

BIBLIOTECA JUD

LEGISLACIÓN FURAL
DE ESPAÑA

DERECHO VIGENTE EN ARAGÓN

CON UN PRÓLOGO

DEL

EXCMO. SR. D. JOAQUÍN GIL BERGES

Ex-Ministro de Gracia y Justicia y Diputado á Cortes

TOMO SEGUNDO



MADRID

ECIMIENTO TIPOGRAFICO DE PEDRO NÚÑEZ
Calle de la Palma Alta, 32.

1888



R. 1. 123

4/14
2002

4/275

4/1275

LEGISLACIÓN FORAL

VIGENTE EN ARAGÓN.

CAPÍTULO IX.

Del dominio y de sus especies.

I.

Dominio en general.

El Derecho romano es, sin duda alguna, la fuente en toda Europa de las teorías del dominio, cuya división de Derecho *en* ó *á* las cosas, es una deducción lógica de las leyes, está aceptada generalmente por todos, y es una clave que facilita formar con exactitud una idea de la propiedad, de sus modificaciones y de los modos de adquirirla, de conservarla, de transmitirla y de perderla.

Derecho *en* la cosa es el que tiene el hombre sin relación alguna á la persona. Derecho *á* la cosa es el que tiene acerca de ella, pero con relación á una persona que está obligada á dar ó hacer. El primero afecta inmediatamente á la cosa, y el segundo á

la persona. El derecho *en* la cosa, dicen Laserna y Montalbán, es absoluto, porque en él no existen relaciones más que entre una persona y una cosa: el derecho *á* la cosa es, por el contrario, relativo, porque siempre supone relación entre dos personas: una que tiene derecho á pedir y otra que está obligada á dar ó á hacer. Al derecho *en* la cosa se le da también la denominación de derecho *real*, y al derecho *á* la cosa, la de derecho *personal*. Pero conviene tener en cuenta, para que esta nomenclatura no conduzca á ideas equivocadas, que tanto uno como otro requieren necesariamente que haya una persona á quien corresponda, y una cosa que sea su objeto.

Los tratadistas aragoneses entienden que el dominio es el derecho de disponer libremente de una cosa, de percibir su utilidad, de excluir de su uso y disfrute á los demás y de vindicarla, á no ser que lo impida la ley, la convención ó la última voluntad. Divídese en *pleno*, que también se llama perfecto ú absoluto, y *ménos pleno* ó imperfecto. Es pleno, cuando se reúnen en la misma persona todos los derechos que lo constituyen. Es ménos pleno, cuando alguno de estos derechos pertenece á otro.

Según Olea, las palabras *dueño* y *señor*, significan el pleno y absoluto dominio; las de *dueño usufructuario*, el usufructo solamente.

Sessé afirma no puede hacerse dueño de la cosa en virtud de muchos títulos sucesivos, quien por el primero hubiere adquirido el dominio.

Casanate dice, que se puede obtener éste por diversos títulos correspondientes á diversos tiempos, sobre todo, para el efecto de excepcionar; pero que no puede tenerse sino con un solo título.

Según Nougés (D. Pedro), no constando de qué modo se adquirió la cosa, se presume adquirida á *título oneroso*.

El *dominio* no puede estar pendiente, según Monter.

Franco de Villalba llama *pertenencia* todo lo que el padre de familias unió á lo principal con destino á éste.

El dominio de los bienes inmuebles sólo se prueba con el título ó instrumento, según la siguiente Observancia:

«OBSERVANCIA XX.—*De probationibus.*

»Item, si Notarius qui scripsit processum accusetur, dicendo contra eum, quod processus est defectivus pro eo quia non posuit aliquas rationes quas aliqua partium dicebat se proposuisse, & Notarius negat: statur semper dicto Notarii, nec testes admittuntur ad probandum defectum, nisi essent testes conscripti in processu. Et si in processu testes conscripti non sint, non admittuntur alii testes, sed statur dicto Notarii, nisi fortè factum esset recens, & pars vellet probare defectum processus, per testes qui tunc cùm proposuit rationes essent in Curia. Et processus per iuramentum Notarii adverantur, si aliquis dixerit contra eos: & hoc quando testes non sunt in actis impugnantis conscripti.»

D. Emilio de la Peña cree también que el dominio, ó sea el derecho real por excelencia, es la facultad de usar, disfrutar, disponer y vindicar una cosa. Todos estos derechos, que constituyen el de propiedad, pueden reformarse por convención ó última voluntad, siempre que las modificaciones no se opongan á la ley, á la equidad, ó sean imposibles.

Así lo dice con efecto la Observancia 16 *De fide instrumentorum*, que en otro lugar queda inserta.

Acerca del medio de transmitir la propiedad, el Derecho de Aragón establece como el común, que es la tradición, como resulta de las disposiciones forales siguientes:

«OBSERVANCIA ÚNICA.—*De pactis inter emptorem et venditorem.*

»In Aragonia quilibet potest resilire á venditione, solutis quinque solid, ut in cap. I huius tituli, quod sic intelligitur. Si conventum et super venditione, et sit facta venditio sine traditione, et sine carta, et sine arra, et sine cursore. Si tamen cum carta esset facta, translatum esset dominium in emptorem, et non posset aliqua partium resilire, secundum quod non potest si venditio sit facta cum carta, et cursore mediante: aliàs secùs. Nam in Aragonie in contractibus habitis cum carta, etiam sine traditione transfertur dominium. Idem si sit facta traditio rei venditæ: etiam si aliquis de casibus prædictis non intervenerit, non potest resilire.

»OBSERVANCIA XV.—*De donationibus.*

»Item nota, quod de consuetudine Regni statum confecto instrumento super donatione vel venditione testibus, et fidantia roborato, transfertur dominium in donatarium: etiam si realiter, & de facto res non fuerit tradita donatario. Et si post donationem donator res donatas teneat, & possideat non præiudicabit in aliquo donatario.

»OBSERVANCIA XXXIX.—*De generalibus privilegiis totius Regni aragonum.*

»Item, in Aragonia quilibet potest resilire à venditione solutis V. solidis, ut in cap. I. *De pactis inter emptor, et vendit*, quod sic intelligitur si conventum

est super venditione, & facta est venditio sine traditione & sine carta, & sine arra, & sine cursore. Si tamen cum carta esset facta, translatum esset dominium in emptorem, & non posset aliqua partium resilire: secundum quod non potest sic facta sit venditio cum arra, & cursore mediante: aliàs secus, quoniam in Aragonia in contractibus habitis cum carta sine traditione transfertur dominium quod habet alienans.»

Acerca del dominio de los pueblos de Aragón en los bienes de propios, plantío y corte de arboles, cualquiera vecino puede cortar los infructíferos en terreno común, aunque para hacer los suyos no bastará que los señale ó empiece á cortar, sino que tendrá que cortarlos ó arrancarlos completamente.

Los Fueros siguientes, de *Arboribus incidendis*, así lo preceptúan:

«*Iacobus primus.*—Oscæ.—1247.

»Multotiens accidit, quod homo vadit ad comunem silvam, & incipit scindere arborem, quam cognoscit sibi esse necessariam: & dimitti eam parum incisam; postea venit alius ad eandem silvam, & inventa arbore ista: scindit eam ex toto, & proiectam in terram ducit eam in domum suam: superveniens autem ille qui eam scindere cœperat, laborat eam sibi retinere proponens quod ipse prius consignaverat arborem illam: super quo dicit Forus: quod ille qui scindit arborem ex toto: & proiicit eam in terram, debet eam habere; incisione prima in aliquo non obstante.

»*Idem.*

»Si quis furatus fuerit arborem plantatam in vinea, aut horto alicuius quæ sit fructifera, est ibi ca-

lonia LX. solid. tam de die quam de nocte: furto tamen legitime probato. Et si fuerit filius bort, aut ramus abscissus qui exeat de illa arbore, de die habet calonia V. solid. & de nocte LX. sol. post legitimam probationem, excepta calonia denariorum, tenetur reficere domino arboris totidem fructus quos redderet arbor à tempore eradicationis: usquequo idem latro in horto vel vinea nutrierit aliam arborem coæqualem.

»*Idem.*

»De palo de parrali, qui de nocte, vel de dia traxerit, vel solverit eum, det de calonia LX. solid.»

II.

De la posesión.

No creen Laserna y Montalbán que la posesión, cuya consideración de derecho *en ó á* la cosa ha dado lugar á tan debatidas controversias, necesita ser calificada, aparte del dominio, no tratándose de la posesión material, ni de la posesión injusta, sino de la legal, de la que hace que uno sea reputado como dueño mientras no aparezca otro con un título más legítimo; de la posesión, que es un dominio fingido á cuya consideración se acomodan todos sus efectos. Si las leyes, pues, la consideran como una ficción del dominio, entienden que es claro que en esta consideración puede reputarse embebida la calificación de derecho *en* la cosa, que á despecho de algunos intérpretes le dan otros, á cuya opinión suscribimos.

Pero es lo cierto, que la mayor parte de los tratadistas hablan de ella separadamente.

Dieste dice, que es la retención de una cosa con

ánimo de dueño, y que retención, es la legítima detentación, la cual puede ser *corpórea y mental*; ó solamente *mental, verdadera ó ficta*.

Añade el propio autor, que la posesión es *natural*, ó *civil*. La primera consiste en la *material* retención de la cosa. La segunda es el *ánimo y voluntad* de retenerla y de haberla para sí. La posesión natural es el *hecho*; la civil el *derecho* de retener la cosa, esto es, la posesión *de hecho*, y la posesión *de derecho*. La natural surte efectos civiles respecto de los derechos no dominicales, produciendo los *interdictos*: la civil los produce aun respecto del verdadero dominio. La posesión natural se conserva mientras la cosa permanece en poder del ocupante.

La mera detentación material de la cosa sin ánimo de dueño, ha recibido el nombre de posesión *asinina*.

El autor anónimo del *Manual del Abogado aragonés*, dice que la palabra posesión no ofrece siempre en lo legal la misma idea, y que es preciso el conocimiento de sus significados para llegar al de su naturaleza, particularmente en Aragón, donde los juicios posesorios forman el ramo más delicado de la jurisprudencia. Unas veces se expresa por ella la propiedad, otras el mismo predio. Este tratadista continúa explicando la posesión muy detalladamente, pero refiriéndose por completo al Derecho romano. Franco y Guillén, en términos sencillos, dicen que posesión es la retención de una cosa con opinión de dueño, y con intención, por consiguiente, de haberla para sí, clasificándola, por lo demás, como nuestra ley de Partida.

Pero veamos ahora lo que acerca de este punto establece la Legislación aragonesa.

Para que surta sus efectos, ha de ser pacífica la posesión, pues la adquirida violentamente ó con

fraude por sí ó por medio de tercero, no solamente no aprovecha, sino que priva de todos los derechos que pudiera pretenderse en los bienes ocupados.

Hé aquí los textos:

Fueros con que da principio el libro 8.º

«DE OCCUPATIONE, SIVE INTRUSIONE POSSESSIONIS BONORUM PER
VIOLENTIAM.

»*Petrus secundus.*—Cæsaraugustæ.—1348.

»Quicumque spreto nostro, Officialiumque nostrorum dicti Regni iudicio, indebitè, & auctoritate, motuque proprio per violentiam & occulta caliditate per se, vel per alium occupaverit, & iniustè intraverit possessionem bonorum, quæ fuerint aliena, & quam alius tenebit, & sine violentia possidebit, talis possessio, sive occupatio sibi non valeat, nec proficiat: nec se iuvare possit tali possessione violenta: immò amittat & perdat quodcumque ius quod ipse habere posset, & sibi pertineret in bonis prædictis taliter occupatis, probata tamen prius occupatione & violentia supradictis.

»DE CAPTIONIBUS EORUM, QUI CUSTODIUNT POSSESSIONES.

»*María Regina Locumtenens.*—Maellæ.—1423.

»Item, como fraudulentment muytos sian estados privados de sus possessiones verdaderas, por razon que algunos fictament apellidaron contra aquellos qui posedecen algunas Villas, Castiellos é Lugares, casas, heredades, ó otras possessiones: é fazen prender los que estan en guarda de las ditas Villas, Lugares, Castiellos, casas, heredades, é possessiones, é quando aquellos tales son presos, é fuera sacados de los ditos bienes, la otra parte se entra, é ocupa los ditos Castiellos, Villas, Lugares, casas, hereda-

des ó possessiones: é por la dita ocasion ende fincan spullados los verdaderos posseydores. Por aquesto, querientes provyr á los ditos abusos. Statuimos, é ordenamos de voluntad de la Cort, que si por apellido de alguno, ó algunos, ó por proprio officio de Iudge, algunos seran sacados presos de tales Villas, Lugares, Castiellos, casas, heredades, ó possessiones, de manera que no hi fincara en los ditos bienes sufficient, é buena guarda por part del posseydor á defender, é tenerlos, por manera que otri no los pueda ocupar: que en aquel caso el Iudge, ó official qui las ditas presiones, ó capciones executará, sia tenido de guardar, ó fer guardar, é preservar las ditas Villas, Castiellos, Lugares, casas, heredades, é possessiones, pora aquel por qui se possedian, quando fazia las ditas capciones verdaderament. E como aquel, ó su legitimo Procurador las querra haver, é tener, que ipso facto sin dilacion alguna les lexe, é desampare. E aquesto dius las penas de los oficiales delinquentes contra Fuero.

» *Eadem locumtenens.*—Cæsaraugustæ.—1442.

» Ya sia, que por Fuero sia proveydo, cerca los oficiales que prenden las personas, que por custodia estan en algun Castiello, ó otro Lugar, por guardar la possession de aquel. Por evitar empero algunos fraudes que cerca aquesto porian fazer los oficiales. De voluntad de la Cort statuymos, é ordenamos, que si official alguno prendra por qualquiere apellido, ó causa las personas que guardaran alguna fuerça, Castiello, casa, ó Lugar: é requerido segun Fuero, no lexara otra guarda, ó custodia sufficient, assi que por causa de su capcion, la possession del dito Castiello, fuerça, casa, ó Lugar, pierda aquel, qui primero la tenia: ó fraudulosament el official fara,

procurara, ó tratará la dita capcion, por fazer perder la possession á alguno, que encorra el dito official en pena de muert. E no resmenos queremos que el dito official sia tenido inventariar con carta publica los bienes stantes en el Castiello, ó casa, si alguno de los que dentro seran lo requirirá. E por mayor indemnidad, é seguridad del verdadero possedydor, é porque ninguno por vias indirectas no sia privado de su possession. Statuymos, é ordenamos de voluntad de la dita Cort, que official qualquiere, qui por qualquiere apellido, ó causa prender querra las personas que guardan alguna fuerça, casa, Castiello, ó Lugar, antes que entre en el Castiello, fuerça, casa, ó Lugar, sia tenido jurar, é jure, si requerido será por qualquiere de la fuerça, casa, Castiello, ó Lugar, que no entrara ni entienda á entrar en el tal Castiello, fuerça, casa, ó Lugar, ni prenda: ni entienda á prender los hombres que estan en guarda, ó dentro de aquel, ó aquellos, por privar de su possession á alguno: ni por lexar vacua la possession, porque alguno otro la prenga, ó la ocupe. E no resmenos el official qualquiere que verna por fazer la dita capcion, prestado ante todas cosas el dito jurament, sia tenido intimar, é notificar á aquel, ó aquellos por qui se dira guardar la fuerça, Castiello, ó Lugar, la capcion que feyto haurá: é que vienga, ó imbie á guardar, ó fer guardar su fuerça, casa, Castiello, ó Lugar: la respuesta del qual el dito official sia tenido sperar ocho dias, contaderos apres que será feyta la dita intimacion: é que entretanto, é entro á passados los ditos ocho dias, el dito official por si, ó por otra sufficient persona, é guarda, sia tenido guardar, é guarde la fuerça, casa, Castiello, ó Lugar: é aquella rienda, é sia tenido render, á los qui por causa de la intimacion, ó requesta se imbiaran pora guardar la

fuerça, casa, Castiello, ó Lugar. E todo aquesto jus la pena sobredita. E aquesto mismo haya lugar, si se procedia por el mismo, ó otro official qualquiere á la capcion de las personas de los que se imbiaran por causa de la dita intimacion, pora guardar la tal fuerça, casa, Castiello, ó Lugar. E que las expensas que el official, ó oficiales sobreditos faran cerca lo sobredito, puedan executar, exigir, é cobrar en, é de los bienes de aquel, ó aquellos por qui la fuerça, casa, Castiello, ó Lugar se guarda. E si alguna possession sera presa por qualquiere con la cautela de suso dita, ó servado el frau sobredito, la tal possession sia nulla, ineficaz, é reprovada, ipso Foro, é de ningun effecto.»

Para probar el derecho á la posesión, cualquiera puede presentar las pruebas que tenga por conveniente; pero si se tratare de una finca inculta, sólo se admitirá la fianza de derecho al que estuviere en posesión de ella por un año y un día, habiendo percibido los frutos, y no existiendo reclamación en contrario.

Para afirmar esta opinión citan los tratadistas las disposiciones siguientes:

«DE IUREIURANDO.

»*Iacobus Primus.*—Oscæ.—1247.

»Si inter duos, vel plures vicinos duarum Villarum vertatur contentio, super aliqua convenientia, de aqua, vel de alia re, præter exhæredationem: & negantibus adiudicatum fuerit iuramentum: Forus est, quòd ii quibus iuramentum adiudicatur, dividant inter se sortes: & iis super quem sors ceciderit, donet pro se & omnibus aliis iuramentum. Iste Forus habet locum quando pars, quæ petit noluerit,

vel non potuerit probare: & sors non habeat locum, si pars quæ petit eligat duos iuratores, qui iurent super animas aliorum hominum de Villa illa, de qua fit demanda. Tamen in quocumque casu quælibet pars, quæ allegaverit se possidere utraque pars potest probare.

«FUERO VI.—*De fideiussoribus.*

»De duobus inter quos vertitur litigium super hæreditatem, quæ longis temporibus inculta extitit, quam uterque se asserit possidere, offerentes alter alteri adinvicem super ipsa possessione fidantiam de directo, dicit Forus, quod is qui per annum, & diem absque contradictione inventus fuerit possidere ultimo, vel ex ea fructus aliquos percepisse, primus ad dandum iuris fidantiam admittatur. Et fideiussor iuris, & fideiussor de riedra similiter, debent esse hæredes eiusdem loci ubi est hæreditas ipsa: & qualis fuerit hæreditas villana, vel Infantiona, tales debent esse fidantiæ, tam iuris, quam de riedra.»

Además, las disposiciones forales establecen las siguientes reglas: 1.^a Si se adquiere una cosa por documento en que conste su entrega, no se necesita la tradición para adquirir la posesión natural ó civil de la misma. 2.^a No se adquirirá, sin embargo, la posesión en la forma antedicha, si un tercero alegare ser poseedor de la cosa, en cuyo caso, una y otra parte tendrán obligación de probar la posesión.

Las disposiciones á que nos referimos son las siguientes:

«DE ADQUIRENDA POSSESSIONE.

»*Martinus Primus.*—Cæsaraugustæ.—1398.

»Quanquam de consuetudine Regni per instrumentum transferatur dominium, & possessio rei venditæ, donatæ, vel aliàs alienatæ cum instrumento, si in eo exprimat, quod venditor, donator, alienator illud, & illam transfert. Decernimus, & declaramus, quod illud non extendatur contra tertium qui rei prædictæ verum se asserit possessorem: immò in hoc casu quælibet partium habeat onus probandi se verum possessorem.

»OBSERVANCIA XXII.—*De fide instrumentorum.*

»Item, ex quo instrumenta donationis, venditionis, vel cambii alicuius rei immobilis facta sunt, & in eis traditio possessionis contineatur, licèt traditio possessionis de facto non fuerit facta, incontinenti ille in quem res est alienata facto instrumento dictorum contractuum, est Dominus, & habetur pro possessore illius rei licèt de facto nondum eam apprehenderit, nec de facto fuerit ei tradita, & poterit ut possessor omnia facere, ac si de facto ei possessio esset tradita.»

Franco y Guillén, y La Peña, á quienes seguimos en el orden de tratar esta materia, se ocupan en este lugar del caso en que se pretenda adquirir la posesión de una cosa que haya sido transferida de cualquier modo, continuando poseyéndola el que la enajenó por tres años, ó la mayor parte de ellos sin interrupción, y obligándola después, si es que el tercero á quien fué obligada, prueba la citada posesión; entonces subsiste el segundo compromiso.

Y lo mismo resultaría si enajenase los bienes á una tercera persona entregándole la posesión real, en cuyo caso el segundo poseedor sería el preferido.

Citan en apoyo de esto el siguiente

«FUERO II.—*De emptione et venditione.*

»*Ferdinandus secundus.*—Tirasonæ.—1495.

»Porque con vendiciones, ó otras alienaciones fictas los verdaderos creadores y compradores, no sean defraudados. Por tanto de voluntad ne la Cort statuymos, que si persona alguna vendeda, ó alienara sus bienes generalment, ó particularment, assi muebles, como sedientes, nombres, drechos, é acciones, á qualquiere otra persona, Collegio, Universidad: y el, ó los havientes drecho, ó causa del, reterna en si la possession natural, real y actual, é de fecho, de los dichos bienes por tiempo de tres años continuos, ó la mayor parte dellos immediatament siguientes, apres fecha la dicha vendicion. E assi teniendo, é possiendo los dichos bienes aquellos, ó parte dellos obligara, ipothecara, empeñara, ó trehudo formara, y aquellos obligara: que en tal caso probando el dicho creador por confession de aquel en quien sera fecha dicha alienacion, ó de sus successores, cartas publicas, ó por testimonios, como el dicho alienant empues fecha la dicha alienacion, ha posseido por tiempo de los dichos tres años, ó la mayor parte dellos actualment corporal, y de fecho: y no por precario, ó acto ficto, los dichos bienes pueda exercir y demandar todos sus derechos y acciones, en, y sobre dichos bienes á el obligados, no obstant la dicha tal vendicion, ó alienacion ante fecha por el dicho obligant, como si aquella fecho no fuesse, no obstant qualquier cluusula, ó clausulas de precario, ó de constituto en la dicha alienacion contenidas, é aun-

que el dicho alienant en el dicho contrato otorgue tener, é posseyr aquellos por el dicho comprador, pues realment actual, y de fecho, y no por actos fictos aquel, ó successores suyos en quien la dicha alienacion sera fecha, no tenga la dicha natural possession de los dichos bienes á el alienados: quanto á otros fines, y effectos la dicha alienacion romaniet en su efficacia, é valor. Para los quales fines, y effectos qualesquiere vendiciones, donaciones, ó otras alienaciones, queden sanas, é illesas, y esten en su plena efficacia, é valor, assi, y en tal manera que por seyer repelidas en el dicho juicio, é execucion, no le sea fecha lesion, ni perjuicio alguno en otro qualquiere juicio á otros fines, y effectos. Esto mesmo haya lugar si el vendedor teniendo en sí la dicha possession de los dichos bienes por el assi alienados apres de la dicha vendicion, alienara aquellos en otra persona, ó personas; en las qualés traspasara realment, actual, y de fecho la real, y actual possession de los dichos bienes, que este segundo en quien será realment, y de fecho traspasada la dicha possession, sea preferido al primero: y el tal primero de la tal alienacion, no se pueda alegrar contra dicho segundo; é habientes drecho, y causa del en los dichos bienes.»

La Observancia que vamos á transcribir dice, que una vez adquirida legítimamente la posesión, no podrá ninguno ser privado de ella sino por los medios legales.

»OBSERVANCIA XXIII.—*De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum.*

»Item, in Aragonia tenentes sub tributo certo aliquas possessiones sive sint Christiani, sive Judæi, sive Sarraceni, non debent vendere ipsi vel eorum

successores, aut in pignus mittere, aut aliquo modo alienare, nisi cum tributo, et onere quo eas habent: et si contra voluntatem Domini qui tenuerit tributariam hæreditatem retinuerit tributum per duos annos Dominus per forum potest emparare hæreditatem, et possidebit eandem ad faciendum suas proprias voluntates, ut de iure emphiteotico. Cap. I, quod sic intelligas, quam alienare potest cum prædicto tributo tributarius, et onere sine consensu Domini: nisi Dominus habeat faticam, vel loismum, nec tenetur talis tributarius, vel emphiteota firmare res in posse talis domini, nec Iudicis dicti domini, immó tributarius in posse sui Iudicis faciet iustitiæ complementum, tàm super re illa, quàm super onere vel tributo: nec potest dominus nisi in dictis casibus facere emparamentum: et sic est de usu in Regno Aragonum.»

De otros puntos concernientes á la posesión que se relacionan con el usufructo, los censos, la enfiteusis, y otras instituciones jurídicas, hablaremos al tratar de cada una de éstas, por más que los tratadistas aragoneses aglomeran todas las disposiciones referentes á la posesión, no sin un propósito hasta cierto punto justificado, porque de esta manera presentan de un golpe todo lo que á aquélla se refiere.

Por lo demás, y aunque hemos querido hacer conocer al lector el Derecho aragonés en este punto, ya habrá visto que sustancialmente no se diferencia del común, y que las particularidades que ofrece, ni son incompatibles con éste, ni valen la pena de pretender su conservación. El autor del *Manual del Derecho aragonés*, que trata amplia y concienzudamente la materia, funda casi por completo sus afirmaciones en el Derecho romano.

CAPITULO X.

De la propiedad, de su extensión y modos de adquirirla.

I.

De la propiedad.

Inútil es aquí entrar en los fundamentos de la propiedad, cuyo concepto está aceptado por todas las legislaciones. Ninguna diferencia señala el Derecho aragonés en este punto. Franco y Guillén definen la propiedad de un modo de todo punto aceptable. Dicen que es el derecho de gozar de una cosa, de disponer de ella como se quiera, y de reclamarla de cualquiera persona que contra derecho la retenga. Que los derechos que la constituyen pueden modificarse por voluntad de los interesados y por la del testador que dispone de sus bienes, con tal que no se oponga á la ley, á la equidad, ó que no sean imposibles.

Así lo dice la Observancia 16 *De fide instrumentorum* ya inserta en esta obra. Otras se refieren á este punto, pero de ellas se tratará en el contrato de compra y venta y en la donación.

II.

De la accesión.

Por lo general, los autores tratan en lugar distinto la accesión y la ocupación, considerando la primera como uno de los modos de extenderse y modificarse la propiedad, y la segunda como fuente de ella. Nosotros preferimos hablar de ambas en un mismo capítulo, siguiendo á Franco y Guillén, porque al cabo la accesión y la ocupación, aunque con accidentes distintos, son dos modos de adquirir la propiedad, lo cual simplifica mucho la exposición y la hace más clara, que es la primera condición en esta clase de libros.

En virtud de la accesión, las cosas accesorias unidas á la principal son del dueño de ésta, reputándose como principal una cosa en relación con otras, cuando siendo ambas de la misma especie es aquélla mayor en volumen, ó si son distintas, se ha juntado la otra como complemento ó adorno. Si las dos cosas pueden estar separadamente, y la una no sirve de adorno á la otra, estímase principal la de más precio.

Dieste, recogiendo todo cuanto los escritores aragoneses dicen de la accesión, se ocupa de ella en los siguientes términos. La distingue en tres clases: natural, artificial y mixta. Añade que el *aumento* sigue la naturaleza y condición de lo principal que cede á favor del *acreedor*, en cuanto á la hipoteca;— al *predio dominante*, en cuanto á la servidumbre;— á favor del *propietario*, en cuanto á la propiedad;— y del *usufructuario*, en cuanto al usufructo; á no ser que lo *aumentado* no estuviere unido al fundo principal, v. gr.: la *isla* nacida en el río, la cual no pertenecería en aquel concepto al usufructuario.

Que en Aragón, el *terreno agregado por aluvión* al fundo, se hace del dueño de éste, pero el trozo agregado que conserve las señales, permanece propio del dueño del fundo de que proceda, siempre que lo reclame antes de haberse arraigado, formando con aquél, al cual se agregó, un todo continuo; aunque por lo demás, en esta clase de *accesión natural*, la regla es que lo agregado de origen incierto sigue á lo principal.

Que en la *especificación*, se adjudica la nueva especie al que la formó, mediante abono del valor de la materia al dueño de ésta; y, al contrario, cuando ésta es más preciosa, y que la cualidad que haga más preciosa la *materia*, la excluye de la disposición que hablare de la materia ruda, virgen, ó en bruto.

En la *accesión industrial*, el que envilece ó inutiliza cosa de otro, debe quedar con la nueva especie, abonando el perjuicio.

Como se ve, esto no ofrece nada de particular, pero lo que merece mención es un caso de que hablan Guillén y Franco, que tiene fundamento en el Derecho foral. Se trata del dueño de un huerto ó viña, sobre el cual se extiendan de manera que hagan sombra las ramas de un árbol plantado en la finca contigua; tiene derecho á la mitad de los frutos que produzcan estas ramas, ó á cortarlas en caso contrario.

El Fuero que lo autoriza es éste:

«DE CONFINALIBUS ARBORIBUS.

»*Iacobus Primus.*—Oscæ.—1247.

»Forus est communis, antiquus, & approbatus, quod quicumque habuerit in horto, aut in vinea sua arborem fructiferam, quæ ramos suos extendat super hortum, vel vineam convicinam, ita quod um-

bram ibi faciant. Dominus horti aut vineæ convici-
næ debet recipere medietatem fructuum illorum
ramorum, vel scindere illos.»

También se ocupan los Fueros de algunos otros
casos.

El que edifica en suelo ajeno, ya sea sobre un
solar antiguo, levantando tres hiladas de pared y
formando portal, ya sobre el área de un molino que
estaba destruído y hace otro nuevo que sirve para
su destino, adquiere la propiedad de lo edificado, si
logra probar que los dueños del terreno estuvieron
diferentes veces en el pueblo mientras hizo la obra,
y no se la prohibieron á presencia de testigos, si bien
este precepto no perjudicará á los menores.

Formándose una isla en un río que separe los
términos de dos pueblos, será la isla de aquél que
más cerca esté de ella.

El que posea una finca lindante á un río, tiene
derecho para hacer cuantas obras estime necesarias
para su preservación.

Hé aquí los textos forales que contienen los pre-
ceptos indicados:

«FUERO III.—*De præscriptionibus.*

»*Jacobus I.—Oscæ.—1247.*

»Si aliquis invenerit molinare destructum: et ope-
ratus fuerit illud usque ad consumationem, in tan-
tum quod mola superior moveat se in girum impe-
tu aquæ subtus eam decurrentis: et cibariam mo-
lendo faciat ex ea farinam: si forte aliquis postea
voluerit movere pleytum super iso molendino: et
dixerit, quod in sua hæreditate est constructum:
unde vult ipsam habere: si ille qui possidet iam
dictum molendinum poterit probare, quod ille homo

qui ipsum molendinum demandat intravit, et exivit per aliquas vices in illa Villa in cuius termino illud molendinum est constructum, ex quo incep, tum fuit operari, et istud fuerit probatum per testes idoneos, de cætero ille qui molendinum memoratum demandat, non debet illud per Forum habere: et demanda sua non debet valere: quia tacuit cum clamare debuit: tamen non noceat minori quatordeim annorum.

»FUERO V.—*De præscriptionibus.*

»*Jacobus I.*—Osceæ.—1247.

»Si aliquis homo in aliquo casali veteri aperuerit fundamenta, super quibus tantum postea construxerit in girum donec opus illud sit de tribus tapiabilibus in altum, et miserit ipsum casal in arveoet fecerit ibi portal, supra, quo firmaverit postal: et hoc facto postea alius homo miserit in ipsum casal malam vocem, dicendo contra ipsum qui ipsum edificavit, quod in sua hæreditate est constructum: unde vult, et petit sibi eum reddi: si ille qui facit eum construere poterit probare per legitimos testes, quod ille homo qui eum petit ingrediebatur, et egrediebatur in ipsa Villa in qua constructum est casale illud: de cætero ille homo non potest secundum Forum habere locum, aut vocem quod debeat demandare ipsum casale, postquam manifestum est ex opere illo quod postales firmati sunt in ipso casali cum aliis suprascriptis. Non tamen noceat publicis, et minoribus.

»DE RIVIS, FURNIS, & MOLENDINIS.

»*Jacobus primus.*—Osceæ.—1247.

»Forus antiquus est, & confirmatus, cum multotiens iuxta litus Iberi contingat ex suit velocissima

discussione terminos Villarum confinium alterutrum permutare: ita quod quandoque illud quod est unius termini per impetuosum meatum ad alterius Villæ convicinæ terminos transferatur, qui locus insula est, vel soto, sive Ramiello à multis appellatur, ne inter vicinos Villarum contentiones aliquatenus orientur, ex antiqui Fori censura, antiquitus est statutum, quòd quodocumque & quotienscumque istud fieri contigerit, semper illi parti circa quam gallina cum pullis liberè valeat pertransire insulam, soto, vel ramiello huiusmodi concedatur. Et si fortè dominus illius hæreditatis, vel Villæ, cuius hæreditati, vel dominio fluvius propinquior habeatur, voluerit fluvium redrare à sua hæreditate, vel dominio, plenam habeat potestatem.»

II.

De la ocupación.

Confiesan los tratadistas aragoneses que, ya por ser escasas las disposiciones del Derecho foral en esta parte, ya por lo mucho que se ha legislado en España después de Felipe V, es lo cierto que hay necesidad de atenerse por completo á la legislación común. Por esto, Franco y Guillén en la exposición de esta materia, citan las leyes modernas. La ley de 16 de Mayo de 1835, según la que los particulares no pueden adquirir por la ocupación, por pertenecer al Estado los bienes vacantes sin dueño conocido, ni los detentados ó poseídos sin título legítimo, que pueden ser reivindicados conforme á las leyes comunes. Lo mismo decimos del tesoro, si bien antes de la ley, y por costumbre inmemorial de Aragón, pertenecía también al Fisco. La caza y pesca se rigen por las leyes vigentes respectivas, y la de aguas ha derogado las antiguas

costumbres de aquel reino, dejando sólo en vigor, como en toda España, las Ordenanzas particulares de riegos. Todas las tierras de dominio particular están cerradas y acotadas por el Decreto de Cortes de 8 de Junio de 1813, el cual derogó la práctica aragonesa de que fuese libre la caza de animales dañinos, como lobos, zorras, garduñas, gatos monteses, tejones y hurones en las tierras abiertas de propios, en las baldías y en las rastrojeras no cerradas de propiedad particular durante todo el año.

Lo que consideramos vigente en Aragón, es la disposición de que si uno tirase ó persiguiese con sus perros á una bestia, y otro la cogiese, se deberá dividir entre ambos, llevándose el primero la piel, y siendo la bestia que cayese en lazo ó ceпо, exclusivamente del que lo puso. Así lo dicen los dos siguientes Fueros:

« F U E R O I.—*De venatoribus.*

» *Jacobus I.—Oscæ.—1247.*

» Venator qui cum suis canibus, venationem sequitur, debet eam habere integre si eam in eremo occiderit. Si vero persequendo venationem ipsam cum canibus, ipsa venatio ad locum venerit populatum, ita quod homines loci eam capiant: venator medietate carniū, et corio sit contentus, et eam secundum Forum potets petere et habere.

» F U E R O II.—*De venatoribus.*

» *Jacobus I.—Oscæ.—1247.*

» Venatio cadens in laqueos sive ceпоs eius est qui ceпоs paravit vel laqueos. Veruntamen si monterius, vel eius nuncius nunciaverit ei qui in monte ceпоs paravit vel laqueos: quod eos solvat, quonian ipse

cum suis equis, et canibus vul venari, et is qui paravit eos neglexeri desparare: quodcumque damnum equis, vel canibus monterii per ipsos laqueos secutum fuerit sive ceptos, ille cuius sunt laquei debet hoc plenarie resarcire: debet etiam lesis equis vel canibus cibaria dare, et aliam comestionem tribuere donec plenam receperint sanitatem.»

CAPITULO XI.

De otros modos de adquirir la propiedad.

I.

Tradición.

Los tratadistas aragoneses no se ocupan concretamente de la tradición, sin duda porque no le dan tanta importancia como en general tiene, atendido el principio inconcuso para ellos, de que *In Aragonie in contractibus habitis eum carta etiam sine traditione transfertur dominium*. Ya hemos tenido ocasión de verlo en las Observancias única *De pactis inter empt. et vendit*, y 39 *De gene.* que quedan insertadas al hablar de la propiedad.

Esto constituye una verdadera excepción.

Sostiénese también en aquel reino, que se adquiere la propiedad de un lugar desierto roturándolo y cultivándolo en el término de sesenta días, según el siguiente Fuero:

«DE SCALIIS.

»*Iacobus primus.*—Oscaë.—1247.

»Item de scaliis factis in eremo sive in monte: si qui signaverit locum, & arando prosecutus fuerit:

valeat sibi quantum araverit. Si vero signaverit & non fuerit prosecutus arando infra LX. dies, non valeat talis consignatio: sed si alius acceperit illum locum, & arando prosecutus fuerit ut dictum est usque ad XL. dies, suus sit locus ille, ac si non esset ab alio signatus, dummodo sit vicinus illius villæ cuius erit terminus ille.»

Pero esta disposición foral debe considerarse, sin duda alguna, derogada, en virtud de la ley llamada de mostrencos, de que hemos hablado en el capítulo anterior. Hoy ya realmente no puede decirse que hay nada baldío ni sin dueño, porque, á falta de otro, lo es siempre el Estado.

Por lo demás, y salva la excepción foral de que la escritura ahorre la tradición, ésta es, en todo lo demás, lo mismo en Aragón que en las demás regiones de España. Consiste en *poner la cosa á disposición de aquél á quien queremos traspasarla*. Por lo que no comprende, en su acepción más general y jurídica, solamente la entrega material de una cosa mueble, ó lo que es lo mismo, no es precisamente la traslación de la cosa de una á otra mano, sino que se extiende á las cosas inmuebles y á las incorporales, y aun muchas veces tiene lugar en las muebles sin que medie el acto material de la entrega.

En cuanto á las maneras de efectuarse la tradición, los Sres. Laserna y Montalbán, quizá mejor que ningún otro autor, señalan las siguientes:

1.^a Cuando se pone la cosa mueble en manos de aquél á quien se traspasa: ésta es la que se suele llamar *tradición verdadera*.

2.^a Cuando se pone la cosa mueble á la vista de aquél á quien se traspasa, ó en su casa por su orden (*longâ manu*).

3.^a Cuando el que posee la cosa en nombre de otro, adquiere el derecho de retenerla como suya: así sucede, por ejemplo, cuando el deponente vende el depósito al depositario (*brevi manu*).

4.^a Cuando sucede, por el contrario, que el que poseía como dueño continúa haciéndolo en nombre de aquél á quien traspasó el dominio. Algunos escritores del Derecho romano, llaman á esto *constitutum possessorium*.

5.^a Cuando aquél en quien se hace el traspaso es llevado por el que lo verifica á la misma finca, ó á su inmediación, ó con ella á la vista, manifiesta que es su voluntad trasladársela: á este acto le llamamos *toma de posesión*.

6.^a Cuando se entrega un objeto que hace posible la toma de posesión, como las llaves de una casa, ú otros signos representativos del dominio: esta tradición recibe el nombre de *simbólica*.

II.

Prescripción.

Llegamos á un punto delicado siempre en las legislaciones forales de España, pero acaso todavía más en la de Aragón. Consiste esto en que aquéllas pretenden siempre una prescripción particularísima que no sea igual á la de ninguna otra parte.

Sabido es, que prescripción es un modo de adquirir el dominio de cosa ajena, poseída durante el tiempo y con los requisitos señalados por la ley, aunque también se expresa con la misma palabra la manera de libertarse de una carga ó de una acción por el transcurso del tiempo prescrito por la ley. Es también conocido de todos que la prescripción necesita de los siguientes requisitos:

Capacidad en éste para prescribir.

Buena ó mala fe.

Título.

Posesión.

Tiempo.

Capacidad en la cosa para ser prescripta.

Ciencia y paciencia del dueño, esto es, que sepa que otro posee su cosa, y lo consienta.

Que pueda oponerse ó impedir dicha posesión.

Pues ya se presenta una dificultad grave, y es la de que los tratadistas aragoneses, por lo general sostienen que en Aragón, para prescribir no es requisito necesario la buena fe. Oigamos las opiniones más importantes en la materia.

Dieste, después de hacerse cargo de la opinión contraria, dice que por una práctica constante, atestiguada por eminentes jurisconsultos, no es precisa en Aragón la buena fe en la prescripción, siendo bastante sólidos los fundamentos en que se apoya esa práctica, pues ningun Fuero ni Observancia prescribe dicho requisito, y es regla que lo que no expresa el Fuero, debe tenerse por omitido á sabiendas, esto es, por dispensado y no necesario.

Es para Dieste además otra razón, el que la prescripción en Aragón es una pena con que el Fuero castiga la negligencia del que por tan largo espacio de tiempo, como el que es necesario transcurra para prescribir los bienes raíces (por ejemplo), consiente que otro esté poseyendo sus cosas sin oponerse y sin impedirlo, entendiéndose con mucha razón que el que así obra abdica el dominio, lo renuncia, lo abandona.

Concluye el propio autor su razonamiento diciendo, que si en la prescripción de bienes sitios se prescindie de la *buena fe* y del *justo título*, también por otra parte el tiempo que se necesita para prescribirlos en Aragón es *triplo* del que se exige por el dere-

cho patrio y por el romano para prescribirlos entre presentes, y un *tercio* más largo del que se necesita para prescribirlos entre ausentes, y bien puede un exceso tan considerable de tiempo compensar el defecto de *buena fe* y de justo título.

Del mismo modo piensan casi todos los demás tratadistas, exceptuando á los Sres. Franco y Guillén, que hacen un concienzudo estudio del asunto. Debemos oírles:

«Uno de los requisitos esenciales, dicen, para la prescripción, según otras legislaciones, pero del que no hacen mención nuestros Fueros es la buena fe: y de aquí la cuestión de si es ó no necesaria en Aragón para prescribir. Nosotros, sin detenernos mucho en este punto que podría ser objeto de una larga disertación, diremos que la mayor parte de los autores regnícolas sostienen que la buena fe no es necesaria, á cuya opinión da mucho peso el silencio que los Fueros guardan acerca de ella. Aun más: si se consideran atentamente el *Fuero 1 y la Observancia 1.^a de Præscriptiõn* de que se trata en otro lugar, se verá en ellos autorizada una prescripción, que si no está acompañada de una mala fe completa, requiere por lo menos en el prescribente una sospecha muy fundada de que aquél de quien compra ó recibe por otro título la cosa, no es su verdadero dueño. *Molino in Reper V. Præscriptio*, dice, que habiéndose examinado en la Corte del Justicia para la decisión de cierto negocio la inteligencia que debía darse al *Fuero 6 de Præscript*, se declaró por grandes jurisperitos como una cosa constante, que en Aragón no se considera la buena ó mala fe sino el odio del descuidado. *Portoles V. Præscriptio*, dice que está introducido en la práctica no ser necesaria la buena fe para la prescripción de treinta años. *Franco co-*

ment. á los Fueros 1 y 6 de Præscriptiõn, fundado en la razón que alega *Molino*, á saber: que la prescripción se introdujo para castigo del descuidado, asegura que ni aun para la de tres años es necesaria la buena fe, y cita en su apoyo una decisión de 1681. Y en fin (dejando á otros autores), *Lissa Tiroc. lib. 2, título VI*, afirma que puede sostenerse, que la práctica del reino no repugna á la equidad del Derecho canónico que no admite la prescripción con mala fe. No diremos nosotros lo mismo, porque este Derecho (*cap. fin. de Præscript.*) establece que en general se debe derogar todo lo que no pueda cumplirse sin pecado mortal, en cuyo caso estaría la prescripción con mala fe; pero sí nos parece, que siendo una cosa interna la buena ó mala fe, la opinión de los Foristas evitará muchos pleitos que, siguiendo la doctrina canónica, serían indispensables. No se crea por esto que nosotros pretendemos que las instituciones civiles autoricen una usurpación, como lo sería la detentación de una cosa con mala fe, pero en cosas que los hombres no pueden descubrir, arduo es sujetar á los demás á otro fallo que el de su propia conciencia. Sin embargo, cuando evidentemente constase que alguno había prescrito con mala fe, no dudaríamos en declarar (si á fallar se nos llamara), que no había prescripción, aunque por otra parte se hubiera cumplido con los demás requisitos forales. Las leyes y los tribunales nunca pueden patrocinar la mala fe ni la usurpación.»

Los doctores Asso y de Manuel opinan lo mismo, fundados, á nuestro juicio; en una razón muy poderosa, cual es que, á falta de disposición foral en la materia, debe estarse al Derecho supletorio. Esto no obstante, y según veremos después, el Tribunal Supremo ha sancionado la Jurisprudencia de Ara-

gón, y por tanto á ella habrá de estarse, dejando establecido que allí no es requisito indispensable para la prescripción la buena fe.

Veamos ahora las clases de ésta que tiene el Derecho foral:

Las clases de prescripción que se conocen, son ocho: 1.º La inmemorial. 2.º De treinta años y día. 3.º De veinte años. 4.º De diez años. 5.º De tres años. 6.º De año y día. 7.º De año. 8.º De menos de un año. 9.º De tiempo indeterminado.

Por la prescripción inmemorial se adquiere, aun sin título, el derecho de pacer, cortar leña, abreviar y hacer cualquiera otro uso de las aguas.

Por la de treinta años y día se adquieren los bienes raíces de cualquiera especie, con tal que el adquirente, además de manifestar un título suficiente para la adquisición, según fuero, pruebe que el que reclama la cosa entraba y salía en el pueblo en cuyos términos está sita. También prescriben por treinta años las pensiones atrasadas de censos, y así es que nunca se pueden reclamar más que las veintinueve últimas, por muchas que sean las que se adeuden, por ser éstas las que no han prescrito.

Por veinte años prescriben todas las *deudas*, ya sea con instrumento ó no, la *acción de depósito* y la *servidumbre* en predio cuyo dueño estuviere ausente.

Dice Dieste, que en la prescripción de *servidumbre* no son necesarios *la buena fe* ni *el justo título*, pero sí lo es la *ciencia y paciencia* del dueño del predio sirviente, pues no en otra cosa consiste la cuasi posesión, mediante la cual se adquieren estos derechos, y que se exceptúa de esta regla la *servidumbre ganada por posesión*, ó cuasi posesión *inmemorial*, ó bien con *título* habido de quien se creía ser el verdadero dueño, aunque no lo fuese. En este último

caso, adquiérese por veinte años en ausencia del dueño; esto es, de aquél contra quien se prescribe, aun la *servidumbre discontinua*, v. gr.: la de *vía ó paso* por heredad ajena, la cual no se adquiere ordinariamente sino por tiempo inmemorial.

Funda Dieste esta opinión en Franco de Villalba y Molino, y en los Fueros 1.º *De fide instrumentorum*, 3.º *De solutionibus*, y 2.º *De deposito*, y en la Observancia 7.ª de *prescriptionibus*.

Debe tenerse presente que la prescripción de las deudas se interrumpe por reclamación judicial ó extrajudicial, de manera que para que queden prescriptas, es necesario que pasen veinte años desde la última reclamación. Esta prescripción quedará interrumpida aunque se declare nulo el procedimiento; y aunque la citación ó reclamación adolezca de alguna nulidad, aunque no la interrumpirá la reclamación hecha por la mujer casada sin licencia de su marido, según jurisprudencia de Aragón.

Tampoco la prescripción de veinte años correrá contra los depósitos de corte, ni contra la cosa juzgada, ni contra el instrumento de asignación hecha en matrimonio, ó según algunos autores, dote prometida en capitulación matrimonial.

La prescripción de diez años entre presentes, sirve para la adquisición de las servidumbres en predios de otro que preste su ciencia y paciencia.

Por la de tres se prescribe el terreno roturado y plantado de viña, cuando las cepas tengan tres hojas, que es cuando lleven tres años de labor, si se probare con justificación testifical á instancia legítima, que el reclamante, durante los mismos tres años, anduvo por los términos de la finca, y no le prohibió delante de alguien que la cultivara.

Según Dieste, aunque en Aragón no se conozca

la prescripción de bienes muebles, adquiere el dominio de éstos por *usucapión*; esto es, mediante su posesión por tres años, y el efecto es el mismo adquiriéndose por la *usucapión* hasta las cosas muebles pertenecientes á la Iglesia. Fúndase en Molino, Franco de Villalba, Portolés y en el *Manual del Derecho Aragonés*, que con efecto sostienen dicha opinión, siendo de notar que el primero trae una decisión del alto Consejo de Justicia de Aragón que lo declara así:

La prescripción de un año y un día comprende: 1.^a La acción de prenda de una finca recibida por préstamo con fianza para repetir contra el fiador, para que le pague ó le restituya la finca, en el caso de que su dueño se hubiese apoderado de ella violentamente. 2.^a La que tiene el comprador de una finca contra el que se hubiere constituido en fiador para que le restituya el precio, ó la finca, si se diere igual caso. 3.^a La acción contra el que hubiere afianzado que su principal estaría á derecho en el pleito que se siguiese sobre pertenencia de alguna finca, cuando estuviere sobreseído por espacio de *un año y un día*, ó muriere dentro de este período, en cuyo caso nada podría pedirse á sus herederos, ni enajenarse la finca hasta el fenecimiento del negocio. 4.^a La acción de los consanguíneos para retraer la finca. 5.^a La acción del que cree tener derecho eficaz á las fincas vendidas judicialmente, advirtiendo que el año y día empieza á correr desde que se dió el último pregón; pero no tendrá lugar esta prescripción, cuando el reclamante pruebe que en el tiempo de los pregones y ocho meses continuos después, estuvo ausente del pueblo en que se dieron. 6.^a La finca adquirida en virtud de instrumento de venta, donación, etc., con tal que el prescribente, caso de ser reclamada la finca, pruebe por medio de

instrumento, que el que la reclama tuvo noticia del título con que prescribió.

Advierten Franco y Guillén, que esta prescripción no corre contra el ignorante, ausente ó menor, ni tampoco contra el que posea la finca como depositario, acreedor ó medio, ni entre marido y mujer, ni entre hermanos, en cuanto á los bienes de consorcio foral. Respecto del menor, hay una excepción, y es, cuando los testamentarios dispongan de los bienes por encargo del testador, pues en este caso sí que correrá la prescripción.

Según la Observancia 6.^a, *De præscript*, la de que hablamos corre, tenga ó no el que prescribe título suficiente, por lo que Molino entiende que, aun faltando alguna solemnidad de las prevenidas por el Fuero, se consideraría hábil el título para ganar la prescripción.

La de un año, que á pesar de diferenciarse un solo día de la anterior, y variar en dos grados de prescripción, sostienen los tratadistas aragoneses, fundados en la letra del Fuero, comprende en primer lugar la posesión de los bienes de una herencia que, sin contradicción por parte del que pretendiere tener derecho á la misma, poseyere otro por un año, contado desde que se supo públicamente, en el lugar donde estuvieren los bienes, la muerte de su último poseedor legítimo.

Además, á las acciones siguientes:

1.^a La del que se creyere con derecho eficaz sobre las fincas vendidas judicialmente, empezando á correr el año en este caso desde el último pregón. Pero si el reclamante probare que en la época de los pregones, y ocho meses continuos después, estuvo ausente del pueblo en que se dieron, no se haría lugar la prescripción.

2.^a La de los Jueces y Escribanos y sus herede-

ros, para reclamar los derechos procesales: el año se cuenta desde que se dió sentencia, ó se sobreseyó el negocio. Según Molino, esta prescripción no se interrumpe por la reclamación extrajudicial. También prescribe por un año la acción del Abogado y del Procurador, para reclamar sus honorarios y derechos respectivamente; contándose el año desde que aquéllos supieron la sentencia recaída en los autos en que los hubieren devengado.

3.^a La del propietario contra el usufructuario por derecho de viudedad, para pedir indemnización del daño que se hubiere causado en las fincas: el año empieza á correr desde el día en que se advirtió el daño ó deterioro.

