor, da una fórmula que exalta la condición de la mujer casada en la familia, á saber: que, en el orden interno, la autoridad de la madre debe estar al lado de la del padre en todas las relaciones domésticas y especialmente en aquéllas que se refieren á los hijos, reconociéndole una conjunta patria potestad, siquiera esté subordinada á la del padre, y en cuanto á las relaciones externas tampoco debe quedar desamparada y como en entredicho la personalidad y autoridad de la mujer, sino que debe delimitarse su capacidad para contratar por sí sobre todo aquello que no rebase los límites del hogar, ni hacer trascender en último término la nulidad de algunos actos, más allá de la esfera interna de relaciones entre marido y mujer.

A juzgar por estas palabras, el espíritu del Sr. Aldecoa, ni está tocado del misonismo, de ese horror á lo nuevo y progresivo, ni tampoco del feminismo que tiende á igualar á la mujer al hombre en las esferas social y jurídica, antes se detiene en una zona de transigencia, al par que racional, en esas dos situaciones de derecho de la mujer en sus relaciones internas y externas; dándole en el primero de estos dos aspectos, esa coautoridad en el seno de la familia, no deprimente de la de marido y con capacidad para desenvolverse libremente dentro del consorcio, porque todo esto se deriva del carácter de ciertas obligaciones naturales y superiores á todo precepto positivo, inherentes al consorcio conyugal, y reconociéndole capacidad para contratar por sí, no en absoluto, sino en todo aquello que no rebase los límites del hogar, y aún en el primero de estos casos, importa que la nulidad de los actos por causa de no haber mediado la licencia de su esposo quede circunscrita su acción á la esfera interna de las relaciones entre marido y mujer, sin que trascienda más allá de esto.

Suscribimos este profundo sentir, no sin que dejemos de recono-

cer que no merecerá el aplauso de los que todavía viven apegados al arcaísmo jurídico.

Y dicho esto, pasemos al estudio del Derecho foral en este punto.

## ARAGÓN

### Capitulaciones matrimoniales

Resplandece en el Derecho aragonés el espíritu de libertad, del cual participan todos los contratos y muy especialmente, el que celebran los esposos con ocasión de matrimonio.

En este concurre la singular circunstancia de que los contrayentes pueden celebrarlos, lo mismo antes que después de unirse en vínculo conyugal, los cuales pueden contraer sus capítulos, siendo mayores de 14 años sobre bienes presentes y futuros, pudiendo establecerse cuantos pactos se crean convenientes, no contrarios á la moral ó á las buenas costumbres (Observancias 6.<sup>a</sup> DE CONFESIS y 2.<sup>a</sup> DE FIDE INSTRUMENTORUM). Esas capitulaciones pueden otorgarse por escrito ó de palabra y por documento público ó privado, aunque el uso sea que se otorguen en escritura pública (Observancias 40 y 41 DE GENERALIBUS PRIVILEGIS). Véase la Res. de la Dirección general de los Registros de 31 de Diciembre de 1873, confirmatoria de lo arriba dicho.

Ciertamente que, comparadas estas disposiciones con las contenidas en nuestro Código civil, se descubren entre aquel derecho y el llamado castellano grandes diferencias. Este no autoriza la celebración de las capitulaciones, después de contraído matrimonio, (art. 1.355); exige al menor la concurrencia al otorgamiento de las personas designadas por la ley para que den su consentimiento; en cambio aquel derecho foral no pone estas restricciones, es más, autoriza á los prometidos consortes y á los que estén ya casados no sólo para que ordenen todo lo concerniente á la sociedad conyugal y al destino que han de tener los bienes de ellos, caso de fallecer con ó sin hijos, si que consiente el que establezcan convenciones con carácter de últimas voluntades cuando se persevera en ellas hasta la muerte y facultan las renunciaciones de derechos (entre ellas la de usufructo vidual), cosas sumamente graves, porque pueden ser arrancadas con violencia, con engaño y con abuso de la inexperiencia, por falta de edad, de los contratantes.

Los pactos que suelen establecerse en las capitulaciones matri-

moniales son, según los autores, dotar el marido á la mujer en ciertas fincas ó cantidad, á lo cual se llama *firma de dote*; aportar los bienes muebles como sitios para los efectos del Fuero, al extinguirse la sociedad conyugal; la renuncia tanto de gananciales, como de viudedad ha de ser expresa, (Observancia 58, DE JURE DOTIUM), *ventajas forales*, etc.; el pacto de *hermandades llanas* por el cual se hacen comunes los bienes á que el mismo comprenda; aseguramiento por el marido en sus bienes á los de la mujer ó sus herederos por los que éste aporte al matrimonio. El de considerar la aportación de bienes sitios como muebles y viceversa, sólo es eficaz entre los cónyuges pero no para tercero (Observancia 43 DE JURE DOTIUM).

Todo pacto contrario á las capitulaciones ó que envuelva imposibilidad de cumplirlas no es eficaz, y así se desprende de la sentencia de 26 de Abril de 1880.

Es tan imperativo el principio STANDUM EST CHARTÆ, consagrado en el Fuero 4.º, que tiene eficacia el pacto establecido en capitulaciones matrimoniales, en que los contrayentes, no sólo fijaron el régimen de la sociedad conyugal, sino que asociaron á ésta á la madre de la consorte, consignando que todos habían de hacer una misma casa, vida y sociedad, trabajando mancomunadamente en beneficio de la misma y precisando, además, cómo habían de distribuirse los bienes al disolverse aquélla, pues al lado de la sociedad conyugal puede crearse otra de distinta índole, ya se llame común, ya de consorcio familiar (Sent. 5 Junio 1901).

Estableciéndose en unas capitulaciones en Aragón: 1.º Que por muerte de la contrayente sin hijos de cualquier matrimonio, sus herederos ó derecho habientes no pudieran pedir ni sacar más que la dote que hubiere aportado, y en la misma especie y, además, la porción de aumentos que les correspondiera; y 2.º que los contrayentes, con hijos ó sin ellos casaban á hermandad en los bienes que aportaban y se les mandaban para aquel matrimonio, así como en las pérdidas y ganancias que resultasen durante él, salvo, empero, el pacto anterior; la sentencia absolutoria de la demanda interpuesta por los herederos de la contrayente, habiendo fallecido ésta y su marido sin sucesión, en solicitud de que se declare pertenecerles, en virtud del segundo de aquellos pactos, la mitad de los bienes de la finada con sus frutos, no infringe el principio cardinal de la legislación aragonesa, STANDUM EST CHARTÆ, ni la Observancia 19, DE JURE DOTIUM, porque se hace supuesto de la cuestión al afirmar la subsistencia del pacto de hermandad en que se funda la demanda, siendo

así que, según estima la Sala sentenciadora, el pacto segundo de la escritura de capitulaciones matrimoniales, en que se dijo que los contrayentes casaban á hermandad, quedó subordinado expresamente á lo dispuesto en el pacto anterior, que es el que rige en este caso (Sent. de 17 de Octubre 1890).

Además de los pactos comunes que modifican las disposiciones forales de que antes hemos hecho mención, están el de llevar el aportante los bienes muebles á propia herencia suya (lo cual, arguye desconfianza en la administración confiada al marido), en cuyo caso se hacen sitios, como hace observar Franco de Villalba, comentando la Observancia 43 DE JURE DOTIUM y, establecer viudedad recíproca y universal, comprendiendo los muebles é inmuebles. De manera que, en esas capitulaciones no solo se establecen reglas, ordenadas por la voluntad, para el régimen económico matrimonial, mientras subsista, sino que se fijan, para la muerte de los esposos, supuestos de derecho como esa viudedad, y hasta renunciaciones que de ésta haga la mujer, contentándose con ciertos bienes sin poder pedir más, como preceptúa la Observancia 53 DE JURE DOTIUM, lib. V, renunciación que también cabe de los gananciales.

El Fuero Juzgo prohibió contratar, entre sí, á los cónyuges durante el primer año de casados, porque comprendió que podían ser víctimas del engaño, llevados de la pasión del amor. El Fuero aragonés no ha tenido en cuenta ésto fiando, sin duda, en el carácter entero y grave de los habitantes de aquel territorio, cuya legislación gira, en materia de consorcio conyugal, sobre los polos de libertad y de igualdad.

Durante éste pueden modificarse, por los esposos, las capitulaciones matrimoniales que hubiesen celebrado. (Observancias 40 y 41 DE GENERALIBUS PRIVILEGIS). Esto arguye la presencia de ese espíritu de libertad que se lleva hasta el extremo de que se consideran como sitios los muebles y tengan la condición de muebles los raíces aportados por la mujer en concepto de dote; ésto, unicamente, para lo que se refiera al régimen jurídico.

Si los sitios se llevan como muebles se hacen comunes para los cónyuges; si los muebles se llevan como sitios no se comunican, y aunque el marido adquiere el dominio y libre disposición de ellos, no puede obtener su mitad al disolverse la sociedad conyugal, y, si los enajena, queda tenido á restituir su valor á la mujer ó á sus herederos.

La sociedad conyugal foral es la regulada por los fueros, en



defecto de capitulaciones, y se entiende constituida desde que el matrimonio se contrae *en faz* de la Iglesia después de haber oído la misa nupcial ó tenido cópula.

En esta sociedad se hacen de la propiedad del marido todos los bienes muebles, cualquiera que sea su procedencia, con destino su importe al consumo común. El marido tiene la administración de los sitios, pudiendo disponer de los frutos; pero viene obligado á devolver las fincas dotales á su esposa y herederos de ésta á la disolución del matrimonio, así como las adquiridas durante el consorcio á título lucrativo; las obtenidas por vía de aumento á título oneroso, así como los muebles no consumidos durante el matrimonio se dividen por mitad entre los cónyuges; esto se acerca bastante al régimen de comunidad de bienes del Fuero de Baylío y es, porque, como dice en su meritisima memoria D. Luis Franco y López (pág. 47), «en parte alguna puede con tanta razón como en Aragón decirse, que el matrimonio es CONSORTIUM OMNIS VITÆ, DIVINI ET HUMANI JURIS COMUNICATIO».

El Fuero único DE TESTAMENTIS CIVIUM no es aplicable cuando se trate de capitulaciones matrimoniales. (Sent. 9 de Marzo de 1858).

### Dote

En su acepción lata se comprenden bajo esta palabra todos los bienes de la mujer, tales como los procedentes de sus padres, los procedentes del marido en concepto de dote y los de donaciones de éste.

No están conformes todos los fueristas acerca de si los padres tienen obligación de dotar á sus hijas; D. Andrés Blas inclinase á la afirmativa, de acuerdo con Palacios, á no ser que el matrimonio se contraiga contra la voluntad de aquéllos. Estos y otros jurisconsultos sostienen que esa obligación no existe á favor de los hijos. Para sostener este sentir, comentan la Observacia 50 DE JURE DOTIUM y dicen que la palabra FILIIS no comprende á las hijas y sí, únicamente á los hijos, quienes carecen de derecho á exigir dote.

Visto lo dispuesto en el art. 1.340 del Código civil, entendemos fuera de lugar esas opiniones encontradas, referentes al sentido de las Observancias y el Fuero de *Concordias en Censales* del año 1626 que impuso á los padres la obligación de dotar á las hijas, de la que les dispensa el Fuero 1.º DE EXHEREDATIONE FILIORUM. De consi-

guiente, esa obligación existe á no ser que aquéllas casen sin consentimiento de sus padres, consistiendo esa dote obligatoria, no en la cantidad que fijara el Fuero único DE JURE DOTIUM, no superior á 12.000 ducados, pues esta prescripción fué derogada por la ley desvinculadora, sino que debe tenerse en cuenta la posición de los padres, nunca la mitad de la legítima presunta, como prescribe el art. 1.341 del Código, por ser esto incompatible con la relativa libertad de testar existente en Aragón.

El padre ó la madre deben señalar por vía de dote á su hija una cantidad igual á la que hubieren dado á las otras, prescripción que, tomada de la Observancia 50 DE JURE DOTIUM, no pugna con el art. 1.340 del Código civil y tiende á evitar desigualdades entre los hijos, viviendo sus padres.

En Sent. de 2 de Junio de 1868, se dijo que no hay ley alguna en Aragón señaladora de la proporción entre la dote y el caudal paterno.

Según las Observancias 12 DE DONATIONIBUS y 15 y 17 DE JURE DOTIUM confirmada por sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Diciembre de 1865, el padre ó madre sobrevivientes pueden dar al hijo ó hija en casamiento, y no de otro modo, de sus bienes comunes y del cónyuge premuerto uno ó muchos, cuya doctrina modifica la contenida en el Fuero 1.º DE DONATIONIBUS, lo cual cabe porque es principio de derecho que la ley posterior deroga total ó parcialmente á la anterior. Y si bien dicha Observancia 12 subordina la facultad del donante al hecho de que anteriormente hubiese dotado uno ú otro cónyuge á algún hijo y la Observancia 2.ª impone especial restricción á las dádivas excesivas de los padres, concediendo á los hijos indotados el derecho de impugnar la donación hecha á un hermano, esto no afecta esencialmente á lo otorgado por un cónyuge sobreviviente con arreglo á la Observancia 12, sino que da lugar tan solo á que los demás hijos reclamen para obtener su parte, conforme á lo dispuesto en la Observancia 2.ª (Res. 1.º de Febrero de 1877).

La autoridad familiar alcanza tal eficiencia y respeto, que el cónyuge, muerto su consorte, puede dar los bienes de éste en dote á la hija si no se ha verificado entre los hermanos la partición. Y esto se explica, habida cuenta á la unidad familiar de una parte y de otra, al presunto deseo del difunto, interpretado, en este caso, por el viudo. Pero cuando la división de bienes se ha hecho, y en ella cada partícipe adquiere lo suyo, siquiera sea en nuda propiedad, falta

esa universalidad familiar y, por ende, los padres no pueden hacer lo que en otro caso les sería lícito efectuar.

Constituyen la dote, en su acepción estricta, los bienes aportados por la mujer al matrimonio; los adquiridos durante éste por título lucrativo; los que recibe por vía de permuta con otros de la misma clase ó por prescripción empezada antes de casarse; por consolidación del dominio útil con el directo ó viceversa; por retracto declarado judicialmente, y por legado, donación y por compra con el importe de otra de la misma procedencia que ella hubiese vendido antes.

También tienen la consideración de dotales (Observancia 45 DE JURE DOTIUM) los bienes muebles legados ó donados á la mujer con la condición expresa de que no entren en el disfrute común con el marido, y también las alhajas ó joyas recibidas del marido en el caso de no haberse consumado el matrimonio por muerte inmediata de uno de los cónyuges. (Observancia 46 de íd.)

#### Donaciones <propter nuptias>

La libertad de testar que tienen los padres, dentro de la propia descendencia, les autoriza para hacer á sus hijos donaciones PROPTER NUPTIAS sin otros límites que sus propios alimentos y la legítima foral, de suyo irrisoria, que corresponde á los hermanos del novio ó de la novia agraciados.

El padre no viene obligado á dotar á los hijos varones, según se desprende de la Observancia 50 DE JURE DOTIUM.

El novio puede hacer donaciones á su prometida esposa consistentes en joyas, que recobra al morir ésta antes de contraer matrimonio.

Las donaciones esponsalicias no figuran reguladas en el Derecho aragonés, debiendo recurrirse al Código en lo que no se opongan á las disposiciones forales sobre donaciones.

Además hay una donación obligatoria parecida á las arras de Castilla; pero la mujer puede dispensarla por constituir un derecho tradicional introducido en su beneficio. La cuantía de esa dote, denominada PROPTER NUPTIAS, depende de la condición de la desposada. No consiste en caballos, que el marido regalaba á su mujer, como hacían los germanos, sino en tres villas ó castillos con vasallos, tratándose de nobles, bien que esto ha desaparecido por consecuencia de la constitución política nacional, ó tres heredades, si los

contrayentes eran villanos, condición que también se ha borrado ante la consideración político-social que tienen por la ley todos los españoles.

El efecto principal de esa donación PROPTER NUPTIAS, que no es la del derecho romano, consiste en que la mujer tiene, en los bienes constitutivos de ella, el llamado derecho de viudedad á la muerte de su marido, como recuerdo postrimero de su amor; pero cuando repite matrimonio, con lo cual parece que, hasta cierto punto ultraja la memoria del difunto y forma nueva familia, aquellos bienes donados pasan á los hijos del causante y, en defecto, á los parientes de éste.

La donación PROPTER NUPTIAS que los padres hacen á sus hijos, tiene la particularidad de que, cualquiera que sea su cuantía, el donatario no viene obligado á traer la donación á la muerte del donante, como tampoco la que hubiese recibido sin tal motivo (Ob. 1.<sup>a</sup> DE DONAT.) Esto se funda en la libertad de testar, consagrada por el Derecho aragonés.

Se toman por análogas las palabras arras y donación PROPTER NUPTIAS; las primeras se conocieron, no sólo en el Derecho germánico, sí que en el romano, pues según Tácito comenzó el marido comprando á la mujer y acabó ésta por comprar al marido. El sabio catedrático de la Universidad de Zaragoza D. Roberto Casajús, distingue la donación propter nupcias de las arras, y dice que la primera de éstas es obligatoria, no tiene tasa y puede constituirse en cualquier tiempo, en tanto que las segundas son voluntarias, tienen por límite la décima parte de los bienes del marido, y solo pueden darse antes ó en el momento de contraer matrimonio.

#### Del «excreix» del «aixovar» y de la firma de dote

El excreix, (palabra que según D. Rafael Ureña, probablemente previene del verbo árabe *xacara*), significativa de dar las gracias ó agradecimiento á los beneficios es, como dijo D. Jaime I, el *degut á la mare per raho de la sehua verginitat*; es la verdadera morgengrave de los germanos ó donación de la mañana que consistía en caballos que el marido ó su mujer con el cual compartía las fatigas y el botín de la guerra; es la verdadera dote del marido; lo encontramos en la *guetriba* del derecho hebraico, según dicho sabio catedrático de la Universidad Central; es, en fin, la llamada firma de dote, porque con

su constitución se da firmeza y hasta cierta compensación al capital que aporta la mujer al matrimonio.

El aixovar, donación que tiene carácter voluntario, procede de los padres de la mujer y su objeto no es otro que asegurar el sustento de la familia, quedando privados, por tanto, los esposos de poder enajenar la finca en que consista mientras no tengan hijos, á no ser que el marido lo afiance con inmuebles. Esta institución, que según Azpeitia, persige un fin idéntico á la del Homesteak moderno, desarrollada en países extranjeros, principalmente en los Estados Unidos, ha caído en desuso, afirmando el Sr. Ureña que el verdadero aixovar, según un Fuero titulado DE JURE DOCUI, DEL DREITO D' LAS ARRAS, consiste en las ropas y muebles aportados por la mujer, principalmente para su uso particular, y este es también el aixovar en el Reino de Valencia, proceda la aportación de los padres, del marido ó de otras personas, y consiste en ropas.

Por el excreix, el marido cede á su mujer una parte de sus bienes, que suele ser la tercera, en dinero y no en heredades, de los cuales puede ella disponer libremente, esto es, sin venir obligada á dejarlos á sus hijos; pero esta facultad no puede perjudicar á los acreedores del marido. Toma también el nombre de firma de dote, constituyendo á modo de una accesión voluntaria de esta donación causal.

Algunos escritores confunden la firma de dote con la donación PROPTER NUPTIAS que el marido hace á su mujer antes ó durante el matrimonio, confusión debida, á nuestro ver, á que es una la fuente legal de ambas instituciones, aparte su carácter histórico y el motivo que las dió origen.

Esa donación PROPTER NUPTIAS es, por naturaleza, voluntaria; el marido puede no hacerla; tampoco es obligatoria la firma de dote, por regla general; pero hay casos en que debe constituirse por el marido, mediante compelmiento que le haga su mujer, y son: cuando así se hubiese pactado y cuando la mujer hubiese hecho aportación de la dote durante el matrimonio (Fuero 1.º DE JURE DOTIUM). El derecho á reclamar la firma, *excreix* ó *aixovar* en este último caso es personalísimo de la mujer; no es transmisible á los hijos si la madre no llegó á ejercitarlo, á diferencia de la firma de dote pactada, no su simple promesa, pues los bienes en que consista tal donación, aún cuando no se hayan entregado á la mujer, ni ésta los reclame durante el matrimonio, disuelto éste por muerte del marido, aquélla los puede reclamar de sus herederos, así como por fallecimiento de esa donataria, sus herederos pueden reclamarlos al marido, á menos

de que sean hijos de éste, pues en tal caso, mientras viva su padre y, aunque contraiga nuevas nupcias, no se le pueden reclamar, precisamente porque por la Observancia 42, en relación con la 5.<sup>a</sup> DE JURE DOTIUM, tiene ese bínubo el derecho de viudedad en los bienes constitutivos de la firma de dote, siendo raíces, y aún en los que no sean de esta clase, si se hubiese pactado el que se consideren como de tal calidad.

Puede ocurrir que el marido constituya la firma en todos sus bienes y premuera á su mujer, sin determinar concretamente qué bienes la han de constituir; en este caso recibirá aquélla, por tal título, tres fincas que ni sean de las mejores, ni de las peores; no exigiéndolas ésta y por su muerte, los hijos pueden pedir al padre que designe los bienes en que haya de constituir aquélla (Observancias 38 y 50 de ídem), no que los entregue, porque éste tiene el derecho de viudedad, como antes se dice.

Y puesto que la firma, *exerex* ó *aixovar* es un aumento de dote puede enajenarla la mujer al igual que ésta, con licencia de su marido (art. 61 del Código civil) y aún al marido, concurriendo al acto los dos parientes más próximos de ella.

Consistiendo la firma de dote en bienes muebles, la mujer tiene derecho á exigir hipoteca legal á su marido, conforme prescribe el art. 168 de la ley Hipotecaria.

Durante la viudez puede la mujer empeñar los bienes constitutivos de la firma de dote, sí, no teniendo hijos, careciese de medios con que proveer á su subsistencia; teniendo hijos, puede disponer de aquéllos, ora, haciendo donación de una finca á uno de ellos, distribuyendo la otra entre todos sus hijos y donando otra al lugar donde esté inhumado su esposo, caso de que quisiera ser enterrada en el mismo pueblo (Fuero 2.<sup>o</sup> DE JURE DOTIUM).

El derecho de constituir firma de dote es absoluto en el marido, siempre y cuando no se haga en fraude de sus acreedores. De consiguiente puede otorgarla su segunda ó ulterior consorte, aplicando la peor de las fincas que asignó en firma á la primera, pero esto solo en el caso de que carezca de otros bienes. Los derechos sucesorios de los hijos del primer matrimonio quedan limitados á las otras fincas que hubiesen quedado de las constitutivas de la primera firma de dote, heredando los hijos de los matrimonios posteriores solamente las que se asignaron á sus respectivas madres (Fuero 7.<sup>o</sup> DE JURE DOTIUM y Observancia 18 de PRIVILEGIIS MILITUM ET NEPOTUM MILITUM).

En el caso de repetir matrimonio el viudo que otorgó á su mujer firma de dote, se hace la sucesión de sus bienes, según prescribe el Fuero 2.º DE TESTAMENTIS NOBILIIUM, del siguiente modo: Habiendo solo hijas del primer matrimonio ó hijos del segundo, aquéllas heredan la finca ó en la cantidad designada por el padre y éstos en los demás bienes que componen la firma. No determinando el padre qué bienes se han de entregar, las hijas del primer matrimonio adquieren por herencia una de las fincas constitutivas de la firma, que no sea la mejor, ni la peor, correspondiendo las demás á los hijos del posterior matrimonio. No existiendo éstos, las hijas del primero hacen suyos todos los bienes de la firma de dote otorgada á su madre (Fuero 2.º DE TESTAMENTIS NOBILIIUM).

Por lo que se ve, en la firma de dote, no se adquiere un dominio absoluto; aparte del derecho de viudedad que en los bienes tiene el marido, puede éste constituir nuevas firmas de dote con ellos, á favor de su segunda ó posterior consorte, pues, en otro caso, no se hubieran dado por el Fuero las reglas antes señaladas, en orden á la sucesión, cuando concurren hijas del primer matrimonio, ó hijos de los posteriores; siendo de consignar que los bienes han de ser de la condición de sitios, los que componen la denominada dote antigua, pues si estuviese constituida en muebles ó dinero, que es la frecuente y la usual, adquiere la mujer todo cuanto la constituya y lo transmite á sus herederos, sin que ni su marido, ni los hijos de éste, ostenten derecho alguno, (Observancias 5.ª DE DONATION. y 36 y 50 DE JURE DOTIUM).

Y puesto que la firma de dote es renunciable, puede hacerlo la mujer siempre que sea de una manera expresa, así como se da la tácita por adulterio de ella (Fuero 5.º DE JURE DOTIUM), porque la infidelidad debe castigarse, así como también pierde aquella si repite nupcias (Observancias 42 y 52 de ídem), porque al entregarse á otro hombre tiene á poca estima á la memoria del primero.

Se suspende el derecho de la mujer á reclamar los bienes en que consista la firma de dote, mientras disfrute la viudedad en los del marido, precisamente porque ésta alcanza á la universalidad de los sitios en los cuales se comprenden los de aquélla, pero goza de preferencia á cualquiera otro que, sobre dichos bienes, haya adquirido un derecho después de otorgarse la firma (Observancia 56 DE JURE DOTIUM), bien que esto tiene las limitaciones impuestas por el Derecho hipotecario, garantizador de los derechos de tercero. Esa preferencia se da también fuera de los casos en que la firma se halle

reducida á pocos y determinados bienes, en su mayor parte sobre inmuebles, ó sea, cuando su valor y producto tengan exigua significación.

Los hijos y herederos de los bienes que constituyan la firma de dote de su madre, no están obligados á responder con ellos de las deudas del padre (Observancias 39 y 42 de ídem), pero esto debe entenderse si el pago de esas deudas no se halla asegurado con hipoteca, pues el derecho del acreedor, una vez inscrito, goza de preferencia al de la mujer y al de los hijos de ésta, faltos de esa garantía real. Por donde resulta que las prescripciones del Derecho aragonés, en tanto son eficaces, en cuanto no se oponen al régimen hipotecario, obligatorio en toda España.

Esta es, á grandes trazos, la firma de dote, institución que guarda alguna analogía con las arras del antiguo Derecho castellano.

#### Derechos de la mujer y del marido en la dote

Vista la sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de Mayo de 1863, resulta: que, en cumplimiento de la Observancia primera DE JURE DOTIUM, la mujer no puede enajenar libremente los bienes dotales, sino que puede hacerlo en beneficio de su marido con la concurrencia al acto de dos parientes de la misma; siendo de advertir que, según los Fueros 1 y 2 NE VIR SINE UXOR, está prohibida al marido y á la mujer la enajenación de los bienes dotales en perjuicio de los derechos de su consorte, y que, de conformidad con las Observancias 20 y 32, la mujer no puede cobrar, ni condonar sus créditos en perjuicio del marido, por más que procedan de fechas anteriores al matrimonio.

El Supremo, interpretando la legislación aragonesa, dió sentido restrictivo á la Observancia 39, que atribuye completa libertad á la mujer para disponer de sus bienes dotales y, precisamente, ese fallo ha sido muy discutido porque representa una restricción de los derechos absolutos y dominicales de la casada.

Partamos del supuesto de que en Aragón no se conocen los parafenales, institución que no echa de menos el juriconsulto Franco y López, porque, reconocida por el Derecho castellano y el catalán, apenas si en la práctica tiene importancia, á juicio de él, toda vez que la mujer no puede contratar sin licencia de su marido, y aún



teniendo la administración de ellos, sus productos se destinan á levantar las cargas del matrimonio.

Es también de notar que según la Observancia 43 DE JURE DOTIUM, todos los bienes muebles, créditos y derechos aportados al matrimonio por cualquiera de los cónyuges se hacen comunes entre éstos, así como los muebles adquiridos por cualquier título durante el consorcio (Observancia 33 de íd.); los bienes sitios adquiridos durante el vínculo conyugal á título oneroso, ya se haga la adquisición á nombre de ambos consortes, ya tan solo al de uno de ellos, (Observancia 53 de íd.), y también, por último, las mejoras hechas con fondos comunes, en bienes sitios de cualquiera de los esposos (Observancia 12 de íd.) Claro que si todo esto pertenece á la sociedad conyugal, que surge de hecho y de derecho una vez celebrado el matrimonio (Observancias 14 y 33 de íd.), lo que no tenga ese carácter de común por no hallarse comprendido en los casos arriba citados, constituirá el patrimonio privativo de los cónyuges, formado por la dote de la mujer y el capital del marido, constituídos por los bienes sitios que cualquiera de ellos aporte al consorcio (Observancias 22 DE JURE DOTIUM y 3.<sup>a</sup> DE SECUNDIS NUPTIS); los adquiridos por los mismos á título lucrativo (Observancia 53 DE JURE DOTIUM); los adquiridos por prescripción, si ésta empezó á correr antes de celebrarse el matrimonio (Observancia antes citada); el dominio útil refundido en el directo, ó éste consolidado en aquél, en los que alguno de los cónyuges disfruten antes del consorcio (Observancia 47 de íd.) y por último los bienes adquiridos por uno de los esposos, á virtud del pacto de retroventa á su favor establecido, y los adquiridos en virtud del derecho de retracto antes de contraer el matrimonio, aunque se paguen después de celebrado (Observancias 43 y 53 de íd.); bien que en estos casos el retrayente deberá abonar, á la disolución de la sociedad conyugal, á su consorte ó herederos de éste, para que no sufran perjuicio, la mitad de la suma invertida para recuperar los bienes (Observancias 47 y 57 de íd.)

Los bienes adquiridos en permuta pertenecen al cónyuge de quien fueron los cambiados; pero siendo el trueque estimatorio y sacándose del fondo común cantidades para obtenerlo, el adquirente de la finca ó sus herederos abonarán al otro cónyuge ó á los suyos la mitad de ellos, puesto que la sociedad conyugal ha hecho á su costa el dispendio exigido por tal contrato; así se infiere de tales observancias y es conforme con la opinión de los fueristas.

Dentro de esa relativa comunidad de bienes, el marido es el due-

ño de los muebles y administrador de los sitios pertenecientes á la sociedad conyugal (Observancia 1.<sup>a</sup> DE RERUM AMOTORUM). Como dueño de los primeros puede disponer libremente (Observancia 1.<sup>a</sup> antes citada), pues en ellos la mujer no tiene derecho de viudedad, y si bien puede enajenar los bienes sitios (Res. de 23 de Mayo de 1890), la mujer tendrá en ellos el derecho de viudedad si no hubiere otorgado la escritura (Observancia 2.<sup>a</sup> NE VIR SINE UXORE, DE JURE DOTIUM), viudedad que es renunciable, siempre que sea de un modo expreso, como se ha dicho.

Y á tal respeto llega la libertad del marido, como gerente de la sociedad conyugal, así como el cariño que profesa á su esposa, que puede dotar, donar y vender á ésta todos los bienes del matrimonio, si bien, respecto de los muebles, estos contratos no producirán efecto durante el consorcio, porque se necesitan para cubrir con su importe, las obligaciones de éste (Observancias 25 y 38 DE JURE DOTIUM).

Por último, el marido puede reclamar y vindicar todos los bienes y derechos pertenecientes á su mujer, aunque ésta hubiera muerto sin poseerlos (Observancia 33), lo cual es razonable, porque, durante el matrimonio, si son muebles se hacen comunes; si inmuebles él los administra y después de fallecida su esposa tiene en los sitios la viudedad á menos de no haberla renunciado y, por consiguiente, su derecho no puede ser más perfecto, al objeto de ejercitar semejantes acciones reivindicatorias.

Informado el Derecho aragonés en un espíritu altamente moral, no puede permitir que, á la sombra de sus libertades, se cometan fraudes, y por esto se prescribe en la Observancia 1.<sup>a</sup> NE VIR SINE UXORE y 24 DE JURE DOTIUM, que será nula toda donación ó contrato gratuito de bienes muebles, que hiciere el marido en su última enfermedad en perjuicio de su mujer, y por eso también prescribe en la Observancia 7, DE TUTORIBUS, que el marido puede ser privado de todos sus derechos en la sociedad conyugal, si se advirtiere en él prodigalidad nacida de insensatez ó de demencia.

Como hemos dicho, el régimen económico-familiar aragonés, se halla influido dentro del respeto á la personalidad que surge con el matrimonio y á la unidad directiva que al marido compete, en una hermosa libertad de que los cónyuges gozan en la familia. Por esto pueden hacerse donaciones, lo mismo por actos intervivos que mortis causa, excepto la que haga la mujer al marido en bienes constitutivos de la dote, para cuya validez requiérese el consentimiento de los

dos más próximos parientes (Observancia 5.<sup>a</sup> DE DONATIONIBUS, 1.<sup>a</sup> DE JURE DOTIUM y Fuero 1.<sup>o</sup> DE CONTRACTIBUS CONJUGUM), siendo de advertir que la donación del marido á la mujer en bienes muebles resulta ilusoria, puesto que á aquél ha de volver el dominio y administración de ellos; derechos perennes durante el consorcio, para que puedan cumplirse obligaciones en la familia, que son de un orden ético-jurídico.

Los derechos de la mujer en los bienes dotales son: la propiedad de los inmuebles aportados como tales ó sitios, al matrimonio; la propiedad de los muebles que hubiese ingresado en el consorcio, caso de que subsistan á la disolución de éste; el derecho á que se le restituyan los muebles llevados como sitios; el de enajenar la dote, si es á un extraño, con consentimiento de su marido como puede hacerlo á favor de éste, con intervención de dichos parientes más próximos (Observancias, 1.<sup>a</sup> DE RERUM AMOTORUM; 1.<sup>a</sup> NE VIR SINE UXORE; y 20, 32 y 33 DE JURE DOTIUM).

El adulterio (Fuero 5.<sup>o</sup> DE JURE DOTIUM), la prescripción (1.<sup>o</sup> de ídem) y el amancebamiento de la viuda, son causas de la pérdida de la dote para la mujer. No la pierde por el delito del marido (Fuero 8 DE HOMICIDI; Observancia 8.<sup>a</sup> DE JURE DOTIUM), porque no le pueden perjudicar hechos delictivos de que ella es inocente.

Son derechos del marido en los bienes dotales la administración de ellos, cualquiera que sea su clase; la libre disposición de los muebles y la de los sitios ó raíces aportados como muebles, así como la propiedad de la mitad de éstos; pero son nulas las enajenaciones en fraude de la mujer y las donaciones de los bienes hechos por el marido en la última enfermedad, como se ha dicho.

Resulta de lo expuesto que, en orden á las relaciones jurídico-económicas entre los cónyuges y á los derechos de éstos respecto de los bienes dotales, el Fuero aragonés establece la ficción, con carácter de regla á la cual se subordinan aquéllas, de que lo mueble por naturaleza se convierte en sitio y lo que es sitio tiene la consideración de mueble, si ambas cosas se pactan. Por esto el marido que tendría la propiedad y libre disposición de los muebles, tan solo tiene la mitad de éstos si se aportan como sitios, si bien quedando obligado á restituirlos él ó sus herederos á la mujer ó á los de ésta, á la disolución de la sociedad conyugal (Observancias 1.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> NE VIR SINE UXORE; 1.<sup>a</sup> DE RERUM AMOTORUM; 24 DE JURE DOTIUM, y 20 DE DONATIONIBUS, aplicables, respectivamente, á los derechos del marido, que se han expresado).

La restitución de la dote tiene lugar á la disolución del matrimonio. Si es por muerte de la mujer, se transmiten los bienes á sus descendientes legítimos ó herederos testamentarios que dejare; si hubiesen fallecido los hijos abintestato, sin dejar legítima descendencia, los bienes en que consistió la dote de la hija ó la donación hecha al hijo, revierten á sus padres ó á los parientes más próximos de la procedencia de los bienes (Fuero 1.º DE SUCESIONIBUS ABINTESTATO). Esto constituye una de las manifestaciones de la propiedad familiar que vemos en el Derecho foral, aceptada por el art. 812 del Código civil. No dice el Fuero hasta qué grado llega la proximidad de parentesco, sino que emplea la palabra, parientes más próximos, y como el Código civil es el único supletorio del Derecho aragonés, entendemos que es aplicable, al caso, lo dispuesto en el artículo 955 que lo limita hasta el sexto grado inclusive en el parentesco, colateral á falta de ascendientes del que muere intestado, porque puede tener abuelos de los cuales procedan los bienes.

### Capital privativo del marido

Lo constituyen los bienes que éste aporte al matrimonio á excepción de los muebles, (pues éstos, al igual que los de la mujer, son comunes), cualquiera que sea su procedencia, importando poco que los haya adquirido él, ó que procedan de los padres, mujer ó personas extrañas. El los administra, puede disponer de ellos á título oneroso ó gratuito, salvo el derecho de viudedad en favor de la mujer, si no presta su consentimiento (Obs. 4.ª DE RERUM AMOTARUM y 25 DE JURE DOTIUM que derogaron los Fueros 1.º y 2.º NE VIR SINE UXORE de 1247).

El marido puede enajenar á favor de su mujer los bienes sitios, pero no los muebles, porque éstos volverían otra vez á la sociedad. (Ob. 2.ª, DE JURE DOTIUM).

### Gananciales

Los fueros de Aragón admiten los gananciales, que son los bienes que á título oneroso adquieren los consortes durante el matrimonio.

A falta de capitulaciones matrimoniales existe ese régimen de gananciales, ó también cuando no se haya establecido otra cosa.

La mujer puede renunciar sus derechos á los gananciales, siempre que lo verifique antes del casamiento.

En esas capitulaciones puede establecerse el pacto de traer como muebles los bienes raíces y de este modo se convierten en comunes para los esposos. Esto nos recuerda el Fuero de Baylío, dado para Jerez de los Caballeros.

El marido es el administrador de los bienes gananciales y de los de la sociedad conyugal, y solo en caso de ausencia, no dejando administrador, corresponde su gestión á la mujer. (Ob. 27, DE JURE DOTIUM).

La Observancia 53 (De íd.) dispone que en los bienes inmuebles adquiridos por el marido á título oneroso, corresponde á su esposa la mitad; pero no prohíbe que aquél pueda venderlos durante el consorcio. Supuesto ese derecho de la mujer, creíase que sin su consentimiento puesto que es dueña de la mitad y atendido á que en la otra mitad tiene, siendo sitios, el derecho de viudedad foral, no podía el marido hacer tales contratos, con cuya opinión no están conformes los fueristas Nogués, Franco y Guillén y Blas, quienes reconocen la validez de la enajenación de los bienes inmuebles comerciales (gananciales) hecha por el esposo sin el concurso de su consorte, y así también lo declaró el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre éstas las de 11 de Febrero y 19 de Abril de 1870, lo cual tiene hoy más firmeza, dado que el Código civil, obligatorio desde luego en Aragón, autoriza en su art. 1.413 al marido, como administrador, para enajenar y obligar, á título oneroso, los bienes de la sociedad de gananciales, sin el consentimiento de su mujer, bien que ésta puede impugnar el contrato, si se hubiese celebrado en contravención á este Código ó si se hubiese hecho en fraude de la misma para que no le perjudique, como tampoco á sus herederos.

Véase, además, la Res. de 23 de Mayo de 1890 recaída en el recurso gubernativo interpuesto por el ilustre publicista y notario de Tortosa D. Antonio de Monasterio y Galí, declaratoria de que al Fuero 2.º NE VIR SINE UXOR no se le puede dar una extensión que no permite su letra, y de consiguiente, el marido puede enajenar libremente los bienes adquiridos durante la sociedad conyugal.

Esta puede tener deudas cuyo pago debe efectuar el marido y son: las contraídas por ambos cónyuges ó por el esposo con consentimiento de su esposa, y las contraídas por el marido, en utilidad del consorcio, lo cual se presume siempre, salvo prueba en contrario

(Fuero 2.º DE CONTRACTIBUS CONJUGUM y Observaciones 29 y 64 DE JURE DOTIUM).

Es de citar la Sent. de 10 de Mayo de 1898, declaratoria de que la Observancia 29 no hace responsable á la mujer de todas las obligaciones contraídas por el marido, sino tan solamente y en parte de las cosas tomadas por el mismo á préstamo en beneficio de la familia; pero puede resultar que, para la garantía de esas deudas, se haya constituido hipoteca sobre los bienes gananciales, cuyo acreedor, si no hubiese procedido de mala fé (elemento ético que no puede separarse de todo derecho para tenérsele por legítimamente adquirido) excluye el de la mujer, porque la garantía real fué constituida por quien á su nombre tenía inscritos los derechos en el Registro y podía disponer de ellos (art. 34 de la ley Hipotecaria).

Afectan solo á los bienes del marido las deudas que hubiese contraído antes de la celebración del matrimonio y las hechas por el mismo durante el consorcio que no hubiesen redundado en beneficio de la sociedad conyugal (Observancias 12, 47 y 57 DE JURE DOTIUM). La mujer solo responderá con sus bienes dotales de las deudas que hubiese contraído antes del matrimonio, así como de aquellas en que se hubiese obligado (Fuero 7 DE HOMICIDI).

#### División de bienes entre el cónyuge viudo y los herederos del difunto

Existe, por la Observancia 22 DE JURE DOTIUM, la presunción JURIS TANTUM de que se consideran bienes de la sociedad conyugal todos los que se encontraren al tiempo de procederse á la liquidación de la misma y que, según las Observancias 2.ª y 62 de ídem, los bienes aumentados por el cónyuge sobreviviente son para dicha sociedad en cuyo beneficio recaen, así como se consideran gastados los que hubiera ésta consumido, á menos de que se pruebe haberlos gastado en beneficio de los cónyuges ó en fraude de aquélla.

Las capitulaciones matrimoniales son el documento á cuyos términos debe ajustarse esa liquidación ó división; no existiendo ó no mediando pacto, á tal respecto, se procede con arreglo á fuero, pagando del acervo, en primer lugar las deudas comunes, sacando después las ventajas forales y dividiéndose luego los bienes muebles en dos partes, una para el cónyuge sobreviviente y la otra para los herederos del premuerto. Corresponden á éste los bienes sitios y la

mitad de los de igual clase adquiridos durante el consorcio á título oneroso, todos los cuales los adquieren sus herederos tan solo en nuda propiedad, pues el usufructo corresponde al cónyuge sobreviviente por derecho de viudedad (Observancias 2.<sup>a</sup> y 62 De íd.) Ya hemos dicho la forma de restitución de la dote, según su clase, cuyas prescripciones se han de combinar con lo arriba consignado.

Concluye la sociedad conyugal, sin que haya necesidad de practicarse inventario, si el cónyuge sobreviviente es usufructuario universal de los bienes del finado. No se entiende que la sociedad continúa entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, en el caso de que aquel cónyuge haya manifestado la voluntad de terminarla, habiéndose inventariado los bienes que la constituyen (sentencia de 5 de Diciembre de 1866).

Las leyes relativas á bienes gananciales ó comerciales, se refieren, por necesidad, á la disolución del matrimonio, por ser ésta la época en que ha de conocerse si existen, y, por tanto, el derecho que, en su mitad, corresponde á cada uno de los cónyuges ó si, por el contrario, hay pérdidas en vez de ganancias, constituídas éstas por un sobrante después de cubiertas todas las obligaciones (sentencias de 17 Septiembre 1864, 7 Febrero 1860, 4 Marzo 1867, 8 Mayo 1873 y 11 Febrero 1891). Esta doctrina concuerda con la sentencia de 27 de Mayo de 1905, según la que, para saber si hay gananciales en una sociedad conyugal es absolutamente indispensable que se proceda á la liquidación del caudal de la misma, porque sólo después de tal liquidación puede averiguarse si hay remanente que constituya haber ganancial.

Aquella presunción de que se reputan gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer, aparece también establecida en el art. 1.407 del Código civil, aplicado en Sents. de 15 de Diciembre 1896, 4 Enero 1897 y 9 de Octubre de 1907.

### «Aventajas» forales

Si el cónyuge sobreviviente fuese el marido, percibirá por este título: todas las ropas y vestidos de su uso; todos los libros, armas é instrumentos pertenecientes á la profesión, arte ú oficio que ejerciere; el caballo de montar, si lo hubiere, destinado á este objeto; una cama que, según la costumbre, debe ser la que ordinariamente usara

el matrimonio y un par de caballerías de labor, si las hubiere, con los aperos necesarios á las mismas. (Fueros DE REBUS QUA UXORE, DE REBUS SINE ADEVANTAGIIS, Observancia 8 DE SECUNDIS NUPTIIS y Carta de Justicia de 1434).

Si el sobreviviente fuese la mujer, percibirá, por ventajas, todas las ropas y vestidos de uso; la cama que ordinariamente usare el matrimonio y el par de caballerías de labor, como se ha dicho (Fueros citados). Los herederos del marido sacarán, también, antes de practicarse la liquidación, las ropas, vestidos, libros, armas é instrumentos de la pertenencia de aquel y que le corresponderían si hubiera sido el sobreviviente. (Carta de Justicia de 1434).

Lo arriba dicho mantiene relación con lo dispuesto en el artículo 1.420 del Código civil, preceptivo de que no se incluirán en el inventario los efectos que constituyen el lecho de que usaban ordinariamente los esposos, los cuales, así como las ropas y vestidos de su uso ordinario, se entregarán al que de ellos sobreviva; pero el Código no comprende en esa exclusión, y á nuestro entender debió incluir, como lo hace el Fuero Aragonés, no el caballo de montar, ni el par de caballerías de labor con los aperos, pues esto tendría razón de ser en otros tiempos, si que los libros, armas é instrumentos pertenecientes á la profesión, arte ú oficio que ejerciere el marido si éste fuese el sobreviviente, pues en tales objetos tienen en cariño, un valor moral que solo debe disfrutarlo quien se sirvió de ellos y nunca otras personas.

### Bienes excluidos del cúmulo divisible

Los privativos de los cónyuges, como se ha dicho; los frutos y réditos que, como buen padre de familia, hubiere consumido el cónyuge sobreviviente, si la seguridad fuese general, sin comisión de recolección y custodia de aquéllos, con tal que el consumo ó enajenación no sea notable, estándose, acerca del consumo, al juramento de aquél (Ob. 2, 22 y 62 DE JURE DOTIUM); aquellos cuya inversión no conste acreditada. (La Ob. 67 DE JURE DOTIUM los llama bienes muebles consumidos); los frutos y rentas asignados en instrumento público al pago de prestaciones, como violarios ó deudas contraídas antes ó durante el matrimonio por ambos cónyuges ó por uno sólo con ó sin el consentimiento del otro (Ob. 63 DE JURE DOTIUM); los productos del dinero y bienes inventariados, puesto que pertenecen



al cónyuge sobreviviente, en equivalencia á las pérdidas que tales cosas hayan sufrido (así se desprende de la Observancia 2.<sup>a</sup> DE JURE DOTIUM) así como los bienes comunes con que el sobreviviente hubiese dotado al hijo común (Comentario á dicha Observancia por Portolés y otros tratadistas).

### De la sociedad continuada

Existe en Aragón esta sociedad cuyo esbozo hemos hecho en el Proemio del presente libro; constituye una prolongación de la conyugal por muerte de uno de los esposos. Para que exista requiérese que ni el cónyuge supérstite, ni los herederos del difunto, practiquen diligencia alguna encaminada á la división y partición de los bienes de la sociedad conyugal disuelta (Observancia 2.<sup>a</sup> DE JURE DOTIUM y sentencias del Tribunal Supremo de Justicia de 5 de Diciembre de 1866 y 27 de Junio de 1870).

De manera que en esta sociedad, típica en Aragón, queda al arbitrio del cónyuge sobreviviente y de los herederos del difunto el continuar unidos, con la circunstancia de que no se separan, á menos que otra cosa quieran, porque el sobreviviente repita nupcias, sociedad que, si es incompatible con la viudedad universal, no lo es con la viudedad limitada.

Puesto que esta sociedad surge, disuelto el matrimonio, no es propio tratarla en las capitulaciones matrimoniales, pero como en éstas pueden los cónyuges establecer todo cuanto tengan por conveniente acerca del régimen económico de la familia y destino de los bienes, no vemos razón que impida que se establezcan los pactos de esa asociación familiar, impropriamente llamada legal, en la cual podemos decir continúa, en espíritu, el cónyuge fallecido y siguen estrechados los vínculos del parentesco.

Constituyen esa sociedad, no los bienes que por título lucrativo corresponden al supérstite, si que los muebles del consorcio foral anterior (por lo mismo que son comunes) y los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio, así como los que, con este mismo carácter, se adquieren durante aquélla, cosa ésta muy puesta en razón, toda vez que es de presumir que tales ulteriores adquisiciones se hacen con dinero, frutos ó rentas del capital indiviso. Sus efectos son que los bienes muebles y las ganancias se hacen comunes y al hacer la partición entre los interesados, aquellos se dividen

por mitad. Se dice que la existencia de esa sociedad familiar origina pleitos por las siguientes razones, entre otras muchas: porque, estipulada la viudedad universal y comprendiendo esta todos los bienes, no puede hacerse inventario (Observancia 2.<sup>o</sup> DE JURE DOTIUM) y, claro, que aún cuando los herederos no estén conformes con esa prolongación social, no tienen mas remedio que aceptarla por no serles permitido pedir aquella diligencia para separar patrimonios; y también porque, confinada á bienes adquiridos durante y después del matrimonio á título oneroso, se presta, en lo tocante á los de este último origen, á suplantación de la verdad ó á fraude, haciendo pasar por bienes adquiridos por donación lo que realmente es ganancial con dinero de la sociedad familiar tácita.

Es de consignar, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1866 apoyada en las Observancias 33, 43 y 57 DE JURE DOTIUM, que los bienes muebles, créditos ó derechos aportados por los cónyuges al matrimonio son comunes de ambos, á menos de que no haya mediado en las capitulaciones pacto ó convenio en contrario, pues, en tal caso, se reputan inmuebles ó sitios y, por consiguiente, no pertenecen á esa comunidad, ni durante el consorcio, ni después de éste, para que sean parte de la sociedad legal continuada.

Asimismo, son patrimoniales exclusivos de los esposos y no forman parte de la comunidad en ninguna de esas dos clases expresa y tácita, los muebles que los esposos aporten al matrimonio, cuando el dueño de ellos manifiesta que los lleva como propios, ó si el marido asegura, con sus bienes, la cantidad aportada por su mujer.

Hemos dicho que aún cuando el supérstite repita nupcias, cabe la sociedad legal continuada. En este caso, disuelto el ulterior matrimonio, se detraen del cúmulo: 1.<sup>o</sup> Las *aventajas* del sobreviviente y los bienes aportados por la segunda mujer (Ob. 3.<sup>a</sup> DE SECUNDIIS NUPTIIS); 2.<sup>o</sup> Se entregarán á los hijos del primer matrimonio las dotes y demás bienes de su madre, la mitad de los comunes adquiridos durante el ulterior consorcio y la cuarta parte, ó sea la mitad de la porción correspondiente al padre en los comunes del segundo matrimonio (F. 2.<sup>o</sup> y Ob. 3.<sup>a</sup> antes citada). Lo comprado por el sobreviviente se parte por mitad entre éste y los herederos del cónyuge difunto; 3.<sup>o</sup> El marido recibe la mitad del valor invertido en la mejora de fincas de la primera mujer (Ob. 12 DE JURE DOTIUM y 10.<sup>a</sup> DE SECUNDIIS NUPTIIS); 4.<sup>o</sup> No viene obligado el supérstite á entregar la mitad de los bienes comunes cuando, habiéndose dividido los

muebles, no hubo continuación de la primera sociedad, cuya indivisión es el supuesto fundamental de ésta, como tampoco viene obligado á entregar los bienes gananciados con su industria. (F. 1.º DE SECUNDIIS NUPTIIS).

Si el marido ó la mujer muriesen antes de practicarse la división, ésta, según Franco y Guillén, debe hacerse del siguiente modo: 1.º Sacando las dotes y capitales que cada cónyuge del primero ó segundo matrimonio hubiesen aportado al segundo consorcio, ya sean sitios ó muebles, llevados estos últimos como sitios (Ob. 23 DE JURE DOTIUM), así como se extraerán los que cada uno de aquéllos adquirió por título lucrativo; 2.º También se sacarán las ventajas forales de cada consorte; hecho esto, los muebles y bienes comunes se dividen por mitad entre los herederos del segundo consorte y el sobreviviente (Ob. 3.ª DE SECUNDIIS), división que igualmente se hará con las joyas que de los bienes comunes hubiese regalado el marido á la segunda mujer, si no tienen la consideración de *ventajas*. Los bienes comunes que en concepto de las mitades anteriores hubiesen correspondido á los herederos del difunto se partirán de nuevo con los del primer consorte, á excepci3n de las ventajas (Observancia 3.ª DE SECUNDIIS NUPTIIS), pero si tales bienes comunes fuesen muebles y constase que fueron aportados por la primera mujer se dividirán por mitad con los herederos del marido, distribuyéndose nuevamente la otra mitad entre los herederos de la segunda mujer (Observancia antes citada).

Se dan las reglas anteriores como aplicables al caso de que el marido muera antes de practicarse la división, pero no hay razón alguna que las excluya, como dice Azpeitia, cuando ocurra el óbito de la mujer, y de consiguiente entendemos que, lo mismo falleciendo uno que otro consorte, son aquéllas de aplicación, por paridad de motivo y porque la justicia lo impone, reglas que también deben tenerse en cuenta tratándose de divisiones de terceras ó ulteriores sociedades conyugales, pero la división ha de comenzar por la última, siguiendo orden inverso de antigüedad.

Todo cuanto queda dicho se reduce á lo siguiente: en esa liquidación y división de las sociedades legales continuadas se han de sacar los bienes sitios aportados por cada cónyuge, por lo mismo que son suyos exclusivamente, gozando de preferencia los dotales de las mujeres, comenzando por los de la última, así como deben sacarse las ventajas forales y las adquisiciones á título lucrativo de cada consorte, porque no corren la suerte de esa sociedad. Deducido

todo esto del cúmulo, cuanto quede, satisfechas las deudas, puesto que son de previo pago, se divide por mitad entre los herederos del último matrimonio, cuyos esposos hubieren muerto antes de la división; la mitad de los correspondientes á los herederos del marido (en el supuesto de que éste fuese el que repitió nupcias) se divide de igual modo con los herederos de la nueva mujer, con lo cual resulta, como dice Azpeitia, «una especie de progresión geométrica en que las porciones correspondientes á los herederos del cónyuge del primer matrimonio que pasó á contraer ulteriores nupcias, pueden expresarse por  $\frac{1}{2}$ ,  $\frac{1}{4}$ ,  $\frac{1}{8}$  y  $\frac{1}{16}$ , según que sean uno, dos, tres, ó cuatro el número de matrimonios contraídos».

## CATALUÑA

### Capítulos matrimoniales

Como hace observar Durán y Bas: «En Cataluña pasa algo semejante á lo que ocurrió en la antigua Roma: la identificación del patrimonio con la familia».

Esta idea, admirablemente expuesta, refleja el sentido y alcance del régimen jurídico-económico del Principado catalán, á saber: la previsión, el ahorro, el interés por perpetuar el lustre y nombre de las familias, así como el de estimular á los hijos en el trabajo para que con el tiempo y privaciones puedan crearse un porvenir.

Las capitulaciones matrimoniales, á modo de tablas fundacionales de la familia, son frecuentes en Cataluña. Preocupa á los padres y á los contrayentes la creación de un nuevo hogar con las necesidades que impone y los deberes que se tienen para con la prole. De ahí los pactos que en los capítulos se establecen, unos referidos á los contrayentes entre sí, otros á las relaciones entre los contrayentes y sus respectivos padres. Estos últimos toman el carácter de donaciones, que en su lugar trataremos. En la presente sección nos ocuparemos de los primeros.

### Donaciones esponsalicias

Son las que en Roma se conocieron con el nombre de SPONSALITIA LARGUITAS.

Es frecuente, por no decir constante, que los futuros consortes, una vez proyectado el matrimonio, se hagan regalos, consistentes en alhajas de mayor ó menor valor que el novio da á la novia, como sortijas, á las que ésta corresponde con botonaduras de oro, leontinas para reloj ú otro objeto semejante. De estas larguezas esponsalicias trata la ley 15 del Código DE DONAT. ANTE. NUP. Las familias de los prometidos acostumbran á hacerles obsequios.

Tanto uvas dádivas como otras tienen por condición tácita la celebración del matrimonio concertado; si éste no se verifica por mútuo desestimiento, la donación se rescinde; aquellos contrayentes recobran lo suyo, lo mismo que sus familias; pero si la culpa es imputable á uno de ellos, pierde lo donado, á menos de que sea menor de edad ó haya tenido justa causa para apartarse de su promesa (Leyes 5.<sup>a</sup> y 16 de Código DE DONAT. ANTE. NUP.; 2.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> DE SPONS.; 56 del Código y 38 del Digesto). Si hubiere mediado ósculo, el varón pierde la mitad en favor de la mujer, en el caso de que ésta hubiera sido la causante del desestimiento. (Ley 15 del Código DE DONAT. ANTE. NUP.)

Efectuado el matrimonio, la donación es irrevocable por haberse cumplido el hecho que le dió origen; disuelto aquél, las cosas donadas quedan de libre disposición del donatario. (Leyes 8, 9 y 13 Código íd.)

No se comprenden en las reglas anteriores las joyas y demás objetos que por razón del matrimonio entrega el marido á la mujer para que durante el mismo se presente más adornada (Vives, tomo II páginas 242 y 243).

El Derecho canónico, como supletorio, en primer lugar y el Derecho romano, también con el mismo carácter, muy especialmente, regulan esta materia. Se acostumbra en Barcelona y en otros puntos del antiguo principado, á que el marido entregue á su consorte joyas ó alhajas en relación con su fortuna, unas veces á la proximidad del casamiento y otras después de efectuado. En el primer caso, las joyas, que ya no son regalos esponsalicios como aquellos de que hemos hablado, sino dádivas antenuupciales, pasan en absoluta propiedad á la mujer, á menos de que medie presunción en contrario; en el segundo, el marido retiene la propiedad; la esposa solo conserva el disfrute, honrando su persona y la de su consorte, bien que, en este punto, falta unanimidad en el sentir de los tratadistas; pero la costumbre es que los maridos no dispongan de esas joyas, conservándolas la viuda para que pasen, bien al heredero y éste las entre-

gue á su mujer que se adorna con alhajas de sus ascendientes, por afinidad, bien las distribuya entre sus hijas en vida ó por muerte, á título de legado.

### De la «joya»

A falta de presunción de donar, la mujer ha derecho á las joyas medianas. Desde luego lo tiene al anillo nupcial y á los vestidos de uso cotidiano. Las demás joyas y vestidos costosos, disuelto el matrimonio, deben restituirse al marido ó á sus herederos.

La joya mediana ó sea aquella que ni es la mejor, ni la peor, corresponde en propiedad á la viuda, caso de que los bienes del marido sean suficientes para el pago de las deudas; si repite nupcias debe reservarla, así como el anillo nupcial, para los hijos del matrimonio con cuya ocasión las obtuvo. Queda al arbitrio judicial determinar, en cada caso, cual es la joya mediana.

### Dotz

Tres son los sistemas que pueden regular el régimen jurídico-económico de la familia: el de comunidad, el dotal y el de gananciales; además está el de separación de bienes como castigo, impuesto por el art. 50 del Código civil.

El segundo de éstos es el imperante, por regla general, en Cataluña y, decimos imperante, porque en aquel principado vemos los tres.

Con efecto; en Tarragona existe la sociedad á compras y mejoras, caso de pactarla los cónyuges, por la cual se reparten éstos entre sí las ganancias en la misma proporción, si no media pacto especial en contrario. En esta asociación pueden entrar los ascendientes.

