ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA

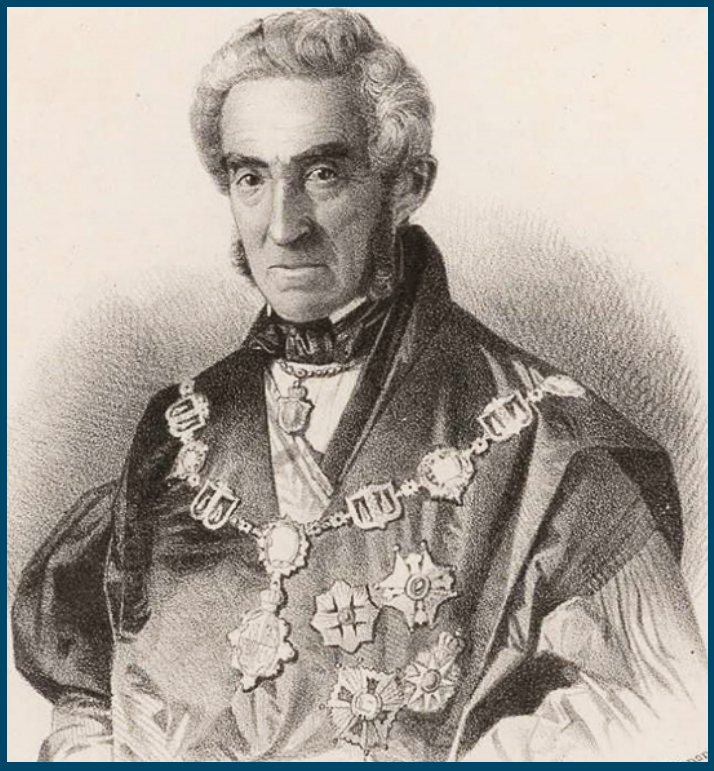
DE

DERECHO Y ADMINISTRACIÓN

o

Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias

Lorenzo Arrazola



TOMO XI

Compensación - Compraventa mercantil

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN

o

Nuevo teatro universal de la legislación de España e Indias

Por Lorenzo Arrazola

Tomo XI

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2024

Primera edición: octubre de 2024.

En cubierta: *Grabado que muestra a Lorenzo Arrazola con el collar e insignias de presidente del Tribunal Supremo, c.1860.*

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, para esta edición.

Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0



https://cpage.mpr.gob.es

NIPO AEBOE: 144-24-090-0 (edición en línea, PDF)
ISBN: 978-84-340-2972-9

Imprenta Nacional de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

ÍNDICE

Tomo I

Prólogo
Abacerías-Adoración

Tomo II

Adquirir-Anata

Tomo III

Anatema-Arrendatario

Tomo IV

Arrepentimiento-Ausente

Tomo V

Austria (Casa de)-Benefactoría

Tomo VI

Beneficencia- Buzo

Tomo VII

Cábala-Casos

Tomo VIII

Casquete-Ciudades de voto en Cortes

Tomo IX

Ciudadela-Colegios singulares o especiales

Tomo X

Colegislador-Compeler

Tomo XI

Compensación-Compraventa mercantil

Tomo XII *

Compraventa de bienes nacionales-Contabilidad mercantil

Tomo XIII (inacabado)

Contador-Cosa litigiosa

* El tomo XII incluye el índice general de la Enciclopedia, en el que se relacionan todas las voces analizadas, y para cada una tomo y página.

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA

DE

DERECHO Y ADMINISTRACION,

Ó

Nuevo Teatro Universal de la Legislacion

DE ESPAÑA Y DE LAS INDIAS,

POR

el Excmo. Sr. D. LORENZO ARRAZOLA, Presidente del Tribunal Supremo de Justicia;
el Excmo. Sr. D. PEDRO GOMEZ DE LA SERNA, Consejero de Estado,
y el Sr. D. JOSÉ MARÍA MANRESA Y NAVARRO, Secretario de gobierno de dicho Tribunal Supremo.

COLABORADORES:

Excmo. Sr. D. Joaquin José Casaus.
Ilmo. Sr. D. Fernando Alvarez.
Excmo. Sr. D. Joaquin Aguirre.
Excmo. Sr. D. José María Fernandez de la Hoz.
Excmo. Sr. D. Cirilo Alvarez Martinez.
Sr. D. Vicente Hernandez de la Rua.

Indocti discant, et ament meminisse periti.

Tomo XI.

MADRID:
IMPRENTA DE LA REVISTA DE LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA, Á CARGO DE J. MORALES,
calle de los Abades, núm. 20, cuarto bajo.

1860.

ADVERTENCIA. La propiedad de esta obra está garantida por la *Ley de propiedad literaria*. Se tendrán por furtivos los ejemplares que no lleven el siguiente sello, y otras contraseñas que, para perseguir la usurpacion, reserva la Empresa.

ENCICLOPEDIA ESPAÑOLA

DE

DERECHO Y ADMINISTRACION,

Ó

NUEVO TEATRO UNIVERSAL DE LA LEGISLACION

DE ESPAÑA Y DE LAS INDIAS.

C

COMPENSACION. Del latin *compensatio*: nombre verbal, del verbo frecuentativo *compenso* (*as, avi, atum,*) compuesto del verbo simple *pendo* (*dis, pependi, ensum*), y la preposicion de comunion ó simultaneidad *cum*. El verbo simple *pendo*, en su acepcion cardinal, significa aquí *pesar*, en el sentido usual de determinar, en el comercio de los hombres, el peso material de las cosas por medio de los aparatos mecánicos, que la sociedad ha adoptado y las leyes han autorizado para ello, como la balanza, la romana, etc.: su frecuentativo *penso* espresa repetir con frecuencia la operacion de *pesar* de dicho modo: con la comunitiva *cum*, significa pesar á *un tiempo y recíprocamente*; y de aquí la significacion material y etimológica de *compenso* es equilibrar, ó contrarestar un peso por otro, igualar dos pesos ó dos cosas, que se traen á peso, resultando el fin, buscada ó procurado, de traer al *fiel* la balanza.

De aquí fácilmente en el sentido figurado *pendo* significó *pensar con detenimiento*, esto es, meditar, determinando bien el valor de las cosas; *compenso*, y su equivalente castellano *compensar*, neutralizar una cosa con otra, que por tanto será contraria; resultando, digámoslo así, el equilibrio moral, como cuando concurren en un mismo sugeto un motivo de pesar y otro de consuelo: una pérdida y un provecho: daño y utilidad. Así, siendo tan alternado y contrapuesto el curso de los sucesos en la vida humana, se dice, con bastante propiedad, *que en el mundo todo está compensado*.

Con igual facilidad que en el órden moral, se trasladó la acepcion al órden legal, en el que *compensar* es, hablando de créditos ó deudas, *descontar una por otra*; resaltando en ello la significacion cardinal etimológica, de neutralizar un peso con otro, equilibrarlos; siendo ahora la neutralizacion, ó equilibrio, la estincion de dos créditos, el pago recíproco de dos acreedores, la estincion de sus ac

ciones, recíprocas, contrarias, y de análoga naturaleza, *en cantidad igual, ó concurrente.*

Con el principio antes consignado coinciden las diversas acepciones de compensacion, que presenta el Diccionario de la lengua; aunque ninguna de ellas sea, en rigor, la acepcion de derecho, que es de la que tratamos, y dejamos ya formulada, con arreglo á las leyes.

Pero en el derecho hay en el dia dos géneros de compensacion: una en lo *jurídico*, y otra en lo *administrativo*. Y decimos en el derecho, porque antes podia decirse, como regla general, que en lo administrativo, en las deudas entre el Estado y los particulares, ó sea en los créditos *fiscales*, no habia compensacion; pues si la habia alguna vez, eran mas numerosos los casos de escepcion, como vemos en su lugar.

Aun en lo legal la palabra compensacion tiene mas que las dos acepciones cardinales, espresadas; pero no técnicas: por lo que solo haremos mencion de las mas usuales entre estas, como compensacion en lo canónico, en los delitos, en lo mercantil, etc.

En lo jurídico, en fin, es algun tanto diferente la compensacion en el órden civil comun, que en lo mercantil, en lo fiscal, en los delitos, etc. Véanse las principales de ellas en los artículos subsiguientes.

COMPENSACION (EN LO JURÍDICO). Entendemos por compensacion en lo jurídico la que se deduce en los tribunales y declara por ellos, á diferencia de la compensacion en lo *administrativo*, que se declara por autoridades de este órden, y por lo tanto sin formas judiciales, y de la cual tratamos en su artículo correspondiente.

En lo jurídico, pues, la compensacion, segun el derecho romano, es *debiti, et crediti inter se contributio*. Por nuestras leyes de Partida, *el descuento de una deuda por otra*, entendiéndose *entre dos ó mas personas, que sean mútuamente deudores y acreedores*, y tratándose de deudas *ciertas*, *líquidas*, é *igualmente exigibles*.

Hay en lo jurídico varias especies de compensacion, diversas por su materia y efecto, de todas las cuales tratamos en la seccion doctrinal.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Sec. I. Legislacion española.
§. 1.° *Leyes de las Partidas.*
§. 2.° *Ley de Enjuiciamiento civil.*
§. 3.° *Código de Comercio.*
§. 4.° *Ley de Enjuiciamiento en lo mercantil.*
§. 5.° *Leyes de Indias.*
Sec. II. Legislacion estranjera.
§. 1.° *Derecho romano.*
§. 2.° *Códigos estranjeros modernos.*

SECCION I.

LEGISLACION ESPAÑOLA.

§. 1.° Leyes de las Partidas.

LEY 9.ª, TÍT. 2.°, PART. 5.ª

«Para servicio cierto ó fasta tiempo señalado, rescibiendo alguno de otri cavallo, ó otra cosa semejante emprestada, decimos, que luego que el servicio fuese fecho, ó el tiempo sea complido, tenudo es de la tornar á su señor, é non la puede tener ende en adelante, como *en razon de prenda*, maguer aquel que gela abia prestada, *le oviese á dar alguna debda ó otra cosa, fueras en de si la debda fuese por pro*, ó por razon de aquella cosa mesma, que rescibió prestada. E aun estonce ha menester que sea fecha, *despues* que gela prestaron, é non ante: ca estonce bien la puede tener, fasta que sea entregado de la despensa que fizo en la cosa prestada, seyendo la espensa á tal, que con derecho la puede demandar.»

LEY 5.ª, TÍT. 3.°, PART. 5.ª

«Tenudo es el que recibe la cosa en guarda, é sus herederos, de la tornar á aquel que gela

dió á guardar, ó á los que heredasen lo suyo, cada que gela demandasen. E maguer que le oviese á dar alguna cosa á aquel que gela encomendase, con todo eso, *non gela deve tener*, el que recibió el condesijo, por razon de prenda, á que dicen en latin *compensatio*, que quiere tanto decir, como *descontar una debda por otra*; ante débele luego entregar della, *é despues de esto puédele demandar aquello que le deviere.*»

LEY 10, ID., ID.

«*Despensas* faciendo aquel que toviese alguna cosa *en guarda* de otri, *por pro della*, como quier que las debe cobrar; con todo esso, *non deben retener*, como en razon de prenda por ellas aquella cosa que le fué dada en guarda: mas débela dar á aquel cuya es, cuando gela demande. Otro si decimos, que es tenudo el otro, de darle aquellas despensas, que fizo en esta razon.»

LEY 13, TÍT. 10, ID,

«Departida seyendo la compañía,..... si alguna pérdida avino *por engaño*, que fizo alguno de los compañeros, á aquel solo, que fizo el engaño, pertenesce la pérdida, é non se puede excusar que la non refaga, maguer que él diga, que fizo otras ganancias á otra parte, que fueron tantas é tales, de que podria ser mejorada aquella pérdida. Fueras ende, si alguno, ó algunos de los otros oviesen fecho *otro atal engaño*: ca estonce decimos que *se debe compartir* entre aquellos, que licieron el engaño, de guisa que non alcance ende parte á los otros.»

LEY 2.ª, TÍT. 14, ID.

«De pagas son tantas maneras, cuantas son naturas de debdas, en que un ome se puede obligar á otro. Ca, segun dicen los sábios antiguos, pagando ome lo que deve, es libre de la obligacion, en que era por lo que devia dar ó facer. E aun puede ome ser libre della por quitamiento, ó por renovar pleito otra vez, ó por dar de mano quien cumpla el pleito ó faga la paga, ó *por compensacion, que quier tanto decir, como descontar un debdo por otro.*»

LEY 20, ID., ID.

«Compensacion es otra *manera de paganiento*, porque se desata la obligacion de la debda, que un ome deve á otro; é *compensantio* en latin, tanto quiere decir en romance, como *descontar un debdo por otro*. E esto sería, como si un ome demandase á otro en juicio mil maravedís, é este, á quien los demandase, dijese *que queria probar*, que le debia él otros tantos á él, é que *pedia de derecho al judgador que le mandase, que fuesen quitos los unos por los otros*. Ca estonce, fallando el judgador en verdad, que así es, *deve mandar que se quite* el un debdo por el otro, *é son tenudos de lo otorgar, é de facer así*. Pero el judgador deve catar primeramente, ante que manda facer este quitamiento, si aquel que quier descontar una debda por otra, *puede luego probar*, é averiguar lo que dice, ó á *lo mas tarde fasta diez dias*. E si lo provare así, *ó conosciere el otro la debda*, estonces lo deve mandar, asi como es sobredicho. Mas si entendiere, que lo non podria tan ayna provar, porque los testigos son lueñe, ó las cartas de la prueva, estonce *non le debe otorgar el quitamiento* sobredicho; ante deve andar por el pleito adelante, como el derecho manda.»

LEY 21, ID., ID.

«Descontar *se pueden* en manera de compensacion *todas las debdas, que son de cosas, que se pueden contar ó pesar, ó medir, fasta en aquella cuantía, que el un debdor deviere al otro*. Otro si decimos, que si dos omes deviesen uno á otro cosas, que no fuesen *ciertas, nin señaladas*, así como cavallo, ó otra cosa cualquier semejante, que non fuese *señalada por nome*, ó por *señales ciertas*, que estonce bien pueden descontar el uno por el otro. Mas si la una debda fuese sobre cosa señalada, así como si el uno oviese á dar al otro un siervo, ó *una viña* ó *huerta*, ó otra cosa cierta, é el otro deviese á él otra cosa, que

non fuese cierta por nome señalado, asi como alguna cuantía de trigo, ó otra cosa, que se pueda contar, ó pesar, ó medir, estonce non pueden los debdores *facer entre si, por premia* desquitamiento de una cosa por otra destas debdas tales.»

LEY 22, ID., ID.

«Dos ó mas habiendo compañía de so uno, si el uno de ellos demandase al otro emienda de lo que habia menoscabado de las cosas de la compañía por su *negligencia*, ó por su *culpa*: é el otro le respondiese, que el otro si habia perdido ó menoscabado otro tanto de lo de la compañía por *otra tal razon*, el menoscabo, que *desta manera* aviniese en las cosas de la compañía, bien *puede ser descontado el uno por el otro*, si fueren eguales, é si non, *fasta aquella cuantia, que montare el menoscabo que fizo cada uno dellos*. Eso mismo decimos que seria, si acaeciese, que el uno de los compañeros ovieise *fecho daño* en alguna partida de las cosas de la compañía, é en otra *pro*. Ca *el pro é el daño* que ficiese deve ser *egualado lo uno por lo al*, é descontodo segund la cuantía que fallaren que monta el daño, ó la pro. Otro tal seria si el uno de los compañeros tomase algo por sí de la compañía, é el otro le demandase que él diese su parte de aquello que tomara, é este que lo tomó le dijese que non gelo daria, por que él le probaria que *abia fecho daño* en las cosas de la compañía, que montaba tanto ó mas de lo que él tomó. Ca si esto provare, *deve ser esquitado* lo uno por lo al.»

LEY 23, ID., ID.

«*Engaño* faciendo alguno de los compañeros en las cosas de la compañía, por que aviniese en ellas pérdida ó menoscabo, si el otro compañero le demandase emienda de aquello que se perdiere, ó menoscabara *por su engaño*, si este, á quien facen tal demanda, le respondiese, que él queria provar que se perdiera, ó se menoscabara otrotanto de lo de la compañía, otro si *por engaño*, que el otro abia fecho, provándolo así, decimos, que debe ser desquitado el un daño por el otro. Otro si decimos, que si se perdiese, ó se menoscabase, alguna cosa de las de la compañía por *negligencia*, ó por culpa del un compañero, é se perdiese otra, é se menoscabase, que valiese otro tanto, *por engaño* que ficiese el otro compañero, que estonce bien pueden desquitar la una por la otra. Mas si una cosa tan solamente se perdiese ó se menoscabase, por culpa del un compañero, ó por engaño del otro, estonce *no se podria desquitar el engaño por la culpa*, ante decimos que el que fizo el engaño, que es tenudo de pechar el daño, é el menoscabo, que avino por el, é non ha demanda contra el otro, por razon de la culpa, por que *en la balanza del derecho, pesa mas el engaño del uno que la culpa del otro, cuando avienen amos sobre una cosa misma*. E lo que dijimos en estas dos leyes de los compañeros, *entiéndese tambien en los pleitos que avienen entre los otros homes*, sobre tales cosas como estas, que oviesen comunales en uno por otra razon.»

LEY 24, ID., ID.

«Non tan solamente los debdores principales pueden descontar un debdo por otro, mas aun *sus fiadores* lo pueden facer tambien de la debda, que deviesen á aquel á quien fiaron, como de la que deviesen á él mismo. Eso mismo decimos que podria facer *el personero* del debdor principal, ó del fiador *dando fiadores que lo aya por firme aquel, cuyo personero es*. Pero debdo *que deviese el personero* á aquel, á quien face la demanda en nome de otro, *non le podria descontar* en nome de aquel cuyo personero es, en manera de compensacion, sin placer de aquel cuyo personero es.»

LEY 25, ID., ID.

«Emplazado seyendo algun ome ante el judgador por debda que deviese, si él no pudiese venir á responder al plazo que le fué puesto, é viniese *alguno de sus fijos* á responder en su lugar, é dijese ante el judgador que aquel que le habia emplazado debia otro tanto á su padre, como aquello que le demandaba: é que

pedia al judgador que *mandase descontar* el un debdo por el otro, tal desquitamiento non debe ser cabido: fueras en de, *si el fijo diere fiador* que aya por firme el padre lo quel fiziere en aquel pleito. Ca estonce, *dando assi fiador*, ó probando la debda, que dice que debia el demandador á su padre, ó conosciéndola el otro, bien puede mandar el judgador, que sea desquitado el un debdo por el otro. *Eso mismo decimos que debe ser guardado, en todos pleitos* en que quisieren amparar *los omes los unos por los otros, maguer non sean fijos nin parientes, nin aviendo carta de parconeria.*»

LEY 26, ID., ID.

«Dijimos en las leyes ante desta que todas las cosas que deven los omes unos á otros, que son de tal natura *que se pueden pesar é medir, é contar*, que puede ser fecho desquitamiento sobre ellas. Pero razones y ha, en que non seria assi. E esto seria como si *el Rey, ó el comun de algun concejo* oviesen aver que fuese establecido apartadamente para labrar, ó refacer los muros, ó las fuentes, ó las puentes de sus concejos, ó para facer engeños, ó galeas, ó para comprar armas, ó vianda para en hueste, ó para dar raciones á los que están en servicio del Rey, ó del comun del concejo, ó para otras cosas semejantes destas. Ca cualquier que oviese á dar maravedís, que fuesen establecidos para esto, maguer el Rey, ó el comun de algun concejo oviesen á dar á el otro debdo, *non se podria descontar el un debdo por el otro*. Otro si decimos, que aviendo algun ome á dar *pecho, ó censo á la cámara del Rey, ó al comun de algun concejo*, maguer el Rey, ó el comun de aquel lugar deban á el otro debdo, *non puede ser fecho desquitamiento* del un debdo por el otro. Eso mismo decimos que seria en los *portadgos* que los omes han á dar por las cosas que llevan de unos lugares á otros. E aun decimos, que si algun ome estableciese á otro por su heredero, so tal condicion, que despues de sus dias aquel heredamiento fincase *á la camara del Rey, ó al comun del concejo*, ó le diese maravedís en fieldad, ó otra cosa cierta que diese á la camara del Rey, ó al comun; maguer el Rey, ó el comun le oviesen á dar á él alguna debda, *non puede ser desquitado* lo uno por lo otro.»

LEY 27, ID., ID.

«Dada seyendo sentencia contra alguno, que pechase cierta cuantía de maravedís á otro, *por razon de fuerza, ó de tuerto* que oviese fecho, maguer este que recibió el tuerto deviese alguna cosa al otro é le fuese demandado que descontase aquella debda por la otra sobre que fué dado el juicio, *non es tenudo de lo facer si non quisiere*. E aun decimos, que si un ome *encomendase* á otro alguna cosa, quier fuese de aquellas que se pudiesen contar, ó pesar, ó medir, quier non, maguer aquel que gela dió *en guarda* le deviese á él otra debda, que *non le puede demandar que sea fecho desquitamiento* de lo uno por lo al, mas devel tornar en todas guisas aquello que recibió del en guarda: é despues deso puedel mover demanda por lo quel deve.»

§. 2.° Ley de Enjuiciamiento.

«Art. 963. Las únicas escepciones admisibles en el juicio ejecutivo son.....

Pago, ó *compensacion* de crédito líquido, que resulte de documento, que tenga fuerza ejecutiva.»

§. 3.° Código de Comercio.

«Artículo 845. Contra la accion ejecutiva de las letras de cambio no se admitirá mas escepcion que las de falsedad, pago, *compensacion* de crédito líquido y ejecutivo.....»

§. 4.° Ley de Enjuiciamiento en lo mercantil.

«Art. 327. En las ejecuciones sobre obligaciones mercantiles solo tienen lugar las escepciones siguientes:..... *Compensacion* de ella (de la deuda) por crédito líquido.,...»

§. 3.° Leyes de Indias.

LEY 22, TÍT. 8.°, LIB. 9.°, RECOPILACION.

«Mandamos que los Contadores de avería, en las cuentas que tomaren, no admitan *rescuentos*, y procedan conforme á derecho.»

SECCION II.

LEGISLACION ESTRANJERA.

§. 1.° Derecho Romano.

DIGESTO.

Ley 1.ª, tít. 2.°, lib. 16, *De Compensationibus*.

«Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.»

Ley 2.ª, id., id.

«Unusquisque creditorem, suum, eumdemque debitorem, petentem summovet, *si paratus est compensare*.»

Ley 2.ª, id., id.

«Ideo compensatio necesaria est, quia interest nostra potius non solvere, quam solutum repetere.»

Ley 4.ª, id., id.

«Verum est, quod et Neratio placebat, et Pomponius ait, *ipso jure* eo minus fidejussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim, cum totum peto á reo, male peto, ita et fidejussor non tenetur *ipso jure* in majorem quantitatem, quam reus condemnari potest.»

Ley 5.ª, id., id.

«Si quid á fidejussore petatur, æquissimum es, eligere fidejussorem, quod ipse, an quod reo debetur, compensare malit: sed et, si utrumque velit compensare, audiendus est.»

Ley 6.ª, id., id.

«Etiam *quod natura debetur*, venit in compensationem.»

Ley 7.ª, id., id.

«Quod *in diem debetur, non compensabitur antequam dies venit*, quanquam dari oporteat. §. 1.° Si rationem compensationis judex non habuerit, *salva manet petitio, nec enim rei judicatæ exceptio objici potest. Aliud dicam, si reprobavit pensationem, quasi non existente debito: tunc enim rei judicatæ mihi nocebit exceptio.*»

Ley 8.ª, id., id.

«In compensationem etiam id deducitur, quo nomine cum actore lis contestata est: ne diligentior quisque deterioris conditionis habeatur, si compensatio ei negatur.»

Ley 9.ª, id., id.

«Si cum filiofamilias, aut servo, contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus: quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio præstaretur. §. 1.° Sed si cum filiofamilias agatur, an, quæ patri debeantur, filius compensare possit, quæritur. Et magis est admittendum: quia unus contractus est; sed cum conditione, ut *caveat, patrem suum ratum habiturum*, id est, non exacturum, quod is compensaverit.»

Ley 10, id., id.

«.....Simili modo probatur, si alter ex re commune aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit, quæ eadem quantitate æstimatur, compensationem factam videri, et ipso jure invicem liberationem. §. 1.° *Si quis igitur compensare potens, solverit; condicere poterit, quasi indebito soluto*.....

»§. 3. In stipulationibus quoque, quæ instar actionum habent (id est, prætoris), com-

pensatio locum habet: et secundum Julianum, tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione, poterit objici compensatio.»

Ley 11, id., id.

«Cum alter alteri pecuniam siue usuris, alter usurariam debet, constitutum est á Divo Severo, concurrentis apud utrumque quantitatis *usuras non esse præstandas*.....»

Ley 12, id., id.

«Quod Labeo ait, non est sine ratione, ut, si cui petitioni specialiter destinata est compensatio, in cæteris non objiciatur.»

Ley 14, id., id.

«*Quæcumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt.*»

Ley 15, id., id.

«Pecuniam *certo* loco á Titio dari stipulatus sum; is petit á me, quam ei debeo, pecuniam: quæro, ¿an hoc quoque pensandum sit, quanti mea interfuit, certo loco dari? Respondit: si Titius petit eam quoque pecuniam, *quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet*: sed cum sua causa, id est, *ut ratio habeatur quanti Titii interfuerit, eo loco, quo convenerit, pecuniam dari.*»

Ley 16, id., id.

«Cum militi castrensium bonorum alius, cæterorum, alius heres extitit, et debitor alteri heredum obligatus, vult compensare quod ab alio debetur, non audietur. §. 1.° Cum intra diem, ad judicati executionem datum, judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi judicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim diem obligationis non venisse; aliud, humanitatis gratia, tempus indulgeri solutionis.»

Ley 17, id., id.

«Ideo condemnatus, quod arctiorem annonam ædilitatis tempore præbuit, frumentariæ pecuniæ debitor non videbitur: et ideo compensationem habebit.»

Ley 18, id., id.

«In rem suam procurator datus, post litis contestationem, si vice mutua conveniatur, æquitate compensationis utetur. §. 1.° *Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet:* quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum propium, velit compensare.»

Ley 19, id., id.

«Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit: obligatio pristina manebit; sed dabitur ei compensatio peculii fini, quod servus publicus habebit.»

Ley 20, id., id.

«Ob negotium copiarum, expeditionis tempore mandatum, curatorem condemnatum, pecuniam juro compensationis retinere non placuit: quoniam ea non compensatur.»

Ley 21, id., id.

«*Postea quam placuit inter omnes, id, quod invicem debetur, ipso jure compensari, si procurator absentis conveniatur, non debebit de rato cavere, quia nihil compensat, sed ab initio minus ab eo petitur.*»

Ley 22, id., id.

«Si debeas decem (millia), aut hominem, utrum adversarius volet, ita compensatio hujus debiti admittitur, si adversarius palam dixisset, utrum voluisset.»

Ley 23, id., id.

«Id quod *pupillorum nomine debetur* si tutor petat, *non posse compensationem objici* ejus pecuniæ, quiam *ipse tutor suo nomine* adversario debet.»

Ley 24, id., id.

«Jussit imperator audiri ad probantum sib á fisco deberi, quod ipse convenitur.»

INSTITUCIONES.

Tít. 6.°, lib. 4.°, *De actionibus.*

«§. 30. In *bonæ fidei judiciis* libera potestas permitti videtur judici *ex bono et æquo* æstimandi, quantum actori restituit debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato, in reliquam is, cum quo actum est, debeat condennari. Sed et *in stricti juris judiciis*, ex rescripto Dici Marci, *opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra Constitutio* easdem compensationes, quæ jure aperto nituntur, *latius introduxit*, ut actiones *ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque, excepta sola depositi actione*, cui aliquid compensationis nomine opponi, *sane iniquum esse credimus: ne sub prætextu compensationis, depositarum rerum quis exactione defraudetur.....*

»§. 39. Compensationes quoque oppositæ plerumque efficiunt, *ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur.* Nam *ex bono et æquo* habita ratione ejus, quod invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, judex *in reliquum* eum, cum quo actum est, *condemnat*, sicut jam dictum est.»

CODIGO REPETITÆ PRÆLECTIONIS.

Ley 1.ª, tít. 31, lib. 4, *De Compensationibus.*

«Et Senatus consuit, et sæpe rescriptum est, compensationi in causa fiscali, ita demum locum esse, si *eadem statio* cui debeat, quæ petit. Atque hoc juris propter confusionem diversorum officiorum tenaciter servandum est. Si quid autem tibi *ex ea statione*, cujus mentionem fecisti, deberi constiterit, *quam primum recipies.*»

Ley 2.ª, id., id.

«..... Ex causa quidem judicati (si debitum) solutum repeti non potest, ea propter nec compensatio ejus admitti potest. Eum vero, *qui judicati convenitur*, compensationem pecuniæ sibi debitæ implorare posse, nemini dubium est.....»

Ley 3.ª, id., id.

«In ea, quæ Reipublicæ te debere fateris, *compensari ea*, quæ (invicem) ab eadem tibi debentur, is, cujus de ea re notio est, *jubebit*; si, neque ex *calendario*, neque ex *vectigalibus*, neque ex *frumenti* vel *olei publici pecunia*, neque *tributorum*, neque *alimentorum*, neque ejus, qui statutis *sumptibus servit*, neque *fideicomisi civitatis*, *debitor sis.*»

Ley 4.ª, id., id.

«*Si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrentes quantitates, ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usuræ debentur, si modo petitio earum subsistit.*»

Ley 5.ª, id., id.

«Etiam si fideicommissum tibi ex ejus bonis deberi constat, cui debuisse te minorem quantitatem dicis, æquitas compensationis usurarum exeludit computationem. Petitio autem ejus, quod amplius tibi deberi probaveris, sola relinquitur.»

Ley 6.ª, id., id.

«Neque scriptura, qua cautum est accepta, quæ negas tradita, obligare te contra fidem veritatis potuit: et compensationis æquitatem jure postulas. Non enim prius exsolvi, quod debere te constiterit, æquum est, quam petitioni mutuæ responsum fuerit: eo magis, quod ea te persequi dicis, quæ á muliere, divortii causâ, amota quæreris.»

Ley 7.ª, id., id.

«Si ex venditione pretium venditori debetur; compensationis ratio opponitur. Adversum fiscum enim solummodo emptores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur.»

Ley 8.ª, id., id.

«Si propter fructus, ex possessione tua perceptos, vitricus tuus debitor tibi constitutus est, cum id, quod á matre tua ei legatum est, á te petere cœperit, mutuo debitæ quantitatis apud eum, qui super ea re judicaturus est, compensationem non immerito objicies.»

Ley 9.ª, id., id.

«Ejus, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest.»

Ley 10, id., id.

«Quoniam liberum *fundum* distractum tibi proponis, post vero, veluti præcedente emptionem obligatione, certum quid solvisse; si debitum á te apud Præsidem provinciæ petatur, *compensationem ejus, quod indebiti solvisti, potes opponere.*»

Ley 11, id., id.

«Si tutores pupillis, officio magistratus urgente, nominastis, ac pro his propter onus primipili pecunian solvistis, superstitiosam geritis solicitudinem, ne ab ipsis conventi hanc eis imputare minime possitis, vel á vobis quidquam amplius exigatur, si tantum, quantum eis tutores debuerunt, vel vos nomine ipsorum, majorem quantitatem dedisse probetur.»

Ley 12, id., id.

«Invicem debiti compensatione habita, si quid amplius debeas, solvens, vel accipere creditore nolente offereus et consignatum deponens, de pignoribus agere potes.»

Ley 13, id., id.

«Si velut in id debitum, quod solennium publicarum pensitationum nomine debueras compensaturo tibi, nihil (ts) petiturum postea Mutiano scripsit; redditis his, quæ venerant in compensationem, non indebiti soluti repetitio, sed ante debiti competit exactio.»

Ley 14, id., id.

«Compensationes *ex omnibus actionibus ipso jure fieri* sancimus, *nulla differentia in rem, vel personalibus actionibus* inter se observanda. §. 1. Ita tamen compensationes objici jubemus, si causa, ex qua compensatur, *liquida* sit, et *non multis ambagibus* innodata; sed possit judici *facilem exitum* sui præstare: satis enim miserabile est per multa forte, variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quæ jam pene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus spem condemnationis excluidi. Hoc itaque judices observent; et *non procliviores ad admittendas* compensationes existant, nec molli animo eas suscipiant: sed jure stricto utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent: litem autem pristinam, jam pene expeditam, sententia terminali componant: *exceptis actione depositi*, secundum nostram sanctionem, in qua nec compensationi locum esse disposuimus. §. 2. *Possessionem autem alienam perperam occupantibus, compensatio non datur.*»

§. 2.° Códigos estranjeros modernos.

Austria. «Art. 921. La compensacion tiene lugar en los contratos, de *cosas á cosas*, de *acciones á acciones*, de *cosas á acciones*, y de *acciones á cosas*.....

Art. 1410. No se pueden ofrecer en compensacion las cosas *usurpadas*, *prestadas*, ó recibidas en *depósito*.

Art. 1438. *La compensacion se efectúa de pleno derecho.*

Art. 1439. Tiene esto lugar, cuando de una y otra parte concurren créditos *líquidos*, *exigibles* y de *la misma naturaleza*.....

Art. 1442. Si la deuda ha sido cedida muchas veces, el deudor puede dar en compensacion lo que le deba el último cesionario, y lo que el acreedor primitivo le debia antes de la cesion.

Art. 1443. La compensacion no tiene lugar contra una deuda hipotecada, sino cuando la credencial reconvencional haya sido anotada al márgen de la inscripcion, ó cuando el cesionario ha sido enterado de la credencial opuesta, al tiempo de la cesion.»

Baviera. (Cap. 15, lib. 4.°, §. 1.°) «La compensacion estingue el crédito al tiempo en que dos personas se hacen acreedoras la una de la otra.

La compensacion se efectúa de *pleno derecho* hasta la cantidad concurrente de cada deuda.

No tiene lugar *contra el fisco*, sino cuando el crédito y la deuda resulta en *una misma administracion* y por *la misma causa*.

Si *las partes no son comerciantes*, es preciso que las deudas sean pagables en un mismo lugar.

No puede demandarse la compensacion, sino por lo que es debido á la *misma persona*. Así el marido no puede pedirla por lo *que es debido á su mujer*; ni una comunidad por lo que es debido á uno *de sus miembros*.

Es preciso que las cosas debidas sean de la misma especie.

El título de la credencial ó del crédito es indiferente, á menos que no proceda *de un delito*.

§. 2.° No se debe confundir la compensacion con el derecho de *retencion*, que tiene un acreedor, hasta que se le paga ó estingue su crédito, sobre una cosa, perteneciente al deudor, si este no se la ha apropiado por medios ilícitos.»

Berna. «Art. 996. Todos los derechos y los deberes acaban cada uno segun, su naturaleza, 1.°, por el pago: 2.°, por la compensacion.....»

Arts. 1014 y 1015. *La compensacion no puede efectuarse sino por convencion*, y cuando hay cuenta abierta recíprocamente entre las partes.

Art. 1016. En caso de contestacion sobre el resultado de las cuentas, el juez nombrará peritos.....»

Cerdeña. «Arts. 1380 á 1390, como el 1289 á 1299 del Código francés.»

Francia. «Art. 1289. Cuando dos personas *son deudoras* la una de la otra, *se efectúa entre ellas* una compensacion, que estingue sus créditos en la forma y en los casos que se espresan á continuacion.

Art. 1290. La compensacion se efectúa de *pleno derecho por la sola fuerza de la ley, aun sin saberlo los deudores*: *las dos deudas se estinguen recíprocamente en el instante en que existen á la vez, en la cantidad concurrente* de su alcance respectivo.

Art. 1291. La compensacion no tiene lugar sino entre dos deudas, que tienen igualmente por objeto una suma de dinero ó una cantidad cierta de cosas *fungibles* de la misma especie, siendo los dos créditos igualmente *líquidos* y *exigibles*. Las prestaciones en granos, efectos ó géneros ciertos (*deenrés non contestées*), y cuyo precio se arregla por los comerciantes (*par les mercuriales*), pueden compensarse con cantidades líquidas y exigibles.

Art. 1292. *El término de gracia no es obstáculo de ninguna manera para la compensacion*.

Art. 1293. La compensacion tiene lugar cualesquiera que sean las causas de la una y de la otra deuda; á escepcion de los casos siguientes:

1.° De la demanda en restitucion de una cosa, de que el propietario ha sido injustamente *despojado*.

2.° De la demanda en restitucion de un *depósito* y de un *préstamo* á uso (de cosas fungibles).

3.° De una deuda que tiene por causa *alimentos*, declarados no embargables (*insaisissables*).

1294. La *caucion* puede oponer la compensacion de lo que el acreedor debe al deudor principal; pero el deudor principal no puede oponer la compensacion, de lo que el acreedor debe á la caucion.

El deudor *solidario* no puede tampoco oponer compensacion de lo que el acreedor debe á su condeudor.

Art. 1295. El deudor, que ha aceptado pura y simplemente *la cesion*, que un acreedor ha hecho de sus derechos á un tercero, no puede ya oponer al cesionario la compensacion, que antes de la aceptacion hubiera podido oponer *al cedente*.

En cuanto á la cesion que aun no ha sido aceptada por el deudor, pero que le ha sido significada, no impide mas que la compensacion de *deudas posteriores* á esta notificacion.

Art. 1296. Cuando las dos deudas no son pagables en *un mismo lugar*, no puede suponerse la compensacion, sino *teniendo en cuenta los gastos* de la remesa.

Art. 1297. Cuando hay muchas deudas compensables de parte de una misma persona, se sigue para la compensacion las reglas establecidas para la imputacion en el artículo 1256 (1).

Art. 1298. La compensacion no tiene lugar en *perjuicio de tercero*.

Asi, el que, siendo deudor, viene á ser acreedor despues del embargo hecho en su poder por un tercero, no puede oponer la compensacion en perjuicio del embargante.

Art. 1299. El que ha pagado una deuda, que de derecho estaba estinguida por compensacion, no puede ya, alegando un crédito que no propuso para compensar, prevalerse en perjuicio de tercero de los privilegios ó hipotecas, de que estuviese revestido dicho crédito, á no resultar justa causa de *ignorar* el crédito, por el que debia ser compensada su deuda.»

Haiti. En todo como el francés.

Holanda. Arts. 1461 al 1471 como el francés en sus arts. 1289 á 1299.

Luisiana. Arts. 2203 y 2204 como el código francés en el 1289 y 1290: el art. 1295 como el §. 1.° del 1291 del mismo: el 1296 á 1213 como el 1292 á 1299 de dicho Código francés.

Nápoles ó Dos Sicilias. Arts. 1243 á 1253 como el 1289 á 1299 del Código francés.

Prusia. «Art. 300. La compensacion se realiza, cuando dos personas son simultáneamente deudoras la una de la otra.»

Art. 301. Y se efectúa de *pleno derecho* y *aun ignorándolo* los deudores.

