
CAPÍTULO VI

De la propiedad dividida

Idea general

Vamos á estudiar tres instituciones cuya conveniencia es discutida, á saber: la enfiteusis, el derecho de superficie y los foros.

Habiendo tratado del dominio pleno ó completo que representa el *sumum* de poder del hombre sobre la cosa para obtener de ella su utilidad, cúmplenos estudiar aquí lo que al medio dominio se refiere, valga la palabra. La primera institución que se nos presenta con la ejecutoria del Derecho romano y que fué en España un poderoso auxiliar de la Reconquista, es la enfiteusis que el emperador Zenón supo separar de los contratos de compraventa y arrendamiento, dándole carácter propio y regulándola de manera compatible con el estado jurídico propio de aquellos tiempos, y que no puede confundirse con el feudo, por cuanto á éste lo caracterizaba un lazo personal del vasallo con el señor.

En Roma existió el *AGER PUBLICOS* y el *AGER PRIVATUS*; el primero, que era el de la República, lo constituían los terrenos conquistados á los vencidos, los cuales fueron objeto de *POSSESIONES*, ó eran entregados á aquéllos con el fin de que los roturasen y cultivasen para que dejaran de ser yerbos y pudiese el Fisco percibir una prestación económica.

La enfiteusis, que tendió en un principio á satisfacer una necesidad de los pueblos conquistadores y guerreros y recaía en tierras no roturadas, fué después un medio saludable de fomentar la agri-

cultura y la urbanización y se aplicó á las propiedades que ya habían recibido con el cultivo el beso fecundo del trabajo.

No puede negarse que el feudalismo fué un hecho general que durante un largo período dominó á la sociedad española cuando el vínculo del vasallaje exigía la correspondencia y el apoyo mútuo de los elementos sociales en estado de disolución, sin un centro, el Poder público, que los atrajera y trazase el radio de su acción. Como dice Alonso Martínez «se enfeudó la Monarquía, se enfeudó la Iglesia y en suma la feudalidad estampó su sello en casi todas las instituciones de la Edad media, aún las menos afines y las más heterogéneas». Nada de extraño tiene, pues, que al régimen jurídico de la propiedad y especialmente á la economía agraria, necesitada de estímulos y apoyos, llegaran, con el lazo señorial del vasallaje, los efectos del feudalismo que, como advierte Guizot, confundió la jurisdicción con la tierra.

En Cataluña, donde la civilización romana ejerció poderosísima influencia en el moldeamiento de su régimen jurídico, halló acogida la enfiteusis porque (razón geográfica) el territorio del antiguo principado, por lo general áspero y fragoroso, como dice Madoz, requería un cultivo intenso, y solo podía conseguirse elevando el bracero á la condición de colono en la esperanza de llegar á ser propietario. Y como en Cataluña apenas si hubo dominación agarena, y en cambio, por su proximidad á Francia recibió la influencia del régimen feudal, no es maravilla que la acción de este poder modificase la institución que nos ocupa, dándole mayor arraigo del que tuvo en Roma y en los demás territorios españoles.

Leyendo la Cons. 18.^a se ve, como dice Corbella, en su «Memoria acerca de la Historia jurídica de las diferentes especies de censos», que existieron muchas relaciones entre el feudo y la enfiteusis, no obstante constituir dos contratos independientes que, aunque unas veces aparecían juntos, otras estaban separados, pues ni todos los feudos tenían carácter enfiteútico ó de perpétuo *acapte*, ni todas las enfiteusis presentaban carácter feudal. Precisamente debido á esa aparente confusión entre esos institutos jurídicos, se ofrece difícil y escabrosa la materia objeto de nuestro estudio, y principalmente cuando se la pone en relación con el Derecho público moderno, una de cuyas conquistas fué en España la ley de Señoríos que abolió las llamadas prestaciones personales y redujo el laudemio, siendo de consignar, para honor de la Sent. arbitral dictada en 1486 por el Rey D. Fernando, que por ella fueron proscritas

tos los malos usos que existían en la vieja Cataluña; tales como los *remensa personal, intestia, porquia, engucia, arcia y ferma despoliforada*; esta última era el conocido derecho de *pernada*.

Llamada á juicio la enfiteusis para juzgarla con criterio de razón ayuno de prejuicios, una vez despojada de ese carácter feudal, é interrogada para que nos diga el bien y el daño que ha reportado, nos responde que, á sus favores, llegaron á conciliarse la tierra, el capital y el trabajo, recibiendo alientos y prosperidad la Agricultura con la roturación de terrenos yermos y cenagosos, como la Albufera de Valencia, en los que se enseñoreaba la pobreza y la muerte; que redimió al proletariado rural, sacándole de la servidumbre de la gleba é impidió, en lo posible, el latifundismo, aumentando el número de propietarios; que facilitó, en mérito de los contratos, á la sombra de las leyes y con la satisfacción no siempre de prestaciones económicas, el desarrollo de la propiedad estancada; que fué un dique contra las vinculaciones y los fideicomisos perpétuos, y que, cuando la propiedad eclesiástica, por lo extensa, debía estar amortizada, ella remedió este inconveniente, poniéndola, de soslayo, en el torrente circulatorio de la riqueza, por cuyo motivo el ilustre Jovellanos propuso en su luminoso informe sobre la Ley Agraria, que debía permitirse á los poseedores de mayorazgos que pudiesen dar, en forma de establecimientos, los bienes en que consistían. Y por si esta exculpación á los cargos que se le hacen mereciera ser avallada, se acoje á la autorizada opinión de D. Gumersindo de Azcárate, cuyo tratadista dice que, «aún cuando la tendencia manifiesta de las legislaciones modernas es hacerla desaparecer, no por esto ha perdido ya su razón de ser, ni deja de prestar en sus modos antiguos utilidad alguna para su aplicación futura».

Cierto que muchos Códigos europeos y americanos no la admiten, pues han seguido la doctrina liberatoria de la propiedad, irradiada del Código de Napoleón, enemigo de todo lo que implicaba poder feudal incompatible con los postulados del Derecho público moderno; pero, despojada la enfiteusis de algunos derechos que las circunstancias de la época le atribuyeron, no merece la censura que le dirigen D. Francisco de Cárdenas y el Sr. Sánchez Román, ni menos hay derecho á achicarla, como lo hace Leher, al decir que el señor directo solo guarda las insignias de la propiedad por excelencia: reina pero no gobierna; y si bien el arrendamiento le ha sustituido en gran parte, revistiendo carácter real con su inscripción, no tiene la virtud de elevar al arrendatario al rango y consideración de due-

ño, lo que puede alcanzar el enfiteuta mediante la redención del censo.

Opinamos con el Sr. Azcárate que «la enfiteusis está llamada á facilitar en los tiempos futuros la lenta, justa y pacífica transformación de la propiedad, convirtiendo á los colonos ó arrendatarios en propietarios». Que esta tendencia se abre paso en la política económica, enemiga del latifundismo, lo demuestran las leyes y los proyectos de colonización interior, que preocupan á los gobiernos y anhela el país, tendentes á desesperar la tierra dura, seca y con abrojos, disponiéndola á recibir la acción fecundante del trabajo, símbolo de vida y á cortar la emigración, á diario en aumento, como sangría abierta y abundante de la patria, debiendo hacerse justicia á Cataluña donde ese ideal de Azcárate se ha venido cumpliendo, pues allí la propiedad enfiteútica, tanto en el pasado como en el presente, ha sido, como advierte el eximio Durán y Bas, un hecho real colmado de tan halagüeños beneficios. El brazo del labriego catalán no se aquila ni en las fermas argelinas ni en las pampas americanas.

Concepto de la enfiteusis según el Código

Desde dos puntos de vista debe ser estudiada esta institución; como una de las formas de la propiedad dividida atribuyendo derechos reales á las personas interesadas, que son el establente, si es el dueño de la finca al constituirla, ó el señor directo de una parte, y el señor útil ó enfiteuta de otra; ó como contrato consensual del que se derivan derechos y obligaciones exigibles y cumplideras si no se oponen á la ley, á la moral y al orden público.

La enfiteusis, palabra que significa plantación ó cultivo de lo no plantado ó inculto, atribuye al señor directo el derecho de exigir del enfiteuta el pago del canon en equivalencia al dominio útil que le transmite; á percibir en su caso el laudemio; á usar del derecho de comiso cuando procede; exigir el reconocimiento del censo para que no prescriba y utilizar el tanteo y el retracto como maneras de consolidación de los dominios divididos. Y respecto del enfiteuta, le atribuye el dominio útil de la finca rústica ó urbana objeto de establecimiento, así como los derechos de tanteo y de retracto, no utilizables, lo mismo que si los ejercita el censalista, menos en el caso de enajenaciones forzosas por causa de utilidad pública.

Debe constituirse en escritura pública (veremos luego lo que

respecto de este punto prescribe el Derecho catalán) y su especie más frecuente es el contrato que, para perjudicar á tercero, debe inscribirse en el Registro de la propiedad, conforme á los arts. 2.º y 23 de la ley Hipotecaria, debiendo fijarse en aquel documento, bajo pena de nulidad, el valor de la finca, por representar ésta el capital del censo, así como el importe de la pensión anual.

Y puesto que la enfiteusis representa dos derechos reales actuando sobre la misma cosa, llamados dominio directo y dominio útil, que son resultado de la relación jurídica establecida por el censualista y el censatario, el primero puede disponer de su derecho por actos intervivos y mortis causa, á título universal ó lucrativo (lo cual también le es permitido hacer al segundo); si dispone por título de herencia, tiene que dejar á salvo los derechos de aquél, si por donación ó permuta debe ponerlo en su conocimiento, y si por venta ó dación en pago, debe darle aviso sobre el precio y condiciones de la enajenación, para que pueda percibir el laudemio y usar del derecho de tanteo, prerrogativas estas que son algo más que insignias de la propiedad, al decir de Leher, verdaderas trabas puestas á la transmisión de la cosa, en debido respeto y consideración á tal establecimiento jurídico.

Y como al censualista y al censatario les trae provecho la posesión y disfrute de la finca, supuesto real de sus relaciones, el segundo viene obligado á poner en conocimiento del primero los actos que perturben su derecho, que sean resultado de demandas, para que salga á la evicción, so pena de no poder reclamar la indemnización.

Son causas extintivas de la enfiteusis la pérdida total de la finca y la prescripción; además se registran la de redención del censo, exigida por el principio moderno llamado de libertad del mueble, la de consolidación ó reunión de ambos dominios, haciendo que la propiedad dividida torne á ser propiedad completa y absoluta; el comiso constituido por la atracción del dominio útil al directo por causa de morosidad del enfiteuta en el pago de las pensiones, y por la muerte de este último sin haber dispuesto de la finca y sin dejar herederos dentro del sexto grado, ni cónyuge, por respeto á lo que llamaríamos el poder latente del señorío directo, haciendo que se le incorpore jurídicamente el útil, antes que vaya á parar al Estado.

Estas son las líneas generales de la enfiteusis cuya institución vamos á estudiar dentro de la

Legislación foral

ARAGÓN

Los fueros y observancias tratan de la enfiteusis dándole el nombre de tributación. Este derecho presenta en aquella legislación caracteres análogos á los señalados por la general, y como entre ambas existen algunas variantes, cúmplenos señalarlas.

Su título de adquisición es el contrato, la prescripción y la herencia. Revistiendo la forma contractual debe constar en escritura pública é inscribirse en el Registro de la propiedad para que perjudique á tercero, que es lo dispuesto en el art. 1.628 del Código civil que, como el 1.629, 1.630, 1.631 y 1.632 del mismo, son aplicables en aquel territorio, ó mas claro, que ese cuerpo legal rige desde luego allí, en cuanto no se oponga á su régimen jurídico escrito y consuetudinario, exactamente igual que en las Islas Baleares.

El enfiteuta viene obligado á conservar la finca en buen estado; si no lo hace, dice Lisa, pierde el dominio útil; pero como esto no lo prescribe el Fuero, por muy respetable que sea esa opinión así como la de Molino y Portolés, no vemos que, faltando costumbre, pueda ello, al presente, prosperar, dado que no constituye uno de los modos extintivos del derecho del enfiteuta, expresados en el Código civil. Y á fe que el Derecho aragonés es, por otro lado, más expansivo que el propiamente castellano, porque, á tenor de la Observancia 23, el censalista puede enajenar la finca tributaria sin ponerlo en conocimiento del señor directo; ni satisfacer á éste el derecho de laudemio, y ni la traba de fadiga ó tanteo, pues la finca se transmite con la carga del censo y basta con esto para que el señor directo tenga asegurado el percibo del canon y pueda hacer uso del comiso si no se le paga el correspondiente á los dos años, según disponen el Fuero único y Observancia 1.^a DE JURE EMPHYT. y 23 DE GENER. PRIVIL., comiso que, según la primera de dichas observancias, no exime del pago de las pensiones atrasadas.

El laudemio ó luismo solo existe si se ha pactado expresamente (Ob. 23 antes dicha) que es precisamente lo dispuesto en el artículo 1.644 del Código; éste añade que si al pactarlo no se hubiera señalado cantidad fija, esta consistirá en el 2 por 100 del precio de la enajenación. Creemos que ese artículo es aplicable á Aragón, si no se opone á la costumbre allí establecida. En la permuta de la

finca tributaria no se adeuda el laudemio. El señor directo puede exigir su pago de cualquiera que la posea sin necesidad de dirigirse contra el comprador ó vendedor.

El señor útil puede exigir del usufructuario del dominio útil la entrega con quince días de antelación al vencimiento del tributo, del recibo del pago del canon al señor directo, so pena de extinción del usufructo (Fuero DE USUFRUCTO ET JURE EMPHIT., lib. 3.º) y según se deduce del cap. 2.º DE RES ET DES TREBUDOS del Fuero, ese recibo ha de acreditarse por carta ó escritura. El objeto de esto no puede ser otro que prevenir que caiga la finca en comiso. El censo enfiteutico es, según algunos fueristas, imprescriptible, pero lo son las pensiones de 30 ó 40 años, tiempo señalado para la acción mixta, real y personal. La opinión de los escritores modernos es que prescribe el capital del censo, toda vez que no existe en aquel derecho especial disposición contraria á esto, ni la costumbre en que se apoyan los que afirman lo contrario es tan indiscutible como se cree; de modo que al Código civil hay que acudir en este punto.

Para terminarlo réstanos decir que, á falta de escritura pública puede hacerse el reconocimiento de la enfiteusis por medio de otra llamada *antípoca*.

El *troudo* es una especie de censo enfiteutico, pero, según Gutiérrez, se infiere de algunas sentencias (31 de Julio de 1846, 14 de Febrero de 1848) que puede ser también prestación señorial; éstas quedaron abolidas á primeros del siglo XIX.

CATALUÑA

En la legislación de este país vemos perfectamente distinguida la enfiteusis como una forma de la propiedad dividida, constituida por los dos medios dominios que se corresponden, expresada con la palabra *acapte*, sinónima de la voz latina *adrisio*, y la enfiteusis como contrato llamado *establecimiento*; al dueño de la finca rústica ó urbana en que aquél consiste se le llama *estabiliente*; el que le sucede en su derecho por título oneroso ó lucrativo tiene el nombre de señor directo y el que adquiere el dominio útil *enfiteuta* ó *enfiteota*.

El *establecimiento* es de tres clases: con dominio, en el cual el dueño directo, además de los derechos que le atribuye la enfiteusis, tenía el de percibir el llamado guante ó entrada que consistió en un par de pollos, tratándose de heredades mayores; el canon era mode-

rado; el establecimiento de nuda percepción que atribuía á aquel señor los derechos al percibo del canon, á usar de la fadiga y á la cabrevación; y el establecimiento sin dominio que constituye el censo reservativo.

La enfiteusis de señorío provino del feudalismo. Para que subsistiese tenía que someterse á la declaración judicial exigida por la ley de 3 de Mayo de 1823, dispositiva de que mientras se arreglase de una manera uniforme el censo enfiteútico en el Código civil, el luismo (nombre feudal equivalente al laudemio) no podía exceder de la cincuentena parte ó sea del dos por ciento del valor líquido de la finca, sin que los poseedores del dominio útil viniesen obligados á satisfacer mayor tipo en adelante, cualesquiera que fuesen los usos ó establecimientos en contrario, quienes, además, quedaban exentos de satisfacer cantidad alguna por fadiga ó derecho de tanteo. Se declaró recíproco este derecho para los poseedores de uno y otro dominio, los cuales deberían avisarse dentro del término prescrito por la ley, pero ni unos ni otros podían ceder esa facultad á otra persona.

Esa ley referiase á la enfiteusis feudal en la prescripción arriba dicha, y respetó, por el art. 8.º, los contratos existentes á la sazón, con tal que el dominio en virtud del que se cobrase el laudemio fuera puramente alodial (Sent. 7 de Marzo de 1866 y 30 de Noviembre de 1868). Respecto de los contratos posteriores, el tipo del laudemio es el dos por ciento. Al decir esto tenemos en cuenta las siguientes palabras de D. Arturo Corbella (Manual de Derecho catalán): «Con arreglo á este precepto legal (se refiere á dicha ley) la cuota del laudemio en todo Cataluña es el dos por ciento», y esta es la opinión también del Sr. Sánchez Román, cualquiera que sea la enfiteusis. Esta puede ser eclesiástica ó laical; la primera es aquella cuyo dueño primitivo era eclesiástico, por más que después recayese en poder de un laico, y la segunda es aquella cuyo dueño era un laico, aunque después haya pasado á poder de la Iglesia. Indistintamente pueden recaer en finca rústica ó en urbana.

Téngase muy en cuenta esto, porque hay en Cataluña legislaciones que señalan el tipo del laudemio en mucho más del dos por ciento; pero si hubiere mediado pacto, y tratándose de enfiteusis alodial, se atenderá á lo que se hubiese convenido y solamente á falta de esto es cuando se satisface por laudemio dicho dos por ciento. Si la enfiteusis es de señorío (que fué generalizada en tiempo de los Reyes francos y de los Condes, estimulada por las franquicias

que se concedían para desyerbar los campos y habilitar las poblaciones como dice Bofarull) no se paga el tipo convenido si fuere mayor del dos por ciento, sino éste unicamente. En opinión de Cárcecer, se exceptúa de esta obligación el reconocimiento de buena fe hecho por el comprador dentro de un año á favor de otra persona, declarando que la compra la hizo en su nombre y con su dinero; que según Instrucción de 13 de Abril de 1783, confirmada por Real orden de 21 de Septiembre de 1828, no se debe más que la mitad del laudemio en la venta á carta de gracia de bienes constitutivos de establecimientos del Real patrimonio, y se paga la otra mitad al efectuarse la retroventa, según opina Vives, constituyendo esto la práctica consuetudinaria. Que en la permuta también se abona el dos por ciento, lo mismo que en todas las enajenaciones, deduciendo la cuarta parte del valor de la cosa que es permutada, y que en la nueva constitución de censo en cosa sujeta á dominio directo, se paga laudemio por la entrada, á base del capital de aquél. Que en cualquier escritura de enajenación de finca enfitéutica se deben expresar claramente los nombres de los señores alodiales por quienes se tienen, la cuantía del censo, los plazos en que se deba pagar, los demás derechos enfitéuticos y el juramento de que el contrato no se hace para defraudar al dueño directo (Cons. 6.^a y 7.^a, tít. 31, lib. 4, vol. 1.^o); que no se paga laudemio en las enajenaciones necesarias, como la expropiación forzosa, de cuyo carácter no participa la venta judicial para pago de deudas. Según Sent. de 9 de Noviembre de 1898 el derecho á percibir el laudemio no está subordinado á la circunstancia de que la venta sea ó no voluntaria, por constituir aquél una verdadera participación de la finca en el momento de ser enajenada; tampoco se paga en las divisiones necesarias, como las que se practican entre los hijos por razón de heredamiento (RECOG. PROC. cap. 70, tít. 13, lib. 1.^o, vol. 2.^o); ni en las ventas de bienes nacionales (art. 53 de dicha Instrucción), ni en la enajenación de finca enfitéutica sujeta á censos en lo que respecta al capital de éstos, por cuanto constituye una carga deducible, ni cuando se da la finca en dote estimada, *TASATIONIS CAUSA*, ó inestimada, ni por la tenuta; ni por la enajenación nula; ni por el arrendamiento, aunque sea á largo plazo. (Esta es la doctrina del Derecho romano). En cambio; se paga laudemio por la venta de censo impuesto á la finca enfitéutica por virtud de un censal, de cuyo pago se encarga el comprador, en cuyo caso el laudemio recae sobre el precio entregado, unido al importe del censal. También se satisface por

la transmisión de la cosa, á virtud de transacción, por la constitución de dote si es estimada, VINDICATIONIS CAUSA y por la donación vitalicia.

Ha caído en desuso (Cardellac, jurisprudencia práctica ó fórmulas contractuales) la pena de comiso establecida en la Constitución 3.^a, tít. 31, lib. 4.^o, vol. 1.^o, pues el enfiteuta debe satisfacer el pago del doble laudemio si no presenta la escritura de transpaso á la firma del señor directo y aún esto último también ha caído en desuso (Sent. de 9 de Noviembre de 1898). El laudemio se prescribe por el transcurso de treinta años (Usatge OMNES CAUSÆ, tít. 2.^a, lib. 7.^o, vol. 1.^o, aplicable, por tratarse de la prescripción extraordinaria.) Corresponde satisfacerlo al adquirente, á no mediar pacto ó costumbre en contrario (Const. 2.^a, tít. 31, lib. 4.^o, vol. 1.^o)

El derecho de fadiga ó de tanteo no se tiene en las enajenaciones á título lucrativo ni en aquellas que, siendo por título oneroso, pudiera resultar de su ejercicio por el señor directo, algún perjuicio para el enajenante. Tampoco puede cederse por haberlo prohibido el art. 7.^o de la ley de 3 de Mayo de 1823.

Gran parte de lo que vamos á decir seguidamente se halla modificado por la dicha ley y la de Enjuiciamiento y Código civil, como verá el lector al estudiar la relación entre el Derecho foral y el general.

Constituye el dominio directo la reunión de derechos que sobre la cosa concedida en enfiteusis ó en feudo se reservó el dueño primitivo (Cons. 3.^a, tít. 31, lib. 4.^o, vol. 1.^o TOT. TIT. CÓD. DE JUR. EMPH.) Esos derechos no prescriben por el transcurso del tiempo (Costum. 13 de las compiladas por P. Albert, tít. 30, lib. 4.^o, vol. 1 de las Constit. de Catalunya); pero en contra de esta imprescriptibilidad está la doctrina del Tribunal Supremo, en sus Sents. de 24 de Enero y 9 de Marzo de 1863. Precisamente para evitar la prescripción del dominio directo existe en Cataluña la llamada *cabrecación*, que es el reconocimiento que de ese derecho hace el enfiteuta (leyes 2.^a y 3.^a, Cód. DE JUR. EMPH.) cuyos gastos de escritura corresponde pagar al que la pide. En esa escritura tiene derecho el señor directo á exigir del enfiteuta que le exhiba y manifieste los títulos en virtud de los cuales él y sus antecesores poseen la cosa enfiteútica. Puede no tenerlos, en cuyo caso la posesión, por espacio de cuarenta años, sirve de título al enfiteuta.

El reconocimiento de la enfiteusis por el señor directo, sin reserva, supone la satisfacción de los derechos dominicales que, á la

nasón, se adeudasen; y equivale á la escritura la firma puesta por ese dueño en la de transaso, á menos que se hubiese reservado expresamente el derecho que pudiese competirle por razón de pensiones vencidas y laudemios adeudados (Tos. Tratado de Cabrevación).

Un solo reconocimiento ó cabrevación sirve, según Vives, de prueba al señor directo para acreditar esta cualidad contra el enfiteuta que cabreó y los que de él tienen su derecho, si éstos no justifican lo contrario.

Las cabrevaciones justifican, con presunción JURIS TANTUM, el carácter enfiteuta de la finca. El precario es el título que, en defecto de la escritura de constitución, ostenta el enfiteuta, previo juramento de haber perdido la escritura y de que posee aquélla por más de cuarenta años, en cuyo caso tiene que darle el dueño directo la llamada carta precaria, si se le hubiesen pagado los laudemios debidos por las enajenaciones anteriores.

Si el enfiteuta se negare á otorgar la escritura de reconocimiento al dueño directo, puede entablar juicio ordinario, según la cuantía de la finca, debiendo justificar la cualidad enfiteútica de ésta, su identidad, es decir, que es la misma objeto de la escritura de establecimiento, su personalidad, el nombre y circunstancias del poseedor y demás requisitos prescritos por la ley procesal, formulando la pretensión de que sea condenado el enfiteuta á cabrevar el dominio directo, pague las pensiones vencidas y las que venzan hasta que recaiga sentencia firme, la de los laudemios devengados y no satisfechos, con la petición subsidiaria de que, si no cumple aquélla, dimita la posesión de la finca, restituyéndola con los frutos percibidos y podidos percibir. El que adquirió la finca como libre, al ser demandado de cabrevación, puede citar de evicción á aquél del cual la adquirió.

La escritura pública es el medio constantemente autorizado para constituir la enfiteusis por su estableciente ó señor *major*, como se le llama en Tortosa; pero como en Cataluña rige la constitución del emperador Zenón, aquel requisito no es necesario, en contra de lo dispuesto por las leyes 3.^a, tít. 14, Part. 1.^a y 28, tít. 8.^o, Part. 5.^a En esta última se decía que el contrato debía otorgarse por escrito, añadiendo: «Ca de otra guisa non valdría», pero la práctica ha venido exigiendo esa forma escriturada.

La enfiteusis se extingue: por la destrucción de la cosa, por la dimisión y por el comiso en los casos especiales que diremos, pues

en este punto no hay uniformidad. También acaba, por la redención voluntaria, mediante unánime acuerdo de los señores directo y útil ó por pacto del establecimiento, pero no por la redención forzosa ó sea por la sola voluntad del enfiteuta, no tratándose de enfiteusis de señorío, porque en ésta si que cabe esa forma liberatoria, dado lo dispuesto en la ley de 1823, restablecida en 2 de Febrero de 1837; y si bien las leyes de 26 de Agosto y 16 de Septiembre de 1873 declararon redimibles *todas las pensiones* que afectasen á la propiedad inmueble, quedaron en suspenso por el Decreto de 20 de Febrero de 1874, como declaró la Sent. de 27 de Diciembre de 1875.

Es otra causa extintiva de la enfiteusis la prescripción, pues, según el Usatge OMNES CAUSÆ, comprendido en el tít. 2.º, lib. 7.º, vol. 1.º de las Const. de Cataluña, todos los derechos y acciones se extinguen por el transcurso de treinta años, y así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en Sents. de 8 de Mayo y 10 de Diciembre de 1861, 29 de Abril y 23 de Septiembre de 1864 y 27 de Febrero de 1875.

BARCELONA

En Barcelona, además del señor directo, están los llamados señores medianos hasta el número de tres, como máximo. Decimos esto, porque á esos señores medianos les corresponde percibir el laudemio, como luego se dirá.

Comprende el territorio enfiteutico de Barcelona el circuito de esta ciudad y lo que antiguamente se llamó su huerto y viñedo que llega hasta los límites de las parroquias de S. Martín de Provensals, San Vicente de Sarriá y Sta. María de Sans.

El capítulo 66 del RECOGNOVERUNT PROCERES concede á todo enfiteuta, QUALIBET ENFITEUTA, el derecho de dimisión; consiste en dejar la finca al señor inmediato al mismo y no á los anteriores, á fin de evitar toda alteración en las condiciones esenciales del contrato; pero ha de pagar las pensiones que adunde, restituir la escritura y, quedando á salvo el derecho del señor por el deterioro de la cosa.

También existe, como especialidad en dicha ciudad condal, su huerto y viña, que, respecto del derecho de reconocimiento por el estudiado título de precario, la obligación que tiene el Notario de comprobar exactamente si se trata de enfiteusis eclesiástica ó de laical, expresando, siempre que no conste de un modo claro, que es

eclesiástica para los efectos del pago del laudemio (O. 24 de Noviembre de 1846). Al otorgarse el precario, los nueve sueldos que por la firma de la escritura correspondían al dueño directo, se distribuían entre éste y los señores medianos en la misma forma que se repartían el laudemio. Hoy esto no es más que un recuerdo histórico.

El enfiteuta tiene obligación de satisfacer la pensión convenida; pero puede no haberse estipulado, lo cual explica, como advierte Durán y Bas, el que, en ese caso, el laudemio sea muy subido. Si pasado un año del vencimiento de la pensión se suscitare disputa sobre si se ha verificado ó no el pago, se estará al juramento del enfiteuta, á menos que el dueño directo pruebe, durante el año siguiente, que le había interpelado para que se la satisficiera (RECOGNOVERUNT PRÓCERES, cap. 31). He aquí el elemento moral influyendo en el régimen jurídico catalán.

Los herederos y sucesores particulares del dueño útil pueden dividirse la cosa sujeta á dominio directo del modo que bien les parezca y sin tener que pagar laudemio (RECOG. PROC. cap. 70). No se paga laudemio por las enajenaciones á título lucrativo, ni se requiere la firma y consentimiento del dueño directo si no media fraude (caps. 1.º y 12 de íd.), ni tampoco se debe esa prestación por la obligación general ó especial de una cosa sujeta á dominio directo (cap. 114 íd.); pero debe satisfacerse en las enajenaciones á título oneroso y en el establecimiento de fincas sujetas al dominio directo de una persona secular (enfiteusis laica) y consiste en la décima parte del precio ó entrada, ó en el 10 por 100 (Sent. 15 de Febrero de 1877 que aplicó la Const. 1.ª, tít. 6.º, lib. 4, vol. 2.º, Estatuto del rey D. Pedro I de 5 de Julio de 1285 y la Pragmática del rey D. Alfonso de 1286). Ese tipo del laudemio es en el caso de no haberse estipulado otro.

Si hubiere varios señores medianos, el señor directo percibirá el dos y medio por ciento del precio de la venta, y respecto de aquéllos se observarán las siguientes reglas: si hay solo un señor mediano cobrará éste el siete y medio por ciento; si hay dos, el primero cobrará el dos y medio por ciento y el inmediato al enfiteuta el cinco, y habiendo tres, cada uno tomará el dos y medio por ciento (Sentencia arbitral núms. 9, 10, 15, 16, 17, 18 y 26).

Si la enfiteusis fuera eclesiástica, consistirá el laudemio: por la enajenación de finca situada en la ciudad de Barcelona ó sus suburbios inmediatos, en la séptima parte del precio, y por la que esté

situada en su huerto ó viñedo la quinta parte de su valor. Por el establecimiento de un predio, ya situado en Barcelona, ya en su territorio, la cuarta parte de la entrada (Sents. núms. 1, 2, 19 y 25). Si además del señor directo eclesiástico hubiere señores medianos, percibirá aquél la tercera parte de las cuotas señaladas anteriormente para las enajenaciones y la cuarta parte de la prefijada para los establecimientos. Los señores medianos percibirán sus cuotas según la distribución que queda hecha. (Sents. núms. 1, 2, 3, 4, 8, 11, 14, 22 y 23). El laudemio se paga por el enajenante.

Existe, también, el llamado derecho de fadiga, constituido por la facultad del señor para quedarse con la cosa enfiteútica que se enajena, pagando el precio que un tercero ofrece; constituye, pues, el verdadero tanteo y es incompatible con la firma y el laudemio. Y puesto que hemos hablado de firma, diremos que consiste en la obligación que tiene el señor de firmar la escritura de enajenación, salvo sus derechos de fadiga y laudemio anteriores al acto de la firma y los de censo y señorío. No deben confundirse la fadiga y la firma, en la acepción general de la palabra, con la fadiga de derecho y la firma de derecho. Constituye la primera de éstas dos, la resistencia ó denegación de estar á derecho, exigido por el adversario, es decir, la rebeldía, y significa la segunda, la obligación y fianza del enfiteuta constituida á favor del dueño directo. Téngase esto como ampliación á lo dicho en la sección correspondiente al estudio del Derecho catalán en general.

Es de consignar que el señor directo ya sea la enfiteusis eclesiástica, ya laical, tiene derecho á usar para sí de la fadiga en el caso de que no hayan señores medianos, el cual no puede ceder ese derecho por prohibirlo el art. 7.º de la ley de 3 de Mayo de 1823. Si hubiese señores medianos, el que esté más inmediato al enfiteuta es el que puede usar del derecho de fadiga.

Es válido el pacto de una escritura de establecimiento en el que partiendo del supuesto de hallarse extinguidos los señoríos medianos anteriores, los estabilientes se reservaron el dominio mediano, firma, fadiga y demás derechos atribuidos al señor mediano sobre las cosas enfiteúticas, entendiéndose no perjudicar en virtud de este pacto á ningún señor que legitimamente justificase tener dominio en el todo ó parte del establecimiento y que, en defecto de cualquier señorío mediano hasta formar el total, entrarán en su lugar los estabilientes y los suyos, pues lejos de oponerse dicho pacto á la ley, se ajusta á la Sent. arbitral que forma la Const. 12, tít. 12, lib. 4, vo-

lumen 2.º de las de Cataluña, y no se infringen tampoco los párrafos 6.º y 16.º de las leyes 7.ª y 38 del tít. 14, lib. 2.º del Dig. DE FACTIS, ni la 27, tít. 17, lib. 10.º del mismo DE DIVERSIS REGULIS JURIS (Sent. 24 Abril de 1879).

No cabe ceder el derecho de fadiga, que concedió la sentencia arbitral de 31 de Octubre de 1310, y es de añadir que, como equivale al de prelación ó tanteo, fué restringido por el cap. 80 del Privilegio RECOG. PROC., dispositivo de que nadie venda, prometa, ni dé á otro el tanteo que tiene, hasta haberle presentado la escritura de venta ó enajenación de dicho honor, cuya circunstancia no concurre, cuando la cesión se hace con anterioridad á la escritura de venta (Sent. 13 Diciembre de 1881).

Como parece haber confusión en este punto, para esclarecerlo, entienden algunos escritores lo siguiente: No habiendo enajenación del dominio útil, el derecho de fadiga, como quiera que se halla tan solo en situación espectante y le falta supuesto real para su deducción, no puede enajenarse; pero cuando el contrato se ha verificado y se conoce el precio dado por el comprador, entonces sí que debe haber semejante tanteo, sin que se contravenga con ello dicho privilegio, antes el dueño usa de la facultad que le concede la constitución 1.ª, tít. 12, lib. 4, vol. 2.º, constituída por dicha sentencia arbitral. No obstante este sentir, el Tribunal Supremo ha declarado, como veremos en este capítulo, que no puede cederse el derecho de tanteo.

Puesto que hemos hablado de la firma de derecho, diremos que el enfiteuta puede obligar la cosa que tiene en enfiteusis (cap. 30 RECOGNOVERUNT PROCERES); el cual en su cap. 32 añade, que si el enfiteuta no firma derecho al señor, éste puede quitar las puertas. Creemos que semejante disposición no puede tomarse hoy tan en absoluto, por existir el Código penal que castiga esa forma de administrarse la justicia privada.

En Barcelona, cualquiera puede plantar árboles de todas especies, vender y cortar álamos, nogales y almezos en su huerto y en su campo, sin pedir licencia al señor por quien lo tiene y sin darle nada del precio que obtenga, vendiéndolos con raíz ó sin ella, si el señor no se ha reservado este derecho en escritura (Sanctacilia, capítulo 31).

El derecho de comiso no existe en Barcelona, pues el enfiteuta que deje de pagar la pensión, sean cuales fueren los años de ésta, debe satisfacer el duplo (RECOG. PROC. cap. 27). Este, en su capí-

tulo 31, faculta al señor directo para que, por su propia autoridad, pueda quitar las puertas al enfiteuta si no le paga el día del vencimiento del canon, disposición que también pugna con el Código penal.

LÉRIDA

Es de esencia de la enfiteusis que el contrato de constitución se otorgue en escritura (Rúbricas 45 y 146). Según esta última no es necesario que el enfiteuta suscriba la escritura, sino en el caso de que se obligue á mejorar la finca.

El enfiteuta puede usar del derecho de dimisión, si paga la pensión en el día señalado y devuelve la escritura de establecimiento (Rúb. 146).

Puede vender ó dar en prenda la cosa que tiene á censo ó parte de ella, salvo los derechos de fadiga, laudemio y firma que corresponden al señor; pero no podrá hacerlo á favor de los caballeros y de las personas y cosas religiosas (Rúb. 45).

Esta misma disposición dice que la fadiga debe utilizarse antes de que se consume la enajenación por el precio que prometiere y que si el señor no quisiere retener la cosa por la cantidad ofrecida ó demorase maliciosamente el adquirirla puede el enfiteuta verificar el contrato.

El enfiteuta puede dar á censo la cosa censida sin licencia del señor directo, salvo los derechos de éste (lo cual se llama subenfiteusis) (Rúb. 147).

GERONA

No es requisito esencial el otorgamiento de escritura, pues no la exige la Constitución del emperador Zenón; no obstante, en la práctica, se cumple este requisito.

No existe el derecho de comiso pero el dueño directo puede exigir el duplo de las pensiones adeudadas (Rúb. 21, cap. 2.º y Rúbrica 30, cap. 1.º de las Costumbres de Gerona). Ese comiso solamente procede en estos casos: si el enfiteuta no poda la viña durante tres años; si en la escritura de venta de la cosa enfiteútica no consta el verdadero precio: si el enfiteuta niega á su dueño tener la cosa por *ese* título y no quiere constituir la firma de derecho, estando aquélla en poder de otro dueño, y si el comprador de la cosa enfiteuticaria

no muestra al dueño directo el instrumento de la compra acreditativo de que tiene la cosa en enfiteusis (Rúbs. 19, 21, y 11 de las Costumbres de Gerona).

El enfiteuta no puede cortar árboles de la finca enfiteútica (idem Rúb. 22, cap. I).

El enfiteuta puede hacer uso de la dimisión, si paga al señor el canon el día señalado y le devuelve la escritura de enfiteusis, salvo el derecho de aquél para exigir el abono del deterioro de la cosa (Rúb. 23, cap. 10, Cost. de Ger.)