En el campo de Tortosa existe generalizada, así como en Lérida y en el Valle de Arán, la sociedad conyugal, con el nombre de asociación ó acogimiento á compras y mejoras, semejante á la institución de gananciales, y en la misma Tortosa puede haber, no solo esos tres sistemas, sino aquel en que la mujer nada adquiere por no llevar al matrimonio bienes de ninguna clase.

Aparte de estas singularidades, el régimen dotal es, como hemos dicho, el dominante en aquel principado.

No somos partidarios de él; opinamos con Troplong que lo considera inferior al de gananciales. Creemos que el matrimonio no es solo unión personal de varón y de mujer, sino—como dijo Ulpiano—*CONSORTIUM OMNIS VITÆ DIVINI ET HUMANI JURIS COMUNICATIO*. Puesto que los derechos se comunican, si no establece este régimen foral la comunidad de bienes, no es mucho pedir que, entre los esposos, ambos se repartan las ganancias ó conquistas obtenidas durante el matrimonio, puesto que la mujer contribuye á formar, con el marido, un capital en la familia, donde deposita sus ahorros, sus penalidades y previsiones, de cuya participación, ni ella ni sus herederos deben ser privados.

Aparte esta digresión, estudiemos las instituciones económico-familiares de aquel principado.

La dote es la donación que la mujer ú otra persona en su lugar, hace al marido al efecto de que pueda sobrellevar las cargas del matrimonio (*Ley últ. Cód. DE DONAT. ANT. NUP; ley 20 DE JURE DOTIUM*).

Existe allí esta institución, como en Roma, clasificada la dote en profecticia, adventicia y mixta, según la procedencia de los bienes; estimada é inestimada en cuanto á los derechos que atribuye, y mueble ó inmueble, teniendo en cuenta la naturaleza de aquéllos.

Existe, además, la división de la dote en voluntaria y necesaria, esta última es la que los padres deben hacer, siendo su cuantía máxima lo que por legítima le corresponda á la hija, pues no puede perjudicar á sus hermanos y, como mínima, ha de ser cóngrua, considerando como tal la proporcionada á los haberes del donante y á la riqueza y calidad del marido, sin que sea cierto—como advierte Durán y Bas,— que nunca debe exceder, cuando se obliga al padre á darla, de lo que pudiera corresponder por legítima á la hija, según el valor que á la sazón tenga el patrimonio del donante, sentir éste disconforme del de Fontanella. La cantidad de la dote dada por el padre se regulará, atendidos sus haberes y la calidad y riqueza del marido (*Leyes 60 y 69 del DIG. DE JUR. DOT.*)

Si el padre ó la madre constituyen la dote se entiende pagada á cuenta de la legítima de ambos.

Cuando la dote es constituída por el padre ó por los ascendientes paternos con sus bienes propios, llámase profecticia; si lo es por la mujer (pues ésta puede constituirla antes ó después del matrimonio, sea ó no mayor de edad, como autoriza la ley 5.<sup>a</sup> del *DIG. DE JUR. DOT.*) llámase adventicia, y el mismo carácter tiene la consti-

tuída por la madre ó los ascendientes maternos. La dote dada por el padre solo es profecticia si se constituye en bienes de su propiedad, en cumplimiento de la obligación que la ley le impone (ley 5.<sup>a</sup> DIG.) obligación que no tiene la madre, á menos de que sea rica ó hereje y el padre pobre (ley 14 del COD. DE JUR. DOT.); ésta prescribe, además, que el marido no puede dotar á las hijas con los bienes de su consorte, sin consentimiento de ésta.

Se entiende que el padre constituye la dote de lo suyo, á menos que exprese hacerlo también de los derechos maternos ó adventicios de la hija, especificando en qué cantidad, respectivamente, lo verifica, con la debida distinción, pues, en otro caso, la totalidad de esa donación recae á su cargo, y solo responderán los derechos maternos ó bienes adventicios de la hija, cuando no sean suficientes los de su padre (ley 5.<sup>a</sup> del DIG. DE JUR. DOT.; ley últ. Cód. DE DOT. PROMIT.)

Hemos dicho que la misma mujer puede constituirse dote, en cuyo caso se ofrecen estas dos situaciones: Que esté sujeta á patria potestad, ó que no lo esté; si lo primero necesita la autorización del padre ó madre, así como, siendo de menor edad, debe mediar la autorización de su curador, el cual deberá prestarla si es proporcionada la dote á la fortuna y calidad de los futuros esposos (ley 28 del Cód. de JUR. DOT.; ley 60 DIG.) Si fuese mayor de edad y, por ende, no sujeta á patria potestad ni á guarda, puede ella constituir la dote, puesto que goza de la FACULTAS AGENDI. Lo dicho, respecto á la intervención del curador, se ha de entender subordinado á lo que el Código civil preceptúa, en orden al funcionamiento de la tutela, debiendo aplicarse las disposiciones de la ley Hipotecaria en lo referente á la constitución de hipoteca legal que el marido debe constituir en garantía de los intereses de su mujer.

El derecho que ésta tiene á constituir la dote, consagrado por la legislación foral catalana, no aparece definido en el Código civil, el cual solo autoriza dotar á los padres y parientes de los esposos y á las personas extrañas á la familia, antes ó durante el matrimonio, así como al esposo, unicamente antes del consorcio, pero no después (art. 1.338).

Aunque la hija sea rica, su padre debe dotarla, porque la obligación de dotar no se funda en la patria potestad, sino en el cariño del padre á su hija, en el que no influye para nada la posición de ésta, por más que al estimarlo así, parece cometerse una infracción de las leyes romanas, según las que interesaba á la República tuvie-



sen las mujeres salvas sus dotes, para que pudieran casarse, y como la que es rica no necesita esa donación, autores respetables han entendido que carecía de derecho á pedirla.

Hemos dicho que la obligación de dotar no proviene de la patria potestad y que su fundamento estriba en el afecto fraternal, y así lo reconoce el Código de Justiniano en su ley 7.<sup>a</sup> tít. XIV, lib. V, dispositiva de que el padre tiene la obligación de dotar á la hija emancipada. Por ese mismo fundamento debe dotarse tanto á la hija pobre como á la rica, ya esté casada, ya soltera, obligación extensiva á la que profese en una orden religiosa, porque esto equivale á tomar estado (en su acepción general), uno de los fines de la dote.

La que se casa sin licencia de su padre no es merecedora de que se la dote, y así lo prescriben las Constituciones de Cataluña, 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>, tít. I, lib. V, vol. I, disposición llevada al art. 1.340 del Código civil.

Los autores catalanes, estudiando la ley 44, tít. III del *DIG DE JURE DOTIUM*, discuten acerca de si el heredero del padre tiene obligación de constituir la dote. Enlazado esto con el supuesto de que el padre puede haber hecho donación universal á su hijo en forma de heredamiento, éste, en cumplimiento del pacto que suele establecerse en las capitulaciones matrimoniales, debe cumplir aquella obligación, á menos de que el padre se haya obligado á cumplirlas con los bienes donados, si se hubiese reservado este derecho con cargo al heredamiento.

Muerto el padre, la hija no tiene de su heredero más que el derecho de pedir que de la herencia del padre le sea pagada la legítima.

Por las leyes romanas el abuelo paterno—puesto que ejercía la patria potestad sobre sus descendientes—estaba obligado á dotar á la nieta, pero dispuso la constitución única, tít. VIII, libro VII, vol. I (que forma el cap. XVII de las Cortes de Perpiñán, siglo y medio antes de darse la ley 47 de Toro), que, por el matrimonio del hijo con consentimiento de su padre ó persona bajo cuya potestad se hallaba, quedaba emancipado, y claro que ya no podía tener el abuelo esa obligación de dotar á la nieta, toda vez que sobre ésta no ejercía ningún poder.

Discuten también los autores si el hermano rico debe dotar á su hermana; el sentir general es que, si no se ha obligado á ello por las capitulaciones matrimoniales, no se le puede exigir la constitución de dote, por más que queda tenido al cumplimiento del deber de ali-

mentarla, si el heredero de su padre cumple con pagar á su hermana la legítima, cosa distinta de la de constitución de dote.

El que se obligó á constituirla, á título de heredero ó legatario ó por virtud de contrato, debe hacerlo, toda vez que, por la adición de herencia, el sucedáneo carga con el cumplimiento de las condiciones lícitas y posibles que le fueron impuestas, y, por razón del contrato, que debe cumplirse en todos sus términos.

Por el Usatge SI QUIS VIRGINEM, tít. VIII, lib. IV, vol. I, de las Constituciones de Cataluña, viene obligado el estuprador á constituir dote á la doncella, cuando no se case con ella, disposición que la vemos incluída en los arts. 464 y 492 del Código Penal, dispositivos de que el raptor, el bigamo, el forzador, el que comete delito de estupro, el que, á sabiendas, contrae matrimonio con impedimento dispensable ó no, el adoptante que lo contrajere con sus hijos ó descendientes adoptivos y el tutor que lo contrajere con la persona que tuviere ó hubiere tenido en guarda, á no ser que el padre de ésta lo hubiese autorizado, tienen obligación de dotar á la mujer, á cuyo cumplimiento deben ser condenados.

El tít. III DE JUR. DOT. lib. XXIII del Digesto, impone al curador y al tutor la obligación de dotar.

Hemos dicho que la mujer puede constituir su dote en todos sus bienes presentes y futuros ó solo en los presentes ó en una parte de ellos (ley 1.<sup>a</sup> Código DE JUR. DOT.) En esa dote puede comprenderse el crédito que la mujer tuviere contra el marido (ley 46 del DIGESTO DE JUR. DOT.) Puede resultar que la dote constituída por una mujer menor de edad sea excesiva—¡que á tanto le lleven los impulsos del cariño surgidos en su inexperiencia, no obstante el concurso de sus padres ó tutor!—en cuyo caso puede pedir su reducción, como le autoriza la ley 61 del DIGESTO DE JUR. DOT.

### Forma de la constitución dotal

Como hace observar Planas y Casals (pág. 1.079 de su obra «Lecciones de Derecho Civil») la donación dotal casi invariablemente se hace constar del siguiente modo: «Los consortes (nombres y apellidos de ellos), padres de la contrayente, por el amor que profesan á su hija (nombre de ella), y en contemplación al presente matrimonio otorgán á la misma donación (relatando los bienes donados ó la cantidad) en concepto de dote, cuya donación se entiende en

pago de sus derechos legítimos paternos y maternos. Yendo esta cláusula generalmente acompañada de otra, en la cual se dice que la cantidad que se da á la hija por razón de dote, podrá disponer si muere con hijos ó con tales que llegan á la edad de testar pudiendo solo disponer en caso contrario de la parte de la donación que en esta cláusula se fija».

«La hija acepta la donación como muestra de gratitud y mediante ella renuncia á su legítima paterna y materna, parte de esponsalicio y demás que puede pretender de sus padres donadores, salvo el derecho de futura sucesión. Los términos pueden variar según el Notario que la redacte ó las indicaciones que hagan las partes, pero en su esencia se redactan en la forma indicada y después de la constitución de la dote, la hija, con consentimiento y beneplácito de sus padres donadores, constituye á su futuro marido y padres de éste, si intervienen como suele suceder, en dote aquella cantidad que en concepto de tal sus padres le habían donado, y el futuro marido y sus padres firman carta de pago á la mujer y á sus padres, cuando la cantidad se entrega, porque á veces es solo promesa de entregarlo en determinado plazo, y también al recibirla constituye hipoteca para su aseguramiento, teniendo también lugar la constitución del esponsalicio».

Lo arriba copiado nos da pié para decir que, además de las clasificaciones de la dote expresadas en la anterior sección, está la de prometida, entregada y confesada.

En la prometida, una vez celebrado el matrimonio, tiene derecho el marido á pedir la entrega de la misma, sin que puedan retardarla los que la hayan constituido con la oferta de pagar sus intereses. (Ley últ. del Código DE JUR. DOT.) Si dicho pago ó entrega no se hubiese verificado, deberán abonarse al marido los intereses legales de la dote. (Ley 31, párr. 2.º del Código íd. Decret. capítulo XVI DE USUR., vol. V).

Puede hacerse la constitución de dote á favor del marido, de su padre ó de cualquiera otra persona, con tal que lo consienta el primero y resulte hecha en su utilidad. (Ley 46 DIG. DE JUR. DOT.; ley 3.ª Código DE DOT. CANT. NON. NUM.) Esto de constituir la dote á favor del padre, del marido ó de otra persona, (cuyo objeto no puede ser otro que robustecer el organismo familiar) no lo vemos en el Derecho común.

La constitución dotal, verificada antes del matrimonio, no tiene efecto si éste no se realiza. (Leyes 17, 21 y 58 del DIG. DE JURE

DOTIUM). Y se explica este ordenamiento, porque se trata de una donación causal; la dote se constituye para levantar las cargas del consorcio conyugal; si éste no se celebra, aquélla no tiene objeto y deberán quedar las cosas al ser y estado que tenían antes de constituirse, por virtud del incumplimiento de la condición visceral ó tácita del contrato.

En éste pueden establecerse toda especie de pactos y condiciones no opuestos á las leyes, á la moral ó á la naturaleza de la dote (ley única, Código, DE REI UXOR, act.)

De consiguiente, con arreglo á este criterio legal, son nulos los siguientes pactos: 1.º Que no puede instarse la restitución de las cosas donadas ó hurtadas por alguno de los cónyuges (ley 5.ª, DIG.; DE PACT. DOT.) 2.º Que, disuelto el matrimonio, deba restituir el marido, juntos con la dote, los frutos que, durante el mismo, hubiere recibido (ley 4.ª DIG. íd.) 3.º Que no se abonen al marido los gastos necesarios que hubiese hecho para la conservación de las cosas dotales (ley 5, DIG. íd.) 4.º Que, disuelto el matrimonio, la restitución de la dote se retarde más de lo que corresponda según su naturaleza (ley 17 DIG. íd.) 5.º Que el marido sea solamente responsable de los daños y perjuicios provenientes de su dolo (ley 6 del DIG. ídem), pero entendemos que esto se refiere al caso á que sean varios culpables de dolo, para que no cargue solo el marido con esta responsabilidad. 6.º Que el marido dé fiadores para asegurar la conservación y restitución de la dote (Código DE FIDEJ. VEL MANDAT. DENTUR). Esta prescripción parece que está reñida un tanto con el derecho que la mujer tiene á exigir hipoteca legal que asegure la restitución de la dote.

El padre donante y sus herederos son responsables, en caso de evicción, de las cosas constituídas en dote (ley 1.ª Código DE JURE DOTIUM), debiendo significar que los frutos de ésta, percibidos antes de la celebración del matrimonio, ceden en su aumento, á menos de haber mediado pacto en contrario (ley 7.ª, DIG. de íd.)

Nos explicamos las anteriores prescripciones. Puesto que la dote es una deuda del padre ó del heredero de éste, en su caso, toda vez que constituye un anticipo de la legítima, el donante responde de la evicción de la cosa dotal y del saneamiento de la misma, pues, de otro modo, resultaría perjudicada la hija.

Los frutos de los bienes, antes de constituirse en dote, puesto que tienen la condición de percibidos, pertenecen al donante; pero, hecha la constitución dotal y establecido con esto un estado de de-

recho solo ineficaz si el matrimonio no se contrae, los frutos percibidos de esa dote acrecen, de derecho, á la misma y ceden en su aumento por mérito de presunción, bien que ésta se destruye mediante estipulación en contrario, en justo respeto al principio, PACTA SUNT SERVANDA.

Del mismo modo, corren de cuenta de la mujer los aumentos ó disminuciones y la pérdida que hubiere sufrido la cosa dotal, estimada ó inestimada antes de la celebración del matrimonio.

No terminaremos este punto sin decir que, según el ilustrado Notario de Reus D. Arturo Corbella, en Cataluña no hay ley alguna que fije la cantidad de la dote obligatoria, siendo de aplicación, en este punto, como derecho supletorio, lo dispuesto en el art. 1.341 del Código civil. ¿Quiéreme decir esto que no haya costumbre? Habiéndola y probándose, como deben probarse los hechos, prevalece sobre el Código, en cumplimiento de lo que prescribe el art. 12 de este cuerpo legal. Así, por lo menos, lo entendemos.

#### Bienes en que debe consistir la dote

Existen dudas en la legislación catalana respecto á este punto, en cuya resolución no concuerdan los fueristas, pues, según una constitución muy antigua, el heredero puede pagar la legítima en dinero ó en fincas hereditarias, y como la dote es un anticipo de legítima, resulta concluyente que puede satisfacerse de esta manera, y así también lo declaró el Tribunal Supremo en Sents. de 12 de Diciembre de 1862 y 4 de Mayo de 1886, sentando la doctrina, por la de 20 de Junio de 1868, de que, en el caso que se hubiese prometido la dote en dinero, no expresando que se reciba en pago de legítima, el que la prometió viene obligado á pagarla en tal forma pero si se hubiese expresado que sea como pago de legítima sin determinar la forma á que él puede optar entre constituirla en dinero ó en fincas del patrimonio.

Nos parece muy atinada esta jurisprudencia: el derecho de la hija consiste en que se le entregue su legítima y solo su legítima por vía de dote, siñ que le sea permitido determinar la clase ó naturaleza de las cosas en que deba consistir la dote; esto solo debe corresponder al obligado á pagarla; pero, expresándose que sea en dinero, de esta manera debe satisfacerse, en debido respeto al principio PACTA SUNT SERVANDA.

Puede ocurrir que se constituya la dote en cosas sujetas á fideicomiso, y, á este respecto, dice Planas y Casals lo siguiente: «En este caso como el que posee el patrimonio no tiene derecho perfecto sobre estos bienes, se ha entendido que para constituir con ellos dote válida y que surta efectos legales son necesarias ciertas circunstancias: 1.<sup>a</sup> que sea fideicomiso creado por el abuelo en el que establezca que los bienes pasen á los nietos en caso de que su heredero muera sin hijos, porque si proviene de otra persona, este derecho no existiría; 2.<sup>a</sup> es preciso que se trate solo de constituir dote con sus apéndices de ropa y muebles, pero no otra donación que se haga en concepto de capitulaciones; y 3.<sup>a</sup> que si el que constituye la dote adquiere después bienes de su propiedad con los cuales pueda pagar aquella dote, debe restituir al patrimonio sometido al fideicomiso los bienes que destinó para pagarla, á fin de que quede íntegro el patrimonio ya que falta la base para la detracción de la dote, y es preciso que los bienes se imputen en primer lugar, de los derechos que el poseedor del fideicomiso tenga sobre él, como son la legítima y la cuarta trebeliánica, porque como esta parte es libre, es preciso que de ésta precisamente se saque la dote».

### Comparación del Derecho catalán con el común

En el primero, la dote se suele constituir en bienes ó en dinero, mientras que, por el segundo, según prescribe el art. 1.342 del Código, los padres pueden cumplir la obligación de dotar, entregando á su hija una renta anual, como frutos ó intereses del capital.

Además, en Cataluña no se limita la dote, como se limitó en Castilla por la Pragmática de D. Carlos y D.<sup>a</sup> Juana de 1.534, incluida en la ley 6, tít. III, lib. X de la Novísima Recopilación, fundada en el desorden y daños que causaban las dotes excesivas, por cuya razón, la de 200 á 500.000 marevedises de renta no podía exceder, para cada una de las hijas legítimas, de un cuento. De manera que debía ser proporcionada á la posición social del padre que la otorgara, pero nunca podía exceder de la legítima, pues, ni tácita, ni expresamente podía entenderse mejorada aquélla ni en tercio ni en quinto.

En cambio, en Cataluña no existió esa limitación, y aún cuando, según dice Fontanella, se trató de fijar un límite á la dote en las Cortes de 1599, si existió este proyecto no llegó á realizarse y, por

tanto, careció tal donación de tasa máxima, sin duda porque allí no se cometieron los abusos, que, por aquella Pragmática, se trataron de cortar, sin que el Derecho llamado castellano fijase el *mínimum* de la dote, por más que debiera ser proporcionada á la riqueza y posición social de los padres, que es precisamente también lo que dicen las leyes y los autores catalanes, añadiendo que esa proporción se ha de hacer, atendiendo á la dignidad del marido y corresponde á los Tribunales fijarla en cada caso.

Lo saliente en la comparación de estas legislaciones es que, por el Código civil, la dote obligatoria consiste en la mitad de la legítima rigurosa presunta (art. 1.341) y que la hija si poseyese bienes equivalentes á esa mitad no tiene derecho á exigir la dote y que si el valor de éstos no llegara á ese tipo, suplirá el donante lo que falte para completarlo.

Explícate esa diferencia teniendo en cuenta el fundamento de la obligación de dotar, según dichas legislaciones, pues en la llamada castellana, es inherente á la patria potestad y al deber del padre para con su hija, de que ésta no carezca de los medios necesarios para su subsistencia y hasta la del matrimonio, en lo posible, y claro que si ella tiene recursos propios que cubran la mitad de la legítima presunta, queda dispensado el padre de esa obligación.

No ocurre así en Cataluña: según se desprende de su derecho, el fundamento la obligación de dotar es de carácter moral, mejor, consecuencia del cariño que el padre debe profesar á su hija, y aunque esté emancipada y sea rica, aquél tiene que hacerle esa donación, cuando menos en lo que los Tribunales fijen, atendiendo al caudal del obligado y á la dignidad del marido. Pero á veces ocurre que no se da á la hija lo que tendría derecho á obtener como legítima y aún no se le permite disponer de cierta cantidad en el caso de morir sin hijos; en estas condiciones, la donación es válida, una vez aceptada, soliendo renunciar, á veces, la donataria, con juramento, á todo lo que por razón de legítima, suplemento de ésta y demás derechos que pudiera pretender sobre los bienes de sus padres, salvo el derecho de futura sucesión, dándose algún caso de que la cantidad recibida por vía de legítima no equivalga á la que le corresponda percibir á la muerte del padre.

Claro que, con esa aceptación, puede sufrir perjuicio la donataria, y para remediarlo, el Derecho catalán tiene fórmulas saludables, y son las siguientes: Si la donación es inferior á la legítima ó se halla ésta sujeta á condición resolutoria, puede pedir la hija que se le

complete, pues los padres no pueden privarle de un derecho que emana de la ley, salvo el caso de desheredación. Esto en el supuesto de que no haya mediado renuncia, en la inteligencia de que puede exigir aquel suplemento del heredero, por ser éste el continuador de la personalidad del causante. Mediando renuncia, hay que distinguir si ésta se ha hecho sin ó con juramento. En el primer caso cabe pedir el suplemento siempre que resulte lesionada en sus derechos; de manera que tal renuncia se tiene por no hecha, precisamente por que, atendiendo á la edad de la hija, generalmente joven, sin experiencia de la vida, al respeto que debe á sus padres y al deseo de mantener con éstos las consideraciones y deberes que impone tan estrecho parentesco y á otras circunstancias surgidas de las intimidades del hogar, pueden llevar á esa donataria á renunciar derechos en su contra y de los del matrimonio, por obra del cálculo injustificado y acaso por el dolo del donante; mas como esto es contrario á la moral, semejante renuncia no debe admitirse. Mediando juramento, la hija no tiene derecho á pedir suplemento de legítima, pero ese vínculo religioso puede absolverlo el Tribunal eclesiástico, atendiendo y apreciando en conciencia las circunstancias especiales en que fué contraído para dar eficacia á la renuncia.

Para ilustrar más este punto, importa citar las sentencias del Tribunal Supremo de 1.º de Septiembre de 1863, 21 de Octubre de 1865 y 21 de Febrero de 1866, declaratorias de que, según el Usatge OMNIS CAUSÆ, puede la hija pedir el suplemento de legítima, á pesar de su renuncia, y que según la Sent. de 21 de Abril de 1875, el plazo de 30 años que dura esta acción, debe contarse desde el momento en que muere el padre, que es cuando puede la hija reclamar su legítima; de modo que antes no puede hacerlo, á juzgar por esta doctrina.

Ya hemos dicho que cabe la absolución del juramento por el Tribunal eclesiástico, requisito que debe cumplirse antes de presentarse la demanda de suplemento, so pena de que se proponga por el demandado, una excepción dilatoria, según advierte Planas y Casals, la cual no vemos comprendida en el art. 533 de la ley de Enjuiciamiento civil, pues las que con ella tienen parecido son la 5.ª y 7.ª y sin embargo no encajan en el caso, supuesto á que la absolución del juramento no es, en realidad, LITIS PENDENTIA, y la reclamación ante el Tribunal eclesiástico ni es pleito contra la Hacienda pública, ni se sigue con ella vía gubernativa. No obstante esto, rindiendo nuestro juicio ante el de tan eminente maestro, creemos que puede



darse excepción dilatoria contra la demanda, cuando no se hubiese obtenido la absolución del juramento, pero más encajaría la perentoria de SINE ACTIONE AGIS, porque en tanto tiene la hija derecho á pedir ese suplemento, en cuanto este quede relajado por el Tribunal eclesiástico.

Además de las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas, confirman la doctrina contenida en éstas las de 21 de Septiembre de 1866 y 19 de Junio de 1868, ajustada al cap. II del título DE PACTIS, del Sexto de Decretales, siendo de añadir que, según la sentencia de dicho Tribunal, su fecha 23 de Enero de 1879, los hijos pueden pedir que se invalide la renuncia hecha por su madre y acudir al Tribunal eclesiástico para que, á pesar del juramento de ésta, se les entregue la legítima á que tienen derecho.

En todo esto hay un fondo moral altamente sugestivo y edificante.

### Efectos jurídicos de la dote

Vamos á estudiar los derechos que en esta donación causal tienen marido y mujer.

En la dote estimada, ó sea la que causa venta y constituye VINDICATIONIS AUT TAXATIONIS CAUSA, celebrado el matrimonio adquiere el marido el dominio irrevocable y pleno de las cosas que la forman (leyes 1, 7 y 62 DIG. DE JUR. DOT.) Si consiste en dinero, tiene derecho el marido á disponer de él como mejor le plazca, sin que queden en condición dotal las cosas compradas con el mismo (ley 12 Código, DE JUR. DOT. y ley 1.<sup>a</sup> Código DE SERV. PIGN. DOT.)

La dote inestimada no causa venta; la mujer es dueña de los bienes en que se halle constituida, correspondiendo al marido la administración, debiendo aplicarse los frutos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Celebrado éste, el marido tiene derecho á percibir todos los créditos y utilidades que puedan considerarse como frutos durante el consorcio (leyes 7.<sup>a</sup> y 11 Código DE JURE DOTIUM). Esto en cuanto á los productos ordinarios, porque respecto de los extraordinarios de la cosa dotal inestimada, como los que resulten de la venta de árboles abatidos por la fuerza del viento ó de materiales de un edificio arruinado no pertenecen al marido, sino que su producto líquido acrece á la dote (leyes 7.<sup>a</sup> DIG. DE SALUT. MATR., 8.<sup>a</sup> y 18 DIG. DE FUND. DOT., y 4.<sup>a</sup> y 32 DIG. DE JURE

DOTIUM). Esta disposición es muy justa, porque con esos productos extraordinarios se resta el capital de la mujer.

Consecuencia de la naturaleza de esta dote es que todos los aumentos y disminuciones que durante el matrimonio hubiesen tenido las cosas, corren de cuenta de aquélla, ya que es la propietaria (ley 10 DIG. ídem).

Y cosa particular: el marido, que solo es el administrador de la dote inestimada, puede ejercitar las acciones y excepciones que le corresponderían en el caso de tener el dominio de la misma (ley 7 DIG. ídem. y ley 11 Código, ídem); prescripción muy acertada, porque, como tal administrador, tiene deberes que cumplir en el matrimonio, aplicando los productos al levantamiento de sus cargas. Y puesto que es administrador, debe proceder con el mismo cuidado y diligencia que lo haría con sus bienes y responde de los deterioros ocasionados en la cosa dotal inestimada, si no procede con ese celo (ley 17 DIG. ídem), así como de los daños y perjuicios que se sigan á la mujer por no haber exigido á su tiempo la entrega ó satisfacción de la dote, excepto en el caso de que deba pagarla la misma mujer (nadie debe aprovecharse de su culpa ó negligencia), su padre ó una persona que hubiese hecho la constitución dotal por mera liberalidad (ley 33 DIG. DE JUR. DOT.), excepciones muy puestas en razón: la primera, para que con el litigio no se relajen los vínculos de la sangre; la segunda, porque si la dote se debe á mera liberalidad, no pasa de ser una largueza, á cuya sombra no cabe hacer responsable al marido de daños y perjuicios por no entregarse lo que se prometió á la mujer; sin que ésto excluya el derecho del marido á reclamar la dote, ejercitando, al efecto, las acciones de que hemos hablado.

Respecto á la garantía de la dote estimada, tanto mueble como inmueble, y á la inestimada mueble, puede verse lo que decimos en el cap. XI del tomo III de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial».

### Enajenación de los bienes dotales inestimados

La finca dotal inestimada no puede enajenarse ni estimarse por el marido, aunque sea con el consentimiento expreso y jurado de la mujer, á menos de que medie mandato de la ley ó del Juez. Así lo dispone la ley 13 DIG., DE FUND. DOT., la única Código DE REI

UXOR. AC. el cap. II DE JURE JUR. IN SEXTO y el RECOGNOVERUNT PROCERES, cap. X. El RECOGNOVERUNT PROCERES obliga en Barcelona y demás lugares que gozan de su privilegio, y el Sexto de Decretales rige en todo el Principado.

Dispuso el art. 188 de la ley Hipotecaria anterior, contradictorio de los citados textos, que los bienes de la dote inestimada podían enajenarse en los casos en que las leyes lo permitiesen, á nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, y que si el marido ó la mujer fuesen menores de edad, debían seguirse en la enajenación las formalidades establecidas en la ley de Enjuiciamiento civil. Las palabras que emplea dicho artículo «en los casos en que las leyes lo permitan» hicieron creer que la ley Hipotecaria, á pesar de su carácter general y obligatorio en toda España, había respetado el Derecho catalán contenido en las anteriores citas, sin advertir los que así lo entendían que son cosas distintas la facultad de enajenar y «los casos en que esto lo permitan las leyes», y disponiendo la ley Hipotecaria que la enajenación de la dote debe hacerse, no indistintamente por marido y mujer, sino á nombre y con expreso consentimiento de ambos, fundado ésto en que uno tiene la administración y la otra conserva la propiedad de los bienes, se consideró—de cuya opinión participamos—modificada la legislación foral en este punto, y como por otra parte el art. 1.361 del Código civil ha introducido innovación en aquél estado de derecho constituido por la ley Hipotecaria, á sus términos hay que atenerse, como se dice en la resolución de la Dirección general de 15 de Noviembre de 1889.

De manera que lo vigente hoy es la facultad de la mujer para enajenar, gravar é hipotecar los bienes de la dote inestimada. Si fuese mayor de edad, necesita licencia de su marido, puesto que éste ejerce facultades conservativas respecto del patrimonio de ella; pero si fuese menor de edad, para que no corran peligro sus intereses, librándola acaso de las asechanzas y coacción que en su ánimo ejerza su marido, además de la licencia de éste, como supuesto de la relación de dependencia en que se halle colocada dentro del hogar, necesita licencia judicial, fundada en motivos de necesidad, ó de utilidad, é intervención del padre ó madre de aquélla ó del que hubiere dado la dote, del tutor, protutor, consejo de familia ó cualquiera de sus vocales, para que puedan exigir de su marido la constitución de la hipoteca dotal con carácter especial y expreso.

Dicho artículo del Código civil no está reñido con la ley 2, Código DE FUND. DOT., que faculta á la mujer para enajenar la finca

dotal inestimada, cuando poseyéndola en común y proindiviso con otros, estos insten su división, así como tampoco lo está, en respeto á la facultad conservativa de que hemos hablado, con lo que prescribe la ley 62 del DIG. DE JUR. DOT. de que la mujer no puede enajenar la finca dotal sin consentimiento de su marido. Esto, además, lo estatuye el art. 61 del Código, incluido en el título IV del mismo, obligatorio en todos los territorios aforados, que restringe la FACULTAS AGENDI de la mujer casada.

Es de citar el cap. XI DE RECONG. PRÓC., según el que, la mujer no puede obligar la dote sino hasta la mitad de su valor.

Por último, para cerrar esta sección, importa decir que, según las leyes 26 y 27 del DIGESTO, durante el matrimonio puede permutarse la finca dotal, si este contrato fuese útil á la mujer, en cuyo caso la cosa recibida en cambio, se hace dotal, prescripción que concuerda, menos en las palabras «que sea útil», con lo dispuesto en el número 1.º del art. 1.337 del Código civil.

#### Restitución de la dote

Durante el matrimonio no puede verificarse la restitución de la dote, aunque lo quiera hacer el marido, á menos que sea con alguna de las siguientes cláusulas: (ley única del Código, SI DOS CONST. MATR., Novela XII, cap. XXXIX).

1.º Para los alimentos de la mujer, de sus hijos, (aunque procedan de otro matrimonio) y de su marido, padres y hermanos, en caso de necesidad, para rescatarlos del poder de enemigos ó ladrones (ley 73, DIG. DE JUR. DOT.)

2.º Para pagar á los acreedores de la mujer (ley 85 DIG. ídem. y ley 20 DIG. DE SALUT. MATR.)

Más que restitución, esto es, consumo ó enajenación de la dote por mérito de las justas causas arriba expresadas; pero como el marido es el administrador de ella, si fuese inestimada, mal puede aplicarse el capital en que consista á los fines dichos, si no cesa en la administración de las cosas que han de enajenarse.

3.º Para comprar una finca (ley 73 DIG. DE JUR. DOT. y ley 20 DIG. DE SALUT. MATR.) Lo dicho anteriormente es aplicable á este caso.

4.º Si el marido viniese á pobreza de modo que no le quedase

lo suficiente para garantir la restitución de la dote. (Ley 24 DIGESTO DE SALUT. MATR., y ley 29 Código DE JUR. DOT.),

Este sí que es un verdadero caso de restitución de dote para que, por insolvencia del marido, no queden perjudicados los intereses de la mujer á la disolución del matrimonio, sin que sea necesario el consentimiento de aquél, porque, de exigirse, esa prescripción sería ilusoria, bien que puede evitarla, ofreciendo fianza idónea (Ley 24 DIG. ídem).

Cuando la mujer haya obtenido la restitución en virtud de haber venido su marido á pobreza ó de trabarse ejecución de sus bienes, usando ella de la opción dotal, como luego veremos, deberá conservar la dote, empleando sus réditos en la manutención de su marido y familia (Ley 29 Código, DE JUR. DOT.) Se funda esta prescripción en que el matrimonio impone á los esposos, entre sí y para con sus hijos, deberes ético-jurídicos indeclinables, uno de los cuales es el de darse alimentos.

Si la mujer cometiere adulterio perderá la dote y demás bienes, adquiriéndolos su marido; pero, habiendo hijos, la propiedad de aquellos corresponderá á éstos (USAT. MARTI UXOR, tít. VIII, lib. IX, vol. I de las Constituciones y Novela CXVII, cap. VIII).

### Forma y plazo para restituir la dote

Disuelto el matrimonio debe el marido restituir la dote consistente en cosas fungibles con otro tanto de la misma cantidad y valor (Ley 42 del DIG. DE JUR. DOT.) Si consiste en un usufructo, debe restituirse este derecho, mas no los frutos que, por razón del mismo, se hubiesen percibido durante el matrimonio (leyes 7.<sup>a</sup> 66 y 78 DIGESTO y 57 del mismo DE SALUT. MATR.) Esto se refiere á la dote inestimada; si fuese estimada, como quiera que causa venta, se deben restituir, no las cosas, si que la estimación fijada al llevarlas en dote, cualesquiera que fuesen los aumentos ó disminuciones que hayan tenido durante el matrimonio (Leyes 5 y 10 Código DE JURE DOTIUM).

Si la dote inestimada consiste en cosas muebles ó inmuebles, deben restituirse en el estado que tengan á la disolución del matrimonio, siendo solo responsable el marido ó sus herederos de los deterioros sufridos por no haberlas administrado con el mismo cuidado que las propias (Ley 17 DIG. DE JUR. DOT.)

Correlativo con esa obligación es el derecho del marido á reintegrarse de los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho en las cosas dotales inestimadas, correspondiéndole, respecto de los primeros, la retención de la dote ó de la parte necesaria de la misma hasta su completa satisfacción (Ley única Código, DE REI UXOR ACT. y 56 DIG. DE JUR. DOT.) Esta es una de las formas que reviste el *JUS RETENTIONIS*.

Pero el marido no tiene derecho á que se le paguen los gastos suntuarios, aunque los hubiese hecho con consentimiento de su mujer, pero podrá llevarse las mejoras producidas por esa clase de gastos, siempre que sea sin detrimento de las cosas. (Ley única Código, DE REI UXOR ACT. y leyes 9 y 11 DIG., DE NUP. IN RES DOM.).

Si la dote se hubiese constituido con el pacto de haberse de devolver la cosa ó su estimación, al marido le corresponde elegir, á menos que expresamente hubiere concedido este derecho á la mujer. (Ley 10, párr. últ. DIG., DE JUR. DOT.) Fúndase esto en que, tratándose de obligaciones alternativas, corresponde al deudor el derecho de elegir la prestación.

Respecto al plazo legal para la restitución de la dote, importa decir que, si consistiese en bienes inmuebles, debe verificarse tan luego como quede disuelto el matrimonio, y en el término de un año si consistiere en dinero ó cosas muebles (Ley única, párrafo 7.º Código, íd.) En el primer caso se dividirán los frutos pendientes (Ley única párr. 9.º Código íd.); en el segundo, el marido ó sus herederos, para que no corran riesgo los intereses de la mujer, deberán afianzar la restitución de la dote, devolviéndolo inmediatamente en el caso de no poderlo verificar y reteniendo los intereses correspondientes á lo que faltare del año (Ley 24 DIG. DE SALUT. MATR.)

Si el matrimonio se hubiese disuelto por muerte de la mujer, debe abonar el marido, desde el día en que corresponda verificar la restitución de la dote, los intereses y frutos de la misma (Ley única Código íd.)

La dote debe ser restituída á la mujer ó á sus herederos, á menos que la persona constituyente de ella se hubiera reservado el derecho de recobrarla. (Ley única Código DE REI UXOR ACT.)

Si para la restitución de la dote no fuesen bastantes los bienes libres del marido, podrá la mujer ó sus herederos dirigir su acción contra los que aquél poseyere por título de vinculación que fundaran sus ascendientes. (Autén. RES QUÆ. y Código COM. DE LEGAT.)

Para tener aplicación las disposiciones precedentes se necesita

justificar la real y numerada entrega de la dote (Ley 1.<sup>a</sup> Código, DE DOT. NON NUMERAT.) La confesión, no justificándose lo contrario, es prueba bastante, siempre que conste verificada con anterioridad á la promesa y constitución de la misma (Ley 14 Código íd.); de manera que si es posterior, deben la mujer ó sus herederos justificar la real entrega y numeración de la dote, no sirviendo de nada la confesión, si el marido ó sus herederos hubiesen reclamado contra la misma dentro de un año de la disolución del matrimonio, si ésta hubiese tenido lugar después de los dos años de contraído, ó dentro de tres meses, si aquél hubiera subsistido hasta diez años (Novela C, caps. I y II); pero esta reclamación debe hacerse por escrito al juez competente dentro de los términos expresados, pasados los cuales no será admisible y tendrá que pagarse la dote, á menos que se justifique no haber sido entregada (Novela C, cap. I, ley 3, Código, DE DOT. CANT. NON NUM.)

Las precedentes disposiciones no se aplicarán cuando resulte que la confesión de la dote fué hecha por el marido con ánimo de donarla á la mujer, en cuyo caso se supone recibida, debiendo observarse las reglas de las donaciones entre marido y mujer (Ley 42, Código DE DOT. CANT. NON NUM. y ley 59 DIG., DE DONAT. INT. VIR ET UXOR).

Siendo el marido menor de edad y habiendo transecurrido los términos anteriormente expresados, debe restituir por entero la dote dentro del cuatrienio legal; pero casando antes de los diez y siete años, podrá demorar la devolución hasta los doce años de la celebración del matrimonio. Los herederos del marido fallecido en tiempo, con derecho á esa demora para restituir la dote, tendrán un año para acojerse á este beneficio y cinco si fuesen menores. (Novela C, cap. II).

Las reglas anteriormente expresadas se hallan presididas por un criterio de justicia, muchas de las cuales ha aceptado el Código civil, por lo mismo que proceden del Derecho romano del que fueron trasunto las Partidas, siendo de significar que todo lo referente á la confesión de la dote se entiende sin perjuicio de su nulidad, mejor diríamos, de su rescisión en caso de resultar hecha en fraude de los acreedores del marido, pues la ley no puede estar divorciada de la moral, y ésta no consiente que á la sombra de una confesión colorada, mentirosa y engañosa, queden burlados legítimos intereses, siendo de significar que, según sentencia del Tribunal Supremo de 6 de Octubre de 1897, aunque se puede constituir, prometer ó en-

tregar la dote sin formalidad alguna especial, no significa ésto que deba prescindirse de la prueba, en perjuicio de tercero, ni existe ley alguna preceptiva de que la simple confesión del marido constituya elemento de prueba suficiente para dicho efecto.

Y pasemos al estudio de la

### Opción dotal

Constituye una especialidad de la legislación catalana; es un privilegio concedido á la mujer; ésta, en el caso de que á su marido se le embarguen bienes, como ejecutado, en procedimiento judicial, puede pedir, según dispone la ley 1.<sup>a</sup>, tít. IX, lib. V, vol. II de las Constituciones, que se le entreguen los inmuebles ó muebles en su defecto, suficientes á responder de su dote y esponsalicio, en evitación de que tal traba perjudique sus derechos.

Claro está que cuando no se había constituido el organismo hipotecario, para dar certidumbre al dominio y garantías al crédito territorial, ese privilegio, combinado con el de hipoteca tácita á favor de la mujer casada—uno de los tantos resabios del Derecho tradicional—tenía suma importancia protectora; pero no la tiene tanta en el día, pues por encima del derecho de la mujer, cubierto con dicha protección, está el del acreedor hipotecario que hubiese obtenido la garantía de sus intereses—á base de su buena fe—por medio de la inscripción registral.

Estudiando la génesis de ese derecho de opción, vemos que fué producto de una pragmática de Jaime I (Const. I, tít. II, lib. V, vol. I, Const. de Cataluña). Lo que constituyó un privilegio para la restitución de la dote en toda su amplitud, hubo necesidad de ser restringido para no perjudicar á ningún acreedor privilegiado, y así precisamente lo dispuso Fernando II en la Const. III, tít. XXXIII, lib. IX, volumen de las Constituciones, y por si esa restricción no fuera bastante, Alfonso IV, en las Const. VII y IX, tít. XI, lib. VII, vol. I, determinó los requisitos que debían cumplirse para que pudiese prosperar la opción dotal, á saber (así lo reconoce el Tribunal Supremo de Justicia): que debe justificarse la entrega de la dote, no valiendo la meramente confesada ó prometida, formalidad que no puede cumplirse dentro de los diez días, como prescribió la ley X tít. XI, lib. VII, vol. I de las Constituciones, toda vez que el sistema procesal de ahora no es el que regía en aquel entonces, debiendo



hacerse esa prueba en el trámite correspondiente, ó como declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 28 de Marzo de 1862, acompañando á la pretensión la escritura de capitulaciones matrimoniales ó la de carta de pago que el marido otorgase, separadamente de ésta. De suerte que á la mujer incumbe la prueba de la entrega de la dote, por ser ésta el supuesto fundamental de su privilegio.

Además, es otro requisito que la mujer debe ser acreedora más privilegiada que el que hubiese promovido la ejecución (Ley 9, tít. XI, lib. VII, vol. I, constit.) por el principio de derecho de que privilegio contra privilegiado no da privilegio. Por esto dicen los autores que no procede la opción dotal contra el Fisco, ni contra los acreedores por los gastos de entierro y última enfermedad, ni contra el dueño de una finca que embarga los efectos destinados á la industria para el cobro de sus intereses; bien que si la mujer ha obtenido hipoteca legal por dote, amparada por el Derecho inmobiliario, excluye á los créditos privilegiados, según las prescripciones vigentes; siendo de advertir que si el ejecutante carece de escritura pública en que funde su título de pedir, también lo excluye la mujer, aún desprovista de hipoteca legal, si presenta capitulaciones matrimoniales ó carta de pago de la entrega de los bienes, otorgada por su marido, á menos de que sea fraudulenta, pues el acreedor escriturario goza de preferencia sobre el quirografario, y en el caso de que sean los dos de la misma condición, es aplicable el principio *QUI PRIOR EST TEMPORE, POTIOR EST JURE*.

Es otro requisito, que la mujer no haya firmado la obligación para cuyo cumplimiento se hubiese ejecutado al marido ó no la haya consentido con promesa de no contravenir á ella por razón de su dote y esponsalicio (Ley 7, tít. XI, lib. VII, vol. I, Const.); pero en esa aprobación de deuda ha de referirse á su derecho de opción dotal, porque si la intervención de la mujer fuera por otro concepto, no le privaría de semejante privilegio; en la inteligencia de que la aprobación, lo mismo puede constar en el documento justificativo de la deuda contraída por el marido, que en otro separado; siendo de citar, á este respecto, la Sent. de 4 de Julio de 1902, declarativa de que las constituciones de Cataluña, reguladoras de la opción dotal, no obstan á las responsabilidades que pueden alcanzar, cuando, en beneficio de la mujer, redundaron las obligaciones contraídas por el marido.

El último requisito es que la ejecución trabada no sea por una cantidad módica (Ley 2.<sup>a</sup>, tít. II, lib. V, vol. II). Solían los autores

fijar la cantidad de diez sueldos como *mínimum*, pero ésto queda ahora al arbitrio judicial.

Habiendo estudiado la opción dotal en su fondo y en los requisitos que deben concurrir para que prospere, réstanos tratar de la acción ó medio legal con que debe deducirse ese privilegio judicial.

No es en forma de tercería de mejor derecho, porque su interposición no suspende la venta de los bienes (Art. 1.536 de la ley de Enjuiciamiento civil) y, claro, que, como la opción dotal tiene por objeto excluirlos de la traba, si se vendieran judicialmente dejaría de tener objeto el privilegio.

Si nos ajustamos escuetamente al art. 1.532 de dicha ley procesal, tampoco debiera darse la tercería de dominio, puesto que la mujer no ostenta título de esta clase. De donde resultaría, que la opción dotal carecería de medio procesal de deducirse, y como esto sería injusto, el Tribunal Supremo, en varias de sus Sents., entre otras la de 31 de Enero de 1861, ha sentado la doctrina, seguida en la práctica, de que debe interponerse tercería de dominio, si los bienes estuviesen embargados. No estando en esta situación, debe la mujer pedir la opción dotal en juicio declarativo, separado del procedimiento ejecutivo, caso poco frecuente.

Prosperando la opción dotal, se entregan á la mujer los muebles en pago de su dote, y si éstos no bastan, los inmuebles á elección de la misma.

### Del esponsalicio

Recibe también el nombre de donación PROPTER NUPTIAS ó EXCREIG. Lo da el marido á la mujer en razón de su virginidad. (Esto nos recuerda la MORGENGRAVE de los germanos) y por razón de la dote que ella aporta al matrimonio (Ley 1.<sup>a</sup>, tít. II, lib. VI, vol. I, De las Constit.) No está prohibido, aunque no es frecuente, prometerlo á la desposada constituída en viudez; y puede también darse después de efectuado el matrimonio si entonces se otorgan las capitulaciones matrimoniales.

Durante el matrimonio pertenece al marido el usufructo y la administración del esponsalicio (ley 29 del Cód. DE JUR. DOT.) pero es para que pueda atender con sus productos al levantamiento de las cargas del consorcio conyugal.

Así como la mujer puede pedir la devolución de la dote durante el matrimonio si su marido viniese á estado de pobreza (á menos de

que dé fianza) ó se le trabaran sus bienes en caso de ejecución, puede también hacer lo propio con el esponsalicio. Disuelto el matrimonio por muerte de la mujer, y puesto que ella es la propietaria del esponsalicio, este derecho se transmite á sus hijos (Ley 2.<sup>a</sup>, título III, lib. V, vol. I, de las Constituciones).

Pero si el matrimonio se disolviese por muerte del marido, adquiere la mujer el usufructo del esponsalicio, correspondiendo la nuda propiedad á los hijos de ambos y, á falta de éstos, á los herederos de aquél (Novela XCVIII, cap. I), siendo de consignar que en este último caso y según una costumbre citada por Cáncer, la mujer puede quedarse, en plena propiedad, la mitad del esponsalicio si renuncia al usufructo de la otra.

No cabe el privilegio de opción respecto del esponsalicio si la dote no hubiese sido entregada. Si ésta ha sido dada en parte, aquél se debe á justa proporción, á menos de que en la entrega de la dote se haya estipulado término y estén por vencer el plazo ó plazos antes de disolverse el matrimonio ó que el marido se haya resistido á hacerse cargo de ella.

En sentir de los intérpretes, la viuda no pierde el usufructo del esponsalicio por contraer nuevo matrimonio, los cuales, añaden, que, no pactándose en las capitulaciones matrimoniales el caso de pérdida por pasar á segundas nupcias, el esponsalicio, como antes decimos, es reservable para los hijos del primer consorcio.

Dados los fines y motivos que tiene la constitución del esponsalicio, constituye una deuda del marido rebajable de su herencia, como carga de la misma, al practicarse la liquidación conyugal.

### Donació feta per noces

En esta se comprenden las donaciones que los padres hacen á sus hijos, en contemplación del matrimonio de éstos, de todos los bienes y derechos que existiesen de pertenencia de los donadores el día de su respectiva muerte, de los cuales conservan el usufructo durante su vida (Sent. 16 Diciembre de 1867). Como tal donación, se rige por las leyes 28 y 35 Código, DE DONAT.

¿Son irrevocables? Según dicha sentencia y la de 19 de Mayo de 1881, y posteriormente la Res. de 25 de Mayo de 1907, de ningún modo, porque, aún conservando los donadores el usufructo durante su vida, como quiera que se hacen en capítulos matrimoniales, tienen

carácter de donación intervivos, á título de heredamiento, á menos que los otorgantes se reserven la facultad de modificarlas ó de poder enajenar los bienes. En dicha resolución del Centro Directivo se dijo, que, como quiera que los donantes se reservaron en provecho de los mismos el usufructo de los bienes y no en favor de uno de ellos, no podía éste constituir en dote á su hija una finca que antes había donado, de tal modo, al hijo del mismo.

Parecida al esponsalicio de que trata el Usatge VIDUA, existe en el Valle de Arán la *donació per nocces*, que es la que se hacen los esposos por razón de nupcias. Fallecida la mujer sin otorgar testamento y en el supuesto de que carezca de hijos ó descendientes, vuelven los bienes donados á las personas de quienes procedieron.

Vemos también esta disposición en el art. 812 del Código civil, que, por cierto es más extensivo que lo referente á la misma por ese derecho municipal, siendo aplicable á ella lo que dejamos consignado respecto al esponsalicio.

### Tantundem

No es idéntica esta donación, que está en uso en el Obispado de Gerona, con el esponsalicio ó *excreig*. Conserva el carácter de la donación PROPTER NUPTIAS de los romanos y su efecto es garantizar la dote. Como su misma palabra dice, consiste en otro tanto que da el marido á la mujer de lo que ésta le aporte en dote.

Aunque no frecuente, en la diócesis de Gerona se pacta el *tantundem* y además el *excreig*.

La mujer, si viene á pobreza el marido, puede reclamar la entrega del *tantundem*; fallecido, ella lo usufructúa hasta que se le entrega la dote, sin que tenga ni el derecho de tenuta ni el privilegio de la opción dotal. Restituída que le haya sido la dote, no habiendo hecho uso del *tantundem*, no puede ya reclamarlo, bien que todo esto puede ser modificado en sentido extensivo ó restrictivo, al otorgarse las capitulaciones matrimoniales.

### De la tenuta

Uno de los medios protectores concedidos por la legislación catalana á la mujer para la restitución de su dote y esponsalicio es el llamado derecho de *tenuta*, el cual consiste en la facultad que ella

tiene de poseer y usufructuar, por ministerio de la ley, todos los bienes del marido hasta quedar pagada de su aportación dotal y *excreig*.

Esta institución trae su origen de los caps. IV, V y VI del Privilegio *RECOGNOVERUNT PROCERES*, otorgado á los ciudadanos de Barcelona, que se hizo extensivo, por la constitución *HAC NOSTRA*, (2.<sup>a</sup> tít. III lib. V, vol. I) á toda Cataluña en 1351, á virtud de disposición de D. Pedro III en las Cortes de Perpiñán; pero se redujo con él otro beneficio que á todas las viudas concedían los Usatges.

El derecho de *tenuta* se halla condicionado para hacer compatibles los derechos de la viuda con los de los herederos del marido.

Exíjese para su ejercicio: 1.º La justificación de la entrega de la dote, no por confesión del marido, sí por ella se perjudica á otro que no sea heredero, á no ser éste hijo del primer matrimonio ó resultar hecha en contravención de la ley *HAC EDICTALI*; 2.º que el marido no haya señalado á la mujer bienes especiales en pago de su dote que sean suficientes, en cuyo caso á éstos queda confinada la *tenuta*; 3.º que la mujer haya tomado inventario dentro de un mes, á partir del día en que tuvo noticia de la muerte de su marido y lo termine dentro del siguiente, cosa muy puesta en razón para evitar que ella, cautelosamente, se haga pago de la dote con bienes no declarados; estando impedida por causa grave, debidamente justificada, no debe rezar esta prescripción de modo absoluto, ante el principio *CONTRA NON VALENTEM AGERE, PRESCRIPTIO NON CURRIT*, y 4.º que en la herencia no se haya encontrado dinero bastante, ni oro ó plata en barras ó en alhajas que vender para pago de la dote, pues ese medio es supletorio, y pudiendo aquella cobrar en efectivo, no hay porqué reconocerle esa posesión y disfrute en los bienes hereditarios.

De ese privilegio pueden usar los hijos que sean herederos de su madre, no los extraños, cumpliendo las obligaciones antes expresadas. Concurriendo hijos de varios matrimonios, los hijos del primero gozan de preferencia respecto de los otros.

Si el marido hubiere señalado bienes especiales que produzcan renta anual para la seguridad de la dote y esponsalicio, á éstos se limitará la *tenuta* (ley 1.<sup>a</sup>, tít. único, lib. V, vol. I de las Constituciones).

Por el hecho de la muerte del marido tiene la mujer la posesión y disfrute que le concede la *tenuta*, y, de consiguiente, puede ejercitar los interdictos de retener y recobrar; pero tan pronto se le pague la dote, *IPSO FACTO* cesa en esos derechos.

La mujer viene obligada á alimentar á los hijos, teniendo la posesión de los bienes por el derecho de tenuta (leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup> título único, vol. I de las Constituciones). Véanse las Sents. de 13 de Abril de 1869 y 15 de Noviembre de 1871.

Pregúntase si son compatibles el derecho de *tenuta* y el usufructo estipulado en las capitulaciones matrimoniales ó dejado por el marido á su mujer en testamento, por cuanto esa facultad de goce, dimanante del pacto ó de la voluntad ordenada sobre la universalidad de la herencia, es más extensa que aquél derecho emergido de la ley.

No vemos—siguiendo á Miers—semejante incompatibilidad, ni puede decirse, con Fontanella, que, tratándose de un privilegio, como es el de *tenuta*, debe interpretarse restrictivamente, por el principio romano ODIOSA SUNT RESTRINGENDA, antes al contrario, la interpretación debe ser extensiva, ya porque se trata de derechos protectores de la viuda hasta que le sea satisfecho su crédito dotal, durante ó después del año de luto, ya porque la tenuta limitó beneficios mayores que á la mujer concedió el Usatgè VIDUA, y claro que, esto sentado, lo justo es darle alcance extensivo, siendo de aplicación el otro principio opuesto al anterior, FAVORABILIA SUNT AMPLIANDA.

Descendiendo la cuestión, á que da margen la duda, de la esfera doctrinal al terreno práctico, puede ocurrir que el usufructo convencional ó testamentario, aún de apariencia más extensa que el de tenuta, no tenga para la mujer el valor de este último, toda vez que puede perder aquel derecho por repetir nupcias, lo cual no ocurre con el tenutario, que continúa, por ministerio de la ley, mientras no le sea pagada la dote y esponsalicio. Por eso los Notarios procuran consignar en los documentos el carácter de usufructuaria y tenutaria con que aquélla comparece.

El derecho de tenuta tiene por origen la aportación dotal y el esponsalicio; supone que ha habido matrimonio válido. ¿Y si fuese nulo, por haber mediado un impedimento dirimente? A lo cual contestan los autores, que si la viuda ignoraba la existencia de ese impedimento tendrá el derecho de tenuta.

Lo tendrá siempre, como hemos dicho, no solo la mujer, sí que sus hijos y nietos; éstos últimos porque se comprenden bajo la denominación de los primeros. Dentro del vocablo genérico descendientes se comprenden los nietos, como repetidamente—y en materia sucesoria—ha declarado el Tribunal Supremo de Justicia, jurisprudencia aplicable en Cataluña.

Existiendo hijos de la mujer difunta cuyo marido haya repetido matrimonio y deje viuda, pregúntase si tienen derecho de tenuta con preferencia á la viuda su madrastra que también hubiese aportado dote ó tuviese esponsalicio. Los Intérpretes se inclinan á favor del derecho de tales hijos en calidad de sucedáneos de su madre, que era la preferida en ese privilegio con título más antiguo que el de la segunda esposa, pues ésta podía saber, al casarse, que estaban pendientes de pago los créditos dotales de la primera, siendo de citar la Const. III, tít. III, lib. V, vol. I, dispositiva de que los hijos de la primera mujer (su madre) tienen el derecho de utilizar las acciones correspondientes, si son privados de cuanto constituye el beneficio de *tenuta*.

Este supone el fallecimiento del marido; pero como puede ocurrir que el óbito haya tenido lugar en país donde no se lleven los libros del Registro ó que no se haya hecho la inscripción en ellos, deben utilizarse, en justificación de ese hecho, los medios probatorios admitidos por la ley.

Deduciendo ese privilegio los hijos de la mujer deben acreditar su fallecimiento, así como el de su padre viudo de segundas nupcias.

No procediendo la restitución de la dote, deja de existir el de tenuta, por ser esto consecuencia del principio *SUBLATA CAUSA TOLLITUR EFECTUS*, y como no hay derecho á la restitución de aquélla si no se justifica su entrega, la viuda ó sus hijos deben acreditar ese hecho, siendo de consignar que, respecto del caso de que por las leyes pierde la mujer el derecho á la restitución de la dote, si bien con esta penalidad se le privaba por el Derecho antiguo del beneficio de tenuta, entiende Planas y Casals que esto en la práctica no se da.

Sobre los bienes que el marido tuviere en usufructo, como quiera que este cesa con la muerte de él, no puede recaer el beneficio de tenuta; pero sí, sobre los bienes que tuviera en enfiteusis y en los de patronato respecto al derecho de presentación para determinados beneficios eclesiásticos, así como también recae sobre los derechos que no poseía el marido al morir, pero que tenían que pasar á él, en cuyo caso puede la mujer gozar del ejercicio de las acciones que á su causante competerían si no hubiera muerto.

Acerca de si cabe el derecho de *tenuta* en bienes situados fuera de Cataluña, pero dentro del territorio español, creemos que procede,

por tratarse de la aplicación de la ley personal; es un derecho que arranca del matrimonio y, de consiguiente, debe acudirse á lo dispuesto en el art. 15 del Código civil.