Art. 304. Cuando el acreedor demanda un pago á uno de los deudores *solidarios*, este puede compensar la deuda con sus créditos propios; pero no con los de sus codeudores, sino en tanto, en cuanto estos se los hubiesen cedido.

Art. 308. La compensacion tiene lugar entre el deudor de una herencia y uno de los herederos, antes de la particion; salvo si la herencia hubiese sido admitida á beneficio de inventario.

Art. 328. La compensacion tiene lugar igualmente entre un acreedor y *la caucion*.

Art. 331. No se pueden compensar con el *mandatario* de un acreedor, sino las deudas de este, y no las del mandatario.

Art. 332. Las deudas de los *curadores* y *tutores* no pueden compensarse con los créditos debidos á su pupilo.

Art. 336. El esposo puede compensar sus créditos propios con las deudas de su mujer.

Art. 346. No se pueden compensar sino obligaciones exigibles, y de la misma naturaleza, aunque la causa de ellas sea diferente.

Art. 350. Si las dos deudas no son pagables *en un mismo lugar*, es preciso deducir del importe de la compensacion *los gastos de remesa y de trasporte*.

Art. 363. El *depositario* y el *comodatario* de cosas no fungibles no pueden dejar de restituir.

Arts. 366 y 370. No procede la compensacion en *pensiones alimenticias*, ni en perjuicio de tercero.

Art. 371. No puede ejercitarse la compensacion en las *obligaciones de hacer*; salvo que puedan reducirse á estimacion metálica y que sea indiferente, que sean cumplidas por una persona ó por otra.

(1) Art. 1256. Cuando la solucion de una deuda *no esprese imputacion*, el pago se entenderá aplicado á aquella deuda, que el deudor tenia por entonces *mayor interés en estinguir*, entre las que sean *igualmente vencidas*; en otro caso, sobre la deuda *vencida*, aunque sea menos gravosa, que las no vencidas todavía. Si las deudas son de igual naturaleza, se aplica el pago á la *mas antigua*: si todas las deudas se hallasen en igual caso, se aplica el pago *proporcionalmente*.

Art. 372. El *deudor no puede renunciar al beneficio de la compensacion.*

Art. 376. El hecho solo de haber uno pagado, sin hacer valer la compensacion, no prueba la nulidad de la contra-credencial.

Art. 377. *La compensacion se efectúa, aun habiéndose prescripto el crédito, en el momento mismo en que el otro acreedor gestiona para reembolsar el suyo; á menos que la prescripcion haya tenido lugar antes que fuera exigible este último crédito.*»

Vamd. «Art. 961. Cuando dos personas resulten deudoras recíprocamente de deudas, no reconocidas por títulos; pero vencidas, se efectúa una compensacion entre sus créditos, en la cantidad concurrente del de menos suma, á escepcion de los casos prevenidos en el artículo siguiente.

Art. 962. No se puede esponer la compensacion:

1.° A la demanda en restitucion de una cosa, de la cual ha sido injustamente despojado su propietario.

2.° A la demanda en restitucion de un depósito, ó de un préstamo de cosa fungible.

Art. 963. Cuando entre dos acreedores recíprocos los dos créditos, ó el uno de ellos han sido reconocidos por títulos, no procede la compensacion.

Art. 964. En todo caso, cuando los bienes de una persona son sometidos á interdiccion judicial, se efectúa la compensacion de las deudas activas y pasivas del requirente, hasta la concurrencia de sus cuotas respectivas, por lo que hace á las deudas, que consisten en cuentas corrientes, billetes y otros actos, que consistan en documento privado; pero no las deudas reconocidas por acta pública.»

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

Sec. I. Reseña jurídico-doctrinal. Diversas especies de compensacion.

Sec II. Conveniencia y naturaleza de la compensacion.

§. 1.° *Conveniencia de la compensacion.*

§. 2.° *Naturaleza de la misma.*

Sec. III. Efectos de la compensacion.

Sec. IV. Requisitos necesarios para la compensacion, en sí, y en sus efectos.

§. 1.° *Requisitos para la compensacion, en sí, ó por parte de su orígen.*

§. 2.° *De la compensacion por parte de las personas, mútuamente obligadas.*

§. 3.° *De la compensacion por parte del juzgador.*

Sec. V. De la compensacion, comparada con la *retencion* y con la *mútua peticion.*

Sec. VI. De la forma y del tiempo de interponer en juicio la compensacion.

Sec. VII. Cuestiones prácticas y de derecho comparado.

Sec. VIII. Continuacion del mismo asunto.

Sec. IX. De la compensacion en lo mercantil.

Sec. X. De la compensacion con el fisco.

Sec. XI. De la compensacion en deudas del Concejo.

Sec. XII. De la compensacion en lo penal.

Sec. XIII. De la compensacion en lo canónico.

Sec. XIV. De la compensacion en Ultramar.

SECCION I.

Reseña jurídico-doctrinal.—Diversas especies de compensacion.

En el órden histórico-jurídico, la compensacion viene, sin duda, del derecho romano. Y decimos en el órden histórico-jurídico, por cuanto la legislacion romana es la base y norma del derecho civil de todas las naciones cultas. Por lo demás, siendo la compensacion tal, que está en la naturaleza de las cosas, pues que desde que dos personas se deben

entre sí dos deudas, en todo iguales, ninguna en realidad debe nada á la otra, como despues esplanaremos: como no aumenta el patrimonio de ninguna de ellas, lo que la otra le debe, pues, en la verdad de las cosas, cada una cuenta de menos en el suyo, lo que debe á la otra; son en este caso los créditos recíprocos, lo que en matemáticas las cantidades *positivas* y *negativas*, que se destrayen. Siendo por otra parte la compensacion la fórmula que más, y si no, de las que mas abarcan y realizan el fin cardinal de las instituciones judiciarias, cual es la *mas pronta, fácil* y *económica administracion de justicia*, es fundado el deducir que existió siempre en las costumbres de todos los pueblos. No llegaria al perfeccionamiento, á los ápices de derecho, que entre los romanos: no estaria declarado, como lo fué despues, y mas esplícitamente en el dia, que *era de riguroso derecho*, que se efectuaba *por ministerio de la ley, anteriormente á toda voluntad, ó convenio de las partes, y aun sin saberlo ellas*, etc.; pero existiria. No se interpondria como *paga*; pero lo seria de otra forma, que condujera al mismo resultado, pues no hay defensa mas natural y espedita en el demandado que el proponer que tambien el demandante le debe á él *otro tanto* y *tan exigible*.

Pero repetimos que, históricamente y en el órden legislativo, la compensacion, tal cual la dejamos definida, viene del derecho romano, que, como luego decimos, primero la admitió, ó le dió fuerza legal en las acciones y juicios *de buena fé*, y despues en todos, esto es, tambien en los llamados *stricti juris*.

Es singular que, siendo un medio tan adecuado, y en todos sentidos tan aceptable, no lo hallemos espresamente formulado, ni en el Fuero Juzgo, ni en ninguno de nuestros Códigos ó colecciones legales, anteriores al de las Partidas: pero no por eso puede inferirse que no existiese, y que no fuera una de las defensas *perentorias*, que podian deducirse en juicio, como podria deducirse en cualesquiera tribunales, aunque ni nuestras leyes de Partida, ni ninguna legislacion europea, hubiesen seguido en esto á las romanas. La diferencia estaria en proponerla como *escepcion*, como *mútua peticion*, como uno de los infinitos medios de defensa del demandado contra el demandante; en vez de hacerlo como un medio privilegiado, cual es, ó por lo menos lo ha venido siendo, la *compensacion, específicamente tal*.

Tenemos dicho, sin embargo, que las leyes de Partida la adoptaron, si bien con algunas variaciones y aun restricciones, en su letra por lo menos, sobre las leyes romanas, y lo propio han practicado todas las legislaciones de los pueblos cultos, con atendibles diferencias algunas, ya entre sí, ya con las romanas, como notarémos en su lugar.

Nuestras disposiciones legislativas, posteriores á las Partidas, como la Nueva y Novísima Recopilacion, no la mencionan, y á lo mas la dejan subentender. El Código de comercio, y la ley de procedimientos judiciales en lo mercantil, y la ley misma de Enjuiciamiento civil, apenas la mencionan tampoco, no siendo en caso singular, como para lo ejecutivo; pero eso mismo revela que la dan por supuesta, en cuyo caso tiene que ser tal, como viene formulada desde las leyes de Partida, toda vez que estas no han perdido el carácter de supletorias, y el caso es ciertamente el de suplir.

El proyecto del Código civil, sin embargo, la formula y desenvuelve específica y ámpliamente, y hé aquí los artículos concernientes á ella:

«Art. 1122. Tiene lugar la compensacion de obligaciones, cuando dos personas reunen la cualidad de acreedores y deudores recíprocamente y *por su propio derecho*.

Art. 1123. El efecto de la compensacion es el estinguir, *por ministerio de la ley*, una y otra deuda, en la *cantidad concurrente, aunque no tengan conocimiento de ello los acreedores y deudores*.

Art. 1124. La compensacion no procede, sino cuando ambas deudas consistan en *una cantidad de dinero*, ó cuando siendo *fungibles* las cosas debidas, sean *de la misma especie*, y tambien *de la misma calidad*, si esta se hubiese designado.

Art. 1125. No pueden compensarse, *sin*

voluntad espresa de las partes interesadas, las deudas siguientes:

1.° Las que no *fueren líquidas*.

2.° Las *no vencidas*.

3.° Una deuda *pura* con otra, *cuya condicion no se hubiese cumplido*.

Art. 1126. Contra la demanda, para la restitucion de la cosa en los casos de *despojo*, *depósito ó comodato*, no puede oponerse la compensacion.

Tampoco puede oponerse contra la demanda de *alimentos*, no sujetos á embargo.

Art. 1127. El *fiador* puede utilizar la compensacion de lo que el acreedor debiere á su deudor principal: pero este no puede oponer la compensacion de lo que el acredor debe al fiador.

Tampoco el deudor *mancomunado* puede reclamar compensacion de lo que el acreedor debe á su co-deudor.

Art. 1128. El deudor, que hubiere consentido en la *cesion de derechos* por un acreedor á favor de un tercero, no podrá oponer al concesionario la compensacion, que le correspondiera contra el cedente.

Si el acredor le hizo saber la cesion, y el deudor *no lo consintió*, puede oponer la compensacion de las deudas *anteriores á ella*; pero no de las *posteriores*.

Si la cesion se realiza *sin conocimiento del deudor*, podrá este oponer la compensacion de los créditos *anteriores á ella*, y de los posteriores, *hasta que hubiere tenido noticia* de la cesion.

«Art. 1129. Son compensables la deuda del *heredero* á favor de tercero con la deuda de este á favor del causante de aquel, y la deuda de un tercero, á favor del heredero con la del causante del heredero á favor del tercero, siempre que la herencia se haya admitido *puramente*, y no cuando se haya admitido á beneficio de *inventario*.

Art. 1130. Las deudas pagaderas en *diferente lugar*, pueden compensarse, mediante *indemnizacion de los gastos* de trasporte ó cambio al lugar del pago.

Art. 1131. Si una persona tuviere contra sí varias deudas compensables, se seguirán las reglas establecidas en el párrafo 4.°, seccion II, capítulo V de este título (1).

Art. 1132. Para que la compensacion tenga lugar, es necesario que los créditos y las demás deudas compensables se hallen espeditos, sin que un tercero tenga adquiridos derechos, en virtud de los cuales pueda oponerse legítimamente.

Art. 1133. Las *esperas*, que concediere el juez, ó gratuitamente el acreedor, *no impiden la compensacion.*»

En cuanto á las especies de compensacion hay dos de ellas capitales, segun tenemos dicho: la compensacion en lo *jurídico*, y la compensacion en lo *administrativo*.

Hemos insinuado tambien, que en la primera, hay casos de alguna diferencia; ora en la materia, ora en la forma y efectos; y tales son la compensacion en lo *mercantil*, en lo *fiscal*, en *deudas de concejo*, en lo *penal* y en lo *canónico*, mereciendo tambien alguna observacion particular la compensacion en *Ultramar*. De cada una de estas diferencias hablamos en las secciones correspondientes.

En la alta importancia, que los autores han dado siempre á la compensacion, la han clasificado todavía en otras diferencias técnicas, y doctrinales. Tales son las de compensacion *relativa*, como si dijéramos *personal* ó *singular*, pues que llamaban tal á la de cada una de las partes, considerada en sí sola; y no en *dualidad*, ó en el efecto complejo de las dos compensaciones, ó estincion de las dos deudas: *propia*, la que se efectúa *ipso jure*: *impropia*, la que tiene lugar en las últimas voluntades, cuando el testador instituye heredero ó legatario á su acreedor: *voluntaria*, la que espontáneamente realizan las partes, ju-

(1) El §. 4.° citado contiene los tres artículos siguientes:

Art. 1104. «El que tuviere contra sí varias deudas en favor de un solo acreedor, goza de la facultad de declarar al tiempo de hacer el pago, por cuál de ellas quiere que se entienda hecho.

Cuando el deudor no haga esta designacion, se estará á la hecha en la carta de pago por el acreedor, si espresa ó tácitamente se hubiere conformado con ella el deudor.

Art. 1105. Si la deuda produce interés, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, mientras no estuvieren *cubiertos los intereses*, á menos que en ello se convinese el acreedor.

Art. 1106. Cuando no puede imputarse el pago por las reglas anteriores, se estimará satisfecha la deuda *mas onerosa* al deudor, entre las que estuvieren vencidas.

Si las deudas fueren de igual naturaleza y gravámen, el pago se imputará á la *mas antigua*; y en igualdad de todas sus circunstancias, se imputará á todas á *prorata*.»

dicial ó estrajudicialmente: *necesaria*, la que el juez declara por autorizarlo el derecho, aunque lo resista una de las partes, caso que puede ocurrir y ocurre, porque es mas comun y cómodo, aun luchando con la evidencia, querer cada uno cobrar, que querer pagar: *directa* ó *verdadera*, la establecida por la ley, como descuento de una deuda por otra: *indirecta* la *retencion*, que ciertamente, mientras no pierda este carácter, no es compensacion: *estrínseca*, la que proviene de causa diversa que el crédito del contrario: *intrínseca*, la que, por la inversa, proviene de la misma causa, hecho ó contrato: *legal*, en fin, la que proviene de la ley, que tambien se llama *propia*, en contraposicion á la *convencional*.

Desde luégo se vé que no domina en esta tecnología grande utilidad, ni gran criterio; y que alguna de las clases mencionadas se comprenden en las otras, ó son todas unas mismas, cual viene á suceder con la compensacion *verdadera*, *propia*, *necesaria y legal*.

La division única, que en punto á lo dicho puede adoptarse, es la de *legal*, y *espontánea* ó *convencional*, que tambien podria denominarse *necesaria* y *voluntaria*, pues verificada la primera, como diremos, *por ministerio de la ley*, hasta sin saberlo las partes, no pende de la voluntad de estas, ni de la del juez, y es por tanto *necesaria*: así como por la inversa, es *voluntaria*, ó puramente convencional, la que solo se realiza por voluntad de las partes, y no por *ministerio de la ley*; y antes ha de ser de las que la ley escluye; no por inmorales, ni por otra causa reprobada, sino en el sentido de no efectuarse *ipso jure*, como la de cosas no *líquidas*, no ciertas, no fungibles, etc. Véanse las secciones 2.ª, 3.ª y 7.ª

SECCION II.

CONVENIENCIA Y NATURALEZA DE LA COMPENSACION.

La presente seccion encierra en principio y resuelve toda la teoría de la compensacion; facilísima en la práctica por la legislacion de las Partidas y jurisprudencia fundada en ellas; difícil por demás, como veremos en la seccion 6.ª, señaladamente despues de la ley de Enjuiciamiento civil.

§. 1.º *Conveniencia de la compensacion.*

La importancia que han dado nuestros autores á la compensacion es tal, que Castillo creyó no recomendarla bastante con su propia autoridad, si no espresaba, como lo hace, *Cotidianarum controversiarum*, lib. 4, cap. 40, que, para asentar su doctrina y conclusiones acerca de la misma, habia consultado 49 *autores originales*, sin contar el número considerable de los citados por ellos. Hoy, sin embargo, despues de la Ley de Enjuiciamiento civil, ha perdido la compensacion parte de su importancia (véase la seccion 6.ª), y con todo, no podemos dispensarnos, por lo dicho, y por lo que ella es en sí, de esponerla con alguna estension.

Viniendo ahora á la conveniencia de la compensacion no hay que persuadirla: se persuade por sí misma, con solo definirla, ora se trate de la compensacion *necesaria*, ora de la *voluntaria*.

Pero esta última entra en la esfera comun de las convenciones, y sigue la ley de estas. Si es conveniente, si es útil, es porque lo es como convenio, porque las partes lo han querido. Pero queriéndolo ellas, pudieron adoptar otro camino mas corto, el de remitirse los créditos, donarse, etc., y la ley no lo invalidaria. Por esto no es la compensacion *convencional*, no es la espontánea á la que se concreta el presente artículo: es á la compensacion jurídica, á la *necesaria*, á la que se efectúa *por ministerio de la ley*, no solo sin la *voluntad* de las partes, sino aun contra ella, y aun *sin saberlo* ni pensarlo las mismas. En esta cabe, no obstante, voluntariedad en el orígen: pueden las partes al contraer el crédito estipular que se compensaran los de ambas: si esto es antes que los dos créditos coexistan, la compensacion es voluntaria: si es despues, la ley les habrá precedido, y la compensacion está hecha de derecho. La conformidad posterior al momento de la ley no tiene, para el efecto y teoría de la compensacion propia ó *necesaria*, otro valor que el asentir á lo ya

realizado por la ley, el prevenir la necesidad de recurrir al juez, que sanciona y eleva á cosa juzgada, lo que ya estaba causado y juzgado por el derecho.

Viniendo ahora al caso de la compensacion, *necesaria* por su origen, jurídica por la intervencion judicial, repetimos que no hay que persuadir su conveniencia. Reduce desde luego dos pleitos á uno, y aun, sin terquedad de una de las partes, dos pleitos á ninguno; pues reconocida la obra de la ley, ora evidentemente desde luego, ora por pura demostracion fácil, que la ley no quiere necesite para ser efectuada, mas que el periodo de *diez dias*; si las dos partes, ó alguna de ellas, sigue litigando, no es sino por temeridad, solo porque quiere.

El primer efecto, sin embargo, el de reducir dos pleitos á uno, caso de seguir el litigio, es una ventaja comun á la *compensacion* y á la *mútua peticion*; pero el prevenir ó evitar dos pleitos posibles, uno para el pago separado de cada crédito, es un beneficio peculiar de la compensacion.

Bien merecia favorecerse una institucion de tal efecto, esta especie singularísima de pago, que podriamos llamar *brevi manu*, aun mas que la *tradicion* así denominada en el derecho. Y con efecto, han favorecido, á la vez, la compensacion, el derecho, la doctrina y la jurisprudencia.

Las leyes romanas la instituyeron, *ipso jure*, como queda dicho, primero solo en los juicios y acciones *de buena fé*; pero no en los llamados *stricti juris*; siendo la diferencia, que en aquellos la compensacion se invocaba *en cualquier estado del pleito*, y en *cualquiera de las instancias*; y en estos, *solo como rigorosa escepcion*; y por tanto, *al contestar la demanda*. En estos, como era consiguiente, *seguia el pleito* por todos sus trámites; y en aquellos se cortaba, terminado *á primera providencia*; mediando, cuando mas, una justificacion de brevísimo plazo, que nuestras leyes de Partida fijaban en diez dias. Justiniano, en su célebre Constitucion (ley 14, tít. 31, lib. 4 del Código) la estendió á unos y otros juicios, y á toda clase de acciones: *Compensationes ex omnibus actionibus ipso jure fieri sancimus, nulla differencia in rem, vel personalibus accionibus inter se observanda.*

Pero el mismo Emperador ordenó que solo se admitiesen las que fuesen espeditas desde luego, ó *de fácil demostracion*; pues «seria, dice, bien triste, que despues de seguido un pleito dispendioso, sin hablar de compensacion; cuando ya el actor tenia vencido á su adversario, viniese este proponiendo aquella, la cual pudo interponer al principio, evitando el pleito; y mas, si por ser complicada y difícil, requeria otro pleito, igualmente dispendioso y largo.»

Nuestras leyes de Partida adoptaron el mismo sistema, y por la propia razon de simplificar los juicios, de hacer fácil, pronta y económica la administracion de justicia.

Los autores, en fin, reconocen en eso mismo la conveniencia de la compensacion: *Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere.* (Ley 3, tít. 2, lib. 16 del Digesto.)

§. 2. *Naturaleza de la compensacion.*

Como en un sistema lógico, ó bien comprendido, todo se enlaza, la naturaleza de la compensacion viene ya reseñada en su conveniencia; así como en esta se reseñarán los efectos de la misma, enlazándose por necesidad entre sí las diversas secciones de este artículo, muy especialmente la 1, 2, 3 y 7.

De todo ello se deduce que la naturaleza de la compensacion deriva de dos principios ó puntos de vista: de su *efecto*, y de su *concepto y valor en el procedimiento jurídico*.

En su efecto es *un pago*, real, efectivo, pero singularísimo: efectuado *ipso jure*, sin prévio convenio de las partes; hasta sin noticia de ellas en su caso; y aun contra su voluntad, ó intencion interna; si no la deducen en tiempo y forma, dejando así espedita la accion de la ley. Es decir, que en el instante mismo en que concurren créditos recíprocos; en el mismo, sabiéndolo las partes, ó sin saberlo; queriéndolo ó sin quererlo, si callan su intencion contraria y recíproca, la compensacion se realiza por ministerio de la ley, así como en las instituciones vinculares pasaba por ministerio de la misma la posesion *civil, civilísima* al

inmediato, sin intermision de un instante, en todos sus efectos posesorios; aun sin saberlo la parte, y hasta con incapacidad natural de tener noticia, ni intencion, como, por ejemplo, sucedia en el póstumo.

Esta singular teoría era y es incontestable en doctrina; pero no tanto en el derecho, y menos en el de Partidas que en el romano; por falta ciertamente de coherencia entre el lenguaje y el principio.

El derecho romano, por ejemplo, establece indubitadamente la compensacion *ipso jure*.

«Si consta que recíprocamente se debe dinero, conviene que *ipso jure*, se repute la compensacion efectuada, *desde aquel tiempo, desde que hay deuda por una y por otra parte*, hasta en la cantidad concurrente....» (Ley 4, tít. 31, lib. 4, del Código.) Lo mismo y con igual precision se repite en otras leyes, como la 14, del propio título y libro, y la 4, y 21, tít. 2, lib. 16 del Digesto.

Y con todo, otras leyes de las mismas compilaciones, hablando de la intervencion judicial, lo hacen de modo, que parece que pende en gran parte de su autoridad y prudencia el admitir ó declarar la compensacion. A veces hasta parece que pende de la voluntad del demandado. Cada uno *puede* rechazar á su acreedor, y este al deudor, *si está dispuesto á compensar, si paratus est compensare* (ley 2, título y libro citados del Digesto): de donde seria lógico deducir que *si non est paratus*, no hay compensacion, la ley no ha hecho nada; la compensacion no se efectuó *ipso jure*, cuestion grave, de que tratamos en la seccion siguiente.

En nuestras leyes de Partida es aun menos esplícito, el que la compensacion se efectúe *ipso jure*; y mayor la incoherencia entre este principio y la accion judicial, de la cual, estando al testo de dichas leyes, parece pender todo el resultado. «Si un home demandare á otro en juicio mil maravedís, dice como vemos en la parte legislativa, la ley 20, título 14, Partida 3; é este á quien los demandare, dijese que queria probar que le debia él otros tantos á él, é que *pedia de derecho* al juzgador que *mandare que fuesen quitos* los unos por los otros...» Es la espresion mas directa de estas leyes, sobre la compensacion *ipso jure*; y ya se vé que no puede sostenerse sin violencia que es eso lo que se quiere decir, pues *de derecho* se pide la justicia en todas las acciones y escepciones comunes.

Y todavía dicha espresion viene atenuada con la fórmula que se prescribe para que la parte implore la compensacion, pues no ha de decir que el juez *declare* que aquella *se efectuó por ministerio de la ley*, y por tanto en lo principal y accesorios; sino que el juzgador *mandase que fueren quitos* un crédito por el otro. «Ca estonce, añado la ley, fallando el juzgador en verdad que así es, *debe mandar que se quite el un debdo* por el otro, *é son tenudos de lo otorgar.*» Es decir que hasta que el juzgador *mande que sean quitos un debdo con el otro*, nada parece haberse hecho *por ministerio de la ley*. Y no es este por cierto el modo de sentenciar en las sucesiones vinculares, en que *no manda* el juzgador que la posesion *civil, civilísima* pase al inmediato; sino que se ciñe á declarar que dicha posesion *ha pasado* por ministerio de la ley.

«Descontarse *pueden* en manera de compensacion todas las debdas, etc.,» dice la ley 21 de dicho título y Partida. De cosas de distinta naturaleza, y no *ciertas*, añade la misma, non pueden *los debdores facer entre sí, por premia*, desquitamiento.» «Non solo los debdores principales, dice la ley 23, *pueden* descontar un debdo por otro...» Habla la ley 25 del caso en que el hijo de un padre ausente oponga compensacion al acreedor y demandante de aquel, diciendo al juez «que pedia al juzgador *que mandase descontar*..... á tal desquitamiento non debe ser cabido..... fueras ende si el fijo diere fiador que haya por firme el padre, etc., ca estonce..... bien *puede mandar el juzgador que sea desquitado* un debdo por otro.»

Es imposible no ver en este lenguaje la incoherencia é impropiedad de que hemos hecho mérito, entre el principio y la fórmula de esplicarlo y aplicarlo; y que mas bien que por ministerio de la ley, parece efectuarse la compensacion por decreto del juez, y por voluntad, y potestativo arbitrio de las partes.

Resultaria de aquí además que la compen-

sacion era una *escepcion ordinaria*; y que los *gravámenes accesorios* del crédito principal, como *réditos, hipoteca, fianza*, cesarian desde un momento de tiempo prefijado por el juez, y no precisa é ineludiblemente desde que en el órden de las cosas resultaron dos personas entre sí deudor, y acreedor recíproco.

No era tal, no era así, oscura y perpleja, la naturaleza de la compensacion por el derecho romano: ni lo es por los códigos modernos; sino taxativa, precisa, independiente del arbitrio y voluntad del juez y de las partes, realizada *por el derecho*, aun sin advertencia, ni noticia de estas. *La compensacion se efectúa de pleno derecho*, dice el art. 438 del Código de Austria. Lo mismo testualmente repite el de Babiera (§. 1, cap. 5, lib. 4), añadiendo, que, la compensacion *estingue el crédito, al tiempo en que dos personas se hacen acreedores la una de la otra.*» «La compensacion *se efectúa de pleno derecho por solo la fuerza de la ley*, dice el Código de Francia (art. 1290), *aun sin saberlo los deudores: las dos deudas se estinguen recíprocamente, en el instante en que existen á la vez*, en la cantidad concurrente, etc.»

No hay nada mas terminante. Y ese es en principio, y en general, el mismo sistema y aun lenguaje de los demás códigos, que admiten la compensacion. Si alguno la desecha, es terminante tambien; como el de Berna, cuyos artículos 10, 14, y 1015 consignan que la compensacion *no puede verificarse sino por convencion de las partes, y cuando hay cuenta abierta recíprocamente.*

Nuestros espositores en general, sin embargo de lo arriba espuesto en cuanto á las leyes de Partida, interpretándolas por las romanas, lo hicieron, atribuyéndoles el mismo espíritu de estas, y así ha prevalecido como en la jurisprudencia y práctica de los tribunales. Hemos dicho que los espositores *en general*; porque esa ha sido en efecto la opinion comun; no faltando anarquía de ahí abajo, sobre lo cual han de verse las secciones correspondientes.

No se oponen á la doctrina de ser la compensacion *pago real y efectivo*, las palabras de la ley de Partida (20, lib. 14 citado) de ser la compensacion «*manera de pagamiento.*» Es relativa esta locucion á lo antes manifestado por la ley 2.ª del propio título, esto es, que, «de pagas son *tantas maneras*, cuantas son naturas de debda, en que un ome se puede obligar á otro.» Enumerando la ley á continuacion, cuales son los modos de estinguirse las obligaciones, y tomando, ciertamente con poca propiedad, por *pago* el *modo* de estinguirse una obligacion, aunque lo sea por *novacion, quitamiento, renovacion de pleito*, etc., consigna entre dichas *maneras de pago* la *solucion del crédito*. Así el denominar ahora *manera de pago* á la compensacion, no es porque no estime ser *pago real*; sino porque, habiendo consignado en la ley 2.ª que hay varias *maneras de pago*, espresa ahora en la 20 que la compensacion es una de aquellas *maneras* ó especies, lo cual habia dicho tambien la citada ley 2.

La naturaleza, pues, de la compensacion es la de *un pago real y efectivo*, verificado con todas las consecuencias de tal, por ministerio de la ley, en el momento mismo, en que se realiza el hecho de concurso de dos deudas recíprocas, y dos ó mas personas por tanto, y mas bien, dos ó mas *personalidades*, ora *individuales*, ora *colectivas*, resultan mútuamente deudores y acreedores; concurriendo además las restantes circunstancias, prevenidas por el derecho, en cuanto á la naturaleza de estos créditos, segun esponemos en la seccion siguiente.

Dejamos indicado que el segundo principio que determina, aunque menos radicalmente, la naturaleza de la compensacion, es la consideracion de la misma *en cuanto al procedimiento*: á saber, ¿es una *escepcion*, como otra cualquiera, uno de los medios ordinarios de defensa, con que el demandado se defiende contra la demanda; ó es una alegacion, una escepcion no comun, ó de tal modo privilegiada, que *perima la accion*, sin proceder *ad ulteriora* en el pleito? Por las leyes de Partida así era. Siendo ella evidente, ó pudiendo justificarse en término de diez dias, cesaba el progreso del pleito: hoy, despues de la ley actual de Enjuiciamiento civil, y otras disposiciones, es muy difícil de

sostener esta doctrina: necesita al menos de amplia esplicacion, que no corresponde hacer en esta seccion, pero que hallarán nuestros lectores en la 6.ª Véase.

SECCION III.

EFECTOS DE LA COMPENSACION.

Ya casi no hay que esponerlos, ni enumerarlos. Nacen necesariamente de la naturaleza legal de la compensacion: y, sentado que esta es indudablemente, y en toda la eficacia legal, *un pago real, efectivo y absoluto*, pues la ley no lo condiciona, no lo tergiversa, no usa de formas equívocas, de cautelas maliciosas, ó dolosas, como, por interés bastardo, de que la ley no es capaz, pueden, y suelen hacerlo los particulares, un pago, por tanto, el mas irreprochable, su primero y radical efecto es la *estincion de la obligacion recíproca*, y por tanto, de uno y otro crédito. Si estos son iguales en cuantía, ya *principal*, ya, en su caso, *accesoria estimable*, la estincion es *in totum*, omnímoda, completa: si los créditos son desiguales, aquella se circunscribe á la *cantidad concurrente*: si de los créditos recíprocos, el uno era de ciento y el otro de setenta, la estincion se efectúa en setenta.

De la *estincion* de la obligacion principal es consecuencia la de todas las accesorias, esto es, los *intereses*, ora estipulados, ora reclamables legalmente: la *fianza*: la *hipoteca*: la *prenda*; toda cautela, en fin, que indujera obligacion accesoria. Y si estas obligaciones se estinguen con la principal, por su índole de accesorias, por esa misma circunstancia se estinguen en la forma en que lo es aquella, esto es, si los créditos son iguales, omnímodamente; si desiguales, solo á prorata, y sobre el tipo ó base legal de la cantidad concurrente. En el caso antes propuesto por ejemplo, cesarán los intereses y obligaciones accesorias en cuanto á los setenta compensados; continuando en toda su fuerza y vigor, como antes de la compensacion, los 30 que no se han compensado. La solucion y resultado práctico de lo dicho es, que si los créditos se compensan *in totum*, las cosas vienen á quedar, entre los acreedores y deudores recíprocos, como si entre ellos no hubiesen mediado tales obligaciones, ó como antes de constituirlos: si la compensacion es *parcial*, ó solo en la cantidad concurrente, como si la obligacion al resto no compensado se hubiera contraido solo por esta cantidad.

No ha de perderse de vista, sin embargo, que hasta el momento legal de la compensacion, ó lo que es lo mismo, hasta que se constituye el segundo crédito, el primero surte hasta aquel momento todos sus efectos legales, en lo principal y accesorio, como si no se hubiera constituido el segundo, y como despues de la compensacion parcial.

Pero, ¿y si alguna de las deudas tiene tal restriccion, ó viniese revestida de tal circunstancia, que impida, ó haga perpleja al menos la procedencia de la compensacion *ipso jure*, como por ejemplo, si una de las deudas fuese *jurada*, esto es, jurado su pago? Quiere decir que si tal fuese la condicion, restriccion, etc., que impida la compensacion, no se seguirá ésta; pero entonces no se seguirán *efectos*: faltará el supuesto de ellos, que es el que realmente se haya efectuado y exista compensacion, *ipso jure*. Estos son precisamente los dos polos, sobre que descansa la presente seccion; y quiere decir que si aquella no es efectiva, las cuestiones que sobre ello se promuevan, como la anterior del juramento, no pertenecen á la misma, la cual, como se vé, examina los efectos, dando por hecho que existe compensacion. El determinar cuándo existe aquella; qué requisitos son necesarios para que exista; y existiendo, hasta qué punto penda su efecto *en la práctica*, ora de la intervencion judicial, ora de la voluntad de las partes, lo tratamos en la seccion 4.ª: cuando las circunstancias hagan perpleja la naturaleza de la compensacion, y sus efectos, en las secciones 7.ª y 8.ª, que tratan de cuestiones prácticas y de derecho comparado: cuando penda, en fin, aun de la forma y tiempo de interponerla en juicio, en la seccion 6.ª

Ahora, en confirmacion de lo arriba espuesto, y en medio de ser tantos los escritores que han tratado de la compensacion, lo que

indica hasta qué punto se ha creido que ni el derecho romano, ni el de Partidas lo espresan todo; de donde se desprende que la cuestion es en gran parte de autoridad; apenas podriamos aducirla de mayor peso que la del ilustre Conde de la Cañada, que en sus *Instituciones civiles*, dice testualmente, si bien adelantando razones para otras secciones, lo que sigue:

«De estos principios nacen tambien otras seguras consecuencias. La primera, que si uno de los créditos tiene por su naturaleza, ó por convencion, *intereses* ó *usuras*, cesan estas en el equivalente del crédito simple, que adquirió posteriormente el que antes era deudor: porque, no subsistiendo *el capital*, ha de correr igual suerte lo *accesorio* de los intereses ó usuras, como si desde el punto en que el deudor *se hizo acreedor* contra su anterior acreedor, *si hubiese verificado la paga real y efectiva*.

»La segunda, que si *por error ó ignorancia se omitiese proponer la compensacion*, y el deudor pagase á su acreedor, se reserva y compete al que hizo la paga la *condiccion indebiti, per errorem solutum*, suponiendo estinguida la deuda por efecto de la compensacion, y sin embargo de no haberla propuesto.

»La tercera, que se admite y tiene lugar en los juicios ejecutivos en la misma forma, y dentro de los términos señalados para liquidar y probar la escepcion de *verdadera paga*, de que hablan las leyes

»La cuarta, que corre y tiene lugar la compensacion, no solo con *el principal deudor* y acreedor, sino contra su *cesionario*, ya intente la accion, que se le ha cedido, á su nombre, en calidad de *útil*, ó en el del cedente, en quien estaba radicada la accion *directa*, pues estinguida esta desde aquel momento en que su deudor se hizo acreedor contra el que lo era antes, ni se puede promover á su nombre la accion directa, que es la principal, ni pudo pasar al cesionario la útil, porque cederia lo que no existia, ni le pertenecia.

»La quinta, que el *fiador* del deudor, si fuese reconvenido por el acreedor de su principal, se defiende con la compensacion, que este pudo proponer, escluyéndolo con la escepcion mas robusta *sine actione agis*; porque estinguida, *ipso jure*, por el crédito, que adquirió el deudor contra el que era acreedor, *caducó* inmediatamente *la obligacion del fiador*, y puede con verdad asegurar que sin ella no hay accion, ni debe ser molestado al pago, que anticipadamente habia hecho su principal por efecto de la compensacion legal, aun antes de indicarla ó proponerla.»

«La sétima, que corre y tiene lugar la compensacion en todas las acciones, ya sean reales, personales ó mistas, así en los contratos ó juicios, que se llaman de buena fé, como en los que son *stricti juris*, pues están igualados por las leyes del reino y por el novísimo derecho de los Emperadores, quienes suprimieron aquella diferencia, introducida por las leyes antiguas de los romanos, que consistia en que en los juicios de buena fé bastaba alegar ó indicar la compensacion *en cualquier estado del proceso, así en primera instancia, como en las posteriores, y aun despues de la sentencia* y cosa juzgada, haciéndose al tiempo de la ejecucion; pero en los contratos y juicios *stricti juris* debia proponerse la compensacion con la fórmula de *escepcion* en el principio del pleito, contestándose en el mismo.» (Conde de la Cañada, antes citado.)

Sobre compensacion por *dolo* y por *culpa*, véase lo que decimos en la compensacion en materia mercantil.

SECCION IV.

REQUISITOS NECESARIOS PARA LA COMPENSACION, EN SÍ, Y EN SUS EFECTOS.

Para que la compensacion produzca los efectos que quedan consignados en la seccion anterior, es menester que se realice, y además que las partes despues no contraríen dichos efectos con sus hechos. Quiere decir que una cosa es la compensacion en sí, y otra en las circunstancias posteriores, hasta su completo efecto, hasta poderse decir cosa ejecutoriada. La compensacion *en sí*, aun cuando, como hemos dicho, se efectúa por ministerio de la ley, pende en gran manera de las circunstancias de los créditos y del caso, numerándose en

las de este segundo estremo la voluntad de las partes. La compensacion despues, esto es, aun realizada *ipso jure*, pende todavía, hasta su omnímodo y último efecto jurídico, de la voluntad de las partes, y de la intervencion judicial, en su caso, del tiempo, en fin y del modo de deducirla en juicio: puntos todos, sobre los que, segun dejamos demostrado, parece perplejo aun el derecho constituido; y no poco, y aun en contradiccion abierta los espositores. El ponerlo todo en claro es el objeto de la presente seccion, en la cual tratamos de los requisitos necesarios para la compensacion *ipso jure*, ó en sí, en su efecto primitivo: por parte de las personas mútuamente obligadas: y por parte del juzgador.

§. 1.° *Requisitos para la compensacion, en sí, ó por parte de su origen*

Lo menos que se podría exigir era que los créditos compensables fuesen *incontestables, recíprocos y líquidos*; pero ni aun en este punto hay completa conformidad en los autores, como ni en los diversos derechos. Así, por ejemplo, el derecho romano, menos que esplicar la compensacion, bajo el punto de vista del presente párrafo, la dá por supuesta, y solo enuncia terminantemente formulados los tres requisitos siguientes: que los créditos sean *pecuniarios* (*pecunia*), *recíprocos, y líquidos*.