4.^a La del donatario contra el donante que retuvo en su poder la cosa donada, y después la vendió: el año se cuenta desde la fecha de la venta ó enajenación.

Viene después la prescripción de menos de un año, que tiene lugar:

1.^o En el derecho de retraer en las ventas de corte, que se prescribe por dos meses.

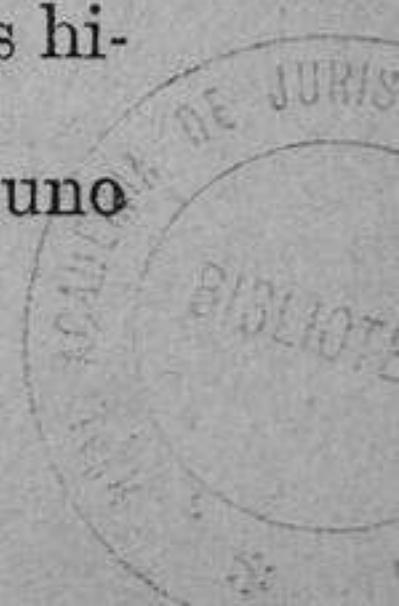
2.^o En el mismo derecho, cuando la venta no sea de corte, y se haya hecho saber á los que han de usar de él, que se prescribe por diez días.

3.^o En el salario de los criados, que se prescribe en un mes, contado desde que salieron de la casa de sus amos, si éstos vivieren, y dentro de tres meses cuando hubieren muerto.

La prescripción de tiempo indeterminado, es la última que figura en la Legislación foral, y en virtud de ella se adquieren:

1.^o El solar antiguo ajeno, en que uno abre cimientos y edifica; así que las paredes son de tres hileras y ha formado portal.

2.^o La área de un molino de harina que uno



halló destruído, y sobre la cual levanta otro nuevo; así que éste sirve para su destino. En ambos casos adquirirá el prescribente de tal modo la propiedad del solar y área, si probare la ciencia y paciencia de los dueños, que aun contra la reclamación de éstos los habrá hecho suyos.

Ocasión es ésta de recordar la indicación que hicimos al hablar de la ilesidad de los menores, reducida á que ya se demostraría que no es tan absoluta como proclaman sus partidarios y encomiadores, lo cual acabamos de ver.

Terminaremos este punto haciéndonos cargo de una cuestión á que ha dado motivo una afirmación de Franco de Villalba. Dice este respetable escritor, que la prescripción no destruye la acción *ipso jure* sino *ope exceptionis*, á lo cual replican Franco y Guillén, que si bien de la mayor parte de los Fueros *De præscription*, puede inferirse esta opinión, tienen otros motivos para creer que en los casos á que se refieren se extingue la acción *ipso jure*. El Fuero 3.º *De solution*, que habla de la prescripción de la deuda por veinte años, dice que pasados ellos, «*nullo unquam tempore super repetendo prædicto debito audiatur*» (al actor), con lo que se manifiesta, que sin necesidad de excepcionarse el reo, queda tan extinguida la acción que el Juez no debe oír al demandante: y el Fuero 7.º *De præscript*, hablando de la prescripción de los derechos procesales de los Jueces y Escribanos dispone, que pasado el año, «*ipso foro* sea prescrito este salario.» Por donde se ve que hay casos en que la acción se extingue *ipso jure*.

Creemos más conforme con la ley y con la filosofía de la prescripción esta última opinión.

Hemos terminado la exposición de la clase de prescripciones de Aragón, y en verdad que habrá sido algo penosa la impresión que en el ánimo del

lector haya dejado. Es un museo, un laberinto de disposiciones tan variadas como extrañas de los principios generales de la Legislación. Atentatorias á veces al sagrado principio de la propiedad, sacrifican el tiempo y las solemnidades más vulgares, pero necesarias, para que el más atrevido ó el más ansioso se apodere de la finca de otro. Arbitrarias y caprichosas en otras ocasiones, no guardan relación alguna entre el espacio de la prescripción y la importancia de la acción que se prescribe. Desproporcionados, por último, en los grados que recorre la escala de su duración, llega, por último, á la prescripción de tiempo indeterminado que encierra una vaguedad insondable, y que de seguro ha de haber proporcionado muchos litigios.

Por lo demás, y aunque en honor de la verdad, y como veremos pronto, toda la materia expuesta se funda en disposiciones forales, hoy tenemos que descontar de ellas cuanto haya perdido su vigor por la legislación nueva. En primer lugar, la ley Hipotecaria, en todo lo que abarca su esfera de acción, ha modificado grandemente la prescripción, como que sólo rige hoy lo que ella preceptúa. Además, en todo lo que se refiere á prescripciones de fincas vendidas judicialmente, honorarios curiales y otros puntos que se refieren á procedimiento, las leyes procesales civil y criminal han derogado por completo todas las anteriores.

Por fortuna, los mismos aragoneses reconocen ya lo defectuoso de su derecho en este punto, y es en realidad consolador lo que dice en su Memoria ya citada el insigne jurisconsulto Sr. Franco, Barón de Mora. Se ocupa de las reformas y adiciones que es conveniente establecer en las instituciones civiles de su país, y de aquéllas cuya conservación no es necesaria, y dice:

«Tampoco podemos experimentar perjuicio alguno en que rijan en este territorio todas las disposiciones del Código general, relativas á las prescripciones, puesto que una vez establecido por la ley, y el tiempo por cuyo trascurso pueden adquirirse bienes ó extinguirse acciones, saben ya todos los ciudadanos á qué atenerse, ni las concernientes á donaciones y contratos; á excepción de varias de las que tienen relación con la sociedad conyugal ó que son su consecuencia, de que me ocuparé cuando trate de esta materia, así como de un cortísimo número de disposiciones relativas á algunos especiales, dado caso de que no sean comprendidas en el Código general de España, como es muy probable suceda. En prescindir de lo que con respecto á todos los restantes se halla dispuesto en nuestra Legislación, no creo que vengamos á tener que hacer sacrificio alguno los aragoneses. Y dígoles así, porque independientemente de que sobre algunos nada ó muy poco se ha establecido en ella, y la mayor parte de las escasas disposiciones que existen con relación á otros, se hallan basadas con los mismos principios que sirven de fundamento á la Legislación española en tales materias, esa misma deficiencia de nuestras disposiciones sobre ellas, ha tenido necesariamente que producir el resultado de que ya desde hace mucho tiempo, y con arreglo á la jurisprudencia constante de los Tribunales, se decidan por las leyes de Partida y de la Novísima Recopilación las controversias que se suscitan acerca de las mismas. Y siendo tan frecuentes, por fortuna, en la época actual, las relaciones mercantiles y de toda especie que existen entre los habitantes de unas y otras provincias de la monarquía, no puede desconocerse la inmensa ventaja que para todos ellos ha de producir el hallarse sujetas á unas

mismas reglas las convenciones que entre unos y otros se celebren.»

Réstanos trasladar los preceptos forales en que se funda cuanto se ha dicho de la prescripción y la jurisprudencia respectiva del Tribunal Supremo.

«OBSERVANCIAS.—*De præscriptionibus.*

»1. De consuetudine Regni illud quod dicitur in Foro: idest, *sciente petitore*. Debet intelligi, quod sciat titulum: idest, instrumentum illius venditionis, donationis, vel cambii, vel ultimæ voluntatis: quæ scientia habet probari per instrumentum, & non per testes.

»2. Nota, si aliquis habet ius in aliqua re: & illa res exponatur venalis, & publicè preconizetur, non propterea currit præscriptio anni & diei: nisi probetur, quod pars alia sciat titulum.

»3. Item, in deposito non habet locum præscriptio XX, annorum sicut in alio debito.

»4. Item, nullus potest habere vassallos in Loco alterius, sine titulo, nisi à tanto tempore citrà, de quo non sit memoria hominum in contrarium: quia tale tempus habetur loco tituli. Et si habet vassallos in Loco alterius, & illi teneant aliquas hæreditates, pro illis peitabunt domino Loci: & facient servitia realia & personalia.

»5. Item, licèt debitum non possit peti ultra viginti annos de Foro: tamen si petitum fuerit infra viginti annos in iudicio, sive extra à debitore, debitum potest peti post viginti annos.

»6. Item, si aliquis possidet per annum & diem cum titulo insufficienti, currit præscriptio, ac si titulum sufficientem haberet.

»7. Præscriptio in servitutibus in prædiis alienis: ut in riguo, vel carreria habet locum inter præsen-

tes per decem annos, si possederint pacificè vidente & sciente petitore, inter absentes per viginti annos.

»8. Item nota, quod contra instrumentum depositi, vel contra rem iudicatam: vel contra instrumentum assignationis factum in coniugio: non currit præscriptio XX. annorum.

»9. Item ius lignandi, pascendi, & adaquandi, potest præscribi sine titulo, à tanto tempore citrà quod memoria hominum in contrarium non existat.

»3.^a *De pascuis, gregibus, et cabannis.*

»Item, ius depascendi, lignandi, & adaquandi, potest præscribi sine titulo, à tanto tempore, citra quod memoria in contrarium non existat.

»4.^a *De consortibus eiusdem rei.*

»Item, licèt Forus dicat, quod divisio inter fratres debet fieri cum publico instrumento, & fidantia salvitatis: tamen de consuetudine est inductum, quod si fratres diviserint hæreditates inter se, & quilibet receperit, & tenuerit partem suam divisam per decem annos sine instrumento & fidantia salvitatis: valet divisio, si probari potest, quod erant omnes præsentis, & quilibet possidebat in facie alterius, in tantùm, quod si unus fratrum mortuus fuerit, potest ordinare de sua medietate, vel aliàs in vita, vel in morte, nec accrescet pars sua alteri fratri, ac si esset facta divisio, secundùm Forum.

»FUEROS.—*De præscriptionibus.*

»*Iacobus Primus.—Oscæ.—1247.*

»Item amodo in hæreditatibus datis, emptis, cambiatis, vel ultima voluntate relictis, habeat locum præscriptio, anni, & diei, si ille qui eam allegat in

pace, & sine mala voce tenuerit, cum instrumento publico de venditione, donatione, vel cambio: vidente, & sciente petitore, quia ignorantibus, vel minori, vel absentibus non currit hæc præscriptio: nec potest nocere alicui domino in iure, vel dominio, quod debet habere in hæreditate quam alius dedit, vendidit, vel cambiavit: scilicet ille qui tenebat illam hæreditatem pro alio, sive tenebit eam tanquam exaricus: sive tanquam depositarius, vel creditor: vel Baiulus: vel aliquo alio modo: nec inter virum, & uxorem habeat locum præscriptio anni & diei: nec inter germanos in rebus germanitatis, vel avolorii: tamen si testator præcipit in suo testamento, quod spondalarii, vel manumissores vendant, dent, vel cambient, seu impignorent de bonis suis propriis: tunc hæres minor non reputetur esse minor, imò currit præscriptio anni, & diei contra eum.

» *Idem.*

» Nobilis quidam misit in pignus suam hæreditatem alteri homini pro centum morabetinis cum fidantia, & testibus, & cum carta sufficienti: postea transactis aliquantibus temporibus, Nobilis iam dictus voluntate propria ductus, nondum tamen morabetinis solutis, hæreditatem quam impignoravit occupavit violenter: ille autem qui tenebat eam in pignore infra unum annum, & unum diem ex quo effectus fuit de hæreditate iam dicta: dum debuit, & potuit, non pignoravit fidantiam, quam acceperat de salvitate de iam dicta hæreditate, & de pecunia sibi reddenda die, & termino inter eos constituto: quamvis ipsam fidantiam sæpè inveniret. Super tale factum dicit Forus, quod ipsa fidantia quam de salvitate de prædicta hæreditate, & de sui morabetinis, ut faceret sibi reddi, acceperat, post unum annum, & unum diem transactos ex quo ipsa violentia fuit

facta, de cætero ipsa fidantia nullo modo tenetur facere ipsam hæreditatem salvam: nec quod faciat ei reddere morabetinos antedictos: ille idem Forus est de hæreditatum emptionibus qualescumque sint.

»*Idem.*

»Si aliquis invenerit molinare destructum: & operatus fuerit illud usque ad consumationem, in tantum quod mola superior moveat se in girum impetu aquæ subtus eam decurrentis: & cibariam molendo faciat ex ea farinam: si forte aliquis postea voluerit movere pleytum super ipso molendino: & dixerit, quod in sua hæreditate est constructum: unde vult ipsam habere: si ille qui possidet iam dictum molendinum poterit probare, quod ille homo qui ipsum molendinum mandat intravit: & exivit per aliquas vices in illa Villæ in curat termino illad molendinum est constructum, ex quo inceptum fuit operari, & istud fuerit probatum per testes idoneos, de cæte ille qui indendinum memoratum mandat, non debet illud per torum habere: & demanda sua non debet valere: quia tacuit cum clamare debuit: tamen non noceat minori quator denim annorum.

»*Idem.*

»Si aliquis homo aperuerit campum, et postea plantaverit eum vineam: et tandiu excoluerit eam donec sic de tribus foliis, quod evenit in laboratione trium annorum, et postea alius homo miserit malam vocem, et clamum in prædicta vinea: dicens, quod vinea illa est plantata in sua hæreditate propter quod petit sibi eam reddi. Si ille qui eam plantaverit potuerit probare per testes sufficientes, quod ille qui eam mandat dum laborator fodiebat, et plantabat eam, ingrediebatur et grediebatur per vices aliquantas in Villam illam in cuius termino est

plantata: et infra terminum antedictum dum debuit, et potuit non velavit cum testibus ne laborator iam dictan vineam laboraret, de cætero demandator per Forum non potest, nec debet habere vocem, nec eius successores, ut demandet vineam supradictam. Tamem non noceat pupillis, nec minoribus quatordecim annorum.

» *Idem.*

» Si aliquis homo in aliquo catali veteri aparnerit fundamenta, super quibus tantum postea construxerit in girum donec opus illud sit de tibus tapiabilibus in altym, & miserit ipsum caxal in acredo & fecerit ibi postal, supra quo firmaverit postal: & hoc facto postea alius homo miserit in ipsum caxal malam vocem, dicendo carta ipsum qui ipsum edificavit, quod in sua hæreditate est constructum: unde vult, & petit sibi cum reddi: si ille qui facit eum construere potuerit probare per legitimos testes, quod ille homo qui eum petit ingrediebatur, & epediebatur in ipsa villa in qua constructum est caxale illud: de cætero ille homo non potest secundum Forum habere locum, ant vocem quod debeat demandare ipsum caxale: postquam manifestum est ex opere illo quod postales firmati sunt ni ipso caxali cum aliis suprascriptis. Non tamen noceat pupilli & minoribus.

» *Idem.*

» Quicumque Infantio, vel alius tenuerit aliquam hæreditatem pacificè per triginta annos, et unum diem: et post transactum istum terminum alius homo quicumque sit, miserit in illam malam vocem demandando illam hæreditatem, si ille qui possidet poterit probare sufficienter, quod ille qui eam mandat ingrediebatur, et egrediebatur in Ville

illa ubi est hæreditas antedicta: qui eam demandat non potest, nec debet eam consequi ratione qualicumque secundum Forum Aragonum. Si tamen possessor poterit probare, aut mostrare suam auctoritatem per scripturam sibi valituram, et quod ei sufficere possit secundum Forum salvo anno, et die in suis, casibus, sicut continetur in Foro anni et diei.

» *Germana regina locunt.*—Montisoni.—1512.

» La señora Reyna, Lugarteniente general, de voluntad de la Corte & quatro braços de aquella, por quitar pleytos, é questiones, y por bien y reposo del dicho Regno, y Regnicolas de aquel, statuece y ordena, que los quo hauran posseido ó posseyan por si, ó por aquellos de quien hovieron causa y derecho por tiempo de treynta años bienes sitios, ó mobles, derechos, é acciones que hayan seydo de Hereges, en vida, ó en muerte condenados, aunque de aquellos no muestre el dicho posseidor, ni mostrar pueda titol alguno, no puedan por el señor Rey, ni por sus successores, ni por el Fisco dellos de qualquiere Cort que sea, los tales ser molestados, ni vexados: ni les puedan aquellos ser demandados por los sobredichos, ó alguno dellos: ni por la Inquisicion, ni oficiales de aquella, ni por otros havientes causa, ó derecho dellos. Y que las cartas de comanda, censales, é otros deudos, derechos y acciones sean prescriptos por el dicho tiempo de los dichos treynta años. Los quales dichos treynta años en cada uno de los dichos casos sean, é se entiendan continuos, y no deduzidos algunos tiempos de medio: antes aquellos corran inmediatamente, é continuos, sin ninguna interpolacion de tiempo: aunque se alegue ignorancia. E la dicha prescripcion haya lugar y se estienda á qualesquiere censales, censos, é tributos á que fuessen obligados qualesquiere Univer-

sidades, Cuerpos, Collegios, é singulares personas del dicho Regno, ó sus bienes, ó alguno dellos, ó dellas á Iudios expulsos del dicho Regno, é ó á los havientes derecho é causa dellos. E quiere la dicha señora Reyna con la dicha Corte, que todas las sobredichas cosas hayan lugar, no solamente en las causas y pleytos esdevenideros: mas aun en las causas que en qualquiere instancia de presente pienden.

»I.—*De fide instrumentorum.*

»*Iacobus primus.* — Oscaë. — 1247.

»Cum super aliquas convenientias quæ sint inter Christianum, & Iudæum, sive Sarracenum de venditione, pignore, dono, aut mutuo, seu permutatione, seu de cualicumque causa quæ per cartam publicam debeat confirmari: instrumentum debet fieri per publicum tabellionem: & nomen scriptoris debet apponi in carta illa: ut si quis aliquo tempore dixerit aliquid contra cartam, per testes in carta scriptos, & scriptorem si vixerit probetur instrumentum esse verum. Tamen si scriptore mortuo cuius titulum instrumentum continet, dubitatur utrum ille confecerit instrumentum: per alia instrumenta ab eodem confecta probari poterit abundanter. Tamen cum aliquid ostenderit instrumentum debiti contra aliquem, & dubitetur de instrumento, si scriptor & testes fuerint mortui: si per duo, vel plura instrumenta poterit probari, quod ille scriptor qui est insertus in illo instrumento fecit illud instrumentum: sine sacramento habeat valorem. Et si probari non poterit ita: & adversa pars poterit reprobare cartam illam per duas, vel plures cartas illius scriptoris inserti in illa carta, quæ aperte habeant literam diversam á litera illius cartæ: reprobetur instrumentum. Et si hoc non poterit fieri,

iuret qui monstrat instrumentum secundum Forum, & habeat valorem. Ita tamen quod quicumque infra viginti annos, ex quo fuerit instrumentum confectum debiti, non petierit debitum: instrumentum illud ex tunc nullam habeat firmitatem.

»FUERO II.—*De depósito.*

»*Ioannes II.*—Calataiubii.—1461.

»Item, de voluntad de la Cort statuymos, que en los depositos, siquiere comandas, que de aquí avant se farán, testificarán, haya lugar prescripcion de veynte años. En la present disposicion empero no queremos sian inclusos los depositos de la Cort: ni se entienden los menores de catorze años.

»1.^o—DE SOLUTIONIBUS.

»*Iacobus Primus.*—Oscae.—1247.

»Creditor, qui usque ad certum terminum pecuniam super pignore alicui mutuavit, confecto inde cum fidantia, & testibus instrumento, si transacto solutionis termino, fidantiam pignorerit, ut faciat pecuniam sibi solvi, non potest debitor offerre super fideiussorem fidantiam iuris: sed quod solvat sibi pecuniam mutuatam.

»3.^o—DE FIDEIUSSORIBUS.

»Si causa incepta, quis fideiubeat pro alio de parendo iuri: & ea nondum finita moritur, uxor, & filii defuncti super ipsa fidantia nullatenus respondebunt: hoc tamen, cum super hæreditate quæstio agitatur. Ita tamen, quod ex quo fuerit data talis fidantia in tali causa, illa hæreditas aliquo modo non possit alienari quousque illa causa sit determinata per iudicium. Et si alienatur, non valeat alie-

natio: tamen talis demandator si steterit per annum, & diem, quod non prosequatur causam, postea non teneatur respondere ipsa fidantia, & ille cui fiebat demanda, possit alienare hæreditatem, & facere voluntatem suam.

»30.—DE APREHENSIONIBUS.

»*Ioannes Rex Navarræ Locumtenens.*—Alcagnicii.—1436.

»A vezes se dize haver alguno dreyto en bienes de algun defuncto, por testament, ó otra ultima voluntad, ó disposicion, ó abintestato, ó por causa de vinclo, ó otra cualquieré manera: si otra persona ocupara primero la possession de los bienes que tenia el dito defuncto, antes que aquel que se pretiende haver dreyto en aquellos por las causas de sus ditas, ó alguna dellas. Statuymos de voluntad de la dita Cort, que por la dita ocupacion no pueda obtener en el juicio possessorio, si el otro tenra mellor titol sobre los ditos bienes. Antes, en tal caso, obtenga aquel, aun en el juicio possessorio, qui tiene mellor titol en los bienes sobreditos. Sino es que aquel qui primero ocupó la possession, haya poseydo los ditos bienes sin contradicción de aquel qui pretiende haver dreyto en aquellos, por tiempo de un año contadero del tiempo que la muert del posseydor de los ditos bienes fue publicament sabida en los lugares en do son los bienes sitiados. E á la hora el posseydor debe seyer defendido en su possession, entro á que sobre la propiedad sia judicialment vencido. E las sobreditas cosas hayan lugar encara que los bienes sian aprehensos á manos de la Cort en qualquiere manera. E las sobreditas cosas solament hayan lugar en las causas que de aquí adelant se començaran por vigor de contractos, testamentos, ó últimas voluntades, que de aquí avant se faran: ó

successiones abintestato que de aquí avant acaesceran.

»FUERO ÚNICO.—*De salariis Mercenariorum.*

»*Martinus I.*—Cæsaraugustæ.—1398.

»Quoniam multi qui steterunt, vel stant in domo, vel servitio alterius, non petunt salarium, vel solidatam usquequò illi cum quibus steterunt, vel servierunt, sunt vita fructi: et tunc non petunt certum salarium, nec solidatam quæ eis fuerit promissa: immò petunt quod pro suis laboribus taxentur salaria, et solidatæ pro illis temporibus quibus asserunt stetisse, vel servivisse suis dominis, unde sequuntur hæredibus, vel successoribus illorum multa damna: et espensæ. Propterea volumus, et ordinamus, quod quicumque alteri serviet, velin eius demostabit, non possi demandare iudicialiter salarium, vel solidatam aliquam, nisi ostendat dictum salarium, vel solidatam pactionatam inter ipsum, et illum cui servit.»

Hé aquí ahora las sentencias del Tribunal Supremo sobre prescripción aragonesa que más importa conocer:

19 de Diciembre de 1864.

«En la villa y Corte de Madrid, á 19 de Diciembre de 1864, en los autos pendientes ante Nos por recurso de casación, seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Zaragoza y en la Sala primera de la Real Audiencia de la misma ciudad por doña Isabel Bosque y su hijo D. Esteban Abadía y Bosque con D. José María Miguelena y D. Pedro Guzmán, sobre propiedad de una casa:

»Resultando que D. Agustín Bosque y Cabero otorgó testamento en 12 de Agosto de 1754, en el que nombró heredera usufructuaria á su madre doña Juana Cabero y Eril, disponiendo que á su muerte se formase un vínculo regular, del cual fuera primer poseedor su hermano D. Matías, y pudiera su dicha madre llamar, fenecida que fuera la línea de aquél, á las familias que quisiese, debiendo especificar y confrontar los bienes:

»Resultando que la expresada heredera otorgó testamento en 22 de Diciembre de 1759; y refiriendo las disposiciones del de su hijo mayor, usando de las facultades que éste la había dejado, fundó de sus bienes, á que agregaba los suyos propios, un mayorazgo regular, nombrando primer poseedor, después de la muerte de la otorgante, á su hijo don Matías y después de él á sus descendientes, declarando, por último, cuáles eran los bienes sujetos al mayorazgo, entre los que designó en primer lugar una casa en el Coso, parroquia de San Miguel, con los linderos que expresó:

»Resultando que en 17 de Septiembre de 1803, otorgó testamento D. Agustín Bosque, hijo del citado D. Matías, nombrando heredera usufructuaria universal de todo el mayorazgo que poseía y para durante su viudez á su esposa doña Micaela Moreno, y heredera universal del mismo, con lo demás que le pudiera pertenecer, á su hija doña Joaquina en primer lugar, y en segundo á su otra hija doña Isabel; debiendo ser heredero de dicho mayorazgo, en el caso de que aquéllas falleciesen sin tomar estado, aquel á quien correspondiese con arreglo á los llamamientos de la fundación:

»Resultando que doña Micaela Moreno, viuda de D. Agustín Bosque, y su hija doña Joaquina, vendieron por escritura de 22 de Noviembre de 1815 á

D. José Iñigo, una casa en la calle del Coso, señalada con el núm. 42 en la parroquia de San Miguel, franca y libre de todo censo, carga, vínculo y obligación, finca que después vino á recaer por mitad en D. Pedro Guzmán y en D. José María Miguélena y su esposa doña Inés Prat:

»Resultando que doña Isabel Bosque y su hijo D. Esteban Abadía y Bosque entablaron demanda en 10 de Septiembre de 1861, pidiendo se declare nula y de ningún valor ni efecto, como hecha por quien no tenía derecho para enajenar, la venta de la casa de la calle del Coso, ejecutada por doña Micaela Moreno y por doña Joaquina Bosque, madre y hermana de doña Isabel; y que como una de las fincas comprendidas en el mayorazgo regular fundado por doña Juana Cabero, pertenecía en concepto de libre y por mitad á los demandantes en sus respectivos caracteres de poseedora actual la doña Isabel, que por la muerte sin sucesión de su hermana doña Joaquina había entrado al goce de dicho mayorazgo en 27 de Junio de 1834, y de inmediato sucesor su hijo D. Esteban, condenándose á D. José María Miguélena y D. Pedro Guzmán, actuales poseedores de dicha casa, á restituirla con sus rentas producidas desde su posesión, y en todas las costas:

»Resultando que los demandados impugnaron la demanda, alegando: primero, que no constaba la existencia del vínculo, ni tampoco que la casa demandada perteneciese á D. Agustín Bosque ni á su madre; segundo, que desde la venta de 1815 habían transcurrido más de los años suficientes para prescribir cualquiera acción que asistiera á los demandantes, y tercero, que la casa demandada no era la misma que expresaba el testamento de doña Juana Cabero:

»Resultando que practicada prueba por las partes

sobre la identidad de la finca, dictó sentencia el Juez de primera instancia, que confirmó la Sala primera de la Real Audiencia de Zaragoza en 19 de Enero de 1863, absolviendo á los demandados de la demanda, á cuya consecuencia los demandantes interpusieron recurso de casación, citando como infringidas:

»Primero. La ley 1.^a, tít. XVII, libro 10 de la Novísima Recopilación, según la cual, es suficiente prueba de la fundación de un mayorazgo la escritura de su institución:

»Segundo. La ley 114, tít. XVIII, Partida 3.^a, que previene deben valer las cartas para probar con ellas los pleitos sobre que fuesen fechas:

»Tercero. La doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales, y por este Supremo en sentencia de 11 de Octubre de 1858, de que las fundaciones quedan probadas desde el momento en que conste en legal forma la voluntad de vincular y las fincas sometidas á tal gravamen, sin que obste que la fundación se haga en testamento:

»Cuarto. La doctrina consignada también en la sentencia de 11 de Diciembre de 1861 y otras, de que probada la fundación de un mayorazgo del modo que establece la ley 1.^a, tít. XVII, libro 10 de la Novísima Recopilación, y no apareciendo título alguno justo por el cual haya debido dejar de pertenecer á dicho mayorazgo la finca de que se trate, no puede decirse que no aparece justificada la calidad vincular de la misma:

»Quinto. La ley 16, tít. XXII, Partida 3.^a, y la doctrina sancionada por este Supremo Tribunal en sentencias de 12 de Mayo y 5 de Junio de 1860 y otras, según las cuales, los fallos deben reducirse á los términos del debate:

»Sexto. La doctrina consignada en la sentencia

de 28 de Junio de 1861, según la cual, el que reclama bienes en concepto de vinculados no tiene que probar más que tal cualidad y su identidad, y de ningún modo el dominio de los bienes en el testador ó fundador:

»Séptimo. La doctrina legal contenida en el axioma jurídico *possesor ergo dominus*:

»Octavo. Y bajo este supuesto, la ley 2.^a, título XIII, Partida 3.^a:

»Noveno. El Fuero 6.^o, *De prescriptionibus*.

»Décimo. La doctrina legal consignada en sentencias de 24 de Enero de 1854, 23 de Mayo de 1855 y otras, según las que la prescripción no tiene lugar cuando se trata de bienes vinculados mientras conservaron tal carácter:

»Undécimo. El mismo Fuero 6.^o *De prescriptionibus*, en la hipótesis inadmisibile de que debiera entenderse como lo decía el fallo de la Sala:

»Duodécimo. La ley 16, tít. XXII, Partida 3.^a:

»Décimotercero. El art. 333 de la ley de Enjuiciamiento civil:

»Décimocuarto. Y, por último, y bajo el supuesto de que este Tribunal debiera ocuparse, que creían no lo haría, atendidos los precedentes que tenía establecidos, de las demás excepciones alegadas por los demandados, que no habían sido examinadas ni resueltas por la sentencia, las leyes y doctrinas aducidas en los escritos de primera y de segunda instancia, que daban por repetidas para dicho caso hipotético:

»Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Miguel de Nájera Mencos.

»Considerando que aunque deba tenerse por bastante la fundación del vínculo hecha en los testamentos de D. Agustín Bosque y de su madre doña Juana Cabero, como asimismo la designación de

los bienes con que fué dotado; y aunque éstos se transmitieron por ministerio de la ley, á los sucesores con la misma cualidad, todo conforme á la 1.^a, tít. XVII, libro 10 de la Novísima Recopilación, y á la doctrina consignada en varias sentencias de este Tribunal Supremo; sin embargo, los mismos bienes, que por ser vinculados eran imprescriptibles, pasaron á la clase de libres desde el 30 de Agosto de 1836, en que fueron restablecidas las leyes desvinculadoras, según repetidamente lo tiene declarado este mismo Tribunal:

»Considerando, por consiguiente, que desde aquella fecha debe contarse la prescripción respecto de la casa de que se trata:

»Considerando que el Fuero 6.^o de Aragón, *De prescriptionibus*, que establece que todo el que posee una cosa, sea cual fuere el motivo, por espacio de treinta años, no puede ser perturbado en su goce, debe entenderse respecto de los casos extraordinarios en que falta algún requisito para la prescripción común; pero no en los ordinarios, como sucede en el presente, en que los demandados adquirieron la casa con buena fe y justo título, habiéndola poseído por más tiempo del que se requiere para la prescripción común, de todo lo cual se deduce que no se ha infringido el citado fuero de Aragón:

»Considerando que la sentencia que absuelve de la demanda, abraza todos los extremos que han sido objeto de ella y del juicio, y es, por consiguiente, conforme con los preceptos de la ley 16, tít. XXII, Partida 3.^a, del art. 333 de la de Enjuiciamiento civil y de las doctrinas concordantes;

»Y considerando, por consiguiente, que no se han infringido las leyes y doctrinas de jurisprudencia citadas en apoyo del recurso;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos no

haber lugar al de casación propuesto por los demandantes, á quienes condenamos á la pérdida de la cantidad por que prestaron caución, que pagarán si vinieren á mejor fortuna, y en las costas, devolviéndose los autos á la Real Audiencia de Zaragoza con la certificación correspondiente.»

20 de Enero de 1866.

«En la villa y Corte de Madrid, á 20 de Enero de 1866, en el pleito pendiente ante Nos por recurso de casación, seguido en el Juzgado de primera instancia de Benabarre y en la Sala primera de la Real Audiencia de Zaragoza por D. Francisco Paul y Gil con D. Francisco Naval, sobre pertenencia de bienes:

»Resultando que otorgada escritura de capitulaciones en 18 de Octubre de 1789, con motivo del matrimonio celebrado entre D. Joaquín Antonio Aguilar y doña Rita Naval, los padres del primero, D. Pedro Antonio Aguilar y doña Clara Lacasa, le instituyeron heredero de todos sus bienes, con la condición de que si muriera sin hijos, sólo pudiera disponer de 500 libras, volviendo el resto de la herencia al donante; y si hubiese muerto, al habiente derecho:

»Resultando que D. Joaquín Aguilar sobrevivió á su padre, y que falleció sin descendencia en 7 de Septiembre de 1830, nombrando heredera á su mujer Rita Naval, que murió en 29 de Marzo de 1847, instituyendo heredero á su sobrino D. Ramón Naval, padre del demandado:

»Resultando que D. Francisco Paul y Gil, pariente en décimotercio grado civil de D. Pedro Antonio Aguilar, entabló demanda en 21 de Julio de 1862 para que, en atención á que D. Joaquín Aguilar, su hijo, había fallecido sin descendencia, y á lo

establecido en las capitulaciones matrimoniales del mismo, se le declarase heredero de los bienes de aquél, y se condenase al demandado á la restitución de las fincas expresadas en una relación que acompañó, reservándole además el derecho de repetir contra los demás que se hallen en poder del demandado:

»Resultando que D. Francisco Naval impugnó la demanda, alegando que D. Joaquín Aguilar no había cumplido veinte años al otorgarse las capitulaciones matrimoniales, y los que no habían cumplido esta edad no podían renunciar á sus derechos: que los padres no podían imponer condición ni gravamen alguno en la legítima de los hijos: que con arreglo á la Observancia 2.^a, *De rebus vinculatis*, la sustitución que establecía el padre sobre los bienes en que instituía á su hijo, espiraba á los veinte años, plazo que había cumplido con exceso en el caso actual; y que, por último, y aun en el de que la sustitución hubiera sido válida, habría perdido el demandante el derecho que creía asistirle, por haber transcurrido con exceso los treinta años que para ellas establecía el Fuero 6.^o, *De prescriptio-nibus*:

»Resultando que desestimada la demanda por la sentencia del Juez de primera instancia, que confirmó la Sala primera de la Real Audiencia de Zaragoza en 4 de Junio de 1864, interpuso el demandante recurso de casación, citando como infringidas:

»Primero. Las leyes 10, tít. III, y 9.^a, tít. IX de la Partida 6.^a, porque D. Pedro Antonio Aguilar había dado señalés inequívocas de quiénes eran los que debían recibir los bienes:

»Segundo. La ley de 16 de Mayo de 1835, porque había sido anterior á su publicación la transmisión

de los bienes en doña Rosalía Franco, abuela del demandante, pues D. Joaquín Aguilar había fallecido en 1830:

»Tercero. El Fuero único y Observancia 1.^a, *De rebus vinculatis*, puesto que D. Joaquín Aguilar había recibido una cantidad determinada con libre disposición, que era su legítima, dejándole además todos los restantes bienes que no podían constituir aquélla por la cual eran susceptibles de la sustitución perpetua, siendo, por tanto, inapreciable la Observancia 2.^a, *De rebus vinculatis*, en que se había fundado la sentencia:

»Cuarto. Y por último, el Fuero 6.^o, *De prescriptionibus*, por no tener la posesión ninguno de los requisitos legales, pues ni doña Rita Naval había poseído como dueña, sino en concepto de usufructuaria, ni había tenido buena fe, porque habiendo intervenido en el otorgamiento de la capitulaciones matrimoniales, había aceptado la sustitución perpetua establecida é impuesta por su padre:

»Visto, siendo Ponente el Ministro D. José María Pardo Montenegro:

»Considerando que todas las acciones, ora sean personales, ora reales ó mixtas, están sujetas á los principios y reglas generales de la prescripción establecida en la Legislación de Aragón y Castilla, y especialmente en la ley 5.^a, tít. VIII, libro 11 de la Novísima Recopilación:

»Considerando que si bien D. Pedro Antonio Aguilar, por la escritura de capitulaciones matrimoniales de 18 de Octubre de 1789, instituyó por heredero de todos sus bienes á su hijo D. Joaquín, instituyéndole con la condición y gravamen de que si falleciese sin hijos legítimos ó menores de catorce años, volvieran aquéllos al padre, y si no le sobreviviese, al *habiente derecho*, que lo era en este caso

el hijo instituído, como su único y universal heredero abintestato, pudiendo sólo disponer de 500 libras jaquesas, no designó la parte de legítima cierta que le pertenecía, y de su libre disposición, y por el transcurso de veinte años espiró y perdió su fuerza y eficacia el gravamen de la sustitución: pudiendo disponer, como en efecto lo hizo el D. Joaquín, de todos sus bienes, nombrando heredera por testamento á su mujer doña Rita Naval, según el Fuero 6.º de Aragón, *De testamentis*, y la Observancia 2.ª, *De rebus vinculatis*:

»Considerando que en tal concepto, y no en el de usufructuaria por el derecho de viudedad foral, poseyó la doña Rita quieta y pacíficamente los bienes relictos al fallecimiento de su marido desde el 7 de Septiembre de 1830, en que ocurrió, hasta el 29 de Marzo de 1847, en que murió ella; y después continuó en la misma posesión su sobrino y heredero D. Ramón Naval, padre del demandado, sin que se hubiese hecho reclamación alguna por parte del demandante hasta el 21 de Julio de 1862, que entabló esta demanda, habiendo transcurrido más de treinta años, á contar desde la muerte del D. Joaquín:

»Considerando que por el lapso de este tiempo quedó prescrita la acción deducida, según la referida ley 63 de Toro, el Fuero 6.º, *De prescriptionibus*, y la jurisprudencia admitida por este Supremo Tribunal;

»Y considerando, por todas las razones expuestas, que la Sala sentenciadora, al absolver de la demanda á D. Francisco Naval, no ha infringido las leyes de Partida, Fueros y Observancias de Aragón, que citó el recurrente;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco Paul y Gil, á quien condenamos

á la pérdida de la cantidad por que prestó caución, que pagará si viniese á mejor fortuna, y en las costas; devolviéndose los autos á la Real Audiencia de Zaragoza, con la certificación correspondiente.»

18 de Diciembre de 1874.

«En la villa de Madrid, á 18 de Diciembre de 1874, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia del distrito de San Pablo de la ciudad de Zaragoza y en la Sala de lo civil de la Audiencia del mismo territorio por D. Francisco Álvarez de Toledo, con la calidad de Procurador mayor del término de Centén, con D. Miguel González y D. Santiago Tello, éste por sí y además como administrador y apoderado de los hijos menores del duque de Solferino, sobre pago de pensiones de riego y declaraciones de otros derechos; autos que penden ante Nos en virtud de recurso de casación interpuesto por los demandados con la sentencia que en 12 de Mayo de 1873 dictó la referida Sala:

»Resultando que por escritura otorgada en la ciudad de Zaragoza en 1.º de Septiembre de 1621, Antonio Fúster, Antonio del Campo y Alonso Maynar, como Procuradores del Capítulo de Herederos regantes de la acequia de Centén y agua á ella aumentada dentro del término del lugar Uytebo, de una parte, y de la otra doña María de Aragón, señora del lugar de las Casetas, viuda de D. Pedro Coloma, y otros herederos regantes de dicha acequia en el territorio llamado antiguamente de Mazalmazorri, y de presente de las Casetas, otorgaron capitulaciones y concordia con los pactos y condiciones, entre otros, los siguientes: atendido que de tiempo antiguo había habido y había en el río Jalón, en términos de la villa de Alagón, un azud llamado de la acequia de Centén, por el cual se

sacaba y tomaba una acequia titulada de Centén, la cual discurría por términos de dicha villa de Alagón, Marrán, Torres de Berrellén, Lajoyosa, Meslafa, Sobradíel, Mazalmazorri y Uytebo, mediante la cual acequia se habían regado y regaban tierras y heredades de dichos términos, mediante los adores, divisiones y costumbres de la Hermandad de dicha acequia que se habían observado y observaban de presente: atendido que acerca de los riegos y limpiezas de acequias y otras cosas acerca de ello tocante entre los otorgantes, de tiempo antiguo había pactos y condiciones que se habían observado y observaban, querían que en cuanto por esta concordia no se innovaren, quedasen en su fuerza y vigor: atendido que para mayor beneficio y utilidad de las dichas partes y de los riegos de dichas sus heredades habían construído á su costa el Capítulo de herederos de dicho término de Uytebo, en el río Jalón un azud en los términos de Castellar, guiando y encaminando el agua por el bocal de la acequia vieja de Almozara, reparándola á sus propias expensas y gastos, tomándolo á treudo, querían los otorgantes que en el uso y gozo de dicha agua se guardasen; el gasto estaba tratado haberse de pagar á prorrata, á saber: pagando los dichos herederos de las Casetas de siete partes de todos los sobredichos gastos censales y treudos las dos partes, y las otras cinco partes restantes los dichos de Uytebo por entero: por tanto, era pactado y concordado entre dichas partes que los herederos del territorio de las Casetas se obligaban á pagar en cada un año la dicha porción de las pensiones de dichos censales y prorratas de aquellos caídos, corridos y debidos desde 3 de Junio de aquel año y las que caerían en adelante hasta el tiempo de las luiciones de dichos censales, pagando la dicha cantidad de dichas pen-

siones y de la suerte principal de aquéllas en caso de luición al dicho Capítulo de herederos de Uytebo; pudiendo éste luir dichos censales cuando quisiere, y compeler á los herederos de las Casetas á que paguen su parte y porción de la luición con que empero les hayan de intimar, y que desde el día de la íntima tuvieran un año de tiempo para poder pagar la dicha parte y porción que les cabía á dichos herederos del territorio de las Casetas en las luiciones: que cualesquiera gastos que se ofrecieran hacer en adelante para conservación de dicho azud y acequia se hubieran de repartir á prorrata entre las dos partes, pagando y contribuyendo cada una de ellas, á saber: de siete partes, las cinco los dichos de Uytebo, y las dos partes restantes los de las Casetas; empero era pactado y concordado que siempre que se ofrecieran hacer gastos en los reparos y limpias en dichos azud y acequias, el Capítulo de Uytebo había de intimar y notificar á los de las Casetas para que se juntasen en dicho lugar de Uytebo dentro de tres días á tratar del reparo de dichos azud y acequia, y en tal caso que no acudiesen ó no se concertasen, pudieran hacer los reparos los de Uytebo y compeler á los de las Casetas la parte y porción que les perteneciera, al respecto dicho de dos partes de siete; que la limpia y escombra de la acequia de Centén se había de hacer en la forma acostumbrada, pagando los de las Casetas por su cuenta de siete partes las dos; y respecto de la acequia vieja de Almozara y tránsito del agua hasta llegar á dicha acequia del Centén, limpiaran y escombraran los de las Casetas su parte ó porción que les tocase á razón de dos partes de siete, y lo demás restante sería de cuenta, cargo y obligación de los de Uytebo: que respecto del gobierno del agua, usos y gozo de ella, se hubiera de guardar el modo y

forma acostumbrada entre dichas partes en dicha acequia de Centén, sin innovar cosa alguna por la presente concordia, sino tan solamente en aquello que por ello se disponía y ordenaba: que siempre y cuando que hubiese nuevo sucesor en el dicho lugar de las Casetas y todas las veces que lo hubiese en el dicho lugar y en los demás heredamientos de las partes capitulantes y terratenientes en dicho término de las Casetas, hubieran de loar y aprobar la presente concordia y otorgarla de nuevo; y no lo haciendo se les pudiera quitar el uso y gozo de la dicha agua que se traía por la dicha acequia vieja de Almozara á dicha de Centén, ni obstante la presente concordia ni ordenaciones algunas que en adelante se hicieren ni posesión ni derecho que pudieran haber adquirido de regar. Á continuación de la escritura se halla una nota firmada en 10 de Abril de 1871 por el Registrador de la Propiedad de Zaragoza, que dice: «se devuelve el presente documento sin hacer presentación de él en el libro Diario por no ser inscribible:»

»Resultando que en 1844 por el Alcalde y Ayuntamiento del lugar de las Casetas se acudió al Juzgado, pretendiendo se mantuviera y amparara á los vecinos de dicho pueblo en el derecho, uso y posesión pacífica en que habían estado y estaban de regar varios campos y tierras de su término, en una extensión de más de 30 colmadas con las aguas de la acequia de Centén, á las que se hallan contiguas en el tránsito que la misma hace por los términos del referido pueblo de las Casetas, tomando al efecto de ello sus aguas en el turno á dos señalado por las ordinaciones, que lo es desde la salida del sol del miércoles de cada semana, contribuyendo por su parte á verificar la limpia de sus fronteras; y después de prestada la información necesaria, por

providencia de 4 de Mayo del mismo año, se mandó mantenerlos y ampararlos en el uso, derecho y posesión indicados: que hecho saber aquel proveído, el Ayuntamiento de Utero y Junta del término de Centén se opusieron, solicitando su revocación, y no obstante las pruebas aducidas por vía de justificación, fué confirmado en 3 de Marzo de 1847; de cuyo proveído, aunque se alzaron aquéllos para ante el Tribunal Superior, no consta hicieran uso del recurso:

»Resultando que á continuación de dicho juicio de amparo se acudió por parte del término de Centén, deduciendo demanda ordinaria contra D. Miguel González y D. Santiago Tello, en la que después de hacer mérito de la escritura de capitulación y concordia de 1.º de Septiembre de 1821, expuso que en cumplimiento á lo pactado y tratando el término de Centén de Utero de sostener su derecho y obligar á los vecinos de las Casetas á que cumplieran con la concordia, les convocó á junta, en la cual no se habían concertado en pagar ni en cosa alguna, con el que, y con arreglo á la expresada escritura, señalaron á los demandados la cantidad de 11.670 rs. 22 cénts., cuyo pago reclamaban judicialmente como correspondiente al reparto del año, pidiendo á la vez se declarase quedaban privados del riego, por no haberle satisfecho á su tiempo, fundándose para todo ello en que estando pactado que corresponden las dos séptimas partes á los vecinos de las Casetas, no pueden separarse hoy, porque la ley del contrato es obligatoria de todo punto, y en que si quieren continuar regando, deben pagar lo que les corresponda: que el haber pasado algún tiempo sin pagar, no puede servir para invocar la prescripción, por cuánto los socios, los comuneros y los copartícipes, no prescriben, ni pueden pres-

cribir, en contra de sus asociados ó comunidad: que siendo conocido en Aragón con el nombre de alfarda lo que se debe pagar por razón de riego, según la Legislación foral, no corre contra ella la prescripción, y en que, según Real orden de 30 de Junio de 1868, á los regantes que no quieran pagar la alfarda se les puede privar del derecho de regar:

»Resultando que los demandados excepcionaron que la demanda se apoya únicamente en una escritura de concordia, otorgada en 1.º de Septiembre de 1621 entre los Procuradores del término de Centén de Utero, doña María de Aragón, viuda de D. Pedro Coloma, señor de las Casetas, y varios vecinos de este último pueblo, en la cual se estipuló que éstos tenían derecho á aprovechar las aguas de Centén todas las semanas desde la salida del sol del lunes hasta la salida del sol del miércoles, pagando dos séptimas partes de los gastos, sin embargo de lo que los de las Casetas habían gozado desde inmemorial dicho aprovechamiento de los días indicados, sin más carga ni obligación que limpiar el cauce de su acequia en la confrontación de sus respectivas fincas, demostrando esta contradicción que se advierte entre la concordia y la posesión inmemorial haber ocurrido novedades que hayan hecho variar las condiciones de aquélla: que con efecto el año 1621 en que se celebró, la acequia de Centén era independiente de la de Madriz con que regaban los pueblos de Torres, Mazalocha, Marlofa y Sobradriel, como lo demostraba la misma concordia, puesto que sólo fué otorgada por los representantes de Utero y las Casetas: que después de la concordia se hermanaron los regantes de las acequias de Madriz y Centén, como se comprobaba con las Ordenanzas formadas en 22 de Septiembre de 1760 que presentaban, en las cuales se confirmó el

derecho de los de las Casetas al aprovechamiento de las aguas en los días indicados, sin que se hable de lo que deberían pagar para los gastos: que con posterioridad los vecinos de Utero se separaron de la hermandad de Madriz, construyendo un nuevo azud en el río Jalón, á larga distancia aguas abajo de la de Madriz y antiguo Centén y un nuevo cauce ó acequia para llevar las aguas á los términos de las Casetas y Utero; y que por consecuencia de esta variación la acequia de Centén de Utero extendió el trayecto que los de dicho pueblo tenían que limpiar, siendo otra de las novedades posteriores á la concordia la construcción del canal imperial, con lo que algunos de los términos que antes recibían agua de las acequias del Jalón, se acogieron al canal por considerar sus aguas más seguras, y que la posesión de los vecinos de las Casetas se halla reconocida por la Junta de Centén de Utero; y concluyeron solicitando se les absolviera de la demanda con imposición de costas al demandante, fundándose para ello que habiendo transcurrido dos siglos y medio desde el otorgamiento de la escritura de concordia, y habiendo con posterioridad estado desde inmemorial los vecinos de las Casetas en la posesión de aprovechar las aguas en sus dos séptimas partes, sin contribuir con otra cosa que con la limpia de la acequia en sus respectivas fronteras, la concordia no puede surtir efecto contra la prescripción apoyada en las Ordenanzas de 22 de Septiembre de 1760 y demás de que se ha hecho mérito, sin que sea un obstáculo para ello la posesión en común, pues que en el caso actual se halla bien deslindada su participación en las aguas, además de que aun cuando quiera suponerse que las deudas procedentes de alfardas son imprescriptibles por su índole, esto sería en el caso de que una finca estuviera conocidamen-

te afecta al pago, lo cual no es lo que se ventila, sí es la causa de la deuda:

»Resultando que la parte demandante al replicar adicionó los hechos de su demanda, exponiendo que la acequia de Centén de Utero de que se trata es la que fué objeto de la concordia de 1821, construída en virtud de esa misma escritura con entera independencia de la del antiguo Centén de la hermandad, como se comprobaba con el plano topográfico que acompañaba para su unión á los autos, sin que las Ordenanzas presentadas de contrario pudieran probar otra cosa más que á la sazón existía el antiguo Centén ó de la hermandad en que entraban distintos pueblos, no habiendo figurado en la concordia más que Utero y Casetas, en que dejando subsistentes los derechos de la hermandad construyó azud y cauce nuevos, formando, por lo tanto, acequia aparte, siendo por lo mismo diferentes la cosa, los partícipes, las escrituras y los derechos y el Centén de Utero enteramente independiente del antiguo Centén ó de la acequia de Madriz, desde el azud ó madre hasta su desagüe en el Ebro, y que aquí no se trataba de disfrutar la posesión, sino de que se obligue á los demandados á pagar las dos séptimas partes de gastos en proporción de las dos séptimas partes de agua que consumen:

»Resultando que los demandados en la dúplica negaron que la acequia del Centén de Utero fuera independiente de la hermandad de Madriz, como se comprobaba con la escritura de concordia de 1621, donde se hace mérito de las acequias de la hermandad de los pueblos que por ellas riegan y de la construcción de un nuevo azud en el río Jalón para aumentar el caudal de aguas: que la posesión pudiera haberse interrumpido por las reclamaciones de los de Utero, pues que para ello era necesario que hu-

bieran salido victoriosos y que la reclamación versara sobre el mismo objeto jurídico sobre que versa la prescripción, siendo así que hasta ahora no se había hecho reclamación para que los de las Casetas pagasen las dos séptimas partes de los gastos de la acequia:

»Resultando que seguido el juicio por sus trámites, la Sala de lo civil de la Audiencia, por sentencia de 12 de Mayo de 1873, confirmatoria de la del Juez de primera instancia, declaró que los demandados D. Miguel González y D. Santiago Tello, por sí y la representación de los hijos menores del duque de Solferino, están obligados á pagar la parte que les corresponda proporcional á las dos últimas por que se obligaron los vecinos regantes de las Casetas en la escritura de concordia de 1621: y en su virtud los condenó á que pagasen á la parte actora 11.670 rs. 22 cénts., ó sean 2.917 pesetas 55 céntimos por el reparto del año de 1871; declaró improcedente la petición del actor para que se les prive del riego por no haberle satisfecho á su tiempo; y en su virtud les absolvió de la demanda por lo relativo á este particular, sin hacer especial condenación de costas;

»Y resultando que D. Miguel González Salas y el apoderado de la testamentaría del Duque de Solferino interpusieron recurso de casación, por conceptuar infringidos:

»1.º La ley 21, tít. XXIX, Partida 3.ª, según la cual por tiempo de treinta años puede ome ganar cual cosa quier que tenga quier haya buena fe quier non:

»2.º Las sentencias de este Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1860, 12 de Marzo de 1867, 3 y 7 de Abril de 1868, 14 de Febrero y 5 de Mayo de 1865:

»3.º El Fuero 6.º de Aragón *De præscriptio- nibus*:

»4.º Sobre prescripción de la acción para pedir las pensiones, la ley 5.ª, tít. VIII, libro 11 de la Novísima Recopilación;

»Y 5.º La sentencia de este Tribunal Supremo de 9 de Marzo de 1863:

»Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Manuel María de Basualdo:

»Considerando que por la concordia celebrada en 1.º de Septiembre de 1621 entre los herederos regantes de la acequia del Centén y agua á ella aumentada dentro del lugar de Uytebo y doña María de Aragón, señora del lugar de las Casetas, y otros herederos regantes en el territorio llamado antiguamente Mazalmazorri y de presente las Casetas, se constituyó una asociación de regantes que tuvieron y tienen derechos y obligaciones comunes entre sí, aunque resulten designados días para aprovecharse de las aguas los que tienen derecho á ello:

»Considerando que siendo la prescripción un modo de adquirir el dominio ó señorío de las cosas que no nos pertenecen, no puede verificarse la prescripción de aquellas que son comunes y nos corresponden en participación, como sucede en el presente caso:

»Considerando que por la ley 2.ª, tít. VIII, libro 11 de la Novísima Recopilación, se dispone que las cosas poseídas en común, aunque uno de los dueños la haya tenido, no pueda prescribirla:

»Considerando que poseyéndose la cosa en común y no estando en tal concepto sujeta á prescripción, son inaplicables la ley de Partida que se invoca como infringida en el primer motivo de casación así como las sentencias de este Tribunal Supremo y el párrafo 6.º *De præscriptio nibus* de Aragón, por-

que tienen referencia al plazo extraordinario para prescribirse las cosas por treinta años:

»Considerando, en cuanto al cuarto y quinto motivo, que no puede ser objeto de casación lo que no lo ha sido de discusión y debate en el pleito; y que la de prescripción de acción no aparece deducida en los escritos de contestación á la demanda, ni tampoco en el de dúplica, y sí sólo se ha opuesto la prescripción de la causa de deber que da origen á la demanda;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Miguel González Salas y el apoderado de la testamentaria del duque de Solferino, á quienes condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad de 1.000 pesetas que depositaron, la cual se distribuirá con arreglo á la ley; y líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Zaragoza con devolución del documento remitido por la misma.»