El dueño directo puede obligar al enfiteuta, cuando cabrevare las tierras por él concedidas, á que en la cabrevación exprese las que tiene de otro, aunque lo sea por cierto tiempo (Rúb. 27, capítulo 7.º id.)

Si el enfiteuta vende la cosa, puede el señor próximo ó mediano retenerla por el precio de la venta durante los treinta días siguientes á habersele notificado la escritura (Rúb. 19, cap. 3.º id.)

Si se da en arriendo la cosa por diez ó más años, se debe el laudemio (Rúb. 30, cap. 12). Si se da en dote estimada, se debe laudemio al dueño, en el caso de que la estimación se haga para que cause venta, lo cual se presume en caso de duda, pero no si la estimación se hace para que se sepa cuánto vale en caso de deterioro (Rúbs. 30 y 39, caps. 12 y 2.º respectivamente).

Se paga también laudemio cuando la cosa se vende ó se da, lega ó enajena por título lucrativo á un colateral ó á un extraño, y también cuando se obliga especialmente ó se da en prenda ó en permuta ó por título de arrendamiento ó en general se transmite (Rúb. 30, cap. 5.º) No se paga cuando el padre ó la madre dan la cosa á sus hijos ú otros descendientes ó á los ascendientes por línea recta; pero se satisface tratándose de parientes transversales que se equiparan á los extraños (Rúb. antes citada cap. 6.º)

Si se divide la cosa enfiteuticada se paga por laudemio medio tercio y medio; si la división se practica entre hermanos por razón de legado común, no se paga ese laudemio en el caso de que no haya mediado dinero; pero si interviene, ó si se hace la división entre extraños, se debe *foriscapio*. Si la división se hace entre coherederos, descendientes del testador, mediando sentencia judicial, en juicio *FAMILIA ERISCUNDE* respecto de las cosas enfiteúticas de la herencia, no se debe laudemio ni *foriscapio*, ni otro derecho alguno (Rúb. 30, cap. 10).

El hijo espúreo no tiene obligación de pagar laudemio ni cosa

alguna al señor directo por razón de la cosa enfitéutica que hubiese adquirido de sus padres por donación, legado ú otro título semejante (Rúb. 30, cap. 4.º)

Si el señor útil de un manso (masía) lo vende con sus tierras por cierto precio, los dueños directos pueden hacer valuar á los campaneros (terratenientes forasteros) sus tierras y posesiones en el mismo manso, y deducida de la valoración la tercera parte por honor de los hombres y de las mujeres, el comprador de aquel manso se ha de convenir con los dueños directos acerca del tercio ó foriscapio de las dos terceras partes estimadas ó sean las que quedan después de deducirse la de afección (Rúb. 30, cap. 3.º)

Si por alguno de los contratantes se desiste de la venta quedando cancelado el instrumento en que se hubiese puesto la nota STAT PRO CANSELLANDO ET ABSOLVENDO, el dueño directo tiene derecho al medio tercio, aún cuando el contrato no haya sufrido pleno efecto (Rúb. 55, cap. 1.º)

Y puesto que hemos hablado de la foriscapio, es del caso decir, que ésta equivale al laudemio. Consiste en la tercera parte del precio ó estimación de la cosa. Significa recibir de fuera, por salir la finca del dominio útil del enfitéuta; es palabra compuesta de *foris capere*; se conserva en el Ampurdán y representa todos los derechos que se cobran por cualquier clase de enajenaciones. Allí y en otras partes se da también el nombre de tercios á los laudemios porque se paga la tercera parte.

Si la cosa enfitéuticaria se entrega por causa de transacción ó si se da en pago al acreedor, se debe foriscapio (Rúb. 30, caps. 11 y 13). Si se vende con los frutos pendientes por un solo precio no se paga foriscapio por aquéllos, sino que, estimados, su importe se deduce del precio y por éste se paga (Rúb. 30, cap. 14).

La cosa que se tiene por un señor directo y alodial puede venderse sin requerimiento al dueño, el cual está facultado para adquirirla por el precio en que se haya vendido (Rúb. 30, cap. 1.º) Esto constituye un derecho de retracto. Si fuese dada ó permutada por título de heredamiento, ó si se transmitiese por título lucrativo, carece el dueño directo del *JUS RETINENDI* (Rúb. 50, cap. 2.º) Consiste este derecho, llamado también de fadiga, en poder el dueño directo retener la cosa para sí por el precio en que la venda el enfitéuta, si lo verifica sin consentimiento suyo, de cuya facultad debe usar dentro del mes siguiente al en que supo tal enajenación, entregando el precio en que se hubiese vendido. Mediando consen-

timiento del dueño directo no cabe que éste deduzca su derecho (Rúb. 30, cap. 9).

TORTOSA

Se supone necesaria la escritura para la constitución de la enfiteusis, y los que así opinan citan la costumbre 2.^a

Con efecto; se dice en la Rúb. 26, § 19, ap. 2.^o, lib. 4.^o de las Costumbres de Tortosa, que todos los convenios entre los señores y los enfiteutas deben constar en las cartas de las donaciones, pues son las únicas que valen, porque la naturaleza del contrato exige el otorgamiento de cartas públicas, pues de otra manera no vale, considerándose como no celebrado. Dice Durán y Bas que ese sentir, apoyado en la ley 2.^a CÓD. DE JURE EMPHYT, se opone á la opinión de muy autorizados tratadistas, quienes, fundándose en el Derecho romano, entienden no ser necesaria la escritura para la perfección del contrato.

A nuestro ver —y tómesese esta opinión á beneficio de inventario— debe distinguirse entre censos señoriales establecidos por donación y los que no tienen este carácter, constituídos por virtud de contrato consensual. Para los primeros, la escritura pública es necesaria; en tanto que, respecto de los segundos, basta, para la perfección del contrato, el consentimiento de las partes, según el Derecho romano, supletorio en Tortosa, en contra de lo que disponía la ley de Partidas

El enfiteuta viene obligado á exhibir en todo momento la escritura al señor y darle traslado de ella, si lo pidiese, á costa de este último. Si hubiese perdido la carta, el señor le debe hacer otra con las mismas condiciones de la primera (§§ 17 y 18, rúb. 26, lib. 4.^o)

Pueden conceder una cosa en enfiteusis no solo el propietario sino también el usufructuario y el que la tiene á violario (§ 26, rúb. y libro citados.) Esto demuestra que en Tortosa el usufructo y el violario constituyen derechos reales.

Por falta de pago de la pensión, el señor puede, por sí, tomar prenda y cerrar las puertas y *emparar* la finca y sus productos (§ 11, rúb. 26, lib. 4.^o); este derecho se tiene contra los sucesores del enfiteuta, si alguno de ellos no paga su parte; pero el que la satisfaga releva de responsabilidad á los demás (§ 15, rúb. y lib. citados y §§ 28, 31 y 32, rúb. 21).

No vemos que hoy quepa ese derecho de *empara*, constituído

por el embargo ó apoderamiento de la cosa realizado por el dueño directo contra el enfiteuta moroso en sus obligaciones, ni que aquél esté facultado para tomar por sí la cosa y cerrar las puertas; semejante justicia privada se opone al Código penal.

El dueño directo tiene hipoteca tácita sobre los frutos y demás cosas del enfiteuta existentes en la cosa censida en garantía de la pensión y de las desmejoras ó menoscabos (§ 8.º, rúb. 26, lib. 4.º) Hoy hay que poner esto en relación con la ley Hipotecaria en el caso de haberse estipulado la extensión de la hipoteca á los frutos.

El enfiteuta puede hacer dimisión de la cosa enfiteútica en todo tiempo, devolviendo la escritura y pagando las pensiones que deba, incluso la del año último comenzado, aún cuando sea por el transcurso de un solo día (§ 15 de dichas rúb. y lib.)

El enfiteuta puede vender la finca censida á quien quiera, excepto á caballeros y religiosos, iglesias y clérigos (§ 15 de dichas rúbrica y libro). Esta disposición obedece, sin duda, al buen deseo de evitar la amortización de la propiedad y el desarrollo del latifundismo, en daño de la clase media y del proletariado.

El señor tiene derecho de fadiga en la cosa censida, debiendo deducirlo dentro de los treinta días siguientes á la denuncia que le hubiere hecho el enfiteuta de quererla vender y por el precio que tenga convenido con el comprador (V. § 19, rúb. y lib. citados y §§ 25, 24 y 30 de la misma rúbrica y libro).

El señor tiene luismo si en la partición de la cosa enfiteútica practicada entre los herederos, uno de éstos da al otro alguna cantidad en dinero; sobre éste recae el tributo (§ 15 de dicha rúbrica y libro).

Los §§ 3 y 7 de dicha rúbrica y libro establecen el derecho de comiso en el caso de que el enfiteuta no pague la pensión de tres años cumplidos; pero se necesita que recaiga sentencia, y no solo pierde la cosa, sino que debe satisfacer aquéllos, pudiendo el señor retenerla para sí ó darla en enfiteusis; pero si antes de transcurridos esos tres años el señor rehusare el pago ofrecido por el enfiteuta, éste debe depositar la cantidad en un banco de cambio, que se llama *tanda*, á disposición de aquél para que pueda retirarla. El Código civil establece la forma de pago por consignación judicial, y como con esta forma no se lastima ningún derecho creado, antes constituye garantía oficial de que aquella está bien hecha, si se ha verificado el ofrecimiento y aviso, creemos aplicable lo dispuesto en dicho cuerpo legal y ser, además, lo vigente.

En Tortosa se admite la subenfiteusis, pero sin derecho de fadiga en favor del señor; si el subestabiliente percibe alguna cantidad de entrada ó por otra razón, debe convenirse con el señor principal en lo que respecta al luismo, pues, de no hacerlo, y si, con fraude, cobra algo por entrada ó por otro motivo, pierde la cosa enfiteútica (§ 1.º rúbrica 26, lib. 4.º, inspirada en un espíritu ético altamente plausible).

Si el enfiteuta da la cosa á un tercero en todo ó en parte y el último enfiteuta la vende ó la da en prenda, debe hacerlo saber á la persona de quien la recibió, por si quiere fadigar según lo convenido entre comprador y vendedor, pero la firma (ó sea la aprobación del contrato) y el luismo pertenecen al señor mayor, es decir, al señor directo.

El comprador y el empeñador deben convenirse con el referido señor mayor sobre dichos luismo y firma (§ 9 de dicha rúbrica).

VICH

Por Reales ordenes de 19 de Agosto de 1819 y 4 de Enero de 1825, en Gerona y en Vich no se debe laudemio por las enajenaciones á título lucrativo, ni es necesaria la firma y consentimiento del dueño directo, mientras no intervenga fraude, que es lo dispuesto en los capítulos 1 y 12 del RECOGNOVERUNT PRÓCERES.

Otras localidades

Subsiste la enfiteusis en Mataró (Disps. de Alfonso IV de 8 Octubre 1424 y de Fernando II de 4 Junio de 1480), en la villa de Moyá (Franquicia dada por Jaime I en 1226) y en el valle de Ribas (Disps. de Juan II de 1459 y de Carlos I de 1519).

Revesztjat

Es una enfiteusis al revés. Por ella, el dueño de una cosa inmueble enajena, por cierto precio, los derechos del dominio directo, reteniendo la finca con los que son inherentes al dominio útil, quedando obligado, en clase de enfiteuta, á satisfacer al comprador el

censo ó pensión ánuá estipulado y las demás obligaciones propias de tal poseedor. (Galí, OPERA ARTIS NOTARIÆ). Esta clase de enfiteusis es rarísima y puede constituirse en virtud de la facultad de contratar.

BALEARES

Se conoce allí el censo enfiteútico llamado alodial. En dos Ordenaciones comprendidas en los *estilos* recopilados por Arnaldo de EriI en 1344, se trata de la enfiteusis y prescriben que no cae en comiso la finca censida por la falta de pago de las pensiones; además se establece la imprescriptibilidad que tienen en aquél territorio, toda clase de censos, prescripción que cabe solo respecto de las pensiones de más de 29 años, porque allí dura treinta la acción personal.

La enajenación de cosas enfiteúticas ha de hacerse con aprobación del señor directo, firmando éste y los señores alodiales si saben y pueden, y, en su defecto, el Notario y dos testigos fideiignos. Se devenga laudemio en las enajenaciones del dominio útil, pero no en la sucesión hereditaria, en el caso de que no intervenga dinero en la división, que se abonen los herederos; tampoco se paga en las donaciones hechas á los hijos por causa de matrimonio. El señor directo tiene á su favor el derecho de fadiga. Si el canon consiste en frutos, se paga con los recogidos en la finca, y faltando la cosecha anual, con otros de igual cantidad y calidad de cualquier otro campo. El pacto de comiso está prohibido (Or. 62).

Creemos que no se halla vigente la disposición que autoriza al señor directo, si el enfiteuta se retrasa en el pago del canon, para arrancar y llevarse, sin mandamiento judicial, las puertas de la finca, y si ésta fuere un campo ó tierra abierta, poner una señal en forma de cruz para impedir al enfiteuta el disfrute del dominio útil; esta forma de la justicia privada es incompatible con el Derecho público moderno, y si se hiciera lo que dicha ordenación autoriza, habría delito.

NAVARRA

La prueba concluyente de la existencia de la enfiteusis es la escritura, pero como puede haberse perdido ó inutilizado, se admite toda otra en que se acredite ese reconocimiento, lo cual, según dice el tratadista Alonso, se usa mucho en Navarra. Dos ó más reconoci

por el embargo ó apoderamiento de la cosa realizado por el dueño directo contra el enfiteuta moroso en sus obligaciones, ni que aquél esté facultado para tomar por sí la cosa y cerrar las puertas; semejante justicia privada se opone al Código penal.

El dueño directo tiene hipoteca tácita sobre los frutos y demás cosas del enfiteuta existentes en la cosa censida en garantía de la pensión y de las desmejoras ó menoscabos (§ 8.º, rúb. 26, lib. 4.º) Hoy hay que poner esto en relación con la ley Hipotecaria en el caso de haberse estipulado la extensión de la hipoteca á los frutos.

El enfiteuta puede hacer dimisión de la cosa enfiteútica en todo tiempo, devolviendo la escritura y pagando las pensiones que deba, incluso la del año último comenzado, aún cuando sea por el transcurso de un solo día (§ 15 de dichas rúb. y lib.)

El enfiteuta puede vender la finca censida á quien quiera, excepto á caballeros y religiosos, iglesias y clérigos (§ 15 de dichas rúbrica y libro). Esta disposición obedece, sin duda, al buen deseo de evitar la amortización de la propiedad y el desarrollo del latifundismo, en daño de la clase media y del proletariado.

El señor tiene derecho de fadiga en la cosa censida, debiendo deducirlo dentro de los treinta días siguientes á la denuncia que le hubiere hecho el enfiteuta de quererla vender y por el precio que tenga convenido con el comprador (V. § 19, rúb. y lib. citados y §§ 25, 24 y 30 de la misma rúbrica y libro).

El señor tiene luismo si en la partición de la cosa enfiteútica practicada entre los herederos, uno de éstos da al otro alguna cantidad en dinero; sobre éste recae el tributo (§ 15 de dicha rúbrica y libro).

Los §§ 3 y 7 de dicha rúbrica y libro establecen el derecho de comiso en el caso de que el enfiteuta no pague la pensión de tres años cumplidos; pero se necesita que recaiga sentencia, y no solo pierde la cosa, sino que debe satisfacer aquéllos, pudiendo el señor retenerla para sí ó darla en enfiteusis; pero si antes de transcurridos esos tres años el señor rehusare el pago ofrecido por el enfiteuta, éste debe depositar la cantidad en un banco de cambio, que se llama *tanda*, á disposición de aquél para que pueda retirarla. El Código civil establece la forma de pago por consignación judicial, y como con esta forma no se lastima ningún derecho creado, antes constituye garantía oficial de que aquella está bien hecha, si se ha verificado el ofrecimiento y aviso, creemos aplicable lo dispuesto en dicho cuerpo legal y ser, además, lo vigente.

En Tortosa se admite la subenfiteusis, pero sin derecho de fadiga en favor del señor; si el subestabiliente percibe alguna cantidad de entrada ó por otra razón, debe convenirse con el señor principal en lo que respecta al luismo, pues, de no hacerlo, y si, con fraude, cobra algo por entrada ó por otro motivo, pierde la cosa enfiteutica (§ 1.º rúbrica 26, lib. 4.º, inspirada en un espíritu ético altamente plausible).

Si el enfiteuta da la cosa á un tercero en todo ó en parte y el último enfiteuta la vende ó la da en prenda, debe hacerlo saber á la persona de quien la recibió, por si quiere fadigar según lo convenido entre comprador y vendedor, pero la firma (ó sea la aprobación del contrato) y el luismo pertenecen al señor mayor, es decir, al señor directo.

El comprador y el empeñador deben convenirse con el referido señor mayor sobre dichos luismo y firma (§ 9 de dicha rúbrica).

VICH

Por Reales ordenes de 19 de Agosto de 1819 y 4 de Enero de 1825, en Gerona y en Vich no se debe laudemio por las enajenaciones á título lucrativo, ni es necesaria la firma y consentimiento del dueño directo, mientras no intervenga fraude, que es lo dispuesto en los capítulos 1 y 12 del RECOGNOVERUNT PRÓCERES.

Otras localidades

Subsiste la enfiteusis en Mataró (Disps. de Alfonso IV de 8 Octubre 1424 y de Fernando II de 4 Junio de 1480), en la villa de Moyá (Franquicia dada por Jaime I en 1226) y en el valle de Bibas (Disps. de Juan II de 1459 y de Carlos I de 1519).

Revesztjat

Es una enfiteusis al revés. Por ella, el dueño de una cosa inmueble enajena, por cierto precio, los derechos del dominio directo, reteniendo la finca con los que son inherentes al dominio útil, quedando obligado, en clase de enfiteuta, á satisfacer al comprador el

censo ó pensión ánuá estipulado y las demás obligaciones propias de tal poseedor. (Galí, OPERA ARTIS NOTARLÆ). Esta clase de enfiteusis es rarísima y puede constituirse en virtud de la facultad de contratar.

BALEARES

Se conoce allí el censo enfiteútico llamado alodial. En dos Ordenaciones comprendidas en los *estilos* recopilados por Arnaldo de Eriú en 1344, se trata de la enfiteusis y prescriben que no cae en comiso la finca censada por la falta de pago de las pensiones; además se establece la imprescriptibilidad que tienen en aquél territorio, toda clase de censos, prescripción que cabe solo respecto de las pensiones de más de 29 años, porque allí dura treinta la acción personal.

La enajenación de cosas enfiteúticas ha de hacerse con aprobación del señor directo, firmando éste y los señores alodiales si saben y pueden, y, en su defecto, el Notario y dos testigos fideiúgnos. Se devenga laudemio en las enajenaciones del dominio útil, pero no en la sucesión hereditaria, en el caso de que no intervenga dinero en la división, que se abonen los herederos; tampoco se paga en las donaciones hechas á los hijos por causa de matrimonio. El señor directo tiene á su favor el derecho de fadiga. Si el canon consiste en frutos, se paga con los recogidos en la finca, y faltando la cosecha anual, con otros de igual cantidad y calidad de cualquier otro campo. El pacto de comiso está prohibido (Or. 62).

Creemos que no se halla vigente la disposición que autoriza al señor directo, si el enfiteuta se retrasa en el pago del canon, para arrancar y llevarse, sin mandamiento judicial, las puertas de la finca, y si ésta fuere un campo ó tierra abierta, poner una señal en forma de cruz para impedir al enfiteuta el disfrute del dominio útil; esta forma de la justicia privada es incompatible con el Derecho público moderno, y si se hiciera lo que dicha ordenación autoriza, habría delito.

NAVARRA

La prueba concluyente de la existencia de la enfiteusis es la escritura, pero como puede haberse perdido ó inutilizado, se admite toda otra en que se acredite ese reconocimiento, lo cual, según dice el tratadista Alonso, se usa mucho en Navarra. Dos ó más reconoci

mientos acreditan la enfiteusis y aún menos si concurre la circunstancia de haberse pagado las pensiones.

Pactado el *laudemio*, consiste en el dos por ciento del valor de la finca. El enfiteuta debe noticiar al señor directo su propósito de venderla, expresando el precio y las circunstancias del comprador por si quiere adquirirla, en uso de su derecho de *fadiga* ó *tanteo*, dentro de dos meses, y si los señores directos fuesen muchos, á todos y á cada uno corresponde este derecho.

El enfiteuta puede enajenar la finca, debiendo manifestar al comprador el tributo ó enfiteusis á que se halla afecta. (Ley 24, capítulo 3.º del Fuero).

El *tanteo* no puede cederse, venderse ni transpasarse bajo ninguna forma á tercera persona, y no cabe en las enajenaciones por título lucrativo, en las dotes, donaciones *propter nupcias* y otros actos semejantes.

Procede el *comiso* cuando se haya estipulado (cap. 3.º Fuero, DE ZES Y DES TREBUDOS) y aunque se haya pactado en la escritura de constitución, solo podrá utilizarse para cobrar las pensiones, créditos atrasados y costas (ley 2.ª, tít. 4.º, lib. 1.º, Nov. Recop., que modificó la dureza del Fuero).

Se extingue la enfiteusis por la dimisión del censalista, no mediando mala fe; por destrucción total de la cosa; por el *comiso*, cuando así se haya estipulado, y por la redención voluntaria.

Los tributos censales, llamados *pechos*, desaparecieron con la abolición de los señoriales (Decretos de Cortes de 1881 y 1820).

Relación entre las legislaciones forales y el Código civil

Varios derechos integran el dominio directo; entre éstos están el de *laudemio*, el de *tanteo* ó *fadiga*, el de *retracto* y el de *comiso*. Nos ocuparemos primeramente de este último por ser el más tiránico.

Comiso

La legislación aragonesa, á pesar de hallarse influida, más que ninguna otra, por el Derecho natural, autoriza el *comiso* por falta de pago de dos anualidades de pensión; y aún con la pérdida del dominio útil, el enfiteuta tiene que satisfacer las pensiones atrasadas. Ese

comiso también lo autoriza el art. 1.648 del Código, cuando no se paga la pensión durante tres años consecutivos, y si el enfiteuta no cumple la condición estipulada en el contrato ó deteriora gravemente la finca.

En cambio en Cataluña, á pesar de revestir la enfiteusis cierto aspecto feudal — pues, según Garsonnet, tuvo su origen, como los feudos, en los primeros repartos de tierras, hechos bajo la dominación y por orden de Carlo Magno y de Ludovico Pío— que debiera darle sabor coactivo ó de dureza, no cabe el comiso por la falta de pago. Únicamente lo permiten las Costumbres de Gerona en caso de que no cuidare el enfiteuta la finca como es debido y por otras causas que se han indicado.

En Mallorca tampoco se da el derecho de comiso; la Legislación navarra no lo admite si no se ha estipulado en la escritura de constitución de la enfiteusis, y sin embargo, el Código, no obstante haber sido elaborado en estos tiempos proclamadores del mayor respeto á la propiedad, lejos de suprimirlo para estimular el desarrollo de la enfiteusis, conserva esa tara del Derecho tradicional castellano, que debiera desaparecer en bien de la colonización interior.

Pero, comprendiendo el Legislador lo peligroso que es todo apoderamiento AB-IEATO, y que el enfiteuta puede encontrarse sin dinero para hacer el pago de las pensiones, prescribe que el dueño directo, si quiere utilizar el comiso, deberá requerir al enfiteuta judicialmente ó por medio de Notario para que, satisfaga la deuda, y no verificándolo dentro de los treinta días siguientes, quedará expedito el derecho del señor directo, no para que se tome la justicia por su mano, sino para deducir la demanda en el juicio ordinario correspondiente, pudiendo el enfiteuta librarse del comiso, redimiendo el censo y pagando las pensiones vencidas dentro de los treinta días siguientes al requerimiento de pago ó al emplazamiento de la demanda, de cuyo derecho pueden hacer uso los acreedores del enfiteuta hasta los treinta días siguientes al en que el dueño directo haya recobrado el pleno dominio.

El comiso representa en ese caso el cumplimiento de una condición resolutoria tácita ó legal, puesto que de la ley emana; puede consistir en una condición resolutoria expresa que el Código autoriza en dicho art. 1.648, y como en Cataluña rige el principio en materia de contratación PACTA SUNT RESERVANDA, entendemos que puede establecerse con eficacia en las escrituras de constitución, así como también en las demás regiones aforadas.

El Código tiende á procurar suavizar la dureza del derecho de comiso fijando esos requerimientos y llevando la cuestión á los Tribunales. Presentada la demanda, el enfiteuta, si quiere conservar el dominio útil, tiene que redimir el censo y satisfacer las pensiones atrasadas, no bastando con esto último; y como los acreedores de aquél no tienen culpa de que el deudor haya dejado de satisfacer las pensiones, deteriorado la finca ó no cumplido las condiciones estipuladas, es muy justo que puedan evitar el comiso, verificando la redención y pago dentro de los treinta días siguientes al en que el dueño directo haya recobrado el pleno dominio, y, de consiguiente, el derecho de éste estará afectado, durante ese tiempo, por una condición resolutoria tácita.

Laudemio

La otra facultad que compete al dueño directo consiste en percibir el laudemio, que solo se paga, según el Código, en el caso que se haya estipulado expresamente en el contrato de enfiteusis; si no se hubiera señalado cantidad fija, ésta consistirá en el 2 por 100 del precio de la enajenación, y añade el art. 1644, que, en las enfiteusis anteriores á la publicación del Código que estén sujetas al pago de laudemio, aunque se haya pactado, seguirá esta prestación en la forma acostumbrada, pero no excederá del 2 por 100 del precio de la enajenación, cuando no se haya contratado expresamente otro mayor.

El Código se refiere, en su ordenamiento, no á la enfiteusis señorial, sino á la alodial, pues si es la primera, el tipo del laudemio, aún cuando en la carta de donación se haya estipulado otro mayor, no puede exceder del 2 por 100.

En la verdadera enfiteusis, el Legislador no podía dar efecto retroactivo á sus disposiciones lastimando intereses creados, y de aquí que, en los contratos anteriores á su promulgación se ha de estar á lo que se haya convenido; solo cuando, á base de expresarse en la escritura la obligación de pagar laudemio, no se fije el tipo de éste, será el dos por ciento, disposición que vemos también aplicable en las regiones aforadas, porque la ley de señoríos obligó en toda España y ya en ella se decía eso mismo.

Es principio general que, para el devengo de laudemio, ha de existir una *transmisión de dominio*, sea á título oneroso ó lucrativo,

á favor de persona extraña (Sent. 25 de Enero de 1889). No se paga, tratándose de herencias, ni de la venta condicional, ni en la nula, ni en la tenuta, ni en la aportación en dote estimada ó inestimada, TAXATINIS CAUSA.

Fadiga

Respecto del derecho de fadiga ó de tanteo, ya hemos dicho que, habiendo señores medianos, el inmediato al enfiteuta puede usar de él, y, no habiéndolos, corresponde al señor directo; pero ¿puede éste cederlo? He aquí un problema que ha merecido opuestas soluciones. Según unos, fundados en que la ley de señoríos respetó las enfiteusis subsistentes, creyeron que el tanteo y retracto podían ser transmitidos por el señor directo ó el mediano tan luego se les presentara la escritura, como dispone el cap. 80 del RECOGNOVERUNT PROCERES; otros entendían lo contrario, apoyando su sentir en lo dispuesto en los arts. 674 de la ley de Enjuiciamiento civil antigua y 1.618 de la vigente, porque, con esa enajenación, no se procuraba la consolidación de los dominios útil y directo. Así las cosas, el Tribunal Supremo ha venido á dar la razón á los segundos, en Sents. de 13 de Diciembre de 1861, 10 de Marzo de 1898 y 10 de Diciembre de 1907. En esta última se dice que la ley de señoríos de 3 de Mayo de 1823 es de aplicación general, y en las dos primeras se declara que el derecho de ceder la fadiga ha desaparecido en virtud de dicha ley y de la de Enjuiciamiento civil. Esta última constituye la legalidad á que debe ajustarse el ejercicio del derecho de retracto. ¿Dentro de qué plazo deberá usarse de esa facultad de retraer? Creemos que es el señalado en dicho artículo y siguientes de la ley procesal, que, por ser obligatoria en toda España, ha derogado lo dispuesto en las legislaciones forales.

El Tribunal Supremo, en Sents. de 25 de Junio de 1889 y 10 de Marzo de 1898, declara que existe el derecho de retracto, háyase ó no notificado la escritura de transpaso del dominio útil hecha por el enfiteuta. No cabe hoy la distinción que, en esto, hicieron las sentencias de 19 de Junio de 1875 y 13 de Diciembre de 1881.

Prescripción

Acerca de la prescriptibilidad de los censos, y uno de éstos es el enfiteútico, ésta es hoy indiscutible. Ciertamente que era doctrina en Ca-

taluña que, á falta de disposición especial, la enfiteusis era imprescriptible, como lo eran los feudos. Según la ley 6.^a, párrafo 6.º, libro 7.º del Código de Justiniano no podía adquirirse por prescripción el dominio de la cosa enfiteútica, porque siempre la prescripción exige posesión exclusiva por parte de la persona que tiene la cosa, circunstancia que no tiene este censo, por ser una de las formas de la propiedad dividida. Si el enfiteuta no está en posesión del derecho que al dueño directo corresponde, fáltale el supuesto jurídico para adquirirlo por prescripción; pero esto, que, en sana doctrina, al parecer es irrefutable ante el axioma *NEMO IPSE SIBI CAUSA POSSESSIONIS MUTARE POTEST*, en contra del sentir de Alonso Martínez que ve en la prescripción un título filosófico de adquirir todos los derechos menos los bienes de mayorazgos y las prerrogativas del Poder público, no lo ha aceptado el Tribunal Supremo, que declaró la prescriptibilidad de la enfiteusis en sentencia del año 1886, confirmatoria de la de 20 de Febrero de 1867 y que se separó de la de 27 de Febrero de 1875, siendo ésta, como dice Planas y Casals, una de las tantas cuestiones clásicas del antiguo Derecho resueltas por la jurisprudencia y que, en nuestro sentir, tiende á procurar por la llamada libertad del inmueble, á fin de que pueda entrar en el torrente circulatorio de la riqueza y dar amplitud y desarrollo al crédito territorial; esto constituye lo que hemos llamado esencia económica de la propiedad, sin desconocer que la doctrina en contrario está más ajustada al estricto Derecho y al verdadero carácter de la enfiteusis.

División

Según el art. 1.618 no pueden dividirse entre dos ó más personas las fincas gravadas con un censo, sin consentimiento expreso del censalista, aunque se adquieran á título de herencia; pero cuando el censalista permita la división, se designará, con su consentimiento, la parte del censo con que quedará gravada cada porción, constituyéndose tantos censos distintos cuantas sean las porciones en que se divida la finca.

A esto se opone el privilegio *RECOGNOVERUNT PRÓCERES* que no exige la firma, ni el consentimiento del señor, como hemos dicho al estudiar el Derecho de Barcelona.

Como quiera que el Código civil es supletorio en Cataluña en tercer lugar, si el Derecho directo constituido por su legislación

escrita y consuetudinaria no autoriza esa división (ya hemos visto que el *RECOGNOVERUNT PRÓCERES* la permite), debe estarse á lo dispuesto en dicho art. 1.618 y en el 1.619 del mismo. Este sentir lo hacemos extensivo respecto de las otras legislaciones excepcionales, si su régimen directo ó supletorio no prescribe nada que con tal división se refiera; el Código, en tanto les es aplicable con carácter supletorio, en cuanto no vulnere derechos adquiridos á la sombra de aquéllas.

Derechos del enfiteuta

Además de los de goce y disfrute del dominio útil, y de poderlo transmitir por título intervivos ó mortis causa, dejando á salvo los derechos del dueño directo, de que nos hemos ocupado, tiene el de tanteo y retracto y el de redención del censo. Este último, consagrado por el art. 1.608 del Código civil, aunque se pacte lo contrario; disposición aplicable á los censos anteriores ¿rige en los territorios aforados? A medida que hemos examinado las legislaciones de éstos, se ha dicho lo que disponen acerca de este particular; en general puede afirmarse que prohíben la redención forzosa ó sea por la voluntad del enfiteuta, á menos que se trate de enfiteusis de señorío; esto contrasta con la prescripción del Código, el cual solo permite pactar que la redención del censo no tenga lugar durante la vida del censalista ó de una persona determinada ó en cierto número de años, que no excederá de sesenta en la enfiteusis; y con el fin de que no sufra perjuicio el censalista con esa redención, el censatario le ha de avisar con un año de antelación ó anticiparle el pago del canon anual. La redención ha de ser total; ha de satisfacerse el capital, y si no fuere conocido, en el supuesto de que sean anteriores al Código, se regulará aquél por la cantidad que resulte, computada la pensión al tres por ciento ó por el precio medio que hubiesen tenido los frutos en el último quinquenio, si el canon consistiese en esta forma, corriendo los gastos de ello de cuenta del censatario.

Ahora bien; en este contraste entre el Derecho general y el foral ¿cuál de ellos se ajusta á los principios jurídicos? Indiscutiblemente que el segundo, porque, en buena doctrina, la enfiteusis es una forma de la propiedad dividida; la redención implica la expropiación del dominio directo por el enfiteuta mediante el pago de una cantidad con venida ó capitalizada, y la expropiación solo debe recaer cuando lo exijan la utilidad pública, ó el interés social, nunca el privado, pues

éste puede estar equilibrado por la proporcionalidad, pues como dice Alonso Martínez, dese al cesionario del dominio útil el derecho de redimir y quedará defraudado el propietario en sus legítimas esperanzas, haciendo aquél una cómoda y magnífica especulación adquiriendo el pleno dominio de la finca censida porque un precio inferior á su valor real; y es que, en lo económico del canon, entra el provecho del señor directo respecto al percibo del laudemio y uso de los derechos de tanteo y retracto; lo que se pierde en aquéllo se gana en ésto.

Se dirá, de contrario, que al régimen general de la propiedad interesa que se totalicen los dominios, cesando esa forma dividida, y aún cuando así se reconozca, nos parece demasiado hacer extensivos, por paridad, los beneficios de la expropiación forzosa á los intereses de particulares, por más que algún provecho remoto obtenga el social. No decimos lo propio, tratándose de los censos reservativo y consignativo, porque éstos, en la nomenclatura jurídica, constituyen verdaderas cargas.

El Código se ha ajustado en sus ordenamientos á lo que hemos llamado esencia económica de la propiedad, en tanto que el Derecho foral á la esencia jurídica de la misma. Dificilmente pueden armonizarse ambas esencias, sin que alguna de ellas se resienta.

A pesar de estas observaciones, es redimible el censo enfiteútico en todas las regiones de España, aforadas y no aforadas, por así disponerlo el artículo 9.º de la ley de Señoríos de 3 de Mayo de 1823, aunque tenga carácter alodial, pues el Legislador procuró libertar, con ese medio á los inmuebles afectados con cargas censarias. De manera, que rije en los territorios aforados el Código civil en este punto.

Para terminar esta sección, diremos que Jácome Ruiz, el Maestro Roldán y Fernando Martínez, redactores de las Partidas, según la opinión más generalizada, no obstante servirles de modelo el Derecho romano, debieron sentir pocos amores por la enfiteusis, sin duda porque con ella se atendía al arraigo del poder señorial con prestaciones económicas y personales.

Así es que, para hacer difícil su constitución, no obstante revestir la forma de un contrato consensual, exigióse el otorgamiento de escritura pública, y, para infundir miedo al colono, se estableció el comiso, cuando el enfiteuta enajenaba la finca sin ponerlo en conocimiento del señor directo ó retenía las pensiones por más de tres años si el dueño directo era un particular, ó dos si lo era la Iglesia,

comiso en que se incurría, IPSO FACTO, pasados diez días de transcurrido el plazo para pagar, sin necesidad de reclamación judicial, bien que esto último la práctica lo ha venido suavizando, porque nadie debe tomarse la justicia por su mano.

No puede negarse que esta institución no se ha desarrollado en Castilla con la misma intensidad y extensión que en Cataluña, sin duda porque los redactores del Código alfonsoino la vieron confundida entre los contratos de compraventa y arrendamiento, al igual que lo estuvo en Roma.

El Código civil, al prescribir en su art. 1628, que el censo enfiteútico solo puede establecerse por escritura pública, se ajusta á lo ordenado en la ley de Partidas respecto de los que se establezcan en lo sucesivo, pero no á los anteriores, toda vez que según se declaró en Sent. de 9 de Julio de 1868, ninguna ley se opone á que se pruebe la existencia de la enfiteusis por la posesión inmemorial que, según las leyes y la doctrina legal, equivale al título.

El otorgamiento de escritura pública es requisito necesario para la constitución de la enfiteusis en los territorios donde rige el Código, pudiendo las partes compelerse recíprocamente á llenar aquella forma, desde que hayan intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para el contrato, según dispone el art. 1279 de dicho cuerpo legal.

Del derecho de superficie

Constituye un derecho real de naturaleza inscribible y, mejor, una de las formas de la propiedad dividida, no con la intensidad de la enfiteusis, toda vez que los derechos del superficiario son más limitados que los del enfiteuta. La ley 74 de Toro y la 8.^a, título 13, lib. 10 de la Novísima Recopilación regularon el derecho de superficie; se halla también establecido en el art. 365 del Código, el cual, en su art. 453, concede al poseedor de buena fe el *JUS RETENTIONIS* de la cosa sobre la que hubiese hecho los gastos necesarios.

Puede decirse, en síntesis, que el derecho de superficie, si bien no se halla regulado expresamente con este nombre en el Código civil, lo está indirectamente por el art. 1.655 del mismo, dispositivo de que cualesquiera gravámenes de naturaleza análoga á los foros, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones

establecidas para el censo enfiteutico, y si fuesen temporales ó por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas á este contrato.