Segun Castillo, en el lugar ya citado, *recíprocos, líquidos, puros*, ó no condicionados, de *cantidad, y exigibles*.

Segun el Febrero reformado: de cosas *fungibles* de la *misma naturaleza*, é *igual estimacion*: *recíprocos*: *personales* ó no de un tercero: *indubitados*: *líquidos*: *por justa causa*: *por título oneroso* y no *gratuito*: *incondicionados*.

Nuestras leyes de Partida vienen á concretarlos á las condiciones siguientes: de cosas *fungibles*: *ciertos*, esto es, determinados: *recíprocos*: y *legítimos*, ó por causa legal.

El Conde de la Cañada espresa solo dos requisitos: de cosas *fungibles*, y estas de la misma *naturaleza*.

Los autores modernos, concretando mas la cuestion, precisan así los mencionados requisitos de los créditos: de cosas *fungibles*: *líquidos*: *exigibles*: *recíprocos*: *no prohibidos por la ley* (Escriche). Ortiz de Zúñiga los precisa en igual forma.

Fácil es ya inferir la verdadera naturaleza de los créditos compensables, derivada de los requisitos necesarios ó esenciales, que la constituyen, y que nosotros, para la mayor facilidad y precision posibles en esponerlos y comprenderlos, reducimos á los siete siguientes:

1.° Que los créditos sean *recíprocos*, esto es, que las dos personas, y mas bien, que las dos *personalidades*, ora *individuales*, ora *colectivas*, sea cada una á la vez acreedora y deudora de la otra. La razon es clara: la compensacion es un *pago*: en el órden natural de las cosas quien paga es el que debe y á quien debe: aquella es además el pago ó descuento de una deuda por otra: no puede, pues, efectuarse sino respecto de personas, entre quienes medien una deuda activa y otra pasiva.

Dedúcese de aquí en primer lugar, que si los créditos aislados admiten *expromisor*; no así los *compensables*; pues no hay reciprocidad; á no ser que aquel de los acreedores recíprocos, cuyo crédito quiera solventar un expromisor con un crédito contra él, lo consienta; pero entonces la compensacion se efectúa por consentimiento, y no por puro ministerio de la ley, que es la compensacion de que tratamos.

Dedúcese en segundo, que pueden compensar entre sí, un indivíduo con otro: una corporacion con otra: una corporacion con un indivíduo, y al revés; pero créditos propios ó debidos en tales conceptos, esto es, de personalidad á personalidad; mas no un particular ó corporacion con el indivíduo de otra corporacion por el crédito, no colectivo, de esta, sino peculiar de aquel; pues en tal caso pagaría quien no debe, que es la corporacion; resultando así evidente la razon de la *reciprocidad necesaria*, esto es, que no pague quien no debe, ni á quien no se debe.

Dedúcese por último que la compensacion tendrá lugar, sin que lo resistan los principios de derecho, y la razon inductiva de la misma de evitar litigios y espensas, siguiendo en ello el axioma filosófico de que *frustra fit per plu-*

ra, quod fieri potest per pauciora, no solo entre acreedores, directamente obligados; sino aun indirectamente; en cuyo caso se encuentra el fiador respecto del acreedor del principal obligado, el guardador del menor, etc.

2.° Que provengan de *causa legal*: esto es, de causa asistida por el derecho civil, de *causa civil de obligar*, porque solo así admiten compulsion para el pago: requisito que no ha de confundirse con el de ser *exigibles*; si bien puede reputarse como uno de los casos á que es aplicable esta enunciativa. Ciertamente no es nunca exigible lo que nunca es deducible en juicio; pero los autores concretan, técnica y mas principalmente la circunstancia de exigibles á la de poder ser reclamables en juicio *desde luego*, en el momento en que la compensacion ha de efectuarse *ipso jure*; lo cual supone, ó dá por hecho que ya son créditos, esto es, que están asistidos del derecho, puedan ó no exigirse desde luego, lo cual dependerá ya en tal supuesto, no de la naturaleza civil del crédito en sí, sino de las circunstancias de ser ó no líquido, puro, condicionado, etc.

Síguese de lo dicho que no se compensan *ipso jure* los créditos puramente *naturales*, ni entre sí, ni un crédito natural con un crédito civil; pero véanse todavía las secciones 7 y 8.

No ha de confundirse tampoco este 2.° requisito con el 7.°, de no ser los créditos de los *excluidos por la ley*. Estos son en sí créditos legales, que por tanto admiten compulsion, y si no son compensables, es meramente por la esclusion legal, como sucede, por ejemplo, con los del fisco: aunque estos no sean compensables, son reclamables, en juicio; pero los no procedentes de causa civil de obligar, los puramente naturales, ni son compensables, ni reclamables. Véase el requisito 7.°

3.° De cosas *fungibles*. Necesita esta enunciativa ámplia esplicacion. Nos acomodamos á esta enunciativa, por ser la recibida para el caso por el derecho, y por los autores; pues por lo demás es *inexacta*, para lo cual bastaba observar que la palabra *fungibles* tiene mas de una acepciou. Unas veces los autores la toman por *las cosas que se consumen al primer uso*, como el dinero, el trigo, el vino, y por tanto las que pueden darse en *mútuo*, ó como dicen los códigos estranjeros, en *préstamo á uso*: otras por las que pueden *gozarse y sustituirse* unas por otras: (*Res fungibiles sic dicuntur, quia una vice alterius fungitur*). Esta acepcion es sin duda mucho mas lata; y habrá de estenderse á las cosas *muebles y semovientes*, á las que ya puedan darse, no solo en *mútuo*; sino tambien en *comodato*. Viene, pues, en esta acepcion todo lo que no es *raiz*, ó *bienes sitos*, y por tanto los *animales*, *telas*, *siervos*, las *obras de los hombres*.

Es ciertamente en uno y otro sentido como ha de tomarse aquí la cualidad de fungible, pues las leyes (20 y 21, tít. 14. Partida 5.ª) ejemplarizan con *maravedís*, *caballo*, *trigo* y *vino*, haciendo además regla general de «todas las debdas de cosas quo se pueden contar, ó pesar, ó medir.»

La ley menciona además el *siervo*, por la reminiscencia romana, sin duda, de que este era *cosa* y no *persona*. Pero menciona tambien la *huerta* y la *viña*. ¿Son estas cosas *fungibles*, ni en la primera, ni en la segunda accepcion de las arriba espresadas? ¿Son tambien de las que se cuentan, pesan, ó miden? Si la enunciativa de la huerta y de la viña indican que tambien pueden compensarse los *bienes raices*, es por demás fijar como reglas *las cosas fungibles*; y si estas constituyen taxativa y absolutamente la regla; no hay que hablar de bienes raices.

Volverémos á tratar de este último punto en la seccion 7.ª, y sin perjuicio de ello puede fijarse, como regla general, que son compensables en sí, ó por razon de la cosa, en primer lugar los créditos *pecuniarios*: en segundo los de cosas *fungibles* de la misma *clase, calidad y valor*; tomada la enunciativa de *fungibles* en el sentido arriba espresado de muebles y semovientes, como trigo, vino, aceite, animales: en tercero las *obras*, cuando no se busca sino el *servicio material*, y no la industria, en *concreto*, del operario; como dias de jornal con dias de jornal, dias de arada con otros, dias de trilla, de siega, de acar-

reo, etc.; mientras todos se deben sin mas espresion, que diferencie su valor, ó estimacion. Así no podrian compensarse tres jornales de caba, de siega, etc., y tres de ebanistería, de pintado, de tejido, etc.

Los créditos *pecuniarios*, pueden ser tales, y es igual, *á priori*, y *á posteriori*; esto es, por estipulacion, ó convenio; y por condena judicial, juicio de árbitros, etc. por cualquier medio legal que reduzca á cantidad los débitos de cosas raices, muebles, y semovientes, de diversa naturaleza, y que por acaso, culpa, ó dolo no pueden restituirse, y sí solo su estimacion; aun cuando esta provenga de cosas del fisco, depósito, ó comodato.

Queda dicho que las cosas muebles, ó semovientes, para compensarse los créditos que consistan en ellas, han de ser entre sí de *la misma clase ó género*, de la misma *calidad*, y del mismo *valor*, y es la razon porque sinó no podian sustituirse, no podria decirse de ellas *tantumdem est idem*; no se pagaria lo que se debe; sino otra cosa: la sustitucion, en fin, no seria *pago*; sino *permuta*; la cual puede hacer la voluntad de las partes; pero no la ley, que tiene por oficio el garantir y *dar á cada uno lo que es suyo*.

Por estas últimas razones no son compensables las deudas de cosas singulares, y por tanto *determinadas individualmente*; como el caballo alazan que montas, y el negro que monta mi hijo. Esta deuda no se paga, sino dando cada uno precisamente el caballo que debe, y el compensar el débito del alazan por el negro no seria pago, sino permuta.

Por eso, en fin, se compensan solo, hablando de muebles y semovientes, *género* con *género*, como vino con vino: *especie* con *especie*, como vino blanco con vino blanco; pero no *individuo* determinado con otro; ni individuo con especie, ó género; género con especie, ó al revés, como ni especies ó géneros diversos entre sí, v. g. el caballo blanco que monto, con un caballo tuyo, con un buey: vino generoso con vino: vino con arroz, trigo con garbanzos, etc.

4.° *Líquidos*: esto es, de valor numerariamente fijo y determinado, como cien duros y cien duros; un caballo de mil reales y otro de igual valor; y no cien duros, por ejemplo, y el importe de mi cosecha: cien duros y las espensas de un pleito. La razon es por que podria autorizarse un pago no debido, si resultase, por ejemplo, que al liquidar lo ilíquido, fallase el cálculo, y en vez de crédito, no resultase ninguno, ó resultase deuda.

5.° *Exigibles*: que se puedan demandar desde luego, y desde luego admitan compulsion, en cuyo caso no están los créditos aun no vencidos, ora por parte del dia ó término, ora por parte de la condicion.

6.° *No escluidos por la ley*. Es claro que, siendo la ley la que, en el caso que esponemos, efectúa por su accion propia la compensacion, no ha de contradecirse, compensando lo que escluye, ó escluyendo lo que compense. Y están escluidos por la ley, por regla general, los *no compensables*, por no reunir los requisitos necesarios para serlo. ¿Para qué se fijarian estos, sino? Por regla general son estos, los créditos del *fisco*: los de *concejos*: el *depósito*: el *comodato*: lo que es debido *ob turpem causam*, ó por condicion inmoral; como de pago, de usuras ilícitas, de hurto ó robo: viéndose aquí clara la diferencia entre este requisito y el primitivo, esto es, entre no deberse una cosa por *causa civil de obligar*; y no deberse, en punto á compensacion, por estar escluida, ó prohibida por la ley.

Y 7.° Que no obste á la compensacion pacto alguno anterior de las partes, sobre lo cual véase el siguiente párrafo.

§. 2.° *De la compensacion por parte de las personas mútuamente obligadas.*

La compensacion es un beneficio, y por tanto renunciable por la parte favorecida: y si puede renunciarse, por la misma razon pueden las partes modificarlo, ó de otro modo estipular acerca de él. Si por tanto, al contraerse el primero de los dos créditos, se estipulase ya, y sino al contraerse el segundo, que ninguno de los contrayentes podrá valerse de la compensacion, ó que desde luego renuncian á ella, por motivos que tendrán, y que nadie mejor que ellos puede conocer, y apreciar, lo que las partes estipulen, esa

será la ley del caso. En tal supuesto la compensacion no se efectuará *ipso jure*, por que los créditos recíprocos vienen afectos de una calidad que obsta.

No ha de confundirse este caso, esto es, el de pacto anterior ó simultáneo, obstativo de compensacion, con el posterior á lo efectuado por la ley, lo cual ya es una renuncia de un beneficio ó derecho adquirido; y que por tanto no obsta á la compensacion *ipso jure*, en el momento de concurrir dos créditos compensables.

Las partes pueden de otro modo hacer ineficaz la compensacion: no reclamándola una de ellas, cuando la otra, por error, ignorancia ó malicia, reclamase su crédito, como si no estuviese compensado *ipso jure*. Una vez probada la legitimidad de este, sin escepcion que obste al pago legítimo, el juez no podrá menos de decretarlo.

Es natural preguntar ahora, ¿qué derecho queda á la parte condenada sobre su crédito? Los autores asientan en este punto una doctrina, que es cierta y conveniente, pero espresada de un modo, que puede inducir á error. Si el demandado, dicen, deja á sabiendas de hacer uso de la compensacion, nada puede reclamar luego; siendo la razon la de que voluntariamente renuncia al derecho introducido en su favor: pero, si deja de reclamar por error ó ignorancia, podrá despues reclamar su crédito, *ob errorem solutum*, y en virtud de la llamada *condictio indebiti*. Ha deentenderse que en este caso puede reclamar todo lo pagado *indebidamente*; esto es, el capital, y los intereses, si hubiesen mediado; y no desde la contestacion de la demanda, sino desde la compensacion *ipso jure*, que por error no invocó antes, pero que no renunció, pues no se renuncia por error, sino por plena voluntad. Pero tal reclamacion es la compensacion, ni mas ni menos: por consecuencia la doctrina que hay que sentar es, que, si bien la compensacion puede renunciarse, y por tanto, dejar de reclamarse á sabiendas; no así por error ó ignorancia invencible, de la que disculpa el derecho; y que en este caso, siempre puede invocarse, mientras no prescriba. Pídase si por la causa legal de *pago indebido*; pero pídase la declaracion de que la compensacion se efectuó *ipso jure*; y que se condene al que indebidamente ha cobrado lo que ya no se le debia, á devolverlo íntegramente, esto es, capital é intereses, si hubiesen mediado, daños y perjuicios.

§. 3.° *De la compensacion por parte del juzgador.*

Algunos autores, y las leyes de Partida, como hemos visto, tratan de la compensacion de un modo, que parece que pende en un todo de la voluntad de las partes, y del criterio judicial; lo que ciertamente necesita esplicacion. Por la jurisprudencia general, por las leyes romanas, por la opinion comun de los autores, y por los Códigos modernos, la compensacion se efectúa, como ámpliamente hemos demostrado, por ministerio de la ley, ó *ipso jure*, aun sin saberlo ó pensar en ello las partes, desde que concurren dos créditos de las circunstancias que quedan espresadas en el párrafo 1.° de esta seccion. Pero hemos dicho tambien que este es un derecho, que puede renunciarse, y por tanto dejar de ejercitarse: que el juez no tiene obligacion de adivinarlo, ni en materia civil puede ni debe, cónstele en particular lo que se quiera, suplir de oficio la gestion de las partes: y por lo mismo, si callan ambas, la compensacion podrá correr subsistente, hasta que la prescripcion sobrevenga, y cierre á las mismas la puerta á toda reclamacion.

Antes de ese término podrá suceder, por el contrario, que una de las partes, por error ó por malicia, segun decimos en el párrafo anterior, reclame el pago de su crédito. Si la otra calla sobre compensacion, ya hemos dicho allí que el juez no podrá menos de condenar, probado el crédito que se reclama. Podrá suceder á la inversa, que el demandado invoque el beneficio de la compensacion: si esta se hubiese efectuado por la ley, al tenor de lo que dejamos espuesto en el párrafo 1.°, el juez, apareciendo así probado, no tiene mas arbitrio que el declarar que la compensacion se efectuó por ministerio de la ley, condenando á las partes á estar y pa-

sar por ella, desde el momento en que se efectuó, con todas sus consecuencias.

Véase sobre el particular la autorizada opinion del Conde de la Cañada, en sus Instituciones antes citadas.

«De aquí es que la compensacion *equivale en todos sus efectos á la paga real*, y de consiguiente *estingue la accion del acreedor, desde el mismo punto en que el deudor adquiere otra contra aquel*, en el todo ó á prorata; y esto es lo que se llama *conquasarla ipso jure; sin esperar á que se proponga como escepcion ó defensa; pues esta diligencia esterior mas sirve de instruir al juez* de los respectivos créditos, que inducen la compensacion, y de *esplicar la intencion de compensarlos*, que siempre se presume la hay por ser mas útil, que para producirla como accion ó reconvencion, *sin que trascienda el influjo de la propuesta compensacion desde entonces á estinguir la accion del acreedor contrario, que ya viene conquasada desde la respectiva union de los créditos.*»

Véase todavía sobre este punto la seccion 6.ª, y á Castillo, antes citado.

SECCION V.

DE LA COMPENSACION COMPARADA CON LA RETENCION Y CON LA MÚTUA PETICION.

Nada tienen realmente de comun la *retencion* y la *compensacion*: esta estingue el crédito; aquella solo lo garantiza. Las leyes, sin embargo, mezclan una y otra alguna vez al hablar de cada una, como se vé en la parte legislativa, y los autores llaman á la retencion compensacion *indirecta*.

Mézclanse alguna vez tambien en igual forma la *compensacion*, y la *mútua peticion*; y ciertamente hay mas puntos de contacto entre ellas, pues convienen en el género de ser ambas defensas del demandado, si bien de calidad privilegiadísima la compensacion, como tambien demostramos en la seccion 2.ª Háse tal vez perturbado algun tanto, y aun esencialmente, esta doctrina, y derecho corriente, por la Ley actual de Enjuiciamiento civil, lo cual esplanamos en la seccion 6.ª Será posible, sin embargo, que otros opinen por la negativa en esta parte: posible tambien, aunque difícil, que en tal sentido se forme jurisprudencia: razones todas que nos hacen consignar algunas indicaciones en la materia, y hé aquí, por tanto la doctrina de los autores, resumida por el laborioso autor del Febrero.

Compensacion, retencion. «La retencion que es *una reserva del derecho antiguo, que alguno tiene sin concederle cosa nueva*, suele llamarse tambien compensacion *indirecta*, y que se diferencia de la propiamente tal, en los siguientes efectos:

1.° Por la compensacion se disuelve y estingue el débito; no por la retencion, pues solo se trata de que se estinga, y mientras esto se declara, retiene el acreedor en su poder la prenda que tiene de su deudor.

2.° La compensacion se efectúa por derecho en algunos casos; y la retencion á pedimento de parte, y por vía de *escepcion* solamente.

3.° La compensacion se limita á ciertos casos y cosas permitidas por derecho, y solo en ellas tiene lugar; pero la retencion se admite, por regla general, en todos: y además, escluida la compensacion *directa*, entra la *indirecta*, cual es la retencion, hasta contra la ejecucion de la sentencia, si el crédito no es líquido.

4.° Aunque del dinero á la obra no se admite compensacion, por que, cuando se elige á alguno, para que ejecute cierta cosa, es visto elegir su industria; no es así con respecto á la retencion, por lo que esta es más favorable al acreedor que aquella, y es indudable que todo el que compensa retiene; mas no todo el que retiene compensa.

5.° La compensacion tiene naturaleza de accion; pero la retencion es al contrario, por que se funda en la cosa poseida, sin la mas leve participacion de accion: y así mejor es poseer la cosa, que tener accion á pedirla, y mas seguridad hay en ella, que en la persona del deudor.

6.° Igualmente se diferencia la compensacion de la solucion en que en esta cualquier tercero se admite á pagar por otro, y el acree-

dor puede ser compelido á recibir de él lo que le satisfaga por el deudor; pero á compensar no es admitido.»

Compensacion, reconvencion. «Se diferencia la reconvencion de la compensacion:

1.° En que por esta nada se pide directamente, ó en forma de accion al actor, y solo se dirige á enervar y escluir su accion y demanda; pero por la reconvencion se le pide otra cosa; bien que á veces tiene vigor de escepcion, si se opone para rebatir y eludir la accion ó convencion: v. gr., cuando esta y la reconvencion tienen por objeto la misma cosa, en cuyo caso las pretensiones de ambos litigantes son directamente contrarias, y la reconvencion tiene fuerza de escepcion y defensa.

2.° Para ser admitida, ha de ser de deuda líquida y confesada, y no de otra suerte; pero la reconvencion se puede hacer, así de lo que se debe y no está liquidado (en cuyo caso es preparatoria para pretender la compensacion), como tambien de lo que lo está, y asimismo de otra cosa y especie, del todo diversa de la que se demanda; lo cual no sucede con la compensacion.

3.° La compensacion elide el derecho del actor, y produce á favor del reo, que la opone, la absolucion de lo pedido, por ser contrario; lo cual no sucede con la reconvencion, pues á entrambos queda ileso y salvo el suyo.

4.° En la compensacion no cabe la prorogacion de jurisdiccion del juez; pero en la reconvencion es al contrario, por que el juez que es incompetente, se constituye competente para ello, para conocer de ambas acciones.

5.° El reo puede reconvenir al actor, no solo sobre el mismo negocio, sino sobre otro diverso, y sobre cualesquiera causas ante su propio juez; pero la compensacion se admite únicamente en ciertas cosas, como ya se ha dicho.

6.° La reconvencion se termina siempre en un juicio; pero la compensacion no siempre.

7.° El que opone la compensacion confiesa el débito; lo cual no sucede con la reconvencion: y así conviene mas al deudor, que no está bien cerciorado de la legitimidad de su crédito, la reconvencion, que la compensacion.

8.° El que compensa no puede esceder de lo que se le pide, y para lo demás á que el acreedor, debe usar de la reconvencion.

9.° Si el que intenta compensar es vencido, puede usar luego de la reconvencion; mas no, siéndolo en esta.

10. Aun cuando en la primera instancia se omita la compensacion, se puede usar de ella en la segunda; lo cual no sucede con la reconvencion, porque en la causa de apelacion no há lugar la próroga de jurisdiccion.

11. Contra la compensacion vale, á veces, la réplica; mas contra la reconvencion no se admite, porque se ofenderia la autoridad del juez con la acumulacion de pretensiones (1).»

Esta doctrina general de los autores necesita alguna rectificacion, si no ha de inducir á error. Así la regla 3.ª del paralelo entre la compensacion y la retencion, ha de entenderse limitada en el comodato á la deuda, ó espensas necesarias, que se hayan ocasionado en la conservacion de la cosa.

La regla 4.ª se limita así bien, si la obra es reducible á dinero, en la forma que dejamos espuesto en la seccion 3.ª, como siempre que no se ha buscado la industria de la persona en concreto, y en el caso supletorio de no ser posible realizar el servicio, ó restituir la cosa, y sí solo prestar su estimacion.

Para la inteligencia de la regla 6.ª sobre *espromisores*, véase tambien dicha seccion 3.ª

En la regla 2.ª del paralelo, entre la compensacion y la mútua peticion, se habla de la deuda *confesada*, lo cual ha de entenderse, para estimarla compensacion desde luego, no para proponerla; puesto que puede darse el caso de que el demandante niegue la verdad del crédito, que se opone por el demandado como compensacion; y entonces, solo despues de sentenciado el pleito, se estimará, ó se desestimará la compensacion; y es claro que en este segundo caso no se la estima por deuda

(1) Febrero, por Tapia, lib. 3, cap. 8, núm. 4, y cap. 9 núm. 4.

confesada, sino *convencida*, diriamos, demostrada por el demandado.

En cuanto á la regla 6.ª, puede haber tambien mas de una sentencia, ó podia, por el derecho antiguo, en la compensacion: una desechando la compensacion, por no fácil y espedita, y otra por esta razon en diverso pleito, estimándola, ó no, segun las pruebas.

Respecto, en fin, de la regla 7.ª, no siempre es cierto que en la reconvencion no se confiese el crédito contrario por el proponente. Puede empezar reconociéndolo; pero no siendo créditos compensables, por ilíquidos, por ejemplo, por no ser de cosas fungibles, igualmente exigibles, etc., para proponer compensacion, deduce por esto la mútua peticion. Es decir, por tanto, que puede darse el caso de reconocer y el de no reconocer la deuda del primer demandante, lo cual modifica en cierto modo la regla absoluta de los autores.

Es, en fin, diferencia muy esencial entre la compensacion y la mútua peticion, como ya dejamos indicado en otra seccion, que en la última, aun venciendo el proponente, el juez, segun el caso, condenará sobre réditos y otros gravámenes, desde la contestacion de la demanda, desde que la sentencia merezca ejecucion, etc.: pero en la compensacion, declarándola, los intereses y demás gravámenes accesorios, cesan, sin arbitrio del juez para otra cosa, desde que la misma se efectuó por ministerio de la ley.

SECCION VI.

DE LA FORMA Y DEL TIEMPO DE INTERPONER EN JUICIO LA COMPENSACION.

Antes de la Ley de Enjuiciamiento civil, todo era espedito. La compensacion se oponia, no como *escepcion*, propiamente tal, esto es, en el sentido de limitarse su término al de los 20 dias de la ley para proponer escepciones perentorias: en el de equivaler á una mútua reconvencion; ni por tanto para correr hasta su éxito jurídico todos los trámites de un juicio ordinario; sino para una declaracion perentoria, para cerrar la puerta al juicio con la escepcion conocida *sine actione agis*; y ya empezado éste, para detener su progreso, mostrando que faltaba su objeto, que el pago, que se pedia, estaba realizado, toda vez que esta demostracion pudiera hacerse *por via de justificacion*, y no de prueba, técnicamente hablando, dentro del término de *diez dias* (1).

Sobre este punto podemos considerar resumida la doctrina y opiniones de todos los autores por el ya citado Conde de la Cañada, que, proponiéndose esta cuestion, la resuelve de este modo:

«Resta, por último, examinar en qué tiempo y estado de los autos deba proponerse la compensacion. Esta duda se resuelve con uniformidad por los autores de mejor nota, asegurando que, no solo puede producirse ante el juez de primera instancia en todo el progreso de los autos; sino tambien en el tribunal adonde haya ido por apelacion, aun despues de dadas las sentencias que causan ejecutoria: y se fundan en que la compensacion, aunque se llama impropiamente algunas veces escepcion, y por este concepto, ya fuese *dilatoria* ó *perentoria*, debiese usarse de ella en la primera instancia, y en los términos que prescriben las leyes, señaladamente la 1.ª, tít. 3.º, lib. 4, Recop., no es á la verdad escepcion, sino pura defensa con efectos de paga: y así como esta tiene lugar en cualquiera instancia y tiempo, aun cuando se trata del cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas, procede por la misma regla la compensacion, porque una y otra estinguen la accion del acreedor, lo cual no sucede en las verdaderas y legítimas escepciones, que dejan permanente la accion, y solo detienen sus efectos compulsivos y ejecutivos.»

Hasta los últimos tiempos así era en efecto. Existia, sí, desde antiguo la ley del Ordenamiento de Alcalá (2), despues ley recopilada, como las Ordenanzas de Medina (3), en virtud de las que todas las escepciones y defensas habian de oponerse al principio del

(1) Ley 20, tít. 14, Part. 3.ª
(2) Única, tít. 8.º
(3) Ley 1.ª, tít. 8.º, lib. 11, Nov. Recop.

pleito, y dentro de los términos prefijados en las mismas; ó bien jurando la parte, si habian de ser recibidas, pasados aquellos, que antes no habian llegado á su noticia: pero estas leyes no derogaban absolutamente las que contuviesen disposiciones en contrario: no habian quitado á las de Partidas el carácter de supletorias para dicho caso; y los autores pudieron fundar en estas su opinion de que la compensacion pudiera oponerse en cualquier estado del pleito, y en cualquier instancia, con tal que la intencion del proponente pudiera justificarse, á lo mas, dentro de *diez dias*, pues las espresadas leyes no exigian otra cosa.

Pero aun entonces, segun la ley citada de las Partidas, si la justificacion ofrecia mayor dificultad, el juzgador *debia andar por el pleito adelante, como el derecho manda.*

Esto mismo habia ya ordenado Justiniano en su repetida Constitucion (1), salvo el prefijamiento de los diez dias, preceptuando á los jueces que no fueran fáciles en admitir compensaciones, que exigiesen mayor prueba, segun dejamos espuesto en la seccion 2.ª

De todo ello se deduce, que los mismos legisladores que tanto favorecian la compensacion, no querian de modo ninguno que viniese á embarazar los juicios. Dedúcese tambien, y el Conde de la Cañada lo dice claramente, y con él el resto de los espositores, que por su misma índole privilegiadísima, no era reputada en rigor como escepcion; pues que á serlo, ningun privilegio tenia sobre las demás escepciones. Dedúcese, por últimos que como una consecuencia de esta circunstancia es por lo que se podia proponer en otra forma y tiempo que aquellas; pues sino, no habia términos hábiles para que dijera el legislador romano, que no era justo se viniera proponiendo avanzado ya el pleito, y hecha la prueba; y porque no siendo así, si aun con su naturaleza privilegiada no se proponia fuera del término que las escepciones comunes, sino dentro de él, no habia para qué dejarla para otro juicio, sino sustanciarla como otra escepcion en el mismo, pues en otro caso, no solo no era privilegiada la compensacion, sino injustamente perjudicada.

Pero vinieron luego las leyes sobre el juicio ejecutivo, y se la cuenta entre las escepciones, si bien se deja conocer que es porque el término para la prueba se ciñe á los diez dias de la ley de Partida, en cuyo caso sucede, no que la compensacion es perjudicada; sino que las demás escepciones, *paga, quita*, etc., son igualadas á ella.

En 10 de enero de 1838 se promulgó la ley de *juicios de menor cuantía*, y era difícil que en ellos pudiese la compensacion tener una tramitacion distinta, que las demás defensas, ya porque, por la coartacion de los términos, no quedaba apenas privilegio para la compensacion, en cuyo caso se igualaba con las demás defensas; ya porque lo cerrado del procedimiento tampoco lo permite; ya, en fin, porque, aun pidiendo *prévio pronunciamiento* para ella, la misma ley ordena que aun este pronunciamiento se reserve para definitiva.

Si la compensacion se propone por mayor cantidad, cae de lleno dentro de la Ley de Enjuiciamiento civil. Segun ella «todas las contiendas entre partes en reclamacion de un derecho, que no tengan señalada en la misma ley *tramitacion especial*, serán ventiladas en juicio ordinario (1).» Y como en ella no hay señalada tramitacion especial para la compensacion: como además por la propia ley de Enjuiciamiento civil «todos los jueces y tribunales, cualquiera que sea su fuero, que no tengan ley especial para sus procedimientos, los arreglarán, en los pleitos y negocios civiles de que conozcan, á las disposiciones de la misma ley (2):» como, en fin, «quedan derogadas (por ella) *todas las leyes*, Reales decretos, reglamentos, órdenes, y fueros, en que se hayan dictado reglas para el enjuiciamiento civil (3),» se sigue necesariamente que en el órden civil comun la ley de Partida, que establecia una regla especial de

(1) Ley 44, tit. 31, lib. 4 del Código.

(1) Art. 721.
(2) Art. 1414.
(3) Art. 1415.

procedimiento para las compensaciones *fáciles*, ó sea desmostrables dentro de un término que no escediese de diez dias, está derogada. Despues veremos si tambien lo está para los fueros especiales.

Contrayéndonos, pues, al fuero comun, no parece dudable que ya la compensacion no puede proponerse en él y declararse por el procedimiento especial de las leyes de Partida. No podria, por tanto, tener cabida en juicio, sino bajo alguno de los cuatro medios únicos que la ley de Enjuiciamiento autoriza, á saber: como escepcion *dilatoria*: como *incidente*: como escepcion *perentoria*: y, en este concepto tambien, por medio de *ampliacion* de la demanda.

Escepcion dilatoria no es la compensacion, pues *perime* la accion contraria, estinguiendo la accion y el crédito demandado. Si se interpone en el tercero y cuarto concepto, dicho se está que tiene que correr los trámites de la demanda, y de un juicio ordinario. Resta solo que pueda ser propuesta como incidente. Es harto dudoso, pues se trata realmente de un medio de defensa *perentorio*, tan principal en su caso como la demanda, y como lo serian entre otros la *paga*, el *quitamiento* ó remision, el *pacto de no pedir*, la *cosa juzgada*. Repetimos que difícilmente la compensacion se presta á ser propuesta como incidente; pues es, ó será en la mayor parte de los casos, la defensa *directa*, y *toda*, ó la única defensa, que tenga que oponer el demandado.

Pero supongamos que, atendiendo á que no se trata de una escepcion, que haya que probar y juzgar; sino de un hecho legal, de una cosa ya juzgada y resuelta por ministerio de la ley, se propone y admite como incidente. Se hallará en tal caso en el del art. 339 de la ley: esto es, de los que oponen obstáculo al seguimiento de la demanda principal; los cuales «*se sustanciarán en la misma pieza de autos, quedando entre tanto en suspenso el concurso de aquella.*» Pero aun en este caso habrá prueba, si una parte la pide: habrá vista pública: la sentencia definitiva es apelable: entran ya, aun en la primera instancia, términos que absorben triplicadamente los diez dias de la ley de Partida (1): el tenor, por otra parte de la ley es ceñido, y taxativo sobre formas de procedimiento: y de todo y demás que dejamos espuesto, es fundado el deducir las siguientes conclusiones.

1.ª La ley de Partida, relativa á los diez dias para interponer la compensacion, ha sido modificada en el fuero comun.

2.ª En su consecuencia la compensacion en dicho fuero no puede proponerse, salva la escepcion que se dirá, sino al principio del juicio, bien como escepcion perentoria, bien como *incidente*, si bien sobre este ultimo concepto, sobre la dificultad que dejamos espuesta, hay que atenerse á la jurisprudencia que se fije (art. 234): y ya pendiente la prueba, por vía de ampliacion (art. 260).

3.ª No obstante lo dicho, la compensacion puede oponerse en cualquier estado del pleito y de sus instancias, al efecto de si la parte contraria se conforma con ella, en cuyo supuesto el juez está autorizado á dar por terminado el litigio, como cuando, pendiente aquel, las partes presentan transaccion; sirviendo además, aun en el caso de oponerse el contrario al interponerla, para radicar y afirmar el derecho del proponente á deducirla en juicio separado (art. 259). No ha de perderse de vista, que si en el caso supuesto, la compensacion corta el pleito, es por consentimiento del demandante, y no por privilegio de la compensacion, puesto que, consintiéndolo la parte contraria, lo mismo sucederia con el *quitamiento*, *pacto de no pedir*, *etc.*

4.ª Podrá deducirla tambien en cualquier estado del juicio, si consistiendo la prueba de ella en escrituras, júrase que antes no habian llegado á su noticia, en cuyo caso será oido, aun oponiéndose el demandante; mas no segun el procedimiento privilegiado de la ley de Partida; sino el que proceda, segun el estado ya del pleito y conforme la ley de Enjuiciamiento civil.

5.ª Cuandoquiera que la compensacion se decida, sea en el primer juicio provocado, sea en otro diferente, la sentencia se limitará

(1) Arts. 849 al 350.

á declarar, ora que tiene lugar, ora que no; pero en el primer caso con todas las consecuencias legales que esponemos en la seccion 2.ª, esto es, declarando que se efectuó por ministerio de la ley, al concurrir los créditos recíprocos, quedando desde entonces ambos estinguidos, ora de todo punto, ora en la cantidad concurrente, ó del menor, segun el caso, cesando tambien desde entonces los intereses, la hipoteca, y cualquiera otra obligacion ó gravámen accesorio. Son precisamente estos efectos los que todavía quedan subsistentes de la compensacion, al tenor de las leyes de Partida y jurisprudencia general, y son ciertamente por demás atendibles, pues que puede haber trascurrido mucho tiempo desde que *ipso jure* se efectuó la compensacion, hasta que se opone en juicio, y ser así importantes los caidos. Son asibien atendibles por la razon contenida en la conclusion 6.ª

Infiérese de lo dicho, y tambien en otra parte hacemos mencion de ello, los términos en que conviene sea concebida la escepcion ó defensa de compensacion, pidiendo al juez, no meramente que declare compensables los créditos; sino compensados *ipso jure* desde su concurrencia recíproca.

6.ª Como consecuencia de lo dicho, si propuesta la compensacion, se reserva para otro juicio, por haberla interpuesto tarde, ó por otra causa legal análoga, el proponente, pues que, al proponerla, reconoció el crédito contrario, no debe dar lugar á la continuacion de un pleito ocioso; sino que, terminando luego con allanamiento de pago y con protesta de usar de su derecho sobre compensacion en otro juicio, entrará, por tal medio desde luego en este, pidiendo en él, no solo el reembolso de un crédito, *indebidamente pagado*, y todos los efectos de la compensacion; sino los intereses, espensas, daños y perjuicios, que por causa del primer juicio hubiere esperimentado desde que interpuso inútilmente una compensacion que procedia, y que por tanto el contrario no pudo desechar sino de mala fé. Esto como regla general; pues si el demandante la resistió por ignorancia disculpable, como podria suceder con un heredero, que por muchos años habia estado ausente, con un heredero de un fiador, de un cesionario, etc., el juez, en punto á espensas, daños y perjuicios, atenperará su fallo á las circunstancias del caso.

En cuanto á fueros especiales, al declarar la ley de Enjuiciamiento que se acomodarán á ella los tribunales, que no tengan procedimiento especial (art. 1414,) deja bien entender que los que lo tengan, se atendrán á él. Quiere decir, pues, que en estos tribunales, si su ley especial no rechaza el procedimiento privilegiado de la ley de Partida, podrán aplicarlo en cuanto á compensacion.

Hacemos, empero, esta mencion porque la hace la ley; pues por lo demás, y en la práctica, apenas habrá en la actualidad un fuero especial, que se halle en ese caso; puesto que en el eclesiástico está mandado que en materia civil se atempere al reglamento provisional para la administracion de justicia, y por tanto al procedimiento comun: en el mercantil su ley especial determina esto último para todos los casos, que ella no comprenda, y veremos despues que en el juicio ordinario no menciona especialmente la compensacion: el militar, en fin, suele atenerse en lo civil á las disposiciones del fuero comun.

Como quiera que sea, la regla está prefijada: el defensor y el juez verán en sus respectivos casos los términos y atinencia, ó no, de un procedimiento especial.

SECCION VII.

CUESTIONES PRÁCTICAS Y DE DERECHO COMPARADO.

1.ª En las secciones anteriores hemos hecho notar que, con ser así que las leyes y los autores admiten que la compensacion se verifica *ipso jure*, y eso en el momento en que coinciden dos créditos recíprocos, con las demás condiciones de derecho; con todo, los autores y las leyes hablan de ella, como si pendiera de la intervencion judicial, y de la voluntad de las partes. Y esto que ya, por lo dicho, es una cosa demostrada, aparece

sun mas evidente en la aplicacion del derecho y de la doctrina, y por tanto en las cuestiones prácticas, en las que verémos, que despues de haber coexistido dos créditos recíprocos, en todo compensables, por cuya razon hay que suponer y admitir que necesariamente *han sido compensados por la ley*, y por tanto *que se han estinguido*; los autores, así como las leyes hablan de ellos, como si estuvieran dichos créditos subsistentes; y autorizan que las partes negocien con ellos, ya cediéndolos á un tercero, ya deduciéndolos en juicio. Así lo notarémos al hablar del cedente y cesionario, del fiador, etc. El juzgador, sin embargo, en casos de duda, y de no mediar novacion posterior, se atendrá al principio de la compensacion *ipso jure* en el momento de la coexistencia de créditos compensables.

