



1 XXXVI  
A - 19

REAL ACADEMIA

DE

JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

BIBLIOTECA

Núm. ....

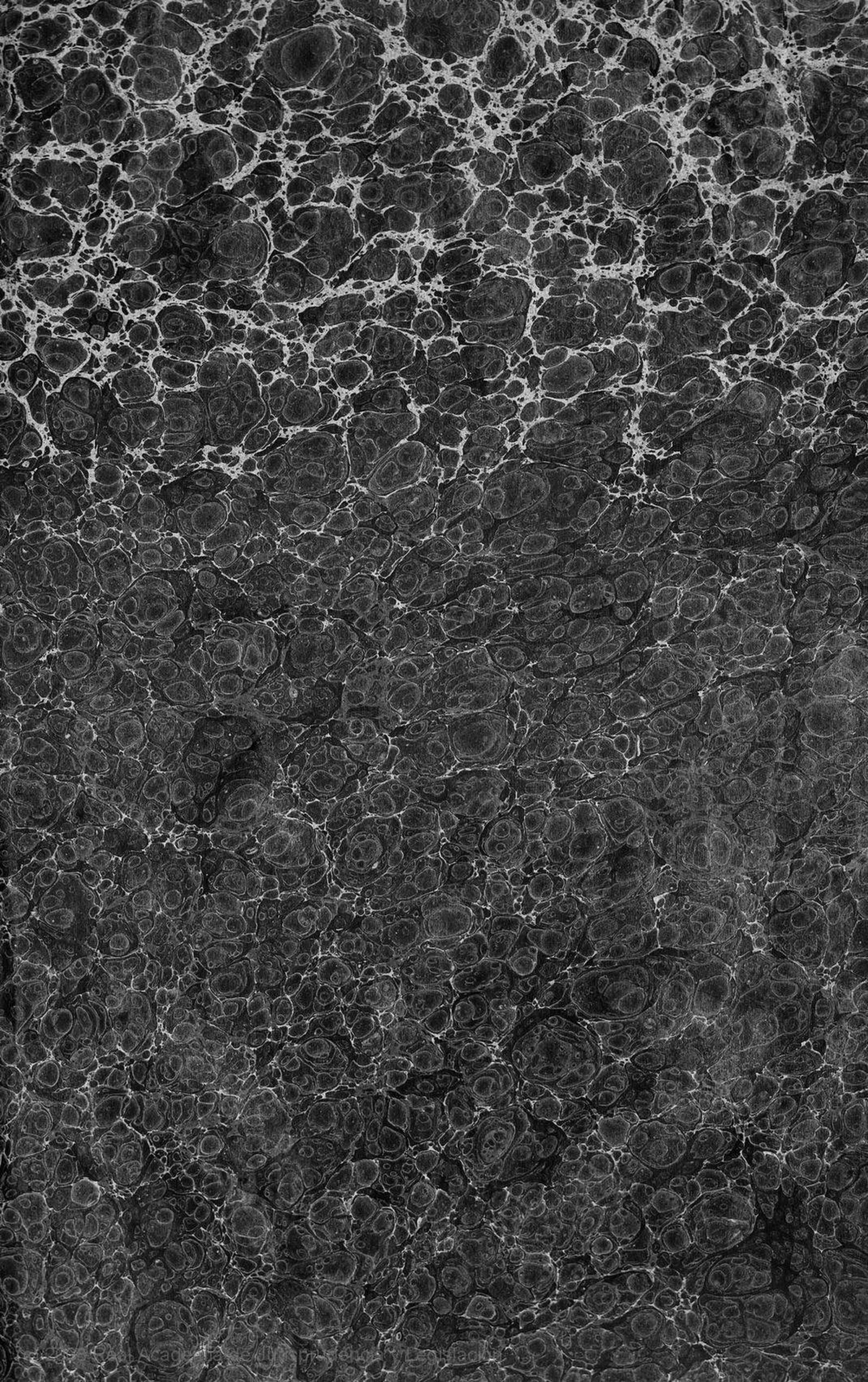
Estante

~~3. F.~~

Tabla .....

OBSERVACIONES

1894



15 n.º 378

En consecuencia de lo anterior, la prescripción se considera un modo de adquirir o conservar un derecho, y no un modo de extinguirlo. Por lo tanto, la prescripción opera en favor de quien la invoca, siempre que se cumplan los requisitos legales.

La prescripción se divide en ordinaria y extraordinaria. La ordinaria se refiere a los derechos que se adquieren o conservan por el transcurso de un tiempo determinado, y la extraordinaria se refiere a los derechos que se adquieren o conservan por el transcurso de un tiempo mayor.

La prescripción ordinaria se divide en posesiva y adquisitiva. La posesiva se refiere a los derechos que se adquieren o conservan por el transcurso de un tiempo determinado, y la adquisitiva se refiere a los derechos que se adquieren o conservan por el transcurso de un tiempo mayor.

La prescripción extraordinaria se divide en posesiva y adquisitiva. La posesiva se refiere a los derechos que se adquieren o conservan por el transcurso de un tiempo determinado, y la adquisitiva se refiere a los derechos que se adquieren o conservan por el transcurso de un tiempo mayor.

# COMPENDIO

DE LA

# PRESCRIPCIÓN CATALANA.



COMPENDIO

PRESCRIPCION CATALANA

EL DR. D. FERRER MARIN DE ALGUBERA

PRESCRIPCION CATALANA



BARCELONA

1/13845

# COMPENDIO

1 ~~XXXVI~~  
A/19

DE LA

# PRESCRIPCIÓN CATALANA

POR

EL DR. D. FÉLIX MARÍA FALGUERA.

CATEDRÁTICO DE LA ESCUELA SUPERIOR DE NOTARÍA  
DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA Y DECANO DEL COLEGIO NOTARIAL  
DEL MISMO TERRITORIO.



BARCELONA.

MANUEL SAURÍ Y EUDALDO PUIG, EDITORES.

1875.

Único punto de venta librería de PUIG, Plaza Nueva, 5.

COMPENDIO

PRESCRIPCION CATALANA

EL DR. D. FELIX MARIA FALGUERA

ES PROPIEDAD.

DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA Y DECANO DEL COLEGIO NOTARIAL  
DEL MISMO TERRITORIO



BARCELONA

MARTEL PABRE Y RIBADALLO EDITORES

Barcelona.—Imp. de la viuda Miró y Compañía, Sobradíel, 10.—1875.

# COMPENDIO

DE LA

# PRESCRIPCIÓN CATALANA,

POR

EL DR. D. FÉLIX MARÍA FALGUERA.

Requisitos de la prescripción por derecho romano.

Cinco son los requisitos necesarios para la prescripción por derecho romano: *buenafé, justo título, capacidad de la cosa, posesión continua y tiempo señalado por la ley.*

Buena fé, esto es la creencia en que está el que prescribe de que posee la cosa como dueño. Justo título, es decir un título hábil para transferir el dominio. Capacidad de la cosa, á saber, que no sea de aquellas que no pueden prescribir. Posesión continua, esto es civil y no interrumpida. La posesión puede interrumpirse natural y civilmente: naturalmente cuando uno queda de hecho privado de ella, aunque sea por un acto de violencia: civilmente cuando se emplaza en juicio al poseedor disputándole la posesión, en cuyo caso si pierde el pleito se considera interrumpida la posesión desde la contestación á la demanda.

Diferencia en los requisitos de la prescripción por derecho de Cataluña.

El derecho de Cataluña ha introducido una novedad en los requisitos de la prescripción, que consiste en no exigirse la buena fé. Según el Usage *Omnes causæ* puede prescribirse hasta con mala fé. *Omnes causæ*, dice, *sive bonæ sive malæ*. La interpretación general de las palabras *sive bonæ, sive malæ* ha sido de que se puede prescribir, ya de buena, ya de mala fé, y así lo ha sancionado el Tribunal Supremo de Justicia en muchísimas sentencias.

Definiciones de la prescripcion.  
por la ley.

Prescripcion es *la adquisicion del dominio de una cosa por la continuacion de la posesion durante el tiempo señalado*

Esta definicion comprende únicamente la prescripcion del dominio; mas debe tomarse en cuenta que por la prescripcion no sólo se adquiere el dominio, sino que el deudor se liberta de una carga ú obligacion, siempre que la carga no haya sido satisfecha ó la obligacion no haya sido cumplida durante el tiempo señalado por la ley. Esto ha producido la division de la prescripcion en *adquisitiva y estintiva*, y segun otros en *prescripcion de dominio y prescripcion de accion*: la primera es la que hemos definido en el apartado anterior; la segunda es *la pérdida de una accion por haber dejado de ejercitarla aquel á quien compete durante el tiempo señalado por la ley*, y á esta especie pertenece la prescripcion de los derechos y acciones, ó con mas exactitud de créditos y deudas.

La prescripcion considerada en general de manera que abrace ambas especies será *un modo de adquirir el dominio de una cosa ó de libertarse de una carga ú obligacion mediante el trascurso de cierto tiempo y bajo las demás condiciones señaladas por la ley*.

Requisitos de la prescripcion del dominio ó adquisitiva.

Los requisitos de la prescripcion del dominio ó adquisitiva en Cataluña son: 1.º *justo título*: 2.º *capacidad en la cosa*: 3.º *posesion continua*: 4.º *tiempo señalado por la ley*. Colocamos el justo título entre los requisitos de la prescripcion del dominio en Cataluña, porque si bien el usage *Omnes causæ* no exige la buena fé, nada dice del título, y no es consecuencia necesaria de la falta de buena fé la carencia de título, porque puede haber buena y mala fé con justo título; por consiguiente la prescripcion ordinaria necesitará justo título en Cataluña. Otra cosa seria si la prescripcion fuese inmemorial, es decir de tiempo que no hubiese memoria de hombres en contrario, porque esta no necesita título, y por sí sola sirve de título, produce la presuncion *juris et de jure*, y únicamente requiere la posesion continua por tiempo inmemorial. *Cancer Var. resol. parte 2.ª cap. 1.º n.º 236 y 237.*

Téngase presente el artículo 35 de la ley hipotecaria reformada, que dispone que la prescripcion que requiera justo título no perjudicará á tercero si el título no se hallare inscrito en el registro, y que la que no requiera justo título no perjudicará á tercero si no se halla inscrita la posesion que ha de producirla. El término de la prescripcion principiará á correr en uno y otro caso desde la fecha de la inscripcion.

Requisitos de la prescripcion estintiva.

La prescripcion de acciones ó sea la estintiva no necesita mas requisito que el trascurso del tiempo señalado por la ley.

Requisitos de la prescripción de derechos reales. Si es necesaria la cuasiposesión.

Esta división y las reglas que sobre ella acabamos de dar dejan pendiente una gran duda acerca de los derechos reales distintos del dominio. Es evidente que el dominio pertenece á la prescripción adquisitiva, y que las obligaciones, ó sea los derechos y acciones personales son objeto de la extintiva, porque no existiendo en ellos el hecho de la posesión, no puede figurar entre los requisitos de la prescripción de esta clase de derechos. Una deuda, un crédito meramente personal prescribe con el solo trascurso del tiempo señalado por la ley. Pero los derechos reales ¿de qué clase de prescripción han de ser objeto? Hay una tendencia á conducirlos hácia la extintiva, sin considerar que el elemento de la posesión, ó mejor cuasiposesión existe en ellos, y que si no se tomase en cuenta este elemento para la prescripción de los derechos reales se causarían verdaderas injusticias, porque la prescripción á favor de uno que no posee contra el que casi posee no merece el nombre de prescripción sino de violencia y usurpación. En los derechos reales no se verifica una simple extinción, sino también una adquisición, porque no es posible que uno pierda el derecho sin que otro lo adquiera, aunque á veces el derecho desaparezca en el acto ó pierda el nombre en virtud de la consolidación. Es pues mas conforme con los principios de justicia, en todos los derechos que se pueden casi poseer, como son los reales, exigir por punto general esta cuasiposesión como elemento de la prescripción, y no admitir que pueda prescribir el que no posee, y que se pueda prescribir contra el que posee ó casi posee, y esta es la jurisprudencia que ha prevalecido en Cataluña, sobre todo en los derechos reales en que la cuasiposesión del uno y la no posesión del otro se pueden demostrar por actos ostensibles, como se espondrá mas adelante. Hay además ley expresa en favor de esta doctrina, y es la Constitución 5.<sup>a</sup> tít. 2.<sup>o</sup> lib. 7, de la cual se desprende bien claramente que para prescribir los derechos incorporales se necesita la cuasiposesión. En rigor pues los derechos reales pertenecen á la prescripción adquisitiva, y necesitan para que esta se verifique: 1.<sup>o</sup> justo título: 2.<sup>o</sup> cuasiposesión continua: 3.<sup>o</sup> tiempo señalado por la ley. En algunos casos se puede prescindir del justo título, pero nunca de ambas cosas, es decir del título y de la cuasiposesión. *Cancer, Var. resol. pars 3.<sup>a</sup> cap. 4.<sup>o</sup> núm. 158*, sigue esta opinión decididamente, diciendo que así como la prescripción en las cosas corporales no procede sin la posesión, así tampoco en las incorporales sin la cuasiposesión, y en el núm. 161 añade que procede únicamente la prescripción de las cosas incorporales sin la ciencia y paciencia del dueño de ellas, esto es sin la cuasiposesión civil, cuando el que prescribe tiene título.

Se exceptúa de la regla que se acaba de sentar el derecho de hipoteca, pues no entregándose ésta al acreedor y quedando en poder del deudor, no puede entrar la posesión como elemento en la prescripción de este derecho.

Fundamentos de la prescripción, en especial de la adquisitiva. Los fundamentos de la prescripción en general, pero que se aplican con mas propiedad á la adquisitiva, son los siguientes:

1.º La necesidad de que el dominio de las cosas no esté incierto por mucho tiempo y casi siempre. Este fundamento sacado de la ley 1.ª del Digesto *De usurpationibus et usucapionibus* es la base de la opinion tan generalizada de que la prescripción no puede renunciarse, porque ha sido introducida por el bien público.

2.º La disminucion de los pleitos. Ley 5.ª Dig. *Pro suo*.

3.º La conveniencia de evitar que el deudor por mala fé pueda diferir indefinidamente el intentar su accion á fin de aumentar la dificultad de la defensa.

4.º La presuncion de abandono de la cosa.

5.º El castigo de la negligencia.

Fundamentos de la prescripción estintiva. Mas no todos estos fundamentos son aplicables á la prescripción estintiva, la cual sólo reconoce los que siguen:

1.º La disminucion de los pleytos.

2.º El castigo de la negligencia.

3.º La presuncion de pago, condonacion ó renuncia, es decir la estincion presunta del derecho.

De suerte que la prescripción estintiva pertenece al interés privado, y no es de derecho público como la adquisitiva, por cuya razon no puede decirse en rigor que sea irrenunciable.

Tiempo de la prescripción en Cataluña. El tiempo señalado por la ley para prescribir en Cataluña es segun los casos el siguiente:

Prescripción de los muebles. Los bienes muebles prescriben á los tres años.

Prescripción de los inmuebles y de los derechos y acciones en general. Los inmuebles y toda clase de derechos y acciones, reales y personales, ordinarias y ejecutivas, prescriben por 30 años, que es el tiempo ordinario de la prescripción catalana, y ha substituido al de diez años entre presentes y veinte entre ausentes que los romanos habian establecido. Usage *Omnes causæ* tit. 2, lib. 7. Cap. 44 del *Recognoverunt proceres*.

Prescripción de la accion ejecutiva, y de la que asiste al que ha recibido lesion enorme en un contrato para pedir su rescision. Ninguna duda cabe de que la accion ejecutiva está comprendida en esta prescripción de 30 años, porque el Usage *Omnes causæ* abraza toda clase de acciones que no tengan ley espresa que las exceptúe; y no hay ley alguna en Cataluña que hable espresamente de la pres-

cripcion de la accion ejecutiva; porque Cancer y otros autores catalanes dicen que la cláusula guarentigia (que era en aquel tiempo la que daba fuerza ejecutiva á las escrituras públicas, ya que sin ella no la tenian) prescribe á los 30 años; y últimamente porque tal ha sido la práctica constante de Cataluña y la jurisprudencia admitida por su Real Audiencia. Hace algunos años, no muchos, que la Audiencia del territorio ha declarado en varios pleitos ejecutivos que la accion ejecutiva habia prescrito por haber transcurrido mas de diez años, pero hay error de derecho en estas declaraciones, pues se ha aplicado al efecto la ley 63 de Toro, 5.<sup>a</sup> tít. 8 lib 11 de la Nov. Recop. que es anterior al Decreto de Nueva planta, y conocidas son las innumerables sentencias en que el Tribunal Supremo de Justicia ha declarado que las leyes recopiladas anteriores al Decreto de Nueva planta no tienen aplicacion en este territorio. Recientemente se han confirmado estas declaraciones por otra sentencia del mismo Tribunal Supremo de fecha 8 Abril de este año, en la cual se ha rechazado en un pleito de Cataluña la cita de una ley del Fuero Real, y existe otra muy terminante de 15 de Enero de 1867, que rechazó tambien la cita de la ley 1.<sup>a</sup> tít. 1.<sup>o</sup> lib. 10 de la Nov. Recop. diciendo que como anterior al Decreto de Nueva planta no tiene fuerza en Cataluña. De manera que puede fundadamente presumirse que si las sentencias en que se declara prescrita en Cataluña la accion ejecutiva á los diez años, pudiesen ser objeto de casacion, serian casadas por el Tribunal Supremo, así como en un pleito en que se pretendia aplicar la ley 2.<sup>a</sup> título 1.<sup>o</sup> lib. 10 de la Nov. Recop. que señala el tiempo de cuatro años para la prescripcion del derecho de pedir la rescision de un contrato por lesion enorme, declaró con sentencia de 11 Junio de 1873, que no era este, sino el de 30 años establecido en Cataluña para toda clase de prescripciones segun el Usage *Omnes causæ*; mas como los fallos de que tratamos recaen en juicios ejecutivos, necesariamente deben formar estado, siendo de sentir que con ellos se altere nuestro derecho municipal.

Y es digno de notarse que en ciertos casos en los fallos de nuestro Tribunal Superior á que hacemos referencia se ha aplicado con error hasta la misma ley 63 de Toro en que se apoyan, pues se han declarado prescritas á los diez años acciones ejecutivas que se habian interpuesto en el escrito de demanda con el carácter de reales ó mixtas por tener hipoteca, y en este caso segun dicha ley recopilada no prescriben hasta 30 años. Examínese con detencion esta ley y se verá que tiene tres partes: en la primera declara prescriptible á los diez años la accion ejecutiva cuando es personal: en la segunda declara prescriptible la accion personal ordinaria á los 20 años; y en la tercera declara prescriptible á los 30 toda accion hipotecaria, real ó mixta, y en esta parte no hace distincion entre ordinaria y ejecutiva, lo cual significa que las comprende á todas. En las acciones personales señala un término distinto para la prescripcion segun sean ejecutivas ú ordinarias: en las reales y mixtas fija un solo término sin hacer distincion; luego ten-

dremos que, segun las reglas *inclusio unius est exclusio alterius* y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, una accion ejecutiva para estar comprendida en la primera parte de la ley y ser prescriptible á los diez años ha de ser simplemente personal, que es la condicion que exige dicha primera parte con las claras y terminantes palabras «el derecho de ejecutar *por accion personal*:» si la accion ejecutiva se interpone como real ó mixta por tener hipoteca estará comprendida en la última parte de la ley, que dispone prescriban á los 30 años las acciones hipotecarias, reales ó mixtas sin hacer distincion entre ordinarias y ejecutivas. Para declarar prescritas á los diez años las acciones reales y mixtas de carácter ejecutivo es necesario torcer la letra de la ley, estendiendo la primera parte sin razon ninguna á las acciones ejecutivas de carácter real ó mixto, que están visiblemente escluidas de ella, y restringiendo la última parte á las acciones de que deba conocerse en juicio ordinario, siendo así que la ley no hace tal restriccion, ni distingue entre juicios ordinarios y ejecutivos, y no distinguiendo los comprende á todos. Esto seria violentar el texto de la ley, y por mas que algun autor de nota lo haya creido así, su opinion no puede ser admitida por los jurisconsultos ni por los Tribunales, porque ante la letra clara de una ley carecen de fuerza las opiniones que conspiran á tergiversarla. Lo que resulta de una manera patente despues de un exámen severo y meditado de la ley 5.<sup>a</sup> tit. 8 lib. 11 de la Nov. Recop. en cuanto á la prescripcion de las acciones por derecho español, es lo siguiente:

Acciones personales de carácter ejecutivo. . . . .	10 años.
Acciones personales de carácter ordinario. . . . .	20 »
Acciones reales y mixtas sin distincion entre ordinarias ó ejecutivas. . . . .	30 »

Sólo de paso hemos hablado de una ley, que no es aplicable á los pleitos de Cataluña, para combatir la falsa interpretacion que á veces se le da.