### Obligaciones de la tenutaria

Como quiera que tiene, por ministerio de la ley, la representación del patrimonio de su marido, con los frutos, pensiones é intereses de éste, debe satisfacer las deudas, cargas y gravámenes que pesen sobre el mismo, pero no el capital de las deudas, puesto que afectan á la propiedad de los bienes usufructuados.

Ya hemos dicho que la viuda viene tenida al pago de los alimentos de los hijos, porque, de lo contrario, podrían quedar reducidos á la indigencia, así como también está obligada á sufragar los gastos necesarios para sostenimiento de la casa y los inherentes al derecho de tenuta; pero, en sentir de la mayoría de los Autores, no los que se ocasionen en el sostenimiento de litigios en interés de la herencia, porque no se trata de la defensa del usufructo—objeto de la tenuta—sí que del capital relicto, á menos de que, por temeraria, sea condenada en las costas, en cuyo caso, de su patrimonio debe satisfacer esta responsabilidad.

### Prohibiciones

Aunque á la mujer se le llama viceheredera por tener el derecho de tenuta, no pasa de ser usufructuaria, sujeto su derecho á la condición de que se le restituyan sus créditos dotales y puesto que no es propietaria de los bienes, carece de derecho para enajenarlos y gravarlos, á no ser para hacerse pago de lo que le corresponda. Esto último hace que sea un usufructo SUI GENERIS, que se sale del marco del ordinario.

Como quiera que el usufructo es un derecho inalienable en la legislación catalana, porque así lo prescribe el Derecho romano y dado que la tenuta lleva como inherente esa facultad de posesión y goce, no es transferible, pero sí la de percibir los frutos, así como puede aportarse el derecho de tenuta en dote al segundo matrimonio, porque representa la que la bínuba llevó al primero.



### Extinción del derecho de tenuta

Cesa tan pronto como se paguen los créditos dotales, puesto que ya no tiene objeto esa garantía. Los herederos pueden obligarla á recibir el importe de los créditos cuando haya metálico suficiente en el patrimonio, y en otro caso exigirle que consienta la venta de bienes que ellos hagan para, con su importe, pagarle. Si se negare á recibir el crédito dotal, una vez hecho el ofrecimiento, procede la consignación judicial de la cantidad, conforme á lo dispuesto en los arts. 1.176 al 1.181 del Código civil, supletorio en tercer lugar del Derecho catalán.

El marido no tiene derecho al beneficio de *tenuta*, como tampoco lo tiene para la opción dotal.

### Garantía del derecho de tenuta

Entre los derechos inscribibles en el Registro de la propiedad figura el de tenuta, no de una manera explícita, por el art. 2.º del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria, sino de un modo implícito, como análogo al usufructo concedido en Aragón con el nombre de viudedad, heredamiento universal en Cataluña, por más que éstos tienen mayor extensión.

Si no se inscribe, no puede perjudicar á tercero, dado lo terminante del art. 23 en relación con el 2.º de dicha Ley, debiendo presentarse en el Registro, para la práctica de la inscripción, la certificación mortuoria del marido, la celebración del matrimonio con éste, la copia de las capitulaciones matrimoniales y, en su defecto, la carta de pago justificativa de la entrega de la dote y el inventario practicado, expresando sobre las fincas que recae el derecho de tenuta que, como nacido de la ley, ni exige pacto ni escritura de establecimiento.

Respecto de la forma del asiento, entendemos que debe ser la de inscripción.

Opinamos, con Planas y Casals, que aún cuando se haya constituido hipoteca á la seguridad de los créditos dotales, procede el beneficio de tenuta, porque semejante garantía real no da derecho á la percepción de frutos.

### Aixovar

Es la donación que el esposo recibe de sus padres cuando contrae matrimonio con mujer pubila ó heredera y pasa á vivir á casa de ésta.

Por su forma se asemeja á la donación y por su objeto á la dote. Se estipula en las capitulaciones matrimoniales; lo administra la mujer, pero si la administración se entrega al marido, éste la verifica como bienes propios de ella.

Su restitución corre parejas con la de la dote; mientras no se verifica, el marido tiene derecho á retener los bienes de la mujer que administraba al tiempo de disolverse el matrimonio, pero no á los frutos; de modo que no tiene más que posesión, sin el verdadero privilegio de *tenuta* y carece también del de opción dotal.

Y puesto que la mujer se hace cargo del *aixovar*, ella y sus padres lo aseguran sobre sus bienes propios, á fin de que, en su día, sea restituído al marido, pero esta garantía debe pactarse, ya que no tiene carácter legal, como la establecida en favor de la mujer por el art. 168 de la ley Hipotecaria.

En virtud de lo dispuesto por el art. 59 del Código civil, el marido, puesto que es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, lo es también de su dote ó *aixovar* á menos que esa administración se la hubiese entregado á su mujer, no á un extraño, en cuyo caso es cuando puede pactarse la constitución de hipoteca, sin que el marido tenga en ningún caso, ni la opción dotal, ni el derecho de *tenuta*, como tampoco puede pedir la entrega de aquél durante el matrimonio por haber venido la mujer á pobreza, por más que sean aplicables al *aixovar*, por regla general, las disposiciones reguladoras de la dote.

En la diócesis de Gerona, existe la costumbre de que los muebles introducidos por el marido con ocasión de matrimonio en casa de la mujer llamada *pubilla*, corresponden á ésta; á no justificar lo contrario el marido ó sus herederos y siempre con excepción de los vestidos y las armas, sin duda porque éstos tienen carácter personalísimo que arguye la propiedad exclusiva del que los tiene y usa.

### Estipulaciones entre los cónyuges

El régimen económico matrimonial en Cataluña se halla presidido por un principio de libertad, á condición de que no se contraveniga en las capitulaciones matrimoniales—que son á modo de tabla de su fundación—la ley, la moral y el orden público; y tal respeto se tiene á la voluntad de los contrayentes, que éstos, no solo antes si que durante el matrimonio pueden ordenar esos capítulos, en interés de ambos, en el de cualquiera de ellos al quedar viudo y en el de sus hijos.

Habiendo estudiado lo relativo al primero de estos tres órdenes, pasemos á ocuparnos en el segundo, consignando que en dichas capitulaciones suelen establecerse los pactos de usufructo legítimo y condicional á favor del cónyuge sobreviviente, mientras guarde viudez, en los bienes que deje su consorte, caso de fallecer intestado.

Tiende este pacto—informado en los sentimientos del deber y del amor que los cónyuges se tienen—á procurar la decorosa subsistencia del que de ellos sobreviva. Unas veces se hace de un modo absoluto, esto es, cuando de una manera irrevocable se dejan ese usufructo, recíprocamente, ó uno de ellos á favor del otro, debiendo intervenir en el acto todas las personas que hubiesen concurrido á las capitulaciones anteriormente celebradas, á fin de que, por ese pacto, no puedan llamarse á engaño, ni sufrir el menor perjuicio.

Esta estipulación tan absoluta no es común establecerla; lo regular es que se haga de un modo preventivo para el caso de que uno de los cónyuges muera sin otorgar testamento, pues otorgándolo, no será tal usufructo viudal, por mérito de los capítulos. Este pacto atribuía grandes prerrogativas á la mujer llamándosela *senyora* y *mayora*, frase tradicional que ha venido cayendo en desuso.

Tanto el usufructo absoluto, como el preventivo imponen al viudo ó viuda varias obligaciones, cuales son: las de pagar lo que se llaman cargas y males del patrimonio, significándose con esta última palabra los censos y gravámenes que afectan al valor de las cosas en su propiedad, y con la primera, las contribuciones y demás que merman las rentas ó frutos de los bienes. Asimismo, debe el usufructuario alimentar á los hijos tanto sanos como enfermos habidos del matrimonio, con tal de que trabajen, si pueden, en beneficio de la casa.

También pueden ponerse á dicho usufructo cuantas condiciones lícitas y morales entren en el arbitrio de los contratantes; nunca falta la de que cesará el usufructo si el sobreviviente repite nupcias, en cuyo caso solo podrá disponer de una cantidad determinada, sin duda porque, al casarse por segunda vez parece que tenga en poca estima la memoria del cónyuge difunto; siendo de consignar que ese usufructo pactado puede coexistir con el usufructo legal, que las leyes conceden al padre ó madre en virtud de la patria potestad en los bienes de sus hijos, y, de consiguiente, el viudo, al repetir nupcias, si bien pierde el usufructo estipulado en las capitulaciones, ora absoluto, ora preventivo, conserva el legal, á menos de que quede privado de su disfrute por disposición del Derecho.

Es otro pacto el llamado de supervivencia, por el cual el padre ó la madre renuncian á la sucesión intestada de sus hijos y aún á la reclamación de legítima en los bienes de éstos, según mueran siendo ó no impúberes, cuyo derecho les reconoce la Novela CXVIII de Justiniano.

De manera que este es un pacto contra ley, y como es depresivo para los que lo establecen, aún cuando se estipule el pago de una cantidad, á veces imaginaria, en equivalencia á la legítima renunciada, está casi en desuso, habiendo perdido la importancia que tuviera antaño, cuando el Derecho catalán, enderezado á formar grandes capitales familiares, tenía que prescribir que volviesen los bienes á la línea de donde procedían, á modo de troncalidad, como en Navarra; pero como han cambiado las circunstancias aconsejadoras de aquella directiva histórica, ese pacto rarísimas veces se establece.

También puede estipularse el dejar al arbitrio de los contrayentes ó de tercera persona la designación de herederos del difunto y el señalamiento de las partes á favor de los mismos, facultad que unas veces se establece cuando un cónyuge nombra á otro usufructuario, y otras, en los heredamientos hechos á favor de los hijos nacedores, singularmente en los llamados preventivos.

La elección de heredero que el sobreviviente haga, usando de ese derecho en favor de los hijos que deje el causante, ya de una manera ilimitada, ya concretada á los hijos varones con ó sin condiciones, es una prueba más de la confianza que el difunto tiene en el viudo, al par que se le dan medios para poder premiar el buen comportamiento de unos, mitigar las desgracias de otros y castigar á los que con él mal se porten.

El Código civil, en su art. 831, dispone que en los capítulos ma-

trimoniales puede validamente pactarse que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo ó viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir á su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos á los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado.

Comparando el Derecho común con el foral de Cataluña, se advierte que éste último es más amplio que el primero, en orden á la facultad que nos ocupa, pues el cónyuge sobreviviente, escudado en el pacto matrimonial, puede designar herederos AB INTESTATO de su consorte difunto, cosa no permitida en la legislación general que solo faculta para distribuir los bienes y hacer mejoras, cuya cuantía no puede exceder del tercio, y siempre respetando las que en vida hubiere hecho de una manera expresa, como preceptúa el art. 825, ó la promesa de mejorar si se hubiese verificado por escritura pública en capitulaciones matrimoniales, como prescribe el art. 826 del Código civil.

### De los heredamientos

Hemos dicho que en las capitulaciones matrimoniales los contratantes pueden hacer estipulaciones en favor de los hijos nacedores, costumbre antiquísima en Cataluña que alcanzó grandísima importancia para la conservación de las casas principales, nombres y prestigio de las familias.

Acerca del origen, clases y desarrollo de los heredamientos, institución arriba insinuada, que cumplía los señalados fines económicos y sociales, hemos dado una sumaria idea en el Proemio de este libro, creyéndonos dispensados de reproducirla aquí, puesto que lo pertinente es hacer su estudio jurídico, el cual, por cierto, será bastante extenso.

Para completarlo, invitamos al lector á que lea aquél trabajo.

Partamos de este supuesto básico y fundamental: los cónyuges tienen derecho indiscutible á establecer en sus capitulaciones matrimoniales—tabla del régimen económico-familiar—toda clase de heredamientos, universales, con ó sin condiciones añadidas y reservas, prelativos y preventivos, que no pueden perjudicar la legítima de los descendientes—ó sea la cuarta parte de la herencia—(como tampoco la de los ascendientes), según tiene declarado el Tribunal Supremo de Justicia en Sents. de 28 de Abril de 1858 y 16 de Diciembre de 1867.

De manera que el heredamiento no envuelve una libertad absoluta de donar ni de testar: dentro de esta institución se procura, en cierto modo, hacer compatibles los intereses del beneficiado, con los de otras personas protegidas por la ley.

### Del heredamiento absoluto

Es una donación irrevocable que en capítulos matrimoniales hacen los padres á los hijos que se casan, á condición intrínseca ó visceral—puesto que no hay necesidad de expresarla—de que el donatario sobreviva al donador y que sea capaz para aceptar la herencia.

También es heredamiento de esta clase la donación que los esposos hacen en sus capitulaciones en favor de los hijos que tengan á su muerte, á base también, de que éstos les sobrevivan y sean capaces para aceptar la herencia.

Este último heredamiento puede revestir dos formas: la de un verdadero heredamiento ó la de promesa de heredar, promesa que no constituye un heredamiento puro, ni adquiere el hijo un derecho irrevocable sobre los bienes del padre, toda vez que depende su cumplimiento de la condición implícita de sobrevivir á éste y de que tenga capacidad necesaria para poder ser instituido heredero, según declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 17 de Septiembre de 1869.

En otra de 26 de Octubre de 1876, se declaró que los heredamientos puros ó absolutos equivalen á las donaciones intervivos y son irrevocables, por lo cual ni pueden revocarse ni imponerse en ellos condición ni gravamen restitutorio posterior, y tal ha sido la jurisprudencia de dicho Tribunal Supremo y la opinión de los autores acerca de la naturaleza jurídica de estos heredamientos, con ó sin pactos añadidos, con ó sin reservas consignadas en su establecimiento, que todavía se mantienen dudas acerca de si constituyen donaciones intervivos ó institución hereditaria irrevocable, aunque no hecha en testamento, siendo el sentir general, que participan de ambas naturalezas y, de consiguiente, se hallan sujetos á las prescripciones reguladoras de esos medios de transmisión de los bienes, condicionados de tal suerte que no pierden su verdadero carácter dentro de la legislación catalana, enlazada con el régimen jurídico general de la propiedad.

Esto último, porque si comprenden bienes inmuebles, como éstos no pueden inscribirse de momento, ni se inscriben nunca á nombre del favorecido en el Registro de la propiedad, el padre puede enajenarlos á tercera persona y ésta, en el supuesto de que haya mediado buena fe, elemento ético de que no puede prescindirse en todo contrato, se halla bajo el amparo del art. 34 de la ley Hipotecaria, si el hijo reclama contra la venta hecha por su padre. Así también, tratándose de bienes muebles, tampoco puede privarse al padre del derecho de disponer de ellos, á menos de que se pruebe que obró en fraude del heredero.

Y todo esto ¿porqué? Pues precisamente, porque ese heredamiento no es una perfecta donación intervivos que produce sus efectos desde que se hace, si que una institución hereditaria irrevocable, hecha de un modo anticipado, como está permitida en Cataluña, que surte sus efectos á la muerte del donador.

¿Qué bienes comprende ese heredamiento universal?

Según unos autores, los que tenga el donador cuando otorga el documento; pero si ésto fuera cierto, semejante universalidad no existiría.

No es ésto; comprende todo cuanto aquél deje á su muerte, como si hubiera sido nombrado heredero en testamento, claro que respetando la legítima de las personas con derecho á ella, y tan es así, que á la muerte del donante el *hereu* puede pedir la inscripción á su nombre de los bienes hereditarios en el Registro de la propiedad, mediante el correspondiente inventario, conforme á lo dispuesto en la R. O. de 24 de Octubre de 1871.

El Tribunal Supremo, en Sent. de 20 de Junio de 1873, señala al heredamiento absoluto el carácter de institución hereditaria dentro de la donación intervivos, de suyo irrevocable, comprendiéndose en ella la universalidad de los bienes del donante, que produce efectos á la muerte de éste.

Y puesto que en el fondo es una institución hereditaria, deben respetarse y cumplirse los pactos y reservas que se establezcan por los donantes, según declaró la Sent. de 26 de Octubre de 1876, en el bien entendido que, según ésta, si el hijo acepta la herencia sin el beneficio de inventario, confundiendo así sus propios bienes y obligaciones con los del donador, viene tenido á pagar las deudas de este último.

Y puesto que es una donación intervivos, no puede revocarse ni aún con el beneplácito del donatario, pues, según se previene en la

Constitución única, tít. II, lib. V, vol. I de las vigentes en Cataluña, es nulo, de ningún valor, é írrito IPSO JURE el instrumento que se otorgue por los hijos á favor de los padres ó por cualquier otra persona á favor de cualquier otro, en disminución, derogación ó perjuicio del heredamiento ó donación hecho por los padres á sus hijos, ó cualesquiera otros en tiempo de bodas; doctrina ésta establecida por el Tribunal Supremo en Sent. de 7 de Mayo de 1896.

¿Y por qué no puede revocarse esa donación aún consintiéndolo el donatario? Pues precisamente porque su objeto es dar medios económicos al matrimonio contraído por el hijo para que conserve la fortuna de la casa, su nombre y esplendor, ó si, recaído el heredamiento en favor de los hijos que nazcan, pueda el *hereu* y sus hijos, cuando casen ser continuadores de la posición social de sus padres y abuelos. Trasciende pues esa donación al porvenir de otras personas, además del primer beneficiado, el cual no puede, sin agraviar á aquéllas, consentir en esa revocación.

No siempre se hace el heredamiento en favor de un solo hijo, aunque generalmente lo sea en el del primogénito, *hereu*, si varón; *pubilla*, si hembra. Establecido á favor de todos los hijos adquieren éstos por partes iguales la herencia.

Ocurren casos en que los cónyuges, demostrándose confianza, se designan recíprocamente ó autoriza el uno al otro para que, el sobreviviente nombre heredero de entre los hijos. Esta especialidad de heredamiento para que aquél pueda premiar ó castigar el comportamiento que para con él tengan sus hijos suele ir acompañada de la condición de que, falleciendo el supérstite sin hacer esa designación pasen los bienes á los hijos por orden de sexo y primogenitura, lo cual constituye una modalidad resolutoria que afecta á las facultades de ese cónyuge, tanto en el caso de morir sin hijos, como si, teniéndolos, fallecieren sin llegar á la edad para poder testar.

Si el heredamiento es en favor de los hijos nacidos ó que hayan de nacer del matrimonio—pues las capitulaciones pueden otorgarse durante el consorcio—considérase suficiente que el Notario autorizante de la escritura lo acepte á nombre de los beneficiarios nacederos.

El heredamiento absoluto puede, como hemos dicho, ser general, tanto de los bienes presentes como de los futuros, ó únicamente de los que tenga el donante al establecerlo. No expresándose cuál de ellos se hace, se entiende que es éste último ó sea el limitado.



En el heredamiento universal el donante suele establecer reservas á su favor y para cumplir ciertas obligaciones. Respecto de la prohibición del donante á enajenar lo que constituye el heredamiento, ya hemos dicho que con ésto no puede sufrir perjuicio el tercero que sea contratante de buena fe. Esa prohibición no reza respecto de bienes adquiridos después de la donación si ésta se contrae tan solo á los presentes y no á los futuros.

No tiene carácter de heredamiento universal la escritura de adjudicación de bienes otorgada, no por quien dispone de ellos y de sus derechos propios, sino por el albacea que procede con arreglo á la voluntad del testador, cuyo cumplimiento es el fin de la escritura. (Sent. de 27 de Diciembre de 1899).

Constituído este heredamiento absoluto en capítulos matrimoniales, ni el padre ni la madre pueden disponer de sus bienes, á menos de que se reserven la facultad de vender, empeñar ó contraer obligaciones, en cuyo caso son válidos los contratos que celebren, como declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 5 de Marzo de 1864; pero los padres ó donantes tienen acción para pedir, en su caso, la revocación de estas donaciones por causa de ingratitud. (Sent. de 16 de Diciembre de 1867).

Repárese que, al pronto, aparece en contradicción esa prohibición de enajenar los bienes constitutivos del heredamiento—según la primera de las antes citadas sentencias—con la validez del contrato é inatacabilidad del derecho adquirido é inscrito por el comprador, como hemos hecho notar. En puridad no hay semejante contradicción, porque como quiera que ese heredamiento no es inscribible en el Registro de la propiedad en vida del constituyente, pues no se sabe si el beneficiado sobrevivirá á éste y si tendrá capacidad para adir la herencia, el tercero que contrate con el donante tiene asegurados sus intereses al amparo de la ley Hipotecaria, si realmente goza de la cualidad de tercero, según el art. 27 de la misma.

Por punto general se tiene como absoluto, todo heredamiento hecho con motivo de matrimonio y en capitulaciones matrimoniales, fuera de aquellos casos en que los otorgantes se reserven la facultad de revocarle ó modificarle. (Sent. de 28 de Abril de 1858).

Y en tal respeto se tiene á la voluntad de los contrayentes, expresada en dichas capitulaciones, que, según Sent. de 30 de Junio de 1863, cualquiera que sea el valor y eficacia de los heredamientos y donaciones universales, deben acatarse y cumplirse con igual exactitud las condiciones y reservas que establezcan los donantes.

Por ésto, prohibiendo el padre que ninguno de sus hijos y herederos pueda vender finca alguna de su herencia por ningún título ni causa, en el propósito de que su patrimonio no salga de la herencia de la familia, puede el heredero hacer donación ó heredamiento en favor de sus propios hijos, según declaró dicho Tribunal en 19 de Abril de 1865.

### Heredamientos preventivos

Como vulgarmente se dice, la vida no se tiene en la mano, y ocurre, muy á menudo, que el hombre no otorga testamento, teniendo que abrirse la sucesión intestada.

Para prevenir esa contingencia se han establecido los heredamientos preventivos; en éstos, los cónyuges, al casarse, establecen en sus capitulaciones que, muriendo ellos sin testar, sea heredero su primogénito varón que toma el nombre de *heréu*, y, en defecto de éste, la hija mayor de edad.

Semejante heredamiento no es una donación irrevocable, porque á pesar de establecerlo el padre ó madre pueden otorgar testamento y modificarlo cuantas veces quieran, en consagración al principio de que la voluntad es ambulatoria.

Habiendo manifestado anteriormente cómo se inscriben los bienes constitutivos del heredamiento universal, fallecido que sea el donante, impórtanos decir respecto de la inscripción de los heredamientos preventivos, que, por R. O. de 21 de Octubre de 1870, el que los tuviere á su favor, muerto el donante, puede pedir la inscripción á su nombre de los bienes constitutivos de la herencia, justificando el heredamiento por medio de la escritura de capitulaciones matrimoniales, acreditando la defunción del padre donador ó heredante, y por medio de información de testigos ante el Juzgado municipal del lugar de la residencia de dicha persona, que ésta había muerto sin otorgar testamento, que es la condición fundamental de la que depende la eficacia del derecho del heredero.

Además, se exigió en dicha soberana disposición que el heredero acreditase que él, por virtud de la cláusula del heredamiento, tenía derecho á la herencia, porque, según las capitulaciones, podían llamarse á otros hijos, en cuyo caso la muerte de éstos debe justificarse ante el Juzgado de 1.<sup>a</sup> instancia por medio de un expediente para perpétua memoria.

También debe presentar el reclamante su partida de nacimiento, la de matrimonio de sus padres y justificar la muerte de sus hermanos mayores, si no es el peticionario el llamado en primer lugar.

Mediando en el heredamiento la condición de morir el heredero sin hijos ó que, teniéndolos no lleguen á la edad de testar, debe ser cumplida, justificándola por los medios admitidos en el derecho, indicándose en la inscripción de la herencia ese extremo de quedar cumplida la condición.

El Centro directivo resolvió un caso en 12 de Marzo de 1889 en que un hijo segundo pretendía la inscripción de cierto heredamiento preventivo, porque su hermano mayor no había cumplido la condición impuesta por el padre, de tener hijos que alcanzasen la edad de testar, declarando que no podía inscribir su derecho porque al primer hijo le correspondía la legítima sobre los bienes de su padre y como heredero gravado podía detraer la cuarta trebeliánica que corresponde á los fiduciarios en caso de que tengan que devolver la herencia, procediendo, por tanto, que se liquidasen de antemano los derechos sucesorios de esos dos hermanos.

Para que exista la sucesión en virtud del heredamiento en los bienes propios del padre ó de la madre, es preciso que hayan muerto sin testamento, no bastando que haya fallecido uno de ellos sin otorgarlo, aún cuando tal heredamiento hubiera sido hecho en una sola cláusula de las capitulaciones matrimoniales con la condición de que murieran los cónyuges sin testar. (Res. de 23 de Marzo de 1900).

### Hereditamientos prelativos

Tienen por objeto fundamental favorecer á los hijos del primer matrimonio respecto de los posteriores para evitar la sugestión de que en otro caso podría ser objeto el consorte bínubo, en perjuicio de aquéllos. Su fórmula, generalmente es ésta: «Los futuros consortes para el caso de que, muerto uno de ellos, se case el otro, hijos por hijos é hijas por hijas quieren que sean preferidos los de éste matrimonio á los que de otro puedan nacer».

Esas palabras sacramentales «hijos por hijos é hijas por hijas» caracterizan dicho heredamiento, que ni envuelve donación intervivos, como el llamado absoluto, y por consiguiente, es irrevocable (Sent. de 28 de Abril de 1858), aunque sujeto á la condición de supervivencia del heredero y de que éste sea capaz para adir la he-

rencia, ni constituyen una institución preventiva de heredero, como el llamado preventivo, que sólo surte efecto muriendo sin testar el padre ó madre; extremo éste que hoy se acredita, además de por la información testifical de que hemos hablado, por medio de la certificación del Registro de actos de última voluntad.

Pero en el heredamiento prelativo, aún cuando no atribuye derecho alguno de momento, surge éste en el instante en que uno de los cónyuges repita matrimonio, á base de que existan hijos del segundo consorcio, porque, no habiéndolos, mal puede darse la prelación.

Discuten los autores si la madre podrá revocar el heredamiento prelativo cuando contrae segundas nupcias, en cuya celebración lo regular es que aporte dote al segundo marido; la opinión general es que no puede hacerlo porque se debe y tiene que hacer honor al pacto lícito, voluntariamente contraído en las capitulaciones matrimoniales; lo contrario sería defraudar la voluntad de su difunto consorte cuando ambos establecieron ese ordenamiento.

En esta clase de heredamientos y para reconocer el derecho en los mismos, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el sexo de los hijos que hayan quedado del primer matrimonio, pues éstos excluyen á los del segundo con las palabras «hijos por hijos» é «hijas por hijas». Si del primer matrimonio solo hay hijas y en el segundo hay varones, puede el padre ó la madre instituir por heredero á los hijos del segundo matrimonio, excluyendo á aquéllas y si de ambos enlaces solo existen hijas, las del primero son preferidas á las del segundo.

Si el padre ó madre instituyen por heredero, en capitulaciones matrimoniales ó en testamento, á alguno de los hijos del segundo matrimonio que no tengan preferencia sobre los del primero, pueden éstos impugnar de nula la institución ó donación por haberse infringido las capitulaciones matrimoniales, raiz y fundamento de su derecho vulnerado, por haberse preferido los hijos del segundo matrimonio, en cuyo caso son llamados los del primero y convertido aquel heredamiento prelativo ó condicional en absoluto.

Como este heredamiento establece una relación de preferencia entre hijos de distintos matrimonios, no puede dársele mayor alcance que el propio, y de consiguiente, el padre ó madre que lo hubiesen establecido pueden disponer de sus bienes *intervivos* y por actos de última voluntad á favor de personas que no sean hijos del segundo matrimonio.

Pregúntase si el padre puede instituir herederos á la vez á los hijos del primero y del segundo matrimonio, caso resuelto afirmati-

vamente por el Tribunal Supremo en Sents. de 11 de Mayo de 1861 y 31 de Marzo de 1883, porque resultan favorecidos por igual aquellos, sin que se considere infringido el heredamiento prelativo, ya que todos son llamados á la sucesión universal.

Dicho Tribunal, por otra Sent. de 8 de Mayo de 1861, declaró que los hijos del primer matrimonio no pueden reclamar contra los legados que haya hecho el padre con los cuales se merma la herencia constitutiva de un heredamiento prelativo establecido en favor de los hijos del primer matrimonio, entendiendo que las facultades del padre no pueden considerarse disminuídas, mientras no se vea la intención de dejar sin efecto los heredamientos prelativos, debiendo atenderse en cada caso particular á las circunstancias especiales que concurren, para colegir, de su apreciación, si hubo intención fraudulenta al dejar los legados, con perjuicio de las personas con derecho á la herencia.

Son también de citar las Sents. de 15 de Abril de 1871 y 4 de Mayo de 1898 que, por razón del modo ó forma de redacción del heredamiento consideraron preferente, en pugna con el principio fundamental de sexo, el derecho de las hijas del primer matrimonio á los de los hijos varones del segundo.

Puede ocurrir que en las capitulaciones matrimoniales se establezcan, dentro de la misma cláusula, heredamientos preventivos y prelativos, en cuyo caso y por constante jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en Sents. de 28 de Abril de 1858, 30 de Junio de 1859, 4 de Junio de 1866 y 28 de Octubre de 1876, ha de respetarse la voluntad de los contratantes.

El heredamiento prelativo no prohíbe al que lo establece su derecho de enajenar los bienes y, de consiguiente, aún cuando se inscriban en el Registro de la propiedad las capitulaciones matrimoniales en donde se halla establecido y se haga mención del derecho real á favor de la persona que resulte beneficiada, el tercer adquirente no puede sufrir perjuicio, pues aquél se halla sujeto, dado su carácter, á la condición resolutoria de que el donante repita matrimonio, y no ocurriendo este hecho, el derecho del donatario carece de eficacia, mejor, se halla *IN POTENTIA* pero no *IN ACTU*, y como el comprador de los bienes los adquiere de persona á cuyo favor se hallan inscritos en el Registro con capacidad para transferirlos, tiene á su favor las prerrogativas y defensas del art. 34 de la ley Hipotecaria.

Consecuente con el criterio de que el derecho del heredero, aún

teniendo por origen la capitulación matrimonial, toma estado jurídico cuando el padre ó madre repiten nupcias dejando hijos del segundo matrimonio, es que, mientras tal fallecimiento no ocurra, debe denegársele la inscripción, porque, como dice Planas y Casals, el heredamiento prelativo no determina, de momento, un derecho concreto á favor de nadie.

### Parafernales

Independientemente de los pactos nupciales establecidos en las capitulaciones, existen entre los esposos relaciones jurídico-económicas que tienen por objeto de actuación bienes propios de los mismos, no obligados á favor del otro.

Los del marido no revisten carácter distinto de las de todo propietario; él conserva las facultades dominicales en ellos, los disfruta y los administra; pero esta administración puede confiarla á la mujer en las capitulaciones matrimoniales, ante lo terminante del art. 59 del Código Civil, aplicable á Cataluña, lo cual no suele hacerse.

Los bienes de la mujer colocados en la condición de extra-dotales, ó no incluídos en la dote, toman la denominación de parafernales, y así se llamaron en Derecho romano, como hemos dicho en el capítulo anterior, donde exponemos el fundamento de esta institución.

A la mujer y en defecto á sus herederos, incumbe la prueba de que sus bienes tienen la cualidad de parafernales, pues los que adquiera durante el matrimonio presúmese que proceden de la liberalidad del marido, (presunción que cede á la prueba directa contraria) y de consiguiente, no puede ella atribuirse un derecho á los mismos perfecto é inatacable.

¿Es racional esa presunción, llamada *nuciana*? ¿Es moral y de buena fe? Entendemos que sí, habida cuenta al sistema dotal imperante en Cataluña, por el que, cuanto se adquiere durante el matrimonio corresponde al marido; éste hace suyas las ganancias y sufre las pérdidas, y, claro está, que no justificando la mujer ó sus herederos la procedencia de los bienes que la misma adquiera constante el consorcio, es de creer que los ha adquirido por liberalidad ó largueza del esposo.

De no establecerse esa presunción JURIS TANTUM, aquel dere-

cho—he aquí el fundamento de moralidad—abriría el portillo á la insidia y al fraude, en perjuicio de los acreedores del marido, haciendo que la generosidad calculada de éste, en pro de su mujer hiciera que ésta adquiriese á título de parafernial, lo que no tiene tal carácter, y sí constituye verdadero patrimonio de su consorte.

Por la ley 8.<sup>a</sup>, Código DE PACTIS CONVENTIS tiene la mujer el usufructo y administración de sus parafernales, á menos que los hubiera entregado á su marido, derechos éstos que le reconocieron las costumbres de Cataluña, llamadas del canónigo Pedro Albert.

Sobre éstos bienes podía la mujer contratar libremente, pero no en los dotales sin intervención del marido, por cuanto no puede perjudicarle, libertad que ha restringido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección general de los Registros, fundadas en un principio de recelo y de desconfianza, en el cual, por cierto, no está informado el Derecho catalán, que hace á la mujer casada verdadera señora de sus bienes parafernales.

Esa restricción la vemos en el art. 61 del Código civil, comentado en el capítulo anterior.

A esto, sin duda, debió referirse el pensamiento del ministro de Gracia y Justicia, Sr. Ruiz Valarino, al proponerse elevar la condición jurídica de la mujer casada, en el seno de la familia.

Si aquel régimen jurídico-económico no fuera el dotal, si que el de gananciales, cabría, hasta cierto punto, restringir la facultad administrativa de la mujer casada en orden á sus parafernales, porque, por una parte, perteneciendo los frutos y rentas de éstos á la sociedad conyugal para levantar las cargas de la familia, y, por otra, siendo el marido el gerente de ésta, es lógico que, sin su consentimiento no pueda la mujer contratar (art. 61 del C. c.) Pero, en justo respeto al régimen dotal, que es el legal en Cataluña, partiendo del supuesto inatacable de que á la mujer corresponde la administración y usufructo de sus bienes extradotales, cuyas rentas no corresponden al matrimonio, lo racional es que goce de esa libertad de contratación, pues ella, con tal régimen, no participa de ganancia alguna, obtenida en el consorcio.

Con un criterio jurídico formado sobre la base del sistema de gananciales, que solo en Cataluña existe, si se pacta, no se puede interpretar el derecho escrito y consuetudinario de esta región y bien pudiera ser esta anomalía uno de los muchos motivos que los jurisconsultos del principado hayan tenido para no asociarse ó, por lo

menos, para mirar con recelo la gran obra de la unificación del Derecho civil español.

Y puesto que en esta obra venimos relacionando el Derecho civil con el foral, sirviéndonos muchas veces de experto guía la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, creemos del caso citar aquí las Sents. de 1.º de Marzo, 7 de Abril y 11 de Mayo de 1910, que aplican á casos litigiosos bastante análogos los arts. 1.385, 1.386 y 1.408 (núm. 1), del Código civil.

Según el primero de estos textos, los frutos de los bienes parafernales forman parte del haber de la sociedad conyugal y están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio; según el segundo de aquéllos, las obligaciones personales del marido no podrán hacerse efectivas sobre los frutos de los bienes parafernales, á menos que se pruebe que redundaron en provecho de la familia, y según el tercero de dichos artículos, son carga de la sociedad de gananciales todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido y también las que contrajera la mujer en los casos en que puede legalmente obligar á la sociedad.

Ahora bien; si los cónyuges viven separados; si en ésta situación, aunque no legal, real, la mujer atiende á las necesidades y educación de sus hijos, no pueden embargarse los frutos de los bienes parafernales por deudas que el marido haya contraído, pudiendo aquélla deducir tercería de dominio, pues en tanto tales productos quedan afectos á las responsabilidades, en cuanto las obligaciones de donde se derivan se hubiesen contraído en provecho de la familia.

Parécenos muy acertada esa doctrina del Tribunal Supremo, lo mismo tomada en la combinación racional de dichos artículos del Código, que derivada del Derecho tradicional castellano, tanto más cuanto que se inspira en un saludable sentido moral y tiende á evitar las maquinaciones y fraudes á que se prestaría el embargo de frutos de bienes parafernales por deudas que contraiga quien, teniendo en abandono á su esposa é hijos, ostenta para con sus acreedores, quizás poco escrupulosos, una responsabilidad que no es suya y sí de su compañera. Porque si el Legislador previene que las rentas y productos de los extra dotales contribuyen á formar el acervo de la sociedad conyugal, y sí á cargo de ésta, corre satisfacer las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio, es en cuanto se hicieron en interés y provecho de la familia, nunca para satisfacer vicios, caprichos y licencias, acaso, del marido.



A prevenir los riesgos que, por tal motivo pueda correr el patrimonio de la mujer, cuyo marido, deudor, haya sido demandado ejecutivamente ó contra cuyos bienes se haya decretado embargo preventivo ó procedimiento de apremio, se ha escrito, al calor de la enseñanza, el párrafo 2.º del art. 24 de la ley Hipotecaria aplicable también en otros casos, mediante cuyo imperio, tan luego como conste en los autos por manifestación auténtica del Registro de la propiedad, que los bienes ó derechos trabados constan inscritos á favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo ó se sigue el procedimiento, se sobreseerá éste, etc.

Claro está que, existiendo en Cataluña el régimen dotal en cuanto los consortes no estipulen otra cosa en sus capitulaciones matrimoniales, correspondiendo á la mujer, no solo el usufructo sí que la administración de los parafernales, no cabe que los frutos y rentas de éstos puedan ser embargados por deudas del marido, que éste solo debe soportar, así como hace suyas las ganancias que obtenga durante el matrimonio.

Donde también vemos en Cataluña elevada la condición jurídica de la mujer casada, dentro del sistema dotal, inferior al de gananciales, es en la facultad que tiene para ceder al marido, no ya solo la administración, sino aún la propiedad de los parafernales, con obligación éste último de restituírselos con los frutos, á diferencia de los dotales, cuyos productos tienen por destino el levantamiento de las cargas del matrimonio.

De donde se sigue que en aquella región se autorizan los contratos entre marido y mujer, que refluyen, en tal respecto, en beneficio al pronto, del primero.

Siendo esto cierto ¿por qué, pues, no se ha de facultar á la mujer casada para que, sin licencia de su marido, pueda contratar respecto de los parafernales cuya propiedad, usufructo y administración le correspondan de derecho como verdadera señora de ellos?

¿De qué sirve esa administración, que el derecho le reconoce, si no puede hacer contratos de arrendamiento inscribibles en el Registro de la propiedad, porque, implicando un acto de enajenación, no puede otorgarlo sin licencia de su marido, sin que, en defecto de ésta quepa, en modo alguno, la habilitación judicial, dada la estructura del art. 61 del Código civil, aplicable á todas las regiones aforadas?

Repárese en esta antinomia que resulta comparando el derecho catalán con el general:

Si el marido es el beneficiario, sí puede ella contratar; pero recayendo en su favor el beneficio, es cuando se le ponen las dificultades no autorizadas por el fuero.

A ésto se objetará que, disuelto el matrimonio, el marido ó sus herederos vienen obligados á restituir á la mujer, no los muebles destruídos, sino los que queden, en el estado en que se hallen, así como el dinero y las cosas fungibles; pero ¿y si esa restitución no puede hacerse por insolvencia del obligado? La mujer quedará defraudada; sin que valga decir que ella tiene culpa de haber puesto su confianza en el marido, porque si la ley no permitiese, como no debe permitir, contratos entre los cónyuges cuando viven bajo un mismo techo—y la pasión del amor es vehículo, muchas veces, de la insidia—no se darían esos casos nada edificantes.

La mujer que entregaba á su marido la administración de los parafernales tenía una hipoteca tácita sobre los bienes de éste, la cual ha desaparecido por consecuencia de nuestro régimen inmobiliario, que solo autoriza hipoteca especial, debiendo distinguir entre la entrega de administración anterior á la ley Hipotecaria de 1861 y la posterior á esta fecha, pues, en el primer caso, se conserva la hipoteca tácita, pero no en el segundo.

Prescribe la ley 8.<sup>a</sup> Cód. DE PACT. ET CONSENT., que la mujer tiene la administración y goce de los parafernales si bien los productos de éstos corresponden al marido para destinarlos al levantamiento de las cargas del matrimonio; mas esta prescripción no podía tomarse tan absoluto—dentro del régimen dotal, que no da á la mujer ganancia alguna de las habidas en el consorcio, refluyentes solo en favor del marido—y, por lo tanto, unicamente era aplicable si el marido careciera de patrimonio ó aún teniéndolo, sus rentas fueran insuficientes para atender á las necesidades de la familia. Pero el Tribunal Supremo, en Sent. de 24 de Noviembre de 1894 y otra de 19 de Diciembre del mismo año, no lo entendió así, declarando, por la primera, que los frutos de los bienes parafernales estaban afectos al sostenimiento de las cargas del matrimonio y, por la segunda, ratificadora de la doctrina anterior, se resolvió que esos frutos debían aplicarse en pleitos que el marido sostuviese en nombre de la sociedad conyugal. Ese criterio lo vemos también en la sentencia de 9 de Junio de 1883, declarando el Tribunal Supremo, en tercería de dominio deducida por la mujer, que todas las deudas contraídas por el marido, por exigirlo las necesidades del matrimonio, debían satisfacerse, no solo con los bienes de aquél, sí que con

los frutos de los parafernales; de modo que éstos han perdido, en cuanto á su condición jurídica, la naturaleza propia que les daba la legislación catalana y tienen hoy la que les asigna el Código civil.

Y puesto que esos bienes son *extradotales*, conserva la mujer en ellos esa nominal administración, á menos que la hubiere confiado á su marido (ley 22, tít. DE FEUDO CONSTITIT; ley 8.<sup>a</sup>, Código DE PACT. ET CONSENS.) Si el marido fuese el administrador, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los bienes por no emplear en su cuidado la diligencia que tendrían los suyos propios (ley 11 DIG. ídem).

Mediante que la mujer es la propietaria de los bienes parafernales, haya ó no entregado á su marido la administración, ella es la única que puede enajenarlos, gravarlos ó hipotecarlos con licencia ó poder de aquél, como prescribe el art. 1.387 en relación y completado por el 61 del Código civil, pudiendo el marido ó sus herederos impugnar los contratos que aquélla otorgue sin tal licencia, en virtud de lo que dispone el art. 65 del propio cuerpo legal.

En orden á la garantía de los parafernales, cuya administración la mujer hubiere entregado al marido, deben cumplirse las disposiciones de la ley Hipotecaria y lo establecido en el art. 1.389 en relación con el 1.358 y sus concordantes del Código civil.

En el caso de que el marido administre los parafernales, está obligado á devolver los frutos existentes en ellos el día en que se le reclame la restitución, pero no los consumidos si lo han sido con el consentimiento de la mujer y en utilidad de ambos ó de su familia.

Esto prescribía la ley 22, tít. DE FEUDO, CONST. Ley 17 Código DE DONAT. INIER VIR ET UXOR, disponiendo, además, dicha ley 17, que si se hubiesen consumido contra la voluntad de la mujer, el marido será responsable de su totalidad.

Creemos que todo esto no está vigente, porque correspondiendo al matrimonio los frutos de los parafernales, no hay derecho á pedir la devolución de los consumidos; unicamente procede ésto si el marido tenía de los suyos con que cumplir esa obligación, mediando la voluntad en contrario de la mujer, pues existiendo el consentimiento de ésta ó recayendo en su pro ó en utilidad de la familia, semejante devolución no la autoriza aquel derecho.

### De las donaciones entre los cónyuges constante el matrimonio

El Derecho canónico y la Legislación romana, en previsión de fraudes, prohibieron las donaciones entre los cónyuges, constante el matrimonio; pero no de un modo absoluto, porque sería injusto y perjudicial á la familia, sino admitiendo excepciones, muy puestas en razón.

Son válidas: 1.º Las donaciones hechas antes del matrimonio y en el mismo día de su celebración, aunque posteriormente al mismo se verifique la entrega ó tradición de la cosa (leyes 5.ª y 27 DIG. DE DON. INT. VIR ET UXOR). (Esto se funda en que el verdadero título de transmisión, el verdadero acto jurídico surgido por imperio de la voluntad tuvo nacimiento cuando los contrayentes estaban en completa libertad de contratar); 2.º Las donaciones hechas para después de disuelto el matrimonio (ley 10 DIG. ídem y 43 DIG. DE MORT. CAUS. DONAT), porque son revocables expresa ó tácitamente, como veremos, en respeto á los fueros de la voluntad, que es ambulatoria, teniendo en cuenta que con esa donación no se perjudica la legítima de las personas que tienen derecho á ella, por lo mismo que procede de la ley; 3.º Los regalos módicos que los cónyuges se hagan en días de fausto para la familia, generalmente en los cumpleaños, etc., (ley 31 DIG. DE DONAT. DE VIR ET UXOR). Esta donación también la permite el art. 1.334 del Código civil, en respeto al amor que los cónyuges se tienen; 4.º Las donaciones que uno de los cónyuges haga al otro para reparar la finca de éste, que haya sufrido ruina, hasta la cantidad necesaria á tal objeto (ley 14 DIG. íd.), porque esa reparación refluye en beneficio del matrimonio, toda vez que la finca reparada, puede producir renta; 5.º La de concesión de uso de alguna cosa (leyes 18, 28 y 53 DIG. íd.) porque no se transmite ni la propiedad, ni el total disfrute del objeto; y 6.º Las donaciones por las cuales ó el donatario no se hubiese hecho más rico ó el donante no hubiera quedado más pobre (leyes 5.ª y 7.ª DIG. íd.), precisamente porque son insignificantes.

La restitución de la dote que durante el matrimonio hubiere hecho el marido en favor de la mujer, sin justa causa, es nula, salvo las excepciones anteriores (ley únic. Cód., SI DOS CONST. MATR., SALVAT.) Esto tiene por objeto prevenir todo fraude, y, además, se funda en que, siendo la dote una donación causal, justa causa debe mediar para su restitución.

La prescripción anterior es extensiva á las donaciones hechas antes del matrimonio, á condición de que después de celebrado tengan efecto y se consumen con la entrega de la cosa (Ley 15 del DIG. DE DONAT. INT. VIR ET UXOR), precisamente, también, porque al otorgarse obedecieron á la causa de que se celebraría el matrimonio.

En el caso de nulidad de las donaciones por no hallarse especialmente excepcionadas, el cónyuge que las hizo puede vindicar las cosas, ó reclamar su devolución; pero el donatario no está obligado á restituir los intereses y demás frutos industriales que hubiere percibido de ellas (leyes 15, 16 y 19 Dig. íd.) Fúndase el derecho del donante en que, por mediar tal nulidad, no se desprendió, de derecho, de las acciones para recuperar la cosa, bien que, si es inmueble, de fijo que no se inscribiría el contrato en el Registro de la propiedad, por ser nulo *per se*; pero ese derecho reivindicatorio no alcanza á la restitución de los intereses ni á los demás frutos industriales que se hubiesen percibido, porque en ésto media trabajo ú ocupación del donatario en la producción de los mismos, cosa que no reza con los frutos naturales, por ser espontáneos de la cosa.

Si el cónyuge donatario hubiese consumido la cosa donada, sólo vendrá obligado á restituir la suma en que, por su razón, hubiese aumentado su patrimonio al tiempo de contestar la demanda (Leyes 5.<sup>a</sup> y 7.<sup>a</sup> Dig. íd.)

Esa determinación del período procesal es porque con dicho trámite se celebra el cuasi contrato de LITIS CONTESTATIO, merced al cual los litigantes quedan sometidos á acatar y cumplir la sentencia que recaiga y en ésta ya se harán los debidos pronunciamientos en derecho.

A pesar de que las donaciones entre los cónyuges se hallan prohibidas por la ley 4.<sup>a</sup>, Código, DE DON. INT. VIR ET UXOR, producen efecto después de la muerte del donante, si éste no las ha revocado expresamente, en caso de haberse cumplido, con respecto á las mayores de 500 florines, con la formalidad de la insinuación (ley 25 Código, DE DONAT. INT. VIR ET UXOR).

De manera que si no hubiese mediado la insinuación, requisito prevenido para evitar las donaciones fraudulentas, y en el supuesto de que la cosa valga más de 500 florines, no hay necesidad de que se revoque expresamente la donación para que sea ineficaz; basta con no revocarlas. Pero si se ha cumplido ese requisito de la insinuación, semejantes donaciones surten efecto, si expresamente no se revocan. De donde resulta que, en orden á la eficacia de esos

contratos entre los cónyuges, se ha atendido, muy principalmente, al elemento ético, en evitación de que á la sombra de los mismos se cometan fraudes.

Pero lo dicho anteriormente tiene ésta limitación: las donaciones que, excediendo de los 500 florines, no hubiesen sido insinuadas, no valen en cuanto al exceso, á menos de que el donante las hubiese confirmado expresamente en su última disposición (Novela CLXII, capítulo I).

Combinando lo arriba dicho, con esto último, resulta: que si la donación excede de 500 florines sin haberse hecho la insinuación y el donante no la revoca, deja de surtir efecto; pero si la confirma, no valdrá en lo que exceda de dicha cantidad, á menos que haga confirmación expresa de esto último. Mediando esa insinuación puede revocarse, y caso contrario surte efecto después de la muerte del donante (á menos que se halle incluída en las excepciones señaladas), y bajo cuyo supuesto no pierde su eficacia durante el matrimonio y mucho menos después de disuelto.

Revalidadas las donaciones en la forma arriba expresada, producen efecto desde su otorgamiento, en caso de que, excediendo de 500 florines, hubiesen sido insinuadas, y desde el día de la confirmación si no lo fueron (Novela CLXII, cap. I).

Las donaciones así confirmadas se hallan afectas á la detracción de la cuarta falcidia y al pago de las deudas del donante, si éste no tuviese bienes para satisfacerlas. Tales donaciones caducan por la premuriencia del donatario (ley 32 Dig., DE DONAT. INTER VIR ET UXOR; ley 12 Cód., AD LEG. FALCIT.; y ley 15 Cód. DE DONAT. INTER VIR ET UXOR).

Las prescripciones anteriores son secuela obligada de lo dispuesto en la ley 25 del Cód. dispositiva de que las donaciones prohibidas entre cónyuges producen efecto después de la muerte del donador en los casos que la misma expresa, y como presentan relieve de donaciones mortis causa, aún cuando revistan forma de contrato, puesto que producen sus efectos, no en vida, si que á la muerte de quien las hace, quien puede revocarlas ó confirmarlas, es lógico que, entrañando materia sucesoria, de ellas se detraiga la cuarta falcidia para que no sufran agravio los herederos y se paguen las deudas del donador, á fin de que no queden burlados los intereses de sus acreedores, caso de que faltasen otros bienes de aquél para satisfacerlas.

Mediante á que el derecho del donatario, en tanto es perfecto en

cuanto el donante no revoque en unos casos la liberalidad y en otros la confirme, es evidente que, no sobreviviendo aquél al donante, deja de adquirirlo; de modo que por su muerte caduca la donación, sin que sus herederos puedan adquirir las cosas en que consista.

No producirá efecto después de la muerte del donante, si éste, durante su vida, hubiese manifestado bien claramente su voluntad de revocarla, debiéndose interpretar cualquier duda que sobre esto surja, en sentido favorable á la subsistencia de la donación (ley 32 DIG., DE DONAT. INT. VIR ET UXOR).

Huelga todo comentario á esta prescripción; lo difícil es probar esa manifestación clara de la voluntad revocatoria de la donación, materia ésta que es de apreciación del Tribunal A QUO, con vista de los elementos de convicción aportados al pleito; pero, colocado el ánimo en la penumbra de la duda sobre si el donante se propuso ó no revocar su largueza, en honor al otorgamiento de ésta debe declararse su subsistencia.

Además de la revocación expresa se da la presunta, exteriorizada con hechos, á saber: la proviniente de que el donante haya enajenado la cosa donada (ley 32 DIG. íd. y Novela CLXII, cap. I). Se alcanza á primera vista el fundamento de esta revocación, el cual no es otro que la incompatibilidad de derechos entre los del donatario, que no están consolidados mientras viva el donante, y los del adquirente de la finca por título oneroso, enteramente perfectos, y claro que, colocado el conflicto en estas condiciones, debe resolverse en favor de los de este último.

Cualquier acto revocatorio de la donación no tiene efecto si el donador la hubiese confirmado posteriormente (Ley 32 antes citada). Refiérese este precepto á revocaciones por testamento ó por otros actos en vida del donante, que no sea la presunta ó enajenación que dejamos explicada.

Por la confirmación de la donación queda sin valor el acto revocatorio, como si no se hubiera hecho, con lo cual se consagra la voluntad del donante.

Para terminar, réstanos decir que, según sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1865, lo donado por título de heredamiento en capitulaciones matrimoniales, como acto bilateral y por causa onerosa, no puede ser revocado en testamento, ni aún gravado por el donante que impuso al donatario una vinculación ó fideicomiso.

## Derecho local catalán

## TORTOSA

En orden al régimen jurídico económico del matrimonio, la legislación de Tortosa contenida en el Código de sus costumbres, nos presenta tres sistemas que regulan las relaciones patrimoniales entre los esposos: uno, el llamado de asociación ó hermandad conyugal, matrimonio de *mitj per mitj* ó *compayniá* ó *agermanament*; otro, el dotal, y el último el de matrimonio sin dote, ni pacto de hermandad.

## Sistema de asociación ó hermandad

Supone la existencia de pactos nupciales llamados *cartes de les nupcies*; no mediando éstos, se entiende celebrado el matrimonio bajo el régimen dotal, siendo de advertir que aquéllos se han de establecer antes del consorcio, no durante éste, (ley 5, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 21) sin que sea preciso que consten en escritura pública, pues basta que se prueben para producir efecto.

Esto, que dice á la forma de las estipulaciones y al momento en que se hacen, difiere de la legislación general del principado catalán, pues según ésta las capitulaciones matrimoniales han de otorgarse en escritura pública, lo mismo que prescribe el núm. 3.<sup>o</sup> del artículo 1.280 del Código civil, y cabe celebrarlas durante el matrimonio, lo cual ni lo permite el art. 1.315 de dicho Código general, ni lo autoriza el de Tortosa, que tiene en cuenta los abusos y conflictos que podrían ocurrir, alteradores de la paz de la familia, si se permitiese que, durante el consorcio, establecieran los cónyuges esa hermandad ó *agermanament*.

El sistema de hermandad es incompatible con el dotal, (lib. V rúb. 1.<sup>a</sup>, § 20, ap. I).

Y entrando en el fondo de esa institución, regulada en la Constitución XXI rúb. 1.<sup>a</sup>, Código de las Costumbres, es de consignar que todo cuanto adquieren marido y mujer, por cualquier título que sea, lo mismo lucrativo que oneroso, universal que singular, durante el matrimonio, es divisible, por mitad, entre ellos, pero no los bienes, que poseían al tiempo de celebrarlo. (Véanse además las rúblicas 21, 4, lib. V).



Tal sistema se separa del de gananciales, regulado por el Código civil, en que por éste último no tienen esta consideración los bienes que, durante el consorcio, adquieren los cónyuges por título lucrativo, (núm. 2.º, art. 1.396), en tanto que, por aquél, corresponden á dicha hermandad y son partibles por mitad entre los consortes, pero se exceptúan los vestidos que tengan cada uno al disolverse la sociedad conyugal) (lib. V, rub. I, § 20, ap. VIII).

Guarda el *mitj per mitj* algún parecido, como luego veremos, con la asociación á compras y mejoras, acostumbrada en el campo de Tarragona; pero en esta última no solo entran en ella y se interesan los cónyuges, como en la hermandad conyugal de Tortosa, si que además otras personas, con miras á robustecer el patrimonio familiar.

De las deudas comunes ó sean las que marido y mujer conjuntamente hayan contraído, tengan ó no por objeto el levantamiento de las cargas matrimoniales, así como de las contraídas por el marido en interés de la familia ó para la subsistencia de la misma, responde la hermandad conyugal, porque ésta no solo ha de alcanzar beneficios, si que también pechar obligaciones. Del propio modo responde de las deudas contraídas por la mujer para atender á las necesidades de la casa si el marido estuviese ausente, ó si, estando presente, se negare á cumplir este deber ó si la mujer fuere comerciante y con consentimiento de su esposo hiciere compras (lib. V, rub. 1.ª, § 20, ap. IV).

De manera que si la deuda la contrae el marido, existe la presunción *JURIS TANTUM* de que su objeto fué el levantamiento de las cargas matrimoniales, pero si la contrae la mujer, esa presunción no existe, y en tanto su pago obligará á la sociedad, en cuanto se pruebe que lo fué en interés de la familia.

Con esa asociación no se anonada la personalidad jurídica de los cónyuges, quienes responden de las deudas particulares de cada uno de ellos, así como de las dotes ó donaciones que hubieren hecho á favor de los hijos.

Tratándose de deudas comunes ó sean las contraídas en interés del matrimonio, como antes se dice, los acreedores pueden repetir contra los bienes de la hermandad, pero, de las deudas propias de la mujer, deberán esperar aquéllos á que se disuelva y liquide la sociedad para cobrarse de lo que á aquélla corresponda. Esto es con el fin de que no se altere la paz de la familia, ni se perturbe la marcha de la sociedad conyugal.

Si las deudas las ha contraído el marido y puesto que se supone que lo fueron en interés de la hermandad y para levantar las cargas del matrimonio de cuyos bienes es el administrador legal, pueden repetir contra éstos los acreedores, no sin el derecho la mujer á exigir la mitad de lo pagado, si se demuestra que fueron deudas que no tenían tal carácter común y sí privativas de su consorte.

No puede negarse que las prescripciones del Código de Tortosa se hallan inspiradas en un principio de libertad circunspecta y tienen por base la justicia distributriz, procurando conciliar en sus dictados los intereses de los cónyuges, los de la familia y los de los acreedores. Las obligaciones que contraiga el marido y las sumas que pague por otro, á menos que la mujer firme el contrato, la dote dada al hijo ó hija y la cesión de bienes á sus acreedores sin firma ni obligación de la mujer y el *aisovar* dado por el padre en carta dotal, solo á éste obligan (Rúbs. 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, lib. V).

A primera vista parece que aquel régimen, no admite los parafernales, toda vez que sus frutos pertenecen á la hermandad; pero no es así. Aún cuando corresponden á ésta los bienes particulares de los cónyuges adquiridos por título lucrativo durante el matrimonio, el capital que aquéllos tenían antes de celebrarlo es privativo ó particular de ellos, y, de consiguiente, gozan de la consideración de parafernals los de la mujer en este caso, así como le pertenecen los vestidos de luto (Rúb. 5.<sup>a</sup>, lib. V, § 20, ap. VII).

Disuelta la sociedad conyugal por las mismas causas que las establecidas en el Derecho común, (Véase, lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 20), cada cónyuge puede disponer de la mitad de los bienes que le corresponden (por esto se llama *mitj per mitj*) en plena y libre propiedad.

El viudo, aunque pase á segundas nupcias, no tiene obligación de reservar á favor de los hijos dicha su parte, precisamente porque no la adquiere por herencia ni donación y sí por su cualidad de socio, cuyo supérstite no goza, por su condición de viudo, de los derechos que le concede el sistema dotal, ni la mujer puede pretender la posesión de bienes, alimentos, ni cosa alguna.

### Sistema dotal

Vamos á presentar las especialidades que en este orden contiene la legislación dertosenense.

No tiene el Código porqué ocuparse de regular la condición ju-

ridica de los bienes del marido, dentro del consorcio; suyo es el capital que posee al celebrarlo, así como cuanto adquiere durante el mismo por título lucrativo ú oneroso, sin que su mujer participe en nada; bien que viene obligado á atender á las necesidades de la familia.

Pero así como aquél código no dedica prescripción alguna á definir y condicionar el patrimonio del marido, se detiene ante el de la mujer y regula el *aixovar* ó dote, el *excreig* llamado también donación PROPTER NUPTIAS ó esponsalicio, así como las donaciones nupciales que el marido hace á su compañera y los parafernales.