2.ª Hemos dicho asimismo, sobre todo en la seccion 4.ª, que el juez no declara por sí la compensacion; sino que se ciñe, y sinó debe ceñirse, á declarar que aquella se ha verificado, ó no, por ministerio de la ley; lo cual ha de entenderse, de la compensacion *necesaria*, ó sea la clásica y ordinaria, de que habla el párrafo 1.° de la seccion 4.ª; pues por lo demás hay ocasiones en que concurre con la ley el juicio del juez, para que haya compensacion: cual sucede, por ejemplo, cuando un tercero viene, á manera de expromisor, ofreciéndose á pagar por otro, prévia la *fianza de rato*; sin cuyo requisito y declaracion del juez, la compensacion no se sigue, ni puede tener efecto anterior.

3.ª Con ser tan ventajosa la compensacion, y con haberla en general sancionado las legislaciones antiguas y modernas, hay sin embargo, entre estas un código que admite, sí, la convencional, de la cual no tratamos; pero la legal, en el solo caso de mediar entre dos personas *cuentas corrientes* (Código de Berna, arts. 114 y 115). No creemos que este caso sea el mas espedito de la compensacion por la ley, para hacerlo escepcion.

4.ª Nunca puede presumirse que la ley sanciona el perjuicio de tercero: por consecuencia siempre ha de entenderse que en *perjuicio de tercero* nunca hay compensacion. Pero es preciso no confundir el caso, rigorosamente legal de la compensacion, y aquel en que, en mas, ó en menos, se mezcle la voluntad de las partes, alterando, como pueden, la obra de la ley, por mútuo convenio.

Los autores ponen el ejemplo de perjuicio de tercero de un modo, que es legalmente imposible, y contradictorio además. Suelen traer para ejemplo el caso de que una de las dos personas, recíprocamente obligadas, ceda á un tercero su crédito, sin saberlo, ó consentirlo su acreedor. Lo que es aquí, es irrealizable la cesion del crédito, pues si es verdad, como lo es, que desde el momento en que concurren los dos créditos, se efectúa la compensacion *ipso jure*, el supuesto cedente nada tenia ya que ceder, pues crédito y débito, como préviamente compensados, estaban estinguidos.

Mas perceptible se hace el caso de perjuicio de tercero, si uno vende á otro una cosa hipotecada, y los acreedores hipotecarios la persiguen: no puede el comprador oponerles las deudas que tiene contra el vendedor, y que podria en su caso oponer contra el mismo. Sobre el perjuicio de tercero, que resultaria en este caso, hay además que el vendedor y los acreedores hipotecarios no han sido deudores y acreedores recíprocos, ni por un momento, para que la ley pueda haber efectuado la compensacion.

Es preciso inferir, para salvar la contradiccion, que los autores no consideran aquí la compensacion en sí, ó en el efecto de realizarse por la ley; sino por parte del juez, que pudiera alucinarse si declararla, y en este supuesto es verdadero, sabido, y siempre seguro, en caso de duda, el principio de que *la compensacion no se verifica en perjuicio de tercero*.

5.ª Es cuestionable, si se dá compensacion *en bienes raices*. La ley de Partida (21, título 14, Partida 5), parece autorizarlo, cuando propone como ejemplo en alguno de los casos la *viña*, y la *huerta*. Cierto que lo hace estableciendo, que si uno debe cosa cierta y específica, como viña ó huerta, y otro una cosa indeterminada, no procede la compensa-

cion; pero el rigor lógico, hace deducir que, si el otro debiera tambien huerta ó viña determinadas, procederia la compensacion.

Fundados en esto ó en otras razones, los autores lo suponen así, y ponen el ejemplo de que dos se deban partes ó porciones iguales en una finca, poseida en comun, ó indivisa.

En medio de todo nos parece insegura y aventurada la doctrina. En el supuesto de que tratamos, solamente de la compensacion *ipso jure*, esto es, de la que efectúa la ley por sí misma, sin esperar la voluntad, y aun sin conciencia de las partes, para que se siga este efecto legal, de tal manera privilegiado y de estricto derecho en su orígen, es menester que la ley estatuya acerca de él terminantemente; y ninguna ley autoriza de este modo esplícito la compensacion *ipso jure* de bienes raices. Un ejemplo no es un precepto; y aun puede ser hasta errónea ó inadecuada la doctrina, fundada en él.

El principio y base legal indubitada son por otra parte las cosas *fungibles*, aquello en fin, en que *tantumdem est idem*. Así son dos cantidades iguales de dinero, de efectos, muebles, ó semovientes, de la propia especie, y de la misma calidad y valor; pero no dos fundos diversos ó separados. Y ni aun las porciones de un fundo *proindiviso*. El estar al norte ó al medio dia: cerca ó lejos de dichas fincas otra de una de las partes: el tener linderas vivas, como rios, caminos, etc., son circunstancias, que diversifican el valor de dos porciones, aunque iguales en cabida. Verdad es que antes de considerarse estas circunstancias *en concreto*, esto es, antes de hacerse la division, no existen aun específicamente; pero pueden existir, y es evidente que existirán en el momento que aquella se haga. ¿Por qué razon la ley privará á las partes de estas ventajas, que tienen derecho á esperar, como lo tienen á pedir que la division se verifique? Si la ley lo hubiera establecido terminantemente, bastaria esta razon, aunque fuera disputable su justicia; pero no la ha establecido; y de ahí el ser aventurada y peligrosa, la doctrina de la compensacion de bienes raices.

Y hemos supuesto el caso mas favorable á esta doctrina: el de la propiedad indivisa; pero en fincas ya divididas, separadas, lejos una de otra, y aun en diversos términos ó provincias, á lo cual habria que estender la doctrina, si habia de guardar consecuencia con la compensacion de cosas fungibles, las enunciadas circunstancias existen ya desde luego; y la ley, que hemos dicho no quiere nunca, ni realiza el *perjuicio de tercero*, lo irrogaria cierto é indubitado á las partes, aniquilando sin razon ventajas y derechos positivos de las mismas, y preposterando hasta el *valor de estimacion*, que ella favorece en otros casos, como en el *retracto gentilicio*. La ley en tal supuesto haria más: en vez de realizar por su propio ministerio *un pago recíproco*, verificaria, sobre una espoliacion, *una permuta*; que no seria otra cosa la sustitucion de fincas, de circunstancias diversas, y tales, que modifican realmente *su valor en venta*, y *su valor de estimacion*.

Parécenos, por tanto, y sin perjuicio de que el juzgador se atenga á la jurisprudencia que halle bien establecida, que hay que distinguir entre un caso, estrictamente legal, y otro, puramente *jurídico*. En el primer concepto, no hay duda en que no hay compensacion de unos bienes raices con otros, pues ninguna ley lo espresa; mas puede haberla en el segundo. El oficio del juez es aplicar la ley, bien examinadas todas las circunstancias de cada caso; y alguno podrá haber en que, por virtud de aquellas, tenga que autorizar la compensacion, cual podria suceder entre dos *condominos*, entre coherederos, ó colegatarios de una finca, que no admite *cómoda division*: pero esta no es la compensacion *ipso jure*, que es la que constituye el objeto del presente artículo, y la cual sola es la que técnicamente se llama compensacion; sino que será, digámoslo así, compensacion *á judice*, y en suma un juicio, basado en sus circunstancias. Si hay compensacion es porque el juez la ha declarado; pero no podria haber declarado que la misma se habia verificado por ministerio de la ley, y con todas sus consecuencias, desde el momento, en que recíprocamente se debieran las dos porciones indivisas, pues que entonces no era conocido, si los fundos tenian

cómoda division, ni si las partes preferian esta á todo otro arreglo. Repetimos que en este caso supuesto no hay propia compensacion; sino un juicio, una solucion jurídica, por no poderse procurar otra.

6.ª Hemos sentado, como principio y aun terminante prescripcion legal, que no son compensables los créditos no líquidos: y sin embargo, se compensan realmente créditos de este género, cuando uno de los dos de la compensacion *ipso jure* han de pagarse en distinto lugar, pues que hay que indemnizar á la parte las impensas inevitables, á que la distancia dé ocasion, cuyo alcance fijo no se conoce, hasta no liquidarlo. No hay que contestar mas sino que en este caso se compensa lo *illiquido*, porque, autorizada así esta escepcion por la ley romana (13, tít. 2, lib. 16 del Digesto), sobre ella se formó entre nosotros jurisprudencia, y aun algunos códigos modernos lo han preceptuado así (el francés, art. 1296). El de Baviera, por lo contrario, escluye la compensacion mercantil, cuando los dos créditos no son pagables en el mismo lugar.

7.ª Puede todavía cuestionarse si la compensacion se efectúa *ipso jure* en el caso anterior en el mismo momento en que concurren, ó coexisten dos créditos recíprocos; ó en el que se liquidan las impensas, á que dá lugar la distancia. Sin duda desde que coexisten los dos créditos; salvo que la compensacion que entonces se perfecciona por la ley, se consuma despues por la liquidacion de los gastos de la distancia.

8.ª Hemos dicho en la seccion 4.ª que para que una obligacion sea compensable, no ha de ser puramente natural, como la gratitud; sino que ha de estar asistida por el derecho. Las leyes romanas, sin embargo, establecian lo contrario: *etiam quod natura debetur, venit in compensatione* (ley 6, tít. 2, libro 16, Digesto). Era tanto mas singular esta disposicion, cuanto que por las mismas leyes no producian accion los pactos no *aditicios*; y sí solo escepcion en los juicios de buena fé. La glosa, sin embargo, subordina dicha ley á la 14 del propio título y libro, segun la que, *quæcumque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt*. Quiere decir que si se escepciona y prueba que no existió uno de los créditos: que aun existiendo, no era compensable: que medió pacto de no compensar: que está prescripto: que no ha cumplido el plazo, ó verificádose la condicion: que es puramente natural, ó no asistido por derecho, no hay compensacion. Entre nosotros, por lo menos, es indudablemente así.

9.ª Sabido es que por las leyes romanas y por las nuestras procede la retencion por las deudas necesarias en el comodato; y no así en el depósito. Algunos autores resisten esta diferencia, y dando buena razon, como Escriche, palabra *compensacion*. Estimamos sin embargo, poderosa y atendible la razon de las leyes, de que la retencion seria un medio de defraudar de sus ventajas al contrato de depósito: contrato atendible sobremanera, si es de *confianza*; y más, si cabe, si el depósito es *miserable*. En lo que no puede haber duda, sin embargo, es en que las espensas de conservacion, salvamento, etc., en el depósito son compensables, como cualquier otro crédito: es decir que en el depósito no procede la retencion, ó compensacion *indirecta*; pero sí la directa en cuanto á las espensas necesarias.

10. Merecen consideracion las cuestiones, sobre compensacion por daños y perjuicios ocasionados por *culpa ó dolo*. Las leyes de Partida (13, tít. 10, y 22 y 23, tít. 14, Partida 5.ª) aplican á todos los contratos las reglas que establecen para estos casos en lo mercantil. Nosotros seguirémos tambien á la ley, y por ello véase sobre el particular la seccion 9.ª

11. Si es circunstancia especial, para que proceda la compensacion, que el acreedor y el deudor lo sean recíprocamente, se desprende por necesidad que la compensacion se funde en *derecho propio*. El Código de Baviera lo establece todavía así testualmente. «No puede dice, demandarse compensacion, sino por lo que *es debido á la misma persona*.» La doctrina es cierta; pero es necesario tener presente que no es necesario siempre que el derecho propio sea *directo*; sino que basta que sea *indirecto*, como el que, respecto del deudor principal, y su acreedor, tiene el *fiador*, meramente tal, y no principal pagador, pues enton-

ces el derecho seria directo. A veces basta tambien el tener representacion de la persona, principalmente obligada, cual sucede al tutor, ó curador, al apoderado, al marido respecto de la mujer, etc. He aquí, pues, los casos mas notables en que tiene aplicacion uno y otro principio.

Fiador. Cuando se enumeran las prerogativas, ó derechos del fiador, simplemente tal, no suelen enumerarse mas que los beneficios de *excusion* y de *division*. Y sin embargo, tienen tambien el de compensacion. Y en efecto, si el acreedor del deudor fiado, demanda al fiador, como tal, éste puede oponer la compensacion del crédito, ó créditos compensables, que el demandante debiere al principal obligado: y puede oponer tambien el fiador su propio crédito (1).

El fiado no puede, sin embargo, oponer compensacion con el crédito propio del fiador, pues no siendo éste sino deudor *subsidiario*, vendria el fiado á obligarle antes de la *excusion* y *division*; y además antes que debiera, pues que no debe personalmente, hasta que la primera ha tenido lugar, y resulta así la insolvencia del fiado.

Y dicho se está que, si la caucion opone compensacion del crédito del principal, se habia ésta realizado *ipso jure*, desde que ambos créditos recíprocos fueron compensables: si el del fiado se ha hecho compensable despues de la excusion, como, si por ejemplo, era condicional, y ha vencido la condicion, si por herencia, cesion de otros, etc., adquirió el suyo el fiado, desde ese momento: si la caucion, en fin, opone su crédito propio, desde este momento tambien, siendo compensable, pues antes no habian sido realmente acreedores ni deudores recíprocos el fiador y el acreedor del principal obligado.

Tutor, curador. Demandados sus menores, pueden y deben defenderlos, invocando la compensacion, que estos pudieran invocar, siendo mayores; pero no pueden compensar sus deudas propias con créditos de los menores (1). Tampoco el crédito ó la deuda de los menores con un tercero puede ser compensada con el crédito del tutor, ó curador, no queriendo estos. Y aunque la razon es clara, segun el principio de la *reciprocidad de créditos*, todavía lo establecia así la ley 23 del Digesto, título citado.

Apoderado. Este puede ser meramente *personero*, ó plenamente para administrar, y por tanto, para cobrar y pagar. En el primer caso quiere la ley de Partida (2), que así el personero del deudor principal, como el de un fiador, pueda compensar; pero *dando fianzas* de que sus poderdantes lo aprobarán. En el segundo caso tenemos por incontestable que el administrador, ó apoderado general, puede compensar, sin necesidad de otorgar fianza; por la razon indicada de tener poder *para cobrar y pagar*: de otro modo, el poder servia para solo lo provechoso, y perjudicar á tercero. Véase la cuestion 12.

El hijo del padre ausente, que es demandado, puede oponer la compensacion, que el padre opondria; dando, sin embargo, fianza *de rato* (3). Véase la cuestion 12.

El *marido*, respecto de las deudas contra la dote, se halla en el caso del apoderado con libre administracion: puede compensar sin necesidad de afianzar *de rato*. En cuanto á la deuda dotal, ora de la mujer, ora de los herederos ó causahabientes de esta contra el marido, no puede este retener; pero puede proponer compensacion entre sus créditos propios, y las deudas dotales á su favor, siendo todas compensables: circunstancia indispensable, pues si no, la compensacion seria en algunos casos retencion. Y dicho se está que la *no retencion* ha de entenderse en el caso de dote *inestimada*, ó que solo ha sido con estimacion que no hace venta; pues si la hiciere, no tiene que retener lo que no tiene que devolver.

El marido, dice el Código de Baviera, ya citado, no puede proponer compensacion *por lo que es debido á su mujer*. El de Prusia,

(1) Leyes 15, tits. 13, y 24, lib. 14, Part. 5.ª: y 5.ª del Digesto, título citado: y en cuanto al primero estremo, artículo 1294 del Código francés, 538 del de Prusia, y 1127 del Proyecto de Código civil.

(1) Código de Prusia, art. 538.
(2) Ley 24, tit. 14 citado.
(3) Ley 23, id., id.; ley 9, tit. 2 citado, del Digesto.

artículo 338, establece, que «el esposo puede compensar sus créditos propios *con las deudas de su mujer*», lo cual habrá de entenderse, como arriba decimos, de los créditos y débitos recíprocos entre los dos.

Claro es que el marido no puede compensar contra un tercero sus deudas propias con los créditos de su mujer, como no pueden el fiador, el tutor, el curador, ni el apoderado.

El marido y la mujer pueden compensar por lo que cada uno ha sustraido de los bienes de otros, ó sea en el caso *rerum annotarum* (1).

SECCION VIII.

CONTINUACION DEL MISMO ASUNTO.

12. Lo que la ley establece respecto del *personero* y del *hijo del padre ausente*, segun hemos visto en la cuestion 11, se generaliza despues á toda persona respecto de otra, aunque ningun vínculo la ligue con esta. «Esto mismo decimos que debe ser guardado, (lo de fianza *de rato*) *en todos los pleitos en que quieren amparar los homes los unos d los otros*, magüer non sean fijos, nin parientes, nin habiendo carta de personería» (2). Es decir que la compensacion no admite *expromisor*; por la sencilla razon de que el que opone compensacion confiesa la deuda que le demandan; pero admiten la intervencion, ó sustitucion benévola de un tercero; si bien afianzando de que el deudor principal lo aprobara.

13. No hay duda en que puede compensarse una deuda jurada, pues si el juramento es para asegurar el pago, *el que compensa, paga*: era garantía; pero el pago hecho no la necesita ya. Otra cosa sería si el juramento se hubiese formulado en términos que se resolviera en renuncia jurada de poder oponer compensacion.

14. No es compensable lo que se debe por causa *inmoral, ó penal*, como por causa de *juego*, por *despojo*, por sentencia en causa de *fuerza*, ó *tuerto*, por un delito. Las leyes romanas no eran tan rigorosas desde que el débito se hacia *numerario*: ni lo son los códigos modernos, salvo el caso de *despojo*, y de la misma cosa en que consiste (1). Véase la sec. 4.ª

15. Si no son compensables los créditos no *exigibles*, es claro que no lo son aquellos, cuyo término no ha vencido. *Quod ad diem debetur*, decia la ley romana, *non compensabitur, ante quam dies veniat* (2). Y con todo, si el juez ó la parte, ó los acreedores de un concurso diesen *esperas*, lo cual es realmente alargar el dia del plazo, procede la compensacion. Asi lo establecia el derecho romano, y lo establecen los Códigos modernos (3) y el Proyecto del Código civil (4).

Ni hay en esto contradiccion, ni falta de legalidad, ni aun de humanidad. Para eso es menester recordar que se trata de la compensacion, que puede oponer la persona, individual ó colectiva, que ha dado las esperas, ó en cuyo perjuicio se han dado; como si yo demando un crédito, y el juez, declarando que se me debe ya, condena á pagarlo dentro de un tiempo dado. Para que en este caso pueda yo oponer compensacion, será preciso que me demande el acreedor de las esperas. El es, pues, quien falta á las consideraciones: él prescribe una ley, que no debe rehusar, cuando se vuelva contra sí. No se le dieron las esperas para atar las manos á su contrario, y que él entre tanto aproveche la ocasion de atacarlo desarmado: *aliud est enim*, decía bien la ley romana, *dies obligationis non veniase; aliud, humanitatis gratia, tempus indulgeri solutionis* (5). Se le concedieron las esperas por compasion, no para abuso, y es justo que pague el suyo.

16. Si el comprador debe el dinero de la

(1) Leyes 7.ª, tit. 1.º, lib. 25 del Digesto, y 1.ª, tit. 24, libro 5.º del Código. Véase aun el art. Dova.
(2) Ley 25, id., id.

(1) Código francés, art. 1293. «La compensacion tiene lugar, *cualesquiera que sean las causas* de una y otra deuda, á escepcion de los casos siguientes: 1.º, de la demanda en restitucion de una cosa, de que el propietario ha sido *despojado*; 2.º, de la demanda en restitucion de un *depósito*, ó de un *préstamo á uso*.»
(2) Ley 2, tit. 2 citado del Digesto.
(3) Art. 1290 del Francés: 1383 del Sardo: 1464 de Holanda: 2206 de la Leiziana, y 1246 del Napolitano.
(4) Art. 1133.
(5) Ley 16, dicho tit. 2 del Digesto.

venta, puede por él oponer en compensacion la deuda, que con él tenga el vendedor (1.) Ni es esto faltar al contrato de venta, pues no se falta pagando el precio, y el que compensa, paga.

17. En las secos. 4.ª y 7.ª hemos hecho notar que, en lo general, los autores y las legislaciones, aun las modernas, no guardan consecuencia con su sistema; pues, mientras admiten que la compensacion se efectúa *ipso jure*, aun sin pensar en ello los acreedores recíprocos, en el momento que coexisten dos créditos compensables, hablan de ella despues, como si no se hubiera efectuado, y pendiera para efectuarse de la voluntad de las partes, y de la intervencion judicial. Uno de los casos en que sucede esta especie de contradiccion, es en la *cesion de derechos* por uno de los acreedores recíprocos en un tercero.

Huyendo de estremos, hemos dicho en general *cesion de derechos*; y no en particular de un crédito compensable aislado, porque en este caso la contradiccion era mas manifiesta, y en general tambien las leyes y los autores han procurado no incurrir en ella, aunque no todos, como verémos. Porque no hay evasiva: si *en el momento* de ser compensables dos créditos *son compensados por la ley*, y las obligaciones y derechos recíprocos *estinguidos*, nada queda que pueda ceder, ni la una, ni la otra parte.

Pero, por la fuerza de las cosas, aun en la *cesion de derechos*, esto es, en una cesion colectiva de derechos activos y pasivos, la contradiccion se verifica, en cuanto á alguno de ellos. Hé aquí, para de demostrarlo, el tenor de las legislaciones y las conclusiones de los autores.

No volverémos sobre el sistema, en esto incoherente, de las leyes de Partida, ya anteriormente espuesto, y que damos por reproducido. Fijándonos por tanto ahora únicamente en las legislaciones modernas, establece el Código de Austria: que «*si la deuda ha sido cedida muchas veces*, el deudor puede dar en compensacion *lo que le deba el último cesionario*, y lo que *el acreedor primitivo le debia* antes de la cesion (1).»

No habla este Código, como otros, de la *cesion de derechos*; sino aisladamente de una deuda: deuda, que, segun los arts. 1410 y 1411 del propio Código, fué compensada, y por tanto estinguida de pleno derecho, al concurrir los dos créditos *líquidos*, *exigibles*, y de la misma naturaleza. Y con todo esto, ahora, por el art. 1442, aquellos créditos estinguidos están vivos para cederse, y no una; sino *muchas veces*: alternativa singular y contradiccion ineludible, pues por una parte la ley *compensa y estingue*, dado el momento hábil para ello; y por otra, una de las partes *elude* á su placer el efecto legal, reputando vivo y objeto de transacciones convencionales el crédito estinguido.

El Código francés habla de *cesion de derechos*, cosa realmente diversa de *cesion de deuda*. «Si el deudor acepta, pura y simplemente la cesion, no puede ya oponer al cesionario la compensacion, que hubiera podido oponer á su acreedor, antes de ceder: si no la acepta, pero le ha sido notificada, no impide esta, sino la compensacion de deudas posteriores á la notificacion (2).»

Lo propio establece el Proyecto de Código civil, añadiendo, que si la cesion ni aun ha sido notificada, corre solo la antedicha regla segunda, desde que el deudor adquiera noticia de la cesion (3).

No puede ser mas evidente que aun en la *cesion de derechos* hay la contradiccion de ceder los ya estinguidos, esto es, los ya compensados *ipso jure* al tiempo de verificarla.

18. Como en la herencia hay confusion de derechos, son compensables, antes de partirse aquella, y habiendo sido admitida sin beneficio de inventario, la deuda de un tercero en favor del finado, y el crédito de un heredero (4): y asimismo la deuda de un tercero á favor de un heredero con la del finado, ó causante en favor de dicho tercero (5). Por-

(1) Ley 7, tit. 21 citado del Código.

(1) Art. 1442.
(2) Art. 1295.
(3) Art. 1129.
(4) Código de Prusia, art. 309.
(5) Proyecto de Código civil, art. 1129

que, si la herencia está ya partida, las acciones se han separado y compartido; y si fué admitida á beneficio de inventario, no hay confusion de acciones y los herederos no son sino administradores de la herencia, hasta verificarse la liquidacion. En tal supuesto, véase lo que arriba decimos de los administradores. Otros quieren que los herederos, en el caso de beneficio de inventario, no sean sino depositarios: en tal supuesto serán depositarios con administracion, y el resultado viene á ser el mismo.

19. No son compensables los créditos *alimenticios*, no embargables, como no suelen ser los de *presente* y de *futuro*; pero lo son, por una razon inversa, los de *pretérito*, cuando son tales, que se puede transigir acerca de ellos. La regla fija para la escepcion es, en todo caso, la *necesidad perentoria real*, y no imaginaria, del alimentista, pues la ley no hace privilegiado su crédito para el abuso en perjuicio de tercero (1). Supuesta la necesidad, es verdad la regla romana: *debitum ex causa victuali non compensatur*.

20. Si hubiere muchos fiadores, ó deudores principales, *in solidum*, y la accion se dirigiese contra uno solo, no puede este oponer por compensacion el crédito de alguno, ó algunos de los demás mancomunados solidarios contra el demandante; pues, en primer lugar, la mancomunidad no se funda en los créditos particulares de los co-deudores ó co-fiadores; ni cada uno tiene nada con los del otro; y en segundo, como el crédito de los co-deudores, y la obligacion de los co-fiadores, pesa todo sobre todos, y todo sobre cada uno; si el demandado prefiere el dirigirse á uno solo, este entonces lo debe todo, y no puede buscar compañero, ni valerse de créditos no propios, pues créditos, no recíprocos, no son compensables. Eso no obstante, como el crédito no se debia mas que una vez, y una vez se pagó ya íntegro, pagado está para todos, salvo el *lasto*, ó reclamacion del que pagó, en virtud de la cesion de acciones, contra los demás codeudores, á prorata.

21. La compensacion *ipso jure* impide la prescripcion, y podrá aquella, por tanto, reclamarse y sostenerse, si despues de corrido el término para prescribir, soy demandado por la deuda recíproca que yo debía, y que no ha prescrito aun: me defenderé y seré oido, escepcionando que, aunque el término de la prescripcion ha corrido materialmente respecto de mi crédito; no formal, ó legalmente, pues habia antes sido compensado *ipso jure*, como indudablemente lo fué, si, por un momento no más, fueron los dos créditos compensables, antes de cerrar el término de la prescripcion, en cuyo supuesto es evidente que esta no puede tener efecto.

22. La renta vitalicia no es compensable, aun cuando no tenga índole alimenticia, pues, no siendo cierto que se deberá mañana, ni el otro dia, no es líquida *á priori*, que es cuando se invocaria la compensacion por el deudor de la renta. Y ciertamente, las dietas no vencidas no son todavía *créditos*; y además, y por la misma razon, no son créditos *exigibles*, ni por tanto, compensables. En los caidos es otra cosa, pues ya son cantidad debida, y líquida.

23. Ultimamente: la compensacion no tiene lugar en los censos, en cuanto al capital, aunque sí en cuanto á los réditos vencidos. Por lo que hace al primer estremo, es claro que, no pudiendo el acreedor censualista obligar á redimir, no puede oponer, como compensacion al censatario, si le demanda por algun crédito, el capital del censo. El censatario, por la inversa, puede proponer redencion, y en este concepto dice Escriche *puede proponerse la redencion del censo*, mediante la *cantidad que le deba el censualista*. Pero es indudable que esta no es en rigor compensacion; y que en todo caso no se efectuaria *ipso jure*, sino por convencion en parte, y en parte por intervencion judicial, y por consecuencia no surtiria otros efectos legales, que los que nacieren del convenio de las partes, si la cuestion termina entre ellas, sin deducirla en juicio; ó del fallo judicial en su caso, y por tanto, solo desde que se efectúa el convenio, ó se causó ejecutoria, con los términos prefijados en aquel y en esta.

(1) Código francés, art. 1293: id. prusiano, art. 366: Proyecto de Código civil, art. 1158.

24. Siendo un principio general de derecho *que cada uno puede renunciar al beneficio introducido en su favor*, parece hay que admitir que cada uno de los acreedores recíprocos puede renunciar al beneficio de la compensacion. De comun acuerdo no tiene duda, y ya hemos dicho que así pueden antes de la compensacion legal, y despues. Y puede tambien cada uno, con tal que no resulte perjuicio para el otro, sino solo para el renunciante: pues así como decimos en otra parte *que no hay compensacion en perjuicio de tercero*; tampoco con perjuicio de tercero se renuncia.

Pero si esto es claro ¿qué puede significar la declaracion del Código de Prusia, cuando dispone en su art. 372, que «*El deudor no puede renunciar al beneficio de la compensacion?*» Y ¿quién es el *deudor*, puesto que los dos acreedores son deudores recíprocamente? La regla no tiene aplicacion práctica, sino dado el caso de que uno de los dos demande al otro, en lo cual, desenvolviendo el carácter de *acreedor*, atribuye peculiarmente al otro el correlativo de *deudor*. Este tiene, ciertamente, el derecho y el beneficio de poder oponer á la demanda la escepcion de compensacion. ¿Puede en este caso renunciar á su beneficio? Tácitamente, esto es, no haciendo uso de él, callando y pagando, sin duda. Espresamente tambien, siendo sin menoscabo de los derechos que al demandante atribuya la compensacion, en lo relativo á réditos, hipoteca y cualquiera otro gravámen accesorio, que pudiera acompañar á su deuda, y de lo cual quedaria privado el demandante. De este caso habla, sin duda, el Código prusiano, lo cual, para todos los de aplicacion práctica se resuelve en el ya enunciado principio: *la compensacion, ni se ejercita, ni se renuncia, con perjuicio de tercero.*

La razon es clara: si renunciaba aquí el deudor, para privar así al demandante de sus ventajas, toda vez que la compensacion se declarase, no renunciaba solo al beneficio introducido en su favor; sino al beneficio del otro.

25. El solo hecho de pagar el deudor demandado, sin invocar compensacion, no prueba la renuncia de su derecho, pues puede ignorarlo: ni menos prueba la falsedad de su crédito, ó nulidad de su credencial, cualquiera que sea por otra parte la conjetura que sobre ello se pueda levantar. Así es fundado en razon y en principios, y además hay un código, el de Prusia, que lo establece terminantemente en su art. 376.

Pero el que, sabiendo le asiste el derecho de compensacion, no lo opone, y paga, se entiende que lo renuncia, pues ninguno tiene libertad de vejar á su placer á nadie, y aquí el demandante seria vejado en un segundo pleito, que nada menos tendria por objeto y resultado que inutilizar el primero. El demandado, pues, podrá reclamar en otro pleito el pago de su crédito; pero simplemente ó sin los beneficios de la compensacion, y únicamente con las ventajas, que por derecho tendria, si solo él hubiera sido acreedor del demandante, y no el demandante tambien acreedor suyo recíproco.

Por la propia razon, si el demandado no opone al principio la compensacion, sabiendo, ó probando le asiste ese derecho, y ya avanzado el juicio la opusiere, no por vía de escepcion, que ya hemos dicho no puede hoy; sino por vía de allanamiento al pago demandado y de apartamiento, el juez le habrá por apartado; pero con las costas, que por su culpa se han seguido: todo en el supuesto de que el demandante, á su vez, se avenga y reconozca la compensacion que se invoca; pues sino, ha de seguir el juicio, hasta causar ejecutoria.

26. El Código de *Vaud*, en fin, art. 964, establece una cuestion, que no carece de dificultad, ni de gravedad. Segun él, en la *interdiccion judicial* «se efectúa compensacion de las deudas activas y pasivas del requirente..... si consisten en *cuentas corrientes*, *billetes* y otros actos, que estriven en *documento privado*; mas no los reconocidos por acta pública.» Pero ¿y si las de uno y otro consisten en acta pública, ó ambos tambien en documento privado? Si es por la facilidad de probarlas, mayor es en las de acta pública: si solas las de una parte consisten en documento público, y por ello son mas evidentes

qué las otras, la razon de la no compensacion será porque estas sean ya *líquidas* y *exigibles*, y las otras no, ó cuando menos no *exigibles*. Parécenos sobre el particular, que la teoría española es tan segura y aplicable, segun la dejamos espuesta en las secciones anteriores, y señaladamente en la 4.ª, §. 1.°, que ella sufraga á todos los casos.

SECCION IX.

DE LA COMPENSACION EN LO MERCANTIL.

La ley de Enjuiciamiento en lo mercantil, no menciona para el juicio ordinario la compensacion: y como, por lo mismo, tampoco la escluye, es decir, que queda confundida entre los demás medios de defensa, y escepciones perentorias, á que se refiere el art. 124, segun el que, «en la contestacion á la demanda tiene lugar *toda escepcion que obste al derecho deducido por el actor.*»

En cuanto al procedimiento, la misma ley establece en su artículo final, que en lo que ella no contenga, se arreglen los tribunales á *las leyes del procedimiento comun*. Nada especial contiene, como decimos, sobre compensacion: por consecuencia los tribunales de comercio se atendrán en punto á compensacion á las leyes comunes de procedimiento. Estas se hallan hoy reducidas en el juicio ordinario á la actual de procedimiento civil. En su consecuencia tampoco en lo mercantil tiene hoy aplicacion el procedimiento privilegiado de las Partidas para la compensacion. Es esta por lo mismo una de tantas escepciones perentorias, y ha de tenerse por reproducido aquí, y aplicable al caso de la presente seccion, lo que, respecto del procedimiento en el fuero comun, decimos en la sesta.

En lo ejecutivo sí que menciona la compensacion la ley de Enjuiciamiento en lo mercantil (art. 327); pero es meramente para enumerarla entre las escepciones admisibles en dicho juicio, en lo cual nada se ha innovado, pues se reproduce para probarlas el término *encargado* de los diez dias.

En cuanto á créditos compensables en lo mecantil, lo son los mismos que en el fuero comun, y que dejamos espuestos en las secciones 2.ª, 3.ª, 4.ª, 7.ª y 8.ª

Además de esto, en toda asociacion de intereses, y por tanto en la compañía mercantil, es compensable recíprocamente el perjuicio ó menoscabo, que por *culpa ó negligencia* de un sócio se irrogue al interés social, con el que se irrogue, asimismo, por *culpa ó negligencia* de otro sócio (1). Lo cual ha de entenderse entre los que han causado el perjuicio, sin trascendencia á los otros demás. Si fueren solo dos en compañía, la compensacion entonces es mas espedita, y de pleno derecho entre ellos. Pero queda sentado el principio de que en comunidad de intereses se compensan la *culpa* con la *culpa*.

Otros dos casos establece la ley citada. «Lo mismo decimos, que sería (añade, en cuanto al primero de ellos), si acaeciese que el uno de los compañeros oviese fecho *daño* en alguna partida de las cosas de la compañía é en otra *pro*: ca *el pro* é *el daño* que ficiese, *debe ser egualado lo uno por lo al.....*»

El otro caso es, cuando un compañero toma algo para sí del fondo comun, y otro hubiese irrogado daño por *negligencia* ó *culpa*; pues «*debe ser esquitado lo uno por lo al.....*»

Son tambien compensables los daños que viniesen por *engaño* de un compañero con los que aviniesen por engaño de otro (2): y asimismo la *negligencia* con el *engaño*, cuando recaen en cosas diversas; pues si recaen en una misma, pecha el perjuicio el que procedió con engaño, sin que pueda reclamar nada contra el que procedió con culpa (3), porque «*en la balanza del derecho*, añade de la ley, *mas pesa el engaño del uno, que la culpa del otro, cuando avienen amos sobre una cosa misma.*»

La fuerza de esta razon consiste en que la dá la ley; pues por lo demás no puede convencer demasiado, cuando vemos no se aplica al caso anterior. Ni es razon el que en él se trate de daños irrogados, no en una misma cosa, sino en dos ó mas diversas, pues

(1) Ley 92, tit. 14, Part. 3.ª
(2) Ley 93, id., id.
(3) Ley id., id.

todas constituyan un único fondo, que siempre es *uno*, como es *una* la cosa, que forma el supuesto del caso segundo.

La ley, por último, generaliza las disposiciones contenidas en la misma, y en la anterior, á todo género de comunidad de intereses, como hemos dicho, aunque no sea asociacion mercantil: «E lo que digimos en estas dos leyes *de los compañeros*, entiéndase tambien *en los pleitos que avienen entre los otros omes, sobre tales cosas como estas, que oviesen comunales en uno por otra razon.*»

Algunos escritores aplican las reglas generales de la compensacion de créditos comunes al giro y pago de letras de cambio, y son sin duda aplicables en algunos casos, en el rigor de los principios. Pero dos indicaciones haremos, que no conviene nunca perder de vista: 1.ª que el comercio requiere espedicion, en cuyo supuesto rechaza los trámites y reglas comunes de deber y pagar, por lo cual indudablemente las leyes han establecido fuero, trámites y reglas especiales: y 2.ª que la doctrina asentada, en el sentido arriba indicado por los autores, ha de subordinarse á la ley de Enjuiciamiento en lo mercantil.

Y ahora bien: en esta no se menciona la compensacion en el juicio ordinario, segun ya queda espuesto; y en lo que no se menciona especialmente en dicha ley, han de atenerse los tribunales á las del procedimiento en el fuero comun, hoy reducidas á la de Enjuiciamiento civil, segun la cual la compensacion queda reducida á una mera escepcion perentoria. Por consecuencia, cualquier contienda que se suscitase sobre compensacion de letras, y créditos mercantiles, no ya en juicio ordinario; pero aun en el ejecutivo, trae consigo trámites y dilaciones, que destruyen todas las ventajas de la compensacion, y que únicamente se consiguen con el procedimiento de la ley de Partida, que, como queda espuesto, hoy no puede aplicarse.

Esto, sin embargo, ha de entenderse por lo que hace á ventajas de procedimiento; pues en lo relativo á la cesacion de réditos, hipoteca y gravámenes accesorios, en lo que las disposiciones especiales mercantiles no lo contrarien, pueden aplicarse las reglas del derecho comun, toda vez que, aun resistiéndolo la índole de los asuntos mercantiles, por no poder mas, por error, ó por contumacia de las partes hubiere de venirse al embarazoso y dilatorio procedimiento comun sobre compensacion.

Pero en este caso, dicho se está: que son compensables un crédito con otro crédito, una letra con otra de idénticas circunstancias; aunque sobre identidad se anuncia ya la posibilidad de una contienda dilatoria: que el librador sea acreedor de aquel, á cuyo cargo libra, si tiene en poder de este el conveniente acopio de fondos: y que el tomador de la letra, y sucesivamente cada *endosatario* es cesionario del crédito.

Hemos visto que el Código de Baviera (capítulo 15, lib. 4), establece en esta parte que en lo mercantil, para ser compensables dos créditos, han de ser *pagables en un mismo lugar*: es ciertamente por la misma razon, porque asentamos que las letras, de cuya compensacion se trata, han de ser *de idénticas circunstancias*.

Sobre compensacion de *engaño* con *engaño*, arriba espuesta, véase además la ley 13, tít. 10, Partida 5, y la seccion 12 de este artículo.

En la parte legislativa pueden verse las únicas disposiciones del Código de Comercio y de la ley de Enjuiciamiento en lo mercantil, y son el art. 545 del primero, y el 327 de la segunda.