De la accion hipotecaria. El derecho de hipoteca prescribe en Cataluña á los 30 años segun la regla general del usage *Omnes causae*. Es verdad que por el cap. 44 del *Recoynoverunt proceres*, siguiendo una disposicion romana, se establece la prescripcion de cuarenta años para la accion hipotecaria contra el deudor que posee la cosa hipotecada y sus herederos; pero esta disposicion, que produce la irregularidad de dejar subsistente la accion hipotecaria despues de estinguida la personal á la que aquella sirve de garantía, ha sido derogada por la ley hipotecaria, cuyos autores, con mejor acuerdo, han partido del principio de que siendo la hipoteca accesoria de una accion personal, perdiendo esta su fuerza no debe conservar la accion hipotecaria, pues que estinguido el crédito no puede menos de considerarse estinguida su garantía. ( Véase la Exposicion de motivos de la ley hipotecaria). Este principio es mas conforme con la regla de derecho *sublato principali, corruiit accessorium*. Y aunque el art. 134 de la ley hipote-

caria fije el tiempo de 20 años para la prescripcion de la accion hipotecaria, este tiempo debe entenderse para las provincias que se rigen por el derecho español, como lo aclara la Esposicion de motivos al decir que «la Comision propone el término de 20 años *por ser este el señalado para la prescripcion de las acciones personales á que está adherida la hipoteca,*» de donde se sigue que donde no esté señalado el término de 20 años para la prescripcion de las acciones personales, no prescribirá la hipotecaria á los 20 años, sino en el mismo tiempo por el cual prescriba la accion personal á la cual esté adherida. Y como en Cataluña las acciones personales prescriben á los 30 años, este será el tiempo de prescripcion de la accion hipotecaria, otramete tendríamos que en una deuda con hipoteca, durante 20 años subsistiria la hipoteca, y en los diez siguientes existiria la deuda como personal y se habria estinguido la hipoteca, contra el principio sentado en la Esposicion de motivos de la ley hipotecaria de que la hipoteca como accesoria á la obligacion personal debe vivir y morir con ella.

De los derechos y acciones contra la Iglesia, y de las servidumbres discontinuas.

Como la prescripcion de 30 años ha reemplazado en Cataluña á la ordinaria romana de diez y veinte años, segun el *Recognoverunt proceres* cap. 44, no se entienden escluidas las prescripciones que por derecho romano requieren mas ó menos tiempo. *Cancer Var. resol. pars 1.º cap. 15 núms 2 et 3.* Así es que contra la Iglesia no corre otra prescripcion que la de 40 años con arreglo á la Auténtica *Quas actiones*, Cod. *De sacrosanctis ecclesiis*. Por la misma razon las servidumbres discontinuas prescriben por tiempo inmemorial.

De los laudemios.

Los laudemios prescriben á los 30 años; pero contra el Estado sólo á 40. Const. 9. tit. 1.º lib. 7.º vol. 1.º

De las cosas del Real Patrimonio.

Las cosas del Real Patrimonio prescriben por 80 años, aunque el poseedor no muestre título alguno. Const. 2. título 1.º lib. 7.º vol. 1.º

De los créditos de los Abogados, Escribanos, Notarios y Procuradores, artistas y artesanos, ó sea de las artes liberales y mecánicas.

Los créditos de los Abogados, Escribanos, Notarios y Procuradores y de todos los artistas y artesanos por razon de sus oficios, es decir de todas las artes liberales y mecánicas, menos los de los farmacéuticos, prescriben á los tres años. Const. 1, 4 y 8 tit. 1.º lib. 7.º vol. 1.º

De los créditos de los Farmacéuticos.

Los de los Farmacéuticos prescriben á los dos años. Const. 7, tit. 1.º lib. 7.º vol. 1.º

De los salarios de los criados. Los de los criados de ambos sexos prescriben al finir un año desde que el sirviente dejó la casa de su amo. Despues del año no se pueden reclamar, si no se presenta documento en que conste el salario debido. Const. 3.<sup>a</sup> tít 1.<sup>o</sup> lib. 7.<sup>o</sup> vol. 1.<sup>o</sup> Muerto el Señor, el criado no puede pedir salario alguno sin que pruebe el convenio que medió respecto al mismo. Const. 1.<sup>a</sup> del mismo título.

De las cosas sujetas á vínculos y fideicomisos perpétuos. En las cosas procedentes de vínculos y fideicomisos perpétuos, cuando existian, no tenia lugar la prescripcion. Corria, es verdad, la prescripcion de 30 años contra cada poseedor, y finidos estos no podia revindicar las cosas vinculares enajenadas; pero su sucesor volvía á empezar la prescripcion, y tenia otros 30 años para reclamar, y así consecutivamente, porque como en un vínculo ó fideicomiso perpétuo el poseedor no sucede al que le antecedió, sino al fundador del vínculo, no puede perjudicarle la negligencia de su antecesor.

De las pensiones de censos y censales. Las pensiones de los censos y censales prescriben en Cataluña á los 30 años, y á los 40 si el acreedor es una Corporacion ó persona eclesiástica que perciba aquel rédito por razon de su cargo eclesiástico.

De los capitales de censos y censales. Los capitales de los censos y censales por costumbre inmemorial de Cataluña y jurisprudencia secular admitida en este territorio, hasta hace muy pocos años en que esto se ha querido poner en tela de juicio, no prescriben por ningun espacio de tiempo. Para la debida claridad, ya que los intereses particulares han suscitado una cuestion que nunca habia existido, distinguiremos entre censos y censales, y respecto á los censos entre los que se pagan en reconocimiento del dominio directo, y los censos en nuda percepcion.

Censos enfiteúticos con dominio directo. Los censos con dominio directo nunca prescriben, y esta es doctrina general en el mediodía de Europa, y los autores franceses antiguos y modernos la defienden como indubitada. El fundamento de esta doctrina consiste en que el dominio directo es imprescriptible, porque el Señor directo posee civilmente la cosa concedida en enfiteúsis, y conservando la posesion civil no puede perder su derecho; y como el censo se considera accesorio del dominio y estipulado en reconocimiento del mismo, no prescribe tampoco porque no prescribiendo lo principal no puede prescribir lo accesorio. Añádase á esto que nadie puede prescribir contra su título, ni cambiarse á sí mismo la causa y principio de la posesion; de consiguiente el que posee en virtud de un contrato de enfiteúsis no puede prescribir á su favor el dominio directo y el censo á él anexo, que en el contrato que le sirve de título quedó reservado á favor

de otra persona. La ley 7 Cod. *De præscript. triginta vel quadraginta annor.* ya dijo que el enfiteuta por ningun espacio de tiempo puede prescribir el dominio, *cum in eodem statu semper manere datas jure emphiteutico res oporteat.* Cancer, *Var. resol.* part. 3.<sup>a</sup> cap. 4 n. 202, dice que el dominio útil se reputa respecto al directo como una especie de servidumbre, porque así como la servidumbre limita el dominio del predio sirviente, el dominio directo limita el del Señor útil. Y como el censo sigue al dominio directo á la manera de derecho accesorio, lo que se dice del dominio directo debe decirse del censo que se paga en reconocimiento del mismo. Los autores franceses están conformes con esta doctrina. Véase Pothier, tomo 10, Tratado de la prescripcion, 1.<sup>a</sup> parte, cap. 5.<sup>o</sup> § 1.<sup>o</sup> n.<sup>s</sup> 133 y 134; Le Roux de Bretagne, *Nouveau traité de la prescription* chap. 7 art. 2 n. 429, etc. En igual sentido se espresan los autores catalanes. Véanse Cancer, *Var. resol.* parte 3.<sup>a</sup> capítulo 4 n.<sup>s</sup> 175 á 182, y Fontanella, *De pactis nuptialibus* cláusula 4.<sup>a</sup> glos. 18 parte 1.<sup>a</sup> n. 136, 137, 138 y 139. Fontanella dice que esto se observa inconcusamente en Cataluña, y que en este sentido ha visto proferir *sexcentas sententias et ultra.*

Para que prescriba el dominio directo y el censo que por él se presta es necesario que ocurra un acto positivo de interversion de la posesion, desde el cual empiece el enfiteuta á poseer por derecho pleno. Por esto dice Jaime de Monjuich n. 7, que para que el enfiteuta pueda prescribir el censo se necesita una interversion de la posesion, por ejemplo que el Señor hubiese pedido el censo y el enfiteuta se negase á prestarlo pretendiendo que no estaba obligado á ello y que poseia la finca como alodial y no sujeta al dominio de nadie, y si desde el tiempo en que existió esta denegacion hubiese transcurrido el ordinario de la prescripcion sin que el Señor directo hubiese reclamado sus derechos judicialmente, el enfiteuta habria prescrito el censo en su totalidad y el dominio directo. Lo mismo dice Cancer en el lugar citado, y en el n.<sup>o</sup> 185 añade que si uno compra la cosa enfiteutica de buena fé como libre sabiendo el Señor la enajenacion, y la posee el nuevo adquirente por 30 ó 40 años sin que el Señor cobre el censo, habrá prescrito el censo y dominio.

Como el censo puede separarse del dominio directo por medio de una enajenacion que el Señor directo haga á otra persona, ya del simple dominio, ya del derecho de cobrar el censo, podria dudarse si este censo enfiteutico separado del dominio directo prescribirá por el solo transcurso de los 30 años sin haberse exigido. Aun en este caso, convienen los autores, incluso los franceses, en que se considera como accesorio del dominio directo y que es imprescriptible.

Pero el censo con dominio directo, si bien no puede prescribir en su totalidad, puede prescribir en parte si durante el tiempo de la prescripcion se ha pagado en mas ó menos cantidad de la estipulada en el contrato enfiteutico.

Censos con dominio mediano. Lo que se ha dicho del censo con dominio directo es aplicable á los censos con dominio mediano de la ciudad de Barcelona, porque el dominio mediano es una desmembracion del directo y una parte de él.

Censos enfiteúticos en nuda percepcion. Dejando pues fuera de cuestion los censos con dominio, vamos á tratar de la prescripcion de los censos sin dominio, que en Castilla se llaman *reservativos* y en Cataluña *en nuda percepcion*, aunque en rigor no puede decirse que sean iguales los censos reservativos de Castilla á los censos en nuda percepcion de Cataluña, porque los primeros se crean por medio de una venta y los segundos por medio de un enfiteusis, de manera que el censo en nuda percepcion en Cataluña es un verdadero censo enfiteútico, y por esto aunque se demostrase que son prescriptibles los censos reservativos, no se seguiria de ello que lo son los censos en nuda percepcion. Esta diferencia la ha notado muy bien Cancer *Var. resol.* pars 3.<sup>a</sup> cap. 4.<sup>o</sup> n<sup>o</sup>s 193 á 200.

Antigüedad de la disputa sobre la prescripcion de los censos sin dominio: fundamentos de una y otra opinion. Como este Tratado de la prescripcion se limita al derecho catalan, hemos de referirnos á los censos en nuda percepcion; mas aun así, no es posible prescindir de lo que se ha dicho en otras partes sobre la prescripcion de los censos sin dominio. Esta cuestion no puede abordarse ligeramente, y desde tiempos muy remotos han estado discordes en su resolution Jurisconsultos muy eminentes. No ha sido pues del todo exacto el Sr. Alonso Martinez cuando, tocando incidentalmente una cuestion tan delicada en su contestacion al discurso de recepcion del Escmo. Sr. D. Cirilo Alvarez Martinez en la Academia de Ciencias morales y políticas en 13 de Junio último, ha dicho, como para poner fuera de la ley á los que profesan la opinion contraria, que la doctrina de la prescripcion de los censos estaba fundada en los eternos principios del derecho. Esta frase de efecto, que pasa irrefutada en un discurso académico, seria combatida en una discusion forense como conteniendo una peticion de principio, ó haciendo supuesto del objeto de la cuestion. Precisamente esto es lo que se está disputando, *quien está dentro de los principios de derecho*, porque tanto los defensores como los adversarios de la prescripcion de los censos sin dominio directo sostienen que la opinion que defienden está fundada en aquellos principios. Ya muchos siglos atrás iniciaron esta disputa dos notables jurisconsultos, Bulgaro y Martin, diciendo el primero que desde el dia en que deja de pagarse la pension corre la prescripcion de todos los años y por consiguiente la del derecho de cobrarlas en lo sucesivo, y el segundo que cada año empieza su prescripcion respectiva, es decir la del derecho de cobrar la pension de aquel año, y así si dejaron de pagarse las pensiones por treinta años ó por el tiempo señalado para la prescripcion en cada país, han pres-

crita todas las anualidades que esceden del tiempo fijado por la ley, pero no las que no llegan al mismo, ni las futuras. Cada una de estas opiniones ha tenido sus defensores, y ambas cuentan con razones de derecho en que fundarse. La de Bulgaro reconoce por fundamento la presuncion de que el que por tantos años ha dejado de cobrar las pensiones ha abandonado por completo su derecho y por lo mismo debe dársele por decaído en él, ya por la presuncion de haberlo renunciado, ya como castigo á su negligencia, que son los fundamentos principales de la prescripcion. Pero en contra de esto dicen los que siguen la opinion de Martin, que el que deja de cobrar las pensiones de un censo durante 30 años, se presume que ha abandonado el derecho de cobrar aquellas pensiones que por tanto tiempo ha dejado de exigir, pero no las futuras, ni el derecho al percibo del censo para lo venidero, porque la presuncion no debe llevarse mas allá del objeto sobre que recae, y por consiguiente no puede estenderse á mas que á la renuncia de la pension ó pensiones cuyo cobro se ha descuidado por 30 ó mas años; y en efecto si estudiamos á fondo el carácter humano nos convenceremos de que ninguno de los que descuidan por mas de 30 años el cobro de pensiones entiende renunciar el capital ni darlo por perdido, y que el acreedor censualista omiso, á pesar de la desidia en el cobro de las pensiones pasadas, conserva el ánimo de exigir las futuras, mucho mas cuando á veces esta omision reconoce por causa un sentimiento de compasion hácia la persona de un deudor desgraciado: no debe pues llevarse la presuncion mas adelante de lo que la razon nos dice que acontece en la generalidad de las personas que se encuentran en este caso. Y estas razones adquieren mas fuerza si consideramos que la prescripcion es odiosa, y que no debe dársele una interpretacion estensiva, sino mas bien restrictiva. Lo mismo habrá que decir si nos referimos al otro fundamento de la prescripcion, el castigo de la negligencia. El que ha sido negligente en cobrar las pensiones de un censo es justo que sufra el castigo de su negligencia perdiendo aquellas pensiones que ha sido negligente en cobrar. Pero si además de perder las pasadas se le priva de cobrar las futuras, se le condena á la pérdida del capital, siendo así que la negligencia en el cobro no ha recaído sobre el capital, sino sobre las pensiones, y por lo tanto el castigo va mas allá de la cosa sobre que ha recaído la falta.

Hay otras razones todavía en apoyo de la opinion de Martin. Nadie puede prescribir contra su título; de consiguiente el que posee una cosa en virtud de un título de concesion á censo, no puede adquirir por prescripcion la libertad de este censo para lo futuro tan sólo porque el perceptor haya dejado de cobrar cierto número de pensiones, pues adquiriendo la libertad completa prescribiria contra su título, y aun contra lo que constituye la esencia del título, lo cual no se admite jamás.

Por fin, segun los principios sentados arriba, siendo el censo un derecho real, necesita para la prescripcion, además del tiempo marcado por la ley,

el requisito de la cuasiposesion por parte del que ha de adquirir la libertad del censo, y esta cuasiposesion no puede consistir meramente en el hecho de dejar de pagar las pensiones porque el acreedor sea omiso en cobrarlas, pues el título que conserva en su poder el poseedor de la finca, y en el cual consta su obligacion de pagar el censo, se opone á que posea con el ánimo de tener la libertad de este gravámen. Para que el dueño de la finca adquiriera la casiposesion de la libertad del censo se necesita que haya mediado un acto de aquellos que se denominan *interversion de la posesion* y que desde este acto hayan pasado 30 años sin intentar demanda el percceptor del censo; por ejemplo, que el acreedor hubiese pedido el censo, y el poseedor de la finca se hubiese negado á prestarlo pretendiendo que la finca no venia obligada á ello, y que desde que tuvo lugar esta denegacion hubiesen transcurrido 30 años sin que el acreedor hubiese reclamado su derecho en juicio: en este caso el censo ha prescrito enteramente para lo futuro. Declarar la prescripcion del capital de un censo sin que exista esta *interversion* y sólo por la falta de pago de 30 pensiones vencidas, seria reconocer la prescripcion de un derecho real sin la casiposesion por parte del que prescribe, lo cual, en derecho catalan por lo menos, no está admitido por la opinion ni por la costumbre.

Lejos pues de ser la opinion de Bulgaro la que puede invocar exclusivamente á su favor los eternos principios del derecho, creemos que con mas razon puede apoyarse en ellos la de su adversario Martin.

Falta ver en este conflicto de opiniones, cuál se ha seguido desde tiempo inmemorial en Cataluña.

Jurisprudencia francesa sobre la prescripcion de los censos sin dominio directo, favorable á la prescripcion. Ante todo diremos que en Francia ha prevalecido la opinion de Bulgaro favorable á la prescripcion del capital y de las pensiones futuras; pero no hemos de ir á buscar nuestra jurisprudencia en tierras extranjeras.

Jurisprudencia de Castilla sobre la prescripcion de los censos reservativos indecisa. En Castilla, si es cierto lo que indica el Sr. Alonso Martinez en la corta excursion que sobre este punto hizo en su discurso de contestacion al del Sr. Alvarez, la opinion de Martin era la dominante, pues leemos en aquel discurso que en oposicion á las opiniones entonces dominantes sentó el señor Alvarez una doctrina nueva, lo cual prueba, contra la intencion que revela esta frase, que la verdadera jurisprudencia de Castilla estaba contra la prescripcion de las pensiones futuras en el censo reservativo, y que se ha tratado de perturbarla; y como despues de establecida en un país cierta jurisprudencia, no está al arbitrio de nadie el alterarla, ni aun del Tribunal Supremo, cuya mision es de uniformar la jurisprudencia, y no de variar la establecida, derecho propio del poder legislativo, tendre-

mos que la verdadera jurisprudencia de Castilla es contraria á la prescrip-  
cion de las pensiones futuras del censo. De paso nos permitiremos observar  
que no es cierto por ahora que la doctrina de la prescriptibilidad de los  
censos haya recibido la consagracion del Tribunal Supremo de Justicia,  
como en dicho discurso se supone, pues existen sentencias en sentido con-  
trario (1) y por lo tanto no puede decirse que tengamos jurisprudencia es-  
tablecida por el Supremo Tribunal, ni se ha pronunciado todavía la última  
palabra sobre una cuestion, que, digan lo que quieran los modernos Bul-  
garistas, quedará abierta á un perpétuo palenque entre estos y los Marti-  
nistas hasta la fin del mundo.