La dote es allí, no la germana del Fuero Juzgo, si que la romana en toda su integridad y extensión, constituída por la aportación de bienes que la mujer hace al matrimonio ó da al marido para el sostenimiento de las cargas conyugales. Clasificase en profecticia, adventicia y mixta, estimada é inestimada, mueble é inmueble.

*Dot es aquell que la muller aporta ó dona al marit en temps de nupcies* (lib. V; rúb. 1.<sup>a</sup> § 2). No puede existir sin el matrimonio (lib. y rúb. citados § 19).

Es de consignar que, según el Código de Tortosa, la mujer no puede constituir dote en favor de sus hijos sobre sus bienes dotales ó los que hubiere recibido del marido como *excreig* ó esponsalicio, si no media el consentimiento de éste, porque, de permitirse semejante constitución, á espaldas del esposo, los frutos de tales bienes dejarían de aplicarse á las obligaciones del constante consorcio.

No así ocurre con los parafernales; la mujer según dicho código, puede constituir en éstos las dotes de sus hijos, sin mediar el consentimiento de su marido; pero esta libertad se halla restringida por el art. 61 del Código civil, obligatorio en todas las regiones aforadas.

La constitución dotal es voluntaria; pero si se hubiere hecho, debe distinguirse entre si el régimen matrimonial de los padres fué el de hermandad ó el dotal. Si el primero, habiendo intervenido marido y mujer en la donación á favor de sus hijos, esta deuda se divide por igual al disolverse y liquidarse el consorcio, porque se trata de una obligación comunmente contraída; si el padre fué el constituyente, esa obligación no afecta á su mujer, la cual tendrá derecho á que se le entregue, con cargo al capital perteneciente al marido, igual cantidad á la entregada á la hija como dote, pues cada uno debe pechar con sus grandezas ó desprendimientos y recibir las satisfacciones de la gratitud.

Celebrado el matrimonio bajo el régimen dotal—que es el general, no mediando aquellos pactos antenuptiales—sólo al marido afecta la constitución de la dote y responde con sus bienes, á menos de que la mujer quiera coparticipar en el otorgamiento, haciendo también suya la obligación, en cuyo caso, tenida viene á satisfacer la mitad (Lib. V, rúb. 3.<sup>a</sup>, § 5.<sup>o</sup>) Pero la mujer no puede ser forzada á dar aixovar á su hija, como tampoco el padre por fuerza que le haga su mujer (Lib. V, rúb. 3.<sup>a</sup>, § 2.<sup>o</sup>)

Si la dote es inestimada y comprende cosas sujetas á peso, número ó medida, llamadas fungibles, porque se consumen por el uso, el marido hace suyos los bienes; no existiendo á la disolución del matrimonio, viene obligado á satisfacer otro tanto de la misma naturaleza, valor y calidad, prescripción que vemos establecida en el último párrafo del art. 1.372 del Código civil.

El Código de Tortosa permite al marido la enajenación del fundo dotal inestimado, con consentimiento de la mujer; ésta no responde, con su dote, de las deudas del matrimonio. Los vestidos nupciales que aquélla recibe no se consideran dote, sino anticipo de legítima que el padre hace á la hija y que ésta viene obligada á colacionar en su día.

El *excreig*, en Tortosa, es el mismo que en toda Cataluña; lo constituye la donación que, al celebrarse el matrimonio, ó después de celebrado hace el esposo á la esposa, ya por razón de su virginidad, como era la MORGENGRAVE de los germanos, ya en consideración á la dote, con la cual debe ser correlativo. (Lib. V, rúbrica 1.<sup>a</sup>, § 2.<sup>o</sup>).

Sin duda, para que no se explote la inexperiencia del hombre en la edad de las pasiones, prescribe dicho Código que sólo el mayor de veintidos años es quien puede constituir el *excreig* á su prometida; de donde se colige que si no tiene esta edad deben suplir su capacidad las personas designadas por la ley.

El *excreig* ó *donació per nupsies* no puede existir sin dote, á menos que el marido quiera hacerla especialmente á su mujer (Libro V, rúb. 5.<sup>a</sup>, § 19): Consiste en la mitad de la dote si ésta es en metálico y la mitad del precio ó valor de los dotales estimados; si fueren inestimados, en lo que los cónyuges convengan. (Lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 1.<sup>o</sup>, aps. I, II y III).

Si la mujer es virgen, su marido viene obligado á dar el *excreig*; esto nos recuerda la MORGENGRAVE; pero si viuda, no tiene tal obligación, (libro y rúbrica antes citados, ap. III).

No habiéndose dado *excreig* antes del matrimonio y faltando la unión sexual (casamiento rato) no cabe darlo; pero si se consumó la unión y la mujer premuere al marido, los herederos de aquélla tienen derecho á pedir la mitad de todo el *excreig*, así como el *aixovar* ó dote entregada á la mujer, aún cuando el marido nada hubiese recibido, (Lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup> § 13, ap. II). Si el marido premuere á la mujer, ésta puede pedir todo el *excreig*, sin ninguna disminución y tenerlo durante los días de su vida; pero, al morir, la mitad vuelve á los herederos del marido ó á quien éste lo hubiese dispuesto, quedando para la viuda la otra mitad, así como el *aixovar* ó dote (Lib. V, rúbrica 1.<sup>a</sup>, § 13, aps. II y III). Pero esto se entiende, no habiendo hijos del matrimonio, porque si existen, el padre no puede disponer de la mitad del *excreig*; éstos la hacen suya, pues, cuando el matrimonio se celebra, el marido, implícitamente, la da á sus hijos en las cartas de bodas (Lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 13, ap. V).

Repitiendo nupcias, la viuda disfruta del *excreig* en totalidad; pero, á su muerte, pasa á los hijos del marido, así como lo que éste le hubiese dado (lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup> § 13, ap. VI). De manera que ese derecho del *excreig*, por parte de la viuda se halla sujeto á una condición resolutoria ó de reserva.

Aún cuando no se haya entregado todo el *aixovar* ó dote al marido, á la muerte de éste, su mujer puede pedir el *excreig*, compensándolo con aquél, lo cual también sucede si ésta premuere á su cónyuge (Lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 13, aps. VIII y IX).

La mujer que sin sentencia pronunciada por el tribunal eclesiástico se separa de su esposo, por ser adúltero, pierde todo el *excreig* que éste le hubiese dado, así como las cosas que del mismo tenga, á no mediar reconciliación entre ambos, no viniendo obligado el marido á restituir la dote, ni durante ni después del matrimonio, á menos que se pruebe la falta imputada, en cuyo caso solamente el *aixovar* se debe restituir (Lib. V, rúb. 2.<sup>a</sup>, § 2.<sup>o</sup>).

Nadie puede tomarse la justicia por su mano: aún cuando el adulterio, tanto del marido como de la mujer, es causa del divorcio QUOD THORUM ET MUTUAM HABITATIONEM, la mujer, mientras no acuda al tribunal pidiendo provisionalmente el depósito de su persona ó la separación de cuerpos no se verifique por imperio de la sentencia canónica, tiene el deber de vivir con su marido y, al quebrantarlo, no es merecedora de conservar el *excreig*, ni las demás cosas que éste le hubiese dado; pero la reconciliación entre los cónyuges pasa la esponja sobre estas diferencias y, en respeto á la vo-

luntad de ellos, levántase semejante sanción. Probándose la falta imputada al marido y prosperando, en su consecuencia, el divorcio, la ley mitiga aquella penalidad haciendo que la mujer, que arbitrariamente se separó de aquél, haga suya la dote solamente, no el *excreig*, por cuanto constituye una donación.

Repárese en que las prescripciones anteriores son producto de un régimen antiguo que no reconocía el matrimonio civil como unión legal, y puesto que los españoles pueden contraer el vínculo lo mismo ante la Iglesia, que ante la autoridad del Estado (art. 42 del Código civil), se ha de tener en cuenta, como vigente y aplicable á la materia que estudiamos, lo dispuesto en el núm. 3.º del art. 73 del propio cuerpo legal, preceptivo de que por virtud de la sentencia de divorcio pierde el cónyuge culpable todo lo que le hubiese sido dado ó prometido por el inocente ó por otra persona, en consideración á éste, quien conserva todo cuanto hubiese recibido del culpable, pudiendo además reclamar, desde luego, lo que éste le hubiese prometido; precepto que, por hallarse incluído en el tít. IV de dicho Código, obliga en Cataluña como en todas las regiones de España, según determina el art. 12 del mismo.

La mujer que se casa dentro de año y día de la muerte de su primer marido, pierde el *excreig* que éste le hubiese hecho y todo lo que el mismo le haya dado en acto de última voluntad. (Lib. V, rúb. 2.ª, § 3.º). Esta prescripción obedece á que, durante ese año y día, la mujer no podía contraer matrimonio para evitar la confusión de prole; pero, habiendo demostrado la Patología médica, salvo casos de partos tardíos, muy rarísimos en la Teratología, de nacimientos posteriores á los trescientos y un días, el Código civil, en su art. 45, ha limitado este tiempo al en que la viuda no puede repetir matrimonio.

Surge la duda de si, habiéndose reducido á trescientos un días la prohibición de repetir nupcias la viuda, se halla, no obstante, subsistente la rúbrica 2.ª, lib. V del Código de Tortosa, que hace extensiva aquélla á año y día. Podrá creerse que, como quiera que la viuda, pasados los trescientos y un días siguientes á la muerte de su esposo, puede contraer nuevo enlace, al usar de su derecho no maleficia; pero téngase en cuenta que ese año y día, verdadero *any de plo* ó de luto, lo establece el Código de Tortosa en respeto á la memoria que la mujer debe á su esposo, y, de consiguiente, aquel fundamento de la confusión de prole no es parte á destruir la razón de orden moral que tuvo el Fuero.

Puede darse segundo *excreig*, que constituyen nuevas donaciones que el marido hace á su mujer; pero esto es siempre dentro del régimen dotal; no en el de hermandad ó *agermanament*.

Si el marido, además de la dote y del *excreig*, da alguna cosa, poca ó mucha, á su mujer en tiempo de nupcias y lo hace constar así en las cartas matrimoniales, es válida semejante largueza, quedando obligados los bienes del esposo á la restitución de la misma, al igual que la dote y que otro *excreig* que le debiera hacer según costumbre (lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 5.<sup>o</sup>)

Huelga decir que estas prescripciones hay que ponerlas en armonía con la ley Hipotecaria, la cual no autoriza las hipotecas tácitas y generales que tenía el marido sobre sus bienes presentes y futuros á la seguridad de dotes, donaciones esponsalicias, etc., que tanto contribuyeron á producir el estelionato.

Si la mujer repite matrimonio pasado el primer año de viudez, tiene obligación, según dispone la ley HAC EDICTALI, de reservar para los hijos del matrimonio disuelto cuanto hubiese recibido de su cónyuge difunto; este ordenamiento legal se halla fundado en el orden público, que no puede variar el marido; el cual también tiene esa obligación de reservar los bienes que le haya donado su esposa, en el caso de que repita matrimonio. Como garantía de ese deber exigible, el Código de Tortosa establecía una hipoteca tácita, incompatible hoy con el régimen inmobiliario establecido por la ley Hipotecaria.

#### Sistema del matrimonio sin dote ni pacto de hermandad

Hemos dicho que el Código de Tortosa no permite celebrar las capitulaciones matrimoniales constante el matrimonio, en cuyo momento puede ocurrir que, careciendo los cónyuges, especialmente la mujer, de bienes propios, los adquieran durante el consorcio por título oneroso ó lucrativo.

En estas condiciones, dicha legislación dertosenense, lejos de prescribir, como la general ó de Castilla que se entiende constituida la sociedad conyugal bajo el régimen de gananciales, dispone que lo está bajo el dotal, careciendo, por consiguiente, la mujer de toda participación en las ganancias; éstas las hace suyas el marido exclusivamente.

Dicho Código, procurando por la suerte de la mujer, le concede

un derecho de verdadera importancia llamado *excreig* legal: consiste en el que tiene la viuda pobre ó no pobre á la cuarta marital, sin limitación de cantidad como *máximum*, en concepto de propietaria, cualquiera que sea el número de hijos que deje el causante (Lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 12).

De consiguiente, esa cuarta no es la que concedía el Derecho romano á la viuda pobre é indotada, limitada á cien libras de oro, cantidad que se reducía, cuando había más de cuatro hijos, hasta una parte igual á la de éstos y solamente en usufructo, pues el Código de Tortosa prócuró atender mejor que el Derecho romano á la condición de la mujer; y tan cierto es ésto, que, dada la libertad de pactar de los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, se suelen estipular algunas ventajas en favor de la mujer, lleve ésta ó no dote, haciéndola partícipe de la mitad de las ganancias.

En este sistema, llamado mixto, se combina el de hermandad ó de contrato con el dotal ó legal.

#### De otros derechos de la viuda

Son los del año de luto y los de *tenuta*. Del primero nos ocuparemos al tratar del régimen sucesorio; el segundo, que figura regulado en el lib. 5.<sup>o</sup>, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 15, consiste en que los bienes del marido quedan obligados á favor de la mujer por la dote y el *excreig*, de tal manera que nadie les puede echar ni separar mientras no esté pagada, la cual continúa poseyéndolos. Sin consentimiento de la mujer nadie puede enajenarlos, empeñarlos ni entregarlos, y á ella debe satisfacerse el precio que se obtenga para retenerlo hasta que se le pague (lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 5.<sup>o</sup>)

La viuda, mientras no se le satisfagan la dote y el *excreig*, tiene derecho á ser alimentada en compañía de los herederos en casa de su difunto marido, (lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 14), derecho que no le corresponde en el matrimonio llamado de hermandad ó *agermanament* (aps. VI y VII, § 20 de dicha rúbrica). De dicho derecho de *tenuta*, aún pasado el *any de pló* y hasta que se verifique el pago de la dote y esponsalicio, así como del llamado de alimentos en el mismo caso, puesto que ella es la poseedora de los bienes durante esa situación, tratan los I y II, rúb. 2 del citado libro.



### Joyas, vestidos y ropas de la mujer

Son de ésta las que le hayan dado el marido ú otros, si ella sobrevive; pero premuriendo á su esposo, éste hace suyas las que dió así como la parte proporcional del valor de los vestidos de boda que contribuyó á comprar (lib. V, rúb. 1.<sup>a</sup>, § 18).

### Campo de Tarragona

Vamos á tratar de la asociación á compras y mejoras, especialidad que existe en el Campo de Tarragona, que comprende varias poblaciones del partido judicial de esta ciudad y de los de Reus, Montblanch, Vendrell y Falset.

La primera cuestión que surge es la de si existe esa sociedad por ministerio de la ley, unicamente, ó si es indispensable que se pacte.

Cáncer opina que la mujer puede pedir su parte en los aumentos por compras y mejoras, aunque su marido no la hubiese acogido en esta asociación, porque se presume que contrataron, según costumbre de la tierra. Fontanella, después de citar la sentencia dictada por la Audiencia de Cataluña de 24 de Enero de 1595, reconocedora de esa costumbre, aunque en los capítulos se omite hablar de mejoras y aumentos, dice que en tal caso se entiende pactada la asociación á medias.

Se acostumbraba, cuando entre algunos era tratado y concordado el matrimonio, que los contrayentes firmasen y jurasen los pactos nupciales, en poder del *bayle* del lugar, ó del *mediador* del casamiento, con licencia de aquél; y por este hecho, tales pactos, publicados por dicho funcionario se reducían á escritura pública ante notario, sin requerirse la firma de los cónyuges, á pesar de lo cual producían efecto, porque bastaban las firmas de aquéllas personas.

El mismo Fontanella sostiene, apoyándose en la Sent. de 15 de Octubre de 1876, que solo prevalece esa costumbre si se prueba en cada caso particular.

Nuestro sentir en este punto es el siguiente: El art. 12 del Código civil respeta el derecho consuetudinario de los territorios aforados; este derecho lo mismo puede estar contenido en cuerpos legales, como son los USATGES, que fuera de esta situación; en este

último caso, como se trata de una cuestión de hecho, esto es, de si está ó no vigente la costumbre invocada—como regla jurídica—debe probarse su existencia. De manera que si se contradice ó se niega, habrá de justificarse, sin que sea bastante el que se diga que lo ordinario en casi todas las capitulaciones matrimoniales es que acoja el marido á su mujer á compras y mejoras.

Esa asociación, cuando es producto del contrato, puede comprender á los padres de los contrayentes, y por cierto que no está reñida con la Legislación general contenida en el Código civil; éste, en su art. 1.665, define el contrato de sociedad civil, que puede ser universal (arts. 1.671 y 1.672), comprendiendo todos los bienes presentes ó todas las ganancias y se halla regulado por el cap. I, tít. VIII, lib. IV, del propio cuerpo legal.

Por virtud de esa asociación con entera personalidad jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, y hallándose solamente constituida por marido y mujer, ésta entra á participar en una mitad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, siempre que lo sean por título oneroso, aunque las haya verificado el marido sin concurrencia de ella.

Las adquisiciones por título lucrativo, cualquiera que sea la forma que revistan, quedan fuera de esa asociación y, por consiguiente, la mujer no acredita en ellas. Con el nombre de mejoras se comprenden, no ya sólo las que tienen este verdadero carácter, porque aumentan el valor de las fincas, si que la redención de censos, cargas y gravámenes ú otras deudas impuestas sobre las mismas.

En suma: que la mejora es, en su sentido genérico, todo cuanto aumente el patrimonio ya constituido, la cual es divisible por mitad entre los cónyuges, pero éstos la hacen suya, si con su dinero se han pagado las deudas y redimido los censos, cargas y gravámenes, por cuanto con dichos pagos se ha disminuído el capital privativo de cada uno de ellos.

No sólo los frutos de los bienes constituyentes de la asociación, si que lo adquirido por trabajo ó industria de los cónyuges forman parte de esas mejoras.

Dúdase de si entran en la asociación los bienes particulares adquiridos por los cónyuges antes del consorcio; nos inclinamos á la negativa, dado el nombre que tiene esta asociación de compras y mejoras, aunque otra cosa establezcan las costumbres; pero esto no veda para que los cónyuges puedan establecer en las capitulaciones matrimoniales el pacto de traer aquellos bienes al acervo común.

no sólo porque esto se halla autorizado por el Derecho catalán, si que por el art. 1.315 del Código civil.

El marido es el administrador ó gerente de esa asociación y, por lo tanto, puede disponer de los bienes de la misma; pero ha de ser á título oneroso, no lucrativo; y aún en el primer caso, asiste á la mujer el derecho de impugnar el contrato por contravención á la ley ó en fraude de sus intereses, conforme á lo dispuesto en el art. 1.413 del Código civil.

Disuelta la asociación por muerte de uno de los cónyuges, el sobreviviente usufructúa los bienes de la misma, y hasta su fallecimiento no se liquida el patrimonio social.

El supérstite no tiene obligación de reservar la mitad que le corresponda en esa asociación, por ser un capital muy suyo, nunca un beneficio que le otorgara el difunto; pero esto es sin perjuicio de los pactos que en los capítulos se establezcan, entre los cuales, el de heredamiento prelativo.

En las otras asociaciones constituídas, además de los cónyuges, por sus padres, que son las típicas en el campo de Tarragona, las compras y mejoras se dividen entre los interesados por terceras partes si son los dos cónyuges y el padre ó madre de éstos, y, por cuartas partes, si son además de aquéllos el padre y madre, y hasta por quintas y por sextas si concurren los abuelos, con lo cual todos trabajan en provecho de la casa, se fortalece la unidad de la familia y se aumenta su patrimonio.

Esa asociación puede proceder de un heredamiento universal que los padres del contrayente hacen á su favor en la forma ordinaria, y como quiera que cuando fallecen los ascendientes, los casados tienen, generalmente, hijos en la edad de contraer matrimonio y en favor de éstos se hace el heredamiento ó donación que anteriormente ellos habían recibido, resulta que por esta asociación se establece un encadenamiento de generaciones y de derechos con carácter de permanencia, para llenar así los fines anteriormente señalados.

Las capitulaciones matrimoniales regulan estas asociaciones entre los cónyuges y sus ascendientes. Para suplir las deficiencias que en ellas se adviertan, se acude á la costumbre, por la cual corresponde al ascendiente la administración de los bienes, en punto general, puesto que ocupa el primer grado en la familia, caso de que de él procedan los bienes, por más que los haya donado á sus hijos.

Mas ésto no puede tomarse en absoluto: dentro del heredamiento universal los hijos tienen derecho para el caso de que sobrevivan al

causante y sean capaces de adir la herencia, y en tal respecto, ese ascendiente, aunque jefe de la familia, necesita del consentimiento de su hijo, el heredero, para enajenar los bienes, á fin de que no sufra perjuicio la asociación.

En orden á la duración de esta sociedad, es de consignar que no influye para nada la muerte de los ascendientes, pero sí reduce el número de personas que la constituyen. Puesto que ella continúa, la parte que correspondía al difunto, abuelo ó abuela, padre ó madre se amortiza. Pero si muere la mujer, queda disuelta la asociación, toda vez que en favor de la misma se constituye. Si deja hijos, aunque el marido es usufructuario, también se disuelve la asociación, continuando los intereses mezclados y confundidos, puesto que no se hace división de bienes durante la vida del supérstite. Si muere el marido, también termina la asociación; pero si en testamento ó en capitulaciones hubiese nombrado heredero á su hijo y usufructuaria á la mujer, puede continuar esa sociedad; mas si la viuda no quisiera vivir con sus suegros ó por cualquier causa se separara de la casa, se rompe la asociación por falta de base en que sustentarse.

Una vez disuelta, se procede á la liquidación de la misma, siendo de citar la resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 30 de Junio de 1892, declaratoria de que la asociación á compras y mejoras no es más que una sociedad de gananciales, aunque contenga alguna especialidad, y, de consiguiente, son aplicables á ella, en tal punto, las disposiciones del Código civil, que, por ministerio de la ley, obliga á la liquidación, lo cual es contrario á las prácticas de aquel territorio y, además, causa los gastos consiguientes á toda testamentaria.

Según el criterio anterior á dicha resolución, fundado en el Derecho consuetudinario, disuelta la asociación no había necesidad de liquidarla.

Los bienes y derechos reales adquiridos por el marido á título oneroso durante la asociación, pasaban por mitad á la mujer ó se hacían de ellos tantas partes como interesados en aquélla hubiesen, á nombre de los cuales se inscribían, presentando al Registro las capitulaciones matrimoniales, cosa que no permite la citada resolución, pues, en cumplimiento de su doctrina y para que exista derecho inscribible en el Registro, requiérese la material división de los bienes y adjudicación á cada uno de los asociados de la parte que le corresponda.

## GERONA

Hemos hablado del *tantundem* como donación que hace el marido á la mujer por causa de matrimonio y cuya cuantía es la misma de la dote (Rúb. 24, caps. III y IV de las Costumbres). Se constituye á la seguridad de ésta y debe devolverse á la misma ó á sus herederos.

Réstanos tratar de otra institución que existe en aquélla diócesis, no en todas las localidades, sino en aquéllas á que se extendía su histórica división eclesiástica.

En un principio solo Gerona gozaba del privilegio de sus costumbres; más tarde se extendió á muchas comarcas, hasta el punto de considerarse propio de todo el Obispado.

Por las Constituciones XVI y XVII, tít. II, lib. I, gozaban de legislación propia Castellón de Ampurias, con todo lo que formaba el antiguo condado, Perlada, Besalú y otras localidades que obtuvieron concesiones especiales de las comarcas.

Prescindiendo de este verdadero régimen local y ocupándonos de las costumbres generales en lo que al sistema económico matrimonial respecta, es de consignar que en la constitución de dote se establece el pacto de reversión ó de limitación, mediante el cual la mujer no puede disponer con entera libertad de las cosas que constituyen aquélla, para que no sufran perjuicio sus hijos ó quienes se consideren con derecho á los bienes.

Además, la mujer tiene derecho á pedir durante el matrimonio que se le entregue el *tantundem*, si el marido viene á pobreza por su culpa, para, de esta suerte, tener asegurada la dote; pero no tiene derecho á la opción dotal, por ser incompatible con aquél.

Raras veces se usa del privilegio de tenuta, pero puede utilizarse si el *tantundem* es insuficiente para la seguridad de la dote y del *excreig*, donación esta última que también existe en Gerona, al igual que el *aixovar* ó dote del marido cuya propiedad de los bienes pasa á la mujer, á excepción de los vestidos y armas, como dijimos.

También existe en aquel Obispado una especie de sociedad de gananciales, á base de que se pacte en las capitulaciones matrimoniales; no estipulándose en éstas semejante régimen, la costumbre hace que pertenezcan al matrimonio y, por consiguiente, corresponden á los cónyuges los bienes adquiridos por lucro ó ganancia.

La Constitución llama á esos gananciales LUCRIS ET AUGMENTIS NUPTIALIBUS y dispone que en ellos tienen iguales derechos ambos cónyuges (Rub. 24, cap. IV.)

## VALLE DE ARÁN

Creemos del caso insertar el privilegio llamado Querimonia, concedido por D. Jaime II en 22 de Septiembre de 1313 y confirmado por D. Alfonso IV, en 1328, á los hombres y universidades del citado valle, en el cual se establece una especie de comunidad de bienes. «Si el marido contratado matrimonio con su mujer hiciere *convinensa* (convenio) sobre las cosas adquiridas ó adquirideras, si después sobreviniesen algunos gravámenes paguen á sus acreedores por partes iguales y si hicieren mejoras ó aumentos se las dividan por partes iguales, si muerto el uno, sobreviniéndole el otro no hay descendientes (liberos). Y esto mismo se observe si el hijo de familia ó la hija hiciere convenio con sus padres sobre los bienes adquiridos ó después adquirideros, de tenerlos proindiviso hasta tanto que dicho convenio y consentimiento de uno y otro deje de subsistir, (*será dividit*). Asimismo se observe lo poco antes expresado si entre extraños se hiciere igual convenio ó contrato, empero si la consorte ó mujer no conviniere con su marido ó no hiciere convenio sobre las cosas predichas ú otra persona, entonces los expresados bienes de la mujer no sean disminuídos por deudas ó gravámenes de su marido, y esto se entienda en cuanto al régimen de la casa, no empero en los delitos que se cometan.» (Cap. X).

Por otro privilegio de D. Pedro III, dado en 1352 se dijo: «Y también tengan por uso y costumbre que el marido recibe y puede recibir, si querrá, mujer en conveniencia ó (*quadenyería*) media ganancia, en todas sus ganancias al principio, medio ó fin del matrimonio, no obstante la disposición de derecho (*los drets*) de que la donación entre marido y mujer no valga. Asimismo que la mujer en su último testamento cesa y deja de tomar marido en conveniencia: empero puede hacer á su marido donación por causa de muerte. Asimismo que si la mujer está en *convinensa* con su marido, ella y sus herederos deben estar contentos con la mitad de los bienes muebles, y también de los inmuebles adquiridos por los sobredichos cónyuges»

Se reputan gananciales los bienes que provienen del trabajo,

cuidado ó industria de uno de los asociados; pero no los que éstos adquieran por legado, herencia, donación ú otro título semejante.

Los aumentos tienen la consideración de gananciales, deducidas las mejoras ó pérdidas que, durante el consorcio, hayan sufrido los bienes de los cónyuges en que aquellos se hayan dado.

Las compras y mejoras hechas durante el matrimonio son gananciales, las cuales se reparten entre las personas asociadas que vivan en el día en que ocurran las ganancias.

En defecto de regla aplicable á esta materia, se tendrán en cuenta los arts. 1.392 al 1.431 del Código civil por su carácter de supletorio.

## VICH

Según costumbre el esponsalicio no suele exceder de la tercera parte de la dote.

### Régimen económico matrimonial de

## NAVARRA

### Capitulaciones matrimoniales

Se pueden otorgar antes y después de celebrado el matrimonio:

Está prohibido al que pasa á segundas nupcias la renuncia de las conquistas ó gananciales en favor del nuevo consorte; así lo dispuso la ley 48 de las Cortes de 1765 y 1766.

En los contratos matrimoniales, los Escribanos tienen la obligación de especificar, en particular por *rolde* y *afrontaciones*, todos los bienes que se donen los contrayentes, so pena de suspensión del oficio por tiempo de dos años. Así lo dispuso la ley 1.<sup>a</sup>, tít. XIV, lib. III, de la Novísima Recopilación. En dichos capítulos deberán describirse de modo expreso y distinto los bienes que se aportan al matrimonio, expresando los que aporte cada cónyuge y en qué concepto, y derechos que se reservan ú otorgan eventualmente uno y otro contrayentes (ley 1.<sup>a</sup>, tít. III, lib. III de íd.)

### Donaciones propter nuptias

Pueden hacerlas, no solo los padres á sus hijos, si que cualquiera otra persona, sin que se exija estipulación ni aceptación por parte del donatario para que sea irrevocable. Lo donado puede ser gravado é hipotecado aunque se hubiese hecho con llamamiento de los hijos, á menos de que se establezca la prohibición de enajenar, en cuyo caso solo podrá hacerse mediando justa causa y decreto judicial; todo lo cual deben advertir los escribanos á los contratantes y dar fe de ello, bajo pena de suspensión de oficio por dos años. Falleciendo el donatorio sin hijos, revierten al donante los bienes que dió, al igual que si los hijos del donatario premuerto fallecen antes de la edad hábil para testar. Muriendo éstos sin descendencia y sin testar, vuelven los bienes al donador, si vive y, en defecto, al abuelo ó abuela y, caso de que hayan muerto, á los parientes más cercanos.

Puesto que en Navarra existe la libertad de testar, la donación PROPTER NUPTIAS tiene allí gran importancia porque regula la constitución económica de la nueva familia, declinando los padres en sus hijos, generalmente en el mayor, su fortuna á la par que sus obligaciones, sin reservarse otra cosa, aparte los alimentos, que el señorío, la autoridad, la alta inspección y la dirección suprema de aquélla, como si fuera patriarcal. Así es que ese hijo mayor, jefe efectivo de la familia, cumple sus cargos, sustenta con decoro á sus padres, alimenta y coloca á sus hermanos y dota á sus hermanas; obligaciones que se establecen por medio de pactos en escritura de capitulaciones matrimoniales.

Por la acción moral que ejercen en las costumbres esas donaciones PROPTER NUPTIAS, que tienen algo de parecido á los heredamientos de Cataluña, padres é hijos de los desposados forman una gran familia, como dice el jurisconsulto Sr. Morales.

Los donadores se reservan una pequeña suma en metálico para poder testar y en previsión de que aquella liberalidad pueda ser atacada de nula por comprender todos los bienes, privando IPSO FACTO al donante de la testamentificación, medida muy práctica para evitar, en este respecto, el rigorismo del Derecho romano, supletorio en aquel país.

Las donaciones PROPTER NUPTIAS no requieren insinuación, pero sí las que no tienen este carácter, las cuales exigen este requisito cuando su cuantía excede de 300 ducados.



### Arras

Podían darse entre infanzones y no entre villanos; consistían en tres heredades que el infanzón daba á la infanzona. Enviudando aquél con hijos de dicho matrimonio, si pasaba á segundas nupcias, podía disponer en favor de su nueva consorte—no teniendo más bienes que las arras dadas á la primera—de una de las heredades que no fuera la mayor, para ésta; y, muerta la segunda mujer, también con hijos, si el viudo pasaba á terceras nupcias, podía dar por arras á su consorte la tercera heredad de las de la primera, no teniendo otros bienes, y heredando los hijos de cada matrimonio las arras de su madre si hubieran sido dadas con fiadores, pues, en caso contrario, debían partirse entre los hijos que hubiere, según fuero.

Estas costumbres han quedado en desuso y consisten ahora tales donaciones en dinero, sin distinción de clase social de los esposos, habiendo dispuesto la ley 2.<sup>a</sup>, tít. II, lib. III de la Novísima Recopilación, que no se puede dar á las mujeres, por razón de arras, mas que la octava parte de la dote, las cuales pueden disponer de ellas, aunque mueran sin hijos y sobrevivan sus maridos, según determina la ley 1.<sup>o</sup> de aquéllos citados título y libro, por considerarse como patrimonio de las mismas.

En caso de adulterio ó de fugarse de la casa marital la mujer, no tiene ésta derecho á las arras (ley 1.<sup>a</sup> antes citada); fuera de estos casos las hace suyas, sin obligación de reservarlas.

### Dote

Ya hemos dicho que no solamente los padres pueden dotar, sino que esta obligación recae en los hijos en favor de sus hermanas, cuando se les han hecho donaciones esponsalicias.

Los padres tienen obligación de dotar á las hijas, á no ser que éstas clandestinamente se casaren.

Puede exigirse la dote, del padre, del hermano y de otras personas, cuando hubiere sido prometida con cualquier género de palabras, ya sea verbalmente, ya por escrito, sin que resulte necesaria la estipulación. Unas veces toma el carácter de estimada y otras el de

inestimada, según el Derecho romano, produciendo diferentes efectos en uno y otro caso.

Puede constituirse la dote antes y durante el consorcio conyugal.

La mujer casada que deja á su marido, yéndose con otro, pierde sus arras y el derecho á heredarlas según se ha dicho. Esta disposición, establecida en el Fuero, se ha hecho extensiva á la pérdida de la dote en caso de adulterio de aquélla, según establece la jurisprudencia de los Tribunales de aquel país, lo cual, en sentir del jurisculto D. Antonio Morales, debe desaparecer, porque las heridas del amor no se curan con indemnizaciones en dinero, aparte de que semejante privación de la dote se halla expuesta á grandes inmoralidades, como las consiguientes á demandar en juicio civil el marido ofendido y probar el adulterio de su mujer para adquirir, de esta suerte, los bienes, sin que el adúltero fuera acusado de delito.

Considerando que el cónyuge viudo tiene el usufructo foral, como veremos, no puede darse la restitución de la dote en la forma prescrita por la Legislación castellana y el Derecho catalán; pero ésto no excluye para que, no mediando pacto contrario en las capitulaciones matrimoniales, se inventarién los bienes que deje la mujer á su muerte, entre ellos los constitutivos de su dote, para su entrega á los herederos de la misma, extinguido el usufructo según las causas que el Fuero determina.

El constituyente de la dote puede establecer en las capitulaciones matrimoniales, reservas, condiciones y pactos lícitos, entre éstos el de reversión de los bienes, si la dotada falleciere sin hijos (Cap. III del Amejoramiento), reserva que no surte efecto si la mujer tiene hijos, contraiga ó no segundas nupcias. (Ley 6.<sup>a</sup>, tít. XI, lib. III de la Novísima Recopilación).

Por el hecho de llevar la mujer á un segundo matrimonio la dote que aporta al primero, aunque no se exprese la circunstancia de que los bienes son los que antes llevó, se entienden revocados los llamamientos á favor de los hijos habidos del anterior consorcio, aunque la revocación no se haga expresamente, (ley 7.<sup>a</sup> antes citada) aunque no se exprese que son dotales. (Ley 27 de las Cortes del año 1642).

Aunque la ley 3.<sup>a</sup>, tít. XI, lib. X de la Novísima Recopilación de Navarra impone á los padres la obligación de dotar á sus hijas, queda ésta cumplida si la señalada guarda la debida proporción (Sent. 10 Diciembre de 1881).

Por la Sent. de 14 de Abril de 1885, se reconoce á los padres el

derecho á hacer á sus hijos donaciones PROPTER NUPCIAS, siempre que qu ede á salvo la legítima foral, pudiendo verificar los llamamientos que tengan por conveniente, si bien con las limitaciones impuestas por la ley 6.<sup>a</sup>, tít. VII, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra y las de la ley desvinculadora de 1820, restablecida en la de 30 de Agosto de 1836.

Consignada una aportación de bienes en capitulaciones matrimoniales con la condición de adquirirla determinada persona, fallecido el que la hizo, no puede estimarse que esa declaración constituya una institución de heredero, debiendo ser regulada, en orden  a sus efectos, por la escritura de constitución. (Res. de 3 de Enero de 1892).

En el caso de que el padre hubiese llevado al segundo matrimonio las personas y bienes del primero, sin haber practicado formal partición y entrega de lo correspondiente á cada partícipe,  a éstos les corresponde la tercera parte de lo ganado en el segundo matrimonio, como preceptúan la ley 2.<sup>a</sup>, tít. X, lib. III de la Novísima Recopilación y la 50 de las Cortes de Pamplona de 1775 (Sent. de 31 de Marzo de 1892). El marido puede enajenar los bienes gananciales sin el consentimiento de la mujer, por ser dudoso lo preceptuado en el cap. XIV, tít. XII, lib. III del Fuero general, siendo de aplicación, por tanto, lo prescrito en el art. 1.413 del Código civil. (Res. de 19 de Enero de 1893).

### Parafernales

No hay precepto alguno que prohiba la aportación al matrimonio de esta clase de bienes; pero habida cuenta á que en Navarra rige el Derecho romano con carácter supletorio, y en último lugar el Código civil, es de todo punto inconcuso que aquel régimen jurídico autoriza la existencia de bienes extradotales, de los cuales es señora la mujer casada.

### Gananciales

Son los bienes llamados conquistas, ó adquiridos durante el matrimonio por el marido ó por la mujer por medio de su economía, industria oficio ó empleo; ésto es, los no adquiridos por sucesión tes-

tada ó intestada, legado, ni donación á favor de uno de los cónyuges.

La institución de las conquistas es antiquísima; ya el Fuero general dispuso: «que si algún rey ganare ó conquistare de moros ó otro Reino ó Reinos y tuviere hijos de legítimo matrimonio y les quisiere partir sus reinos, lo puede hacer y asignar á cada uno que reino ha de tener, por escrituras en su Corte y aquello valdrá, porque él se lo ganó».

Cuanto los cónyuges adquieren á título de ganancial es partible entre ellos ó sus hijos en representación.

Dada la extensión del usufructo foral en favor del viudo, que comprende toda clase de bienes, mientras no se extinga este derecho no cabe que los herederos del cónyuge difunto puedan retirar su parte de conquistas, con más la circunstancia, muy saliente, de que, por efecto de las segundas nupcias, entran en la sociedad, además de los cónyuges, las personas que tienen opción á los gananciales no entregados, con derecho á la reserva de los bienes que los constituyen, para adquirirlos en pleno dominio á la muerte del reservista.

Es de citar la ley 50 de las Cortes de 1765 y 1766, relativa á que no habiendo partición ni entrega de bienes á los hijos del primer matrimonio, el padre ó madre que casare segunda vez, aunque reciban inventario formal con todas las solemnidades necesarias, hagan suya aquéllos la tercera parte de conquistas que se ganaren en el segundo matrimonio, sin que—por la ley 48—pueda el que casa segunda vez renunciar á favor de su consorte los gananciales habidos en primeras nupcias.

Huelga decir que el marido, como gerente de la sociedad conyugal, es el administrador de las conquistas.

## VIZCAYA

En las villas y ciudades rige la legislación común de Castilla; pero en las anteiglesias ó tierra llana impera el Fuero reformado que tiene por supletor al derecho castellano.

Ese derecho excepcional se extiende á cincuenta y tantos pueblos de la provincia de Alava.

Ni las arras ni otras donaciones entre dos esposos tienen pre-

ceptos legislativos que las régulen, omisión que se ha de llenar con el derecho supletorio, al igual que lo referente á dotes y parafemales.

La mujer que fuere á la *casería* del marido trayendo dote ó arras, puede permanecer en ella hasta el año y día después de disuelto el matrimonio si no quedan hijos ó descendientes, así como gozar de su mitad, vistiendo traje de viuda; esta prescripción es aplicable al varón que fuere á casa de la mujer (ley 2.<sup>a</sup>, tít. XX del Fuero).

Ese año de luto lo vemos también en la legislación catalana, y en cierto respecto figura prescrito en el art. 1.370 del Código civil.

«Muerto el cónyuge es inhumano que al sobreviviente se le arroje de la *casería*: teniendo hijos ó descendientes, en ella continúa vistiendo el traje de la viudez; si carece de ellos, también puede permanecer allí vistiendo luto durante año y día, gozando del usufructo siempre que no corte por pié, ni tampoco de la rama, para más de la provisión de casa, su leña, pues si cortare en monte alguno habrá de compensarlo con lo que hubiere de recibir».

En los gananciales, que son las conquistas y mejoramientos hechos por los cónyuges durante el matrimonio, el marido, además de la administración, tiene la facultad de enajenarlos y aún puede venderlos para pagar las deudas por él contraídas, sin necesidad de obtener el consentimiento de la mujer, (ley 6.<sup>a</sup>, tít. XX del Fuero), salvo si fuera probado que se hizo cautelosamente por defraudar ó damnificar á aquélla, (ley 5.<sup>a</sup>, tít. IV de la Novísima Recopilación de Castilla, llevada al art. 1.413 del Código civil).

Para la enajenación de los bienes que no sean gananciales se atenderá á lo dispuesto en el Derecho común (Ley del Fuero, antes citada).

Ahora bien; la ley Hipotecaria, como muy posterior á la de 25 de Octubre de 1839, rige en Vizcaya, como en los otros territorios aforados y claro que, disponiendo en el art. 188 de la de 1869—hoy reformada—que los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscritos con dicha cualidad solo podían enajenarse en nombre y con consentimiento expreso de ambos cónyuges, quedó en este punto derogado el derecho antiguo que, como castellano, constituyó el supletorio en las anteiglesias ó tierras de infanzonado. Como quiera que el Código civil en su art. 1.365, relativo á la dote inestimada y el 1.346 respecto de la estimada, han modificado la ley Hipotecaria, es visto que á este cuerpo legal hay que atenerse en orden á quién y en qué condiciones corresponde la facultad enajenativa, sin que

pueda considerarse revivido el Derecho tradicional, motivo á que fué modificado por una ley general posterior, cual fué la Hipoteca-ria hoy reformada.

Hemos dicho que el cónyuge viudo tiene el usufructo de la mitad de la casería que el difunto aportó al matrimonio, derecho que dura año y día, y es de añadir que, según la ley 2.<sup>a</sup> tít. XX del Fuero, pasado este plazo puede pedir lo que aportó y además su mitad de gananciales, y como no establece reglas relativas á esta sociedad, ni expresa qué bienes la constituyen, habrá de acudirse, como fuente supletoria, en único lugar, nó al Derecho de Castilla antiguo por el orden de prelación de sus fuentes, como preceptuó la ley 3.<sup>a</sup>, título XXVI de los Fueros, si que al Código civil, en cumplimiento de lo que éste prescribe en su art. 12; toda vez que este cuerpo legal derogó, en su art. 1.976, los cuerpos legales usos y contumbres que constituyeron el Derecho civil común. Lo que no tiene fuerza obligatoria directa, mal puede tenerla supletoria.

Por razón de delito del marido no se pueden vender los bienes de la mujer, ni al contrario. (Ley 5.<sup>a</sup>, tít. XX del Fuero).

Establece ésta el principio, llevado á la ciencia punitoria, de que la pena debe ser personal, el cual corresponde á otro llamado de individualización del delito. Ahora bien; si ambos cónyuges tomaron parte en la comisión del hecho punible, como autores, cómplices ó encubridores, no obstante esa ley del Fuero, les alcanzará y se hará efectiva en sus bienes la responsabilidad civil, conforme á lo dispuesto en el Código penal, obligatorio en todas las regiones de España.

Es de copiar la ley 8.<sup>a</sup>, tít. XX del Fuero, que dice así: «Porque acaece que entre marido y mujer, constante matrimonio, se hacen compras de heredades ó edificios ó mejoramientos en tierra y heredad que proviene del marido, ó de la mujer. Y suelto el matrimonio sin hijos, ó descendientes hay debate entre los profincos, sobre cuales llevaran estos bienes. Por ende ordenaban y ordenaron que los mejoramientos hechos en tierra y heredad que proviene del marido, ó si la tal compra venía de su tronco, que en tal caso, (muerto el marido) los herederos y profincos suyos lo hereden, pagando á la mujer ó á sus sucesores la mytad del justo precio de la tal compra ó mejoramiento; y si la tal compra ó mejoramiento provenía de la mujer ó de su tronco lo hereden sus profincos y sucesores pagando el marido ó sus sucesores también la mytad del justo precio dello, con que el marido ó mujer cualquiera de ellos que vivo quedare, en

su vida pueda gozar y poseer libremente la mitad. Y en fin de sus días, se haga y cumpla lo que de suso está declarado».

Esta ley establece reglas para la liquidación de la sociedad conyugal que deje gananciales producto de compras y mejoras; pero puede existir una especie de comunidad de bienes, á juzgar por la ley 1.<sup>a</sup>, tít. XX, prescriptiva de que, casados marido y mujer legítimamente, si hubieren hijos ó descendientes legítimos del consorcio, disuelto éste, los bienes de aquéllos, lo mismo muebles que raíces sean comunes á medias, como de la hermandad y compañía, aunque el marido aportase muchos y la mujer ninguno. Pero en el caso de que el matrimonio se disuelva sin quedar hijos ni descendientes, debe cumplirse el principio de troncalidad, haciendo que se devuelvan á los cónyuges los bienes raíces que aportaron al matrimonio y si alguno de ellos fué á casa y *casería* del otro, con dote ó donación de muebles ó semovientes, se lleve lo que aportó con más la mitad de lo multiplicado y mejorado constante matrimonio.

En los bienes comunes, ó sean los que no son aumentados durante el consorcio, tiene el marido la administración, y como la mujer es partícipe en ellos, por mitad, sin su consentimiento no puede enajenarlos aquél, cosa que le está permitida respecto de los aumentados, toda vez que tiene la libre disposición, excepto en el caso de fraude á que nos hemos referido.

Esa comunicación de bienes no alcanzaba á los vinculados, por lo mismo que éstos tenían personas á las cuales habían de pasar por el orden que indicara el fundador de la vinculación; pero, suprimidos los mayorazgos por el art. 6.<sup>o</sup> de la ley de 11 de Octubre de 1820, ya no hay motivo para que los bienes que estuvieron amayorazgados, colocados hoy en condición de libres, no puedan entrar en la hermandad conyugal de Vizcaya de que nos venimos ocupando, siendo de consignar que dicha comunidad no alcanza á los bienes verdaderamente vinculados ó que no tienen la condición legal de libres (Sent. 26 Junio 1857).

Importa decir que, según Res. de 28 de Abril de 1890, los bienes de los cónyuges son comunes á medias, si al disolverse el matrimonio tuvieran hijos, y, en su consecuencia, no debe esperarse á practicar la liquidación de la sociedad conyugal y á hacer la adjudicación correspondiente para que se tenga por cumplido el art. 20 de la ley Hipotecaria al efecto de inscribir á nombre de los hijos y herederos la mitad de los bienes que aparecen á favor de ambos.

Si marido y mujer se obligaren solidariamente (en el caso de que

la mujer, según la ley del Reino, se pueda obligar) y fallecido cualquiera de ellos, el acreedor dirigiere su ejecución contra los bienes del cónyuge sobreviviente, los sucesores del fallecido vienen tenidos á satisfacer la mitad de la deuda ó principal y de las costas causadas, pero á los sucesores de la mujer, en tanto les será exigible esa obligación, en cuanto ella haya podido obligarse según el Derecho común (ley 10, tít. XX).

El Derecho común á que se refiere la prescripción anterior es el contenido en la legislación de Castilla, que rigió hasta la publicación del Código civil, porque constituía el derecho supletorio de primer grado.

En su lugar nos ocuparemos del derecho de troncalidad; pero no estará de más decir que, habiendo hijos del matrimonio constituido en comunidad, la mitad de ésta pertenece á aquéllos y la otra al sobreviviente; pero, si éste repite matrimonio, los hijos que tenga no adquieren derecho con los del anterior en los bienes raíces del primer consorcio, pues queda á beneficio de estos últimos ó de sus descendientes.

Si, durante el segundo matrimonio, se han construido edificios ó hecho plantíos en los bienes dotados y donados en el primer consorcio, á los hijos de éste corresponde la propiedad, con obligación de satisfacer la mitad de su valor al viudo ó á sus herederos, previo justiprecio por tres hombres buenos, al año siguiente del día del apoderamiento y previa caución de fiadores llanos y abonados, estando éstos en poder del ejecutor como fiadores de remate. Y si el marido y mujer, durante el segundo ó ulterior matrimonio tuvieren hijos ó descendientes de ambos y adquiriesen, por compra, bienes raíces, ó los conquistaren ó heredaren, serán comunes á ambos, pudiéndolos dar ó legar á cualquiera de sus hijos ó descendientes, aunque sean del dicho segundo ó tercer matrimonio; apartando á los otros hijos con alguna parte de raíz, poca ó mucha, con tal que lo adquirido sea dentro de los límites del contrato regulador del primer consorcio (ley 4.<sup>a</sup> tít. XX).

## BALEARES

Regía en estas islas el Derecho romano, pero como no tienen legislación propia foral ó consuetudinaria, por prescripción del art. 13 del Código civil, éste rige en aquel país, respecto de la materia que estudiamos.



Claro está que, si en algún punto del régimen jurídico familiar hay alguna costumbre, ésta, á base de que se pruebe su existencia, goza de prelación al Código, pues el legislador ha tenido buen cuidado de respetar el régimen consuetudinario para no herir los sentimientos tradicionales de los pueblos aforados.

La costumbre en este territorio es la separación de bienes como fórmula del régimen económico-familiar y, en su consecuencia, la más amplia libertad de cada cónyuge para adquirirlos, sin que medie entre ellos coparticipación alguna.

Es presunción *JURIS TANTUM*, fundada en la costumbre, que se reputa hecho con dinero del marido y de su propiedad particular todo cuanto éste adquiera por título oneroso durante el matrimonio.

## EXTREMADURA

Prescribe el Fuero de Baylío, que todos los bienes que los casados lleven al matrimonio ó adquirieran, por cualquier razón, se comunican entre los esposos y se sujetan á partición como gananciales.

Este régimen económico-familiar es la antítesis del balcar ó de separación de bienes.

Guarda bastante parecido este fuero con el de Vizcaya cuando en el matrimonio quedan hijos ó descendientes, porque entonces es cuando surge la hermandad, y ciertamente que si por el matrimonio se comunican los esposos los derechos humanos—como decía Modestino—la verdadera fórmula del régimen económico-familiar debiera ser la comunidad de bienes, opuesta á la separación y al régimen dotal. Si bien se acerca al régimen de gananciales ó conquistas, sepárase de esta institución castellana y aragonesa en que no reconoce patrimonio privativo de los cónyuges, pues, por el hecho del casamiento, lo de éstos se hace uno, para ser dividido á la disolución del matrimonio.

El Tribunal Supremo de Justicia, en Sent. de 8 de Febrero de 1892, declaró que, por la citada ley, no consiste ese régimen en la comunidad de bienes desde el instante del matrimonio, sino que su objeto es comunicarlos y sujetarlos todos á partición, como gananciales, al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en el cual, con arreglo á la legislación común, se determina este carácter, en lo que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges, y, por lo tanto, durante el consorcio, los sometidos á dicho fuero pue-

den disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio; añadió, que esta inteligencia es, además, conforme al principio de que el libre uso de la propiedad no debe entenderse limitado, sino por las disposiciones expresas de las leyes, por los pactos particulares y por la interpretación estricta de los Fueros y costumbres contrarias al Derecho común.

Según testimonio de distinguidos abogados del Colegio de Badajoz, entre éstos el Dr. D. José Rubio, la interpretación dada por el Tribunal Supremo á la citada ley recopilada es contraria al uso ó práctica.

Nuestro sentir, en punto tan escabroso, es el siguiente: si se prueba en el pleito la existencia de esos usos y costumbres á que se refieren los letrados del Colegio de Badajoz (derecho espontáneo no contradictorio con las prescripciones del Fuero, mejor, según éste para revelar su verdadera interpretación, ó la manera como ha sido entendido en los pueblos donde se aplica), el Supremo no está en lo cierto, porque el art. 12 del Código civil respeta el derecho consuetudinario de los territorios aforados, á falta del cual rige en Jerez de los Caballeros y demás poblaciones sometidas al Fuero de Baylio; pero, no probándose la existencia de esa costumbre, y puesto que el Fuero es de interpretación estricta, al Derecho común debe acudir-se. En este sentido, pues, y siguiendo la doctrina de dicho alto Tribunal, que reconoce en los casados el derecho á disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio, la mujer puede enajenar los suyos, bien que con la cortapisa de la licencia marital prescrita por el art. 61 y sus concordantes del Código civil.

Galindo y Escosura dicen en la pág. 517 tomo III de su obra «Comentarios á la legislación hipotecaria de España», edición de 1900, lo siguiente: «En los pueblos donde rija este fuero, han de inscribirse en el Registro de la propiedad los bienes que los cónyuges aporten á la sociedad, como propios de ambos; y si lo estuviesen á favor solo de uno de ellos, se hará constar aquella circunstancia por medio de una nota marginal, como dispone el art. 130 del Reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria. No presenta dificultades esta disposición cuando los bienes son inmuebles; pero cuando son muebles ¿cómo garantiza el marido la parte indivisa que pertenece á la mujer en todos y en cada uno de ellos? Parécenos que la única solución práctica es que tocándose todos los del marido, y considerando que los retiene y recibe él como dote inestimada, se aprecien, con el único objeto de que se fije la suma que debe

asegurar la hipoteca, para el caso de que no existan los bienes al tiempo de la disolución del matrimonio, con arreglo á lo dispuesto en el art. 177, y hecho así, constituya hipoteca solo por la mitad del valor que representen, puesto que la otra mitad le pertenece como suya, en virtud de la comisión de bienes que se verifica por el matrimonio».

Siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de Justicia, expuesta anteriormente, nos separamos de la opinión de tan notables comentaristas, porque si la comunidad de bienes surge unicamente al disolverse la sociedad conyugal, y si durante el régimen de ésta pueden disponer libremente los esposos de aquéllo que constituya su patrimonio particular, adquirido antes del consorcio ó durante éste, á título lucrativo, á nombre de ellos debe inscribirse y no como propio de ambos, pues el Registrador no puede, al calificar los títulos, ajustar su criterio á costumbres no escritas, por cuanto la prueba de la existencia de éstas, cuando son *á mas de la ley y según la ley*, nunca las *contrarias á la ley*, es materia de litigio, y está confiada su resolución á la justicia restablecedora.

Si se inscribiesen los bienes que los cónyuges aporten á la sociedad como propios de ambos, según entienden Galindo y Escosura, se atentaría al principio del libre uso de la propiedad, al *JUS DISPONENDI*, uno de los derechos que lo integran, pues si esos bienes fueran del marido, no éste, separadamente, podría enajenarlos, se requeriría que, al otorgamiento del contrato, concurrieran ambos cónyuges.

En suma; que, no surgiendo esa comunidad de bienes por el hecho del matrimonio, debe estarse, respecto á la inscripción de ellos á nombre de su dueño en el Registro, á lo que prescriben el Derecho común y la ley Hipotecaria.

## GALICIA

### Sociedad gallega

Es de carácter tácito, revelada por el hecho de vivir en familia, bajo techado y á los amores del hogar, dos ó más matrimonios ó personas emancipadas y unidas entre sí por los vínculos de la sangre.

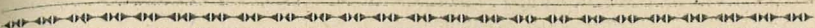
Se da esta institución entre padres, hijos y nietos casados, comprendiendo á veces á algún tío ó hermano de los primeros. Entre los

estrechos vínculos de la sangre, fomentando el cariño y aunando los esfuerzos de todos los individuos, se suman pequeños capitales que independientemente serían estériles ó infecundos, para subvenir con sus rentas, á las necesidades de la familia y á las de los socios.

La sociedad gallega es una prolongación de la conyugal y consiste su característica en que, aunque falte el jefe de la familia, continúa ésta unida, participando sus socios de las pérdidas y ganancias comunes á toda compañía; y puesto que induce un contrato tácito, colocada su eficacia bajo la consagración de la costumbre, todo interesado, apoyándose en ésta, puede separarse de él en cualquier momento, cosa que no ocurriría si tuviese el verdadero carácter de sociedad universal por expreso consentimiento de sus individuos y expresado en la escritura pública, al amparo de lo que prescribe el tít. VIII, lib. IV del Código civil, á cuyas disposiciones habría que atenerse.

Todos los individuos de esta sociedad tienen iguales derechos á los beneficios ó ganancias, cultivan en común sus bienes y utilizan sus productos, sin distinción de origen, con lo cual se extiende y robustece el poder familiar en la región gallega.

---



## CAPÍTULO VIII

### De la paternidad y filiación

Habiendo estudiado en los capítulos anteriores las relaciones conyugales en orden á las personas y bienes de los esposos, cúmplesnos tratar en el presente y en el inmediato de las relaciones paterno-filiales, y, como base de este estudio, de la filiación, tanto legítima, como ilegítima.

#### De la legitimidad de los hijos

La ley de Matrimonio civil dedicó su parte primera de la sección segunda, cap. V, á dar reglas relativas á la legitimidad de los hijos, que fueron comprendidas desde el art. 56 hasta el 62 ambos inclusive.

Estas disposiciones obligaron en toda España, y como se hallan incluídas, salvo algunas pequeñas variantes, en el tít. V, cap. I, lib. I del Código civil, á su contexto hay que atenerse; y puesto que esta obra tiene por objeto presentar la Legislación foral en vivo, desde el momento en que aquel cuerpo legal impera en este punto en las provincias ó territorios aforados, está demás estudiar el derecho anterior de éstos, antes de regir la ley de Matrimonio civil.

### Filiación ilegítima

No decimos lo propio respecto de la filiación ilegítima: de ésta no se ocupó la citada ley de 1870 y como dicho Código, en su artículo 12, respeta el régimen jurídico escrito ó consuetudinario de las provincias ó territorios aforados y además su derecho supletorio, á excepción de Aragón y las islas Baleares que no tienen otro que el contenido en el Código, es obligado dedicar algunas consideraciones á la materia de ilegitimidad de los hijos, presentando sus clases y determinando los derechos que les impone esa condición según el régimen foral á que se hallen sujetos sus padres.

### ARAGÓN

Los hijos ilegítimos se clasifican en naturales ó bastardos, que son los nacidos de padres que, al tiempo de la concepción pudieron contraer matrimonio sin dispensa, y en *expurios* (espúreos), que son los nacidos de dañada y punible unión. Estos se subdividen en adulterinos, incetuosos, sacrílegos y mánceres. El Fuero DE NATIS EX DAMNATO COITU, lib. V, habla de los naturales, adulterinos y sacrílegos y la OB. 1.<sup>a</sup> DE NATIS EX DAMNATO COITU, trata de los adulterinos y sacrílegos.

El padre viene obligado á reconocer á su hijo natural; su negativa puede ser controvertida por el derecho de la madre ó del mismo hijo, probando con testigos que, alguna ó varias veces, lo tenía por tal hijo suyo, bien habitando con él ó bien dándole este nombre en público (Fuero único DE NATIS EX DAMNATO COITU).

De manera que el Fuero aragonés permite la investigación de paternidad del hijo natural, como lo autoriza el núm. 2.º, art. 135 del Código civil, el cual añade, como otros casos de declaración, el de existir escrito indubitado del padre en que expresamente reconozca á su hijo y en los casos de violación, estupro ó rapto, conforme á lo dispuesto en el art. 464 del Código penal.

Ahora bien; para suplir las disposiciones del Fuero debe estarse á lo prescrito en el cap. IV, tít. V, lib. I del Código, por ser éste la fuente única de Derecho supletorio.

El hijo natural legalmente reconocido tiene derecho á recibir de sus padres cuanto le dieren, ya sea en vida, ya *MORTIS CAUSA*, pero no á reclamar otra cosa que los alimentos durante la vida de sus padres y nada á la muerte de éstos. (Fuero único *DE NATIS ET DAMNATO COITU* y Observancia 25 *DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS*).