El derecho de superficie, que se desarrolló poderosamente en el Reino de Valencia, contribuyendo á la urbanización, del que trataron las leyes de Toro y de la Novísima Recopilación antes citadas con motivo del retracto, es de naturaleza hipotecable, según prescribe el n.º 5 del art. 107 de la ley Hipotecaria; pero poniendo este precepto en relación con el 1.655 del Código civil, cabe concluir que, en tanto es inscribible y, por ende, hipotecable, en cuanto se haya constituido por tiempo indefinido ó, si siendo de duración temporal, ésta excede de seis años, ó se hayan anticipado las rentas de tres ó más anualidades, ó sin tener este carácter hubiere convenio expreso de las partes para que se inscriba; es decir, que se aplica al derecho de superficie lo que, respecto de los contratos de arrendamiento determina el núm. 2 de la ley Hipotecaria que, por su carácter modal, en este punto, no puede separarse de lo establecido en dicho Código.

De la «rabassa morta»

El establecimiento á primeras cepas ó á *rabassa morta*, que se remonta á tiempos antiguos, y su objeto es procurar el desarrollo de la Agricultura, tiene gran relieve en Cataluña y especialmente en Villafranca del Panadés. Por virtud de ese contrato, el dueño de un terreno lo cede á otro con la obligación éste de plantar viña (que es lo general) ú olivos, (que es lo poco frecuente) y de pagar un canon que consiste usualmente en una parte de frutos, mientras dura ese aprovechamiento; termina con la vida de las cepas plantadas, pero el Código civil prescribe en su art. 1656 que se tendrá por extinguido á los cincuenta años de la concesión, si en ésta no se ha fijado expresamente otro plazo, y por quedar infructíferas las dos terceras partes de las cepas plantadas.

Acerca de la naturaleza del contrato de *rabassa morta*, Tos y Vives lo han considerado como un establecimiento á enfiteusis con un señor directo, el dueño que tenía la posesión civil de la tierra y un señor útil, llamado *rabassé*, que tenía la posesión natural, poseyendo á nombre y representación de aquél; así lo calificó el Tribunal Supremo; pero por sentencias de 5 de Enero de 1883 y 30 de Diciembre de 1890, se declaró que constituye un arrendamiento, no

faltando autores catalanes que lo califiquen de contrato de sociedad, porque, pagando el canon en parte de frutos, el propietario y el *rabassé* se ponen de acuerdo para la distribución de los productos de la finca; al sostener esto no tienen en cuenta que la característica del contrato de sociedad es que, por virtud de éste, formalmente celebrado, surge una personalidad distinta de la de los socios, lo cual no aparece en el establecimiento á *rabassa morta*, aún cuando el dueño y el *rabassé* se repartan los frutos, circunstancia no necesaria porque el canon puede satisfacerse en dinero.

La *rabassa morta* no es, según el Código, un censo enfiteútico, como opina Planas y Casals, ni un derecho de superficie, como lo entienden los Sres. Brocá y Amell (por mas que éstos se refieren á esta institución en Cataluña que sí es de esa naturaleza); para que tuviera el primer carácter habría de establecerse por tiempo indefinido, lo cual pugna con lo prescrito en el núm. 1.º del art. 1.656; de consiguiente, su carácter no es otro que el de arrendamiento en forma de aparcería, revistiendo carácter real si el dueño, en vez de percibir una cantidad determinada en dinero ó en frutos, recibe una parte de éstos; pero es un arrendamiento que atribuye al *rabassé* mayores derechos que los del simple arrendatario, por cuanto puede transmitir libremente su derecho por título oneroso ó gratuito, pero sin que pueda dividirse el uso de la finca, á no consentirlo expresamente su dueño (también puede el arrendatario subarrendar la finca si no se hubiese pactado lo contrario); puede usar de los derechos de tanteo y de retracto, al igual que el cedente, conforme á lo prevenido para la enfiteusis, con obligación de darse previo aviso, y dimitir ó devolver la finca al cedente cuando le convenga, abonando los deterioros causados por su culpa, sin derecho á las mejoras que existan en la finca al tiempo de la extinción del contrato, siempre que sean necesarias ó hechas en cumplimiento de lo pactado, como tampoco lo tiene respecto de las útiles y voluntarias á no haberlas ejecutado con consentimiento por escrito del dueño del terreno que se hubiere obligado á abonarlas, en cuyo caso se pagará el valor que tengan cuando se devuelva la finca.

Que la *rabassa morta* constituye un arrendamiento, siquiera de naturaleza especial, lo demuestra la circunstancia de que el cedente puede usar de la acción de deshaucio, por cumplimiento del término del contrato.

Cuando, después de terminado el plazo de los cincuenta años ó el fijado expresamente por los interesados, continuare el cesionario en

el uso y aprovechamiento de la finca por consentimiento tácito del cedente, no podrá ser aquél desahuciado sin el aviso previo, que éste deberá darle con un año de antelación, para la conclusión del contrato; ese año es el llamado año agrícola que exige la recolección de los frutos.

De lo arriba dicho se desprende el carácter de arrendamiento que tiene la *rabassa morta*, pues lo dispuesto en los núms. 9.º y 10.º del art. 1.656 mantiene relación muy estrecha con lo prescrito en los arts. 1.569 y 1.571, todos del Código civil.

En Cataluña sí que tenía la *rabassa morta* ese carácter de censo enfiteútico, pero el *rabassé*, por la legislación consuetudinaria (pues en el principado no hay derecho escrito regulador de esta institución) carecía de los derechos de tanteo que le ha concedido el Código, única legalidad en la materia, y como éste no incluye como causa de desahucio la falta de pago, es inaplicable tan expedito procedimiento, según lo declarado en Sents. de 18 de Diciembre de 1901 y 21 de Julio de 1902. Ante esta anomalía creemos que, si el desahucio no procede por ese motivo autorizado tratándose de arrendamientos, el único juicio correspondiente para pedir la terminación del contrato es el declarativo, según la cuantía de la cosa.

Ya hemos dicho que, por muerte de las primeras cepas ó por quedar infructíferas las dos terceras partes de las plantadas termina el contrato, y como en Cataluña se desarrolló la filoxera, resultó que, por muerte del viñedo se encontraba el *rabassé* sin el disfrute de la tierra. Esto constituye un verdadero problema agrario, para cuya solución creemos que la forma debiera ser que solo por enfermedad natural de la planta, aunque fuese endémica, pero no epidémica, ó, mejor, *plaga*, pudiese considerarse terminado el contrato antes de los cincuenta años, ó del plazo convenido si la destrucción llegase á hacer infructíferas dos terceras partes de las plantadas. Esta fórmula parte de la jurisprudencia establecida por la Audiencia de Barcelona, y fué aceptada por el Tribunal Supremo en Sent. de 10 de Noviembre de 1868, declaratoria de que el establecimiento de un plantío de cepas en tierras campas, con reversión al cedente, luego que aquéllas quedan reducidas á sus dos terceras partes, solo transfiere el derecho de usufructo al plantador de la viña en la proporción convenida, no existiendo otros pactos, hasta que se cumpla la expresada condición ó transcurra el término de los cincuenta años, contados desde la fecha del contrato. Pero, por encima de esa fórmula, está el texto claro y terminante del Código, que admite dis-

tinción entre si la muerte de las dos terceras partes de las cepas es por causa natural ó por acción de la plaga.

Para terminar este punto réstanos citar la Sent. de 3 de Noviembre de 1896, declarativa de que difieren esencialmente de la enfiteusis y no constituyen verdaderas enajenaciones de fincas rústicas los establecimientos de ellas á *rabassa morta* (esta palabra significa raiz muerta), así como también es de citar la de 9 de Mayo de 1859, de que es doctrina admitida por la jurisprudencia de Cataluña el que cabe la prescripción de las fincas á favor del que las posee como libres por haberlas heredado, si han transcurrido treinta años no interrumpidos, por ser aplicable el Usatge OMNES CAUSE (incluído en el tít. 2.º, lib. 7.º, vol. 1.º de las Constituciones), por el que se prescriben las cosas y se extinguen todas las acciones.

Foros

Laserna y Montalbán definen el foro diciendo que es una especie de enfiteusis que se constituye por una ó más vidas ó por una ó más generaciones y que, terminadas éstas, vuelve al señor directo el terreno que concedió en dominio útil, así como todos los aumentos que haya tenido y construcciones que en él se hayan hecho, debiendo el señor pagar las mejoras llamadas *perfectos*. Las vidas se cuentan por personas y todas las de un mismo grado se cuentan por una generación. D. J. Gil, después de decir que el foro es la enfiteusis, añade en su proyecto, como vocal de la Comisión informadora acerca del Derecho foral de Galicia, que el laudemio y el comiso no se sobreentienden nunca. Consigna el Sr. Alonso Martínez, en su obra «El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales» que el foro es una enfiteusis temporal.

En la práctica es donde, á la vista de las escrituras de establecimiento de foros, se observa una grandísima variedad de éstos, cuya clasificación es muy difícil.

El Código admite el establecimiento de dos clases de foros, perpétuos y temporales; los que se constituyen por tiempo indefinido se rigen por las disposiciones establecidas para el censo enfiteútico, y los de carácter temporal, por las relativas al contrato de arrendamiento. En este punto se separó del proyecto de 1851 que consideró al foro como un censo reservativo con sus notas de perpetuidad y de redimibilidad.

El foro es una de las formas de la propiedad dividida en cosa inmueble; el subforo es la cesión que hace el forero del dominio útil que recibió del aforante, al igual que la subenfitensis es la cesión que hace el enfitauta á favor de otro que se coloca en su derecho, convertido, con esto, en señor mediano de la cosa enfitéutica. Con esa cesión, el forero recibe del subforero un canon mayor del que ha de pagar al aforante, circunstancia que hace compleja y arriesgada la resolución del palpitante problema de los foros.

No puede determinarse con exactitud el origen de los foros, institución desarrollada en Galicia, Asturias y parte de la provincia de León, pero parece remontarse al periodo de sosiego después de la Reconquista. Los Reyes, durante la Monarquía asturiana, colmaron de privilegios á las familias que poblaban los territorios lindantes con los ocupados por los musulmanes; los señores, por no ser menos en generosidad ó por cálculo, concedían á los labradores una casi propiedad temporal, generalmente, de los terrenos que les correspondían, con derecho á percibir un reducido canon. Sobre la constitución de cada foro surgía una villa, á los halagos de esas concesiones y bajo la protección de los señores. No solo á éstos, si que á las Iglesias y monasterios acudían los labriegos afanosos de trabajo en demanda de tierras eriales. Constituyeron un gran progreso, si se les compara con el antiguo préstamo á precario establecido sobre cosa inmueble, que daba derecho al dueño á percibir una pensión en frutos del llevador de la tierra, pues la duración de este contrato dependía de la voluntad de aquél.

Con este sistema, á base del cual descansó la organización de la propiedad territorial en aquellas comarcas, se desarrolló extraordinariamente la agricultura, pero, como el derecho del forero es solo temporal, pues el dueño, transcurrido el plazo de la concesión puede reincorporar á su dominio directo el dominio útil transmitido, el labrador vió amenazados sus intereses y falto de estímulo para fomentarlos. Justo y natural era que protestara contra la devolución del *terruño* de sus afanes, sacrificios y amores; y frecuentes las demandas de despojo, con las cuales la población agrícola quedaba reducida á la indigencia, porfiaron por conseguir el afianzamiento del disfrute, para lo que, y como manera de solucionar el conflicto social planteado, se instruyó expediente de renovación de foros por el Consejo Real, dando por resultado la Real provisión de 11 de Mayo de 1763, en la que se mandó, con carácter provisional, que se suspendiesen las demandas de despojo, mientras se resolvía defini-

tivamente la cuestión, si los foreros ó foratarios acreditaban estar corrientes en el pago de la renta estipulada. Esta soberana disposición, dada para Galicia, se hizo extensiva, por otra de 28 de Junio de 1768, al principado de Asturias y á la antigua provincia de Vierzo (territorio de la provincia de León que comprendía todos los pueblos de los partidos judiciales de Ponferrada y Villafranca).

Que la cuestión forera llegó á revestir caracteres de gravedad durante siglos anteriores á la fecha de esas reales provisiones, lo prueba el hecho de que los Reyes Católicos crearon, á fines del siglo XV, la Audiencia de la Coruña, precisamente con el fin de gobernar aquellos pueblos con toda quietud y justicia, defendiendo á sus súbditos y naturales de opresiones y violencias.

Un estado provisional de derecho han creado esas Reales provisiones al no permitir el comiso si los foreros están al corriente en el pago de las pensiones; pero esto no es bastante; precisa resolver de frente el problema, á base, como se ha dicho, de la perpetuidad y redención de los foros, sin olvidar, antes admitir, el prorrateo, haciéndolo económico y expedito, y la mediación del cabezalero, encargado de recoger las rentas correspondientes al foral dividido para entregarlas al aforante, á menos que éste y los poseedores otra cosa convengan.

Es punto muy delicado el relativo á la forma de la redención, por no haber conformidad en las opiniones de los escritores jurídicos, ni ser general en esto el sentir de los interesados. Según el juriscónsulto López Delago, hay unos que presentan la solución de que sea irredimible la pensión del primer dominio y en cambio pueda redimirse la de los subforeros. Mejoraría esto la condición del forero, agobiado con el peso de tanto tributo, á los que se añaden las *rentas en sacco* ó sean las pensiones que se pagan por razón de préstamos frumentarios. Todo lo que tienda á separar al intermediario, en lo posible, constituye gran mejora en la economía agraria, porque ese tiene que percibir del poseedor mayor pensión de la que satisface al dueño directo; pero, en interés de la agricultura y del sosiego público, importa procurar por la libertad del inmueble, sustrayéndole de trabas y de gabelas, fomentar la población rural y cortar la sangría abierta de la emigración, una de cuyas causas, en el N. O. de España, es la situación aflictiva del forero, pues como dice la ilustre escritora D.^a Emilia de Pardo Bazán, el gallego se levanta todos los días con un derecho más en las leyes y con una peseta menos en el bolsillo.

En ese punto de la liberación se llega hasta pedir por los señores directos la redención del dominio útil, haciéndolo suyo mediante el pago de su valor, solución que, además de opuesta á la tendencia moderna de que la tierra sea para el labriego y de que, si éste la lleva en colonato, el contrato se constituya por largo tiempo y con merced reducida, pues el músculo desmedrado lo que produce es poco y malo, tiene el gran inconveniente de que vendría á plantear de soslayo la cuestión en el terreno en que estaba antes de 1763, porque, como dice dicho jurisconsulto coruñés en su meritísima Memoria elevada á la Comisión de Códigos «¿Cómo se aprecia para esta redención el dominio útil? ¿Se habría de prescindir de las mejoras, una vez que por la ley del contrato debían ceder al dominio directo? ¿Debían reconocerse como capital del forero? ¿Y á que cúmulo de cuestiones daría lugar su apreciación?» Ante estas insuperables dificultades hay que desestimar tamaña pretensión y colocarnos en la corriente redencionista, siguiendo á Inglaterra que, no obstante la ruda oposición de los lores y de tener fundado su régimen de propiedad en un sistema señorial, ha logrado desatar á la riqueza inmobiliaria de las trabas y restricciones de antaño, sin que esto signifique la defensa del colectivismo agrario, una de cuyas formas es la socialización del suelo, pues semejante doctrina no pasa de ser una utopía, á cuyas seducciones se rinden espíritus ilusos y extraviados.

Aún la redención del dominio directo, contraria á la naturaleza del foro, cuya fuente reguladora es el contrato y el derecho consuetudinario, ó popular como lo llama Costa, tropieza con serios inconvenientes, porque depende del valor de los frutos en que consiste la renta foral, los cuales, efecto del desarrollo de la riqueza y del acrecentamiento de la capacidad consumidora, han aumentado, por punto general en un 50 por 100, y ya se tome como tipo de la liberación el 3 por 100 para los foros del primer dominio y el 4 por 100 para los subforos, resultaría muy cuantioso el capital que los poseedores habrían de desembolsar, y aún cuando en Galicia existe la costumbre antigua de que los Ayuntamientos cabezas de partido, formen anualmente los valores medios, de las especies forales, aún cuando facilite la resolución del problema no le quita gravedad, por cuanto el acaparamiento de las especies eleva su precio. Con un factor tan subido para la capitalización, ésta resultará elevada, aún cuando sea bajo el tipo legal sobre que gire.

Tanto para resolver la cuestión forera en lo que de económica y social tiene, poniendo justicia á los conflictos y dique á la emigra-

ción y además para favorecer el desarrollo del crédito territorial, impónese, como medida salvadora, la suspirada redención de los foros mediante el pago del capital que se entregue al dueño directo ó su imposición como carga hipotecaria sobre la finca, con el devengo de un interés razonable. Con este sustitutivo del gravamen, desenvuelto en una forma de equidad, dentro de la cual se armonicen los intereses de los aforantes, subforeros y foreros, y estableciendo relaciones en los créditos del primero respecto á los segundos y éstos por orden de antigüedad, podrá llegarse á la solución de ese magno problema que, planteado en la calle y por el vulgo, bordea algunas veces el Código punitivo, á juzgar por lo que nos dice la Prensa.

Esta directiva de sustitución del gravamen, cuando no se halla determinada la finca afectada, la vemos en el art. 387 en relación con el 383 de la ley Hipotecaria, por exigirlo el principio de determinación de responsabilidad real en que se informa el art. 119 de la misma.

No abrigamos la ilusión de que sea perfecta esa forma sustitutiva del foro, que echamos de menos en el proyecto de ley de 3 de Julio de 1886, y cuya justicia se demuestra con solo advertir que al forero no le ha de ser fácil satisfacer, de una sola vez, todo el capital al dueño directo, pues como el valor de los frutos en que consiste la pensión es, al presente, como se ha dicho, bastante alto, difícilmente podrá acojerse á los seductores beneficios de la redención. A los Bancos agrícolas, como aliados de la Agricultura, les está reservado el honor de resolver el problema forero, otorgando á los labriegos préstamos pignoratícios é hipotecarios á reducido interés.

Pero esto ha de ser objeto de una ley que empiece por proclamar redimibilidad de los foros, como lo hizo la de 20 de Agosto de 1873, extensiva también á los subforos, censos frumentarios ó rentas en saco, derecho, *rabassa morta* y cualesquiera otros de la misma naturaleza, cuyas disposiciones y reglas establecidas para ello fueron declaradas en suspenso por R. D. de 20 Febrero de 1874, el cual asimismo mandó suspender todos los expedientes y juicios á que hubiera dado lugar la ejecución aquélla.

Por R. D. de 8 de Noviembre de 1875, tendente á armonizar los intereses de los aforantes y de los foreros, se dispuso que, por ahora y hasta que se dicte una ley general sobre foros, se regirán los que se hayan constituido en fincas rústicas, por la legislación vigente al tiempo de su constitución, no obstante lo cual, los foros que, á instancia de los dueños directos, se hubiesen inscrito en el Registro

de la propiedad ó se inscribieren en lo sucesivo, quedarán sujetos á los preceptos de la ley Hipotecaria.

Mucho antes de la referida ley de 1873 se presentaron proyectos sobre redención de los foros; entre éstos podemos citar: el de don Justo Pelayo Cuesta en 1866, el del Sr. Paz Novoa, éste último combinándola con la indemnización á favor del dueño directo; el del Sr. Calderón Collantes en 1877; y el del Sr. Montero Ríos en 1885. El Código civil, en su art. 1.611, deja lo relativo á la redimibilidad de los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, á una ley especial, y por último, en 3 de Junio de 1907, el diputado D. Eduardo Vincenti presentó una proposición de ley, reproducida en 28 de Octubre de 1908, considerando perpetuos los foros y subforos de carácter temporal anteriores al Código; se declaran redimibles á voluntad de los foreros, y en general de los censatarios, tanto aquéllos como los subforos, censos frumentarios, rentas en saco ó sisa y derecho de superficie, sirviendo de base para dicha redención, si se hubiese previsto en la escritura, lo pactado en ésta y, en su defecto, se redimirán los foros y derechos de superficie á 100 de capital por 5 de renta y los subforos, censos frumentarios, rentas en saco y derechos á 100 de capital por 6 de renta, capitalizándose las pensiones en frutos, como dispone el art. 1.611 del Código civil; considera el acto de la redención como de jurisdicción voluntaria para que resulte breve, expedito y económico, y se pide el auxilio del Estado para los foratarios que no puedan redimir por falta de dinero.

Como se ve, es general el sentir de que urge disponer la redención de los foros, y contrayéndonos á su estudio, según el derecho constituido, diremos que se rigen por el contrato, y en defecto por la costumbre; de ahí esa gran flora que presentan leyendo las escrituras de establecimiento, debida á la gran variedad de pactos que han solido establecerse, mediante los cuales revisten el aspecto del censo reservativo y hasta del consignativo, según algunos.

Hemos dicho que, en esencia, el foro es una enfiteusis temporal ¿Cuanto tiempo dura? Y á esto se contesta que, por petición de los caballeros Hospitalarios del Priorato de Castilla, se limitó á la vida de tres Reyes y 29 años más.

En los foros hereditarios suceden los herederos del último poseedor, sean hijos ó descendientes, sean extraños; en tanto que, en los llamados de pacto y providencia, se ha de estar á lo prescrito en la carta foral. Se llaman foros verdaderos los constituidos en es-

critura ú otra prueba de igual valor, y reciben el nombre de presuntos aquellos cuya existencia se induce por haber mediado indicios, cuya prueba corresponde al que los alega. El allanamiento espontáneo y libre á pagar la renta hecha por el poseedor constituye prueba de la existencia del gravámen que además consta en la escritura foral, pero no constituye prueba por sí solo el allanamiento á pagar una pensión foral hecha en juicio de prorratio (Sent. 17 Diciembre de 1872).

El aforante tiene derecho á exigir el pago de la pensión anual consistente en dinero, en frutos ó en productos de otra clase; pedir el apeo y prorratio con arreglo á lo dispuesto en el título XVI, libro III, de la ley de Enjuiciamiento civil, cuya facultad también compete al dueño del dominio útil; apremiar al forero para que mantenga en buen estado la finca, considerándose gravada ésta para el pago de la pensión. El aforante tiene los derechos de tanteo, laudemio y comiso en el caso de que se hayan estipulado en el contrato, y respecto del segundo de éstos ha de estarse á lo dispuesto en los arts. 1.618 y siguientes del Código civil.

El forero tiene el dominio útil de la finca, con los derechos de tanteo y retracto si se hubiesen estipulado para el caso de la enajenación del dominio directo; puede transmitir su dominio por títulos intervivos y mortis causa; debe respetar los cargos del foro, con derecho á solicitar el apeo de la finca y el prorratio de la pensión, encaminado éste á evitar los efectos de la acción individual ó solidaria para el cobro de la renta, cuando la finca, por haber sido dividida, tiene varios poseedores, quienes deben pechar con lo que les corresponda. Si el forero fuese demandado tiene derecho á que el señor salga al pleito, si se funda en causas anteriores al contrato, y si fuere vencido, puede reclamarle la indemnización por las vueltas que haya abonado, lo que vulgarmente se llaman *guantes*, que consisten en la cantidad que, en dinero y de una sóla vez, entrega el forero al aforante al tiempo de constituirse el foro si la pensión es menor, relativamente al capital.

El título constitutivo del foro es la antigua carta ó escritura pública y, en defecto, se admiten todas las medias de prueba establecidas en la ley, pudiendo excepcionarse de nulidad la demanda cuando se funde en la falta de potestad en el constituyente, es decir, de derecho para establecer el foro, así como la lesión enormísima. (Real cédula de 14 de Noviembre de 1789).

Los foros se extinguen: por abandono de la finca, mútuo consen-

timiento, prescripción de treinta años con buena fe y justo título, y por consolidación, ésta en sus dos formas de redención y de reversión si se hubiese estipulado, pues ya hemos dicho que, respecto del comiso, este medio se halla en suspenso.

Según la Sent. de 18 de Noviembre de 1896, la ley 24, tít. V., lib. X de la Novísima Recopilación se refiere á la redención de los censos perpétuos, cuyas reglas no pueden aplicarse, ni aún por analogía contra la voluntad del señor del dominio directo, para graduar el valor de sus derechos en la extinción forzosa de un foro temporal, porque, siendo substancial en los de esta clase el derecho de ese dueño á recuperar la finca dada en foro, transcurrido el término pactado, no cabe en modo alguno equiparar la carga impuesta sobre el dominio útil, á un gravamen perpétuo de los redimibles, conforme á dicha ley.

La prueba de que el foro es una enfiteusis la tenemos en la sentencia de 30 de Julio de 1897 declaratoria de que cabe en él el derecho de retracto si es de los perpétuos, aún cuando se haya constituido con anterioridad al Código, cuyas disposiciones tienen en esto carácter retroactivo, por no perjudicar ningún derecho preexistente.

Subforos

Son los contratos por los que el forista, forero ó foratario (todos esos nombres recibe) transmite el dominio útil de una, varias ó de todas las fincas á un tercero, quien las recibe con las condiciones del forero principal, para siempre ó por un plazo determinado, igual ó menor que el de aquél, con obligación de satisfacer las pensiones, seguir en las cargas de la finca y pagar al subforante otra renta especial. El subforero puede convertirse en subforante con respecto á otra persona y así indefinidamente. Cuando la pensión no alcance para pagar á todos, cobrará primero el dueño directo, después el subforante y así sucesivamente (Sent. 20 Febrero de 1860)

Cédulas de planturia

Eran los documentos por los cuales algunas corporaciones eclesiásticas concedían terrenos incultos en ciertos concejos vinícolas de la provincia de Oviedo, para convertirlos en viñedo, viniendo

obligados los llevadores á contribuir con el *quignon* del fruto que anualmente produjesen y que entregaban al hacer la vendimia. Le asemejan á la *rabassa morta* de Cataluña, con la diferencia de que el terreno revertía á su cedente, no á la muerte de la tercera parte de plantas, ni á los cincuenta años, sino cuando volvía á ser improductivo ó lo abandonaba el poseedor, quien podía enajenarlo con el gravamen impuesto, y transmitirlo por última voluntad á sus sucesores, así como ejercitar las acciones reales, sin que contra él pudiera intentarse la de desahucio.

La propiedad nos ofrece esta gradación en la Historia: El feudo ó señorío, que era la concesión del dominio útil en cosa inmueble ó de un derecho real, reservándose el cedente su dominio directo é imponiendo á aquél la obligación de prestarle obsequio y fidelidad. En las cosas feudales podía haber, á más del señor primitivo ó estable, los llamados señores medianos. El feudo tenía ventajas sobre el precario, pues mientras el poseedor cumplía las condiciones del establecimiento ningún mal se le podía esperar; no así ocurría con el poseedor á precario de la cosa inmueble, pues aún cuando satisficiera la pensión, podía ser privado de la finca, á voluntad del dueño. Los foros, significaron un gran progreso, pues si bien raras veces se constituyeron los llamados perpétuos que corresponden por su naturaleza á los feudos ó señoríos, aventajan á la *rabassa morta*, porque su duración es mayor que la de ésta. Con la facultad de reversión que á su favor tiene el aforante, no ya solo de la finca, si que también de sus mejoras, y con la acción individua ó solidaria para repetir contra todos y cada uno de los poseedores del inmueble dividido, á menos de que el forero, para no responder de lo del otro, se haya puesto bajo el amparo de las leyes de Enjuiciamiento é Hipotecaria, se crea la incertidumbre, se cierne sobre el poseedor la amenaza de verse despojado de su derecho, y en estas condiciones, fáltanle estímulos para el trabajo y anhelos por mejorar el terruño.

La enfiteusis aventaja al foro; despojada del tiránico derecho de comiso; constituye una forma más perfecta de la propiedad dividida, preferible al arrendamiento, porque, permitida la redención del censo, el colono se eleva al rango de dueño, lo que no puede hacer el arrendatario. El censo reservativo supera en ventajas á la enfiteusis; no está armado del comiso, y como puede redimirse, se llega fácilmente á la consolidación de ambos dominios, cumpliéndose de esta suerte una de las condiciones de toda propiedad, que es, como dice Thiers, la de ser entera dentro del orden general del Derecho.

CAPÍTULO VII

De los derechos reales por razón de disfrute

Advertirá el lector que en el desarrollo de este estudio nos ocupamos de institutos que figuran, en la nomenclatura jurídica antigua, en las obras doctrinales y en el plan seguido por el Código, dentro del Derecho de obligaciones y especialmente en el tratado de contratos. Débese esta novedad á nuestro propósito de sistematizar la labor. No puede negarse que, aún cuando el arrendamiento reviste la forma de contrato consensual, atribuye al arrendatario derechos, si no en la cosa, en lo que produce ésta, y aún en aquélla si el título de constitución se ha inscrito en el Registro de la propiedad. Si, pues, tiene ese carácter de derecho real, de más relieve que el uso y la habitación, puesto que aquél comprende la cosa en totalidad y éstos se reducen, el primero á la percepción de los frutos para el usador y su familia, y el segundo á las piezas de una casa necesarias para el habitador y personas de su familia, resulta satisfecho el rigor del plan didáctico, trayendo á estudio, en un capítulo ó en varios sucesivos, todo lo referente á derechos reales, dejando para el tratado de contratos lo que dice al marco en que aquéllos se colocan.

Usufructo

Según el Derecho romano era una de las llamadas servidumbres personales. Compónese de las palabras «uso y fruto» y atribuye al usufructuario el derecho de usar y de disfrutar de la cosa, pero no

de *abusar* de ella, toda vez que no puede alterar su forma ni substancia, lo cual le es permitido el propietario. Pero no puede tomarse en absoluto esa prohibición de abuso, toda vez que el art. 467 del Código civil, reproduciendo el concepto clásico del usufructo, dice que éste da derecho á disfrutar los bienes ajenos (si fueran propios, el disfrute se tendría por razón de dominio) con la obligación de conservar su forma y substancia, *á no ser que el título de su constitución ó la ley autoricen otra cosa.*

Este aditamento ha merecido censuras por parte de varios escritores jurídicos que no aciertan á explicarse por qué se ha escrito. Está muy en su lugar. El Legislador establece en ese art. 467 el concepto de derecho real del usufructo, contraído al disfrute, bajo cuya palabra se comprende el uso y el goce; niega al usufructuario el *JUS ABUTENDI*, esto es, el de atentar á la forma y substancia de la cosa para que no se perjudique el nudo propietario; pero, respetando el *STATUS INDIVIDUI*, hace honor al título de constitución y si por éste se halla facultado el usufructuario para transformar el bien ajeno, lo respeta. La ley se considera, aunque impropia, como título de derecho y si ésta autoriza esa alteración de forma y substancia, como ocurre en las cosas fungibles, mejor, consumibles, porque de otro modo no cabe el disfrute, es muy del caso esa excepción, como también, por ejemplo, en las minas (si el usufructo es universal ó si, siendo particular, lo autoriza el título, art. 476) cuyo aprovechamiento no puede hacerse sin el laboreo, y éste ser tan intenso ó de tan poca riqueza aquéllas que, con su acción, se llegue al aprovechamiento de todo el producto. No se hubiera escrito ese aditamento y el precepto del Código, por lo escueto, provocaría dudas y litigios.

Hemos presentado la naturaleza jurídica del usufructo; hoy es un verdadero derecho real, según el Código; con cierto condicionamiento el que tiene carácter de legal, naturaleza que difiere de la señalada por el Derecho romano y las Partidas; uno y otras vieron en él un derecho personal, en cuanto se hallaba constituido á favor de persona determinada y, por tanto, no era enajenable.

El Código dice: *«el usufructo da derecho»*; la ley 1.^a, tít. IV, libro II de la Instituta, que rige en Cataluña, dice que: *«el usufructo es el derecho»*; lo primero asigna á aquél el carácter de derecho real; lo segundo, el carácter personal. Por esto el usufructo, uso y habitación, se llamaron servidumbres personales, precisamente porque recaían en persona determinada y no podían ser enajenables.

El Código se ha ajustado á lo dispuesto en la base 12 de la ley de 11 de Mayo de 1888, dispositiva de que el usufructo, el uso y la habitación se habían de definir y regular como limitaciones del dominio y formas de su división, regidas, en primer término, por el título que las constituyese y, en su defecto, por la ley, como supletoria de la determinación individual.

La prueba de que el Derecho romano consideró el usufructo como un derecho personal SUI GENERIS, por ser más extenso que el uso, que la habitación y que otros de aquella clase, la tenemos en el párrafo 2.º DE USUFR. de la Instituta, ley 38 Dig. DE USUFR. ER QUEM. dispositivos de que el usufructuario no puede transferir á otro el disfrute de su derecho, pero sí puede verificarlo de los goces que por razón del mismo le corresponden en todo ó en parte del tiempo de su duración, así como también puede hipotecarlo. Y tan dogmático era que el usufructo, como tal usufructo, no era enajenable (y así lo ordenó la ley 24. tít. 31, Part. 3.ª), que ni siquiera podía hipotecarse, con sujeción á la cual se escribió el art. 107 de la ley Hipotecaria anterior, que ha sido modificado por el núm. 2.º del mismo artículo de la de 16 de Diciembre de 1909, dispositivo de que ese derecho puede ser objeto de hipoteca, que se extingue cuando concluya el usufructo por un hecho ajeno á la voluntad del usufructuario, y que si concluyere por su voluntad subsistirá ese gravamen hasta que se cumpla la obligación asegurada ó hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluído, á no mediar el hecho que le puso fin. Lo que no es hipotecable es el usufructo concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres sobre los bienes de sus hijos y al cónyuge superviviente sobre los del difunto; es decir, el usufructo legal.

Lo arriba dicho nos sugiere esta consideración: como quiera que la ley Hipotecaria es de general observancia, y disponiendo que es hipotecable el usufructo voluntario, ha introducido profunda reforma en la Legislación catalana y en la navarra, que se rigen por el Derecho romano, resultando con ello esta anomalía: que en esos territorios no es enajenable el derecho de usufructo, pero en cambio es hipotecable, en contra de lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 106, de que solo podrán ser hipotecables, además de los bienes inmuebles, los derechos reales enajenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre los mismos, ó hay que concluir diciendo, por respeto á ese precepto, que no es aplicable á dichas regiones lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 107, en el sentido de, donde dice «el derecho de

usufructo», se entienda, como se hallaba antes dispuesto, «el derecho de percibir los frutos del usufructo», para que, de este modo, no resulte lisiado el Derecho foral, con la modificación introducida por la nueva ley Hipotecaria. Nos inclinamos á la primera de estas soluciones, porque no vemos que, con tal reforma, padezca ningún interés legítimo; redúcese á dar mayor relieve al derecho real de usufructo para que pueda ser objeto de gravamen hipotecario, en beneficio del crédito territorial, que es de interés general.

Capacidad para constituirlo

Nos referimos al usufructo voluntario, y puesto que constituye un derecho real ó una limitación del dominio, exígese que quien lo establezca pueda verificarlo según las leyes; además debe tener la libre disposición de la cosa sobre que recae, pues NEMO DAT QUON NON HABET.

Según sea el título constitutivo del usufructo, el contrato ó la disposición mortis causa, así debe ser la capacidad del constituyente de ese derecho (art. 468 del Código).

Y á propósito de la forma de constitución, debemos decir que en Cataluña se suele estipular en las capitulaciones matrimoniales, como digimos en el libro 1.º, que el cónyuge sobreviviente y sobre todo la viuda y á la vez madre, tenga el usufructo de los bienes del marido mientras no repita nupcias, con obligación de mantener y educar á sus hijos, y con relevación de fianza. Con ese derecho goza la mujer de gran autoridad en la familia y se eleva su dignidad en el concepto social. Hasta las frases de «*señora majora*, poderosa y usufructuaria», con que se designa á la viuda, revelan esa consideración y poder con que la inviste su marido. Este usufructo suele ser condicional, es decir, para el caso de que el marido no teste.

Clases de usufructo

Respecto del título de constitución, se clasifica en legal y voluntario (Instituta § 1.º, tít. 4.º lib. 2.º). El Código, en su art. 468 admite como título constitutivo la prescripción. Los antiguos tratadistas de Derecho incluían el llamado judicial, que era el constituido

por sentencia firme en los juicios divisorios de cosas comunes de difícil división. Esta especie no se registra en el día.

Por las cosas que comprende, se clasifica en universal y singular; el primero recae sobre la totalidad de bienes de una persona, por ejemplo, el hereditario, y el legal cuando es producto de la patria potestad; el segundo se establece sobre una ó varias cosas determinadas. Por su duración, en vitalicio si el disfrute depende de la vida del usufructuario (es el ordinario y prevenido por la ley) y á plazo cierto si se señala por ésta ó por el contrato la duración del mismo. Por la forma, en puro y condicional.

El cuasi usufructo es el constituido en cosas incorporeales y además está el regulado por el art. 482 del Código civil, que atribuye al usufructuario el derecho á servirse de las cosas fungibles con la obligación de pagar el importe de su avalúo al terminar el usufructo, si se hubiesen dado estimadas. Cuando no se hubiesen estimado, puede optar entre restituirlas en igual cantidad y calidad, ó satisfacer su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo, porque puede tenerles afección: ya cumple con satisfacer el valor en cambio.

Pero hay cosas que, sin consumirse, se deterioran poco á poco por el uso; el usufructuario tiene derecho á servirse de ellas según su destino, y no viene obligado á restituirlas sino en el estado en que se encontraren, pero con obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubiesen sufrido por su dolo ó negligencia (artículo 481).

Haciendo la exégesis de este precepto, resulta que, si el usufructuario da á esas cosas un destino distinto del que tienen, viene obligado á indemnizar al propietario de su pérdida ó destrucción, porque ha hecho lo contrario de lo prescrito por la ley. Asimismo cabe también tal responsabilidad mediando dolo ó intención dañosa, porque el hombre debe proceder siempre de buena fe en sus actos, y sin ánimo de perjudicar á otro, y aún no mediando dolo, puede haber culpa, esto es, la omisión que es debida según la cosa, en cuyo caso también procede esa indemnización, pues el que infiere un daño á otro por culpa ó negligencia tiene la incuestionable obligación de repararlo, incumbiendo al Tribunal, A QUO, apreciar el grado de esa negligencia para fundar la responsabilidad en que el usufructuario haya incurrido.