Bueno es advertir además que la cuestion de la prescripcion de los censos  
reservativos de Castilla no es de gran influencia en Cataluña para la deci-  
sion de la que se refiere á los censos en nuda percepcion, porque siendo  
muy diferentes estas clases de censos, como observa Cancer, pueden ser  
prescriptibles los primeros, sin que por esto deban serlo los segundos.

Jurisprudencia de  
Cataluña sobre la  
prescripcion de los  
censos en nuda per-  
cepcion, contraria á  
la prescripcion de  
las pensiones futuras

En Cataluña, á la cual debemos concretar este tratado  
de prescripcion, se ha seguido siempre la opinion de  
Martin, contraria á la prescripcion de las pensiones futu-  
ras, no obstante que los tratadistas catalanes omiten por  
lo general este punto, y que Cancer, *Var. resol.* pars 1.<sup>a</sup>  
cap. 15 n. 40, adopta la opinion de Bulgaro, afirmando  
que la sigue tambien la Audiencia de Cataluña. Pero nótese que cuando  
Cancer sienta esta doctrina no se refiere especialmente á los censos en nuda  
percepcion, sino á las prestaciones anuales en general, y que en la parte 3.<sup>a</sup>  
capítulo 4 n.º 193 á 200 hablando de los censos en nuda percepcion de Cata-  
luña opina que aunque dejen de pagarse por 30 ó 40 años no prescriben  
totalmente para lo futuro si no se ha verificado alguna interversion en la  
posesion, porque le parecen distintos de los reservativos, de Castilla (que en  
su opinion prescriben para lo futuro como simples prestaciones anuales) en  
cuanto los censos en nuda percepcion catalanes se constituyen por medio de  
un contrato enfiteútico como los censos con dominio, y si no llevan anexo el  
dominio, revisten un carácter muy parecido á él y pueden imponerse con  
derechos de firma y fadiga. Añade Cancer que la Audiencia falló en el  
año 1606 segun su opinion. La doctrina de Cancer, que tiene su apoyo en la  
razon de la ley 6 Cod. *De præscriptione 30 vel 40 annorum, — cum in eodem*

(1) Por una sentencia de 9 Junio de 1866 el Tribunal Supremo mandó pagar un censo  
que el demandado decia no haber pagado durante cincuenta años y por tanto oponia la  
prescripcion. «Considerando, dice la sentencia, que no reuniendo la prescripcion todos  
los requisitos necesarios en el presente caso no se ha infringido la ley 63 de Toro.»  
Los requisitos necesarios no podian ser otros que el ánimo de poseer la finca como libre  
del gravámen del censo, es decir una interversion en la posesion, y de este modo venimos  
á parar á la opinion de Martin: «no hay prescripcion sin interversion.»

*statu semper manere datas jure emphiteutico res oporteat* — ha sido seguida inconcusamente desde que él escribió hace mas de dos siglos, y sólo de pocos años á esta parte el interés particular ha querido ponerla en duda. Los censos en nuda percepcion, que son verdaderos censos enfitéuticos, nunca se han considerado prescriptibles para lo futuro á no mediar una intervencion de la posesion, y está tan arraigada en el país esta costumbre, que si se preguntase á la persona mas ruda, por ejemplo á un labrador, á una mujer, qué sucederá si uno deja de pagar durante medio siglo la pension de un censo, la contestacion seria que tendrán que pagarse 29 pensiones, y 39 si el acreedor fuere eclesiástico. Tal es la verdadera jurisprudencia práctica catalana conocida de todo el país, que sólo pudiera variarse por una disposicion legislativa, y que aun esperamos ver confirmada por el Tribunal Supremo de la Nacion. Hasta ahora no puede decirse que haya sido desestimada, pues casi todas las sentencias de casacion dictadas sobre prescripcion de censos han recaido en pleitos de Castilla ó de provincias que se rigen por sus leyes, y la mayor parte se refieren á censos que nunca se habian pagado, y á pesar de esto no hay entera conformidad, porque en algunas se ha declarado contra la prescripcion.

Prescripcion del capital de los censales. En cuanto á la prescripcion del capital de los censales por falta de pago de sus pensiones, la resolucion se presenta mucho mas difícil. El censal es un derecho esencialmente personal, ni siquiera necesita estar asegurado con la hipoteca de bienes inmuebles, y si lo está, la hipoteca no figura en él sino como un derecho accesorio. No pueden por lo tanto aplicarse á la prescripcion de los censales las reglas de la prescripcion de derechos reales, ni cabe considerar como un requisito para la prescripcion la posesion ó la casiposesion del derecho, y con arreglo á los principios que dejamos sentados debiera bastar la negligencia del acreedor. Por otra parte los autores catalanes, que guardan silencio sobre la prescripcion de los censos en nuda percepcion, ó se pronuncian en contra de su prescripcion completa, están discordes respecto á la de los censales, en caso de dejar de pagarse sus pensiones. Cancer y Fontanella se deciden á favor de la prescripcion del capital. Véase Cancer *Var. resol.* pars 1.<sup>a</sup> cap. 15 núm.<sup>s</sup> 40 y 41, y Fontanella *De pactis nuptialibus* cláusula 4.<sup>a</sup> glosa 18 pars 5.<sup>a</sup> núm.<sup>s</sup> 15 á 19. Mieres y Ripoll están en contra. El primero de estos hablando de la prescripcion de los censales dice «que tiene lugar sólo contra las pensiones contando la prescripcion del dia del vencimiento de cada una; pero no corre la prescripcion contra la propiedad (es decir el capital), á no ser que se intervenga la posesion.» Ripoll *Var. resol.* cap. 14 n. 254 dice que no corre la prescripcion contra el capital del censal, mientras hay lugar á su exaccion y mientras no se interrumpe la posesion. Vives en su *Traduccion de las Constituciones de Cataluña* nota 9 á la Const. 5 tit. 11 lib. 7 vol. 1.<sup>o</sup> trata de conciliar las opinio-

nes contradictorias de los autores catalanes segun el parecer de varios jurisconsultos, diciendo que si se tratase de un censal antiguo del cual no hubiese noticia que se hubiesen pagado jamás las pensiones y concurriesen de otra parte algunas circunstancias particulares, como la de accionar el actor en virtud de una segunda copia, hallándose la primera en poder del supuesto deudor censalista, ó algunas otras circunstancias que manifestasen que es muy probable haberse verificado la quitacion, entonces podrá ser procedente el que se declare la prescripcion, porque en concurso de estas circunstancias el deudor, á mas de las doctrinas que citan Fontanella y Tristany, tiene la presuncion de haber redimido el censal. Si empero no hay sino la simple negativa de haber pagado por el decurso de 30 ó 40 años sin otra circunstancia, entonces no debe admitirse la prescripcion, á no ser que pruebe haber discurrido 30 ó 40 años desde el dia en que habiéndose pedido una pension se resistió al pago, ó alguna otra circunstancia de las indicadas. En efecto la distincion que hace Vives es la que han hecho de tiempo inmemorial los Abogados catalanes, y además de ser muy racional y justa, ha sido seguida, por lo menos desde mediados del siglo pasado, de manera que forma la verdadera jurisprudencia práctica de Cataluña en materia de prescripcion de censales.

En la diócesis de Gerona ocurrió sobre este asunto una cosa singular. Observábase tambien en dicha diócesis por costumbre antiquísima la opinion contraria á la prescripcion del capital y pensiones futuras de un censal por el solo trascurso de 30 ó 40 años sin haberse satisfecho sus pensiones; pero el Rey D. Fernando II á 9 Noviembre de 1512 espidió una Pragmática revocando aquella costumbre, suponiéndola contraria al Usage *Omnes causæ*. El Cabildo eclesiástico y el Clero de Gerona reclamaron contra esta Pragmática, alegando que no podia dictarse en perjuicio suyo, y el Rey en 18 Junio 1513 suspendió sus efectos hasta que se decidiese el pleito que sobre la validez de la costumbre debia promover el clero de Gerona ante la Audiencia. En este pleito se declaró que la Real Pragmática no podia comprender los negocios de interés de la Iglesia y de los Clérigos, y desde entonces los censales han prescrito en la Diócesis de Gerona contra los laicos y no contra los eclesiásticos.

En el resto del territorio catalan la opinion ha estado siempre decidida en contra de la prescripcion del capital del censal por el solo transcurso de los 30 ó 40 años sin haberse pagado las pensiones, habiéndose seguido inconcusamente desde tiempo inmemorial la costumbre de no prescribir mas que las pensiones pasadas, hasta que algunos años hace el interés particular ha suscitado sobre esto pleitos que cuarenta ó cincuenta años atrás nadie se hubiera atrevido á intentar.

Si buscamos la razon porque en este punto nuestros antecesores se separaron de los principios de derecho, que abogan por la prescripcion del capital, acaso la encontraremos en el predominio que ejerce entre los catalanes

el resultado práctico, para la decision de todas las cuestiones, sobre los principios teóricos. Los jurisconsultos de este país resuelven las dudas legales teniendo mas bien fijo en su mente el efecto moral y material que ha de producir la resolucíon en uno ú otro sentido, que las prescripciones de las reglas abstractas de la ciencia; y siguiendo estas tendencias naturales en el pueblo catalan, nuestros antecesores creyeron seguramente que la prescripcíon del capital de un censal por el solo transcurso de 30 ó 40 años sin haber pagado sus pensiones envolvia una iniquidad, por mas que estuviese conforme con los principios de derecho; observaron que muchas veces el dejar pasar 30 años sin cobrar las pensiones de un censal no arguye siquiera negligencia, porque puede ser efecto de enfermedades, de desgracias de familia, de largas ausencias, de guerras prolongadas, de la delacion de la herencia á un menor, á un impúber, á una mujer, del descuido de los tutores y curadores que olvidan reconocer los papeles de la familia y enterarse de sus derechos, y que en estos casos, que son frecuentes, parece bastante pena la pérdida de las pensiones que dejaron de cobrarse por mas de 30 años, y el estender esta pena hasta la pérdida del capital seria dar una amplitud indebida, exagerada é inicua á los fundamentos de la prescripcíon; recordaron que esta fué una invencíon del derecho civil restrictiva del natural. y que considerada como odiosa, — *iniquum praesidium*— en la aplicacion de sus preceptos debe preferirse la interpretacion restrictiva; que ha de evitarse el escesivo rigor del derecho cuando puede conducir á una gran injusticia — *summum jus, summa injuria*;— que la pérdida de un capital, que puede ser cuantioso, no debe decretarse sin motivos gravísimos, porque es un ataque á la propiedad, y no parece suficiente motivo el haber sido el acreedor descuidado en el cobro de los intereses de este capital; que en Cataluña los censales constituyen una gran parte de la propiedad y que se la heria de muerte destruyendo todos estos capitales en detall bajo el pretesto de la prescripcíon; que no en vano se llama jurisprudencia la ciencia destinada á estudiar, interpretar y aplicar las leyes, porque la aplicacion de los principios legales requiere suma discrecion y prudencia á fin de no convertir en perjuicio de los hombres aquello que ha sido introducido para su bien; y por fin que hasta las mismas leyes recomiendan que en su formacion é interpretacion se tenga siempre presente la equidad. Todo esto tuvieron presente los antiguos catalanes, y arredrándose ante los resultados de la aplicacion de los principios de derecho á la prescripcíon de los censales, deseando evitar el mal que á la propiedad se ocasionaria con la pérdida de capitales considerables, prefirieron al riguroso derecho, al *summum jus*, la equidad tan sábiamente recomendada en la ley 8 Cod. *De pactis conventis* — *quoniam conditores legum aequitatis convenit esse fautores*. Esta es en nuestro sentir la causa de la jurisprudencia arraigada en Cataluña en contra de la prescripcíon del capital de los censales por falta de pago de sus pensiones. El buen sentido prác-

tico y el amor á la propiedad innato en los catalanes les hicieron preferir la equidad al rigor del derecho. Puede tambien haber contribuido á ello la similitud del censal con el censo en nuda percepcion, por ser innegable que, aunque el primero sea un derecho personal y el segundo real, se parecen en sus efectos, y por lo mismo quiso aplicarse á los censales la jurisprudencia que sobre prescripciones regia respecto á los censos en nuda percepcion.

Lo que hemos dicho hasta ahora se refiere únicamente á la prescripcion ordinaria, que es la de 30 años contra los laicos y de 40 contra las Comunidades y personas eclesiásticas. Puede ahora preguntarse: ¿tendrá lugar la misma regla en la prescripcion inmemorial? mas claro, ¿cuando las pensiones de un censal han dejado de pagarse por tiempo inmemorial, su capital tampoco habrá prescrito? Fontanella se dirige esta pregunta cuando habla de la costumbre que habia en la diócesis de Gerona en contra de la prescripcion del capital por falta de pago de las pensiones, y contesta que la prescripcion centenaria ó inmemorial no queda excluida, á no ser que pudiese probarse que la costumbre antigua no sólo excluia la prescripcion ordinaria, sino tambien la inmemorial, lo cual cree Fontanella que no es así. Véase Fontanella *De pactis nuptialibus* cláusula 4.<sup>a</sup> glosa 18 pars 5.<sup>a</sup> n.<sup>s</sup> 69, 70, 71 y 72. Tristany dice que no queda excluida la centenaria ó inmemorial. Esta es tambien nuestra opinion, porque cuando uno deja de cobrar durante un siglo ó por tiempo en que no hay memoria de hombres en contrario las pensiones de un censal, parece haber demostrado bastante el ánimo del abandono completo de aquel derecho, ó hay lugar á creer que el censal ha sido redimido; por consiguiente esta prescripcion ha de arrastrar consigo la pérdida del capital.

Reglas de la prescripcion de los censales segun la jurisprudencia catalana.

Resumiendo la doctrina verdadera y genuina de la prescripcion de los censales en Cataluña, segun la interpretacion conciliadora de Vives y la costumbre que hemos visto observada desde nuestros primeros años de práctica notarial, que alcanzan á medio siglo, podemos reducirlas á las siguientes reglas:

1.<sup>a</sup> Por punto general el transcurso de 30 ó de 40 años sin haberse cobrado las pensiones de un censal no ocasiona la pérdida del capital, ni de las pensiones futuras, ni de las 29 ó 39 que no han prescrito, sino sólo de las que alcanzan ó esceden del término de la prescripcion. O en otros términos: la prescripcion ordinaria de los censales en Cataluña por falta de pago de las pensiones no afecta sino á las pensiones prescritas, dejando salvo el de las no prescritas y de las futuras, y en su consecuencia el del capital en su caso y lugar.

2.<sup>a</sup> Prescribirá no obstante el capital y todas las pensiones pasadas y futuras en los casos siguientes: 1.<sup>o</sup> cuando se hubiese verificado una especie

de interversion en la posesion, á saber cuando el perceptor del censal pidiere una pension, aquel á quien la pida se denegare á satisfacerla, poniendo en duda el derecho del perceptor, y desde este hecho hubiese transcurrido el término de la prescripcion sin haberse intentado demanda judicial: 2.º si se tratase de un censal antiguo del cual no hubiese noticia que se hubiesen pagado jamás las pensiones: 3.º si concurriesen algunas circunstancias que indujesen vehementes indicios de haberse verificado la redencion del censal: 4.º si la prescripcion fuese de tiempo inmemorial.

Prescripcion del pacto de redimir en las ventas á carta de gracia ó con pacto de retro. Dos especies de ventas de esta clase.

Falta dilucidar otra cuestion, para nosotros muy clara, entre los que no conocen nuestro territorio muy debata, la de la prescripcion del derecho de redimir en las ventas con pacto de retro. Tampoco es nueva esta controversia; desde muy antiguo se ha disputado si el derecho de redimir en esta clase de ventas es ó no prescriptible, optando unos jurisconsultos por la afirmativa y otros por la negativa. Y unos y otros tienen razon, porque no se ha tenido en cuenta que hay dos especies de ventas con pacto de retro, y que en las unas el derecho de redimir es prescriptible y en las otras no lo es, ó con mas exactitud no lo es sin que haya adquirido la cuasiposesion el que prescribe y la haya perdido aquel contra quien se intenta prescribir.

Primera especie de ventas con pacto de retro: Francia, Castilla.

Examinemos estas dos especies de ventas. Una de ellas, la mas conocida y la mas vulgarizada, consiste en vender una finca por todo su valor, pero con el pacto de que siempre que el vendedor restituya el precio al comprador, éste deba retrovenderle la finca. Por lo regular se señala un tiempo para usar de esta facultad, por ejemplo diez, veinte, treinta ó cuarenta años, pasados los cuales sin hacer uso del derecho de recuperar, no puede el vendedor utilizarlo en lo sucesivo. En esta especie de ventas con pacto de retro, el pacto de redimir no es de esencia, porque satisfecho como está por el comprador todo el valor de la finca podria muy bien otorgarse la venta por el mismo precio que en ella figura y sin el pacto de redimir: este pacto se considera accidental, como la generalidad de los pactos que se estipulan en las escrituras de venta. El derecho de redimir en semejante especie de contratos no tiene valor alguno, y rigurosamente hablando es un derecho personal que puede ejercer el vendedor y sus herederos contra el comprador y los suyos, pues no se concibe un derecho real sin valor efectivo. Por la misma razon no se presta á su trasmision en favor de un tercero, y menos por título de venta, pues no podria estipularse un precio por un derecho que carece de valor. De esta manera acostumbran verificarse las ventas con pacto de retro en Francia, en Castilla y en otras provincias de España, fuera de Cata-

luña. En los países en donde está en práctica este sistema, el pacto de redimir prescribe pasado el tiempo de la prescripción ordinaria, si no se ha señalado un tiempo determinado en la escritura. La razón es evidente: se trata de un derecho personal y no puede por lo mismo exigirse la cuasiposesión por parte del prescribente: los derechos personales son objeto de la prescripción extintiva y prescriben con el solo transcurso del tiempo ordinario de la prescripción si no se ha hecho uso de ellos. Además dicen los autores franceses que el artículo 2240 del Código civil, que declara que nadie puede prescribir contra su título, debe entenderse con esta distinción, á saber, que no puede prescribirse contra lo que es de esencia del título, pero sí contra lo que no es mas que accidental. Véanse Pothier, Troplong, Le Roux de Bretagne y otros. Las facultades, añaden, son imprescriptibles cuando proceden de la naturaleza ó de la esencia del contrato. Y como la facultad de redimir una finca vendida con pacto de retro en Francia no es de la esencia del contrato, porque vendida la finca por todo su valor constituye un pacto puramente accidental, que podría omitirse dejando subsistente la venta con el mismo precio convenido y con todo lo demás en ella estipulado, es de ahí que en aquella nación puede prescribir la facultad de redimir, y prescribe efectivamente si no se hace uso de ella dentro del término de 30 años. Por fin, cuando la finca ha sido vendida con pacto de retro por todo su valor, la prescripción de la facultad de redimir no ocasiona al vendedor la pérdida de un céntimo, tan sólo le priva del derecho de convertir una cantidad de dinero en especie; pero no produciéndole una pérdida material, no le causa daño, porque sus capitales no disminuyen: bajo este concepto la prescripción no es contraria á la equidad, ni á los principios de justicia.

Adviértase que aunque hemos dicho que vendida la finca por todo su valor el derecho de redimir no puede considerarse mas que como personal, en Francia algunos autores, entre ellos Pothier, lo dan como real, porque dicen que puede ejercerse contra cualquier poseedor; pero esto no obsta para su prescripción, porque en aquella nación los derechos reales se conceptúan capaces de la prescripción extintiva (doctrina no admitida en Cataluña), y de consiguiente pueden prescribir por el solo transcurso del tiempo sin que se haya hecho uso de ellos.

En Castilla no es admisible la opinión de los autores franceses que consideran el pacto de redimir como derecho real, porque existe una ley, la 42 tít. 5.º Part.ª 5.ª, que lo califica de personal, puesto que lo concede al vendedor y á sus herederos contra el comprador y los suyos, y no contra terceros. Es evidente que semejante derecho debe prescribir por el solo transcurso del tiempo señalado por la ley para la prescripción de las acciones personales, y así lo ha declarado el Tribunal Supremo en varias sentencias.