Como quiera que, en Aragón, existe una casi absoluta libertad de testar, no teniendo los hijos legítimos otra porción hereditaria que la insignificante de los diez sueldos jaqueses, los de condición natural no pueden ser legitimarios, pues alguna diferencia ha de haber entre la sucesión legítima y la ilegítima; pero tienen derecho á alimentos, pues éstos se dan por ley natural, en cumplimiento de deberes ético-jurídicos, de suyo ineludibles, siendo de advertir que la prestación de la cuota alimenticia cesa *IPSO FACTO* por muerte del padre que hizo el reconocimiento.

Comparando el Derecho aragonés con el general, vemos que, por el art. 840, concurriendo á la sucesión hijos ó descendientes legítimos é hijos naturales legalmente reconocidos, tendrá cada uno de éstos derecho á la mitad de la cuota que corresponda á cada uno de aquéllos no mejorados, siempre que quepa dentro del tercio de libre disposición, del cual habrá de sacarse, deduciendo antes los gastos de entierro y funeral. Esta prescripción es consecuencia obligada del sistema de legítimas y se enlaza con lo dispuesto en el art. 134 del propio Código civil; pero éste, además, prescribe que el hijo natural tiene derecho á llevar el apellido del que le reconoce, lo cual es también aplicable en Aragón.

Según Sent. de 14 de Abril de 1865, no se infringe el Fuero único *DE NATIS ET DAMNATO COITU*, cuando en la sentencia, apreciando las pruebas contra las cuales no se cita ley alguna infrin-gida, estima que el hijo es natural.

Los hijos adulterinos y los nacidos de dañado coito ocupan un grado muy inferior á los naturales, pues, según el Fuero antes citado y la Observancia 1.<sup>a</sup>, no pueden recibir de sus padres cosa alguna por título *mortis causa*, si bien el padre *lego* podrá dárlas algo en vida. Si este algo constituyese una donación en más de lo regular será nula y los bienes que la constituyan volverán á los parientes más próximos del donante. (Observancia 2.<sup>a</sup> *DE NATIS ET DAMNATO COITU*).

Para explicarse esta prescripción debe tenerse en cuenta que la libertad de testar en Aragón no es, como en Navarra, completamente arbitraria, sino que actúa dentro de la familia, pudiendo el padre

dejar todos sus bienes á uno ó á varios de sus hijos legítimos, con tal de que quede para los otros la insignificante cantidad de los diez sueldos jaqueses, y como aquella legislación tendía á castigar las uniones verdaderamente ilegítimas producto del sacrilegio ó del adulterio, aún cuando no prohibía al padre hacer donación á su hijo habido de dañado y punible enlace, hubo de restringirla para que, por ella, siendo cuantiosa ó excesiva, no se mermaran los derechos de los legítimos, dado que á éstos y no fuera de ellos debía llegar la herencia, dentro de la libertad de testar, como antes se dice.

La apreciación de si es excesivo lo donado por el padre á su hijo ilegítimo, para, en su caso, declarar la nulidad, y que vuelvan los bienes á los parientes más próximos del donante, corresponde á los Tribunales de Justicia. Esa reversión también procede si el hijo muere intestado. (Fuero 1.º DE SUCESIORIBUS AB INTESTATO).

Los hijos ilegítimos, que no son naturales, solo pueden recibir algo por misericordia. (Fuero y Observancia antes citados).

En orden á los modos de legitimar, se dan en Aragón los establecidos en el Derecho común, cuales son: el de subsiguiente matrimonio y el de concesión real, habiendo desaparecido el de oblación á la curia, regulado por la Legislación romana.

Según Portolés y Serré (DECIS. 231) la dispensación pontificia sobre la raíz del matrimonio, legitimando al mismo tiempo á la prole habida de éste, legitima á los hijos nacidos de él, los cuales suceden á sus padres aún concurriendo con hermanos legítimos; con mayor razón procedería ésto si el Romano Pontífice declarase válido el matrimonio canónico.

## CATALUÑA

Importa consignar, de antemano, que, según Sents. de 28 de Abril de 1858, 23 Mayo de 1864 y 26 de Febrero de 1870, bajo la denominación de hijos se comprenden también los nietos y demás descendientes, conforme á lo prescrito en las leyes romanas vigentes en el principado.

El feto concebido durante el matrimonio es hijo del marido (Ley 6.ª DIG; DE HIS ISNI VEL ALIENI JURIS SUNT y ley 5.ª DIG; DE IN JUS VOC). Esto nos recuerda lo que dice el Código Afonsino de que «el marido de la puérpara es el padre del hijo».

En orden á la legitimidad de los hijos, se ha de tener en cuenta,



como legalidad vigente en Cataluña y en todas las regiones aforadas, lo dispuesto en el Código civil, por las razones que al comienzo de este capítulo hemos expuesto, y, de consiguiente, no están allí en vigencia la ley 12 DIG; DE STATU. HOM., ley 3, § 11 y 12 DIG. DE SUIS ET LEGIT. HERED., Novela XXXIX, cap. II, prescriptivas de que se reputa concebido durante el matrimonio al nacido 182 días después de contraído y diez meses luego de disolverse. Lo vigente es, á nuestro entender, lo prescrito en el art. 108, que establece la presunción de legitimidad en favor de los hijos nacidos pasados los 180 días posteriores al de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes al de su disolución ó al de la separación de los cónyuges, presunción JURIS TANTUM establecida en el art. 56 de la ley de Matrimonio civil, que, en este punto, obligó en toda España y contra la cual no se admite otra prueba que la de imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer en los primeros 120 días de los 300 que hubiesen precedido al nacimiento del hijo.

En nuestra obra inédita «Los grandes problemas jurídicos» presentamos las dudas y antinomias á que se presta la poco feliz redacción del Código en esta materia, así como indicamos las reformas que debieran hacerse.

Estudiando la prueba de la legitimidad, cúmplenos tributar alabanzas á la ley 9.<sup>a</sup> del Cód. DE NUP., preceptiva de que la filiación de los hijos legítimos se prueba, en defecto de la partida de bautismo (ó de la certificación del Registro civil, si el nacimiento es posterior á 1.<sup>o</sup> de Enero de 1871), por la posesión constante de estado de hijo legítimo, que es, precisamente, lo que ha venido á establecer el art. 116 del Código.

Los hijos ilegítimos tienen derecho á llevar los apellidos de sus padres, á recibir alimentos de los mismos, de sus ascendientes, y en su caso de sus hermanos (art. 143 del Código civil), y á la legítima y demás derechos sucesorios que el Derecho catalán les reconoce.

Los hijos ilegítimos, ó sean los no nacidos de matrimonio, se subdividen en naturales y espúreos; estos últimos en sacrílegos, incestuosos y adalterinos.

Los naturales, ó de concubinato, son los que no nacen de dañada unión y son habidos de padre ó madre que podían contraer matrimonio, y como la Constitución única, tít. XXX, lib. I nada establece respecto á lo que se debe entender por hijo natural, es necesario estar, sobre este punto, al Derecho canónico. (Sent. de 21 de Marzo de 1867).

La ley 6.<sup>a</sup> del Código, tít. LIV, lib. V, DE INCESTIS EST, INUTILIBUS NUPTIS, la Novela LXXXIX, cap. III, y la cuestión 8.<sup>a</sup>, causa 15, parte 2.<sup>a</sup> del Decreto de Graciano, se refieren al hijo sacrílego ó nacido en otras uniones prohibidas, no á aquél cuyos padres, mediante legítima dispensa, pudieron casarse y se casaron, borrando el vicio de origen.—En el instante en que Su Santidad, por un acto de su potestad se dignó dispensar á un profeso en orden religiosa del voto de castidad y autorizarle para contraer matrimonio, no puede éste menos de producir sus efectos, el primero de los cuales es legitimar al hijo, en cuya contemplación se otorgó tal vez la dispensa, borrando el vicio de origen con que había nacido.—Lejos de infringirse con esta doctrina el canon TANTA, se ajusta á su espíritu y letra porque terminantemente declara aquél que «es tal la eficacia del matrimonio, que los engendrados antes se tienen por legítimos después de contraído», no exceptuándose en la constitución de Alejandro III, de la cual está tomado el canon, sino el hijo adulterino, al cual declara espúreo é indigno de heredar, limitando el alcance de esta palabra y templando así el rigor del Derecho romano antiguo, que ya á su vez habría sido suavizado por las disposiciones de Justino y Justiniano.—Si la sentencia que así lo estima no fundase exclusiva y principalmente su fallo en las Reales Cédulas de 6 de Julio de 1803 y 11 de Enero de 1837, sino que las invoca por analogía, no infringe, aún cuando aquéllas, por la materia á que se refieran y por la época de su publicación, no fueran aplicables á Cataluña, ni tampoco la máxima de que «la interpretación es inseparable de la ley interpretada». (Sent. de 2 de Junio de 1891)».

Los romanos no conocieron el reconocimiento de los hijos ilegítimos, entre éstos especialmente los naturales, pero como en Cataluña es supletorio el Código civil, son allí de aplicación, en cuanto no se opongan á su derecho escrito y consuetudinario y supletorio, las disposiciones contenidas desde el art. 129 al 138, ambos inclusive, de aquél.

Los hijos verdaderamente ilegítimos ó espúreos, los que no pueden ser objeto de legitimación, porque al ser de dañado y punible ayuntamiento no pueden gozar como los naturales de los beneficios de la ley, los que fueron considerados hijos de maldición, del arroyo, ó de SINE PATER, esto es, de padre incierto, reciben también el nombre de VULGO CONCEPTI ó VULGO QUÆSITI, que siguen la condición de la madre, porque ésta es siempre conocida.

Como quiera que las disposiciones contenidas en la sección 2.<sup>a</sup>,

cap. IV, lib. I del Código civil no pugnan con el Derecho catalán, y, aunque pugnasen, encierran un fondo moral merecedor de aplicación, constituido por los deberes ético-jurídicos impuestos á los padres en favor de los hijos ilegítimos, tenemos por inconcuso que aquéllas obligan en Cataluña.

Respecto á los derechos de los hijos naturales y de los espúreos, comprendidos unos y otros bajo la denominación genérica de ilegítimos, el Derecho romano les concedía legítima en los bienes de la madre, aún concurriendo con los legítimos, pero no en los del padre, aunque sí el derecho á alimentos, *EX ÆQUITATE CARITATEQUE SANGUINIS* (Ley 5.<sup>a</sup>, § 2 y 8 DIG., *DE AGNOS ET ALEND.*, lib. XXV, 3.<sup>a</sup>; Novela LXXXIX, c. 12, § 6.<sup>o</sup>).

En la sucesión paterna, cuando el causante no dejaba esposa ni hijos legítimos, el hijo natural tenía derecho á la sexta parte de la herencia intestada; debiéndola partir con su padre.

Al tratar de la sucesión abintestato, nos ocuparemos de este punto, bastando decir ahora que entendemos de aplicación en Cataluña, en cuanto no se opongan á su derecho directo y supletorio, las disposiciones contenidas desde el art. 129 al 138 del Código civil.

### De la legitimación

Significa dar la condición de hijo legítimo al que no es hijo de matrimonio válido. Solo pueden ser legitimados los hijos naturales (art. 109 del Código). No existen otras formas de legitimación que la de por subsiguiente matrimonio de los padres y la de por concesión real, llamada en Roma por rescripto del Príncipe. La de por oblación á la curia no se registra en nuestro derecho, porque ha desaparecido la forma de constitución política que tuvo el Pueblo-Rey.

En Roma los legitimados por subsiguiente matrimonio y por rescripto del príncipe tenían los mismos derechos que los hijos legítimos (Novela LXXXIX), pero los derechos hereditarios de éstos últimos debían expresarse en la concesión.

Lo vigente, en orden á los hijos legitimados, es lo prescrito en el Código civil en su cap. III, tít. V, lib. I; de manera que los legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutaban de los mismos derechos que los legítimos, y los que lo son por rescripto del príncipe tienen derecho á llevar el apellido del padre ó de la madre que la

hubiesen solicitado, á recibir alimentos y á la porción hereditaria según el Derecho catalán.

Para terminar esta sección, cúmplenos citar la Novela LXXXIX, caps. XII y XIII, cuya observancia reconoció la Sent. de 12 de Noviembre de 1859, preceptiva de que los nacidos de una concubina tienen derecho á exigir su reconocimiento como naturales y entre ellos y sus padres existe la misma obligación; esto aparece un que tanto consagrado en el art. 135 del Código.

## NAVARRA

Rige en este país, como Derecho supletorio, la Legislación romana, la cual es aplicable á la declaración de hijos naturales, según resolvió el Tribunal Supremo de Justicia, en Sent. de 16 de Junio de 1865, á pesar de que regula esta materia el cap. I, tít. LV, lib. IV del Fuero general, que para algunos se halla en desuso. Este preceptúa, tratando del reconocimiento de hijo natural ó de ganancia, que es válido el hecho, cuando dos padrinos y tres madrinas juren que aquél les rogó bautizar á su hijo y que se le pusiera nombre.

El Tribunal Supremo, pues, no tuvo en cuenta esa disposición foral ó, por lo menos, demostró el propósito de que no prosperase, frente al Derecho romano que exigía, para que el hijo tuviese la condición de natural, el concubinato de sus padres, viviendo en la misma casa, pero no en morada distinta, dejando la madre al recién nacido en el umbral de la puerta para que, con este espectáculo, se movieran los sentimientos compasivos de la paternidad.

Si el padre, al contraer segundas nupcias, retiene en su poder á los hijos por no querer éstos salir de la casa, percibiendo su haber, debe continuar cumpliendo con ellos todos los deberes de padre. (Cap. III, lib. IV del Fuero.)

El padre, por casar segunda vez, pierde la tutela y administración de las personas y bienes de las criaturas del primer matrimonio (ley 1.<sup>a</sup>, tít. X, lib. II, Novísima Recopilación de Navarra.)

Si casare segunda vez y no hiciere repartición de bienes con los hijos del primer matrimonio, lo conquistado y mejorado durante el segundo, debe comunicarse en las criaturas del primero y distribuirse por partes iguales; la una para el que casó segunda vez, la otra para las criaturas del primer matrimonio, y la otra para aquel

ó aquella que case con el que dejó de hacer la dicha partición con las criaturas del primer matrimonio. (Ley 2.<sup>a</sup> *ibid.*)

En Navarra se practica la legitimación por subsiguiente matrimonio, así como la de por concesión real, y, si bien ésta estuvo regulada por la ley de 14 de Abril de 1838, llamada de gracias al sacar, se ha de tener en cuenta lo prescrito en el Código civil que es lo vigente en este punto.

La suerte de los hijos ilegítimos, espúreos, bajo cuyo nombre se comprendían los *nothos* y mánceres, no podía ser más desdichada, pues hasta se vieron privados de aprender artes y oficios y hubo necesidad de que aquel reino pidiese la aplicación de una ley de Castilla, que fué coleccionada con el núm. 70 de las de Navarra de 1817 y 1818, declaratoria de que, para el ejercicio de cualesquiera artes y oficios, no ha de servir de impedimento la ilegitimidad, como prevenían las leyes, subsistiendo éste para los empleos de jueces y escribanos.

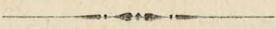
## VIZCAYA

Lo mismo que en Navarra, es aplicable en los pueblos donde rige la legislación excepcional, lo dispuesto en el Código civil respecto de los hijos legítimos.

La ley 11, tít. XX del Fuero de Vizcaya menciona distintas especies de hijos ilegítimos y son: los naturales, que «ome oviese de mujer soltera manceba»; adulterinos, ó los «que haya habido ome casado de alguna mujer, ó la mujer casada de algún ome en vida del marido legítimo, ó el marido en vida de la mujer legítima» y los incapaces «hijos engendrados en dañado ayuntamiento, hijos de mujer de clérigo, fraile ó de tal ayuntamiento, por el cual merecía pena de muerte natural, é hijos espúreos, de otra calidad, no de clérigo ni de fraile ó de tal ayuntamiento porque merezca muerte, sino de hijos de otra suerte....» El Fuero solo se hace cargo de los derechos hereditarios de la prole ilegítima; pero es de suponer que también se le reconocen algunos otros derechos, como el de alimentos, regulándose este punto por la legislación supletoria.

## BALEARES

Como quiera que el Derecho romano ya no es supletorio en aquellas islas y, en cambio, el Código civil obliga, desde luego, en cuanto no se oponga á sus disposiciones forales ó consuetudinarias en vigencia (art. 13), son allí aplicables las prescripciones del mismo y no creemos que subsista lo preceptuado en las Ordenanzas de Valentí, acerca de que la filiación había de resolverse, en discrepancia, por el Consejo general, porque este organismo ha desaparecido de la actual constitución política y administrativa española.



---

## CAPÍTULO IX

### Régimen jurídico-familiar

#### **Patria potestad**

Sustituiríamos esta palabra por la de «patria autoridad». La de potestad nos recuerda el poder quiritarario tiránico ó inhumano del padre sobre las personas y bienes de sus hijos, que por las leyes de las XII tablas tenía el ciudadano romano; derecho que fué suavizándose, al compás de los tiempos, por la influencia de la filosofía estoica y, principalmente, por la acción moral y civilizadora del Cristianismo.

A la *IN MANU MARITI*, fórmula de dominación del marido sobre la mujer, ha sustituido ya la de la autoridad marital ¿que más que reemplazar la de patria potestad por la de patria autoridad, como poder tuitivo y de dirección, consagrado antes por la naturaleza que por la ley, como dice Gutiérrez, cuyos fines, señalados por Sánchez Román, son: el desarrollo del hijo hasta que se baste á sí mismo y completar su personalidad jurídica proveyéndola de medios supletorios para su ejercicio? No en interés del padre, sí que en el del hijo tiene su razón de ser esta institución tuitiva y protectora, en cuyo desempeño debe participar la madre viuda, la que á su favor haya obtenido sentencia de divorcio ó de nulidad de matrimonio y la que reconozca á su hijo natural, sin que á vedarlo sea parte la debilidad de su sexo.

El Sr. Aldecoa en su meritísimo discurso de que se ha hecho mención en el cap. VI, muestra preferencia porque la viuda conser-

ve la patria potestad sobre sus hijos al repetir nupcias, y claro que esto obliga á la reforma del art. 168 del Código civil, que solo le concede ese poder tuitivo, dentro del segundo ó ulterior consorcio, cuando el marido difunto, padre de aquéllos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que, en tal caso, conservase y ejerciese la patria potestad.

Varias y poderosas razones justifican esa reforma; unas, de carácter moral y otras, de aspecto jurídico.

En efecto; el matrimonio de conciencia que no se inscribe en el Registro civil carece de efectos ante el Derecho positivo y hemos visto un caso de dos unidos de esa manera para que pudiese conservar la viuda (*sic*) la patria potestad sobre sus hijos, para que éstos no entraren en la tutela legítima que correspondería ejercer á la madre del difunto consorte.

Pues bien; si ese artículo no se hubiera escrito, semejante matrimonio no se habría celebrado sigilosamente y quién sabe si mintiendo los futuros consortes en la confesión, suponiendo gratuitamente ciertas relaciones ilícitas que había que purificar con la gracia del sacramento.

Por otra parte, aquella cuyo marido no ha testado ó que, testando, no ha tenido en cuenta esa autorización, que puede dar según el Código, es de peor condición que aquella otra cuyo marido, previendo que pudiese repetir matrimonio, la facultaba para que, durante el segundo consorcio, siguiese teniendo la patria potestad. Esta desigualdad de las dos viudas ante la ley, por hechos ajenos á su voluntad, no puede ser más palmaria, y por último, semejante delegación de ultratumba, si cabe la palabra, puede ser perjudicial á los hijos. El marido, al concederla, fiaba en el celo y cuidado de la mujer para con sus hijos, y como no puede ser retirada, quién sabe si aquél la mantendría ante el comportamiento de la que fué su compañera.

Todo esto, unido á que siempre serán menores los peligros que ofrezca la patria potestad ejercida por la mujer bínuba que los consiguientes á la tutela desenvuelta dentro del régimen jurídico actual y á que ni aún el consejo de familia más celoso en el cumplimiento de sus deberes, representa para el menor una garantía tan poderosa como el cariño maternal, hace que nos pronuncemos resueltamente por la supresión de ese artículo del Código civil.



## ARAGÓN

En este antiguo reino existe la patria potestad como poder jurídico, á pesar de que en la Observancia 2.<sup>a</sup> se lee: DE CONSUETUDINE HUIUS REGNI, NON HABEMUS PATRIAM POTESTATEM; se entiende establecida en favor del hijo, como declaró la Corte del Justicia Mayor.

Esa máxima da á entender que en aquel territorio no se conoció la patria potestad romana, cubierta de prerrogativas y de derechos y ayuna de deberes del padre para con sus hijos, pero sí la de Derecho natural, expresada con la regla PATRIA POTESTAS IN REGNO, QUOD UTILITATEM FILII SUBLATA NON EST.

Declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 15 de Octubre de 1872, que en aquel antiguo reino se hallaba establecida como efecto civil del matrimonio.

La autoridad tuitiva, rectora y educadora de los padres, aunque no se le llame patria potestad en Aragón, porque esta palabra era dura dentro de aquel derecho expansivo, influído principalmente por el *JUS NATURAE*, se muestra rodeada de prerrogativas y de facultades, en términos que, aún cuando se lee en la Observancia 2.<sup>a</sup> *NE PATER VEL MATER, PRO FILIO TENEATUR*, frente á aquel precepto de que no existe en Aragón el poder paterno, se ha desarrollado la teoría proclamadora de las relaciones paterno-filiales, en orden á las personas y á los bienes de los menores, otorgando á sus padres derechos tan importantes como el de autorizar el matrimonio de los hijos, dándoles la licencia ó el consejo prevenidos por la ley del Disenso paterno, modificada por el Código civil, el de nombrarles tutor en testamento, revelando esto la extensión de una autoridad tuitiva, el de desheredar al que lo mereciese por su conducta, porque aún cuando la porción hereditaria del hijo es irrisoria, no puede negarse que allí existe el régimen de legítimas; el de reclamar los alimentos si vinieran á pobreza, que á tanto obliga el cumplimiento de este deber natural, y el de completar la capacidad del hijo menor de 20 años, dándole el consentimiento en los contratos que otorgue.

De manera, que, si no en la forma, en el fondo; sino en la palabra, en el concepto, existe en el antiguo Reino de Aragón la patria potestad, coronada de prerrogativas y cubierta de deberes que ejercen el padre, y la madre en defecto, completando esta institución en

lo que no se oponga al régimen directo, escrito ó consuetudinario de aquel territorio, lo prescrito en el Código civil, que es el único supletorio de aplicación.

A juzgar por las Observancias 1.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> DE TUTORIBUS, por lo que dice el fuerista De Blas en su obra «Derecho civil aragonés» y por lo declarado en Sent. de 15 de Octubre de 1872, al hijo, aunque tenga padre, se le puede nombrar tutor, cosa que no autorizaba el Derecho romano cuyo principio era PATREM HABENTEM TUTOR NON DATUR.

Los hijos tienen el deber de prestar respeto y obediencia á sus padres y éstos pueden reclamarlos para que vuelvan á la casa (Fuero DE TUTORIBUS, Observancia 3.<sup>a</sup> antes citada); esta prescripción la vemos en el art. 156 del Código civil.

El Derecho aragonés no admite la doctrina de peculios, omisión que se debe al carácter natural de la patria potestad, que no se da en aquel reino en provecho del padre; por ésto, mientras el hijo viva en su compañía, tiene el usufructo y administración de sus bienes con obligación de alimentarle, así como de representarle en juicio, fuera del caso en que, para ésto, siendo menor de 14 años, el Juez le nombre un curador AD LITEM, lo cual puede hacer por sí, siendo mayor de edad, sin que tenga que pedir licencia paterna.

Esto último se halla modificado por el Código que no admite la curadoría á pleitos, en sustitución de la cual se ha introducido la institución del defensor judicial (art. 165).

## CATALUÑA

Como advierte Durán y Bas (pág. 35 de su Memoria), «Durante el largo tiempo en que fué parte del Imperio, en Cataluña se moldeó la familia según aquel derecho; y como la religión cristiana hizo pronto grandes prosélitos en su suelo, conforme lo prueba el crecido número de mártires que en él confesaron su fe, aún antes de ser el Cristianismo la Religión del Imperio, resulta de ahí que la familia catalana ha debido tener en lo jurídico como elemento histórico la tradición del Derecho romano y el espíritu y preceptos del canónico, sin perjuicio de alguna novedad introducida por Usatges y Constituciones, bien que templada, modificada y aún á veces caída en desuso merced á la influencia del espíritu del derecho de la Iglesia».

No puede negarse que el romanismo, representante del buen sen-

tido y de la equidad, echó, con el Renacimiento jurídico, profundas raíces en la conciencia catalana, como también es evidente que ha ejercido grande influencia en aquel principado el Derecho canónico, para templar muchas veces la dureza del civil y hacer más eficaces, con el vínculo religioso del juramento, las obligaciones contractuales.

La patria potestad, en su sentido lato, comprende no solo la ejercida por el padre, sino la del tutor ó curador ó la que cualquiera persona tiene sobre otra (Costumbre de Cataluña, vol. I, lib. V, tít. IV, ley 2.<sup>a</sup>), y en sentido estricto significa la potestad del padre (texto antes citado del libro VI).

Corresponde esa magistratura doméstica al padre y en su defecto á la madre, siendo de consignar que, en la primera época del Derecho catalán, la madre viuda tenía potestad sobre sus hijos, como la tuvo por el Fuero Juzgo, aunque se la llamaba tutora; esto lo demuestra un texto en el que se leen estas palabras: ET EX EJUS FILII DISCESSERE IN POTESTATE MATRIS ILLI NOMINE AUROFALLA. Pero el Derecho romano, influenciado por el principio de agnación, que modeló la familia y del cual no pudo desprenderse totalmente Justiniano, no reconocía patria potestad á la madre, que fué considerada en Roma como hermana de sus hijos; y al arraigar, por la ciencia de los juristas y hasta por exigencias de la necesidad, en la conciencia catalana, destruyó aquel principio informado en la justicia, habiéndose restablecido con saludable acuerdo en el art. 64 de la Ley de Matrimonio civil, copiado en el 154 del Código.

Aparte de ésto, el contenido de la patria potestad se rige en Cataluña por el Derecho romano novísimo, que establece fórmulas en las relaciones paterno-filiales en la generación legítima.

Ese poder tuitivo se ejerce sobre los hijos no emancipados, que tienen la condición de legítimos, legitimados, naturales reconocidos y adoptivos menores de edad.

El concepto de la patria potestad—se dice en la Sent. de 13 de Diciembre de 1909—aún reservada exclusivamente al padre, nunca ha excluído, dentro de nuestro derecho patrio y del foral mismo, la autoridad de la madre con relación á sus hijos para ejercer todos aquellos actos conducentes á los fines de la familia y relativos á la educación y preparación de los mismos hijos para cuando, por llegar á la edad ó momento de su emancipación, hayan de gobernarse por sí, lo cual significa que no es dable confundir aquel concepto con el de la autoridad de la mujer, que el mismo marido está obligado á

respetar, en tanto en cuanto estime que se halla debidamente ejercitada.

Esta doctrina, emitida por el primer tribunal de la nación, rectifica ó, cuando menos, pone reparos á las excitaciones lanzadas por el Sr. Ruiz Valarino en su discurso de apertura de los Tribunales, cuando veía en nuestro derecho patrio deprimida la condición de la mujer casada en la familia, porque teniendo ésta autoridad compatible con la del marido y pudiendo ejercer las facultades que le atribuye el art. 63 del Código civil y aún aquéllas que, no estatuidas en las leyes positivas, emergen del Derecho natural, su condición no es tan baja como quiere suponerse, si que la vemos enaltecida, no en todo lo que debiera ser, como hemos hecho notar en anteriores capítulos.

Pero esa autoridad que la mujer ejerce, distinta de la patria potestad, sobre las personas y bienes de los hijos que tienen padre, no la autoriza para que pueda sustituir pupilarmente á los impúberes, ni esta sustitución pueden ejercerla simultáneamente los cónyuges; es un derecho concedido unicamente al padre, que solo trasciende á la madre si ésta ejerce la patria potestad como consecuencia de este poder tuitivo ó de protección, pero que nunca es atributo de la autoridad que la mujer casada tiene en la familia. Esto lo declaró dicha Sent. de 13 de Diciembre de 1909, en pleito cuyo recurrente citó como infringidos la ley 1.<sup>a</sup>, tít. II, lib. VI de las Constituciones de Cataluña, los preceptos del Proemio del tít. XVI DE PUPILARI SUBSTITUTIONE, el lib. II de la Instituta y los arts. 154, 63 y 775 del Código civil que el Supremo declaró no se habían infringido en la sentencia recurrida.

Tocante á los efectos que produce respecto de la persona del hijo, son de aplicación los arts. 155 y 156 al 158 del Código civil, sin olvidar que, según la Constitución de Alb. XLIII, el padre puede, por autoridad propia, corregir á su hijo. Lo mismo prescribe,—haciéndolo extensivo á la madre, en defecto del padre y no conjuntamente—el núm. 2.<sup>o</sup> de dicho art. 155.

Asimismo es de citar la propia Constitución de Alb. XXXIV, según la que, estipulando y pactando, el padre puede proveer al destino de sus hijos; éstos no deben llevar la iniquidad de aquél. (Constitución antes citada).

Los Usatges 1 y 2, vol. I, lib. IV, tít. XVIII (Constituciones de Cataluña) disponen que, si el hijo causa un daño, el padre debe obligarse á enmendarlo y si no lo enmendasen ni el hijo

ni el padre, debe éste privar á aquél de todo auxilio y aún de la sucesión.

Se hallan derogados, por no consentirlo el Derecho público y como parte de éste la ley Procesal, los Usatges 5.º y 9.º, vol. I, libro III, tít. XVI, dispositivos, respectivamente, de que en los pleitos entre padres é hijos, los primeros han de ser juzgados como señores y los segundos como vasallos (Régimen feudal) y que el padre no puede ser testigo contra el hijo, ni éste contra aquél (la ley de Enjuiciamiento criminal dispensa á ciertas personas de la obligación de declarar en contra de otras, pudiendo, no obstante, hacer manifestaciones en su favor), ni aún consintiéndolo ambos; pero en negocio ajeno pueden ser testigos el uno y el otro. Tampoco puede ser Juez el uno en contra del otro, á menos que lo consientan los litigantes, lo cual no cabe ahora, porque procede la recusación que el mismo Juez debe hacerse, según previene la ley procesal.

Fué tal el respeto que debían tener los hijos á la autoridad del padre, que, sin expreso consentimiento de éste y en defecto del de la madre, del tutor ó de los parientes más próximos, no podían contraer matrimonio, y quienes faltaban á esta obligación quedaban privados de las herencias paterna y materna, pues á tanto llegaba la necesidad de constituir la nueva familia con el beneplácito de los mayores.

Esto se halla modificado por lo dispuesto en el tít. IV del Código civil.

### Peculios

Bastante relieve presenta esta materia, que se halla regulada por el Derecho romano. Se conocen cinco clases de peculios, á saber: castrense, cuasi-castrense, profecticio, adventicio ordinario y el adventicio extraordinario.

Del peculio castrense y cuasi-castrense tratan las leyes 6.ª y 7.ª DE BON. QUÆ LIB.; 12 DE DIGNI, y última DE INOF. TEST., dispositivas de que si lo que, el hijo ganase proviniese de empleo en carrera civil ó de las armas, lo hará enteramente suyo, así como las donaciones que reciba del Soberano.

En estos peculios tiene el hijo la propiedad, el usufructo y la administración, como si fuera padre de familia.

El peculio profecticio se halla regulado por el párrafo 1.º de la Instituta, PER QUAS. PERS. CUIQ. ADQUIR, por el párrafo 10. DE

ACIONIB. y el tít. DIG. DE PECULIO, según los cuales, todo lo que adquiriera el hijo por razón de su padre ó con los bienes del mismo es propiedad de este último, si bien estará obligado á cumplir los contratos que, previa su autorización, haya celebrado el hijo, hasta la cantidad á que dicho peculio ascienda.

Así como el peculio castrense y el cuasi castrense se introdujeron para estimular el servicio militar, el ejercicio de la profesión de abogado, el desempeño de cargos públicos y honrar las larguezas de los Reyes, así como para favorecer la carrera eclesiástica, el peculio profecticio se enderezó á despertar y premiar en el hijo los hábitos del trabajo, de la previsión, del celo y del ahorro con el fin de que pudiera formarse un capital y administrarlo, siquiera la propiedad correspondiese al padre, quien, al permitir que su hijo se dedicase al negocio ó explotación de los bienes, consentía tácitamente en pasar por las consecuencias de los contratos que aquel celebrase, hasta la cantidad á que ascendía el peculio.

Pertenece al padre el usufructo de lo que el hijo adquiriera con su trabajo ó por donación, legado ó herencia de su madre ó de cualquiera otra persona. Esta clase de bienes constituyen el peculio adventicio, cuya nuda propiedad corresponde al hijo. (Instituta, § 1.º PER QUOS PERS. CUIQ. ADQUIRIT., y leyes 6.ª y 8.ª, Cód., DE BONIS QUAE.)

El usufructo impone al padre la obligación de administrar los bienes de esta clase con el celo propio de un buen padre de familia, así como la de defenderlos en juicio (ley 1.ª del Cód., DE BONIS MATER.)

El padre, ya que hace suyos los frutos de ese peculio, debe atender con su importe á satisfacer las necesidades de la familia y á hacer los actos administrativos y de defensa á que nos hemos referido.

No se comprenden en ese peculio: 1.º, los bienes adquiridos por el hijo, mediante sucesión AB INTESTATO de alguno de sus hermanos; y 2.º, los que se hubiesen dejado al hijo con la condición de que el padre no haya de usufructuarlos (Novelas. CXVII, cap. I, y CXVIII, cap. II.)

Los bienes de esta clase constituyen el peculio adventicio extraordinario, del cual nos habla, con merecidos elogios, Durán y Bas, en la pág. 43 de su notable Memoria. En estos bienes, al privársele al padre de la administración y del usufructo, es porque la persona de la cual proceden, en previsión de despilfarros y acaso

de ociosidades perjudiciales, quiere poner á cubierto los intereses del hijo favorecido con el peculio, siendo de indicar que las sabias exhortaciones de tan ilustre fuerista, lanzadas en su meritísimo trabajo, han tenido consagración en el art. 162 del Código civil, prescriptivo de que corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes ó rentas donados ó legados para los gastos de su educación é instrucción; pero tendrá su administración el padre ó la madre, si en la donación ó en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Dispone la ley 14 del Cód. DE REIVIND. y declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 16 de Enero de 1862, que el hijo tiene derecho á reivindicar los bienes de procedencia materna que hayan sido enajenados por su padre, unicamente cuando no hubiere querido heredar ni haber parte en los bienes de su padre.

La acción reivindicatoria, que nace del dominio, se da contra todo poseedor de la cosa, y claro que este medio judicial corresponde al hijo, que es el propietario de los bienes de su peculio adventicio, usufrutuado y administrado por su padre, si no es el llamado extraordinario. Pero entre el padre y el hijo existen relaciones jurídicas, una de las cuales es la proveniente de la sucesión y, por lo tanto, si el segundo hereda al primero ó tiene parte en los bienes de éste, asume sus obligaciones, incompatibles con el válido ejercicio de aquella acción recuperadora, pues el que quiere el beneficio debe pechar con el perjuicio que le alcance.

El Código civil ha desterrado, por arcaica, la teoría de los peculios, y ciertamente que en el párrafo 2.º del art. 160, tomado del 66 de la ley de Matrimonio civil, ha introducido en la Legislación una profunda novedad envuelta entre las sombras de la duda, como indicamos en nuestra obra inédita, «Los grandes problemas jurídicos.» Consiste en que si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independientemente de éstos, en lo que adquiera con su trabajo é industria ó por cualquier título lucrativo, se le reputará emancipado para todos los efectos relativos á los bienes y tendrá en éstos el dominio, el usufructo y la administración.

En este precepto vemos vaciado bastante de lo que constituyen los peculios castrense y cuasi castrense que elevan al hijo á la condición de padre de familia, puesto que le atribuyen todos los derechos en los bienes adquiridos con su trabajo ó por la industria, por liberalidades, etc.

¿Puede decirse que ese artículo rige totalmente en Cataluña? D. Pedro Nolasco Vives dice que estaba admitido por costumbre antes de la ley de Matrimonio civil, y así ha debido ser, en nuestro sentir, porque siendo de las regiones españolas, la que ha desarrollado con más poder los hábitos del trabajo en la industria y en el comercio, los hijos se ausentan frecuentemente de la casa de sus padres, viajan por dentro y fuera de España con los muestrarios, haciéndose con sus afanes y ahorros pequeños capitales.

El ilustrado Notario Sr. Corbella afirma que la ley de Matrimonio civil ha sido observada y aplicada en Cataluña en lo tocante á peculios, así como se aplican en el día las disposiciones del Código.

El padre, al emancipar á su hijo, puede reservarse expresamente el peculio profecticio, en cuyo caso lo hace suyo, (Dig. ley 31, párrafo 2.º DE DONAT.) así como conserva la mitad del usufructo del adventicio, por virtud de tal emancipación voluntaria (Inst. párrafo 2.º, PER QUAS. PERS. ENIN ACQUIR.)

## NAVARRA

Según la legislación de este reino, la patria potestad no es de Derecho civil, sino de Derecho natural y se confunde con la tutela legítima que corresponde al padre ó madre mientras permanezcan viudos y cumplan la obligación de alimentar á sus hijos, pues, en otro caso, se nombra á éstos tutor dativo (ley 1.ª, tít. X, lib. III de la Novísima Recopilación).

Afirma el jurisconsulto Morales en su notabilísima Memoria (página 35), que el poder paterno se halla escrito en varios capítulos del Fuero y leyes de la Novísima Recopilación, sin que pueda dudarse que existía, no con la extensión que en Roma, pero con la bastante para la regularización de la familia y aún con mayor amplitud de facultades, en puntos determinados, que en las demás legislaciones de España.

El Fuero impone á los hijos el deber de respetar á sus padres y señala pena á los que falten á éstos de una manera grave, y bien pudiera ser que lo establecido en aquél haya motivado lo dispuesto en el art. 156 del Código civil de que los padres puedan reclamar la intervención del Juez municipal para imponer á sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, con cuya medida, amparadora de la autoridad paterna, no



está del todo conforme dicho ilustre fuerista, quien entiende que «tal corrección no debe salir del seno del hogar doméstico, arrojando publicamente tal mancha sobre un hijo y relajando con ello fuertemente unos lazos que no pueden mantenerse unidos fuera del interior de la familia».

El bello ideal sería, en orden á las relaciones personales, conyugales y paterno-filiales, que la ley y la autoridad pública se detuviesen, respetuosas con la familia, ante el dintel de la casa; ésto argüiría un gran progreso en las costumbres.

Pero, al presente, no cabe semejante pasividad ó dimisión de los altos deberes impuestos al Poder público. Cuando el padre ó madre reclaman la intervención de la justicia para que imponga al hijo el arresto, sin tener necesidad de expresar la causa, á menos de que hubiesen repetido matrimonio y aquél fuese de los habidos en anteriores nupcias, ó si, no hallándose en este caso ejerciese el corrigiendo algún cargo ú oficio, muy obligados se verán, pues no así tales padres arrojan publicamente la mancha sobre el hijo, y dan lugar á que sean tratados en establecimiento correccional no con el cariño y moderación que ellos emplearían.

Réstanos decir que, aún cuando el Derecho romano es supletorio en primer grado en Navarra, en este antiguo reino no se conocen los peculios.

## VIZCAYA

Lo propio decimos de Vizcaya; ni se conoce la patria potestad á la romana, como impuesta por la ley civil, ni la teoría de los peculios.

El Fuero define el poder tutelar del padre sobre los hijos; prescribe que sea legítimo tutor y administrador, que en el término fijado por la ley haga inventario con la solemnidad, caución y fianza exigidas al guardador extraño, y una vez practicado tome en su poder á sus hijos y á sus bienes, siendo de copiar esta parte de la ley 1.<sup>a</sup>, tít. XX, donde se lee «y el tal padre goza y lleva el usufructo de los bienes de sus hijos todo el tiempo que él ó sus hijos ó cualquiera de ellos estuvieren sin casar, con tal que sea tenido de regir y administrar bien, fiel y legalmente las personas, bienes de ellos y deber criar, alimentar, enseñar y rezar, leer y lo al según que conviene al tal padre para con sus hijos y así se compensen los

frutos con los dichos alimentos. Otrosí: Que la madre no goce ni lleve el tal usufructo ni sea tenida de alimentar á los hijos, si no quisiere, en caso que ellos tengan con qué, sino que hecho el dicho inventario y la dicha solemnidad de tutriz, tenga en su poder á sus hijos y á sus bienes gobernándolos y criándolos y arrendando y aliñando los bienes de ellos, todo el tiempo que estuviere en ánimo viudal, y esto porque el padre tiene poderío paternal en los hijos en todo el tiempo que el hijo que estuviere por casar, pero no la madre».

De manera que, según dicha ley, el padre, aunque repita nupcias, como tiene poderío en los hijos mientras estos no se casen, conserva la tutela que unicamente pierde si renuncia al usufructo para quitarse la carga de alimentar, en cuyo caso el Juez nombrará á aquéllos, tutores y administradores idóneos, unos de parte del padre y otros de parte de la madre, á los cuales se les entregan los menores y sus bienes con el inventario y solemnidad, «*de vida y de derecho*, y lo mismo ocurre si la madre quiere excusarse de la tutela, en el bien entendido que, saliendo los menores de la edad pupilar y pudiendo nombrar curador, expira la tutela y administración que tenía la madre, lo cual no ocurre cuando quien ejerce ese cargo es el padre, pues no casándose y teniendo en su poder á sus hijos, es usufructuario de los bienes hasta que sean emancipados».

Gran parte de lo dispuesto en esta ley 2.<sup>a</sup>, tít. XXII del Fuero, lo vemos en el art. 168 del Código civil que priva á la madre de la patria potestad cuando pasa á segundas (nosotros diríamos ulteriores ó posteriores) nupcias, á no ser que el marido difunto hubiese ordenado en testamento que ejerciese ese poder de protección.

Pero, en Vizcaya, el padre bínubo pierde la tutela legítima de sus hijos á quienes se les nombran tutores ó defensores como antes se dice, y aún cuando la madre permanezca viuda, aquéllos, una vez salidos de la edad pupilar, pueden pedir el nombramiento de curador, cargo que puede recaer en ella con la solemnidad que en tal caso manda el Derecho.

Claro está que, teniendo el Código civil el carácter de supletorio del Derecho de Vizcaya, á sus prescripciones debe acudir para llenar las deficiencias que tiene en materia tan importante como es la de la patria potestad.

## BALEARES

Obligan en el Reino balear las disposiciones del Código civil relativas á la patria potestad.

### Modos de adquirir la patria potestad

El matrimonio, la legitimación, el reconocimiento de los hijos naturales y la adopción de los menores de edad son los modos de adquirir la patria potestad.

Habiendo estudiado los tres primeros, cúmpenos tratar del último, que si en Roma tuvo gran importancia por el carácter propio de aquel derecho, dirigido á que se perpetuase el nombre y lustre de las personas que no tenían descendencia, creando de esta suerte la familia civil, no la tiene en tal grado al presente, sin que desconozcamos el mérito de esta institución que debiera desarrollarse á favor de las facilidades que el Poder público le otorgara, como digimos en una de las Monografías que tuvimos el honor de presentar en el Congreso nacional de Notarios que se celebró en Valencia á mediados de Noviembre de 1909.

Expuestas estas ideas generales, estudiemos, dentro de la Legislación foral, la adopción.

## ARAGÓN

Según el Fuero único DE ADOPTIONIBUS, lib. VII, el padre puede adoptar al hijo de otro, aunque los tenga legítimos.

Esta disposición es contraria á la contenida en el art. 174 del Código civil que prohíbe adoptar á los que tengan descendientes legítimos ó legitimados.

Los hijos adoptivos entran en la condición que tienen los legítimos para lo bueno y para lo malo, como, por ejemplo, para la herencia y pago de las deudas del adoptante. (Fuero citado y Observancia 27 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS).

El tratadista Lisa dice que la mujer también tiene derecho á adoptar, pero, de acuerdo con Asso y de Manuel, cree que esta adopción no está en uso en aquél reino. En el «Manual del Abogado

aragonés» se lee que esta adopción no dura otro tiempo que el convenido.

De la arrogación, que se refería en Roma á tomar por hijo al que no estaba en la patria potestad de otro, á un SUI JURIS, nada contiene la Legislación aragonesa, como tampoco figura regulada en el Código civil, que solo trata de la adopción.

En el alto Aragón existe el llamado *acogimiento*; es de origen consuetudinario, revistiendo la forma de contrato, por el cual una familia hereda, tenga ó no hijos, y admite en su casa y compañía á otra ú otras familias, ya en el momento de formarse ó después de constituidas; éstas pueden ser de parientes ó de extraños y con hijos ó sin ellos. De manera que esta es una adopción colectiva para constituir una sola familia. La capitulación matrimonial ó escritura nupcial, respecto de los dos adoptados, el acta de adopción, escritura de sociedad, testamento irrevocable y compromiso de arbitraje para dirimir diferencias ulteriores entre las familias reunidas, son las formas que reviste tan importante acto del *acogimiento*, cuyo objeto es mantener vivo el apellido de la casa, íntegro al patrimonio y el solar de los antepasados (cuando por falta de sucesión directa puede desaparecer), mútua ayuda y socorro entre los acogidos, suplir la falta de hijos ó de *cabaleros* ó *tiones*, dedicados al cultivo de las tierras que componen la hacienda, así como la gestión de los intereses de la casa, é impedir la detracción de dotes ó legítimas para que no quede menoscabada la fortuna familiar.

Dice Costa que merece registrarse como costumbre del alto Aragón la de división interior de una familia en dos ó tres diferentes, mediante heredamiento IN SOLIDUM de dos hermanos, y á condición de vivir en comunidad.

El juntar dos casas consiste en la yuxtaposición de dos familias extrañas, por el vínculo de una tercera, para lo cual se establece un heredamiento universal mancomunado de un hijo de la una con una hija de la otra.

## CATALUÑA

Según la Instit. DE ADOPTIONIBUS, la adopción es un medio legal en cuya virtud pasan á ser hijos de una persona aquellos que no lo son por naturaleza.

ADOPTIO, en latín, tanto quiere decir en romance como *porfijamiento* (ley 2.<sup>a</sup>, tít. XVI, Part. IV).

Esta institución—que fué conocida por los hebreos, asirios, egipcios, griegos y sobre todo por los romanos á causa de los privilegios que concedieron las leyes Julia y Papia Popea á quienes tuviesen tres ó más hijos varones, porque á esto obligaba el interés de aumentar la población,—tiene por objeto dar consuelos á quienes la Naturaleza les ha negado el goce y el honor de tener descendencia.

La adopción (en lo que llamaríamos su parte substantiva acerca de qué personas pueden acogerse á ella, condiciones que deben tener derechos que atribuye, obligaciones que impone y modo de extinguirse) rígease en Cataluña por la legislación romana, de la que fué trasunto, en este respecto, el Código Alfonsino, y tocante á la forma de ese *perpetuamiento*, es decir, á la manera de producir el acto con la oficialidad requerida para que produzca sus efectos legales, debe acudirse á lo prescrito en el tít. II, lib. III de la ley de Enjuiciamiento civil, no sin omitir que el Código civil, dado su carácter supletorio, obliga en esta materia en todo aquello que no choque con el Derecho romano.

Siendo la adopción una ficción del derecho y puesto que ha de imitar á la naturaleza, necesita, para que pueda tener lugar, que haya términos hábiles con que producirse dentro de la ley, y, de consiguiente, el adoptante debe reunir condiciones físicas en orden á la edad; ésta es la de diez y ocho años, y no tener impedimento *perpetuo* para procrear. Además, puesto que la adopción es un acto jurídico, exígese que quien la realice sea *SUI JURIS*, esto es, que no esté en la familia de otro y, por lo tanto, debe ser pater familias; prescripciones todas éstas comprendidas en los §§ 4, 9 y 10 de la Instituta, DE ADOPTIONIBUS.

Las mujeres no pueden adoptar; unicamente les es permitido cuando hubieren perdido su hijo en la guerra ó en el servicio del Estado y previa concesión del Soberano, como tampoco le está permitido al tutor, respecto de su pupilo, antes de que éste cumpla la mayor edad. (§ 10 de la cita antes hecha y ley 17 Dig. DE ADOP.)

Estas disposiciones se hallaban contenidas en las leyes 2.<sup>a</sup>, 3.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, tít. XVI, Part. IV y pugnan bastante con lo dispuesto en los arts. 173 y 174 del Código civil, en lo concerniente á la edad, pues no se fija en la de 18, sino en la de 45 años, y debe, además, mediar entre adoptante y adoptado una diferencia de quince años, restricción esta última que creemos obligatoria en Cataluña, porque, de otra suerte, la adopción no imitaría á la Naturaleza.

Asímismo, el Código civil no prohíbe que la mujer pueda adop-

tar, y como éste es un derecho que se otorga, no que se prescribe, creemos que en Cataluña podrá aquélla, siendo soltera ó viuda, adoptar y, aún siendo casada, si obtiene el consentimiento de su marido, como también necesita éste el de ella.

El que no se halla sujeto á patria potestad solo podrá ser adoptado si es mayor de siete años (ley 2.<sup>a</sup>, Cód., DE ADOP.), en cuyo caso entrará, sin ninguna distinción, en la potestad y familia del adoptante (ley 1.<sup>a</sup> del cuerpo legal antes citado.)

Esta es la arrogación, que recae en persona SUI JURIS; si tiene más de siete años entra en la potestad y familia del adoptante.

La llamada adopción en su sentido estricto, se divide en plena y menos plena, según que el adoptante sea ó no ascendiente del adoptado; pero ésto, que tenía importancia en el Derecho romano, dada la constitución de aquella familia, parece que no la tiene tanto al presente.

Ocupándonos de ambas, cúmplenos decir que, según la Instituta, § 2.<sup>o</sup> DE ADOP. y ley penúltima, Cód., DE ADOP., el adoptado, si es hijo de familia, conserva todos los derechos que antes de la adopción tenía en la familia y en los bienes de su padre natural bajo cuya potestad continuó sujeto, prescripción ésta un tanto modificada (aunque no obligatoria del todo en Cataluña) por el párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 154 del Código civil, prescriptivo de que los hijos adoptivos, menores de edad, están bajo la potestad del padre ó de la madre que los adopta y tienen la misma obligación de obedecerle, mientras permanezcan en poder de éstos y de tributarles respeto y reverencia, siempre al igual que los hijos legítimos, legitimados y naturales reconocidos.

Según los citados textos del Derecho romano, cuando un hijo de familia haya sido adoptado por uno de sus ascendientes, se transferirá la patria potestad al adoptante, si bien se restituirá, luego de disuelta la adopción, al padre natural (textos de Derecho romano antes citados.) Esta adopción es la llamada plena, puesto que atribuye, durante ella, la patria potestad al adoptante, dada su cualidad de ascendiente del adoptado, lo cual no ocurre en la anterior ó menos plena.

El padre de familia adoptado (mejor llamaríamos *arrogado*) así como el hijo de familia que lo haya sido por alguno de sus ascendientes, tienen en los bienes y familia del adoptante los mismos derechos que la ley concede á los hijos legítimos y naturales (Instituta, § 4.<sup>o</sup>, DE EXHERED. LIBER., y ley penúltima, Cód., DE ADOP.)

Explicanse estas prescripciones, porque, por la arrogación, el hijo hizo el sacrificio de perder su condición de SUI JURIS, de padre de familia, para entrar en la de ALIENI JURIS y algún beneficio debe reportarle esto, y respecto al sujeto á la adopción plena, como éste es descendiente del adoptante, debe participar de los mismos derechos que la ley concede á los de condición legítima y natural á la vez.

Los hijos de familia adoptados por un extraño solo tendrán en los bienes del adoptante los derechos que los hijos legítimos y naturales tienen en la sucesión intestada de su padre (ley citada del Código).

El Código civil, en su art. 177, separándose del Derecho romano y de las leyes 7 y 8, tít. XVI, de la Part. IV, prescribe que el adoptado no adquiere derecho á heredar, fuera de testamento, al adoptante, á menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado á instituirle heredero, á no ser que muera antes que aquél.

Esto se funda en que la adopción, en puridad, no es otra cosa que un contrato que establece un vínculo de por vida, sin que sus efectos trasciendan á la muerte del adoptante y del adoptado en lo que á la herencia de ambos se refiere. Y para que la adopción no se haga con miras bastardas, por ánimo de lucro, prescribe el Código que el adoptante no adquiere derecho alguno para heredar al adoptado; éste, aún cuando se halla bajo la potestad de aquél, en contra de lo que dispuso el Código Alfonsino, tratándose de la adopción menos plena, no adquiere derecho sucesorio alguno en la herencia del que le tomó por hijo, á no ser que, en la escritura, el adoptante hubiese contraído la obligación de instituirle heredero, que á tanto obliga el principio PACTA SUNT SERVANDA.

La adopción se disuelve por la emancipación; los derechos adquiridos por el adoptado sobre los bienes del adoptante caducan desde la fecha de ésta (§ 4.º de la Instituta).

Son situaciones de derecho que entre sí se excluyen las de adopción y emancipación; roto el vínculo civil que atribuyó la paternidad y la filiación de esta clase caducan todos los derechos que el adoptado tuviese en los bienes del adoptante.

Pero si se hubiese adoptado á un impúber, padre de familia, y el adoptante le emancipara ó desheredara sin justa causa, deberá restituírle los bienes que tenía con las ganancias que hubiesen producido y entregarle, además, la cuarta parte de los propios (§ 3.º DE ADOP., Instit.)

Esta prescripción fué copiada en las leyes 7.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup>, tít. XVI Part. IV y se funda en que, siendo principio de derecho que nadie debe enriquecerse *torticeramente* con perjuicio de otro, al adoptado, siendo impúber y padre de familia, una vez que se le emancipe ó desherede sin justa causa. deben restituírsele sus bienes y las ganancias obtenidas con ellos. Y como el Derecho romano dió á la adopción un alcance que llegaba hasta el orden sucesorio, sin duda por la importancia que revistió en aquellos tiempos, pues Augusto, teniendo hijos, adoptó á Tiberio y á Agripa, Tiberio á Germánico y á Claudio é hizo heredero á Nerón, anteponiéndole á su hijo natural y legítimo Británico, quiso que el adoptado, por haber salido fuera de la patria potestad ó sufrido desheredación sin justa causa, no quedase reducido á la indigencia, dentro de su tristeza, y por esto le concedió el derecho á la cuarta parte de los bienes del adoptante, cosa que el Código civil no autoriza, porque ha vaciado en otros moldes esta institución.

## NAVARRA

Puesto que el Derecho romano es la fuente supletoria en primer grado de la Legislación de este territorio, á él debe acudirse, pues su régimen foral directo, escrito y consuetudinario no contiene disposiciones reguladoras de esta institución, debido ésto á que allí es poco frecuente, y se cita, como notable, el caso de adopción entre Sancho el Fuerte y D. Jaime de Aragón, del cual se arrepintieron al año de celebrarlo.

Cuanto hemos dicho respecto de Cataluña, entiéndase expuesto para Navarra; pero, como en ambas regiones rige el Derecho romano, conviene tener presentes algunas disposiciones del tít. VII, lib. I del Digesto, además de las que hemos citado en la sección anterior.

Como hemos dicho, en Roma se conoció la adopción y la arrogación; la primera, recaía en las personas *ALIENI JURIS* y se hacía por el *IMPERIUM* del Magistrado, en tanto que la segunda, por tratarse de un padre de familia á quien se le tomaba por hijo, exigía la autoridad del Príncipe, y se llamaba arrogación.

En la adopción se preguntaba al adoptante si quería que fuese hijo legítimo aquel á quien iba á adoptar y en la arrogación se preguntaba al hijo si consentía en que se efectuase, por lo mismo que quedaba privado de los derechos inherentes á la condición de *SUI JURIS*.



Pueden adoptar y arrogar, según el Digesto, los *espadones*, (impotentes), cosa que tampoco prohíbe el Código en su art. 174, precisamente porque constituye un consuelo para los que la Naturaleza les niega el goce y los honores de tener hijos. Las leyes 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, tít. XVI, Part. IV, prohibían la adopción á los impotentes para procrear, salvo que la impotencia hubiese sido producida por accidente ó enfermedad, fundada esta prohibición en el axioma, *ADOPTIO EST EMULA NATURÆ, SED NATURÆ IMAGO*.

El que quedó libre de la patria potestad no puede volver honestamente á ella, á no ser por la adopción; esto reza con la llamada plena y con la arrogación. Mediante esta última, todo lo que tenía y pudiese adquirir el adoptado pasa, por derecho tácito, al adoptante y le siguen los hijos sujetos á su potestad, así como los que recobra por el *postliminium* y los que estaban en el claustro materno cuando se hizo la arrogación, y claro que, dada la importancia de semejante acto, cuyas consecuencias alcanzaban á otras personas, además del arrogado, tenía que exigirse la aprobación del Príncipe, disposición llevada al art. 1.832 de la ley de Enjuiciamiento civil, según el que, en los casos en que sea necesario para la adopción el otorgamiento del Rey y en los de arrogación, se presentará la solicitud en el Ministerio de Gracia y Justicia, con los documentos expresados en el párrafo 2.<sup>o</sup> del art. 1.825 y se instruirá el expediente en la forma prevenida en el tít. VIII, para las informaciones sobre dispensa de ley.

En las arrogaciones, el arrogante no debe ser menor de 60 años, porque su deber preferente es procurar la procreación de hijos, á no ser que la causa de arrogar sea por enfermedad ó algún otro motivo justo, como tampoco se permite la arrogación de muchos, faltando justa causa, ni que el menor arrogue al mayor, ni la que se haga por causa torpe, ni la del pupilo por el tutor ó curador antes de que cumpla aquél los 25 años, por si el móvil es no rendir cuentas; ni al que tiene uno ó más hijos para que no se disminuya lo que deben percibir, pero sí se permite al pobre, aunque el adoptado sea rico, si constare su buena conducta ó que le mueve un afecto evidente.

En la adopción del pupilo se debe, previamente, examinar qué bienes tiene éste y cuáles el adoptante, para poderse apreciar su conveniencia, así como debe averiguarse la vida y costumbres del que adopta y su edad, por si puede formarse juicio acerca de si será mejor procrear hijos que reducir á su potestad al de familia extraña.

Ni el ausente ni el que disiente pueden ser arrogados.

Aún cuando los navarros estaban conformes en que, respecto de la adopción, se estableciesen reglas generales en el Código, las disposiciones de éste son allí aplicables, á falta de lo prescrito en el Derecho romano, al igual que ocurre en Cataluña.

## VIZCAYA

En este territorio rigen las disposiciones de la Legislación llamada común, por su carácter supletorio.

## BALEARES

En esta región rige el Código civil, como supletorio directo en primer lugar, porque su régimen escrito y consuetudinario no contiene ninguna disposición que regule la materia que en este punto tratamos.

### De la extinción de la patria potestad

La relación paterno-filial que se establece por virtud del matrimonio, de la legitimación, del reconocimiento de hijo natural y de la adopción se rompe, unas veces, por prescripción de la ley y otras por la voluntad, tomando ambas el nombre de emancipación, lo cual no excluye que, en ciertos y determinados, casos se suspenda, por especiales razones y motivos, el ejercicio de esa magistratura de amor y de protección.