SECCION X.

DE LA COMPENSACION CON EL FISCO.

El derecho romano admitía en principio la compensacion con el fisco: *Jussit Imperator audiri adprobantem sibi á fisco deberi, quod ipse convenitur* (1).

Pero eran tantas las escepciones, que casi quedaba anulada, ó practicable en solo un caso, que era el de la primera escepcion que mencionamos.

(1) Ley 24, tít. 2, lib. 16 del Digesto.

Era esta, el que, para proceder compensacion, los créditos habian de ser debidos en la misma administracion, en que aquella se oponia (1). La razon la deba la propia ley: para que no se complicase la contabilidad. Era menester tambien que el que propoois compensacion pudiera probar su accion en el término de *dos meses*. (2)

Sobre todo lo dicho se hacian todavía 8 escepciones, pues no admitía compensacion lo que se debia por los conceptos siguientes: «si, neque *ex calendario*: neque *ex vectigalibus*: neque *ex frumenti, vel olei publici pecunia*: neque *tributorum*: neque *alimentorum*: neque ejus, quod *statutis sumptibus* servit: neque *fideicommissi civitatis*, debitor sis.» (3) Tampoco admitía compensacion el pago del precio de las cosas compradas al fisco, aunque hemos visto en las cuestiones prácticas que la admite el de las cosas compradas á particulares. (4)

Era la razon de tal rigor la ya indicada de que no se complicase la contabilidad, y la necesidad de atender á la espedicion necesaria de los servicios públicos, que de ordinario no admiten dilacion, sin inconvenientes de trascendencia. Como esta razon es tanta en realidad, ha pasado al derecho de las naciones sucesivas. Cierto es que hay vejámen para los particulares; pero de menor trascendencia, sin duda que el vejámen público, esto es, de la posible perturbacion de los servicios perentorios del Estado: es la razon, en fin, el bien de los mas, en contraste con el daño, ó perjuicio de los menos, del individuo.

Entre nosotros, á la inversa que entre los romanos, la compensacion con el fisco se escluye en principio, y solo se admite por escepcion, y mas bien por acto voluntario del poder central, como sucede y dirémos en la compensacion *administrativa*.

Por nuestras leyes, pues, no hay compensacion con el fisco en lo jurídico «Si el Rey... oviese aver, que fuese establecido apartadamento para labrar ó refacer los muros..... para facer engeños ó galeas, ó para comprar armas, ó vianda para hueste ó para dar raciones á los que están en el servicio del Rey....., ó para otras cosas semejantes destas. Ca cualquier que oviese á dar maravedís que fuesen establecidos para esto, maguer el Rey..... oviese á dar á el otro debdo, non se podria descontar el un debdo por el otro...» La ley añade todavía, si alguno debiera *pecho ó censo á la cámara del Rey*: y lo propio en los *portazgos* y en las *mandas*, hechas á la cámara y por última voluntad (1).

Es decir, que nunca hay compensacion: de hai la enunciativa, vulgar ciertamente, pero que es una síntesis gráficamente espresada, de los derechos del fisco en esta parte, y cuando se trata de créditos de este, á saber, *paga* y *repite*. Véase COMPENSACION ADMINISTRATIVA.

SECCION XI.

DE LA COMPENSACION EN DEUDAS DEL CONCEJO.

No están ciertamente los concejos en el caso de ser equiparados con en el Estado, en punto á sus servicios y atenciones respectivas: y sin embargo, las leyes de Partida (2) los equiparan en un todo, y hasta tal punto, que no hay sino reprodecir tastualmente en esta seccion lo que decimos en la anterior.

Añadirémos aun que hoy las de ayuntamientos opondrian nuevos óbices á la compensacion, por cuanto aquellos, para pagar y para litigar, necesitan que sus acuerdos obtengan aprobacion y autorizacion del gobernador de la provincia: prerogativa y restricciones, contra las cuales se estrellaria la providencia de un tribunal, que mandase compensar.

El caso, sin embargo, puede tener otra solucion bajo el punto de vista de *compensacion administrativa*. Véase este artículo.

SECCION XII.

DE LA COMPENSACION EN LO PENAL.

Si hay compensacion en lo penal, esto es,

(1) Ley 1, tit. 31, lib. 4 del Código.
(2) Ley 46, tit. 14, lib. 50 del Digesto.
(3) Ley 3, tit. citado del Código.
(4) Leyes, 7, id., id., y la 46 citada del Digesto.

(1) Ley 98, tit. 14, Part. 5.ª
(2) *La 96 citada, tit. 14, Part. 5.ª*

no de *cantidad á cantidad*, y de *cosas á cosas* como en lo civil; sino de *delito á delito*, de *pena á pena*, la idea no puede ser mas repugnante, ni mas inconveniente, y escandalosamente trascendental, moral y políticamente: y si no la hay, no pueden apenas comprenderse, ni menos cohonestarse, las legislaciones, que, ya al parecer, ya realmente la establecen. Quiere decir, que si en lo civil la cuestion de compensacion es difícil, en lo penal es difícil y grave. Allí se concilia completamente con la moral; aquí es rechazada por la moral y la política: y sin embargo, repetirémos que la ley civil, no ya parece establecerla; sino realmente la establece, y lo que es mas, la canónica, *si* bien en la forma restrictiva, que verémos.

Deddcese de aquí que la esposicion sobre esta enunciativa de gravedad tiene que dividirse en la presente seccion y en la siguiente, y que por tanto su complemento ha de buscarse, consultando una y otra.

En cuanto á la presente, dirémos que, aunque en un sentido lato hay *pena* tambien en lo civil, como por ejemplo las costas por la temeridad, la reparacion de daños y perjuicios, etc., aquí tomamos *lo penal* con relacion al juicio criminal. En el órden civil hemos visto que la compensacion es de *cantidad á cantidad*: de *cosas á cosas*, como trigo con trigo, vino con vino: y de *hechos* con *hechos*, pero lícitos, como en las *obras y servicios*; mas en lo criminal, por la inversa, la compensacion habria de ser de *delito á delito*, de *pena á pena*, siempre de cosas ilícitas, en sí, ó en el orígen, pues aun la compensacion pecuniaria seria la consecuencia de un delito.

Por otra parte, de darse compensacion en este sentido, nunca podria ser como en lo civil: allí se resuelve en *pago* de lo justamente debido; aquí en *indemnidad* de un culpable, en no pagar lo que se debe, en quedar defraudada la vindicta pública.

En el órden civil, la compensacion tiene lugar entre dos acreedores recíprocos: en lo penal se concibe que el individuo sea deudor de una pena á la ley, al órden social; pero ¿cuándo el órden social, ni la ley, serán deudores á él de una pena, para que ambas pudieran compensarse?

En la compensacion, hemos dicho, y es así, paga *quien debe, y á quien se debe*: pero la sociedad, repetimos, no puede nunca ser así deudora de un delincuente.

Es, en fin, un principio que la compensacion no tiene nunca lugar en perjuicio de tercero; y en la compensacion penal siempre habria el perjuicio de la sociedad, de la vindicta pública, que así quedaría defraudada.

Añádase la repugnante, y aun irritante inmoralidad, de una *impunidad anticipada*, especie de garantía para delinquir, que no sería otra cosa la compensacion en lo criminal; y concluyendo por la sociedad, por el órden público, por la justicia, será lícito decir que la ley, que nunca proteje *el dolo*; nunca tampoco protegerá *el crímen*: que no habria nada mas repugnante, inmoral y trascendental que la impunidad de los crímines, anticipada, y consagrada por la ley: que si en el órden civil la compensacion se resuelve en un pago, y el pago es una justicia, la compensacion de un crímen con otro, sobre los demás inconvenientes ya indicados, seria un sarcasmo contra la justicia y contra la ley: que en el órden criminal, por tanto, no puede, en el rigor de los principios, y de la conveniencia social, haber compensacion.

Nuestras leyes parecen autorizar esta conclusion, hasta tal punto, que ni aun quieren sea compensable, como ya hemos visto, la pena pecuniaria, impuesta en juicio seguido *por razon de fuerza, ó de tuerto* (1); y eso que aquí el criminal no se libra por la compensacion de pagar su deuda; sino que vendria á pagarla con mas comodidad; mientras en la compensacion de un delito por otro es el resultado librarse de la pena.

El Código penal, por último, parece escluirla absolutamente, por el hecho de no mencionarla; salvo en el único caso, de que despues harémos mencion, entre circunstancias agravantes y atenuantes, lo cual no es lo mismo. Menciona las causas, que *eximen* de res-

(1) Ley 27, tit. 14, Part. 5.ª

ponsabilidad en el órden penal: las que *atenúan* la delincuencia, y por tanto, la penalidad; pero calla absolutamente de compensacion de *delitos* con *delitos*, de *pena* con *pena*.

A pesar de todo, el jurisconsulto y el letrado hallarán que nuestros autores tratan de la compensacion en lo criminal, como si la hubiese indubitadamente. «No solo *en los delitos* ó acciones, dicen, (1) ha lugar la compensacion; sino tambien *en los delitos é injurias* de una misma especie, y no de especie diversa.....»

Pero, en primer lugar, hay que tener presente que escribian bajo otra legislacion criminal, antes del Código penal: y en segundo que ellos mismos se corregian. Así es que el propio autor citado, añade, á continuacion de lo dicho: «cuando se trate de ellos *civilmente por el interés de la parte; mas no cuando se intenta la accion criminal*, porque en este caso quedarian impunes, y *en perjuicio del público no se admite compensacion.*»

Y esta es la sólida y verdadera doctrina; pero no debe ser enunciada de un modo equívoco. *En perjuicio del público nunca hay compensacion*; porque nunca la hay en perjuicio de tercero, ni entre personalidades ó representaciones, que no sean recíprocamente deudores y acreedores. En lo primero se funda la teoría, tal vez exagerada, del fisco, respecto de cuyos créditos no hay compensacion, propiamente tal, en lo jurídico. Es, pues, nuestra aserтiva absoluta, que en lo criminal, *en punto á delitos y penas, no hay compensacion.*

Es visto, además, que no hay exactitud en la enunciativa general de haber compensacion en los delitos, pues está visto se tomaba por principio y regla general la escepcion, dado que en los delitos, principalmente se trata del interés de la sociedad, mas bien que del de las partes: y no habia tampoco exactitud completa en la escepcion, pues hemos visto la disposicion de la ley 27, tít. 14 de la Partida 5.ª

Son ciertas, sin embargo, tres cosas: 1.ª, que habia, como hay, compensacion de delitos en alguno de los llamados *mixti fori*, cual era, y es, el *adulterio*: 2.ª, que la habia tambien, en cierto modo, en los delitos, que se llamaban *privados*, como las *injurias*: y 3.ª, que la escepcion en estos dos casos confirma la regla general, y esclusiva, que hemos asentado: que en lo que concierne al *adulterio*, es la escepcion de tal modo singularísima y atendible, que no solo estaba autorizado por uno y otro derecho, sino que siempre debe estarlo: y que tratada bajo el concepto, no de crimen y crimen, sino de *accion* y *escepcion*, desciende del órden criminal, y por ello al de *procedimiento*, y aun podrá, y creemos que deberá, comprenderse en nuestro esperado Código de *procedimiento en lo criminal*; sin que á ello se oponga el rigor saludable, y el tenor, ora absoluto, ora esclusivo del Código penal, en el sentido, que dejamos mencionado.

Es decir que en tal concepto se salva el principio, ya por lo singularísimo y atendible de la escepcion, como lo de todo lo relativo al *matrimonio*, ya porque no es lo mismo decir al demandante, como en lo civil, *sine actione agis*, porque el crédito está ya pagado; que decir en lo criminal, no que su delito está perdonado, ni estinguido; no que está *pagado* ante la ley, con la pena condigna; sino que, manchado el demandante con otro *adulterio*, con el *lenocinio*, *etc.*, *en pena* la ley le castiga, privándole de la accion judicial, que en otro caso tendria, y que, concedida ahora, estableceria una condicion repugnante entre los dos consortes, una injusticia manifiesta, la impunidad del uno y el castigo del otro, entre dos igualmente culpables; pues mientras el marido, haciendo valer su accion de divorcio, siendo adúltero él, ó causa del adulterio de su mujer, como en el lenocinio, se libraria de ella por el divorcio, que es á lo que aspiraba; la mujer, que ni queria, ni habia pedido divorcio, se veria divorciada, y privada del estado y ventajas del matrimonio.

La primera y tercera de las enunciativas arriba consignadas, ó sea las relativas al adulterio, entran en el terreno del derecho romano, del derecho canónico y del derecho pátrio. La esposicion de estos tres derechos

(1) Febrero reformado, lib. 3, cap. 8, §. 31.

se coadyuva: la tenemos realizada, en gran parte, en el artículo **ADULTERIO**: habremos de reproducirla, ó ampliarla, en los de **DIVORCIO** y **MATRIMONIO**; como tambien en la seccion 13 del presente, *sobre compensacion en lo canónico*: y por tanto, y para economizar repeticiones, véanse dicha seccion y artículos.

Réstanos solo, por lo mismo, para concluir aquí, decir algo sobre la enunciativa segunda, ó sea sobre la compensacion de injurias. Ciertamente en las injurias *privadas de la misma especie*, siendo recíprocas, la persona *querellada* destruía en parte la querella, ó acusacion de su contrario, por medio de contra querella, y el juez, bien pesadas las circunstancias del caso, esto es, la índole absolutamente *privada* de ambas injurias, é identidad de naturaleza, y en todo, solia compensar, esto es, dar por enervada una accion por la otra, si bien presentada esta en forma de escepcion.

Pero, en primer lugar, sería ó no errado, conveniente ó inconveniente el sistema de la legislacion; pero era sistema legal el considerar que la *injuria privada*, era solo cosa entre partes: que no interesaba á la sociedad directamente: y por tanto, que la sociedad no quedaba aquí defraudada, que no se ejercia la compensacion en perjuicio de tercero.

En segundo lugar la compensacion era aquí en gran parte un acto jurídico, un fallo judicial, apreciadas todas sus circunstancias, que eran tales, que, por lo que hace á la sociedad, hubiera sido igual que el juicio no se intentase, ó se sobreseyese en él.

Y en tercero que, siendo lo comun, que á cada parte se impusiesen las costas *por sí*, y *para sí causadas*, y con frecuencia el apercibimiento de que en lo sucesivo se condujesen como requiere la debida armonía entre conciudadanos, no habia impunidad absoluta; si es que el hecho no quedaba, aun exageradamente escarmentado con cuantiosas espensas, lo que alguna vez sucedia.

Hoy, repetimos, que el tenor del Código penal no se presta, ni aun á dicho género de compensacion: y mientras se promulga la esperada ley de procedimiento criminal, en la que podrá ó no prescribirse algo sobre el particular, si bien bajo el punto de vista de *accion* y *escepcion*, cual por todos los derechos se establecia, y por el canónico y romano se establece aun para los casos de *adulterio* y *lenocinio*, por aquel para las naciones católicas, por éste para aquella parte, en que aun tiene aplicacion, siquiera sea supletoria, como en la Corona de Aragon, por ejemplo, los tribunales deberán atemperarse á la jurisprudencia bien establecida.

Mas el Código penal admite un cierto género de compensacion entre las circunstancias atenuantes y las agravantes (1): cuyo hecho, y apreciacion quedan sometidos, como no puede menos á la prudencia del juez, como lo queda el reputar tales circunstancias las *equivalentes* á las espresadas en el Código.

Otra cosa es en las resultas *pecuniarias* del juicio criminal; no respecto de la sociedad, ó de la vindicta pública, como por ejemplo, en las multas, y vía de apremio, en su caso, para suplirlas; sino relativamente al interés del contrario.

Aun en esto, nos parecen fundadas y hasta indispensables dos restricciones: 1.ª, en la restitucion de la cosa *robada*, *hurtada*, ó de cualquier modo arrebatada, *despojando* de ella á su legítimo dueño. Sobre esto hemos visto, que aun en lo civil, y aun en el efecto criminal menor, digánoslo así, que es el *despojo*, todos los derechos rechazan la compensacion, aplicando, en cierto modo, y justamente el principio general, *spoliatus ante omnia restituendus* (2).

La 2.ª restriccion la establecen algunas legislaciones, aun respecto de *créditos pecuniarios*, provenientes de sentencia penal. Ya hemos visto en esta parte que las leyes de Partida (3) escluyen terminantemente la compensacion de cantidades, procedentes de sentencia y juicio sobre *fuerza*, ó *tuerto*. El Código de Baviera (4), escluye absolutamente tambien la compensacion de créditos procedentes de delito. Verdad es que

(1) Art. 74, regla 4.ª
(2) Ley 44 del Código, tit. y lib. citados: Código francés, art. 1203: de Vaud, 968: Proyecto de Código civil, art. 1126.
(3) Ley 27, tit. 14, Part. 5.ª
(4) Cap. 15, lib. 4, ya citado.

las demás legislaciones admiten á compensacion, *cualquiera que sea la causa* de que provenga el crédito, desde que es *pecuniario*.

Debe tenerse en cuenta que aun en la restitucion, en el despojo, y en cualquier delito tiene lugar la compensacion, si la *cosa*, ó *efectos* restituibles, perecen ó desaparecen, en términos de ser imposible su restitucion, pues entonces se devuelve su *estimacion*, ó valor, el cual es ya compensable.

Hemos dicho en otra parte que se compensan *engaño* con *engaño*, etc.; pero ha de entenderse en vía civil, ó sea en *demanda civil de daños*, accion de sociedad, etc., pues si fuese en causa criminal, y condena *pecuniaria* directamente, no procedería, y sí la citada ley de Partida sobre *fuerza*, ó *tuerto*.

Notarémos, en fin, que antiguamente era de grande influencia en los juicios criminales el perdon de la parte ofendida; pero hoy por el Código penal no produce sino efectos civiles, y de ninguna manera con trascendencia á la pena personal (1).

En los delitos, en que no puede procederse sin gestion de la parte ofendida, no hay compensacion, caso de no demandar esta; sino *renuncia de un derecho* personal á querellarse, ó no: sistema legal, que podrá ser mas, ó menos conveniente; pero no es compensacion, tomada esta técnicamente, que es de la que aquí tratamos.

Al acercarnos á concluir, tenemos que reiterar la anterior referencia á la seccion 13, pues que esta seccion y la presente se complementan una con otra.

Tenemos que añadir tambien que, al enunciar la compensacion en lo criminal, llevados, acaso demasiado, del amor al órden, de la defensa y conservacion de la sociedad, hemos presentado aquella bajo un punto de vista, notablemente grave. Pero ¿podria decirse que nuestro juicio se funda en una apreciacion inexacta? Hemos hablado de compensacion de *crímen* con *crímen*; de *pena* con *pena*; y no es del todo así: el crímen queda moralmente: la pena no ha llegado á imponerse.

Con todo; nosotros hemos presentado la teoría prácticamente: bajo el punto de vista de sus resultados; y así es indudable. Es un hecho que los dos crímenes, ni se justifican, ni se perdonan, ni se estinguen en el órden moral y de las cosas: pero *no se castigan*; y hé ahí, en el resultado, la compensacion de *crímen* con *crímen*. La *pena*, es cierto, *no se ha impuesto*; pero *no se impondrá*; y hé ahí, en el efecto, la compensacion de *pena* con *pena*.

Lo que hay naturalmente, en la forma ritual y gráfica, es compensacion de *acciones* con *acciones*. Las leyes, por decoro, por salvar el principio, han adoptado, sin duda, esta fórmula: pero sin accion no hay acusacion del crímen, no habrá juicio ni pena; y así, en resultados, en realidad práctica, la compensacion de *accion* con *accion*, no es otra cosa en el efecto que la de *crímen* con *crímen*.

Consignamos, sin embargo, y es oportuno notar, que la teoría, el sistema decoroso y precautorio de las leyes ha sido y es en lo principal, y en lo general, el de compensar *accion* con *accion*. Así lo vemos ya en lo que queda espuesto: así lo veremos en la seccion 13, y así, entre otras, lo consigna la ley 3, tít. 10, lib. 2 del Digesto.

«§. 3.° *Si et stipulator dolo promissoris, et promissor dolo stipulatoris, impeditus fuerit, quominus ad judicium veniret, neutri eorum prætor succurrere debebit, ab utraque parte dolo compensando.*» La 36, tít. 3.°, lib. 4.° de idem: «*Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.*» La 57, en fin, tít. 1.°, lib. 18 de id., §. 3.°: «*Quod si uterque sciebat, et emptor et venditor, domum esse exustam totam, vel ex parte nihil actum fuisse, dolo inter utramque parte compensando, et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo, ex utraque parte veniente, stare non concedente.*»

Es incontestable, pues, el sistema de compensacion de *accion* por *accion*: se salva en parte el principio, pues la privacion de su accion á cada parte, es sin duda una pena: pero es cierto tambien, como hemos dicho, que penden absolutamente de la accion el *juicio* y la *pena*: que la esclusion, el anulamiento de las acciones recíprocas, es en lo

(1) Art. 91.

penal, y, en el efecto, *la impunidad*, la compensacion de *crimen* con *crimen*, de *pena* con *pena*.

Es verdad que las disposiciones legales aducidas conciernen al órden civil. Las traemos solo para esplanar por ellas el sistema legal de compensacion de *accion* con *accion*, y no en la fórmula, imponente, de *crimen* con *crimen*, *pena* con *pena*; pero el tenor absoluto de aquellas y el rigor de los principios autoriza que estos, dado el caso adecuado, se apliquen en lo penal; y hay además, que las mismas leyes aplican en lo penal el propio sistema, como en la seccion 13 vemos en el *adulterio* y en el *lenocinio* del marido respecto de la mujer.

Hemos dicho, por decoro á las leyes, que el sistema general de las mismas es compensar *accion* con *accion*, y no *crimen* con *crimen*; pero, sobre el análisis que hacemos arriba del valor de esta fórmula, hay todavía que las mismas leyes hacen perpleja su intencion y sistema: así despues de las anteriores se vé, no obstante, que la 39, tít. 3, lib. 24 del Digesto, dice en términos absolutos: «*paria enim delicta mutua compensatione dissolvuntur.*» No hay nada mas terminante.

Dedúcese de todo que sobre ser peligroso el sistema de las leyes romanas, era además perplejo; y siempre errado, en reducir los crímenes, en la apreciacion de su persecucion y resultados, al interés de los particulares, ó co-reos; en vez de subordinar, aun la conveniencia de estos, al interés social.

SECCION XIII.

DE LA COMPENSACION EN LO CANÓNICO.

Los canónes y los canonistas refieren la compensacion, como no podia menos, al fuero *interno* y al *esterno*; y dicho se está que no nos incumbe tratarla, sino en este último concepto, y bajo los dos puntos de vista en que en el mismo la diferencian, á saber, compensacion en lo *civil*, y compensacion en lo *criminal*.

Compensacion en lo civil. De este género de compensacion los cánones no tienen título, ó tratado especial. Hablan de ella por incidencia. La principal disposicion canónica, y aun la única, que habla de la compensacion en lo *civil* directamente, es el cap. 2, tít. 16, lib. 3 de las Decretales de Gregorio IX. Es relativo al depósito; pero dice, tratando de él: «Sane depositori licuit pro voluntate sua depositum revocare, *contra quod compensationi vel deductioni locum non fuit*, ut contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam minime referatur, *licet compensatio admittatur in aliis*, si causa, ex quo postulatur, *sit liquida*, ita quod *facilem exitum* credatur habere.»

Las primeras palabras subrayadas podian dar lugar á dudar, si en lo canónico el depósito admite compensacion, mientras es terminante que no la admite el derecho civil. El tenor de ellas, parece ser que el deponente puede retirar, cuando quiera, el depósito, *si contra este no se ha deducido compensacion total*, ó *parcial*, ó sea, que si se ha deducido compensacion, no puede retirarse el depósito.

Sin embargo la locucion *locum non fuit*, es aquí, sin duda ninguna, equivalente á la de *locum non est*. Así evidentemente lo persuade el rigor de los principios: así las palabras subsiguientes, *licet compensatio admittatur in aliis*, que son de todo punto esclusivas, escepcionales, y de tal modo contrapuestas á las anteriores, que vienen á constituir con ellas esta asertiva: en *el depósito no hay compensacion, aunque la haya en otros contratos*. Así lo convence tambien la causa, consignada por la Decretal misma, y que en otro caso no haria sentido, esto es, *ut contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam* minime referatur; que no espresan menos, que el que *seria perfidia desnaturalizar por la compensacion un contrato de buena fé, y esencialmente de pura confianza*: así, en fin, lo comprende y esplica la glosa, comentando las mismas palabras *contra quod compensationi, etc., locus non fuit. Nota*, dice aquella, *quod contra depositum non admittitur compensatio.*

Por lo demás, y en cuanto á los efectos de la compensacion en lo *civil*, visto está el laco-

mismo de los cánones: «*licet* compensatio admittatur *in aliis*, si causa, ex qua postulatur sit *liquida*, ita quod *facilem exitum* credatur habere:» esto es, que la compensacion, que se rechaza en el depósito, tiene lugar *en los demás contratos* (*in aliis*): que las cantidades sean *líquidas* (*si causa..... sit liquida*): y que admita *fácil demostracion* (*facilem exitum*). Los espositores, en virtud de estas tres enunciativas, traducen en un todo la compensacion civil en lo canónico conforme á los principios del derecho romano: téngase, pues, por reproducido, cuanto en las secciones 1.ª á la 10 dejamos espuesto en este punto.

Aplicando los espositores el derecho romano, es claro admiten tambien el procedimiento, habiendo por de *fácil éxito*, al tenor de la Decretal, la compensacion, cuya procedencia puede demostrarse dentro de *dos meses*, segun la prescripcion romana en la compensacion con el fisco; pero téngase presente que hoy los tribunales eclesiásticos aplican, en materia civil, el procedimiento civil, y asimismo lo que acerca de ello dejamos consignado en la seccion 6.ª

Compensacion en lo criminal. Mayor dificultad ofrece este género de compensacion, por su propia índole y trascendencia, y por lo complejo de las sucesivas legislaciones.

Es indispensable tener presente, que los cánones adoptaron en lo general para lo jurídico el derecho romano: que nuestras leyes de Partida están calcadas, en general tambien, sobre el uno y otro de estos derechos: que por esta razon son en este punto inseparables, ó por lo menos no separable sin inconvenientes de oscuridad, ó repeticion, estos tres derechos: que es tal su íntima conexion, y á veces la identidad de sus prescripciones, que el uno se entiende, esplica, y comenta por el otro: que nuestras leyes de Partida, en fin, consignan en el particular disposiciones, que no incumbe aplicar á los tribunales reales, sino á los eclesiásticos: motivos todos, por los cuales en la seccion 12 hemos reservado la esposicion de los tres derechos para la presente, en la que, por lo dicho, y por la importancia de la materia, los reseñarémos, como tambien toda nuestra legislacion, y aun la estranjera, análoga, ó relativa al objeto de la compensacion canónica en lo criminal.

Derecho romano. «Viro, atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronuntiatum est: id ita accipi debet, ut ea lege, *quam ambo contempserunt, neuter vindicetur*: *paria enim delicta mutua compensatione dissolvuntur* (1).»

Ya se comprende lo notable de esta ley, aun por el último principio general, que contiene, como hemos notado en la seccion anterior, y por haberse convertido este juicio de Papiniano en ley de la Iglesia, como en todo, ó en parte, las que aquí subsiguen.»

Con la opinion de Papiniano coincide la sentencia de Escevola. «*Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur. ¿Cur enim improbet maritus mores, quos ipse, aut ante corrupit, aut postea probavit? Si tamen ex merito legis sumet quis, ut nec accusare possit, qui lenocinium uxori probuerit, audiendus est* (2).»

El mismo sentir es el de Ulpiano: «Judex adulterii ante oculos habere debet, et inquirere, an maritus, pudice vivens, muliere quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quum potest et virum damnare; non rem *ob compensationem mutui criminis* inter utrosque communicare (3).» Admite, pues, la compensacion entre marido y mujer, mas no respecto de otros: es decir, que otros podian muy bien acusarle por su propio perjuicio, por lenocinio ú otro crímen, inherente al adulterio.

Y el mismo: «Ceterum: qui patitur uxorem suam delinquere, matrimoniumque suum contemnit, quique contaminatione non indignatur, pœna adulterum non infligitur (4).»

Es digno de reparar seguramente, el nimio rigor, desplegado por las leyes romanas, contra la corrupcion conyugal: al propio tiempo que, á pesar de la indulgencia con que, por altas razones de pública conveniencia, miraban en la presente cuestion los delitos de

(1) Ley 89, tít. 2, libro 24 del Digesto.
(2) Ley 67, id., id.
(3) Ley 15, tít. 9, lib. 48; id., §. 3.°
(4) Ley 2, id. id., §. 3.°

los esposos, no así respecto de la accion de otros estraños, y de la sociedad en su caso. Así lo demuestran otras leyes aun, además de las anteriores. La segunda de estas, añade todavía: *Unde quæri potest ¿an is, qui de adulterio cognoscit, statuere in maritum ob lenocinium possit?* Et puto posse.» Es decir, que aun que el marido no podia acusar á la mujer del adulterio, á que la habia inducido; no por eso él se libraba de la pena del *lenocinio*. Véanse con mayor estension los títulos del Digesto y del Código *Ad legam Juliam, De adulteriis*.

Leyes del Fuero Real. «Si el marido, que ficiere adulterio, quisiere acusar á su mujer, que fizo adulterio, y ella dijere, ante que diga de sí, ó no, que no la puede acusar, *por quel fizo adulterio*, si ge lo probare, *puédalo desechar de la acusacion* (1).»

«El marido *no puede acusar* á la mujer de adulterio, que fiziere *por su consejo ó por su mandado* (2).»

Leyes de Partida. «..... E otro si non debe ser cabida la acusacion de aquel, quel mismo trae su mujer, ó es mensajero, ó toma precio, por que faga ella adulterio con alguno...» (3).

«Ome vil, é de malas maneras, que oviere fecho adulterio, si quisiere acusar á su mujer dese mesmo yerro, non seria la mujer tenida de responder, poniendo tal defension ante sí, é probando que tal era, ante quel pleito sea comenzado por demanda é por respuesta (4).»

Novísima Recopilacion. «...Y que la mujer no se pueda escusar de responder á la acusacion del marido, ó del esposo, por que diga que quiere probar quel marido ó el esposo, cometió adulterio (5).»

Código penal de 1822. «El marido de la adúltera, que es el único que puede acusar el adulterio, no podrá hacerlo en ninguno de los casos siguientes:

1.° Si ha consentido á sabiendas el trato ilícito de su mujer con el adúltero.

2.° Si voluntaria y arbitrariamente separa de su lado y habitacion á la mujer contra la voluntad de esta, ó la abandona del mismo modo.

Y 3.° Si tiene manceba dentro de la misma casa, en que habite con su mujer (1).»

Código penal vigente. «No se impondrá pena por delito de adulterio, sino en virtud de querella del marido agraviado. Este no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro vivieren; y *nunca si hubiere consentido* el adulterio, ó perdonado á cualquiera de ellos (2).»

Código del Brasil. «La acusacion de este crímen (adulterio) no será permitida mas que al marido, y á la mujer, y ni aun estos tendrian derecho de acusarlo, cuando en algun tiempo *hubiesen consentido* en el adulterio (3).»

Código francés. «El adulterio de la mujer no podrá ser denunciado mas que por el marido, el *cual tampoco podrá hacerlo*, si se hallare en el caso del art. 339.» (El tener manceba en casa) (4).

Derecho canónico. «Nihil iniquus, quam fornicationis causa dimittere uxorem, *et ipse convincitur fornicari*. Occurrit enim illud: in quo enim alterum judicas, temetipsum condemnas, ea enim agis, quæ judicas. *Qua propter quisquis fornicationis causa vult adjicere uxorem, prius debet esse á fornicatione purgatus*. Quod similiter etiam de fœmina dixerint (5).»

«Iniquum est, ut quisque de alio judicare vel lit, et judicare dese nollit (6).»

«*Exceptio adulterii*, vel *lenocinii*, dice la glosa, *repellit agentem*.»

«.....*Cum autem..... præfata mulier..... viri adulterium probavisset..... quod si, prædicto modo de mulieris fornicatione constiterit....., cum matrimonii jus in utroque consistat, et paria delicta mutua compensatione tollantur..... cum cogas, ut eam recipiat, et maritali affectione pertractet: alioquin mu-*

(1) Ley 4, tit. 7, lib. 4 del Fuero Real.
(2) Le 5, id., id.
(3) Ley 8.ª, tit. 9, Par. 4.ª
(4) Ley 3, tit. 17, Part. 7.ª
(5) Ley 2, tit. 28, lib. 12, Nov. Recop. (1, tit. 21 del Ordenamiento de Alcalá).

(1) Art. 684.
(2) Art. 350.
(3) Art. 252.
(4) Art. 336.
(5) Decreto, causa 32, cuestion 7, cap. 1.°
(6) Cap. 3, id., id., id.

liari prædicta silentium impopere non postponas (1).»

Utrum aliquo denegante uxori suæ, in adulterio deprehensæ, debitum conjugale, si postmodum ipse cum alia perpetret adulterium manifeste, cogi debeat, ut eandem maritali affectione pertractet?..... Respondeo, quòd, cum paria crimina compensatione mutua delentur, vir hujusmodi, fornicationis obtentu, suæ uxoris nequit consortium declinare (2).

Por todo lo dicho se vé: 1.°, que en lo canónico es constante la compensacion en los casos de adulterio y lenocinio: 2.°, que ya no es esta de *accion con accion*, como parece puede sostenerse en lo criminal no canónico, al tenor de lo que espusimos en la seccion anterior; sino de *delito á delito*, de *crimen á crimen*, segun el tenor de los Cánones: *paria delicta mutua compensatione tolluntur*: *paria crimina compensatione mutua delentur*: 3.°, que en este punto la Iglesia adoptó desde el principio, y ha venido observándose hasta hoy, la legislacion romana, el juicio arriba espresado, y despues convertido en ley, de Papiano, Escévola, Ulpiano, etc.: 4.°, que la propia doctrina admitieron nuestro Fuero Real y leyes de Partida: 5.°, que esta doctrina, sin embargo, fué interrumpida por el Ordenamiento de Alcalá, y Nov. Recop.: que, como hemos visto, no quiso compensacion en el caso de adulterio; y 6.°, que la antigua doctrina legal y canónica de la compensacion entre cónyuges ha sido adoptada por los Códigos penales modernos, y entre ellos por los Códigos penales españoles de 1822 y 1850.

Lo dicho ha de entenderse, sin embargo, en términos generales, y en cuanto á la cuestion de principio, ó sea sobre compensacion entre cónyuges; pues, en cuanto á los casos y motivos, hay entre las precitadas legislaciones diferencias mas que modales, diriamos bien que hasta esenciales, que por tanto no podemos menos de notar.

Porque, en efecto, parten todas las legislaciones del principio de que, si bien el adulterio y lenocinio son delitos públicos, como realmente lo son, por su efecto, respecto al daño de la prole, por el escándalo público á veces, por la corrupcion de las costumbres públicas: por la perturbacion inducida en la paz doméstica, y en los intereses de otras familias; con todo, por justas y especialísimas razones, lo han asimilado, en la accion para perseguirlo, á los delitos privados. Ni todas las legislaciones salvan igualmente el saludable principio del secreto prudente, el posible al menos, en las infidelidades conyugales, ya que lo contrario hace á veces necesario el escándalo público, advierte, funesta y trascendentalmente, á la prole, y no turba menos, sino mas acaso, los derechos de ésta; pues vemos que dichas legislaciones, en lugar de ampliar las causas y casos de este saludable secreto, las limitan; mientras otras veces parece tambien que en tales lamentables casos la sociedad política no entra por nada, ni los fueros de la mujer, ni los derechos de la prole; sino meramente el *leso honor* del marido. Hé aquí sumariamente la demostracion de todo lo dicho, que es bien grave.

El *derecho romano* admitia la compensacion, en principio, por todos los motivos legales de divorcio; pero señaladamente, mediando *lenocinio* del marido, respecto de su mujer.

Nuestro *fuero Real*: *adulterio de marido*, y *consejo*, ó *mandato* para el de su mujer, especie de lenocinio.

Las Partidas: *lenocinio*, y siendo el marido persona vil, *adulterio* cometido por él.

Ordenamiento de Alcalá, hoy ley recopilada, escluía la compensacion.

Código español de 1822: *lenocinio* del marido: *echar de casa* á la consorte: tener *manceba en casa*.

Código id. de 1850: *consentimiento del adulterio*, y *haber perdonado* á alguno de los adúlteros.

Código del Brasil: *consentimiento* del adulterio.

Código francés: *manceba en casa*.

Derecho Canónico: *adulterio*, *lenocinio*, *fornicacion* de cualquiera de los cónyuges.

No puede ser mas evidente la falta de uni-

(1) Cap. 6, id., id.
(2) Cap. 7, id., id.

formidad, ó de un sistema general entre todas las legislaciones: punto que bien merece la consideracion de los legisladores. En una cosa hay uniformidad en todos: en el *consentimiento de adulterio*: despues de él, en las mas el *lenocinio*.

La materia, sin embargo, es de doble concepto: *civil* y *canónico*: y una cosa es acusar el adulterio ó infidelidad, para el divorcio, y separacion *quoad thorum*, esto es, para la separacion canónica; otra para la imposicion de la pena, impuesta al delito por la ley secular. En el primer concepto siempre la ley canónica: en el segundo el Código de cada país; sin que se escluyan, ó siendo compatibles entre sí estas dos penalidades. Entre nosotros, por ejemplo, si el adulterio se persigue para la pena del Código, esta sola aplicarán los tribunales reales; mientras por el mismo hecho podrá recurrirse á la pena canónica de la separacion *quoad thorum*. Véase sobre todo ADULTERIO: AMANCEBAMIENTO: DIVORCIO: LENOCINIO: MATRIMONIO: MUTUAN: la glosa canónica, y á Gonzalez y Vanbespen, sobre las disposiciones canónicas citadas.

SECCION XIV.

DE LA COMPENSACION EN ULTRAMAR.

La Recopilacion de Indias no tiene título especial de compensacion; y sí alguna mencion sobre la compensacion *administrativa*, como la que consignamos en la parte legislativa.

Por consecuencia, y siendo legislacion de Ultramar la de Castilla, en lo que no la hay especial para aquellos dominios, es aplicable en ellos cuanto dejamos espuesto en el presente artículo sobre compensacion en todas las especies de esta, y téngase aquí por reproducido.

COMPENSACION ADMINISTRATIVA. En el artículo COMPENSACION hemos manifestando que esta, en el derecho, es *jurídica* y *administrativa*, siendo la primera la que la ley misma verifica en créditos de particulares, y es declarada por los tribunales de justicia; y la segunda la que el Estado ordena cuando le conviene, entre sus créditos y los de particulares, y es declarada, ó aplicada por autoridades administrativas, en cuyos dos conceptos se nota ya una diferencia esencial entre una y otra compensacion.