Segunda especie de ventas con pacto de retro: Cataluña. La otra especie de ventas con pacto de retro, rara en Castilla, rarísima en Francia, en Alemania y en el resto de Europa, y vulgar en Cataluña, que la ha convertido en un elemento de crédito territorial y de mutua especulación, consiste en vender la finca por la mitad ó mas de su justo valor, pero nunca por su valor total, quedando en poder del vendedor la facultad de redimirla, que representa la parte de valor que ha dejado de cobrar del comprador de la finca. En este caso el derecho de redimir es un verdadero derecho real, de valor considerable, muchas veces igual al que tiene la finca en poder del comprador, porque si una casa de valor 8000 pesetas se vende á carta de gracia, que es el nombre que se da en Cataluña al pacto de retro, por precio de 4000 pesetas, mitad de su justo valor, el derecho de redimir valdrá otras 4000 pesetas. Verificado el contrato, el vendedor se encuentra en la cuasiposesion del derecho de redimir, y el comprador en la posesion de la finca, pero con el dominio limitado por aquel derecho, así como el dueño útil lo tiene limitado por el dominio directo y el dueño de un predio sirviente lo tiene limitado por la servidumbre que presta al predio dominante. La finca circula pasando de uno á otro comprador por el mismo precio por el que fue vendida á carta de gracia, y el derecho de redimir circula tambien enajenándose por su propio valor, á semejanza del dominio directo, y muchas veces despues de cierto tiempo, quizás despues de un siglo, vuelve á reunirse el derecho de redimir con la propiedad de la finca, (como se consolida el dominio directo con el útil), ó porque el que tiene el derecho de redimir hace uso de él y recupera la finca, ó porque el dueño de ésta compra el derecho de redimir, ó porque el uno sucede al otro por testamento ó abintestato. Este cúmulo de analogías han hecho que en Cataluña se aplicasen al derecho de redimir una finca vendida con pacto de retro las mismas reglas que al dominio directo, valiéndonos del principio: *ubi eadem est ratio, eadem oportet esse juris dispositio*, pues tal como se ha organizado en este territorio el pacto de retro la relacion es idéntica. Por medio del enfiteusis se hace una division del dominio en dos partes, creándose un derecho real llamado dominio directo, que tiene su valor, que circula, y que representa un trozo arrancado de la propiedad; por medio de la venta á carta de gracia catalana tambien se divide la propiedad, segregándose de ella un derecho real que, aunque no se le dé el nombre preciso de dominio, representa tambien una parte de la propiedad y á veces una parte considerable, porque tiene su valor y circula, y en sus efectos viene á ser lo mismo que si se hubiese separado un pedazo material de la finca reteniéndoselo el vendedor y pudiéndolo enajenar libremente. En vista de esta igualdad de condiciones los antiguos catalanes arguyeron de esta manera: supuesto que el enfiteusis puede ser temporal ó perpetuo, en la venta á carta de gracia el derecho de redimir puede reservarse tambien por tiempo determinado ó perpetuamente: supuesto que en Cataluña el enfiteusis temporal no está muy

en uso, porque á escepcion de los que se denominan á primeras cepas, todos los demás se hacen perpetuos, así tambien el derecho de redimir temporal debe ser rarísimo, mucho mas cuando ofrece el inconveniente de que vendida la finca por menos de su justo valor el contrato seria lesivo para el vendedor si no se pusiese el pacto de que trascurrido el tiempo señalado sin redimir la finca, el comprador deba satisfacer al vendedor lo que mas valga la cosa vendida, razon por la cual casi todas las ventas á carta de gracia se hacen perpetuas, ó como decian muy bien los antiguos formularistas « *vendo vobis T. presentis, et vestris et quibus volueritis perpetuo instrumento tamen gratiae quodcumque redimendi mediante, seu pacto de retrovendendo interviniente,* » que es lo mismo que decir «vendo á T. y á sus sucesores á carta de gracia con el pacto de redimir perpetuamente y en cualquier tiempo.» En efecto, admitida la perpetuidad del dominio directo, era necesario admitir la perpetuidad del derecho de redimir en las ventas á carta de gracia catalana, por ser una desmembracion de la propiedad constituida en iguales condiciones. Y siguiendo el argumento de nuestros antecesores, diremos: dados todos los precedentes que se acaban de sentar, ya que el dominio directo es imprescriptible, debe serlo por necesidad el derecho de redimir en el pacto de retro catalan; ó con mas exactitud, porque no es cierto que el dominio directo ni el derecho de redimir sean absolutamente imprescriptibles: ya que el dominio directo es imprescriptible si no entra la cuasiposesion como elemento de la prescripcion, tampoco será prescriptible el derecho de redimir sino con las mismas circunstancias. Porque es necesario tener en cuenta que no es cierto que la escuela catalana sostenga que el derecho de redimir sea imprescriptible en todo caso, como no lo es tampoco hablando en absoluto el dominio directo: reconocemos la certeza de los principios sentados en los Considerandos de la sentencia del Tribunal Supremo de justicia de 30 Diciembre de 1867, y no negamos que las leyes sobre prescripcion, en especial las que se refieren á la prescripcion del dominio y derechos reales, son de derecho público, como dictadas en interés general y social y para asegurar el dominio y la propiedad, que siempre se hallarian en incierto no poniéndose un término á las reclamaciones; que conforme el derecho catalan con los principios anunciados sobre la prescripcion dispone por el Usage *Omnes causæ* que todas las acciones son prescriptibles y se extinguen no ejercitándose en el término de 30 años; que estas disposiciones no pueden derogarse por convenios particulares, y que serian ineficaces los pactos que á ellas se opusiesen; que ninguna ley coetánea ni posterior ha excluido del precepto general del Usage *Omnes causæ* los pactos de retroventa. Todo esto es cierto, y no lo niegan los autores catalanes, ni la jurisprudencia de este territorio lo rechaza: la verdadera cuestion no está en si es prescriptible el derecho de redimir en las ventas con pacto de retro, sino en los requisitos que son necesarios para su prescripcion. El Usage *Omnes causæ* dispone que todas las acciones son prescriptibles, pero no determina

los requisitos que se necesitan para la prescripcion , y así como para la del dominio es necesaria la posesion por parte del que prescribe , es consecuente, y lo confirma la Constitucion 5.<sup>a</sup> tít. 2.<sup>o</sup> lib. 7, que para la de los derechos reales será necesaria la cuasiposesion, doctrina que, derivada de dicha Constitucion, ha sido seguida siempre en Cataluña , y por esto los derechos reales no se consideran capaces de la prescripcion estintiva, sino sólo de la adquisitiva. De aquí es que así como el dominio directo nunca prescribe mientras no se verifique un acto que pueda considerarse como una interversion de la posesion ; así tampoco prescribirá el derecho de redimir en las ventas con pacto de retro, mientras no ocurra un acto de interversion de la posesion , es decir mientras el dueño de la finca no haya empezado á poseerla como libre del derecho de redimir. Por ejemplo, si queriendo usar del derecho de redimir el que lo tiene ó pretende tenerlo , se resiste á ello el poseedor de la finca, desde entonces se verifica una interversion de la posesion, porque el dueño de la finca ha demostrado el ánimo de poseerla libre de la carga de la restitucion : si desde este hecho pasan 30 años sin que el que tiene ó pretende tener el derecho de redimir intente una demanda judicial , el derecho de redimir habrá prescrito. Esto no se opone al Usage *Omnes causæ*, ni á los principios generales de la prescripcion, porque no escluye la prescripcion del derecho de redimir cuando concurren los requisitos necesarios para ella. El dominio está indudablemente comprendido en el Usage *Omnes causæ*, y por lo tanto el dominio de una finca prescribirá á los 30 años ; pero mientras el verdadero dueño conserve la posesion no prescribirá nunca, porque falta una de las condiciones necesarias para la prescripcion. ¿Habrá álguien que sostenga que el que no posee una cosa corporal pueda prescribir el dominio de ella contra el dueño que la posee y tiene legítimo título ? Semejante proposicion se consideraria absurda y aun contraria al derecho natural , y el mas inepto comprenderá que en el caso propuesto no habria prescripcion, sino una usurpacion ó un verdadero robo. Sin embargo tan contrario á la ley natural se presenta que el dueño de una finca adquirida con pacto de retro, que no la posee como libre del derecho de redimir, pueda adquirir este derecho por prescripcion contra el que tiene el título y la cuasiposesion del mismo, sea cual fuere el tiempo trascurrido desde la otorgacion de la venta : tampoco á esto se puede llamar prescripcion, sino usurpacion y robo manifiesto. Y lo es mas , porque en Cataluña se trata de un derecho valioso, se trata de quitar un capital á uno para darlo á otro, y así como en Castilla hemos dicho que la prescripcion del derecho de redimir no le hace perder al vendedor un céntimo, en Cataluña le arrebatara un capital de mas ó menos cuantía , que puede valer tanto como la finca, y aun mas , segun veremos luego, y de consiguiente cuando se concede al que no posee contra el que posee pugna con la equidad, con los eternos principios de justicia y con los sagrados é inviolables de la ley natural.

Si acudimos á las reglas sentadas por los autores franceses sobre la prescripcion de las facultades emanadas de los contratos y sobre la inteligencia del principio de que nadie puede prescribir contra su título, adquiriremos una plena conviccion de que si segun aquellas reglas el derecho de redimir en las ventas con pacto de retro otorgadas en Francia es prescriptible, no puede serlo en las que se otorguen en Cataluña, salvo siempre el caso de intervencion de la posesion. En efecto, dicen Pothier, Troplong, Le Roux y otros: «No puede prescribirse contra lo que que es de esencia del título, pero sí contra lo que no es mas que accidental.» Aplicando esta regla á las facultades emanadas de los contratos, añaden: «Las facultades son imprescriptibles cuando proceden de la naturaleza ó de la esencia del contrato, y prescriben cuando proceden de una cláusula accidental.» Y siguiendo estos principios, convienen en que en Francia es prescriptible el pacto de retro porque no constituye la esencia del contrato, sino que emana de una cláusula puramente accidental. Este razonamiento es perfectamente lógico, porque una finca que se vende por todo su valor puede venderse así con pacto de retro como sin él, y de consiguiente si se pone este pacto será una cláusula accidental del contrato, que podria muy bien omitirse dejando subsistente todo lo demás. Pero en Cataluña, en donde las ventas á carta de gracia se hacen por un precio inferior á su justa estimacion, á veces por las dos terceras partes, y hasta por la mitad, el pacto de retro es de esencia del contrato, pues el vendedor deja de cobrar una parte del precio de la cosa porque se reserva la facultad de redimirla, y estas dos circunstancias están tan íntimamente ligadas entre sí que la una no puede subsistir sin la otra, ya que el vendedor no consentiria en la rebaja del precio si no se reservase la facultad de redimir, y el comprador no admitiria la facultad de redimir si no se le bajase el precio. Resulta pues que lo uno se hace por lo otro y sólo en combinacion con lo otro, y que el pacto de retro viene á ser una cláusula integrante y complementaria de la reduccion del precio, porque si se redujese el precio á las dos terceras partes ó á la mitad, sin la facultad de redimir, el contrato seria lesivo é inadmisibile por parte del vendedor, y por esto semejantes contratos no son realizables sin el pacto de retro, que en su consecuencia no puede considerarse accidental y suprimible, sino que constituye una cláusula de esencia de estos contratos especiales ó *sui generis*, de que tanto partido ha sabido sacar Cataluña para sus transacciones sobre la propiedad. Troplong, *Le droit civil expliqué: De la prescription*, esplana bien esta idea con las siguientes palabras: «Cuando la facultad convencional es de la naturaleza ó de la esencia del contrato, ó que la cláusula constituye una parte inherente é indivisible del mismo contrato, cuando es uno de sus elementos, no tiene lugar la prescripcion.» Estas frases de Troplong parecen escritas á propósito para las ventas á carta de gracia catalanas: en ellas la facultad de redimir constituye una parte inherente é indivisible del mismo contrato y es uno de sus elementos, atendiendo á que

entra el otro elemento de la rebaja convenida en el precio, elementos que se completan y que el uno no puede existir sin el otro. «Todas las excepciones á la regla de que uno no puede prescribir contra su título, continúa Troplong, se explican por la observacion de que cuando la prescripcion no cambia la sustancia y la calidad del título, sino tan sólo modifica lo que existe de accidental en él, entonces produce su legítimo efecto. Pero lo que está inherente á la esencia del título no puede ser alterado por la prescripcion.» Es evidente que en Cataluña la prescripcion por el mero trascurso del tiempo admitida en la facultad de redimir una finca, cambiaria la sustancia y la calidad del título, porque convertiria al comprador de propietario *de parte del capital ó valor* en que fue estimada la finca, en propietario *de la totalidad*, y afecta sin duda alguna á la sustancia del título la mayor ó menor parte de la propiedad que uno ha tratado de adquirir y que ha pagado. No hay que olvidar jamás que el derecho de redimir en nuestro territorio es una porcion de la propiedad, que idealmente ya que no materialmente reserva el vendedor en su poder, y que el comprador deja de pagar, de suerte que el que compra la finca no adquiere toda su propiedad, sino una parte de ella. Todo cuanto hemos dicho se entiende siempre salvo el caso de interversion, porque cuando esta existe se puede prescribir contra lo que es de esencia del título. Por esto prescribe el dominio directo cuando ha mediado un acto de interversion de la posesion y despues han trascurrido 30 años.

La diferencia entre las dos clases de venta de que hemos hablado, y la circunstancia de ser el pacto de retro accidental en unas, esencial en otras, se revela por el nombre y la fórmula de cada una de estas dos especies de contratos. En las ventas con pacto de retro del sistema castellano y francés, la escritura se estiende como las perpetuas de su clase omitiendo la expresion de perpetua, y la facultad de redimir se pone por *pacto*, razon por la cual al contrato se le denomina venta con *pacto* de retro; de manera que con el nombre y con la fórmula se proclama muy alto que la facultad de redimir no es mas que un *pacto*, y no hay que recordar á los jurisconsultos que los pactos en una venta son cláusulas meramente accidentales y que pueden muy bien omitirse sin alterar la sustancia del contrato. En las ventas del sistema catalan la palabra *pacto* no aparece en ninguna parte, ni en el nombre del contrato ni en su fórmula. El contrato se denomina *venta á carta de gracia*, que es lo mismo que decir que el comprador posee por gracia del vendedor, que está á merced del mismo, que tiene un dominio precario, que depende de la voluntad del vendedor el revocarlo, y la escritura se estiende como las demás ventas, diciendo en lugar de «vende perpetuamente» «vende á carta de gracia,» y algunos dicen «vende á carta de gracia con derecho de redimir perpetuo,» pero no se pone pacto alguno en la escritura para reservar al vendedor la facultad de redimir. En las escrituras de este sistema no figura por consiguiente la facultad de redimir como

un pacto, sino que está unida al verbo *vende*, formando un todo con él, para indicar que no es de accidente, sino de sustancia del contrato. Esta circunstancia descubre que las ventas con pacto de retro de Francia y Castilla y las ventas á carta de gracia de Cataluña son dos contratos radicalmente distintos, y que no pueden aplicárseles las mismas reglas.

Hay otra razon en favor de la imprescriptibilidad del derecho de redimir catalan (salvo el caso de interversion de la posesion), que, aunque no tan vulgarizada, es tan fuerte como las aducidas hasta aquí. Son muchos los autores, antiguos y modernos, que sostienen que cuando la venta con pacto de redimir se hace por un precio módico es asimilable á un contrato de prenda con pacto de anticresis, y produce todas sus consecuencias, menos la de eximirse del pago de laudemio, y en su consecuencia conceptúan en este caso imprescriptible el derecho de redimir, como lo es el de recobrar la prenda pagando la deuda en el contrato pignoraticio. El autor que espone con mas claridad esta doctrina es Mantica, *De tacitis et ambiguis conventionibus* lib. 4 tit. 31 núm.<sup>s</sup> 40, 42 y principio del 43. Segun él, cuando la venta á carta de gracia se hace por el precio justo de la cosa, el derecho de redimir prescribe á los 30 años; pero si se verifica por mucho menor precio el contrato se considera feneraticio, y siempre que por cualquier conjetura el contrato de carta de gracia pueda considerarse como pignoraticio, no prescribe por tiempo alguno el derecho de redimir, porque las cosas dadas en prenda pueden redimirse siempre devolviendo la cantidad recibida, y contra esta facultad no puede oponerse ninguna clase de prescripcion. De una manera semejante se espresa Cristiano Godofredo en su excelente *Tratado de los predios* que publicó con el título de *Jus Georgicum sive Tractatus de prediis* lib. 1.<sup>o</sup> cap. 41. Dice en el n.<sup>o</sup> 31, que se tiene por infalible que el contrato de venta con pacto de retrovender y un precio módico se considera contrato pignoraticio. En los núm.<sup>s</sup> 29, 30, 31 y 32 confirma la doctrina de Mantica. Antes de esto, en los números anteriores, habia sentado que el pacto de redimir con la circunstancia de poderlo verificar en cualquier tiempo es prescriptible, porque el derecho de redimir se pide en virtud de accion personal resultante del pacto, que es accesorio de la venta, y por lo tanto se usa en la demanda la accion *venditi*, y que una accion personal no puede ser imprescriptible. Como esto lo dice antes de hablar de las ventas con pacto de retro hechas por un precio módico, se deja entender que las primeras, á las cuales aplica las leyes de la prescripcion estintiva, las supone hechas por el justo valor de la finca; de lo cual se deduce que este autor ha distinguido perfectamente las dos especies de ventas á carta de gracia, es decir las que se verifican por todo el valor de la cosa y las que se hacen por menos: en cuanto á las primeras considera el pacto de retro como accesorio y accidental en el contrato, produciendo un derecho puramente personal y por lo tanto prescriptible con el solo trascurso del tiempo;

y respecto á las segundas las califica de contrato pignoraticio y sigue la doctrina de Mantica contraria á la prescriptibilidad.

Estas doctrinas tienen una aplicacion tan perfecta al contrato de retro catalan, que el buen instinto del pueblo se las ha aplicado sin titubear. En Cataluña las ventas á carta de gracia se han convertido en un elemento de crédito territorial. Cuando un propietario necesita dinero sobre una finca, si la cantidad que pide no es muy crecida la encuentra fácilmente hipotecando una finca; pero si es muy considerable, hay muchos prestamistas que para asegurar su crédito exigen que se les venda á carta de gracia el inmueble que deberia hipotecarse, de modo que en el fondo la carta de gracia encubre un préstamo hipotecario, sólo que la hipoteca se convierte en prenda entregándose al acreedor, y se le traspasa su dominio á fin de ocultar el pacto anticrético que encierran estos contratos, que consiste en que el acreedor pueda hacer suyos los frutos de la cosa dada en prenda, sin que deban computarse en estincion del capital. Este pacto de anticresis es permitido por derecho civil; pero como no lo es por derecho canónico, sino en algun caso especial que refiere Antonino Tessauro *Decision* 78, y en Cataluña el derecho canónico debe ser preferido al romano, los antiguos catalanes para eludir las disposiciones del derecho canónico dieron al contrato de anticresis la forma de una venta con pacto de retro. Podemos decir pues que el contrato de retro catalan es una venta bastarda, y que en el fondo encubre un contrato de prenda con pacto de anticresis: se presta una cantidad asegurada sobre una finca, que en lugar de hipotecarse se entrega en prenda, cobrando el acreedor los réditos de la cosa en substitucion del interés del dinero. Esta idea está tan encarnada en el pueblo, que en el territorio de Cataluña las ventas á carta de gracia no se conocen por otro nombre entre el vulgo que por *empenyaments*, traduccion catalana del latin *impignoratio* «dar en prenda.» No es posible persuadir á un labrador cuando vende á carta de gracia que se desprende del dominio de la finca, ni al comprador darle á entender que es dueño de ella, al contrario si se le pregunta si aquella finca es suya, responde: «nó, la tengo *empeñada*» (*dada en prenda*), y considera dueño todavía al vendedor. El lenguaje de los pueblos, dice con razon don Clemente Fernandez Elías en su *Filosofía del derecho*, explica á veces ciertas ideas con una precision, con una fuerza tales, que sorprende y admira. El pueblo catalan no ha visto en este contrato la forma que le han dado los jurisconsultos para eludir las leyes; pero ha comprendido perfectamente lo que viene á ser en el fondo, y lo ha espresado de una manera gráfica con el nombre que le ha dado. Hasta en los tratos que preceden á la formacion de la escritura se descubre la naturaleza íntima de este contrato, porque se calcula el precio que se dará por él segun lo que quiere el sedicente comprador que le produzca de interés el dinero que entrega.