21 de Junio de 1876.

«En la villa y Corte de Madrid, á 21 de Junio de 1876, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar de Zaragoza y en la Sala de lo civil de la Audiencia de aquel territorio por D. Pedro Joaquín Martín con doña Joaquina Pardo y Abril, sobre reclamación de bienes:

»Resultando que D. Pedro Joaquín Martín entabló en 21 de Abril de 1873 demanda de reivindicación de bienes contra doña Joaquina Pardo, exponiendo que D. Francisco Zárate otorgó testamento en 12 de Abril de 1800, nombrando heredero á D. Francisco Antonio Torrijos, con obligación de disponer de sus bienes entre sus tres hijos D. Antonio, doña

Josefa y doña María Ignacia Torrijos y Pardo: que D. Francisco cumplió con esta obligación, disponiendo además de sus bienes propios en favor de su hijo D. Antonio, con facultad de disponer de la mitad de ellos, pero mandándole que la otra mitad fuera de sus hijos y de los de sus hermanas doña Josefa y doña Ignacia: que D. Antonio, que no tuvo hijos, testó á favor de sus sobrinos D. Manuel Pesino y doña Encarnación Romeo, que poseyeron todos los bienes sin oposición de nadie, pasando los de D. Manuel Pesino á su mujer doña Encarnación Romeo, la cual nombró heredera á su sobrina doña Joaquina Pardo, que poseía, por consiguiente, todos los bienes que pertenecieron, no sólo á D. Antonio Torrijos, sino á D. Francisco Zárate: que doña María Ignacia Torrijos fué defraudada por la disposición de su tío D. Antonio en lo que legítimamente le correspondía, sin que percibiera nada de los bienes de sus padres, siendo, por lo tanto, igualmente perjudicado D. Bernardo Joaquín Marín: que el demandante había sucedido á los anteriores en sus acciones y derechos, habiendo sido judicialmente declarado heredero de su padre; y que él mismo había sucedido también á doña Joaquina Torrijos por no haber, que se supiera, sucesión de ésta, hermana de su madre doña Ignacia:

»Resultando que doña Joaquina Pardo impugnó la demanda, exponiendo que D. Joaquín Marín y doña María Ignacia Torrijos, abuelos del demandante, incoaron en el año de 1806 un pleito de aprehensión de cuatro números de bienes que fueron de D. Francisco Zárate, comprendiendo la tercera parte de ellos, y por la sentencia se calificó la solicitud de D. Joaquín Marín, por lo que suplicó de ella D. Antonio Torrijos: que en tal estado los autos, éste, por sí y como cesionario de su hermana

doña Josefa, y doña María Ignacia Torrijos y su marido D. Joaquín Marín, abuelo del demandante, sometieron la cuestión á árbitros, quienes pronunciaron sentencia, adjudicando todos los bienes de las herencias de D. Francisco Zárate y de doña María Pardo á D. Antonio Torrijos, con la obligación de entregar á D. Joaquín Marín, como marido de doña María Ignacia Torrijos, 76.417 rs. 11 maravedís, que en efecto les entregó, habiendo entregado también por igual concepto 1.000 libras jaquesas á su hermana doña Josefa, sin embargo de que ésta le había cedido sus derechos por una cantidad igual:

»Resultando que el demandante replicó que en este pleito se trataba de dos distintas herencias, de la de D. Francisco Zárate, que debía deferirse con arreglo á su testamento, por el que se dispuso que su heredero D. Francisco Antonio hubiera de distribuir los bienes precisamente entre sus hijos, facultándole únicamente para mejorar alguno de ellos, según sus procederes: que los hijos de D. Francisco Antonio, que eran doña María Ignacia, abuela del demandante, doña Josefa y D. Antonio, no dieron motivos para ser desheredados, y no habiéndolos instituído herederos su padre, se excedió de sus facultades, produciendo su consiguiente nulidad; correspondiendo, por lo tanto, al demandante la tercera parte de aquellos bienes, que con arreglo al testamento de Zárate pertenecían á doña María Ignacia Torrijos, y una mitad de los correspondientes á doña Josefa, que murió sin otros herederos que sus hermanos doña María Ignacia y D. Antonio: que D. Francisco Antonio Torrijos pudo disponer libremente de los bienes que le pertenecían independientemente de la herencia de Zárate, y nombró heredero de ellos, para después de los días de su mu-

jer, á su hijo D. Antonio, pero con la condición de que sólo había de disponer de su mitad, pasando la otra mitad á sus hijos, si los tuviese, y á los de sus hermanas doña Josefa y doña María Ignacia: que ni D. Antonio ni doña Josefa tuvieron hijos, y únicamente doña María Ignacia tuvo á D. Bernardo Joaquín Marín, padre del demandante, y por consiguiente, á él debió pasar íntegra la mitad de los bienes que D. Francisco Antonio dejó á su hijo, la cual era independiente de los bienes de Zárate, de los que era únicamente usufructuario D. Francisco y no pudo disponer más que á favor de sus tres hijos, según lo establecido por Zárate: que D. Antonio Torrijos no pudo faltar á la obligación que por su padre le fué impuesta, y por lo tanto la mitad de los bienes de su pertenencia debían pasar á los hijos de D. Antonio, doña María Ignacia y doña Josefa; y como estos tres no tenían derecho alguno á ellos, no podían someter la cuestión á la decisión de árbitros, mucho más cuando ya habia nacido don Bernardo Joaquín Marín, hijo de doña María Ignacia y padre del demandante; no pudiendo por tanto la sentencia arbitral tener válidamente por objeto la particion de los bienes de Zárate:

»Resultando que la demandada alegó en la dúplica que las fincas se hallaban desde 1807 en poder de D. Antonio Torrijos, y después en el de sus herederos, y que hasta principios del año anterior al en que se había incoado esta demanda no se hizo reclamación alguna:

»Resultando que suministrada prueba por las partes, dictó sentencia el Juez de primera instancia, que confirmó con las costas en 14 de Abril de 1875 la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza, absolviendo á doña Joaquina Pardo de la demanda:

»Resultando que el demandante interpuso recur-

so de casación por haberse infringido, á su juicio:

»1.º La Observancia 1.ª *De rebus vincularis*, y la sentencia de este Supremo Tribunal de 15 de Diciembre de 1858, en que se declaró que el fundador de cierto vínculo había usado de un derecho incuestionable, no obstante tener hijos, sin que para ello obstase el Fuero ni la Observancia 1.ª citada, puesto que se dejaba separadamente una legítima á los hijos, y siendo así que por el testamento de D. Francisco Zárate se instituía heredero á D. Francisco Antonio Torrijos con la obligación de disponer de sus bienes entre sus tres hijos D. Antonio, doña Josefa y doña María Ignacia Torrijos, y que en virtud de esta disposición sucedió D. Antonio á su padre con la facultad de disponer de la mitad de los bienes, pero mandándole que la otra mitad fuera de sus hijos y los de sus citadas hermanas, era indudable que no pudo testar, como lo hizo el mismo don Antonio, en favor de sus sobrinos D. Manuel Pesino y doña Encarnación Romeo en perjuicio de los derechos de sus nombradas hermanas, cuyo sucesor llamado por el fundador era el recurrente:

»2.º La ley 20, tít. XXXI, Partida 3.ª, que dispone que el usufructuario debe usar la cosa sin que se pierda, y dando la caución llamada comunmente fructuaria, restituyéndola á quien correspondiera, y en los bienes de que se trataba no tenía dicho don Antonio más que un verdadero usufructo, á pesar de lo cual dispuso de ellos como si le hubieran pertenecido en verdadero dominio:

»3.º La ley 6.ª, tit. VIII, Partida 6.ª, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 9 de Enero y 16 de Septiembre de 1867, que establecen que de consentimiento y conformidad del heredero, aceptando y aprobando por sus actos y recibiendo la parte de herencia que por él le correspondía, llevaba en sí la

caducidad de acción para impugnar el testamento, lo cual obligaba al expresado D. Antonio Torrijos y Pardo á cumplir con el llamamiento ó reversión que el testador hacía en cuanto á la mitad de los bienes:

»4.º La Observancia 3.ª *De testamentis*, en que expresamente se mandó al que de tantos bienes (así dice) que cumpla con las obligaciones á que están afectos ó los deje:

»5.º La ley 1.ª, tít. I, Partida 6.ª, que dice se entiende por testamento el modo de hacerlo, y el respeto que se debe á la voluntad del testador:

»6.º La ley 1.ª, tít. III, Partida 6.ª, en que se trata del heredero y á quien se hace señor de los bienes:

»7.º La ley 14 de los mismos, tít. III, Partida 6.ª, en que se expresa que el heredero debe cumplir lo que se le manda:

»8.º La ley 12, tít. V, Partida 6.ª, en que habla del modo de hacer la sustitución:

»9.º La ley 33 de Toro, en que se dice la obligación que tiene el comisario de hacer lo que el testador dispuso y la forma y modo:

»10. El principio de Derecho aragonés *Standum est chartæ*; contenido en la Observancia 16 *De fide instrumentorum*, y el de Derecho común, de que la voluntad de los testadores debe ser respetada y cumplida, á no contener alguna cosa imposible ó contraria á las leyes y derecho natural:

»11. La doctrina legal de que no puede perjudicar el otorgamiento de un contrato al que no haya tenido intervención en él, y la de que nadie está obligado á responder de actos ajenos, y las sentencias de este Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1865 y 15 de Diciembre de 1867; porque recayendo la institución, no en doña María Ignacia ni en doña

Josefa Torrijos, sino en sus hijos, la escritura de concordia de 31 de Mayo de 1807 no podía obligar á éstos, mucho más si se atendía á que en la época de tal arbitrazgo existía ya D. Bernardo Joaquín Marín, padre del recurrente, hijo único de doña María Ignacia, y como tal verdadero heredero, que á la sazón contaba siete años de edad; y, por consiguiente, perteneciéndole á él sólo la mitad de la herencia de su abuelo D. Francisco Antonio Torrijos, nadie más que él pudo someter la cuestión á árbitros, y aun esto con autorización previa de la Autoridad judicial, la justificación de necesidad y utilidad, y los demás requisitos legales cuando se trataba de menores de catorce años;

»Y 12. El Fuero 6.º, *De præscriptionibus*, que establece se adquieren los bienes raíces de cualquiera especie por la de treinta años y día, con tal que el prescribiente, además de manifestar un título suficiente para la adquisición, pruebe que el que reclama la cosa entraba y salía en el pueblo en cuyo término estaba sita, y la Observancia única *De privilegis minorum*, según la cual ninguna clase de prescripción corre contra el menor de catorce años, toda vez que se hallaba probado que D. Antonio Torrijos falleció en el año de 1844, y hasta su muerte no empezaba á correr la prescripción, y que la demanda no se había interpuesto hasta el 21 de Abril de 1873:

»Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Joaquín Ruiz Cañabate:

»Considerando que, con arreglo á la Legislación foral de Aragón, y á lo á su tenor declarado por este Tribunal Supremo, los bienes, sitios ó raíces se prescriben en aquel territorio por la posesión de más de treinta años, aunque no haya título ni buena fe:

»Considerando que es un hecho probado, á juicio

de la Sala sentenciadora, que parte de los bienes reclamados por el recurrente no proceden de las herencias de D. Francisco Zárate y de D. Francisco Antonio Torrijos, y que todos los demás á que se contrae la demanda han sido poseídos por la parte demandada y sus causantes en concepto de dueños por más de treinta años con buena fe y justo título, sin que la apreciación de pruebas respecto de la existencia de estos hechos haya sido impugnada como contraria á la ley ó doctrina legal:

»Considerando que estimada por la sentencia recurrida la excepción de prescripción opuesta por el demandado, y absolviéndole en su virtud de la demanda, no ha infringido las leyes y doctrinas que se citan en los motivos 11 y 12, y que descansando principalmente dicha absolución en el referido fundamento, son inaplicables las demás disposiciones que se alegan en los motivos desde el 1.º al 10, los cuales en su mayor parte se refieren á cuestiones que ni han sido discutidas en el pleito ni resueltas en la sentencia;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pedro Joaquín Marín, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniere á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas: y líbrese á la Audiencia de Zaragoza la certificación correspondiente.»

III.

De la propiedad literaria y artística.

Dejando el hablar del legado y de otros modos de adquirir la propiedad para cuando tratemos de materias con que tienen más íntimo enlace, diremos

aquí cuatro palabras de la propiedad intelectual. No se necesitan más, porque es claro que en este punto no existe en Aragón otra Legislación que la general; que aquí, como en todo el mundo, es muy moderna, y que no es otra cosa que una de las formas del trabajo humano, tan respetable y sagrada como la que más.

Nos referimos, pues, á las leyes vigentes sobre la materia, que son bien conocidas, sin tener que hacer advertencia alguna.

CAPITULO XII.

De los modos de perder la propiedad.

Tampoco en esto hemos de mencionar particularismo alguno. Ni las leyes de Aragón, ni sus tratadistas, hablan directamente de los modos de perderse la propiedad, por lo cual rige allí en esta materia el Derecho común.

Los modos de perder la propiedad son, ó con consentimiento nuestro, ó sin el.

Perdemos el dominio sin consentimiento nuestro:

- 1.º Por disposición de la ley.
- 2.º Por extinción de la cosa.
- 3.º Por expropiación forzosa á causa de utilidad pública.
- 4.º Por el cumplimiento de una condición resolutoria.

Por disposición de la ley pueden citarse los casos de una condena judicial, ya en pleito, ya en proceso criminal, y por la prescripción. Por extinción de la cosa, si material y físicamente concluyese, ó si se realizara á causa de la especificación. Por expropiación forzosa á causa de utilidad pública en todos los casos en que por ministerio de las leyes vigentes en la materia estamos obligados á ceder la propiedad de una finca, lo cual se indicará cuando hablemos de la venta, que es lo que viene á ser, aunque con el carácter forzoso. Por el cumplimiento de una con-

dición resolutoria se entiende, cuando ésta viene á dejar sin efecto la enajenación que se hizo, y en virtud de la cual se había traspasado la propiedad. Este modo de perderse el dominio, no siempre supone la falta de voluntad; muchas veces, por el contrario, es efecto de un hecho nuestro puramente voluntario.

Por nuestra voluntad perdemos el dominio en virtud de venta ó traspaso, ó por negligencia, si damos ocasión con nuestro descuido á la pérdida de algún derecho. En este caso están las faltas cometidas en la adquisición de las minas, ó en cualquiera clase de contratas ó empresas, citándose por los expositores, en punto á los privilegios de invención, los motivos siguientes:

«1.º Cuando se ha concluído el tiempo señalado en la concesión.

»2.º Cuando el interesado no acude á sacar la real cédula dentro de los tres meses siguientes al día en que presentó su solicitud.

»3.º Cuando ni por sí ni por otra persona ha puesto en práctica el objeto del privilegio dentro de un año y un día, debiendo para acreditar que lo ha verificado, conformarse á las reglas dictadas al efecto por la administración.

»4.º Cuando abandona el privilegio: esto se entiende si deja de ponerle en práctica por un año y un día.

»5.º Cuando se prueba que el objeto privilegiado está en práctica en cualquier parte del reino, ó descrito en libros impresos, ó en láminas, estampas, modelos, planos ó descripciones que haya en el Conservatorio de Artes, ó que se ejecuta ó haya establecido en otro país, si fué presentado como nuevo y de invención.»

CAPÍTULO XIII.

De las servidumbres.

I.

De las servidumbres en general.

Lógico es hablar en este lugar de las servidumbres que constituyen otro derecho en la cosa, y que en suma no es sino una modificación ó limitación en la propiedad. Hemos de hacerlo con algún determinimiento, por ser una de las materias que ofrecen cierta particularidad en el Derecho de Aragón.

El concepto jurídico es el mismo. Servidumbre es un derecho constituído en heredad de otro, por el que éste tiene que sufrir ó dejar de hacer alguna cosa. Son personales ó reales, según que están introducidas en beneficio de la persona, ó de la finca, aunque en uno y otro caso cedan en favor de aquélla.

Los escritores aragoneses, como los demás, convienen en que las personales son tres: usufructo, uso y habitación.

II.

Del usufructo.

El derecho de disfrutar de una cosa ajena de las que no se consumen con el uso, ó sea de aprovechar-

se de ella, salva la sustancia, es lo que constituye el usufructo. El escritor aragonés que más habla de esta servidumbre es el autor del *Manual* tantas veces citado, el cual dice que, debiendo residir el usufructo según su naturaleza en la cosa ajena, viene á ser una restricción del dominio; que no siendo necesaria en Aragón la entrega para el traspaso, tampoco lo será la cuasi tradición que exigia el Derecho romano, consistente en el uso del usufructuario y la paciencia del propietario; que el usufructo puede establecerse por el dueño, ó por la ley, como el que concede al cónyuge sobreviviente durante la viudedad; que el modo con que el usufructuario hace suyos los frutos es la percepción, y que, por consiguiente, cuando muere no trasfiere á su heredero otros que los percibidos, quedando los pendientes ó favor del propietario, según la Observancia 54, *De jure dotium*. Añade que será responsable de todos los perjuicios que causare en las cosas, pues aunque no lo previene el Fuero *De jure viduitatis*, que sólo habla del usufructo foral, ó de viudedad, Molino cree que debe ser extensivo á los demás por identidad de razón.

Todo lo demás que expone dicho autor está tomado del Derecho romano, y, por tanto, del nuestro, que es igual en esta parte.

Franco y Guillén dicen, que usufructo se constituye por Fuero, ó por voluntad de los interesados, siendo el primero el de la viudedad, y el segundo el establecido por testamento ó convención.

III.

Del uso.

Ni una palabra hay en la Legislación aragonesa respecto del uso. Dieste dice que es un derecho de

servirse de cosa ajena sin destruir su sustancia. Dícese también *uso* el hecho mismo ó ejercicio de servirse de las cosas, y que se diferencia de la costumbre, en que es causa de ésta y menos rigurosa su prueba.

IV.

De la habitación.

Tampoco de la habitación habla la ley Foral. Entiéndase, pues, que, como en el resto, rige en Aragón la común. Olea y Lissa, explicando esta servidumbre según los principios generales, dicen que habitación es el derecho de morar en casa ajena, sin pagar alquiler, el cual se puede ceder y traspasar alquilando á un tercero la casa ó vivienda que se nos dió en alquiler, ó parte de ella; lo cual no puede hacer el que sólo tuviere el *uso de la habitación*, ó la facultad de habitar, pues consistiendo en hecho, es personal.

V.

De las servidumbres reales.

Como aquí entra la parte en que se diferencia el Derecho aragonés del nuestro, hemos de seguir en su exposición el orden que observan sus tratadistas.

Dieste dice que deben llamarse acciones reales:

- 1.º La que prestan las personas á las cosas.
- 2.º La de *pacer* ganado en propiedad ajena.
- 3.º La de *leñar*. Estas dos últimas son *reales*, aunque se hallen constituídas en favor ó contra universidad.
- 4.º La servidumbre de agua para utilidad común.
- 5.º Las servidumbres semejantes á las de *pacer*, *leñar*, extraer cal; esto es, piedra calcárea, are-

na, etc., aunque estén constituídas á favor ó contra universidad.

Como consecuencia de ello pueden señalarse las clases siguientes:

Servidumbres rústicas, que son:

Servidumbre de paso, de acueducto, de pacer, ó de pastos, de leñar.

Servidumbre urbana.

VI.

Servidumbre de paso.

Consiste, como es sabido, en la facultad de ir por nuestra propiedad en una ú otra dirección atravesando una finca ajena, ya en persona, ya con cabañerías y coche ó carro. Aunque las reglas por que se rige esta servidumbre son en su mayor parte las del derecho común, hay un Fuero que preve el caso de que los propietarios de las tierras contiguas á una viña ó huerta hiciesen plantaciones, con las cuales cerrasen por todas partes el paso á dicha viña, impidiendo el sacar los frutos, pues entonces su dueño podría exigir de dichos propietarios que le dejen paso por el paraje más próximo á la vía pública y por donde lo tenía antes, ó en su defecto, por la margen de la acequia de riego. No tendrá, sin embargo, este derecho, cuando la viña ó huerto se hallen separados del camino público sólo por dicha acequia.

El Fuero de que se trata es el siguiente:

»3.º—*De consortibus ejusdem rei.*

»Item si aliquis habuerit vineam, vel hortum: & alii in circuitu eisdem vineæ plantaverint vineas aliquas: in tantum quod via claudatur per quam uvas, aut sarmenta de sua vinea extrahebat: & non habue-

rit unde possit extrahere dictas uvas, & sarmenta: secundum Forum debet habere viam per locum illum unde citius possit exire ad viam publicam, per illam partem, scilicet quam præterito tempore uvas, et sarmenta consueverat ducere apud domum suam, vel aliter quod debet habere liberum exitum per marginem cequiæ, per quam aqua intrat ad rigandum eam vineam: nisi fuerit talis locus qui habeat certam cequam, vel aquam cum qua rigetur vinea sepè dicta: & etiam quæ sit iuxta viam publicam.»

Debe advertirse que en la servidumbre de paso, tal como se entiende en Aragón, están comprendidas las que en derecho común se llaman de senda, de carrera y de vía.

VII.

De acueducto.

No se trata aquí de la distribución de las aguas de riego, que es objeto de Ordenanzas locales, ni del aprovechamiento de aguas públicas, que se rige por medio de la correspondiente ley, vigente en toda España.

La servidumbre de acueducto consiste en el derecho de conducir agua á nuestra heredad por cauce que pasa por la ajena, debiendo evitar el dueño del predio dominante todo perjuicio al del sirviente, y conservar el cauce á su costa, porque la naturaleza de la servidumbre consiste sólo en sufrir, y no en hacer; por lo cual, si hubiere convenio para que lo contrario se verificara, la prestación no sería efecto de la servidumbre, sino de un contrato. El dueño de la finca de que sale el agua, no podrá concederla á otro, á no ser que bastare para ambos.

En Aragón, lo mismo que en el resto de la monarquía, dicen Laserna y Montalbán, á nadie es lici-

to construir obras en heredad ajena para sacar agua y regar la suya; mas destruida la obra que antes existía, se supone que la servidumbre era legítima, y, por lo tanto, puede levantarse nuevamente, aunque lo repugne el dueño y no pueda presentarse el título, según las Observancias y Fueros que veremos después, y en el caso de que haya varias heredades que se rieguen de un mismo río, los dueños de las más distantes á su nacimiento no podrán hacer obra que perjudique al derecho que tienen las más inmediatas, á no haber adquirido alguna servidumbre, lo cual en igual caso debe practicarse en el resto de la nación por la justicia que envuelve.

Pero en Aragón, según Observancia, cualquiera puede hacer lo que quiera en posesión ajena, si no causase perjuicio á su dueño. Este es uno de los principios populares en aquella región, y aunque Franco de Villalba lo limita á la conducción de agua por posesión ajena, otros tratadistas lo aplican á todo.

El Barón de Mora, no obstante el espíritu conciliador y la ilustración que le caracterizan, sostiene en este punto la disposición foral de que si después de destruído el azud ó la acequia que uno tiene, en propiedad ajena, no se pudiera reconstruir cómodamente en el punto en que estaba, podrá hacerse de nuevo en otro distinto de la misma propiedad, aun contra la voluntad de su dueño, aunque debiendo satisfacersele lo que, según repelación pericial, valga el terreno que con la nueva construcción haya de ocuparse.

Se halla también vigente en Aragón hoy, según Fuero, el que nadie pueda construir azud en el terreno de otro para sacar agua y regar el suyo sin permiso del propietario; pero si se arruinare una

vez construído, podrá levantarse de nuevo aun contra la voluntad de éste, y sin título de adquisición alguno.

Es obligación general el dar libre salida á las aguas de los tejados en forma que no perjudique á los vecinos, conduciéndolas por acueductos ó de cualquier otro modo hábil á las alcantarillas ó pozos públicos que deban recogerlas. La parte de éstas que dé frente á las casas, habrá de limpiarse á costa del respectivo dueño.

Reclamándose alguna servidumbre de uno que posee á nombre de otro, no hay obligación de responder ó resistir la reclamación si no se ostenta algún derecho en la cosa que se supone gravada.

La servidumbre sigue á la finca, aun cuando al pasar ésta al dominio de otro, no se hubiese hecho expresión alguna.

VIII.

De los pastos forales, ó alera foral.

El derecho de abrevar y de pacer está consignado en las leyes de Aragón como servidumbre rústica, y generalmente se llama alera foral, que es la facultad que tienen los vecinos de introducir recíprocamente sus ganados á pastar en los términos de los pueblos inmediatos.

Hay quien sostiene que no son una misma cosa la servidumbre de pacer y la alera, cuya opinión sostienen Franco y Guillén, distinguiendo que puede concederse aquélla en perjuicio de ésta, y no viceversa.

Dieste, por su parte, indica también como diferencias, que la *huerta* no está sujeta al derecho de *alera*, ni la tierra cultivada de secano hasta después de levantada la cosecha.

Que el derecho de alera foral no puede enajenarse.

Que el secuestro del término municipal deja siempre salvo dicho derecho; á no ser que especialmente se secuestrase el de prohibir á otro su ejercicio.

Que el vecino de una población que tuviere tierras en el término contiguo, puede pastar en él las bestias con que fuere á labrarlas; mas no puede cortar ni llevarse yerba para los animales que tuviere en el pueblo de su vecindad.

Que únicamente las bestias de labor pueden pacer en la huerta. Sessé dice que pueden pacer en las *márgenes* de la misma.

Que también goza del derecho de *alera foral* el pastor montañés para su ganado, con tal lo lleve junto con el de su amo, y no pase de cuarenta cabezas.

No negaremos que estas diferencias existan con efecto, pero en el fondo, una y otra cosa constituyen una verdadera servidumbre de ganados, y esto nos basta para tratarlas juntamente, como después de todo lo hacen los tratadistas aragoneses, incluso los dichos Franco y Guillén.

Veamos lo que disponen los preceptos forales.

En primer lugar, los que usen del indicado beneficio no podrán apacentar sus ganados en todos los términos del pueblo inmediato, sino únicamente en los que están hacia el paraje en que confrontan los dos pueblos.

Y solamente podrán pacer los ganados de sol á sol, de manera que éstos tarden á entrar en los términos del pueblo inmediato, tanto tiempo cuanto necesitarían para llegar á ellos partiendo de las eras de su pueblo después de la salida del sol, y salgan de los términos ajenos habiendo sol, de modo que antes de ponerse puedan llegar á las eras de su pue-

blo. Los ganados que fuera de este tiempo se encuentren en términos de distinto pueblo, quedan sujetos á las penas marcadas.

Tampoco podrán pastar los ganados de un pueblo en el *boalar* ó vedado del inmediato, pero cuando los vecinos del pueblo á que pertenece el *boalar* acostumbran á llevar allí sus ganados, podrán hacerlo también con los de la misma especie.

El que tuviere arrendadas yerbas para pasto de sus ganados en un término de que no sean vecinos, no tiene el derecho de alera foral en los términos de los pueblos inmediatos. El beneficio de apacentar ganados en los términos de un pueblo, no corresponde sólo á los vecinos de los contiguos, sino también á los pastores montañeses que tuviesen menos de 40 cabezas, y las llevasen juntas con las de su amo.

Las roturaciones y plantaciones deberán hacerse en el monte, dejando camino para que los ganados entren sin dificultad. El que tenga fincas en un pueblo de que no sea vecino, no podrá acotarlas tampoco, para impedir la entrada á los ganados del término, ni á penarlos si llegasen á entrar, y sólo si habitase en el pueblo podrá establecer la veda por un año; esto no se entiende con los terrenos de regadío, en los cuales no puede entrar ningun ganado, á no ser el destinado á la labor.

Goza de absoluto privilegio el *boalar*, que así se llama en terreno reservado para las caballerías del común de vecinos, aunque esto no se podrá hacer sin permiso del Rey, si pasaba la medida de un tiro de ballesta. Franco y Guillén dicen, que la casa de ganaderos de Zaragoza gozó de diferentes privilegios, entre los cuales era el más pingüe el de poder pastar sus ganados en todos los términos comunes de los pueblos del reino. Aunque ni éste ni la ma-

yor parte de los privilegios que la fueron concedidos han sido derogados, de hecho lo están, puesto que dicha casa no se aprovecha de ellos. El único que conserva todavía con empeño, es el de que hablan Asso y de Manuel. Este privilegio, reducido á que los ganados de los ciudadanos de Zaragoza puedan pacer libremente en todos los términos de la ciudad, exceptuando la Retuerta de Pina, fué concedido por el rey D. Jaime el I, en 1234 (Era 1272), y lo trae *Molino in Repert. v. ganatum*, fól. 164.

Según el Fuero de 1646, tít. *De la casa de ganad. de Zarag.*, «cualquiera guarda ó persona que pudiere legítimamente prender, podía apoderarse de los infractores.»

El apenamamiento de los ganados, ó sea el castigo para los dueños delincuentes, es objeto también de disposiciones que insertaremos.

Los ganados que entren á pastar en tiempo ó en terrenos vedados, incurren en las penas *de degüella*, *de calonia*, ó de *de satisfacción del daño causado*; advirtiéndose que no pueden exigirse las tres penas á la vez, sino la que el dueño de los pastos elija.

La pena de la *degüella* consiste en poder matar una res si se encuentra el ganado en el pasto prohibido de día, y dos si se le encuentra de noche; las que se llevará el dueño del pasto. Sólo tiene lugar la *degüella* desde el día de Santa Cruz de Mayo, hasta el de San Miguel de Septiembre, á no haber estatuto de los vecinos en contrario. Sólo podrá cogerse *degüella* en los ganados menudos, como son los de lana y cabrío, y únicamente cuando se les encontrase dentro del sitio vedado, de tal manera que si habiendo sido vistos en él por el guarda se salieran antes de llegar éste á dicho sitio, no podrá exigir *degüella*.

La *calonia* consiste en el pago de cuatro dineros

por cada cabeza de ganado menor, y de doce por cada una de las de ganado mayor que se introduzcan en huerto, viña ó campo sembrado, que deberán satisfacerse al dueño de la posesión. No podrá nunca cobrarse la *calonia*, sino por cien reses aunque entraren muchas más, y tampoco se podrá apenar un ganado por una misma persona más de dos veces en un día.

Cuando no se exija ninguna de las dos penas de que se acaba de hablar, podrá reclamarse la satisfacción del daño causado en el juicio correspondiente, debiendo pagar los daños que se causasen los guardas de los sembrados y viñas.

No hemos querido omitir detalle alguno en el cuadro del antiguo Derecho de Aragón en materia de ganado, porque deseábamos darlo á conocer completo; entre otras cosas, porque es digno, por su singularidad y buen espíritu, de ser conocido; pero la verdad es que su vigor ha desaparecido en gran parte, en lo cual están conformes los tratadistas. Ya por la ley 19, tít. XXIV, libro 7.º de la Novísima Recopilación, se facultó á los dueños y arrendatarios de tierras para cercarlas y cerrarlas, disponiéndose que la prohibición de entrar ganados en las destinadas para cría de árboles silvestres, se ampliase hasta veinte años.

En Real orden de 11 de Febrero de 1836, se dijo que: «debe sostenerse á los dueños de las tierras en el libre uso y aprovechamiento de los pastos industriales ó naturales que éstas produzcan, sin excepción,» y además se establecieron las aclaraciones siguientes:

«1.ª Que el principio de justicia y de buen gobierno que se ha querido sostener en las resoluciones consiguientes á la Real orden de 16 de Noviem.

bre de 1833, es el de defender los derechos de la propiedad agrícola contra las invasiones que bajo diferentes pretextos se han hecho en ella, privando á los dueños de las heredades del libre uso de los pastos que en ellas se crían.

»2.^a Que, por consiguiente, no deben tenerse por títulos de adquisición á favor de otros particulares ó comunes, sino los que el derecho tiene reconocidos como tales títulos especiales de adquisición de propiedad, excluyéndose por lo mismo todos aquéllos que se fundan en las malas prácticas más ó menos antiguas, á que se ha dado, contra lo establecido por las leyes, el nombre de uso ó costumbre.

»3.^a Que por lo mismo, el que pretende tener ó aprovechar los pastos de suelo ajeno, es el que debe presentar el título de su adquisición y probar su legitimidad y validez, sin que de otro modo pueda turbarse al dueño en el libre uso de su propiedad.

»4.^a Que siendo viciosas en su origen las enajenaciones ó empeños que los Ayuntamientos hayan hecho de tales pastos de dominio particular, considerándolos como si fueran del común por efecto de las referidas prácticas, usos y mal llamadas costumbres, no deben oponerse tales actos al reintegro que está mandado hacer á los dueños en el pleno goce de sus derechos dominicales.»

Por Real decreto de 6 de Septiembre de 1836, se restableció el de las Cortes de 8 de Junio de 1813, que, entre otras cosas, dispone en su art. 1.^o lo siguiente:

«Todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes á dominio particular, ya sean libres ó vinculadas, se declaran desde ahora cerradas y acotadas perpetuamente, y sus

dueños y poseedores podrán cercarlas, sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres, disfrutarlas libre y exclusivamente ó arrendarlas, como mejor les parezca, y destinarlas á labor, ó á pasto, ó á plantío, ó al uso que más les acomode; derogándose, por consiguiente, cualesquiera leyes que prefijen la clase de disfrute á que deban destinarse estas fincas, pues se ha de dejar enteramente al arbitrio de sus dueños.»

Por ley de 23 de Noviembre de 1836, se restableció el Decreto de las Cortes de 14 de Enero de 1812, cuyo art. 3.º dice:

«Los terrenos destinados á plantío, cuyo suelo y arbolado sean de dominio particular, se declaran cerrados y acotados perpetuamente, y sus dueños podrán cercarlos, aprovechar como quieran sus frutos y producciones, dejando libre el paso de caminos reales y de travesías ó servidumbres, cañadas y abrevaderos, como también el disfrute de la caza y pesca.»

Por Real orden de 17 de Mayo de 1838, se mandó:

«1.º Que los jefes políticos cuiden del exacto cumplimiento del art. 5.º del Real decreto de división territorial de 30 de Noviembre de 1833, y del 11 de la Instrucción que con la misma fecha se dirigió á los Subdelegados de Fomento, hoy Jefes políticos, cuyas disposiciones no están derogadas por ninguna otra posterior; haciendo entender á los Ayuntamientos que las demarcaciones de límites entre provincias, partidos ó términos municipales, no alteran los derechos de mancomunidad de los pueblos en los prados, pastos, abrevaderos y de-

más usufructos que siempre han poseído en común.

»2.º Que ínterin no se promulgue la ley que anuncia el citado Real decreto, se mantenga la posesión de los pastos públicos y demás aprovechamientos de una sierra de la tierra de Ciudad, ó Villa, ó del sesmo, ó de otro distrito común de cualquiera denominación tal como ha existido de antiguo, hasta que alguno de los pueblos comunes han intentado novedades en perjuicio de los demás.

»3.º Que al Ayuntamiento de cualquiera de tales pueblos que pretenda corresponderle el usufructo privativo para sus vecinos en el todo ó parte de su término municipal, se le reserve su derecho, de que podrá usar en tribunal competente; pero sin alterar la tal posesión y aprovechamiento común hasta que judicialmente se declare la cuestión de propiedad.

»4.º Que no por esto se haga novedad en el uso de los egidos y dehesas boyales destinadas para cada pueblo en particular, aunque lo demás de su término pertenezca al común de la tierra, sesmo ó territorio.

»5.º Que no se dé al art, 1.º del Decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813, restablecido por el de S. M. de 6 de Septiembre de 1836, más extensión que la que espresa su letra y espíritu, según los cuales sólo se autoriza el cerramiento y acotamiento de las heredades de dominio particular, sin perjuicio de las servidumbres que sobre sí tengan; absteniéndose de consiguiente los alcaldes y Ayuntamientos, bajo su más estrecha responsabilidad, de ejecutar ó consentir el acotamiento ó adhesamiento de aquellos terrenos públicos que siempre han sido de aprovechamiento común de uno ó más pueblos, sin que proceda la competente facultad, con arreglo á lo que previene la ley de 3 de Febrero de 1823

para la adopción de cualesquiera arbitrios; impidiendo asimismo el cerramiento, ocupación ú otro embarazo de las servidumbres públicas destinadas al uso de hombres y ganados que en ningún caso pueden ser obstruídas.

»6.º Que las Diputaciones provinciales, al instruir los expedientes sobre acotar para dehesa ó labor terrenos públicos de uso común, cuando sea necesario este arbitrio, oigan á las Juntas de ganaderos, ó sus representantes, y cuiden se haga constar que quedan pastos suficientes para los ganados del pueblo, y que no se embarazan los tránsitos, abrevaderos y demás servidumbres rurales y pecuarias; y si el terreno que se pretendiese acotar fuese de aprovechamiento general de varios pueblos comuneros, oirán también á sus respectivos Ayuntamientos y Juntas de ganaderos.»

Por Circular del Ministro de la Gobernación de la Península de 8 de Enero de 1841 se dispuso y declaró de orden de la Regencia provisional del Reino:

«Que se haga entender que todas las disposiciones contenidas en la Real orden de 17 de Mayo de 1838 sólo tuvieron por objeto el que se respeten los derechos de los pueblos á los pastos comunes en terrenos públicos, ó más claro, á impedir que un pueblo comunero estorbe á otro de la misma comunidad la entrada de sus ganados en terrenos sitos en la jurisdicción del primero, que era lo mismo que estaba mandado en el art. 5.º del Real decreto de 30 de Noviembre de 1833 y en el 11 del cap. 1.º de la Instrucción de la misma fecha, á que se refiere la disposición primera de dicha Real orden, sin que nada de esto tenga relación con los terrenos de

dominio particular, respetados por todas las resoluciones anteriores, y especialmente por el Decreto de las Cortes de 8 de Junio de 1813, restablecido en 6 de Septiembre de 1836, que declara cerradas y acotadas perpetuamente las heredades de particular dominio, salvas las servidumbres; y que, por consiguiente, cuanto se dice de pastos públicos ó comunes debe entenderse de los que así se denominan propiamente por hallarse en terrenos que lo sean á uno ó más pueblos.»

El tránsito de los ganados trashumantes, aunque ligado con la materia de que tratamos, ha sido objeto de especiales consideraciones, y tiene mucha importancia en Aragón. Cuéntanse varias exenciones y privilegios concedidos á los ganados trashumantes de aquel Reino, que pagaban en su tránsito de una parte á otra, diversos derechos conocidos con los nombres de *carneraje*, *peaje*, *pasaje*, *pontaje*, etc.

El carneraje consistía en un carnero primal *dado de mano* por cada cabaña de más de mil cabezas á la bajada, y en un cabrito ó cordero *así bien dado de mano á la puyada* (regreso). (*Privilegio de D. Fernando el Católico de 1488.*)—*El pasaje* era el tributo que se pagaba por pasar de un reino ó provincia á otro, ó por pasar algún puente ó barca.—*Pontaje* era lo mismo que lo que ahora llamamos pontazgo.—*Peaje* era el derecho que se pagaba por pasar por cierto territorio ó distrito.

Este privilegio fué confirmado por D. Felipe II en 2 de Octubre de 1587, y por Felipe V en 24 de Agosto de 1745, y, por último, por Real decreto de 23 de Septiembre de 1836 se dispuso lo siguiente:

«1.º No se impedirá á los ganados de todas especies, trashumantes, estantes ó riberiegos el paso

por sus cañadas, cordeles, caminos ó servidumbres.

»2.º Tampoco se les impedirá pacer en los pastos comunes de los pueblos del tránsito en que se les ha permitido hasta ahora mientras conserven esta cualidad; no entendiéndose por pastos comunes los Propios de los pueblos ni los baldíos arbitrados, y salvo el derecho de propiedad sancionado por el decreto de 8 de Junio de 1813.

»3.º No se exigirán á los ganados trashumantes, estantes y riberiegos los impuestos que con varios títulos se cobraban por particulares y corporaciones, pero sí de los barcos y pontones; quedando libres dichas corporaciones y particulares de darles los auxilios que les franqueaban por efecto de aquellas prestaciones.

»4.º Si estuviese enajenado de la Corona alguno de dichos impuestos suprimidos, la Nación compensará el precio de la egresión, presentando los interesados sus títulos originales ante los Jueces de primera instancia.»

La Real orden de 24 de Febrero de 1839 se limitó á prevenir á los jefes políticos que por cuantos medios estuviesen en sus atribuciones cooperen al más exacto cumplimiento de las leyes y órdenes que rigen en este ramo de industria (el de la ganadería trashumante), cuidando de exigir á los ganaderos más derechos que los legítimamente establecidos, ni multas indebidas, ni dejar de facilitarles los documentos necesarios para acreditar el pago, y haciendo conservar expeditas las cañadas, cordeles y demás servidumbres públicas de los ganados que deban subsistir con arreglo á las disposiciones vigentes.

Además debe advertirse que el Código penal ha modificado también el derecho foral, principalmente

por el libro 3.º en que se castigan los daños producidos por los ganados.

IX.

Hacer leña.

Esta servidumbre rústica es análoga á la anterior, y consiste en el derecho de tomar del monte ó finca ajena la leña necesaria para el consumo. Según la Observancia 36 *De generalibus privilegiis*, los vecinos de los pueblos no podían hacer leña en el monte del pueblo vecino sin permiso de su dueño, ó del Ayuntamiento. Por otra Observancia, los que aun teniendo tierras en un pueblo no estén avecindados en el mismo, no podrán hacer leña ni tomar y estar en sus términos.

Gran parte de las manifestaciones hechas, respecto de la servidumbre de pacer, son aplicables á la presente, por lo que nos referimos á ella.

X.

Servidumbres urbanas.

Es la constituída en un edificio urbano á favor de otro, y varía tanto como las Ordenanzas municipales, y la voluntad respectiva. Las servidumbres urbanas más conocidas, son:

1.^a La de construir una pared, columna, ó pié derecho en la casa del vecino, en que descansa el todo ó parte de la nuestra.

2.^a La de horadar la pared de la casa del vecino para introducir en ella vigas ú otros materiales de la nuestra.

3.^a La de abrir ventanas que den luz á nuestra heredad. Esta servidumbre se explica, advirtiendo que, si bien todos pueden abrir en su propiedad las

ventanas que quieran, esta libertad natural, hija del dominio, se ha limitado en muchos pueblos en que las Ordenanzas municipales y la costumbre prohíben abrir las que caen á las propiedades inmediatas: en tal caso, el que quiera tenerlas ha de conseguir el derecho del vecino, y esto es lo que da lugar á la servidumbre. En pared de medianería no puede abrirlas uno de los dueños sin consentimiento del otro.

4.^a La de impedir al dueño de un edificio que le dé más elevación, quitando así las vistas ó luces al nuestro y pudiendo registrarle.

5.^a La de que el agua llovediza baje desde nuestra propiedad por canales ó gota á gota á la del vecino: con arreglo á la doctrina general, al dueño del predio dominante corresponde la reparación de las canales.

6.^a La de dar entrada á nuestra casa por la del vecino.

Este es el derecho común, siendo las particularidades que ofrece el de Aragón las siguientes:

1.^a Que según el Fuero único *De aqua pluvie arcenda*, nadie puede echarles las aguas á la casa del vecino, sin tener constituída servidumbre.

2.^a Que conforme á la 6.^a, también de *aqua pluvie arcenda*, hay derecho para abrir ventana en pared común, no sólo para las luces, sino también para las vistas; pero si la casa puede recibir luz por otra parte, no se puede impedir al vecino dar á su edificio tanta altura que las tape.

Esta última disposición foral es muy estimada en Aragón. El Baron de Mora en su defensa dice las siguientes frases:

«Dirigidos los aragoneses por un sentimiento de fraternidad llevado al más alto grado, y queriendo

observar religiosamente las consecuencias del principio de equidad, *Quod tibi non nocet et alteri prodest, ad id est obligatus*, no limitaron, como en otros países, la facultad del condueño de una pared común á abrir en ella ventanillos de pequeñísimas dimensiones por los que únicamente pudiera recibirse una escasa luz, sino que concedieron el que los pudiese abrir de la extensión que tuviera por conveniente, y no sólo para luces, sino para vistas; toda vez que ningún perjuicio podría seguirse de ello al dueño del terreno contiguo, mientras en uso de su derecho no edificase en él.»

Sin embargo, según hemos indicado ya, este apreciable jurista, tan conciliador como amante de su país, añade, que si bien esto es innegable cuando el terreno no se ocupa con cosa alguna, no sucede lo mismo cuando se destina á jardín ó huerto, ó á tener almacenados objetos de cualquiera especie, en cuyo caso parece justa la oposición á que se registre por las ventanas del vecino lo que en él tenga por conveniente hacer; por cuya razón propone que se reforme la ley en este sentido, y que se obligue á colocar en las ventanas reja de hierro y red de alambre, cuyas mallas no tengan más de dos centímetros de longitud, y sin que esto prive al dueño del predio sirviente á edificar en él á la altura que quiera para tapar las ventanas. Es decir, que el derecho de abrir en pared común ó medianera los huecos necesarios para luces ó vistas, queda limitado en realidad á la voluntad del dueño de la finca, lo cual consideramos una transacción razonable.

Expuesto ya cuanto convenía á nuestro propósito para el debido conocimiento de la Legislación aragonesa en materia de servidumbres, y refiriéndonos

en cuanto hayamos omido á la común, veamos ahora las disposiciones forales en que se funda aquélla:

OBSERVANCIAS

«De aqua pluviali arcenda.»

»1. De ista materia tene, quod litera sonat, & est ibi optimum argumentum, quod quilibet potest facere voluntatem suam per possessionem alienam, dummodo fiat sine damno illius, cuius est illa possessio.

»2. Si aqutum antiquitùs fuerit constructum in termino alieno, & postea appareat destructum: iterùm potest construi sine contradictione alicuius, etiam si titulus non appareat, aliàs non.

»3. Nota, quod servitus acquisita vineæ, vel fundo, transit ad emptorem, etiam si de ea nihil dictum sit.

»4. Item, si homines alicuius Villæ usi fuerunt scindere ligna in termino alterius Villæ à longissimo tempore citrà pacificè, acquirunt ius scindendi per illum usum, licèt alium titulum non habeant: quia longa possessio pacifica habetur loco tituli in Aragonia in servitutibus. adempriiis, & similibus.

»5. Item, si aliquis petat servitutem ab hominibus qui tenent aliquod hæreditamentum, vel aliquid aliud pro alio, non tenentur respondere, vel procedere super petitione contra eos facta, si voluerint habere recursum ad illum pro quo tenetur rem, cùm faciunt servitutem ratione rei quam tenent: sed si habent ius aliquod in re, tenentur se defendere ratione illius iuris quod habent.

»6. Item observatur, quod quilibet pro libito voluntatis in pariete communi facit fieri fenestras, non solùm ad lucem, sed etiam ad prospectum, quamvis dominus domorum vicinarum, si ædificium

construxerit, quod emineat super talem fenestram claudere eam possit: quod habet locum ubi vicina domus de se, vel aliundè, lumen habere potest: quia aliàs si propter dictæ fenestræ clausuram vicina domus luminibus privaretur, & aliundè lumen habere non posset; tunc per ipsam fenestram, vel per alia lumen competens arbitrio Iudicis domui convicinæ præfatae dare, aut dimittere tenetur, ne in totum luminibus obscurata domus, inutilis ipsi domino reddatur, secundùm usum Regni, & bonam æquitatem.

»7. Item observatur, quod si açutum habeo constructum, & fuerit per alium destructum ad instantiam unius partis, absque vocatione alterius mittitur Supraiunctarius, vel alius Officialis ad ipsum inspiciendum, & pediandum, & relationem faciendum.

»8. Et idem servatur, si açutum stat constructum, & timetur quod de cætero destruat; nam si postea per aliquam partium dicatur, quod Supraiunctarius fecit falsam relationem, admittitur ad probandum per evidentiam facti, & inspectionem rei: & post vocatis partibus procedetur in causa summarie (1).

»9. Item, de usu Regni, si aliquis habet açutum, vel cequiam in termino alieno, & destruitur açutum, vel cequia, ita quod ibi, ubi, primitus erat, non potest commodè iterum construi: potest alibi in dicto termino mutari, invito domino termini, facta tamen satisfactione domino termini arbitrio Iudicis competentis de terra, quæ de novo accipitur pro constructione açuti, vel cequiae.

(1) Esta Observancia y la siguiente están derogadas hoy por la ley de Enjuiciamiento civil, única reguladora de los litigios.

» De pascuis, gregibus, & cabannis.

»1. Nota, quod boalare non potest fieri sine licentia domini Regis, tamen benè possunt homines Loci facere lai quod vetatum, seu boalare modicum, quantum unam balistatam, vel quasi, in quo non possint depascere animalia vicinorum: sed ex ista causa, vel colore, magnum facere non posent: immò habent destrui, ut factum contra Forum & usum Regni.