El usufructo puede recaer sobre un crédito hereditario, en cuyo caso los intereses del mismo se consideran frutos civiles (Sent. 21

de Noviembre de 1907). Puede recaer sobre un derecho, siempre que no sea personalísimo é intransmisible (art. 469).

El usufructo (que puede constituirse sobre todos ó parte de los frutos de la cosa) es un derecho cuyo sujeto pretensor ó favorecido son una ó varias personas simultaneamente, en cuyo caso existe una comunidad en el disfrute, ó sucesivamente, es decir, que terminado el goce que tenía una persona, pasa á otra; pero esto no puede ser de una manera indefinida; tiene su límite y á este respecto es de citar la sent. de 8 de Mayo de 1894, de que es nula la constitución de un usufructo que pase del segundo grado, pues de otra suerte, sobrepticiamente se iría, si no á la vinculación de la propiedad, á la de uno de los derechos de la misma, en perjuicio del interés general.

Inspirada en estas ideas, que dicen al régimen jurídico de la propiedad y que interesan á todas las regiones de España, recayó la sentencia de 8 de Mayo de 1894, declarativa de que el testamento que establece una designación ilimitada de personas que deben suceder al testador perpetuamente en ciertos bienes, constituye una verdadera institución vincular, porque la prohibición de enajenar los expresados bienes, impuesta á todos los sucesores, determina la esencia de la vinculación, siendo consiguientemente nulas las cláusulas en que se establece, con arreglo al art. 14 de la ley de 20 de Octubre de 1820, sin que pueda considerarse exceptuado un establecimiento balneario, pues si bien es de utilidad para el público, no tiene el carácter de caritativo y gratuito en beneficio del desvalido.

Legislación foral

Después de lo dicho en las primeras secciones de este capítulo, muy poco hay que añadir, dado que el Código ha seguido bastante en esta materia á la ley de Partidas y ésta se inspiró en el Derecho romano, que es la legalidad vigente en Cataluña y Navarra, que tienen por supletorio á dicho cuerpo legal. Este rige en Aragón directamente, puesto que la Legislación aragonesa no contiene nada referente al usufructo. Lo propio decimos respecto de Baleares y Vizcaya. De manera que nuestro estudio ha de consistir en relacionar la Legislación romana con el Código, presentando las diferencias que de la comparación resulten.

El usufructo puede constituirse puramente, bajo condición y hasta cierto día, en toda clase de bienes, ya sean muebles, ya inmue-

bles (ley 4.^a DIG. DE USUFR. ET QUEMAD.; tít. 1.^o, lib. 7.^o) Es, en substancia, lo que prescribe el Código.

El usufructo es divisible; si se hubiese constituido conjuntamente á favor de dos ó mas personas, concurriendo todas, se repartirán los goces del usufructo entre ellas, pero en caso de fallecer alguna, su parte acrecerá á las demás (leyes 1.^a y 3.^a DE USUFR. ACCRESC). Es precisamente lo que dice el Código, que el usufructo, puede establecerse en favor de varias personas, conjuntamente; habiendo comunidad en el disfrute del derecho y á base de que sea divisible, procede que cada usufructuario reciba lo que le corresponda en el reparto de los frutos, y como todas están ligadas por un título, habiendo pluralidad de personas y unidad de derecho, es lógico que quepa el derecho de acrecer, existiendo porción vacante.

El usufructo puede recaer en cosas que, sin consumirse inmediatamente, se deterioren poco á poco con el uso, y, estudiando los derechos y obligaciones que en tal caso tiene el usufructuario, hemos comentado el art. 482 del Código. Este precepto concuerda exactamente con la ley 9.^a Dig. DE USUFR. ET QUEM. y ley 15 Dig. DE USUFR. título 1.^o, lib. 7.^o

El usufructo puede recaer en cosas fungibles, y precisamente así también lo ordena la ley 7.^a Dig. DE USUFR. CAR KER. QUE USUCUM, como asimismo puede recaer en un derecho, y á este propósito es citar la ley 3.^a del cuerpo legal arriba dicho, preceptiva de que el usufructo de un dominio directo ó de una cantidad que produce interés ó renta, por ejemplo el censal, da derecho al usufructuario para percibir, mientras dure aquél, las prestaciones que hubieran correspondido al propietario. De consiguiente no existe diferencia entre el Derecho romano y el Código (arts. 469 y 482).

Efectos del usufructo

Este es un derecho real compatible con la nuda propiedad, y puesto que constituye una relación jurídica perfectamente definida, tiene por resultado derechos y obligaciones.

Derechos del usufructuario

Son, además de los especiales que señala el título de su constitución, los siguientes: La percepción de todos los frutos natura-

les, industriales ó civiles de los bienes usufructuados (art. 471). Si las cosas no producen frutos tiene derecho á usarlas y á servirse de ellas empleándolas según su destino. Los frutos naturales é industriales pendientes al comenzar el usufructo, pertenecen al usufructuario; los pendientes al extinguirse ese derecho, corresponden al propietario, viniendo obligado á satisfacer á aquél ó á sus herederos los gastos ordinarios de cultivo, simientes ú otros semejantes hechos por el usufructuario; los frutos civiles se entienden percibidos día por día y pertenecen al usufructuario en proporción al tiempo que dure el usufructo. Si el usufructuario hubiera arrendado las tierras ó heredades dadas en usufructo, y acabara éste antes de terminar el arriendo, sólo percibirán él ó sus herederos y sucesores la parte proporcional de la renta que debiere pagar el arrendatario (arts. 471 al 474 ambos inclusive del Código).

Las leyes 7.^a y 27 Dig. DE USUFR. ET QUEMAD y la 8.^a Digesto DE ANN. LEGAT., reconocen respectivamente en el usufructuario, los derechos de usar y gozar de todos los frutos naturales, industriales y civiles, aunque aquellos dos estén pendientes el día de empezar el usufructo, y añade la Instit. párrafo 36, DE REE DIVIS, que los que se hallen en el mismo estado cuando concluya el usufructo pertenecen al propietario; pero como éste no debe enriquecerse con perjuicio del usufructuario ó de sus herederos, viene obligado á satisfacer los gastos que se hubiesen hecho para obtener la cosecha aún no recogida. Pero dicha ley 7.^a hace aplicable su disposición á los frutos naturales é industriales que estuviesen pendientes el día en que empezó el usufructo, los cuales, si bien corresponden al usufructuario, como tal perceptor, viene obligado á satisfacer los gastos que se hubiesen hecho para obtener la cosecha.

He aquí un punto de diferencia entre el Derecho romano y el Código. Por éste, el usufructuario no viene obligado á abonar al propietario los gastos hechos para la producción de los frutos pendientes; en cambio, aquél, vigente en Cataluña y Navarra, le impone esa obligación.

Esos dos casos en que el perceptor de los frutos, llámese usufructuario ó propietario, tiene que abonar los gastos, no se dan en el usufructo que la ley concede al marido en la dote de su mujer, pues según disponen las leyes 7.^a Dig. DE SALUT. MATR. y única Cód., DE REI UXOR AT., el marido y la mujer ó los herederos de ésta se distribuyen los frutos, ya sean pendientes, ya percibidos en razón del tiempo que duró el matrimonio.

Prescribe la ley 26 Dig. DE USUFR. ET QUEM. que si el usufructuario hubiese arrendado las heredades que producen frutos naturales ó industriales, finido el usufructo antes de vencer el arriendo, percibirá solo la parte de éste que sea proporcional á los frutos que hubiere recogido el arrendatario, y que los frutos civiles se reputarán adquiridos día por día y pertenecen al usufructuario hasta á aquél en que concluyó el usufructo; es exactamente lo dispuesto en los arts. 473 y 474 del Código.

Respecto de los tesoros que se hallaren en la finca, el usufructuario será considerado como extraño. Así lo prescribe el artículo 461 del Código, y como en el Derecho romano no hay disposición en contrario, aquél es de aplicación, lo mismo á Cataluña que á los demás territorios aforados.

Tiene derecho el usufructuario al disfrute del aumento que recibe la cosa usufructuada por accesión, así como á las servidumbres que ésta tenga á su favor, y, en general, á todos los beneficios inherentes á la misma. En éstos se comprenden los derechos de cazar y pescar, el de extraer piedra, cal y yeso para reparaciones de la finca, pero no el producto de las minas denunciadas, concedidas ó que se hallen en laboreo al principiarse el usufructo, á no ser que expresamente se lo conceda el título de éste ó que sea universal (artículo 476 del Código y Sents. de 7 de Mayo 1879, 27 Diciembre de 1884 y 30 Marzo de 1892).

La ley 9.^a Dig. DE USUFR. ET QUEM. concede al usufructuario el derecho de caza y pesca; la ley 13 del propio cuerpo legal le faculta para abrir y explotar las canteras y minas que no necesitan concesión, existentes en la finca y utilizar sus productos, sin perjuicio de la propiedad. El Código restringe el derecho del usufructuario, al prescribir que éste sólo puede extraer piedra, cal y yeso de las canteras para reparaciones ú obras que estuviese obligado á hacer, ó que fueren necesarias, pero no para las que tengan carácter de útiles. Como se ve, el Derecho romano se inspira en un principio más jurídico que el Código, al prescribir que cabe esa explotación de las canteras si no se perjudica á la propiedad, y como las reparaciones, no teniendo el carácter de necesarias, pueden dar mayor valor á la finca con el empleo de la piedra, cal y yeso, ningún perjuicio sufre el propietario, cosa que no puede hacer el usufructuario, á tenor de lo prescrito en el Código.

Por otro lado, el Derecho romano autoriza al usufructuario para explotar las minas que no necesitan concesión, lo cual se debe á que

considera los minerales como frutos extraordinarios, sentido distinto del que realmente tienen según la legislación minera, y por esto el Código dice, en su art. 476 (que consideramos en este punto aplicable á todas las regiones, porque la ley de Minas es de carácter general), que no corresponden al usufructuario de un predio en que existan minas, los productos de las denunciadas, concedidas ó que se hallen en laboreo, á no ser que expresamente se le concedan en el título constitutivo de éste, ó que sea universal. Facilmente se comprende la razón de este ordenamiento, porque una cosa es la propiedad del suelo y otra la del subsuelo. Mediando concesión minera, el concesionario es el dueño del mineral cuya propiedad puede transmitir y sobre la que no recae el usufructo, constituido respecto del suelo, á menos que este derecho provenga del título constitutivo del usufructo, toda vez que entonces se ha de estar á lo establecido, ó que se trate de un usufructo universal, ó que tenga carácter de legal (art. 477), pues en este último caso, el usufructuario puede explotar las minas denunciadas, concedidas ó en laboreo existentes en el predio, haciendo suya la mitad de las utilidades que resulten, después de rebajar los gastos, que satisfará por mitad al propietario.

Como quiera que la Legislación romana no hace, en orden á los derechos en la explotación de minas, esa distinción entre usufructo voluntario y usufructo legal, subdividido el primero en singular y universal, creemos de aplicación en Cataluña y Navarra lo dispuesto en el Código civil, por su carácter de supletorio.

El que tiene el usufructo de algunos animales puede utilizar sus productos y servicios en la misma forma que lo haría el propietario (ley 12 Dig. DE USU ET HABIT., tít. 8.º, lib. 7.º). El usufructuario hace suyos los árboles muertos, con la obligación de plantar otros en su lugar (ley 18 Dig. DE USU ET USUFR. LEGAT., ley 28 Digesto DE USUFR. ET QUEM.) Los árboles arrancados ó abatidos por la fuerza del viento pertenecen al propietario con la obligación de llevárselos si embarazan al usufructuario (leyes 11, 12 y 19 íd.), el cual podrá sacar de los mismos la leña que necesite para hacer las reparaciones que tiene obligación de verificar en los edificios de la heredad usufructuada (ley 12 íd.); pero no puede cortar los árboles frutales, ni los de ornato (leyes 10 y 11 íd.)

Parte de lo arriba dicho figura en el art. 483 del Código, respecto á que el usufructuario de viñas, olivares y otros árboles ó arbustos, puede aprovecharse de los pies muertos, derecho extensivo á

los tronchados ó arrancados por accidente, con obligación de reemplazarlos por otros, pues, según el Derecho romano, quien hace suyos los árboles y demás tronchados ó arrancados no es el usufructuario si que el propietario.

Combinando los arts. 483 y 484, resulta: que si el siniestro es ordinario, el usufructuario hace suyos los pies muertos con obligación de reemplazarlos; pero si es extraordinario y siempre que la desaparición de las viñas, olivares ú otros árboles, hubiera sido en número tan considerable que no fuese posible ó resultase demasiado gravosa la reposición, el usufructuario puede optar entre dejar los pies muertos, caídos ó tronchados á disposición del propietario, ó exigir de éste que los retire y deje el suelo expedito.

Esa distinción entre caso ordinario y extraordinario nos parece más racional que lo dispuesto en el Derecho romano, como lo es también que los árboles arrancados ó abatidos en el primero de esos casos pertenezcan al usufructuario, con obligación de reponerlos por otros, en contra de lo prescrito por el Digesto que los da al propietario.

El Derecho romano no permite que el usufructuario corte los árboles frutales y de ornato, para lo cual le autoriza, sin distinguir clase de arbolado, el art. 485; pero ha de ser para reponer ó mejorar alguna de las cosas usufructuadas, y en este caso, deberá hacer saber previamente al propietario la necesidad de la obra. Lo restrictivo del Derecho romano y lo condicional del Código, fúndanse en que, por capricho ó mala voluntad del usufructuario, la cosa no debe sufrir aminoración de valor.

El usufructo de monte talar, cañaverál ó zarzal, comprende el derecho de cortar, no solo lo necesario para el uso propio, sino para vender como frutos lo que se corte. (Leyes 7.^a y 9.^a Dig. DE USUFR. ET QUEMAD.) El usufructuario puede tomar del monte lo que necesite para el cultivo de las viñas, como estacas, horquillas y reparaciones de la casa del campo, no deteriorando el bosque (ley 10 idem). Guarda parecido con este precepto el art. 485 del Código, no aplicable á Cataluña, según se declaró en Sent. de 10 de Marzo de 1893, artículo que atribuye al usufructuario el derecho á disfrutar de todos los aprovechamientos del monte según su naturaleza, y que, siendo talar, puede verificar las cortas ordinarias que solía hacer el propietario, y en su defecto, del modo, porción y épocas, según la costumbre del país, cuyas talas ó cortas hace suyas, pero de manera que no perjudiquen á la conservación de la finca.

El usufructuario goza de las servidumbres y demás derechos constituídos á favor de la cosa, del mismo modo que los usaría el propietario (ley 15 Dig. DE USUFR. ET QUEM.; ley 1.^a SI USUFRUCTUS PER.) Igual disposición contiene el art. 479, el cual añade que el usufructuario tendrá el derecho de disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, que es precisamente lo que dispone la ley 9.^a, Dig. DE USUFR. ET QUEMAD.; pero añade al sustantivo «accesión» el adjetivo «natural»; éste debe considerarse implícito en el contenido del art. 479, porque si la finca ha aumentado por haber adquirido el propietario terrenos contiguos á la misma, á éstos no puede hacerse extensivo el derecho del usufructuario. Si por la accesión natural puede mermarse la finca usufructuada, justo es que, si, por el contrario recibe aumento por aluvión, avulsión, etc., alcance al usufructuario el beneficio. Este tiene derecho de utilizarse de los viveros ó planteles, vendiendo las plantas que hubiere, pero plantando otras, de suerte que se conserve el vivero en el estado en que lo recibió (ley 9.^a Dig. DE USUFR. ET QUEM.) que es opuesta á lo prescrito en el apartado 3.^o del art. 485 (aplicable á Cataluña como se ha dicho) el cual no obliga al usufructuario á plantar los árboles que hubiere sacado del vivero.

El Derecho romano autorizó al usufructuario para dar en arriendo la cosa; lo mismo prescribe el art. 480, pero éste añade que puede enajenar el derecho de usufructo, aunque sea á título gratuito, lo cual prohíbe la Instit. § 2.^o DE USUFR., pero puede transferir los goces de ese derecho por todo ó parte del tiempo de su duración. (ley 38 Dig. DE USUFR. ET QUEM).

El Código, considerando el usufructo como un derecho real, tenía que ser consecuente con este principio, permitiendo su enajenación aunque sea á título gratuito; pero todos los contratos que celebre el usufructuario con tal carácter se resolverán al fin del usufructo (como que se halla sujeto á una condición resolutoria tácita) salvo el arrendamiento de las fincas rústicas que se considerará subsistente durante el año agrícola. A su vez, el Derecho romano también es consecuente con su doctrina, obligatoria en Cataluña y Navarra. Considerando el usufructo como una servidumbre personal, mejor, como un derecho de la persona á usar y gozar, nunca como un derecho real, no podía conceder al usufructuario esa facultad de transmitirlo; únicamente le autorizaba para dar la cosa en arrendamiento, por ser la renta el equivalente económico del disfrute, siendo de añadir que, como la ley de Arrendamientos del año 1813 fué de

general observancia, y establecido en ella el llamado año agrícola, es aplicable en Cataluña lo que respecto á este punto prescribe el Código.

También puede el usufructuario—según el Código—hacer en los bienes las mejoras útiles ó de recreo que tenga por conveniente, con tal que no altere su forma ó substancia, aunque sin derecho á indemnización; pero podrá retirarlas, si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes, así como tiene derecho á que se le compensen los desperfectos de los bienes, con las mejoras que en ellos hubiere verificado (art. 487 y 488).

No puede el usufructuario transformar, unir, ni dividir las piezas de una casa, ni cubrir con estuco las paredes toscas y desnudas; ni concluir el edificio principiado, aunque sin esto no pueda disfrutarlo, pero podrá hacer gastos de mero placer y ornato que no alteren la calidad de la finca (leyes 13 §§ 7.º y 8.º y 44 y 61 Dig. DE USUFR. ET QUTMAD.)

El usufructuario no podrá mudar la condición de la cosa de que otro tiene la propiedad, ni menos destinarla á otro objeto ó uso del que tenía cuando empezó el usufructo, á no ser con la mejora de la misma.

No se reputa mejora aquella que, ó no aumenta los réditos de la propiedad, ó que para aumentarlos requiere gastos que serían gravosos al propietario (ley 13 íd).

Al concluirse el usufructo no puede reclamarse cosa alguna por razón de las mejoras hechas por el usufructuario, las cuales no podrán arrancarse si estuviesen fijas é inherentes á la cosa (ley 13, íd.) Podrán, no obstante, ser reivindicadas, luego de haber sido separadas de la misma (ley 15 Ins. PRINCIP. Dig. DE USUFR. ET QUEM).

El usufructuario está obligado á hacer en la cosa las reparaciones de pura conservación (ley 7 Cod. DE USUFR., leyes 7.ª 64 y 65 DE USUFR. ET QUEMAD. Las demás corresponde verificarlas al propietario, á menos que su necesidad fuese ocasionada por descuido de aquél en hacer obras de conservación (ley 7.ª antes dicha).

El Código, en sus arts. 500, 501 y 502, establece reglas parecidas á las del Derecho romano en orden á las reparaciones de la finca usufructuada, clasificándolas en ordinarias y extraordinarias. Al usufructuario corresponde practicar las primeras que son las exigidas por los deterioros ó desperfectos debidos al uso natural de las cosas y sean indispensables para la conservación de éstas; pues

tales reparaciones son inherentes al derecho de uso y disfrute: la carga va anexa al beneficio, pero como si el usufructuario dejara de hacerlas, podría desmerecer la finca y hasta imponerse reparaciones extraordinarias por motivo de tal descuido, puede verificarlas el propietario á costa de aquél.

No así ocurre con las reparaciones extraordinarias; éstas, como que afectan al capital cosa, para su existencia, corresponde practicarlas al propietario, previo aviso que debe darle el usufructuario si fuere urgente la necesidad de hacerlas.

Ejecutadas que sean por el propietario, tendrá derecho á exigir al usufructuario el interés legal, que hoy es el del 5 por 100, de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo; si no las hiciera cuando fueren indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho á exigir del propietario, al concluir el usufructo, al aumento de valor que tuviere la finca—he aquí las mejoras—por efecto de las mismas obras. Si el propietario se negare á satisfacer dicho importe, tendrá el usufructuario derecho á retener la cosa—esta es una de las formas del *JUS RETENTIONIS*,—hasta reintegrarse con sus productos.

Procurando el Código por la compatibilidad de los derechos de usufructo y de nuda propiedad, autoriza al propietario (art. 503), para hacer las obras y mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, ó nuevas plantaciones en ella si fuere rústica, siempre que por tales actos no resulte disminuído el valor del usufructo, ni se perjudique el derecho del usufructuario. Esta disposición, si bien no aparece tan completa en el Derecho romano, resulta en principio establecida en la ley 15, § 7.º *DIG. DE USUFR. ET QUEM.*, dispositiva de que el usufructuario no puede ser perjudicado en sus derechos por el propietario, lo cual equivale á prescribir que el propietario puede hacer todo aquello que al usufructuario no le perjudique.

Obligaciones del usufructuario

Debe inventariar las cosas que recibe en el estado en que se hallen (ley 1.ª § 4.º *DE USUFR. ET QUEM.*, *DIG.*); dar caución de que usará de las cosas que recibe como buen padre de familia y que, finido el usufructo, las restituirá en el estado en que se hallen (ley antes citada); hacer en la cosa, las obras de reparación, como hemos dicho; satisfacer las contribuciones y canon de los censos y de las

demás cargas impuestas sobre la finca, (leyes 7.^a, 27 y 52 Digesto DE USUFR. ET QUEM.), y si el usufructo se hubiese constituido sobre un ganado ó una universalidad de animales, debe suplir las reses muertas ó inútiles con las nacidas del mismo, haciendo suyas aquellas (leyes 68, 69 y 70 DE USUFR. ET QUEM.), pero si estuviese constituido sobre un determinado número de cabezas, no viene obligado á hacer esa sustitución, en cuyo caso pertenece al propietario la carne y la piel de los animales muertos (ley penúlt. Digesto QUIB. MOD. USUFR. AMITT.)

El usufructuario no está obligado á conservar los inquilinos ó arrendatarios que encontrase en la finca, á no habersele impuesto expresamente este gravamen (ley 59 de dicho cuerpo legal).

La obligación de dar fianza no reza para con el padre que tiene el usufructo de los bienes de sus hijos, ni con el Estado, ni con el donador de todos ó parte de sus bienes con reserva de dicho derecho de disfrute (ley última § 4.^o Dig. DE BON. QUÆ LIBER, ley 1.^a § 18 Dig. UT LEG. NON. CAU. y ley 19, § 1.^o DE REJUD.); de cuya obligación no puede condonarse por el que en testamento constituye el usufructo á favor de alguna persona (ley 7.^a Cod., UT IMPOSS.)

En punto á las obligaciones del usufructuario, el Código, aún presidido por principios de libertad que no informaron el Derecho romano que se basó en supuestos de desconfianza, ha seguido bastante las disposiciones de éste, tomándolas de las leyes de Partida, y en tal respecto, el art. 491 impone al usufructuario la obligación de formar, con citación del propietario ó de sus legítimos representantes, inventario de los bienes objeto del goce, haciendo tasar los muebles y describiendo el estado de los inmuebles, así como viene tenido á prestar fianza, comprometiéndose á cumplir las obligaciones que le correspondan con arreglo á lo prescrito en la sección 3.^a, título 6.^o del lib. 2.^o, cuya obligación de afianzar no es aplicable al vendedor ó donante que se hubiese reservado el usufructo de los bienes vendidos ó donados, ni tampoco á los padres usufructuarios de los bienes de sus hijos (esto mismo prescribe el Derecho romano), ni al cónyuge sobreviviente respecto á la cuota hereditaria que le conceden los arts. 834, 836 y 837, sino en el caso de que los padres ó el cónyuge contrajeren segundo matrimonio, disposición esta última que rigurosamente no cuadra en el Derecho catalán.

Pero el usufructuario (art. 493), cualquiera que sea el título del usufructo, puede ser dispensado de la obligación de hacer inventario y prestar fianza, cuando de ello no resulte perjuicio á nadie, cosa

distinta de la prescrita por la ley 7.^a del Cód. UT IMPOSS. que no permite esa condonación.

El Código se inspira en esta materia en un principio de libertad consagrador del STATUS INDIVIDUI, extraño al Derecho romano. La regla común de ambas legislaciones es que el usufructuario, cualquiera que sea su título, tiene obligación de hacer inventario; pero el Código dispensa de esa obligación al usufructuario, cualquiera que sea el título de su derecho, cuando de ello no resulte perjuicio á nadie, extensivo también á la constitución de fianza. Fuera de tal caso, no prestándose esta última, á menos de que no haya habido relevación (Sent. 10 de Enero de 1904), podrá el propietario exigir, acogiéndose á lo dispuesto en el art. 494, que los inmuebles se pongan en administración, que los muebles se vendan, que los efectos públicos, títulos de crédito nominativos ó al portador se conviertan en inscripciones ó se depositen en un Banco ó establecimiento público y que los capitales ó sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se conviertan en valores seguros, disposiciones estas no aplicables, tratándose de usufructuarios comprendidos en el art. 492, tales como los padres, el cónyuge sobreviviente, el vendedor y donador respecto del usufructo que se hubiesen reservado. Débese esta excepción á que la ley, por mucho que desconfíe del usufructuario, su recelo no puede llegar hasta dudar de dichas personas, unas, unidas con el propietario por el estrecho vínculo del parentesco; otras, por respeto al contrato de venta, pues si se hubiese querido exigir la constitución de fianza, derecho tenía á pedirlo en la escritura, y respecto al donador, no es justo que á su largueza se corresponda exigiéndole esa garantía.

Añade el art. 494 que, fuera de esas excepciones, el interés del precio de las cosas muebles y el de los efectos públicos y valores y de los productos de los bienes puestos en administración pertenecen al usufructuario, ordenamiento éste soberanamente justo, puesto que ese interés equivale á la renta de los bienes.

Ese propietario puede optar entre exigir lo dispuesto en el apartado 1.^o del art. 954, ó retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador y con la obligación de entregar su producto líquido al usufructuario, deducida la suma que por dicha administración se convenga ó judicialmente se señale (por analogía creemos aplicable el art. 1184 de la ley de Enjuiciamiento civil), mientras aquél no preste la fianza ó quede dispensado de ella, dispensa que solo, á falta de convenio entre partes, pueden hacer los

Tribunales y á base de que no resulte perjuicio para el propietario, que es la regla normal establecida en el art. 493.

Como puede ocurrir que el usufructuario necesite los muebles para su uso, y que se le asigne habitación para él y su familia en una casa comprendida en su derecho de disfrute, ó que le convenga tener los instrumentos, herramientas y demás bienes muebles necesarios para la industria á que se dedique, es cruel que se le prive de ello, á pretexto de no haber constituido la fianza. Por esto, el Juez puede acceder á esa pretensión de tener tales cosas sin ese requisito, consultadas las circunstancias del caso, facultad discrecional que compete al Tribunal Á QUO; pero el usufructuario debe dar caución juratoria, es decir, la personal de estar á resultas de sus actos y omisiones exigibles.

La regla establecida cuando no se constituye la fianza, respecto á lo que tiene que hacerse con los muebles, es la venta de éstos; pero como pueden ser de un merito artístico, ó encerrar un precio de afección, se prescribe que podrá exigir el propietario que se le entreguen, afianzando el interés legal del valor en su tasación.

Prestada la fianza, ó no constituida por hallarse dispensada según el art. 492, el usufructuario debe cuidar las cosas dadas en usufructo como un buen padre de familia, según prescribe el art. 497 al que corresponde la ley 1.^a DIG. DE USUFR. ET QUEM., y puesto que debe proceder como un buen padre de familia, es responsable de la llamada culpa leve, según la nomenclatura jurídica antigua.

El usufructuario que enajenare ó diere en arrendamiento su derecho de usufructo, será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa ó negligencia de la persona que le sustituya; así lo prescribe el art. 498 que, respecto á esa facultad de enajenación, no puede concordar con el Derecho romano, por lo mismo que éste no la autorizaba; pero sí concuerda en lo que se refiere al arrendamiento, toda vez que lo permitía.

Ya hemos dicho qué derechos tiene el usufructuario, cuando el usufructo se constituye en un rebaño ó piara; pero el Código, en el último apartado del art. 499, encierra, más que una novedad, una aclaración que consideramos aplicable á las regiones regidas por el Derecho romano, á saber: que si el usufructo fuere de ganado estéril, se considerará, en cuanto á sus efectos, como si se hubiese constituido en cosa fungible.

Puesto que el usufructo lo mismo puede constituirse en cosas que en derechos y éstos pueden revestir la forma de acción para

reclamar un predio ó derecho real, ó un bien inmueble, prescribe el art. 486 que el usufructuario tiene derecho á ejercitarla (esto es de un orden procesal, y por tanto lo consideramos aplicable á Cataluña y Navarra) y obligar al propietario á que le ceda, para este fin, su representación y le facilite los elementos de prueba de que disponga, y si por consecuencia del ejercicio de la acción adquiriese la cosa reclamada, el usufructo se limitará á todos los frutos, quedando el dominio para el propietario.

El Código ha introducido una representación forzosa, que no es la puramente legal, sino la que hay derecho á exigir del propietario en favor del usufructuario que trate de ejercitar esa acción, real ó personal, según la naturaleza del derecho reclamado, y en este supuesto, el usufructuario no demanda por sí, sino en nombre del propietario, pues si hiciera lo primero su reclamación podría ser exceptuada de la perentoria *SINE ACTIONE AGIS*.

En orden al pago de contribuciones, los arts. 504 y 505 establecen esta diferencia: las que son anuales, así como las cargas, y las que se consideran gravámenes de los frutos, corren de cuenta del usufructuario mientras dure el disfrute, pero las que entonces se impongan al capital corresponde satisfacerlas al propietario; disposiciones éstas que aparecen en las leyes 52, tít. 1.º, lib. 7.º del Digesto, leyes 7 y 27 del propio título y libro y ley 28, tít. 2.º, libro 33 del mismo, y se halla prescrito respecto de la contribución territorial en la legislación de Hacienda, de carácter general.

Si el propietario hubiese satisfecho las contribuciones impuestas sobre el capital, el usufructuario debe satisfacerle los intereses correspondientes á las sumas desembolsadas, y si las anticipare el usufructuario, deberá recibir su importe al fin del usufructo, sin que ese art. 505 le conceda derecho á cobrar intereses de la cantidad pagada.

Si se constituyere el usufructo sobre la totalidad de un patrimonio y al constituirse tuviere deudas el propietario, se aplicará, tanto para la subsistencia del usufructo, como para la obligación del usufructuario á satisfacerlas, lo establecido por los arts. 642 y 643, respecto de las donaciones, que en su lugar estudiaremos, disposición aplicable al caso en que el propietario viniese obligado, al constituirse el usufructo, al pago de prestaciones periódicas que no tuvieran capital conocido.

El usufructuario solo puede deducir las acciones en nombre del propietario; pero esto tiene una excepción comprendida en el arti-

culo 507, relativa á que puede reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviere dada ó diere la fianza correspondiente. De modo que si no hubiere cumplido con esto último, creemos que también cabe, contra la demanda, la excepción perentoria de *SINE ACTIONE AGIS*, porque el pago debe hacerse á quien corresponda. Si estuviere dispensado de prestar fianza ó no hubiere podido constituirla, ó la constituída no fuere suficiente, necesitará autorización del propietario ó del Juez, en su defecto, para cobrar dichos créditos. El art. 507 no exige al usufructuario que demande en representación del propietario, sino que obtenga autorización de éste (cosas muy distintas), y solo cuando, de grado, no se le dé, procede acudir al Juez para que la conceda, y ciertamente que, en este como en muchos artículos del Código civil donde se habla de autorización judicial, urge la reforma de la ley de Enjuiciamiento para ponerlos en estrecha relación, pues al presente, no existiendo procedimiento adecuado, se acude en tales casos al general de los incidentes.

El usufructuario con fianza podrá dar al capital que realice el destino que estime conveniente. Tanto esto como lo anteriormente dicho, como quiera que no pugna con el Derecho romano, antes llena su vacío, lo creemos de aplicación en Cataluña y Navarra. El usufructuario sin fianza deberá poner á interés dicho capital, de acuerdo con el propietario; á falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial, y en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado.

Como quiera que por el Derecho romano no cabe la condonación de fianza, no vemos que aquello sea aplicable en Cataluña y Navarra.

El usufructuario universal deberá pagar por entero el legado de renta vitalicia ó pensión de alimentos; el que lo sea de una parte alícuota de la herencia lo verificará en proporción á su cuota. En ninguno de estos dos casos, quedará obligado el propietario al reembolso, y el que lo sea de una ó más cosas particulares solo pagará el legado cuando la renta ó pensión estuviera constituída determinadamente sobre ellas. Así lo dispone el art. 508, que impone al usufructuario esa obligación, considerando preferente á su derecho el de las personas favorecidas con la renta ó el legado, pero esto no reza con el pago del capital asegurado con hipoteca. El usufructuario no está tenido á satisfacer la deuda y si la finca se embargare ó vendiere judicialmente para el pago de la misma, el propietario res-

ponderará al usufructuario de lo que pierda por este motivo. Ahora bien; el Digesto impone al usufructuario la obligación de satisfacer las cargas á que esté afecto el patrimonio objeto del usufructo y de este carácter participa la hipoteca, que ya en Roma se conocía y de la cual se derivaba la acción llamada cuasi serviana, resultando de esto una profunda diferencia entre lo prescrito por aquel Derecho, aplicable en Cataluña y Navarra, y lo dispuesto en el Código civil, diferencia que puede explicarse solamente, teniendo en cuenta que, como la Legislación romana consideró el usufructo como una servidumbre personal, el favorecido con él tenía que satisfacer todas las cargas de las fincas, pues donde existía el beneficio radicaba lo oneroso, y como el Código considera el usufructo como un derecho real solo impone al usufructuario la satisfacción de cargas que dicen al uso y goce, no las que afectan á la propiedad, y por esto, para que no quede ilusorio aquel derecho por causa de morosidad del propietario en el pago de la deuda hipotecaria, y considerando que la hipoteca sujeta directa é inmediatamente los bienes sobre que se impone al cumplimiento de la obligación contraída, reconoce en ese usufructuario el derecho á exigir del propietario todo cuanto pierda con motivo de la venta judicial de la finca. No dice el art. 509 «venta extrajudicial», y, de consiguiente, no vemos que sea aplicable, en cuanto á ese efecto, lo dispuesto en el art. 1.872 del Código civil. Fundamos este sentir en el principio jurídico INCLUSIO UNIUS, EXCLUSIO ALTERIUS.

Si el usufructo fuere de la totalidad ó de una parte alicuota de una herencia, el usufructuario podrá anticipar las sumas que para el pago de las deudas hereditarias correspondan á los bienes usufructuados, y tendrá derecho á exigir del propietario su restitución, sin interés, al extinguirse el usufructo. Si se negare á hacer esa anticipación, podrá pedir el propietario que se venda la parte de los bienes usufructuados que sea necesaria para pagar dichas sumas, ó satisfacerlas de su dinero, con derecho, en este último caso, á exigir del usufructuario los intereses correspondientes. Así lo prescribe el art. 510 fundado en que no hay herencia mientras no se paguen las deudas de la misma, y en su consecuencia, el usufructuario no viene obligado á satisfacerlas; pero si lo verifica, porque así le conviene, su derecho no puede ser otro que el de reintegrarse de lo pagado al extinguirse el usufructo, sin percibir interés de lo anticipado. Pagándolas el propietario, no con fondos de la herencia, sino con su dinero, no tiene tampoco derecho á reintegrarse del capital; pero sí de

los intereses correspondientes, exigiéndolos del usufructuario, ya que éste tiene el uso y goce de las fincas. Si no pagase las deudas con su dinero particular, puede pedir que se venda la parte de los bienes usufructuados que sea necesaria para pagar tales sumas; otra cosa sería tiránica, puesto que pendería sobre él la amenaza de ver perdido su patrimonio.

El usufructuario está obligado á poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero de que tenga noticia, que sea capaz de lesionar los derechos de propiedad, y responderá, si no lo hiciere de los daños y perjuicios, como si hubieran sido ocasionados por su culpa. En el art. 511 del Código, cuya es esta disposición, se distinguen, implícitamente, los derechos reales de propiedad y de disfrute; respecto del primero, el usufructuario, puesto que se halla en posesión de la cosa, debe participar al propietario esos actos que puedan lesionar su derecho; si no lo hace, su morosidad le impone las responsabilidades á que el precepto se refiere; pero si los actos de tercero lesionan el derecho de usufructo ó la posesión en que el usufructuario se halla, éste puede reclamar en juicio, utilizando, si no ha transecurrido el año, los interdictos en nombre propio, no en el del propietario de la finca. El derecho de restitución de la cosa lo tienen el usufructuario, el usuario y el habitador (ley 3.^a ET SEC DE VI ET VI ARMAT.) ley 1.^a Cód. SI PER VIM AL MOD.) El usufructuario puede pedir el derribo de las obras hechas clandestinamente ó con violencia, y que las cosas sean repuestas al ser y estado que tenían, á costa del que hizo las nuevas y á que le indemnice (leyes 1.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, y 15.^a Dig. QUOD VI AUT CLAM.) El Código, en su art. 446, concede á todo poseedor el derecho á ser amparado y restituído en su posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen; éstos son los interdictos (art. 1.651 de la ley de Enjuiciamiento civil).

Serán de cuenta del usufructuario los gastos, costas y condenas de los pleitos sostenidos sobre el usufructo; así lo dispone el artículo 510 que, por revestir cierto carácter procesal, es de general aplicación.