Por fin hay otra observacion que hacer, que sorprenderá á algunos, no

por cierto á los Notarios, ni á los jurisconsultos catalanes que cuenten con alguna práctica en el asunto, y esta observacion al paso que acabará de descubrir la verdadera naturaleza del pacto de retro catalan, aumentará la conviccion de que es imposible que prescriba, si la posesion no se intervierte, á no barrenar todos los cimientos en que descansa el derecho de propiedad. El aumento ó disminucion del valor intrinseco de la finca cede en beneficio del vendedor y no del comprador, de manera que todo lo que la finca gana ó pierde aumenta ó disminuye el precio del derecho de redimir. Conviene fijarse mucho en esta observacion, la cual prueba que el vendedor no ha enajenado mas que una porcion limitada de su derecho de propiedad, y que todo el resto lo ha reservado para sí. Así es que el precio de la posesion de la finca es fijo, y esta se enajena siempre por el mismo precio, porque el comprador no ha adquirido mas derecho á la propiedad que lo que representa aquel precio, ó en el lenguaje del vulgo no ha puesto mas dinero sobre aquella finca que la cantidad que ha dado, única que la finca le garantiza; pero el valor del derecho de redimir es variable, pues representa el resto de la justa estimacion de la cosa, y por lo tanto si esta desmerece puede sufrir una disminucion el valor del derecho de redimir, al paso que si aumenta con el transcurso del tiempo, que es lo mas comun (no siendo á consecuencia de mejoras hechas por el comprador, que le serán abonables si son necesarias ó útiles), el derecho de redimir acrece en valor, pudiendo suceder que en una finca que se ha vendido á carta de gracia por la mitad ó los dos tercios de su valor, el derecho de redimir llegue á valer con el tiempo cinco ó seis ú ocho veces mas que la cantidad que se dió como precio de la venta á carta de gracia. Véase cuán injusto seria que por el solo transcurso de 30 años sin haber ejercitado una facultad que no tiene tiempo limitado para su ejercicio, se hiciese perder al que está en cuasiposesion de la mayor parte del derecho de propiedad todo el capital que este derecho representa, en beneficio del que tiene la menor parte, que se encontraria de repente sin saberlo ni quererlo aumentada su propiedad en un quintuplo ó séxtuplo de lo que pagó y tuvo intencion de adquirir. Porque, no hay que dudarlo: en Cataluña el que adquiere una finca con pacto de retro no se considera partícipe de su propiedad sino por el capital que ha dado por ella, como si hubiese colocado este capital con garantía de la finca cobrando por interés todos sus réditos: si despues de cincuenta, ochenta ó cien años se le priva de la finca, que entonces puede tener un valor considerable, devolviéndole el pequeño capital que dió, no puede llamarse á engaño: todo ese esceso de valor no era suyo, pertenecia á otra persona, á su co-propietario, el poseedor del derecho de redimir, que en tanto es co-propietario en cuanto ceden á su favor ó en su perjuicio los aumentos ó disminuciones del valor de la cosa, lo cual no puede acontecer sino con el que tiene parte en la propiedad: el comprador ó sus sucesores si reciben la cantidad que consta satisfecha como precio de la compra, si se les indemniza, segun acostumbra hacerse y se

pacta en las escrituras, de todos los gastos pagados por el contrato de venta, si se les abonan todas las mejoras necesarias y útiles, no han sufrido ningun perjuicio: han colocado un capital á rédito; á medida que ha aumentado el valor de la finca, mas pingües han sido esos réditos, y percibiendo el capital íntegro, despues que durante cincuenta ó ciento ó mas años les ha producido el interés de doce, ó quince, ó veinte ó treinta por ciento, pueden darse por muy satisfechos, porque han realizado un buen negocio, y no seria justo que ambicionasen todavía el capital de su compañero en la propiedad. La prescripcion del derecho de redimir sin el requisito de la posesion convertiria el contrato en leonino, pues el comprador tendria todas las ventajas y el vendedor recibiria todo el perjuicio, y cuando esto sucediese este contrato dejaria de verificarse, á lo menos con las condiciones con que ahora se verifica, porque la causa de su propagacion está en los beneficios que proporciona á ambas partes.

Los autores catalanes sostienen, al igual que Godofredo y Mantica, la imprescriptibilidad del pacto de redimir cuando se hace por un precio módico, en cuyo caso se le asimila á una impignoracion. Cancer, *Var. resol.* pars 1.<sup>a</sup> cap. 13 n. 54, dice que cuando concurren tres cosas, el pacto de retrovender, la modicidad del precio y la costumbre de dar dinero á interés, el contrato se considera feneraticio y pignoraticio, y en este caso al comprador no puede aprovecharle ninguna clase de prescripcion. Segun Fontanella el pacto de retro con mucha modicidad en el precio se considera feneraticio, y por lo tanto usurario y nulo; mas para ser considerado nulo, es necesario que el precio sea menos de la mitad del justo valor: así lo dice Cancer *Var. resol.* pars 1.<sup>a</sup> cap. 13, n.<sup>s</sup> 40 y siguientes, Comes *Viridarium artis Notariæ* cap. 20 *De emptione et venditione* n.<sup>s</sup> 30, 31 y 32, y lo ha establecido una costumbre secular. Si el precio llega ó escede de la mitad, el contrato se reputa feneraticio, como lo indica su nombre vulgar, pero es válido, porque no se considera lesivo. Esta jurisprudencia ha prevalecido en Cataluña.

Y no será tan fuera de razon cuando la vemos aprobada por el célebre comentador de las Partidas para las ventas con pacto de retro de Castilla siempre que se hagan por un precio módico. Dice efectivamente Gregorio Lopez en la nota 1.<sup>a</sup> á la ley 42 tít. 5 Part.<sup>a</sup> 5.<sup>a</sup> que la facultad de redimir en las ventas con pacto de retro es prescriptible, pero exceptúa entre otros casos cuando al pacto de redimir va unida una considerable lesion en el precio (que es lo mismo que decir, cuando el precio dista mucho del justo valor de la cosa), porque entonces, segun opinion muy generalizada, el contrato se presume usurario (1) si va unido al mismo el pacto de redimir perpetuo, y en este caso tendrá efecto el pacto aun despues de pasados 30 años. Hé aquí la misma doctrina de Mantica, de Godofredo, de Cancer y de

(1) Equivale al adjetivo *feneraticio* de Mantica, que quiere decir dejar dinero á interés.

Fontanella sostenida por el ilustre intérprete del Código Alfonsino, autoridad nada sospechosa para los que quisieren examinar esta cuestion bajo el prisma del derecho español. En todos los países, bajo el influjo de todos los derechos, la modicidad del precio en las ventas con pacto de retro cambia la naturaleza y la esencia de este contrato, y lo hace imprescriptible segun la opinion de los jurisconsultos mas eminentes.

Pacto de retro entre los romanos, personal como en Castilla.

Las ventas á carta de gracia del sistema catalan, ó sea con un precio módico no fueron conocidas de los romanos. La ley 2 Cod. *De pactis inter empt. et vendit.* admite el pacto de retrovendendo, pero no como derecho real, sino personal. Dedúcese de esto que entre los romanos las ventas á carta de gracia se hacian por el total valor del inmueble vendido, por cuya razon no consideraban la facultad de redimir como derecho real, y para pedirla daban al vendedor ó su heredero la accion personal *ex vendito* contra el comprador ó su heredero. Véase dicha ley 2 Cod. Paulo de Castro fué el primero que dijo que el derecho de redimir una finca vendida con pacto de retro era un derecho real que podia ejercerse contra tercero.

Circunstancias especiales de la carta de gracia catalana.

Los autores catalanes reconocen en las ventas á carta de gracia de este territorio las circunstancias siguientes: la modicidad de precio: la perpetuidad del derecho de redimir, escepto en los casos raros en que las partes señalan un tiempo fijo para usar de este derecho: la naturaleza real de la accion destinada á pedir la retroventa: la asimilacion del contrato al de prenda con pacto de anticresis: la imprescriptibilidad del derecho de redimir, salvo el caso de intervencion de la posesion.

En cuanto al nombre que puede darse á la accion real con la cual el comprador ó sus sucesores universales ó singulares reclaman que el poseedor de la finca vendida sea condenado á firmarles retroventa de la misma, mediante el cobro del precio de la carta de gracia, gastos y mejoras, no es fácil precisarlo: los romanos no conocieron sino los pactos de retro personales, que segun la ley 2 Cod. *De pactis inter empt. et vendit.* se hacian efectivos con la accion *ex vendito*; de consiguiente no pudieron señalar nombre á una accion real que no conocian. Cancer *Var. resol.* pars 1.<sup>a</sup> cap. 13 núm. 103 dice que el vendedor puede accionar contra un tercero con la accion reivindicatoria útil, y cita la ley *Si cum venderet*, Dig. *De pignor. action.*, la cual en rigor no es aplicable al caso, porque habla del acreedor que vende la prenda. Sin embargo la opinion de Cancer viene en apoyo de la doctrina vulgar, que ha asimilado siempre este contrato al de prenda con pacto de anticresis, y confirma la idea de que el vendedor conserva un semi-dominio en la cosa, pues de otra suerte no podria concedérsele la accion reivindicatoria. Fontanella la califica de accion útil *in rem*, ó *in rem scripta*. Sea como quiera, el nom-

bre de la accion no es lo que mas interesa, sabiendo que es real y que puede ejercitarse contra tercero.

Resúmen de la doctrina de los autores catalanes en punto de la prescripcion del derecho de redimir, sacada de sus obras.

Respecto á la imprescriptibilidad de la facultad de redimir, no habiendo intervencion, todos los autores catalanes están acordes.

Cortiada, *Decision* 149, dice que segun la opinion de muchos el pacto de redimir perpetuo, ó bien concebido simplemente sin preficcion de tiempo prescribe por 30 años, y así se observa en Roma, en el reino de Francia y en Portugal; pero que en Cataluña se observa lo contrario, esto es que el pacto de redimir perpetuo ó concebido simplemente no prescribe nunca, ni por tiempo inmemorial, ni por mil años, y que esta opinion ha seguido la Audiencia de Cataluña, y tambien las de Aragon (1) y del reino de Sicilia (2). Añade Cortiada que el pacto de retrovender se cuenta entre las cosas inmuebles, y puede ejercerse contra tercero, y que el derecho de redimir puede cederse, venderse, donarse y enajenarse por cualquier título.

Ripoll, *Var. resol.* cap. 11 núm.<sup>s</sup> 224, 227, 238, 239 y 240, dice que el pacto de retrovender disminuye el valor de la cosa, y se reputa como una carga de ella, por lo cual es considerado como una parte de la cosa vendida (*unde pactum illud dicitur esse pars rei*), que el derecho de redimir se cede y traspasa á otros, y que no prescribe, porque cuando las leyes no prohiben tal ó cual modo de convenir, los contrayentes pueden hacer sus contratos del modo que quieran, y como no hay ley alguna que prohiba reservarse la facultad de redimir perpetuamente, pueden los otorgantes hacer este contrato con la condicion de redimir siempre que quieran, y es permitido este pacto porque no hay ley alguna que lo prohiba.

Cancer, *Var. resol.* pars 1.<sup>a</sup> cap. 13 n.<sup>s</sup> 51, 52 y 54, sostiene que el pacto de retrovender ilimitado no prescribe, porque el derecho de ofrecer es imprescriptible, y dice que las Audiencias de Cataluña y de Aragon admiten

(1) No es Cortiada el único que dice que en Aragon el derecho de redimir se ejerce contra tercero y es imprescriptible. Lo sientan como indubitado los tratadistas aragoneses, entre los cuales citaremos á Assin, Casana y Sesse, afirmando que es un derecho consuetudinario del reino de Aragon. No hay que estrañar sin embargo que el Tribunal Supremo con sentencia de 17 Noviembre 1865 hubiese fallado á favor de la prescripcion en un pleito de Aragon en que el recurrente invocaba el principio de derecho aragonés segun el cual la facultad de hacer uso de la carta de gracia es perpetua mientras no se establezca pacto en contrario, y la jurisprudencia constante conforme con este principio establecida por los Tribunales de Aragon. El Tribunal se fundó en que esta costumbre y esta jurisprudencia, sin embargo de que se habian alegado, no estaban probadas en los autos; y es cierto segun los principios de derecho que la costumbre debe probarse, y como los aragoneses se apoyan en un derecho consuetudinario, debia realmente haberse hecho en autos la prueba de esta costumbre.

(2) En Sicilia se dictó antiguamente una ley para que no prescribiese nunca el pacto de retro.

esta opinion, y en la parte 3.<sup>a</sup> cap. 7 n. 206 añade: « el pacto de retrovender por el mismo precio en Cataluña no prescribe ni aun por mil años, ya se haga simplemente, ya con la cláusula *en cualquier tiempo que quiera*, y esta es la jurisprudencia que se observa (*et hoc jure utimur.*)» Cancer admite la prescripcion del derecho de redimir cuando ha habido interversion de la posesion, mas para que esta se considere intervertida exige, no sólo que el poseedor de la finca la haya comprado de buena fé como libre de todo derecho de redimir, sino tambien que el cuasiposeedor de este derecho haya sabido que la enajenacion de la finca se hizo puramente y sin menclonar el pacto de retro, y haya guardado silencio por 30 años. Esta opinion de Cancer era admitida en su tiempo por la Audiencia de Barcelona, y para que se vea mas clara esta manera de entender la interversion de la posesion, copiaremos el caso que refiere dicho autor en la tercera parte de su obra cap. 4 n.<sup>s</sup> 188, 189 y 190, hablando de un pleito que él defendió y ganó. « Hace pocos dias en un pleito que se seguia en la Audiencia, Relator don Miguel Salvá y de Vallseca, opiné que un comprador de buena fé que durante cincuenta años habia poseido un fundo que le vendió puramente una persona que lo poseia á carta de gracia no habia prescrito contra el que tenia el derecho de recuperar, el cual ignoraba dicha enajenacion, y que el que habia vendido la finca con el pacto de retro podia recobrarla del poseedor por medio de la reivindicacion útil en virtud de dicha carta de gracia, y no se le podia oponer la prescripcion, puesto que no era posible imputársele negligencia, porque el derecho de redimir que cuasi poseia civilmente no se le habia intervertido ya que ignoraba la venta, y aunque la hubiese sabido por noticias recibidas, no habiendo visto la escritura, podia creer que el poseedor habia vendido la cosa con el mismo derecho con que la tenia, esto es sujeta á la carta de gracia; lo cual procede con mayoría de razon cuando no ha habido negligencia por parte del vendedor á carta de gracia, porque no debia recibir del poseedor prestacion alguna. Y en este sentido se falló en 21 Febrero de 1602 en dicho pleito que seguia entre los consortes Comes contra Margarita Ponsá, Actuario Serra Notario, y la sentencia fué confirmada en la instancia de suplicacion á 17 Febrero de 1605 por relacion de don José Dalmau. Y los Magistrados (segun por ellos supe) hubieran fallado en sentido contrario si la persona que habia concedido la finca á carta de gracia hubiese sabido que la enajenacion posterior habia sido hecha puramente y sin mencionar el pacto de retro y hubiese guardado silencio por treinta años. Esto es lo mismo que sucederia si un usufructuario vendiese como propia la finca que usufructúa: el tercero, aun comprando de buena fé, no adquiriria el dominio por prescripcion, á no ser que el propietario supiese la venta y no cuidase de impugnarla durante el tiempo de 30 años. » El racionio de Cancer, que aceptó la Audiencia de Cataluña, no está destituido de fundamento: se apoya, 1.<sup>o</sup> en que para adquirir por prescripcion no basta que posea ó cuasi posea el que prescribe, es preciso

que deje de poseer ó cuasi poseer aquel contra quien se prescribe, otramete la interversion no es completa, y no cabe prescripcion contra el que cuasi posee el derecho de redimir, mientras él no practique algun acto ó incurra en algun descuido que se pueda tomar como abandono de su posesion, segun el principio *possidenti non currit præscriptio*, y el axioma jurídico *jus meum sine facto meo à me auferri non potest*, que se infringiria admitiendo dicha prescripcion: 2.º en que la pérdida del derecho prescrito es el castigo de la negligencia del que ha dejado de reclamarlo oportunamente, y en el derecho de redimir, que puede usarse en cualquier tiempo, no cabe culpar de negligente al que no usa de él, ni entabla reclamacion alguna, cuando ignora que el poseedor de la finca la haya adquirido como libre de aquel gravámen. La comparacion que establece Cancer entre el que ha comprado una finca de buena fé al usufructuario creyéndole propietario y el que la ha comprado al que la poseia á carta de gracia creyendo que la tenia libre, es exacta é ilustra mucho estas cuestiones de prescripcion de derechos reales, que estudiadas á medias son causa de muchos errores, y de que bajo el nombre de prescripcion se verifique á veces una usurpacion de propiedad.

Pero ningun autor ha tratado esta materia con la estension y lucidez que nuestro Fontanella, que le dedicó 22 páginas en fóleo, ocupándose exclusivamente del pacto de retro en doce decisiones consecutivas, desde la 75 á la 86 y en el n.º 2 de la 194. Empieza diciendo que la facultad de redimir en otras partes se considera prescriptible segun la comun opinion de los Doctores y la decision de casi todos los Tribunales; pero que en Cataluña la Audiencia nunca ha admitido esta opinion, y ha concedido al vendedor la facultad de redimir perpetuamente la cosa si no se le ha limitado en el contrato, «lo cual, sigue diciendo, puedo atestiguar sin género alguno de duda, porque lo he visto observar así mil veces (*quod nos attestari possumus sine dubio, qui millies id observari vidimus*).»

Segun este autor el pacto de redimir es imprescriptible aunque no se diga que el vendedor se lo reserva para siempre, sino que se haga la venta á carta de gracia sin ninguna espresion que indique perpetuidad, porque siempre se supone que los contrayentes contratan segun la costumbre del país, y la de Cataluña es de que las ventas á carta de gracia sean por regla general perpetuas. De consiguiente sólo serán temporales cuando se prefije tiempo en la escritura.

Fontanella toma á su cargo la defensa de la jurisprudencia adoptada en este particular por la Audiencia de Cataluña, y lo hace con las siguientes razones:

1.ª Que el derecho que el vendedor tiene de redimir la cosa vendida con pacto de retro, no es un derecho adquirido sino reservado, y que si bien son susceptibles de prescripcion todos los derechos que uno adquiere por medio de un contrato, los derechos reservados no se pierden nunca (1)

(1) Entiéndase mientras se conserve la cuasiposesion.

porque son una parte de la propiedad que uno retiene en su poder cuando traspasa la cosa á otro, y no puede decirse que por el trascurso del tiempo (1) haya de perder este derecho que se reservó y adquirirlo el otro contrayente, á quien no se le cedió ni puramente, ni á dia, ni á condicion, ni la esperanza siquiera (2). Cuando alguno por medio de un contrato adquiere una facultad en bienes ajenos, puede esta facultad si deja de usarse por cierto tiempo estar sujeta á la prescripcion; pero cuando no adquiere una facultad en bienes ajenos, sino que se reserva una en bienes propios, entonces restringe el dominio que tenia en su cosa propia á esta sola facultad que se retiene, concediendo el resto del dominio al otro contrayente, y como las enajenaciones dependen de la voluntad de las partes y no se enajena del dominio mas que lo que se ha querido enajenar, es consecuente que el derecho que el vendedor se ha reservado y que no ha querido enajenar (3) quede perpetuamente en su poder, y en su virtud nunca prescriba (4).