En el artículo COMPENSACION (*en lo jurídico*), seccion 10, hemos demostrado, así bien, que muchas leyes prohiben este género de compensacion en créditos fiscales, siendo la regla constante que al fisco se le ha de pagar ante todo, ó sin consideracion á que él deba tambien al propio deudor; el cual podrá entablar despues su reclamacion, por vía de pago aislado, y no de compensacion, de donde deriba entre nosotros la espresiva y gráfica enunciativa vulgar, hablando de créditos del fisco: *paga* y *repite*.

El Estado, sin embargo, cuando lo ha querido, y consultando ante todo su conveniencia, aunque en parte tambien la de sus acreedores, ha ordenado *una forma especial para sus pagos y los de estos*, á que las leyes y reales disposiciones del caso han llamado y llaman *compensacion*, y por eso nosotros la nombramos así. Es otorgada ó establecida, mas bien casuísticamente, que en principio y sistema general por el Estado; y ha de aplicarse, no por los tribunales y con formas contenciosas; sino sin estas, y por autoridades administrativas, y cuando mas, y alguna vez, *contencioso-administrativas*, y por eso la denominamos *compensacion administrativa*.

Pero ya dejamos dicho que este género de compensacion se diferencia esencialmente de la compensacion en lo jurídico, ó lo que es lo mismo, en el orígen, en la forma, y en los resultados. En esta la ley interviene entre dos particulares, sin mas interés de la misma que la conveniencia general, y la compensacion se realiza aun sin saberlo las partes, y aun cuando no lo quiera cada una, si nada estipula préviamente en contrario; en la compensacion administrativa, por la inversa, la ley personifica al Estado: una de las dos personalidades es el Estado mismo: se trata de sus intereses directa y materialmente, y no hay compensacion, si el Estado no quiere,

ordenándolo á su conveniencia, por una declaracion, que es la ley del caso: no se estinguen los créditos, cuando coinciden; sino cuando la autoridad administrativa lo declara, surtiendo efecto solo desde entonces: la compensacion administrativa, en fin, es en cierto modo una *novacion*, *una forma especial de pago*, inducidas ambas por el Estado, y en su consecuencia, por una sola de las partes, con reduccion además, en la mayoría de los casos, de lo debido; no, de ordinario, por los acreedores del Estado; sino por el Estado á los acreedores.

Y decimos que *no de ordinario* en este último caso, porque alguna vez tambien se disminuye la deuda de particulares al fisco: cual sucede, por ejemplo, en las compras de bienes nacionales, redenciones de censos, y cargas, pagos de alcances, etc., por medio de papel del Estado, que ha podido tomarse en el mercado á menos precio que por el que se recibe en pago, quedando así una ganancia en favor del que lo entrega, que por este medio paga realmente menos de lo que debia. Esto en el caso de que el pagador haya tomado el papel en la plaza, y no sea el acreedor originario, ó primitivo; pues, en este supuesto, sucede, á la inversa, que él pierde lo que el papel tiene de pérdida en el mercado, admitido así en pago por el Estado, pues la verdad y realidad es que éste debia á su acreedor, ahora comprador y pagador, todo el valor sonante del papel.

Este género de pago, esta llamada *compensacion*, sin embargo, es una cierta novedad en el órden legislativo, pues que quebranta en parte el principio legal absoluto y antiguo de no darse compensacion en créditos fiscales: es, como dejamos indicado, una novacion en la cantidad y especie debida, y en la forma, y término del pago: y aun así, siendo, como es en suma, una operacion *á menos perder*, á realizar lo posible, gana principalmente el Estado, y suelen ganar en tal concepto sus acreedores, pues uno y otros realizan adeudos, que de otro modo, y sosteniendo en todo el rigor del derecho la primitiva causa de deber, tarde, y nunca tal vez, realizarian.

Todo ello supuesto, la compensacion administrativa se ha venido aplicando desde su orígen á multiplicados conceptos; si bien debemos notar que no en todos aquellos, en que lo es en realidad, y en el esplicado concepto de sustitucion de créditos, ó forma especial de pago, se llama *compensacion*; como en el pago de compras de bienes nacionales con papel del Estado, y en el arreglo de la Deuda pública, recibiendo unos valores por otros. Los objetos, á que principal y sucesivamente se ha aplicado con tal denominacion, han sido, en adeudos aduaneros, sueldos atrasados, alcances de empleados públicos, abonos de suministros, y pago de contribuciones atrasadas.

Las disposiciones oficiales sobre el particular son numerosas. Mas por una parte muchas han surtido ya su efecto; por otra, la materia de las mismas ha de tocarse en sus artículos respectivos: y por una y otra razon, ceñimos lo que resta del presente artículo á una reseña cronológica y sucinta, cuanto sea dable, de las mencionadas disposiciones.

La llamada compensacion en asuntos de derechos aduaneros es, en suma, una asimilacion ó sustitucion de géneros para el adeudo. Así, por ejemplo, en la circular de la Direccion del ramo, de 10 de setiembre de 1804, se prevenía que los casimires estranjeros, de tejido cruzado, que se embarcasen para América, no necesitaban por entonces de compensacion de casimires, ni paños de España, como los demás géneros de tejido llano.

Así tambien en Real órden de 19 de noviembre de 1818, esplicando el art. 129, capítulo 7.° de la Instruccion general de rentas de 1816, se previno: 1.° que siguiese la regla de compensar con géneros nacionales los estranjeros, entendiéndose esta compensacion en especie, segun estuvo en práctica y se previno en el art. 129 del cap. 7.° de la Instruccion dicha: 2.° que si la compensacion no fuere posible hacerla con géneros nacionales de la misma especie que los estranjeros, como se habia mandado, pudiera hacerse con cualquier otros del reino, siempre que su valor fuese el que se exigió para ella: y 3.° que si la compensacion no pudiese hacerse, ni en especie, ni en valor, como queda dicho, en este

caso se conmutaría en un 4 por 100 mas sobre los derechos ordinarios de arancel, y se entendería este recargo sobre el valor de los géneros estranjeros embarcados para Indias, y que estuviesen sujetos á compensacion.

Viniendo á la compensacion en otros asuntos y adeudos, se ordenó sucesivamente:

Real órden de 8 de enero de 1827. Negando una solicitud del pueblo de Luco (en Aragon), y se declaró: que no admiten compensacion los adeudos en favor de la caja de amortizacion. En cuya consecuencia la Direccion general de propios previno, en 26 de aquel mes, no se diese curso á esposiciones de este género.

Orden del Regente, de 17 de marzo de 1843. De conformidad con lo propuesto por el Tribunal mayor de cuentas, que se compensasen los alcances, contraidos hasta 6 de agosto de 1842 por los empleados de la administracion, con los de sueldos no percibidos, justificando aquellos plenamente su inculpabilidad, y que los alcances procedian de causas independientes de su voluntad.

Circular de 22 del propio mes y año. Al circular la órden anterior, la administracion previno que cuando por razon de alumbrado ú otras cargas municipales tenga que hacerse algun abono á los ayuntamientos por las oficinas del Estado, si aquellos adeudasen alguna suma al ramo por censos, ú otro cualquier motivo, se tomen en cuenta para hacer la oportuna compensacion.

Real órden de 17 de marzo de 1845. Que continúen dichas compensaciones del modo y forma que prescribe la espresada resolucion (la de 17 de marzo de 1843), por las ventajas que de ello reporta el Erario; pero con la circunstancia de que para que tenga efecto, preceda órden de la Direccion, con presencia de los espedientes respectivos.

Ley de presupuestos de 28 de mayo de id. «Art. 14. Se autoriza al Gobierno:

..... Segundo: Para adoptar, segun el estado y circunstancias particulares de los pueblos y contribuyentes, los medios estraordinarios, mas equitativos y espeditos, de realizar la cobranza de los débitos, que existan en favor de la hacienda pública, por cualesquiera contribuciones, rentas ó derechos, hasta fin de mil ochocientos cuarenta y tres, y para condonar ó *compensar* los que por su naturaleza, ó por las pérdidas, que hubiesen sufrido los pueblos ó contribuyentes en la última guerra, merezcan ser compensados ó condonados...»

Real órden de 25 de setiembre de id. Los débitos de empleados de culto y clero se compansen con atrasos de sueldos devengados despues de 1835.

Real decreto de 21 de abril de 1848, dado en uso de la autorizacion, antes mencionada, de la ley de presupuestos de 1845.

Art. 5.° «Tambien lo serán (apremiados por atrasos de contribucion hasta 1843) los que, habiendo obtenido ya compensacion de sus débitos, sin plazo determinado, no la realicen antes de la enunciada fecha de 1.° de julio. A los que la tengan concedida con plazo fijo se les apremiará de la misma manera desde el dia en que este termine.»

Real órden de 25 de octubre de id. Se reproduce la de 17 de marzo de 1843.

Id. de 11 de diciembre de id. Que se lleve á efecto la compensacion de lanzas y medias annatas con sueldos atrasados de tiempo hábil, haciéndola estensiva á los débitos procedentes de gracias al sacar y dispensas de ley.

Id. de 22 de enero de 1850. Se reencarga el cumplimiento de las disposiciones anteriores.

Id. de 18 de marzo de id. Que no continúen las compensaciones de sueldos atrasados de catedráticos, ni de los debidos por saca de títulos.

Id. de 19 de agosto de id. Que se lleve á efecto, como medida general, la compensacion de los censos, que los ayuntamientos, corporaciones y particulares, tienen á su favor y contra el Estado, con otros que paguen á este, cancelándose despues las escrituras de imposicion.

Real decreto de 10 de mayo de 1851. Que se compensen los débitos, procedentes de contribuciones y rentas hasta fin de 1849, con los créditos por servicios del material desde mayo de 1828, hasta la referida fecha: y se hace estensiva la compensacion á la deuda del personal de la propia época.

Ley de 3 de agosto de id. Mandando proceder á una liquidacion general de la deuda del Tesoro, desde 1.° de mayo de 1828 á 31 de diciembre de 1849, y declarando, en su artículo 10, compensables los créditos del personal y material, hasta esta fecha con los débitos, que de la misma época resulten á favor del Tesoro.

Reglamento de 23 de agosto de id. para llevar á efecto la ley anterior de 3 de agosto. Art. 42. «Los créditos que se amorticen por compensacion con débitos, que resulten á favor del Tesoro, procedentes de contribuciones é impuestos, hasta fin de 1849, con arreglo al art. 10 de la ley, no disminuirán la cantidad que en el presupuesto de cada año voten las Córtes con destino al pago de intereses y amortizacion de esta deuda atrasada del Tesoro. Una instruccion particular contendrá las disposiciones necesarias y convenientes para llevar á efecto dichas compensaciones.»

Real órden de 1.° de octubre de id. Que á la comision central de liquidacion y cobranza de débitos hasta fin de 1849 corresponde declarar las compensaciones, que se soliciten, debiendo dicha comision poner en conocimiento de la Direccion general del Tesoro las que acuerde, con espresion del nombre, ramo sobre que recaen, é importe de los deudores, y esta comunicará al gobernador de la respectiva provincia sus órdenes, para que las compensaciones se efectúen, segun previene la Instruccion de 25 de enero de 1850 y disposiciones posteriores.

Real decreto de 18 de diciembre de id. Se declaran compensables (art. 7.°), los créditos del personal con los débitos de todas clases, que hasta fin de 1849 resulten á favor del Tesoro.

Real órden de 11 de febrero de 1852. Que los créditos procedentes de la deuda del personal, desde 1.° de mayo de 1828, son compensables con las deudas contraidas por alcances de los empleados.

Circular de 30 de abril de id. La Direccion general dará reglas para formalizar la compensacion, hasta la época espresada de 1849.

Real órden de 1.° de mayo de id. Que las compensaciones de los débitos á favor del Tesoro, procedentes de rentas de los bienes de comunidades religiosas y demás corporaciones, se verifiquen conforme al art. 7.° del decreto de 18 de diciembre próximo anterior: que en las provincias las administraciones de contribuciones directas, estadística y fincas del Estado, lleven cuenta de las que se formalicen por débitos pasados al clero, y el importe, á que hacienda en fin del año, se deduzca del cargo imputado al mismo en la respectiva provincia: que la comision central dé conocimiento de las que acuerde á la Direccion de contabilidad del culto y clero, y esta á las diócesis respectivas: y la misma comision lo hará tambien á la Direccion general de contribuciones directas, estadística y fincas del Estado.

Real órden de 3 de junio de id. Que continúen las compensaciones de débitos de cualquier clase á favor del Tesoro hasta fin de 1849, que se hallen en primeros contribuyentes, con los créditos de la deuda del personal hasta fin de 1851, conforme á la ley de 3 de agosto y Real decreto de 18 dediciembre últimos: que no procede en los débitos de alcances de empleados y recaudadores de fondos públicos, que lo hayan sido por cuenta de la administracion, por ser reputados como segundos contribuyentes; pero si en los de sus tutores, fiadores y demás personas, á quien alcance responsabilidad subsidiaria: que si realizada la compensacion, fuese despues desaprobada alguna partida de su crédito por razon de haberes hasta fin de 1851, los interesados reintegrarán al Tesoro con sus devengos sucesivos: que de las hechas con haberes de créditos caducados, se retenga una parte proporcional del crédito para responder á las resultas de la liquidacion: y finalmente que en las emanadas de arriendos y contratos se esté á ulterior resolucion.

Real decreto de 16 junio de id. Que los créditos del personal son trasferibles para el efecto de la compensacion, con los débitos de todas clases á favor del Tesoro, hasta fin de 1849.

Id. de 28 de julio de id. Los débitos de arriendos de impuestos y rentas públicas y de

contratos con el Gobierno hasta fin de diciembre de 1849, son compensables con los créditos de la deuda del material del Tesoro hasta igual fecha, y con la del personal hasta 31 de diciembre de 1851, siempre que la calidad de deudor y acreedor sea directa, y no por trasferencia; debiendo gozar los arrendatarios y contratistas de la compensacion ó conversion de sus créditos dentro de un mes, contado desde el dia, en que se les reclame el pago de los débitos que resultan contra ellos.

Id. de 31 de enero de 1853. Los débitos, procedentes del impuesto del 20 por 100 de propios hasta fin de 1849, son compensables con los créditos atrasados del Tesoro hasta 1851, siempre que se justifique lo que en la misma se previene.

Id. de 4 de febrero de id. Son compensables los créditos que resulten á favor de los pueblos por las acciones del Banco Español de San Fernando, pertenecientes á los propios, de que hizo uso el Gobierno, con lo que aquellos adeuden por el 20 por 100 de propios, ú otros conceptos; salvo que los ayuntamientos hayan incoado espediente para efectuarla con los descubiertos que tuviesen ya, y los créditos mandados anteriormente admitir.

Id. de 28 de febrero de 1853. Contiene reglas para realizar la compensacion. La importancia, que se les ha dado en el uso, nos hace insertarlas á la letra, y son:

«1.ª En los espedientes de compensacion, que se instruyan á virtud de las soliciludes que se presenten, deberá hacerse constar: 1.°, la procedencia del débito: 2.°, la cantidad á que ascienda, el año ó años á que corresponda, y que pertenece á la cuota del Tesoro con esclusion de toda clase de recargos y partícipes: 3.°, la oficina donde radique: 4.°, la autorizacion legal del que suscriba la solicitud, en que se pida la compensacion, no siendo el mismo deudor: 5.°, la conformidad del acreedor en ceder el todo ó parte de sus eréditos para la compensacion: 6.°, el concepto porque es acreedor: 7.°, la provincia y oficina interventora donde radique su cuenta, 8.°, el importe del crédito que en el todo ó parte se destine para la compensacion, y la época ó épocas á que corresponde: y 9.°, las responsabilidades á que están afectos dichos créditos, por obligaciones contraidas por los mismos interesados.

2.ª En los espedientes, que se promuevan para compensar débitos, que emanen de las contribuciones é impuestos, cuya recaudacion corra á cargo de los ayuntamientos, además de hacerse constar todas las circunstancias, de que trata la regla anterior, se acreditará con certificaciones de los inspectores primeros, visadas por los respectivos administradores de provincia, y con referencia á repartimientos, libros cobratorios, matrículas y demás que corresponda, 1.°, que la cantidad que se pretende compensar se halla en primeros contribuyentes, diciéndose quiénes son estos: 2.°, que la adquisicion de los créditos, destinados á la compensacion, se ha de verificar con el conocimiento ó intervencion de la administracion de provincia, acompañándose á la solicitud certificaciones, en que así conste, y espresiva del tanto por ciento á que se hayan adquirido aquellos: y 3.°, que luego que se comunique para su ejecucion la órden de compensacion, la misma oficina de provincia disponga se publique en el *Boletin oficial* de la provincia el beneficio, que han reportado los contribuyentes, á resultas de la compensacion, espresando los nombres de ellos.

3.ª En los espedientes, que asimismo se promuevan para compensar débitos, que procedan de contribuciones ó impuestos, cuya cobranza corra á cargo de recaudadores especiales, sin perjuicio de hacerse constar las mismas particularidades, contenidas en la regla 1.ª, se acreditará tambien y en la forma ya prevenida: 1.° que la cantidad que se solicita compensar se halla en primeros contribuyentes: 2.° que la adquisicion de los créditos, que se destinen á la compensacion, se ha verificado bajo la inmediata intervencion del administrador de la provincia, acompañando á la instancia certificacion que lo esprese, así como el tanto por ciento á que se hayan adquirido aquellos; y 3.° que luego que se comunique para su ejecucion la órden de compensacion, el mismo administrador

haga se publique en el *Boletin oficial* de la provincia el beneficio que haya reportado cada contribuyente á consecuencia de la compensacion.

4.ª Las compensaciones se acordarán en concepto de provisionales, y no producirán asiento en los libros, hasta que, espedidos los títulos en equivalencia de los haberes ofrecidos en compensacion, se entreguen en las cajas del Tesoro, despues de inutilizados, conforme á lo dispuesto para casos iguales en la Real órden de 27 de noviembre de 1836 y otras posteriores.

5.ª Acordada provisionalmente una compensacion, se suspenderá el apremio contra los deudores del Estado, á quienes se haya concedido con aquel carácter.

6.ª Las oficinas encargadas de las liquidaciones de haberes personales, y las que lo están de su exámen y aprobacion, verificarán sin demora las operaciones, que á cada una correspondan, en cuanto á los créditos que les conste hallarse admitidos á compensacion.

Y 7.ª La comision de liquidacion y cobranza de atrasos y contribuciones ejercerá la mayor vigilancia, para que se observe lo dispuesto en las anteriores reglas 5.ª y 6.ª, facilitándose á las oficinas el conocimiento, que deben tener de las compensaciones, que se acordaren, para que pueda cada una de aquellas proceder á lo que respectivamente la incumba.»

Id. de 14 de marzo de id. Son compensables los débitos contraidos á favor del Tesoro por la supresion de impuestos de lanzas y medias anatas, con créditos de la deuda del personal y certificaciones de partícipes de diezmos.

Id. de 15 de marzo de id. Que se consideren provisionales las compensaciones, cuando los créditos compensables no estén liquidados y reconocidos por la autoridad superior; y que los acuerdos de compensaciones provisionales surtan el efecto de suspension de apremio contra los deudores, comunicándose las formalizaciones correspondientes, cuando hubieren sido espedidos los títulos, que en pago de dicha clase de deuda deben emitirse.

Real decreto de 22 de abril de id. Se suprime la comision central de liquidacion y cobranza de atrasos de rentas y contribuciones, y que las Direcciones de estas vuelvan en los ramos de su respectivo cargo á ejercer sus funciones en la liquidacion, etc., compensacion y declaracion de insolvencia de los atrasos hasta fin de 1849.

Real órden de 18 de junio de id. A los deudores, segundos contribuyentes, se admiten sus débitos en compensacion con los créditos que tengan contra el Tesoro por deuda del personal y material, y en virtud de un derecho propio y primitivo; y sin que por ello se relaje el espíritu de las reales órdenes de 3 de junio y 28 de julio de 1832.

Real órden de 25 de enero de 1854: regla 13. «Que los documentos de compensaciones que se reciban desde 1.° del corriente mes en pago de fincas y débitos, se contraerán en las cuentas de rentas públicas, é ingresarán en el Tesoro con aplicacion á presupuestos, bajo el epígrafe de fondos especiales, papel procedente de bienes nacionales y realizacion de débitos y compensaciones.»

Id. de 31 de id. Que las compensaciones, antes mencionadas, de herederos, fiadores, y demás responsables subsidiarios de débitos anteriores á 1849, tengan lugar cuando se reunen en un mismo interesado las circunstancias de deudor y acreedor *directo* al Tesoro público; y no por trasferencia, cesion, ó venta, sin cuya restriccion está concedido este beneficio á los primeros responsables de los indicados arriendos, por Real órden de 8 de julio de 1852, pues los acreedores subsidiarios siguieron á estos en todo lo que tenian por los citados descubiertos.

Sucesivamente se dictaron varias otras resoluciones, encaminadas á dar espedicion y mayores seguridades para la contabilidad, y que podrán consultarse en su caso, principalmente las reales órdenes de 1.° de diciembre de 1854 y 26 de marzo de 1856; y las circulares de la Direccion general de contribuciones, de 20 de enero de 1855, y de la de contabilidad de Hacienda, de 10 de junio de 1856.

Ultimamente, en 28 de agosto de 1856 se dictó la Real órden siguiente:

«He dado cuenta á la Reina (Q. D. G.) del espediente instruido en este Ministerio, á consecuencia de una consulta de la Junta de la deuda pública, fecha 11 de marzo último, en la que se dá conocimiento de las comunicaciones, que mediaron entre el departamento de liquidacion y ese tribunal, acerca de la inteligencia de la Real órden de 13 de junio de 1853, por la cual se cometió al mismo esclusivamente la declaracion de las compensaciones de alcances de empleados con créditos de la deuda del personal. En su vista, y teniendo presente:

1.° Que en la Real órden de 28 de febrero de 1853 se fijaron varias reglas para la instruccion de los espedientes de compensaciones, mandando, entre otras cosas, se hiciere constar, no solo la procedencia y condicion de los débitos, sino tambien la de los créditos del personal que han de jugar en ellas y la oficina que lleve la cuenta de los respectivos cedentes:

2.° Que siendo este detalle el que necesita el departamento de liquidacion de la deuda, mientras no tenga lugar la espedicion de los títulos de la del personal, para proceder á la baja en las liquidaciones de la suma compensable, y para espedir la certificacion correspondiente, en que deben despues de fundarse las operaciones consiguientes á la formalizacion de las compensaciones, se observa que carecen de él las que acuerda el tribunal, cuyas providencias se concretan por punto general á declarar únicamente el derecho de los interesados á la compensacion del débito contraido:

3.° Que considerando al Tribunal de cuentas del Reino funcionando en otra esfera, que la de la administracion activa, no está en el caso de descender á operaciones de órden inferior, mucho mas cuando la Real órden de 13 de junio de 1853, antes citada, no hizo otra cosa que cometerle la declaracion de las compensaciones de alcances de empleados, en que conoce con jurisdiccion privativa:

4.° Y finalmente, que por esta razon y por la de que, siendo, como son, distintos los ramos de la administracion económica, nada parece mas natural, que, despues de dictada una providencia por el tribunal, entren los respectivos centros directivos á cumplir los requisitos prevenidos por instruccion, llenando así el vacío que, en cuanto á los créditos, resulta por regla general en aquellas; S. M., de conformidad con lo propuesto por las Direcciones generales del Tesoro y de contabilidad de la hacienda pública, se ha dignado resolver que, como aclaracion á la Real órden de 13 de junio de 1853, se observen las disposiciones siguientes:

Primera. Tan luego como las Direcciones generales, centros y demás dependencias autorizadas por el Real decreto de 22 de abril de 1853 para declarar compensables débitos con créditos del personal, reciban el aviso que, segun acuerdo del tribunal de cuentas, habrán de pasarles en lo sucesivo las salas del mismo, de las providencias, en que declaren compensable un alcance, lo trasladarán al gobernador de la provincia, en cuyas cuentas esté contraido ó deba contraerse aquel, para que por la respectiva administracion principal de hacienda pública se instruya el espediente prevenido, tanto en la Real órden de 28 de febrero de 1853, como en la circular de la Direccion general de contribuciones, fecha 20 de enero de 1855.

Segunda. Instruido el espediente en la forma indicada, se remitirá á la Direccion general respectiva para la resolucion conveniente.

Tercera. En el caso de que la Direccion general, que deba examinar dicho espediente, lo encuentre en estado de merecer la aprobacion, comunicará la órden correspondiente, en virtud y para los efectos de la prevencion sétima de la Real órden de 28 de febrero de 1853, á las Direcciones generales del Tesoro y deuda pública.

Cuarta. La Direccion general de la deuda pública no dispondrá baja alguna en las liquidaciones, segun la Real órden de 1.° de diciembre de 1854, sin que obre en la misma el aviso indicado en la prevencion tercera anterior, cuidando de que se trasladen á las direcciones respectivas, con el objeto á que se dirigen la primera y segunda, los avisos que hasta el dia hubiesen dado las salas del tribu-

nal de cuentas, declarando compensaciones que no puedan llevarse á efecto, por carecer de los créditos, que hayan de justificarse en ellas.

Quinta. Y por último, que á fin de evitar para lo sucesivo los entorpecimientos, que actualmente se tocan, á causa de la tramitacion que requieren los espedientes de compensaciones, se escluyan, al instruirse estos, desde 1.° de octubre próximo, los créditos que aun se encuentren en liquidacion, admitiéndose únicamente los que se hallen representados por títulos de la deuda del personal.»

En el uso se han llamado y llaman compensaciones las sustituciones en la materia del pago al Estado, acordadas alguna vez por reales órdenes, como, si por ejemplo, al que debe por alcances se le autoriza á pagar en papel del Estado, en vez de hacerlo en metálico, ó valores *á la par*. El caso se resuelve en una condonacion, igual á la diferencia, que vá, de la cantidad, realmente debida, al precio á que tome en el mercado el papel con que se paga, si es que el mismo se recibe por su valor sonante ó por otro cualquiera, que sea mayor que el precio de cotizacion.

Los gobiernos no pueden hacer por sí, ó sin autorizacion de ley, estas verdaderas remisiones. No basta decir que el Estado debía en realidad el valor sonante del papel que se reciba. Lo debia al acreedor primitivo; no al comprador del papel. Aun respecto del acreedor primitivo, es un hecho que la mayoría de ellos se ha convenido en un arreglo de la deuda, en una rebaja, en un modo *reductivo* de pago por el Estado, ya en la cantidad, ya en el plazo ó tiempo, lo cual todo rebaja el valor sonante, ú originario del título: y además, haciendo estas gracias á determinados acreedores, se desiguala la condicion de la generalidad de los del Estado, que, si ha de ser justa, equitativa á lo menos, y no irritante, es menester que sea igual. No puede, ni debe ser desigualada sino de una de dos maneras: ó por ley, que siempre se fundará en razones aceptables; ó por una invitacion al arreglo de la deuda pública, en cuyo caso, respondiendo los tenedores á la invitacion, media consentimiento de parte, la cual todo lo subsana en negocios de esta índole.

COMPETENCIA. Version literal de igual palabra latina, derivada del verbo *competo* (*ere*, *itum*) y este compuesto del verbo simple *peto*, cuya principal significacion es *pedir*, y la preposicion de conjunto y simultaneidad de accion, *cum*. Así la significacion cardinal de *competo* es la de pedir *á un tiempo* una misma cosa, ó acerca de ella, ora coadyuvándose, ora escluyéndose los *competitores*, como sucede en los litigios. Y como está en la fuerza de las cosas el pedir con empeño, con cierta porfía, lo que por varios se pide ó pretende á un tiempo, de aquí el que la accion del verbo, espresada por el sustantivo cognato *competencia*, se tradujera fácilmente, y se traduzca por *empeño*, *porfía*, *contienda*.

Pero *competencia* recibió otras acepciones, aun entre los romanos ya; pero principalmente entre nosotros, por la razon especial que vamos á esponer. El verbo *competo*, además de *competentia*, tiene otro sustantivo cognato, cual es *competitor*, el que pide ó contiende á un tiempo; *competidor* entre los romanos, *competidor* entre nosotros. Y de aquí el *romance*, al formarse, del hervo *competo*, y sus dos cognatos, formó dos verbos, de significacion bien diversa, á saber, de *competere competer*; de *competitor competir*, espresando este, como el romano *competo*, lo que á un tiempo se pretende por dos ó mas, la contienda con otro; aquel lo que, segun la ley, las costumbres, el decoro, el buen sentido, corresponde á cada cosa ó persona respectivamente, en cuanto á *autoridad*, *formalidad*, *solemnidad* en lo legal y oficial; *honestidad*, *regularidad*, *decoro* en el órden moral: es decir, por parte del resultado, y sintéticamente, lo *adecuado* y *correspondiente*, lo *mandado* y *debido* en el órden moral y legal, bajo los puntos de vista arriba indicados. No espresan otra con las frases *autoridad competente*, *competente formalidad*, *solemnidad competente*, *competente decoro*, etc. Las palabras, en fin, *competer*, *competente*, espresan siempre lo que por *formalidad*, validez ó decoro prescriben ó exigen para las personas ó las cosas en sus casos, lalegalidad, las costumbres, la religiosidad, y el decoro.

La palabra competencia participa, en lo legal, de la significacion de uno y otro de los dos verbos: de *competir*, espresa contienda, empeño, porfía: de *competer*, autoridad suficiente en las personas públicas, ya en general para el legal desempeño de su cargo, ya en particular para cada uno de los casos de que se trate.

En este concepto la competencia se diversifica de tantas maneras, cuantas en la administracion general de un Estado, ó en la correlacion de este con otros, son los órdenes diferentes á que se aplica. Así dirémos competencia puramente *administrativa*, competencia *contencioso-administrativa*, ó *jurídico-administrativa*, competencia *jurídica*, competencia *de derecho de gentes, en lo eclesiástico*, etc.

Abreviando la frase, decimos tambien, en vez de *contienda de competencia* y *cuestion de competencia*, competencia simplemente: *junta suprema de competencias*, por ejemplo, por junta suprema para dirimir las *contiendas de competencia*.

Tomada la competencia en el sentido, que queda indicado, la distinguen algunos del *conflicto*, adoptando sin duda la distincion de un país vecino. Siempre la cuestion es de jurisdiccion en caso ó casos dados; y la llaman *competencia* ó cuestion de competencia, cuando ocurre la contienda entre dos jueces ó tribunales de un mismo órden; y *conflicto* ó cuestion de conflicto, cuando ocurre entre jueces de órdenes diversos, que por tanto no tienen un superior comun ordinario.

Alguna vez competencia indica lo necesario para vivir decorosamente, cual sucede en el *beneficio de competencia*.

Es de notar que Covarrubias no contiene en su *Tesoro de la lengua* la palabra competencia, mas que en la acepcion de contienda ó porfía; y del Diccionario de la Academia de la lengua puede decirse casi lo mismo, ó solo comprende la judicial y administrativa en la acepcion por demás general de *pertenencia* ó *incumbencia*.

Concluirémos, por fin, indicando: 1.°, que lo que es competencia en el juez, es *fuero* en los contendentes; y en su consecuencia que competencia y fuero son correlativos, cuando coinciden sobre un mismo asunto: 2.°, que del mismo modo son correlativas, en su caso, competencia y jurisdiccion, y por lo tanto, decir que un juez ó tribunal tienen jurisdiccion en negocio determinado, es decir que tienen competencia; y á la inversa: 3.°, que, como una consecuencia de lo dicho, la competencia es tambien como la jurisdiccion, esto es, *privativa* ó *esclusiva*, y *preventiva*: y asímismo, que puede ser, como la jurisdiccion, *ordinaria*, *delegada* y *prorogada*: 4.°, que competencia es jurisdiccion en caso dado, y en su consecuencia que una cosa es tener jurisdiccion en general, como un juez en un partido, y otra tenerla en todos y cada uno de los casos: 5.°, que por todo lo dicho, competencia, tomada en general, es la autoridad, la facultad legal de administrar, ó de juzgar en cada caso dado; allí del órden administrativo, aquí del órden judicial, como á su vez del contencioso-administrativo, en lo eclesiástico, etc.

Añadirémos aun que todo funcionario público debe estudiar mucho su competencia en cada caso: debe sostenerla y disputarla, cuando se le usurpe ó invada; así como debe suspender, ó inhibirse, requerido legalmente, y abstenerse ó inhibirse, aun sin requerimiento, ni declinatoria, cuando legalmente así proceda; pues de lo contrario puede herir de nulidad el procedimiento, y resoluciones, retardando ó falseando así el buen servicio del Estado, é irrogando perjuicios á las partes, impensas escusables, y demora; incurriendo además por ello en responsabilidad civil, y en caso dado aun criminal (1).

Véase el desenvolvimiento de cuanto queda espuesto en los artículos subsiguientes sobre la materia, y en las referencias de los mismos.

COMPETENCIA ADMINISTRATIVA. En el órden administrativo no tiene la palabra *competencia* la misma significacion que en el judicial. En este, como dejamos espuesto en el artículo COMPETEN-

(1) Art. 309 del Código penal.

ces, no teniendo los jueces y tribunales, segun la Constitucion política (1) otras atribuciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, la competencia es estrictamente el poder de juzgar: en lo administrativo no sucede así, porque reunidas en las autoridades y corporaciones de este órden las atribuciones de accion, de consejo y de jurisdiccion, la palabra *competencia* comprende el conjunto de todas estas atribuciones, siendo por lo tanto el poder conferido á los funcionarios del órden administrativo. Esta es la significacion general de la frase *competencia administrativa*; pero en sentido menos lato se limita á las atribuciones jurisdiccionales de los tribunales administrativos.

No seria propio de este lugar, atendida la índole de la obra, entrar en lo que se refiere á las atribuciones de todos y de cada uno de los funcionarios y corporaciones del órden administrativo: en los artículos correspondientes se esplican con la debida detencion. Trátase en este artículo solamente de fijar los principios generales de competencia de la Administracion, ya cuando obra como activa, ya como contenciosa: de establecer los límites, que la separan del poder legislativo y del órden judicial: de trazar el círculo de atribuciones de los tribunales administrativos: y de dar una idea suficiente del espíritu de todas las reglas que, ó establecidas por el derecho escrito, ó introducidas por la jurisprudencia, rigen hoy en esta dificilísima materia.

La diferente significacion de la palabra *competencia* en este lugar, que cuando se trata del rigoroso órden judicial, hace que hablemos aquí de ella, y no la reservemos para el artículo FUERO. Véase COMPETENCIA JURÍDICA.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Disposiciones posteriores á la Novísima Recopilacion.

Leyes de Indias.

Legislacion estranjera.

(1) Art. 69.

DISPOSICIONES POSTERIORES A LA NOVISIMA RECOPILACION.

CONSTITUCION DE LA MONARQUÍA ESPAÑOLA.

Artículo 43. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se estiende á todo cuanto conduce á la conservacion del órden público en lo interior, y á la seguridad del Estado en lo esterior, con arreglo á la Constitucion y á las leyes.

REAL ÓRDEN DE 8 DE MAYO DE 1839.

Para evitar que las providencias gubernativas, dictadas por los ayuntamientos y diputaciones provinciales dentro del límite de sus facultades, puedan anularse, recurriendo á la autoridad judicial para pedir amparo en la posesion ó restitucion por el que se diga despojado, y á fin de que no se reproduzcan con este motivo los graves y perjudiciales conflictos, que mas de una vez han tenido lugar entre las autoridades judiciales y las administrativas, oido el Supremo Tribunal de Justicia, y conformándose con su parecer, se ha servido S. M. declarar, por punto general, que las disposiciones y providencias, que dicten los ayuntamientos, y en su caso las diputaciones provinciales, en los negocios que pertenecen á sus atribuciones, causan estado, y deben llevarse á efecto, sin que los tribunales admitan contra ellas los interdictos posesorios, de manutencion ó restitucion, aunque deberán administrar justicia á las partes cuando entablen las otras acciones, que legalmente les competan.

REAL DECRETO DE 6 DE JUNIO DE 1844.

Artículo 1.° Inmediatamente que un jefe político tenga fundado motivo para creer que algun juez de primera instancia ó tribunal superior invade las atribuciones de la administracion, conociendo de algun asunto *contencioso-administrativo*, le pasará comunicacion razonada de los motivos en que se funde, y acompañada de los documentos comproban-

tes, escitándole á que suspenda todo procedimiento y á que le remita las actuaciones.

Art. 2.° El tribunal ó juez, luego que reciba el oficio del jefe político, suspenderá todo procedimiento y mandará dar vista por término de tres dias á la parte ó partes interesadas, y por otro igual término al fiscal de la audiencia ó al promotor fiscal en su caso.

Art. 3.° Con lo que espongan las partes y el fiscal de la audiencia ó el promotor del juzgado, el tribunal ó juez dictarán providencia en el término de tercero dia, bien inhibiéndose del conocimiento, ó bien declarándose competente y sosteniendo su jurisdiccion. En cualquiera de estos casos la providencia deberá ejecutarse sin ulterior recurso. Si el tribunal ó juez se inhibiere, remitirá en el mismo dia, ó á mas tardar en el siguiente, al jefe político todo lo actuado.

Art. 4.° Si hubiere mandado sostener su jurisdiccion, se pasará al jefe político en el mismo dia, ó cuando mas en el inmediato, testimonio ó certificacion de lo espuesto por los interesados y el ministerio fiscal y de la resolucion que hubiere recaido, sosteniendo la jurisdiccion ordinaria.

Art. 5.° Recibida por el jefe político la comunicacion de la audiencia ó del juez, con el documento espresado en el artículo anterior, si creyese en su vista fundada la competencia en favor de la real jurisdiccion, la dejará espedita y lo manifestará así inmediatamente al tribunal ó juez; pero si insistiese en sostener la inhibicion propuesta, lo avisará al juez ó tribunal, todo en el término de tres dias, advirtiéndole que remite su espediente al Ministerio de la Gobernacion, lo cual deberá ejecutar en el primer correo.

Art. 6.° El tribunal ó juez, inmediatamente que reciba la comunicacion del jefe político, remitirá sus actuaciones al Ministerio de Gracia y Justicia, quedándose con una nota ó asiento de ellas, á continuacion del cual certificará el fiscal ó el promotor en su caso, de haberse puesto en el correo.

Art. 7.° Recibidas unas y otras actuaciones por el Gobierno, se pondrán de acuerdo los ministros de Gracia y Justicia y de Gobernacion, y me propondrán la resolucion que juzguen mas acertada.

Art. 8.° Si estuvieren discordes en sus pareceres, los someterán al Consejo de Ministros, el cual me propondrá su juicio para mi Real aprobacion.

Art. 9.° Esta se comunicará en todo caso por los ministros de Gracia y Justicia y de Gobernacion, cada cual á su respectiva dependencia.

Art. 10. Los términos señalados para los trámites en este decreto son improrogables.

LEY DE 8 DE ENERO DE 1845, SOBRE ORGANIZACION Y ATRIBUCIONES DE LOS AYUNTAMIENTOS.

Art. 1.° Si del exámen de las cuentas (municipales) resultare algun alcance, será inmediatamente satisfecho; y si el interesado opusiere ser oido en justicia, deberá depositar préviamente el importe de dicho alcance. De estos recursos conocerá el consejo provincial con apelacion al Tribunal mayor de Cuentas.