Lo acabamos de decir; la emancipación se divide en legal y voluntaria; la primera se da por disposición de la ley, en los casos de mayoría de edad del hijo y de matrimonio de éste; la segunda, procede mediante la realización de un acto oficial, condicionado en su fondo y en su forma por el Derecho, cuando el hijo ni es mayor de edad, ni se casa.

Expuestas estas consideraciones generales, veamos lo que prescriben las impropriadamente llamadas, legislaciones forales.

## De la mayor edad

### ARAGÓN

Según el Fuero único *UT MINOR VIGENTI ANNOBUM*, del año 1564, los hijos llegados á la pubertad (no distingue entre varones y hembras) pueden regir sus personas, salir del hogar paterno y comparecer en juicio sin licencia del padre, no pudiendo, sin embargo, faltando el consentimiento de éste ó del cónyuge sobreviviente si permanece viudo y, en defecto, sin licencia del Juez, celebrar contratos hasta que cumplan los 20 años, á no ser que se trate de testamentos, capitulaciones matrimoniales á otorgar poderes para pleitos.

Esta prescripción se tuvo en cuenta en la Res. de 7 de Abril de 1870, que declaró nula la cesión de una hipoteca verificada por un menor de 20 años que, no siendo casado, careció de esos requisitos.

De consiguiente, la Legislación aragonesa reconoce dos mayorías de edad: una menos plena y otra plena; la primera se tiene á los 14 años sin distinción de sexo, porque los Legisladores no creyeron que, por llegar la mujer antes que el hombre á la pubertad, hubiera de adquirir la capacidad legal necesaria en la que se integran la jurídica y la de obrar, para el ejercicio de ciertos derechos en un radio de acción limitado, pues solo atribuye al hijo facultad para hacer testamento, otorgar poderes para pleitos, celebrar capitulaciones matrimoniales, comparecer por sí en juicio, quedar fuera de la tutela, salir del hogar paterno y regir su persona. La otra mayoría de edad, llamada plena que se tiene á los 20 años y atribuye al hijo entera capacidad legal, á menos de que se halle limitada por razón de enfermedad, interdicción, pena, etc.

El mayor de 14 años puede enajenar sus bienes con el consentimiento de su padre ó madre y, en defecto y á falta de ambos, impetrando la autorización del Juez. (Res. de 14 de Noviembre de 1879).

### CATALUÑA

Rige en el principado el Derecho romano, y según la ley 111 del *DIGESTO*, á los 25 años se sale á la mayor edad (este tiempo se computa de momento á momento, contándose por un solo día los dos últimos del mes de Febrero si concluye la menor edad en

año bisiesto); el que se halle en esta situación es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales. Se dice que la edad no influye por sí sola en la capacidad, sino con el fenómeno jurídico de la emancipación y que ésta no se adquiere á los veinticinco años, sino por el matrimonio ó por la dignidad del hijo, que toma el nombre de legal, existiendo, además, la judicial ó forzosa; y se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Agosto de 1873, declaratoria de que la patria potestad no termina en Cataluña, como tampoco ocurría en Castilla, por la mayor edad del hijo de familia soltero, ni por el solo servicio militar de éste.

La mayor edad en Cataluña, que se tiene á los 25 años ¿es causa de emancipación legal? Según el Derecho romano, supletorio de la Legislación de aquel principado, no, pues unicamente reconoció como emancipaciones de esa clase la de por razón de matrimonio y la de dignidad del hijo.

Por la Constitución II, tít. II, lib. II, vol. I de las de Cataluña se hizo extensivo á los hijos mayores de 25 años que tienen padres y bajo cuya potestad viven, lo dispuesto en la Constitución I de ese cuerpo legal, que prohíbe al menor de 25 años, de cualquier condición que sea, que tenga padre, esté ó no casado, aunque fuese emancipado, otorgar contrato alguno obligatorio «y si de hecho se otorgan sea habido por nulo y no se pueda juzgar por él excepto que fuese hecho con expreso consentimiento y firma de su padre».

De manera que los menores de edad, aunque estuviesen emancipados, siempre que no fuesen casados y los mayores de 25 años solteros no podían validamente contratar; aquéllos, por su falta de experiencia; estos últimos, porque no eran padres de familia, pues como hemos dicho, la emancipación legal por mayoría de edad ni existía en la Legislación romana, ni en el propiamente Derecho foral de Cataluña.

Así se explica que tratadistas de Derecho catalán sostengan la subsistencia de dicha Constitución II, entre éstos Gibert, Planas y Casals, Sánchez Román, La Iglesia y Cáncer; respecto de éste último nada extraño tiene, porque su obra «Constituciones de Cataluña», se publicó en el primer tercio del siglo XIX.

¿Subsiste la prohibición impuesta al hijo de familia para contratar? A lo cual contesta negativamente un libro de la «Biblioteca Jurídica» dedicado al estudio de la Legislación catalana, publicado en 1887; y el insigne Durán y Bas dice en la página 145 de su Me-

moria «que ha dejado de ser aplicable, desde el momento que de la patria potestad se sale por la mayor edad, como lo ha establecido la ley de Matrimonio civil»; y añade: «La primera de dichas leyes (se refiere á la que prohíbe contratar á los menores de 25 años, aunque estén emancipados) que es la que contiene el verdadero principio de alto interés social, debiera ser común; la segunda (se refiere á la que prohíbe contratar á los mayores de 25 años solteros), debe suprimirse; racional, como es, que el mayor de edad pueda contratar y obligarse libremente, máxime si subsiste en el Código como general, la emancipación por la mayor edad».

De lo dicho se deduce que el mayor de 25 años soltero tiene entera capacidad legal, porque aquélla Constitución que lo prohibía ya no se aplica después de publicada la ley de Matrimonio civil (artículo 64).

El punto á discutir es, pues, si el párrafo 2.º del art. 64 de la ley de Matrimonio civil tuvo poder de atracción en las legislaciones forales, al preceptuar que se reputará emancipado, de derecho, el hijo legítimo, desde que hubiere entrado en la mayor edad.

Adviértase que dicha ley no dice que á los 25 años se llega á la mayoría de edad, y además, que, según el art. 77 de la misma, la potestad del padre ó de la madre y los derechos que la constituyen se suspenderán y se extinguirán en los casos determinados por las leyes.

De manera que éstas son las que han de determinar esos casos de suspensión y extinción de esa alta magistratura doméstica, pues el Legislador del año 1870, no obstante producir su obra en un medio social revolucionario, á favor de nuevas corrientes jurídicas, fué respetuoso para con el Derecho positivo civil encerrado en las Legislaciones común y foral.

De consiguiente, debiera tenerse como secuela de estas proposiciones, la subsistencia de la Constitución II, tít. II, lib. II, vol. I, mayormente si se tiene en cuenta que en la autorización dada al Gobierno para publicar, como ley provisional, el proyecto de la de Matrimonio civil, se dice que esto es sin perjuicio de lo que se dispone por el Derecho foral vigente, respecto á los efectos civiles del matrimonio en cuanto á las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes.

Luego, para sostener, con Durán y Bas, que esa Constitución no es ya aplicable en Cataluña, hay que mirar el problema desde este punto de vista: que después de publicada la ley de Matrimonio civil

—y en virtud de su art. 64—la conciencia catalana consideró emancipado al hijo legítimo, mayor de 25 años y cayó en desuso la referida Constitución.

Siendo esto cierto, al decir autorizado de tan eximio fuerista, y habida cuenta á que, en este punto, la ley de Matrimonio civil concedía derechos á los hijos de familia para desenvolver su capacidad de obrar, que el Fuero les negaba, (sin que por ésto pudiera decirse que se atacaba en lo fundamental á la institución de la patria potestad según la regulaban las legislaciones forales), el Código civil se ha encontrado ya en aquel territorio con un régimen nuevo en tal respecto, debido á una ley general aplicable en dicho principado, (disposición que conserva el núm. 2.º del art. 314 del mismo) sin que pueda, en nuestro sentir, afirmarse, que por el art. 12 de dicho cuerpo legal, se considere revivida aquella Constitución que cayó en desuso ó dejó de aplicarse, como afirma el citado jurisconsulto.

No puede ocultarse que la constitución de la familia catalana por el Derecho romano, fundado en la agnación, difiere bastante ó no es totalmente la misma que la del presente, pues han cambiado los tiempos, y al influjo de nuevas ideas informadoras del régimen general del derecho, y por exigencias de la contratación, requiérese alejar de las convenciones, de suyo frecuentes, motivos de invalidación debidos á situaciones jurídicas de los contratantes que son desconocidas ú ocultas.

Repárese en lo peligroso que sería reconocer la vigencia de esa Constitución, porque si el catalán mayor de veinticinco años celebrara un contrato sin consentimiento y firma de su padre, quien tratase con él se hallaría expuesto á sufrir graves perjuicios, so color de esa nulidad. La contratación, en estas condiciones, lo mismo dentro que fuera del Principado, sería punto menos que imposible, porque no bastaría que el catalán fuese mayor de edad; al ser soltero, tendría que acreditar la defunción de su padre cuando estableciere convenciones jurídicas, produciendo esto pesada rémora y grandes conflictos en las transacciones.

También contribuye á reconocer la inaplicación, en el día, de esa ley catalana, el que, tratándose de contratos inscribibles por su naturaleza en el Registro de la propiedad, los celebrados por el mayor de 25 años, á cuyo nombre aparecieren razonados los bienes, no se podrían invalidar por esa causa de que tuviere padre, toda vez que el comprador ó adquirente del derecho real tiene á su favor las defensas del art. 34 de la ley Hipotecaria.

En conclusión: que por el régimen general del derecho, dentro del cual deben vivir las leyes, lo mismo las comunes que las excepcionales del Derecho civil, por la prescripción del art. 64 de la de Matrimonio civil y porque al publicarse ésta, cayó en desuso la citada Constitución (forma tácita de derogación de las leyes, autorizada por el Derecho tradicional) el catalán mayor de 25 años tiene entera capacidad legal, si no la limitan los estados de enfermedad, pena, etc.

## NAVARRA

Es de citar la Sent. del Tribunal Supremo de 1.º de Abril de 1891 según la que, el estado de derecho constituido por leyes ó por costumbres en territorios forales, debe respetarse íntegramente; y observándose en Navarra la costumbre inmemorial contra el Fuero y su Amejoramiento de que empieza la mayor edad á los 25 años debe respetarse la costumbre, no siendo aplicable el Código civil.

El Amejoramiento de D. Felipe, cap. I, prescribía que los varones són mayores de edad á los 14 años y las mujeres á los 12.

Frente á esta disposición levantóse la costumbre inmemorial, amparada en el Derecho romano, que es supletorio en primer grado en Navarra, de que la mayoría de edad se adquiere á los 25 años, costumbre que, aún siendo contra ley, impera en aquel Reino.

## VIZCAYA

Según costumbre, la mayoría de edad comienza á los 25 años; á los que han cumplido 18 se les concede venia de edad para administrar sus bienes, si acreditan aptitud; disposición que guarda parecido con lo dispuesto en los arts. 316 y 318 del Código civil.

## BALEARES

Los menores de 20 años no son admitidos á consejeros ni á ningún oficio de la Universidad (Valentina, pág. 342.) Pero creemos que ésto, dada la actual constitución administrativa, no se halla vigente y nada tiene que ver con el orden civil; de consiguiente, lo que rige allí es el Código, que declara como emancipación legal la de haber cumplido el hijo la edad de 23 años.

### De otras emancipaciones

La de por razón del matrimonio existe en todas las legislaciones forales.

No estará de más decir que, según la ley única, libro VIII, vol. I de las Constituciones de Cataluña, del año 1351, es caso de emancipación el casamiento del hijo con licencia de su padre ó de las otras personas en cuya potestad se halle por más que continúe viviendo en su casa y compañía, aunque no haya seguido cópula carnal á la celebración del matrimonio, prescripción que, con más breves palabras, aparece en el cap. LXVII del *RECOGNOVERUNT PROCERES*.

Según la Const. 7.<sup>a</sup>, rub. 1.<sup>a</sup>, lib. VI del Código de Tortosa, el hijo que se case sin consentimiento de su padre, continúa él y sus hijos bajo la patria potestad y si es hija solo ella seguirá bajo dicho poder. Estas disposiciones hay que combinarlas con lo dispuesto en los arts. 56, 57, 58, 59, 60, 61 y núm. 2 del 314 con sus concordantes del Código civil.

Muchos canonistas señalan como caso de emancipación del hijo la profesión religiosa de éste ó la de su padre y lo ven implícitamente establecido en la ley 2.<sup>a</sup>, tít. VII, de la Part. I.

*PER SEPARATAM ECONOMIAM* quedaba emancipado el hijo profeso según la Constitución XXV del Emperador León, y, á éste respecto, entiende Durán y Bas que no debe tener lugar esa emancipación ni como de Derecho común, ni á título de excepción.

El Código civil no señala, en su art. 314, como causa extintiva de la patria potestad la profesión religiosa; las leyes de Partida no constituyen Derecho supletorio en Cataluña y, en estas condiciones, parece que no es caso de emancipación, pero si se advierte que la profesión religiosa impone el deber de vivir en comunidad y el voto de obediencia, de hecho resultará la inexistencia de esa patria potestad en orden á la persona del hijo, por ser incompatible, en su ejercicio, con la situación jurídica del profeso, quien, además necesita de autorizaciones canónicas para realizar ciertos actos, aún cuando tiene al presente, en el orden civil, entera capacidad legal, si, siendo menor, queda suplida por su padre ó madre.

En Aragón, como quiera que no existe la patria potestad en el verdadero sentido de la palabra, no cabe decir que una de sus causas



extintivas sea el matrimonio del hijo; éste al cumplir los 14 años rige su persona, sale de la casa paterna y tiene los demás derechos que en este capítulo hemos indicado, y claro que, en tales condiciones y, si, por añadidura, se casa, sale de la tutela legítima; pero si no obtiene la licencia de sus padres para contraer matrimonio, se entiende éste celebrado con sujeción á las reglas del art. 50 del Código civil, obligatorio en todas las regiones de España.

En Navarra no hay disposición que establezca como causa de emancipación el casamiento del hijo; pero como allí rige como supletorio el Derecho romano, y éste tampoco la registra, á aquél debe acudir y, de consiguiente, sino se hubiese publicado el Código podría decirse que únicamente se disuelve la patria potestad por la muerte del padre ó del hijo, la profesión religiosa de éstos, la dignidad del hijo, el delito del padre y la emancipación voluntaria. Como quiera que el Código civil, supletorio en Navarra, establece como causa de emancipación el matrimonio (art. 315), no puede desconocerse la aplicación allí de este caso.

Antes de ocuparnos de otras causas extintivas de la patria potestad, es de consignar que el art. 71 de la ley de Matrimonio civil, al prescribir que dicha potestad se extingue en los casos determinados por las leyes, sin expresar que éstas sean las de Castilla, respetó, virtualmente, en este punto, lo dispuesto en las legislaciones forales, y como en Aragón y Baleares rige directamente el Código, el cual, en su núm. 1.º del art. 314, designa como caso de emancipación el matrimonio del menor, y á esto hay que atenerse en dichos territorios, así como en Vizcaya, toda vez que su legislación escrita y consuetudinaria no contiene disposición alguna relativa á este punto, por la razón de que allí no existe la patria potestad, sino la tutela legítima del padre, al igual que en Aragón.

Además, en Mallorca, según *STILE SIVE RITUS CUR.* De Mossen Abril, se admite la emancipación por el matrimonio y ningún deudor puede emancipar á su hijo sino por este medio, prohibiéndose que los bienes del padre, que compre el hijo, puedan ser ejecutados por los acreedores.

En Cataluña puede obligarse al padre, á emancipar á su hijo cuando lo castigue cruelmente. (*Ley última DIG.; SI A PARENT QUIS. MANUMIT.*;) cuando prostituyere á sus hijas (*Leyes 4.ª y 12 Código, DE EPISCOP. AUT. y 6.ª íd. DE SPEC. ET SEAENT.*) y cuando admita lo que le deje en testamento con la condición de emanciparle (*ley 32 DIG. DE CONDIT. ET DEMONSTR.*)

Estas disposiciones y, además, los casos de dignidad del hijo registrados en el Derecho romano, son aplicables en Navarra.

Prescribe el art. 171 del Código civil que los Tribunales podrán privar á los padres de la patria potestad ó suspenderles en el ejercicio de ésta si trataren á sus hijos con dureza excesiva, ó si les dieran órdenes, consejos ó ejemplos corruptores, etc.

De manera que el Derecho romano y el español general marchan de acuerdo en este punto y, de consiguiente, el citado artículo es de aplicación en toda España, como también la ley de 21 de Julio de 1904, que castiga á los padres que facilitan ó favorecen la prostitución de sus hijas ó la corrupción de sus hijos; con la sola diferencia de que en Aragón y Vizcaya, como allí no existe patria potestad, de lo que se priva á los hijos es de la tutela legítima.

Son de citar, para la ilustración de este punto, las Sents. del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1899 y 23 de Junio de 1905, declaratorias: la primera, de que los Tribunales pueden usar discrecionalmente de esa facultad, cuando, en vista de las pruebas suministradas, estimen que así procede en justicia, y la segunda, de que, dado el supuesto de que, tanto el padre como la madre hayan incurrido en caso de indignidad para el ejercicio de la patria potestad, es lógico y hasta necesario pretender la suspensión de la misma potestad respecto de ambos cónyuges, pues de otra suerte se correría el riesgo de que, suspendida la del padre, hubiera habido necesidad de someter por más ó menos tiempo á los hijos á la de su madre.

El art. 169 del Código civil prescribe que el padre y en su defecto la madre perderán la patria potestad cuando por sentencia firme en causa criminal se les imponga, como pena, tal privación, y cuando por sentencia firme, en pleito de divorcio, así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

Ahora bien; como quiera que el Código penal es obligatorio en toda España, cabe esa clase de privación de patria potestad, así como la que proviene de sentencia de divorcio, toda vez que la materia que á éste se refiere se halla contenida en el tít. IV del Código civil, aplicable en todas las regiones.

Por el art. 168 de este último cuerpo legal, la madre que pase á segundas nupcias, pierde la patria potestad sobre sus hijos, á no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado

que, en tal caso, conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

Esta disposición, cuyo fundamento no es otro que dar á la patria potestad las necesarias condiciones de independencia, dentro de las leyes, á quien la ejerce, con lo que se desaviene la condición de la mujer en el segundo matrimonio, teniendo hijos del primero, es aplicable en todas las regiones, cuyo derecho mantiene esa institución, por lo mismo que es nueva y no pugna con el Derecho foral.

Y si el padre repite matrimonio ¿pierde la patria potestad? Según el Código no, porque su condición de bínubo no le priva de esa situación de independencia para el ejercicio de la función tuitiva, protectora y directora de las personas y bienes de sus hijos; pero registrase una excepción en el cap. III, tít. I del lib. IV del Fuero de Navarra, terminantemente establecida en la ley 1.<sup>a</sup>, tít. X, lib. III de la Novísima Recopilación, prescriptiva de que el padre, por casar segunda vez, pierde la tutela y administración de las personas y bienes de las criaturas del primer matrimonio; cuyos textos están vigentes en aquel reino, según declaró el Tribunal Supremo en sentencia de 31 de Marzo de 1892.

Y puesto que estamos tratando de casos de emancipación, vamos á estudiar la

### Emancipación voluntaria

Prescribe el art. 314 del Código que una de las clases de emancipación es la de concesión del padre ó madre que ejerzan la patria potestad.

El menor ha de tener 18 años cumplidos y ha de consentirla, debiendo otorgarse en escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal y ha de anotarse en el Registro civil, so pena de no producir efecto contra tercero (art. 316). La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuese mayor, pero hasta que llegue á la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre, en defecto de éste sin el de su madre y por falta de ambos sin el de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

Ahora bien; como en Aragón el mayor de 14 años y menor de 20 puede otorgar poderes á pleitos en asuntos civiles, y, con consen-

timiento de su padre ó madre, en defecto, y á falta de ambos con el de hombres honrados y autorización judicial (Fuero único de 1564 y único de 1585), puede donar, enajenar y contratar en general, cosa que le es permitida sin dichas autorizaciones ni intervenciones teniendo la condición de casado, parece que poca aplicación tendrá allí la emancipación voluntaria de que tratamos, lo cual no excluye que pueda otorgarse, motivo á que el Código civil obliga en aquel reino en todo aquello que no se oponga á su régimen jurídico directo, tanto escrito como consuetudinario (art. 13).

Según las leyes 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, tít. XI, lib. II, vol. I de las Constituciones de Cataluña, el menor de 25 años, soltero, que tenga padre y haya sido emancipado no puede hacer contratos obligatorios, sino mediante el expreso consentimiento y firma de su padre, y si de hecho los hiciere, sin este requisito, sean tenidos por nulos y no pueda juzgarse sobre ellos, y en cuanto á dichos contratos sea suspendida la autoridad de los Notarios, reputándose tales documentos como escrituras privadas, no pudiéndose poner en ellas juramento, y que no tengan valor ni efecto, ni hagan fe en juicio ni fuera de él, aunque el contrato sea firmado fuera de Cataluña, si su ejecución es dentro de ella. Esas leyes se propusieron, como en su contexto aparece, proveer á muchos desórdenes que, por jugar y otras causas deshonestas, se cometían.

Como se ve, el Derecho catalán es mucho más absoluto que el Código civil, porque éste, en su art. 307, limita la capacidad del emancipado, tan solo en lo que se refiere á tomar dinero á préstamo, gravar y vender bienes inmuebles y comparecer en juicio, á cuyo precepto se le ha de dar interpretación restrictiva por ser excepción de la facultad atribuída al emancipado para que rija su persona y bienes como si fuera mayor de edad, y tan cierto es ésto, que, según resolución de la Dirección general de 20 de Mayo de 1897 y 15 de Marzo de 1902, puede el emancipado, por la primera, otorgar poder, sin más excepciones que las consignadas en el texto legal, y por la segunda cancelar, por sí, hipotecas.

Surge la duda de si las citadas constituciones catalanas se hallan en vigor. Nosotros nos inclinamos á la afirmativa respecto de la primera, menos en lo referente á la suspensión de la autoridad de los Notarios que autoricen contratos de menores de 25 años que sean solteros; porque este es un punto reservado á la Legislación notarial, única que autoriza las correcciones disciplinarias á los depositarios de la fe pública en los casos precedentes, y sobre todo, ésta

no es materia del Derecho privado, si que del público al que pertenece la ley Orgánica del Notariado.

Y puesto que tratamos de la emancipación voluntaria, no estará, de más, decir que el Derecho romano reconoció tres: la antigua que se verificaba por medio de la venta del hijo, como si fuese cosa, por la moneda y la libra (*PER ÆS ET LIBRAM*) á presencia de cinco testigos ciudadanos romanos, otro que les exigía su testimonio (*ANTESTATUS*) y el fiel que tenía la balanza (*LIBRIPENS*). Realizadas las tres ventas seguidas de las mamunisiones, quedaba el hijo fuera de la potestad del padre. Templada la dureza de aquel *JUS QUIRITARIUM*, se introdujo la emancipación llamada *ANASTASIANA*, que se obtenía por medio de un rescripto del Príncipe, mediante memorial que á éste dirigía el padre; producía los mismos efectos que la antigua. Por último, estaba la *JUSTINIANEA*, consistente en acudir el padre ante un juez cualquiera, en acto de jurisdicción voluntaria, haciendo la emancipación, expresando la causa y consintiendo el hijo en salir de ese poder; esto no obstante, el padre podía emancipar al hijo impúbero, acudiendo también á ese medio judicial, en el caso de que así lo hubiese dispuesto el que le hubiese dejado cosa en testamento con la condición de emanciparle (ley 62 *DIG., DE CONDIT. ET DEMONSTR.*), emancipación que se conserva en Cataluña y por virtud de la cual, el padre, perdiendo la patria potestad, adquiere la tutela legítima del hijo, porque no puede hacer dimisión de sus deberes para con la persona y bienes de éste.

La emancipación voluntaria con arreglo al Código civil constituyó un progreso, tanto porque no exige las formalidades del Derecho romano, cuanto por señalar en el hijo la edad de 18 años, á fin de que la consienta.

En Navarra, la emancipación es uno de los modos de terminar la patria potestad, porque así lo prescribe el Derecho romano, allí supletorio, y como el Código civil reglamenta y condiciona este medio, creemos que las disposiciones del mismo son aplicables á dicha región, lo mismo que á Vizcaya.

Y respecto de Mallorca, no puede negarse que también existe allí la emancipación voluntaria tal como dicho cuerpo legal la prescribe; pero hay que combinarla con la Ordenación 70, preceptiva de que ningún deudor puede emancipar á su hijo sino por matrimonio.

De consiguiente, si el padre es deudor, no puede surtir efecto esa emancipación voluntaria, cuando se hace en fraude, como luego diremos, porque, de permitirse ésto, se barrenaría la citada ordena-

ción, faltándose á lo prescrito, de una manera terminante, en los artículos 12 y 13 del Código.

Fúndase esa ordenación, al prohibir que el padre deudor emancipe á sus hijos, en que no queden defraudados los intereses de los acreedores, quienes, á pesar de la emancipación, pueden repetir contra los bienes que el emancipado haya comprado del emancipante.

En rigor de verdad, y combinando dicha ordenación con el texto del Código, no vemos que el padre deudor esté privado del derecho de emancipar á su hijo; lo que hay es que ese acto puede ser atacado por los acreedores de aquél, por sí, á la sombra del mismo, el hijo compró bienes á su padre, los cuales pueden ser ejecutados.

---

## CAPÍTULO X

### De los alimentos entre parientes

---

Habiendo estudiado en los capítulos anteriores el sentido y alcance de las relaciones conyugales y el de las paterno-filiales, las primeras nacidas del matrimonio; las segundas, producto de la patria potestad, instituciones ambas que constituyen la mayor parte del régimen familiar, cúmplenos tratar en el presente de las relaciones parentales, en orden á la prestación de la deuda alimenticia.

Dedica el Código civil su tít. VI del lib. I á esta importante materia, que figura reglada en el Derecho tradicional de Castilla y en las Legislaciones forales, informados aquél y éstas en la Legislación canónica, de una saludable influencia moral.

Decimos esto último, porque no solo los cónyuges, los ascendientes y descendientes legítimos tienen entre sí obligación de prestarse alimentos (núms. 1.º y 2.º art. 143 del Código) si que los padres y los hijos legitimados por concesión real y los descendientes legítimos de éstos, los padres y los hijos naturales, aún los de condición ilegítima y los hermanos legítimos, aunque sean uterinos ó consanguíneos (núms. 3.º 4.º del 2.º y 3.º apartado de dicho artículo). Y esto se debe á que la generación y la familia imponen, por los lazos del parentesco, deberes ético-jurídicos que, como tales, caen bajo las sanciones de la moral y del derecho, que el Legislador, por imperio de la justicia y por dictado de la conciencia social los consagra en su obra, dándoles condiciones de exigibilidad y de cumplimiento por medio de fórmulas.

Dado el carácter de la deuda alimenticia, como prestación de un deber ético-jurídico, no es maravilla que la Legislación foral haya establecido sus prescripciones, como vamos á exponer:

## ARAGÓN

El padre y la madre tienen el deber de alimentar á los hijos comunes y no acaba por la muerte de cualquiera de ellos. El cónyuge sobreviviente tiene igual obligación respecto de dichos hijos y de los del difunto cuando éstos carezcan de bienes propios y, caso de no hacerlo, deberá entregarles, con tal fin, lo necesario de los bienes en que tuviere viudedad, correspondiendo al Juez decidir sumariamente lo que procediese, oídos los interesados (Fuero 1.º DE ALIMENTIS, lib. IV).

Repárese en que la obligación de alimentar á los hijos comunes y á los hijastros se transmite al cónyuge sobreviviente, lo cual se debe á que éste tiene el derecho de usufructo en los bienes sitios ó raíces que aportó el cónyuge premuerto; pero no en los muebles, siempre que hubieran vivido juntos durante el matrimonio (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1859, 2 de Junio 1865 y 28 de Noviembre 1868).

Puesto que el cónyuge sobreviviente tiene ese usufructo foral ó convencional en forma de viudedad y hace suyos los frutos, continuando por tal modo la familia de una manera tácita, ya que en ella vive, en espíritu, el cónyuge difunto, al beneficio debe recaer como inherente la obligación de alimentar, no solo á los hijos legítimos comunes, si que á los hijastros de esa misma condición, no sin advertir que, según opina Francisco de Villalba, bajo esta última denominación se comprende también á los bastardos.

Los hijos naturales, los que no son de dañado y punible ayuntamiento, y de consiguiente pueden ser reconocidos y legitimados, tienen derecho también á alimentos, pero no los verdaderamente ilegítimos, cuales son los adulterinos, los incestuosos y los sacrílegos. (Fuero único DE NATI EX DAMNATO COITU. Observancia 1.ª, íd., íd. lib. V, 25; DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS, lib. VI).

Pero los hijos naturales, según expresa la cita anterior, solo pueden reclamar alimentos mientras vivan sus padres, siempre que éstos los hayan reconocido, ó que el hijo ó su madre prueben con testigos idóneos que en alguna ocasión los trató como á tales.



Comparando la condición en que se hallan respecto de los alimentos los hijos legítimos y los naturales, resulta que aquéllos, aunque su padre muera, han derecho á percibirlos del cónyuge sobreviviente, por lo mismo que tienen propiedad, grande ó pequeña, en los bienes que este último usufructúe, y, además, porque la relación de legitimidad, producto de las justas nupcias, hace más consistente y de mayor perfección ese deber ético-jurídico, circunstancias que no concurren en la filiación natural y, por lo tanto, á la muerte del padre, termina en el hijo el derecho á exigir la cuota alimenticia.

Los demás hijos ilegítimos solo pueden recibir algo, por misericordia. Esto no constituye una obligación por parte de los padres, ni un derecho concedido al alimentista; pero téngase en cuenta que el Código civil obliga en Aragón en lo que no se oponga á su régimen jurídico ó consuetudinario, y, en su consecuencia, es aplicable lo prescrito en el apartado 2.º del art. 143, dispositivo de que los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concorra la condición legal de naturales se deben por razón de alimentos, los auxilios necesarios para su subsistencia. Los padres están además obligados á costear á esos hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

Esto último es objeto de uno de los capítulos de nuestra obra inédita «Los grandes problemas jurídicos».

Cuando el padre ó la madre se nieguen á alimentar á los hijos, ó en el caso que éstos sean huérfanos, podrán alimentarlos, á sus expensas, los abuelos, prefiriéndose siempre el abuelo paterno al materno y el ascendiente varón de cualquier grado á la abuela (Fuero 3.º DE TUTORIBUS, lib. IV).

Los hijos están obligados á alimentar á sus padres necesitados (Fuero 3.º DE ALIMENTIS, lib. V). Esta obligación deberán cumplirla según sus necesidades y condición social, sin derecho á repetir las cantidades invertidas en satisfacer esta deuda (Fuero único, SI FILIUS etc.)

Es de citar la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Enero de 1873, declaratoria de que, fallecida sin sucesión la hija, á quien en los capítulos matrimoniales se obligaran sus padres á entregar personal y exclusivamente una cantidad anual por vía de alimentos, y para sostener las cargas del matrimonio, el marido viudo, no tiene facultad para reclamarla, porque siendo un derecho de naturaleza personal en favor de su esposa, cesó con la muerte de ésta.

## CATALUÑA

Por punto general se observa en este principado el Derecho romano en materia de alimentos; pero el Derecho canónico, constituido por el cap. V de las Decretales de Gregorio IX, DE EO QUI DUXIT. IV, VII, ha introducido una profunda novedad merecedora de alabanza, el conceder alimentos, por razón piadosa, á los hijos nefarios ó sean aquellos que tienen la condición de incestuosos, sacrílegos y adulterinos; prescripción que, no registrada en el antiguo Derecho de Castilla ni en la Legislación aragonesa, la vemos establecida, como antes hemos dicho, en el apartado segundo del art. 143 del Código civil.

El marido tiene obligación de alimentar á su mujer, hijos é hijas (leyes 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> DIG., DE AGN. ET ALEND., lib. II); en defecto del padre, viene obligada la madre á alimentar á los hijos, pudiendo ésta repetir contra los bienes de aquél, por las cantidades que por este concepto haya agotado en favor de sus hijos. Estos deben alimentar á sus padres y demás ascendientes pobres (ley 5.<sup>a</sup> antes citada). Si los padres carecieren absolutamente de bienes para alimentar á sus hijos, pasará esta obligación á los abuelos (ley citada y Novela CXVII, cap. VII).

El derecho que la mujer tiene á reintegrarse en los bienes del marido de las cantidades que hubiese satisfecho por alimentos dados á sus hijos, es consecuencia indeclinable del régimen dotal existente, por ministerio de la ley y salvo excepciones, en el Principado catalán. Como quiera que ésta no tiene derecho á gananciales, no debe pechar con la obligación de alimentar á los hijos, teniendo su esposo bienes; solo cuando carezca de ellos ocurre al cumplimiento de ese deber, con derecho á ser reintegrada de cuanto satisfaga, á fin de que no quede mermado su patrimonio.

En Tortosa, si el padre ó la madre vienen á pobreza, los hijos emancipados les deben alimentar, si pueden, quedando exceptuadas las hijas casadas, caso de que carezcan de bienes parafernales. De manera que los yernos no tienen obligación de alimentar á sus suegros, pero sí la hija casada si tiene parafernales, pues en éstos es ella *senyora mayora*, como la llaman en Cataluña y teniendo rentas que administra deben cumplir ese deber. Pero si solamente tiene dote, como el administrador de ésta es el marido y sus pro-

ductos se destinan á atender á las necesidades del matrimonio, la ley no puede imponerle la obligación de distraer las rentas para alimentar con éstas á sus padres.

El padre y la madre vienen obligados á alimentar á sus hijos é hijas emancipados, constituídos en pobreza, á menos de que puedan trabajar para su sustento, como tampoco tienen obligación de alimentarles si, por maldad ó pereza, no se aplicaran al trabajo (Código de Tortosa, rúb. 5, párr. 5.º).

La rúbrica 152 de las Costumbres de Lérida dispone que, si una mujer tiene un hijo natural de alguno y pide que éste le alimente, si el demandado niega que aquél sea su hijo, ella debe jurar que es cierto lo que afirma, pudiendo entablar juicio de batalla (*tornari*), y si vence, alimente el vencido á su hijo; pero si fuere vencida, quede absuelto el demandado.

Como quiera que en nuestra ley de Enjuiciamiento civil no se contiene ese *juicio de batalla*, consideramos inaplicable la citada costumbre de Lérida, rigiendo en este Obispado, por consiguiente, el Derecho catalán como directo y como supletorio en tercer grado el Código civil, bien advertidos de que el tít. IV de éste obliga allí en primer lugar, y en donde, por cierto, se impone á los esposos la obligación de alimentarse.

Prescribe la ley 9.ª, tít. XLVII, lib. VIII del Código, que á la madre corresponde también la obligación de alimentar á su hijo durante los tres primeros años de la vida de éste, que es el periodo legal de la lactancia, con derecho á ser alimentada por el marido.

La obligación de alimentar es recíproca entre padres é hijos de cualquier edad; éstos últimos tienen el deber de prestar alimentos á sus padres y demás ascendientes necesitados (Novela; párrafo 89, cap. XII, IN FIN y XIII, y ley 5.ª, párrafos 2.º, 13 y 15 DE AGNOST. ET ALEN, DIG.)

La madre y los abuelos maternos deben prestar alimentos á los hijos naturales y éstos á aquéllos. (Ley 5.ª antes citada).

## NAVARRA

También el Derecho canónico influyó en la Legislación de este reino.

Los padres y los hijos se deben mutuamente alimentar y si los primeros vendiesen ó empeñasen las heredades, quedarán relevados

los segundos de la prestación de la deuda alimenticia. Esta disposición contenida en el cap. III, tít. XII, lib. III del Fuero de Navarra, es justa é injusta, según el punto de vista desde donde se la mire: justa si las ventas ó empeños hechos por los padres son arbitrarios y caprichosos; injusta, si los verifican para levantar las necesidades de la familia, en cuyo caso creemos que no es aplicable el Fuero, para no afligir la desgracia de los padres, faltos de bienes, sin culpa de ellos, víctimas de los azares de la vida y de las exigencias sociales, debiendo acudirse en este caso á la equidad y á las disposiciones del Código civil.

El cónyuge sobreviviente «debe crear e conseillar sus creaturas», prescribe el cap. III, tít. II, lib. IV del Fuero, y, para que se repute cumplida esta obligación, se ha de entender que se refiere no solo á los alimentos naturales, sino á los civiles, cualquiera que sea la edad, regulada por el Juez atendidas las condiciones del que ha de alimentar y del alimentista, siendo de añadir que, en una ley de las Cortes de los años 1817 y 1818, tendente á remediar la mendicidad, se dispuso que, debiéndose mantener mutuamente padres é hijos, cuando no cumplieren dicha obligación debía exigírseles por el Alcalde-Regidor.

Las madres de hijos naturales criados por ellas y reconocidos por sus padres tienen derecho á percibir de éstos el salario ó retribución de nodriza al uso del país (cap. único, tít. IV, lib. IV DE CRIAR FIJOS Fuero de Navarra), el cual, además, prescribe que es obligación de la madre criar á su hijo ilegítimo, y del padre conocido atender á los gastos de la crianza.

Los hijos adulterinos, ya fuesen infanzones ó villanos, no tenían derecho á ser alimentados por los parientes, ni gozaban de la consideración de hermanos de los de matrimonio, ni menos tenían derecho á heredar al padre, salvo que éste les dejara voluntariamente algo. Por el Derecho romano la condición de esos hijos espúreos no podía ser más desgraciada y merced al Derecho canónico que les concedió la deuda alimenticia proporcionada á la clase y condición social de los padres, obligación impuesta también á los abuelos por la línea materna, según la legislación civil, como también la tienen los paternos conforme á la canónica, siempre que el padre fuere cierto. Nada extraño tiene pues que, descansando la obligación de alimentar en un supuesto ético y jurídico á la vez, esos hijos espúreos, que serían beneficiarios, deban prestar alimentos á sus ascendientes necesitados de ellos, caso de que cuenten con bienes.

Para ilustración de este punto, importa citar la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1866, declaratoria de que en el mismo hecho de concederse por el Fuero de Navarra al cónyuge sobreviviente el usufructo de los bienes que á su fallecimiento dejare el premuerto, con la precisa obligación de criar y educar á sus hijos, se entiende, con arreglo á los buenos principios y doctrina consignada en las leyes, que el gravamen impuesto al usufructuario no se contrae á los alimentos naturales ni á edad determinada, sino que se refiere á los civiles, regulados por las condiciones del que ha de darlos y del que ha de recibirlos; y no hay ley ninguna, ni jurisprudencia, que subordine el expresado gravamen impuesto al usufructuario á la condición de que los que un día han de ser propietarios de los bienes hayan de vivir en la casa y compañía de aquél, y aún en la hipótesis de que hubiese tal jurisprudencia para hacer menos gravosa la obligación y menor la privación en el goce de los bienes de que disfrutó durante el matrimonio, aún así cesaría tal circunstancia, habiendo un justo motivo de reparación.

## VIZCAYA

Prescribe la ley 1.<sup>a</sup> tít. XXII del Fuero, que los padres tienen obligación de mantener á los hijos en compensación del usufructo de sus bienes, mientras no sean emancipados ó no contraigan segundas nupcias.

De manera que si el padre renuncia al usufructo, puede excusarse de esa obligación. La madre que no disfruta de ese usufructo no viene obligada por el Fuero á alimentar á los hijos, si éstos tienen medios de subsistencia.

Creemos que estas prescripciones se refieren á la obligación civil de alimentos, pues la natural, la que constituye los medios de subsistencia impuestos por el derecho á la vida, careciendo los hijos de bienes, debe ser cumplida por los padres y, reciprocamente, por sus hijos, debiendo acudirse, para suplir las prescripciones del Fuero, á las del Código civil.

Tres leyes del tít. XXIII del Fuero de Vizcaya tienen carácter procesal, por cuanto encierran reglas de prelación en el crédito alimenticio, y al efecto la ley 2.<sup>a</sup> prescribe que los que donan sus bienes con carga de alimentos sean preferidos á todos los otros acreedores de los donatarios en aquéllos bienes; esta ley es la única que

tiene alguna sustantividad, pues la primera y tercera trazan las reglas para hacer efectiva la deuda alimenticia impuesta sobre bienes del donante, y de los derechos que asisten á los donatarios para que no sean defraudados, cuales son los de acudir al Juez para que no se enajenen fraudulentamente las cosas, acudiendo al efecto, por medio de sus tutores y administradores, siendo responsables éstos de la negligencia con que procediesen. Como hemos dicho, esto es del orden procesal y debe acudirse para ello al Código civil y así lo entienden los fueristas.

### Cuantía de los alimentos y forma de satisfacerse

Según el fuerista Serré, bajo la denominación de alimentos se comprende en Aragón, todo lo indispensable para la vida y educación de quien haya de percibirlos y, caso de fallecimiento, para los gastos de sepelio y sufragio de su alma.

Algo de esto contiene el art. 142 del Código civil, el cual, además del sustento, incluye en los alimentos la habitación, vestido y la asistencia médica según la posición social de la familia, pero no los gastos de sepelio (por más que lo prescribe el art. 1.894), ni el sufragio del alma del alimentista, puesto que puede no profesar una religión positiva.

Prescribe la ley 5.<sup>a</sup> del Digesto, 19 y 34 Dig., *SI QUIS IN*, que los alimentos se fijarán en proporción con la fortuna del que los haya de prestar y atendidas las necesidades de quien los haya de recibir, y si disminuye ó aumenta lo posibilidad del uno ó la necesidad del otro, se reducirán ó aumentarán proporcionalmente. Estas prescripciones las vemos también contenidas en el art. 146 del Código civil, preceptivo de que la cuantía de los alimentos en los casos comprendidos en los cuatro números del art. 143 (entre cónyuges; ascendientes y descendientes legítimos; padres ó hijos legitimados por concesión real y descendientes legítimos de éstos, padres y los hijos naturales reconocidos y sus descendientes legítimos) será proporcionada al caudal ó medios de quien los da y á las necesidades de quien los recibe, siendo esto de la apreciación exclusiva del tribunal sentenciador, según declaró el Tribunal Supremo en Sents. de 11 de Abril de 1894, 15 de Diciembre de 1896, 11 de Octubre de 1899 y 5 de Junio de 1900.

Bajo la palabra alimentos se comprenden en Cataluña las medi-

cinas necesarias para recobrar la salud, en caso de enfermedad (Leyes 24 Dig. DE VERBORUM SIGNIF. y 13 del Código DE NEG. GEST.)

Tenemos por indiscutible que son aplicables á las regiones aforadas las disposiciones contenidas en los arts. 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150 y 152 del Código civil, porque no vemos que se opongan á su régimen jurídico, antes bien lo completan, siendo de advertir que el art. 152 contiene bastante de lo prescrito en las leyes 4.<sup>a</sup> DE ALEND. LIB. ET PARENT., 5.<sup>a</sup> Dig. DE AGN. ET. AL. Novela CXV, caps. III y IV, según las cuales cesa la obligación de alimentar cuando el hijo se porte con ingratitud, cuando posea bienes propios para alimentarse y tenga oficio ó carrera con que pueda procurar á su manutención.

La obligación de alimentar es resultado ó efecto de la relación jurídico-parental; rota ésta, no se da aquélla, como ocurre por muerte del alimentista. Un deber ético-jurídico informa esa relación y cuando la persona obligada á satisfacer los alimentos no puede verificarlo por haberse reducido su fortuna quedando desatendidas sus propias necesidades y las de su familia, cesa aquella exigencia moral y legal á la vez. Si el alimentista no necesita la pensión por ejercer un oficio, profesión ó industria ó á causa de haber adquirido un destino ó mejorado su fortuna, cesa de hecho la satisfacción de esa deuda, puesto que no tiene objeto. Si el alimentista, sea ó no heredero forzoso, comete alguna falta de las que dan lugar á desheredarle, no es acreedor á la pensión, porque el pago de ésta es incompatible con el derecho que tiene, quien presta los alimentos, á usar de esa especie de castigo, aparte de que la falta de quien la comete, riñe con el beneficio de alimentos. Y por último, cuando el alimentista es descendiente del obligado á dar alimentos y la necesidad de aquel proviene de mala conducta ó de falta de aplicación al trabajo, mientras subsista esta causa no hay obligación de alimentar, porque de algún modo hay que castigar la holganza y el vicio, mientras subsistan.

Para terminar este capítulo importa decir que la materia de alimentos fué regulada en la parte tercera, sección 2.<sup>a</sup>, cap. V, de la ley de Matrimonio civil, que tuvo en este punto carácter general en toda España, cuyas disposiciones se han llevado al tít. VI, lib. I del Código civil con pequeñas reformas, siendo de aplicación en las regiones aforadas las disposiciones de este cuerpo legal.

Demostrando esta afirmación es de consignar que, según el artículo 149 del precitado Código, el obligado á prestar alimentos

podrá, á su elección, satisfacerlos, ó pagando la pensión que se fije ó recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho á ellos. Pues bien; este artículo que establece un derecho de opción en favor del obligado, cuando no exista causa justificada que hiciera imposible, moralmente, la permanencia del alimentista en la casa de aquel, es aplicable á Cataluña por haber venido á sustituir al art. 78 de la ley de Matrimonio civil que, con alguna restricción, concedía esa facultad optativa, según declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 11 de Mayo de 1897, siendo de la competencia de los Tribunales apreciar en cada caso las circunstancias que exijan el derecho á elegir la persona obligada á pagar la pensión, entre satisfacerla ó tener en su casa al alimentista (Sent. 25 Noviembre 1899), doctrina que, repetida en Sent. de 5 de Diciembre de 1903, es aplicable al caso de que medie alguna causa justificada del orden moral que se oponga á la traslación del alimentista para que reciba alimentos en la casa del que deba darlos, una de cuyas causas es el depósito de mujer casada, toda vez que con ello se quebrantaría la situación legal de la misma, dentro del respectivo procedimiento. (Sent. 31 Enero 1902).

---



---

## CAPÍTULO XI

### De la ausencia

Como dice Sánchez Román, influyen también en la capacidad civil y en el resultado de las relaciones que origina, los estados de *presencia* y *ausencia*.

La presencia es de dos clases: *física* y *jurídica*; en la primera actúa el individuo directamente, adquiriendo derechos y contrayendo obligaciones; en la segunda, tiene su representación ya legítima, ya voluntaria.

La ausencia es, según Escribano, el estado de una persona que no se encuentra donde su presencia es necesaria; pero éste es el concepto general de ese estado, no el específico al que se contrae nuestro estudio, ó sea el de una situación jurídica creada por la desaparición de una persona cuyo paradero se ignora, respecto de la que no se puede afirmar si vive ó si ha muerto, por ser desconocidas las circunstancias de su vida misma desde que desapareció ó desde que se tuvieron de ella las últimas noticias, como declaró el Tribunal Supremo en Sent. de 26 de Abril de 1901.

Estudiando esta ausencia, que tiene por remate la presunción de muerte, es de consignar que el Derecho romano no establecía prescripciones relativas á semejante estado, colocada la existencia del sujeto de la relación jurídica en una á modo de penumbra para el derecho entre la vida y la muerte con la certeza de que ha desaparecido, pues limitose á proveer á las necesidades de esa situación en la esfera patrimonial, por medio del cuasi-contrato llamado de *NEGOTIORUM GESTOR*, fundado en la voluntad presunta y en la equi-

dad, de que el individuo consiente todo aquello que le reporta provecho, debiendo, por tanto, corresponder al bien que se le hubiera dado.

Como quiera que en Roma se debían generalmente á la guerra los casos de ausencia, se establecieron las ficciones del *JUS POSTLIMINIUM* y de la ley Cornelia, considerando presentes á los que se ausentaban por causa de la República.

Deficiente también fué en esta materia el Código Alfonsino; solo las leyes 14, tít. XIV y 12, tít. II de la Part. III, con carácter más procesal que civil, disponen que si el ausente marchó á lejanas tierras y es fama pública que ha muerto, bastan diez años de ausencia para considerarle legalmente muerto, pero si se trasladó á tierras cercanas donde no sea difícil averiguar la verdad directamente, ó la fecha de la ausencia ó de la muerte no excediese de cinco años, entonces no basta la prueba de fama pública, requiérese la de testigos presenciales de su óbito y enterramiento.

Como se ve, estas leyes se referían, no á la situación de ausencia, sí que á la de presunción de muerte y seguramente que se debieron á la necesidad de proveer de una regla fundamental en esta materia, á causa de las guerras incesantes y al desarrollo del comercio.

Las legislaciones forales también han estado ayunas de reglas en orden al estado de ausencia y por esto Durán y Bas, en la página 28 de su Memoria, escribe estas palabras: «También en conformidad á las reglas del Derecho romano se ha determinado en dicho territorio (refiérese á Cataluña) la extinción de la capacidad jurídica; sin que pueda llamarse muerte civil la pérdida de los derechos de ciudadanía y de familia. En aquél se determina, y esto ha sido también regla del Derecho catalán, quién debe presumirse muerto antes que otro, entre dos que aparezcan haber fallecido al mismo tiempo; y como en el Derecho romano no han habido reglas para la presunción de muerte, ni por razón de la avanzada edad, ni por la de prolongada ausencia sin noticias, y sobre esto no existen Constitución, Usatge, ni disposición del Derecho canónico que seguir, ha estado incierto en este punto el derecho de Cataluña, que bien puede admitir el derecho común en cuanto se halle conforme con lo que hoy enseña la ciencia».

Si, pues, el Derecho foral rigurosamente catalán, no contiene disposiciones relativas á la ausencia, como tampoco las encierra el Derecho canónico, y las del romano no corresponden al presente es-

tado social, puesto que hablaban de la muerte civil por la *CAPITIS DIMINUTIO* media, que privaba de los derechos de ciudadanía y de familia, fuerza es acudir á las prescripciones del Código civil para aplicarlas, no solo en Cataluña, si que en Navarra y Vizcaya, como también en Aragón, respetando, en este punto, lo dispuesto en la Observancia 27 *DE JURE DOTIUM*, relativa á que los bienes del ausente serán administrados por el apoderado legal, si lo tuviere, y, en defecto por la mujer si fuere casado, lo mismo que el Fuero único, *UT FRATES VEL PROPINQUÆ ABSENTIS A REGNO*, según el que, á los diez años de ausencia sin revocar el poder ni tenerse noticias del ausente, los hermanos ó parientes que deban heredarle podrán solicitar del Juzgado que se les entreguen sus bienes mediante fianza.

Es de reconocer que el Código civil ha procedido con un criterio científico al determinar el proceso legal de la ausencia; situación que recorre tres periodos. Constituye el primero, el nombramiento del representante del ausente, que no es un curador en el verdadero sentido de la palabra, sino un gestor nombrado por el Juez para asegurar los derechos é intereses de aquél, con las facultades, obligaciones y remuneración que se le señalen, regulándola, según las circunstancias, respecto de los tutores; nombramiento que no procede cuando el ausente sea casado, pues su cónyuge le representa caso de hallarse presente y no estar legalmente separados, ya que nadie con más solicitud é interés que ese consorte para cuidar los bienes del desaparecido, á menos de que sea menor, en cuyo caso y para prevenir todo perjuicio, se le provee de tutor, bien advertido que, faltando ese cónyuge, representan al ausente sus padres, sus hijos y abuelos por el orden establecido en el art. 220 del propio cuerpo legal. De manera que el Código reconoce dos clases de representante del ausente, legítimos y dativos nombrados por el Juez; aquéllos excluyen á éstos.

En el segundo periodo, que es el de verdadera ausencia legal, procede su declaración, pasados dos años sin haberse tenido noticias del ausente ó desde que se recibieron las últimas, y cinco si hubiese dejado persona encargada de la administración de los bienes.

Mientras en el primer periodo de presunción de ausencia, y como medidas provisionales puede acordarlas el Juez á instancia de parte legítima ó del Ministerio fiscal, siempre, á base de que el desaparecido con ignorado paradero no haya dejado apoderado que administre sus bienes, la declaración de ausencia, puesto que no tiene carácter preventivo y en cambio funda una situación de derecho, solo

pueden pedirla sin prelación entre éstos, el cónyuge presente, los herederos testamentarios, los parientes que hubieren de heredar AB INTESTATO y los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte, pero no el Ministerio fiscal, en la inteligencia de que esa declaración surte efecto seis meses después de publicada en los periódicos oficiales, ya para que el ausente pueda presentarse, ya por si hay otras personas con derecho á la administración de los bienes, pues ésta se confiere, por este orden, al cónyuge no separado, al padre y en su caso á la madre, á los hijos, á los abuelos, á los hermanos varones y á las hermanas que no estuviesen casadas, con la preferencia del doble vínculo, y á falta de éstos al mayor de los hermanos consanguíneos ó uterinos.

Y tan cierto es que la declaración judicial de ausencia—una vez firme por el transcurso de los seis meses desde su publicación—forma un estado de derecho, que la mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquier clase que le pertenezcan, pero no podrá enajenar, permutar ni hipotecar los bienes propios del marido, ni los de la sociedad conyugal, sino con autorización judicial. Con esta autorización ¿pueden enajenarse los bienes patrimoniales del marido? Entendemos que no, porque la coma colocada antes del adverbio de negación «ni» da fuerza á ese veto. De lo contrario peligraría el capital peculiar del ausente.

De manera que por ese estado de ausencia, la mujer recobra su entera capacidad legal respecto á sus bienes constitutivos de los parafernales y de la dote inestimada para poder producir actos eficaces en derecho; pero como ella no es quién para disponer de lo que constituye el patrimonio privativo de su marido, ni de los bienes de la sociedad conyugal, cuales son en este caso los gananciales, porque el legal administrador de éstos es el ausente, en tanto podrá enajenar estos últimos, permutarlos, (sobra en el art. 188 la palabra «permutar» puesto que va embebida en el léxico «enajenar») é hipotecarlos en cuanto obtenga la autorización judicial, justificándose debidamente, según las reglas de la ley de Enjuiciamiento civil, la necesidad ó utilidad de semejantes contratos, cualesquiera que sean los bienes de ella ó del consorcio sobre que recaigan, puesto que el Código no los distingue.

Claro que si la administración recae en favor de los hijos del ausente y éstos son menores de edad, y á base de que no tengan madre, y aún teniéndola, esté privada de la patria potestad, porque pudiera hallarse sometida á guarda, se les proveerá de tutor, el cual

se hará cargo de los bienes, con las formalidades de la ley, y como el tutor solo puede desempeñar el cargo dentro de un organismo propio, constituido por el consejo de familia con el protutor, creemos que en este punto y en lo que respecta al nombramiento, fianza y posesión del cargo de aquél, debe tenerse en cuenta lo establecido por el Código, que ha sustraído del orden judicial la institución cuasi-familiar, vaciándola en otros moldes distintos de los que antes tenía.

Esa declaración de ausencia no constituye un estado indefinido, y puesto que descansa en una presunción, cesa cuando ésta termina, así como cuando no tiene objeto. Por esto la administración de los bienes, consecuencia de aquel estado, cesa IPSO FACTO cuando comparece el ausente por sí ó por medio de apoderado, pues la ausencia cede á la presencia física y á la jurídica derivada del contrato.

Si transcurren dos años sin tenerse noticia del ausente no podrá hacerse la declaración de ausencia mientras no se cumplan los cinco años desde que haya desaparecido, porque así bien claramente lo preceptúa el art. 184, siendo de citar la Res. de 1.º de Julio de 1891, que reputa válidos los actos ejecutados por el mandatario hasta que se declare judicialmente la ausencia, esto es, hasta que se constituya por imperio judicial ese estado jurídico, respecto á los derechos del ausente en los bienes.

Si el apoderado muere antes de transcurrir los cinco años, no hay que esperar á la terminación de este plazo para la declaración de ausencia, en cuya situación se dan derechos que al Poder público importa respetar y condicionar en su ejercicio: la muerte del apoderado hace que caduque el mandato y, en estas circunstancias, sería perturbador, en ese estado de ausencia, esperar para declararla, á que transcurran cinco años, no desde que se recibieron las últimas noticias del desaparecido en ignorado paradero, sino desde el fallecimiento del mandatario.

### De la presunción de muerte del ausente

Y llegamos al tercer periodo en la evolución de ese estado de ausencia; sin duda el más importante, porque los efectos de esa situación alcanzan al orden sucesorio, no al conyugal, como prescribía el art. 90 de la ley de Matrimonio civil, según el que, «la ausencia prolongada de uno de los cónyuges, con ignorancia de su paradero,

no será causa de presunción de su muerte, á no ser que durare hasta que tuviere 100 años de edad el ausente, en cuyo caso se le tendrá por fallecido».

Ese artículo de la ley de Matrimonio civil era perturbador para la familia, bien que serían rarísimos los casos en que un ausente de 100 ó más años de edad se presentase, pues la longevidad no llega á tanto, y comprendiéndole así el legislador se estableció en la base sexta de la ley de 11 de Mayo de 1888, autorizando al Gobierno para publicar el Código civil, que la presunción de muerte no llegará en ningún caso á autorizar al cónyuge presente para pasar á segundas nupcias, disposición que se ha encajado en el art. 52 del propio cuerpo legal, prescriptivo de que el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges, no por muerte presunta, sino por la verdadera.

Y puesto que en Cataluña tiene carácter de supletorio en primer grado, el Derecho económico, es de consignar que, según la Decretal 2.<sup>a</sup>, causa 54, cuestiones 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>, cánones 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>, grec. lib. IV, tít. I DE SPONS. ET MATRIM. cap. XIX cot. tít. XXI DE SEC. NUPT. cap. II, solo se autoriza el segundo matrimonio, á condición de que sea cierta la muerte del ausente; de manera que si esta se presenta, quedan IPSO FACTO nulas las segundas nupcias, que es precisamente lo que el Derecho español prescribe, obligatorio en este punto, en todas las regiones de España.

Asimismo, ha desaparecido de nuestro Código lo prescrito en la ley 12, tít. XXXIII de la Part. VII, que establecía la presunción acerca de quién murió primero cuando varias personas perecían en un incendio, ruina, naufragio ú otra desgracia común y por las circunstancias del suceso no se sabía cual de ellas premurió, para lo cual se establecieron varias reglas que no admite el art. 33 del Código civil, prescriptivo de que, á falta de prueba, se presumen muertas al mismo tiempo, y no tiene lugar la transmisión de derechos de unas á otras.

Pero ocurre que lo dispuesto en el Código Alfonsino, fué copiado de las leyes 9.<sup>a</sup> y 10, tít. V, lib. XXXIV del Digesto, que rige en Cataluña y en Navarra como derecho supletorio, y como éste se halla respetado por el art. 12 del Código civil, aquéllas reglas son de aplicación en dichos territorios, y en su consecuencia, si en esos sucesos mueren marido y mujer, se supone haber sobrevivido el primero, por ser más fuerte que la otra; si mueren el padre ó madre y un hijo mayor de 14 años, por igual razón se presume que sobre-

vivió este último; pero si el hijo fuese menor de esa edad, por lo mismo que carece de fuerzas para salvarse, se presume que premurió á sus padres.

En puridad, todo lo arriba dicho no encaja en la materia objeto de este estudio, contraído á señalar los efectos de la presunción de muerte del ausente.