Fíjese mucho la atencion en este razonamiento de Fontanella, que aplicado á la reserva de un derecho real, como el derecho de redimir en Cataluña, es perfectamente concluyente. Entre el gran número de autores que hemos examinado, nacionales y extranjeros, antiguos y modernos, sobre esta materia de prescripcion, ninguno hemos visto que tratase con tanta lucidez la parte referente á los derechos reales reservados sobre bienes propios como este doctísimo Jurisconsulto, honra de nuestro país.

Barbosa dice lo mismo que Fontanella mas brevemente y en otros términos. «Cuando la facultad proveniente de un contrato se dirige á adquirir algun derecho nuevo está sujeta á la prescripcion; pero cuando no tiene por objeto adquirir algun derecho nuevo, sino conservar algun derecho que ya se tenia, esta facultad no puede prescribir en tiempo alguno.» Nosotros añadiremos, que en el primer caso se trata *de lucro captando*, y en el segundo *de damno vitando*, y no es lo mismo dejar de percibir un lucro que se esperaba, que experimentar un daño ó sufrir una pérdida en cosa propia: esto último no pueden permitirlo las leyes cuando no hay culpa por parte de aquel contra quien recaeria el perjuicio. *Nemo privandus est jure suo sine culpa sua.*

Prosigamos resumiendo las razones que da Fontanella en apoyo de la jurisprudencia de nuestros Tribunales en punto á la prescripcion del pacto de retro.

2.<sup>a</sup> Que la ley 2.<sup>a</sup> Cod. *de pactis inter empt. et vendit.* dice que el pacto de retrovendendo puede ponerse en las ventas de dos modos, á saber, que

(1) Si no se pierde la posesion.

(2) Es lo mismo que si en un contrato de enajenacion se reservase el vendedor para sí una porcion material de la cosa: no la perderia jamás, aunque pasasen mil años mientras conservase la posesion.

(3) Podemos añadir: y cuyo precio no ha cobrado.

(4) Mientras lo cuasi posea.

sea permitido redimir en cualquier tiempo (*quandocumque*) ó dentro un tiempo determinado, y en este texto las palabras en cualquier tiempo (*quandocumque*) no pueden restringirse á treinta ó cuarenta años, porque no pueden indicar una facultad temporal cuando se ponen en contraposición de las otras «ó dentro un tiempo determinado,» y lo que se pone en contraposición de lo temporal ha de ser perpetuo. La mente del legislador fué claramente distinguir dos casos, uno cuando el vendedor se reserva perpetuamente la facultad de redimir, y el otro cuando la limita á cierto término: si no fuese así, si el primer miembro indicase también temporalidad estaría comprendido en el segundo, y la distinción sería ilusoria.

3.<sup>a</sup> Que el derecho de redimir es una parte del precio ó valor de la cosa.

4.<sup>a</sup> Que la facultad de redimir no se retiene gratis, pues suele valer la tercera ó la cuarta parte del precio, y por esta parte menos se vende la cosa. ¿Y sería justo que después que yo con mi dinero (ó cobrando menos, que es lo mismo) haya obtenido esta facultad para todo tiempo, sin cuya condición no hubiera vendido la cosa, se me restrinja el tiempo por otra persona fundada en esas ó esotras razones? Ninguna puede haber para que cuando yo he reservado á mi favor perpetuamente y siempre que quiera el derecho de recobrar la cosa restituyendo el precio, venga otro y pretenda restringir este derecho á cierto tiempo contra mí y en favor de otra persona. Esto sería convertir en mi daño, haciéndome perder una parte de precio que dejé de cobrar, el pacto que puse á mi favor, y se faltaría á la regla: *quod in favorem unius introductum est non debet in illius odium retorqueri*.

Así defiende Fontanella su opinión, que es la de la Audiencia del territorio, en la prescripción de los pactos de retro, y al terminar dice con marcada satisfacción, que entre nosotros no se cambia fácilmente lo que ha tenido una interpretación cierta, y que nos va bien con esta doctrina.

Advierte, no obstante, Fontanella que el pacto de retrovendiendo prescribe cuando no ha sido puesto en el mismo contrato de venta, sino después de un intervalo. Será, sin duda, porque en este caso la venta se habrá hecho por todo el valor de la cosa, y el pacto de redimir estipulado en un contrato posterior no puede considerarse esencial del contrato de venta, sino accidental, y no concederá al vendedor un derecho real, sino personal.

Dice asimismo Fontanella que la Audiencia de Cataluña no admite la prescripción del derecho de redimir, ni aun á favor de un tercero que compró la finca de buena fé ignorando la existencia de aquel derecho, y no habiéndosele manifestado en la escritura que el vendedor poseía la finca con pacto de retro, y cita dos sentencias de la Audiencia en este sentido. Esto no puede entenderse de otra manera, aunque Fontanella no lo espese, sino del modo que lo dice Cancer, esto es, con tal que el que conserva el derecho de redimir no tenga noticia de que se ha verificado una venta de la finca como libre de aquel derecho, pues si el poseedor del derecho de redimir sabe que la finca ha sido vendida sin hacer mención de este gravá-

men y deja pasar 30 años, se ha intervertido la posesion y la prescripcion produce su efecto.

Vives en la nota 1.<sup>a</sup> al tít. 19, libro 4.<sup>o</sup> del volumen 1.<sup>o</sup> de las Constituciones de Cataluña, dice que el pacto de retrovender una finca vendida á carta de gracia nunca prescribe, que puede usarse de este derecho despues de ciento ó doscientos años, que lo afirman en Cataluña generalmente todos los autores y así se observa constantemente. Añade Vives: «el ser imprescriptible este derecho se funda principalmente en que el que vende á carta de gracia por lo regular da la finca por algo menos de su valor, y en razon de este menor precio se retiene, digámoslo así, parte del dominio de la cosa, y la finca queda con un gravámen ó especie de servidumbre, la que no puede prescribirse sino á contar desde el dia en que hubiese contradiccion.» Vives cita una sentencia de la Audiencia en favor de esta imprescriptibilidad, siendo de notar que la venta á carta de gracia cuya facultad de redimir se declaró subsistente, contaba 160 años de fecha.

Pero luego impugna fuertemente el mismo autor la jurisprudencia que se ha establecido en Cataluña sobre esta materia, no con razones jurídicas, sino económicas, diciendo que causa males á los particulares y al público. No podemos dejar sin contestacion las razones en que funda su censura el jurisconsulto Vives, porque son muy frívolas, y dejándolas sin respuesta pareceria que se les concede algun valor.

1.<sup>a</sup> «Que cuando despues de ciento ó doscientos años se presenta el sucesor del vendedor para hacer uso de su derecho ocurren dificultades para probar la sucesion.» —Si el Sr. Vives á la ciencia y esperiencia de un Abogado, hubiese reunido la esperiencia y práctica especial de un Notario, no hubiera dado esta razon, porque sabia que no es verdadera. La dificultad de probar la sucesion no ocurre en un caso entre ciento: esto lo saben bien los que ejercen la profesion notarial. En Cataluña generalmente las familias conservan los documentos antiguos, sobre todo los que se refieren á la sucesion. Glosando el argumento de Vives tambien podria decirse: cuando uno vende una finca que compró su séptimo abuelo cuatrocientos años atrás, cosa muy frecuente en Cataluña, hay dificultad en probar la sucesion; luego esta clase de ventas causan males. Por fin desde la promulgacion de la ley hipotecaria ha cesado este inconveniente, porque en lo sucesivo ya no habrá dificultad en probar la sucesion, que se hallará inscrita en los libros del registro.

2.<sup>a</sup> «Podria suceder que uno de los sucesores del comprador á carta de gracia ó él mismo hubiese comprado el derecho de redimir y que con el decurso de los años se hubiesen perdido las escrituras, y no pudiéndolo averiguar el poseedor por haber discurrido tantos años, tendria que dejar la finca.» —El evento que se supone es puramente accidental, y tan poco comun que por ser un caso excepcional y raro no puede tomarse en cuenta para la formacion de las leyes. Además, desde la ley hipotecaria será com-

pletamente imposible el que ocurra, porque aunque el poseedor hubiese perdido la escritura de compra del derecho de redimir, constaría inscrita en el registro, y esto sería bastante para rechazar la pretensión del vendedor.

3.<sup>a</sup> «No hay igualdad en este contrato, porque el que vende á carta de gracia no redime la finca si el valor de esta disminuye, y al contrario la revindica si va en aumento. Convendría pues fijar un término dentro el cual debiese usarse del derecho de redimir, que podría ser á lo mas el de treinta años, que en Cataluña es el término de la prescripción.» — Con menos palabras hubiera dicho Vives: «convendría que el derecho de redimir se declarara prescriptible.» Funda su opinión en que no hay igualdad en este contrato. Y con la medida que propone dicho autor, es decir declarando el pacto de rétro prescriptible á los 30 años, ¿se establecería esa igualdad? Al contrario: entonces se crearía una desigualdad mas irritante, porque sería en perjuicio de uno de los contrayentes, cuando la actual no perjudica á nadie. Que lo que propone Vives da origen á una desigualdad inicua es evidente. Supongamos que A ha vendido á B una finca á carta de gracia, cuyo valor real es de 20,000 pesetas, pero que ha sido vendida á carta de gracia por precio de 12,000: transcurren 30 años sin que A haya podido devolver las 12,000 pesetas y en su consecuencia ha prescrito su derecho para redimir la finca: el resultado es que A ha perdido 8,000 pesetas, lucrándolas B: uno de los contrayentes pues recibe un daño considerable, experimenta en su patrimonio una disminucion de 8,000 pesetas sin que su voluntad haya contribuido á ello. Y si recordamos que el derecho de redimir puede aumentar con el tiempo, porque cede en su favor el aumento de valor de la finca, tendremos que este perjuicio podrá ser mucho mayor, porque en vez de 8,000 pesetas puede elevarse á 12,000, á 15,000, á 20,000, ó á mas todavía. Conociendo el autor á quien contestamos esta iniquidad y queriendo salvarla, propone que cuando la finca estuviese vendida por menos de su valor, si transcurriese el tiempo de la prescripción sin haberla revindicado, se obligase al que está en posesion del derecho de redimir á venderlo, dando la preferencia para su adquisicion al que posee la finca á carta de gracia. El pensamiento no es digno de un jurisconsulto tan entendido. Una disposicion legal con la que despues de cierto tiempo de efectuado un contrato se obliga á los contrayentes á verificar otro, ó por lo menos al uno de ellos á vender contra su voluntad es injusta. La venta forzosa no puede ordenarla la ley sino por causa de utilidad pública, y en el caso propuesto no tendría otro objeto que la utilidad particular. Por otra parte en la mayoría de los casos, este remedio no produciría los resultados que su autor se propuso. Pocas veces el poseedor de la finca accedería á la compra del derecho de redimir. Téngase presente que los poseedores á carta de gracia están siempre muy dispuestos á apoderarse del derecho de redimir gratis por este sistema al que jurídicamente se llama prescripción, y que en el terreno positivo es una verdadera usurpacion; pero no se en-

contrarian siempre en iguales disposiciones para comprarlo por su justo valor. En este caso, dirá el señor Vives, el derecho de redimir se vende á un tercero. ¿Y qué se habrá adelantado con obligar al poseedor del derecho de redimir á enajenarlo á favor de un tercero, si con esto no se obtiene la consolidacion? Las cosas quedan en el mismo estado, el derecho de redimir no ha hecho mas que cambiar de mano, y separado de la finca sigue amenazando á esta con una redencion indefinida.

Demostrado, como está, que el sistema que propone el señor Vives es injusto, impracticable é ilusorio, no podemos dejar de insistir en que la venta á carta de gracia, tal como en el dia se practica en Cataluña, no establece desigualdad entre los contrayentes, como aquel autor supone. « A últimos del siglo pasado y primeros del corriente, dice, se reivindicaron una porcion de fincas vendidas ciento y doscientos años atrás por el precio de cien pesos, las cuales valian al tiempo de reivindicarse mil ó tal vez dos mil pesos, lo que no dejó de desquiciar la fortuna de algunos. » Estudiemos esta objecion á la luz de los buenos principios, y se encontrará la falacia que en ella va envuelta. ¿Qué desgracia le acontece al poseedor de la finca cuando se le redime esta despues de ciento ó doscientos años? Segun el derecho de Cataluña se le devuelve el precio que dió por ella, se le restituyen todos los gastos que satisfizo por la escritura, laudemios, derechos de registro y del impuesto por traslaciones de dominio y se le abonan todas las mejoras necesarias y útiles. ¿Recibe con esto ningun perjuicio? Se encuentra reembolsado de cuanto dinero gastó, y entre tanto se ha utilizado de todos los réditos de la finca, tanto de los correspondientes al capital que invirtió, como al exceso de valor de la finca que dejó de pagar, y á los aumentos que esta recibe con el trascurso del tiempo, de suerte que el dinero invertido le ha reedituado durante ciento ó doscientos años el 9, el 10, el 12, el 15 y á veces mas por ciento. ¿Qué mas quiere? ¿No está satisfecha su ambicion? ¿Anhela tambien quedarse con la parte de finca que no ha pagado, y esto sin abonar su valor? ¿No fuera semejante modo de proceder hacerse rico con detrimento de otro? El poseedor de una finca á carta de gracia ha de tener siempre fija en su mente la idea de que está percibiendo los réditos de una parte de capital que no es suyo, que en la finca no tiene un derecho completo, sino limitado al capital que invirtió en ella, y que á cada momento está espuesto á que le devuelvan este capital y en consecuencia se vea obligado á restituir la finca: tales son las condiciones del contrato, y no pueden ser otras si se parte del principio que el comprador no paga todo el valor de la cosa. Cuando se redime una finca en Cataluña se da á cada uno lo que es suyo: al comprador se le restituye todo lo que ha desembolsado: el vendedor recobra la finca, pero restituyendo lo que recibió por ella y todas las mejoras hechas por el comprador, por consiguiente restando esto, lo que le queda es la plus valencia de la finca, que nunca ha enajenado y siempre ha sido suya. ¿Dónde está aquí la desigualdad?

Cada cual percibe lo que es suyo: es la justicia verdadera. ¿Siente el poseedor de la finca verse en un momento privado de los pingües réditos que cobraba por un pequeño capital? ¿siente haber de restituir lo ajeno? Esta clase de sentimientos no debe acogerlos el legislador. El sentimiento por el deber de restituir lo que no es propio no es un sentimiento legítimo. También puede sentir la persona á quien por mucho tiempo se ha dejado disfrutar de un objeto precioso que no le pertenece, el tenerlo que devolver á su legítimo dueño, y no por esto se pedirá que las leyes favorezcan su ilegal resistencia á desposeerse de lo que no es suyo. Si el valor de la finca despues de vendida á carta de gracia va en aumento por la sola accion del tiempo, este aumento no pertenece al comprador, porque no ha satisfecho el valor total de la finca, sino una cantidad fija, única á la cual se estiende su derecho: este aumento pertenece al que cuasi posee el derecho de redimir, y para el comprador representa un capital ajeno, que segun los sagrados principios de justicia debe restituir, cuando venga el caso, á aquel á quien pertenece. En esos contratos que cita Vives, con que á últimos del siglo pasado ó primeros del corriente se reivindicaron fincas vendidas ciento y doscientos años atrás por el precio de cien pesos, y que entonces valian mil ó dos mil, no se ocasionó ningun perjuicio al poseedor de la finca. Si estos mil ó dos mil pesos que valia la finca provenian de mejoras hechas por el poseedor ó sus causantes debieron serle abonados; si dimanaban de la accion del tiempo no eran suyos, no acreditaba sobre la finca sino cien pesos, y habiéndolos cobrado no recibió ningun perjuicio por devolver los 900 ó 1,900 á aquel á quien pertenecian, y aun debió quedar satisfecho por habersele permitido disfrutar durante ciento ó doscientos años de una crecida renta correspondiente á un capital que no habia desembolsado. Decir que esto desquicia la fortuna de algunos, como dice Vives, es lo mismo que decir que se desquicia la fortuna del enfiteuta en un enfiteusis temporal cuando ha de restituir la finca al que se la concedió, lo que puede suceder tambien al cabo de ciento ó doscientos años si el contrato se hizo por este espacio de tiempo. El que posee una cosa que no es toda suya, como acontece con el comprador á carta de gracia, ya que otro conserva en ella una parte del capital, no debe contar mas que con la parte de interés que en ella tiene, y no debe ambicionar el capital ajeno. No hay por consiguiente desigualdad en este contrato cuando se fija la atencion en la parte de capital que cada uno de los contrayentes representa en la finca: al disolverse la venta en virtud de la condicion resolutoria que entraña, cada cual recibe lo suyo, vuelven las cosas al estado que tenian antes de verificarse el contrato, y los principios de justicia son rigurosamente observados. No es posible cumplir con mas exactitud de lo que se verifica en la retroventa catalana los principios fundamentales de toda legislacion civil: *neminem lædere: suum cuique tribuere.*

4.<sup>a</sup> «Es perjudicial al público, porque el que tiene comprada una finca

á carta de gracia, temeroso de que se le revindique, no hace mejoras en ella, ó si las hace es un semillero de pleitos sobre estas mejoras.» — Si el jurisconsulto Vives, cuyos conocimientos jurídicos en la region de la teoría somos los primeros en reconocer, hubiese tenido ocasion de estudiar este contrato en el terreno práctico de una manera tan detallada como la tienen los Notarios, obligados á autorizar en todo el decurso de su vida la numerosa série de escrituras á que dan lugar las ventas á carta de gracia, no hubiera sentado una proposicion, que es á todas luces equivocada. ¡Que el que tiene comprada una finca á carta de gracia no hace mejoras en ella! Los Notarios saben que sucede precisamente todo lo contrario. La mayor parte de los compradores con pacto de retro se apresuran á hacer mejoras para dificultar la revindicacion, porque cuanto mas vale la finca mas difícil es que se revindique, y gracias á ese ardid un gran número de fincas vendidas á carta de gracia han quedado, quedan y quedarán perpetuamente sin revindicar. En cuanto al semillero de pleitos sobre el abono de las mejoras hay un poco de exageracion, pues en la mayoría de los casos constan por cartas de pago y se verifica el abono de conformidad de los interesados. Y si algunos pleitos hay sobre este particular, tambien los hay sobre pago de legítimas, sobre division de herencias, sobre validez de donaciones, y no se han de abolir por ello todas estas instituciones jurídicas.

Nada queda pues de real y digno de consideracion en el capítulo de cargos que dirige el jurisconsulto Vives contra la perpetuidad del pacto de redimir en las ventas á carta de gracia catalanas. No reneguemos de nuestra jurisprudencia, que es útil y provechosa, al par que justa, y reconozcamos con el ilustre Fontanella que con ella nos va bien.

Jurisprudencia de la Audiencia de Cataluña sobre la prescripcion del derecho de redimir.