Modos de extinguirse el usufructo

Apenas si existe diferencia entre el Código y el Derecho romano en punto á la extinción del usufructo. Consultada la Instituta, § 3.^o DE USUFR. y examinado el art. 515 de aquel cuerpo legal, re-

sulta que el usufructo se extingue por la muerte del usufructuario; por haber expirado el plazo en que se constituyó ó cumpliere la condición resolutoria consignada en el título de constitución; por la consolidación ó reunión en una misma persona de las dos cualidades de usufructuario y propietario; por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo; por la renuncia del usufructuario y por la prescripción. El Código añade otra causa que es por resolución del derecho del constituyente, y se funda en el principio RESOLUTIO JURIS CONCEDENDI, RESOLVITUR JUS CONCESUM, que es de aplicación general.

La ley última Cód. DE USUFR., prescribe que el usufructo que adquiriera el padre por medio del hijo que se halla bajo su potestad no queda extinguido por la muerte de éste, si le sobrevive su padre, ni por la del último si premuere al primero; esto cuadra en la materia de peculios tal como la regula el Derecho romano, pero no totalmente en el Código civil, que la ha modificado.

La ley 53 del Dig. y el art. 514 del Código se corresponden al disponer que, destruída una parte de la cosa, el usufructo se conserva en lo que queda. No así ocurre con la ley 8.^a Dig. DE USUFR. LEGAT. y el art. 515 del Código. Prescribe aquélla que el usufructo constituido á favor de una ciudad ó de una corporación que no muere en jamás, dura solo cien años, en tanto que dicho cuerpo legal prescribe que no podrá constituirse el usufructo á favor de un pueblo, corporación ó sociedad por mas de treinta años. Añade el Digesto, en su ley 21 QUIB. MOD. USUFR. AMIT., que el usufructo dejado á una ciudad también acaba cuando quede destruída ó deshabitada, con lo cual está conforme dicho art. 515 del Código, prescriptivo de que si se hubiese constituido el usufructo y antes de ese tiempo (los treinta años como maximum) el pueblo quedara yermo ó la corporación ó la sociedad se disolviera, se extinguirá aquél por este hecho.

Esa mayor duración del usufructo en el Derecho romano señala una autonomía municipal de que no se disfruta en España, y además condujo á robustecer el principio de asociación de que nuestro país se halla bastante necesitado para que cobren auge y desarrollo las personas colectivas ó sociales.

La ley 2.^a del Cód. id., y el art. 516 se corresponden en parte, al disponer que el usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar á cierta edad subsistirá el número de años prefijado aunque el tercero muera antes; pero, añade el Código: «salvo si di-

cho usufructo hubiese sido expresamente concedido solo en atención á la existencia de dicha persona»; y se comprende esto último, porque, en ese caso, reviste el carácter de vitalicio; excepción esta que creemos aplicable en Cataluña y Navarra, por no oponerse á su Derecho.

La Inst. § 3.º DE USUFR., la ley 5.ª Dig. QUIB. MOD. USUFR. AMIT. y la ley 34 Dig. DE USUFR. ET QUEMAD. de una parte, y el art. 517 del Código, de otra, se hallan en oposición. Con efecto; según el Derecho romano, si el usufructo se ha constituido solamente sobre un edificio, si es destruído, no tiene el usufructuario derecho á gozar del terreno y de los materiales; en cambio según dicho artículo del Código, si el usufructo estuviere constituido sobre una finca de la que forma parte un edificio y éste llegare á perecer de cualquier modo que sea, el usufructuario tendrá derecho á disfrutar del suelo y de los materiales, disposición que no es aplicable, sino la del artículo 520, cuando la ruina del edificio ocurre por el mal proceder del usufructuario.

Aquella diferencia entre los textos legales comparados, es secuela de la nota de cómo ha sido regulado el usufructo. La legislación romana, considerándolo como una servidumbre personal, no podía atribuir al usufructuario derecho alguno, ni al terreno, ni á los materiales en el caso de destrucción del edificio, por ser éste la cosa objeto de disfrute, mientras que el Código, comprendiendo que el usufructo es un derecho real, que lo mismo radica en el suelo que en el suelo, pues una parte y otra integran el edificio, da derecho á aquél al disfrute del terreno y de los materiales; disposición extensiva á cuando el usufructo estuviese constituido solamente sobre un edificio y éste pereciere; pero en tal caso, si el propietario quisiera construir otro, tendrá derecho á ocupar el suelo y á servirse de los materiales, quedando obligado á pagar al usufructuario, interín dure el usufructo, los intereses de las sumas correspondientes al valor del suelo y de los materiales.

Con esta salvedad, el usufructo cesa respecto al disfrute del nuevo edificio; pero los intereses correspondientes al valor del suelo y de los materiales constituyen un sustitutivo en favor del usufructuario; su derecho y el del propietario quedan armonizados con una fórmula de justicia, al par que se procura por el fomento de la urbanización.

Este criterio no lo sigue la ley 7.ª § 2.º Dig. DE USUFR. ET QUEM. que, eximiendo al usufructuario y al propietario de la obliga-

ción de reedificar lo que hubiere caído de vejez, dispone que si el segundo reedifica, gozará de la cosa el primero.

Como quiera que el Derecho romano no reguló el seguro contra incendios, es aplicable á Cataluña y Navarra lo dispuesto en el art. 518; asimismo lo es el art. 519 que trata de la expropiación de la cosa usufructuada, por fundarse en una ley de carácter general, siendo de citar la R. O. de 12 de Marzo de 1890, dispositiva de que en las expropiaciones por causa de utilidad pública hay que dar intervención al propietario, siendo nulo el expediente en el que solo concurrió el usufructuario.

Destruída una parte de la cosa, el usufructo se conserva en la que queda (ley 53 Dig. DE USUFR. ET QUEM.); si comprendiese una cosa particular y determinada, quedará extinguido siempre que ésta sufra alguna variación en virtud de la cual haya cambiado su nombre, como si el campo dejado en usufructo ha sido inundado y convertido en un estanque ó si un bosque ha sido transformado en un campo, mientras que semejantes transformaciones no provengan de hechos del propietario. El usufructo así extinguido revive luego de restituídas las cosas á su primitivo estado (leyes 5, 10, 23 y 24 Digesto QUIB. MOD. USUFR. AMIT., leyes 36 y 71 Dig. DE USUFR. ET QUEM.) Esas causas extintivas no las registra el Código; solo por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo termina este derecho que, como tiene carácter real, subsiste, aún cuando la finca haya sufrido modificación, ó tenga nombre distinto, provengan de quien provengan las transformaciones, sea singular ó universal. Y á propósito de esto, y como excepción á lo dispuesto en esas leyes romanas, prescribe la ley 34 § últ. DE USUFR. PEN QUIB. MOD. USUFR. AMITIT., reproducida en la 22, tít. 31, Part. 3.^a, que cuando el usufructo comprende una universalidad de bienes subsistirá, no obstante las variaciones que experimenten las cosas particulares que lo componen.

El art. 521 del Código establece una especie de derecho de acrecer al prescribir que el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas al tiempo de su constitución no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere. No guarda parecido con este precepto la ley 14 Cód. DE USUFR. aplicada en Sent. de 13 de Septiembre de 1861; de que el usufructo constituido á favor de una persona determinada y de sus herederos queda extinguido luego de haber muerto los que inmediatamente suceden á la primera.

Lo dispuesto en el Código civil no se opone á la ley 14, tit. 39

lib. 3.º del Cód. DE USUFR., pues es consecuencia del principio de comunidad en los derechos. Los comuneros, al morir, dejan los suyos á los sobrevivientes, hasta que fallece el último, en cuyo caso, tratándose del usufructo se extingue consolidándose con la nuda propiedad.

Es otra causa extintiva del usufructo, la de su renuncia (Instinta párrafo 3.º DE USUFR. y núm. 4 del art. 513 del Código).

El usufructo no se extingue por el mal uso de la cosa usufructuada; pero si el abuso infriese considerable perjuicio al propietario, podrá éste pedir que se le entregue la cosa, obligándose á pagar anualmente al usufructuario el producto líquido de la misma, después de deducir los gastos y el premio que se le asignare por su administración; así lo dispone el art. 520, que consideramos de aplicación general, sin que obste á su cumplimiento que el testador hubiese relevado al usufructuario de prestar fianza (Sent. de 19 de Diciembre de 1893), precepto que debe interpretarse restrictivamente cuando los hechos sean imputables al usufructuario (sentencias 16 de Mayo y 13 de Junio de 1906) para que no se confundan responsabilidades que son de distinto orden, sin que la falta de practicar las reparaciones exigidas por el estado de vejez de una finca merezca la calificación de abuso, dada la jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta el art. 520 del Código (Sent. 28 Noviembre de 1908).

Terminado el usufructo se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario ó á sus herederos por los desembolsos de que deban ser reintegrados; así lo prescribe el art. 522 cuya doctrina se amplía en los arts. 467 y siguientes, 472, 502, 505 y 510 del Código; 77 y 107 de la ley Hipotecaria. Ya nos hemos ocupado del *JUS RETENTIONIS* en este capítulo, presentando la diferencia entre la legislación foral y la general.

Véase el R. D. sentencia de 23 de Marzo de 1892, que se refiere al usufructo de bienes que han de convertirse en títulos de la Deuda, con destino su importe á la fundación de establecimientos de instrucción y beneficencia cuyo heredero es el Estado encargado de cumplir la voluntad del testador por haber fallecido el albacea que debía vender aquéllos y hacer la conversión.

Del uso y de la habitación

El art. 524 del Código, separándose de la nomenclatura romana que consideró el uso y la habitación como servidumbres personales, reconoce implícitamente que constituyen un derecho real de disfrute, aunque de inferior grado al de usufructo, porque el uso sólo autoriza para percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten á las necesidades del usuario y de su familia aunque se aumente, y la habitación da á quien la tiene la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, derechos que no se pueden arrendar, ni transpasar á otro por ninguna clase de título (art. 525), á menos que (y esto también dice á las obligaciones del usuario y del habitador) otra cosa determine el título constitutivo de las mismas, que es la legalidad reguladora, con preferencia á las disposiciones del Código, según prescribe el artículo 523 de éste.

Esto último también lo estatuye la ley 34 DIG. DE REGUL. JUR. á tenor de la que, los derechos de uso y habitación se rigen por las cláusulas del título en que se hubiesen constituido, á falta de las cuales se aplican las disposiciones legales, respecto á la extensión de esos derechos.

La Instituta, § 1.º DE USU ET HABIT., y la ley 12 § 1.º, Dig. empleando también ese nombre, prescriben que el que tiene el uso de los frutos de una heredad no puede exigir más de los que necesite para su sustento y el de su familia, pero añaden el de convidados y huéspedes, y esto último es lo que no dice el Código; de manera que éste da á ese derecho una restricción que no tenía en la Legislación romana; y respecto del uso de una casa, prescribe la ley 8.ª Dig. DE USU ET HABIT. que el que la tiene en uso no puede conceder á otro habitación en ella mientras él la ocupe, cosa que el Código no permite, por informar sus prescripciones en ese criterio restringido.

Y no solo es esto, sino que, prescribe la Instituta, § 5.º DE USU ET HABIT. que el habitador puede alquilar ó ceder á otro la habitación, facultad que no le concede el Código.

Por donde resulta que, teniendo hoy el uso y la habitación el carácter de derechos reales y con este carácter son inscribibles en el Registro de la propiedad, aunque no hipotecables (núm. 2 del ar.

título 2.º y núm. 3.º del 108 de la ley Hipotecaria), no tienen la extensión que les da el Derecho romano, aplicable en Cataluña y Navarra, que los regula como servidumbres personales.

Prescribe el art. 526 del Código que el que tuviere el uso de un rebaño ó piara de ganado podrá aprovecharse de las crías, leche y lana, en cuanto baste para su consumo y el de su familia, así como también del estiércol necesario para el abono de las tierras que cultive; parte de esto no está conforme con la ley 12, § 2.º, Dig. DE USU ET HABIT. prescriptiva de que el usuario de un ganado no hace suyos los *fetos ni la lana*, pudiendo tomar de aquél la leche que necesite y servirse del mismo para estercolar y beneficiar las tierras.

Se echa de menos, pero en realidad no hace falta en el Código, lo dispuesto en las leyes 12, § 3.º y 4.ª de Dig. DE USU ET HABIT, de que el usuario de animales de labranza y de carga puede servirse de ellos destinándolos á los trabajos en que comunmente se emplean, atendida su naturaleza, sin poderlos alquilar sino en el caso de tenerlo por oficio en animales de igual calidad, y de ser conocido ésto por el que le concedió el derecho de uso, excepción que no cuadra dentro del Código, por lo mismo que señala al derecho de uso ese carácter de disfrute personal y de familia tan limitado.

El propietario no puede aprovecharse de la parte de casa que el usuario no ocupa (ley 22, § 1.º, Dig. íd.); el que tiene el derecho de habitación puede alquilarla ó cederla á otro (Instit. § 5.º, DE USU ET HABIT.) El Código no atribuye esas facultades, pues, según el art. 525, el derecho de habitación, al igual que el de uso, no se pueden arrendar. La habitación se limita á las piezas necesarias para el habitador y las personas de su familia, en tanto que, según el Derecho romano, el habitador no solamente puede conceder á otro habitación en la casa mientras él la ocupe, sino que, por prescribirlo la ley 22, párr. 1.º, Dig., el propietario no puede aprovecharse de la parte de casa que el usuario no ocupa.

Si el usuario consumiere todos frutos de la cosa ajena, ó el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado á los gastos de cultivo, á los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones del mismo modo que el usufructuario. Si solo percibiera parte de los frutos ó habitare parte de la casa no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos ó aprovechamientos para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquél lo que falte.

Guardan analogía con lo prescrito en el art. 527 del Código, las

leyes 18 Dig. DE USU ET HABIT. y 7.^a § 2.º DE USUFR. ET QUEMAD., dispositivas de que si el usuario absorbe la totalidad de los frutos de la cosa, y el que tiene el derecho de habitación ocupa todas las piezas de la casa, estarán sujetos á las mismas obligaciones que el usufructuario; pero no resuelven el caso de que tales disfrutes sean parciales, y para suplir este vacío debe acudirse á lo dispuesto en el Código.

Los derechos de uso y habitación se extinguen del mismo modo que el usufructo (Institut. IN PRINCIP.. DE USU. ET HABIT.), pero el derecho de habitación no se extingue por la prescripción (ley 10 Dig. DE USU ET HABIT.) Según el art. 529 los derechos de uso y habitación se extinguen por las mismas causas que el usufructo; de manera que el de habitación es prescriptible; y añade, que es otra causa, no registrada en el Derecho romano, la de por abuso grave de la cosa y de la habitación; punto este que, por constituir una cuestión de hecho, corresponde apreciarlo al Tribunal Á QUO.

Del arrendamiento de cosas

El arrendamiento, aunque es un contrato consensual, reviste los caracteres de derecho real, tocado de la nota de temporalidad, puesto que versa sobre cosa específica ó determinada; supone en su creación título y modo; atribuye al arrendatario derechos de disfrute, con sus correlativas obligaciones, á quien no puede compeler al arrendador para que abandone la finca, á menos que recurra al desahucio, pues tal lanzamiento AB IRATO constituye el delito definido en el art. 504 del Código penal, según se declaró en Sent. de 23 de Septiembre de 1891.

Los escritores jurídicos que se sustraen del plan antiguo en la exposición sistematizada del Derecho, consideran el arrendamiento de cosas como derecho real y lo es, mayormente, si lo garantiza la inscripción registral (art. 1.549 del Código). Avalora este sentir la consideración de que el arrendatario puede subarrendar la cosa cuando el contrato no se lo prohíba expresamente, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador, según prescribe el art. 1.550 de dicho cuerpo legal y declaró el Centro directivo en Res. de 29 de Marzo de 1892. Ese derecho de subarriendo, si no lo impide el pacto, lo autorizan también las leyes 6.^a Cód. DE LOCAT y 60 Dig. cód. y fué abolido tratándose de

fincas rústicas por el art. 7.º del Decreto de Cortes de 18 de Junio de 1813. El Código lo ha restablecido.

Ese carácter de derecho real lo vemos aún más pronunciado en Aragón (Observancia 2.^a DE JURE EMPHYT.) Este prescribe que los arrendamientos por tiempo determinado de finca rústica ó urbana, consignados en escritura pública, han de cumplirse por el arrendatario hasta la conclusión del tiempo convenido, pudiendo ser obligado á seguir cultivando la finca y á indemnizar al dueño de ella de los perjuicios que le cause por su abandono.

Donde aparece también ese carácter real del arrendamiento es en el art. 1.554 del Código, prescriptivo de que el arrendador está obligado á entregar al arrendatario la cosa objeto del contrato (elemento objetivo del derecho á hacer en ella, durante el arrendamiento, todas las reparaciones necesarias á fin de conservarlas en el estado de servir para el uso á que ha sido destinada (parécenos impropia la palabra «uso», porque el arrendamiento lleva consigo la idea de cambio de disfrute por precio, en forma de merced) y á mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato. Esto mismo es lo que disponen las leyes 15, 19 y 25 Dig. DE LOCAT., añadiendo las 19, 25 y 60, íd. que el arrendador viene obligado á indemnizar al arrendatario de los daños y perjuicios que experimente á consecuencia del mal estado ó vicios de la cosa arrendada.

Del Derecho romano sacamos más elementos de juicio para deducir que el arrendamiento constituye un derecho real, producto de la relación jurídica contractual, y son los que nos proporcionan las leyes 7, 8, 9, 15 y 23 Dig. DE LOCAT., prescriptivas de que la privación en el goce de la cosa obliga al arrendador á indemnizar al arrendatario de daños y perjuicios y ganancias impedidas si aquella proviene de hecho propio ó de un tercero de que tuviese noticia (constituye esto un castigo á la mala fe) si no ha mediado pacto en contrario, cuya responsabilidad no le alcanza cuando esa privación se debe á embargo pedido por persona que ningún derecho tenía. Y si alguna duda cupiese en orden el discurso que hacemos, vienen á prevenirla las leyes 24 Dig. íd. y las 9, 15, 25, 30, 33, 34 y 61 Dig. íd., aplicadas en Sents. de 18 de Febrero y 17 de Junio de 1870, dispositivas; la primera, de que, verificado el arrendamiento por un tiempo determinado, si el arrendador impidiese el uso de la cosa por alguna parte del mismo, debe indemnizar al arrendatario por todo el plazo, aunque permitiese el uso por el resto de éste, y

dispositivas las otras leyes de que si la privación del goce de la cosa proviniere de caso fortuito ó de violencia, ó de delito imprevisto de un tercero ó de otra causa culpable, sólo tendrá derecho el arrendatario ó inquilino á exigir, no mediando culpa por su parte, la restitución ó rebaja del precio de alquiler por el tiempo que dure el impedimento; sin que las pequeñas privaciones ó incomodidades que sufra el arrendatario por efecto de las reparaciones exigidas por la cosa le den derecho á esa rebaja, ni á indemnización.

Parte de lo arriba dicho figura comprendido en el art. 1.558 del Código civil, según el que, si durante el arrendamiento es necesario hacer alguna reparación urgente en la cosa arrendada que no pueda diferirse hasta la conclusión del arriendo, tiene el arrendatario obligación de tolerar la obra, aunque le sea muy molesta, y aunque durante ella se vea privado de una parte de la finca, y que si la reparación dura más de cuarenta días debe disminuirse el precio del arriendo á proporción del tiempo y de la parte de la finca de que el arrendatario se vea privado; pero que si la obra es de tal naturaleza que hace inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitan para su habitación, puede éste rescindir el contrato.

Con dicho art. 1.558 mantienen relación la ley 3.^a Cód. DE LOCAT., ley 54 Dig. DE ADM. UT JUR TUT., Decr. cap. 3.^o DE LOCAT. CONDU., leyes 1.^a, tít. 8.^o, lib. 9.^o, vol. 1.^o y ley 2.^a, tít. 3.^o lib. 9.^o, vol. 2.^o de las Constituciones de Cataluña, que facultan al arrendatario para poder despedir al inquilino antes de cumplir el plazo estipulado, en el caso de tener que practicar obras necesarias en la casa, viniendo obligado aquél á proporcionar á este último una habitación á su satisfacción por todo el tiempo que falte para terminar el alquiler y á restituirle, en caso de que no la quiera, la parte correspondiente del precio, por así prescribirlo dicha decretal y á la ley 9.^a del Digesto referida.

Según las leyes 30 y 35, íd., el inquilino que ha desocupado la casa á consecuencia de la práctica de obras, tiene derecho á volver á ella después de terminadas; el propietario que, sin necesidad hubiese derribado la casa está obligado á indemnizar de perjuicios al arrendatario. Ese derecho de volver á la casa le dá el carácter real á que nos venimos refiriendo, siendo de añadir que, según la ley 25 § 2.^o Dig., cuando la casa ó el edificio arrendado hubiere tenido algún demérito por razón de obra hecha por el propietario vecino que el arrendador no tenía derecho á impedir, podrá el inquilino re-

reclamar la rescisión del contrato ó la rebaja correspondiente del precio, desde el día de la desmejora.

Paragonando la Legislación catalana con el Código, (y en este discurso cabe también incluir la navarra, puesto que tiene por fuente el Derecho romano con preferencia al referido cuerpo legal), es de consignar que, tanto por una como por otro, el arrendador tiene derecho á hacer en la casa las obras necesarias. Cualquiera que sea la duración de éstas, en Cataluña el dueño puede despedir al inquilino, pero le debe proporcionar una habitación, á su satisfacción, por todo el tiempo que falte para terminar el inquilinato estipulado por tiempo fijo, y de no quererlo, indemnizarle en la parte correspondiente del precio; ese inquilino tiene derecho á volver á la casa después de terminadas las obras y si no hubo necesidad de practicarlas, puede reclamar del dueño la enmienda de perjuicios.

En esto no está concorde el Código, el cual después de imponer al inquilino la obligación de tolerar la obra, por muy molesta que le sea, y aunque durante ella se vea privado de una parte de la finca, sólo le da derecho, en el supuesto de que la reparación dure más de 40 días, á la disminución del precio del arrendamiento, tanto de finca rústica como de urbana, á proporción del tiempo y de la parte del predio de que en el interín se vea privado; sólo cuando la obra es de tal naturaleza que hace inhabitable la parte que el arrendatario y su familia necesitan para su habitación, puede éste rescindir el contrato; de manera que si no lo rescinde puede volver á la finca, que es lo dispuesto en la Legislación catalana. Claro está que si el propietario ha hecho el derribo de la casa sin tener necesidad, debe indemnizar de perjuicios al inquilino, aún cuando el Código terminantemente no lo preceptúa, pues consideramos aplicable al caso el artículo 1.902 del propio cuerpo legal, dispositivo de que está obligado á reparar el daño causado el que, *por acción ú omisión*, lo produce interviniendo culpa ó negligencia.

No incluye el Código, como lo hace la ley 25, § 2.º del Digesto, como causa de rescisión del contrato, ó de rebaja del precio, el demérito de la casa ó del edificio arrendado producido por razón de obra hecha por el propietario vecino, que el arrendador no tenía derecho á impedir, pues habrá de soportarla, ante lo dispuesto en su art. 1.558, aplicable por analogía. Es más, ese arrendatario (art. 1.559) está obligado á poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación ó novedad dañosa que otro haya realizado, ó abiertamente prepare en la cosa arrendada, así como, con la mis-

ma urgencia, la necesidad de todas las reparaciones encaminadas á la conservación del predio en el estado de servir para el uso á que ha sido destinado, so pena de responder de los daños y perjuicios que por su negligencia se ocasionen al propietario, disposiciones que, por no pugnar con el régimen jurídico de Cataluña y Navarra, las creemos aplicables á estas regiones, como también la del artículo 1.560, dispositivo de que el arrendador no está obligado á responder de la perturbación de mero hecho que un tercero cause en el uso de la finca arrendada; pero el arrendatario tendrá acción directa contra el perturbador. Precedentes de esta disposición los encontramos en las leyes 1.^a y 12, tít. 65, y 17, tít. 49, lib. 4 del Código justinianeo.

No existe perturbación de hecho cuando el tercero, ya sea la Administración, ya un particular, haya obrado en virtud del derecho que le corresponde; así lo dispone dicho artículo del Código.

Cuando estudiemos la materia contractual, trataremos lo relativo á la capacidad exigida para contratar el arrendamiento, así como de las formas de su celebración, pues aquí solo lo examinamos como derecho temporal de disfrute en cosa determinada.

Derechos y obligaciones del arrendatario

Nos hemos ocupado anteriormente de los que corresponden al arrendador; cúmplenos decir los que tiene el arrendatario, tanto generales, sin distinción de cosa sobre que versen, como especiales, según que el predio sea rústico ó urbano, bien que gran parte de esto lo hemos dicho.

Como derechos del arrendatario, le corresponden: 1.^o El goce pacífico de la cosa (leyes 15 y 25 Dig. DE LOCAT.); la cosa ha de ser tanto mueble como inmueble, hallarse en el comercio de los hombres y ser de naturaleza no consumible por el uso (ley 3.^a Dig. DE COMAT.) No son arrendables las servidumbres, pero sí los otros derechos (leyes 9.^a y 44 DE LOCAT.) 2.^o A exigir del arrendador la indemnización de perjuicios por vicios de la cosa arrendada, cuando sea inmueble, á menos que ese dueño los ignore, quedando libre de la obligación de pagar el precio del arrendamiento (ley 19, Dig. DE LOCAT.); pero ni esto, ni esa indemnización procede si el arrendatario sabía los derechos que sobre la cosa tenía un tercero ó los vicios de la misma (ley 33, Dig. íd.) 3.^o A percibir el importe de las mejo-

ras necesarias y útiles que hubieren producido aumento en la venta de la finca (ley 55, Dig. íd.), y en cuanto á las suntuarias, el arrendador deberá permitir que se las lleve el arrendatario, siempre que éste restituya la cosa á su primitivo estado (leyes 19 y 55, Dig. íd.) Ese derecho á las mejoras lo pierde si abandona ó desocupa voluntariamente la cosa y sin necesidad (Usatg. único tít. 1.º, lib. 7.º, vol. 1.ª, Const.) También tiene derecho á exigir del propietario la indemnización estipulada para el caso de que éste lo despida, responsabilidad que no procede si la expulsión se funda en la falta de pago del precio ó por no usar bien de la cosa (ley 54, Dig. DE LOCAT. y ley 15 Cód. íd.)

El Código no ha seguido en esto la expresión concreta empleada en los textos de la Legislación romana arriba citados. La materia de derechos del arrendador y del arrendatario es objeto del capítulo 6.º, aplicable, tanto á los arrendamientos de fincas rústicas como á los de las urbanas; así es que el paralelo entre el estudio de la Legislación general y el de la excepcional resulta difícil de hacer. Apenas si entre ambas existe variante de bulto, aparte las citadas; la más importante es la referente al derecho del arrendatario por razón de mejoras; si son útiles y voluntarias, se rigen por las disposiciones del usufructo, por así prescribirlo el art. 1.573 del Código civil. Esto demuestra el parecido que tienen el usufructo y el arrendamiento como derechos reales de disfrute.

El arrendatario viene obligado: 1.º A pagar el precio del arrendamiento en los términos convenidos; 2.º A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado, y en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada, según la costumbre de la tierra; 3.º A pagar los gastos que ocasione la escritura de contrato; 4.º A poner en conocimiento del propietario, en el más breve plazo posible, toda usurpación ó novedad dañosa que otro haya realizado, ó abiertamente prepare en la cosa arrendada, así como la necesidad de todas las reparaciones necesarias; 5.º A devolver la finca tal como la recibió, salvo lo que hubiere perecido ó se hubiera menoscabado por el tiempo ó por causa inevitable, bien entendido que la ley presume que el arrendatario la recibió en buen estado, salvo prueba en contrario, y 6.º A responder del deterioro ó pérdida que tuviere la cosa arrendada, á no ser que pruebe haberse ocasionado sin su culpa; pero responde del deterioro causado por las personas de su familia (arts. 1.555 al 1.564 del Código, ambos inclusive).

Las leyes 24 y 55 Digesto DE LOCAT. y las 25 y 28 Cód. DE LOCAT. imponen, respectivamente, al arrendatario esas obligaciones de pagar la merced, de usar debidamente de la cosa alquilada y de devolverla finido el contrato; siendo de añadir que, según la ley 1.^a, Dig. DE MIGR. y DECRETAL, cap. III LOCAT. CONDUCT., no habiéndose estipulado plazo para el pago de la merced, debe verificarse según la costumbre del país y, en su defecto, al fin del año; esto último es lo que no prescribe el Código, el cual, en su artículo 1.574, dice que, en cuanto al tiempo, se estará á la costumbre de la tierra.

Ordena la ley 3.^a, Cód. DE APOC. PUB. que los recibos de tres plazos consecutivos suponen la satisfacción de los anteriores, y el Código civil, en su art. 1.966, establece que prescribe á los cinco años la acción para el cobro del precio de los arrendamientos, sean éstos de fincas rústicas ó de fincas urbanas.

Estatuye la ley 17 Cód. DE LOCAT. y 17 Dig. DE USUR. y se declara en sent. de 25 de Noviembre de 1861 que el arrendatario moroso debe satisfacer los intereses legales de los plazos vencidos y no satisfechos, á menos que la mora proceda de incumplimiento del contrato por parte del arrendador. Aquél queda libre del pago del alquiler si abandona la habitación arrendada á consecuencia de un temor fundado; pero, si existiendo éste continúa en la finca, deberá satisfacerlo (ley 27; últ. y 28 DE LOCAT, Dig.: véase Cáncer); disposiciones estas que no registra el Código civil.

De tal manera sujeta el Derecho romano al arrendador y al arrendatario para que cumplan el contrato que, si el segundo abandona ó desocupa la finca antes de expirar el plazo tiene que satisfacer al primero el precio por todo el tiempo é indemnizarle de los perjuicios que le cause el abandono ó desocupo prematuro (leyes 55 y 24 Dig. DE LOCAT.) Ese arrendatario, si hubiere adquirido el usufructo de la cosa, queda libre desde entonces del pago de la merced por el tiempo que falte hasta la terminación del contrato (leyes 30 y 34 Dig. DE USUFR. y ley 9.^a ídem DE LOCAT.) Y se explica esta casuística prescripción, no incluida en el Código, porque dos derechos de disfrute á favor de una misma persona, aunque adquiridos por distintos títulos, no pueden actuar sobre la propia cosa que se tiene.

Si se hubiese convenido que el todo ó pago del precio fuesen frutos, el que no quisiera entregarlos deberá abonar al otro el perjuicio que resulte de verificar el pago en dinero; disposición que

reza para con aquel que no quiera recibirlos (ley 19, § 3.º Dig. DE LOCAT.)

Los adeudos por razón del precio de alquiler son compensables con las mejoras á que tenga derecho el inquilino (Usat. únic. tít. 1.º, lib. 7.º, vol. 1.º de las Const. y ley 61 DE LOCAT.)

La obligación de indemnizar los daños y perjuicios por el deterioro de la cosa dada, efecto de la falta de diligencia por parte del arrendatario, se halla establecida en la ley 11 Dig. DE LOCAT. y 22 del Código, cuya responsabilidad no solo se limita á los deterioros que cause el arrendatario y á las personas de su casa, como prescriben los arts. 1.563 y 1.564 del Código, sino que, además, las leyes 7.º 11, 12 y 25 Dig. DE LOCAT. la hacen extensiva á los causados por las personas concurrentes á la casa (los individuos de la familia desde luego) ó por aquellas á quienes se tiene subarrendada la cosa y aún á los que hubiese causado un tercero con el fin de dañar al arrendatario: pero éste no está sujeto á indemnización por la pérdida ó deterioro provinientes de caso fortuito, á menos que hubiesen tenido lugar después de hallarse constituido en mora de restituir la cosa (concuerdan con esto el art. 1.096 del Código, que establece una disposición de carácter general) ó que por pacto expreso se hubiese obligado á su prestación, ó que aquéllos hubiesen tenido lugar por haberse servido de la cosa para un uso distinto del que formaba el objeto del arriendo (concuerdan con esto los artículos 1.101, 1.182 y 1.183 del Código), ó por haber contravenido algunos de los pactos del contrato (leyes 9, 11 y 13 Dig. DE LOCAT., 23 Dig. DE REG. JUR., 23 y 82 Dig. DE VERB. OBLIG. Corren también á cargo del arrendatario los casos fortuitos con respecto á las cosas muebles que, mediante estimación, se le hubiesen entregado como accesorias del inmueble arrendado (leyes 3.ª y 54 Dig. DE LOCAT.)

Las prohibiciones impuestas al arrendatario acerca del uso de la cosa, no solo le obligan á observarlas personalmente, si que también á cuidar y vigilar que otros no las contravengan (ley 29 íd.), y si por temor de enemigos ó ladrones abandona la cosa, será responsable de los daños y perjuicios que se causen al propietario si no opuso la resistencia que podía ó si en caso de no ser ésta dable, dejó de notificar el hecho á aquél, pudiéndolo verificar (ley 13 íd. con la cual mantiene relación el art. 1.559 del Código).

El arrendatario viene obligado á devolver la cosa libre de toda reclamación ó litigio, siendo responsable de los que, á consecuencia

de sus hechos, sufiere el propietario (ley 11 íd.) Finido el arriendo no puede el arrendatario demorar ni embarazar la restitución de la cosa á pretexto de tener algún derecho á la propiedad de la misma, el cual solo podrá deducir después de reintegrado el arrendador en la posesión de la cosa (ley 25, íd.); de suerte que si contraviniere lo dispuesto á lo arriba dicho, ó sea lo establecido en las dos leyes antes citadas, debe indemnizar al dueño de los daños y perjuicios que, por no entregarla, se le sigan (ley 34 Cód. DE LOCAT. y sentencia de 28 de Noviembre de 1861).

La Legislación romana y el Código andan discordes en lo que al derecho que, por razón de mejoras, tiene el arrendatario y también en la garantía real á favor de este último. Con efecto; prescribe el Código en su artículo 1.573 que, respecto de las mejoras útiles y voluntarias, el arrendatario tiene el mismo derecho que se concede al usufructuario; en este respecto hay que acudir á lo prescrito en el art. 522, en relación con el último apartado del 502, que concede al usufructuario el *JUS RETENTIONIS* de la cosa hasta reintegrarse del aumento de valor que ésta tuviese por efecto de las obras, si el propietario se niega á pagarlas, circunstancia que da al arrendamiento el carácter de derecho real de que hemos hablado.

Extinción del arrendamiento

El Derecho romano distingue entre causas de conclusión y causas de rescisión del arrendamiento. Las primeras son: 1.^a expiración del plazo (ley 32, Cód. DE LOCAT.); 2.^a extinción de la cosa (ley 19, Dig. DE LOCAT.); 3.^a enajenación ú otro transpaso á título particular ó usufructo de la cosa, sin perjuicio del derecho de indemnización del arrendatario contra el arrendador (leyes 19, 25 y 32 Dig. DE LOCAT.; 9 Cód. id.); 4.^a expiración del derecho temporal del arrendador á la propiedad ó usufructo de la cosa (ley 9 Dig. DE LOCAT), y 5.^a la muerte de aquél si el contrato lo hizo á su voluntad (ley 9.^a íd.)

Las causas 3.^a y 4.^a son realmente de resolución del contrato; en el caso de esta última ó sea por expiración del plazo temporal del arrendador, ni éste ni sus herederos vienen obligados á indemnizar al arrendatario, ni aún por razón de los gastos que hubiere hecho, creído de que el contrato duraría todo el tiempo estipulado, á menos de que el arrendador le hubiese ocultado la temporalidad de su

derecho en la cosa, ostentando el carácter de pleno propietario (leyes 4.ª y 9.ª Dig. DE LOCAT.)

Las causas de rescisión, establecidas en la ley 54, Dig. DE LOCAT., ley 3.ª Cód. DE EOD. y Decret. cap. II, LOCAT. COND., reconocidas en Sents. de 14 de Diciembre de 1858, 6 de Febrero, 9 de Junio y 17 de Septiembre de 1860, son: si el arrendatario usa mal de la cosa, si no paga el precio convenido, si no cumple las condiciones estipuladas y si aquélla necesita recomposición. De esta última nos hemos ocupado extensamente. El contrato de alquiler no acaba por la muerte del arrendatario (ley 10 Cód. DE LOCAT. y 10 Dig. DE EOD.), como tampoco acaba por la muerte del arrendador, ni por finir el carácter administrativo con que lo hubiese verificado; sin embargo, si la merced sirve para el sustento del administrador, el contrato termina por muerte de éste (L. 32 Dig. DE LOCAT. y ley 8.ª idem DE ADM. ET PERTUT.).

El art. 1.565 del Código civil también señala como causa de terminación del arrendamiento hecho por tiempo determinado, la de cumplimiento del día prefijado, sin necesidad de requerimiento; pero el Legislador, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 5.º del Decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813, y aún cuando no se ha ajustado estrictamente á su contenido, antes le ha dado mayor extensión, aplicándolo lo mismo al arrendamiento de predios rústicos que á los urbanos, estatuye, en el art. 1.566, (que consideramos aplicable á todos los territorios aforados, motivo á que no pugna con su régimen jurídico directo ni supletorio) que si al terminar el contrato permanece el arrendatario disfrutando quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador (punto este apreciable por el Tribunal A QUO), se entiende que hay tácita reconducción, á menos que haya precedido requerimiento; disposición ésta no aplicable cuando se tiene la finca á título de precario (S. 30 Marzo 95), bien entendido que la prórroga no ha de ser igual á la del contrato primitivo, sino la que señalan, respectivamente, los arts. 1.577 y 1.581, según se declaró en Sent. de 29 de Septiembre de 1896.

Esa tácita reconducción produce, además, el efecto de que cesan, respecto de ella, las obligaciones otorgadas por un tercero, como las fianzas en sus distintas clases para la seguridad del contrato principal (art. 1.567) á menos de que se hubiese estipulado lo contrario.

Y en orden á las otras causas extintivas del contrato de arrendamiento por resolución ó por rescisión, el Código las comprende en el art. 1.569, señalándolas como motivos de desahucio, que tam-

bién figuran en los arts. 1.562 y 1.563 de la ley de Enjuiciamiento civil, de general aplicación.