LEY DE 2 DE ABRIL DE 1845 PARA EL GOBIERNO DE LAS PROVINCIAS.

Art. 8.° Corresponde al jefe político conceder ó negar, con arreglo á las leyes ó instrucciones, la autorizacion competente para procesar á los empleados y corporaciones, dependientes de su autoridad, por hechos relativos al ejercicio de sus funciones, dando en caso de negativa cuenta documentada al Gobierno, para la resolucion que convenga.

Art. 9.° No podrá formarse causa á ningun jefe político por sus actos como funcionario público, sin autorizacion prévia del Rey, espedida por el Ministerio de la Gobernacion de la Península.

LEY DE 2 DE ABRIL DE 1845, SOBRE ORGANIZACION Y ATRIBUCIONES DE LOS CONSEJOS PROVINCIALES.

Artículo 8.° Los Consejos provinciales actuarán además como tribunales en los asuntos administrativos; y bajo tal concepto oirán

y fallarán, cuando pasen á ser contenciosas, las cuestiones relativas:

1.° Al uso y distribucion de los bienes y aprovechamientos provinciales y comunales.

2.° Al repartimiento y exaccion individual de toda especie de cargas municipales y provinciales, cuya cobranza no vaya unida á la de las contribuciones del Estado.

3.° Al cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los contratos y remates celebrados con la administracion civil ó con las provinciales ó municipales para toda especie de servicios y obras públicas.

4.° Al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados para la ejecucion de las obras públicas.

5.° A la incomodidad é insalubridad de las fábricas, establecimientos, talleres, máquinas ú oficios, y su remocion á otros puntos.

6.° Al deslinde de los términos correspondientes á pueblos y ayuntamientos, cuando estas cuestiones procedan de una disposicion administrativa.

7.° Al deslinde y amojonamiento de los montes, que pertenecen al Estado, á los pueblos ó los establecimientos públicos, reservando las cuestiones sobre la propiedad á los tribunales competentes.

8.° Al curso, navegacion y flete de los rios y canales, obras hechas en sus cauces y márgenes, y primera distribucion de sus aguas para riegos y otros usos.

Art. 9.° Entenderán, por último, los Consejos provinciales en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la administracion civil, para los cuales no establecen las leyes juzgados especiales, y en todo aquello á que en lo sucesivo se estienda su jurisdiccion en estas corporaciones.

LEY DE 6 DE JULIO DE 1845 SOBRE ORGANIZACION Y ATRIBUCIONES DEL CONSEJO REAL.

Artículo 5.° El Consejo Real deberá ser siempre consultado sobre los asuntos contenciosos de la administracion.

6.° Sobre las competencias de jurisdiccion y atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas, y sobre los que se susciten entre las autoridades y ajentes de la Administracion.

REAL DECRETO DE 22 DE SETIEMBRE DE 1845 QUE COMPLETÓ LA ORGANIZACION DEL CONSEJO REAL.

Artículo 7.° El Consejo Real será consultado por punto general, sobre las autorizaciones, que, con arreglo á las leyes, deba dar el Gobierno para ecsamsar á los funcionarios públicos, por hechos cometidos en el ejercicio de su autoridad.

Art. 9.° Corresponde al Consejo pleno conocer de las competencias *de jurisdiccion* y atribuciones de las autoridades judiciales y administrativas.

LEY DE 20 DE MARZO DE 1846, SOBRE INDEMNIZACION DE PARTÍCIPES LEGOS EN DIEZMOS.

Artículo 4.° Los títulos de los partícipes deberán ser calificados préviamente. La calificacion se hará en primer lugar por el Gobierno, oyendo al Consejo Real, y en caso de que los interesados no se conformasen con su decision, ó esta se dilatase mas del año, podrá intentarse la vía judicial ante los consejos de provincia, con apelacion á dicho Consejo Real. Para la calificacion de los derechos referidos se tendrán presentes los títulos originales de propiedad ó testimonio de ellos, concertados con los mismos por mandamiento judicial, y con asistencia del representante de la hacienda pública, y las ejecutorias de los tribunales, declarando aquellos; y en defecto de unos y otras se admitirá la prueba de posesion inmemorial, con arreglo á las leyes.

REAL DECRETO DE 23 DE SETIEMBRE DE 1846.

Artículo 1.° En virtud de las disposiciones contenidas en la ley de 2 de abril de 1845, se considera como privativo de los Consejos provinciales, por ella creados, el conocimiento de todos los negocios de naturaleza civil, correspondientes á la administracion de los ramos de correos, caminos, canales y puertos, cuando, segun sus instrucciones respecti-

vas, hayan de pasar de la clase de gubernativos á la de contenciosos, con inclusion de los casos de espropiacion forzosa por causa de obras públicas, con arreglo á lo prevenido en la instruccion de 10 de octubre último, relativa á estas.

Art. 2.° Se esceptúan del artículo anterior los litigios sobre dominios ó propiedad, que la administracion de dichos ramos tuviese que sostener, y los casos en que la misma hubiese de proceder por remate y venta de bienes contra sus deudores. De unos y otros negocios continuarán conociendo los tribunales ordinarios, ó los especiales, á que, segun las leyes, correspondan por su naturaleza.

Art. 3.° En cuanto á las cuestiones contenciosas, á que pueden dar lugar los contratos de cualquiera especie, celebrados para el servicio de los mismos ramos por la administracion con los particulares, su conocimiento tocará á los consejos provinciales, con apelacion para ante el Real, siempre que se tratase de contratos celebrados por la administracion provincial ó municipal para servicios limitados á sus respectivos distritos: pero si la contienda nace de un contrato, que hubiesen celebrado por sí el Gobierno ó las respectivas direcciones generales, conocerá de ellas directamente el Consejo Real.

Art. 4.° En la parte criminal de la jurisdiccion peculiar de dichos ramos se distinguirá lo puramente correccional de lo penal, propiamente dicho, remitiendo á los tribunales ordinarios ó periciales, á que segun las leyes correspondan, tan solo los negocios sobre casos de alzamientos de caudales, de destruccion violenta de obras públicas, de violacion de secreto y seguro de la correspondencia, de falsificacion de sellos, de contrabando y de cualquier otro delito, é infraccion de las reglas y ordenanzas administrativas, á que esté señalada pena corporal.

Art. 5.° Todas las faltas cometidas por empleados, dependientes, empresarios y contratistas de los mismos ramos, serán corregidas por los respectivos jefes de la administracion, siempre que se trate de penas establecidas por las ordenanzas y reglamentos, ó de responsabilidad convencional.

Art. 6.° Las infracciones de las reglas y ordenanzas de dichos ramos, cometidas por particulares, serán corregidas con sujecion á las mismas ordenanzas por la autoridad civil, oyendo á los jefes locales respectivos.

REGLAMENTO SOBRE EL MODO DE PROCEDER EL CONSEJO REAL EN LOS NEGOCIOS CONTENCIOSOS DE LA ADMINISTRACION, APROBADO EN 30 DE DICIEMBRE DE 1846.

Artículo 1.° Corresponde al Consejo Real conocer en primera y única instancia:

1.° De las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los remates y contratos, celebrados directamente por el Gobierno, ó por las Direcciones generales de los diferentes ramos de la administracion civil.

2.° De las demandas contenciosas, á que den lugar las resoluciones de los Ministros de S. M., cuando el Gobierno acuerde préviamente someter al conocimiento del Consejo las reclamaciones de las partes.

Art. 3.° Compete igualmente al Consejo conocer en apelacion y nulidad de las resoluciones de los consejos provinciales, y de las de cualquiera otra autoridad, que entienda en primera instancia en negocios contencioso-administrativos.

REAL DECRETO DE 13 DE MARZO DE 1847.

Artículo 1.° Cuando las deudas de los ayuntamientos no se hallen declaradas por una ejecutoria, toca á la administracion examinarlas, á fin de determidar si han de incluirse ó no, segun que fuere clara ó dudosa su legitimidad, en el presupuesto ordinario ó en el adicional correspondiente.

Art. 5.° Declarada la legitimidad de la deuda por una ejecutoria, la incluirá el ayuntamiento, bajo su responsabilidad, en el presupuesto municipal, dentro de los diez dias siguientes al en que presentare el documento el acreedor, á quien en el acto se dará el oportuno recibo.

Art. 7.° La decision de las cuestiones, concernientes al arreglo de que se trata en el

artículo anterior, como el arreglo mismo, toca esclusivamente á la administracion, esceptuando la de aquellas, que sean relativas á la legitimidad y antelacion de créditos, las cuales se llevarán á los tribunales competentes.

REAL ÓRDEN DE 7 DE ABRIL DE 1847.

Regla 1.ª Los Gobiernos políticos, como autoridad superior gubernativa, deben entender en la revision ó revocacion de las providencias de los alcaldes en asuntos de concesion de arcillas y tierras refractarias.

2.ª En los casos de duda, acerca de la existencia, calidad ó legitimidad de tales sustancias, estension y circunstancias especiales de sus pertenencias, la Direccion de Minas será la autoridad, á quien los jefes políticos deben consultar, sin perjuicio de que cualquiera concesion estraordinaria que ocurriese se someta á la aprobacion de S. M.

3.ª Las dudas que ocurran sobre la necesidad de establecer lavaderos para la limpia de las arcillas de loza fina, deberán resolverse por la Direccion de Minas.

4.ª En las cuestiones sobre concesiones de arcillas y tierras refractarias, entenderá en primera instancia el consejo de provincia, y en segunda y última el Consejo Real, como asuntos de utilidad pública.

5.ª Todas las reclamaciones judiciales entre el propietario del terreno y el concesionario, sobre cumplimiento de gastos de indemnizacion y pago de 5 por 100 establecido, serán de la incumbencia de los tribunales ordinarios.

6.ª Las reglas, que quedan espresadas, se observarán en la parte correspondiente con respecto á la adjudicacion de terrenos, en donde se descubran piedras litográficas, por ser en todo análoga su concesion, segun la Real órden de 6 de marzo de 1832.

REAL DECRETO DE 4 DE JUNIO DE 1847.

Artículo 1.° Corresponde al Rey, en uso de las prerogativas constitucionales, dirimir las competencias de jurisdiccion y atribuciones, que ocurran entre las autoridades administrativas y los tribunales ordinarios y especiales.

Art. 2.° En las cuestiones de atribucion y jurisdiccion que se originen entre estas autoridades, solo los jefes políticos podrán promover contienda de competencia. Unicamente la suscitarán para reclamar los negocios, cuyo conocimiento corresponda, en virtud de disposicion espresa, á los mismos jefes políticos, ó las autoridades, que de ellos dependan en sus respectivas provincias, ó á la Administracion civil en general, consiguiente á lo determinado en el art. 9.° de la ley de 2 de abril de 1845.

Las partes interesadas podrán deducir, ante la autoridad administrativa las declinatorias que creyeren convenientes.

Art. 3.° Los jefes políticos no podrán suscitar contienda de competencia:

Primero. En los juicios criminales, á no ser que el castigo del delito ó falta haya sido reservado por la ley á los funcionarios de la Administracion, ó cuando en virtud de la misma ley deba decidirse por la autoridad administrativa alguna cuestion prévia, de la cual dependa el fallo que los tribunales ordinarios ó especiales hayan de pronunciar.

Segundo. En los pleitos de comercio, durante la primera instancia, y en los juicios que se sigan ante los alcaldes, como jueces de paz.

Tercero. En los pleitos fenecidos por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.

Cuarto. Por no haber precedido la autorizacion correspondiente, para perseguir en juicio á los empleados en concepto de tales.

Quinto. Por falta de la que deben conceder los mismos jefes políticos, cuando se trate de pleitos, en que litiguen los pueblos ó establecimientos públicos.

Sin embargo, en los dos casos precedentes quedará espedito á los interesados el recurso de nulidad, á que pueda dar márgen la omision de dichas formalidades.

Art. 4.° Así los jueces y tribunales, oido el ministerio fiscal, ó á citacion de éste, como los jefes políticos, oidos los consejos provinciales, se declararán incompetentes, aunque no intervenga reclamacion de autoridad es-

traña, siempre que se someta á su decision algun negocio, cuyo conocimiento no les pertenezca.

Art. 5.° El ministerio fiscal, así en la jurisdiccion ordinaria, como en las especiales, y en todos los grados de cada una de ellas, interpondrá de oficio declinatoria ante el juez ó tribunal respectivo, siempre que estime que el conocimiento del negocio legítimo pertenece á la Administracion. Cuando el juez ó tribunal no decretare la inhibicion en virtud de la declinatoria, el ministerio fiscal lo advertirá así al jefe político, pasándole sucinta relacion de las actuaciones y copia literal del pedimento de declinatoria.

Art. 6.° El jefe político, que comprendiere pertenecerle el conocimiento de un negocio, en que se halla entendiendo un tribunal ó juzgado ordinario ó especial, lo requerirá inmediatamente de inhibicion, manifestando las razones que le asistan, y siempre el testo de la disposicion en que se apoye para reclamar el negocio.

Art. 7.° El tribunal ó juzgado requerido de inhibicion, luego que reciba el exhorto, suspenderá todo procedimiento en el asunto á que se refiera, mientras no se determine la contienda por desistimiento del jefe político ó por decision mia, so pena de nulidad de cuanto despues se actuare.

Art. 8.° En seguida avisará el requerido el recibo del exhorto al jefe político, y lo comunicará al ministerio fiscal por tres dias á lo más, y por igual término á cada una de las partes.

Art. 9.° Citadas estas inmediatamente y el ministerio fiscal, con señalamiento de dia para la vista del artículo de competencia, el requerido proveerá auto motivado, declarándose competente ó incompetente.

Art. 10. Cuando un juez ó tribunal de primera instancia dicte este auto, si las partes ó el ministerio fiscal apelaren de él, se sustanciará el artículo en segunda instancia con los mismos términos y por los mismos trámites que en la primera, y el definitivo que recayere no será susceptible de ulterior recurso. Tampoco lo será el que se dictare en la segunda y tercera instancia, cuando el jefe político suscitase en ellas la contienda de competencia por no haberla deducido en las anteriores.

Art. 11. El requerido, que se hubiere declarado incompetente por sentencia firme, remitirá los autos dentro de segundo dia al jefe político, haciendo poner al escribano actuario en un libro, destinado á este objeto, un sucinto estracto de ellos y certificacion de su remesa.

Art. 12. Cuando el requerido se declare competente por sentencia firme, exhortará inmediatamente al jefe político para que deje espedita su jurisdiccion; ó de lo contrario tenga por formada la competencia. En el exhorto se insertáran los dictámenes deducidos por el ministerio fiscal en cada instancia, y los autos motivados con que en cada una se haya terminado el artículo.

Art. 13. El jefe político, oido el consejo provincial, dirigirá dentro de los tres dias de haber recibido el exhorto, nueva comunicacion al requerido, insistiendo ó no, en estimarse competente.

Art. 14. Si el jefe político desistiese de la competencia, quedará sin mas trámites espedito el ejercicio de su jurisdiccion al requerido, y proseguirá conociendo del negocio.

Art. 15. Si insistiere el jefe político, ambos contendientes remitirán por el primer correo al Ministro de la Gobernacion las actuaciones, que ante cada cual se hubieren instruido, haciendo poner al oficial público, á quien respectivamente corresponda esta diligencia, un estracto y certificccion en los términos prevenidos por el artículo 11, y dándose mútuo aviso de la remesa sin ulterior procedimiento.

Art. 16. Mi Ministro de la Gobernacion acusará á los contendientes el recibo de los autos, que le hubieren remitido, y, dentro de los dos dias de recibidos los respectivos á cada uno, los pasará al Consejo Real.

Art. 17. El Consejo Real, oyendo á la seccion de Gracia y Justicia, y prévia la instruccion, que esta crea necesaria, me consultará la decision motivada que estime, dentro de dos meses, contados desde el dia en que se le pasen las actuaciones.

Art. 18. El Consejo Real me elevará la consulta original por conducto de mi Ministro de la Gobernacion, acompañada de todas las diligencias relativas á la contienda. Al mismo tiempo dirigirá el Consejo Real copia literal de la consulta al Ministro ó Ministros, de quienes dependan los otros jueces y autoridades, con quienes se hubiese seguido la competencia.

Art. 19. Cuando mi Ministro de la Gobernacion, ó cualquiera otro de mis secretarios del despacho, en el caso de que habla el artículo anterior, no estuviere conforme con la decision consultada, el primero de ellos la someterá, para la resolucion conveniente, á mi Consejo de Ministros. Antes de verificado, el Ministro ó Ministros que no estuvieren conformes, podrán reclamar los autos originales, que hayan sido objeto de la competencia, á fin de instruirse y sostener las atribuciones de su ramo.

Art 20. La decision que yo apruebe á propuesta de mi Ministro de la Gobernacion ó de mi Consejo de Ministros, será irrevocable: se estenderá motivada y en forma de Real decreto, refrendado por dicho mi Secretario de la Gobernacion, y para su cumplimiento se comunicará á los contendientes, dentro de un mes, contado desde la fecha de la consulta.

Art. 21. Los términos señalados en este decreto serán improrogables.

La disposicion de este artículo, no se aplicará á las contiendas, que están ya pendientes de mi decision.

Art. 22. Queda derogado mi decreto de 6 de junio de 1844, y cualesquiera otras disposiciones, que sean contrarias al presente.

REAL DECRETO DE 3 DE AGOSTO DE 1847.

Consiguiente á lo preceptuado en los artículos 18, 19 y 20 de mi Real decreto de 4 de junio próximo anterior, sobre conflicto de jurisdiccion y atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas, y á fin de no traslimitar el término, que por el último de ellos se establece, he venido en decretar: que trascurridos quince dias desde que el Consejo Real, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 1.°, hubiese pasado copia de su consulta al Ministro, ó Ministros, de quienes dependan los jueces y autoridades, que disputen con la Administracion, sobre competencia, sin que se haya hecho al de la Gobernacion del Reino la reclamacion que permite el artículo 19, se entienda que el espresado Ministro ó Ministros están conformes con el dictámen del Consejo Real.

REAL ÓRDEN DE 14 JUNIO DE 1848.

Entre otros particulares, declara contencioso-administrativo y de la competencia de los consejos provinciales, y del Real en su caso, todo lo relativo á la validez ó nulidad de las ventas de bienes nacionales, á la interpretacion de sus cláusulas, á la designacion de la cosa enajenada, y declaracion de la persona á quien se vendió, y ejecucion del contrato.

REAL ÓRDEN DE 25 DE ENERO DE 1849.

Por el Ministerio de la Gobernacion se repitió lo prevenido en Real órden de 14 de julio de 1848, espedida por el Ministerio de Hacienda, respecto á ser contencioso-administrativo, y de la competencia de los consejos provinciales, y del Real en su caso, todo lo relativo á validez ó nulidad de las ventas de bienes nacionales, á la interpretacion de la cosa juzgada, y declaracion de la persona, á quien se vendió, y ejecucion del contrato.

REAL DECRETO DE 17 DE JULIO DE 1849.

Artículo 1.° Corresponde al Consejo Real conocer en primera instancia: primero, de las demandas contenciosas sobre el cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno ó por las Direcciones generales de los diferentes ramos de la Administracion.

LEY DE 20 DE FEBRERO DE 1850, FIJANDO LAS BASES DE CONTABILIDAD GENERAL, PROVINCIAL Y MUNICIPAL.

Artículo 10. Tambien corresponderán al órden administrativo la venta y administracion de los bienes nacionales y fincas del Estado. Las contiendas, que sobre incidencias de subastas de arrendamiento de bienes nacionales ocurrieren entre el Estado y los particulares, que con él contrataren, se ventilaran ante los consejos provinciales y el Consejo Real en su caso respectivo, si no hubieren podido terminarse gubernativamente con mútuo asentimiento.

Las cuestiones sobre dominio ó propiedad, cuando lleguen al estado de contenciosas, pasarán á los tribunales de justicia, á quienes corresponda.

REAL ÓRDEN DE 23 DE MARZO DE 1850.

Ordena que los gobernadores generales, al entablar competencia con cualquiera otra autoridad, con el carácter administrativo, oigan préviamente al consejo provincial.

REAL ÓRDEN DE 27 DE MARZO DE 1850.

Artículo 1.° Cuando hubiere de formarse causa á un empleado ó cuerpo, dependiente de la autoridad del gobernador de provincia, por algun hecho, que sea relativo al ejercicio de sus funciones administrativas, no podrá el juez dirigir las actuaciones inmediatamente contra el encausado, ya recibiéndole declaracion indagatoria, ya decretando su arresto ó prision, ó de otro modo que le caracterice de presunto reo, sin la autorizacion, que requiere el art. 4.°, párrafo 8.° de la ley, para el gobierno de las provincias, de 2 de abril de 1845.

Art. 2.° Para pedir esta autorizacion, remitirá el juez, despues que el promotor fiscal dé su dictámen, las diligencias, en compulsa, al gobernador, el cual, oyendo al consejo provincial, resolverá lo que corresponda, en el término preciso de diez dias. Podrá oir para ello además al presunto reo, si lo juzga oportuno, ó lo pide el consejo, y en tal caso se entenderá prorogado á este fin dicho término por cuatro dias, además de los indispensables, que al presunto reo se señalen para que espongan lo que se ofrezca.

Art. 3.° Si el Gobernador resolviese afirmativamente, dará desde luego la autorizacion al juez y remitirá al Ministerio de la Gobernacion en el término de ocho dias copia del espediente con una comunicacion razonada. El Ministerio de la Gobernacion lo pasará todo al Consejo Real, sin ulterior procedimiento. Si el gobernador negase la autorizacion, lo noticiará el juez y elevará el espediente original al Ministerio de la Gobernacion, dentro de los seis dias siguientes al término indicado en el artículo anterior, con la correspondiente esposicion de motivos.

Art. 4.° El Ministerio de la Gobernacion acusará al gobernador el recibo de las diligencias, pasándolas inmediatamente al Consejo Real.

Este consultará la decision motivada, que estime, en el término de quince dias, contados desde el en que se pasen las actuaciones. La decision, que yo apruebe, se comunicará en el término de veinte dias, contados desde la fecha de la consulta del Consejo Real, al gobernador de la provincia y al Ministerio de Gracia y Justicia.

Art. 5.° Si la resolucion no se comunicase en el término de los veinte dias, de que trata el artículo anterior, el Ministerio de Gracia y Justicia tendrá por concedida la autorizacion y dispondrá la continuacion de la causa.

Art. 6.° Cuando fuese hallado in fraganti el reo, y tambien cuando su delito sea de los que califica de graves el Código penal, podrá desde luego proceder á su prision ó arresto el juez, conforme á derecho y bajo su responsabilidad; pero dentro de las veinticuatro horas siguientes á cualquiera de estas dos diligencias, deberá pedir al gobernador, para continuar la causa, la indispensable autorizacion, guardándose acerca de ella lo prescrito en las anteriores disposiciones.

Art. 7.° Si no fuere relativo al ejercicio de funciones administrativas el delito cometi-

do por las personas, á que se refieren los artículos anteriores, procederá libremente el juez á todo lo que en justicia haya lugar; pero al dirigir inmediatamente contra ellas el procedimiento, dará, sin suspenderlo, el correspondiente aviso al gobernador, manifestándole el hecho é indicándole los fundamentos en que se apoye, para no considerarlo como relativo al ejercicio de dichas funciones.

Art. 8.° El Gobernador, oido el consejo provincial, manifestará al juez, dentro de diez dias, que queda enterado, si juzga acertada la calificacion hecha por este, remitiendo al Gobierno á los ocho dias siguientes una copia del espediente. El Gobierno la pasará al Consejo Real, sin ulterior procedimiento. Si para resolver sobre el particular, creyese preciso el gobernador que el juez aclare ó amplíe, en todo, ó en parte, su comunicacion, se lo manifestará así dentro de dicho término de diez dias, practicando en otro igual lo que queda prevenido, despues que recibiere la aclaracion ú ampliacion pedida.

Art. 9.° Si el gobernador creyere que el caso exige su autorizacion, requerirá al juez, por medio de una comunicacion razonada, para que con suspension de todo procedimiento llene esta formalidad.

Art. 10. El juez, oido el promotor fiscal, proveerá sobre ello, y consultará siempre el auto, con remision de los originales á la Audiencia.

Art. 11. Si la resolucion de la Audiencia fuese en el sentido de no ser necesaria la autorizacion, elevará el juez, dentro de los seis dias siguientes á la devolucion de los autos, copia testimoniada de los mismos, con la esposicion de motivos correspondientes, al Ministerio de la Gobernacion, poniéndolo en conocimiento del de Gracia y Justicia á los efectos oportunos, y dando aviso de ella al gobernador, el cual por su parte elevará en la misma forma, y dentro del tercero dia, el espediente original.

Art. 12. El Ministro de la Gobernacion remitirá el espediente y la copia testimoniada de los autos al Consejo Real, para que consulte lo que estime en el término preciso de quince dias, y en su vista se propondrá por un término igual por dicho Ministerio y el de Gracia y Justicia la resolucion que corresponda. En caso de discordia se propondrá aquella en los quince dias siguientes por el Consejo de Ministros, y se comunicará lo que recaiga por dichos Ministerios respectivamente al gobernador y al juez.

Art. 13. El Tribunal Supremo de Justicia pedirá la autorizacion, con copia certificada de los autos, por medio del Ministerio del ramo al de la Gobernacion, en el caso previsto en la citada ley, y para su determinacion se aplicará lo dispuesto en los artículos 4.° y 5.°

Art. 14. Todos los términos señalados en este decreto son perentorios.

Art. 15. Las resoluciones del Gobierno, negando la autorizacion y declarando ser innecesaria, se publicarán motivadas en la *Gaceta*.

REAL ÓRDEN DE 20 SETIEMBRE DE 1852.

Artículo 1.° Corresponde al conocimiento de los consejos provinciales, y del Real en su caso, las cuestiones contenciosas, relativas á la validez, inteligencia y cumplimiento de los arriendos y subastas de bienes nacionales, y actos posesorios que de ellos se deriven, hasta que el comprador ó adjudicatario sea puesto en posesion pacífica de ellos; y al de los juzgados y tribunales de justicia competentes las que versen sobre el dominio de los mismos bienes, y cualesquiera otros derechos, que se funden en títulos anteriores y posteriores á la subasta, ó sean independientes de ella.

Art. 2.° Toca privadamente á los juzgados y tribunales civiles el conocimiento de las demandas de tercería sobre dominio ó prelacion, aunque recaiga sobre espedientes administrativos.

Art. 3.° Se amplía el conocimiento de los consejos provinciales, y del Real en su caso, cuando pasen á ser contenciosas, á las reclamaciones de los contribuyentes, relativas al repartimiento y exaccion individual de las contribuciones directas del Estado.

De consiguiente, respecto de la territorial,

deberán entender de las reclamaciones de particulares por esceso de la cuota, que les fuere impuesta en los repartimientos, ó sea de agravio comparativo con relacion á los demás contribuyentes; pero en ningun caso á las que versaren sobre apreciacion de la riqueza imponible.

En cuanto al subsidio industrial y comercial, serán de su competencia las reclamaciones individuales, que se hagan dentro del plazo prefijado contra las decisiones de la administracion local, ya relativamente al repartimiento ó exaccion, ya á la imposicion de multa en los casos de fraude ú ocultacion.

Tocante al derecho de hipotecas, deberán los mismos consejos conocer de las reclamaciones de los interesados contra la administracion por multas que se les hayan exigido.

En todos los casos la reclamacion de toda cuota asignada se llevará á efecto, sin perjuicio de las resoluciones definitivas que recaigan.

Art. 4.° La Administracion activa seguirá entendiendo, como hasta ahora, de las cuestiones sobre la aplicacion de las leyes, que regulan los impuestos indirectos.

Art. 5.° Sin embargo de lo dispuesto en la segunda parte del artículo 17 de la ley orgánica de los consejos provinciales, los juzgados y tribunales del fuero comun no pueden entender en el remate y subasta de los bienes, que se enajenen para hacer efectivo el reintegro de las contribuciones del Estado, ó de las cargas municipales ó provinciales, cuya cobranza vaya unida á ellos.

REAL ÓRDEN DE 17 DE MARZO DE 1856.

Ordena que las autoridades judiciales se arreglen á la Real órden de 27 de marzo de 1850, estrictamente bajo su responsabilidad, y que el Ministerio de Gracia y Justicia tendrá por concedida la autorizacion, y dispondrá, conforme al art. 5.°, la continuacion de cualquier causa, siempre que en el término señalado no recaiga la resolucion correspondiente.

REAL DECRETO DE 29 DE ABRIL DE 1860.

Art. 23. Todas las cuestiones, que se promuevan sobre deslinde de los cauces y terrenos adyacentes, serán del conocimiento de la Administracion, salva la competencia de los tribunales ordinarios en las que afecten esclusivamente á la propiedad.

Art. 29. Corresponde á la Administracion la policía de las aguas, así públicas, como privadas, y dictar en su consecuencia las medidas, que crea necesarias, para evitar los perjuicios, que por estancamientos ó filtraciones pudieran ocasionarse á la salud pública.

LEYES DE INDIAS.

REAL CÉDULA DE 30 DE ENERO DE 1855, REFORMANDO LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN LAS PROVINCIAS DE ULTRAMAR.

Artículo 120. Compete á las Reales Audiencias, constituidas en acuerdo, conocer en la vía contenciosa, despues de agotada la gubernativa ante las autoridades administrativas por su órden gerárquico, de los agravios que se causen á los particulares en la aplicacion de las leyes, ordenanzas, y reglamentos administrativos, ofendiendo un verdadero derecho.

Art. 121. Producen la contencioso-administrativa, llegado el caso del artículo anterior, las resoluciones, que recaigan sobre los asuntos que siguen:

1.° El repartimiento y exaccion individual de toda especie de cargos municipales.

2.° El cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los contratos y remates, celebrados con la administracion, de todos los ramos del Estado, para cualquiera especie de servicio ú obra pública.

3.° Los daños y perjuicios, ocasionados por la ejecucion de las obras públicas.

4.° La incomodidad ó insalubridad de las fábricas, establecimientos, talleres, máquinas ú oficios, y su traslacion á otros puntos.

5.° La pertenencia en posesion de terrenos colindantes entre pueblos, y á que dé

márgen el deslinde de los términos de estos, salva la cuestion de propiedad.

6.° El deslinde, amojonamiento y pertenencia en posesion de los montes del Estado, ó de establecimientos públicos, sin perjuicio de ventilar la cuestion de la propiedad en la forma comun.

7.° El curso, navegacion y flote de los rios y canales, obras hechas en sus cauces y márgenes, y primera distribucion de sus aguas para el riego y otros usos.

8.° La concesion, esplotacion y abandono de las minas.

9.° El cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los arrendamientos, rentas y mercedes de los bienes del Estado, cuando en estos dos últimos casos se trate del acto primitivo de adquisicion, y salvo el pleito de propiedad.

10. La aplicacion, en su parte penal, de las ordenanzas ó reglamentos generales de policía de aguas, caminos, montes y demás objetos públicos, mientras el hecho no constituya un delito.

Art. 122. Corresponde al Gobernador Capitan general decidir con las formalidades que se determinarán por un reglamento:

1.° Las cuestiones que se susciten sobre si un asunto es ordinario ó contencioso-administrativo.

2.° Las competencias que se susciten entre los juzgados y tribunales comunes y especiales, sobre si un asunto es contencioso-administrativo ó ordinario.

3.° Las competencias que se promuevan sobre si un asunto de la administracion es contencioso ó administrativo.

En todos estos casos oirá el Gobernador Capitan general préviamente al Acuerdo, y fundará y publicará su decision: y cuando esta no haya de ser conforme al parecer de dicho Acuerdo, la suspenderá, dando cuenta al Gobierno para la resolucion que tuviese á bien adoptar.

REAL DECRETO DE 25 DE FEBRERO DE 1859.

Artículo 1.° Desde la fecha de este decreto se concede el recurso contencioso-administrativo para las resoluciones, que se adopten por el departamento de Ultramar con arreglo á los mismos principios establecidos para los demás Ministerios.

Art. 2.° El Consejo de Estado conocerá de las reclamaciones, que se interpongan con sujecion al reglamento general vigente, mientras en este no se introduzcan las modificaciones que exige la organizacion especial de las provincias ultramarinas.

Art. 3.° El Ministro encargado del despacho de Ultramar, oido el Consejo de Estado, me propondrá las modificaciones, á que se refiere el artículo anterior.

REAL DECRETO DE 12 DE OCTUBRE DE 1859.

1.° Será de la competencia del Ministerio, encargado de los negocios de Ultramar, el conocimiento y decision de los recursos, que, con arreglo á la legislacion vigente, se interpongan contra los acuerdos de la junta de clases pasivas, por apreciacion de servicios prestados y derechos adquiridos en las provincias de Ultramar, cualquiera que sea el departamento á que corresponda el destino, que sirva de base á la clasificacion; así como será de la competencia del Ministerio de Hacienda el mismo conocimiento y decision, respecto á reclamaciones intentadas por servicios prestados ó derechos adquiridos en la Península é Islas adyacentes, aun cuando al departamento de Ultramar correspondiere el destino que sirva de base á la clasificacion.

2.° Respecto á las clases pasivas de Ultramar, es de la competencia de este departamento proponer y espedir los decretos, reglamentos é instrucciones para su ejecucion, comunicándolos directamente á la junta de clases pasivas para su cumplimiento, en los propios términos y en la forma en que lo hace el Ministerio de Hacienda, por lo que concierne á las clases pasivas de la Península.

3.° La junta de clases pasivas queda constituida, respecto al Ministerio encargado de los negocios de Ultramar, y por lo que concierne á las clases pasivas que dependan de este departamento, en las mismas obligaciones que respecto al Ministerio de Hacienda

la impone el Real decreto de 28 de diciembre de 1849.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

Sec. I. Reseña histórica.
Sec. II. De las atribuciones que constituyen la competencia administrativa.
§. 1.° *Competencia de la Administracion en general.*
§. 2.° *Actos de la Administracion activa.*
§. 3.° *Actos de la Administracion contenciosa.*
Sec. III. De las atribuciones de la Administracion en sus relaciones con el poder legislativo.
Sec. IV. De las atribuciones de la Administracion en sus relaciones con el órden judicial.
§. 1.° *Principios generales, en que se funda la competencia respectiva de las autoridades administrativas y judiciales.*
§. 2.° *Prohibiciones impuestas á las autoridades judiciales respecto á los negocios administrativos.*
Prohibicion 1.ª Adoptar medidas generales, ni aun en lo que se refiere á la administracion de justicia.
Prohibicion 2.ª Mezclarse en actos de la Administracion.
Prohibicion 3.ª Conocer de los contratos celebrados por la Administracion para servicios y obras públicas.
Prohibicion 4.ª Conocer de los litigios acerca da la validez, inteligencia y cumplimiento de los arriendos y subastas de bienes nacionales y actos posesorios derivados de ellas y contratos de ventas de bienes nacionales.
Prohibicion 5.ª Admitir interdictos contra las providencias de la Administracion en el círculo de sus atribuciones.
Prohibicion 6.ª Conocer ejecutivamente por deudas de la Administracion.
Prohibicion 7.ª Entender en el apeo y deslinde de los montes correspondientes al Estado, á las provincias, á los pueblos ó á establecimientos públicos.
Prohibicion 8.ª Conocer de la calificacion de los títulos de los partícipes legos en diezmos.
§. 3.° *Prohibiciones de las autoridades administrativas respecto de los negocios judiciales.*
Prohibicion 1.ª Mezclarse en las cuestiones de estado civil, de capacidad, de domicilio, de propiedad, de contratos civiles, y de sucesion testada ó intestada.
Prohibicion 2.ª Provocar competencia en los negocios criminales, cuyo conocimiento no esté espresamente reservado á la Administracion.
Prohibicion 3.ª Provocar competencias en los pleitos de comercio, en primera instancia.
Prohibicion 4.ª Provocar competencia en los actos y juicios seguidos ante los jueces de paz.
Prohibicion 5.ª Provocar competencia en juicios, cuyas sentencias hayan sido ejecutoriadas.
§. 4.° *Prohibiciones comunes á las Autoridades administrativas y judiciales en el ejercicio de sus funciones respectivas.*
Prohibicion 1.ª Entender las unas en cuestiones de la atribucion de las otras, cuando incidentalmente vienen en los negocios, que ante ellos respectivamente se ventilan.

Prohibicion 1.ª Interpretar las unas los actos de las otras.

Sec. V. De la obligacion de las autoridades administrativas y judiciales de auxiliarse mútuamente.

Sec. VI. De las competencias suscitadas entre las autoridades administrativas y las judiciales.

§. 1.º *Quiénes pueden promoverlas.*

§. 2.º *Sobre qué negocios.*

§. 3.º *Con qué formas.*

§. 4.º *A quién toca resolverlas.*

Sec. VII. De la autorizacion que necesitan las autoridades judiciales para encausar á los empleados de la administracion, en el ejercicio de sus funciones.

Sec. VIII. De la competencia respectiva de las diferentes autoridades administrativas.

Sec. IX. De la competencia administrativa en Ultramar.

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA.

Nunca se ha confundido en España la facultad de administrar con la de juzgar, por mas que el estar confiadas una y otra á los mismos funcionarios, diera lugar á que no se ejercieran siempre con la debida precision y separacion en la práctica.

En efecto, el Consejo de Castilla, los demás Consejos, las Chancillerías y Audiencias, los corregidores, alcaldes mayores y ordinarios, los intendentes y los subdelegados de los diferentes ramos de la Administracion pública, las justicias y ayuntamientos, todos ejercian funciones administrativas y funciones judiciales, segun la índole de los diversos negocios, que á su celo, y á su autoridad estaban encomendados. Mas ya dentro de aquel mismo sistema se conoció y practicó, si bien imperfectamente, la separacion entre lo administrativo, y lo contencioso administrativo, y entre lo contencioso administrativo de lo puramente contencioso: separacion de que parte hoy la competencia administrativa.

Pero hemos dicho, y era así, que nunca se confundió en nuestra organizacion antigua el modo de ejercer las atribuciones gubernativas y judiciales: el Consejo de Castilla separaba cuidadosamente los negocios de administracion de los de justicia, que hasta se ventilaban en salas diferentes, en su mayor parte. Así es que, aun cuando al Consejo correspondia todo lo concerniente á la conservacion de hospitales, seminarios, gobierno de las universidades, fomento de la agricultura y cria de ganados, conservacion y aumento de los montes y plantíos del reino, reparo de caminos y puertos, aprobacion de acuerdos del ayuntamiento de Madrid, estincion de la langosta, pósitos, y abastos de todo el reino, y especialmente de la Corte, con otras innumerables atribuciones en el órden político y económico de los pueblos, como se decia entonces, y que diriamos hoy en el órden administrativo; nunca confundió las atribuciones, que tenia de esta clase, con las que, por ser del órden judicial, se ventilaban con las formas solemnes y graves de los juicios: es decir, que se reconoció siempre la base de separacion, que existia de hecho y de necesidad entre los negocios, que por su índole son administrativos, de los que son por su esencia judiciales. Eso mismo sucedia á su vez con los demás Consejos.