Hecha esta excursion por el campo de nuestros tratadistas, es preciso examinar qué jurisprudencia ha observado en sus fallos el Tribunal Superior de este territorio, circunstancia á que atiende el Supremo para dictar sus sentencias en punto á infraccion de doctrina. El sentido en que ha fallado siempre la Audiencia de Barcelona está visto por el resúmen que hemos hecho de las obras de los autores catalanes, en especial por las de Cancer, Fontanella y Vives. Todos están conformes en que nuestro Tribunal Superior ha fallado siempre por la imprescriptibilidad del pacto de retro no habiendo intervencion de la posesion, y que para esta intervencion exige no solamente la ignorancia de este pacto por parte de un comprador que hubiese adquirido la cosa de buena fé como libre, sino tambien el conocimiento de esta venta por parte del cuasi poseedor del derecho de redimir, la noticia de que se efectuó sin hacer mencion del pacto de retro, y su silencio por el espacio de 30 años: todos citan fallos de la Audiencia en favor de la imprescriptibilidad, y Fontanella, que por tantos años ejerció la Abogacia en nuestro Tribunal Superior, afirma resueltamente que

puede atestiguarlo sin género alguno de duda, porque lo ha visto observar así mil veces. Tenemos pues tres testigos caracterizados que nos dan razon de la jurisprudencia observada por la Audiencia de Cataluña de mas de dos siglos á esta parte, y si no se consideran bastantes sus opiniones jurídicas para decidir la del Tribunal Supremo en los recursos de casacion que con este motivo se entablen, á lo menos no podrá este rechazar el testimonio de sus dichos cuando deponen sobre hechos atestiguando, una jurisprudencia que han observado, y que todos refieren en la misma conformidad. Fontanella hace mas: destina una porcion de páginas á defender, no dice su opinion, sino la opinion de la Audiencia de Cataluña. Por consiguiente la jurisprudencia constante de nuestro Tribunal Superior en favor de la imprescriptibilidad del pacto de retro, salvo el caso de interversion, está bien justificada por la asercion unánime de los autores catalanes antiguos y modernos.

Si existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prescripcion del pacto de retro catalan. Errores difundidos en Cataluña sobre el particular.

¿ El Tribunal Supremo ha reconocido ó desairado nuestra jurisprudencia? Si hubiésemos de creer á algunos, bastantes por cierto, que presumen encontrar el sentido de las sentencias de casacion por la simple lectura de sus Considerandos, la jurisprudencia de Cataluña habria sido destruida por los fallos del Tribunal Supremo. Nosotros no participamos de esta opinion. Para comprender el espíritu de una sentencia de este Tribunal no basta leer los Considerandos; es preciso enterarse minuciosamente de todo su contenido, hacerse cargo de los hechos, comparar su resultancia con los fundamentos del fallo, y de esta manera puede apreciarse mejor la verdadera jurisprudencia, si es que el Tribunal ha querido fundar alguna, porque hay que precaverse tambien del error en que muchos incurren, creyendo que todas las sentencias del Tribunal Supremo son útiles para buscar en ellas reglas de jurisprudencia. A la propagacion de estos errores contribuyen en gran parte las obras destinadas á esponer la jurisprudencia fundada por dicho Tribunal, que escritas bajo este pié forzado, obligan á sus autores á encontrar jurisprudencia en algunos puntos en que no ha sido formada todavía: así vemos en la obra del Sr. Ortiz de Zúñiga, *Jurisprudencia civil de España*, reglas de jurisprudencia basadas en una sola sentencia del Tribunal Supremo, reglas ficticias, que mañana caerán con la publicacion de nuevos fallos, que aclararán la mente del Tribunal, imposible de apreciar por medio de un fallo aislado. Procediendo con las precauciones necesarias para no caer en los errores que acabamos de indicar, hemos examinado las sentencias de casacion proferidas sobre prescripcion de los pactos de retro en Cataluña, y no hemos encontrado motivo alguno para creer que nuestra jurisprudencia resulte alterada por las declaraciones del Tribunal Supremo. Descartando las sentencias que se refieren á Castilla y á las demás provincias que se rigen por sus leyes, á las cuales el Supremo Tribunal ha apli-

cado con mucho acierto la ley de Partida que califica el pacto de retro de personal y en su consecuencia prescriptible, no encontramos respecto á Cataluña sino una sentencia, la de 12 diciembre de 1865, que parezca contrariar directamente la jurisprudencia catalana, y aun habiéndose invocado esta sentencia en un recurso posterior, tambien referente á Cataluña, para sostener la prescriptibilidad de dicho pacto, el Tribunal Supremo desestimó este fundamento, diciendo que el fallo citado hablaba de un caso muy diverso del comprendido en los autos y falló á favor de la imprescriptibilidad. Esto demostrará el mérito que puede hacerse de un simple fallo: el que parecia contrariar la jurisprudencia catalana ha sido ya desvirtuado por otro posterior en sentido contrario.

El de 30 diciembre de 1867, que ha causado tanta alarma en Cataluña creyendo que echaba por tierra toda nuestra jurisprudencia en punto á la prescripcion de los pactos de retro, bien analizado resulta favorecerla. ¿Qué dicen los Considerandos de este fallo, que tanta escitacion han producido entre los jurisconsultos y propietarios catalanes? Nada mas que una série de verdades palmarias, que son reconocidas en Cataluña y no pueden menos de serlo. Que las leyes sobre prescripcion son de derecho público, como dictadas en interés general y social y para asegurar el dominio y la propiedad; que conforme el derecho de Cataluña con los principios enunciados sobre la prescripcion dispone por el Usage *Omnes causæ* que todas las acciones son prescriptibles y se extinguen no ejercitándose en el término de 30 años; que estas disposiciones no pueden derogarse por convenios particulares y que serian ineficaces los pactos que á ellas se opusiesen; que ninguna ley coetánea ni posterior ha excluido del precepto general del Usage *Omnes causæ* los pactos de retroventa. Todo esto dicen los Considerandos, y todo esto es indudable. ¿Qué resulta de ello? Que el pacto de retroventa en Cataluña puede prescribir, y tambien es cierto. Es verdad que los autores catalanes sientan en principio que es imprescriptible, pero luego añaden «si no ha habido una interversion en la posesion,» y es igual decir «el derecho de redimir es imprescriptible salvo el caso de interversion en la posesion» que «el derecho de redimir es prescriptible siempre que haya interversion en la posesion,» y aun la segunda locucion es mas exacta, porque no es imprescriptible aquello que dadas ciertas condiciones puede prescribir. Así pues por haber sentado el Tribunal Supremo el principio de que el pacto de retro puede prescribir en Cataluña no ha contrariado nuestra jurisprudencia: es diferente que hubiese dicho que prescribe por el solo trascurso del tiempo, que es objeto de la prescripcion estintiva, que no necesita el elemento de la posesion; pero lejos de esto en aquella sentencia se ocupa el Tribunal Supremo en inquirir el carácter con que poseia la finca la persona contra la cual pretendia ejercerse el derecho de redimir, y habiendo encontrado que la poseia como libre de este gravámen desde mas de 30 años, declaró prescrito el mencionado derecho. Así dice uno de los

Considerandos: «Que el predio objeto del pleito, aunque vendido en un principio con el pacto de retro y reconociéndose este derecho y gravámen durante varias luiciones, *se vendió ya libre de aquella carga* y en pública subasta en 12 de diciembre de 1812 por los albaceas testamentarios de don Salvador Borell y Bausili que lo poseyó á D. José Sansalvador causante de los demandados, *transmitiéndole su pleno y absoluto dominio*; y que *por no haberseles inquietado ni deducidose contra ellos desde aquella fecha reclamacion alguna en razon del espresado pacto hasta que Jacinto Farrés produjo su primera demanda* (fué en 1862) no puede negarse, ni se ha negado que concurren en este caso *las condiciones* que el derecho exige como necesarias para la prescripcion.» El Tribunal pues no se fijó en el mero trascurso del tiempo para declarar la prescripcion, sino que tomó en cuenta el elemento de la posesion, y observando que la finca habia sido vendida como libre del derecho de redimir al demandado ó á su causante, y que desde aquella fecha no se le habia inquietado ni deducido demanda contra él dejando transcurrir 50 años, creyó intervertida la posesion y declaró prescrito el derecho de redimir por concurrir *las condiciones* que el derecho exige como necesarias para la prescripcion. Estas condiciones son, segun se deduce de dicho Considerando, la posesion de la finca como libre; luego mientras el Tribunal Supremo exija como condicion precisa para la prescripcion del pacto de retro un cambio en la posesion no se separa de la jurisprudencia catalana. Es verdad que faltaba inquirir si el poseedor del derecho de redimir habia tenido conocimiento de que en la venta que los albaceas testamentarios de D. Salvador Borell hicieron en 1812 se hubiese supuesto la finca libre de la carga del pacto de retro; pero aun cuando en esto hubiese habido algun error, como se refiere á la apreciacion de un hecho, no influye en la declaracion del derecho. Basta que el Tribunal Supremo haya exigido para declarar la prescripcion de un derecho de redimir que hubiese interversion en la posesion, y que por creer que existia haya declarado el derecho prescrito, para que su jurisprudencia esté conforme con la que desde siglos tiene establecida la Audiencia de este territorio. Y nótese para mayor corroboracion de lo que estamos diciendo, que el Tribunal Supremo no contó el tiempo de la prescripcion desde la fecha de la venta á carta de gracia, como hubiera debido verificarlo si hubiese considerado que el pacto de retro producía accion personal y que era objeto de la prescripcion estintiva, sino desde el dia en que la finca fué vendida á un tercero como libre de aquel gravámen, lo cual prueba que ha comprendido la naturaleza real del derecho de redimir en este territorio, y que ha considerado que si bien es prescriptible, sólo puede ser objeto de la prescripcion adquisitiva, y por consiguiente para que esta se verifique ha de acreditarse en los autos que ha habido interversion en la posesion. Por lo mismo consideramos favorable á nuestro derecho la sentencia de 30 diciembre de 1867, que tan mal apreciada ha sido en las provincias catalanas, y no tendríamos reparo en

citarla como fundamento de un recurso de casacion en apoyo de nuestra jurisprudencia

Las demás sentencias dictadas en esta materia sobre pleitos de Cataluña ó son indiferentes ó confirmatorias del derecho catalan. La de 3 diciembre de 1864 se refiere á una carta de gracia catalana en que se habia fijado para redimir el término de cinco años y se intentaba usar del derecho de redencion pasados estos: el Tribunal Supremo dijo muy acertadamente que pasado el término estipulado no podia redimirse, porque obstaba la ley del pacto. En la de 20 enero 1865, á pesar de haber sido otorgada la venta á carta de gracia hacia cerca de un siglo, no se dió lugar á la accion del que demandaba la retrocesion de la finca, no por suponer el derecho prescrito, sino por no haber el demandante producido la escritura de venta á carta de gracia, y por tanto no haber probado su derecho, ni la trasmision del mismo desde el primitivo vendedor hasta el demandante.

La de 15 enero de 1867 es completamente favorable á la jurisprudencia catalana. Se habia hecho una venta á carta de gracia con el pacto de redimir dentro el término de once años, durante cuyo tiempo la venta seria á carta de gracia, pero que pasado el mismo quedaria en la clase de perpetua, con la condicion de que en tal caso el comprador deberia pagar 150 libras como aumento del precio. Habian pasado, despues de los once años, mas de 30, y pretendiendo el comprador que la venta ya estaba convertida en perpetua, y el vendedor que aun conservaba la facultad de redimir, de la cual queria usar, la Audiencia falló á favor del vendedor, condenando al comprador á firmarle la retroventa, y el Tribunal Supremo no dió lugar al recurso de casacion, fundándose en que el comprador no habia satisfecho al vendedor las 150 libras de aumento de precio, cuyo pago se habia puesto como condicion en la escritura de carta de gracia para que la venta se convirtiese en perpetua, y que faltando la condicion subsistia la facultad de redimir; y en cuanto á la prescripcion, que oponia el comprador, fundado en el Usage *Omnes causæ*, por haber pasado mas de 30 años despues de los once fijados como plazo para redimir, invocando al efecto la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sentencias de 3 de diciembre de 1864, 17 de marzo, 17 de noviembre y 12 de diciembre de 1865, declarando sujetas las cartas de gracia á la prescripcion comun ú ordinaria de 30 años, sin que valga siquiera el pacto en contrario, dijo el Tribunal Supremo que la prescripcion no puede apoyarse en la invocada jurisprudencia de las sentencias que se citan, sin mas que tener presente que las mas se concretan á la legislacion castellana, y las otras hablan de casos muy diversos del comprendido en aquellos autos. En este caso, en que no habia intervencion en la posesion, el Tribunal Supremo declaró subsistente el derecho de redimir á pesar de haber pasado mas de 30 años desde que hubo finido el plazo señalado para la redencion; de consiguiente falló á favor de la imprescriptibilidad, y desatendió la cita de la sentencia de 12 diciembre de

1865 dictada en sentido contrario. Tenemos pues una sentencia al parecer contraria á la jurisprudencia catalana, la de 12 diciembre de 1865, y dos evidentemente favorables, con la circunstancia de que estas son posteriores, y por lo mismo lejos de poderse decir que en la prescripcion del pacto de retro ha sido desairada la jurisprudencia catalana por el Tribunal Supremo de Justicia, debemos congratularnos del apoyo que va recibiendo por parte de los distinguidos Magistrados que componen aquel elevado Cuerpo, y que es de esperar acrezca mientras la doctrina catalana encuentre dignos defensores, porque en ninguna clase de asuntos influye tanto la defensa del Abogado como en las cuestiones que se ventilan en el primer Tribunal de la Nacion.

Reglas de la prescripcion del derecho de redimir en las ventas á carta de gracia de Cataluña.

Tratemos ahora de formular las reglas por las cuales se rige la prescripcion del pacto de retro en Cataluña, y que emanan de lo que se ha dicho hasta aquí. Hay una regla fundamental que es la siguiente.

*Regla fundamental.*—El derecho de redimir en las ventas á carta de gracia no puede ser objeto de la prescripcion extintiva, sino de la adquisitiva como derecho real, y de consiguiente es imprescriptible á no mediar una intervencion en la posesion.

El fundamento de esta regla es la Constitucion 5.<sup>a</sup>, tít. 2.<sup>o</sup>, lib. 7 y la doctrina de los autores y jurisprudencia de los Tribunales de Cataluña en consonancia con ella, de que para la prescripcion de los derechos reales es necesaria la cuasiposesion.

Aplicando esta regla á los casos prácticos que pueden ocurrir, podemos formular las siguientes reglas de aplicacion:

1.<sup>a</sup> El derecho de redimir una finca vendida á carta de gracia no puede prescribir jamás á favor del mismo que la ha adquirido, porque á éste le obstará siempre el título, que reservando á otro el derecho de redimir, le excluye á él de la cuasiposesion de este derecho, y porque nadie puede prescribir contra su título, sobre todo contra lo que es de esencia del mismo.

2.<sup>a</sup> Así como el derecho de redimir no puede prescribir jamás á favor del mismo que ha adquirido la finca á carta de gracia, tampoco puede prescribir á favor de sus herederos *in infinitum*, porque los herederos suceden en los derechos y obligaciones del difunto; á no ser que se tratase de una adquisicion antigua, cuyo título se hubiese extraviado, y queriendo el vendedor ó sus sucesores usar del derecho de redimir, el poseedor de la finca se resistiese suponiendo que ésta no se halla sujeta á tal gravámen, y despues de este hecho el vendedor ó su sucesor dejasen transcurrir 30 años sin interponer demanda judicial, en cuyo caso habria prescrito por haberse intervertido la posesion.

3.<sup>a</sup> Tampoco prescribirá el derecho de redimir á favor de un sucesor por título singular á quien se le ha declarado el gravámen en su título de adquisicion, porque le obstará el título, segun lo espuesto en la regla 1.<sup>a</sup>

4.<sup>a</sup> El sucesor por título singular á quien no se ha declarado el pacto de retro, aunque no tenga conocimiento de él y por lo mismo posea de buena fe la finca como libre de este gravámen, no quedará verdaderamente libre del mismo por prescripcion sino en el caso de que por un acto ó por negligencia de aquel á quien compete el derecho de redimir se hubiere verificado una interversion en la posesion. Esta interversion tiene lugar cuando el que cuasiposee el derecho de redimir queriendo usar del mismo y anunciándolo extrajudicialmente al poseedor de la finca, encuentra oposicion, y despues de este hecho deja transcurrir 30 años sin entablar demanda judicial, ó bien cuando llegare á noticia de aquel á quien compete el derecho de redimir que la finca ha sido transferida por título singular como libre de este gravámen, y desde que tuvo conocimiento de este hecho ha dejado pasar 30 años sin reclamar en juicio.

Si no ha ocurrido algun hecho por parte de aquel á quien corresponde el derecho de redimir que produzca la interversion de la posesion, nunca tendrá lugar la prescripcion por la regla: *jus meum sine facto meo à me auferri non potest.*

Observaciones sobre la injusticia aparente de la regla 4.<sup>a</sup> Esta última parte de la regla 4.<sup>a</sup> es la que parece mas dura respecto al que posee de buena fe el predio como libre de todo derecho de redimir (1); pero debe considerarse que seria muy duro tambien para el poseedor de este derecho, que teniendo la cuasiposesion civil del mismo, esto es poseyéndolo con el ánimo, lo perdiese sin culpa suya, tan sólo porque á uno de los poseedores de la finca le plugo venderla ocultando el gravámen á que estaba afecta; y por otra parte el que adquirió la finca de buena fé como libre tiene la accion de eviccion contra el vendedor que le ocultó el gravámen, siendo así que el que pierde el derecho de redimir por prescripcion no tiene recurso contra nadie.

(1) Los que al estudiar esta cuestion no se conducen sino de los perjuicios que puede experimentar el poseedor de la finca, prescindiendo de los que recibe, superiores á veces, el que cuasi posee el derecho de redimir, preferirian seguramente que bastase para la prescripcion de este derecho la posesion de la finca como libre del mismo por el tiempo de 30 años en virtud de título singular en que no se hiciese mencion del pacto de retro, aunque aquel á quien compete el derecho de redimir no tuviese noticia de la omision en que se incurrió en el título. Esta jurisprudencia estaria mas conforme con la que rige en Francia para la prescripcion adquisitiva en general, y entonces las tres primeras reglas que hemos formulado serian las mismas, pero la cuarta experimentaria la modificacion siguiente.

El derecho de redimir prescribe por 30 años á favor de un sucesor por título singular á quien no se ha declarado el pacto de retro, ni tenia conocimiento de él; pero el posesor debe presentar el título para probar como no se le declaró el pacto de retro. Si no se presenta título sólo prescribirá por tiempo inmemorial, y aun en este caso si la parte contraria presenta el título con el cual adquirió el actual poseedor ó aquel de quien es heredero y resulta que se declara en él el pacto de retro, escluirá la prescripcion.

Estos principios estarian arreglados á los que rigen en Francia para la prescripcion adquisitiva; pero no lo están á los que rigen en Cataluña por las razones que se dan en este tratado.

Si el derecho de redimir una finca vendida á carta de gracia hubiese de ser prescriptible en Cataluña sin que concurriese acto alguno del poseedor del derecho de redimir, sea que debiese serlo por el solo trascurso del tiempo, sea —lo que fuera mas justo— que la prescripcion no pudiese aprovechar sino al que posee la finca como libre en virtud de un título singular en que no se le hubiese declarado el pacto de retro, nunca pudiera serlo por treinta años, como quisiera el jurisconsulto Vives, no podria serlo sino por tiempo inmemorial, á ejemplo de las servidumbres discontinuas, que tambien son derechos facultativos. Pero esto necesitaria una disposicion legislativa; entretanto las reglas que hemos dado se ajustan á la jurisprudencia admitida en este territorio.

Prescripcion del derecho de redimir catalan en virtud de la ley hipotecaria una vez planteado el nuevo sistema.

Por el nuevo sistema hipotecario la prescripcion de los pactos de retro en Cataluña será mas sencilla. El sucesor singular á quien no se ha declarado el derecho de redimir, ni lo ha encontrado inscrito no necesita la prescripcion, pues está libre del derecho de redimir desde que adquirió la finca como libre de él. Pero siempre que la venta á carta de gracia esté inscrita, aunque se oculte este gravámen en una escritura de adquisicion posterior, nunca prescribirá, pues el sucesor singular puede conocerlo por el registro.

Si la prescripcion corre contra los menores, y contra los impúberes.