»2. Item, Forus in quo dicitur, quod homines Locorum circumvicinorum possunt pascere ganata sua de area ad aream Villæ circumvicinæ. Intelligitur ex ea parte, seu secundum quod termini utriusque Villæ confrontantur: non quod ganata unius Villæ possint ire, & pascere in circuitu Villæ convicinæ per totum terminum, & è contrà: ut similiter alii vicini, qui sunt in circuitu, pascere possint ganata sua, secundum affrontationem sui termini, & modo prædicto.

»4. Item, si vicini pascant ganata sua de area ad aream, & homines Loci vicini plantant vineas, vel aperiunt campos, & seminant eos, & sic impediuntur ganata vicinorum, ne possint intrare ad pascendum in nemore, nisi per vineas, vel campos: homines Villæ prædicta possunt, et debent compelli ad aperiendum, et dandum, locum, per quem ganata vicinorum possint intrare libere ad pascendum in monte de area ad aream.

»6. Item, si aliqui vicini, qui possunt pascere ganata sua in loco convicino de area ad aream, habent pastorem de montaneis, qui tenet aliquam quantitatem ganati, videlicet usque ad triginta, vel parum plus, vel minus, possunt pascere liberè unà cum aliis domini sui de area ad aream, ultra autem numerum de XXXV. vel XL. ad plus, non possunt pascere.

›7. Item, si aliquæ ones herbaiantur in aliquo loco, non possunt pascere talia animalia in loco, seu termino convicino.

›8. Item, in terminis Loci ubi sunt hæredes et non habitatores: non possunt ligna, aut herbam facere ad opus animalium, quæ habent, et tenent in loco, in quo habitant: nec ganatum ibi ponere, aut tenere sine calonia: possunt tamen ibi animalia depascere cum vadunt ad laborandum hæreditates prædictas.

›9. Item, si habeo hæreditatem in aliquo loco, in quo non habitem, non possunt illam hæreditatem vetare, sic quod non possint ibi depascere ganata illorum habitantium ibi: nec possum illa pignorarare: secus tamen si sit habitator illius Loci: quia ille potest vetare suas hæreditates, et pignorarare ad opus suorum ganatorum, et hoc uno anno, et non plus: et est ratio, quia si secus fieret adimeretur commodum, et utilitas vicinis dicti Loci, quam habent in locis eremis, ubi illi habitantes, ganata sua possunt pascere liberè, de consuetudine Regni. Prædicta tamen non habent locum in locis irriguis, sive en las guertas: quia in illis ganata grossa et minuta, quæ non sunt de labore, non possunt pascere sine calonia.

›10. Item, quod hic dicitur de area ad aream, et de solem ad solem, est intellegendum, quod vicini Villæ convicinæ, qui volunt huius Fori beneficio uti in terminis alterius Villæ, debent orto sole exire ab areis suæ Villæ vel per tantum tempus, sole orto, stare in terminis suæ Villæ, quanto exeundo ab areis suæ Villæ starent in suis terminis eundo usque ad bogas terminorum alterius Villæ convicinæ; ita quod antè non debent intrare terminos Villæ convicinæ, et à simili debent exire tali tempore ante solis occasum à terminis Villæ convicinæ, quod ante

dictum occasum solis possint ad areas suæ Villæ redire. Et si de nocte, vel aliàs; quam modis, et temporibus supradictis vicini unius Villæ cum suis ganatis depascendo reperiantur in terminis alterius Villæ convicinæ, possunt pignorari, non obstante Foro.

» *Finium regundorum.*

»1. Nota, quod si aputum antiquitùs fuerit constructum in terminis alicuius Loci, & postea fuerit destructum, iterùm potest construi, contradictione alicuius non obstante, etiam si non habeant titulum constructionis: aliàs si non fuerit constructum antiquitùs, non potest de novo construi, sine voluntate domini illius termini.

» *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum.*

»25. Item, in Aragonia in omnibus villis contiguas habentibus terminos, possunt alteri in altero termino de Area ad Aream pascere bestias, et alios greges suos, excepto loco qui dicitur Boalar, in quo etiam possunt pascere quando illi de Villas cuius est, pascuntur: iuxta modum quo pascuntur illi de Villas, ut cap. De Villis, in tit. De pascuis: quem forum dicunt quidam debere intellige tantum de locis Regalibus sed contrarium usitatur, quia de omnibus intelligitur.

»36. Item, quod dicitur de Area ad Aream, intellexerunt quidam ut etiam Aream primam possent transcedere villam totam & ex alia parte villæ pascere, quod non est verum, nec usitatur, quia alia pars villæ remanet hominibus villæ, & villæ continguæ ex alia parte: & intelligitur de Area ad Aream, & de sole ad solem; nam de nocte non possunt, ut prædicitur, inibi remanere, quin fiat decollatio, im-

mò debent redire sua ganata ad Aream villæ vel prope, qualibet die, si volunt iacere nocte sequenti, aliàs si pernoctarent prope mugam, essent prompta ad pascendum, & destruerent pastus alterius villæ, quod esse non debet, attamen non vicini non possunt ligna scindere, nec venari, nec alia servitute uti in termino alterius villæ sine voluntate domini, vel hominum vicinorum illius villæ.

»FUERO ÚNICO.—*De aqua pluviali arcenda.*

»*Iacobus Primus.*—Oscæ.—1247.

»Omnes secundum Forum debent dare liberum exitum de domibus suis aquæ pluviali, ne sibi damnum aliquod, vel suis etiam convicinis faciat, & debet etiam ducere ipsam aquam cum suis expensis propriis per subterraneos meatus, aut aliter, usque ad illum meatum subterraneum qui transit subtus viam publicam, in quo omnes aquæ decurrunt de domibus omnium vicinorum: & adhuc debet cum suis expensis mundare ipsum publicum meatum, ut aquæ inde transire valeant liberè, quantum frontaria, sive afrontatio suarum domorum tenuerit.»

Dejamos de insertar aquí, por haberlo ya hecho en otro lugar, el Fuero 3.º *De consortibus ejusdem rei* y las Observancias 7.ª y 9.ª, *De præscriptionibus*, que se relacionan también con la materia de servidumbres.

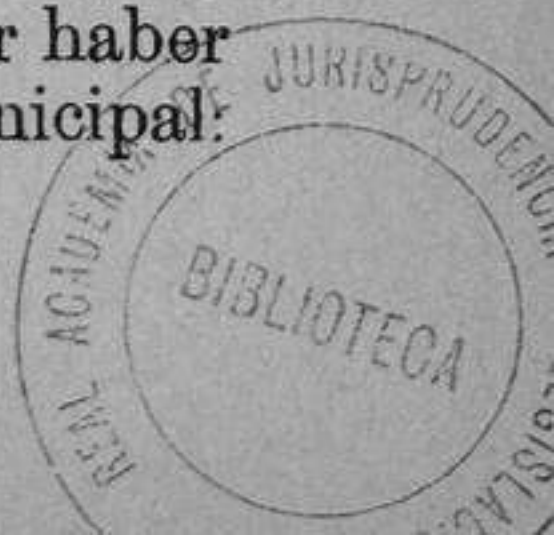
Para terminar este capítulo, daremos á continuación la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

14 de Mayo de 1861.

«En la villa y Corte de Madrid, á 14 de Mayo de 1861, en el pleito pendiente ante Nos por recur-

so de casación, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad de Zaragoza, y en la Sala segunda de la misma ciudad por D. Pedro Ortiz de Urbina con D. Juan Pardo, sobre derecho de luces y vertiente de aguas:

»Resultando que en 15 de Diciembre de 1668 don Manuel Sesé vendió á carta de gracia á D. Juan Antonio Piedrafita, unas casas que le pertenecían en la ciudad de Zaragoza, plaza y calle del Mercado, lindantes con otras de Sesé que subían á la calle de los Botoneros, con todas sus entradas y salidas, luces, vertientes de aguas, servidumbres y otros derechos que tenían, las cuales adquirió en 1698 el capitulo de Beneficiados de la parroquia de San Pablo: que D. Juan Luis Payas, dueño de otras en la plaza del Mercado, lindantes con la de D. Juan Antonio Piedrafita por su testamento de 10 de Diciembre de 1671, las legó al capitulo de Beneficiados de la parroquia de San Lorenzo; que en 30 de Noviembre de 1808, y en virtud de las órdenes expedidas para la venta de bienes pertenecientes á obras pías, lo fué como correspondiente al citado capitulo una casa en la plaza del Mercado, núm. 49, en favor de doña Josefa Delgado, libre de toda carga, con sus entradas y salidas, luces, vertientes de aguas, usos, servidumbres y demás universos derechos: que la hija y heredera de aquélla la enajenó en igual forma á D. Juan Pardo y su mujer; y que, por último, adjudicados á D. Jaime Treviño y Nasarre los bienes de la dotación de una capellanía, fundada en la parroquia de San Pablo por Juana Riglos, entre los que se comprendía una casa sita en la plaza del Mercado, núm. 50, compareció D. Pedro Ortiz Urbina, pidiendo se le diera posesión de ella, que le fué dada por haberla adquirido como solar por haber sido destruída de orden de la Autoridad municipal:



»Resultando que en 24 de Abril de 1858 entabló demanda D. Pedro Ortiz de Urbina, en la que, exponiendo que era dueño de dos casas, sita la una en la plaza del Mercado de Zaragoza, núm. 50, y la otra contigua en la subida de Botoneros, núm. 81; que D. Juan Pardo poseía la casa inmediata, núm. 49, de la plaza del Mercado, la cual había sido vendida en unión de la primera con las luces recibidas por el centro y cielo de la misma, de las cuales y además de las vertientes de aguas y derechos inherentes, había estado en posesión por más de treinta años D. Pedro Ortiz de Urbina, y que en 15 de aquel mes D. Juan Pardo había principiado á edificar la casa núm. 49, cerrando varias ventanas de la del demandante y alterando las vertientes de sus aguas, pidió se le condenase á reponer las cosas al ser y estado que tenían antes de practicarse las obras:

»Resultando que D. Juan Pardo impugnó la demanda, alegando que había adquirido la casa número 49, libre de todo gravamen: que de los documentos presentados por el demandante no aparecía que se le vendiesen las luces al lunado ó cielo de propiedad de Pardo, sin cuyo requisito no era lícito usar de ellas; y que todo propietario tenía derecho á edificar dentro de su casa ó en su propio terreno:

»Resultando que, practicada prueba testifical y pericial, dictó sentencia el Juez de primera instancia, absolviendo de la demanda á D. Juan Pardo; y que confirmada por la que en 13 de Diciembre de 1859 pronunció la Sala segunda de la Real Audiencia de Zaragoza, interpuso el demandante el presente recurso, citando como infringidas la ley 28, título V, Partida 5.^a; las Ordenanzas de Madrid vigentes en Aragón, y las Observancias 7.^a, *De præscriptionibus*; 4.^a y 6.^a, *De aqua pluviali arcen-*

da, con las que dijo estaban conformes las leyes 15, 16 y 19, tít. XXXI, Partida 3.^a:

»Visto, siendo Ponente el Ministro D. Laureano Rojo de Norzagaray:

»Considerando que la ley 28, tít. V, Partida 5.^a, que habla de la entrega que debe hacer el vendedor al comprador, de la cosa enajenada con todas las que pertenecen ó son *ayuntadas* á la misma para su servicio, no es aplicable á las servidumbres de que se trata, porque, consistiendo éstas en un gravamen que afecta la propiedad, deben constar establecidas por uno de los medios que reconocen las leyes, lo que no aparece de autos:

»Considerando que por atendibles y recomendables que sean las Ordenanzas de Madrid como reglas facultativas, no pueden equipararse á una ley expresa, cual es la Observancia 6.^a, libro 7.^o, *De aqua pluviali arcenda*, vigente en el reino de Aragón, para que en ellas se funde un recurso de casación:

»Considerando que, según dicha Observancia, así como cualquiera tiene facultad para abrir ventanas en la pared común, también la tiene el vecino para edificar obstruyéndolas, á no ser que la casa quede de tal manera sin luces que no pueda recibirlas por otra parte, hecho que no intentó probar el demandante á quien incumbía, ni pudo, por consiguiente, apreciar el Tribunal sentenciador:

»Considerando que, no teniendo lugar la prescripción en el presente caso, sin que medie un hecho obstativo por parte del que trate de adquirir derecho á las luces contra el que intente obstruirlas, no es aplicable la Observancia 4.^a *De aqua pluviali arcenda*, ni la 7.^a *De præscriptionibus*, así como tampoco las leyes 15, 16 y 19, tít. XXXI, Partida 3.^a, citadas por el recurrente;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos

no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Pedro Ortiz de Urbina, á quien condenamos en las costas y en la pérdida de 4.000 rs., por que se constituyó el depósito, que se distribuirá con arreglo á lo prescripto en el art. 1.063 de la ley de Enjuiciamiento civil; devolviéndose los autos con la certificación correspondiente á la Audiencia de donde proceden. Y lo acordado.»

13 de Enero de 1873.

«En la villa y Corte de Madrid, á 13 de Enero de 1873, en el pleito pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia del distrito del Pilar de Zaragoza y en la Sala de lo civil de la Audiencia de su territorio por D. Antonio Lorente y Grasa, y por su fallecimiento, D. José María Grasa, D. José Martín Vallarín como marido de doña Agueda Martín y Grasa, y doña Felipa García, viuda de D. Justo Miguel Vallarín Grasa, con D. Matías Galve, D. Martín Navasal y D. Mariano Ascaso é Irazoqui, y por su fallecimiento, su viuda é hijos, sobre servidumbre:

»Resultando que D. Antonio Lorente, dueño de una viña en término de Maniblas de la ciudad de Zaragoza, linde con carretera de D. Matías Galve, con campo y viña de este mismo, con el brazal de Aguilares y con senda que dividía por un extremo la viña de Lorente del olivar de los herederos de D. Mariano Ascaso, acudió en el año de 1857 al Ayuntamiento de dicha ciudad para que se le señase camino para la citada viña, en razón á no reconocérsele derecho de paso por los vecinos colindantes:

»Resultando que la Junta de gobierno del citado

término, á la que se pidió informe sobre esta solicitud, manifestó que del cabreo é informe de personas conocedoras de lo antiguo del mismo, aparecía que la finca de Lorente y la que poseía D. Martín Navasal, pertenecieron *pro indiviso* á D. José Castillo, y que en el brazal que las dividía había un puente que hacía años desapareció, pero cuyas señales se conservaban aún:

»Resultando que seguido pleito entre D. Matías Galve y D. Antonio Lorente sobre servidumbre de paso por la carretera de que dicho Galve usaba para ir desde el camino llamado Alcorte de Villamayor á la Torre de su propiedad, llamada de las Granadas, se declaró por ejecutoria de 30 de Diciembre de 1859 que la carretera existente desde la de Herederos llamada Alcorte de Villamayor hasta la finca de D. Matías Galve y la que había dentro de ésta era del exclusivo dominio de D. Matías Galve, sin que D. Antonio Lorente ni otro tuvieran derecho de paso por ella, señaladamente desde que se introducía en tierras de la propiedad de Galve, dejándose sin efecto la restitución acordada con anterioridad en favor de Lorente:

»Resultando que D. Antonio Lorente acudió al Juzgado en 17 de Abril de 1860, pidiendo que se le señalase paso á la viña de su pertenencia para las operaciones necesarias para su cultivo, haciéndose el señalamiento con arreglo á los estatutos de montes y huertas de aquella ciudad, con emplazamiento oportuno y en forma legal á D. Matías Galve, don Martín Navasal y D. Mariano Ascaso, dueños de las propiedades inmediatas:

»Resultando que rechazada de oficio la demanda por adolecer, entre otros, del defecto de no determinarse la clase de acción que se ejercitaba, presentó el demandante dos escritos en 17 de Junio y 24 de

Septiembre de 1860, dirigidos á explicar la demanda y la acción en ella deducida, que dijo ser mixta contra Galve, Navasal é Irazoqui, y fincas que poseían, á fin de que, la que de éstos correspondiera según las Ordenanzas, facilitara entrada á la de Lorente:

»Resultando que de los demandados, en el concepto de ser el objeto de la demanda el de que se estableciera la servidumbre necesaria de paso en favor del predio de Lorente, la contestaron Ascaso y Navasal, solicitando que se les absolviese de ella, y D. Matías Galve que se desestimase, y caso de señalarse el paso, se hiciera por la finca del segundo de aquéllos:

»Resultando que las partes suministraron prueba de testigos y peritos, y que la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza dictó en 27 de Enero de 1872 sentencia revocatoria, absolviendo de la demanda á D. Mariano Ascaso y D. Martín Navasal; declarando que debía designarse el paso para el servicio de la viña de Lorente por la carretera ó camino de la pertenencia de Matías Galve, con las que aquel predio lindaba y salía al llamado Alcorde de Villamayor, y condenando en su consecuencia á D. Matías Galve á que no impidiera el paso á don Antonio Lorente por el citado camino para las operaciones de cultivo y administración de la viña, mediante la oportuna indemnización, á juicio de peritos:

»Resultando que D. Matías Galve interpuso recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

»1.º El principio de nuestra legislación política, incluído como precepto en las Constituciones de la Nación, y expresamente adoptado en el art. 14 de la promulgada en 6 de Junio de 1869, desenvuelto

en diferentes leyes, como en la de 17 de Julio de 1836, según el cual, nadie puede ser expropiado sino por causa de utilidad común y en virtud de mandamiento judicial, que no se ejecutaba sin previa indemnización, regulada por el Juez con intervención del interesado, puesto que la demanda no se dirigía á exigir el respeto de un derecho anterior desconocido ó negado, sino una obligación nueva, cuya creación se solicitaba de los Tribunales:

»2.º La ley 14, tít. XXXI de la Partida 3.ª, por cuanto no reconociéndose en ellas más que tres maneras de constituirse las servidumbres, se introducía una cuarta manera, para lo cual carecían de facultades los Tribunales:

»3.º La ley 3.ª, tít. V de la Partida 5.ª, que prohíbe se haga fuerza y premia á nadie para vender lo suyo, por cuanto la parte dispositiva de la sentencia significaba tanto como que D. Matías Galve hubiera de ceder algo de lo que era de su dominio á los herederos de Lorente, por la suma que á manera de precio ó de indemnización de perjuicios señalasen los peritos:

»4.º La ley 9.ª, tít. XXXI de la Partida 3.ª, que consigna el precepto de que las servidumbres son indivisibles, y no se pueden partir, en términos que si el predio dominante se hace en varias porciones que van á parar á diversos dueños, cada uno puede usar por entero de la servidumbre, toda vez que en la sentencia se confesaba que los fundos de Lorente y Navasal habían estado bajo el dominio de D. José Castillo, y entonces indudablemente el acceso á la finca del primero y á la del segundo tendría lugar por el mismo punto, ya se tomasen así cual dos piezas diversas, ya confundidas y formando una sola, según las había tomado la Junta del término y el Juzgado del Pilar:

»5.º Aun prescindiendo de todo lo expuesto, el Fuero 3.º *De consortibus ejusdem rei*, libro 3.º de los de Aragón, al cual se había dado interpretación extensiva y torcida contra los preceptos de las Observancias 1.ª *De equo vulnerato*, 4.ª *De testamentis*, 24 *De probationibus faciendis cum charta*, y 16 *De fide instrumentorum*, que prescriben estar á lo literal; pues únicamente demostrándose que la viña de Lorente fué anterior á la del recurrente, y éste había plantado la suya en torno de la de aquél, cerrándole su antiguo camino, cabría aplicar el Fuero de que se trataba:

»6.º Al fallar el pleito señalando la finca de Lorente un paso que nunca había existido por la de Galve, en obtemperancia á lo que parecía á los capítulos 8.º, 9.º, 14, 48 y 52 de los estatutos y ordenaciones de montes y huertas de la ciudad de Zaragoza, prescindiendo de que estaban muy distantes de disponer lo que de su texto intentaba deducirse el núm. 1.º del artículo 7.º de la ley orgánica del Poder judicial, que prohíbe á los Jueces, Magistrados y Tribunales aplicar los reglamentos generales, provinciales, locales ni otras disposiciones de cualquier clase que sean que estén en desacuerdo con las leyes y los referidos estatutos y ordenaciones, además de mal interpretados, eran contrarios á la Constitución, á la ley de Ayuntamientos, á la de Administración de las provincias, á la de Aguas, al Código penal, á las Partidas y á los Fueros:

»7.º Aun en la hipótesis absurda de que la Sala sentenciadora hubiera tenido facultad para imponer una servidumbre nueva sobre la finca de D. Matías Galve, el principio según el cual, aun en los casos en que la propiedad está legítimamente gravada, sin aparecer clara la índole del gravamen, la fijación de éste debe limitarse á lo menos posible, en térmi-

nos de que satisfecha la necesidad de dar entrada á una finca con simple *senda*, no es lícito señalar *carrera* y tampoco *vía*, según la nomenclatura de la ley 3.^a, tít. XXXI de la Partida 3.^a;

» Y 8.^o La ley 19, tít. XXII de la citada Partida, que establece que, afinado el juicio que da el juzgador entre las partes derechamente, de que no se alce ninguna de ellas, da maravillosamente gran fuerza, que dende en adelante son tenidos los contendores y sus herederos de estar por él; y todas las disposiciones del derecho y la jurisprudencia constante que hablan del respeto de la cosa juzgada; puesto que por sentencia firme de 30 de Diciembre de 1859 se había declarado que Galve no tenía obligación de prestar servidumbre de paso a Lorente ni por la carretera que atravesaba su predio, ni aun por la existente hasta ella desde la de Herederos, llamada Alcorde de Villamayor:

» Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Victoriano Careaga:

» Considerando que no ha sido infringido el precepto sobre expropiación forzosa del art. 14 de la Constitución vigente, comprendido también en las anteriores, y desenvuelto en la ley de 17 de Julio de 1836, ni la ley 3.^a, tít. V. de la Partida 5.^a, citadas en el primero y tercer motivo de casación; porque las prescripciones que comprenden son genéricas, y por lo mismo es indispensable ponerlas en armonía con las disposiciones especiales y concretas á cada caso; no teniendo en su consecuencia aplicación cuando se trata, como sucede en el presente pleito, de hacer efectivo en el correspondiente juicio, que las partes han reconocido como procedente, un derecho conferido por otras leyes, en virtud de las cuales ha sido legalmente vencido uno de los litigantes:

» Considerando que es igualmente inaplicable la ley 14, tít. XXXI de la Partida 3.^a, citada en el segundo motivo, que trata de la manera con que puede ser puesta la servidumbre en las cosas; porque, prescindiendo de que no se refiere al presente caso, como sólo es supletoria en Aragón, no tiene valor alguno, cuando la sentencia se funda en disposiciones forales claras y terminantes, como sucede á la que ha dado origen al recurso:

» Considerando que siendo de competencia exclusiva de la Sala sentenciadora el determinar, en vista de las pruebas testificales aducidas por las partes, si los predios de D. Antonio Lorente y D. Matías Navasal, habiendo estado anteriormente unidos, ó no formando uno solo; así como también, si era necesario, para que los herederos de Lorente pudieran cultivar y extraer los frutos de su viña, establecer la servidumbre forzosa de senda, carrera ó vía, es inoportuna la cita que se hace en el cuarto motivo de la ley 9.^a, tít. XXXI de la Partida 3.^a, en virtud de la cual, se establece que las servidumbres son indivisibles, y que una vez ganadas, si el que las obtuvo fallece dejando muchos herederos, cada uno de éstos puede pedir todas ellas, así como también la del principio comprendido en el séptimo motivo, de que aun suponiendo que la propiedad está gravada no apareciendo clara la índole del gravamen, la fijación de éste debe limitarse á lo menos posible, porque la Sala segunda de la Audiencia de Zaragoza ha resuelto estos puntos puramente de hecho, como he creído justo, sin que contra su apreciación se haya indicado como infringida ley ni doctrina legal alguna:

» Considerando que es igualmente desatendible el quinto motivo, fundado en la interpretación extensiva que en contra de lo prevenido en las Observan-

cias 1.^a *De equo vulnerato*; 4.^a *De testamentis*; 24 *De probationibus faciendis cum charta*, y 16 *De fide instrumentorum*, dice el recurrente que se ha dado al fuero 3.^o *De consortiis ejusdem rei*, que previene que si uno tuviese viña ó huerto y otros plantasen en rededor de éste otras viñas, de modo que cerrasen el camino por el cual se sacaban las uvas y los sarmientos de la primera, y no tuviese ya por dónde extraerlos, según el Fuero, debe tener el camino por aquella parte por donde pueda salir más pronto al público, y por la que se ocasionen menos perjuicios á los dueños de los demás terrenos, porque la segunda de aquellas disposiciones se refiere á si en el caso que expresa, el legatario está obligado á pagar las deudas del testador, y las otras tres hablan de la interpretación que debe darse á las cartas ó documentos, y en el presente pleito no se trata de interpretar carta alguna, y sí sólo de determinar, en vista de la disposición explícita y clara del mencionado Fuero, si las viñas que circundan á la de los herederos de D. Antonio Lorente fueron plantadas con posterioridad, y habían dejado á aquélla sin camino para entrar á cultivarla y sacar las uvas y sarmientos, y si se le ha facilitado éste por el sitio más cercano al camino público y menos gravoso á los que tuvieran que sufrir la servidumbre; y por lo mismo, siendo también estos puntos de hecho, la referida Sala los ha decidido con presencia de las pruebas practicadas por los litigantes, y su fallo no puede menos de ser eficaz, mientras no se citen las reglas de la sana crítica que hayan sido quebrantadas al hacer el análisis de aquéllos:

»Considerando que lejos de estar dicha sentencia en oposición al espíritu y letra de los capítulos 8.^o, 9.^o, 14, 48 y 52 de los Estatutos de montes y aguas de Zaragoza, como supone el recurrente, se halla

muy en armonía con él, puesto que en todos ellos se reconoce al dueño de un predio el derecho de ponerle en comunicación con las vías públicas, y de facilitar la entrada y salida en él, atravesando, si fuese preciso, otros de ajena pertenencia, sin que por otra parte las citas de las leyes que comprende el sexto motivo puedan ser eficaces para que prevalezca el recurso, si se atiende á que se han hecho de una manera genérica, y sin expresar clara y concretamente el artículo ó precepto infringido, como era indispensable verificarlo, atendida la jurisprudencia establecida en diferentes sentencias de este Supremo Tribunal;

» Y considerando que es completamente inoportuna la cita que en el octavo motivo se hace de la ley 19, tít. XXII de la Partida 3.^a, porque en el pleito anterior, á que se refiere la sentencia de 30 de Diciembre de 1859, se utilizó por el demandante la acción negatoria de servidumbre de paso para entrar á cultivar y sacar el fruto de la viña de Lorente, y se declaró que éste no tenía ese derecho, absolviendo en su consecuencia de la demanda á D. Matías Galve, y en el presente se pidió por el mismo Lorente que se estableciera sobre los terrenos de Galve una servidumbre nueva, forzosa, de paso, con el objeto indicado, y por lo mismo faltando la identidad de acciones no puede alegarse eficazmente que el fallo ha sido dado contra la cosa juzgada;

Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Matías Galve, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Zaragoza la certificación correspondiente.

CAPÍTULO XIV.

De la sucesión testada.

I.

De los testamentos en general.

Hemos llegado á otra parte del Derecho, de las que constituyen, por decirlo así, una materia principal y de las que tienen mayor trascendencia.

Los pueblos tienen más apego á las instituciones civiles que á las políticas, sean cualesquiera los trastornos y la algarada que estas últimas proporcionen, y lo prueba, entre otras cosas, una muy significativa, y es, que las Constituciones cambian con más frecuencia que los Códigos.

Pero entre todos los preceptos legales del orden civil, los que más afectan á los hombres y los que se defienden más porfiadamente, son, sin duda alguna, los que se relacionan más con el interes de la familia.

Por esta razón, y sean cualesquiera las diferencias que en este punto ofrezca el Derecho aragonés, que ya las veremos, sus tradadistas exigen su conservación. El Baron de Mora las cree excelentes, no obstante de proponer ciertas reformas. El *Manual del Abogado aragonés* se espresa en estos términos:

«El Reino de Aragón, formado entre los ruidos de las armas, y que no las dejó de las manos en siete siglos, ni pudo ni debió apetecer en los testamentos solemnidades extraordinarias é imposibles de cumplir por una nación ocupada en continuas guerras. Miró, pues, el testamento como una simple enajenación, y con este mismo semblante apareció en todos los reinos que se levantaron sobre las ruinas del imperio romano, á cuyas delicadas solemnidades no se acomodó la simplicidad de las costumbres posteriores, principalmente desde que comenzó el Derecho canónico á resonar por las escuelas y los Tribunales.»

Pero entremos en materia y procuremos hacer una explicación clara y circunstanciada á la vez, como ella necesita, por ser de las que en el Derecho foral revisten más complejidad y particularismo.

Siendo Dieste el tratadista moderno que sin duda ha expuesto mejor y más ampliamente el Derecho aragonés, dicho se está que en este punto, como en otros, hemos de seguir el orden que ha tenido en su trabajo, al menos en todo lo compatible con el nuestro.

II.

Personas que pueden testar.

Según el Fuero *Ut minor viginti annorum*, puede testar el mayor de catorce años. varón ó hembra. En opinión de Franco de Villalba, podrá hacerlo también la mujer casada, aunque fuere menor de dicha edad, y lo funda comentando el Fuero *De las obligaciones de los menores de veinte años*: pero ni Franco y Guillén ni Peña hablan de ello, ni creemos, por tanto, que semejante opinión haya prevalecido. Como se comprobará después con la inser-

ción del Fuero en que se apoya Franco de Villalba; su texto no autoriza para tal creencia, pues se refiere en general á las obligaciones que pueden contraer los menores de veinte años y mayores de catorce, sin hablar una palabra de testamento.

Siguiendo Dieste una decisión citada por Sessé, dice que puede testar el loco en los intervalos lúcidos, sin que la disposición quede anulada por la furia sobrevenida después; pero tampoco los demás autores señalan esta distinción, sino que, por el contrario, se limitan á afirmar conforme á la Observancia 11 *De probationibus*, que los furiosos no pueden hacer testamento, y que si alguno lo hiciera, podrán presentarse para probar su nulidad, además del notario y testigos que en él hubiesen intervenido, cualesquiera otras personas, en lo cual, según la misma Observancia, se diferencia en esto el testamento de los demás instrumentos públicos, en los cuales, para probar la demencia de los otorgantes, sólo se admiten los testigos que asistieron al acto. A lo que se refiere probablemente la decisión de que Sessé habla, y en lo que todos se hallan conformes, es al caso en que uno se volviese loco después de testar, pero antes de firmar el testamento, el cual valdrá.

También hay conformidad respecto del ciego, el sordo y el mudo, siempre que no estén locos ó insensatos.

Dice Dieste, refiriéndose á Lissa, que el *clérigo*, según costumbre recibida en la diócesis de Zaragoza, puede también disponer por última voluntad de sus rentas eclesiásticas, de los bienes de procedencia no eclesiástica, y aun de los que hubiere adquirido con ocasión de la Iglesia, así como el *monje no profeso*, recayendo en su heredero instituído las cosas de que hubiere dispuesto como esperadas con proba-

bilidad, ó consideradas por el Derecho, así como también las que se hubieren dejado á dicho testador bajo condición ó á día cierto, una vez cumplida aquélla ó cedido éste.

III.

Solemnidades de los testamentos.

Éstas son relativas á los testigos, lugar del otorgamiento, fecha de la disposición testamentaria, y firmas del testador y los testigos.

Como algunas de dichas circunstancias varían según la clase de testamento que sea, parécenos más metódico el hablar de éstos separadamente.

IV.

Testamento nuncupativo ó abierto.

Este testamento puede hacerse en Aragón de dos maneras, ó ante escribano y dos testigos, ó ante el Párroco y dos testigos, lo cual autorizan la Observancia 11 *De testamentis*, la 26 *De generalibus privilegiis Regni Aragonum* y el Fuero 1.º *De tutoribus, curatoribus, &c.* Hecho ante el notario, deberá el mismo elevar á escritura pública la voluntad del testador, firmando éste con el notario y los testigos. Franco y Guillén sostienen que este testamento sería válido, y surtiría todos sus efectos una vez muerto el testador, aunque el notario no lo hubiese elevado á escritura pública, y se fundan en una decisión del Consejo de Justicia de Aragón, citada por Sessé. Esto, sin embargo, es escaso fundamento, porque no basta una sola sentencia de un tribunal que, después de todo, no tenía especial misión de sentar jurisprudencia, para ir contra la ley y contra los más vulgares principios de derecho. Dieste

es de nuestra opinión, y dice que el testamento nuncupativo en que no se guardan las solemnidades de la ley, es nulo, y cita la ley 1.^a tít. I, libro 10 de la Novísima Recopilación, y la sentencia de 24 de Marzo de 1865. Los enfermos del Hospital de Nuestra Señora de Gracia, de Zaragoza, según opinión de Portolés generalmente admitida en Aragón, pueden hacer testamento abierto ante el párroco ó cualquier capellán del establecimiento, y es completamente válido.

El testamento ante el párroco puede hacerse á falta de Notario, ó en casos urgentes de viva voz y ante dos testigos abonados, vecinos de la parroquia, y en virtud de ruego. El Fuero 1.^o *De tutoribus* concede más, y es, que si no hay los dos testigos, baste uno, y en último resultado una mujer de buena reputación.

El testamento de que se trata, en cualquiera de sus formas debe tener la *adveración*, que es la confirmación solemne ante el Juez por el que autorizó el acto, y los testigos que intervinieron en su otorgamiento. El testamento ante el párroco, según el comentario de Franco de Villalba, al Fuero 1.^o *De testamentis*, puede hacerse por interrogación, ó sea por respuesta del testador á otra persona que le pregunte.

La adveración es tan importante, que sin ella el testamento no tiene valor, lo cual tiene expresamente declarado el Tribunal Supremo, según veremos después. Naturalmente la adveración no impide que este testamento sea redarguido de *falso* por cualquiera persona.

Los Fueros lo dicen, y mandan, que si esto sucediere, deberá *confirmarse* del modo siguiente: leeráse el testamento en la puerta de la iglesia á presencia de quien lo impugne, de la justicia y hombres

buenos del lugar; y en seguida los testigos que lo fueron del otorgamiento testificarán y jurarán que lo que se acaba de leer es la verdadera disposición del testador, de la que les constituyó testigos; con lo cual quedará *firme* el testamento para siempre. La necesidad de esta *readveración* fué confirmada por el Consejo del Justicia en 1499.

En cuanto á los demás requisitos, el testamento sería nulo si no constara en él el lugar del otorgamiento. Lo mismo debe decirse de la fecha, que así lo declaró la sentencia de 20 de Marzo de 1865 que forma en Aragón derecho supletorio, aunque no esté dictada en pleito de aquel territorio. Respecto de la firma de los testigos, Portolés y Molinos afirman que no es necesaria en esta clase de testamento la firma del testador ni de los testigos, pero nosotros no encontramos razón alguna que autorice esta falta de solemnidad, ni pueden tampoco señalarse como jurisprudencia casos de malas prácticas, aunque hayan llegado á prevalecer, acaso por falta de reclamación.

Por el contrario, se tendrá presente que el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de Septiembre de 1875, ha declarado que el Fuero de Aragón de 1528 previene que los otorgantes y testigos suscriban con su firma y rúbrica los instrumentos que otorgaran ante Escribano, si bien á éste no impone la obligación de signarlos y firmarlos, y sí sólo la de escribir de su puño y letra la primera y última línea, rubricando además la penúltima y última línea del mismo.

V.

Del testamento escrito ó cerrado.

El Fuero de 1678, título *Forma para testificar*, trata de este testamento, y dice cómo ha de hacerse.

Después de escribir su disposición el testador ó de firmarla, caso de que la mande escribir á otra persona, cierra el pliego que la contiene y lo entrega al Notario á presencia de dos testigos, los cuales con el Notario y testador firman en la cubierta, «si quiere acto de entrega que el Notario testifica,» siendo estas firmas las esenciales y no las que se encontrasen dentro del testamento. La misma solemnidad se observa en el acto que el testador dice que quiere que sea su testamento el papel ó escritura que al tiempo de su muerte se encontrare.

Los demás requisitos de este testamento son los mismos que exige el derecho común.

VI.

Testamento del ciego y otros impedidos que estén en el uso de su razón.

Esta clase de testamentos no se consideran privilegiados por las leyes de Aragón sino de los comunes, y por consiguiente, habrá de estarse á las reglas ordinarias establecidas para los demás. Así se ha declarado por sentencia de 3 de Diciembre de 1878, que insertaremos en su lugar.

VII.

Testamento por Comisario.

En Aragón no hay Fuero que lo autorice ni que lo prohíba, pero hecho de cualquier modo que no se oponga al derecho natural, y que no sea de imposible realización, valdrá, y así lo ha declarado la sentencia de 30 de Diciembre de 1882, que insertaremos, y respecto de la que llamamos la atención, porque es digna de estudio.

VIII.

Circunstancias comunes á toda clase de testamentos.

Cualquiera puede morir en parte testado y en parte intestado, sucediendo en este caso los parientes á quienes por ley corresponda en los bienes que quedasen libres. Así lo dice la Observancia 5.^a *De testamentis*. La 10 autoriza para hacer el testamento en varios actos, y según la 2.^a, el testador puede revocar el testamento, á pesar del juramento que hubiese hecho de lo contrario, por lo cual, si se encontraran dos ó más testamentos, subsistirá el último, á pesar de cualquiera cláusula que contenga otro ú otros anteriores, lo cual hace decir á Franco y Guillén, que debe desestimarse la opinión de varios autores, reducida á que el testamento posterior no debe derogar al anterior cuando en él no se hubiera hecho mención de la cláusula derogatoria que éste contenía.

Portolés exceptúa el caso de que el último testamento fuera cerrado, y el testador lo inutilizara ó recogiera del poder del Notario, porque entonces valdría el anterior; pero como se comprende bien, esta es una cosa distinta.

Lo que dispone la ley del Notariado en cuanto al número y cualidades de los testigos que han de intervenir en los instrumentos públicos, no es aplicable á los testamentos en los que regirá la ley especial. Así lo dispone aquella ley, y, por consiguiente, no puede en esta parte considerarse derogado el derecho de Aragón.

IX.

Del codicillo.

Dos palabras para decir que, según la jurisprudencia en Aragón, los codicilos sólo se diferencian

de los testamentos en que los posteriores no invalidan los anteriores como terminantemente no lo exprese el testador.

X.

Memoria testamentaria.

Los Fueros de Aragón no hablan de Memorias testamentarias, pero en la práctica se han presentado; siendo objeto de dudas si un documento de esta clase, que no contuviere institución de heredero, sería ó no válido. El Tribunal Supremo ha declarado que cualquiera disposición testamentaria valdrá en los legados y demás actos que contenga, aunque en lo principal careciese de forma, toda vez que, según la Observancia 5.^a, *De testamentis*, en Aragón puede morirse en parte testado y en parte no. Esta sentencia es de 24 de Marzo de 1865, y se insertará después.

XI.

Del testamento privilegiado.

Así puede llamarse el hecho en despoblado, porque si bien la regla es que se exijan las mismas formalidades que en los otros, á falta de testigos podrán serlo dos chicos que hayan cumplido siete años, y en su defecto, una mujer que tenga buena opinión. Este testamento requiere la adveración, ó sea la confirmación de que hemos hablado. Así lo previenen el Fuero 1.^o *De tutoribus*, y la Observancia 26, *De generalibus privilegiis*.

Privilegio es también el de los enfermos del hospital de Zaragoza, de que hemos hablado al tratar del nuncupativo. El testamento militar se rige en Aragón por la ley común.

XII.

De la institución de heredero. Legítima de los descendientes.

Lo primero que se nos presenta aquí es una cuestión grave, cual es, la de las facultades que el padre tiene en Aragón en la institución de heredero. Según los Fueros 1.º *De testamentis Milit. nobil.*, y único, *De testamentis civium*, el testador, sea cualquiera su condición, que tenga hijos legítimos, puede instituir heredero á uno de ellos; pero dejando á los demás la porción de bienes que le parezca. En estas disposiciones forales se fundan Franco y Guillén para creer que, estableciéndose por ellos indudablemente que el padre es árbitro en señalar la legítima á sus hijos, han sido motivo de absurda práctica, por mucho tiempo observada, de asignar por legítima á los hijos diez sueldos jaqueses, cinco por bienes sitios y cinco por muebles; práctica absolutamente infundada y contraria á los Fueros, los cuales únicamente facultan al padre para instituir heredero á uno de sus hijos, pero dejando á los demás *quantum voluerit*, es decir, una cosa prudencial, según su fortuna. Si de las palabras copiadas se dedujo que la legítima de los hijos fuera diez sueldos, lo mismo pudo deducirse que fuese una cantidad todavía más pequeña, porque entendiendo tan estrictamente su disposición, el padre cumpliría con ella, aun dejando sólo un maravedí. Por esta razón en el día, más de acuerdo con el espíritu de los Fueros, no se reputan suficiente legítima diez sueldos, ni otra cantidad mucho mayor, si no es correspondiente al patrimonio del padre; y así los Tribunales conceden suplemento de legítima á los hijos á quienes se ha dejado una que no guarda proporción con los bie-

nes de éste. Cuando el padre no fija la legítima de los hijos, ó deja á arbitrio de una tercera persona el señalarla, el Juez será el que deba hacerlo, según Molino *in Repert. V. Testamentum* donde trae varias decisiones.

Otra práctica todavía más infundada que la que acabamos de combatir ha llegado también á introducirse: consiste en que el testador, teniendo hijos legítimos, instituya heredera á una tercera persona, dejando á aquéllos diez sueldos por legítima. Asso y de Manuel, entre otros, le atribuyen esta facultad, fundándose en los Fueros citados en el texto que cabalmente disponen todo lo contrario; pero Franco y Guillén creen que tal institución es nula, porque según es de ver en dichos Fueros, el padre, teniendo hijos legítimos, está obligado á darles la herencia, ó por lo menos á nombrar heredero á uno de ellos.

Dieste es de igual opinión, y dice: «Como las palabras del Fuero *Quantum eis placuerit* son tan latas; como no ponen límite alguno á la voluntad de los padres respecto á la cantidad, al *tanto* de bienes que les obliga á dejar á los demás hijos, se abrió la puerta al *abuso*, y sucedió lo que sucede siempre que se le abren; introdújose, instituyendo el padre heredero á uno de sus hijos, el que mejor le parecía ó lo merecía más, y dejando á cada uno de los otros *diez sueldos jaqueses*, á saber, cinco sueldos por bienes *sitios* y otros cinco por bienes muebles. Esto, como se ve, era una *desheredación* indirecta de los hijos que no eran instituídos herederos; mas como los hijos son por la naturaleza y por el Fuero herederos *necesarios* de los bienes de sus padres; como esa herencia no puede serles quitada sino por alguna de las causas expresas en el Fuero mismo, la jurisprudencia de los Tribunales se pronunció, como no podía menos de pronunciarse, abiertamente con-

tra una práctica tan abusiva y tan absurda, concediendo en tales casos á los hijos *suplemento de legítima*, esto es, un tanto proporcionado al caudal de la herencia, que el Tribunal fija según los principios de equidad y las circunstancias.»

El autor del *Manual del Abogado aragonés*, que es sensible sea anónimo, porque la verdad es que su libro es siempre digno de consulta, dice, ocupándose de esta cuestión: «Luego que se halló camino para que, á pesar de las obligaciones naturales y civiles, los padres pudiesen testar con la desproporción de dar á un hijo todo el patrimonio, y á los demás una friolera, se halló también, para que, sin defecto, se diese la herencia á un extraño. No sabemos que hubiese Fuero en que fundar esta opinión; pero la introdujo, sostuvo y autorizó la común y tolerada costumbre del Reino, según la doctrina de los antiguos, de cuya boca la oyó Molino, y aun lo vió en sus escritos; pero asegura que los de su tiempo no seguían este pensamiento, fundados en las palabras *possuit unum ex filiis*, etc., y nada resuelve sobre este particular. Sessé abiertamente sostiene, en lo que respecta al Fuero, la opinión de los modernos, pero tuvo más respeto á la práctica de lo que ella merecía. Nuestro parecer es que ambas opiniones ó estilos son abusos intolerables; la de dejar los cinco sueldos no se puede sostener ni aun á pretexto de las palabras *quantum eis placuerit relinquendo*; ella es una rigurosa desheredación, y ésta no puede hacerse sin motivo grave; lo contrario, es defraudar la ley.

El objeto del Fuero fué puramente político, á saber: la conservación de las cosas, y por consiguiente el *quantum* ha de entenderse con discreción: porque el padre á quien la naturaleza impuso estrecha obligación de favorecer á sus hijos, no puede deshacerse

de ella con simples formalidades, que tiran á su destrucción y no á su cumplimiento. Añade el propio autor, que él no dudaría en patrocinar la causa de un hijo á quien se quisiera contentar con los cinco sueldos, y pediría lo correspondiente á sus circunstancias, y á la situación y estado de la casa para su acomodo y alimentos como obligación indispensable del padre, que es la interpretación que debe darse al Fuero.

Dice bien el *Manual*, al asentar que fueron políticos los motivos de la ley aragonesa, pues su historia, que es curiosa, fué la siguiente:

El Fuero 1.º, *De testamentis nobilium*, se hizo en las Cortes celebradas en Alagón, bajo el reinado de D. Jaime II, en el año 1307, y por el que se concedió á los nobles, militares, é infanzones, la facultad de instituir heredero de sus bienes *al que quisieren* de sus hijos, dejando á los otros *lo que les pareciere*. Visto esto en las Cortes celebradas en Daroca en el año 1311, bajo el mismo monarca, se reclamó por los diputados de las ciudades, villas y lugares que concurrieron á las mismas, el que se hiciese extensivo á todo el reino, sin distinción, la facultad otorgada á los nobles; y accediéndose á ello, se hizo el Fuero titulado *De testamentis civium*, por el cual se estableció que todos los ciudadanos indistintamente pudiesen instituir heredero al hijo que bien visto les fuese, dejando á los otros *lo que les placiere* de sus bienes.

La opinión del Baron de Mora es, á nuestro juicio, la más importante en este punto, no sólo por su grande ilustración y experiencia, sino porque al escribir su Memoria para la Comisión de Códigos, expone solemnemente el derecho vigente en su país, pidiendo se conserve lo que á su juicio lo merezca. El mismo afirma, que los descendientes no tienen de-

recho en Aragón, cuando son dos ó más, á una parte fija y determinada de los bienes de su ascendiente; pues que los padres están facultados para hacer en la forma que tengan por conveniente la distribución de su herencia entre sus hijos, y hasta para instituir en heredero al que les parezca, aunque con la obligación, en tal caso, de dejar á los restantes lo que les plazca el señalarles; y como no pueden dejar sus bienes á ninguna otra persona (á no ser que hubieran desheredado á sus hijos por existir para ello alguna de las causas que se señalan en los Fueros *De exhæredatione filiorum*), de ahí que se reputa legítima de los hijos en común, todo lo que dejan sus padres á su fallecimiento. Ni aun existe disposición alguna que les faculte para dejar una parte de su herencia á ninguna otra persona. Ello no obstante, jamás se ha visto que ningún hijo se haya negado á cumplir las mandas ó gracias especiales que su padre haya tenido por conveniente hacer en favor de extraños. A la facultad mencionada de los padres, y á la que tienen para imponer sobre lo que dejan á su hijos, sustitución ú otro gravamen, el cual cesa cuando éstos cumplen la edad de veinte años respecto de lo que se les hubiera dejado por el concepto de legítima ó de herencia, pero que es perpetuo en cuanto á lo que les hubieran mandado ó donado por vía de gracia especial, se hallan reducidos los derechos que la Legislación aragonesa les conceden.

Con esta opinión coincide sin duda, hasta cierto punto, la sentencia de 28 de Junio de 1864, que merece leerse, y que insertaremos, en que se declaró que en Aragón no existe contradicción entre la cláusula del testamento, en que se instituye al hijo heredero universal y absoluto, y en la que se modifica la institución, limitando las facultades del mismo

heredero, en cuanto á una parte de los bienes de la herencia, después de haberle señalado la legítima foral.

Más clara, sin embargo, parece la jurisprudencia de la de 17 de Junio de 1864, también muy digna de estudio para la materia de que nos ocupamos, según la que los padres pueden en Aragón instituir heredero á uno de sus hijos, dejando á los demás lo que les plazca, sin que se pueda admitir como doctrina la necesidad de conceder, por equidad, suplemento de legítima, para evitar la desigualdad entre el haber del heredero y de los demás hijos del testador.

Pero la que no deja lugar á duda, es la de 10 de Diciembre 1879, en que, resolviendo un recurso en que esta cuestión se ventilaba de lleno, se dijo: *que el padre que al morir dejase á cada uno de sus hijos diez sueldos jaqueses por legítima paterna, cumplía lo prescripto en la legislación especial de Aragón.*

Siempre hemos visto al Tribunal Supremo celoso mantenedor de los fueros regionales, fuesen cualesquiera las opiniones jurídicas de sus individuos, y aunque las tuviesen muy pronunciadas en el sentido de la unidad legislativa, en lo cual ciertamente cumplían con su deber; pero ésta es quizá la ocasión en que ese respeto al Derecho foral ha llegado más alto, como que ha excedido á las aspiraciones de los escritores del país.

No aseguraremos que no exista, pero no hemos encontrado, aun buscándola con todo el cuidado posible, ninguna otra sentencia que trate más directamente esta cuestión, lo cual prueba que no se equivoca el Barón de Mora al decir que sobre ésto no se promueven muchos litigios en Aragón.

Resulta de todo lo ampliamente expuesto: 1.º Que la libertad de testar es casi ilimitada en Aragón, y que interpretados sus Fueros como lo ha hecho el

Tribunal Supremo, el padre puede imponer obligaciones al hijo, que hagan ilusoria la herencia. 2.º Que los tratadistas aragoneses no están conformes con este modo de ser de su legislación testamentaria, y que aspiran á su reforma, principalmente el Barón de Mora, según veremos más adelante. 3.º Que esta situación es llevadera en Aragón, gracias á la honradez y buenas costumbres generales de sus naturales, siendo raros los casos en que los padres perjudican á los hijos, y en que éstos dejan de cumplir las obligaciones que aquéllos les imponen en su última voluntad.

Todo cuanto se ha dicho respecto del padre, debe entenderse lo mismo de la madre, porque el Fuero comprende á ambos, como sucede siempre que se habla del hombre, y no se hace distinción alguna de la mujer.

Así lo dicen también el *Manual del Abogado aragónés* y Dieste.

Está aceptada en Aragón la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 16 de Marzo de 1865, de que aun cuando el testamento fije los derechos de los hijos, esto debe subordinarse á lo pactado con carácter irrevocable entre vivos, para asegurar esos mismos derechos, salva siempre la legítima correspondiente á los hijos.

El hijo legítimo mayor, que el legítimo es preferido á éste, lo cual fundan los tratadistas en el Fuero *De filiis illegitimis*.

El heredero está obligado á pagar las deudas del testador hasta donde basten los bienes heredados, sin que le excuse la alegación de que éstos hayan disminuido. Esto dispone el Fuero único *De iis qui in fraudem creditorum*.

El heredero del ladrón, ó criminal, puede, ó resarcir el daño causado por su causa-habiente, ó re-

nunciar á la herencia según el Fuero 1.º *De hæredibus fideiupssorem*.

En Aragón, por la Observancia 12 *De testamentis*, sucede el heredero siempre á beneficio de inventario, no estando nunca obligado á más de lo que alcance la herencia, ni teniendo por el Fuero 30 *De apprehensionibus* que practicar acto alguno; por lo cual, si un tercero poseyese los bienes, no tendrá que entablar el juicio posesorio, á no ser que el poseedor llevare un año, contando desde que se supo públicamente la muerte del último poseedor legítimo, en el lugar en que radiquen los bienes.