Pasados 30 años desde que desapareció el ausente, ó desde que se recibieron las últimas noticias de él, ó 90 desde su nacimiento, el Juez, á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte. Esto se separa de lo prescrito en el Fuero único *UT FRATRES VEL PROPINQUÆ, ABSENTIS A REGNO*, según el que, en Aragón, á los diez años de ausencia, sin revocar el poder ni tenerse noticia del ausente, sus hermanos ó parientes podrán solicitar del juzgado que se les entreguen los bienes mediante fianza, disposición que, en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 12 del Código civil, merece respeto estricto, supliéndolo el propio cuerpo legal en la sección que nos ocupa.

La presunción de muerte, declarada judicialmente por sentencia firme, constituye una prueba supletoria de ese hecho y crea un estado jurídico para la familia del presunto muerto, cuya eficacia tan solo puede destruirse por la presentación del ausente ó por la prueba de su existencia (Sent. 20 Diciembre 1894), debiendo añadir que la declaración de presunción de muerte surte todos los efectos legales desde el siguiente día al en que transcurrieron los treinta años desde las últimas noticias del ausente (Sent. 8 Marzo 1899). Esta última doctrina la vemos confirmada en la Sent. de 5 de Diciembre de 1908, según la que, el mayor ó menor retraso con que se solicite y obtenga la declaración judicial de presunción de muerte no puede afectar ni desvirtuar el término fijo señalado por la ley para estimar desaparecida del mundo á una persona, con todas las consecuencias procedentes en derecho, sin que á esta interpretación se oponga el precepto del art. 192.

Esta es la inteligencia que tenemos formada del art. 191. Son cosas distintas la declaración de presunción de muerte, que produce sus efectos legales desde el día siguiente al en que transcurrieron los treinta años de recibirse las últimas noticias ó noventa desde su nacimiento, y la ejecución de la sentencia declaratoria de ese estado, que solamente puede verificarse transcurridos que sean seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales, como preceptúa el art. 192; pues según tiene declarado el Tribunal Supremo

en Sent. de 8 de Marzo de 1899, la frase «no se ejecutará», empleada en dicho precepto, no tiene igual sentido que la de «no surtirá efecto» del 186, sino que es una medida de precaución por si reapareciese el reputado muerto.

Hemos dicho que la declaración de presunción de muerte—que no exige, precisamente la declaración de ausencia, porque puede darse aquélla sin ésta, en razón á que producen efectos de distinto orden—alcanza á la esfera sucesoria; esto lo demuestra el art. 193 del Código, según el que, declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentería ó de AB INTESTATO, según los casos; disposición que aparece de cierto modo comprendida en la ley 14, tít. XIV, Part. III, bien que ésta señaló como plazo de ausencia tan solo el de diez años, si se acreditase ser fama y decirse publicamente en el país que el desaparecido había muerto.

Es también de citar la antes dicha Sent. de 8 de Marzo de 1899, declaratoria de que lo expresado en el art. 193, acerca de la apertura de la sucesión, se refiere al procedimiento que debe seguirse; significando unicamente que en la declaración de los derechos deben intervenir, como autoridad pública, los Tribunales.

Las presunciones ceden á la realidad, y por esto, si el ausente se presenta ó sin presentarse se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los enajenados ó los adquiridos con él; pero no podrá reclamar frutos ni rentas, según prescribe el art. 194.

Es tan claro este precepto, informado en la justicia, que apenas si requiere comentarios: la sucesión hereditaria es una de las formas que reviste el título gratuito; al sucedáneo nada le ha costado el adquirirlos; quedarse con ellos equivaldría á una depredación; si los ha enajenado, debe devolver el precio al ausente; si con el importe de aquéllos ha comprado otros, justo es que pasen, por ese título sustitutivo de propiedad, al ausente; pero éste no tiene derecho á reclamar los frutos y rentas, pues, de consentirse tal cosa, resultaría enriquecido, á veces, con el esfuerzo y el sacrificio puestos por el sucedáneo en la producción de los capitales, llámense fincas ó dinero, y, sobre todo, que no sería equitativo devolver lo que ya se había consumido.



### De los efectos de la ausencia relativamente á los derechos eventuales del ausente

Una cosa son los derechos adquiridos que han entrado en el patrimonio del individuo y otra los derechos eventuales, dentro de su propia zona, y en este último respecto, prescribe el art. 195 que el que reclame un derecho perteneciente á una persona cuya existencia no estuviere reconocida, deberá probar que existía al tiempo de ser necesaria su existencia para adquirirlo.

Es de citar la Sent. de 10 de Abril de 1890, declaratoria de que, no probándose que unos ausentes en ignorado paradero están en las circunstancias de hecho exigidas por la ley para obtener el beneficio de pobreza, no puede ser concedido éste, aunque los bienes conocidos de aquéllos den una renta inferior al doble jornal de un bracero.

Son cosas distintas la declaración de ausencia, la presunción de muerte y los efectos de aquéllas relativos á los derechos eventuales del ausente; así es que cabe esto último sin que se hayan cumplido esos periodos de la evolución jurídica de la ausencia; en términos que, por prescripción del art. 196, abierta una sucesión á la que estuviere llamado un ausente, acrecerá la parte de éste á sus coherederos, á no haber persona con derecho propio para reclamarla; pero como puede perjudicarse á ese ausente en las operaciones particionales, tanto los coherederos como la persona con derecho propio para reclamar su parte, deberán hacer inventario de dichos bienes, con intervención del Ministerio fiscal.

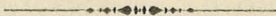
Pero esto no es lo suficiente para dejar asegurados los derechos de ese ausente, ya sea presunto, ya declarado, y comprendiéndolo así el Legislador, prescribe en el art. 197 que lo dispuesto en el anterior se entiende sin perjuicio de las acciones de petición de herencia ó de otros derechos que competan al ausente y á sus representantes ó causahabientes.

Pero la adquisición de los bienes no puede hallarse en indefinida incertidumbre y á merced de lejanas reclamaciones; precisa ponerles un límite, y por esto añade dicho artículo que los derechos del ausente no se extinguirán sino por el lapso de tiempo fijado para la prescripción.

Y con el fin de que el tercer adquirente de los bienes no pueda llamarse á engaño, prescribe dicho precepto que, en la inscripción que se haga en el Registro de los bienes inmuebles (los derechos

reales también tienen este carácter, núm. 10 del art. 334 del Código civil) que acrezcan á los herederos, se expresará la circunstancia de quedar sujetos á esta condición resolutoria.

Los que hayan entrado en la herencia harán suyos los frutos percibidos de buena fe, mientras no comparezca el ausente ó sus acciones no sean ejercitadas por sus representantes ó causahabientes (art. 198). De manera que no harán suyos los frutos pendientes, como tampoco los percibidos si fuere el poseedor de mala fe.



---

## CAPÍTULO XII

### De la tutela

#### **Idea general**

La institución cuasi-familiar, en sus formas de tutela y curatela, es del orden privado, de carácter preventivo y forma parte de un sistema general de la protección social, pues como dice la ley 1.<sup>a</sup>, título XVI de la Part. VI «Magiier el Rey es tenuto de guardar todos los de su tierra, señaladamente deue facer á éstos».

No se pierda de vista, para las ulteriores consideraciones, esa afirmación arriba lanzada de que la institución cuasi-familiar, consagrada por la ley para la guarda de las personas y bienes ó solamente de los bienes de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos (art. 190 del Código), tiene carácter privado, por mas que, en su constitución é inspección, intervenga el Poder público por órgano de la autoridad judicial, y tan cierto es esto, que se halla regulada por el Derecho civil, como lo estaba antes en cuanto al objeto, y, como acto de jurisdicción voluntaria, por la ley de Procedimientos.

Esta consideración nos lleva, como por la mano, á plantear el siguiente

#### **Problema**

¿Subsiste íntegro y sin modificación alguna el estado de derecho que tenían, en materia de tutela y curatela, las Legislaciones forales, antes de publicarse el Código y sin otro alcance éste que algún

efecto complementario en aquéllas á título de supletorio, único en Aragón, Vizcaya y Baleares, de segundo grado en Navarra y de tercero en Cataluña?

Cuestión es ésta sumamente compleja que, á maravilla, trata el ilustre Sánchez Román, cuyo maestro se decide francamente por la tercera de las proposiciones que sienta, ó sea que «el Código ha dejado subsistente, en su integridad, el régimen jurídico especial, escrito ó consuetudinario de cada uno de los territorios forales, respecto de las instituciones de guarda de menores é incapacitados, cuya aplicación ha de anteponerse, en todo caso, á las disposiciones del Código, aplicándose solo, después de las reglas propiamente forales sustantivas que dejó vigentes la ley de Enjuiciamiento civil, las adjetivas de dicho Código, las cuales reemplazarán á las de Enjuiciamiento civil, que estuvo vigente en los territorios forales por el carácter general de la misma y aún á título de supletorios, aquellas otras que, á pesar de ser sustantivas en el Código sean compatibles, si bien diferentes con las especiales de cada Legislación foral, aunque esto origine el inevitable resultado en definitiva, de cierta considerable novedad en la organización de dichas instituciones tutelares en las provincias de Legislación foral».

Siguiendo la opinión de este tratadista, presentemos, para el esclarecimiento del punto, estas situaciones:

La ley de Enjuiciamiento civil, obligatoria en toda España, dejó vigentes reglas propiamente forales de carácter sustantivo; si éstas pugnan con el Código civil deben quedar subsistentes en respeto á lo que éste prescribe en su art. 12, porque, de lo contrario, quedaría barrenado, contra la expresa y solemne voluntad del Legislador, el régimen jurídico, directo y supletorio de las provincias y territorios aforados. Si no existe tal pugna entre el régimen excepcional y el general ó si, por el contrario, se armonizan, fuerza es acudir al Código, para que, de este modo, resulte mejor modelado en su organización, más acabado en su funcionamiento y cumpla perfectamente sus fines el instituto tutelar, que satisface una de las formas de la protección social.

Pero las reglas de carácter sustantivo contenidas en la Legislación foral, que derribó la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y después la de 1881, no pueden reaparecer, aunque otra cosa pretendan los esclarecidos fueristas, para quienes está subsistente por completo todo el Derecho anterior al Código civil en materia de tutela y curatela, no obstante la publicación de este cuerpo legal, cuyo ar-

título 1.976 derogó todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituían el Derecho civil común en todas las materias que eran objeto del mismo, y ordenó que éstos «quedarán sin fuerza y vigor así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de Derecho supletorio».

No faltará quien, sutilizando, no vea derogada por ese artículo la ley de Enjuiciamiento, creyendo, equivocadamente, que bajo la expresión de Derecho civil común solo se comprende el sustantivo y no el adjetivo.

Tenemos por erróneo este sentir; bajo esa denominación se comprenden ambas disciplinas ó ramas del Derecho civil, y tan cierto es esto que el Código no solo contiene materia sustantiva, sí que adjetiva, precisamente en la tutelar y, en este supuesto, no puede acudirse á la ley de Enjuiciamiento civil, ni como directa ni como supletoria, ante lo terminante del citado art. 1.976.

El sentir de esos fueristas se separa de lo declarado por el Tribunal Supremo en las Sentencias de 24 de Febrero y 4 de Marzo de 1896, especialmente del auto dictado por la Sala de lo Civil de la Audiencia de Barcelona en 11 de Mayo de 1892, y de la comunicación de la Fiscalía del Tribunal Supremo dirigida al de dicha Audiencia en 28 de Abril de 1893.

Frente al criterio de los fueristas está el de aquellos que dan al Código un poder de succión de las legislaciones excepcionales, con la fuerza que le presta la doctrina el Tribunal Supremo de Justicia en las citadas sentencias, al parecer algo contradictorias con las de 1.º de Abril de 1891 y 31 de Marzo de 1892; declarativa esta última de que el Código no va más allá de lo establecido en el artículo 12, y por consiguiente, en Navarra, ni en la mayor edad, ni en otros preceptos relativos á interpretación de testamentos, tutela y patria potestad tiene aplicación, en cuanto existan disposiciones forales sobre la materia, porque, de aplicarse, lejos de tener el carácter de supletorio, que es lo único autorizado, tendría el de derogatorio.

A pesar de este saludable criterio, informado en un espíritu de conciliación entre la legislación general y las excepcionales, para que éstas no sufran lesión alguna en su integridad, dicho alto Tribunal sentó distinta doctrina en las Sents. de 12 de Junio de 1894 y 12 de Febrero de 1897, según las que, «siendo las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento civil parte del Derecho general en lo que no esté en contradicción con el Código civil, que es la ley poste-

rior, debe reputarse derogada por el art. 1.976 del mismo, y no puede pretenderse su subsistencia por consecuencia de lo ordenado en el art. 12, pues en él se mantiene sólo enfrente del Código, el Derecho foral ó sea el excepcional; pero no el común, y por tanto, si antes del Código civil eran aquéllos artículos del tít. II, lib. III de la ley de Enjuiciamiento civil los aplicables en Cataluña en materia de tutela, ahora lo son los títulos IX y X del lib. I del Código.

Claro está que, de prevalecer esta doctrina del Tribunal Supremo, huelga presentar la legislación foral en materia de tutela, porque se halla derogada, sin distinguir entre reglas sustantivas y adjetivas, ni si algunas de las primeras fueron ó no conservadas por las leyes de procedimiento, y en suma, que ni el sentir autorizadísimo de Sánchez Román, de acuerdo con el del Sr. Ripollés en su obra «Jurisprudencia civil de Aragón», ni el nuestro, modestísimo, sirven para nada; las legislaciones forales han sufrido, en esto, un golpe tremendo, pues se hallan derogadas por el Código á cuyas prescripciones debe acudirse, sin que quepa la distinción que hace el ilustre Notario de Reus Sr. Corbella, entre aquello que afecte al organismo tutelar y lo referente á su régimen, rigiéndose lo primero de esto por el Código y lo segundo por la Legislación foral, toda vez que los títulos XI y X antes citados, vacían y regulan todo cuanto constituye la institución cuasi-familiar que nos ocupa.

No obstante la doctrina del Tribunal Supremo, creemos de nuestro deber presentar á grandes rasgos la materia de tutela según las legislaciones forales, no la de curatela, porque esta forma jurídica de protección ha desaparecido, lo mismo del Código que del Derecho excepcional, bien que—como dice el ilustre maestro Sr. Comas en su obra «Revisión del Código civil»—debiera restaurarse, dado el objeto para que fué establecida, en cuyo régimen, el sometido á ella para la defensa de sus intereses gozaba de cierta capacidad, aunque completada por el guardador y no como al presente ocurre.

Que ha desaparecido la curatela, institución complementaria, singular ó unipersonal, de nuestro Derecho civil patrio, lo demuestra el que, derogada la ley de Enjuiciamiento civil en su título III por el Código civil (art. 1.976), según la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, los jueces no pueden nombrar curador, cargo éste que, aunque lo conserva el art. 1.764 de dicho Código, en orden al contrato de depósito constituido por persona incapaz, se ha refundido en el de tutor, dentro del nuevo sistema.

Como dice, muy sagazmente, el Sr. Comas, el Código admite

cuatro casos de tutela, en orden á los elementos integrantes de esta institución: tutela orgánica que, según ilustres tratadistas, es triembre ó triparta, constituida por el tutor ordinario, con el protutor y el consejo de familia, que se da á las personas y bienes de los que tienen modificada su capacidad jurídica por razón de edad ó por causa de locura ó sordomudez; otra tutela de la misma naturaleza para los bienes de aquéllos cuya capacidad se encuentra modificada por razón de prodigalidad ó causa de interdicción; tutela extraordinaria permanente en la administración de bienes del casado menor de 18 años, huérfano de padre y madre, y por último, otra extraordinaria y eventual para ciertos actos de los menores casados huérfanos de padre y madre, pero mayores de 18 años, y también para los demás menores emancipados y para los que hayan obtenido la habilitación de edad. Cada una de estas cuatro clases de tutela tiene sus funciones características, y nosotros añadiríamos una especialísima que es, hasta cierto punto, la que implícitamente exige, de un modo muy transitorio, el cumplimiento del art. 46 del Código civil.

Con efecto; si el menor de edad es huérfano de padres y no tiene abuelos paterno y materno, debe solicitar del consejo de familia la licencia para contraer matrimonio. Claro está que, si se halla en tutela, ese consejo funciona; pero puede ocurrir que no esté constituido el organismo tutelar, en cuyo caso y para tal objeto se ha de formar el consejo de familia por el Juez municipal, funcionando ó no el tutor que se nombre, según que ese hijo, una vez casado, tenga ó no los 18 años; esta tutela es extraordinaria. Para dar el consejo de familia la licencia antes dicha no se exige que haya tutor; aquél viene solo á suplir la falta de padre, madre ó abuelos; de consiguiente, su carácter es accidental, como el de las exigidas por los arts. 59, 317 y 324 del Código civil, acerca de las cuales, y separándonos, en cierto punto, de la opinión del ilustre Manresa, hicimos un estudio en el cap. XI del tomo III de nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial».

Expuestas estas consideraciones, estudiemos, en este respecto, el llamado Derecho foral.

## ARAGÓN

Antes del Código civil no se conocía la curatela y así lo dijo la resolución de la Dirección general de 27 de Enero de 1864, pues la

Legislación aragonesa concede á los mayores de 14 años la facultad de administrar sus bienes.

Vista la reforma introducida por el Código civil, no está allí vigente la Observancia 2.<sup>a</sup> DE TUTORIBUS, según la que, si el menor de 14 años tuviere que litigar y careciese de tutor, deberá nombrársele curador AD LITEM, cuyo cargo cesará con el pleito que lo motivó.

Por la Observancia 7.<sup>a</sup> DE TUTORIBUS era dativa la curatela dada á los furiosos, necios ó insensatos. La mujer y el mayor de 20 años podían ser tutores ó curadores, según dispuso el Fuero 3.<sup>o</sup> DE TUTORIBUS. Ahora, respecto á la capacidad para ejercer el cargo de tutor se ha de estar á lo que dispone el Código civil.

Dicen los escritores de Derecho aragonés que, en Aragón, solo se conocen dos clases de tutela: la testamentaria y la dativa (Fuero 2.<sup>o</sup> DE TUTORIBUS, CURATORIBUS y Observancia 9 DE TUTORIBUS MANUMISSORIBUS). Pero debe tenerse en cuenta que en aquél antiguo reino no existía de hecho la patria potestad como un efecto civil del matrimonio (Sent. 15 Octubre 1872), y claro que el padre era el tutor del hijo que tuviese bienes propios, si lo nombraba el Juez, nombramiento que no necesitaba para autorizar el matrimonio de aquél y completar su capacidad, si era menor de 20 años, dando su consentimiento, requerido, á los contratos que otorgare.

El padre ó madre pueden dar la tutela testamentaria, aunque sobreviva el otro de los cónyuges y sin que sea necesaria la institución de heredero (Fuero 3.<sup>o</sup> DE TUTORIBUS). De manera que, en Aragón no impera el principio de Derecho romano, PATREM HABENTI TUTOR NON DATUR, prescripción aquélla que creemos subsistente, porque tiene un carácter verdaderamente sustantivo y no se refiere ni á la constitución ni al funcionamiento de la tutela.

Nos explicamos esa facultad que tienen allí el padre ó madre para nombrar tutor, considerando que es un deber en ellos, impuesto por el Derecho natural, atender al cuidado de la persona y bienes del hijo; pero esta facultad, otorgada por el Fuero, de nombrar tutor testamentario, hay que hacerla compatible con la situación del menor de 14 años dentro de la familia y con las prerrogativas que tiene el cónyuge sobreviviente, así como con sus derechos tuitivos, pues otra cosa sería producir en este orden una verdadera confusión, en perjuicio quizás del tutelado.

Los extraños no pueden nombrar tutor testamentario, pero sí administrador de los bienes que legaren ó en que instituyeren heredero al menor (Fuero 3.<sup>o</sup> DE TUTORIBUS).



Vemos también esta prescripción en el art. 207 del Código civil, dispositivo de que ese nombramiento de tutor á los menores ó incapacitados á quienes se deja herencia ó legado de importancia no surtirá efecto hasta que el consejo de familia haya resuelto aceptar la herencia ó el legado, por lo mismo que éstos, á causa de ser gravosos para el tutelado, puede no aceptarlos aquel organismo, en cuyo caso deja de tener objeto tal tutela testamentaria.

Hasta cierto punto tienen razón los que dicen que la Legislación aragonesa solo reconoce dos tutelas: la testamentaria y la dativa, por cuantó, según el Fuero 2.º DE TUTORIBUS, el Juez debe dar tutor al menor de 14 años que tuviere bienes propios, pudiendo ser nombrado para este cargo su mismo padre. Esta facultad de la autoridad judicial para conferir ó no la tutela al padre del menor le da á ésta carácter dativo, pero ¿puede considerarse esto vigente después de publicado el Código civil, que ha sustraído la institución tutelar de la acción judicial, dándole carácter orgánico y no el unipersonal que le daba la ley de Enjuiciamiento, teniendo además en cuenta que, siendo el Código civil obligatorio desde luego en Aragón, en lo que no se oponga á su régimen directo escrito y consuetudinario, existe allí ya la patria potestad como en los territorios no aforados, según la legislación general? Creemos que no, y de consiguiente, el padre tiene patria potestad sobre sus hijos menores de 14 años y le corresponde la administración de los bienes, sin que pueda el juez nombrarles tutor dativo; de lo que adquiere por la ley no puede ser privado por el arbitrio judicial.

Y volviendo al estudio de la tutela testamentaria establecida por los extraños, es de citar el Fuero 3.º y la Observancia 3.ª DE TUTORIBUS prescriptivos de que el tutor no podrá en ningún caso privar al padre ó madre sobrevivientes, ni al abuelo, del derecho á tener en su poder al menor, si le mantuvieren á sus expensas, lo cual se explica porque esa clase de guarda no se da para la persona sino para los bienes del menor, y de consiguiente, éste no puede ser sacado del poder de su padre ó madre, que hoy ya tienen verdadera patria potestad en aquel reino, por ser obligatorio allí el Código civil en lo que no se oponga á su régimen directo, y como no hay fuero alguno que prohiba esa autoridad paterna, tenemos por indudable que ésta impera dentro de las situaciones que tenga el menor por razón de su edad, siendo aplicable, en tal respecto, lo dispuesto en el art. 162 del Código civil, según el que, corresponden en nuda propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes ó rentas donados ó lega-

dos para los gastos de su educación é instrucción; pero tendrán su administración el padre ó la madre, si en la donación ó en el legado no se ha dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Y cuenta que ese citado artículo del Código se refiere únicamente á adquisiciones por título singular, esto es á las de donación y legado, pero no á las de por razón de título universal, cual es la herencia.

Los escritores de Derecho aragonés dicen que la tutela testamentaria puede conferirse puramente ó bajo condición, desde y hasta cierto día y nombrarse un tutor interino para que ejerza el cargo mientras se hallen pendientes la condición ó el día; añaden que el nombramiento de tutor hecho en testamento subsiste aunque éste se anule en lo demás. En este punto entendemos que, si el testamento es nulo por incapacidad del otorgante ó por no revestir las formalidades prevenidas, en términos que carezca de las condiciones propias del título idóneo, el nombramiento de tutor no puede surtir efectos.

El Fuero aragonés determina quienes son incapaces para ejercer la tutela, como los ciegos, sordos, pródigos, clérigos, militares, el acreedor del menor y su deudor; prohibición que no alcanza á la mujer, según opinión general, porque la tutela no tiene, en aquél reino, el carácter público que le dió la legislación tradicional castellana: añaden que no existe allí la doctrina de las excusas, por ser voluntario el cargo de guardador, salvo el caso de faltar en el pueblo persona apta para su desempeño; recuerdan que antiguamente se dispensaba al tutor testamentario de los deberes de prestar juramento, constituir fianza y formar inventario; dicen que el tutor, discernido el cargo, viene obligado á mantener y educar al pupilo, según las circunstancias y posición de éste, debiendo defender sus derechos; no faltando quien crea que el tutor hace suyo lo que lucrare con el caudal del pupilo (Molino, Lisa y Franco y Guillén), y por último, señalan, como causas de remoción del tutor sospechoso, su mala administración, su ausencia ú otro motivo que le impida desempeñar el cargo, del cual puede el Juez, de oficio, privar al padre ó madre que no cuiden convenientemente de la persona y bienes del hijo.

Pues bien; todo esto, extraído de los Fueros y Observancias, de las costumbres y prácticas no escritas, del Derecho natural, que fué supletorio de aquella Legislación, de la opinión de los tratadistas y

de la jurisprudencia de los Tribunales, no lo vemos hoy vigente, después de las citadas sentencias del Tribunal Supremo, que hace aplicable á los territorios aforados las disposiciones contenidas en los títulos IX y X del Código civil, extensión ésta, dada á la ley general, que no deja de ser discutible, pero que, por ahora, no hay más remedio que aceptar, en contra del criterio que hemos sustentado al comienzo de este capítulo.

Réstanos decir algunas palabras acerca del beneficio *de ilesión*, contenido en la Observancia DE PRIVILEGIO MINORUM, etc., lib. VI, según el que, durante los cuatro años siguientes á su mayor edad, los que hayan sufrido daño por acto perfeccionado durante su minoridad, pueden pedir la reposición de las cosas al ser y estado que tenían antes de realizarse el agravio, aún cuando hubiere mediado la autorización del padre ó guardador ó el decreto judicial. De modo que, aunque el Derecho aragonés no consigna la restitución IN INTEGRUM, provee á ese remedio de ilesión, por ministerio de la ley y por fuero, en lo que por el Derecho romano cabe tal beneficio, siendo de citar la Sent. de 9 de Febrero de 1869, según la que, los menores quedan ilesos en sus contratos cuando son perjudicados, sin necesidad de la restitución IN INTEGRUM, que no existe en Aragón.

## CATALUÑA

En este Principado es donde se presenta con más importancia y extensión el régimen cuasi-familiar en su doble forma de tutela y curatela, cuyas disposiciones arrancan, en su mayor parte, del Derecho romano, no sin ocultar que muchas constituciones de Cataluña han regulado esta materia con alguna especialidad dentro de esa Legislación, como la que nos ofrece la rúbrica 6.<sup>a</sup>, lib. I del Código de Tortosa, prescriptiva de que están dispensados de afianzar el tutor testamentario y el que tiene un patrimonio mucho mayor que el del pupilo, así como el padre, abuelo, ú otro ascendiente varón del menor.

Mediante que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada en este capítulo, son aplicables á Cataluña, como á todos los territorios aforados, los títulos IX y X del Código civil, ha perdido actualidad y vigencia el Derecho foral directo y supletorio en Cataluña relativo á esta materia, circunstancia que no nos distrae de

nuestro propósito de presentar á grandes rasgos la Legislación establecida allí para regular dicho instituto.

Como dice Durán y Bas (pág. 44 de su Memoria), la tutela y la curatela son puramente romanas en Cataluña, en su naturaleza, en sus especies, en las incapacidades y excusas, en los requisitos para entrar en su desempeño, en las obligaciones que imponen y en las causas de su cesación. A esto añadimos que una cosa es que el Derecho catalán descanse y se afirme en el romano, y otra que éste sea la única fuente de la cual emanen las disposiciones reguladoras de la institución cuasi-familiar, porque no puede ocultarse la ley 1.<sup>a</sup> título IV, lib. V, vol. I de las Constituciones, prescriptiva de que el padre puede en testamento, codicilo ó cualquiera última voluntad nombrar tutor para sus hijos impúberes nacidos y naceros bajo su potestad, aunque no los instituya herederos, ni ponerse en olvido la ley 1.<sup>a</sup>, tít. IV, lib. V, vol. I de las Constituciones, equivalente á la Novela LXXII, dispositiva de que el tutor ó curador, antes de comenzar la administración, deberá prestar juramento de procurar lo más provechoso al menor y de evitar todo lo que le pueda resultar inútil ó perjudicial.

En materia de tutela y curatela ni el Derecho catalán es únicamente el romano, ni todas las disposiciones de éste se comprenden en aquél, por cuanto, efecto del nuevo carácter de la familia, han desaparecido la tutela de los agnados, la de los patronos y la fiduciaria, que revistieron gran importancia en el Pueblo-rey.

Hecha esta digresión, entremos en el asunto:

Según la Instituta, párrafos 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup> DE TUTEL. y ley 6.<sup>a</sup> de Dig., DE LEGIT. TUT., el cargo de tutor se obtiene por nombramiento hecho en testamento, por llamamiento de la ley ó por designación del magistrado. A falta de tutela testamentaria ó por su terminación en caso de muerte natural ó civil del tutor (Ley 11 DIG., DE TESTAM. TUT.) ó por remoción del cargo, se da la legítima, cuyo cargo corresponde al pariente más cercano del impúber, por el orden que se señala en la sucesión intestada (Institut. § 2.<sup>o</sup>, DE LEGIS AGNAT. TUT., leyes 2.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> DIG. íd. Institut. § 7.<sup>o</sup> DE CAPIT. DIMINUT.); en el bien entendido que, cuando existan dos ó más parientes en el mismo grado, todos ellos serán tutores legítimos (leyes 7.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> DIG., DE LEGIT. TUT.) La madre del pupilo y, en su defecto la abuela serán preferidas á todos los demás parientes si renuncian pasar á segundas nupcias y al beneficio concedido á su favor por la ley que les prohíbe obligarse por los demás

(Novela CXVIII, capítulo V). Esa prohibición es la del Senado-consulta Veleyano.

Ahora bien; como la madre tiene en Cataluña patria potestad, no cabe esa tutela legítima; la abuela puede tenerla y se la reconoce el art. 211 del Código civil, sin necesidad de que renuncie á segundas nupcias, lo cual no lo consideramos vigente.

Mientras la tutela testamentaria puede constituirse por el padre, la madre ú otra persona que hubiere instituido heredero ó dejado manda de importancia al menor, puede hacerse puramente, bajo condición, desde y hasta cierto día (Inst. § 3.º QUI TUT. DARE POSS.); la tutela legítima no permite estas formas ó modalidades puesto que dimana de la ley y tiene que recaer, como se ha dicho, en el pariente más cercano del impúber y hasta en su propio padre si éste le hubiere emancipado, como prescribe la Inst. DE LEGIT. PARENT. TUT.

La prueba de que la tutela es una forma de protección social que, al no tener el testamento por título de constitución, ha que acudirse secundariamente á la ley y en último lugar al oficio del Juez, la tenemos en que el nombramiento de tutor pueden pedirlo todos los parientes del pupilo, sus afines, las personas á quienes esté confiada su educación y los amigos de sus padres (ley 2.ª DIGESTO QUI PET. TUT., y ley 10 Código). Lo que es potestativo en estas personas constituye obligación respecto al nombramiento de tutor, impuesta á la madre y á los parientes que heredarían al impúber en caso de morir, en términos que, de no hacerlo dentro de un año, si, en el interín, fallece el pupilo, quedarán privados de sus derechos á la sucesión del mismo, como prescribe la ley 10 del Código, DE LEGIT. HERED., y 6.ª AD SENAT. TERT., dado el conocido principio UBI EST EMOLUMENTUM SUCESSIONIS ET TIBI TUTELÆ ONUS ESSE DEBET, que informó la tutela de los agnados, que se confiaba á los más próximos, no á los más remotos parientes, como dispuso Solón, el legislador ateniense, en el bien entendido que el pariente, en tanto debía ejercer la guarda, en cuanto fuese hábil para obtener cargos públicos.

La madre no perdía el derecho de suceder á su hijo en el caso arriba citado, si era menor de edad; pero esto no lo vemos hoy ya vigente, porque, teniendo ésta patria potestad, no puede constituirse clase alguna de tutela, institución que presupone que el hijo no se halla sujeto á poder paterno, pues, de estarlo, las protecciones inherentes á esta condición, á base de que el padre ó madre en defecto,

puedan darlas dentro de la ley, excluyen la institución preventiva de la tutela, en términos que son incompatibles.

También la madre estaba dispensada de pedir el nombramiento de tutor y, por tanto, quedaba exenta de semejante responsabilidad.

La tutela, al igual que la curatela cuando existía, era una carga pública, consecuencia de esa protección social de que venimos hablando, y aún cuando todos venían obligados á sufrirla, la ley, por razones especiales, estableció ciertas exenciones ó excusas. Pueden excusarse los padres de cinco hijos legítimos ó naturales nacidos y vivos, entendiéndose por vivos, á este efecto, los muertos en el campo de batalla en defensa del Estado (Inst., PRINCIPIO DE EXCUSAT. TUT. VEL CUR.) Este privilegio tenía por causa el fomentar la población, para lo cual se dieron las leyes Julia y Papia Popea, en el año 772 de la fundación de Roma, visto que el matrimonio repugnaba muchísimo á los romanos, entregados á la vida disipada y licenciosa, á causa del lujo de las mujeres que no podían soportar. También se eximían los administradores de rentas de la nación (Inst. § 1.º ídem), para que no desatendiesen su oficio con las obligaciones inherentes á la tutela y curaduría. Los ausentes en servicio del Estado, fundado esto en la razón anterior. Los que desempeñaban alguna magistratura, bien que debían continuar la administración que hubiesen aceptado con anterioridad á su nombramiento, pudiendo confiarla á un curador si, para servirla, tuvieren que ausentarse (Id. párrafo 3.º íd.) La ley procuró hacer compatible el servicio inherente á la magistratura con el desempeño del cargo de guardador por medio de esa fórmula. El que había estado ausente en servicio del Estado gozaba de un año de vacación durante el cual podía excusarse de desempeñar tutelas y curadurías (Id., párr. 2.º, íd.) Además, quien tenía á su cargo tres tutelas ó curadurías podía excusarse de desempeñar la cuarta, siempre que aquéllas no fuesen simuladas ó buscadas de intento para eludir el desempeño de la nueva. (Id. párrafo 5.º íd.), como tampoco cabía la excusa, cuando todas las tutelas no requerían más de una sola administración (Ley 3.ª DIG., DE EXCUSAT. TUT. VEL CURAT.), y valiendo mucho menos la exención, tratándose de tutores honorarios (ley 15 párr. 9 íd.); pero sí, en el caso de que el nombrado tuviera á su cargo una tutela ó curaduría muy complicada que le imposibilitase aceptar otra (ley 31 DIG. íd.)

Es de indicar que las tutelas ó curadurías, desempeñadas por un hijo constituido bajo la potestad y familia de su padre, aprovechaban á éste al efecto de alegar excusa en el caso de tener tres, y re-

cíprocamente; las que tenía el padre eran motivo para que el hijo pudiera eximirse de la que tuviese que desempeñar. Igualmente aprovechaban á un hermano las que tuviese otro hermano, constituidos ambos bajo la potestad y familia de su padre, á base de que la desempeñasen con el consentimiento y responsabilidad de éste (leyes 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> íd.); fundado todo esto en no sobrecargar á la familia con tantas guardas.

Podían excusarse los pobres de solemnidad (Inst. § 6.<sup>o</sup> de ídem); los mayores de 70 años (Inst. § 3.<sup>o</sup> íd. y ley 2.<sup>a</sup> DIG.); los que padeciesen alguna enfermedad que les impidiera cuidar de sus propios asuntos (Inst. § 7.<sup>o</sup> íd. y ley 2.<sup>a</sup> DIG. íd.); los que no sabían leer ni escribir, excepto si la tutela fuese tan sencilla que no requiriese, para su acertado desempeño, poseer estos conocimientos (Inst. § 8.<sup>o</sup> íd.); los profesores de Ciencias y Artes liberales (Inst. § 15 íd.); los enemistados gravemente con el padre del pupilo si no hubieren medios de reconciliación (Inst. § 11 íd.) y los que hubieren ejercido la tutela de un individuo podían excusarse de desempeñar la curatela del mismo (Inst. § 18 íd.)

La mayor parte de estas causas de excusas y otras más las vemos comprendidas en el art. 244 del Código civil; éste en el 245 incluye otra al disponer que los que no fueren parientes del menor ó incapacitado no estarán obligados á aceptar la tutela si, en el territorio del Tribunal que la defiere, existieren parientes dentro del sexto grado que puedan desempeñarla.

En orden á las incapacidades para ser tutor, registranse la de los menores de edad (Inst. § 13 DE EXCUSAT. TUT. VEL CURAT.), y la de los dementes, pródigos, ciegos, mudos y sordos (leyes 10 DIG. DE LEGIT. TUT. y única del Código QUI MORB.)

Se fundan estas incapacidades: la primera, en que aquéllos menores se hallan bajo la patria potestad y por serlo carecen de la aptitud necesaria para ejercer la guarda, y la de los otros, en que se hallan sujetos á la misma condición de tutelados ó curatelados. Sin embargo, si dichos tutores ó curadores sujetos á esos impedimentos fuesen testamentarios ó legítimos, las excusas no surten efecto sino en cuanto aquéllas persistan; de modo que, si son temporales, por haber cumplido la mayoría de edad, recobrado la razón, la salud, etc., surte efecto el nombramiento (Inst. § 2.<sup>o</sup>, QUI TEST. TUT. DARE POSS.)

También eran incapaces para desempeñar la guarda las mujeres, á excepción de la madre y abuela del pupilo, como ya se ha dicho;

esto debido á su falta de independencia (ley 1.<sup>a</sup> Cód., QUAND MUL. TU. OF. y Novela CXVIII, cap. IV); los militares por la misma razón (Inst. § 14, DE EXCUSAT. TUT. VEL CURAT.); los que hubiesen sido removidos de otra tutela anterior por sospechosos (ley 3.<sup>a</sup> DIG. DE SUSPECT. TUT.); los que carecían de modo de vivir conocido ó eran personas de notoria mala vida (ley 12 DIG. íd.); los acreedores y deudores del pupilo (leyes 6.<sup>a</sup> DIG. íd. y Novela LXXII, cap. IV), y los individuos del clero secular y regular, pero los primeros de éstos podían aceptar la tutela legítima, (Novela CXXIII, cap. V).

El art. 237 del Código civil comprende muchas de dichas causas de incapacidad, é incluye otras, y el 238 expresa quiénes deberán ser removidos de la tutela. Estos, según el Derecho romano, son: los que administren mal ó defrauden los bienes del pupilo (leyes 3.<sup>a</sup> y 8.<sup>a</sup> DIG. DE SUPECT. TUT. VEL CURAT. y § 15 y 12, Inst. íd.); los que sean enemigos del tutelado (ley 3.<sup>a</sup> DIG. íd.); los que se nieguen á prestarle los alimentos necesarios, alegando falsamente la carencia de recursos (Inst. § 10 íd.); los que proceden con negligencia en la defensa judicial ó extrajudicial de la persona ó bienes del menor (ley 28 Código, DE ADMINIS. TUT. VEL CURAT.); los que no formen inventario de los bienes ó no lo hagan con fidelidad (ley 13 DIGESTO, ARB. TUT.); y respecto de la madre tutora ó curadora no podía ejercer estos cargos si pasaba á segundas nupcias ó vivía dishonestamente (leyes 1.<sup>a</sup> Código UBI PUB. EDUC. y 5.<sup>a</sup> DIG. íd.)

### Obligaciones de los tutores

Deben aceptar el cargo si no alegan causa legítima de excusa, siendo responsables de los daños y perjuicios que al pupilo se le causen de no aceptarla (ley 5.<sup>a</sup> DE ADM. ET. PER. TUT.) Si habían varios tutores ó curadores podían administrar colectivamente ó por partes, así como confiar la administración á uno de ellos si así lo creían más conveniente para los intereses del menor (leyes 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> DIG. íd.); en este último caso correspondía la administración al designado por el padre en su testamento y en defecto al que designase la mayoría de los nombrados, y por falta de acuerdo, el que nombraba el Juez (Inst. § 1.<sup>o</sup> DE SATISD. TUT. VEL CURAT.)

El Código civil no permite que hayan varios tutores en el desempeño del cargo, y por esto prescribe el art. 209, que será preferido el elegido por el padre, ó por la madre en defecto de este, al del ex-



traño que hubiese instituido heredero al menor ó incapaz si fuese de importancia la cuantía de la herencia, y en último lugar el del que le dejare manda de importancia, correspondiendo al consejo de familia designar uno, de entre los comprendidos en el segundo y tercer caso.

El tutor tiene obligación de afianzar el buen resultado de su gestión, y la ley 3.<sup>a</sup> del Código, DE TUT. VEL CURAT. QUI VATIS NON DET., prescribió la nulidad de todo lo que hiciera aquél interín no cumplierse este requisito, debiendo ser removido del cargo, á menos que lo impidiese su causa de pobreza (ley 2.<sup>a</sup>, Código DE TUT. VEL CURAT. QUI SAT. y última de ARB. TUT.) que le imponían también la obligación de hacer inventario, á no ser que recayese sobre asuntos que no admitían dilación (ley 7.<sup>a</sup> DIG., ET PER. TUT.)

El Código civil también exige la prestación de fianza, que deberá ser hipotecaria ó pignoratícia, admitiéndose solo la personal cuando fuese imposible constituir alguna de las anteriores (art. 253). Mientras no se constituya, el protutor ejercerá los actos administrativos que el consejo de familia crea indispensables para la conservación de los bienes y percepción de los frutos.

Practicado el inventario, se entregará al tutor ó curador la posesión de los bienes y papeles del pupilo, (leyes últimas del Código, DE TUT. VEL CURAT. QUI SAT. y 15 DIG., QUI SATIS COG.) Vemos esta prescripción en el art. 261, dispositivo de que el consejo de familia pondrá en posesión á los tutores y á los protutores, y en el art. 265 del propio cuerpo legal, según el que, el inventario se hará con intervención del protutor y con asistencia de dos testigos elegidos por el consejo de familia, el cual decidirá, según la importancia del caudal, si debe autorizar el acto algún Notario.

### Del ejercicio de la tutela

Corresponde al tutor el cuidado de la persona del pupilo, procurando á su educación, en todos los actos civiles, administrar sus bienes con la diligencia de un buen padre de familia, conservarlos para que no desaparezcan ó se hagan improductivos, siendo responsable, con sus bienes, de los intereses ó rentas que hubiesen dejado de producir por negligencia ó culpa suya (Instit. DE AUCTOR., ley 12 DIG. DE ADM. NIS. ET PERIC. TUT.)

Estas prescripciones, que fueron aplicadas en sentencia del Tri-

bunal Supremo de 10 de Marzo de 1858, encajaban en el carácter individual que, por el Derecho romano, tenía la tutela, ya fundada en la patria potestad como la testamentaria, ya en la ley como la legítima, ya en la necesidad de protección social como la dativa, conferida por el Poder público por órgano del Juez. Pero hoy, la tutela ordinaria en cualquiera de esas tres clases, lo mismo la de los menores que la de los locos, sordomudos, pródigos y de los que sufren interdicción, es de naturaleza orgánica, llámase tripartita, y claro que lo que antes era, en orden al ejercicio del cargo de tutor, facultad privativa de éste, queda atribuido en gran parte al consejo de familia de cuyo organismo han de emanar las autorizaciones prescritas por el art. 269 del Código civil, á fin de que no quede desatendida la persona y descuidados y sin defensa, en los ordenes judicial y extrajudicial, los intereses del tutelado.

Y claro que no están en vigencia la ley 1.<sup>a</sup> Código, UBI PUP. DEB. EDUC., y Novela XXXII, cap. XXXVIII que confiaban la educación de los pupilos á su madre, por ser esto incompatible con su patria potestad, en el supuesto de que la ejerza; como también no son de aplicación dichos preceptos que confían á los parientes más cercanos del pupilo la educación de éste; y á los tutores, cuando había inconveniente en ello, se les permitía que acudiesen al Juez á fin de que eligiese persona que se encargara de la educación de aquél, pues todo esto es hoy facultad privativa del consejo de familia, á falta de disposición de los padres; prescripción esta última ajustada á la ley 2.<sup>a</sup> de dicho Código, UBI PUP. DEB. EDUC. y Novela XXXII, cap. XXXVIII.

Como la tutela era personal, se requería la autorización ó consentimiento del tutor ó curador en los actos que el pupilo ó menor celebrase (Instit. Proemio DE AUCTOR. TUT. y ley 3.<sup>a</sup> DIG.), con la circunstancia de que si este tuviere uno ó varios guardadores bastaba la autorización ó consentimiento de cualquiera de éstos, sin que pudiese ser compelido para hacerlo, por más que era responsable de los perjuicios que su resistencia ó negativa produjesen al tutelado; todo lo cual aparece en las leyes 4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 17 DIG. AUCT. CONS. ET TUT. VEL CURAT., siendo de añadir que la falta de autorización del tutor en los contratos bilaterales que celebraba el menor no libraban al que contrataba con él; pero si los negocios eran de aquéllos que al tutelado no se le podía acarrear perjuicio, eran válidos, aún sin mediar ese requisito, todo lo cual aparece en el Proemio de dicho título de la Instituta.

La aceptación de herencia exigía siempre la autorización del tutor, por lo mismo que podía ser gravosa para el pupilo, por lo cual éste, aún mediando tal requisito, podía acojerse al beneficio de restitución *IN INTEGRUM*, si le seguía algún perjuicio.

Pues bien; todo esto lo vemos incluido en el citado art. 269 del Código civil, que detalla aún más todos los casos en que el tutor necesita, para el desempeño del cargo, la autorización singularizada del consejo de familia, y por si esto no fuera suficiente, el art. 270 exige, para enajenar ó gravar los bienes del menor ó incapacitado, que medien causas de utilidad ó necesidad, que el tutor hará constar debidamente para que el consejo de familia dé la autorización sobre cosas determinadas, nunca en globo ó de una manera genérica, exigiendo el art. 272 que la enajenación de los bienes inmuebles (cualquiera que sea su valor), así como de derechos inscribibles ó de alhajas ó muebles, cuyo valor exceda de cuatro mil pesetas, se haga en pública subasta con intervención del tutor ó del protutor, no estando de más decir aquí que, según Res. de 23 de Agosto de 1894 y 7 de Mayo de 1895 (Ultramar), el pronombre *cuyo*, referido al valor excedente de cuatro mil pesetas, se refiere solo al de las alhajas. Ese art. 272, así como el 271 del Código (que exige autorización del consejo de familia para gravar bienes inmuebles ó constituir derechos reales á favor de terceros, en los del menor, pudiendo oír ese organismo el dictamen de peritos sobre las condiciones del gravamen y la posibilidad de mejorarlas), ha derogado el art. 211 y sus concordantes de la ley de Enjuiciamiento civil; pero, tratándose de particiones de herencia en que se hallen interesados los tutelados, no es bastante la autorización del consejo de familia; exígesse, además, la autorización judicial prevenida por el art. 1.049 de dicha ley, si las operaciones no han sido practicadas por contadores testamentarios, porque para la protocolización de éstas, por medio de acta, basta que comparezcan el contador-partidor ó el comisario, según dispuso la R. O. de 10 de Diciembre de 1904.

Prescribe la ley 15 del Digesto. *DE ADM. ET PER. TUT.*, que el tutor debe exigir, sin demora y bajo su riesgo, el pago de los créditos que tuviere el menor; añade la ley 7.<sup>a</sup> íd., que ha de reparar los edificios, cultivar las heredades y recoger las cosechas, siendo responsable de su negligencia por lo que pudo percibirse; expresa la ley 9.<sup>a</sup>, que debe vender aquellas cosas que no puedan conservarse sin peligro de deterioro; las leyes 32 y 22 del Cód., *DE ADM. TUT.* le confían la defensa en juicio de los intereses y bienes del menor, ya

efectuándolo por sí mismo, ya autorizándole si fuere mayor de 7 años y estuviere presente.

En verdad que, comparado en este punto el Derecho romano —prohijado en Cataluña, al darle fuerza supletoria— con el Código civil, salta á la vista este palmario contraste; por aquél, si el pupilo tenía más de 7 años y estaba presente en el contrato, el tutor le autorizaba; si era menor de esa edad, quien contrataba era el guardador, distinción esta que el Código no establece, pues cualquiera que sea la edad del pupilo, quien celebra el contrato con las formalidades en derecho prevenidas es el guardador, proveído, en su caso, de la autorización del consejo de familia. De manera que por aquel derecho aparecía la personalidad del menor, mayor de 7 años; pero como carecía de la FACULTAS AGENDI totalizada, necesitaba que se la integrase el tutor, poniendo su autoridad, mientras que, por el Código, quedan anuladas, en tal respecto, la personalidad del menor y la del incapaz mientras estén sujetos á tutela, por más que tienen derecho á asistir y á ser oídos en las reuniones del consejo de familia, según prescribe el art. 308 del propio cuerpo legal.

Asimismo, el tutor debe depositar el numerario que hallare en el patrimonio del menor, así como el que éste reditúe ó produzca sobre la cantidad señalada para los gastos del tutelado; si esos réditos no fueren suficientes para satisfacer tales gastos, deberá tomar á interés la parte de numerario estrictamente indispensable (Novela LXXII, caps. VI y VII.)

Estas disposiciones las vemos también contenidas en los artículos 275 y 269 del Código, el cual procura condicionar las facultades del tutor por medio de la intervención del protutor, tratándose de la cobranza de créditos superiores á 5.000 pesetas, que no procedan de intereses, rentas ó frutos; pero no puede gravar los bienes del tutelado, en ningún caso, como prescribe el núm. 5.º del artículo 269.

Comparando el Derecho romano con el Código civil, vemos que el primero de éstos fundaba sus prescripciones en cierto principio de confianza, toda vez que dilataba la acción del tutor, lo cual se debía al carácter personal de la tutela, mientras que el segundo reduce y condiciona la facultad del tutor, por lo mismo que la institución tiene carácter orgánico, constituyéndola varios elementos movidos cada uno dentro de su esfera.

Disponen las leyes 7.ª y 11 DIG. DE ADM. ET PER. TUT. y última del Cód., DE USUR. PUP., que si el tutor hubiera invertido en

inutilidades el dinero del pupilo, deberá satisfacer los intereses legales; claro, como que debe desempeñar el cargo como un buen padre de familia y responde de la culpa leve, y mucho más de la lata, ya que linda con el dolo.

La ley 22 del Cód. DE ADM. TUT., prohíbe al tutor enajenar los bienes inmuebles y los muebles preciosos del menor, así como empeñar los primeros; pero puede hacer tal enajenación interviniendo y autorizándole la autoridad judicial, prescripción esta última que, llevada como hemos dicho á la ley de Enjuiciamiento civil, ha sido derogada por el Código.

La ley 1.<sup>a</sup> DIG. DE REBUS COR. QUI SUB TUT. VEL. CURAT. exigía el decreto judicial en la venta de cosa común y proindiviso á un extraño si éste instare la división, aún cuando el padre del menor hubiese, en testamento, autorizado la venta, ó si ésta la promoviese el acreedor en uso de su derecho, á quien dicho padre la tuviese empeñada.

El requisito de la autorización judicial era necesario para la validez de tales contratos; pero si no se cumplía con él, podían ser éstos revalidados mediante la aprobación expresa ó tácita del menor, llegado á la mayor edad; entendiéndose que mediaba esa tácita aprobación si el menor no pedía la nulidad en los cinco primeros años de su mayor edad, cuando procediese de causa onerosa ó en los 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, si procediese de causa lucrativa (Cód., SI MAJ. FACE. ALIEN. SINT. DECRET. FACT. RAT. HAB.) siendo de citar la ley 15, tít. LXXI, lib. V del Código de REPETITÆ PRÆLECTIONIS, aplicada en sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Mayo de 1876, que permite la objeción y prueba *de que la religión del Juez* que concedió la autorización *hubiese sido sorprendida*, para que pueda ser anulada la venta de bienes de menores hecha con tal decreto.

La aprobación expresa de las enajenaciones prohibidas no priva al menor, si resulta perjudicado, del ejercicio de la acción de restitución IN INTEGRUM (ley 1.<sup>a</sup> del Cód., título antes citado). Las enajenaciones hechas, no mediando la autorización judicial, dan lugar al ejercicio de la acción reivindicatoria de la cosa indebidamente enajenada (leyes 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup>, 10, 11, 15 y 16 Código, DE PRÆDIIS ET AL. REB. MIN.); pero si el comprador acredita que el precio se invirtió en utilidad del menor deberá restituirsele, leyes 14 y 16 íd., ídem, Instituta, 3.<sup>o</sup>, QUIB. ALIEN. LIC. y 7.<sup>a</sup> y 13 DIG., DE REB. COQUI SUB TUT.

El tutor carece de facultades para donar ó remitir cosas ó derechos pertenecientes al menor. Esta prescripción, tendente á que por título lucrativo no quede mermado el patrimonio del tutelado, establecida en las leyes 1.<sup>a</sup>, 22 y 46 DIG., DE ADM. ET PERI. TUT., y 16 Código, DE ADM. TUT. VEL CURAT., aparece literalmente escrita en el art. 275 del Código civil.

Puesto que ya no existe la curatela, carece de aplicación la Novela LXXII prescriptiva de que el tutor ó curador que después de aceptar el cargo resultaren ser deudores ó acreedores del pupilo ó menor, deberán acompañarse de un curador. No decimos lo propio respecto de lo ordenado en el cap. IV de dicha Novela, de que, si ese guardador es acreedor ó deudor antes de aceptar la tutela ó curaduría, perderá su crédito en el primer supuesto, y en el segundo no le aprovecharán los documentos con que trate de acreditar el pago del mismo durante el ejercicio del cargo, pues parte de esta prescripción aparece en el art. 267 del Código civil, dispositivo de que el tutor que, requerido al efecto por Notario, por el protutor y por los testigos, nó inscribiese en el inventario los créditos que tenga contra el menor, se entenderá que los renuncia.

En un fondo moral se hallan inspiradas dicha Novela, en su capítulo V, que aplicó el Tribunal Supremo en Sent. de 9 de Mayo de 1871 y la ley 5.<sup>a</sup> del DIG., DE AUCT. ET CONST. TUT. VEL CUR., prescriptivas: la primera, de que es nula y de ningún valor la cesión de créditos contra el pupilo, hecha á favor de los que administren ó hayan administrado su tutela ó curaduría, y la segunda, de que los tutores y curadores no pueden comprar por sí, ni por medio de persona interpuesta, los bienes del menor, teniéndose por nula, en todo caso, la venta.

Hemos dicho en este capítulo que la materia de tutela en Cataluña no está regulada solamente por el Derecho romano, sí que también por su legislación indígena; la prueba de esto la tenemos en la ley 2.<sup>a</sup>, tít. IV, lib. V, vol. I de las Constituciones, aplicada en Sent. del Tribunal Supremo de 10 Octubre de 1857, según la cual, toda remisión ó donación de algunos bienes ó derechos verificada por el menor de 20 años á favor de su tutor ó curador, directamente ó por persona interpuesta, es nula, á menos que se haya hecho y firmado con voluntad y consentimiento de tres parientes de los más cercanos de parte de padre y madre si pudieren ser hallados y en otro caso de tres parientes de parte de padre tan solamente ó de parte de madre, de modo que puedan ser encontrados, debiendo

además intervenir el decreto del Juez y el juramento del menor, afirmando ser aquellas personas las más próximas ó amigas.

Esa fijación de edad en los 20 años para que el menor pueda hacer condona de derechos ó donación de algunos bienes á favor de su guardador, en tributo de gratitud ó de reconocimiento, nos recuerda que es la fijada por el Fuero Juzgo para tener la mayoría de edad, cuyo cuerpo legal obligó en Cataluña, y aún cuando perdió su valor en este principado al penetrar la influencia del Derecho romano, calificado de razón escrita, dejó prendidas algunas raíces en la conciencia social y, por tanto, no es maravilla que ello se tuviera en cuenta cuando se dió la indicada Constitución, siendo, además, de consignar, que ese requisito del consentimiento de los parientes guarda bastante parecido con el exigido por el Fuero aragonés en la venta de la dote hecha por la mujer á favor de su marido. Esto demuestra cierta analogía, dentro de la diversidad, que existe en las legislaciones forales entre territorios circunvecinos.

El tutor enfermo ó ausente puede pedir que, bajo su responsabilidad, se nombre judicialmente la persona que él designe, para que corra en el entretanto con la administración. (Ley 24 DIG., DE ADM. ET PER. TUT.)

### Extinción de la tutela

Según la Instituta, Proemio QUI BUS MOT. TUT. FIN, § 1.º, 3.º, 4.º y 6.º, la tutela y la curaduría terminan: al cumplir el menor los 25 años; por muerte del tutor ó curador, del pupilo ó menor; por la adopción de este último, y por destitución ó renuncia de los citados cargos. El Código civil en su art. 278, señala, como causas de la cesación de la guarda, el cumplir el menor la edad de 23 años, que es la mayor edad—pero no en Cataluña y Navarra donde se adquiere á los 25;—por la habilitación de edad; por la adopción, y por haber cesado la causa que motivó la tutela, cuando se trata de incapaces, sujetos á interdicción y pródigos.

Claro que, como la institución tutelar tenía en Roma y en Cataluña un carácter individual ó personal, había de extinguirse por la muerte del tutor y por la destitución ó renuncia del cargo; pero como, por el Código civil, ese instituto es de naturaleza orgánica, no pueden en modo alguno admitirse esos motivos de terminación, pero sí el de la mayor edad, puesto que el pupilo tiene el grado de discerni-

miento y experiencia para gobernar su persona y bienes, en cuyo caso también se encuentra el habilitado de edad, á base de que sea mayor de 18 años, con las limitaciones que le impone el art. 324 en relación con el 317 del propio cuerpo legal, aplicable en este punto á todos los territorios aforados, puesto que no pugna con su régimen jurídico.

Y puesto que por la adopción entra el menor en la patria potestad del adoptante, el ejercicio de esta magistratura doméstica es incompatible con la existencia de la tutela, y de consiguiente, ésta queda de hecho y de derecho extinguida.

La guarda de los incapaces, de los pródigos y de los sujetos á interdicción, en tanto subsiste, en cuanto continúa la causa que le dió motivo; desaparecida ésta, aquélla termina: *SUBLATA CAUSA TOLLITUR EFECTUS*.

### Rendición de cuentas

Terminada la tutela, el que la desempeñó ha de entregar los bienes del pupilo al curador, y éste, al cesar en sus funciones, al menor; deben dichos guardadores rendir cuentas de su gestión en el punto donde aquélla se haya desempeñado (leyes 4.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup> *DIGESTO, DE TUT. ET RATION. DISTRIBUTUEND.*, 1.<sup>a</sup> Código, *DE RATIO* y 54 *DIG. DE PROCURAT.*), así como deben abonar los intereses legales del dinero que quedó en poder de ellos desde que finalizó su gestión hasta el día en que hubiesen ofrecido su pago consignándolo en lugar seguro (leyes 7 y 28 *DIG., DE ADM. ET PER. TUT.*; 10 *íd. DE REMIS. PESP. SALV. FOR.*; y 4.<sup>a</sup> Código, *DE PERICUL. TUT.*), siendo de consignar que el tutor responderá siempre de su dolo ó negligencia por no cuidar, como propios, los bienes del menor, si con ello dejó de reportarle alguna utilidad ó le causó algún perjuicio, (ley 1.<sup>a</sup> *DIG., DE TUT. ET RAT. DISTR.*), y que la obligación de rendir cuentas no podrá remitirse por el padre del pupilo ó menor.

Al tutor se le deben abonar, por el menor, en la rendición de cuentas, los gastos necesarios y útiles hechos por razón de su persona, bienes ó negocios (ley 1.<sup>a</sup> antes citada y 1.<sup>a</sup> *DIG. DE CONTRAR. TUT.*, y 3.<sup>a</sup> Código *DE ADM. TUT.*), así como se le deben satisfacer los intereses legales del dinero que, en beneficio del tutelado, hubiese anticipado ó tomado á préstamo por no disponer de fondos suficientes, cuyos intereses correrán hasta el día en que haya podido



reembolsarse ó de hecho se haya reembolsado (leyes 3.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup> DIGESTO, título citado y 9.<sup>a</sup> íd. DE TUT. ET RAT.)