No tratándose de causas incluídas en el art. 1.569, no se lanza, desde luego, al arrendatario, pues tiene derecho á aprovechar los términos establecidos en los arts. 1.577 y 1.581 por así prescribirlo el 1.570.

El Código no considera como causa resolutoria, IPSO FACTO, la venta de la finca arrendada; lo que hace en el art. 1.571 es conceder al comprador el derecho á que termine el arrendamiento vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario, ya entre el vendedor y el comprador, ya entre éste y el arrendatario. Así se infiere, interpretando dicho artículo en sentido extensivo, y lo dispuesto en la ley Hipotecaria; porque figurando del Registro de la propiedad la inscripción del arrendamiento como derecho real, y puesto que es pública esa oficina, de cuyos libros puede enterarse el adquirente, éste no puede llamarse á engaño.

Si el comprador usare de ese derecho de denuncia del contrato, el propietario podrá exigir que se le dejen recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente, y que el vendedor le indemnice de los daños y perjuicios que le cause.

La resolución del contrato es un derecho del comprador, al cual le asiste el de exigir que el arrendatario continúe en la finca hasta terminar el arriendo, porque como aquél es de carácter facultativo, puede no hacer uso. Pero si lo utiliza, el contrato termina (Sent. 15 Mayo 1906), sin perjuicio del derecho que el arrendatario tiene de recoger los frutos de la cosecha que correspondan al año agrícola corriente; siendo de advertir que, según Sent. de 27 de Septiembre de 1905, ese derecho que tiene el comprador lo mismo se refiere á los predios rústicos que á los urbanos, así como importa consignar que la facultad de recoger los frutos del año agrícola corriente no corresponde al que, sin título alguno, siembre en la finca sabiendo que no puede hacerlo (Sent. 3 Junio de 1902) y que según la de 30 de Abril de 1904, no se puede defraudar al arrendatario en la legítima esperanza de disfrutar y aprovecharse de las cosechas anuales. Si el comprador hace uso del derecho de desahucio, corresponde conocer de este juicio al Juez municipal del lugar donde radica la finca (Sent. 18 Febrero de 1907); pero entendemos que esto es en el caso de que el arrendamiento no sea de los que expresa el art. 1.563 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Los perjuicios de que debe indemnizar el vendedor al arrendata-

rio son los que realmente se le causen por la terminación del arriendo, no los dudosos ó contingentes, ni los que no resulten probados (Sent. de 3 de Noviembre de 1892). La cuestión sobre nulidad del contrato de venta no puede resolverse en el juicio de desahucio (Sent. 27 Septiembre de 1905).

El comprador con pacto de retraer no puede usar de la facultad de desahuciar al arrendatario hasta que haya concluido el plazo para usar del retracto (art. 1.592).

Disposiciones especiales para el arrendamiento de predios rústicos

Parangonando las disposiciones del Código con las del Derecho romano tenemos que, según aquél (arts. 1.575 y 1.576) el arrendatario no tendrá derecho á rebaja de la renta por esterilidad de la tierra arrendada ó por pérdida de frutos proveniente de casos fortuítos ordinarios; pero sí en caso de pérdida de más de la mitad de frutos extraordinarios ó imprevistos, salvo siempre el pacto especial en contrario. Entiéndense por casos fortuítos extraordinarios los de incendio, guerra, peste, inundación insólita, langosta, terremoto ú otros igualmente desacostumbrados y que los contratantes no hayan podido racionalmente prever. Tampoco tiene el arrendatario derecho á rebaja de la renta cuando los frutos se hayan perdido después de estar separados de su raíz ó tronco.

Concuerdá con dicho artículo la ley 15 Dig. DE LOCAT., dispositiva de que no procede la rebaja proporcional de la merced cuyo pago ha de hacer el arrendatario cuando la escasez ó pérdida de la cosecha proviene de vicio de la heredad (lo que el Código llama «esterilidad» de la tierra) ó de los frutos recogidos, ni cuando el precio del arriendo consista en una parte cuantitativa de los frutos que se perciban (ley 35 íd., pues, entonces, el contrato reviste la forma de aparcería), ni si la pérdida ó escasez de la cosecha proviniese de un caso fortuító, que, por pacto expreso ó según la costumbre general del país (esto último no lo dice el Código), debiere correr á cargo del colono; así lo prescriben las leyes 25 Dig. DE LOCAT. y 8.^a y 19 Cod. DE LOCAT., respectivamente; pero se añade en la ley 15 de ídem, que si los años precedentes al estéril hubieren sido abundantes, no cabe esa rebaja, disposición que el Código no contiene, como tampoco la de la ley 15 Dig. DE LOCAT., preceptiva de que el arrendador no podrá pretender ningún aumento en la pensión del año en

que la cosecha fuese muy abundante, pero podrá recobrar lo que por razón de la esterilidad de uno de los años precedentes hubiese condonado, ó rebajado, aún cuando lo hubiese verificado graciosamente. En ningún caso puede reclamar el arrendatario rebaja por razón de la semilla y gastos del cultivo (ley 15 íd).

El Código se expresa con más precisión que el Derecho romano cuando distingue los casos fortuitos ordinarios, que no dan lugar á la rebaja de la renta, de los extraordinarios é imprevistos, no mediando pacto especial en contrario; siendo de citar la Sent. de 22 de Noviembre de 1904, de que si bien no puede desconocerse que existen casos de fuerza mayor, no taxativamente incluidos en el artículo 1.575, puede pedirse esa rebaja, demostrando que el hecho generador de la fuerza mayor no ha podido en absoluto preverse, ó que, previsto, fué inevitable.

El Derecho romano releva al inquilino del pago de la merced, cuando, por efecto de granizo, avenida, irrupción de enemigos ú otra calamidad extraordinaria no hubiese percibido en todo el año ningún fruto de la heredad (ley 15 Dig. DE LOCAT.), y añade la ley 25 de idem y la Decret. cap. III DE LOCAT. ET COND. que, si por efecto de esas causas hubiese sufrido la cosecha una disminución muy considerable, tendrá derecho el arrendatario á obtener una rebaja proporcional en la pensión que deba satisfacer aquel año.

Ahora bien; si el granizo ó la helada son calamidades ordinarias porque suelen ocurrir en el país donde está la finca, no vemos que ni por el Código, ni por el Derecho romano pueda haber esa rebaja. El primero exige, mediando los casos fortuitos ordinarios, que la pérdida de los frutos sea de más de la mitad, en tanto que el segundo no fija cuantía alguna, basta que sea muy considerable, no para librarse el arrendatario del total pago de la renta, sino para obtener una rebaja proporcional de ésta, en el año que ocurra la calamidad.

El arrendamiento de un predio rústico cuando no se fija su duración se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año ó pueda dar de una sólo vez, aunque pasen dos ó más años para obtenerlos, y el de tierras labrantías divididas en dos ó más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas (art. 1.577 del Código, que tiene por precedente el art. 6.º del Derecho de Cortes de 8 de Junio de 1813, por cuya circunstancia lo creemos aplicable á todas las regiones aforadas, así como el 1.578 del Código, preceptivo de

que el arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente, y recíprocamente, el entrante tiene obligación de permitir al colono saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos, todo con arreglo á la costumbre del pueblo). Ese derecho de recolección lo tiene, aún el arrendatario desahuciado de la finca, si el arrendador ha percibido el importe de la renta íntegra correspondiente al año agrícola dentro del que nacieron los frutos (Sent. 18 de Marzo de 1904). Si el arrendador no ha cobrado la renta, esté ó no desahuciado el colono, tiene un derecho preferente al de otros deudores del arrendatario sobre los frutos de la finca arrendada (núm. 7 del art. 1.922 del Código). El colono saliente debe abstenerse de hacer labores preparatorias de las cosechas de que ya no pueda aprovecharse, con arreglo al contrato ó á las prescripciones de la ley, y si las hace se coloca en la situación del que planta ó siembra en terreno ajeno, definida en los arts. 361 y 362 (Sent. 13 de Noviembre de 1900).

Disposiciones especiales para el arrendamiento de predios urbanos

Al principio de este estudio nos hemos ocupado del contrato de inquilinato, que así se llama este arrendamiento, pero importa añadir que, según la ley 3.^a Cód. DE LOCAT., ley 54 Dig. íd., Decretal cap. 3.^o DE LOCAT. COND. y ley 2.^a tít. 3.^o, lib. 10, vol. 2.^o Const., el arrendador puede despedir al inquilino antes de cumplido el plazo estipulado en cualquiera de los casos generales de terminación que hemos dicho y, además, si las personas que habitaren la casa se dedicaren á la prostitución, si el dueño de ella la necesita para sí, y cuando quiera hacer obras necesarias, esto último en la forma y extensión que hemos señalado al tratar del desocupo por esa causa.

El Código prescribe en su art. 1.581—que consideramos de aplicación general por cuanto sus prescripciones no vemos que pugnen con el Derecho foral escrito, sin que nos conste que contradigan el consuetudinario, pues á éste, en todo caso, habría de acudirse con preferencia á aquél—que si no se hubiese fijado plazo al arrendamiento, se entiende hecho por años si se paga un alquiler anual; por meses cuando es mensual, y por días cuando es diario. En todo caso cesa el arrendamiento sin necesidad de requerimiento especial, cum-

plido el término. Precedentes de esto los tenemos en la ley 13, título 2.º, lib. 19 del Digesto y en las que hemos citado anteriormente.

En defecto de pacto especial se estará á la costumbre del pueblo para hacer las reparaciones de los predios urbanos que deban ser de cuenta del propietario. En caso de duda se entenderán á cargo de éste. Así lo dispone el art. 1.580 del Código que consideramos de aplicación general, puesto que no pugna con el Derecho foral, es más, tiene por precedentes las leyes 15 y 25, lib. 19 de Dig., y la Novela 64.

Derecho municipal de Cataluña

Por oponerse á la Constitución del Estado y á la ley de Enjuiciamiento civil, no puede considerarse vigente, la rúb. 28, tít. 4.º, de las Costumbres de Tortosa, dispositiva de que, por falta de pago del alquiler, el arrendador puede, por sí, tomar prenda y cerrar las puertas y *emparar* (embargar) la finca y sus productos, como tampoco no rige el cap. 55 del RECOG. PROC., ley 3.ª, tít. 7.ª, lib. 4.º, vol. 2.º, de las Const. de Cat. que autoriza al arrendador de casas para apropiarse por su propia autoridad, sin el auxilio del alguacil, de las cosas que fueren encontradas en la casa alquilada para cobrarse de los alquileres, y tampoco está en vigor el cap. 34 del RECOGNOVERUNT PROCER., dispositivo de que el arrendador de predios puede, por su propia autoridad, *emparar* los frutos del arrendamiento que estuvieren en el predio arrendado para cobrarse de una merced que se le adeude, pues semejante justicia privada se opone á la justicia social y quien, por sí, se la administre, no acudiendo á los Tribunales, comete delito, sin que pueda alegar que carece de medios protectores y dé garantía, pues los primeros se los da la ley procesal, y los segundos, el Código civil, que concede á ese propietario preferencia sobre otros acreedores del deudor para el cobro de sus alquileres y rentas en los bienes muebles y frutos del arrendatario (núm 7.º, art. 1.922 de dicho cuerpo legal.)

ARAGÓN

Los padres son preferidos á toda persona en el arrendamiento de los bienes sitios que hubiesen dividido con sus hijos (Fuero 8.º DE COMUNI DIVIDUNDO). Otorgado el arrendamiento en escritura pú-

blica, el dueño de la finca tiene preferencia sobre los demás acreedores del arrendatario para el cobro de la merced en los frutos (Fuero de 1678 que se refiere á la cobranza de los arrendamientos de montes y fuero antes citado), facultad que no constituye un privilegio de los que proscribió la ley de 9 de Abril de 1842 si que la garantía de un derecho civil. El arrendatario hasta que no cumpla el plazo estipulado, debe seguir llevando la finca, si el contrato se consignó en escritura pública, pues en otro caso debe indemnizar al dueño de los perjuicios que le cause por su abandono (Ob. 2.º DE JURE EMPHYT.) El propietario no puede dar en prenda la finca (léase hipoteca) ni arrendarla á otro mientras no expire el plazo del primitivo arrendamiento (Fuero 1.º DE LOCATI EL CONDUCTI); pero esto hay que reclamarlo con la ley Hipotecaria, pues inscrito el derecho real á favor del acreedor hipotecario ó de otro arrendatario, á éstos no les pueden perjudicar documentos no inscritos, sin perjuicio del derecho de aquél contra el arrendador, sobre indemnización de perjuicios, por haber contravenido el Fuero.

Si el arrendador necesitase la casa para sí puede desahuciar al inquilino, y si se viera obligado á enajenarla puede hacerlo jurando la necesidad, y revocar el arrendamiento, sin que por esto quede relevado el arrendatario de pagar las rentas devengadas hasta que la revocación se verifique (Fuero citado); esa necesidad ha de ser posterior á la celebración del contrato de arrendamiento, en opinión de Portolés, Molino, Palacios y Franco Guillén. Aunque no medie ese juramento, basta que haga la venta para que el comprador de la finca pueda dar por terminado el arrendamiento acogiéndose á lo dispuesto en el art. 1.571 del Código civil.

NAVARRA

El arrendamiento de una heredad dura de Enero á Enero, y anualmente debe renovarlo el arrendador, á fin de que el arrendatario no pueda decir que es suya (cap. 1, tít. 7, libro 6.º del Fuero). El labrador necesita recibir la simiente del propietario, y según de quien de éstos sea la culpa por no sembrar oportunamente ó tener que sembrar con otras simientes, se hacen responsables uno para el otro (Fuero antes citado). El arrendatario será respetado en su derecho á los productos del cultivo, en el caso de apremio judicial promovido contra el dueño por cualquier acreedor, quien sólo po-

drá trabar las rentas pendientes en el caso de que haya mediado simulación entre arrendatario y arrendador ó inteligencias fraudulentas para perjudicarle (ley 13, tít. IV, lib. 3.º del Fuero). Ese derecho del arrendatario se extiende á los frutos del año en que tenga lugar el apremio judicial del acreedor, y no desaparecerá, aunque, á consecuencia de la hipoteca impuesta sobre la finca arrendada, cambiare ésta de propietario.

Aparcería

Es, en esencia, no una sociedad, porque para tener este carácter ha de surgir, por acuerdo de los socios, una personalidad distinta á la de éstos, lo cual no existe en este contrato, si que un verdadero arrendamiento, con plazo de duración ó sin él, en el que la merced ó renta se paga con una parte alícuota de los frutos; esta circunstancia hace que la aparcería presente el aspecto de una coparticipación de beneficios. Sin embargo, el Código le da aquel carácter.

No solamente se establece para el cultivo de las tierras, sino que, por disposición del art. 1.579 del Código, puede existir sobre ganados de cría ó establecimientos fabriles ó industriales, y se rige por las disposiciones del contrato de sociedad, por las estipulaciones de las partes y por la costumbre de la tierra.

No solo en Aragón, Navarra y Cataluña, si que en Valencia se ha desarrollado beneficiosamente este contrato. En Cataluña constituye un verdadero arrendamiento que se rige, en primer término, por la costumbre y, en defecto, por las disposiciones del Digesto, de suyo insignificantes, pues se reducen á prescribir que el aparecro comparta con el dueño, no ya las ganancias, si que también las pérdidas provinientes de fuerza mayor (ley 25, § 6.º, Dig. DE LOC. COND., 19, 2, fr. Gayo).

No obstante que en Cataluña tiene ese carácter de arrendamiento la aparcería, el Tribunal Supremo, en Sent. 29 Julio de 1902, en pleito procedente de aquella Audiencia territorial, declaró que no debía darse lugar al desahucio. Y es que tal contrato lo considera el Código como sociedad, para cuya extinción, haciendo valer el propietario sus derechos, debe acudirse al juicio declarativo. Esto, que es indiscutible, tratándose de aparcerías que se rigen por las disposiciones del Código, pues no cabe sustraer el juicio en derecho positivo á sus prescripciones, no debe aceptarse en Cataluña, cuyo

régimen jurídico, tanto directo como supletorio, se halla bajo el amparo del art. 12 del Código. El Tribunal Supremo, en Sent. 4 Junio de 1908 declara que no siempre es inadecuada en la aparcería la acción de desahucio, porque, según jurisprudencia, la procedencia de aquella acción rescisoria depende de las circunstancias del contrato y del carácter y mayor ó menor complejidad de las obligaciones en él contenidas.

Existe en Cataluña una institución consuetudinaria llamada SOCSIDA, SOCCIDA ó SOCIDA que es una verdadera aparcería pecuaria, formada entre el dueño del ganado y la persona que se compromete á apacentarlo, distribuyéndose por mitad los beneficios de los frutos y conservando el dueño la propiedad del ganado, cuya entrega puede hacerse valorado ó sin valorar; en el primer caso se reintegra del valor á la terminación del contrato; en el segundo, lo recobra en especie.

ALTO ARAGÓN

También existe el arrendamiento de ganados con las siguientes variedades: 1.^a *A diente*, que consiste en recibir uno de otro un ganado bajo justiprecio pericial, viniendo obligado al arrendatario á pagar el cinco ó el seis por ciento anual del valor al dueño y á devolvérselo, pasados que sean cinco ó seis años en igual número de cabezas de la misma edad; 2.^o *A medias*, que es el antes dicho, con la diferencia de que el arrendatario no paga interés, sino que entrega al dueño la mitad de los productos, pudiendo retirar éste del total liquidado una cantidad igual al valor del ganado, antes de dividirse los beneficios; 3.^o *A medias y mata entera*, cuyo resultado es que las leches son para el arrendatario; éste y el arrendador, comparten por mitad la lana, las crías y las madres que fueron objeto del contrato; terminado éste, el arrendador recibe tantos borregos de un año, como reses entregara al tiempo de su celebración, que tuvieran lo menos dos años (mata), pero, si solo fueran de un año, no paga puesta por ellas el arrendatario, por tardar otro en dar producto, á pesar de tener igual coste; y 4.^a *A medias y media mata*, que es la más general y dura ocho meses, desde San Miguel ó Todos los Santos hasta San Medardo; arrendatario y dueño se distribuyen por partes iguales la carne y las crías; á poder del segundo vuelven las madres, hayan ó no criado, y por esto el primero no

paga matas; y si por cualquier accidente muere alguna de las madres, la piel y las carnes son de ambos.

El cap. 2.º del Fuero de Navarra se ocupa de una aparcería rural, disponiendo en qué tiempo debe podar y cavar las viñas el labrador á quien se dieran á labranza, so pena de que, si no lo hace, queda el mosto para el propietario, la primera agua para el labrador y el resto se reparte entre ambos.

Ya hemos dicho que en Navarra el aparcerero debe entregar al arrendatario las simientes y debemos añadir que muchas disposiciones forales relativas á la aparcería han caído en desuso.

ASTURIAS

En este principado existe, por costumbre, una especie de aparcería pecuaria llamada *comuña*, que puede revestir estos dos aspectos:

Comuña á armun por la que se entrega el ganado valorado al que lo ha de pastorear, quien, en compensación, percibe las leches, mantecas y quesos; si se vende el ganado, se distribuyen el dueño y el arrendatario el exceso de cantidad que se obtenga, comparando el precio de venta con el de valoración; el valor de las crías se aplica á los dos socios, pero las reses que perezcan de las primitivamente entregadas perecen para el dueño, y además la llamada *comuña á la ganancia*, que se diferencia de la anterior en que, cuando se vende el ganado, el valor de las reses que hayan muerto de las primitivamente entregadas que disminuya el del total, se compensa con el aumento del que tengan las crías; solo en el exceso después de cubierto aquel valor primitivo, es en lo que consistirá la materia á dividir entre los dos socios, es decir, que solo produce efectos en el caso de haber ganancias.

CAPÍTULO VII

Derechos reales por razón de utilidad

De las servidumbres prediales: su concepto y clasificación

El Derecho romano define la servidumbre diciendo: *JUS IN RE ALIENA QUOD DOMINO ISTIUS REI ALIQUID COGERER VEL PATI PRO NOM FACERE COMMODO ALTERIUS VEL PERSONÆ ALTERIÆ*. En esta definición compréndense, además, las servidumbres personales, constituidas por el usufructo, uso y habitación.

La ley 1.^a, tít. 31, Part. 3.^a, da de la servidumbre predial una definición explicativa, diciendo que es «derecho é uso que ome há en los edificios ó en las heredades ajenas para servirse dellas á pro de las suyas».

Dice el Código que servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente á distinto dueño, y añade que también puede establecerse en provecho de una ó más personas ó de una comunidad á quienes no pertenezca la finca gravada.

El Legislador fija el concepto de servidumbre apreciando más el carácter pasivo que el activo de ese derecho. Basta que exista el predio sirviente para que haya servidumbre, ya en utilidad de otro predio que no sea del dominio de aquél (*NEMINI RES SUA SERVIT*), ya en beneficio de una ó más personas, ó de una comunidad, á quienes no les pertenezca. De donde resulta que en esa carga existe

una relación de dependencia de inmueble á inmueble ó de inmueble á personas individuales ó en comunidad.

Los predios dominante y sirviente deben ser vecinos; sin embargo puede imponerse una servidumbre á uno que no lo sea, al efecto de quedar obligado á sufrirla cuando la finca intermedia entre aquellos no impide la utilidad que debe resultar al predio dominante ó cuando se adquiere ese gravamen para facilitar el uso del predio sirviente (leyes 4.^a, 5.^a y 6.^a Dig. DE SERVIT. PRAED. RUSTIC., título 2.^o, lib. 8.^o Dig. SI SERVIT. VINDIC., tít. 5.^o, lib. 8.^o, ley 7.^a Digesto COM. PRAED. título 4, lib. 8.^o)

El Código no es tan explicativo como el Derecho romano en orden á esa condición de vecindad de los predios sirviente y dominante; basta que uno de ellos sufra la carga y el otro reciba el beneficio de ella ó recaiga en pro de una ó más personas ó de una comunidad para que ese derecho real tenga tal carácter con sus notas de adherencia ó inherencia, inseparabilidad é indivisibilidad; no es obligada la de perpetuidad, pues el gravamen puede establecerse temporalmente.

Consiste la adherencia en que no se concibe la servidumbre sin un predio rústico ó urbano al cual vaya unida, ya como carga del mismo, ya en beneficio de otro ó ya en provecho de una persona que, por fuerza, ha de ser distinta del dueño (Sent. de 9 de Julio de 1903). No dice el Código en qué ha de consistir la carga, ni si ha de ser grande ó pequeña; y tan es así, que el hecho de colocar palomillas que caen sobre un patio de pertenencia ajena, con objeto de sujetar en ellas cuerdas para tender ropa, constituye servidumbre (sentencia de 22 de Octubre de 1902), pero no tiene este carácter el paso de hilos telefónicos sobre una casa, sin apoyar ni tocar en ella y á la altura superior en mucho á la señalada por las leyes y los reglamentos, pues no limita los derechos del propietario de la finca á elevar la edificación (Sent. de 1.^o de Febrero de 1909).

Las servidumbres son inseparables (he aquí la adherencia) de la finca á que activa ó pasivamente pertenecen; prescripción contenida en la ley 33 Dig. DE SERVIT. PRAED. RUSTIC. Consecuencia de esta nota de inherencia es que son intransmisibles por sí solas, es decir, sin el predio á que se hallan afectas (ley 24 Dig. DE SERVIT.), de modo que, enajenados el predio dominante ó el sirviente, les siguen las servidumbres activas y pasivas que les afectan, respectivamente, como utilidad ó como carga (ley 12 Dig. COMUNI. PRAED., ley 3.^a Cód. DE SERVIT., ley 23 Dig. DE SERVIT. PRAED. RUSTIC.), y así

también lo dispuso la ley 12, tít. 31, Part. 3.^a, diciendo que «la servidumbre non se puede apartar de la heredad ó del edificio en que es puesta».

Otra nota es la indivisibilidad: si el predio sirviente se divide entre dos ó más, la servidumbre no se modifica y cada uno tiene que tolerarla en la parte que le corresponda. Si es el predio dominante el que se divide entre dos ó más, cada porcionero puede usar por entero de la servidumbre, no alterando el lugar de su uso, ni agravándola de otra manera (art. 525 del Código que corresponde á lo dispuesto en la ley 9.^a, tít. 31, Part. 3.^a, y á las leyes 17, 25 y 34 Dig. DE SERVIT. PRAED. RUSTIC.), añadiendo las leyes 23 y 25 ídem, que cuando el dueño del predio dominante perdiere parte de él conservará la servidumbre por entero, la cual, de este modo, continuará afectando al predio sirviente, aunque parte de éste haya desaparecido.

Ese principio de indivisibilidad, que dicha ley de Partidas traduce graficamente en estas palabras: «La servidumbre non se puede partir», tiene por objeto mantener en su originaria integridad el gravamen, aún en el caso de dividirse entre dos ó más el predio dominante, como se declaró en Sent. de 11 de Noviembre de 1882.

La otra nota de las servidumbres, según la escuela antigua, es la de perpetuidad, y aún cuando esto es cierto, no puede tomarse en absoluto, porque puede extinguirse por disposición de la ley, determinación del título, cumplimiento de condiciones, confusión de derechos, renuncia, no uso y redención autorizada por el art. 603 si se trata de servidumbre de pastos (sentencia antes citada). La perpetuidad quiere decir, como regla general, que mientras subsista el predio sirviente, y aunque mueran las personas interesadas en el disfrute de la servidumbre, ó las que sean dueñas de aquél, continúa ese gravamen. La nota de perpetuidad, á menos de que la servidumbre sea temporal ó esté sujeta á condiciones, figura establecida en la ley 4.^a Dig. DE SERVIT.

Se clasifican: por razón del título de origen, en legales y voluntarias (art. 536); por las cosas sobre que recaen, en rústicas y urbanas; por los modos de disfrutarlas, en continuas y discontinuas; por el derecho mismo que suponen, en positivas y negativas; por su duración, en perpetuas y temporales; por la forma de presentarse, en aparentes y no aparentes; por su nombre, en nominadas é innominadas, y por su normalidad, en regulares é irregulares.

Son servidumbres continuas aquellas cuyo uso es ó puede ser

incesante, sin la intervención de ningún hecho del hombre (art. 532 y ley 14 Dig. DE SERVIT.)

Advierten Bianchi y Manresa que basta la condición de poder ser incesante el uso de la servidumbre para que se la tenga por continua.

Discontinuas son las que se usan á intervalos más ó menos largos y dependen de actos del hombre (artículo y ley romana antes citados); ésta incluye entre las primeras la de conducir el agua, y comprende entre las segundas el derecho de paso, camino ó carrera y otros de igual naturaleza.

Las servidumbres de luces y de vistas son negativas cuando los huecos se abren en pared propia y ostentan la forma de ventanas que carecen de saliente sobre el espacio del predio ajeno, y positivas cuando los huecos se abren en pared ajena ó en pared medianil, y aún abiertas en la propia, afectan la figura de balcones ó voladizos que cercenan el espacio de la finca gravada. En el primer caso no pueden adquirirse por prescripción, sino á partir del acto obstativo (art. 538 del Código) ejecutado para impedir al dueño del predio sirviente que edifique ó disponga de su propiedad de modo que estorbe el paso de la luz que viene recibiendo el predio dominante ó impida las vistas de éste; pero en los otros dos casos el plazo de la prescripción corre desde la apertura de los huecos (Sents. de 8 de Febrero de 1899, 16 de Junio de 1902, 9 de Febrero de 1907, 8 de Enero de 1908 y 12 de Octubre de 1909).

Son aparentes, las que se anuncian y están continuamente á la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. No aparentes, las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia. Es aparente la servidumbre de estribo de presa, la de paso cuando existe camino del cual se usa, y no aparente la de distancias y obras intermedias.

Son positivas, las que imponen al dueño del predio sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa ó de hacerla por sí mismo (por ejemplo la *ALTIUS TOLLENDI*), y negativas las que prohíben al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre (art. 533 del Código que corresponde á las leyes 6.^a y 15 del Dig. DE SERVIT. PRAED. y Dig. DE SERVIT.); en éstas se dice que las de paso, de conducción de aguas y de abrir ventanas sobre predio ajeno son positivas, y negativas, la de impedir que otro edifique en su terreno ó que no lo verifique sino hasta cierta altura, la cual toma el nombre de *ALTIUS NON TOLLENDI*.

Dice la Instit. § 1.º DE SERVIT. PRAED. que las servidumbres se constituyen ó para el uso de los edificios ó para el de las heredades (se atiende, en la calificación de este gravamen, á la naturaleza del predio favorecido). Añade que las de la primera clase se llaman urbanas, ya estén los edificios en la ciudad, ya en el campo, y que las segundas toman el nombre de rústicas.

Modo de adquirir las servidumbres según el Código y las Legislaciones forales

El Derecho romano no trató, con claridad, del modo de adquirir las servidumbres por el lapso del tiempo. La ley *SCRIBTORIA* dispuso que, cualquiera que fuese aquél, por el no uso no se perdía la libertad de los predios; pero los Pretores admitieron, por excepción, la prescripción adquisitiva en el establecimiento de esos gravámenes por el transcurso de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes. Copió esto Justiniano y pasó á las leyes 15 y 16, tít. 31, Part. 3.ª, bien que distinguieron entre servidumbres continuas y discontinuas, exigiendo para las primeras título y posesión de diez años entre presentes y de veinte entre ausentes, y la posesión inmemorial respecto de las segundas, con esta circunstancia: que los actos de tolerancia no daban derecho á la prescripción.

Las legislaciones forales no se ajustan en un todo al Derecho romano, pues en Cataluña, según el Usatge *OMNES CAUSÆ*, el *REC. PROC.*, caps. 45 y 58 y las Ordenaciones de Sanctacilia, capítulos 1, 2 y 14 que forman: los dos primeros, el Derecho general de aquel Principado en esta materia, y la última, el de Barcelona, se adquieren las servidumbres por la posesión de treinta años, sin distinguir entre continuas y discontinuas, cuyo tiempo se cuenta, según el Código civil (art. 558 que suple al Derecho foral), en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante ó el que haya aprovechado la servidumbre hubiera empezado á ejercerla sobre el predio sirviente, y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal (llamado *obstativo*) al del sirviente la ejecución de un hecho que sería lícito según la servidumbre. Lo dispuesto en el Derecho general de Cataluña figura en la rúb. 38, cap. 1.º, de las Cost. de Gerona.

Según las Ordenaciones de Sanctacilia, las servidumbres positi-

vas se adquieren sin título por prescripción de treinta años, medie ó no buena fe (2.^a, 10, 14 y 32), pero se exceptúa de esto el derecho de tener ventanas ú otras aberturas en pared del vecino, mediera ó propia, que no diste de la propiedad de éste los cuatro palmos de destre (cerca de cinco palmos menos medio cuarto, catalanes) que constituyen la *andróna*.

El propietario perjudicado con la ejecución de obra nueva, tiene la facultad de denunciarla para que impida su continuación (leyes 1.^a, 8.^a y 20 Dig. DE OPER. NOV. NUT.) que hoy no tiene aplicación en lo que se refiere á administrarse el interesado su justicia, acogiéndose á los beneficios de la ley 5.^a Dig. EOD. porque la ley de procedimientos establece el interdicto de otra nueva.

En aquella excepción de no ser prescriptible el derecho de tener ventanas ú otras aberturas faltando la distancia indicada, no se comprende la claraboya que es una ventana de dos ó tres palmos de destre (un poco menos de dos palmos y medio) de alto, y de medio (cerca de un palmo y cuarto) de ancho, y aunque tenga estas dimensiones no se reputa claraboya la abertura hecha en pared de tapias (Ordins. 14, 15, 20, 61, 63 y 10.)

El Derecho de Tortosa, informado relativamente, en aquel principio de libertad del inmueble que proclamó la ley *Scritoria*, dispone, en la rúb. 11, lib. 3.^o, que si alguno hace verter aguas de su albergue ó terrado, ó abre puertas sobre terreno de otro, aunque use de ello por largo tiempo, no adquiere posesión ni servidumbre, pues ésta exige contrato ó última voluntad. Esto no reza para con todas las servidumbres, pues el paso durante treinta años por campo, ó por honor de alguno, así como la conducción de agua para el riego de la tierra ó su honor haciéndolo pacíficamente el hombre y su familia (compañía) y sin contradicción de otro á sabiendas y sin obstáculo alguno del dueño del predio sirviente, da derecho á la servidumbre, pasado ese tiempo de tenida y de usada, según prescribe la misma rúbrica en su § 16. No se adquiere servidumbre por los dueños de las tierras cuyos trigos y frutos se juntan en las eras, como ocurre en ocasiones, para lo cual entran y salen por propiedad ajena (rúb. antes citada). En cosa común de dos ó más, ninguno de los propietarios puede establecer servidumbre en ella contra la voluntad de los otros (rúbs. 11 y 26 del mismo libro 3.^o)

En Aragón, la servidumbre continúa también se adquiere por la posesión de diez años entre presentes previo conocimiento y paciencia del dueño del predio sirviente y veinte entre ausentes (Ob. 7.^a

DE PRESCRIPTIONIBUS). La de carácter discontinuo que esté apoyada en un título, también prescribe por tiempo inmemorial, según se infiere de dicha observancia y de la novena. Las servidumbres de pastos, leñas y abrevadero pueden adquirirse sin título por la prescripción inmemorial y continúan subsistiendo sobre el fundo ó predio que gravan, aún cuando nada se exprese al ser transmitido; así se deduce de la lectura de la Ob. 3.^a DE PASCUIS, 3.^a DE AQUA PLUVIAL. ARC. y 9.^a DE EMT. ET VEND.

El poseedor á nombre de otro no está obligado á responder á la reclamación sobre alguna servidumbre, á no ser que el mismo tenga un derecho en la cosa que posea (Ob. 5.^a, DE AQUA PLUVIALE ARC.)

En Navarra prescriben las servidumbres continuas por el plazo de tiempo que señala el Derecho romano, y las discontinuas, según dispone la ley 8.^a, tít. 37, lib. 2.^o de la Novísima Recopilación, por veinte años entre presentes y treinta entre ausentes, habiendo título y buena fe, y por cuarenta años, habiendo buena fe, aunque no haya título. Esta disposición se repite en la ley 10 del mismo título y libro.

La tendencia moderna del Derecho es que no perjudican á tercero los gravámenes, con ó sin título escrito, no inscritos en el Registro de la propiedad; y así lo prescribe el art. 731 del Código suizo de 1907, de que para la constitución de servidumbres es necesaria su inscripción.

Nuestro Código, inspirado en el deseo de procurar por la libertad del inmueble, prescribe en su art. 539 que las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas sean ó no aparentes solo podrán adquirirse en virtud de título. El Legislador se ha separado de la ley de Partidas y de las citadas legislaciones forales. Si la servidumbre es continua y aparente, su existencia durante veinte años tiene á su favor el «homenaje del tiempo», como decían los juriscónsultos romanos, y tanto esté inscrita como no en el Registro de la propiedad perjudica á tercero, porque pudiendo verla éste, ó enterarse de su existencia no cabe que se llame á engaño al adquirir el fundo gravado: SIBI IMPUTET; pero esta circunstancia no concurre en las servidumbres continuas ocultas, como tampoco en las discontinuas sean ó no aparentes, porque su uso no es seguido, si que se tiene á intervalos más ó menos largos, y como dependen de actos del hombre, cabe que el adquirente del inmueble no pueda enterarse de semejante gravamen.

Prescribir que las servidumbres continuas aparentes y las dis-

continuas solo se pueden adquirir en virtud de título, prohibiendo todo otro medio formal, sería demasiado absoluto—colocado nuestro Derecho en el eclecticismo en que se halla—y por esto prescribe el artículo 40, que la falta de título constitutivo de esas servidumbres, unicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente ó por una sentencia firme; lo primero, por respeto á la voluntad del perjudicado, desenvuelta en el medio idóneo de la escritura pública; lo segundo, por fuero de la justicia social, que puede declarar la existencia de ese reconocimiento expreso á tácito sin aquel medio idóneo, por otros medios probatorios ó elementos de juicio, viniendo á aclarar esto último el artículo 541, prescriptivo de que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, á no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellos ó se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

El Legislador emplea la palabra título en tres acepciones y todas conducen á un mismo significado; la expresión del derecho, no su causa eficiente. Así, según se desprende del art. 539, título, es un documento en el cual se establece la servidumbre; título, conforme el art. 540, es, á falta de aquél, la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente ó una sentencia firme, porque puede resultar que se constituyera la servidumbre en documento no idóneo, para fundar por sí la inscripción, viniendo la ejecutoria á suplirlo, lo mismo que suple la escritura de reconocimiento; y título, según el art. 541, revistiendo un carácter que llamaríamos vulgar, falto, por tanto, de aquella oficialidad, es el signo aparente de servidumbre, á modo de testigo mudo que señala la carga; esto es, como excepción á aquellas reglas, cuando exista entre dos fincas y se halle establecido por el propietario de ambas; por ejemplo, un camino. Aun en este caso no se admite semejante título si al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas se expresa en el documento que la servidumbre no ha de continuar en ellas activa ó pasivamente, ó, aún no diciéndose esto en el título de enajenación, se hubiese hecho desaparecer, no cuando se concertó el contrato, sino antes del otorgamiento de la escritura; de modo que puede resultar que en ese intervalo pudiera creer el adquirente de un predio que tenía á su favor una servidumbre, cuando en realidad carecía

de tal beneficio, motivo á que el vendedor, precavido, tuvo buen cuidado de que desapareciera el signo antes de formalizarse el documento notarial.

En el caso de que un vendedor se haya reservado en pleno dominio un terreno colindante al vendido, no se puede tomar como signo de servidumbre la edificación hecha sobre el mismo (Sent. de 4 Julio de 1899). Lo establecido en el art. 541 es consecuencia del principio vigente antes de publicarse el Código, que le ha dado nueva sanción (Sents. 7 de Febrero de 1896 y 6 de Febrero de 1904). Consideramos aplicables á los territorios aforados los arts. 540 y 541 del Código.