En cuanto á los nietos, creen algunos tratadistas aragoneses, que ni el abuelo ni la abuela tienen obligación de instituirlos herederos, sino en el caso de que representen á los padres difuntos. Fúndase esto en que el Fuero sólo comprende á los descendientes del primer grado, y como en Aragón se está al texto literal de la ley, y como además no se conoce el derecho de representación en la línea recta, de ahí que no se crean comprendidos los nietos; pero si los hijos y los nietos fueren llamados copulativamente á la herencia, sucederían unos y otros con simultaneidad.

XII.

De los hijos ilegítimos.

Ni los hijos adulterinos ni los sacrílegos pueden percibir nada por la muerte de los padres. Así lo disponen el Fuero único, *De natis ex damnato coitu*, y la Observancia 1.ª, *De natis ex damnato coitu*.

Sessé habla de decisiones judiciales de Aragón, en virtud de la cuales el hijo legítimo ó natural del espúreo, no incestuoso, puede, á falta de prole legítima, ser instituído por el abuelo sin consideración al padre. Es menester, por supuesto, que no haya

prole legítima. En opinión de Franco, el legitimado por rescripto del Príncipe, no puede pedir legítima contra la voluntad del padre, ni otra cosa alguna.

XIII.

De la desheredación.

El Fuero 2.º *De exhæredatione filiorum* es el que trata de esto, y fija las siguientes causas:

1.ª Si el hijo hiriere ó maltratase á su padre ó madre.

2.ª Si fuere causa de que éstos perdieren sus bienes.

3.ª Si en público les injurió.

4.ª Si les arrastró por los cabellos.

5.ª Si les obligó á jurar.

6.ª Si sabiendo el hijo que su padre está cautivo, no le rescatase.

7.ª Si viéndole en necesidad, no le socorre ó ayuda, pudiendo.

8.ª Si tuviere acceso carnal con la mujer legítima de su padre.

Pero si habiendo sido desheredado por alguna de estas causas, los padres le recibieren de nuevo como hijo, recobraría éste sus derechos.

Los Fueros 3.º y 4.º, *De exhæredatione filiorum*, añaden que el *desafiliado*, que es aquél á quien el padre desconoce por hijo, puede sucederle abintestato. De esta emancipación vergonzosa habla el Fuero 3.º, *De exhæredatione filiorum*. El único, *De his qui procurant mortem illorum*, priva de la herencia testada ó intestada al que matase al causa-habiente.

Otras disposiciones forales se ocupan de la que-rella de inoficioso testamento, y de otros recursos contra la preterición, que no ofrecen nada de particular.

XIV.

De los ascendientes.

Oigamos al Barón de Mora en su citada *Memoria*, porque al paso que explica el Derecho vigente en este punto, lanza contra él el merecido anatema:

«Este es uno de los puntos, dice, en que más reforma necesita la Legislación aragonesa. Según ella, los ascendientes no tienen derecho á legítima: su descendiente está facultado para disponer con la más completa libertad de cuantos bienes le pertenecen; y esto no es conforme á razón. Podría ser sostenible, si se estableciese una completa y absoluta libertad de testar; pero concediéndose á los descendientes derecho á una legítima mayor ó menor, no hay razón para que, cuando muere una persona sin tenerlos, no se conceda un derecho semejante á los ascendientes, siendo como son tan sagrados los deberes que para con ellos tiene el que les debe la existencia. Todavía es más atendible ese derecho, cuando entre los bienes del difunto se encuentran algunos procedentes de donación que sus ascendientes le hubieran hecho; éstos deberían incuestionablemente, en mi concepto, ser devueltos á la persona ó personas de quienes procedieran, aun en el caso de que no se le concediese derecho alguno sobre todos los restantes. Nada más natural que cuando el que se ha privado de alguna cosa en favor de su hijo ó nieto, le llega á sobrevivir, vuelva á recuperarla; puesto que si solamente en consideración, ó él se desprendió, tal vez exponiéndose á privaciones, de bienes que habían sido producto de su trabajo ó de sus economías, justo es que le sean devueltos

cuando ha dejado de existir la persona á quien había querido beneficiar.»

XV.

De los colaterales.

Los hermanos pueden ser instituídos herederos aun por el hermano loco, según jurisprudencia de Aragón. Si se instituyese á un hermano y á los hijos de éste, se entenderán instituídos uno y otros simultáneamente. Así opinan los tratadistas, porque lo único que hay de Fuero, es lo que dice el 5.º, *De testamentis*, que si el testador hubiere dispuesto, en general, en favor de los más inmediatos consanguíneos, se entiendan que serán los que en la actualidad existiesen.

XVI.

Del testamento otorgado por ambos cónyuges.

La Observancia 1.ª, *De testamentis*, autoriza á ambos cónyuges para hacer testamento, ya conjuntamente, ya por separado, pudiendo el supérstite variar la disposición en cuanto á sus bienes. Lissa dice que esto último ha de ser, si no se hubiese obligado á lo contrario, pero esta opinión es contraria á la ambulancia de la voluntad, que sanciona la Observancia 2.ª, *De testamentis*, y parece hallarse en contradicción con la anterior.

Franco de Villalba y otros, comentando la última, califican de sospechoso el testamento en que ambos cónyuges se instituyan mutuamente herederos, pero creemos que no debe ser calificado tan duramente un acto en que los compromisos son recíprocos, y que cede en beneficio de ambos. Compréndese el perjuicio de otras personas, pero no el de ellos mismos.

XVII.

De la sustitución.

Pocas son las disposiciones que el Derecho aragonés dedica á esta materia, que Dieste trata muy extensamente, pero apoyado en la Legislación común y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Fuero 4.º, *De testamentis*, dice: que si alguno instituyese heredero ó nombrase legatario á uno, y condicionalmente á otro para que le sustituyese, la sustitución no tendrá lugar aun cumplida la condición, si el instituído muriese dejando hijos legítimos.

La Observancia 2.ª, *De rebus vinculatis*, dispone que, hecha sustitución de heredero á un hijo respecto de bienes determinados, y legándole después otros también con sustitución, ésta durará veinte años en cuanto á los primeros, y toda la vida por los últimos; pero si la sustitución fuese á un extraño, durará siempre para toda clase de bienes.

Si el testador dejase bienes de patrimonio ó abo-lengo á los parientes suyos más próximos para después de la muerte de una persona instituída en primer término heredera, se entenderá que dicha clase de parientes son los que existan al morir el testador de grado más próximo á la rama de que los bienes procedan. El Fuero 5.º, *De testamentis*, lo declara así.

Las sustituciones más comunes en Aragón, son la vulgar, la fideicomisoria y la compendiosa, y pueden hacerse por contrato y última voluntad.

Hechas estas indicaciones, terminamos el punto de la sustitución, refiriéndonos en todo lo demás al Derecho común.

XVIII.

Del legado.

No son muchas tampoco las particularidades que el legado ó manda ofrece en Aragón, pero los Fueros señalan algunas disposiciones que debemos dar á conocer.

La Observancia 3.^a, *De testamentis*, dice: que si uno distribuyese toda la herencia en legados sin nombrar herederos, los legatarios tendrían que pagar las deudas resultantes ó renunciar la herencia.

La 4.^a, del propio asunto, preceptúa que el heredero nombrado á quien además se legase una cantidad en metálico, no tiene la obligación de renunciar el legado, ni de pagar deudas del testador.

El legatario, de propia autoridad, puede apoderarse de la cosa legada, aun antes de la adición de la herencia, por la ficción de que la recibe directamente del testador; por lo que el heredero no podrá usar del recurso *quod legatorum*, siendo esta opinión de Franco y Guillén, que fundan en el Fuero único *De occupatione sive intrusione possessio, &c.* También le favorece á este propósito el Fuero 30, *De apprehensiones*, y el de los legatarios de 1592. Este último da hipoteca al legatario, y el de 1626 les concedía que la sentencia obtenida contra el legatario hubiese de ejecutarse privilegiadamente.

El reconocimiento del marido de haber recibido de su mujer cierta cantidad en clase de dote, debe considerarse como legado, en cuyo concepto no perjudicará á los acreedores.

Dejando el padre un legado á sus hijos con el encargo de que se den por satisfechos de lo que pudiera corresponderles por los bienes paternos y maternos, si lo aceptasen nada podrían reclamar, pero

renunciando, tendrán acción para reclamar la parte de la madre. Esta es la Observancia 8.^a, *De sæcundis nupt.*

El legado que se deje á un padre y á sus hijos en un mismo auto, pertenece desde luego á todos ellos, sin que éstos tengan que esperar á la muerte de aquél, perjudicando á todos la falta de cumplimiento de la condición impuesta, aunque fuese cometida por uno solo; disposición de la Observancia 10, *De donationibus.*

Los legados piadosos hechos por el marido, se pagarán de los bienes muebles correspondientes, y si éstos no bastasen, de los inmuebles, aunque salvando siempre la viudedad de la mujer; Observancia 16, *De jure dotium.*

Respecto del legado de finca gravado con censo, cree Franco de Villalba, comentando el citado Fuero de 1592, que al heredero toca el pago de las pensiones atrasadas.

Diferéncianse los legados modal y condicional, en que el primero se debe entregar al legatario en cuanto asegure que cumplirá la condición de que se trate, y el segundo no se entrega hasta que la condición esté cumplida; por supuesto, no siendo negativa. Sessé cita un caso en que la antigua Audiencia de Zaragoza resolvió que, dudándose si un legado es condicional ó modal, debe creerse que lo primero.

En Aragón no existen ni la cuarta falcidia, ni la trebeliánica.

La prohibición ya dicha de ser herederos los hijos adulterinos y sacrílegos, se extiende á los legados.

XIX.

De la donación.

De las donaciones esponsalicias hemos hablado en el tomo I, y ahora tratamos de las que consisten en

el traspaso ó cesión espontánea y gratuita que hacemos á otro de una cosa que nos pertenece. Dejando por innecesario el hacer mención de las numerosas clasificaciones con que las distinguen los autores, diremos que la división útil es la de las que se hacen entre vivos, y las que tienen lugar por causa de muerte.

Ocúpanse de esta materia, principalmente los Fueros y Observancias *De donationibus*, el Fuero 3.º *De fide instrumentorum*, el único *De filius pro matre, vel matre teneatur*, y la Observancia 10, *De pignoribus*. Hé aquí sus disposiciones:

La donación *inter vivos* no ha de perjudicar á los acreedores que tienen los bienes hipotecados á su favor. Ha de insinuarse pasando de 500 sueldos ante un Juez del fuero común, el cual ha de interponer su autoridad y judicial decreto, haciendo que vengan distintos Notarios y testigos de los que hubiesen actuado en la escritura de donación. La donación de bienes inmuebles ha de hacerse en escritura pública, y con la correspondiente fianza, no pudiendo constituirse en fiador el propio donante. Las solemnidades expresadas no se requerían en las donaciones hechas por los reyes, príncipes y religiosos, para los cuales bastaban los sellos y signos correspondientes, y la presencia de los testigos.

La donación hecha en instrumento público y con fianza confiere el dominio de la cosa al donatario sin necesidad de tradición, y sin que le perjudique el que el donante la conserve en su poder. La donación hecha de todos los bienes valdrá, aunque éstos se hallasen obligados, excepto cuando especialmente lo estuviesen al fisco. Podrá, sin embargo, anularse por los hijos legítimos ó naturales si se prescindió de ellos, ó si se hizo antes de su naci-

miento; pero no, si se otorgó en favor de uno de ellos dejando á los demás algo.

Puede ser impugnada la donación hecha á un hijo de diferentes fincas si no quedasen bienes muebles bastantes para la parte correspondiente á los demás, impugnación que no solamente corresponde á los demás hermanos, sino también á los acreedores á quienes los bienes estuviesen especialmente obligados. Estos tendrán también derecho de impugnar la donación hecha por los padres á sus hijos de todos los bienes, aun tratándose de deudas contraídas con anterioridad, si los bienes les estuviesen obligados.

El padre podrá dar en matrimonio á un hijo tanto como hubiese dado al último hijo que se casó aun con la oposición de la madre, y á la hija puede hacerla donación habiéndole dado axobar.

No podrá ser objeto de empeño ni de gravamen la parte de finca que el padre ó la madre hubiese determinadamente donado á un hijo con escritura, fianza y testigos.

Entre marido y mujer puede hacerse donación respectiva de los bienes recíprocos, ya por acto *inter vivos*, ya *mortis causa*, sin el consentimiento de los parientes de cada cual, sin perjuicio, no obstante, de lo que dejamos expuesto al hablar de los derechos y obligaciones de los cónyuges durante el matrimonio.

La donación hecha por el hombre de todos los bienes habidos y por haber á otra persona antes de casarse, no perjudica á la mujer ni se entiende con los bienes de ésta.

A semejanza de lo que hemos dicho del legado, la donación hecha en conjunto á un padre y sus hijos, es para todos á la vez, y perjudica á todos la falta de cumplimiento de la condición impuesta de parte de uno de ellos.

Donada una suma, obligándose una finca, puede el donante entregar ésta al donatario para que perciba sus frutos.

XX.

De la interpretación, nulidad y otros accidentes de los testamentos.

El derecho de representación no tiene lugar: 1.º En el llamamiento bajo el nombre colectivo de un solo grado, v. gr.: *los hijos, los hermanos, los nietos*. 2.º Tampoco *representa* el hijo al padre, cuando son llamados los hijos bajo nombre *propio*, y los nietos *genéricamente*, ó con el nombre apelativo de hijos ó descendientes. 3.º Cuando constare que el disponente no quiso observar el orden de suceder abintestato. 4.º En el fideicomiso electivo. 5.º Cuando el disponente hubiere usado el adjetivo míos, tuyos, v. gr.: *mis hijos, tus hermanos*.

En cuanto á la interpretación de los testamentos, rige en Aragón el Derecho común, siendo la principal regla, que ha de cumplirse estrictamente la voluntad del testador, no siendo contraria á lo posible, á lo moral ni á lo legal. Lo único que encontramos en el Derecho foral en este punto, es que las Observancias 3.^a y 4.^a *De postulando*, dicen, que el que judicialmente demande á otro como detentador de bienes que estuviere obligado á distribuir como ejecutor testamentario, declare sólo respecto de los bienes detentados.

En cuanto á la revocación ó derogación del testamento, ya hemos dicho que la voluntad del hombre es ambulante hasta la muerte, y que este principio es ley, según la Observancia 2.^a *De testamentis*, debiendo además interpretarse siempre en el sentido que lo haga más estricto, según las antiguas deci-

siones judiciales de Aragón y la opinión de sus jurisconsultos. Puede, pues, el testador hacer las revocaciones que quiera, bastando el que lo verifique de modo que se comprenda su última voluntad.

Redarguido de falso un testamento, habrá que advenirlo, sobre lo que previene la Observancia 15 *De probationibus faciendis cum charta*. No puede tacharlo de falso el que ha reconocido á los albaceas ó cumplidores del mismo, según la Observancia 3.^a *De fide instrumentorum*.

La nulidad de los testamentos está explicada por los tratadistas aragoneses, según nuestras leyes y la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Es desconocido en Aragón el derecho de acrecer.

XXI.

Comparación entre el Derecho de Aragón y el común respecto de la sucesión testada.

Siendo tan complicada la materia que dejamos expuesta, conviene hacer un pequeño alto, y examinar los puntos en que realmente se aparta una legislación de otra, y en los que son iguales, ya porque siempre lo fueron, ya porque disposiciones nuevas hayan venido á uniformarlas.

Desde luego la ley de Enjuiciamiento civil, preceptuando cómo ha de elevarse á escritura pública el testamento hecho de palabra, y cómo ha de procederse á la apertura del cerrado, ha derogado las disposiciones forales que se ocupaban de esto. Lo mismo debe decirse de todos los preceptos dirigidos á indicar los trámites de las demandas y recursos judiciales, que no pueden ser otros que los prevenidos en aquélla.

La prohibición de aceptar sin condiciones la herencia del criminal, no tiene ya objeto, ni otra alguna que se relacione con la responsabilidad civil del

condenado, que ha de sujetarse á lo que previene el Código penal.

Por lo demás, el lector ilustrado habrá advertido que el Derecho foral coincide en gran parte con el nuestro, á lo que hay que agregar lo que en Aragón se viene observando supletoriamente del común.

La tarea, pues, de señalar los puntos de igualdad, sería más prolija y enojosa que el indicar las diferencias, por lo que seguiremos este último sistema, no haciendo mención sino de aquellas esenciales, y omitiendo las que sólo proceden de opiniones particulares.

Se aparta nuestro Derecho del aragonés, en lo siguiente:

1.º El testamento abierto se hace en Aragón ante el Notario y dos testigos.

2.º El testamento cerrado en Aragón se ha de entregar al Notario á presencia de dos testigos, que firmarán en la cubierta juntamente con el testador.

3.º En dicho Reino no se diferencian los testamentos de los codicilos.

4.º Pueden allí ser testigos de los testamentos las mujeres.

5.º En algunos casos, en Aragón el testador puede dejar al arbitrio de otro el señalamiento de heredero.

6.º En Aragón, el testamento nuncupativo no hace fe hasta que se advere con los testigos que en él intervinieron.

7.º El testador tiene allí facultad de instituir por heredero á quien mejor le parezca, aun en el caso de tener hijos, con tal de que deje á éstos su legítima, que se reduce á cinco sueldos por bienes raíces, y otros tantos por muebles. Sin embargo, esto no lo exime de la obligación de darles alimentos.

8.º Los hijos de dañado y punible ayuntamiento, que para este caso se entienden los adulterinos y sacrílegos, no pueden recibir nada por disposición testamentaria del padre, ni como herencia, ni como legado, ni como donación.

9.º En Aragón no se conocen las cuartas falci-
dia y trebeliánica.

10. En Aragón no hay necesidad de expresar justas causas para la desheredación, lo cual es una consecuencia de la facultad que tiene el testador de instituir por heredero á quien mejor le parezca, aunque con las limitaciones expuestas.

11. No tienen obligación los hijos de instituir herederos á los padres.

12. En Aragón son irrevocables las donaciones por causa de muerte hechas en instrumento público y con fianza.

13. No se conocen en Aragón las mejoras.

14. El testamento anterior, aunque se halle ad-
verado con juramento, es derogado por el posterior, lo cual se verifica aun en el caso de que marido y
mujer testen en un mismo papel, pudiendo el sobreviviente revocar su disposición, pero no cuando uno de los cónyuges testó y el otro consintió en lo que él disponía.

No creemos que se nos haya olvidado ninguna particularidad importante y que tenga por base una ley aragonesa no derogada, pues de ningún modo pueden admitirse las opiniones de los jurisconsultos, por respetables que sean, ni las prácticas de los antiguos Tribunales de Aragón. El Derecho foral ha de interpretarse siempre en sentido restrictivo y favorable á la unidad legislativa.

XXII.

Leyes forales.«OBSERVANCIAS.—*De testamentis.*

»1.^a Si vir & uxor simul condiderunt testamētum suum, sive ambo loquantur, & disponent simul, sive quilibet de per se sua legata, & alia faciendo, superstes quatenus tangit bona sua potest illud mutare, secus si alter eorum tantum disponent seu testetur, & alter non loquatur seu testetur, sed consentiat dispositioni seu testamento facto per alium, quia tunc consentiens non potest contravenire.

»2.^a Item observatur, quod ultimum testamētum semper valet, licet primum testamētum esset iuramento vallatum de non revocando illud, vel quod defunctus ipsum mutare non posset, quia testator quamdiu vivit potest suum mutare testamētum.

»3.^a Quicumque fuerit legatarius, vel detentor bonorum defuncti *tenetur debita solvere, vel bona, quæ tenet desamparare.*

»4.^a Item, si testator legaverit filio vel filiæ, vel alii hæredi pecuniam tantum, non tenetur solvere debita testataris, vel desamparare ratione illius pecuniæ.

»5.^a Item, de Regni observantia potest quis decere pro parte testatus, et pro parte intestatus, in iis de quibus non fuerit testatus, succedunt propinquiores.

»6.^a Item, si frater, et filius fratris superviverint, ambo succedent patri fratris eoque nepotis pro equalibus partibus, et sic fit successio per lineam ascendentem, quia filius fratris repræsentant personam patris, et alii qui non sunt in eodem gradu cum alio, cum quo volunt succedere, cum fit

successio per lineam ascendentem, et in isto casu non habet locum Forus qui dicit, quod illi debet succedere qui sunt proximiores illi á quo hæreditas venit, quia intelligitur, et habet locum quando successio habet fieri per lineam transversalem ut puta quando sunt tres fratres, et unus decedit relicto fratre, et nepote ex alio fratre mortuo, tunc frater tamquam proximior succedit fratri, et non nepos, et sic deinceps: et ideo Forus qui dicit, quod non potest quis recuperare hæreditatem per Iudicem quæ fuit de suo bisabolorio, intelligitur, ex habet locum quando agitur contra extranum, sicús si agatur contra consanguineum agendo cum eo de successione ascendentium, ut dictum est, et talis est consuetudo Regni.

»7.^a Item, in bonis acquisitis ex propria industria, vel aliàs qualitercunque aliundè quam ex patre, vel matre, aut consanguinitate eorum, aut alicuius eorum, succedunt ab intestato equaliter per stirpes parentes, aut consanguinei ex parte patris et matris propinquiore, licèt consanguinei ex parte patris sint in gradu propinquiore defuncto, quàm consanguinei ex parte matris, vel è contra.

»8.^a Item, quamvis testamentum nuncupativum semel fuerit adveratum per testes ibi conscriptos, eo modo quo Forus vult, nihilominus parentes testatoris vel alii illud de falso redarguere possunt, non obstante illa adveratione de consuetudine.

»9.^a Item, testamentum nuncupativum adverari potest, non vocatis illis ad quo hæreditas pertinet abintestato de consuetudine.

»10. Item, secundum testamentum potest fieri pluribus intervallis.

»11. Item, de Foro in testamento sufficiunt duo testes.

»12. Item, de Foro hæredes non tenentur ultra

vires hæreditarias, etiam, si non fecerit inventarium.

»13. Si filius hæres mortuo patre alicuat bona quæ à patre iure successionis habet tanquam bona propria, antequam emparentur à hæreditoribus patris, et tunc filius nec ille qui bona illa possidet iure alienationis per filium ei factæ non tenetur creditoribus patris, nec aliis, sed per Forum novum Alcagnicii est aliter provisum circa hæreditates foratas.

»FUEROS (también *De testamentis*).

»*Iacobus primus*.—Oscæ.—1247.

»1.º Super testamento facto ab aliquo, & postremo sine carta, tamen spondalariis convocatis: eorum stabitur testimonio. Iurando tamen per Deum, & animas eorum, absque alia solemnitate, quod ita voluit, & ordinavit testador: pront ipsi testificantur & in eorum præsentia fuit factum, & quod à testatore rogati fuerunt super eo: & his ita factis per publicum Tabellionem die, & anno appositis, & testibus adhibitis, in scriptis eorum testimonium redigatur. Omne autem testamentum debet fieri sub hac forma. Ego talis, sub tali tenore meum facio testamentum, & sic ordino res meas, & voluntatem meam: & ut voluntas mea, & rerum mearum dispositio robore vigeat, & effectu, tales spondalarios huius mei constituo testamenti. Verum si fortè aliquis aliquando veniat contra aliquod testamentum: Forus est, quod præsentibus illis qui obiiciunt testamento, Iustitia, & probis hominibus loci ipsius, si talis sit locus ubi Iustitia sit statuta, legatur testamentum: & istud valeat iurantibus testibus & spondalariis omnibus, qui præsentibus fuerunt, & possunt haberi: tamen duobus iurantibus, si plures haberi non poterit de his qui interfuerunt:

sive sint testes, sive spondalarii: illi duo, vel unus illorum spondalariorum iuret, & valeat testamentum: forma iuramenti est talis. Ego talis iuro super Crucem & Evangelia Domini, quod ita verum est, sicut ego facio testimonium, quod talis conditor testamenti, ita disposuit, voluit, & mandabit, prout in carta legitur testamenti, & rogavit nos, ut essemus spondalarii. Quo ita facto, testamentum viget robore perpetuæ firmitatis, quoniam postquam spondalarii bonæ famæ existunt, testamentum eorum testimonio roboratur.

»2.º Testamentum contra quod aliquid obiicitur, ita debet per eiusdem spondalarios roborari, quod veniant ad ostium Ecclesiæ, & ipsis ibi præsentibus, qui obiiciunt testamenti, & Iustitia si ibi fuerit, & probis hominibus loci, legi faciant testamentum: quo lecto dicant spondalarii in hunc modum. Nos tales testamentum coram Deo et super animas nostras, quod talis istius conditor testamenti, ita disposuit, voluit, et ordinavit prout in carta legitur testamenti: et rogavit, et constituit nos eiusdem spondalarios testamenti: et hoc ita facto, testamentum vigeat perpetua firmitate. Ita tamen quod spondalarii iurent ad portam Ecclesiæ simpliciter; secundum quod testes, vel spondalarii debent iurare in aliis causis, vel casibus.

»*Jacobus I.*—Oscæ.—1247.

»3.º. Cum spondalarii debent ad verare testamentum, iurant coram Iustitia ad portam Ecclesiæ super librum et Crucem, quod sicut continetur in instrumento illius testamenti ita verum fuit.

»*Ioannes, Rex Navarre.*—Locumtenes.—1436.

»4.º La antigua disceptación de los Foristas, cobdiciantes decidir. Statuymos, que si en el testa-

ment, ó última disposición, sera disposado disjunctivament: es á saber, si alguno morá menor de edat, ó intestado, ó sines fillos legítimos, ó en otra manera semblant, sus bienes vengan á algunos que el designara: como el Iudge deva estar á la carta. Queremos que la dita Ordinación se haya á entender disjunctivament, assi como es concebida: excepto que si el gravado muere con fillos legitimos, la hora el vincolo evanezca, aunque las otras partes de la disjunctiva fuesen verdaderas. E que el present Fuego se estienda solament á los testamentos, é otras ultimas voluntades, que de aqui avant se faran.

»*Ioannes, Rex Navarre, Locumtenes.*—Alcagnicii.—1436.

»5.º Item quando el testador dispone que apres muert de alguno, los bienes vengan á sus parientes mas cercanos: si los ditos bienes son del patrimonio, ó del avolorio del testador, parientes mas cercanos, se entiendan de aquella part do los bienes devallan: é los que en el tiempo de la muert del testador eran mas cercanos á el.

»OBSERVANCIA XXVI.—*De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum.*

»Item in Aragonia testes sufficiunt duo in testamento, sive cum scriptura, sive sine scriptura, in tantúm quod in eremo sufficiunt duo testes qui sint septem annorum. In populato duo legitimi testes, iuxta ea quæ dicuntur *De tutor, manumissor, et cabeçalar*, & mulier admittitur in testem in testamento, ut ibi.

»OBSERVANCIA II.—*De rebus vincularis.*

»Item, de consuetudine Regni quando filius in certis bonis instituitur hæres, et alia bona ei legantur de speciali gratia vel donantur, et eisdem alius

ei substituitur, substitutio super illis bonis in quibus instituitur durat XX annos, in aliis autem durat perpetuò nec tempore evanescit, sicut non evanesceret si extraneo esset facta substitutio.

»OBSERVANCIA I.—*De donationibus* (1).

»Observatur, quod parentes dare possunt filio quando contrahi matrimonium, secundum usum Aragonum, plures hæreditates, vel plura bona, & valebit illud donum: & hoc non obstante habebit partem in aliis bonis parentum, nec tenetur facere collationem suo casu cum aliis fratribus.

»2.^a Item observatur, quod si parentes dederint uni ex filiis plures hæreditates, & non habuerint alia bona parentes, ubi partem suam alii filii possint consequi; si illi filii voluerint impugnare dictam donationem, possunt, sed aliquis alius tertius non potest illam donationem impugnare: neque creditor, qui non habet specialem obligationem.

»3.^a Item observatur, quod si parentes dederint bona sua filio, etiam impuberi, talis donatio valet: nisi illa bona essent specialiter obligata per parentes: vel etiam emparata ad instantiam creditorum.

»4.^a Nota etiam, quod si uxor dat omnia bona marito, & ambo vivunt cum eis: non obstante tali donatione, maritus peitarius peitabit pro eis, licet, uxor Infantiona existat, quia præsumitur esse facta in fraudem domini Regis.

.....
 »9.^a Item, si pater fecerit donationem filio de pluribus rebus sedentibus: quod est contra Forum, DE DONATIONIBUS, cap. I, & creditores patris agant contra filium, & excipiat filius de donatione prædic-

(1) Las que se omiten aquí, es porque quedan insertas en otro lugar, pero éstas son las importantes.

ta: si creditores excipiant contra dictam donationem, dicendo illam inofficiosam, & contra Forum prædictum factam: creditores non sunt audiendi, nec.

.....
 »11. Item, si ille idem qui donat, pro illa donatione quam fecit se ipsum constituat fidantiam salutatis: non valet illa donatio.

»12. Pater vel mater superstes potest dare filio vel filiæ communibus in casamento, & non aliàs de bonis suis, & coniugis mortui, unum vel plura dona mobilia, vel immobilia tanti valoris parùm plus vel minus quantum ambo coniugis mortui, unum vel plura dona mobilia, vel immobilia tanti valoris parùm plus vel minus quantum ambo coniuges dederant alteri filio vel filiæ in casamento in quo ipsum collocaverant: dum tamen tantum parùm plus vel minus remaneat de bonis communibus, quod possit dari in casamento cuilibet ex filiis vel filiabus remanentibus qui matrimonium non contraverunt.

.....
 »18. Item, donatio causa mortis revocari non potest de foro: & sic est necessaria in ea fidantia salutatis, sicut in donatione inter vivos: quia forus de donationibus loquitur generaliter, & sic intelligitur in quacumque donatione.

»FUEROS.—*De donationibus.*

»*Martinus Primus.*—Cesaraugustæ.—1398.

»3.º Donatio, quæ fiet per aliquem de suis bonis generaliter, vel etiam de bonis habitis, & habendis alicui personæ, quæ non sit filius suus, aut filii sui legitimi & naturales, in qua ipse donans nil relinquit suis filio, aut filiis legitimis, & naturalibus iam natis, non valeat si filios, vel filias legitimos & naturales habeat tempore donationis: & hoc cum per

eos instantia fiet contra ipsam donationem. Et si post donationem nascentur aliquis aut aliqui filii naturales & legitimi & de eis non fuerit facta mentio tempore dictæ donationis, ipso facto dicta donatio sit rupta, & habita pro non facta, si per filium aut filius contra dictam donationem instantia fiet. Attamen si voluerit de bonis suis facere donationem alicui, aut aliquibus ex filiis suis legitimus & naturalibus, quod id facere possit prout eum, aut eos hæreditare poterat in testamento, dum tam aliis filiis remanentibus aliquid det vel assignet de bonis suis, Foro qui incipit: *Parentes*, titulo DE DONATIONIBUS, in aliquo non obstante.

«4.º Donaciones habentes bonorum quorumcumque ante editionem præsentis Fori factas: vel habentes ius à donatariis, qui non possidebunt bona donata realiter, & de facto, teneantur infra unum annum, computandum à publicatione præsentis Fori, exhibere illas in sui prima figura coram Iudice competente, citato expressè ratione prædicta ipso donante si vivet, vel possessore dictorum bonorum: & eo presente, vel per contumaciam absente. Quod si non fecerit modo prædicto, lapso dicto anno, non possit gaudere dicta donatione contra dictum donantem, vel bonorum prædictorem possessorem.

›FUEROS.—*De exheredatione filiorum.*

›*Jaime I.*—Huesca.—1247.

›1. Ordena el rey Jaime que de ninguna manera queden obligados á dotar de sus bienes el padre ó la madre, cuya hija se casare sin consejo ó contra la voluntad de aquéllos.

›2. Pierde el derecho hereditario el que hiere al padre ó madre, ó le hiciere jurar, ó hiciere tal cosa por la que pierdan sus bienes el padre ó la madre,

ó si dijere públicamente que miente, ó le arrastrare de los cabellos: de otro modo no puede privar á sus hijos del derecho hereditario; no obstante, puede legítimamente mejorar con lo mueble á uno de sus hijos ó hijas que quisiere, ó con una tierra ó heredad con tal que la esposa preste su asentimiento.

»3. Por estas razones puede el padre desheredar á su hijo: si viese á su padre cautivo ó supiera que lo estaba y no lo rescatase, ó auxiliare si podia, ó si conociese carnalmente la esposa legítima de su padre: por estas causas será desheredado si el padre ó madre no quisieren afiliarlo ó hacerlo heredero. No obstante, el hijo desahijado, porque hizo perder los bienes del padre ó madre, sucederá *ab intestato* al padre ó madre que muriesen intestados.

»4. Si el yerno hace jurar al suegro ó suegra, no por esto es desheredado aquél ni tampoco su esposa. Lo mismo si la nuera hiciese jurar al suegro ó suegra, no obstante, no puede citarlos á desafío, porque el yerno se reputa hijo; pero si el hijo ó la hija hiciere jurar al padre ó madre, ó dijere ó cometiere contra ellos crímenes capitales, como se contiene en el Fuero de desheredacion, puede ser desheredado.

»FUERO ÚNICO.—*De adveratione instrumentorum.*

»*María Regina Locumtenens.*—*Cæsaraugustæ.*—1442.

»De voluntad de la Cort statuimos, é ordenamos, que si algun instrument en alguna clausula, ó part no será adverado: que aquella part, ó clausula, que no se adverara, sia havida por falsa é la otra part separada de aquella, que legitimament se adverara, sia havida por verdadera. Los otros Fueros fablantes de la adveracion de las cartas, fincantes en su firmeza.

»FUERO ÚNICO.—*De testamentis civium, et aliorum hominum Aragonum.*

»*Jacobus II.*—Darocæ.—1311.

»Nos, Jacobus Dei gratia Rex prædictus recolimus statuisse in Curia, quam in Alagonæ Aragonensibus celebravimus generalem, quod Barones, Mesnadarii, Milites, et Infantiones Aragonum possint unum ex filiis, quem voluerint, hæredem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum placuerit dimittendo. Nunc autem ad supplicationem humilem nobis factam per Procuratores Civitatum, Villarum, et Villariorum Aragonum, qui ad hanc nostram generalem Curiam convenerunt: volentes ipsos simili Foro gaudere. De voluntate, et consilio totius Curiaë, perpetuò duximus statuendum, quod de cætero *omnes Cives, et omnes alii homines Villarunt, et Villariorum Aragonum, possint in suis testamentis unum ex filiis quem voluerint hæredem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum eis placuerit relinquendo: exceptis hominibus Universitatis Turolii, et Albarracini, qui habent alios Foros suos.*

»FUERO I.—*De testamentis Nobilium, Militum, et Infantionum, et hæredibus eorum instituendis.*

»*Jacobus II.*—Alagonis.—1307.

»Ad suplicationem nobis factam per Barones, Mesnadarios, Milites, et Infantiones, in hac Curia congregatos: ut casalia eorum in suo bono estatu conserventur: cum per divisionem filiorum de facili deperire possent. In perpetuò duximus statuendum, quod de cætero Nobiles, Mesnadarii, Milites, et Infantiones, *possint unum ex filiis quem voluerint hære-*

dem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum eis placuerit dimittendo.

»FUERO ÚNICO.—*De iis qui in fraudem creditorum.*

»*Ioannes, Rex Navarræ Locumtenens.*—Alcagnicii.—1436.

»Perpetuament de voluntad de la Cort estatuy-
mos, é ordenamos, que qualquiere heredero, ó su-
cessor universal sucedient por titol lucrativo, sia
tenido á los deudos de su predecesor, quanto bastan
los bienes en que suceydo haurá encara que por el
dito heredero, ó sucesor, sian los ditos bienes en
alguna manera alienados, consumidos ó trasporta-
dos. Declaramos empero, que el present Fuero no se
estienda á los contractos antes de la edicion del pre-
sent Fuero testificados: antes aquellos queremos que
romangan é sian juzgados, segun los Fueros anti-
guos, é costumbres del dito Reyno.

»FUERO ÚNICO.—*De hæredibum furum.*

»*Jacobus I.*—Oscæ.—1247.

»Quicumque latroni, sive ex testamento, sive ex
sanguinis propinquitate succedit in hæreditate, te-
netur reficere conquerentibus ipsius latronis omnia
damna sivi data per eundem latronem, aut dimitte-
re hæreditatem in qua ei succedit: aliàs tamen pro
peccato prædecessoris non est hæredi pœna aliqua
infligenda.

»OBSERVANCIA VIII.—*De secundis nuptis.*

»Item, si pater faciat legatum filiis, cum conditio-
ne, quod sint contenti cum illo tàm de parte patris,
quàm de parte matris; dicti filii si volunt legatum
non possunt petere patem matris, sed si volunt re-
numtiare legato, possunt petere partem matris.

»FUERO I.—*De tutoribus, curatoribus, manumissoribus, spondalariis, et cabeçalariis.*

»*Jacobus I. — Oscæ. — 1247.*

»Si testator decedat in eremo, creditor super testamento duobus spondalariis, quin sint septem annorum, aut ultrà: et isti septennes possunt in tali casu esse spondalarii in omni testamento. Secus tamen est in loco populato, quoniam sum necessari duo vicini legitimi cum Capellano Loci, si valeat interesse. Et si fiat testamentum ubi decet, tantum adominus maneant habitantes spondalarii possunt esse: et creditur eis. Sin autem Capellano Loci credatur cum aliquo vicinorum. Et si fortè ibi non fuerit alius nisi Capellanus cum una muliere bonæ famæ, sufficit: ita quòd si necesse esset testificarentur super ipso testamento, secundum Forum terræ: secundum quòd in proximo capitulo continentur. Tamen istud testimonium, quando fit in ostio Ecclesiæ cum sua iura, erectis in cælum manibus est faciendum, et sic testamentum perpetuò manet firmum.

»OBSERVANCIA.—*De probationibus faciendis cum chartæ.*

»15. Item, si tres testes sint adhibiti in aliquo instrumento público, & redargutum fuerit de falso, cùm omnibus tribus testibus adverari debet, cùm Forus dicat, quod cum testibus ibidem scriptis debet adverari. Idem in testamento, & si per maiorem partem adveretur, & unus contradicat directè non erit adveratum.

»FUERO ÚNICO.—*Ut minor XX annorum nequeat facere Albaranum, diffinimentum, neque alium contractum alienationis bonorum suorum: testamento, & codicillo exceptis.*

»*Petrus secundus.*—Cæsaraugustæ.—1348.

»Statuimus, ac etiam ordinamus Nos Rex prædictus cum voluntate Curie supradicæ, quòd aliquis minor viginti annorum non faciat, nec facere possit Albaranum, diffinimentum, relaxationem, seu remissionem, aut donationem suo tutori, vel curatori, aut administratori, vel procuratori, nec alium alii personæ, donec dicti viginti anni completi fuerint, & transacti. Nec etiam possit dare, vendere, impignorare, vel cambium facere, nec aliter alienare de suis bonis sedentibus, quousque ad ætatem viginti annorum pervenerit supradictam, nisi pro sua propria necessitate illud facere oportuerit. Quæ necessitas probetur primitus fore iustam coram Iudice competenti: de cuius auctoritate possit fieri dicta alienatio usque ad complementum necessitatis ipsius tantum. Excepto tamen quod in testamento, & codicillo, vel codicillis possit ordinare de bonis suis, si ætatem XIV annorum excesserit tempore conditi testamenti.

»FUERO I.—*De hæredibus fideiussorum.*

»*Iacobus I.*—Oscæ.—1247.

»Hæres latronis pœnam patris non subeat: *damnum tamen reficiat conquerenti, aut hæreditatem latronis dimittat* penitus: sive ratione consanguinitatis eam possideat sive ex testamento.

»FUERO DE 1592.—*De los legatarios.*

»Proveyendo al beneficio de la Iusticia, su Magstad de voluntad de la Corte estatuye y ordena:

que los Legatarios en fuerza de sus Legados puedan aprehender los bienes del difunto, y obtener en qualquier processos, y artículos de lite pendiente, Firmas, y propiedad: assi en primera instancia, como segunda. Y assi mesmo se estatuye, que los bienes del difunto esten hipotecados, para conseguir dichos Legados. Y lo dispuesto en este Fuero haya lugar, assi en los Legados hechos antes del presente Fuero, como despues.

»FUERO DE 1626.—*De los legatarios.*

»Para prevenir que los legados se paguen de aquí adelante con más puntualidad, y se cumplan las últimas voluntades. Su Majestad, y en su Real nombre el Excelentísimo Conde de Monterrey, de voluntad de la Corte, y quatro Braços della, estatuye, y ordena, que de aquí adelante el que aprehendiere, ó diere proposicion sobre bienes sitios algunos, en fuerza de sus legados, se les haya de recibir y reciba dicha proposicion, mandandole pagar el legado, con costas: y esto en qualquiere de los articulos, assi de la lite pendiente, como de firmas y propiedad. Y lo mismo se entienda en qualquiere otro Processo donde pidiere dicho legado (aunque sea Processo donde se tratare de bienes muebles) constando primero, que legitimamente ha interpellado, antes de dar dicho apellido de aprehension ó proposicion, ó de otra manera pidiendo dicho legado, al heredero ó detenedor de los bienes obligados del difunto, para que le paguen. Y en qualquiere de los sobredichos Processos, la sentencia ó sentencias, que en ellos se dieren en favor de los tales legatarios, se executen privilegiadamente.»

No insertamos aquí algunas Observacias *De jure dotium*, ni el Fuero *De tutoribus curatibus*, porque ya

se ha hecho en otra parte, ni el de 1678 relativo á la manera de extender los testamentos por los Notarios, porque se halla derogado por las disposiciones recientes sobre la redacción de los instrumentos públicos.

XXIII.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

SENTENCIAS.

15 de Diciembre de 1858.

«En la villa y Corte de Madrid á 15 de Diciembre de 1858, en los autos que sigue D. Joaquín José Llorens, con D. Nicolás Moreno como marido de doña Josefa Pérez sobre que se declare al primero inmediato sucesor al vínculo fundado por D. Antonio Miguel Chiva, y otros extremos consiguientes que después se referirán, autos pendientes ante Nos por recurso de nulidad que interpuso Moreno contra la sentencia de revista pronunciada por la Sala primera de la Real Audiencia de Zaragoza:

»Resultando que dicho D. Antonio otorgó testamento en Puerto Mingalbo á 24 de Diciembre de 1696, en el que después de dejar por legítima herencia de todos sus bienes á su hijo D. Miguel, presbítero, á su nieto D. Pedro, hijo de D. Juan, y á otros cualesquiera que tuvieran derecho á sus indicados bienes, á cada uno de ellos cinco sueldos por los muebles y dos arrobas de tierra por los sitios, dijo: que instituíá un vínculo gradual y sucesivo, á cuya obtención llamaba en primer lugar al referido su nieto D. Pedro, y por la muerte de éste á los hijos y descendientes del mismo, procreados de legítimo matrimonio, con preferencia de mayor á menor y de varon á hembra, designando para la vinculación diferentes bienes, entre ellos dos masa-

das, denominadas la una el Mas Blanco y la otra el Mas del Portillo, las que expresó haber dado al mencionado su hijo D. Juan al contraer matrimonio con doña Antonia Navarro, con pacto y condición de que hubieran de quedar sujetas á la disposición testamentaria del otorgante, como por este testamento ordenaba que quedasen comprendidas en el vínculo:

»Resultando que en otras cláusulas del mismo testamento dispuso: que todos los sucesores en el vínculo habían de loar y aprobar aquél y éste, quedando privado de todo derecho el que no lo verificase; que si alguno de dichos sucesores cometiese delito de lesa Majestad divina ó humana, ú otros, por el cual incurriera ó se le pudiera condenar á confiscación de bienes, le privaba un mes antes de cometerle del dominio y posesión de los del vínculo, pasando al siguiente en grado; que en atención á haber muerto dicho su hijo D. Juan dejando al indicado nieto del testador, llamado D. Pedro, en la edad de siete años, poco más ó menos, y bajo la tutela del referido presbítero D. Miguel, rigiese y usufructuase éste los bienes vinculados hasta que el D. Pedro tomara estado de matrimonio, excepto de las casas en que vivía el testador y el de las dos referidas masadas, mediante haber sido ofrecidas al propio hijo D. Juan en sus capitulaciones matrimoniales con la Navarro, y haber quedado ésta usufructuaria de ellas manteniéndose viuda; y que cumplido lo que dejaba dispuesto, de los restantes bienes instituía heredero de la mitad á dicho su hijo el presbítero, queriendo que por muerte de éste pasase con la otra mitad al nieto D. Pedro:

»Resultando, en efecto, de dichas capitulaciones otorgadas en 26 de Marzo de 1681 para el matrimonio que había de contraer el D. Juan con la Na-

varro, que el padre del contrayente dió y mandó á éste aquellas dos masadas; habiéndose pactado en las mismas capitulaciones que por aumento de dote se diese el referido Mas Blanco á la Navarro, con tal que si tuviera hijos de aquel matrimonio pudiera disponer de dicha finca entre éstos en ciertos casos que se expresan:

»Resultando, según una copia autorizada presentada en autos, que el mismo testador otorgó un codicilo en 18 de Marzo de 1705, en el que, recordando el testamento y expresando que tuviese efecto lo ordenado en el mismo, excepto lo que variase por el codicilo, dispuso en éste la revocación, extinción, casación y anulación del vínculo, queriendo que se tuviera por no hecho ni ordenado, y que se considerasen libres los bienes con que se le había dotado; nombró heredero universal al mencionado presbítero D. Miguel, quien había de disponer de dicha universal herencia á favor del nieto D. Pedro, queriendo asimismo que si aquél muriera sin disposición testamentaria, recayesen los bienes de aquella herencia en el D. Pedro, á libre disposición del mismo; y previno además que el matrimonio del don Pedro fuese á voluntad del referido presbítero, y que en tal caso éste diese á aquél de la mencionada herencia lo que bien visto le fuese:

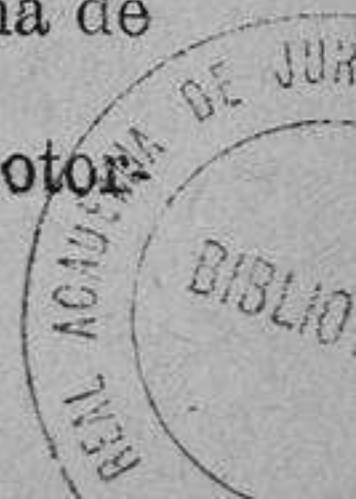
»Resultando que en 21 de Enero de 1712 y en 8 de Septiembre de 1719 se otorgaron capitulaciones para los dos matrimonios que contrajo el expresado D. Pedro, apareciendo de las primeras que su referido tío el presbítero le dió y mandó, entre otras fincas, algunas que por sus nombres convienen con varias de las designadas para la fundación en el testamento de 1696, si bien en los linderos no hay una absoluta identidad; llevando el D. Pedro, como bienes propios suyos, el Mas Blanco y el del Portillo; y

de las segundas, que además de aportar el D. Pedro al matrimonio, á que ellas se refieren, los bienes que le pertenecían por dicha escritura matrimonial anterior, le mandó el propio presbítero su tío otra finca, la cual conforme también en el nombre con una de las designadas para la fundación, no lo está en los linderos:

»Resultando que D. Joaquín Chiva, hijo del don Pedro, otorgó escritura en dicha villa de Puerto Mingalbo á 1.º de Agosto de 1745, loando, aprobando y confirmando, en cumplimiento de lo ordenado por su bisabuelo el D. Antonio, la disposición testamentaria y vínculo de éste con todos sus pactos y cláusulas:

»Resultando que el mismo D. Joaquín y su mujer doña Antonia Domenech testaron en la propia villa á 27 de Enero de 1779, nombrándose mutuamente herederos usufructuarios, disponiendo además que, fenecido el usufructo del que sobreviviera al otro, fuese su universal heredero el hijo de ambos D. Francisco María Chiva, y por muerte de éste los hijos del mismo, por orden de primogenitura; que si el D. Francisco muriese sin sucesión fuese heredera universal de los otorgantes la hija de los mismos doña Gertrudis Chiva, y por fallecimiento de ésta sus hijos varones, prefiriendo el mayor al menor, y á falta de varones las hembras con la misma preferencia; que si los dos referidos D. Francisco y doña Gertrudis muriesen sin sucesión, se estuviese á lo dispuesto por los causantes y antepasados de los otorgantes por quienes les habían venido los bienes, y que si en cuanto á alguno de ellos no se hallasen disposiciones á que atenderse, pasasen los bienes á donde fuese justo, según ley cristiana de aquel reino de Aragón:

»Resultando que á 9 de Agosto de 1776 se otor



garon en Alcorisa capitulaciones para el matrimonio del referido D. Francisco con doña Antonia Ballester, en las que se dieron á éste por su padre, dicho D. Joaquín Chiva, para después de sus días y los de su causante, entre otros bienes, el Más Blanco y el del Portillo, cuyos linderos se refieren y no están conformes en todo con los que á las fincas de esos nombres se les atribuyeron en la fundación, ni el Mas Blanco aparece sito en la misma partida, pactándose en dichas capitulaciones que sobre todos los bienes mandados al D. Francisco se habían de dar y asegurar á la doña Antonia 1.500 libras valencianas en arras y aumento de dote; que á la muerte del D. Francisco, sin hijos, los bienes que le iban mandados debían, sin perjuicio de la viudedad pactada, recaer en sus padres si vivían, y si á la sazón hubiesen muerto, en D. Mateo Chiva, los que fuesen de la ascendencia y casa de los Chivas, pasando desde luego los que fuesen de la de Domenech á don Mariano García Chiva, hijo de D. Joaquín García y de doña Gertrudis Chiva, hermana del D. Francisco; que fenecida la vida del D. Mateo, usufructuario de los bienes de la casa de los Chivas, éstos recayesen igualmente en el D. Mariano, y que si éste muriese sin sucesión, de dichos bienes recayesen los vinculados en aquella persona ó personas á las que perteneciesen, según los llamamientos de las vinculaciones, y los no vinculados en las que debían recaer, según las disposiciones forales del reino de Aragón:

» Resultando que dicho D. Mariano testó á la edad de catorce años en Rubielos, á 2 de Octubre de 1788, expresando que en atención á ser justo y muy conforme á lo que se había entendido en las capitulaciones para el matrimonio de sus padres el don Joaquín García y la doña Gertrudis, que los bienes

que ésta, ya difunta, al tiempo del testamento de que se va hablando, había llevado á dicho matrimonio, volvieran al tronco y casa de donde emanaban, era su voluntad que todos los bienes y derechos que hubiesen salido de la casa de dicha su madre, como también todos los en que él había sucedido y sucediere por el mismo motivo y origen, volviesen al D. Francisco María Chiva, su tío, y por su muerte á su habiente derecho; que por cuanto podía suceder que dicho su tío muriese antes que él, quería que en tal caso los habientes derecho de aquél sucediesen en la parte que le legaban por vía de memoria, remuneración y agradecimiento, debiendo ser el destino de la otra parte á voluntad de su padre y referido tío: que sin perjuicio de los llamamientos que tenía declarados á favor del último, y sus habientes derecho, en su caso, de todos los demás bienes nombraba heredero universal á dicho su padre; y que ordenaba que ninguna otra disposición testamentaria, donación, renuncia ó cesión contraria á la sucesión y llamamientos referidos de los indicados bienes tuviera valor, aunque la hiciese, á menos que mencionase individualmente en ellas esta disposición testamentaria:

»Resultando que en 13 de Abril de 1801 se otorgaron capitulaciones para el matrimonio que iba á contraer el D. Mariano García Chiva con su primera mujer doña Mariana Ferrer, en las que intervinieron dos tíos del contrayente, á saber: el D. Francisco y otro, y la madre de la Ferrer, los que mandaron diferentes bienes á sus respectivos sobrinos é hija; hallándose entre los que el D. Francisco desde entonces y para después de sus días mandó al don Mariano, el Mas Blanco, libre é indemne de toda carga y obligación, diciéndose además en estas capitulaciones, que para el caso de que el D. Francis-

co muriera sin sucesión, llevaba el D. Mariano los dos vínculos que poseía el mismo su tío D. Francisco de Chiva y Domenech, los que por derecho le pertenecían en tal caso; y pactándose que si se disolvía el matrimonio sin hijos, los bienes que iban mandados por una y otra parte volviesen á sus respectivos mandantes ó á sus habientes derecho:

»Resueltando que el D. Francisco, en su disposición testamentaria de 8 de Abril de 1803, instituyó por su heredero universal á su sobrino el D. Mariano:

»Resultando que éste, además del testamento de 1788, otorgó otros dos en Valencia, el uno en 1824 y el otro en 1829, de los que en el primero nombró por su heredero universal á dicha su primera mujer, la Ferrer, y en el segundo, hallándose ya viudo de ésta, á una sobrina; y si bien en el de 1824 revocó el de 1788, y en el de 1829 los otros dos, al hacer en ambas revocaciones mérito del de 1788, nombró como notario autorizante de él otro que el que aparece haberlo sido:

»Resultando que el mismo D. Mariano, casado en segundas nupcias con la doña Josefa Pérez, indicada al principio, otorgó otro testamento en Valencia á 1.º de Agosto de 1837, en el que instituyó por su universal heredera á dicha su segunda mujer, revocando en general todos los testamentos y codicilos que antes hubiese otorgado:

»Resultando que fallecido el D. Mariano al día siguiente de otorgar el testamento de que se acaba de hablar, acudió D. Joaquin José Llorens en 28 de Mayo de 1851 al Juzgado de primera instancia de Mora, con escrito en el que hizo mérito de un testamento otorgado por D. Juan Molés en 1677, y del de D. Antonio Miguel Chiva de 1696, cuyos testimonios acompañó, sosteniendo haberse instituido

en ellos dos vínculos, alegando en cuanto al de Molés, del que hoy no se trata, lo que estimó conveniente, diciendo que el de Chiva era de sucesión regular y él inmediato sucesor al mismo como descendiente del fundador y primo segundo del último poseedor el D. Mariano, por lo cual le correspondía la mitad de los bienes de su dotación; y terminando con la solicitud de que se le declarara inmediato sucesor á ambos, y se le pusiera en posesión de la mitad de sus bienes, con entrega, por quien correspondiese, de los frutos y rentas producidos y podidos producir por dicha mitad desde el fallecimiento del último poseedor, y con reserva de su derecho á la otra mitad y á sus frutos:

»Resultando que convocados por edictos los que se creyesen con derecho, compareció D. Nicolás Moreno, como marido de la Pérez, pretendiendo que se desestimase la solicitud de Llorens y se le condenase á perpetuo silencio, para lo cual presentó varios documentos, entre ellos el codicilo de 1705, alegando, en cuanto al vínculo de Chiva, que por el codicilo había quedado revocada y anulada la fundación de 1696, y pasado los bienes de ésta como libres á los sucesores del instituidor, habiendo dispuesto varios de los herederos de los bienes de los Chivas de diferentes fincas de las incluídas en la fundación, y que las restantes habían sido poseídas legítimamente por el D. Mariano hasta su muerte, en virtud de algunos de los indicados documentos que acompañó á este escrito, y por fallecimiento del D. Mariano, dejando heredera universal á dicha Pérez, correspondían á la misma:

»Resultando que después en el curso de los autos alegó además Moreno contra la solicitud de Llorens, que éste había servido en la facción desde 1834, como que por esta razón se le habían secuestrado

los bienes, é incurrido en el delito de lesa Majestad humana, quedando por lo tanto privado del derecho á la vinculación, según lo dispuesto en el particular por el fundador:

»Resultando que mediante la oposición de Moreno dirigió Llorens su reclamación contra él para que como detentador de los bienes le entregase los frutos y rentas reclamados, y se pusieron á su instancia testimonios de dos reales órdenes expedidas en 1848; por la una de las cuales se le devolvieron los bienes y rentas que se le habían secuestrado, y por la otra fué destinado como Brigadier á las inmediatas órdenes del Capitán general de Valencia; alegando además haber sido comprendido en la amnistía dada por S. M., y no indultado:

»Resultando que seguidos los autos y recibidos á prueba, por parte de Llorens, que dijo tener motivos para suponer apócrifo el codicilo de 1705, se intentó la del cotejo de la extracta ó copia de ese instrumento que obraba en autos, diligencia que no pudo verificarse por no haberse hallado el protocolo del Escribano que lo autorizó, respectivo al mencionado año; y las pruebas practicadas por Moreno se dirigieron á justificar las enajenaciones que tenía indicadas de diferentes fincas de las que se designaron para el vínculo en el testamento de 1696, y que se habían impuesto gravámenes sobre algunas de éstas:

Resultando que en la sentencia definitiva que recayó en 20 de Agosto de 1853 se declaró que eran válidas y subsistentes ambas vinculaciones hasta la promulgación de la ley de Desvinculación vigente, y á Llorens inmediato sucesor, sin perjuicio de tercero de mejor derecho, se mandó en su consecuencia, que se le pusiera en posesión de la mitad íntegra de los bienes que constituían dichas vincula-

ciones; que Moreno, en la calidad que litigaba, entregase á aquél los frutos y rentas producidos por ambas mitades desde 2 de Agosto de 1837, salvo aquéllos que la Pérez, en calidad de viuda de don Mariano García Chiva, había percibido mientras lo había sido legítimamente, por estarle señalados en las fundaciones; y se reservó á Llorens el derecho que creyera asistirle á las otras dos mitades restantes y sus frutos:

»Resultando que interpuesta apelación por Moreno y sustanciada la segunda instancia en la Sala tercera de la expresada Audiencia, habiéndose suministrado pruebas por ambas partes, dictaron sentencia el Presidente y tres Magistrados de aquella Sala en 17 de Noviembre de 1855, en la que declararon que había existido la vinculación de Molés hasta la promulgación de la ley de 30 de Agosto de 1836, y que á Llorens le pertenecía en propiedad la mitad de los bienes de ella con los frutos y rentas producidos desde el 3 de Agosto de 1837, salvo aquéllos que la Pérez hubiese percibido con la calidad de viuda del D. Mariano García Chiva, y remitieron el pleito en discordia respecto á si había existido ó no el mayorazgo fundado por D. Antonio Miguel Chiva:

»Resultando que vistos los autos por los tres Magistrados que se nombraron para dirimir la discordia, recayó sentencia en 12 de Diciembre del mismo año de 1855 acerca del punto discordado, por la que se declaró que la expresada vinculación de Chiva había sido revocada por el codicilo de 1705, hallándose, por consiguiente, los bienes en la clase de libres, y que en su consecuencia se absolvía á Moreno de la demanda de Llorens:

»Resultando que interpuesta súplica por Moreno de la sentencia de 17 de Noviembre y por Llorens

de la de 12 de Diciembre, se sustanció la tercera instancia, practicándose también pruebas por ambas partes, y la Sala primera, formada por tres Magistrados, dictó sentencia en 24 de Octubre de 1857, por la que se confirmó la de vista relativa al vínculo de Molés, y suplicado y enmendando la otra también de vista respectiva al de Chiva se declaró válida y subsistente la vinculación de 1696 hasta la promulgación de la ley de Desvinculación vigente, y que en su consecuencia, la mitad de los bienes que la compusieron correspondía en propiedad y dominio á Llorens como inmediato sucesor, con los frutos y rentas producidos desde el fallecimiento del último poseedor, á excepción de aquéllos que hubiese percibido la Pérez en concepto de viuda del D. Mariano García Chiva:

»Resultando que contra esta sentencia se interpuso por Moreno el recurso de nulidad hoy pendiente, en el que alegó que además de ser doctrina corriente entre los jurisconsultos, aun bajo los principios de otras legislaciones que la aragonesa, la de que un documento que cuente más de cien años hace fe en juicio, sin necesidad de que esté comprobado, habiéndose de resolver la cuestión por la indicada Legislación aragonesa, y siendo incontestable, según la Observancia 24 *De fide instrumentorum*, que forma parte del Derecho aragonés, que la extracta presentada del codicilo, á la que ningún otro defecto se le había opuesto que la falta del cotejo tenía suficiente valor en sí misma para hacer fe por sí sola, aunque no se hubiese podido cotejar por la desaparición del protocolo, si la sentencia había prescindido del codicilo como no existente ó como falso, por no haberse cotejado, era contraria á la ley clara y terminante, cual lo era esa Observancia:

»Que era preciso recordar que se tenía por doc-

trina en Aragón la de que podía darse y quitarse la herencia lo mismo en testamento que en codicilo, puesto que allí el uno y el otro se otorgaban con las mismas formalidades, y que tal doctrina, además de ser muy conforme con los Fueros y Observancias, así como lo era con la razón y equidad natural á que había que acudir á falta de Fuero, según el proemio primero de éstos, se hallaba sancionada por la costumbre general de aquel reino que formaba también parte del Derecho aragonés, según el *Privilegium generale Aragonum*, libro primero de los Fueros, versículo *Item* del mero Imperio; de modo que si la sentencia, al dar validez al testamento, había procedido en el supuesto de no poderse derogar el testamento por el codicilo, había infringido dicha doctrina legal sancionada por la costumbre:

»Que al dar validez á la vinculación, se había faltado á lo establecido en el Fuero único y Observancia 1.^a, *De rebus vinculatis* y 6.^o, *De testamentis*, puesto que en el testamento de 1696 no se dejaba por el testador al hijo y al nieto más que lo que rutinariamente calificaban los Escribanos de legítima, contra varias decisiones de aquella Audiencia, que se citaron, y en la escritura de loación de 1745 que Llorens sostenía que debía producir los efectos de una fundación nueva no se asignaba ninguna legítima á los hijos del otorgante:

»Que suponiendo existente la vinculación, había otra nulidad en haberse declarado con derecho á ella á Llorens, excluído de la sucesión, según la ley primera, tít. II, Part. 7.^a, y la 1.^a, tít. VII, libro 12 de la Novísima Recopilación:

»Que en cuanto á los frutos, la sentencia era contraria á lo prevenido en la ley 39, tít. XXVIII, Partida 3.^a y á otras concordantes, y á la jurisprudencia de los Tribunales en casos semejantes;

»Y por último, que siendo conformes con respecto al vínculo de Molés las sentencias del Juzgado y la primera de las de vista, había debido intervenir mayor número de Magistrados en la de revista, según el art. 285 de la Constitución de 1812, vigente por la ley de 16 de Septiembre de 1837:

»Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Ramón María de Arriola:

»Considerando que D. Antonio Miguel Chiva, al fundar en su testamento de 24 de Diciembre de 1696 el vínculo conocido por la denominación de Chiva, asignándole diferentes bienes de su propiedad y haciendo los llamamientos que tuvo por conveniente, usó de un derecho indisputable, sin que para la perpetuidad de dicho vínculo obstase el Fuero único ni la Observancia 1.^a, *De rebus vinculatis* del Derecho de Aragón, mediante que el fundador dejó á sus descendientes parte de sus bienes en la legítima foral.

»Considerando que no puede darse valor en juicio á la copia autorizada del codicilo que se dice otorgado por el mismo fundador, por no haberse probado legalmente su existencia, como lo debía haber hecho D. Nicolás Moreno; pues si bien la Observancia 24 del título *De fide instrumentorum* establece que no se tenga por falso un instrumento por la única razón de no encontrarse en las notas ó protocolo del Escribano, en el caso presente puede dudarse del otorgamiento de dicho codicilo:

»Considerando que á haberse otorgado el codicilo, no era racionalmente posible que D. Joaquín Chiva y Sanauja hubiese loado y aprobado el vínculo en 1745, asegurando que su padre D. Pedro tuvo y poseyó los bienes vinculados por toda su vida:

»Considerando que nada prueban contra la existencia de una vinculación las enajenaciones que al-

guno ó algunos de sus poseedores hubiesen hecho en el curso de las sucesiones:

»Considerando que aun cuando D. Antonio Miguel Chiva hubiera efectivamente otorgado el codicilo en cuestión, de ninguna manera tendría éste fuerza por sus circunstancias para revocar una vinculación fundada en testamento solemne, no siendo por otra parte, en Aragón uniforme la doctrina, ni constante la costumbre que Moreno alega para sostener su recurso:

»Considerando que en virtud de la amplia amnistía, concedida por la clemencia de S. M. á los que militaron bajo las banderas de D. Carlos, y de las Reales órdenes que posteriormente recayeron en favor de Llorens devolviéndole sus bienes secuestrados y no confiscados, y destinándole, como Brigadier de los ejércitos nacionales, á las órdenes del Capitan general de Valencia, no puede conceptuársele en el caso de excepción que marcó el fundador del vínculo:

»Considerando que la condenación hecha á un litigante para la restitución de frutos depende de la apreciación de los Tribunales acerca de la mala ó buena fe con que se hubiesen percibido;

»Y considerando, finalmente, que las sentencias de primera instancia y de vista, ni fueron conformes, ni aun cuando lo hubieran sido, podría dar motivo á nulidad la circunstancia de no haber asistido á la revista mayor número de Magistrados que á la vista, según lo tiene declarado este Supremo Tribunal;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de nulidad interpuesto por D. Nicolás Moreno, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de los 10.000 rs. depositados, que se distribuirán con arreglo á derecho. Manda-

mos se saque copia certificada de la nota del Relator en el apuntamiento formado en este Tribunal Supremo, y que se remita á dicha Real Audiencia para lo que proceda con arreglo á derecho.»

17 de Junio de 1864.

«En la villa y Corte de Madrid á 17 de Junio de 1864 en los autos pendientes ante Nos por recurso de casación seguidos en el Juzgado de primera instancia de Huesca, y en la Sala segunda de la Real Audiencia de Zaragoza por D. Dámaso Armanda como curador *ad litem* de doña Juana Zandundo con D. Tomás Zapater, marido de doña Joaquina Bernardos, sobre pago de legítimas:

»Resultando que en 19 de Julio de 1842 se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales entre los dos expresados Zapater y Joaquina Bernardos, á cuyo acto concurrió el padre de ésta Martín Bernardos, quien la nombró heredera universal de sus bienes y de los de su difunta mujer en virtud de las facultades que de ella tenía, reservándose el usufructo y el derecho de mandar á sus hijas Juana y Francisca, por vía de dote, cuando tomasen estado, 700 libras jaquesas á cada una:

»Resultando que en 3 de Junio de 1846, el mismo Martín Bernardos otorgó escritura en que refirió que su hija Juana, ya difunta, había contraído matrimonio contra su beneplácito, por lo cual se había abstenido de hacerla señalamiento alguno; pero que habiendo fallecido dejando una hija, había dispuesto el otorgante que su heredera la llevase á su compañía, con la obligación de alimentarla, vestirla y calzarla, y que cuando tomase estado con beneplácito de aquél, ó de sus hijas, la diese en dote 400 libras jaquesas y las ropas que expresó, pudiendo subir 100 duros más, ó rebajar de aquella suma,

según las ventajas del partido que se le proporcionase:

»Resultando que D. Dámaso Armando, curador *ad litem* de doña Juana Zandundo, hija única y heredera de la expresada difunta Juana Bernardos, entabló demanda en 20 de Agosto de 1860, pidiendo se condenase á D. Tomás Zapater, marido de dicha heredera, Joaquín Bernardos, á pagar á la menor demandante, por legítimas paterna y materna de su citada madre, 46.222 rs. (que después redujo á 41.400), como tercera parte de los bienes de sus abuelos, con el interés anual del 5 por 100; pretensión que fundó en la obligación que tienen los padres de dar á sus hijos un tanto de sus bienes por vía de legítima, y en la jurisprudencia de los Tribunales, que había establecido conceder suplementos hasta la cantidad que la prudencia les aconsejase cuando los padres nombraban heredero á un hijo, y la legítima que daban á los demás no era proporcionada al caudal del testador:

»Resultando que impugnada la demanda por el marido de la heredera, fundado en tener en Aragón facultad el padre de dejar á los hijos lo que le parezca, y en que lo ordenado en la mencionada escritura de 1846, era proporcionado á los bienes del otorgante y equivalente á lo que había dado á su otra hija, dictó sentencia el Juez de primera instancia, que confirmó la Sala segunda de la Real Audiencia de Zaragoza en 2 de Julio de 1862, absolviendo al demandado de la demanda;

»Y resultando que el curador de la menor interpuso recurso de casación, citando como infringidos:

»Primero, el Fuero único *De testamentis civium*.

»Segundo, el 1.º y Observancias 1.ª y 2.ª *De rebus vincularis*.

»Tercero, el Fuero 6.º *De testamentis*.

»Cuarto, la doctrina legal consignada en la sentencia de este Supremo Tribunal de 15 de Diciembre de 1858, según la que, se pueden gravar los bienes que por el padre se dejen al hijo, pero quedando libre la legítima foral;

»Y quinto, la doctrina de que, aun cuando se deje esta legítima, ha lugar á concederse el suplemento que la equidad aconseja, atendido el enorme desnivel que alguna vez resulta entre el heredero y los demás hijos:

»Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Manuel Ortíz de Zúñiga:

»Considerando que, según el Fuero único *De testamentis civium*, y el 6.º *De testamentis*, pueden los padres en Aragón instituir heredero á uno solo de sus hijos, dejando á los demás lo que les plazca de sus bienes; derecho con el cual están en armonía el Fuero 1.º y las Observancias 1.ª y 2.ª *De rebus vinculatis*, y asimismo la sentencia de este Tribunal de 15 de Diciembre de 1858:

»Considerando que no puede admitirse como doctrina de jurisprudencia en aquel país, por no constar auténticamente, la de que sea necesario conceder por equidad un suplemento de legítima para evitar la desigualdad entre el haber del heredero y de los demás hijos del testador:

»Considerando que habiéndose impuesto á la heredera demandada la obligación de dar á su sobrina la recurrente, en representación de su difunta madre, hermana de aquélla, cuanto necesitase para sus alimentos, y además 400 libras por vía de dote cuando se case, obró el padre común y abuelo en conformidad á dicha legislación especial, y la demandada no tiene más obligación que la impuesta por su padre;

»Y considerando, por consiguiente, que la sen-

tencia de la Real Audiencia de Zaragoza que absuelve la demanda á dicha heredera, no infringe las leyes forales ni la doctrina, citadas en apoyo del recurso;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al interpuesto por D. Dámaso Armanda, como curador *ad litem* de doña Juana Inocencia Zandundo, á la cual condenamos en la pérdida de los 4.000 rs. de que dió caución, para cuando llegue á mejor fortuna, y en las costas; devolviéndose los autos á la Real Audiencia de Zaragoza con la certificación correspondiente.»

14 de Diciembre de 1865.

«En la villa y Corte de Madrid, á 14 de Diciembre de 1865, en los autos que en el Juzgado de primera instancia del distrito de la Universidad, de Zaragoza, y en la Sala tercera de la Audiencia de su territorio ha seguido D. José Layana, como marido de doña Josefa Alsina, con D. José Alsina, sobre asignación y pago de dote; los cuales penden ante Nos en virtud del recurso de casación interpuesto por el demandado Alsina contra la sentencia que en 23 de Noviembre de 1864 dictó la referida Sala:

»Resultando que en 19 de Agosto de 1857 contrajeron matrimonio D. José Layana y doña Josefa Alsina con consentimiento del padre de ésta, viudo á la sazón de doña Paula Dalmau, habiendo vivido en compañía del mismo hasta el 27 de Junio de 1858:

»Resultando que separados de su padre, gestionó el D. José Layana extrajudicialmente para que su suegro D. José Alsina dotara á la doña Josefa, y no habiéndolo conseguido, entabló demanda en 19 de Julio de 1859, en la que pidió que se declarase que aquél estaba obligado á dotarla con los bienes propios y los de su difunta mujer doña Pascuala Dal-

mau, y se le condenara á entregar en tal concepto de dote la cantidad de 4.000 duros, ó aquélla que de las pruebas resultase proporcionada al haber de la casa; citando en apoyo de esta solicitud el Fuero *De exhæredatione filiorum* interpretado á contrario sensu, y el titulado *Concordias en censales* del año de 1626, que se referia al anterior:

»Resultando que conferido traslado á D. José Alsina, contestó pidiendo que se desestimara la demanda y se ordenase á D. José Layana que dedujera su acción en el correspondiente juicio de partición y división de los bienes de doña Pascuala Dalmau, á fin de que, sabiéndose el importe del caudal del consorcio, pudiera percibir lo que le correspondiera en justicia, y expuso que ni se había negado ni se negaba á entregar á su hija en dote lo que la perteneciera, que nunca podía ser los 4.000 duros que reclamaba:

»Resultando que recibido el pleito á prueba y hechas por las partes las que creyeron convenientes por documentos, peritos y testigos para demostrar la cuantía del caudal de Alsina y de su esposa, el Juez dictó sentencia en 21 de Septiembre de 1863, condenándole al D. José á que de los bienes comunes entregara á Layana, por vía de dote de la mujer de éste, 80.000 rs., deducido de esta suma lo que en muebles, efectos y demás hubiera recibido al tiempo de su separación de la casa paterna:

»Resultando que sustanciada la apelación que Alsina interpuso, la Sala tercera de la Audiencia, en 23 de Noviembre de 1864, declaró que el mismo estaba obligado á dotar competentemente á su hija doña Josefa, y en su consecuencia le condenó á que por tal concepto entregase á la misma, ó su esposo D. José Layana, 60.000 rs. de sus bienes propios y de los de su difunta mujer doña Pascuala Dalmau,

confirmando en estos términos la sentencia apelada;

»Y resultando que contra este fallo interpuso don José Alsina recurso de casación, porque, en su concepto, se habían infringido:

»1.º Los Fueros 1.º *De exhæredatione filiorum* y el titulado *Concordias en censales de 1626*, al privarle de hacer por sí el señalamiento de la dote de su hija, al que nunca se había negado, si bien había sostenido que ante todas cosas se debía averiguar el importe líquido del caudal común, el cual aún no se conoce con exactitud:

»2.º El Fuero único *De testamentis civium* y la jurisprudencia de los Tribunales, consignada en las decisiones de este Supremo en 15 de Diciembre de 1858 y 17 y 28 de Junio de 1864, por privarle de la libertad que los padres tienen en Aragón de distribuir sus bienes entre sus hijos en la forma que crean conveniente;

»Y 3.º El Fuero 1.º *De jure dotium* y la Observancia 59 del mismo título, por cuanto, si además de dotar con sus bienes á su hija doña Josefa, se le imponía la obligación de hacerlo con los de su difunta esposa, sería ilusorio el derecho de viudedad que le competía, pues elevándose la dote señalada á una suma de consideración, habría necesidad de vender bienes raíces, en los que él tenía el usufructo; habiendo expuesto en este Tribunal que también se han infringido las Observancias 7.ª y 18 *De donationibus* y la 1.ª *De æquo vulnerato*:

»Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Valentín Garralda.

»Considerando que el mismo D. José Alsina se ha creído siempre obligado á dotar á su hija, oponiéndose solamente á hacerlo en la cantidad que su yerno le pedía, fundado en que no se sabía cuál era su caudal existente:

»Considerando que sobre eso se hicieron pruebas, las cuales, estimadas por la Sala, fijó la dote que juzgó proporcionada, sin que por la cantidad se hayan aducido leyes que se hayan creído infringidas:

»Considerando que al mandar la Sala sentenciadora que Alsina haga el pago de la dote con sus bienes y los de su difunta esposa, no ha infringido el Fuero *De jure dotium*, ni la Observancia 59 del mismo título, porque si bien éstas declaran heredero usufructuario al cónyuge superviviente, la Sala no le priva de este derecho, puesto que como caudal que se tuvo presente para el señalamiento de la dote, le autoriza á pagar con el mismo, como lo podía hacer con el suyo propio;

»Y considerando que ni el Fuero *De exhæredatione filiorum*, ni el titulado de *Concordias en censales* de 1626 ni las demás citadas como infringidas, no lo han sido, porque ninguna trata del modo de dotar á las hijas;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Alsina, á quien condenamos en las costas, y devuélvanse los autos á la Audiencia de Zaragoza con la certificación correspondiente.»

20 de Marzo de 1866.

«En la villa y Corte de Madrid, á 20 de Marzo de 1866, en los autos que en el Juzgado de primera instancia de Calamocha y en la Sala tercera de la real Audiencia de Zaragoza ha seguido Manuela Lorente con D. Clemente Castillo, como marido de María Herrero, sobre nulidad de un testamento, los cuales penden ante Nos en virtud del recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia que en 12 de Febrero de 1864 dictó la referida Sala:

»Resultando que en la escritura de capitulaciones

otorgada en 23 de Noviembre de 1834 con motivo del matrimonio de Gaspar Balduque y María Herrero, se pactó, entre otras cosas: primero, que el Gaspar aportaba al consorcio como suyos propios los bienes que poseía adquiridos por herencia de sus difuntos padres y los que en adelante adquiriese: segundo, que la María llevaba, y sus padres la mandaban de presente, la mitad de todos sus bienes y la otra mitad para después de sus días, menos 800 reales que se reservaban para disponer de ellos libremente, y tercero, que por muerte de alguno de ellos sin hijos de su matrimonio, volvieran los bienes aportados al mismo á los mandantes, y en su defecto á sus habientes de derecho, con mitad de aumentos si los hubiese, ó pérdidas en su caso:

»Resultando que en 17 de Julio de 1854 Gaspar Balduque, hallándose enfermo en el lugar de Cucalón, del que era vecino, otorgó testamento ante el cura regente del mismo y dos testigos, por falta de escribano, dejando por heredera universal de todos sus bienes habidos y por haber á su esposa María Herrero; y que muerto aquél en 11 de Abril de 1861, acudió ésta en 1.º de Mayo siguiente al Juzgado de Calamocha para que se redujese dicha disposición testamentaria á escritura pública, protocolizándose el expediente en el registro de la escribanía que correspondiera; que examinados en su consecuencia el cura párroco y testigos, se declaró testamento la cédula ó papel exhibido por el cura, sin perjuicio de tercero, mandando que se protocolizase en la escribanía del actuario de aquella cabeza de partido, y que así se verificó:

»Resultando que después de haber contraído segundas nupcias María Herreros con Clemente Castillo, entabló demanda Manuela Lorente en 22 de Mayo de 1862, pidiendo que se declarase sin efecto

legal el testamento que Gaspar Balduque otorgó ante el párroco y dos testigos, siete años antes de morir, y en su consecuencia, que los bienes del mismo la correspondían como pariente más cercana, condenando por tanto á Clemente Castillo, marido de María Herrero, á que los dejara libres, con los frutos que hubiesen producido ó podido producir desde que por haber contraído ésta segundas nupcias perdió el usufructo foral, y en las costas; y se fundó en que dicho testamento no había sido ratificado á pesar de haber vivido el Gaspar siete años desde que le otorgó: y además, según expresó en el escrito de réplica, en que contrariaba lo pactado en las capitulaciones matrimoniales respecto de la reversión de los bienes para el caso de morir sin hijos alguno de los dos esposos:

»Resultando que Clemente Castillo en representación de su mujer solicitó que se declarase válido el referido testamento de Balduque, y en su virtud se le absolviera de la demanda con imposición de perpetuo silencio y costas á la parte actora: fundándose en que dicho testamento reunía cuantos requisitos y solemnidades exigían para su validez el Fuego 1.º *De tutoribus*, y 1.º, 2.º y 3.º *De testamentis*, y se hallaba adverado judicialmente conforme á los mismos fueros y á la ley de Enjuiciamiento civil; en que no era precisa la ratificación del citado testamento; y en que, si se entendía que el pacto de reversión contenido en las capitulaciones matrimoniales respecto sólo á María Herrero era aplicable al Gaspar, los bienes de éste no irían á la Manuela Lorente, sino al heredero de Balduque, que era quien representaba sus derechos:

»Resultando que el Juez de primera instancia dictó en 17 de Abril de 1863 la sentencia, que confirmó la Sala tercera de la Audiencia de Zaragoza por

la suya de 12 de Febrero de 1864, declarando nulo, de ningún valor ni efecto el testamento expresado de Gaspar Balduque, y que la mitad de los muebles inventariados y todos los raíces, excepto tres fincas que se indican, correspondían á Manuela Lorente; y mandando que Clemente Castillo, como marido de María Herrero, los dejase á disposición de aquella, con los frutos y rentas que hubiesen producido y debido producir desde que cesó la viudedad de la María, descontados los gastos de justicia:

»Resultando que contra este fallo interpuso Castillo recurso de casación, diciendo que se habían infringido los artículos 1.380 al 1.389 inclusive, y 1.208 de la ley de Enjuiciamiento civil; el acuerdo de la Sala de gobierno de aquella Audiencia de 7 de Mayo de 1857, contestando al Juez del distrito de San Pablo, que «una vez practicadas las diligencias necesarias para acreditar la verdad del testamento de palabra, debían remitirse á un Notario conforme á los artículos 1.388 y 1.389 para que lo elevase á escritura pública, y el Notario remitiera al Juzgado un testimonio del día en que hubiese tenido lugar tal acto y folio que ocupaba en el protocolo; y la jurisprudencia sentada por este Supremo Tribunal en sentencia de 20 de Octubre de 1858, por cuanto se desestimaban las diligencias de protocolización de testamento de Gaspar Balduque elevado á escritura pública en 14 de Mayo de 1861, y se declaraba su nulidad, por no haberse adverado con arreglo al uso antiguo del Fuero de Aragón, siendo así que éste no puede considerarse subsistente después de la ley de Enjuiciamiento civil;

»Y resultando que en este Supremo Tribunal ha expuesto Castillo que también se han infringido el art. 1.415 de la referida ley de Enjuiciamiento civil, la sentencia de este Tribunal de 8 de Agosto de

1859, y la doctrina sancionada por la de 11 de Junio de 1864, de que «no deja de ser testamento otorgado de palabra aquél que se ordena por cédula:»

»Visto, siendo ponente el Ministro D. Gabriel Ceruelo de Velasco:

»Considerando que aunque los Fueros de Aragón permiten en algunos casos el otorgamiento del testamento ante el cura párroco y dos testigos vecinos del pueblo, exigen también, como solemnidad indispensable para la validez y firmeza de la última disposición en aquella manera expresada, que sea después adverbado dicho testamento en los términos y con las formalidades que para evitar la suplantación de la verdadera voluntad de los testadores han creído conveniente establecer:

»Considerando, por tanto, que la ejecutoria que declara nulo y de ningún valor el testamento otorgado por Gaspar Balduque en 17 de Julio de 1854, ante el párroco y dos testigos por no haberse observado en su adverbación lo prevenido terminantemente en los Fueros 1.º, *De tutoribus*, 1.º, 2.º y 3.º, *De testamentis*, como solemnidad para la validez de esta clase de testamentos, no ha infringido ni podía infringir los artículos 1.380 al 1.389 de la ley de Enjuiciamiento civil, puesto que además de ser de mera ritualidad ó referentes al orden del procedimiento, tratándose en ellos del modo de elevar á escritura pública el testamento hecho de palabra, no pueden tener aplicación sus disposiciones á la presente cuestión, que ha versado sobre la nulidad ó validez del testamento de que se ha hecho mérito:

»Considerando que la cuestión litigiosa no podía por su naturaleza ventilarse en un expediente de jurisdicción voluntaria, sino que debía discutirse en el juicio ordinario por los trámites prescriptos por las leyes, y que por lo mismo no ha podido ser in-

fringido el art. 1.208 de dicha ley de Enjuiciamiento, en el que sólo se consignan las reglas á que han de acomodarse los actos de jurisdicción voluntaria de que en ella no se hace especial mención:

»Considerando que habiendo tenido por objeto este pleito, como ya se ha expuesto, la resolución de un punto de Derecho civil de Aragón, cual era si debía declararse nulo é ineficaz ó válido y subsistente el testamento de que se trata, no adverbado con las formalidades de los Fueros, la sentencia, contra la que se ha interpuesto el recurso, decidiéndole como ha estimado justo, no ha contrariado la doctrina establecida en la de este Supremo Tribunal de 20 de Octubre de 1858, relativas á la índole y carácter de las disposiciones contenidas en la referida ley de Enjuiciamiento, y á su Observancia como formularias ó de procedimientos en todas las provincias del reino, ni infringido tampoco lo prescripto en el art. 1.415 de la misma, que deroga todas las demás leyes, Reales decretos, Reglamentos, órdenes y Fueros en que se hayan dictado reglas para el Enjuiciamiento civil:

»Considerando que es inoportuna para la cuestión del presente pleito la cita de la doctrina consignada en las sentencias de este mismo Supremo Tribunal de 8 de Agosto de 1859 y 11 de Junio de 1864, pues la primera tuvo únicamente por objeto la decisión de una competencia entre la jurisdicción ordinaria y la militar sobre la protocolización de un testamento, y en la segunda se trataba de un caso que ninguna analogía tiene con el controvertido en este litigio;

»Y considerando, por último, que el acuerdo de la Sala de gobierno de la Audiencia de Zaragoza de 7 de Mayo de 1857, aun cuando se hubiera probado, no podría, porque se hubiera faltado á su Ob.

servancia, servir por sí sólo de motivo para un recurso de casación, el cual únicamente puede fundarse, con arreglo al art. 1.012 del Enjuiciamiento civil, en ser la sentencia contra ley ó contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales;

»Fallamos que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Clemente Castillo en representación de su mujer María Herrero, condenándole en las costas y á la pérdida de los 4.000 rs. depositados, que se distribuirán en la forma prevenida por la ley; y devuélvanse los autos á la Audiencia de Zaragoza con la correspondiente certificación.»

27 de Septiembre de 1875.

«En la villa y Corte de Madrid, á 27 de Septiembre de 1875, en los autos seguidos en el Juzgado de primera instancia de Tarazona y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza, por D. Andrés Silvestre, por sí y como marido de doña Gregoria Gomara y Jiménez, con D. Pedro, D. José y doña Fernanda Latorre, ésta con su esposo D. Silvestre García, sobre nulidad del testamento otorgado por D. Ramón Jiménez, y que se declare heredero abintestato del mismo á su hermano D. Juan Antonio Jiménez, y sucesores en estos derechos al D. Andrés Silvestre y su esposa, en virtud de la declaración que el último les hizo; autos que penden ante Nos, en virtud de recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia que en 20 de Abril de 1874 dictó la referida Sala:

»Resultando que en 29 de Octubre de 1872 don Andrés Silvestre, por sí y como marido de doña Gregoria Gomara, previo acto de conciliación sin avenencia, dedujo demanda contra D. Pedro y D. José

Latorre, y D. Silvestre García, como marido de doña Fernanda Latorre, herederos de su hermana doña Francisca Latorre, que lo fué á su vez de su marido D. Ramón Jiménez, según el testamento que se decía haber otorgado éste en 25 de Mayo de 1832 ante D. Baltasar Laiglesia, Notario de Tarazona, solicitando que les entregasen los bienes que, pertenecientes á D. Ramón Jiménez, ó de su procedencia, recogieron al fallecimiento de su mencionada hermana doña Francisca Latorre; fundándose para ello en que D. Ramón Jiménez murió sin descendencia, bajo testamento nuncupativo, que se decía haber otorgado ante el expresado Notario, pero que éste no autorizó, pues sólo en él aparecían las firmas del testador y dos testigos, pero no la del Notario; y que siendo por falta de esta firma nulo, cuya nulidad pedía en primer término, correspondían los bienes al hermano del D. Ramón, D. Juan Antonio Jiménez, como su heredero abintestato, cuya declaración también pretendía, así como la entrega de los bienes de la herencia á los demandantes en virtud de la donación *inter vivos* que les hiciera el D. Juan Antonio de todos cuantos bienes y derechos de la citada herencia de D. Ramón, con la condición, y no sin ella, que si llegaban á conseguir ó adquirir judicial ó extrajudicialmente dichos bienes ú otros equivalentes, deducidos los gastos, habían de hacer cuatro partes, que distribuirían en la forma que se expresa en dicha escritura que se acompaña:

»Resultando que conferido traslado de la demanda, lo evacuaron los demandados, pretendiendo que desestimándola por completo se les absolviese, imponiendo al actor perpetuo silencio y las costas, reservándoles en todo caso el derecho de repetir contra los herederos del citado Notario D. Baltasar Laiglesia por los perjuicios que se les irrogasen; y para

ello alegaron que el demandante carecía de personalidad, porque derivándose con lo que se presenta del título de donación referido, y siendo ésta condicional, no podía surtir efecto hasta que se cumpliera, no habiéndose aún realizado la impuesta por el D. Juan Antonio; y que aun cuando así no fuera, que reconociéndose, como no podía menos de reconocerse, por el demandante la confección del testamento, la intervención de los testigos y la del Notario, la sola falta de su firma y signo no era motivo de nulidad, porque si bien por los Fueros se exigía al recibir la escritura, no al trasladarla al protocolo, para lo que se le concedían seis meses, y porque la Real orden de 23 de Septiembre de 1867 resuelve que la falta de firma y signo del Notario autorizante de una escritura, con anterioridad á la ley del Notariado, no es obstáculo para la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad siempre que esté debidamente signado, como sucede en el caso presente, el protocolo que contenga aquélla, á cuya Real orden dió motivo el testamento que se trata, estimándose que éste no tenía derecho en sus formas intrínsecas que impidiesen su inscripción: que de todos modos el testamento reunía todas las circunstancias que previene la ley de enjuiciar para elevarle á testamento hecho de palabra; y que advirtiéndose por el testador que si el que otorgaba no valía como testamento, valiese de cualquier otra manera, no podía borrarse el compromiso que D. Ramón Jiménez contrajo de traspasar sus bienes á su esposa doña Francisca Latorre, puesto que su intención fué darle toda la fuerza legal necesaria; y finalmente, que en la demanda se ejercitaban dos cuestiones diferentes: la de nulidad del testamento y la de petición de herencia, lo cual no podía hacerse simultáneamente:

»Resultando que recibido el pleito á prueba, se practicaron las que respectivamente propusieron las partes; y por el demandante se justificó la legitimidad de la escritura de donación ó cesión de derecho de que se ha hecho mérito le hiciera el D. Juan Antonio Jiménez, la defunción del D. Ramón y falta de signo y firma del Notario ante quien se otorgó el testamento del mismo, así que los bienes que dejó á su muerte y en virtud de aquel testamento, pasaron á su esposa doña Francisca Latorre, y por muerte de ésta los adquirieron sus tres hermanos los demandados:

»Resultando que el testamento de que se trata se halla en el lugar y sitio de orden correlativo en el protocolo del Notario D. Baltasar Laiglesia, correspondiente al año 1832, sin que se note signo alguno de haberse intercalado aquel documento, el cual aparece firmado por el testador y dos testigos, y á su final se observan además dos rúbricas sin firma alguna:

»Resultando que en el protocolo del Notario Laiglesia, correspondiente al año 1832, existen 46 instrumentos, sin contar con los de los folios 24 y 25, en los que se halla el testamento en cuestión, y de ellos 22 están autorizados con firma y rúbrica de D. Baltasar Laiglesia, careciendo de dicha firma y rúbrica los otros 14, además de otros tres, entre ellos el testamento de que se trata: que en el de 1831, comprensivo de 54 instrumentos, en dos de ellos se nota la falta de la firma y rúbrica del mismo Notario; y uno en el de 1833, compuesto de 30 instrumentos, en ninguno de los que se expresó el nombre y apellido del Notario, ni se dió fe del conocimiento de los otorgantes; y redactados todos bajo una misma forma:

»Resultando que seguido el juicio por sus trámi-

tes, la mencionada Sala de la Audiencia por sentencia de 20 de Abril de 1874, revocatoria de la del Juez de primera instancia, declaró válido el testamento otorgado en 26 de Mayo de 1832 por D. Ramón Jiménez ante el Notario de Tarazona D. Baltasar Laiglesia; y absolvió en su virtud á D. Pedro y D. José Latorre y D. Silvestre García, como marido de doña Fernanda Latorre, de la demanda que contra los mismos interpuso Andrés Silvestre, por sí y como marido de doña Gregoria Gómara, con fecha 29 de Octubre de 1872;

»Y resultando que D. Andrés Silvestre interpuso recurso de casación, citando como infringidos al declararse válido el testamento de que se trata:

»1.º El Fuero de Aragón, dado por Carlos I en Zaragoza el año de 1528, que requiere que el Notario testifique los testamentos bajo cierta pena, y además bajo nulidad del acto; y la testificación no puede hacerse sino signando y firmando, porque de otra suerte no hay posibilidad siquiera de dar fe al acto notarial.

»2.º El Fuero de Aragón del año 1678.

»3.º El Fuero de Aragón titulado *De forma instrumentorum testificandorum*, dado en las Cortes de Aragón celebradas en la ciudad de Zaragoza, y publicado en Junio de 1413, que dice: «el cual Notario electo é testimonio haya de su propia mano suscribirse al pie de la nota que del dito contrato ó distrato ó procuración se testificará la suscripción siguiente: yo tal Notario electo en tal ciudad, villa ó lugar fó testimonio del present contrato:»

»4.º La ley 6.ª, tít. XXIII, libro 10 de la Novísima Recopilación;

»Y 5.º El principio de Derecho, según el cual las escrituras públicas han de estar autorizadas por los Notarios; porque no hay otra forma de autori-

zarlas que signarlas y firmarlas: que solamente así puede considerárselas con la fuerza que se las da por ver en ellas reunidas las tres clases de prueba, ó sea la testifical, la escrituraria y la de la fe pública; faltando la firma de los testigos ó del Notario, falta uno de los requisitos integrantes que dan validez al instrumento:

» Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Cano Manuel:

» Considerando que el Fuero de 1528, que se cita como infringido, sólo previene que los otorgantes y testigos suscriban con su firma y rúbrica los instrumentos que otorgaren ante Escribano, como se ha verificado en el de que se trata, sin que á éste se imponga la obligación de signarlos y firmarlos, y sí sólo la de escribir de su puño y letra la primera y última línea, rubricando, además, como se ha hecho, la penúltima y última línea del mismo:

» Considerando que el Fuero de 1678, que se alega en apoyo del recurso, no exige para la validez del testamento más requisitos que los indicados:

» Considerando que el Fuero de 1413 *De forma instrumentorum testificandorum*, como anterior á los citados Fueros, ha quedado modificado por las disposiciones de éstos que, al fijar las solemnidades que deben concurrir en los testamentos, no prescriben su autorización por el Escribano en la forma y modo que se pretende:

» Considerando que la Sala sentenciadora, en uso de sus exclusivas atribuciones, ha apreciado el valor legal de las pruebas suministradas en autos, deduciendo de este examen la validez del testamento en cuestión, sin que al hacer esta apreciación haya infringido ley ni doctrina legal;

» Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto

por D. Andrés Silvestre, á quien condenamos en las costas, y líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Zaragoza.»

3 de Diciembre de 1878.

«En la villa y Corte de Madrid, á 3 de Diciembre de 1878, en los autos que ante Nos penden, por recurso de casación, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Borja y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza por D. José Vicente Espejo con D. Isidro Angulo y su esposa doña Valentina Vicente Espejo, sobre nulidad de ciertas disposiciones testamentarias:

»Resultando que en 21 de Junio de 1864, doña Maria Josefa Roca Vicente de Espejo y Navarro, otorgó testamento ante el Notario D. Amado Badía y dos testigos, vecinos de la ciudad de Borja, en el cual hizo varias mandas é instituyó por herederos universales de todos sus bienes por partes iguales entre sí á su hermana doña Valentina Vicente Espejo y doña Emilia Ardid de Espejo, en representación de su madre doña Vicenta Vicente Espejo, y en defecto de alguna de éstas á los hijos é hijas que tuvieren: en 26 de Septiembre de 1865 otorgó un coñicilo calendado ante el propio Notario y dos testigos, vecinos de la ciudad de Borja, en el cual, después de hacer algunas mandas, en consideración á haber ocurrido el fallecimiento de doña Emilia Ardid Espejo, sobrina de la testadora, y variado las circunstancias de afección con ésta y sus herederos, la doña María Josefa Roca Vicente Espejo, reiteró el nombramiento de heredera universal suya, hecho en el testamento antes citado, á favor de su hermana doña Valentina Vicente Espejo, con el carácter de única, revocando el que en parte de su patrimonio tenía hecho á favor de la doña Emilia Ardid y

Espejo; y en 24 de Agosto de 1868, 9 de Agosto de 1870 y 31 de Octubre de 1874, otorgó otros tres codicilos también ante el mismo Notario y dos testigos, vecinos de Borja, en los que revocaba y concedía gracias especiales, reiterando en todos ellos el nombramiento de heredera universal de todos sus bienes en favor de la ya citada doña Valentina Vicente Espejo:

»Resultando que doña María Josefa Roca Vicente Espejo falleció en 24 de Noviembre de 1875 bajo las citadas disposiciones testamentarias, y en 2 de Febrero de 1876 D. Vicente Espejo y Navarro entabló demanda civil ordinaria pidiendo se declarasen nulas y de ningún valor el testamento y demás disposiciones otorgadas por su hermana la doña María Josefa Roca Vicente Espejo, y que á su vez se declarase asimismo que habiendo ésta muerto intestada y sin ascendientes ni descendientes, pertenecían todos sus bienes por iguales partes al demandante y á los demandados D. Isidro Angulo é Iñigo y su esposa doña Valentina Vicente Espejo y Navarro, como parientes colaterales más próximos á aquélla, condenando á los demandados á la entrega de la mitad de dichos bienes con los frutos producidos y que produjeran en lo sucesivo; fundándose para ello en que en la Legislación foral aragonesa no existe disposición alguna relativa á los testamentos de los ciegos, ni que aun incidentalmente se ocupase de este punto; y que, por lo tanto, debe recurrirse al Derecho de Castilla, que es el supletorio del aragonés en todos los casos en que no se hallen previstos ó resueltos por este último; y que exigiéndose por aquél cinco testigos y Escribano en el testamento del ciego, en el de la hermana del demandante doña María Josefa Roca Vicente Espejo sólo habían intervenido dos:

»Resultando que D. Isidro de Angulo é Iñigo, y su esposa doña Valentina Vicente Espejo pidieron se les absolviese de la demanda y se declarase la validez de todas las disposiciones testamentarias de su hermana política y natural respectivamente, fundándose en que, según las Observancias 11, *De testamentis*, y 26, *De generalibus privilegiis*, bastan dos testigos legítimos y Notario para otorgar testamento válido y eficaz en Aragón, sea ciego ó no el otorgante; y que, según las Observancias *De donationibus*, cuando el Fuero no distingue no se debe distinguir; y, por último, en una sentencia de este Tribunal Supremo de 24 de Diciembre de 1867 y jurisprudencia en ella sentada, enteramente conforme á lo contenido en las disposiciones forales citadas; no siendo, por tanto, necesario recurrir al derecho supletorio, puesto que hay disposiciones en el Derecho aragonés sobre la materia:

»Resultando que en los escritos de dúplica y alegatos, en vista de las pruebas presentadas y practicadas por ambas partes, insistieron éstas en sus respectivas pretensiones:

»Resultando que seguido el pleito por sus trámites, la Sala de lo civil de la Audiencia por sentencia de 13 de Julio de 1877, confirmatoria de la del Juez de primera instancia, declaró válidas las cinco disposiciones testamentarias otorgadas por doña María Josefa Roca Vicente y Espejo, y en su consecuencia absolvió á D. Isidro Angulo é Iñigo y su esposa, doña Valentina Vicente Espejo y Navarro, de la demanda contra la misma interpuesta por don José Vicente Espejo y Navarro:

»Resultando que D. José Vicente Espejo y Navarro interpuso recurso de casación, por haberse infringido en su concepto:

»1.º La ley 2.ª, tít. XVIII, libro 10 de la Noví-

sima Recopilación, según la cual en el testamento del ciego es imprescindible que concurren cinco testigos además del Escribano, sin cuyo requisito es nulo y de ningún valor; puesto que siendo como era ciega doña María Josefa Roca Vicente Espejo, según resulta probado, y no habiendo intervenido más que dos testigos tan sólo además del Escribano en sus disposiciones testamentarias, sin embargo se declaraban válidas y subsistentes:

»2.º La jurisprudencia constantemente observada por este Tribunal Supremo y por la Audiencia de Zaragoza, según la cual los casos no previstos por la Legislación foral de Aragón, deben decidirse con arreglo á la Legislación de Castilla como Derecho común de España y supletorio del aragonés:

»3.º La jurisprudencia de este Tribunal Supremo, establecida en diferentes sentencias, entre ellas la de 28 de Febrero de 1865, según la cual, cuando un caso especial no se halla especificado y detalladamente previsto en el Fuero aragonés, en lugar de resolverlo por disposiciones generales del mismo Fuero, entre las cuales pueda hallarse aquel caso comprendido, recurriendo á la regla de que cuando la ley ó el Fuero no distingue, no deben los Tribunales distinguir (que es lo que ha servido de fundamento á la sentencia recurrida, como lo sirvió también, según es de inferir, de la parte dispositiva de su fallo á la sentencia pronunciada por la Audiencia de Zaragoza, que casó la de este Tribunal Supremo de 28 de Febrero de 1865), en lugar de resolver el caso no previsto concretamente por el Fuero con arreglo á otras disposiciones generales del mismo debe resolverse, como se hizo en dicha sentencia por las leyes de Castilla:

»4.º La jurisprudencia de este Tribunal Supremo, establecida en la sentencia de 21 de Mayo de

1845, según la cual vino á declararse que el testamento del ciego en Cataluña debe otorgarse, para ser válido, ante siete testigos, como exige el Derecho romano, que es el supletorio en aquel Principado, no obstante que en las Constituciones del mismo Principado se halla establecido, lo mismo exactamente que lo está en los fueros aragoneses, que bastan dos testigos para la validez de los testamentos nuncupativos ó escritos:

» Vistos, siendo Ponente el Magistrado D. Casimiro Huerta Murillo.

» Considerando que los Fueros y Observancias de Aragón establecen las formalidades con que se han de otorgar el testamento común y los privilegiados:

» Considerando que no comprendiéndose entre estos últimos el testamento del ciego, es indudable que debe subordinarse á las reglas y solemnidades del común, porque en donde el Fuero no distingue no debe distinguirse:

» Considerando que la Sala sentenciadora al resolver en este sentido la cuestión debatida en el pleito no infringe la ley y jurisprudencia que se citan en los motivos 1.º y 2.º por ser inaplicables, pues previsto el caso en la Legislación especial, no es necesario apelar á la supletoria:

» Considerando que tampoco es aplicable la doctrina consignada en las sentencias de este Tribunal citadas en los motivos 3.º y 4.º, porque las cuestiones resueltas en ambas sentencias no tienen relación concreta con la que ha sido objeto del presente litigio;

» Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Vicente Espejo y Navarro, á quien condenamos en las costas y á la pérdida de la cantidad de 1.000 pesetas que depositó, que se distri-

buirá con arreglo á la ley: líbrese la correspondiente certificación á la Audiencia de Zaragoza, con devolución del apuntamiento que remitió.»

10 de Diciembre de 1879.