Se transmiten á los herederos del tutor las obligaciones contraídas por éste (ley última Código DE HERED TUT.) Pueden ser reconocidos, sí, siendo mayores de edad y varones, dejan, intencionalmente ó por grave negligencia, de continuar los negocios comenzados por su causante (ley 1.<sup>a</sup> DIG., DE FIDEJ. ET NONET HERED. TUT.) y cuando, sin necesidad, se hubieran mezclado en la administración (ley 4.<sup>a</sup> íd.) Fuera de estos casos, solo pueden ser reconocidos por hechos propios.

Si el tutor ó sus herederos fuesen insolventes se demandará á sus fiadores y, en defecto, á los herederos de éstos (Inst.; § 2.<sup>o</sup>, DE SATISD. TUT. VEL CURAT.) Siendo varios los fiadores, podrán ser todos reconocidos solidariamente, sin que puedan oponer el beneficio de división (ley última DIG., REM. PUP. SAL. FORM.); los que hubiesen asegurado que el tutor nombrado era idóneo, contraen la misma responsabilidad que los fiadores (ley 4.<sup>a</sup> DIG. DE FIDEJ. ET NOM. TUT.)

Los fiadores no quedan obligados por los actos administrativos que verifique el tutor, por su propia iniciativa y sin necesidad alguna, después de terminada la tutela (ley 46 DIG. DE ADM. ET PER. TUT.)

En defecto de fiadores ó en caso de insolvencia de los mismos, serán reconvenidos los Jueces que descuidaren la seguridad de la administración, ora por dejar de exigir fiadores, ora por admitir, como tales, á personas faltas de idoneidad (Inst. § 2.<sup>o</sup>, DE SATISD. ET CURAT.) Los herederos del Juez, unicamente podrán ser reconvenidos cuando éste, doloso ó por grave negligencia, dejó de procurar la seguridad de la administración (leyes 4.<sup>a</sup> DIG. DE MAG. COM. y 2.<sup>a</sup> Código íd.)

El capítulo X, del tít. IX, lib. I del Código, contiene las disposiciones relativas á la dación de cuentas del tutor, muchas de las cuales son las del Derecho romano arriba anotadas, siendo de consignar que las prescripciones de éste, en orden á las responsabilidades del guardador, haciendo que las sufran sus herederos ó fiadores, no á PRORRATA sino IN SOLIDUM, sucedáneos de éstos y hasta el mismo Juez y los suyos en los casos referidos, son altamente saludables, no unicamente porque van enderezadas á conservar y defender el patrimonio del tutelado, sino porque con ellas se previene á todo agravio, conteniendo á quienes, por acción ú omisión, infieran

perjuicio á las personas sujetas á guarda, á fin de que sean celosos en el cumplimiento de sus deberes. Y como la tutela solía ejercerse por varias personas, podían todas ser reconvenidas juntamente por el resultado de la administración, exigiéndoles solidariamente las responsabilidades (ley 6.<sup>a</sup>, Código URBIT. TUT. y 2.<sup>a</sup> DE DIV. TUT., y caso de que el reconocido fuese uno, puede acojerse al beneficio de división, para que la ACTIO TUTELÆ se dirija contra todos los que administraron, caso de ser solventes (ley 1.<sup>a</sup> DIG., DE TUT. ET RAT. DISTR.) así como el de cesión de acciones para reclamar de sus compañeros lo que hubiese satisfecho al menor, (ley 2.<sup>a</sup> Código, DIVIT. TUT.), y también le asiste la acción necesaria para reclamarles lo pagado por razón de un hecho común, aún cuando no se le hubiesen cedido las acciones (ley 1.<sup>a</sup> DIG., tít. citado). Si el tutor reconvenido lo hubiese sido por un daño proviniente de un dolo común, carecerá de acción para reclamar de los demás lo que por esta causa haya sido obligado á satisfacer (ley 1.<sup>a</sup> antes dicha).

Sabido es que la solidaridad puede darse entre acreedores, deudores, y fiadores.

Cuando la administración hubiere sido dividida por el Juez entre los tutores nombrados, no existe la segunda de esas solidaridades y, por eso, cada uno de ellos responderá de la parte que hubiese administrado; y en cuanto á lo de los demás, solo responderá cuando, con intención dolosa ó negligencia grave, no haya pedido la destitución de aquél ó de aquéllos que administraban malamente (ley 2.<sup>a</sup> Código, DE DIR. TUT.)

De manera que, mediando esa división de administraciones practicada por el Juez, cada guardador responde de sus actos, sin que exista entre ellos nexo solidario, pero éste se da por razón ética y para que no peligren los intereses del tutelado, si con intención dolosa ó negligencia grave se deja de pedir al Juez la remoción de aquél que administra malamente.

Si ninguno de los tutores ó curadores nombrados se presentare á aceptar el cargo, podrá el Juez reconvenirles por los perjuicios que su contumacia causare, en cuyo caso unicamente gozará el reconvenido del beneficio de división si los demás fueran insolventes (ley 28 DIG., DE ADIN. ET PER. TUT.)

Cuando la tutela deferida á varios hubiese sido confiada á uno solo, éste, sus herederos y fiadores serán los responsables; siendo todos insolventes, responderán los guardadores restantes (ley 39, De ídem).

Como quiera que nuestro Código civil no admite varios tutores en el ejercicio de la tutela, mal pueden aplicarse las indicadas reglas, establecidas por el Derecho romano.

## NAVARRA

Sabido es que en Navarra rige el Derecho romano como supletorio en primer grado; en su virtud, damos por reproducido aquí cuanto extensamente hemos dicho al presentar la Legislación catalana en orden á esta materia; pero no estará de más indicar que, según la ley 9.<sup>a</sup>, § 4.<sup>o</sup>, tít. XXXI, lib. I de la Novísima Recopilación, los labradores están excusados de desempeñar la tutela y curatela, á menos de que los pupilos carezcan de deudos dentro del cuarto grado y fueren para ello nombrados; pero, habiendo otros parientes, aunque los labradores lo sean en grado más propinquo, quedan libres de tales cargos.

A los guardadores se les señala, como retribución, la veintea va parte de los frutos de la hacienda de la tutela, excluidos los gastos de cojer dichos frutos y los de las labores necesarias (ley 2.<sup>a</sup>, título XVII, lib. III, de ídem).

Los bienes de los menores se arrendarán, previo pregón, en la casa del concejo, admitiéndose posturas y pujas, dentro de veinte días (ley antes citada y 97 de las Cortes de 1817 y 1818),

El padre que casare segunda vez pierde la tutela y administración de las personas y bienes de los hijos habidos en su primer matrimonio (ley 1.<sup>a</sup>, tít. X, lib. III de la Novísima Recopilación).

Ahora bien; como quiera que el padre no tiene tutela sino patria potestad sobre sus hijos, de la cual no queda privado, según el Código civil, aunque pase á segundas nupcias, no vemos que tenga aplicación esta ley de la Novísima Recopilación, mayormente si se tiene en cuenta que, según la citada jurisprudencia del Tribunal Supremo, rigen en los territorios y provincias aforadas los títulos IX y X de dicho cuerpo legal, referentes á la institución tutelar.

Pocas son las leyes que contiene la Legislación de Navarra en materia de tutela, como hace observar, en su luminosa memoria, el jurisconsulto D. Antonio Morales y Gómez. El Amejoramiento del Fuero dice, al final de su cap. I «que los menores no puedan ser en juicio, sin tutor ó curador, dado por autoridad de Cort»; esto es,

sin duda, para que no puedan sufrir agravio en las contiendas judiciales, faltos de una representación de carácter dativo.

El cap. XX, tít. IV del lib. II del Fuero Real, más que regular la institución tutelar, refiérese á la prohibición de los nietos de pedir la herencia de sus padres mientras vivan los abuelos, pero si no tienen siete años, los tíos podrán tener lo que no se partiere, hasta que cumplan esa edad, cuyos tíos, aunque viva la mujer de su hermano, pueden tomar las criaturas y todo lo del padre de éstas y criarlas hasta que tengan los siete años cumplidos, como preceptúa el cap. XXI de dicho título.

## VIZCAYA

También en esta región confúndense la patria potestad y la tutela, formas ambas de la protección social en favor de las personas desvalidas, pues la ley 1.<sup>a</sup>, tít. XXII del Fuero dice que el padre ó tutor tiene obligación de prestar alimentos, y en cambio le corresponde el usufructo de los bienes del hijo (frutos por pensión), derecho no aplicable á la madre, puesto que carece de él; pero puede ser curadora si los hijos la designan al salir de la edad pupilar.

El principio de Derecho romano *PATREM HABENTI TUTOR NON DATUR*, tiene en Navarra por expresión: «habiendo padre no puede darse curatela, á menos de que deje de ser tutor por alguna causa legal», una de las cuales es excusarse de dar alimentos al hijo, en cuyo caso pierde el usufructo en los bienes de éste.

La tutela del padre no se extingue hasta la emancipación del hijo; pero el nombramiento de curador hace que desaparezca la tutela confiada á la madre viuda.

Como la madre no viene obligada á prestar alimentos á los hijos, carece del derecho de usufructo en los bienes de éstos; y así como puede ser tutora durante la edad pupilar de aquéllos, el fuero le concede la curatela en estos dos casos: si los hijos la piden, una vez salidos de aquella edad, y si ella rinde cuentas, de cuya formalidad se dispensa al padre, porque, siendo el verdadero tutor por ministerio de la ley, tiene los frutos por pensión. Si por virtud de causa legal, como antes se dice, se priva al padre del ejercicio de la tutela, los hijos serán provistos de tutor ó curador según estén ó no en la edad pupilar. Ese tutor y curador tiene derecho, por la ley 3.<sup>a</sup>, título XII del Fuero de Vizcaya, á un premio de administración desig-

nado al efecto por el Juez «considerando el respeto de los tales bienes, administración y trabajo que los dichos tutores y curadores tomaron moderadamente».

Como en Roma, la tutela y la curatela se extinguen, según dispone la ley 1.<sup>a</sup>, tít. XII del Fuero de Vizcaya, por la muerte del tutor ó del pupilo menor; la del padre, por excusarse éste de la obligación de alimentar á sus hijos; la de la madre por el nombramiento de tutor ó defensor que en testamento hubiere hecho el padre en favor de otra persona (de manera que en Vizcaya se conoce la tutela testamentaria); la del padre y de la madre, indistintamente, por contraer segundas nupcias, en cuyo caso procede la tutela dativa y la de cualquier tutor, menos el padre, y por cumplir el menor la edad de 14 años, en cuyo caso entra en curatela; pero como esta última institución protectora no existe en ningún territorio español, porque ha sido derogada la ley de Enjuiciamiento civil por el Código, á sus prescripciones, contenidas en sus títulos IX y X, hay que atenerse, y como por otra parte este cuerpo legal y no la legislación antigua de Castilla es el Derecho supletorio en la tierra llana ó infanzonada de Vizcaya, creemos que el padre y la madre, lejos de tener, respectivamente, la tutela y curatela de sus hijos, ejercen allí, con todos sus derechos y deberes, la patria potestad, dentro de las condiciones de la ley común, á cuyos ordenamientos se ha de acudir.

## BALEARES

La Legislación de este país no contiene instituciones referentes á la tutela, que estén en vigencia, por cuya virtud rige directamente el Código civil.

### Del consejo de familia

Diremos algo acerca de la junta de parientes que, según el eminente Costa, existe en el Alto Aragón, constituída usualmente por cuatro individuos y que puede ser en número de dos ó seis, cifra que depende del mayor ó menor vecindario de los pueblos y de la facilidad ó dificultad de sus comunicaciones. Este instituto, que se desenvuelve en sus funciones con la mayor autonomía, aunque á sus sesiones acuda unas veces el alcalde y otras el Juez municipal ó el

párroco para dirimir, en defecto de parientes al efecto llamados por la carta, las diferencias entre los individuos de la junta, está facultado para conocer de los asuntos relativos á la tutela; elige entre los hijos al que ha de sucederles en el señorío mayor, instituyéndole heredero universal; asigna dote ó legítima á los demás hijos con el haber y poder de la casa, cuando éstos no se dan por contentos con lo que les ofrece el heredero; oye las quejas contra éste por malos tratamientos ó por escasez en la alimentación, acuerda las reparaciones que debe dar el culpable y concilia á los hijos; aprueba ó desaprueba las segundas ó ulteriores nupcias del cónyuge superviviente en casa del difunto, prorrogando el usufructo foral conforme á la costumbre denominada «casamiento en casa»; dicta ó aprueba los capítulos de este nuevo matrimonio asegurando los intereses de los hijos del primero y determina los derechos que han de corresponder á los que nacieren del segundo, así como los que se reconocen al nuevo consorte; entiende en los casos de discordia entre los adoptantes y los adoptados en lo que se llama «acogimiento» ó casamiento sobre bienes, fijando la cantidad que ha de llevarse, por vía de indemnización ó salario, el que sin justo motivo se aparta de la comunidad; dispone lo relativo á funerales y sufragios por el alma de los jefes de la familia, é interpreta las capitulaciones matrimoniales en caso de duda, llenando sus vacíos, supliendo sus deficiencias y, en suma, ejerce cuanto demanda la protección social en el orden familiar, por fuerza de la costumbre y del modo de ser y sentir de aquellos pueblos.

Nosotros nos descubrimos con respeto ante esa institución que vemos más perfecta y acabada que el consejo de familia, regulado por el Código civil, y aplicable á las provincias aforadas, según declaró la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Junio de 1894 y dijo la Dirección general de los Registros y del Notariado en sus resoluciones de 24 de Febrero y 4 de Marzo de 1896.

Esa junta de parientes del alto Aragón es más acabada que el consejo de familia de Navarra, al cual se le consulta en los casos de matrimonio respecto de las cláusulas puestas en las capitulaciones matrimoniales, división de bienes cuando se practica la separación de los padres donadores y de los hijos donatarios, operación que realizan dos parientes de cada rama, los cuales, á virtud de las facultades que les conceden las capitulaciones matrimoniales, pueden determinar si es ó no conveniente que el viudo ó viuda, donatarios, contraigan segundas nupcias sin perder los bienes que recibieron, y además se hallan autorizados para designar heredero á uno de los

hijos, señalando á los demás sus legítimas, caso de que el padre ó madre hayan fallecido sin hacer el nombramiento de sucedáneo en acto de última voluntad.

Relieve presenta este consejo de familia por las atribuciones que le competen, á base de que provengan de las capitulaciones matrimoniales que son allí, como en Aragón y Cataluña, á modo de código de la familia.

Nos encanta esta institución, así como la vemos achicada en el Código civil que la llama impropriamente consejo de familia, cuando su nombre debiera ser consejo de tutela, puesto que para ésta, y solo para ésta, se halla establecida, descansando, como advierte Sánchez Román, en un principio de desconfianza, puesto que al concederle las atribuciones prescritas por el art. 269 y sus concordantes del Código civil es porque se recela del tutor; no diremos del protutor porque este elemento es, en puridad, un cargo honorario de inspección ó de fiscalización, como aparece en el Derecho alemán.

El consejo de familia, tal como nuestro Código lo ha vaciado, apenas sin precedentes en el Derecho patrio, no sin olvidar lo que prescribían el Fuero Juzgo, el Fuero Real, el Fuero Viejo de Castilla, las Legislaciones forales que hemos citado y la Pragmática de Carlos III de 23 de Marzo de 1776, á la cual debía acudir para dar el consentimiento y consejo en la celebración de matrimonios de los huérfanos, como tampoco lo prescrito en el art. 44 de la ley de Propiedad intelectual de 10 de Enero de 1879, referente á que el heredero de un autor no puede impedir la publicación de una obra, sin el acuerdo de dicho organismo constituido por cuatro parientes, dos de la línea paterna y dos de la materna, y en defecto por vecinos honrados elegidos por el alcalde entre los que hubieran sido amigos de los padres, según prescribe el reglamento de 9 de Septiembre de 1880, es de importación francesa, obra del Código de Napoleón, y claro que le cuesta echar raíces en el país, no solo por falta de costumbres, sino porque se le ha entregado á personas indoctas, por no decir iletradas, que desconocen la importancia de sus cargos, las responsabilidades que contraen y la misión protectora que deben cumplir para que el desvalido no sufra desatención y agravio en sus intereses.

No creemos perfecto el consejo de familia tal como lo modeló la ley prusiana de 1875, con orígenes en el Código francés, porque sobre no ser una institución tutelar necesaria, sino potestativa en cuanto el padre ó la madre la establezcan en sus testamentos, su

esfera de acción, reemplazando al tribunal tutelar público, constituido por funcionarios del orden judicial, se circunscriben sus funciones á la tutela y no á otros círculos de la familia como ha existido en muchos pueblos de la raza arya y en la misma Roma, donde intervenía para juzgar y penar á los individuos de aquella, sobre todo á la mujer que cometía faltas, y para autorizar el matrimonio de la viuda menor de 25 años; pero aún todo esto, que arguye cierto SELF GOVERNEMENT en el orden familiar, del cual estamos enamorados, no es bastante; precisa dar á ese instituto mayor radio de acción, como indicamos en el Proemio de este libro, haciendo que intervenga para apreciar y resolver en conciencia los casos de desheredación, sin necesidad, es más, con prohibición de que los padres los lancen en su testamento, hiriendo muchas veces su honra, al dar publicidad á la falta.

Se dirá, es que las condiciones exigidas para el cargo de vocal de ese organismo no ofrecen garantía de preparación técnico-jurídica, puesto que no conocen el Código civil y por consiguiente mal pueden aplicar sus prescripciones; es que, sobre tener el defecto de no identificar al tutor con el pupilo, por causa de mermarle facultades en su gestión, ocasiona gastos en los litigios que sostenga el consejo con este último, á expensas del menor, aparte de que, con la revisión y aprobación de los actos de ese organismo por los Tribunales, apenas si á los consejeros se les pueden exigir responsabilidades, quienes hacen tácita dimisión del cargo, para ellos enojoso y sin provecho alguno, dejando de concurrir á las reuniones, recogiendo las firmas particularmente en las actas que el presidente se prepara y redacta, como de *cálamo corriente*, por pura formalidad, sin advertir la gravedad de los acuerdos.

Estos y otros muchos reparos que sería prolijo citar, desnaturalizan y hacen perder el prestigio que debe tener el consejo de familia y por esto no es maravilla que tenga detractores y que en el Discurso de Apertura de Tribunales leído por el exministro de Gracia y Justicia D. Trinitario Ruiz Valarino en 15 de Septiembre de 1910, se anuncie la supresión del mismo, cuando se reforme el Código civil, volviendo el régimen tutelar al estado de derecho que tenía antes de publicarse este cuerpo legal.

Inconvenientes tiene el jurado y, á pesar de ellos, esta institución democrática echa raigambre en la conciencia social y no hay Gobierno que, en el estado que alcanza el Derecho moderno, se atreva á suprimirlo.



Claro, que la constitución del consejo de familia, compuesto, muchas veces, por personas iletradas y olvidadizas de sus deberes, sin que un funcionario público, que debería ser el Notario ó el Secretario del Juzgado municipal, autorice las actas en las que se tomen acuerdos trascendentales, en orden á la protección de las personas y defensa de los intereses legítimos del tutelado, deja mucho que desear; para eso está el legislador prudente y previsor, dando ordenamientos saludables que prevengan los abusos y, cometidos que sean, los castigue como es debido.

Cuando un órgano es deficiente, no se le suprime, sino que se le mejora, á fin de que responda á la función para que ha sido creado.

Hoy día, por nuestra ley procesal, obligatoria en todas las regiones de España sin distinción de régimen civil, cuando el padre trata de vender bienes inmuebles de los hijos sujetos á su potestad, necesita obtener la previa autorización del Juez de 1.<sup>a</sup> instancia, fundada en motivos de necesidad ó de utilidad.

Para nadie es un secreto que estas autorizaciones se dan muy llanamente, bastando con que dos testigos declaren en las diligencias judiciales, reconociendo esos motivos que el solicitante exponga, con lo cual no pocos hijos quedan en la indigencia por tener un padre desalmado.

Pues bien; partidarios, como somos, del consejo de familia, á base de mejorarlo, atribuiríamos á este organismo la facultad de informar al Juez respecto de la conveniencia ó necesidad de las enajenaciones que de los bienes de los hijos tratasen de hacer el padre, ó madre con patria potestad, porque nadie mejor que los parientes del menor, conoce la verdad de esos motivos que, siendo falsos ó colorados, en manera alguna deben prevalecer, en daño insigne de los menores.

De suerte que el consejo de familia, no solo sería un instituto jurídico protector del tutelado, si que de los hijos y aún de las mujeres casadas, cuando el marido las obliga á contraer deudas y á enajenar sus bienes, toda vez que, habiendo desaparecido la hipoteca tácita y general que las mismas tenían sobre los bienes de sus esposos, se encuentran sin ninguna garantía real, cuando ponen su derecho enfrente de acreedores hipotecarios y aún de otros sin garantía real.

Y para que el Juez pudiera ejercer, en nombre del poder social la alta inspección en el funcionamiento del organismo tutelar, los acuerdos del consejo de familia debieran serle comunicados, tomán-

dose nota de ellos en el Registro de tutelas y no como ocurre al presente.

Réstanos decir que el consejo de familia á que se refiere la citada ley de Propiedad intelectual se halla sustituido por el del Código civil.

### Del beneficio de restitución

#### IN INTEGRUM

Nos hemos ocupado del beneficio de ileción que establece el Derecho aragonés; éste no admite el de restitución *IN INTEGRUM* que existe en Cataluña, el cual figura, según Sánchez Román, entre las instituciones represivas, nombre que no consideramos adecuado, por ser más propio de las que constituyen el Derecho sancionador.

El ilustre Corbella dice, tomando su sentir del juriconsulto Paulo, que la restitución implica la idea general del restablecimiento de un estado anterior: *INTEGRI RESTITUTIO EST, REDINTEGRANDÆ REI VEL CASSÆ ACTIO*. Copia la definición que da Savigny, el cual dice que es «el restablecimiento de un estado anterior de derecho, motivado por una oposición entre la equidad y el derecho riguroso, operado por el poder del pretor, que modifica, con conocimiento de causa, el Derecho realmente adquirido». (Pág. 10 lib. V de la obra «Sistema del Derecho romano actual» edición de 1879).

De modo que en toda restitución existe una colisión entre el *JUS STRICTUM* y la *ÆQUITAS* y por imperio de ésta y para que se repare el agravio, el juez modifica el derecho adquirido, mediante el ejercicio de acciones ó excepciones, pertenecientes unas al Derecho civil y otras al Derecho pretorio.

Claro que la restitución no puede ser caprichosa; debe obedecer á causas; es un remedio extraordinario por regla general que se concede en ciertos casos; constituye una fórmula de protección social concedida al agraviado por falta de edad, en cuyo caso toma la vía de acción, así como á los que hayan sufrido daño y perjuicio por causa de miedo, error, fuerza, dolo, fraude ó por enajenación de cosa litigiosa, revistiendo en todos estos casos las formas de acción ó de excepción, según la ejercite el demandante ó la proponga el demandado para destruir ó enervar un estado de derecho que, por equidad, debe desaparecer.

No entra en nuestro propósito estudiar aquí otra causa de restitución *IN INTEGRUM*, que la concedida á los menores sujetos á tutela

y á sus sucesores por título universal, contra quienes hayan contratado con ellos y sucedáneos de los mismos.

La tutela es fuerza y potestad, decían los jurisconsultos romanos; si el pupilo era menor de 7 años no podía contratar; quien lo hacía por él era el guardador, ejerciendo potestad, y claro que si el tutelado sufría perjuicio, había la ley de concederle un medio de desagravio. Si éste era mayor de 7 años y menor de 14 podía contratar con consentimiento del tutor que le daba también potestad ó autoridad; si sufría agravio había de tener también ese medio de restitución.

Duraba la curatela desde los 14 á los 25 años; podía darse el caso de que el sujeto á ella contratase sin el consentimiento de su curador, y para remediar el perjuicio que sufriera, á base de que no hubiere procedido dolosamente, esto es, por medio de engaño, pues su malicia no debía reportarle provecho en buen sentido de equidad, se le concedió también ese remedio para que no fuese víctima de su inexperiencia.

Y por último, si el menor contrataba, no con la autoridad ó potestad, sino con el consentimiento de su curador ó sea del que administraba sus bienes, también tenía á su favor ese beneficio para reparar el daño ó el menoscabo que hubiese sufrido en sus intereses.

En suma; la restitución *IN INTEGRUM* tiene por objeto reparar una injusticia, á virtud de justa causa (causa cognita) examinada por el Juez, que en los primeros tiempos de Roma fué el Pretor (como magistrado de la más alta representación judicial) y después los Jueces, en tiempo del Imperio, acerca de si concurrían en cada caso las circunstancias prevenidas para la restauración del derecho por imperio de la equidad, de lo que Savigny llama la justicia considerada bajo un punto de vista más elevado y más libre.

Ese recurso, como hemos dicho, se concedía, no solo á los menores de 25 años lo mismo impúberos que púberos, constituidos en tutela ó bajo la patria potestad, si que á los ausentes, á los que habían sufrido violencia, miedo, error ó fraude en los contratos, á todas las corporaciones políticas, municipios, á la Iglesia y á los monasterios y á la misma República, esto es, á las personas jurídicas; éstas, según el cap. I DE *INTEGRUM RESTITUTIONIBUS*, IN *SEXTO* que forma parte del Derecho catalán, pueden acogerse á ese beneficio dentro del cuatrienio legal, desde el día en que experimentaron el perjuicio.

Hemos dicho que, por regla general, la restitución *IN INTEGRUM*

es un medio extraordinario (que nunca se da si el agravio se debe á caso fortuito: *CASUS NEMO PRESTAT*), pues, la otorgada al menor de 25 años es compatible con la *ACTIO TUTELÆ* que éste tiene contra su guardador. De manera que no se excluyen ambos medios judiciales, pero ese menor debe entregar aquello con que se haya enriquecido en el momento de la demanda dirigida contra el que hubiese contratado ó sus herederos en defecto, porque lo contrario pugnaría con la equidad, fundamento de la restitución *IN INTEGRUM*; recurso que tampoco se da contra otro menor contratante, á menos de que se hubiese enriquecido en él instante de promoverse la acción, por ser principio de derecho que «privilegio contra privilegiado no da privilegio».

Así como las personas jurídicas deben pedir la restitución dentro de los cuatro años de inferido el agravio, respecto del menor se cuenta este plazo desde que sale á la mayor edad, por ser también otro axioma jurídico, *CONTRA NON VALENTEM AGERE, PRESCRIPTIO NON CURRIT*. Pero según la ley 6.<sup>a</sup>, Código *DE REP VEL ABS. HERED* 6, 31, se prorroga hasta 7 años, desde que el menor cumple los 25, para que pueda adir la herencia paterna; adición que constituye en Derecho romano, un cuasi-contrato, mediante el que el heredero contrae, por ese hecho lícito refluente en su utilidad, la obligación de satisfacer los legados y de pagar las deudas que hubiere dejado su causante.

Adviértase que, según hace notar Savigny, el menor debe ser restituído contra todos los actos que le causen perjuicio, sin que la restitución pueda nunca aprovechar á su padre; que no cabe ese remedio contra las prescripciones de treinta años y las que excedan de esta fecha; que no está excluído por la aprobación que la autoridad judicial dé al acto jurídico; que puede deducirse contra la venta de un inmueble aprobada por un Tribunal, contra la *VENIA ÆTATIS* y contra el pago de una deuda judicialmente reconocida. Pero no es de olvidar que ese recurso no cabe cuando el menor se ha hecho pasar fraudulentamente por mayor, en el momento del acto; cuando aprueba éste ó lo ratifica después de haber llegado á la mayor edad ó verifica actos ulteriores á la *VENIA ÆTATIS* reveladores de esa tácita aprobación, ni cuando, después de cumplir los 25 años, renuncia, bajo juramento, á no reclamar la absolución del mismo, y si el daño reclamado proviniere de delito cometido por él.

Gran parte de este profundo sentir de Savigny lo vemos confirmado en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de Marzo de

1909, declaratoria de que el beneficio de restitución, vigente en Cataluña, no alcanza á permitir que, por virtud de una venta de bienes de un menor, realizada por su madre en el ejercicio de la patria potestad, previa autorización judicial y con la conformidad de otros interesados mayores de edad, se condene al comprador al resarcimiento del perjuicio inferido al interesado, bajo el supuesto de que el precio fué deficiente ó ínfimo; y menos si el hijo, que á lo sumo podía repetir contra su madre y solo, subsidiariamente, contra el comprador de la finca, ratificó la enajenación después de emancipado por el matrimonio.

No puede pedirse la restitución mas que una sola vez por el mismo acto, *NON BIS IN IDEM*; ni se da contra los padres del menor reclamante porque á esto se opone el estado de derecho creado por la relación paterno-filial.

Para concluir, es de recordar lo que dijimos al principio, de que el beneficio de restitución *IN INTEGRUM*, puesto que constituye una acción para reparar una injusticia que ha atentado al orden patrimonial, en el supuesto de que se demuestre, no de que se presuma, se transmite á los herederos del menor, quienes, como tales sucedáneos gozan de él, siendo mayores, hasta cuatro años después de aceptar la herencia, si su causante murió durante la minoridad, puesto que éste no podía, en tal situación, deducir su derecho. Si el menor falleció, siendo ya mayor de edad, también se cuenta dicho cuatrienio desde que el causante cumplió los 25 años, no desde la aceptación de herencia, á base de que tales herederos sean mayores de edad, porque, extinguida la acción respecto al perjudicado, por la circunstancia de su muerte no puede renacer. Pero si esos herederos son menores de edad, como lo fué su causante antes de morir, corre el cuatrienio desde el día en que fueron mayores, esto es, desde que pudieron deducir la acción; de manera que tales herederos se colocan en el lugar y derecho de su causante; falleciendo éste después de cumplir los 25 años y antes de los 29, aquéllos, cuando sean mayores de edad, tendrán el tiempo que á este último le faltaba para terminar el cuatrienio.

Hemos dicho que es supuesto jurídico para que los herederos puedan deducir con éxito la restitución *IN INTEGRUM*, el de que hayan aceptado la herencia, porque esta operación perfecciona en su último grado el título hereditario, provenga de la ley ó del testamento, hágase simplemente ó á beneficio de inventario. Esa aceptación revela la voluntad del sucedáneo, desenvuelta dentro de la ley,

de adquirir los derechos y cumplir las obligaciones del difunto, continuando la personalidad de éste.

Y como es grave el caso de restitución *IN INTEGRUM*, porque con el ejercicio de esta acción se destruye un estado de derecho para reponer el anterior, por imperio de la equidad exígesse esa aceptación de herencia por parte del sucedáneo, para que no quede ridiculizada la justicia, si éste, saliendo vencedor, renuncia ó repudia aquélla en uso de su derecho.

El Código civil, separándose del Derecho tradicional de Castilla, no reconoce ese beneficio de restitución *IN INTEGRUM*, aún cuando concede acciones, á virtud de ciertas causas, para invalidar los contratos por razón de nulidad ó de rescisión, así como concede á los menores sujetos á tutela, medios legales contra los tutores y vocales del consejo de familia que, por su malicia ó negligencia culpable, hubieren causado daños al sujeto á guarda (art. 312 del Código).

Durán y Bas, después de abordar, en su Memoria, la magna cuestión de si debe subsistir ó no el beneficio de restitución *IN INTEGRUM* dice que, «mientras no haya uniformidad en condenar como perjudicial este remedio ó se haya introducido en el sistema jurídico tal conjunto de precauciones que los derechos é intereses del menor queden amparados sin necesidad de la restitución, debe ésta conservarse, y en Cataluña respetarse lo que sobre este beneficio, los casos en que compete, las condiciones necesarias para su ejercicio, el tiempo de su duración y las personas contra quienes no se puede utilizar, establece el Derecho romano, etc.»

La ley Hipotecaria, dada para asegurar el dominio y garantizar el crédito territorial sobre los bienes inmuebles y derechos reales, ha introducido profunda modificación en el Derecho civil, no concediendo contra tercero, (núms. 5 art. 38), cualesquiera acciones que las leyes ó fueros especiales concedan á determinadas personas para rescindir contratos en virtud de causas que no consten expresamente de la inscripción. Entre estas acciones se comprende la del beneficio de restitución *IN INTEGRUM*, incluida, con este nombre, en el núm. 6.º del art. 36 de la anterior ley Hipotecaria.

Para terminar, importa decir que, según Sent. de 20 de Octubre de 1866, es doctrina legal admitida y constituye regla de jurisprudencia en Cataluña, que los menores púberos, huérfanos de padre y faltos de curador pueden obligarse validamente, á quienes corresponde el beneficio de la restitución *IN INTEGRUM* por el daño que hayan sufrido con el contrato, así como también son de citar las

sentencias del Tribunal Supremo de 11 de Marzo y 6 de Julio de 1889, declaratorias: la primera, de que no desconoce el beneficio de restitución otorgado á los menores por Justiniano en la ley 2.<sup>a</sup>, título XXVIII, lib. XI del Código, sobre las ventas fingidas y las insidias de los guardadores, la sentencia que desestima la solicitud de restitución, por intentarse fuera del plazo legal; y la segunda, que es valida la transacción otorgada en documento privado por un menor, sin que el fallo que así lo diga infrinja las leyes 6.<sup>a</sup>, tít. XIX, lib. III de la Instituta, DE INUTILIBIS STIPULATIONIBUS; 1.<sup>a</sup> título XI, lib. II de las Constituciones de Cataluña; 38, tít. IV lib. II DE TRANSACTIONIBUS y 4.<sup>a</sup> tít. XVII, lib. V DE PREDIIS ET ILLIS REBUS MINORUM del Código de Justiniano, si aquél obró como mandatario de su padre, entregando á la otra parte la suma porque se comprometiese á separarse de un pleito sostenido con el segundo.

Existiendo la restitución IN INTEGRUM en Cataluña, cuyo régimen jurídico directo y supletorio se halla respetado por el art. 12 del Código civil, y no reconociéndola este cuerpo legal, es evidente que pueden resultar verdaderas colisiones de derechos por consecuencia de contratos que los aforados y no aforados celebren, cuando no sean de aplicación á los mismos, por referirse á bienes muebles y obligaciones personales, las prescripciones de la ley Hipotecaria. Y surgiendo esas colisiones habrá que resolverlas en favor del aforado si es quien sufrió el agravio, por cuanto ese beneficio entra en el orden del estatuto personal que regula el estado, condición y capacidad de los individuos.

En interés de la contratación, para que se respete el estado de derecho creado por todo acto jurídico en el que la voluntad se desenvuelve con su majestad é imperio y á fin de que no surjan esas colisiones, dentro de un mismo país, nos pronunciamos en contra de la restitución IN INTEGRUM, considerando preferidos á este remedio estatuido en el Derecho antiguo, los recursos ó acciones establecidas en el Código civil, bien que éste es deficiente en el aseguramiento de los intereses de los menores que sufran lesión por actos de sus guardadores y de los consejos de familia, pues si los primeros tienen fanza, caso de no estar revelados de ella, los segundos no la prestan; y sus vocales pueden ser insolventes; con lo cual el menor se ve privado de alcanzar las indemnizaciones á que sea acreedor.

Según Sent. de 21 Abril 1892, es válido el contrato otorgado por un mayor de 20 y menor de 25 años, desprovisto de curador,

sin perjuicio del recurso de restitución *IN INTEGRUM* y sin que puedan considerarse infringidas las leyes 3.<sup>a</sup>, tít. XXII., lib. II del Código y 1.<sup>a</sup> del DIG., *DE MINORIBUS*.

### De la venia de edad

Con el fin de sacar á los menores de la curatela, dándoles la libre administración de sus bienes, el Derecho romano concedió á los que no alcanzaban la edad de 25 ó 18 años, según su sexo, el que pudiesen ser declarados mayores por un decreto del Soberano, con lo cual quedaban privados de la restitución *IN INTEGRUM* por todos los actos posteriores á dicha disposición.

No obstante, se concedía la restitución contra la obtención de la *VENIA ÆTATIS*, pues como dice Savigny, la demanda se remonta á una época en que la menor edad existía sin modificación alguna.

La ley de 14 de Abril de 1838 estableció, como una de las llamadas «gracias al sacar», la dispensa de edad para administrar los bienes, ley que tuvo carácter general y obligatorio, y por tanto, rigió en los territorios aforados, y que ha sido modificada por los artículos 322 y 323 del Código civil, que constituyen la legalidad vigente en la materia.

Lo que antes era facultad retenida del Soberano, constituye, al presente, facultad delegada del mismo en el Poder judicial.

Con efecto; no basta que el consejo de familia del menor, huérfano de padre y madre, le otorgue ó conceda el beneficio de la mayor edad, apreciando para esto el grado de sus aptitudes y experiencia en orden al gobierno de su persona y administración de sus bienes, es preciso, además, que se instruya el debido expediente, se oiga en él al Fiscal representante de la ley y que el Presidente de la Audiencia Territorial apruebe esa concesión, que equivale á la prerrogativa del Soberano atribuida por la ley de «gracias al sacar», á base siempre de que el tutelado sea mayor de 18 años, sin distinción de sexo, consienta en la habilitación y ésta le sea conveniente, la cual deberá hacerse constar en el Registro de tutelas y en el civil, como prescribe el art. 322 del Código.

Entre la emancipación voluntaria y la habilitación de edad, instituciones que existen en todos los territorios de España, median analogías y diferencias; por la primera se sale de la patria potestad; por la segunda, de la protección tutelar; pero el estado de derecho



constituido por ambas, no concluye en absoluto; quedan en situación potencial protecciones en beneficio del menor, que ha de tener, por lo menos, 18 años, y tan cierto es esto que, aún cuando el hijo de familia ó el ex-tutelado pueden regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, hasta que lleguen á ella no pueden tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles (el art. 317 del Código no dice «enajenar», vocablo que se emplea en el párrafo último del art. 59 del mismo) sin el consentimiento de ciertas personas, una de las cuales es la de un tutor, como tampoco les es permitido comparecer en juicio sin la asistencia de aquéllas.

En nuestra obra «Derecho Hipotecario y Notarial» comentamos el art. 317 del Código y sostenemos, en contra de la opinión de Manresa, que al emancipado, huérfano de padre y madre, se le ha de proveer, no de un curador *AD LITEM*, por el Juez, sino de un tutor para que le pueda prestar el consentimiento, en los casos arriba especificados, sin que esa tutela tenga carácter permanente y orgánico, sí que transitorio, especial, individualizado, obrando el guardador por sí, sin necesitar autorización alguna del consejo de familia cuando preste el consentimiento al menor en los contratos ó le asista en juicio; pero como quiera que el nombramiento de tutor dativo y la posesión de éste, así como del testamentario y del legítimo no corresponde hoy hacerlo á la autoridad judicial y sí al consejo de familia, creemos que este organismo se ha de constituir, siquiera para ese especial objeto.

No decimos igual, tratándose del habilitado de edad, pues como quiera que antes se hallaba sujeto á tutela orgánica, con su consejo de familia, tutor y protutor, basta que el segundo de éstos (aún cuando ha cesado por tal habilitación en el cuidado de la persona y administración de los bienes del menor) preste, de no haber otro, el consentimiento y asistencia exigidos por el art. 324 en relación con el 317 del Código civil.

Por algo hemos dicho que la emancipación voluntaria y la habilitación de edad no atribuyen á los menores entera capacidad legal en orden al régimen de su patrimonio, por cuanto la ley, á fin de que no sean víctimas de su falta de experiencia, les provee de especiales y transitorias protecciones, según queda demostrado en esta breve exposición.

FIN DEL TOMO PRIMERO

## ERRATAS

Hemos podido notar las siguientes, sin perjuicio de alguna que se nos haya escapado y que seguramente rectificará el buen criterio del lector.

PÁGINA	LÍNEA	DICE	LÉASE
XXV	11	Montesquien	Montesquieu
XXV	21	canción	caución
LXIII	21	niegue	siegue
LXXV	1	Mami	Manú
6	19	Arau	Arán
6	20	Ausona	Ansona
10	penúltima	Pard.	Part.
57	35	in terpretar	interpretar
65	última	<i>dordio</i>	<i>d'ordio</i>
70	12	DE DE	DE
119	epígrafe	QUE NO PUEDE	QUE PUEDE
148	epígrafe	DEL «EXCREIX» DEL «AIXOVAR»	DEL «EXCREIG», DEL «AIXOVAR»
148	32	<i>excreix</i>	<i>excreig</i>
149	33	<i>excrex</i>	<i>excreig</i>
150	16	<i>excrex</i>	<i>excreig</i>
160	22	pues en tales	pues tales
169	5	fraternal	paternal
180	9	DE RECONG.	DEL RECOGN.
182	26	devolviéndolo	devolviéndola
184	15	hipotecario, para	hipotecario para
190	35	tendrá	tendrán
172	21	al caso á	al caso en
173	29	forma é que él	forma, aquél
200	18	<i>heren</i>	<i>herén</i>
201	5	respecto	respecto
219	penúltima	grandezas	larguezas
226	última	acorvo	acervo
230	primera	La Constitución llama	Las Constituciones llaman
232	38	NUPCIAS	NUPTIAS
235	1	NUPCIAS	NUPTIAS
236	4	moros ó otro	moros otro
236	35	legisiación	legislación
237	22	consentimisnto	consentimiento
237	38	han modificado	ha modificado
252	7	un que tanto	un tanto
295	8	AGN	AGN.

# ÍNDICE

## PROEMIO (Filosofía, historia é instituciones)

	Páginas		Páginas
Proemio .....	V	De los heredamientos .....	LXVIII
Criterio del Derecho .....	VI	De la viudedad .....	LXXIV
Impropiedad de la palabra «Derecho foral» .....	IX	Vizcaya .....	LXXV
Historia exter- na del Dere- cho foral ..	Cataluña .....	Navarra .....	LXXV
	Aragón .....	Aragón .....	LXXXVII
	El justiciazgo aragonés ..	Cataluña .....	LXXXI
	Navarra .....	Baleares .....	LXXXIV
	Vizcaya .....	Consorcio foral .....	LXXXV
	Baleares .....	De la sociedad tácita fami- liar .....	XC
	Valencia .....	Sociedad legal continuada ..	XCII
Galicia .....	Critica de estas institucio- nes .....	XCIV	
Derecho foral supletorio ..	XL	Derecho de troncalidad ..	XCV
De la codificación .....	XLIX	Conclusión .....	XCVII
Libertad de testar .....	LVII		

## CAPÍTULO I (Fuentes del Derecho foral)

Indicaciones preliminares .....	1	Alava .....	8
Aragón .....	3	Guipúzcoa .....	8
Cataluña .....	4	Galicia .....	8
Prelación en el Drcho. canónico	4	Baleares .....	9
Idem en el Derecho romano ...	5	Artículos del Código vigentes, no comprendidos en los títu- los preliminar y IV .....	9
Lérida .....	5	Fuero de Baylío .....	10
Tortosa .....	5	Fuero de Vicedo ó Eviceo .....	10
Tarragona, Gerona, etc .....	6		
Navarra .....	6		
Vizcaya .....	7		

## CAPÍTULO II (De las leyes, de sus efectos y de las reglas para su aplicación)

Razón del plan .....	11	De la ignorancia de la ley .....	15
De la ley .....	11	Retroactividad de la ley .....	16
Generación de la ley .....	12	De los actos contrarios á la ley ..	18
Clasificación de las leyes .....	14	Renuncia de derechos .....	19
Cualidades de la ley .....	14	Renuncia de la ley .....	20

	Págs.		Págs.
Imperio de la ley.....	22	Idem del 13.....	51
Aplicación de la ley.....	25	Idem del 14.....	51
Interpretación de la ley.....	29	Juicio acerca del art. 13.....	52
Cómputo del tiempo.....	34	Artículo 16.....	58
Reglas de Derecho internacional	35	Critica del título preliminar del	
Examen del art. 12.....	43	Código.....	59

### CAPÍTULO III (De las personas)

De los aforados y no aforados..	61	Aragón.....	64
Cataluña.....	62	Navarra.....	64
Tortosa.....	63	Vizcaya.....	64
Baleares.....	63	Vecindad forana.....	65

### CAPÍTULO IV (Del nacimiento y extinción de la personalidad civil)

De las personas naturales.....	67	De otras restricciones de la ca- pacidad.....	73
Extinción y restricciones de la personalidad.....	70	Presunción de muerte.....	74
Régimen foral.....	71	De las personas jurídicas.....	75
		De la extinción de éstas.....	77

### CAPÍTULO V (Del domicilio)

Punto único.....	79
------------------	----

### CAPÍTULO VI (Del matrimonio)

Idea general.....	81	Actos y contratos prohibidos á la mujer casada.....	113
De las formas de matrimonio..	83	Forma de la licencia.....	118
Disposiciones comunes á las dos formas de matrimonio.....	84	Actos y contratos que puede la mujer otorgar sin licencia de su esposo.....	119
De los esponsales.....	85	Consideración social de la mu- jer casada.....	122
Prohibiciones para contraer ma- trimonio.....	86	Impugnación de los actos y con- tratos otorgados por la mujer casada.....	122
Consejo paterno.....	92	Efectos civiles de las demandas y sentencias sobre nulidad del matrimonio y sobre di- vorcio.....	126
Prueba de la obtención de la li- cencia ó del consejo.....	93	Del matrimonio canónico.....	133
Sanciones.....	95	Conclusión.....	135
Inexistencia y disolución del matrimonio.....	99		
De la prueba del matrimonio...	100		
De los derechos y obligaciones entre marido y mujer.....	102		
Examen del art. 59.....	104		
Capacidad legal de la mujer ca- sada.....	107		

## CAPÍTULO VII (Régimen económico-familiar)

Idea general..... 136

## ARAGÓN

Capitulaciones matrimoniales... 142

Dote..... 145

Donaciones «propter nuptias».. 147

Del «excreig», del «aixovar» y  
de la firma de dote..... 148Derechos de la mujer y del ma-  
rido en la dote..... 152

Capital privativo del marido... 156

Gananciales..... 156

División de bienes entre el cón-  
yuge viudo y los herederos  
del difunto..... 158

Aventajas forales..... 159

Bienes excluidos del cúmulo di-  
visible..... 160

De la sociedad continuada..... 161

## CATALUÑA

## (Derecho general)

Capítulos matrimoniales..... 164

Donaciones esponsalicias..... 164

De la «joya»..... 166

Dote..... 166

Forma de la constitución dotal. 170

Bienes en que debe consistir la  
dote..... 173Comparación del Derecho cata-  
lán con el común..... 174

Efectos jurídicos de la dote... 177

Enajenación de los bienes dota-  
les inestimados..... 178

Restitución de la dote..... 180

Forma y plazo para restituir la  
dote..... 181

Opción dotal..... 184

Del esponsalicio..... 186

Donació feta per noces..... 187

Tantundem..... 188

De la tenuta..... 188

Obligaciones de la tenutaria... 192

Prohibiciones..... 192

Extinción del derecho de tenuta. 193

Garantía del derecho de tenuta. 193

Aixovar..... 194

Estipulaciones entre los cónyu-  
ges..... 195

De los heredamientos..... 197

Del heredamiento absoluto.... 198

Heredamientos preventivos.... 202

Idem prelativos..... 203

Parafernales..... 206

De las donaciones entre los cón-  
yuges constante el matrimo-  
nio..... 212

## CATALUÑA

## (Derecho local)

## TORTOSA

Sistema de asociación ó her-  
mandad..... 216

Sistema dotal..... 218

Sistema de matrimonio sin dote  
ni pacto de hermandad..... 223

De otros derechos de la viuda. 224

Joyas, vestidos y ropas de la  
mujer..... 225

CAMPO DE TARRAGONA..... 225

GERONA..... 229

VALLE DE ARÁN..... 230

VICH..... 231

## NAVARRA

Capitulaciones matrimoniales.. 231

Donaciones «propter nuptias».. 232

Arras..... 233

Dote..... 233

Parafernales..... 235

Gananciales..... 235

VIZGAYA..... 236

BALEARES..... 240

EXTREMADURA..... 241

## GALICIA

Sociedad gallega..... 243

## CAPÍTULO VIII (De la paternidad y filiación)

De la legitimidad de los hijos . . .	245	De la legitimación . . . . .	251
Filiación ilegítima . . . . .	246	Navarra . . . . .	252
Aragón . . . . .	246	Vizcaya . . . . .	253
Cataluña . . . . .	248	Baleares . . . . .	254

## CAPÍTULO IX (Régimen jurídico-familiar)

PATRIA POTESTAD . . . . .	255	Vizcaya . . . . .	274
Aragón . . . . .	257	Baleares . . . . .	274
Cataluña . . . . .	258	DE LA EXTINCIÓN DE LA PATRIA	
Peculios . . . . .	261	POTESTAD . . . . .	274
Navarra . . . . .	264	De la mayor edad	
Vizcaya . . . . .	265	Aragón . . . . .	275
Baleares . . . . .	267	Cataluña . . . . .	275
MODOS DE ADQUIRIR LA PATRIA		Navarra . . . . .	279
POTESTAD . . . . .	267	Vizcaya . . . . .	279
Aragón . . . . .	267	Baleares . . . . .	279
Cataluña . . . . .	268	De otras emancipaciones . . . . .	280
Navarra . . . . .	272	Emancipación voluntaria . . . . .	283

## CAPÍTULO X (De los alimentos entre parientes)

Idea general . . . . .	287	Vizcaya . . . . .	293
Aragón . . . . .	288	Cuantía de los alimentos y for-	
Cataluña . . . . .	290	ma de satisfacerse . . . . .	294
Navarra . . . . .	291		

## CAPÍTULO XI (De la ausencia)

Concepto y clases . . . . .	297	De los efectos de la ausencia	
De la presunción de muerte del		relativamente á los derechos	
ausente . . . . .	301	eventuales del ausente . . . . .	305

## CAPÍTULO XII (De la tutela)

Idea general . . . . .	307	Navarra . . . . .	331
Problema . . . . .	307	Vizcaya . . . . .	332
Aragón . . . . .	311	Baleares . . . . .	333
Cataluña . . . . .	315	Del consejo de familia . . . . .	333
Obligaciones de los tutores . . . . .	320	Del beneficio de restitución IN	
Del ejercicio de la tutela . . . . .	321	INTEGRUM . . . . .	338
Extinción de la tutela . . . . .	327	De la venia de edad . . . . .	344
Rendición de cuentas . . . . .	328		
ERRATAS . . . . .			346

# ADVERTENCIA

Esta obra se compone de dos tomos, al precio de DIEZ PESETAS cada uno. El segundo, que tendrá iguales ó más páginas que el presente, se halla en prensa y comprende las instituciones forales relativas al régimen general de la propiedad y á los ordenes sucesorio y de obligaciones, en relación todo ello con el Código civil, cuyas disposiciones se comentan, haciéndose un estudio de legislación comparada del Derecho privado español, ilustrado con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de la Dirección general de los Registros hasta el 31 de Diciembre de 1911.

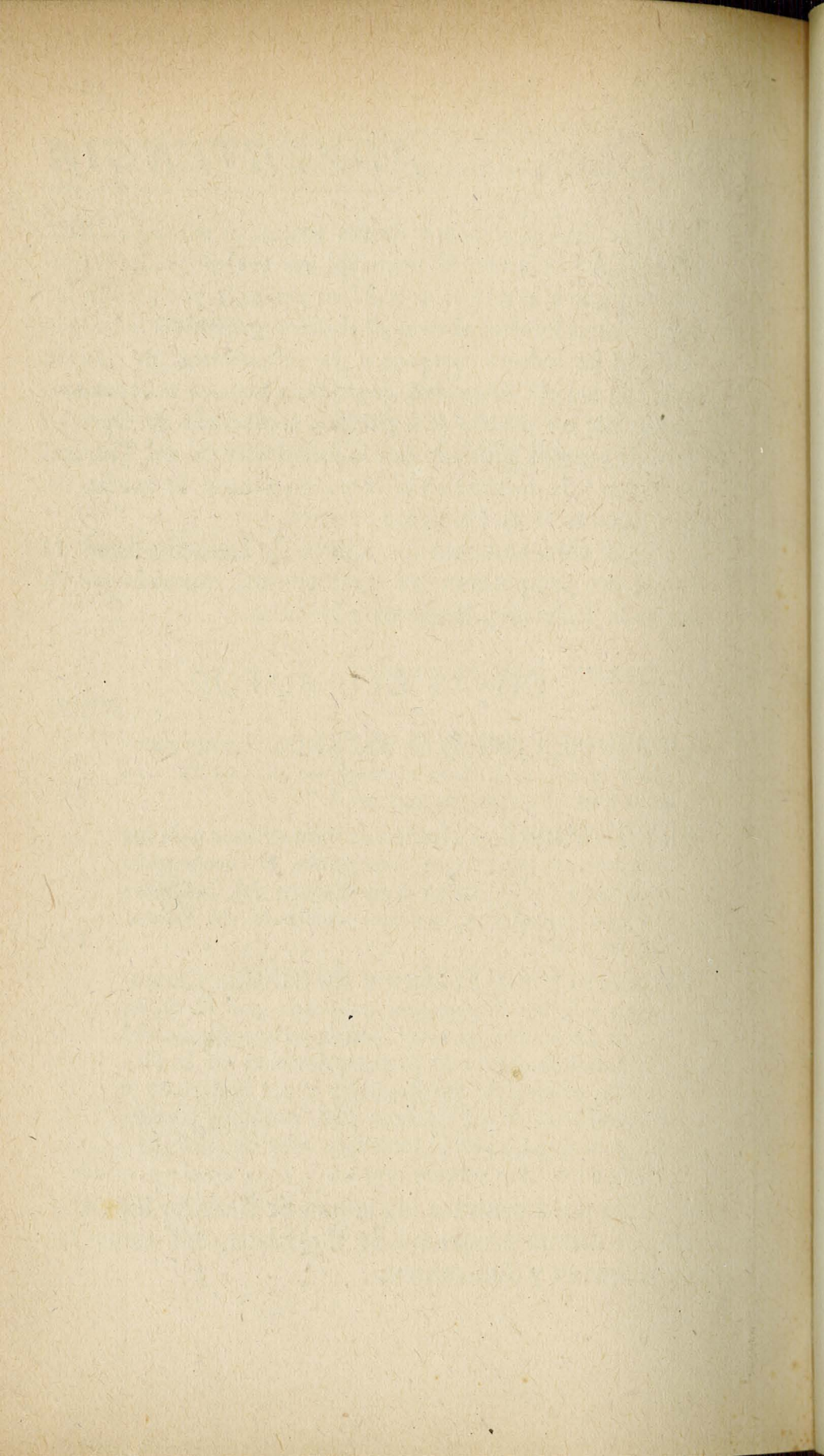
Esta obra contesta los temas de Derecho foral de todos los programas de oposiciones, especialmente de los de la Judicatura, Registros y Notarías.

## OBRAS DEL AUTOR

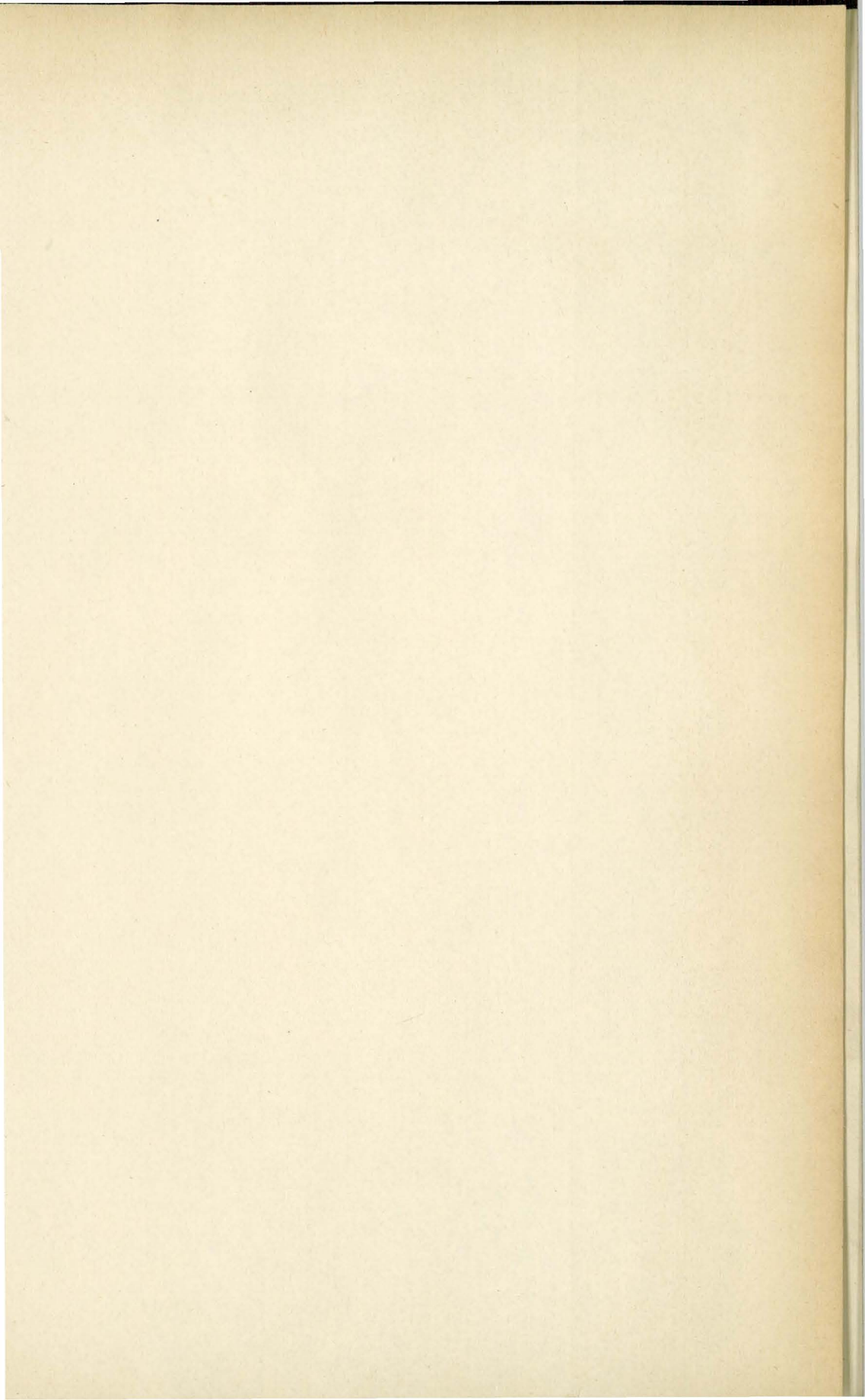
PESETAS

<b>CÓDIGO DE COMERCIO ESPAÑOL.</b> Jurisprudencia y leyes extranjeras en materias de cambio (un solo tomo de 400 páginas en 4.º . . . . .	5
<b>EL NOTARIADO.</b> (Colección de monografías para los respectivos temas que comprendía el cuestionario publicado por la Junta organizadora del Congreso nacional español de Notarios, celebrado en Valencia en 1909). . . . .	1'50
<b>DERECHO HIPOTECARIO Y NOTARIAL.</b> Comentarios á la ley Hipotecaria publicada por R. D. de 16 de Diciembre de 1909, con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado y disposiciones de los Códigos civil, penal, de comercio y de otras leyes (4 tomos de más de 400 páginas en 4.º á 6 pesetas uno . . . . .	24

Esta obra contesta los temas de Derecho hipotecario del último programa de Registros, así como los de Notarías y Judicatura.









3 vols.

180 €

30.000r

002490