Derechos y obligaciones de los propietarios de los predios dominante y sirviente

Al establecerse una servidumbre se entienden concedidos todos los derechos necesarios para su uso, (art. 542, que corresponde á la ley 3.^a Dig. DE SERVIT. PR. ET PRAED. URB.); ésta añade que la servidumbre de tomar agua del pozo ó fuente de otro, comprende el derecho de paso para verificarlo.

El dueño del predio dominante podrá hacer, á su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa; así lo prescribe el art. 543 que corresponde á la ley 11 Dig. COM. PRAED. TAM RUSTIC.; aquél añade que ese dueño deberá elegir para ello el tiempo y la forma convenientes, á fin de ocasionar la menor incomodidad posible al dueño del predio sirviente.

Dispone la ley 33 Dig. DE SERVIT. PR. ET PRAED. URB., que las obras realizadas por el dueño del predio dominante corren de cuenta de éste, no debiendo satisfacer su coste el dueño del predio sirviente, menos las que se refieren á las servidumbres de edificar sobre la pared ó columna del vecino y de agujerear la pared del mismo para meter en ellas las vigas del edificio propio (leyes 2.^a y 25 Dig. DE VERB. SIGNIF.) ó si se hubiese expresamente convenido lo contrario. Es de citar la Sent. de 12 de Diciembre de 1903, declarativa de que en la servidumbre de paso de aguas establecida por pacto verbal, sin fijar condición alguna, cada parte debe ejecutar las obras que respectivamente le interesen.

Si fuesen varios los predios dominantes, los dueños de todos

ellos estarán obligados á contribuir á dichos gastos, en proporción al beneficio que á cada cual reporte la obra; el que no quiera contribuir, podrá eximirse renunciando á la servidumbre en provecho de los demás. Si el dueño del predio sirviente se utilizare en algún modo de la servidumbre, estará obligado á contribuir á los gastos en dicha proporción, salvo pacto en contrario. Así lo dispone el artículo 544, análogo á las leyes romanas antes citadas, debiendo añadirse que, según la ley 6.^a Dig. CUEMAT AMIT., dividida la heredad á cuyo favor ha sido constituída una servidumbre, ésta se debe á cada una de las porciones de la misma, pero de modo que no quede gravada por esto la incomodidad que sufría el predio sirviente. Si la servidumbre consistiere en un derecho de paso, todos los propietarios parciales podrán verificarlo por un mismo camino.

El Código reconoce en dicho art. 544, como lo hace expresamente en el art. 392, que cabe la comunidad en la proindivisión de un derecho para cuyo disfrute deben contribuir los porcioneros, proporcionalmente á su interés, obligación que pesa también tratándose del derecho real de servidumbre, sobre el dueño del predio sirviente si se utiliza de ella. Puesto que los derechos son renunciables (artículo 4.^o del Código), el que renuncie al beneficio de la servidumbre, queda privado de su disfrute, y nada más justo que se le exima del pago de los gastos que el uso y conservación de la misma exija.

El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar, de modo alguno, el uso de la servidumbre constituída, pero si por razón del lugar asignado primitivamente ó de la forma establecida pasa su uso llegare á ser *muy incómoda* al dueño del predio sirviente ó le privase de hacer en él obras, reparos ó mejoras importantes, podrá variarse á su costa, siempre que le ofrezca otro lugar ó forma igualmente cómodos y de suerte que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre (art. 545).

El principio jurídico de que no puede menoscabarse el uso de la servidumbre constituída, es consecuencia rigurosa del respeto que inspira todo derecho real y así lo reconoció la Sent. de 21 de Junio de 1907, declaratoria de que, tratándose de una servidumbre de paso al aire libre, subida y bajada á pié de las escalinatas y galerías para el servicio de los edificios, reciprocamente activa y pasiva sobre todos y cada uno de ellos, no puede ser reducida ó menoscabada de modo alguno, negando el derecho de levantar en su finca una terraza ó glorieta, mandada destruir en el interdicto de que fué objeto.

Pero á la integridad de la servidumbre y al respeto de su uso no se opone su variación, no por la simple circunstancia de que sea molesta, pues molestia lleva consigo ese gravamen del predio sirviente, sino cuando sea *muy incómoda* ó con ella se prive de hacer en este último obras, reparos ó mejoras importantes. Tanto esta importancia como la apreciación del superlativo *muy incómoda*, escrito en el texto, son objeto de apreciación judicial en cada caso, bien entendido que para poderse autorizar semejante variación, á favor de esos motivos, se requieren estas dos condiciones: que el dueño del predio sirviente ofrezca para el establecimiento de la servidumbre otro lugar ó forma igualmente cómodos, y que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante tratándose de aquellas que suponen la relación de fundo á fundo ó á los que tengan derecho al uso de la servidumbre, si es de las establecidas en inmueble en beneficio de una ó varias personas, ó de una comunidad.

Ese derecho de que se respete la integridad de la servidumbre y de que, con su uso, no se haga más incómoda, y de que el dueño del predio dominante no pueda usar de ella, sino conforme á su título, no siendo lícito gravar más del lo que lo esté el predio sirviente, de manera que su uso es el absolutamente necesario para el predio á favor del cual se constituye, procurando disminuir en cuanto sea posible la incomodidad que produzcan, aparece estatuido en la ley 1.^a Código, DE SERVIT.; leyes 11, 20, 21 y 26 Dig. DE SERVIT. PRAED. RUSTIC. Añaden estas tres últimas que el que tiene concedido indefinidamente el derecho de pasar por una heredad, no puede verificarlo por los parajes sembrados y plantados, cuando haya otro espacio bastante para transitar con menor perjuicio del predio sirviente; casuismo que no hacía falta fuese llevado al Código por ser bastante claro y concluyente el art. 542 del mismo, que no concede otros derechos en las servidumbres que los necesarios para su uso; no los de abuso.

La ley última Dig. DE SERVIT. PRAED. RUSTIC. concede al dueño del predio dominante los recursos posesorios para conservar y recobrar el goce de las servidumbres cuya cuasi posesión tuviese. Las leyes 9 y 10 Dig. DE SERVIT. VINDICAT. dan á ese dueño la acción vindicativa para hacer efectivos sus derechos en juicio de propiedad con la correspondiente indemnización de perjuicios, á cuya acción se llama confesoria (ley 19 DE USURIS, Inst. § 2.^o DE ACTIONIBUS). Proclamada la libertad del inmueble mientras no resulte con servidumbre, el dueño tiene derecho á ejercitar la acción negatoria

para que se declare aquél con la correspondiente indemnización de perjuicios (leyes 2.^a, 4.^a, 13, 14 y 17 Dig. DE SERVIT VINDICAT.)

Modo de extinguirse las servidumbres

Consecuencia del principio NEMINI RES SUA SERVIT, es que no puede haber servidumbre si el predio gravado pertenece á la persona con derecho á ella, y por esto se prescribe en el art. 546 que tal carga se extingue por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente; pero cuando se separan dos predios que antes pertenecían al mismo dueño y tenían algún servicio ó servidumbre común, continuarán disfrutándola del mismo modo que antes, si al tiempo de separarse no se hubiese pactado lo contrario (Sent. de 26 de Junio de 1893). De manera que esa extinción no es absoluta; mientras la misma persona tenga la propiedad de ambos predios, la servidumbre desaparece de hecho; pero sin necesidad de reconstituirla surge también por otro hecho jurídico, cual es la separación de aquéllos, á menos de que, en el contrato de enajenación de alguno de éstos, se pacte lo contrario.

Esa reaparición de la servidumbre, tal como dicha sentencia la entiende no la autoriza, antes la prohíbe la ley 30 Dig. DE SERVIT. PRAED. URB., prescriptiva de que la extinguida por reunión, en una misma persona, del dominio del predio dominante y del sirviente, conforme á la ley 1.^a Dig. CUEMAT. SERVIT. AMIT., ley 10 Digesto, COM. PRAED., no cabe, á menos que al separarse ambos predios se exprese que la transmisión se hace con todas las servidumbres que tiene la cosa; pero, no obstante, si el dueño del predio dominante, nombrado heredero del dueño del predio sirviente, vendiese la herencia, continuarán las servidumbres que tenía el fundo antes de aceptarla.

La diferencia entre el Derecho romano la doctrina del Tribunal Supremo antes citada, en orden á si revive ó no la servidumbre, consiste en que, por el primero, ese renacimiento no cabe, á menos que, al separarse los predios se exprese que se verifica con todas las servidumbres que tenía la cosa; mientras que, según dicha sentencia no hay necesidad de tal declaración; de derecho renace el gravamen, sino se hubiese pactado lo contrario, criterio apoyado en el art. 541 del Código. Es consecuencia del sistema dotal romano lo dispuesto en la ley 7.^a, Dig. DE FUND. DOT., de que las servidum-

bres que mutuamente se deban el predio del marido y el llevado en dote por su mujer quedan extinguidas durante el matrimonio, reviviendo después de disuelto. El Código no ha seguido lo dispuesto en la ley romana, por haber descansado el régimen económico matrimonial en bases distintas de las de ésta.

El Código de Tortosa (libro 3.º rúb. 11) prescribe que si uno vende ó enajena la casa que debía servidumbre, extinguida por confusión, sin retenerla, se entiende que lo hace como franca y libre, lo cual es aplicable á los otros predios y posesiones, y añade si mis casas ú honores deben servidumbre á las casas ú honores de mi vecino y yo compro de él una parte de dichas casas ú honores, sin quitar la servidumbre que antes existía, ésta permanece íntegra y se debe como antes.

Nos parece más científico el Derecho romano que el Código, mejor que esa doctrina del Tribunal Supremo, aquél, en respeto á la libertad de la finca, no admite presunciones tratándose del restablecimiento de servidumbres extinguidas por confusión de derechos, y es que, lo mismo en el Digesto que en las Costumbres de Tortosa palpita el espíritu que informó la antigua ley *Scritoria*.

En Navarra, al igual que en Cataluña, son aplicables las citadas leyes del Derecho romano. En los otros territorios aforados, puesto que el suyo que no contiene disposición sobre esto, es de aplicación el Código.

Es otra causa extintiva el no uso durante veinte años; este término principiará á contarse desde el día en que hubiera dejado de usarse la servidumbre respecto de las descontínuas; y desde el día en que haya tenido lugar un acto contrario á la servidumbre, respecto á las contínuas (n.º 2.º, art. 546 del Código). El no uso es la pereza en el disfrute de la servidumbre de que habla la ley 16, título 31, Part. 3.ª, del cual trató, considerándolo también como causa de pérdida de ese gravámen, el emperador Justiniano (ley 14, princ. Cod. DE SERV. ET AQUED., cuando dice QUI ENIM IN TAM LONGO PROLIHQVE SPATIO SUUM JUS MINIME COUSECUTOS EST, SERA PENITENTIA AD PRISTINAM SERVITUTEM REVERTI DESIDERAT.

En Cataluña, á excepción de Tortosa, se extingue la servidumbre, según el Usatge OMNES CAUSÆ, por el no uso durante treinta años, cualquiera que sea su clase, y en orden á como debe contarse ese tiempo, es aplicable allí lo dispuesto en el art. 246 del Código civil.

Según dicha rúbrica de Tortosa, cuando se halla establecida

servidumbre en alguna cosa y su dueño no la usara ó no la quisiera, ó no pudiera usarla en cualquier tiempo que quiera hacer uso, puede verificarlo sin ningún impedimento, pues no le daña el tiempo por largo que sea, ni ninguna prescripción.

Es mucho más científico el Código que la ley de Partidas, que distinguía entre servidumbres urbanas y rústicas, y estas últimas en continuas y discontinuas; basta que transcurran veinte años sin hacer uso de la servidumbre para que se extinga por la prescripción; y respecto á cómo debe contarse este tiempo, exigiendo, como supuesto, el llamado acto obstativo, este requisito, tratándose de servidumbres urbanas ya lo exigió la jurisprudencia del Supremo, entre cuyas sentencias podemos citar las de 14 de Mayo de 1861, 17 de Junio de 1862 y 13 Julio 1878. Según el Código, tratándose de servidumbres continuas lo mismo urbanas que rústicas, el plazo de veinte años para que prescriban por el no uso, ha de contarse desde que tenga lugar ese acto. Esto es aplicable á los territorios aforados, siendo de significar que, como en Navarra rige el Derecho romano, cuya cita hemos hecho, debe acudirse á él en punto al tiempo para extinguirse por el no uso las servidumbres. Ya la ley 6.^a Dig. DE SERVIT. PRAED. URB. exigió el hecho obstativo para prescribir por el no uso las servidumbres negativas.

Es otra causa extintiva que los predios vengán á tal estado que no pueda usarse de ese gravamen; pero éste revivirá si después aquellos lo permitieran usar, á no ser que, cuando sea posible el uso, haya transcurrido el tiempo suficiente para la prescripción, ó sea el de veinte años.

El Derecho romano, (ley 34, tít. 3.^o, lib. 8, Dig.) también registra esta causa, porque la imposibilidad física de servir la cosa hace que falte ya objeto á la servidumbre, pues en tanto se establece, en cuanto ha de ser útil al predio dominante ó á las personas individuales ó en comunidad á cuyo favor fué establecida.

También se extingue la servidumbre por llegar el día ó realizarse la condición si fuera temporal ó condicional. Esta causa es distinta de la expresada en la ley 11 Dig. CUEMAT. SERVIT. AMIT. ó sea por extinción del derecho de aquel que la concedió sobre el predio sirviente, cuando esto proviene de motivo anterior á la concesión, por exigirlo el principio RESOLUTUS JURIS CONCEDENDIS, RESOLVITUR JUS CONCESUM.

Es otra causa extintiva la renuncia del dueño del predio dominante, pero se entiende que ha de ser sin perjuicio de tercero;

precedentes de esto los tenemos en la ley 14, tít. 1.º lib. 8 del Digesto.

Por último; es otra causa la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del sirviente. La redención constituye una forma de enajenación y solo pueden hacerla los que tienen la libre disposición de sus bienes, ó no teniéndola, su capacidad de obrar es suplida ó completada por las personas llamadas por la ley.

El art. 548, siguiendo el precedente establecido en las leyes 10 tít. 6.º, lib. 8.º y 5.º, tít. 20, lib. 43 del Digesto, dispone que la forma de prestar la servidumbre puede prescribirse como ésta y de la misma manera. Si el predio dominante perteneciere á varios en común, el uso de la servidumbre hecho por uno impide la prescripción respecto de los demás. Precedentes de esta disposición los tenemos en la ley 10, tít. 6.º, lib. 8.º del Digesto.

Según la Ordenación 42 de Sanctacilia, cap. 1.º, la servidumbre de arrojar las aguas pluviales sobre el terreno de un vecino queda extinguida luego que, edificando, se hayan quitado las canales que las arrojaban. De conformidad con las Ord. 51 y 64, el derecho de tener claraboyas abiertas sobre la propiedad del vecino, adquirido por prescripción, se pierde luego de haberlas cerrado el que las tenía abiertas.

De las servidumbres legales

Son las que impone la ley, y tienen por objeto la utilidad pública ó el interés de los particulares. Las disposiciones relativas á las primeras tienen carácter general, por lo mismo que su establecimiento se funda en la utilidad común. Se hallan reguladas por las leyes de Aguas, de Minas, de Puertos, por el Reglamento de 7 de Octubre de 1904 sobre servidumbre forzosa de paso de corrientes eléctricas, leyes de Ferrocarriles, carreteras, etc. que obligan á todos los territorios, sirviendo el Código de aplicación complementaria. No así ocurre con las servidumbres que impone la ley en interés de los particulares ó por causa de utilidad privada; se rigen por las disposiciones del Código, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales ó locales sobre policía urbana y rural. Estas servidumbres podrán ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohíba la ley, ni resulte perjuicio á tercero.

Los territorios aforados perdieron con decretos de Reyes (Ara-

gón, Cataluña y Baleares) y leyes de Cortes (Navarra y Vizcaya) su facultad legislativa, y aún cuando en España no se ha llegado á la autonomía local, los municipios, por prescripción de la ley Municipal, pueden hacerse sus ordenanzas sobre policía urbana ó rural. Aprobadas por los gobernadores tienen carácter obligatorio; y como esa ley Municipal del año 1877 es de general cumplimiento, resulta que tales ordenanzas pueden excluir y dejar sin valor disposiciones forales que no se hallen ya en armonía con las necesidades de estos tiempos. Esto dice solamente á lo que es de carácter administrativo, no á la naturaleza civil del derecho, puesto que los territorios aforados lo conservan ó deben conservarlo en su integridad por respeto al art. 12 del Código.

Servidumbres en materia de aguas

Lo dispuesto en la sección 2.^a cap. 2.^o tít. 2.^o libro 7.^o de dicho cuerpo legal, referente á las servidumbres en materia de aguas, está tomado de la ley de este nombre de 13 de Junio de 1879 (arts. 35, 36, 69 á 74, 112 y siguientes y 226 de la misma, y por corresponder su estudio á una ley administrativa dejamos de comentarlo; no obstante diremos que, según el Derecho de Tortosa (rub. 11.^a, libro 3.^o), cualquiera puede aprovechar el agua que sale de un predio, pero no mientras permanece en él, con tal que no cause perjuicio á tercero, y que el agua que mana de fuente ó río debe ser repartida según los predios y la cantidad de los que han de regarse, si alguno no mostrare tener mejor derecho que los otros, sin que se cause perjuicio á los vecinos. No vemos que esto que separe del art. 572 del Código, preceptivo, por exigirlo la subordinación de predios, que los inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente y sin obra del hombre descienden de los predios superiores, así como la tierra ó piedra que arrastren en su curso, y que ni el dueño del predio inferior puede hacer obras que impidan esta servidumbre, ni el del superior ejecutar obras que la agraven, lo cual es muy acertado por tratarse de una servidumbre natural cuya existencia no debe hacerse gravosa por actos del hombre. Dispone la Ordenación 48 de Sanctacilia, que las inundaciones de agua que van de un predio á otro no tienen enmienda, y que las márgenes son del predio superior.

Por exigirlo la utilidad pública, las riberas de los ríos, aún

cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes en una zona de tres metros á la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, pesca y salvamento. Los predios contiguos á las riberas de los ríos navegables y flotables están, además, sujetos á la servidumbre de camino de sirga para servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial, cuyo camino tiene la anchura de dos metros, si es para el tránsito de personas, y de cuatro si es para el de caballerías. Si fuera necesario ocupar, para ello, terrenos de propiedad particular, procederá la correspondiente indemnización.

El art. 533 es de aplicación general, lo mismo que el art. 554, preceptivo, tratándose de la servidumbre de estribo de presa, de que cuando para derivación ó tomas de agua de un río ó arroyo ó para el aprovechamiento de otras corrientes continuas ó discontinuas fuere necesario establecer aquélla, y el que haya de hacerlo no sea dueño de las riberas ó terrenos en que necesite apoyarla, podrá establecer ese gravamen previa la indemnización correspondiente.

La servidumbre de saca de agua y abrevadero puede ser de interés público ó de interés particular. Su establecimiento únicamente es forzoso si es en favor de alguna población ó caserío, previa la correspondiente indemnización. Establecidas esas servidumbres, llevan consigo la obligación en los predios sirvientes de dar paso á personas y ganados hasta el punto donde hayan de utilizarse las aguas, debiendo ser extensiva la indemnización á este servicio.

Según el Derecho de Tortosa, la servidumbre de sacar agua de un pozo ó fuente lleva consigo la carrera ó senda para ir y venir (rúbrica 11, libro 3.º) en la cual se añade que esa servidumbre no se pierde por el no uso durante treinta años, si durante ese tiempo faltase el agua, pues volverá á recobrase cuando mane de nuevo, prescripción aplicable á otros casos análogos.

Respecto de la servidumbre de acueducto, que para los efectos legales tiene las cualidades de continua y aparente, aun cuando no sea constante el paso del agua, ó su uso dependa de las necesidades del predio dominante ó de un turno establecido por días ó por horas (art. 561), prescribe el 557 que todo el que quiera servirse del agua de que puede disponer para una finca suya tiene derecho á hacerla pasar por los predios intermedios con obligación de indemnizar á sus dueños, como también á los de los predios inferiores sobre los que se filtren ó caigan las aguas.

La Ordin. 9.^a de Sanctacilia, que concuerda, en principio, con dicho artículo del Código, prescribe que «si alguno habrá (*haurá*) de dar paso á agua para conducirla á algunas heredades debe dejar espacio ó carrera de dos palmos y medio de destre (destre es la *cana* antigua de Barcelona que tiene 2'80 mets.), además de la acequia ó reguera por donde dicha agua pasará». En la Ordin. 56 se dice que en los predios lindantes con riera seca, que no corra el agua todo el año se puede construir cerca, no estrechando el paso de aquella, y añade la del número 57, que cualquiera que conduzca agua por el pié de la pared de su vecino para regar algunas heredades, debe hacer una hilada de piedra y mortero al lado de la pared por donde el agua discurra, y más alta que ésta, de modo que aquella no se pueda destruir.

Según la rúb. 11, libro 3.^o de las Costumbres de Tortosa, si alguno da derecho de paso (carrera) ó de acueducto á otro, sin designarle el sitio por donde la ha de tener, todo el predio sirviente queda obligado hasta que su dueño le señale lugar conveniente y, en el interín, el dueño del predio dominante podrá pasar y conducir el agua por donde quiera; esta servidumbre de acueducto lleva consigo la de carrera ó senda para seguir el agua y limpiar la acequia; cuanto de ésta se saque en la monda ha de ponerse en los bordes ó cajeros de la acequia.

En Aragón, el derecho de conducir el agua por el predio ajeno puede ejercerse sin otra limitación que la de no causar daño al poseedor del terreno sirviente (Ob. 1.^a DE AQUA PLUVIALE ARCENDA), y según la Ob. 1.^a DE FINIUM REGUNDORUM, destruida una acequia ó azud existente en predio ajeno, si fueren antiguos podrán reconstruirse, aunque no conste el título de servidumbre, pero no si fueren modernos. Cuando no pudieran construirse de nuevo en el punto primitivo podrán trasladarse la acequia ó azud á otro sitio, previo reintegro del valor del terreno que se ocupe para la construcción de la acequia, aún contra la voluntad de su propietario (Ob. 9 DE AQUA PLUVIALE ARC.)

El derecho á exigir la constitución de la servidumbre de acueducto en interés privado lo condiciona el art. 558, exigiendo que quien lo pretenda justifique que puede disponer del agua en cantidad suficiente para el uso á que la destina; demuestre que el paso que solicita es el más conveniente y menos oneroso para tercero, y que indemnice al dueño del predio sirviente en la forma que se determine por las leyes y reglamentos. En la constitución de esta servidumbre

se ha de instruir el expediente prevenido por la ley de Aguas, de general cumplimiento.

Aunque, por exigirlo el fomento de la Agricultura se ha dado carácter forzoso á la servidumbre de acueducto, el Legislador ha respetado otros intereses, y por esto se prescribe que no podrá imponerse para objeto de interés privado sobre edificios, ni sus patios ó dependencias, ni sobre jardines ó huertas ya existentes, precepto que corresponde al art. 83 de la ley de Aguas. De manera que sí que puede establecerse ese gravamen sobre lo exceptuado en el texto si el objeto es de interés general.

La servidumbre de acueducto no obsta para que el dueño del predio sirviente lo cierre y cerque, ó edifique sobre aquél de manera que no lo perjudique, ni imposibilite sus reparaciones y limpiezas necesarias (art. 560).

El Legislador concilia los intereses de los dueños de los predios sirviente y dominante.

Respecto de la servidumbre de parada ó partididor, que es distinta de la de estriba ó presa, dispone el art. 562, que el que para dar riego á su heredad ó mejorarla necesite construir parada ó partididor en el cauce por donde haya de recibir el agua, podrá exigir que los dueños de las márgenes permitan su construcción, previo abono de daños y perjuicios, incluso los que se originen de la nueva servidumbre á dichos dueños y á los demás regantes. Este precepto es también de aplicación general, puesto que está tomado del art. 105 de la ley de Aguas, informado en el motivo de favorecer á la Agricultura.

Servidumbres de paso

Para que tengan carácter forzoso es condición precisa que una finca ó heredad se halle enclavada entre otras ajenas al dueño de aquélla, y que no tenga salida á camino público. La necesidad es el fundamento de esta servidumbre; si se constituye de manera que su uso puede ser continuo para todas las necesidades del predio dominante, lo cual impone el establecimiento de una vía permanente, el propietario de la finca sin salida debe satisfacer, por vía de indemnización, al propietario del predio por donde se dé el paso, el importe del valor del terreno que se ocupe y el de los perjuicios que se causen al predio sirviente.

Parece que el establecimiento de esta servidumbre representa la

compra forzosa del terreno que comprende la vía, cuyo valor se paga, con más la indemnización de perjuicios; sin embargo, tal adquisición no hace perder al gravamen su carácter, como veremos.

No ocurre esto cuando la servidumbre se limita al paso necesario para el cultivo de la finca enclavada entre otras y para la extracción de sus cosechas á través del predio sirviente sin vía permanente, pues no hay tal abono del terreno, sino tan solo de la indemnización de perjuicios.

Existiendo vía permanente, la servidumbre de paso es continua, pero cuando se limita á dar entrada en la finca para su cultivo y extracción de las cosechas á través del predio sirviente, la servidumbre es discontinua.

El Derecho romano reguló esta servidumbre, á la que dió los nombres de *ITER*, *ACTUS* y *VIA*. Por el *ITER* ó senda podía uno ir á pie ó á caballo, solo ó acompañado, con tal que no fueran á la par; por la carrera ó *ACTUS* podía ir uno con carretas, y por la *VIA* podía ir uno solo ó acompañado á pie ó á caballo, arrastrar piedras, carretas, maderas, etc., (leyes 1.^a, 8.^a y 13 Dig. DE SERVIT. PRAED. RUSTIC.) Esta última dispone que, en los caminos para el solo paso de hombres y en los de herradura, se fijará su extensión por peritos, á falta de pactos que la determinen. Se ha dicho que, según costumbre, la senda (*EUNDI GRATIA*) tiene la anchura de dos pies; la carrera (*AGENDI GRATIA*) cuatro, y mayor anchura la vía; en esta última, según dispone dicha ley 8.^a, la anchura es de ocho pies (2'36 metros) en lo recto y de 16 donde haya recodo.

Según la rúb. 57 de las Cost. de Gerona, si un fundo debe á otro la servidumbre de paso ó de conducir sus frutos, no se pueden llevar por allí los de otro predio comprado después.

Prescribe la rúb. 11.^a, lib. 3.^o de las Cost. de Tortosa, que nadie puede pasar por predio de otro; que debe darse paso al que carece de él para ir á su predio, á menos que sea por su voluntad, ó que lo pretenda, para poner en estado de cultivo, montañas ó carrascales, y que cuando los caminos públicos se estropeen por la fuerza de las lluvias ó de las avenidas de ríos ó torrentes, los vecinos fronteros deben repararlos y, en otro caso, los transeuntes pueden pasar por las propiedades de dichos vecinos.

En Aragón, según dispone el Fuero 3.^o DE CONSORT. EJUSDEM REI, si los propietarios de tierras contiguas á una viña ó huerta hacen plantaciones que cierren por todos lados el paso é impidan la extracción de frutos, el dueño podrá exigir que le dejen paso por el

punto más próximo á la vía pública y por donde lo tuviera antes, y, en su defecto, por el margen de las acequias de riego. No se da este derecho cuando la viña ó huerto están separados de la vía pública solo por la acequia.

Según la ley 110, capítulo 12 de las Cortes de Navarra de 1817 y 1818, constituída la servidumbre de paso sobre una heredad, el dueño de ésta puede cerrarla, prestando aquélla por otro punto de la finca, aunque sea por un extremo, á condición de que no cause perjuicio ó molestia considerable al público ó á los particulares interesados. Dispone el cap. 4.º, tít. 7.º, lib. 5.º del Fuero, que no existiendo camino para una heredad y negándose á facilitarlos los propietarios colindantes, el dueño de aquélla podrá desde la misma dar voces llamando gente, y por donde viniese el primer hombre, por aquel lugar debe tener camino.

A juzgar por esas leyes de Navarra, la servidumbre de paso de que tratan, es la de carácter voluntario; pero como allí rige como supletorio el Derecho romano, á sus citadas disposiciones hay que acudir.

Prescribe la ley 3.ª, tít. 26 del Fuero de Vizcaya, que cuando falta camino practicable, se establece con carácter obligatorio y temporal la servidumbre para conducir los materiales de cualquiera construcción. Estatuye la ley 8.ª, tít. 34 del Fuero, que es libre el paso á pié por heredad ajena aunque esté cerrada ó amojonada; pasando con caballería herrada ó con carro contra la voluntad del propietario se incurre en multa; la mitad para el dueño perjudicado, con más el daño y el interés, y la otra para las reparaciones de los caminos de la comarca. Entrando en la heredad ajena prohibiéndolo el propietario, quien tal haga abonará doble del daño y además la multa.

Según costumbre, para evitar la entrada de los ganados en las heredades cerradas, se coloca en las cercas de esta una especie de escalera por donde pueden penetrar las personas.

La servidumbre de paso es antiquísima. Según unos escritores la introdujo el Emperador Antonino en favor del que no tenía camino por donde ir á visitar la tumba de sus padres, no faltando quien supone que data de mucho más antiguo, de cuyo sentir participamos, porque si su fundamento es la necesidad, allí donde ésta haya existido, por uso ó por costumbre se habrá establecido el derecho de paso. Este debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente, y en cuanto sea conciliable con esta regla, por

donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público (art. 565 del Código), que, por no pugnar con el Derecho foral, lo completa; añadiendo el 566 que la anchura de la servidumbre de paso será la que baste á las necesidades del predio dominante. De manera que el Legislador no sigue al Derecho antiguo que señalaba la anchura del paso, unicamente el de la vía que era la de ocho pies en línea recta, y 16 en las curvas, lo mismo que hizo la Legislación romana, sino que lo deja á la apreciación de los Tribunales, según sean las necesidades del predio dominante.

Si adquirida una finca por venta, permuta ó partición quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante ó copartícipe, éstos están obligados á darle paso sin indemnización, salvo prueba en contrario (art. 557 del Código civil). Esta servidumbre, cuando se establecía con motivo de división de herencia ó de cosa común, á virtud de juicio, llamábase judicial en la nomenclatura antigua; hoy es legal, y, por tanto, forzosa, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en Sent. de 10 de Junio de 1904, servidumbre que no se refiere al camino que debe dejarse para el uso común de los varios dueños de una finca indivisa (Sent. de 6 de Julio de 1897), y no excluye la de carácter voluntario que los vecinos de las propiedades establezcan en la extensión y anchura que tengan por conveniente fijar, ora con carácter permanente, ora con carácter temporal.

Si el paso concedido á una finca enclavada, deja de ser necesario por haberla reunido su dueño á otra que esté contigua al camino público, el dueño del predio sirviente podrá pedir que se extinga aquélla, devolviendo lo que hubiese recibido como indemnización. Lo mismo se entenderá en el caso de abrirse un nuevo camino que dé acceso á la finca enclavada.

Lo dispuesto en el art. 568 se aplica lo mismo á la servidumbre de vía permanente que á la de uso temporal, pues en donde la ley no distingue no es lícito distinguir, y menos en este caso en que el fundamento del art. 568, comprende por igual á ambas formas de ese gravamen; pero ocurre que el Legislador solo concede al dueño del predio dominante, por extinción de la servidumbre, el derecho á que se le devuelva lo que hubiera entregado al dueño del predio sirviente, por indemnización, y no dice que reintegre el valor del terreno ocupado, tal como aparece escrito el § 2.º del art. 564. Parece nos que esto no pasa de ser una omisión baladí. Bajo la palabra «indemnización», y puesto que no la subsigue la de «perjuicios», debe entenderse todo cuanto el dueño del predio sirviente hubiese

recibido, sea cual fuese la servidumbre de paso. Ese art. 568 da carácter de verdadera servidumbre á la de vía permanente, porque, si constituyese una expropiación forzosa del terreno, atribuyendo propiedad absoluta al dueño del predio dominante respecto de lo que ocupe la vía, no cabría esa forma extintiva á que el precepto se refiere, ni menos, como secuela, la devolución, al dueño del predio sirviente, de la faja de campo ocupada, contra reintegro de lo que hubiese recibido por indemnización. Es de añadir que todo este discurso se refiere á la servidumbre de paso forzosa, no á la de carácter voluntario.

Si fuere indispensable, para construir ó reparar algún edificio, pasar materiales por predio ajeno ó colocar en él andamios ú otros objetos para la obra, el dueño de este predio está obligado á consentirlo, recibiendo la indemnización correspondiente. Esta servidumbre es circunstancial y descansa, no en el concepto de necesidad, sino en el de indispensabilidad, en interés de la edificación, lo mismo en los caseríos que en el campo, pues la ley no distingue; basta que la construcción ó reparación del edificio exija el paso del material ó la colocación de andamios ú otros objetos en predio ajeno, por requerirlo la obra, para que proceda aquélla.

Según la Ordenación 10 de Sanctacilia, nadie puede alegar posesión de treinta años de cosa que haga paso á albergue ó á casas de su vecino, ya sean de tapias, ya de ladrillo, ni gane posesión de lo que sirva de paso.

Servidumbre de paso para ganados

Las servidumbres existentes de paso para ganados, conocidas con los nombres de cañada, cordel, vereda ó cualquiera otra, y las de abrevadero, descansadero y majada, se regirán por las ordenanzas y reglamentos del ramo y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar.

Sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos, la cañada no podrá exceder, en todo caso, de la anchura de 75 metros, el cordel de 37 metros 50 centímetros y la vereda de 20 metros.

Cuando sea necesario establecer la servidumbre forzosa de paso ó la de abrevadero para ganados, se observará lo dispuesto en este capítulo y en los arts. 555 y 566 del Código civil. En este caso la anchura no podrá exceder de diez metros.

Los romanos conocieron la servidumbre de abrevadero llamada por *PECULIS AQUAM APPULSUS* y la de abrevadero con el nombre de *PASCENDI*.

Las servidumbres pecuarias se hallan encomendadas al cuidado y vigilancia de la Asociación de ganaderos, que tiene carácter permanente; el conocimiento de las cuestiones de existencia ó inexistencia de dichas servidumbres corresponde á la Administración (R. D. de comp. de 22 de Agosto de 1891). El mantenimiento administrativo de esta servidumbre es distinto de su declaración, que á los Tribunales del orden civil corresponde, cuando no se ha hecho uso de ella durante año y día.

Son cosas distintas la servidumbre pecuaria y la de paso por una cañada ó cabañera con caballerías ó carruajes, y no porque hayan signos aparentes de esta última, como carriles ú otras huellas, se ha de suponer que tal gravamen existe sobre la finca (Sent. 23 de Noviembre de 1906).

De la servidumbre de medianería

El sistema moderno de urbanización es muy distinto del antiguo y del que hubo durante el feudalismo. Antaño se procuraba que las casas no estuviesen unidas, en tanto que al presente, el desenvolvimiento comercial y social, y el gran valor de los terrenos en las ciudades obliga á la aglomeración de las construcciones, especialmente en las urbes populosas, no manteniéndose la independencia y el aislamiento de las casas solariegas, diseminadas en los dominios de cada señor ó sembradas en los amplios perímetros que abarcaban los pueblos.

El Derecho romano no conoció la servidumbre de medianería, pues la ley de las XII tablas vedó la unión de los edificios y marcó el área de cada predio urbano, que, por solemne ritualismo religioso familiar, se consagraba al culto de los dioses Lares. Esa distancia llamada *ambitus* era de dos pies y medio de anchura por lo menos, entre edificio y edificio. Aquella ley decenviral señaló el perímetro que había de ocupar el recinto dedicado al culto religioso; la costumbre en la anchura de la faja entre edificio y edificio se conservó insensiblemente y fué elevada á precepto por Justiniano. Apenas si la ley de Partidas se ocupó de la servidumbre de medianería.

Régese ésta por las disposiciones del tít. 7.º lib. 2.º del Código

civil y por las Ordenanzas y usos locales, en cuanto no se opongan á él ó no esté prevenido en el mismo, lo cual no se opone á que pueda establecerse la medianería sobre la base y reconocimiento previo de la propiedad exclusiva de la pared divisoria en favor de quien, por verdadera expropiación, tenga que sufrirla en lo sucesivo cuando llegue el momento de construir la finca contigua que la haga necesaria (Sent. 12 Enero de 1906).

El establecimiento de la servidumbre de medianería es de dos clases: expreso y presunto; este último, mientras no haya un título ó signo exterior ó prueba en contrario; presunción fundada en el interés social de facilitar la urbanización. Se presume establecida: 1.º En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación, porque esto es lo que ordinariamente sucede, siendo de creer que los dueños de los dos solares colindantes han contribuido á la construcción de la pared ó que el uno ha satisfecho al otro su parte correspondiente en esa copropiedad SUI GENERIS, evitándose los gastos de hacer dos muros adosados, cada uno el suyo, con lo que perderían terreno, aparte de que, apoyado el cargamento en uno solo, tienen las casas la solidez requerida; y 2.º En las paredes divisorias de los jardines ó corrales sitios en poblado ó en el campo, y 3.º En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos (art. 572), siendo de consignar que según Sent. de 8 de Noviembre de 1895, no infringe ese artículo ni los cuatro siguientes del Código, la sentencia que absuelve de la demanda en que se solicita la reconstrucción de una medianería, si funda la absolución en el estado ruinoso de aquélla y en que ambas fincas estaban denunciadas por la Autoridad local (Sent. 8 de Noviembre de 1895).