La prescripcion corre contra los menores, pero pueden pedir la restitucion *in integrum* hasta que hayan cumplido los 29 años. Los autores catalanes están acordes en esta doctrina, y ha sido confirmada por el Tribunal Supremo. Mas contra los impúberes no corre prescripcion alguna en Cataluña, de manera que debe descontarse siempre el tiempo de la impubertad. Cancer, *Var. resol.* pars 1.<sup>a</sup> cap. 15 n. 68, lo espresa elegantemente con estas palabras: *Præscriptionem captam contra majorem, currere contra minorem etiam in pupillari ætate, communis est conclusio; apud nos tamen durante pupillari ætate contrarium servatur, quod durante pupillari ætate præscriptio semper dormiat.*

Si puede renunciarse la prescripcion.

Tambien reconocen los autores catalanes que en un contrato no puede renunciarse á la prescripcion; pero debe tenerse presente que no es lo mismo renunciar á la prescripcion, que exigir que esta tenga las condiciones necesarias para verificarse.

FIN DEL COMPENDIO DE LA PRESCRIPCION.

## ADICION AL TRATADO DE LA PRESCRIPCION.

---

Los principios generales que se observan en Cataluña en la prescripcion de los derechos reales están fundados en el derecho canónico, que en este territorio debe ser preferido al romano. Para convencerse de ello pueden consultarse las obras de derecho eclesiástico, en especial la del Cardenal Tuschí, que con el título de *Practicarum conclusionum juris* encierra un precioso repertorio por orden alfabético del derecho civil y canónico en ocho tomos en folio. Esta obra es muy útil para comprender la razon de muchas prácticas jurídicas del territorio catalan, basadas en la combinacion del derecho romano y del canónico dando á este la preferencia, que es el sistema con que estan tratadas las cuestiones en el repertorio de Tuschí.

En el tomo sexto, Conclusion 520, ns. 16 y 22, se dice que la prescripcion, como odiosa, no puede recibir una interpretacion extensiva, sino restrictiva. Y en el mismo tomo, Conclusion 523, se encuentra esplanada la doctrina que de tiempo inmemorial se ha seguido en Cataluña respecto á la prescripcion de los derechos reales, esto es de que no pueden ser objeto de la prescripcion estintiva, sino de la adquisitiva, y por lo mismo es necesario que exista la cuasiposesion á favor del que prescribe y que la haya perdido aquel contra quien se prescribe. No podemos renunciar al deseo de copiar una parte de lo que se dice en la mencionada Conclusion 523 que confirma las bases de la prescripcion de derechos reales sentadas en nuestro Compendio de la prescripcion catalana.

«Præscriptio non procedit, nisi præscribens possideat vel quasi..... Declara ut procedat quando agitur ut præscribens acquirat rem vel jus in re; secus si agatur de extinguendo jure alterius, vel de quærendo defensionem contra jus alteri competens, ut contra actionem personalem, quia hoc casu non est necesse quod præscribens possideat vel quasi ipsam actionem..... et quod exceptio contra personalem actionem præscribitur sola sine possessione..... Amplia in incorporalibus; quia habenti facultatem præcipiendi ad guardias Castri aliquos homines non curvit præscriptio etiamsi per mille annos steterit non utendo tali facultate, vel quia non evenit casus vel necessitas; quia si non contradixerunt obligati non præscribunt, quia non quasi possident nisi contradicant, et præscriptio non procedit in incorporalibus sine quasi possessione..... extende in vasallo qui non præscribit servitia domini sine contradictione..... Amplia in tantum præscriptionem requirere possessionem, ut si is contra quem allegatur præscriptio possideat vel

quasi, non possit procedere præscriptio..... Et quod in incorporalibus requiratur quasi possessio cum scientia et patientia ejus contra quem præscribitur..... Præscriptio ad acquirendum non procedit sine possessione..... Limita in præscriptione obligationum personalium, quia non datur possessio vel quasi, neque bona fides, sed sufficit negligentia non petentis.»

En la Conclusion 529 se lee lo siguiente, que corrobora lo dicho en la anteriormente citada.

« Et quod in incorporalibus non detur præscriptio sine scientia et patientia ejus contra quem præscribitur, Alex. cons. 108 n. 4 lib. 2 ubi quod contradictio interrumpit. Amplia quia etiam in immemorabili præscriptione requiritur scientia et patientia ejus contra quem incorporalia præscribuntur, quia sine scientia et patientia non datur quasi possessio in istis incorporalibus (*aquí cita una porcion de autores*) et hanc veriore dicit apostilla ad Alex. Contrarium quod in immemorabili non requiratur scientia et patientia in incorporalibus, et sic in pedagio Alex. d. cons. 6 n. 4 ubi dicit magis communem..... Declara quia si agatur de usu vel de consuetudine non requiritur scientia et patientia, secus in præscriptione: sic videtur declarare Alex..... Declara plenius quia in immemorabili requiritur, sed præsumitur intervenisse..... Primum requisitum, quia nulla præscriptio procedit sine possessione vel quasi, nam in rebus corporalibus requiritur possessio, in incorporalibus, quæ non possunt proprie possideri, requiritur quasi possessio, et hæc quasi possessio causatur ex scientia et patientia ejus qui præten dit se quasi possidere, et seu rem incorporalem ad se spectare, si alius quis possideat actus illos exercendo, sciente et patiente primo..... et ideo contra ignorantem non potest acquiri ulla quasi possessio, quia ignorans non patitur..... Et hæc scientia et patientia debet probari ab eo qui allegat præscriptionem, non autem ille cui præjudicatur debet probare ignorantiam.»

Son dignos de notar algunos párrafos de la conclusion 536.

« Amplia ut pariter non inducatur præscriptio negativa per non usum ejus quod est in facultate faciendi, quia requiritur actus contrarius, non autem actus negativus et negligens sufficit, imo requiritur et contradictio, et quod is cui contradictum est acquieverit contradictioni, et requiritur omnino quod extrajudicium fuerit contradictum usui..... In præscriptione negativa requiritur contradictio, quia alias non datur possessio vel quasi in incorporalibus sine contradictione.»

El autor cita á otros muchos en corroboracion de sus conclusiones, entre ellos á Bartolo y Baldo.

De los fragmentos transcritos de la obra de Tuschí se deduce que siempre que se trata de adquirir una cosa ó un derecho en la cosa el prescribente ha de justificar la posesion ó cuasiposesion, es decir la posesion en las cosas corporales, y la cuasiposesion en las incorporales y por consiguiente en los derechos reales distintos del dominio; que cuando se trata de reclamar la

extincion del derecho de otro, ó de defenderse contra el derecho que otro alega, esto es contra una accion personal, no es necesaria por parte del prescribente la posesion ó cuasiposesion, pues la excepcion de prescripcion contra una accion personal no necesita mas que el trascurso del tiempo; que contra el que tiene la facultad de exigir para la guardia de un castillo algunos hombres, no corre la prescripcion aunque pasare mil años sin usar de esta facultad porque no tuvo necesidad de ello, pues si los obligados á suministrar los hombres para la guardia no hicieron contradiccion no se verifica la prescripcion, porque no pueden decir que estén en la cuasiposesion de no suministrar los hombres si no lo contradicen, y sin la cuasiposesion no procede la prescripcion en las cosas incorporales; que por la misma razon el vasallo no prescribe el servicio personal que debe al Señor aunque éste deje de exigirlo por mucho tiempo si el vasallo no lo contradice; que en tanto la prescripcion requiere la posesion, como que si aquel contra el cual se alega la prescripcion posee ó cuasiposee, no procede la prescripcion; que en las cosas incorporales se necesita para prescribir la cuasiposesion con ciencia y paciencia de aquel contra quien se prescribe; que la prescripcion para adquirir ó adquisitiva nunca procede sin la posesion ó cuasi, y de la necesidad de la cuasiposesion no se libran sino las obligaciones personales; que, como consecuencia de estos principios, no puede adquirirse ninguna cuasiposesion contra el ignorante, porque en el ignorante no existe la ciencia y paciencia, pues no puede decirse que permite ó tolera una cosa el que la ignora; y que esta ciencia y paciencia debe probarse por el que alega la prescripcion, y aquel á quien ésta perjudica no debe probar la ignorancia.

Resulta además de la conclusion 536, que no puede inducirse una prescripcion negativa por el simple no uso de lo que está uno facultado para hacer, sino que se necesita un acto contrario, y no basta un acto negativo ó la omision del positivo; ó bien se necesita la contradiccion, y que aquel á quien se contradice se allane ó no se oponga á la contradiccion extrajudicial; en otros términos, que toda prescripcion negativa requiere la contradiccion, porque de otro modo no existe la posesion ó cuasiposesion en las cosas incorporales.

No puede encontrarse mayor conformidad entre estos principios y los que nos han servido para desarrollar nuestra teoría de la prescripcion catalana. Y si bien al aplicar esta doctrina á las ventas con pacto de retro, el autor de quien hablamos parece indeciso entre las dos distintas opiniones que en esta materia se han sostenido desde tiempos antiguos y que refiere largamente en su obra, es porque no se ha hecho cargo de las dos especies que existen de ventas á carta de gracia.

FIN



# ÍNDICE

	<u>PÁG.</u>
Requisitos de la prescripcion por derecho romano. . . . .	5
Diferencia en los requisitos de la prescripcion por derecho de Cataluña. . . . .	5
Definiciones de la prescripcion. . . . .	6
Requisitos de la prescripcion del dominio ó adquisitiva. . . . .	6
Requisitos de la prescripcion estintiva. . . . .	6
Requisitos de la prescripcion de derechos reales. Si es necesaria la cuasiposesion. . . . .	7
Fundamentos de la prescripcion, en especial de la adquisitiva. . . . .	8
Fundamentos de la prescripcion estintiva. . . . .	8
Tiempo de la prescripcion en Cataluña. . . . .	8
Prescripcion de los muebles. . . . .	8
Prescripcion de los inmuebles y de los derechos y acciones en general. . . . .	8
Prescripcion de la accion ejecutiva, y de la que asiste al que ha recibido lesion enorme en un contrato para pedir su rescision. . . . .	8
De la accion hipotecaria. . . . .	10
De los derechos y acciones contra la Iglesia, y de las servidumbres discontinuas. . . . .	11
De los laudemios. . . . .	11
De las cosas del Real Patrimonio. . . . .	11
De los créditos de los Abogados, Escribanos, Notarios y Procuradores, artistas y artesanos, ó sea de las artes liberales y mecánicas. . . . .	11
De los créditos de los Farmacéuticos. . . . .	11
De los salarios de los criados. . . . .	12
De las cosas sujetas a vínculos y fideicomisos perpétuos. . . . .	12
De las pensiones de censos y censales. . . . .	12
De los capitales de censos y censales. . . . .	12
Censos enfitéuticos con dominio directo. . . . .	12
Censos con dominio mediano. . . . .	14
Censos enfitéuticos en nuda percepcion. . . . .	14
Antigüedad de la disputa sobre la prescripcion de los censos sin dominio: fundamentos de una y otra opinion. . . . .	14
Jurisprudencia francesa sobre la prescripcion de los censos sin dominio directo, favorable á la prescripcion. . . . .	16
Jurisprudencia de Castilla sobre la prescripcion de los censos reservativos indecisa. . . . .	16

Jurisprudencia de Cataluña sobre la prescripcion de los censos en nuda percepcion, contraria á la prescripcion de las pensiones futuras. . . . . 17

Prescripcion del capital de los censales. . . . . 18

Reglas de la prescripcion de los censales segun la jurisprudencia catalana. . . . . 21

Prescripcion del pacto de redimir en las ventas á carta de gracia ó con pacto de retro. Dos especies de ventas de esta clase. . . . . 22

Primera especie de ventas con pacto de retro: Francia, Castilla. . . . . 22

Segunda especie de ventas con pacto de retro: Cataluña. . . . . 24

Pacto de retro entre los romanos, personal como en Castilla. . . . . 33

Circunstancias especiales de la carta de gracia catalana. . . . . 33

Resúmen de la doctrina de los autores catalanes en punto á la prescripcion del derecho de redimir, sacada de sus obras. . . . . 34

Jurisprudencia de la Audiencia de Cataluña sobre la prescripcion del derecho de redimir. . . . . 43

Si existe jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la prescripcion del pacto de retro catalan. Errores difundidos en Cataluña sobre el particular. . . . . 45

Reglas de la prescripcion del derecho de redimir en las ventas á carta de gracia de Cataluña. . . . . 48

Observaciones sobre la injusticia aparente de la regla 4.<sup>a</sup>. . . . . 49

Prescripcion del derecho de redimir catalan en virtud de la ley hipotecaria una vez planteado el nuevo sistema. . . . . 50

Si la prescripcion corre contra los menores, y contra los impúberes. . . . . 50

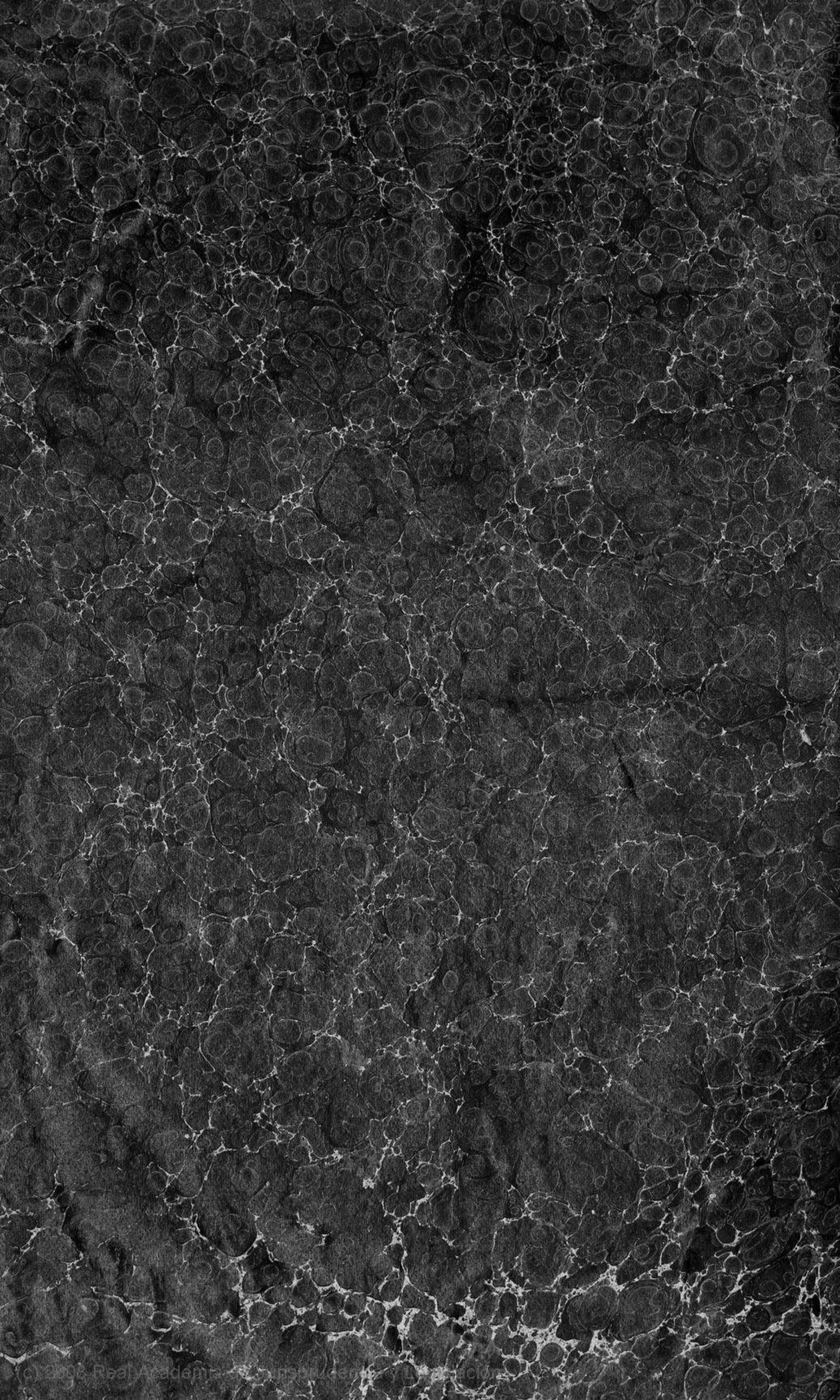
Si puede renunciarse la prescripcion. . . . . 50

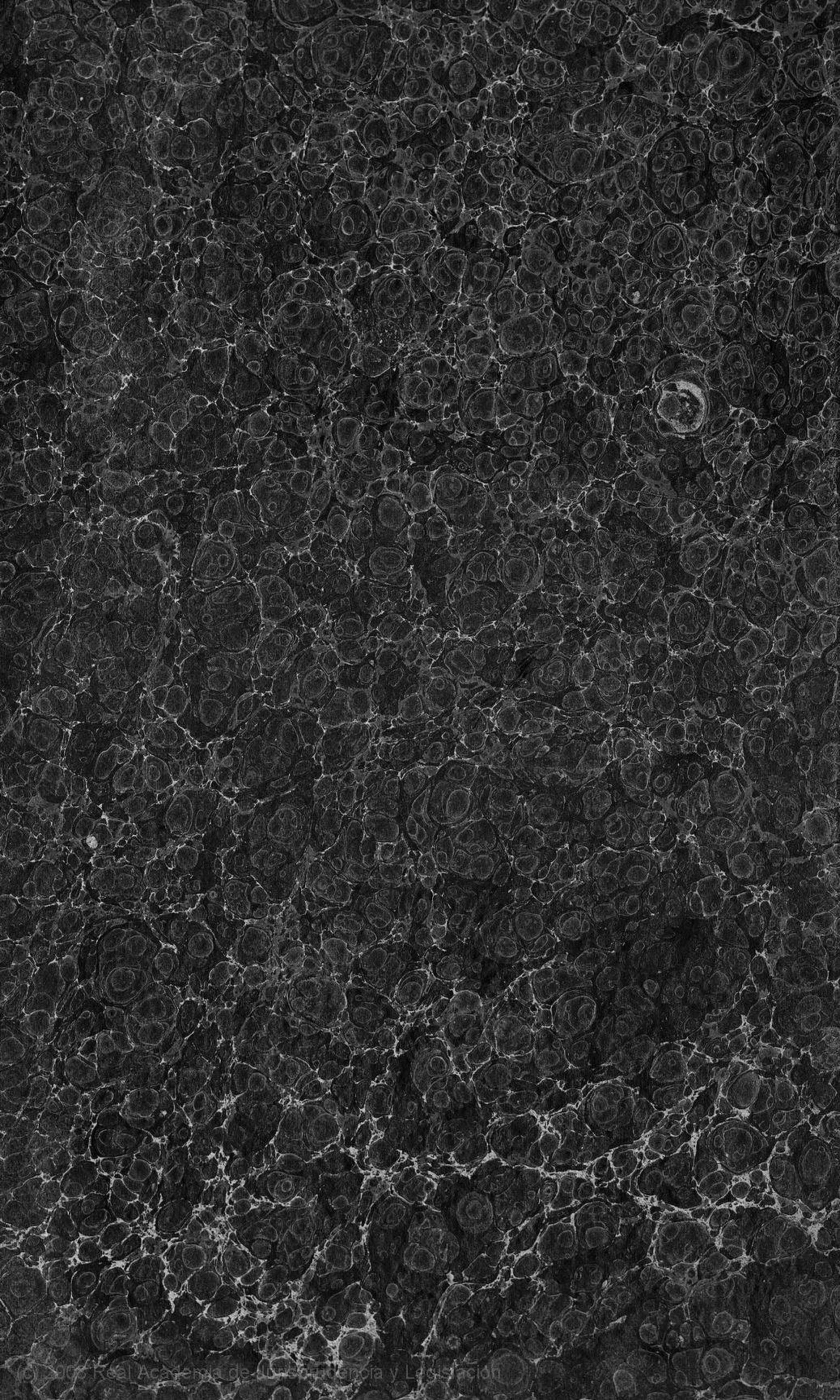
**ADICION AL TRATADO DE LA PRESCRIPCION. . . . . 51**

FIN DEL ÍNDICE.









1/13

384