«En la villa y Corte de Madrid, á 10 de Diciembre de 1879, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Tarazona y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza por D. Francisco Veratón Monguilán, con D. Roque y D. Romualdo Senac Laborda, como maridos de doña Carmen y doña Concepción Veratón Monguilán, sobre nulidad de un testamento y de una cédula testamentaria:

»Resultando que los cónyuges D. Jerónimo Veratón y doña Francisca de Paula Monguilán otorgaron testamento en 15 de Julio de 1866, en el que dijeron que, además de los 13 sueldos jaqueses de costumbre, dejaban á cada uno de sus cuatro hijos D. Ramón, D. Francisco, doña Carmen y doña Concepción, una heredad, estimada en 6.750 rs. la consignada á doña Francisca, y en 6.500 las de los demás, por legítimas paterna y materna, con lo cual habian de darse por satisfechos, sin perjuicio de lo que dejaran por gracia especial y de lo que se reservaban hacer en lo sucesivo. Ordenaron que doña Concepción sacase diferentes bienes, que especificaron, y estimaron en 60.000 rs., que era lo que había dado á doña Carmen al casarse, consignando que daban más á las hijas por el mayor gasto que los hijos habían ocasionado en su carrera; y por ser menor el causado por D. Ramón, le señalaron por vía de dote bienes en cantidad de 40.000 reales. Dejaron de gracia especial á su nieta Pilar

Senac una heredad, que por su fallecimiento pasaria á su madre doña Carmen. Dispusieron que la cuarta parte de muebles fueran para dicha doña Carmen, y las tres cuartas partes para doña Concepción, después del fallecimiento de ambos testadores, pues que el sobreviviente podría hacer lo que tuviera por conveniente. Se reservaron la facultad de disponer de todos los demás bienes, instituyendo heredero al hijo, hija ó hijos que les pareciera, y si falleciese uno de los testadores sin hacer el nombramiento, el sobreviviente tenía ámplias facultades para hacer la institución; y para el caso de que no la hiciese, ó adoleciese su disposición de alguna nulidad, instituían heredera universal á su hija doña Concepción; estableciendo que si alguno de sus hijos no respetase el testamento, y pusiera pleito á doña Concepción ó á cualquiera de los hermanos, para anular en todo ó en parte el testamento, quedaría el que tal hiciese privado de lo que le dejaban por gracia especial; y que, por último, dijeron que si después de su muerte apareciera en su casa alguna cédula en la que establecieran alguna disposición de sus bienes, ó adicionaran, modificaran ó derogaran lo dispuesto en aquel testamento, se estuviera á lo que en dicha cédula dejaran establecido, teniendo igual valor que si se consignara en otro testamento ó codicilo, siempre y cuando la tal cédula empezara con las palabras «Jesús, María y José,» y concluyera con sus firmas; queriendo que en todo lo demás que no se hallase modificado, se cumpliera aquel testamento:

»Resultando que doña Francisca Monguilán falleció en 20 de Agosto de dicho año, y que por escritura de 10 de Mayo del siguiente de 1867 D. Jerónimo Veratón cedió á su hijo D. Francisco los bienes consignados en el testamento, á excepción de

dos, ascendiendo el valor de los cedidos á 40.875 reales:

»Resultando que D. Francisco Veratón reclamó alimentos de su padre D. Jerónimo, que le fueron otorgados en cantidad de 19 rs. diarios por sentencia del Juez de primera instancia, que le fueron satisfechos por espacio de cuatro meses; pero que habiendo interpuesto apelación, la Audiencia revocó aquélla, y denegó dichos alimentos:

»Resultando que en 1.º de Abril de 1872 D. Jerónimo Veratón, usando de la facultad expresada en el testamento de hermandad, otorgó otra disposición testamentaria, ordenando que el dote de su hija doña Concepción se compusiera de otras fincas diferentes de las señaladas, reemplazando la gracia especial hecha á su hija doña Carmen con otros bienes de más valor; dejó á su hijo D. Francisco la mitad de toda la ropa de uso del testador, y sin efecto la gracia especial hecha en el anterior testamento, que reemplazó con aquélla y con la condonación del metálico que le tenía prestado y resultaba de un pagaré, haciendo constar que le había entregado el dote señalado en el testamento en las fincas que había querido elegir. Dejó sin efecto la gracia especial hecha á doña Concepción, que sustituyó con otra, así como la de D. Ramón y su nieta doña Pilar, por haber ambos fallecido, disponiendo que la de ésta pasara por mitad á su nieta doña Concepción y á su hija doña Carmen; y después de algunas gracias especiales á sus nietos é hija, y de modificar lo referente á bienes muebles, instituyendo heredera á doña Concepción, ordenó que respecto de todo lo demás que no se hallase en oposición con aquella su última voluntad, ratificaba y confirmaba el dicho testamento de hermandad, expresando que por cuanto á sus cuatro hijos se les dió el dote que pa-

reció justo y regular, quedaba sin efecto el señalamiento que se les hizo por legítimas paterna y materna:

Resultando que D. Francisco Veratón y Monguilán entabló en 18 de Mayo de 1876 la demanda objeto de este pleito, en la que, haciendo uso de la acción de querrela *De inofficioso testamento*, pidió que se declarasen nulos el de hermandad otorgado por sus padres en 13 de Julio de 1866 y la cédula testamentaria de 1.º de Abril de 1872, dejando ésta sin ningún valor ni efecto, y declarando que dichos cónyuges fallecieron abintestato, y que debían, por tanto, suceder en sus bienes por partes iguales sus hijos, debiéndose entregar al demandante por sus hermanos la cuarta parte de la herencia con los frutos que hubiera producido y podido producir, y las costas; pretensión que fundó en que el hijo preterido ó desheredado sin justa causa, anulaba el testamento y sucedía por igual con sus hermanos, pues no habiendo legítima señalada por Fuero, lo era toda la herencia: que ni el padre ni la madre podían privar al hijo de la herencia; si no era por alguna de las causas consignadas en el Fuero 2.º, *De exheredatione filiorum*, no siendo bastante la consignación de los 10 sueldos jaqueses, que era una verdadera desheredación sin justa causa, según sentencia de este Tribunal de 1.º de Marzo de 1861, siendo doctrina del mismo, consignada en sentencia de 13 de Noviembre de 1866, que no puede estimarse como legítima lo que se deja separadamente bajo otro concepto, y según la de 12 de Octubre de 1868, la preterición de un hijo anula la institución de otro, sin que baste invalidar los efectos de la preterición cualquiera gracia especial que se consigne; y que las donaciones *propter nuptias, mortis causa*, y los legados, sólo pueden reputarse como liberalidades

de los padres, con los cuales no podían en nada gravar la legítima que había de dejarse expresamente en proporción á la fortuna de los testadores, haciendo también manifestación terminante cuando por alguna causa los desheredasen:

»Resultando que doña Carmen y doña Concepción Veratón y Monguilán, representadas por sus respectivos maridos D. Roque y D. Rumualdo Senac y Laborda, impugnaron la demanda, alegando que el testador podía hacer de sus bienes lo que quisiera, sin contravenir á las leyes, moralidad y buenas costumbres, como lo habían hecho sus padres en vida y con autorización y consentimiento mutuo al sobreviviente de ellos: que con manifiesta ingratitud y falta de afecto reclamó alimentos judicialmente el demandante de su padre, y no obstante que la ingratitud era suficiente para privarle de la herencia, no hubo por parte de aquél preterición ni desheredación de su hijo, á quien dejó, según cálculo de lo que tenía percibido, lo que le plugo conforme al Fuero *De testamentis civium*, sin que tuviera necesidad de expresar que era por vía de legítima, según doctrina legal y constante en Aragón, pues lo que se quería era que no fuesen los hijos preteridos, y cualquiera cosa que se dejara se reputaba por legítima: que las disposiciones legales citadas de contrario no eran aplicables al caso, porque la sentencia de 13 de Noviembre de 1866 sólo se refería al caso en que se establecía vínculo sobre la legítima, mientras que la ley de Partida era más beneficiosa á los demandados, al disponer, tratando de la facultad en el hijo preterido, ó que no recibiese legítima de poder quebrantar el testamento, se entendía si el hijo no recibiese la parte demandada, pues si la recibiese y no protestase, no podría quebrantarlo; y como el demandante había aceptado y apro-

vechado lo que en el testamento se le dejaba, sin protestar, debía éste subsistir en toda su fuerza y vigor:

»Resultando que suministrada prueba por las partes, el Juez de primera instancia dictó sentencia, que confirmó con las costas en 6 de Noviembre de 1878 la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza, absolviendo á los demandados de la demanda:

»Resultando que el demandante interpuso recurso de casación, por haberse infringido á su juicio:

»1.º El Fuero único, *De testamentis civium*; el 6.º, *De testamentis*; el Fuero 1.º y las Observancias 1.ª y 2.ª, *De rebus vinculatis*, y las sentencias de este Supremo Tribunal de 15 de Diciembre de 1858, 17 de Junio de 1864, 13 de Noviembre de 1866, y otras muchas, con arreglo á cuyas disposiciones es indudable que la legítima fuera de los hijos es de 10 sueldos jaqueses, ó sea 5 sueldos por bienes raíces y otros 5 por bienes muebles, preceptos que no respetaron en su testamento los cónyuges Veratón y Monguilán, porque siendo la legítima de 10 sueldos, correspondía que hubieran dejado á sus hijos 20 sueldos por ambas legítimas;

»Y 2.º La voluntad del testador, porque habiendo manifestado D. Jerónimo Veratón en la Memoria testamentaria, que dejaba sin efecto el señalamiento que había hecho á sus cuatro hijos por legítima paterna y materna, la sentencia introduciendo distinciones, que la citada disposición no hacía, suponía que el testador dejaba á salvo la legítima foral, prescindiendo para hacer esta interpretación de lo dispuesto en la ley 5.ª, tít. XXXIII, de la Partida 7.ª, cuyo precepto infringía, así como la sentencia, entre otras, de este Tribunal Supremo, de 10 de Diciembre de 1866, y el principio *Ubi lex non dis-*

tinguit, nec nos distinguere debemus; pues el testamento era como una ley; según doctrina constante, confirmada por este Tribunal en sentencia de 23 de Diciembre de 1859:

» Visto, siendo Ponente el Magistrado D. Juan Fernández Palma:

» Considerando que, según la recta interpretación de la cláusula referente á las legítimas que contiene el testamento de hermandad otorgado por D. Jerónimo Veratón y su esposa doña Francisca Paula Monguilán, es indudable que éstos dejaron á cada uno de sus hijos 10 sueldos jaqueses por legítima paterna y otros 10 por la materna, cumpliendo así lo que prescribe la Legislación especial de Aragón, á que estaban sujetos, y por gracia especial dispusieron en favor de aquéllos, y por igual concepto, de ciertas fincas, cuyo valor era próximamente de 6,500 reales para cada uno de los partícipes; mediante lo cual, y siendo ésta la inteligencia que se da á la referida cláusula en el fallo recurrido, este no infringe los Fueros, Observancias y demás que se citan en el primer fundamento del recurso:

» Considerando que tampoco infringe dicha sentencia la voluntad del testador D. Jerónimo Veratón, expresada en la Memoria testamentaria, toda vez que en ésto dejó subsistente el señalamiento de sueldos jaqueses hechos en el primer testamento; y si bien introdujo alguna modificación respecto á lo demás consignado por vía de legítimas, en uso de las facultades que mutuamente se confirieron ambos cónyuges, esto en nada afecta á la legalidad del acto ejecutado por Veratón, ni autoriza á suponer que la Sala sentenciadora haya hecho distinciones que no están conformes con la citada disposición, siendo en su consecuencia improcedente el segundo motivo de casación alegado;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Francisco Moratón y Monguilán, á quien condenamos por razón de depósito al pago de la cantidad de 1.000 pesetas, que satisfará si viniese á mejor fortuna, distribuyéndose entonces con arreglo á la ley, y en las costas; y líbrese á la Audiencia de Zaragoza la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.»

30 de Diciembre de 1882.

«En la villa y Corte de Madrid, á 30 de Diciembre de 1882, en el pleito pendiente ante Nos, en virtud de recurso de casación por infracción de ley, seguido en el Juzgado de primera instancia de Tamarite y en la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza por los consortes D. José Coll y Carol y doña Teresa Sabán y Esteban y por D. Ramón Reñé y Solanellas, como padre del menor D. José Reñé y Sabán, representados por el Procurador D. Daniel Doze, bajo la dirección del doctor D. Eugenio Montero Ríos, con D. José Guillén y Fúster y su mujer doña Vicenta Sabán Esteban, y en su nombre el Procurador D. Francisco Bartual, dirigido por el Licenciado D. Joaquín Gil Berges, sobre nulidad de un testamento:

»Resultando que con motivo de los matrimonios que habían de celebrarse entre D. Antonio Sabán y Mola y doña Rosa Esteban Santamaría, y D. Fernando Esteban Santamaría con doña Benita Sabán y Mola, se otorgó escritura de capitulaciones matrimoniales ante el Notario de Tamarite en 8 de Junio de 1832, en la cual, D. Antonio Sabán fué instituído heredero universal de los bienes de sus padres, y doña Rosa dotada con la suma de 1.100 duros,

pactándose la viudedad universal, y estipulándose para dichos dos matrimonios la cláusula, entre otras, siguiente: «que en el caso de morir los contrayentes ó alguno de ellos sin testamento ni otra disposición de sus bienes, que puedan hacerla los dos parientes más cercanos y consanguíneos del que así muera, junto con el sobreviviente, atribuyéndoles para ello desde entonces las facultades necesarias:»

»Resultando que al contraer matrimonio doña Antonia, doña Teresa y doña Vicenta Sabán con D. Ramón Reñé, D. José Coll y D. José Guillén respectivamente, se otorgaron escrituras de capitulaciones en 11 de Noviembre de 1854, 22 de Febrero de 1860 y 14 de Febrero de 1861, asignando el padre de aquéllas, D. Antonio Sabán, á cada una de las tres, en concepto de dote y por todos sus derechos de legítima paterna y materna la cantidad de 1.000 duros, renunciando á todo lo demás que pudieran pretender, á excepción de vínculo, sucesión intestada, mandatos gratuitos; pactándose para el caso de morir los contrayentes sin testamento ni disposición alguna: en los capítulos de doña Antonia, que pasarían á efectuarlo dos parientes cercanos consanguíneos y de mayor edad del que así muriera, juntos con el sobreviviente en su caso; y si ambos lo verificasen, dos de cada parte; en los de doña Vicenta, que si alguno de los contrayentes muriese con hijos y sin testar, dispondrían de los bienes del que así muriera dos parientes mayores de edad más cercanos con el superviviente si existía, y en otro caso dos parientes de cada una de las partes en beneficio de dichos hijos y en la forma que mejor les pareciera; y en los de doña Teresa, que caso de morir los contrayentes ó alguno de ellos sin testamento, querían pasaran á ejecutarlo dos parientes más cercanos que estuvieran más á mano del que en di-

cha forma muriese, juntos con el sobreviviente en su caso:

»Resultando que reunidos en la villa de Alcampel en 5 de Octubre de 1878 ante el Notario de Tamarite, doña María Antonia Sabán y Mola, viuda, D. Antonio Castillo y Sabán, D. Tomás Esteban y Santamaría y D. Fernando Esteban y Sabán, como parientes más cercanos y consanguíneos respectivamente de D. Antonio Sabán y doña Rosa Esteban, que habían fallecido sin testamento ni disposición de sus bienes, doña Rosa en 1.º de Septiembre de 1842 y D. Esteban en 25 de Septiembre de aquel año, haciendo uso de la cláusula contenida en sus capítulos matrimoniales de 8 de Junio de 1832, dispusieron de los bienes dejados á su fallecimiento por los citados cónyuges, ordenando la celebración de misas y pago de deudas; que se entregaran 2.500 pesetas á la hija de aquéllos doña Teresa Sabán y Esteban, en atención á que no tenía sucesión, debiendo pagárselas la heredera en tres plazos, y darse aquélla por contenta y satisfecha de todos sus derechos; que la misma heredera debería entregar á D. José Reñé y Sabán, nieto de los difuntos D. Antonio y doña Rosa, otras 2.500 pesetas, con lo cual debería darse por satisfecho de todo cuanto pudiera pertenecerle en los bienes de sus abuelos; y de todos los demás bienes que éstos dejaron, nombraron heredera universal á su hija doña Vicenta Sabán, consorte de D. José Guillén, la cual podría disponer de todos los bienes de aquéllos con las obligaciones antedichas:

»Resultando que los cónyuges D. José Coll y Carol y doña Teresa Sabán Esteban y D. Ramón Reñé y Solanellas, como padre del menor D. José Reñé Sabán, dedujeron en 6 de Julio de 1879 la demanda objeto de estos autos, que dirigieron contra los

cónyuges D. José Guillén Fúster y doña Vicenta Sabán y Esteban, para que se declarara nulo y de ningún valor ni efecto el testamento de nombramiento de heredero que en 5 de Octubre de 1878 otorgaron los Comisarios de D. Antonio Sabán y de su mujer doña Rosa Esteban, y en su consecuencia, que éstos murieron intestados, y que á su sucesión eran llamadas por iguales partes sus tres hijas doña Vicenta, doña Teresa y doña Antonia, y en representación de éste su hijo D. José Reñé y Sabán, adjudicándose en su virtud á cada uno de los demandantes una tercera parte de los bienes de los mencionados padres y abuelos respectivos, y que se condenase á los demandados á que, previa la correspondiente división de dichos bienes, dejase á disposición de los demandantes las expresadas dos terceras partes de ellos y de los frutos y rentas que hubieran producido desde el fallecimiento de D. Antonio Sabán y en todas las costas del pleito; fundando su pretensión en que en Aragón no existe Fuero alguno que conceda ni niegue la facultad de testar por Comisario, y, por consiguiente, debiendo estarse, según jurisprudencia de este Supremo Tribunal, á lo que establece el Derecho común, había que considerar sujeta tal facultad á las leyes de Castilla, que exigían poder especial para hacer nombramiento de heredero, estando sólo facultados los referidos comisarios para pagar deudas y emplear lo que fuera de costumbre en la parte piadosa, quedando lo restante para las tres hijas, como llamadas á suceder abintestato; que la cláusula de la capitulación matrimonial, en virtud de la cual los Comisarios hicieron nombramiento, sólo facultaba para hacerlo á dos parientes, juntamente con el sobreviviente; que no habiendo hecho uso D. Antonio Sabán, que sobrevivió á su mujer, de la autoriza-

ción para disponer de los bienes de ésta y de los suyos, como podía hacerlo, si bien dentro del período de cuatro meses que prescribía la ley de Toro, era evidente que se convirtió en un abintestato la disposición testamentaria que los Comisarios otorgaron siendo radicalmente nula, por carecer de facultad para otorgarla; que había intervenido en el testamento como Comisario un pariente de D. Antonio Sabán, que no lo era tan próximo de éste como su hermano uterino D. José Coll y Mora; que en el testamento ó nombramiento de heredero concurría también la causa de nulidad de no haber señalado legítima paterna y materna á los demandantes, pues aunque á la demandada ó heredera nombrada se le impuso la obligación de entregar á cada uno de aquéllos la cantidad de 2.500 pesetas, no se hizo mención expresa de que se le dejaban por dicho concepto, y que aun en la hipótesis de que tal manda constituyera la legítima foral, sería nulo el testamento por haberla subordinado á la condición de renunciar á todos los derechos de legítima paterna y materna y á la restricción de haber aplazado la entrega:

»Resultando que los consortes D. José Guillén y doña Vicenta Sabán, impugnaron la demanda admitiendo la exactitud de los hechos en que se fundaba, á lo que añadió que doña Josefa Coll, cuñada de doña Teresa Sabán, se personó por encargo de ésta en casa de doña Antonia, haciéndola ofrecimientos para que prestase su voto al nombramiento de heredera de doña Teresa; que antes que se reunieran los más próximos parientes de D. Antonio Sabán, el demandante D. José Coll hizo por cuenta propia investigación en busca de una gaveta de oro que por encargo de su difunto suegro había enterrado Joaquín Rolés, sin que participara á los de-

mandantes sus resultados; que D. Antonio Castillo Sabán era pariente consanguíneo más próximo á D. Antonio Sabán que el presbítero Coll, y que los demandantes D. José Coll y doña Teresa Sabán detentaban la finca señalada con el núm. 4, en la relación de los bienes de la demandada; perteneciendo á los demandados por hallarse comprendida con el núm. 9 de la escritura de institución de heredero; que las Observancias 6.^a, *De confesis*, y 16, *De fide instrumentorum*, disponían que los contrayentes pueden pactar en sus capítulos matrimoniales cuanto les plazca, siempre que no se oponga al derecho natural, ó sea de realización imposible; que conforme al Fuero único *Ei quæ dominus rex*, y al privilegio general otorgado por el Rey D. Pedro en las Cortes de Zaragoza de 1283, forman parte integrante de la Legislación foral las costumbres de uso general y las prácticas constantes del Reino, y en su consecuencia, que si por aquellas disposiciones no estuviera legitimada la validez de la referida cláusula de los capítulos matrimoniales de D. Antonio Sabán, lo estaría por ésta, según la constante é inmemorial costumbre; que las Observancias 1.^a, *De equo vulnerato*, 16, *De fide instrumentorum*, y 24 *De probationibus faciendis cum charta*, prescriben un absoluto respeto á la letra del instrumento al interpretarlo; y, por tanto, habiéndose previsto dos casos en la referida cláusula para que pudieran disponer de los bienes de los contrayentes, el de morir ambos sin disposición y el de morir uno sólo sin ella, interpretado con respecto al texto literal del instrumento, los parientes más próximos y consanguíneos de los cónyuges Sabán Esteban, disponían de los bienes de éstos debidamente facultados con indubitable validez pues lo de disponer dos parientes juntamente con el sobreviviente, se refería al caso de morir sólo

uno de los contrayentes y no los dos, sin disposición; que la no intervención del presbítero D. José Coll en la escritura de nombramiento de heredero, no le invalidaba, por no ser pariente más cercano y consanguíneo; que en conformidad al Fuero 1.º, *De testamentis militum nobilium*, y único, *De testamentis civium*, y sentencia de este Supremo Tribunal de 15 de Diciembre de 1858, era en Aragón doctrina corriente que el padre estaba facultado para instituir heredero á uno de sus hijos, pero dejando á los demás lo que quisiere, y como D. Antonio Sabán y doña Rosa Estéban dotaron por legítima paterna y materna á sus hijas doña Antonia y doña Teresa al contraer sus matrimonios, era claro que cumplieron con el Fuero, y por tanto que los Comisarios, como más próximos parientes consanguíneos, podían nombrar heredero de los bienes restantes de estos cónyuges, según lo hicieron; que según opinión de respetables tratadistas, las disposiciones forales no exigían para la validez del testamento que el padre dijera que lo que dejaba al hijo era por legítima; que no podía tampoco invalidarse la escritura por hallarse sujetas á condición las mandas gratuitas en ella consignadas, porque sobre haberse hecho por fórmula meramente rutinaria, dichas mandas no constituían la legítima de los demandantes, puesto que éstas las recibieron al contraer matrimonio las hijas de D. Antonio Sabán; que los demandados eran dueños en pleno dominio de la finca núm. 4 de la relación de los bienes de la demanda detenida por el demandante Coll; que los demandantes eran litigantes temerarios, de mala fe; pretendiendo, por todo, que se les absolviera de la demanda y se condenara á los referidos cónyuges á la entrega del expresado fundo, con los frutos producidos desde la fecha del nombramiento de heredera de la de-

mandada doña Vicenta, así como al pago de todas las costas del pleito, en unión de D. Ramón y don José Reñé:

»Resultando que suministrada prueba por las partes y sustanciado el juicio en dos instancias, dictó sentencia en 21 de Abril del corriente año 1882 la Sala de lo civil de la Audiencia de Zaragoza, que no fué conforme con la del Juez inferior, declarando válida, subsistente y eficaz la escritura de nombramiento de heredero de 5 de Octubre de 1878, y absolviendo de la demanda á los cónyuges D. José Guillén y Fúster y doña Vicenta Sabán Esteban; y de conformidad con lo resuelto respecto á la reconvencción en el fallo apelado, firme en esta parte, se condena á D. José Coll y á doña Teresa Sabán á devolver y entregar la finca núm. 4 de la demanda á la herencia de D. Antonio Sabán, con los frutos desde la muerte de éste que hubiera producido, y en consecuencia de la anterior declaración, se entregaran los bienes y frutos á la heredera de Sabán doña Vicenta Sabán y Esteban, sin hacer especial condenación de costas en ninguna de las instancias:

»Resultando que contra la primera parte de esta sentencia, por la cual se desestimaba la demanda deducida por los consortes D. José Coll y Carol y doña Teresa Sabán y Estéban y por D. Ramón Reñé Solanellas, en representación de su hijo, interpusieron éstos recurso de casación por haberse infringido á su juicio:

»1.º La ley 31 de Toro, ó sea la 1.ª, tít. XIX, libro 10 de la Novísima Recopilación, con arreglo á la cual los Comisarios nombrados por D. Antonio Sabán y su mujer doña Rosa Esteban en sus capitulaciones matrimoniales no estaban facultados para nombrar heredero, puesto que para esto hu-

biera sido preciso que los cónyuges les hubieren autorizado especialmente, designándoles además la persona del heredero; y por lo tanto, el nombramiento que hicieron de doña Vicenta Sabán era nulo, porque carecían de facultades para ello, no obstante lo cual la sentencia lo declaraba válido:

»2.º La ley 33 de Toro, tít. XIX, libro 10 de la Novísima Recopilación, con arreglo á la cual los Comisarios testamentarios no tienen más que cuatro meses para cumplir su encargo, sin embargo de lo cual la sentencia declaraba válido el testamento otorgado por aquéllos, no sólo por lo que hacía á la herencia de D. Antonio Sabán, sino respecto á la de su consorte doña Rosa, fallecida en 1842, habiéndose otorgado la disposición en 1878:

»3.º La misma cláusula, en cuyo supuesto cumplimiento se otorgó el nombramiento de heredera que en la sentencia se había declarado válido y subsistente, toda vez que en ella se otorgaba el poder para testar á los dos parientes consanguíneos más cercanos de uno de los cónyuges juntamente con el otro; y, sin embargo, en el nombramiento no había intervenido uno de los cónyuges Sabán, interpretándose para ello la cláusula en el sentido de comprenderse en ella en el caso de que hubiesen fallecido los dos cónyuges, interpretación que estaba contradicha por su propio texto, siendo evidente que se había infringido, aun admitiendo tal interpretación, porque habiendo fallecido doña Rosa Esteban treinta y seis años antes que su marido, no pudieron otorgar su testamento sus dos parientes consanguíneos más próximos solamente, sino juntamente con aquél que tantos años sobrevivió; habiéndose también infringido la cláusula al dar por válido el otorgado por dos personas, una de las cuales no era el pariente consanguíneo más próxi-

mo de los que entonces vivían, siendo los únicos que, con arreglo á ella, pudieron hacer el nombramiento de herederas de los cónyuges sus propias hijas, pero no los hermanos y sobrinos que otorgaron la escritura tantas veces citada;

»Y 4.º En el mismo concepto de haber interpretado la cláusula referida, sin atenderse estrictamente á su sentido literal, la regla de jurisprudencia aragonesa *standum est chartæ* establecida en la Observancia 1.ª; *De equo vulnerato*, en la 4.ª, *De testamentis*; en la 16, *De fide instrumentorum*, y en la 24, *De probationibus*, y que además este Supremo Tribunal ha reconocido y confirmado en varias de sus sentencias, entre otras en la de 10 de Octubre de 1863:

»Visto, siendo ponente el Magistrado D. Pedro Borrajo de la Bandera:

»Considerando que son inaplicables al pleito, y no han podido en consecuencia ser infringidas en la sentencia la ley 1.ª, tít. XIX, libro 10 de la Novísima Recopilación (31 de Toro), que exige que el poder al Comisario para nombrar heredero señale el nombre del que ha de ser instituído; ni la ley 3.ª del mismo título y libro (33 de Toro), que señala el término dentro del cual deben los Comisarios cumplir su encargo, leyes citadas como infringidas en los motivos 1.º y 2.º del recurso, puesto que aplicada al caso por la Sala sentenciadora la Legislación foral de Aragón, sólo ella debe tenerse en cuenta para resolver la cuestión litigiosa, y la Sala establece el hecho de la costumbre que rige en aquella provincia, conforme á su fuero especial, de encarar la facultad de testar en la forma que ha tenido lugar en este caso:

»Considerando que tampoco infringe la sentencia la cláusula de los contratos matrimoniales que esta.

blece la facultad de testar dada á los parientes más próximos, ni el principio de derecho aragonés *standum est chartæ*, y los demás que se citan en los fundamentos 3.º y 4.º del recurso, puesto que la intervención del cónyuge *superstite* en la confección del testamento del premuerto es incompatible con el hecho que la cláusula preve de morir ambos, y se entiende en dicho caso que los dos parientes de cada parte cumplen el objeto de la cláusula según su literal contexto y espíritu, conforme á la costumbre;

»Fallamos, que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. José Coll y Carol, doña Teresa Sabán Esteban, y D. José Reñé y Sabán, á quien condenamos en las costas; y líbrese á la Audiencia de Zaragoza la certificación correspondiente, con devolución del apuntamiento que ha remitido.»

Pueden consultarse también las sentencias de 28 de Junio de 1864 y 24 de Marzo de 1865.

Por la primera se declaró, entre otras cosas:

1.º Que es un principio del derecho especial de Aragón *Standum est chartæ*.

2.º Que en Aragón no existe contradicción entre la cláusula del testamento en que se instituye al hijo heredero universal y absoluto, y la en que se modifica la institución, limitando las facultades del mismo heredero en cuanto á una parte de los bienes de la herencia, después de haberle señalado la legítima foral.

Por la segunda:

Que el principio que rige en Aragón, de que puede morirse parte testado y parte intestado, no tiene aplicación cuando se cuestiona acerca de la validez de un documento en que se dejan mandas, y que por ser ineficaz, lo son éstas también.

CAPÍTULO XV.

De la sucesión intestada.

I.

Del abintestato en general.

Aunque la materia es más sencilla que la anterior, ofrece también especial cuidado al tratarla para que se noten bien las diferencias que, respecto de ella, hay entre el Derecho común y el de Aragón. Según éste la sucesión intestada tiene lugar cuando uno muere sin testamento, ó cuando el mismo se ha otorgado sin las formalidades que exigen los Fueros.

En uno y otro caso sucederán los descendientes, á falta de éstos los colaterales, y, en último lugar, los ascendientes de la manera que explicaremos.

II.

De la sucesión de los descendientes.

Los hijos legítimos por igual y sin distinción de sexos, sucederán á los padres, tomando parte en la herencia los de distintos matrimonios, si lo fueren del que heredasen. Los adoptivos entran también en el número, según el Fuero único *De adoptionibus*, y la Observancia 27 *De generalibus privilegiis* que

quedan insertos en otro lugar. Debe advertirse que la dote que el padre ó madre hayan dado á la hija, debe volver al que la dió si ella muriese sin sucesión. Así lo dispone el siguiente Fuero:

«1.º — *De los sucesores abintestato.*

»*Jáime II.*—Daroca.—1311.

»Como segun Fuero antiguo, cuando el padre ó la madre dan algunos bienes á uno de los hijos y aquel hijo muere intestado sin hijos legítimos, deben devolverse los bienes á los más cercanos de donde descenden aquéllos, como dice el Fuero antiguo *De las cosas vinculadas* y á aquella sucesion de los mismos bienes eran admitidos los hermanos ú otros parientes de aquel difunto; escluidos los padres que habian hecho dicha donacion y esto no era conforme á razon, con voluntad y asentimiento de toda la Curia para declaracion y suplemento de dicho Fuero antiguo, hemos venido en declarar perpetuamente, que en adelante, si el hijo ó hija á quien se hubiere hecho donacion por sus padres al tiempo del matrimonio, ó tambien entre vivos, acontece morir intestados sin hijos, sean devueltos los bienes de tal difunto, no á los hermanos ó á otros parientes, sino al padre y la madre que se les confirieron. Pero si el hijo ó hija á quien se hiciese la donacion muriese intestado dejando hijos, y aquellos hijos muriesen asimismo intestados ó de menor edad, dichos bienes donados, si existieren, vuelvan totalmente al abuelo ó abuela que los dieron si viviesen, escluidos los demás.»

El hijo natural no tendrá derecho á la sucesión de que se ha hablado, lo cual está de acuerdo con la condición suya que no le permite reclamar cosa alguna si el padre nada le deja, y en que sólo en

vida de éste ó de la madre, puede pedir alimentos; disposicion de la Observancia 25 *De generalibus privilegiis*, etc., ya inserta.

Los nietos heredan en representación del padre difunto en la parte que á éste hubiera correspondido, lo cual puede verse en la Observancia 6.^a *De testamentis*, dada en el capítulo anterior. La 5.^a hábrase visto que sólo concede el derecho de representación á los descendientes.

III.

De la sucesión de los colaterales.

A falta de descendientes, en Aragón suceden los consanguíneos ó colaterales. Vanamente algún jurisconsulto, como Ariñán, ha defendido que antes que éstos deberían suceder los ascendientes, porque su opinión ha sido desentendida por ser contraria á los Fueros, como efectivamente lo es.

En los bienes procedentes de la persona á quien se herede, sucederán sus parientes más próximos, según el *Fuero de sucesores abintestato*, que acaba de transcribirse, y el único *De rebus vincularis*, inserto ya también. De manera que en los recibidos del padre ó de otro pariente por línea paterna sucederán sólo los parientes de esta línea; en los provenientes de la materna, los de ésta, y si quedasen dos hermanos del difunto, el uno de ambos lados, y el otro sólo de madre, los dos sucederán en los bienes de ésta, y sólo el primero en los del padre.

Si los bienes en que consistiese la herencia se hubieran adquirido por el trabajo personal, la industria ó cualquiera otro medio propio, sucederán todos los colaterales existentes al morir la persona de que se trate de ambas líneas, haciéndose dos partes iguales: una, para los más próximos de la línea paterna,

y otra, para los de la materna. Es la *Observancia 7.^a De testamentis*, que puede verse. La regla sentada tiene la excepción de los bienes dados ó vendidos por uno á su hermano, en los que venda exclusivamente el donante ó cedente, según dispone el Fuero siguiente:

«II.—*De sucesores abintestato.*

»*Juan II en Calatayud.*—Año 1461.

»Muitas veces contesce el padre ó la madre facen vendicion ó alienacion de sus bienes en todo ó en part al fillo ó filla ó al hermano ó hermana, é aquesto por algunas causas ó necesidades ocorrientes, é apres si muere el fillo ó el hermano en su caso sin fillos intestato, el padre ó madre, ó hermano sobrevivientes trobanse frustados de lo suyo por quanto los bienes del muerto descendiendo previenen en otros, é no en el padre ó madre ó hermano que ha feito las vendiciones, donaciones ó otras alienaciones, é como aquesto sia contra equidad é razon natural, de voluntad de la Cort statuimos que en tal caso si el fillo ó fillos en qui el padre ó la madre tal vendicion ó alineacion habra feito, morran intestados é sin fillos, que tornen los bienes dados, vendidos ó alienados al alienant, sino quel fillo muerto dejase fillos legítimos. Aquesto mesmo queremos haber lugar de hermano ó hermana, cuando entre ellos tales contratos se farán. E queremos, que el present Fuero se estienda tan solament á las vendiciones, é á las alienaciones que aquí avant se farán ó textificaran.»

Tampoco entran en la regla dicha los bienes comprendidos en el *Consortio foral*, de que hablaremos más adelante, ni según las prácticas los bienes mue-

bles que han de dividirse como los adquiridos por industria del dueño de los bienes.

Los hermanos excluyen á los sobrinos, lo cual es consecuencia natural del precepto foral citado, de que en la línea transversal no hay derecho de representación, por lo que muriendo uno dejando hermanos y sobrinos, hijos éstos de otro hermano difunto, los sobrinos quedarán excluidos de la herencia. Además, es disposición de la *Observancia* 6.^a, *De testamentis*.

Al llegar á ésto surge naturalmente la siguiente cuestión: Entre los colaterales, ¿qué puesto se reserva al tío carnal y cuál á los primos hermanos? ¿Será aquél preferido á éstos, ó, por el contrario, éstos excluirán á aquél?

Los más son de la opinión que el primo hermano excluye al tío por el axioma aragonés de que los bienes no suben á los ascendientes. Franco y Guillén creen resueltamente lo contrario, fundados en que, constantes observadores de los Fueros en su letra y en su espíritu, y orillando cuantas sutilezas á ellos se oponen, encuentran muy infundada tal opinión, porque el principio que se preconiza no está expreso en ningún Fuero, sino que es una regla formada por los autores, contradicha en otros casos.

Somos nosotros también de esta opinión, y sin vacilación alguna. Al hablar de los colaterales, el Fuero llama terminantemente á los más próximos, y en este caso están los tíos respecto de los sobrinos. Además, en caso de duda, ha de estarse siempre á lo que más se conforma á los buenos y más generales principios, fuera de los cuales está sin duda el orden de suceder de que nos ocupamos, á juicio de los mismos aragoneses, como tendremos ocasión de ver pronto. Dieste sostiene la misma teoría.

Por último, los colaterales más próximos por la

parte de donde los bienes vengan, tendrán derecho á ellos, si habiendo pertenido á hijos adulterinos ó sacrílegos, quedasen relictos por muerte intestada de éstos; disposición durísima que se encuentra en la ya citada Observancia 25, *De generalibus privilegiis*, y sobre la que ningún tratadista dice nada. Nosotros creemos que este precepto foral está derogado por la ley de 16 de Mayo de 1835, que establece la manera de suceder abintestato, y que rige por completo en Aragón. Como la hemos de insertar dentro de poco, al hablar de la sucesión del Estado, ya se verá el fundamento de esta opinión.

Así como se resienten los Fueros de Aragón, como los de otras regiones, del espíritu de clases, que ya no existe ante la ley, y aun de cierto dejo de feudalismo que ha desaparecido por completo ante nuestra regeneración política, ofrecen también recuerdos de intolerancia de familia, amortiguada asimismo por costumbres más suaves y principios de moral más conformes con la civilización y el cristianismo. Natural es que siempre exista la debida diferencia entre las varias clases de hijos, y que la legitimidad tenga la preferencia y la consideración que merece ante los sagrados vínculos del matrimonio; pero de esto á mantener exageraciones contrarias á la humanidad, hay mucha distancia. Los hijos ilegítimos, por dañado y punible que sea el ayuntamiento de que procedan, podrán ser de parte de los extraños objeto de cierta repugnancia; pero la mayor responsabilidad que en esto alcanza, es á los padres, y éstos no deben ser nunca favorecidos con disposiciones legales que sólo perjudiquen á aquéllos.

IV.

De la sucesión de los ascendientes.

La sucesión de los ascendientes, se limita á los siguientes casos:

1.º Sucederán al hijo, no teniendo éste sucesión, en los bienes en que consistiese la donación, que por causa de matrimonio ó cualquier otro acto intervivos le hubiesen hecho, lo cual se extiende á sí dejando hijos legítimos, muriesen éstos intestados ó dentro de la menor edad.

2.º También sucederán los ascendientes, entiéndase el padre y la madre como en el caso anterior, en los bienes vendidos ó traspasados al hijo por cualquier título.

3.º El padre heredará la firma de dote de la mujer, si consistiese en bienes inmuebles.

4.º Los padres sucederán asimismo á los hijos en los bienes adquiridos por éste, no siendo por herencia de sus parientes, fuera del caso de sucesión de los colaterales de que hemos hablado.

5.º No habiendo pariente alguno trasversal.

Estas disposiciones se fundan en los Fueros ya insertos de *sucesores de abintestato*.

V.

De la sucesión del Estado.

Según la ley de adquisiciones del Estado de 16 de Mayo de 1835, la nación sucederá en los bienes del que muera abintestato sin personas que tengan derecho á heredarle con arreglo á las leyes vigentes.

He aquí la parte de la ley que nos importa ver:

«Art. 2.º Corresponden al Estado los bienes de

los que mueran ó hayan muerto intestados sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo á las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado:

»1.º Los hijos naturales legalmente reconocidos y sus descendientes por lo respectivo á la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder á la madre.

»2.º El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que á su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo á los colaterales.

»3.º Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión.»

VI.

Sucesión del Hospital general de Zaragoza.

El Fuero de 1626, llamado *Facultad al Hospital de Zaragoza*, otorgó á este piadoso establecimiento el privilegio de heredar en absoluto á los enfermos de todas clases que muriesen en el mismo sin testamento, y sin dejar parientes dentro del cuarto grado.

He aquí el texto de este curioso documento:

«Cosa muy notoria es, no solamente á los naturales deste Reyno; pero á otros muchos de diferentes naciones, lo que haze el Hospital Real, y General de nuestra Señora de Gracia de la ciudad de Çaragoça. y la caridad, y piedad que ha exercitado, y exercíta, recogiendo, y curando todos los pobres enfermos, que á dicho Santo Hospital acuden, de qualquiere nacion que sean, aunque tengan, y padezcan qualquiere genero de enfermedad, y todas

las personas dementes, assi hombres, como mugeres, en lo qual gasta en cada año grandissimas cantidades, y mucho mas de lo que tiene de su patrimonio, y de lo que recoge de limosnas: aunque la caridad de los fieles es tan pia en este Reyno, y fuera dél, á cuya causa, y por los grandes gastos, que de ordinario al dicho santo Hospital se le ofrecen, aquel ha estado, y está muy falto de hazienda, y con muchas deudas. Y assi para remedio, ayuda, sustento, y conservacion del dicho santo Hospital, y de tantas, y tan buenas obras, como en él se hazen, y exercitan: su Magestad, y en su Real nombre el Excelentíssimo Conde de Monterrey, de voluntad de la Corte, y quatro Braços de aquella, concede, y da permiso, y facultad al dicho santo Hospital, si quiere á los Regidores que son, y por tiempo serán de aquel, que de aqui adelante para su beneficio, y utilidad del dicho Hospital, puedan tener, y tengan situado en él un Monte de Piedad, en el qual se acuda á las necessidades de los que las tuvieren, dandoles dinero sobre prendas, ó otra seguridad, con responsion, y premio en cada un año de diez por ciento. Y para el gobierno del dicho Monte de Piedad, hayan de hazer, y tener ordinaciones aprovadas por su Magestad, ó en su Real nombre por el que presidiere en la Real Audiencia del presente Reyno, y el Ordinario del Arçobispado de Çaragoça. Y se encarga á los Diputados del Reyno, que en nombre dél supliquen á su Santidad confirme, y aprueve esta concession.

»Otrosi, por las razones arriba dichas, haze gracia y merced al dicho santo Hospital, para que de aqui adelante todos los enfermos, y dementes, hombres, y mugeres, que murieren en él, no teniendo aquellos deudos, hasta en el quarto grado inclusive, muriendo intestados, suceda en todos sus bienes mo-

bles, y rayzes (como no sean vinculados) y los herederos el dicho santo Hospital.

»Otrosi, por lo semejante, como arriba queda dicho, no tan solamente el dicho santo Hospital recoge, y recibe en él (exercitando su acostumbrada caridad) todos los enfermos, y dementes, que llegan á curarse de todas enfermedades, naturales del presente Reyno; pero aun haze lo mismo, con los de qualquiere otra nacion. Y porque en algunos Reynos de su Magestad, fuera deste, no admiten la demanda, que se haze para el dicho santo Hospital por medio de sus Colectores y Ministros, siendo como es obra tan pia. Su Magestad, y en su Real nombre el Excelentissimo Conde de Monterrey, de voluntad de la Corte, y quatro Braços della, estatuye y ordena, que en todos los sobredichos Reynos, y partes donde de aqui adelante no admitieren, y admitan la demanda, y limosna para el dicho santo Hospital, y no tuvieren con él, y con sus Colectores, y Ministros reciproca correspondencia, no los admitan, ni puedan admitir en el presente Reyno para pedir limosna en él, para obras pias, casas de devocion, ni Monasterios algunos, no obstantes qualesquiere licencias Eclesiasticas, Seculares, mayores, ó menores de qualquiere calidad sean, que traxeren para ello.»

VII.

Examen sobre el vigor de algunas de las disposiciones contenidas en este capítulo.

No sabemos por qué dicen los Sres. Franco y Guillén que la ley de 1835 no tiene mucho uso en Aragón. Si es porque ocurren pocos casos en que haya que aplicarla, ó porque las personas á quienes su cumplimiento interese, no quieran hacer reclamación alguna en su defecto, nos lo podría-

mos explicar de un modo satisfactorio; por lo demás, se trata de una ley del Reino que rige en Aragón, como todas las promulgadas desde el consabido Decreto de Felipe V. Los mismos apreciables escritores mencionados la citan en su excelente obra.

Esto sentado, se ve claramente que han quedado sin vigor los Fueros referentes al hijo natural, y á los grados de sucesión de los colaterales. Podría avanzarse más todavía creyendo que se había cambiado radicalmente el orden de suceder abintestato en Aragón, porque el texto del art. 2.º parece suponer que las sucesiones de que trata, han de tener lugar en el caso de no existir las personas que en primer término tienen el derecho de heredar. No llevamos tan adelante nuestra opinión, porque las palabras *personas capaces de suceder con arreglo á las leyes vigentes*, debe estimarse que se refieren á las de Aragón.

Lo que no tiene duda, es que está derogado el Fuero del *Hospital de Zaragoza*, porque la ley no distingue, y los enfermos que allí mueran no han de estar fuera de ella. Lo creemos con sentimiento, porque nos parecía altamente benéfica aquella disposición, pero en el Código civil creemos se establezca una análoga en favor de la beneficencia.

Por lo demás, no es defendible, bajo concepto alguno, la Legislación aragonesa en materia de sucesiones intestadas, y en vez de dar razonamientos propios para demostrarlo, trasladaremos aquí los de uno de los jurisconsultos más notables de aquel país. Oigamos al Barón de Mora:

«Efecto de la interpretación, dice, en mi concepto equivocada, que se ha dado á la segunda parte del Fuero único *De rebus vinculatis*, que sin em-

bargo de hallarse limitado á lo que en un caso especial debe hacerse, se ha entendido que era extensiva á todos los que en la sucesión intestada puedan ocurrir (á excepción tan sólo de los dos á que se refieren los dos Fueros *De successor ab intestato*), se halla generalizada la creencia de que en Aragón no suceden los ascendientes, sino sólo en los casos á que estos dos Fueros se refieren, y que en todos los demás tienen un derecho preferente á ellos los parientes colaterales del difunto. Prescindiendo, porque no es esta ocasión de entrar en una discusión semejante, de lo más ó menos erróneo, ó más ó menos fundado de esta creencia, es á mi juicio completamente incontrovertible que los ascendientes deben suceder con preferencia á los colaterales; pues no hay términos de comparación ni entre el afecto que ha de tener una persona á los unos y á los otros, ni mucho menos entre los sagrados deberes que tiene para con los primeros, y los ningunos que por punto general le ligan con los segundos.

»Es una de las cosas que más repugnantes y más inconcebibles me han parecido siempre, el que unos parientes del que muere intestado, que se hallan en el 10.º grado por ejemplo,—y aun podría decirse que en otros más remotos, toda vez que con arreglo á las doctrinas de nuestros jurisconsultos no se hallaba limitado á estos parientes el derecho de suceder *ab intestato*,—y á quienes por consiguiente no sólo no hubiera debido aquél ni la más pequeña prueba de cariño, ni favores ni atenciones de ninguna especie, sino que ni probablemente les habría llegado á conocer en su vida, vengán á suceder en una cuantiosa herencia por sólo el hecho de proceder los bienes que la componen de parientes paternos del difunto, y serlo aquéllos por la misma línea, con preferencia á la madre á quien debía su exis-

tencia, su educación y la felicidad que había disfrutado en el mundo, pudiendo muy bien darse además el caso de que quedase en una situación precaria, y tal vez sin poder cubrir sus más precisas atenciones, pues que ni aun derecho tendría á exigir alimentos de unos parientes tan remotos.

»Por esto me hallo en la íntima convicción de la justicia de que tenga término tan lamentable estado de cosas, á que una mala inteligencia del Fuero ha dado lugar, y que, por consiguiente, es de imperiosa necesidad la declaración de que los ascendientes tienen un derecho preferente sobre los colaterales á la sucesión en los bienes del que muere intestado.»

CAPÍTULO XVI.

Del consorcio foral.

Hemos dicho ya en otra parte, que la familia aragonesa tiene más compenetración de afectos y más fraternidad de miras que otra alguna, y esto, que siempre habíamos notado en el trato particular con los apreciables hijos de aquel país, digno de las mayores consideraciones, lo vemos confirmado en su Legislación, y si cabe todavía más, en sus prácticas y costumbres. Así existen allí leyes como las que regulan el consorcio foral, y lo que es más aún, se dan frecuentes casos de esta especie de comunidad de bienes, tan difícil, por lo general, y tan ocasionadas á desavenencias entre las personas de íntimo parentesco.

El consorcio foral, llamado también fideicomiso foral, se establece cuando son varios los que heredan por última voluntad, y no se verifica la división de bienes. Para que exista, se necesita estar en alguna de las circunstancias siguientes: 1.º Ser hijos ó nietos los que heredan de sus padres ó abuelos. 2.º Tios con sobrinos que representen á sus padres. 3.º Hermanos herederos de ascendientes ó colaterales. El consorcio puede hacerse lo mismo por tes-

tamento que abintestato, y sólo comprende los bienes inmuebles. Si los hermanos fueren de distinto matrimonio, para que hubiera consorcio, sería preciso que lo fueran con relación á aquél en cuyos bienes tiene lugar la sucesión. No puede, pues, haber consorcio entre dos hermanos uterinos instituídos herederos por uno de aquéllos.

Exíjese además para el consorcio, que los bienes se hayan adquirido por sucesión inmediata de los ascendientes ó colaterales, sea por título universal ó particular, y que provenga de un mismo derecho. También es preciso que los bienes se hallen *pro indiviso*, hasta el punto de que ningún heredero pueda señalar su porción. Tampoco tendrá lugar el consorcio. 1.º Si el testador dejase por herencia ó legado una finca á la hija, y á un nieto nacido de ella, porque ni son hermanos ni en tal concepto suceden. 2.º Cuando son instituídos un hijo y un nieto de hija que viva todavía, porque ésta no puede ser representada aún. 3.º Si los instituídos fueren un hijo y un nieto de otro hijo difunto, pues éste no sucede en la herencia en representación del padre, sino por sí propio. 4.º Entre marido y mujer, porque constituyen otra clase de sociedad.

El consorcio foral impone ciertas obligaciones. Ninguno de los consortes podrá vender ni obligar en concepto alguno los bienes de la herencia, ni aun por última voluntad, si no fuere en favor de los hijos. Franco y Guillén dicen que á esto se opone la Observancia 5.^a *De consortibus ejusdem rei*, que dice que un hermano puede disponer á su voluntad de lo que *pro indiviso* le corresponda, pero según Molino, dicha Observancia no se halla en las originales, y merece poca fe. Muriendo uno de los consortes, acrece su parte á los demás, que ni aun tienen obligación de pagar las deudas á que estu-

viere afecta; pero esta regla tiene las siguientes excepciones:

1.^a Cuando el consorte muere intestado dejando hijo legítimo, en cuyo caso heredará éste, aunque el padre hubiere efectuado una enajenación en favor de un consorte ó de un extraño.

2.^a Cuando el que muera tenga nombrado sustituto por la persona de quien heredó los bienes, lo cual da preferencia al sustituto mismo.

3.^a Cuando se perjudicaren los derechos de viudedad, que quedarán siempre á salvo.

Réstanos hablar de los motivos por los cuales se disuelve el consorcio foral. Acábase por la división de los bienes, ya mediante instrumento público, ya sin él, si los consortes entran separadamente en posesión de sus respectivas porciones por el transcurso de diez años, considerándose entonces como hecha la división, y anulándose el derecho de acrecer.

Se entenderá concluído el consorcio en cuanto al que renuncie su parte en favor de los demás, ya expresamente, ya declarando que se da definitivamente por satisfecho.

La escritura de división ha de contener:

1.^o Evicción recíproca.

2.^o Que sea cierta y determinada y no imaginaria.

3.^o Que se ejecute de todos los bienes que pertenecían al morir á la persona de quien los recibieron los consortes, pues quedando una sola finca sin dividir, continuará el consorcio en ella.

4.^o Que la división sea pura, ó que si es condicional esté cumplida la condición.

5.^o Que sea permanente, porque si inmediatamente después de haberla ejecutado se reúnen de nuevo los bienes, continuará en ellos el consorcio.