Se entiende que hay signo exterior, contrario á la servidumbre de medianería: 1.º Cuando en las paredes divisorias de los edificios haya ventanas ó huecos abiertos, precisamente porque esta servidumbre es incompatible con la existencia de tales signos; pero aquellos han de estar *abiertos*. 2.º Cuando la pared divisoria esté por un lado recta ó aplomada en todo su paramento y por el otro presente lo mismo en la parte superior, teniendo en la inferior RELLEX ó RETALLOS. Estos indican que desde el punto donde se disminuyó el grueso de la pared se elevó ésta á costa del propietario cuyo es el predio donde se construyó; de manera que la medianería llega hasta la altura en donde se encuentre el rellex. 3.º Cuando resulte construida toda la pared sobre el terreno de una de las fincas y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas; otra cosa

equivaldría á que un propietario se enriqueciera con perjuicio del colindante que pretendiese apoyar su edificación en la pared que nada le había costado. 4.º Cuando sufra las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas y no de la contigua; esto se conoce examinando la estructura del muro; si la pared fuese medianera se opondría el colindante á que se ocupara el espesor de ella, no quedando trecho para las carreras, pisos y armaduras de la suya. 5.º Cuando la pared divisoria entre patios, jardines y heredades esté construida de modo que la albardilla vierta hacia una de las propiedades, pues lo ordinario es que cuando dicho muro se construye á expensas de los dos propietarios colindantes, tiene una arista en el centro que permite verter las aguas por ambos costados. 6.º Cuando la pared divisoria, construida de mampostería, presente piedras llamadas pasaderas que, de distancia en distancia, salgan fuera de la superficie, solo por un costado y no por el otro, porque esas estribaciones ó salientes en esa forma dan á entender que la construcción se verifica por un solo propietario y que en la nueva no debe separarse su constructor de la línea de esos signos, no haciendo ningún género de enlace, pues tales piedras en el paramento de un edificio se destinan exclusivamente al atizonado con otros muros que, al elevarlo, se pensó que podría construirse el contiguo, y 7.º Cuando las heredades contiguas á otras, defendidas por vallados ó setos vivos no se hallan cerradas; esta circunstancia hace que no se presuma la medianería y que, por el contrario, pertenece al predio el vallado ó seto que las cierra por todas sus partes.

En todos esos casos, tomados de la Legislación catalana y de las enseñanzas de varias obras de Arquitectura legal, la propiedad de las paredes, vallados ó setos, se entenderá que pertenece exclusivamente al dueño de la finca ó heredad, viniendo á ser tales signos títulos mudos, pero con la suficiente elocuencia para señalar que no existe semejante servidumbre, bien entendido que, si faltan ó no media prueba en contrario, y en oposición al clásico y secular principio de libertad del inmueble, se considerará establecida la medianería, en tributo al interés social de la urbanización.

Las zanjas ó acequias abiertas entre las heredades también se presumen medianeras si no hay título ó signo que demuestre lo contrario; presunción que se funda en el interés de la Agricultura. Pero hay signo contrario á la medianería cuando la tierra ó broza sacada para abrir la zanja ó para su limpia se halla en un solo lado, en cuyo caso la propiedad de la zanja pertenecerá exclusivamente al

dueño de la heredad que tenga á su favor este signo exterior. Esto, que es lo prescrito en el art. 574, resulta soberanamente justo, porque si la acequia fuese medianera no permitiría el dueño de la finca colindante con ella que el vecino pusiera al lado de la suya la tierra ó broza sacada en la limpia, y puesto que soporta este daño, natural es que se le reconozca la propiedad exclusiva de aquélla.

La reparación y construcción de las paredes medianeras y el mantenimiento de los vallados, setos vivos, zanjas y acequias, también medianeras se costeará por todos los dueños de las fincas que tengan á su favor la medianera, en proporción al derecho de cada uno. Sin embargo, todo propietario puede dispensarse de contribuir á esta carga, renunciando á la medianería, salvo el caso en que la pared medianera sostenga un edificio suyo. Así lo dispone el artículo 576, que se enlaza con el 395 y pone de relieve el carácter de comunidad en esa pared, de cuya situación puede salir el medianero en estos dos casos: mediante renuncia de su derecho, si su edificio no carga en ella ó, si cargando, lo derriba, pues entonces, como ya no lo sostiene, no tiene porqué contribuir á tales gastos. Claro está que esa renuncia no ha de perjudicar á tercero, es decir, á los medianeros, según jurisprudencia del Tribunal Supremo y lo prescrito en la Legislación foral (Véase art. 4.º del Código civil).

Si el propietario de un edificio que se apoya en una pared medianera quisiera derribarlo, podrá igualmente renunciar á la medianería (esto confirma lo anteriormente dicho), pero serán de su cuenta todas las reparaciones y obras necesarias para evitar, por aquella vez solamente, los daños que el derribo pueda ocasionar á la pared medianera. El artículo 576 tiene sus precedentes en la Legislación catalana.

Todo propietario puede alzar la pared medianera, haciéndolo á sus expensas é indemnizando los perjuicios que se ocasionen con la obra, aunque sean temporales. Serán igualmente de su cuenta los gastos de conservación de la pared en lo que ésta se haya levantado ó profundizado sus cimientos respecto de como estaba antes, y además la indemnización de los mayores gastos que haya que hacer para la conservación de la pared medianera por razón de la mayor altura ó profundidad que se le haya dado. Si la pared medianera no pudiese resistir mayor elevación, el propietario que quiera levantarla tendrá obligación de reconstruirla á su costa; y, si para ello fuere necesario darle mayor espesor, deberá dárselo su propio dueño.

El derecho á alzar la pared medianera es consecuencia del de

copropiedad en la misma; pero en tanto puede hacerse uso de él, en cuanto se indemnizen los perjuicios indefinidos ó temporales que la obra ocasione. Ese propietario, á cuyas expensas se ha de hacer la elevación, tiene que sufragar los gastos de conservación de la pared en lo que ésta se haya levantado ó profundizado sus cimientos respecto de como estaba antes, por lo mismo que le trae beneficio y, además, tiene que indemnizar los mayores gastos que tal conservación exija por la mayor altura ó profundidad que le haya dado, todo lo cual se informa en un principio de equidad; y si la pared medianera no pudiese resistir la mayor elevación, de lo cual no tienen culpa los propietarios que no edifican, quien quiera levantarla viene obligado á reconstruirla á su costa, ya que se ha dado el gusto ó ha entrado en su interés el hacerlo; y si para ello fuere necesario darle mayor espesor, claro está que, á juicio pericial, no ha de cercenar el predio ajeno sino que deberá darlo de su propio suelo. Es de citar la Sent. de 22 de Noviembre de 1898, de que, supuesta la igualdad de derechos de ambos medianeros sobre un muro, los gastos de consolidación ó reconstrucción de la medianería deben ser sufragados por ambos.

Los demás propietarios que no hayan contribuido á dar mayor elevación, profundidad ó espesor á la pared, podrán, sin embargo, adquirir en ella los derechos de medianería, pagando proporcionalmente el importe de la obra y la mitad del valor del terreno sobre el que se le hubiese dado mayor espesor. Esto, que se halla prescrito en el art. 578, tiene por fundamento que, habiendo copropiedad en la parte de pared levantada y en el suelo sobre que descansa, el dueño del predio colindante debe adquirir también derecho en la elevación del muro, contribuyendo á los gastos.

En donde se pone más de relieve esa comunidad SUI GENERIS de la pared medianera—y decimos SUI GENERIS porque no permite división material—es en el art. 579, ordenatorio de que cada propietario podrá usar de aquélla en proporción al derecho que tenga en la comunidad, y podrá, por lo tanto, edificar, apoyando su obra en el muro medianero ó introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros. Para usar de ese derecho ha de obtener previamente el consentimiento de los demás interesados en la medianería, porque pudiera perjudicarles invadiendo el grueso de la pared, que es de aquéllos, ó atentar contra su solidez con el apoyo de la obra; en el caso de que no obtenga el consentimiento, se fijarán por peritos

las condiciones necesarias para que no se perjudiquen los derechos de aquéllos, siendo de citar la Sent. de 8 de Noviembre de 1895, de que no obró con mala fe quien, creído de que era el único dueño la persona de la cual obtuvo el consentimiento, hizo las obras sin el propósito de lesionar los derechos del copropietario, cuya existencia hasta desconocía.

El art. 580 del Código se halla indebidamente colocado en la sección 5.^a, donde se trata de la servidumbre de luces y vistas. Prescribe que ningún medianero puede, sin consentimiento del otro, abrir en pared medianera ventana ni hueco alguno. Fúndase esta prohibición en que sobre la pared medianera no se tiene posesión excluyente, y, por tanto, su mantenimiento y defensa no es materia interdical y sí del juicio declarativo.

CATALUÑA

Mitigera

Las paredes que separan edificios contiguos se cimentan por mitad en los solares de ambos (costumbre); cuando no se construyen á la vez las dos casas inmediatas, el que levanta la primera lo hace ocupando en esa proporción ambos solares á su costa exclusiva y con el permiso del dueño inmediato (costumbre); cuando éste levante la edificación deberá abonar al primero la mitad del coste de la pared mediera, á no ser que medie convenio que le autorice para ello (Or. 1.^a, parte 1.^a, y Privilegio RECOG. PROC., cap. 59). Si la pared medianera, antes construída, no fuere bastante para soportar el peso de la nueva edificación, podrá el dueño de ésta destruirla y deberá aquél volver á levantarla con las condiciones necesarias (Ord. 13, part. 1.^a) Las nuevas edificaciones pueden juntarse á la pared medianera anteriormente edificada y por tal, hasta entonces debe ser exclusiva propiedad del edificante, siempre que no exista hueco de luces adquirido por prescripción de treinta años ó por escritura pública, en cuyo caso deberá dejar enfrente de dicho hueco un espacio ó patio de cuatro palmos de destre en cuadro (*androna*) (Ors. 1.^a, 2.^a y 39, parte 1.^a, RECOG. PROC. cap. 58). Ningún medianero puede sin licencia del vecino dirigir aguas por cañerías de barro establecidas en la pared medianera, ni colocar otras de ninguna clase para el paso de aguas limpias ó sucias, no siendo que el otro

medianero las tenga ya establecidas (Or. 6.^a, parte 1.^a) Pueden cruzarse las aguas de fregadero cerca de la pared medianera, construyendo una hilada de piedra y argamasa, con la cual se separe de la pared y de sus cimientos el fregadero y cañería (Ord. 8.^a, part. 1.^a). Solo por una contrapared de piedra y argamasa de palmo y medio de espesor y de un palmo más alta de lo que fuere, de tierra ó inmundicia, puede construirse letrina cerca de pared medianera. (Ordinaciones 13 y 45, y RECOG. PROC., cap. 65). Los hornos de alfarería deberán construirse á tres palmos de *destre* de la pared medianera, levantando á igual distancia otra pared (Ord. 55, part. 1.^a). Los pozos puede iluminarse á dos palmos de *destre* de la pared medianera (Ord. 54), así como los telares montarse á un palmo (Ord. 71, parte 1.^a)

ARAGÓN

Puede construirse horno contiguo á término ajeno, aún sin consentimiento del dueño de éste, con tal que se efectúe en terreno propio (Ob. 37 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS).

ZARAGOZA

La tapia que se construye entre dos heredades por convenio de los dueños, se levantará en la margen intermedia, con tierra por mitad de una y otra heredad, y á costa de ambos dueños en igual proporción (cap. 125 de los Estatutos y Ordenanzas de Montes, aplicables á la ciudad y huerta de Zaragoza, mandados observar por Real cédula de 22 Mayo de 1772). Los dueños de las heredades colindantes deberán construir de nuevo las tapias caídas sin culpa de ninguno de ellos; pero, si cualquiera de los mismos quisiera mejorar su altura ú otras condiciones, no le será imputable al otro el exceso de coste por tal causa (cap. 126, íd).

Cuando se niegue cualquiera de los dueños á pagar la mitad del coste de la tapia medianera caída, alegando el acuerdo de dejar abierta su heredad, quedará relevado del pago de dicha obra, siempre que se derriben las demás tapias hasta dejarla abierta por todas partes (cap. 129, íd.) El que cerca de tapias su heredad, antes abierta, lindante con otra heredad cerrada, abonará al dueño de ésta la mitad del valor del cerramiento de que se aprovecha (cap. 131,

ídem). Si cayere la tapia ó pared medianera, por haberse mojado al regar la heredad de uno de los dueños, deberá éste reedificarla á su costa (cap. 133, íd.) El que, al construir las tapias, cerrase algún camino existente al lado de sus heredades, si tal camino es antiguo, deberá volverlo á abrir como antes estaba (cap. 184, íd.) Si alguno hiciere huerta dentro de la ciudad, no puede plantar árboles ni parras junto á las paredes de los edificios contiguos, sino que ha de plantarlos á distancia de vara y media de aquéllos, debiendo arrancarse las plantaciones hechas contra esta regla (cap. 199, íd.)

Servidumbres urbanas

Servidumbres de luces y vistas

Entre las servidumbres legales incluye el Código las de luces y vistas; á las primeras el Derecho romano las denominaba LUMINIUM INE LUMINIBUS OFFICIATUR, constituídas por todo rompimiento que se hace en los edificios para alumbrar las habitaciones, y á las segundas, PROSPECTUS y NE PROSPECTUI OFFICIATUR, que son ese mismo rompimiento, con objeto de poder mirar al exterior, sin que puedan arrojarse por él basuras, aguas, ú otra cosa que incomode ó perjudique la propiedad del vecino.

El dueño de una pared no medianera contigua á finca ajena, puede abrir en ella ventanas ó huecos para recibir luces á la altura de las carreras ó inmediatos á los techos y de las dimensiones de 30 cm. en cuadro y, en todo caso, con reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre. Así lo dispone el art. 581. Sin embargo —añade el precepto— el dueño de la finca ó propiedad contigua á la pared en que estuviesen abiertos los huecos podrá cerrarlos si adquiere la medianería y no se hubiera pactado lo contrario; también podrá cubrirlos, edificando en su terreno, ó levantando pared contigua ó la que tenga dicho hueco ó ventana.

La apertura de esos huecos en pared propia no es otra cosa que mera tolerancia; es decir, que por sí no da derecho á adquirir por prescripción esa servidumbre de luces, como se declaró en sentencias de 10 de Mayo de 1844, 29 de Marzo de 1870, 29 de Mayo de 1872, 13 Junio 1877, 10 Mayo 1884, 12 de Noviembre y 16 Diciembre 1889 y 31 de Mayo de 1890. Esa servidumbre es de las llamadas continuas y aparentes, pero como tiene carácter negativo, el tiempo

de posesión para adquirirla por el transcurso de veinte años, se cuenta desde el día en que el dueño del predio dominante prohibió, por un acto formal al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre. Ese hecho es el acto de tratar de cerrar tales huecos por haber ganado la medianería ó de cubrirlos edificando en el terreno, ó levantando pared contigua á la que tengan aquellos, pues en este caso, con semejante acto obstativo se impide á ese dueño vecino el uso de su derecho de propiedad, con la edificación.

No se pueden abrir ventanas con vistas rectas ni balcones ú otros voladizos semejantes sobre la finca del vecino, si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad. Tampoco pueden tenerse vistas de costado ú oblicuas sobre la misma propiedad, si no hay sesenta centímetros de distancia (art. 582).

Esta servidumbre es de las llamadas continuas y aparentes; si no tiene balcones ú otros voladizos es negativa si se abre en pared propia y, de consiguiente, para adquirirla por prescripción se cuenta el tiempo de posesión desde la fecha del acto obstativo á que nos hemos referido; pero si, además de esas ventanas, existen balcones ó voladizos, como quiera que estos ya constituyen una servidumbre llamada PROJICIENDI, puesto que el saliente ó galería se extiende á la propiedad del vecino, constituye entonces una servidumbre positiva, que no requiere, para ganarla, por la posesión de veinte años, el acto formal exigido por el art. 538 del Código. (Véase la jurisprudencia citada al tratar de las servidumbres continuas). La azotea construída en una casa y sobre pared medianera, debe considerarse como balcón á los efectos del art. 582. Este añade que tampoco pueden tenerse vistas de costado ú oblicuas, si no hay sesenta centímetros de distancia.

Entiéndese por vista recta aquella en que el rompimiento de la pared se ha hecho en otra paralela á la línea divisoria de los predios, y mejor, á aquella que, para usarla, no hay que volver la cabeza para mirar el fundo vecino; vista oblicua es el mismo rompimiento en pared que forma ángulo con la línea divisoria, de manera que para mirar el fundo inmediato hay que volver la cabeza. La vista recta puede ser de este nombre ó de registro, según dice Marcial de la Cámara. La primera se extiende á la distancia legal, la segunda goza de mayor extensión, tanta como se pueda alcanzar á ver. Las expresadas distancias se contarán: en las vistas rectas desde la

línea exterior de la pared que no tengan voladizos y desde la línea de éstos, donde los haya, y en las oblicuas desde la línea de separación de las dos propiedades.

El Código ha tenido muy en cuenta, no solo la legislación foral, sino que las obras de arquitectura legal, especialmente la de Calvo Pereira y las Ordenanzas de Madrid de Carlos IV.

Lo dispuesto en el art. 582 acerca de la distancia que debe mediar entre las propiedades para que puedan tenerse vistas rectas u oblicuas no es aplicable á los edificios separados por una vía pública. No dice el Código que la vía sea una calle; puede ser un camino; de donde resulta que las servidumbres de luces y de vistas, lo mismo se pueden tener en las poblaciones que en el campo, para las cuales son aplicables las prescripciones del Código sin distinción alguna en este respecto. Las vías públicas, especialmente las urbanas, tales como las calles, se destinan no solo al tránsito de los vecinos, si que á luces y hermosura de los edificios; por esta circunstancia de decoro de la población no caben las limitaciones impuestas por el Código.

Quando por cualquier título se hubiese adquirido derecho á tener vistas directas, balcones ó miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar á menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada anteriormente (art. 583). Este tiene un sentido general, pues, referido á la palabra título, emplea el pronombre indeterminado «cualquier»; pero hay que determinarlo dentro del Código y por esto importa acudir á lo prescrito en el art. 537, comprendiendo, no solo el título, esto es, el documento intervivos ó por causa de muerte revelador del derecho, si que todo medio por el cual se haya adquirido éste, incluso la prescripción, sin olvidar lo dispuesto en el art. 538.

Por consecuencia de este título, el dueño del predio dominante adquiere, para tener el disfrute de las vistas directas, otra que le es inherente llamada *ALTIUS NON TOLLENDI*; es decir, la que prohíbe al dueño del predio sirviente edificar á menos de tres metros de distancia de la línea exterior de la pared en que no haya voladizos y desde la línea de éstos, donde las haya, tratándose de vistas rectas, y para las oblicuas, desde la línea de separación de las dos propiedades; de manera que el *ALTIUS NON TOLLENDI* solo se limita á esa distancia, á menos que en absoluto se haya establecido esa servidumbre por voluntad de las partes.

CATALUÑA

En pared propia ni común nadie debe hacer ventana ni claraboya (RECOG. PROC. cap. 60). La claraboya se adquiere por prescripción de treinta años, ó por escritura. No puede hacerse en agujeros de tapias y si alguno las cierra se pierde la servidumbre. Ordina- ciones de Sanctacilia 2, 20, 51, 63, 64; RECOG. PROC. caps. 45 y 46) Debe tener de alto de dos á tres palmos y de ancho de la pared donde recibe la luz medio palmo de destre; de lo contrario no es claraboya (O. de S. 50). No se puede tener vista en lo de otro, que primero no se tenga en lo suyo (O. de S. 11; REC. PROC. cap. 63). No se puede alegar posesión de vista si no se tiene la de claraboya durante 30 años (O. de S. 14). No se puede alegar posesión de vista por cruceras de algún releje de cerramiento de tejado, ni por cru- ceras hechas en muro de ladrillo (íd. 15).

Ninguno que haya tomado el hueco de torre á torre del muro de la ciudad puede tener vistas ó ventanas ó mirador sobre sus vecinos en la pared que hubiere construído ó trate de construir, pues no puede alegarse el privilegio que tiene el muro de la ciudad y el de las torres que tienen vista ó mirador sobre los vecinos, que están cerca del foso, pues no es muro ni torre (O. de S. 18). No puede abrirse ventana hacia la pared del vecino, ni puede alegarse pose- sión de ella si no se tiene la escritura, á no ser que se aleje de aqué- lla seis palmos de destre (O. de S. 41, 61 y 62) No puede abrirse ventana en pared cerca del vecino, que forme esquina, y si éste tiene otra allí ha de alejarse de dicha ventana ya construída y de la esquina seis palmos de destre. (O. de S. 46). Los vecinos deben ce- rrar sus terrados con muro medianero para que no haya vista del uno al otro (Id. 12, 65). El vecino que edifique sobre su terrado ó tejado debe cerrarse de modo que no tenga vistas sobre los otros (Id. 58). El que tenga el terrado más alto lo ha de cerrar hasta tal altura que no tenga vistas sobre el del vecino si antes no miró lo suyo (Id. 66).

GERONA

Las claraboyas en pared privada ó común se adquieren por la posesión continua de treinta años en paz (Rúb. 38, Cost. de Ger.)

Si el que posee claraboyas no tuviere escritura ni posesión de treinta años y la cerrare haciendo obras, ó de otro modo, no puede adquirir las en el lugar donde estaban (íd. íd.)

TORTOSA

No se adquiere la servidumbre de luces y vistas por prescripción, sino tan solo por contrato ó última voluntad (Rúb. 11, lib. 3.º, Cost. de Tort.) No se pueden abrir agujeros en las fachadas de las casas, frente á las de los vecinos (Id. íd.) Por convenio puede establecerse la servidumbre *ALTIUS NON TOLLENDI*, pues á nadie está prohibido elevar sus edificios, tanto como pueda (Id. íd.)

Derecho de Valls

Pueden abrirse ventanas ó claraboyas en la pared propia ó común hacia el vecino cuya casa esté más baja, corral ó patio, á condición de que por dichos huecos no se pueda sacar la cabeza, ni mirar á la casa, corral ó patio de aquél, así como no se permite abrir puerta sobre éste. Si en cualquier tiempo quisiera el vecino hacer obras ó elevar su edificio, puede cerrar aquellas aberturas aún cuando se hubiesen poseído por tiempo inmemorial, y si se tratase de cargar las obras en las paredes del vecino que éste hubiere costeadado, le ha de indemnizar primeramente, á juicio de los jurados de Valls (Ordenanzas de Valls).

Derecho del Valle de Arán

Si el predio vecino fuere urbano y en él hubiese ventana, el edificante debe alejarse nueve *palmas araneses*, que es la costumbre según dice Vives; el palmo aranés equivale á 258 milímetros. Nadie puede abrir ventana que dé sobre el predio vecino, según costumbre observada sin interrupción; en otro caso debe dejar el espacio de nueve palmas araneses entre su edificio y el predio vecino.

ARAGÓN

Cualquiera puede abrir ventanas en pared común para recibir luz ó tener vistas; pero el vecino puede cerrarlas levantando su edificación, si el edificio en que se abrieron puede recibir luz por otro punto; en otro caso aquél está obligado á dejar pasar luz suficiente al arbitrio del Juez, ya por la misma ventana ó por otra (Ob 6.ª DE AQUA PLUVIALE ARCENDA, Sent. T. S. 14 Mayo 1861). No es de aplicación esa Observancia en un pleito entre un particular y el Estado, pues tal cuestión no se rige por el Derecho foral aragonés (Sent. de 25 de Mayo de 1878, de la Audiencia de Zaragoza). La Sala sentenciadora que priva del derecho á recibir luz el edificio, fundándose en que las fincas se hallan separadas por una acequia, infringe dicha observancia (Sent. T. S. 4 Abril de 1882).

Del desagüe de los edificios

El propietario de un edificio está obligado á construir sus tejados ó cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo ó sobre la calle ó sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aún cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado á recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo (art. 586 del Código).

No menoscaba los derechos del predio dominante el que el dueño del sirviente reciba y recoja las aguas, y las recoja como juzgue conveniente, colocando una canal ó practicando obras, que, sin perjudicar á aquél, redundan en su beneficio (Sent. 15 Mayo 1896). Esta servidumbre es de las llamadas contínuas y aparentes y se adquiere en virtud de título ó por la prescripción de veinte años; pero como tiene carácter negativo, puesto que impone al dueño del predio sirviente la prohibición de construir de manera que impida el uso de la misma, ese plazo se ha de contar desde el hecho obstativo.

Aún existiendo esa servidumbre perfectamente establecida, podrá edificar el dueño del predio sirviente, recibiendo las aguas sobre su propio tejado ó dándoles otra salida, conforme á las ordenanzas ó costumbres locales, y de modo que no resulte gravamen ni perjuicio alguno para el predio dominante. Se llama aquélla *STILLICIDII VEL*

FLUMINIS RECIPIENDI, con precedentes en el § 1.º, tít. 3.º, lib. 2.º de la Instituta; leyes 1.ª y 2.ª, tít. 2.º, lib. 8.º, del Digesto, y es de citar la Sent. de 12 de Octubre de 1904, de que el art. 587 del Código, cuya es la disposición anterior, no implica de modo necesario la facultad del dueño del predio sirviente de cortar el alero de su tejado, que puede ser esencial para la existencia de la servidumbre según las condiciones del establecimiento y de su edificio, no teniendo aplicación al caso el art. 345, por ser de carácter general.

Quando el corral ó patio de una casa se halle enclavado entre otras y no sea posible dar salida por la misma casa á las aguas pluviales que en él se recojan, podrá exigirse el establecimiento de la servidumbre de desagüe, dando paso á las aguas por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida, y estableciéndose el conducto de desagüe en la forma que menos perjuicios ocasione al predio sirviente, previa la indemnización que corresponda.

Esta servidumbre tiene rigurosamente carácter legal, mientras que la *STILICIDII VEL FLUMINIS RECIPIENDI*, según que el agua caiga gota á gota ó por canalones, es de naturaleza voluntaria.

CATALUÑA

Cualquiera puede echar agua pluvial á la calle (O. de S. 4), así como la de bodega que no sea taberna pública, sino de sus propias viñas (O. íd. 5). Nadie puede pasar aguas por tolva, ni por cañas, ni por canales de tejas, ni por canales de ellas en pared medianera, sino mediando voluntad del vecino, á menos que éste también los tenga (O. íd. 6 y 7). No se puede establecer sobre el predio de otro ninguna gotera si es removida (íd. 42); si alguno tuviese sobre el predio ajeno una canal para el paso del agua y la levanta, no puede volverla á establecer (REC. PROC. 61).

TORTOSA

Las aguas pluviales que caen sobre los terrados puede el dueño de éstos echarlas á la calle, si lo hace por lo suyo y no por lo de otro (Rúb. 10, lib. 3.º Cost. de Tort.), pero las canales han de verter el agua más allá de la mitad de la calle (Rúb. 11 íd.).

Servidumbres voluntarias

El Derecho romano registró varias servidumbres voluntarias urbanas, siendo las más principales las siguientes: 1.^a el derecho de edificar sobre la pared ó columna del vecino (ley 33 Dig., DE SERVIT PRAED URB.) 2.^a El de agujerear la pared del mismo para meter en ella las vigas del edificio propio (leyes 2.^a y 25 Dig. DE VERB. SIG.); se diferencian entre sí en que por la primera el dueño del predio sirviente viene obligado á reedificar y recomponer la columna del vecino, lo que no ocurre con la segunda. Los intérpretes del Derecho romano creen que, según dicha cita y 7 princip. Digesto AD EXHIBENDUM, la TIGNI INMITENDI, distinta de la ONERIS FERENDI antes dicha, no solo da derecho á meter vigas, sino otra materia cualquiera de las del edificio; 3.^a la de adelantar sobre el área ó casa vecina el edificio propio, sin descansar en ella, llamada PROTEGENDI ET PROJICIENDI (ley 2.^a Dig. DE SERV. PRAED. URB.); 4.^a la de arrojar las aguas pluviales sobre la propiedad del vecino, conocida por STILLICIDII ET FLUMINIS RECIPIENDIS, y si no hay derecho á recibirlas, VEL NON RECIPIENDI (íd. íd.); 5.^a la de privar al dueño de la propiedad vecina de levantar sus edificios más allá de una altura determinada, ALTIUS NON TOLLENDI, ó ALTIUS TOLLENDI si el dueño del predio sirviente adquiriría la obligación de edificar; 6.^a la de tener ventanas ú otras aberturas prospectivas ó luminaras en pared del vecino mediera ó propia que no diste de éste cierto espacio (leyes 4.^a y 40 Dig. De íd.); 7.^a la de tener vista en el predio de otro y de impedir que el vecino edifique para que pueda usarse de esta servidumbre (leyes 3, 12, 15 y 16 Dig.) Esta y la anterior son conocidas, respectivamente, con los nombres de JUS LUMINUM PROSPECTUS ET NEC PROSPECTUI OFFICIATUR.

El Código, si bien trata de algunas de estas servidumbres dándoles el carácter legal, no sigue la nomenclatura antigua; bástale con prescribir (art. 594) que todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga á las leyes ni al orden público. Ese establecimiento envuelve un derecho de disponibilidad inherente al dominio y puede verificarse mediando la capacidad requerida, por actos intervivos ó mortis causa, á condición de que no se contravenga á las leyes, pues

otra cosa significaría atentar á la soberanía del Estado, del cual emana la norma escrita y obligatoria, ni al orden público, por exigirlo en interés social.

El que tenga la propiedad de una finca cuyo usufructo pertenezca á otro podrá imponer sobre ella sin el consentimiento del usufructuario las servidumbres que no perjudiquen al derecho de usufructo (art. 595). Y se explica, porque la servidumbre es un gravamen de la propiedad, y A CONTRARIO SENSU no puede establecerlo el usufructuario, pues su derecho es solo de goce y de disfrute.

Si cuando pertenezca á una persona el dominio directo de una finca y á otra el dominio útil (por ejemplo enfiteusis, foros, derecho de superficie y en éste la *rabassa morta*) no podrá establecerse sobre ella servidumbre voluntaria perpétua sin el consentimiento de ambos dueños (art. 596); ante el principio INCLUSIO UNIUS, EXCLUSIO ALTERIUS, es indudable que puede establecerse la servidumbre temporal en esa propiedad dividida, sin el consentimiento de ambos dueños ó señores, pero resuelto el derecho del constituyente, se resuelve el de la servidumbre establecida, porque se halla subordinada al cumplimiento de una condición resolutoria tácita.

Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios, pues á tanto obliga el concepto jurídico de la comunidad de bienes y lo prescrito en el art. 394, que mantiene relación con el primer apartado del 597. Pero la concesión hecha solamente por algunos—añade el texto refiriéndose á los condóminos—quedará en suspenso hasta tanto que la otorgue el último de los partícipes. Creemos que, merced á esa última aceptación, hay que retrotraer los efectos propios de la servidumbre á la fecha de su constitución, porque se trata del cumplimiento de una condición suspensiva; pero la concesión hecha por uno de los copartícipes separadamente de los otros, puesto que arranca del derecho de enajenación que le asiste por el art. 399, le obliga, lo mismo que á sus sucesores, aunque lo sean por título particular, á no impedir el derecho concedido, cosa que pueden hacer los condóminos ajenos á tal establecimiento.

El título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del sirviente. En su defecto, se registrá por las disposiciones del tít. 7.º del Código que le sean aplicables (art. 396). No habiéndose fijado en el establecimiento de una servidumbre de acueducto la extensión y anchura de la zanja, los dueños del predio

dominante y los del sirviente deben ejecutar las obras de seguridad que les convengan sin afectar á la existencia de la servidumbre.

Si el dueño del predio sirviente se hubiese obligado al constituirse la servidumbre, á costear las obras necesarias para el uso y conservación de la misma, podrá librarse de esta carga abandonando su predio al dueño del dominante (art. 599). Y se explica, porque siendo la servidumbre un gravamen predial, sus efectos solo alcanzan, como carga, al fundo sirviente para que proporcione utilidad al dominante ó á las personas ó comunidad á cuyo favor se hubiese constituido; harto hace ese dueño con dejar su finca en favor del que tenga la servidumbre.

Servidumbre de pastos

No figura en el Código entre las servidumbres forzosas, si que entre las voluntarias y puede revestir dos caracteres: uno, civil, y otro, administrativo; en el primer caso constituye una comunidad que, según prescribe el art. 600, solo podrá establecerse en lo sucesivo por concesión expresa de los propietarios que resulte de contrato ó de última voluntad y no á favor de una universalidad de bienes, sino á favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados, cuya servidumbre se rige por el título de su constitución. En el segundo caso, la comunidad de pastos en terrenos públicos, ya pertenezcan á los municipios, ya al Estado, se rige por las leyes administrativas (consúltense los artículos 330 y siguientes, 343 y siguientes y 392 del Código; arts. 75, 80, 81 y 90 de la ley Municipal).

El Legislador, al prescribir que en lo sucesivo no puede establecerse la comunidad de pastos, si no es en la manera que determina, no da efecto retroactivo á su ordenamiento, informado en un principio individualista, opuesto, en este punto, al principio socialista y absoluto de antaño; individualismo que resplandece en el Decreto de Cortes de 1813, siendo de citar la Sent. de 26 de Octubre de 1899, declarativa de que el cerramiento de heredades sobre las cuales pese servidumbre de pastos, con tal que no impida la libre entrada del ganado, no se opone á las leyes del Digesto (23 DE REGULIS JURIS y 1.^a, tít. 3.^o, lib. 8 del Cód.) De manera que ha de hacerse compatible, bajo una fórmula de justicia, el interés de la riqueza pecuaria con el fomento de la Agricultura; y como esa comunidad de pastos

puede perjudicar, aún á los mismos individuos, vecinos de un pueblo, revistiendo carácter administrativo, el que de ellos cierre con tapia ó seto su finca, la liberta de tal servidumbre, quedando subsistentes las demás servidumbres que sobre la misma finca estuviesen establecidas. Ese propietario, á pesar de conseguir semejante liberación de la carga, conserva su derecho á la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas, porque lo funda en su cualidad de vecino de uno ó más pueblos donde exista la comunidad.

El propósito del Legislador ha sido librar á las propiedades de los vejámenes que les impusieron ciertos privilegios dados para favorecer la riqueza pecuaria, y á este fin conduce, no solamente lo prescrito en el art. 602, sí que lo establecido en el 603 que, de una manera general, autoriza la redención de la servidumbre de pastos anterior y posterior al Código, pues no distingue situaciones, mediante el pago de su valor á los que tengan derecho á ella, y que, á falta de convenio, se fijará el capital sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos, regulado por tasación pericial, redención que admite el Derecho romano y, por ser éste supletorio en Navarra, se ha de atender á lo que el mismo prescribe, según se declaró en sent. de 9 de Abril de 1898. Los pastos que se hayan de disfrutar en terreno privado exigen que haya voluntad del dueño de éste, estén cerradas ó abiertas las heredades, haya ó no frutos, menos en el caso de que, estando abiertas, y después de cogido el fruto, estén cubiertas de plantas que el ganado pueda perjudicar (caps. 7.º y 8.º, tit. 12, lib. 5.º del Fuero).

También cabe la redención, como antes se dice, de las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular.

Es de citar la observancia 8.ª DE PASQ. CURI, dispositiva de que aquélla consiste en la facultad de tomar de terreno ajeno la leña necesaria para el consumo de su familia, en el supuesto de que se haya constituido por un medio legal cualquiera, pues en otro caso la leña pertenece exclusivamente al propietario de la finca.

Alzra foral en Aragón

Es una servidumbre de carácter público, consistente en el derecho recíproco de los vecinos de un pueblo á introducir sus ganados á pastar en los términos municipales inmediatos (Ob. 35 DE GENE-

RALIBUS PRIVILEGIIS y núm. 2.º DE PASQUIS GREGIBUS). Los pastores pueden utilizar la alera para sus cabezas, siempre que las lleven con las de sus amos y no pasen de cuarenta (Ob. 6.ª DE PASQUIS). La alera foral comprende los términos de la parte por donde confrontan los pueblos de era á era; los ganados solo pueden pacer de sol á sol, de manera que si alguno de ellos pernocta fuera de sus términos municipales incurre en las multas marcadas (de güella, calonia ó satisfacción del daño (Fuero 2.º) Se exceptúan de la alera foral los huertos, el boalar y las tierras en cultivo hasta que se hayan levantado las cosechas (Obs. 3, 4, 6, 7 y 10 DE PASQUIS). Como opuesto á ella, se prohíbe acotar, cerrar, roturar ó plantar terrenos en donde antes no estuviera constituida con consentimiento de sus dueños, á no ser que, no obstante las roturaciones ó plantaciones, se deje entrada libre para los ganados (Obs. 35 y 36 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS).

Boalar es un terreno vedado que se destina al pasto del ganado de labor (F. 2.º DE PASQUIS). Se halla exento de la alera foral y únicamente pueden pastar en él los ganados del pueblo vecino en reciprocidad (Fuero citado, Ob. 35 DE GENERALIBUS PRIVILEGIIS. lib. 6.º y 1.ª DE PASQUIS lib. 7.º)

Tiene parecido con la alera foral, la servidumbre que en Navarra se llama *pastos de facería* de que trata el cap. 1.º, tít. 1.º, lib. 6.º del Fuero. Se diferencian en que la alera comprende todos los pueblos fronterizos, y el disfrute de los pastos de facería se contrae á aquellos con los que se tienen pactos establecidos. Se denomina *face-ría* la comunión que en determinados pastos ó en todos los vecinales tenían los pueblos limítrofes, á los cuales se les llamó *faceros*. Dicho Fuero prescribe que los ganados pueden pacer reciprocamente los rastrojos de uno y otro pueblo hasta las eras de cada lugar, de sol á sol, no haciendo daño en los frutos, ni en los prados de caballos y bueyes, debiendo volver al término de su pueblo con sol.

Según Sent. de 29 de Enero de 1910, ciertos aprovechamientos de pastos, cualquiera que sea la extensión de los mismos, no privan á cierto pueblo al cual por el Rey D. Juan II se le concedió la propiedad del terreno, del dominio eminente sobre éste, constituyendo aquéllos solo una servidumbre de las ordinarias á la que no son aplicables los preceptos de la enfiteusis, ni los del mero usufructo.