6.^o Que todos los consortes intervengan en ella,

porque si no concurre alguno de ellos, aunque respecto de los presentes será válida la división y quedará disuelto el consorcio, será todo nulo por lo que mira al ausente; á no ser que se citase á sus parientes más próximos para que presencien la división, ó que por el Juez se le nombre curador para este efecto, cuando habiéndole llamado por pregones no hubiere comparecido.

En la Observancia 4.^a, *De consortibus ejusdem rei*, se requiere además fianza de salvedad, pero Franco y Guillén dicen que los Fueros 1.^o y 2.^o, *De communi dividendum*, exigen sólo que la división se haga con instrumento, y el Fuero 6.^o del mismo título, después de disponer que pueda anularse hasta tercera vez la partición en que no intervinieron fianzas, dice: «*sed si fuerit partitio facta cum charta tunc abundat.*» Este Fuero parece hallarse confirmado por la Observancia 10, *De consort. ej. rei*, que dispone, que la división hecha *sin instrumento* pueda anularse hasta tres veces. Además la fianza de salvedad que con tal frecuencia exigen los Fueros en los contratos, ha caído en desuso en las donaciones y ventas.

El instrumento público tiene tanta importancia, que cada consorte tiene el derecho de pedir hasta tres veces la anulación de la división hecha sin él, y sólo valdrá si muriese sin manifestar su voluntad de reclamarla.

Cada uno de los consortes tiene obligación de satisfacer los gastos que se hagan en los bienes que no tengan cómoda división, así como el derecho de cobrar la venta en los plazos, ó de la manera que tenga por conveniente.

Lo expuesto es lo más sustancial del consorcio, y vamos á transcribir las disposiciones forales en que se funda; pero antes permitásenos una refle-

xión. Bien estudiadas éstas, no se descubre nada que no pudiera existir en Castilla, si nuestras costumbres lo exigiesen; pues el consorcio foral se reduce en último resultado á un contrato, y entre nosotros se pueden hacer todos aquéllos que sean lícitos. Más que leyes raras y particulares que tanto abundan en las legislaciones forales, y que en suma no ofrecen á veces sino los vestigios de pueblos nacientes, lo que se necesita son organismos legales, flexibles y anchos en que puedan tener cabida la mayor parte de las aspiraciones, y la satisfacción posible las diferentes costumbres regionales. Después de todo, aquí podía establecerse un consorcio foral más extenso que en Aragón, con el simple apoyo de la ley 1.^a, tít. I, libro 10 de la Novísima Recopilación.

«OBSERVANCIAS.—*De consortibus ejusdem rei.*

»1. Nota, quod si plures sunt germani, non potest aliquis ex ipsis condere testamentum, antequam dividant de parte quam ipsum continget habere de bonis: sic nec alienare, nec alii germani tenentur solvere debita ipsius.

»2. Item nota, quod si pater vendidit bona, quæ ipse acquisivit titulo oneroso, vel lucrativo, aliàs quam ex successione parentum, vel consanguineorum, non possunt fratres, vel filii, vel alii habere ea prætextu proximitatis, tamquam avolorii, vel patrimonii.

»3. Item, Forus qui loquitur, quod frater non potest alienare, vel obligare bona patrimonialia alteri: intelligitur de bonis, quæ secundùm Forum dividi possunt: alia verò, quæ commodè dividi non possunt, ut furnus, & similia: benè possunt obligari, vel alienari.

.....

»6. Item, si fratres possident unam rem indivisam, & unus fratrum mortuus fuerit ante divisionem, pars sua accrescit alteri fratri, qui est in sorte cum eo: nec pro illa parte tenebitur ad solvendum debita fratris, cum illam partem non habeat iure hæreditatis, sed beneficio Fori, ut filii habent dotes matris, & non tenentur ad debita.

»7. Item, si unus ex fratribus teneat bona sua, & aliorum fratrum pro indiviso, & tenuerit per longum tempus, & infra dictum tempus lucratus fuerit aliqua, non poterunt alii fratres petere partem illorum bonorum, quæ frater lucratus est, sed tantum partem eos contingentem in bonis communibus quæ teneat frater, & non id quod lucratus fuit, vel lucrari potuit cum parte eos contingente.

.....
 »10. Item, licet Forus, dicat, quod si partitio inter fratres sit facta sine carta usque ad tertiam vicem possunt resilire: non tamen possunt, si unus ex fratribus mortuus et, licet sine facta sine carta.

»11. Item, pone duo fratres habent hæreditatem indivisam: unus ex sitis non facta divisione, mortuus est abintestato, relicto uno filio legitimo, queritur quis in partem succedit defuncti, frater vel filius die quod filius.

.....
 »12. Sed pone, retentis eisdem terminis, quod duo fratres habent indivisam hæreditatem: et unus decedit ante factam divisionem, et condidit testamentum: et in suo testamento filia suæ reliquit duas partes partis suæ, quam habebat in illa hæreditate indivisa, et tertiam partem legat alicui extraneo: ille legatarius petit illam tertiam partem à filia defuncti, quæ divisit iam cum avunculo: dicit filia, quod ei non tenetur, quia tempore quo pater eius legavit sibi illam tertiam partem, nondum di-

visa erat hæreditas inter ipsum et fratrem suum, cum quo habebat hæreditatem communem, et sic non potuit ordinare, et eius ordinatio fuit, et est nulla per hanc causam, immò beneficio Fori pertinet ad me dicta hæreditas: replicat legatarius, non nocet mihi, quia illud excipere non prodest tibi, quia hæc exceptio, competebat, et competit fratris patris tamtúm: quia ipse non potest legare, vendere, vel alienare, hoc est in favorem illius, cum quo habebat communem hæreditatem, à quo nihil petitur. Fuit determinatum, quod benè dicebat filia, quod nullo modo poterat ordinare ante factam divisionem in extraneos: sed in filios sic quomodo voluerit.

»13. Item, de consuetudine Regni, et Foro etiam est, quod ibi duo, vel tres fratres, aut plures non dividunt bona paterna, vel alias provenientia ex succesione parentum vel consaguineorum, & in vita sua aliquis, vel eorum maior pars, contractus aliquos facerit, bona indivisa obligando vel de eis alienando, vel alias iniurias aliquibus faciendo, vel committendo, propter quæ bona indivisa quantum ad partem eius, vel aliquorum eorum tangit, videntur remanere obligata: certè si unus, vel plures eorum præmorianitur, bonis non divisis, omnia bona remanent superstiti: nec tenetur superstes in aliquo ad debita, vel iniurias mortui, cùm ratione illorum bonorum eis provenientium pro indiviso non poterat de eis aliquid ordinare in vita, nec in morte, nisi primò essent divisa: & ideò caveat quis cum talibus contrahere, vel contractus inire.

»14. Item, sicut quando fratres habent hæreditatem indivisam, unus eorum non potest alienare partem suam alteri: ita similiter est in nepotibus, si mortuo fratre patris eorum, nepotes possident dictas hæreditates indivisas: quia non possunt per fra-

tres superstites alienari, nec per eos, donec divisæ fuerint.

»ÚNICA.—*De negotiis gestis.*

»De consuetudine Regni, si unus ex fratribus teneat bona sua: et fratrum suorum pro indiviso: vel indivisè tenuerit per longum tempus, et infra dictum tempus lucratus fuerit aliqua, non poterunt alii fratres petere partem illorum, quæ frater lucratus est: sed tantum partem eos contingentem in bonis quæ tenet frater, et non illud quod lucratus fuit, vel lucrari potuit cum parte eos contingente.

»FUEROS.—*De communi dividendum.*

»*Jaime I en Huesca.*—Año 1247.

»1. Todas las heredades que de abuelos, de padre ó de madre pertenezcan á los hijos ó hijas, muertos sus progenitores, ningún hijo ó hija puede por Fuero dar, vender, empeñar ó de otro modo enajenar á otro la parte que debe pertenecerle en ellos; hasta que la división de aquellas heredades sea firmada con carta suficiente, según lo que es Fuero. Teniendo los hermanos ó hermanas las heredades divididas, si acaso sucediere que dos y dos y tres, y tres ó también más, si son tantos fueren á la vez en suerte de la heredad dividida, y alguno de ellos antes que conozca su parte dividida y determinadamente muere, los otros hermanos que no están en suerte con él, de ningún modo pueden demandar la parte ni conseguir en la del difunto, sino aquél ó aquéllos con quienes estaba en suerte.

»2. Ninguno de los hijos, si hay muchos de un padre y madre, puede empeñar, vender, ó dar, ó de otro modo cualquiera enajenar nada de su abolorio, aun cuando quiera enajenar la parte que ha de re-

cibir en su abolorio ó patrimonio hasta que determinada y divisamente conozca su parte y que esta división sea firmada, según Fuero, con cartas suficientes. Pero si los hermanos ó hermanas tuvieren las heredades divididas, y acaso aconteciere que dos y dos, y tres y tres ó lo mismo muchos consortes estuvieren juntamente en suerte de la heredad dividida, y sucediese que alguno de ellos muriere antes de conocer su parte divisa y determinadamente los otros hermanos que no están en suerte con él, de ninguna manera pueden pedir la parte ni conseguirla en la del difunto, sino sólo aquél ó aquéllos con quienes estaba en suerte.

»3. Hay muchos castillos, baños, hornos y molinos en los que frecuentemente sucede que muchos tienen parte en ellos y no pueden dividirse de modo que cada uno de los herederos pueda determinadamente conocer su parte. Si alguno de ellos vendiese la parte que en los mismos tiene, ó se la diese, empeñase, ó de otro cualquiera modo la enajenase, debe especificarlo de la manera siguiente: «Yo, Fulano de Tal, dono, vendo ó hipoteco ó doy en prenda, ó traspaso á tu dominio por tal precio, tanta parte de tal finca, según Fuero, sin estar obligado á medir, ni fijar linderos.» Los réditos podrán dividirse como quieran, según la parte que tenga cada cual.

.....

»7. Si un hermano antes de la división de los bienes paternos adquiriese algo con los mismos, está obligado á dividir las ganancias con los otros hermanos ó hermanas; pero si con bienes suyos propios, ó ciencia ó próspera fortuna, hubiere ganado algo, no está obligado á dar á los demás hermanos.

CAPITULO XVII.

Del cumplimiento de las testamentarias y abintestatos en la vía judicial.

Nos referimos, por completo, en este punto, á la ley de Enjuiciamiento civil, única que en el mismo rige hoy en Aragón, con derogación de toda otra.

CAPITULO XVIII.

De los contratos.

I.

De las obligaciones en general.

Puede decirse que nuestro trabajo terminó en el capítulo XVI, pues lo que resta ofrece poquísima importancia en el Derecho foral de Aragón. Véase, en comprobación de este aserto, lo que acerca de los contratos dice en su *Memoria* el Barón de Mora. Después de manifestar que en este punto debe estarse á lo general, propone, como únicas excepciones, las siguientes: «Que no pueda oponer un deudor que confiese haber recibido dinero ó cualesquiera otros valores en préstamo, la excepción *non numeratæ pecuniæ*; que no se pueda entablar la acción de rescisión por haber sufrido una lesión enorme, y que hayan de entenderse y ejecutarse los pactos según su texto literal con arreglo al axioma *Standum est chartæ.*»

La primera se funda en las Observancias 6.^a, *De confesis*, en otro lugar transcrita, y la 24, *De probationibus fac cum charta*, que es esta:

«24. Item, exceptio non numeratæ pecuniæ lo

cum non habet in Aragonia ubi quis confitetur instrumento, se pecuniam recepisse, & est ratio: quia statur cartæ. Quidam publicatis attestationibus proponit contra testes per modum falsi, exceptionem directè contrariam articulis principalis petitionis, & petit eidem responderi: & quia illam exceptionem non proposuit in litis contestatione antequam parti agenti induceretur probatio super principali petitione, non est respondendum illi exceptioni: ex eo, quia non erat proposita tempore competenti.»

De la segunda, hablaremos en el contrato de compra y venta, y de la última hemos dicho ya, y es conocido el axioma *Standum est chartæ* aragonés.»

Respecto á la capacidad para contratar y manera de probarse y extinguirse la materia de los contratos y demás generalidades de las obligaciones, no hay particularismo que señalar. Debemos indicar, no obstante, que el crudo pacto no produce obligación civil sin contrato, ó justa causa, ó confirmación por escritura. Así lo dice el siguiente

«FUERO ÚNICO.—*De promissione sine causa.*

»*Iacobus Primus.*—Osceæ.—1247.

»Si quis ad preces alterius hominis promiserit aliquam causam, & promisisse eum postea peniteat: nisi fuerit de voluntate sua, non tenetur dare rem (a) promissam: nisi qui promiserit dixerit contra illum quod propter servitium, quod ei fecit tempore necessitatis: aut propter adiutorium in pleyto, aut in alia causa: aut per serallam convenit & promisit quod ab eo petit.»

También es de notar que en Aragón el Derecho divide los contratos de palabra, y los que se hacen

por escritura y llevan aparejada ejecución. Esta es la Observancia

«*De pignoribus.*

»21. Item, differentia assignatur inter debitum cum carta, & sine carta: quia sine carta quis non pignoratur secundum usum Regni per Iustitias Locorum, nisi probato debito: sed cum carta pignoratur incontinenti, & sine citatione per Iustitias Locorum, & sic intelligitur, & servatur cap. DE PIGNOR. *Homo quidam.*»

En cuanto á la clase de contratos, admiten los siguientes:

- 1.º La compra y venta.
- 2.º La permuta.
- 3.º El mutuo.
- 4.º Los censos.
- 5.º La sociedad.
- 6.º El comodato.
- 7.º El arrendamiento.
- 8.º El depósito.
- 9.º El mandato.
10. Las fianzas.
11. Las prendas é hipotecas.

II.

De la compra y venta.

Exigen las Observancias 5.^a *De emptione et vendit* y 22 *De fide instrum.*, que este contrato se haga por medio de instrumento público, y si es posible, con corredor, ó entregando la cosa al comprador, ó mediante señal, cuya cantidad ha de doblar el vendedor si quiere deshacer la venta. La Observancia 22, *De fide instrumentorum*, ya inserta, y la siguiente, *De emptione et vendit*, así lo previenen:

«5. Si aliquis emerit aliquid, & dederit aliquid pro senyal & paga, non potest vendi duplando el senyal. Sed si pro senyal tantum, potest vendi duplando el senyal.»

Si no se celebrare el contrato con los expresados requisitos, tiene libertad cada contrayente de separarse de él pagando al otro cinco sueldos jaqueses. Estas son las disposiciones que lo establecen.

«FUERO ÚNICO.—*De pactis inter emptorem, & venditorem.*

»*Iacobus primus.*—Oscæ.—1248.

»Cum inter emptorem, & venditorem super re qua venditur sit certa conventio pretii per palmatam solvat alteri V. solidos qui voluerit resilire.

»OBSERVANCIA ÚNICA.—*De pactis inter emptorem, & venditorem.*

»In Aragonia quilibet potest resilire à venditione, solutis quinque solid. ut in cap. I. huius tituli, quod sic intelligitur. Si conventum est super venditione, & sit facta venditio sine traditione, & sine carta, & sine arra, & sine cursore. Si tamen cum carta esset facta, translatum esset dominium in emptorem, & non posset aliqua partium resilire, secundum quod non potest si venditio sit facta cum carta, & cursore mediante: aliàs secùs. Nam in Aragone in contractibus habitis cum carta etiam sine traditione transfertur dominium. Idem si sit facta traditio rei venditæ: etiam si aliquis de casibus prædictis non inter- venerit, non potest resilire.»

El vendedor tiene, respecto de la evicción, las obligaciones mismas que en todas partes; pero la

reclamación ha de hacerse á los veinte días, según el Fuero 3.º *De reivindicat*. Perfeccionada la venta, ni el comprador ni el vendedor pueden deshacerla á título de lesión enorme, porque la interpretación del Fuero es *Qui tantum valet res, quantum vendi potest*, y porque allí no se da la *restitución in integrum*.

La expropiación forzosa se rige por la ley vigente del Reino.

III.

De la permuta.

Nada ofrece de particular este contrato. A diferencia de lo que sucede en el anterior, en éste se da la acción para que se enmiende el error ó engaño causado. Así lo dice el Fuero único *De verborum significatione*.

«*Jacobus primus*.—Oscæ.—1247.

»Istud contigit in val de Funes. Quidam homo dedit cuidam tantum de siero pro tanto de musto, quod reciperet in mense Septembris. Ille qui recepit sierum, cognovit postea se deceptum: & nolebat sibi solvere dictum mustum: tandem venit ista quæstio coram Rege Petro, qui erat Rex Aragonum, & Navarræ: & auditis hinc inde rationibus, iudicavit: quòd qui debebat mustum, explettaset primitus uvas suas: & ex eis musto omnino extracto, vinatias ipsas iterum exprimeret, aqua mixta sicut ille qui dedit sierum, expresserat lac, unde sierum exierat; & quòd solvere ei illud quod de pressura vinatiæ exiret, sicut alius pactaverat de siero, quod de pressura lactis exierat: & ita factum est.»

IV.

Del mutuo.

Bajo este nombre se comprende en Aragón el préstamo, y en nada se aparta de las reglas del Derecho común. Todo lo referente á la prisión por deudas de que los Fueros hablan está derogado hoy, y en cuanto á la cesión de bienes y concursos de acreedores, rige la ley de Enjuiciamiento civil.

Las acciones que nacen de este contrato son las comunes, excepto la de *non numeratæ pecuniæ*, que ya hemos dicho no permite la Observancia 6.^a *De confessis*.

V.

De los censos.

Examinada con atención la Legislación aragonesa en materia de censos no se encuentra diferencia digna de mencionarse respecto de la común, lo cual se demuestra diciendo que aquélla se funda en parte en las leyes del libro 10 de la Novísima Recopilación que de esto tratan, inclusa la 9.^a del tít. XV, que dispone que el rédito ó pensión de los censos redimibles ó alquilar no puede exceder de 3 por 100 del capital impuesto. Es aplicable, además, en Aragón la jurisprudencia general establecida en este punto por el Tribunal Supremo.

Con respecto á la redención de los censos, véanse las mismas leyes recopiladas, y de lo que toca á las comunidades religiosas la ley de 31 de Mayo de 1837, el Real decreto de 5 de Marzo de 1836, y las Reales órdenes de 10 de Abril, 28 de Septiembre y 17 de Noviembre del mismo año, la de 19 de Julio de 1837, y la de la Regencia, de 9 de Diciembre de 1840 y posteriores.

Lo dicho se refiere á los censos considerados como contratos, que es en lo que son más frecuentes. Bajo el aspecto de derecho ya constituido, algunos autores los colocan entre los derechos en la cosa, lo cual no hemos hecho porque creemos da lugar á alguna confusión. Por lo demás, las diferencias en este concepto son pocas. Conócese en Aragón la enfiteúsis con el nombre de *tributación*, y tiene la pensión el de *treudo*.

«FUERO ÚNICO. — *De iure emphiteotico.*

»*Jacobus Primus.*—Oscæ.—1247.

»Quicumque Christianus, Infantio, aut alius, sive Iudæus, vel Sarracenus, qui tenuerit ullam hæreditatem sub certo tributo, nunquam ipse, vel successores sui possunt, aut debent illam vendere, aut in pignus mittere, seu aliquo modo alienare, nisi cum illo tributo, & onere, quo eam habet. Verumtamen si illi qui tenuerint illam hæreditatem tributariam: retinuerint tributum per duos annos, contra voluntatem domini tributi, præteritis duobus annis, qui accipit tributum ipsius hæreditatis, per Forum emparabit ipsam hæreditatem, in perpetuum illam possessurus, remota contradictione alicuius personæ, ad faciendum de ea suas voluntates.»

VI.

De la sociedad.

El Derecho aragonés no contiene disposición alguna referente á este contrato, y los tratadistas dicen que se rige completamente por el común. Como es sabido, este contrato casi siempre cae bajo las prescripciones del Código de Comercio, pero si no

fuere mercantil, se regulará por las leyes del tít. X de la Partida 5.^a

VII.

Del comodato.

Igual en su manera de ser, y en las acciones que de él nacen, la diferencia sola que presenta este contrato en Aragón, es que si el comodatario pierde la cosa, ha de restituir el valor á su dueño. Prescribelo así el Fuero único de

«COMMODATI.

»*Iacobus primus.* — Oscæ. — 1247.

»Quicumque accipit ab alio acomodatium alicuius animalis: & amittat ipsum, amissum animal debet reficere domino animalis, eo tamen iurante quod tantum valebat dictum animal. Sed si locatum fuerit animal amissum, non tenetur reficere, probante, vel iurante locatore, quod animal est amissum, & non culpa sui. Sed si culpa conductoris animal fuerit amissum, animal fuerit amissum, animal debet emendare.»

VIII.

Del arrendamiento.

Este contrato ofrecía antiguamente en el Derecho de Aragón algunas diferencias, tales como que el hecho en escritura pública se cobraba con prelación á todo otro crédito; que el padre y la madre eran preferidos en el arriendo de las cosas inmuebles; que el dueño de una casa que tenía precisión de enajenarla, podía revocar el arrendamiento, mediante juramento, y aun desahuciar al inquilino si la necesitaba; pero todo esto ha desaparecido con las leyes de 8 de Junio de 1813 y 9 de Abril de 1842.

Hay, pues, hoy la misma legislación que aquí, ó sea que en esencia hay que estar á lo estipulado. Respecto á los motivos de desahucio, y á la prelación de créditos, se estará á lo que dispone la ley de Enjuiciamiento civil.

IX.

Del depósito.

Dice la siguiente Observancia, *De probationibus*, que en Aragón se prueba el depósito de dinero contado sólo con documento, y el no contado por testigos.

«17. Item, de consuetudine Regni, nullum debitum ex mutuo proveniens potest probari: nisi per cartam publicam, secùs tamen in deposito, quod non consistit in pecunia numerata, vel pignore, vel ubi agitur ex promissione facta, vel super venditione alicuius rei mobilis, ista enim probantur per testes.»

Este precepto, ya muy combatido por algunos expositores, carece de fuerza hoy, en nuestro concepto, porque siendo de carácter adjetivo, lo ha derogado la ley de Enjuiciamiento civil que fija las clases de pruebas que pueden ejercitarse en los juicios.

Es tan privilegiado en Aragón el depósito, que para garantir la restitución no puede alegarse ni la ausencia, y que no compareciendo el depositario deben vendérsele sus bienes. Véase la Observancia única, *De commodati*, y la que sigue:

«1. Secundùm Regni consuetudinem, homo pro deposito, vel comanda, benè potest per Iudicem capi in persona, etiam si specialiter non se obliguet:

& si non potest reddere depositum, vel comandam, traditur illi, à quo depositum recepit captus, & ille potest tenere eum captum, quousque ei depositum reddat: tamen tenetur ei providere sic, quod nec fame, nec siti, nec frigore moriatur, & Iustitia, aut dominus Loci non tenetur eum tenere captum.

»*De contumacia.*

»16. Item, si quis est citatus per aliquem Iudicem super aliquo deposito, & reus non venerit, reputabitur contumax, & in eius contumacia Iudex mandabit præconizari bona sua per triginta dies, & postea vendi usque ad quantitatem illam: nisi infra dictos triginta dies venerit daturus rationes, quibus dicta venditio fieri no debeat.»

X.

Del mandato.

Comparadas las disposiciones del Fuero único y las Observancias *De mandato*, resultan iguales sus disposiciones á las del Derecho común. Aso y de Manuel señalan las particularidades de que en Aragón es preciso, para la validez de este contrato, el que se reduzca á escritura pública, y que para que se entienda revocado hay que hacerlo saber al mandatario, pero no hay prescripción que lo indique, y, por el contrario, otros escritores no lo estiman necesario aunque sí conveniente.

Lo que uno practicase en juicio á nombre de otro sin poder, puede ser ratificado por éste con posterioridad. Dícelo el siguiente

«FUERO ÚNICO.—*De ratihabitatione.*

»Muytos processos se son anullados por causa que el qui havia feyto como Procurador, no tenia potes-

tad en el tiempo que los ditos actos hizo, porque de Fuero no havia lugar ratihabicion en las causas, é actos judiciales: de que se han subseguido diversos daños á los del dito Regno. Por esto evitar ordenamos, que en qualesquiere pleytos, ó causas que de la edicion del present Fuero adelant se començarant, ó levarán devant Nos, ó de qualquiere Iuzge, ó Comissario: aun qui el que como Procurador del actor, ó del reo, en el tiempo que fará part en el processo, ó causa, no será Procurador: si aquel por qui se haura dito Procurador, ó feyto part, apres ante de la renunciacion, é conclusion de la causa, lo constituyra Procurador, ratificando los actos feytos por el, la dita ratihabicion sia de tanta eficacia, é vigor, como si á principio antes de fazer part en la causa, lo haviessse constituydo Procurador, con general, é especial poder á fazer los ditos actos. E que apres de la renunciacion, é conclusion no se pueda fazer la dita ratificación.»

XI.

De la fianza.

El Derecho aragonés presenta las siguientes excepciones del común: 1.^a No se admite fiador por deuda manifiesta, ni por otro fiador obligado en instrumento público. 2.^a Toda persona idónea y aun la mujer puede ser fiadora, si bien esta última por medio de contrato y no en juicio. 3.^a El fiador, puede reclamar del deudor principal por la vía ordinaria lo que por él haya pagado, á no ser que el acreedor le hubiese cedido una acción ejecutiva ó privilegiada. 4.^a Cuando en Aragón sospecha el fiador que el deudor quiere enajenar sus bienes de modo que quede en estado de no poder pagar, pue-

de pedir al Juez que se le embargue hasta la cantidad necesaria para cubrir la deuda.

Hé aquí las disposiciones forales:

«OBSERVANCIAS.—*De fideiussoribus.*

»2. Item, observatur secundum usum Aragonum, quod mulieres viduæ possunt se constituere fideiussores in contractibus: & talis fideiussio tenebit.»

»18. De Foro, & usu Regni, non habet locum fidantia iuris super debito manifesto, ut pote cum carta: verumtamen si carta illa de falso arguatur, quia infra annum & diem adverati debet, secundum Forum: Iudex dabit pignora capta ad caplevandum durante adveratione; & facta adveratione, cessabit capleuta, & restituentur pignora Curiaë Iudicis pignorantis.

»FUERO ÚNICO DEL AÑO 1585.—*Que mujer no pueda ser caplevadora.*

»Por Fuero del Reyno está dispuesto, que muger alguna por deuda civil no pueda ser presa. Y por quitar toda dificultad, su Magestad, de voluntad de la Corte, estatuece y ordena, que ningun Iuez, ni mero executor puedan tomar muger alguna por caplevadora, de cualquier calidad, ó condicion sea. Y que si la tomare por caplevadora, no quede obligada á dicha capleta: antes bien la obligacion sea nulla, y de ninguna eficacia y valor.»

Como se ve, este último Fuero no tiene ya importancia, toda vez que no existe la prisión por deuda. En cuanto al embargo del deudor sospechoso, dejamos de insertar el Fuero 7.º *De fide juroribus*, porque ésto lo regula hoy la ley de Enjuiciamiento.

XII.

De la prenda.

Todo lo que tenemos que indicar en este punto, es lo siguiente:

1.º Cuando en Aragón el deudor no paga dentro del término pactado, puede acudir el acreedor al Juez pidiendo que se venda la cosa si es mueble pasados diez días, y transcurridos treinta si es raíz, no contando las fiestas.

2.º El deudor puede redimirla dentro de estos plazos.

3.º Los frutos percibidos se computan en el capital, aunque haya pacto contrario.

4.º Se considera contumaz al que, requerido, no comparece ante el Juez, y en este caso se pone al acreedor en posesión de los bienes obligados.

He aquí los textos:

«OBSERVANCIA.—*De pignoribus.*

»9. Item nota, quod si aliquis obligaverit alicui in instrumento publico, specialem tenentiam: si citatus non compareat, reputabitur contumax, & procedetur ad venditionem specialis tenentiæ iuxta Forum. Et si generalis fuerit obligatio inducetur in possessione bonorum causa rei servandæ, licet causa non sit contestata.

»FUERO.—*De pignoribus.*

»*Jaime I en Huesca.* — Año 1247.

»9. De cualquiera condición que sea el deudor ó acreedor de la cosa obligada, deben computarse siempre los frutos en la suerte principal, no obstan-

te pacto en contrario estipulado entre los contratantes, deducidas ó reembolsadas las expensas hechas por el acreedor en cosas necesarias y útiles, si el acreedor hubiere gastado en la prenda más de lo percibido en frutos de la cosa obligada.»

XIII.

De la hipoteca.

La ley Hipotecaria y las disposiciones dictadas para su ejecución, son la única y exclusiva legislación en Aragón en esta materia.

CAPITULO XIX.

Del tanteo y retracto.

Poco ofrece asimismo esta materia que merezca distinguirse. Al retracto se llama saca en Aragón, y si fuese gentilicio, deben ser siempre de abolengo los bienes, según la Observancia 2.^a *De consortibus ejusdem rei*, que ya conocen nuestros lectores. El Fuero de 1678 sobre ventas judiciales, está derogado por decreto de las Cortes de 3 de Septiembre de 1820 y disposiciones posteriores que quitaron toda clase de preferencias en las ventas públicas.

La Observancia 8.^a del título dicho, dispone que el comprador de la finca sujeta á retracto no la pueda vender dentro del término legal para retraerla.

Además tienen diez días los parientes para retraer si tenían noticia del contrato, y un año y un día si lo ignoraban. Esto disponen la Observancia 8.^a *De ejusdem rei*, y Fuero *De communi dividendum* ya conocidos.

CAPÍTULO XX.

De los patronatos y capellanías.

Las disposiciones vigentes en la materia en todo el reino.

CAPÍTULO XXI.

De los vínculos.

Claro es que la ley de Desvinculación de 30 de Agosto de 1836, ha concluído en Aragón como en toda España con las vinculaciones, pero como existen aún algunas no divididas á las que debe aplicarse el derecho antiguo, diremos que allí pueden enajenarse los bienes en que consistan á falta de otros para la constitución ó reconstrucción de la dote. Vinculados ciertos bienes con posterioridad al año de 1533 en favor del primogénito, si éste muriese antes de poseerlos dejando hermanos é hijos, el mayor de estos últimos será el sucesor, con exclusión de los tíos, que viene á ser lo regular y lo que rige en Castilla. El Fuero único *De fideicomisis*, ya inserto, lo dispone así.

CAPÍTULO XXII.

De las acciones.

Al hablar de las prescripciones hemos señalado el tiempo de cada una de ellas, y en los contratos se ha dicho las que son, indicando que en su generalidad no se diferencian de las del Derecho común. Algunos tratadistas han dedicado una parte sólo á esta materia, pero á nosotros nos ha parecido más claro en este punto el método aragonés. Nada, pues, nos queda que decir sobre aquéllas.

EPÍLOGO

Damos este nombre al último capítulo de la obra, porque en él nos proponemos hacer una especie de colorario sintético de las impresiones que las materias tratadas pueden haber producido en el ánimo del lector. Ha de ser breve, porque ya respecto de cada una se han consignado en su lugar correspondiente, y basta ahora echar una rápida ojeada sobre las mismas.

Separada un tiempo la Legislación aragonesa de la común, no sólo regían en Aragón sus Fueros especiales, sino que además se había creado una jurisprudencia particular, que tanto contribuían á formarlas las decisiones de sus Tribunales regionales, como las doctrinas de los muchos y distinguidos jurisconsultos aragoneses. Era indispensable semejante suplemento de legislación, porque necesario siempre aun en los pueblos mejor dotados de Códigos, lo es más aún en los que se rigen por Fueros primitivos, que al cabo no pueden menos de ser deficientes é incompletos. Por esto hemos visto que gran parte de los principios expuestos se fundan en prácticas y opiniones.

Pero desde Felipe V hasta nuestros días se ha legislado mucho en España, y, por consiguiente, ha desaparecido en gran parte el particularismo ara-

gonés. Esto se halla reconocido allí mismo, y por esto el libro del Sr. Peña, que es el más recientemente publicado, sólo trae ya un corto número de disposiciones forales en el concepto de vigentes; de éstas hay que descartar no pocas derogadas por leyes generales del Reino, según hemos podido observar.

No puede negarse, sin embargo, que existen todavía bastante número de diferencias. Estas se contraen principalmente á las capitulaciones matrimoniales, á la firma de dote, á la viudedad foral, á la condición de las distintas clases de hijos y á las sucesiones. En los contratos hay pocas, y de ellas sólo merecen este nombre las de no darse las acciones de lesión enorme y de *non numeratæ pecuniæ*, pues la del famoso axioma aragonés *Standum est chartæ*, equivale, en realidad, á la ley del contrato y á su tenor literal, que son principios proclamados insistentemente por el Derecho común. Tampoco en las servidumbres hay accidente digno de reparo, toda vez que, según se ha visto, la alera foral y demás particularidades que, respecto á pastos, ganados y *apenamientos* existían en los Fueros, han quedado sin vigor. Del consorcio foral ya dijimos que es un contrato que cabe dentro de nuestras prescripciones en materia de obligación, fuera de algunos accidentes en punto al derecho de acrecer y de recíproca herencia entre los asociados, que pudieran lastimar derechos preferentes, si existieran, conforme á la ley común.

Hablando el Sr. Alonso Martínez de las diferencias del Derecho Aragonés, dice:

«Por de pronto, no hay en los libros I y II del proyecto pendiente en el Senado una sola disposición que choque con el régimen foral. Podrán ser

combatidos por jurisconsultos catalanes, mallorquines, aragoneses y navarros el método, la distribución de materias, el mayor ó menor acierto en la redacción, las soluciones que se proponen en determinadas cuestiones jurídicas, y, en suma, la obra entera de la Comisión de Codificación y del Gobierno; pero esta oposición no se fundaría en razones *locales*, nacidas de la Legislación excepcional de esas provincias, sino en consideraciones *generales* idénticas á las que pueden invocar, é invocarán de seguro, muchos jurisconsultos de las demás provincias del reino.

» Así lo declararon franca y noblemente en el seno de la Comisión de Códigos los ilustres representantes de Navarra, Aragón y Cataluña. Por consiguiente, ya es mucho adelantar en la vía de la uniformidad legislativa proscribir para siempre las Decretales y los Códigos romanos, escritos en una lengua muerta é ininteligible para la casi unanimidad de los ciudadanos españoles, reemplazándolos con una ley única, aplicable á todas las provincias indistintamente en las múltiples y trascendentales materias que comprenden dos de los tres libros del Código civil. Todo lo relativo á las leyes, sus efectos y reglas para su aplicación á los españoles y extranjeros; al domicilio; al matrimonio y divorcio; á la paternidad y filiación; á la patria potestad y la adopción; á la ausencia y sus efectos respecto á los derechos eventuales del ausente; á la tutela y el consejo de familia; á la emancipación y la mayor edad; á la organización del Registro del estado civil donde se inscriban los nacimientos, matrimonios, defunciones, actos de reconocimiento y legitimación de los hijos y naturalización de los extranjeros; todo cuanto mira á la división de las cosas y su clasificación en bienes muebles é inmuebles; al dominio pú-

blico, al cual pertenecen los caminos, costas, riberas, puertos, playas, radas, ríos y torrentes, minas, muros, fortalezas y otras cosas análogas; á la propiedad privada con su interesante complemento del derecho de accesión; á la comunión de bienes; al dominio y aprovechamiento de las aguas corrientes, subterráneas y pluviales; á la propiedad intelectual y á la minera, que, como la de las aguas, tienen caracteres especiales que las distinguen esencialmente de la propiedad común; á la posesión y sus efectos, materia hoy más que nunca interesante á causa de la extrema movilización de la propiedad y de los grandes capitales que se invierten en la mejora del suelo; al usufructo, uso y habitación, y, por último, á las múltiples y variadas servidumbres que, nacidas de la convención ó impuestas por la ley, son tan indispensables para el desarrollo de las construcciones urbanas en los grandes centros de población como para el buen orden y prosperidad de las explotaciones agrícolas; todo este conjunto de instituciones jurídicas, con sus ricos y trascendentales desenvolvimientos, puede y debe ser uniforme en toda la nación.»

La unidad, pues, salvadas las excepciones que diremos, puede y debe llevarse á cabo sin vacilación. Éstas se reducen á las siguientes:

1.^a La libertad de testar dentro de la familia, según las mejores interpretaciones de Aragón acerca del Fuero respectivo.

2.^a Conservación relativa de las legítimas forales.

3.^a Idem de la viudedad foral con las reformas que piden los representantes del mismo país.

4.^a Mantenimiento de las dotes y capitulaciones matrimoniales.

Estas instituciones jurídicas que, según la con-

ciencia general, son dignas, de respetarse, en Aragón están formuladas en las siguientes conclusiones con que termina su *Memoria* el respetable jurisconsulto Sr. Franco, Barón de Mora.

Advertimos que sólo tomamos las referentes á los puntos que hemos dicho deben conservarse, y suprimiendo de ellas lo no admisible.

«El derecho de viudedad consiste en el usufructo que sobre los bienes inmuebles del cónyuge difunto tiene el que le sobrevive, fuera de los casos de excepción.

»Lo tendrá también sobre los muebles de la misma procedencia cuando así se hubiere pactado, ó cuando se hubiere establecido en la capitulación matrimonial que los aportaba su dueño en calidad de sitios ó inmuebles, ó en lugar de tales.

»Este derecho se adquiere desde el momento que se celebra un matrimonio con arreglo al Derecho civil ó canónico.

»En su consecuencia, quedan desde entonces los bienes inmuebles de cada cónyuge gravados con la servidumbre eventual de usufructo en favor del que llegue á sobrevivir, con sujeción á lo siguiente:

»Ningún cónyuge puede por sí solo privar al otro de este derecho.

»Solamente serán válidos los gravámenes ó condiciones que se hubieran estipulado por ambos cónyuges en las capitulaciones matrimoniales, ú otro instrumento público ó privado, que hubiesen legalmente otorgado antes de la contracción de su matrimonio.

»También será válida y eficaz la renuncia total ó parcial que de este derecho hubieran hecho los contratantes en el mismo instrumento otorgado antes del matrimonio.

»La renuncia que se hiciera después de celebrado el matrimonio solamente será eficaz si concurren en ella los tres requisitos siguientes:

»1.º Que sea recíproca, esto es, que la hagan ambos cónyuges.

»2.º Que hayan cumplido al hacerla la edad de treinta años;

»Y 3.º Que lleven más de cinco de matrimonio.

»Tanto que se haga la renuncia antes de la celebración del matrimonio como después de contraído, es indispensable que sea expresa; de tal manera que no se entenderá comprendida en la general que de todos sus derechos hiciesen los contrayentes ó cualquiera de ellos, sean cuales fuesen las palabras que al efecto empleen.

»Se hallan también sujetos á este derecho los bienes que hubieran pertenecido al difunto en cuanto á la propiedad, aun cuando no hubiera llegado á usufructuarlos ni poseerlos.

»Pero no lo están aquéllos en que hubiere tenido tan sólo el usufructo, aun cuando éste fuere transmisible á su heredero.

»La persona que casare con viudo ó viuda que tenga hijos ó descendientes de su anterior ó anteriores matrimonios, únicamente tendrá derecho de viudedad en los bienes que éste adquiriera en lo sucesivo, y en la parte de que pueda disponer libremente por última voluntad en favor de personas extrañas de los que á la sazón le perteneciesen. Todo pacto en contrario será nulo.

»Pero tampoco el viudo ó viuda que contraiga este nuevo enlace tendrá viudedad, á no pactarlo expresamente, en los bienes de la persona con quien casare.

»Podrá el marido ó la mujer privar á su cónyuge

del derecho de viudedad, en los casos siguientes (1):

»1.º Si le hubiere imputado alguno de los delitos que dan lugar á procedimiento de oficio ó acusación pública, aunque lo hubiese probado; á no ser que el delito se hubiese cometido contra el mismo denunciante ó sus ascendientes ó descendientes.

»2.º Si le hubiera negado indebidamente los alimentos.

»3.º Si le hubiera, en más de una ocasión, maltratado de obra ó injuriado grave y reiteradamente de palabra.

»4.º Si le hubiera abandonado hallándose padeciendo una grave enfermedad que hubiese puesto en peligro su existencia, sin mediar motivos muy poderosos que á ello le hubieran obligado.

»5.º Si hubiera sido condenado por un delito que lleve la pena de interdicción civil.

»6.º Si hubiera observado una conducta manifiestamente desarreglada.

»7.º Si con el juego, embriaguez ú otros vicios, ó con gastos desordenados, hubiera producido considerable quebranto en los intereses de la familia.

»8.º Si hubiere abandonado la mujer sin licencia de su marido el domicilio conyugal, ó el marido sin haber existido causa muy fundada para ello.

»Empero no podrán hacer uso los consortes de la facultad que se les concede sino cuando tuvieren descendientes. Y solamente será eficaz la privación del derecho de viudedad cuando la aprobase la mayoría de un consejo de familia, compuesto de dos parientes varones y mayores de edad de cada uno

(1) Conciliador y prudente el Sr. Barón de Mora, propone esta innovación como medio de templar la dureza que ofrece la viudedad en toda su extensión, y nosotros lo creemos muy aceptable.

de los cónyuges y del Alcalde, ó de quien ejerza sus funciones, del distrito municipal.

»Se extingue el derecho de viudedad:

»1.º Por muerte del usufructuario.

»2.º Por contraer el viudo nuevo matrimonio, si los propietarios de los bienes en que consiste el usufructo fuesen los descendientes ó ascendientes, hijos naturales ó hermanos del difunto.

»3.º Por renuncia expresa de este derecho.

»4.º Por vivir la viuda licenciosamente con escándalo ó de una manera ostensible.

»5.º Por tener el viudo manceba dentro de la casa que habitare, ó fuera de ella con escándalo.

»6.º Por no cumplir el usufructuario con la obligación que la ley impone.

»7.º Por el no uso del usufructo por el tiempo de diez años, si el propietario de los bienes fuese descendiente.»

Para la materia de legítima de descendientes y ascendientes, propone el Barón de Mora tres sistemas ó tres medios diferentes. El primero de ellos se halla basado en el Derecho existente en Aragón, aunque con las reformas que en su concepto deben establecerse con el objeto: 1.º, de fijar la parte de herencia de que puedan disponer libremente los padres; 2.º, con el de que tengan también legítima los ascendientes, y 3.º, con el de evitar, por una parte los abusos que puedan cometer los padres de las grandes facultades que actualmente tienen, y por otra, que á los hijos que pretendan obtener suplemento de legítima les sea necesario recurrir, como ahora sucede, á los Tribunales. El segundo, fundado en la reforma de reducir la legítima de los hijos á la cuarta parte de los bienes del padre y de la madre, debiendo éstos disponer entre aquéllos de

dos de las cuatro partes restantes. Y, finalmente, el tercero, en que haciéndose una separación entre los bienes heredados por el testador y los adquiridos por su trabajo, se le conceden muchas más facultades sobre éstos que respecto de los primeros para disponer por última voluntad, medio escogitado con el objeto de armonizar en lo posible, estableciendo un término medio entre ellos, los dos sistemas opuestos de la libertad de testar y de las legítimas.

El padre y la madre, ó el que de ellos viviese, están obligados á dotar á las hijas legítimas; fuera del caso en que necesitando éstas su consentimiento para contraer matrimonio con arreglo á la ley, se casasen sin obtenerlo.

Aun cuando case la hija en edad en que no necesite para ello el consentimiento de sus padres, podrán éstos negarse á dotarla, si por fundados y racionales motivos se hubiesen opuesto á su matrimonio.

El Consejo de familia decidirá sin ulterior recurso acerca de si son suficientemente fundados y racionales los motivos que para la oposición hayan tenido los padres, en el caso de que la hija reclamase contra la determinación de éstos.

Las mismas obligaciones que tienen los padres respecto de sus hijas legítimas, tendrán, cuando careciesen de descendientes legítimos, para con las naturales reconocidas; y la madre las tendrá igualmente en este caso con respecto á todas las hijas ilegítimas.

El abuelo paterno, en su defecto el materno, y en defecto de uno y otro las abuelas, por este mismo orden, tienen obligación de dotar á las nietas legítimas cuando éstas careciesen de bienes propios y no tuviesen padres, ó éstos fuesen pobres.

Son dotales, y disfrutan, por lo tanto, del privilegio de tales, todos los bienes propios de la mujer,

tanto los que en el concepto de dote ó bajo cualquier otro título aporte al matrimonio, como los que durante el mismo adquiriese por donación, herencia ó legado.

La administración y usufructo de todos ellos, sin excepción, pertenece al marido, con obligación de cubrir las cargas del matrimonio.

FIN DE LA OBRA.

INDICE ⁽¹⁾

	<u>Págs.</u>
Capítulo IX.—DEL DOMINIO Y DE SUS ESPECIES.....	5
I. Del dominio en general.....	5
II. De la posesión.....	10
Capítulo X.—DE LA PROPIEDAD, DE SU EXTENSIÓN Y MO- DOS DE ADQUIRIRLA.....	21
I. De la propiedad.....	21
II. De la accesión.....	22
III. De la ocupación.....	26
Capítulo XI.—DE OTROS MODOS DE ADQUIRIR LA PRO- PIEDAD.....	29
I. Tradición.....	29
II. Prescripción.....	31
III. De la propiedad literaria y artística.....	79
Capítulo XII.—DE LOS MODOS DE PERDER LA PROPIEDAD.	81
Capítulo XIII.—DE LAS SERVIDUMBRES.....	83
I. De las servidumbres en general.....	83
II. Del usufructo.....	83
III. Del uso.....	84
IV. De la habitación.....	85
V. De las servidumbres reales.....	85
VI. Servidumbre de paso.....	86
VII. Del acueducto.....	87

(1) En la página 26, el núm. II, que trata *De la ocupación*, debía ser el III, y en la 137, el núm. XII está repetido.

	Págs.
VIII. De los pastos forales, ó alera foral.....	89
IX. Hacer leña.....	100
X. Servidumbres urbanas.....	100
Capítulo XIV.—DE LA SUCESIÓN TESTADA.....	121
I. De los testamentos en general.....	121
II. Personas que pueden testar.....	122
III. De las solemnidades de los testamentos.....	124
IV. Testamento nuncupativo ó abierto.....	124
V. Testamento escrito ó cerrado.....	126
VI. Testamento del ciego y otros impedidos que estén en el uso de su razón.....	127
VII. Testamento por comisario.....	127
VIII. Circunstancias comunes á toda clase de tes- tamentos.....	128
IX. Del codicilo.....	128
X. Memoria testamentaria.....	129
XI. Del testamento privilegiado.....	129
XII. De la institución de heredero legítimo de los descendientes.....	130
XII (repetido). De los hijos legítimos.....	137
XIII. De la desheredación.....	138
XIV. De los ascendientes.....	139
XV. De los colaterales.....	140
XVI. Del testamento otorgado por ambos cónyuges.	140
XVII. De la sustitución.....	141
XVIII. Del legado.....	142
XIX. De la donación.....	145
XX. De la interpretación, nulidad y otros acciden- tes de los testamentos.....	146
XXI. Comparación entre el derecho de Aragón y el común respecto de la sucesión testada..	147
XXII. Leyes forales.....	150
XXIII. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.....	164
Capítulo XV.—DE LA SUCESION INTESTADA.....	219

	Págs.
I. Del abintestato en general.....	219
II. De la sucesión de los descendientes.....	219
III. De la sucesión de los colaterales.....	221
IV. De la sucesión de los ascendientes.....	225
V. De la sucesión del Estado.....	225
VI. Sucesión del Hospital general de Zaragoza...	226
VII. Examen sobre el vigor de algunas de las dis- posiciones contenidas en este capítulo....	228
Capítulo XVI. —DEL CONSORCIO FORAL.....	232
Capítulo XVII. —DEL CUMPLIMIENTO DE LAS TESTAMEN- TARIAS Y ABINTESTATOS EN LA VÍA JUDICIAL.....	241
Capítulo XVIII. —DE LOS CONTRATOS.....	242
I. De las obligaciones en general.....	242
II. De la compra y venta.....	244
III. De la permuta.....	246
IV. Del mutuo.....	247
V. De los censos.....	247
VI. De la sociedad.....	248
VII. Del comodato.....	249
VIII. Del arrendamiento.....	249
IX. Del depósito.....	250
X. Del mandato.....	251
XI. De la fianza.....	252
XII. De la prenda.....	254
XIII. De la hipoteca.....	255
Capítulo XIX. —DEL TANTEO Y RETRACTO.....	256
Capítulo XX. —DE LOS PATRONATOS Y CAPELLANÍAS.....	257
Capítulo XXI. —DE LOS VÍNCULOS.....	257
Capítulo XXII. —DE LAS ACCIONES.....	258
EPÍLOGO.....	259

OBRAS PUBLICADAS.

- Legislación penal especial**, por D. Emilio Bravo.— Tomos I, II y III.—Obra terminada.
- Jurisdicciones especiales**, por D. Eduardo Alonso y Colmenares.—Tomos I, II y III.
- El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales**, por D. Manuel Alonso Martínez.— Tomos I y II.—Obra terminada.
- Estudios jurídicos**, por D. Francisco Cárdenas.— Tomos I y II.—Obra terminada.
- Código penal militar**, con una *Introducción* del Excentísimo Sr. D. Hilario Igón, y un *Estudio sobre el Derecho militar*, del Excmo. Sr. D. José Núñez de Prado.—Un tomo.—Obra terminada.
- Notas al libro primero de la ley de Enjuiciamiento criminal**, por D. Eduardo Martínez del Campo.—Tomos I, II y III.—Obra terminada.
- Medicina legal**, obra escrita en alemán por J. L. Cásper, y traducida por D. Florencio Alvarez-Ossorio.—Tomos I, II, III, IV, V y VI.—Obra terminada.
- Compilación del derecho civil vigente en España**, por D. Emilio Bravo.—Tomos I, II, III y IV.—Obra terminada.
- Código de Comercio**, precedido de un *Prólogo* del Excentísimo Sr. D. Salvador de Albacete.—Obra terminada.
- Ley de Enjuiciamiento civil** para las Islas de Cuba y Puerto Rico.—Tomos I y II.—Obra terminada.
- Apéndice al Código de Comercio**.—Obra terminada.
- Derecho internacional privado**, vigente en España, por D. Emilio Bravo.—Tomos I, II y III.—Obra terminada.
- Código penal** vigente en las Islas de Cuba y Puerto Rico.—Obra terminada.
- Ley de Enjuiciamiento militar**, con formularios.—Obra terminada.
- Legislación Hipotecaria española**, con un *Prólogo* de D. Bienvenido Oliver.—Tomos I, II y III.—Obra terminada.
- Estudios penitenciarios**, por D. Francisco Lastres.—Obra terminada.
- Código penal** vigente en las Islas Filipinas, por D. Julio Bravo.—Obra terminada.
- Ley de Enjuiciamiento civil** de 3 de Febrero de 1881.—Tomos I, II y III.—Obra terminada.
- El Concilio de Trento**.—Tomos I y II.—Obra terminada.
- Legislación foral de España**.—Derecho vigente en Cataluña.—Tomos I y II.—Obra terminada.
- Legislación foral de España**.—Derecho vigente en Aragón.—Tomos I y II.—Obra terminada.

OBRAS PRÓXIMAS Á PUBLICARSE.

Legislación foral de España.—Derecho vigente en Navarra.

Legislación foral de España.—Derecho vigente en Vizcaya.

El Jurado.

Jurisdicciones especiales, tomo IV y último.

Y las demás anunciadas, así como los Códigos y obras legislativas que se vayan publicando, que nuestros Suscriptores serán los primeros en poseer.

ADVERTENCIAS.

Rogamos encarecidamente á los señores Suscriptores, que remitan á la mayor brevedad á la Administración el importe del plazo actual, que, según las condiciones del abono, debe siempre satisfacerse por adelantado, y cuyo retraso ocasiona grandes perjuicios á la empresa.

Esta obra, así como las demás publicadas por esta *Biblioteca*, se halla de venta en las principales librerías y en la Administración,

Plaza del Progreso, 10, segundo.

4/1275

© 2005 Real A