En las Chancillerías y Audiencias tampoco se daba la tramitacion, ni la forma judicial, á los muchos negocios del órden administrativo, que les estaban confiados, y lo mismo sucedia con los jueces locales.

Hay mas: las autoridades, que por la naturaleza de las funciones, que desempeñaban, participaban mas del carácter administrativo, que del judicial, tampoco confundian sus atribuciones de una y otra clase. Así los intendentes, aunque administradores y jueces á un tiempo, tenian separados del todo los negocios de la administracion de los del juzgado: en estos procedian solemnemente y con formas judiciales, auxiliados de sus asesores; en aquellos obraban con la rapidez, que la índo-

le de las funciones, de que se hallaban encargados, hacia necesaria.

Tambien, aunque entonces la frase *contencioso-administrativo* no figurara en nuestra tecnología legal, ni la escuela, ni la práctica, las hubieran introducido, no dejaba de existir, porque, cuando la Administracion en su marcha vulneraba derechos civiles, la cuestion tomaba frecuentemente el carácter judicial, y con formas, mas ó menos rápidas, se decidian esas luchas entre la Administracion y el individuo, si bien frecuentemente ante tribunales y juzgados especiales. Y es que la diferencia entre los negocios Administrativos y judiciales está en la naturaleza misma de las cosas, y por lo tanto puede cambiar el modo de apreciarla, y el modo de hacerla; pero en todas partes se presenta siempre con el mismo carácter de gravedad y de importancia.

Mas desde el momento, en que el régimen representativo fué la forma de gobierno del Estado, se hizo ya insostenible la antigua aglomeracion de funciones administrativas y judiciales en unos mismos funcionarios, no realmente por incompatibles en sí; sino en el individuo; por embarazo en la accion; por complicacion de marcha. La base capital de este régimen, la base de todas las constituciones modernas, que en España y en otros países se han publicado, descansa en la armónica division de los poderes públicos, division ciertamente, del mayor interés. El carácter político que tanto domina en la índole y en la forma de gobierno representativo, las oposiciones organizadas en la prensa, en la tribuna, y en las elecciones, las mayorías y las minorías, llevarian á los tribunales y juzgados las pasiones políticas, las amistades y los ódios de partido, si el poder judicial no fuera neutral, si no cerrara los ojos ante las razones de conveniencia, para concentrar su vista, solo sobre la justicia; si no dejara de investigar lo que puede ser útil en lo futuro, para fijarse solo en lo que la ley declara justo en lo presente. Por esto se ha dicho oportunamente, que donde la Administracion ó el poder ejecutivo influye en los tribunales, no hay justicia, como tampoco hay Administracion, donde no es tan independiente del órden judicial, como requiere el ejercicio de sus funciones.

A este propósito, dice con sobrado fundamento Mr. Guizot: «Desde que la política penetra en el recinto de los tribunales, poco importa la mano ó la intencion que le han franqueado el paso: la justicia huye necesariamente. Entre la política y la justicia toda inteligencia es corruptora, todo contacto pestilencial. Para que haya justicia, es menester que sea pura: resiste toda amalgama: se desvanece del todo al menor contacto estraño.»

En los gobiernos representativos, pues, la separacion de funciones administrativas y judiciales, es esencial: sin ella están falseadas las instituciones.

Por esto en el desenvolvimiento de nuestro sistema constitucional, aunque con lentitud, se ha ido formalizando en toda su estension, si bien hasta hace muy poco no se han separado, las funciones judiciales de las administrativas en la última escala de la gerarquía; pues que los alcaldes venian encargados de unas y otras, lo que ya está modificado respecto á los negocios judiciales civiles, confiados hoy esclusivamente á los jueces de paz, y es de creer que muy pronto sucederá lo mismo respecto de los criminales. Entonces será entre nosotros una verdad en toda su estension el principio de la independencia de las funciones administrativas y judiciales.

Pero hay otro motivo poderosísimo en nuestra actual forma de gobierno para esa division de atribuciones. Esta es la amovilidad de los ajentes del órden administrativo, y la inamovilidad de los judiciales. Con respecto á esta regla, podemos tambien decir que, sin inamovilidad judicial, no hay cumplida justicia, como sin amovilidad administrativa tampoco hay Administracion, porque donde el poder ejecutivo tiene suspenso á todas horas sobre la cabeza de los jueces y magistrados el arma terrible de las destituciones, no hay duda de que la justicia peligra, como tampoco la hay de que es imposible la Administracion, si no tiene el Gobierno la facultad de separar á sus ajentes.

Estas prescripciones de nuestro derecho nuevo han producido indeclinablemente la

necesidad de establecer la separacion de las funciones judiciales y administrativas, y por consecuencia la de fijar la competencia administrativa, es decir, el círculo de atribuciones, de que no pueden estralimitarse las autoridades dependientes del poder ejecutivo: materia difícil, complicada, poco desenvuelta en las leyes; pero derivada de la division de los poderes públicos, y que la ciencia y la jurisprudencia están encargadas de ir desarrollando. Contribuir á ello en nuestra esfera de escritores públicos es el objeto del presente artículo.

SECCION II.

DE LAS ATRIBUCIONES QUE CONSTITUYEN LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA.

De dos clases son las atribuciones de la Administracion: porque, ya con carácter de activa cuida del cumplimiento de las leyes y de proveer á las necesidades colectivas de la sociedad; ya con el de contenciosa resuelve las cuestiones con que en su carácter de activa hiere derechos individuales, que debe respetar escrupulosamente. Este doble carácter de la Administracion exige que tratemos separadamente:

De la competencia administrativa en general:

De los actos de la Administracion activa:

De los actos de la Administracion contenciosa.

§. 1.° *Competencia de la Administracion en general.*

La Administracion, en su acepcion mas lata, comprende todas las atribuciones que corresponden al poder ejecutivo. En este sentido es muy estensa su competencia, porque comprende las mas altas prerogativas en el órden político y en el gubernativo: ya representa el Estado en sus relaciones con los demás pueblos: ya recibe á sus embajadores: ya declara la paz y la guerra: ya hace tratados de límites, de navegacion, de comercio de intereses, bien políticos, bien materiales, bien relativos al órden civil y al penal.

En todos estos casos, y cualesquiera otros de la propia índole, la Administracion obra con grande libertad, sin mas divisa, sin mas regla de accion que el interés público: ejerce una especie de soberanía, si bien limitada y contrapesada con la influencia de los Cuerpos colegisladores, con la fuerza de la opinion pública manifestada por los medios que hay en todos los países regidos por instituciones liberales, con la necesidad de obtener los subsidios de sangre y de dinero por medio de leyes y con la responsabilidad de los Ministros.

No debe, bajo tal punto de vista considerarse su competencia: estas son mas bien atribuciones en el órden político, que en el órden administrativo: son altos actos de gobierno. Ni seria posible reglamentarlos: pendientes en gran parte de las circunstancias, no es en el derecho escrito en donde debe buscarse la solucion que puede dárseles.

Lo mismo debe decirse de otros actos que, aunque se refieren al órden y al interés del Estado, y á su gobernacion interior, están dominados, casi siempre esclusivamente, por la política que en ellos se refleja, y respecto á los cuales es libérrima la prerogativa del poder ejecutivo, aunque debe acomodarse á lo que al interés público, la prudencia y las circunstancias aconsejen.

A esta clase de actos corresponden, entre otros, la convocacion, suspension y prorogacion de las Córtes, la disolucion del Congreso de los diputados; si bien de estas prerogativas debe usarse de modo que quede siempre cumplida la ley fundamental de la Monarquía: la proposicion de las leyes y su sancion. Es aplicable á todas estas atribuciones lo que dejamos dicho respecto á las que conciernen á las relaciones esteriores.

Pero en escala, sino tan alta, no menos importante, tiene atribuciones el poder ejecutivo, en que, obrando subordinado al derecho político, se limita á ejecutar las leyes, que son de interés del Estado, y de carácter general: destruye las dificultades, que se oponen á su accion: hace lo que es necesario para completarla: y con solícito afan vigila sobre todos los intereses colectivos de la sociedad.

Al efecto publica las leyes, dicta reglamen-

tos, que sin derogarlas, y sin contrariar su espíritu, faciliten su ejecucion: elige y destituye á los ajentes, de que se auxilia para llenar su mision: reune los cuerpos electorales: fortifica las plazas y señala sus radios: hace el alistamiento y recluta de la fuerza pública, la organiza y dispone de ella para todo lo que se refiere al órden y á la seguridad interior del Estado, y lo disuelve: vela por la seguridad, por la propiedad y por todos los derechos individuales, que la Constitucion y las leyes consagran, pero sin invadir las atribuciones de los tribunales, ni hollar el inviolable límite de la justicia; detiene á los criminales en la carrera del crímen, los aprehende y entrega á los tribunales para que sea cumplida la justicia: auxilia á los jueces y magistrados en la investigacion de los delitos y en la ejecucion de las sentencias: cuida del dominio público, impide sus usurpaciones, dirige su administracion: ejerce sobre las provincias, pueblos, corporaciones y establecimientos públicos una alta inspeccion de tutela: procura prevenir las calamidades públicas, y cerrar la entrada en el reino á las enfermedades contagiosas ó pestilenciales, y cuando ocurren, se afana por atajar y disminuir sus consecuencias y conseguir su desaparicion: abre, dirige y suprime establecimientos de instruccion pública y asilos de beneficencia: fomenta la agricultura, la industria y el comercio: promueve y ejecuta obras para utilidad general, celebra contratos para ellas y para todos los servicios públicos: atiende á los intereses perpétuos y morales de la sociedad, protegiendo el culto y á sus ministros: recauda las rentas y contribuciones, las distribuye y aplica en los términos prescritos por las leyes de presupuestos, ú otras especiales, y forma el censo de poblacion y de riqueza, ya para que todos contribuyan proporcionalmente con sus personas y bienes á la defensa y sostenimiento del Estado, ya para las mil aplicaciones á que conducen los datos estadísticos.

No es esta una enumeracion absoluta y precisa de las atribuciones de la Administracion: hacerlo seria una tarea demasiado larga, aun dado caso que fuera posible, que no lo es, porque nadie alcanza, sin incurrir en omisiones gravísimas, á señalar todas las circunstancias y todas las medidas, que puede la Administracion verse compelida á adoptar, por reclamarlas así las necesidades colectivas del Estado: es una indicacion de las mas necesarias y frecuentes.

Omitiendo por lo tanto descender á enumeraciones imposibles, diremos solamente que la Administracion debe ser considerada como mandataria de la ley: que ha de tomar esta por guia: que la ha de esplicar en lo que sea necesario para que sea entendida y ejecutada por todos sus ajentes y en todas las circunscripciones territoriales, de la misma manera que ha de impulsar y dirigir su accion, que ha de suplir sus omisiones, y que ha de cuidar de que sea fielmente aplicada en todos los casos particulares que se presenten. Así, y solo así, la Administracion llenará su mision, necesaria y saludable.

Si la Administracion es la accion del poder ejecutivo en todo lo que se refiere á la gobernacion del Estado, y el poder ejecutivo, segun la Constitucion, reside en el Rey, no hay duda en que el jefe de la Administracion es el Rey, y que en su ejercicio debe tener toda la libertad de accion, que es indispensable para que corresponda á tan alto fin. Todos los ajentes, pues, del órden administrativo dependen del Rey, que dirige la marcha de la Administracion pública, bajo la responsabilidad de los Ministros, que son los que moral y legalmente contestan ante los Cuerpos colegisladores, ante la opinion, y ante la historia, de la buena ó mala gestion de los negocios públicos.

Mas á poco que sobre este punto se medite, y se entre en el exámen de todas, y de cada una de las atribuciones que corresponden á la Administracion, ó lo que es lo mismo, de las que constituyen su competencia, se vendrá en conocimiente de que se dividen en dos grupos principales: el primero se refiere á su accion, el segundo á su jurisdiccion. En virtud de su accion, la Administracion ordena, dispone y arregla, ya por medio de reglamentos, prevenciones ó disposiciones generales, ya por medio de prescripciones particu-

lares: en uso de su jurisdiccion, resuelve las reclamaciones, á que dá lugar el ejercicio de su accion. Puede decirse por lo tanto que la Administracion es, ya *activa*, ya *contenciosa*: lo que hace en uso de su accion recibe el nombre de *actos administrativos* ó *actos de la Administracion activa*: lo que resuelve en el ejercicio de su jurisdiccion, y se resuelve contenciosamente, se llaman *actos de la Administracion contenciosa*. De uno y otro punto trataremos con la separacion conveniente.

§. 2.° *Actos de la Administracion activa.*

Por accion de la Administracion se entiende la facultad, que la Administracion tiene, de ordenar, en virtud de reglas generales ó de prescripciones particulares, lo que conviene á los intereses públicos. Esta facultad le corresponde, ya en virtud del principio constitucional sancionado espresamente en la Constitucion del Estado, y de que repetidamente hemos hecho mencion, segun el cual es atribucion del poder ejecutivo la de cuidar de que las leyes sean cumplidas en toda la monarquía; ya en virtud de delegaciones, que leyes especiales confieren al Gobierno y á sus diversos ajentes, en todas las divisiones territoriales del Estado.

Revestida de estas facultades, ora forma al lado de la ley un reglamento general, que viene á esplicarla, interpretarla y completarla; ya establece reglas de general observancia, de que á nadie es lícito escusarse; ya por último dicta prescripciones ó condiciones, á que el particular, á quien se dirigen, ó á quien afectan, se tiene que sujetar. Estos actos administrativos realmente llevan envueltos preceptos, que deben respetar todos aquellos á quienes se refieren, sin perjuicio del derecho, que, ó bien por la vía de la Administracion activa, bien por la de la contenciosa, puede corresponderles.

Para que un *acto* sea calificado de *administrativo* es necesario que concurran en él dos circunstancias. Es la primera que dimane de una autoridad administrativa: la segunda que se refiera á un objeto propio de la Administracion.

Por falta de la primera circunstancia no pueden las leyes ser calificadas de *actos administrativos*: no es el legislador, sino el Gobierno el que administra. La ley, colocada en una esfera superior, dá causa á actos administrativos; pero no es un acto administrativo, ni puede ser resistida en su ejecucion por el Gobierno, á quien solo cumple acatarla y cuidar de que sea ejecutada, ni por las personas, cuyos intereses ó derechos perjudique. Unicamente el mismo legislador, atendiendo á las razones de conveniencia pública, tomando en cuenta los proyectos de ley, que el Gobierno le presente, ya en uso de su iniciativa, bien espontáneamente, bien apreciando los perjuicios públicos ó particulares, que se aleguen, es quien puede modificarla ó abrogarla.

Mas la ejecucion de la ley, su esplicacion, su interpretacion, su aplicacion en la práctica, dan lugar á actos del Gobierno y de sus ajentes, que son *actos* verdaderamente *administrativos*, de que nacen frecuentemente reclamaciones, que son atendidas y decididas, segun su diferente índole reclama, ya por otros actos de administracion activa, que reforman ó confirman los que se supone ocasionaron el agravio, ya en la forma contenciosa.

No pueden ser considerados como *actos administrativos* los que emanan de autoridades del órden judicial. Si estos causan algun perjuicio, medios espeditos tienen los agraviados de obtener su reparacion, cualquiera que sea la jurisdiccion de que provengan.

Pero no son solo administrativos los actos de las autoridades administrativas unipersonales, sino tambien los de las corporaciones administrativas, que están investidas por la ley de atribuciones, para acordar, decidir y ejecutar lo que la ley les prescribe, ó les permite. En este caso están los ayuntamientos, las diputaciones provinciales, y cuantas corporaciones administrativas se hallan en iguales circunstancias.

Pero si estas autoridades no tuvieren mas que la de consulta, entonces el consejo ó dictámen, que emitan, no es un acto administrativo: lo habrá solo cuando la autoridad, á quien se haya elevado la consulta, bien con-

formándose, bien separándose de ella, adopte una resolucion. En este sentido no ejercen actos administrativos el Consejo de Estado, ni los demás consejos y juntas, que, sin relacion alguna con los particulares, se entienden solo con el Gobierno, ó que, aunque estén facultados para recibir informaciones de autoridades, corporaciones ó particulares, no pueden adoptar resolucion alguna, que dé lugar á quejas ó reclamaciones.

En este caso se hallan tambien los consejos provinciales, en todo lo que se refiere á las consultas, que evacuan en negocios de la administracion activa. Véase ACTOS ADMINISTRATIVOS.

La segunda circunstancia, que, segun dejamos espuesto, debe concurrir para que el acto se repute como administrativo, es que se refiera á un negocio de la Administracion. Por esto todos los actos de las autoridades y ajentes de la Administracion, que se refieren á contratos ó obligaciones particulares, independientes en un todo de su responsabilidad administrativa, ó si, aunque sean para servicios de la Administracion, ha tomado el que los ejecute sobre sí toda la responsabilidad personal y civil del acto, no son actos administrativos.

En los negocios de la Administracion activa no hay reglas generales, que estén prescritas para los procedimientos. No es esto decir que los que administran puedan desentenderse de adoptar los medios, que conduzcan al acierto de sus resoluciones: no deben por el contrario omitir nada de lo que aconsejan la razon, la prudencia, el interés público, el de los particulares en cuanto es compatible con el público, y la equidad, para la investigacion de los hechos y para su mejor apreciacion. No ha de estar todo escrito en la ley: el buen sentido ha de suplir siempre su silencio.

De este principio proviene el que siempre que las pretensiones que ante la Administracion se deduzcan, no sean evidentemente improcedentes, ó bien porque esté mandado por regla general que no se les dé curso, ó bien porque á primer golpe de vista aparezca que no pueden ser apreciadas, se acuda á instruir los espedientes con todos los datos, que conduzcan á formar idea exacta de la justicia ó de la injusticia, de la conveniencia ó inconveniencia de lo que se pretende.

Lo mismo se hace en todos los negocios, que, sin escitacion ninguna, y solo movida la Administracion por sus inspiraciones propias, se cree en el caso de promover. Por esto se piden por las autoridades superiores informes á las inferiores, á las corporaciones consultivas y á las facultativas, en todo lo que concierne á cuestiones de ciencias ó de artes, á las oficinas, á los archivos, á personas prácticas en la materia de que se trata, á otras que están en el caso de informar con exactitud de noticias ó de hechos: se mandan hacer reconocimientos: se ordena el recibimiento de informaciones: se oye á los que se presume que tienen interés, y especialmente á los que pueden salir perjudicados. A las veces se provocan oposiciones, mandando fijar edictos, en que se dan á conocer proyectos de la Administracion, con objeto de prevenir inconvenientes, de orillar las dificultades, que pueden suscitarse, y de conciliar todos los intereses. En una palabra, la Administracion se esclarece por la infinidad de medios, que tiene en su mano, para que sus determinaciones lleven impreso el sello de la ilustracion, de la justicia, de la necesidad y de la conveniencia pública. De este modo, y no de otro, cumple la Administracion con la mision, á que es llamada.

Pero si bien hemos dicho que no hay reglas generales de procedimiento en los negocios de la Administracion activa, esto no escluye que haya algunos, á los cuales, ó bien las leyes, ó bien las disposiciones reglamentarias señalen una tramitacion, que debe ser observada con exactitud escrupulosa, porque su omision puede hasta dar lugar á la nulidad ó á la anulacion de las providencias. No somos propensos, por regla general, á esta clase de nulidades ó anulaciones: no creemos que todo lo que se ha hecho con infraccion de una regla de tramitacion ó procedimiento, prescrita por una ley ó por otra disposicion de carácter general, lleva en sí siempre el vicio de nulidad. Mas bien nos incli-

mos á la opinion contraria, de que solo es nulo por esta clase de defectos lo que espresamente está ordenado que lo sea: pero hay algunas de estas reglas, cuya omision quita las garantías de acierto, que, ó la ley, ó la disposicion general se habia propuesto. En este caso ha creido el Consejo de Estado que debia elevar consultas proponiendo la nulidad de las resoluciones adoptadas sin el requisito exigido, y vemos que la aprobacion del Gobierno ha venido á confirmarlo (1).

§. 3.° *Actos de la Administracion contenciosa.*

No tendria la Administracion toda la libertad, toda la independencia que necesita, y que es su principal elemento de vida, si á su accion pudieran oponerse resistencias invencibles. Cuando las que se suscitan son criminales, cuando en el Código penal tienen una sancion espresa, entonces, como esplanaremos mas adelante en este mismo artículo, al fijar los límites entre la Administracion y la justicia, toca á los tribunales venir en auxilio de la Administracion, y con sus formas solemnes y con sus fallos sostener el principio de autoridad y castigar á los que lo menosprecian con sus actos.

Pero todas las resistencias, que se oponen á la Administracion, no son criminales, ó por mejor decir, no lo son en su inmensa mayoría: por el contrario, son solamente el ejercicio de derechos, que la ley reconoce y aplaude, porque contribuyen á que la marcha de los ajentes del poder ejecutivo sea legal, recta, ilustrada y respetadora de todos los derechos y de todos los intereses legítimos. Estas resistencias, cuando son infundadas, deben ser destruidas, y al contrario atendidas cuando están cimentadas en justos fundamentos. La facultad de juzgar sobre estos obstáculos, y de apreciar su justicia ó injusticia, es, y no puede menos de ser, de la Administracion: de otro modo, sujetándola á un poder estraño á ella, perderia su independencia y se coartaria su libertad; y sin independencia y sin libertad quedaria destruido el principio de responsabilidad que es esencial en todos los que administran, si la gestion de los negocios públicos ha de llevar en sí todas las garantías convenientes. Y que esta responsabilidad quedaria anulada, es indudable; porque en

(1) En el pleito seguido en el Consejo de Estado, entre el denunciador de la mina *Compromiso*, D. Francisco Arnaz Cervantes con el nombre de *La Virgen del Mar*, por una parte, y la Administracion general y la Empresa minera *Casualidad* sobre la revocacion ó subsistencia de la aprobacion, que habia recaido en el espediente de la mina *Casualidad y Quintiliano*, se revocó la Real órden reclamada, por no haber sido oida préviamente la seccion correspondiente del Consejo Real en conformidad de lo prevenido en el art. 5.° de la Ley de minería, de 11 de abril de 1849 y el 61 del reglamento para la ejecucion de la misma. Su único considerando dice:

«Considerando que la referida Real órden de 28 de noviembre de 1858, objeto de este pleito, se espidió sin oir préviamente á la seccion correspondiente del Consejo Real, conforme á los mencionados artículos en la citada ley y reglamento...» Esta sentencia es de 13 de agosto de 1859. Está en la *Gaceta* de 27 de setiembre del mismo año.

En el pleito seguido en el Consejo de Estado entre el Conde del Valle y la Administracion general del Estado, sobre que se le prestara audiencia instructiva en el espediente de declaracion de utilidad pública de las obras del Real Seminario de Vergara, se ordenó que quedaran sin efecto dos Reales órdenes, que estaban reclamadas, por haberse omitido una audiencia del interesado, que estaba prescrita por la ley. En la sentencia se leen los considerandos que siguen:

«Considerando que despues de declarada una obra de utilidad pública, es cuando, segun el tenor de la ley, ha de oirse instructivamente por el gobernador á los interesados y decidir por el mismo sobre la necesidad de que el todo ó parte de una propiedad sea cedida para la ejecucion.

»Considerando, que si bien D. José María de Murua espuso lo que tuvo por conveniente, acerca de la espropiacion de sus fincas para ensanche del Seminario de Vergara, lo verificó en virtud del llamamiento hecho á todos los vecinos por medio del *Boletin oficial*, para que manifestasen lo que creyeran oportuno, acerca de la utilidad de la obra, conforme al art. 3.° de la citada ley y no en virtud de la audiencia instructiva, que el 4.° manda dar al que ha de ser espropiado.

»Considerando que la espresada audiencia instructiva es un trámite establecido por la ley, en garantía de los intereses del propietario contra los actos de la Administracion, y que por lo mismo D. José María Murua tiene derecho á que no se prescinda de él en los términos y en la ocasion que la ley ha señalado, aunque pueda aparecer infructuoso y evacuado con anterioridad su objeto.» Esta sentencia es de 18 de enero de 1860. (*Gaceta* de 8 de febrero del mismo año.)

último resultado debería recaer, no sobre los que administran, sino sobre los que, sin administrar, decidieran de los actos de la Administracion.

Hay mas: estos actos de la Administracion no podrian ser graduados siempre por el estrecho compás de los negocios comunes del órden judicial: la conveniencia pública, la salud del Estado exigen salir de este círculo estrecho, si bien dejando salvos é indemnizando debidamente en su caso los intereses y los derechos perjudicados, y sin que se sigan las formas graves, solemnes é inflexibles que son garantía de igualdad y de acierto en los negocios particulares.

Ni podia ser de otra manera sin gravísimos inconvenientes. Confiar la decision de estas cuestiones á los Tribunales y juzgados llevaria la Administracion al órden judicial, confiaria á un poder independiente y cuyos funcionarios solo dentro de él pueden ser juzgados, cuestiones de que debe responderse ante el Parlamento, y seria por lo tanto necesario, ó desnaturalizar el poder judicial, componerlo de funcionarios amovibles y sujetarlo en el ejercicio de sus atribuciones á la Administracion, ó desnaturalizar la Administracion y la índole de las funciones administrativas.

La Administracion debe ser por lo tanto la que juzgue y decida de los actos administrativos, cuando dá lugar á reclamaciones admisibles ó rechazables segun sean las razones que les sirvan de fundamento.

Bajo este supuesto las funciones administrativas son de dos clases diferentes: consisten las unas en las órdenes ó disposiciones generales ó particulares que se adoptan imponiendo ciertas prescripciones; estos son actos de mando, actos de gobierno: las otras consisten en la apreciacion y fallo de las reclamaciones á que estos actos dan lugar. Un ejemplo esclarecerá esto: la Administracion reparte las contribuciones con arreglo á las leyes; este acto pertenece á las funciones de la primera clase, pero un particular se cree perjudicado, ó lo está realmente, por el cupo que se le ha señalado y reclama, entonces está la Administracion en el caso de ejercer las funciones de la segunda clase: las primeras funciones siempre corresponden á la Administracion activa, las segundas pueden corresponder, ya á la activa, ya á la contenciosa. Y en esto hay una notable diferencia, porque cuando las reclamaciones corresponden á la Administracion activa, son una apelacion de la Administracion activa mal informada á la Administracion activa mejor informada; son una peticion dirigida á la Administracion para que, tomando de nuevo en consideracion las circunstancias del caso, altere ó modifique su primer acuerdo; pero en su formacion no hay reglas especiales de procedimientos, no hay términos, no hay mas trámites que los que generalmente se observan en todos los demás negocios de la Administracion activa: la autoridad á que se dirigen, bien sea la que se supone causadora del agravio, bien sea la superior gerárquica que puede reformar sus disposiciones, deja subsistente ó altera lo antes mandado; pero sin dar á este negocio el carácter de contencioso.

Mas cuando las reclamaciones corresponden á la Administracion contenciosa, cambian las cosas de aspecto, y entran entonces las formas de un juicio y una série de procedimientos muy semejantes á los de los tribunales, términos, audiencias públicas, sentencias y alzadas: es decir, la Administracion deja de tener la sencillez de sus formas ordinarias, adoptando las judiciales.

Y ¿cuándo corresponden las reclamaciones de los particulares á la Administracion activa y cuándo á la contenciosa? No puede desconocerse que esta es una cuestion de las mas difíciles del derecho administrativo; pero esta misma dificultad nos obliga á entrar en su exámen.

La aplicacion al derecho administrativo de una regla del derecho comun, formalizada en el adagio *Jurisdictio voluntaria transit in contentiosam interventu legitimi adversarii*, ha contribuido á estraviar la opinion y á hacer creer que del mismo modo que en los actos de jurisdiccion voluntaria que tienen lugar ante los tribunales ordinarios la oposicion legítima del que está en el caso de impugnarlos atribuye á la jurisdiccion contenciosa lo que

antes correspondia á la voluntaria, así debe tambien suceder en los actos de la Administracion cuando son impugnados por un particular á quien perjudican. Si esto fuera exacto, fácil seria la resolucion de una cuestion en cuya investigacion tantos y tan distinguidos ingenios se han empeñado y han hecho tan profundos y concienzudos estudios. No es así como la resuelve la ciencia: no es así tampoco como se ha resuelto en las naciones estranjeras, en que se ha establecido lo contencioso-administrativo ni entre nosotros. El Consejo Real en sus dos épocas, el Tribunal contencioso-administrativo en la suya y actualmente el Consejo de Estado han adoptado otras reglas que, fundadas en los principios, vienen á formar la jurisprudencia. Ensayemos esplicarlas.

Los actos de la Administracion, segun queda dicho, no siempre dimanan de la misma clase de atribuciones, porque ya son efecto del poder de que está investida para adoptar disposiciones generales, ó decisiones especiales en los negocios que están puestos á su cargo, ya de la aplicacion de una ley ó de una disposicion administrativa, que á imitacion de le ley ha creado derechos. Cuando hace lo primero, puede decirse que la Administracion es una especie de complemento del poder legislativo; tiene el derecho de mandar: ejerce en poder discrecional ó de gracia, como algunos dicen. Al derecho de mandar es correlativa la obligacion de obedecer: podrá haber quejas, podrá haber intereses desatendidos ó perjudicados si se quiere, pero no derechos vulnerados: podrá acudirse á la Administracion misma para que, mejor instruida gubernativamente, por la vía graciosa, ó lo que es lo mismo, por los medios que tiene espeditos para ilustrarse de nuevo y reformar sus propios actos, aleje los males que por falta de instruccion bastante, ó por otras causas haya ocasionado; pero no hay posibilidad de entablar contra ella un litigio verdadero, porque como tiene el derecho de mandar y hay la obligacion de obedecer, en el ejercicio de una facultad y en la obediencia que le es debida, no puede decirse que haya violacion de derecho, aunque no salgan bien librados los intereses. Conviene aquí por lo tanto distinguir los *derechos* y los *intereses*, porque al paso que la violacion de aquellos dá lugar á la vía contencioso-administrativa, la de los intereses la rechaza, dejando solo espedita la vía de gracia, el poder discrecional, que siempre queda vivo en la Administracion en su carácter de activa.

Pero cuando la Administracion, lejos de tener este poder discrecional, es llamada simplemente á aplicar la ley ó una disposicion administrativa que ha creado derechos á casos particulares, cuando por lo tanto se encuentra frente á frente de derechos que tiene que respetar, despojada entonces de sus atribuciones activas, queda limitada á la aplicacion exacta y rigurosa de la ley, y las reclamaciones contra ella toman el carácter contencioso y sus jueces pronuncian ó consultan decisiones que tienen la forma de sentencias.

Quede, pues, sentada la regla de que cuando la Administracion perjudica intereses hay solo el recurso en la forma graciosa ó á la Administracion activa, pero cuando viola derechos da entrada á lo contencioso-administrativo.

Para mejor aclaracion de este punto, conveniente creemos poner algunos ejemplos. Cuando el gobierno aprueda la direccion que ha de llevar un camino favoreciendo á unos y perjudicando á otros, cuando en la construccion de un ferro-carril señala las propiedades que han de ser espropiadas, cuando dá un reglamento estableciendo la anchura de las llantas de los carruajes y prohibe los clavos de resalto, cuando un alcalde adopta disposiciones que imponen obligaciones á los vecinos para la seguridad de la vía pública, para la libertad del tránsito ó para la limpieza de las calles, obran tanto el Gobierno como el alcalde en virtud del poder discrecional que les corresponde: pueden efectivamente creerse perjudicados los intereses públicos por la direccion del camino y en este sentido reclamar su reforma aquellos que del cambio de direccion esperan alguna ventaja, ó sienten perjuicio por la que se le haya dado; pueden los dueños de las propiedades que se sujetan

á la espropiacion reclamar por el indebido señalamiento de sus fincas, pueden hacerlo los interesados en empresas de carruajes, y los particulares que tengan que reformar los suyos en virtud de la nueva disposicion, pueden los vecinos impugnar las providencias del alcalde sosteniendo que por medios menos gravosos puede atenderse á la seguridad, á la libertad del tránsito y á la limpieza de la vía: pero ninguno de estos reclamantes tiene un derecho perfecto que en realidad haya sido violado; todas las reclamaciones se refieren á intereses real, ó imaginariamente perjudicados, perjuicios que, como causados por la Administracion en uso de su poder discrecional, solo por la vía gubernativa misma, ó lo que es lo mismo en su carácter de activa, deben ó pueden ser reformados. El caso que tal vez parecerá mas dudoso á algunos es el que hemos indicado de la ocupacion de las fincas, por ejemplo, para la apertura de un ferro-carril: pero si se considera que la cuestion en este caso no es de propiedad que por su índole no puede ser juzgada nunca por la Administracion, ni en su carácter de activa, ni en el de contencioso, ni de indemnizacion que podrá pertenecer ya á la Administracion activa, ya á la contenciosa, sino de ocupacion de terrenos, se tendrá que convenir en que no puede menos de corresponder á la Administracion activa, porque el derecho de propiedad lleva en sí implícita la condicion de la espropiacion, siempre que para la necesidad ó para la utilidad pública sea necesaria, de modo que en tanto puede ser violado en cuanto se niegue la indemnizacion. Ni ¿cómo sujetar á las condiciones de un juicio la necesidad de un camino, su direccion, sus circunstancias y las reglas de policía bajo cualquiera de sus aspectos?

Para convencerse de la prudencia con que se ha establecido esta teoría, basta observar que si en los dos primeros casos propuestos se sujetara al Estado á seguir un juicio, aunque fuera ante la misma Administracion para decidir de las resistencias individuales, seria empeñarlo en mil pleitos, que podrian ser causa de que la carretera ó el ferro-carril jamás se construyera, ó que se construyera, no con la oportunidad que el bien público exigiese y que si en el tercero y cuarto caso hubiera lugar á la vía contenciosa, vendrian frecuentemente á hacerse imposibles todas las medidas de policía urbana y de carreteras.

Pongamos ahora algunos ejemplos de derechos verdaderos perjudicados por la Administracion que den lugar á la via contencioso-administrativa. Se ha repartido una contribucion territorial, y se ha perjudicado á uno de los contribuyentes, imponiéndole una cuota comparativamente mayor que la que con relacion á los demás le corresponda; si la Administracion activa escitada se niega á reparar el agravio, el perjudicado puede encontrar su remedio en la vía contenciosa: lo mismo sucederá con el empleado cesante jubilado á quien se le niega la pension concedida por las leyes á los que en su caso han prestado largos servicios al Estado, con el huérfano ó la viuda respecto á sus derechos de orfandad, ó de viudedad y con el empresario de una obra pública á quien el Gobierno se niega á satisfacer lo que le debe. En todos estos casos hay derechos en toda la estension de la palabra: su violacion debe dar lugar á lo contencioso-administrativo.

Podríamos aglomerar los ejemplos, pero reputamos inútil detenernos en lo que nos parece suficientemente aclarado. Sin embargo será conveniente hacer aquí espresion de algunos negocios que terminantemente declara nuestro derecho escrito, que deben ser ventilados en juicios contencioso-administrativos, pero sin que por eso se escluyan los demás que lo son por su índole, y que con arreglo á los principios que dejamos espuestos, corresponden á su competencia. Los espresados en las leyes á que nos referimos, son:

1.° Los de uso y distribucion de los bienes y aprovechamientos provinciales y comunales.

2.° Los de repartimiento y exaccion individual de toda especie de cargas municipales y provinciales cuya cobranza vaya unida á la de las contribuciones del Estado.

3.° El de los daños y perjucios causados por la ejecucion de las obras públicas.

4.° Los de incomodidad ó insalubridad de las fábricas, establecimientos, talleres, máquinas ú oficios y su remocion á otros puntos.

5.° Los de deslinde de términos municipales, cuando estas cuestiones procedan de una decision administrativa.

6.° Los de curso, navegacion y flote de los rios y canales, obras hechas en sus cauces y márgenes y primera distribucion de sus aguas para riegos y otros usos comunales (1).

7.° Todos los negocios de naturaleza civil correspondiente á la administracion de los ramos de correos, caminos, canales y puertos, cuando, segun sus instrucciones respectivas pasen á la clase de contenciosos con inclusion de los casos de espropiacion forzosa por causa de obras públicas (2), pero no los litigios sobre propiedad y los procedimientos por remate y venta de bienes contra sus deudores (3).

8.° Los en que se alegue infraccion de las disposiciones establecidas en la ley de enajenacion forzosa por causa de utilidad pública, Reales decretos y reglamento dados para su ejecucion en una disposicion gubernativa adoptada sobre la necesidad de que el todo ó parte de una propiedad deba ser cedida para ejecucion de las obras públicas, provinciales ó municipales declaradas ya de utilidad pública (4).

9.° Los de minas que se entablen:

1.° Contra las resoluciones por las cuales se confirme ó se desestime el permiso ó negativa para la investigacion.

2.° Contra las dictadas concediendo ó negando la autorizacion para abrir socavones ó galerías generales.

3.° Contra las resoluciones finales concediendo ó negando la propiedad de minas, escoriales, terreros y galerías generales (5).

4.° Contra las tasaciones de indemnizacion á que se refieren algunos artículos del Reglamento de 5 de octubre de 1859 para la ejecucion de la ley de minería del mismo año (1).

5.° Contra las resoluciones gubernativas de las cuestiones que se promueven entre la Administracion y los concesionarios sobre la inteligencia y cumplimiento de las condiciones establecidas en la concesion (2).

Pero hay negocios que no debiendo por su naturaleza corresponder á la jurisdiccion contencioso-administrativa le están atribuidos especialmente por las leyes atendiendo á razones de conveniencia pública, si bien desviándose un tanto del rigor de los principios.

A esta clase corresponden:

1.° Las cuestiones que se susciten respecto al cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los remates y contratos que la Administracion general, la provincial ó la municipal hayan celebrado para servicios y obras públicas (3).

2.° Las de arrendamiento y venta de bienes nacionales y actos posesorios que de ellos se deriven (4).

3.° Las de deslinde y amojonamiento de los montes que corresponden al Estado, á los pueblos ó á los establecimientos públicos (5).

4.° Las de calificacion de títulos de los partícipes legos en diezmos (6).

No nos detendremos aquí en tratar de cada uno de estos puntos: los cuatro correspondientes á la última clase encontrarán en la seccion 4.ª de este artículo el desenvolvimiento necesario, y todas en el lugar que les corresponde por el órden alfabético que es el seguido en esta obra.

Además de los puntos de que queda hecha

(1) Art. 8.° de la ley de 2 de abril de 1845.
(2) Art. 1.° del Real decreto de 23 de setiembre de 1846.
(3) Art. 2.° del mismo Real decreto.
(4) Art. 25 del Real decreto de 27 de julio de 1853.
(5) Art. 89 de la ley de 6 de julio de 1859.

(1) Art. 84 del mismo Reglamento.
(2) Art. 93 de la ley de 6 de julio.
(3) Art. 1.° del Reglamento sobre el modo de proceder el Consejo Real en los negocios contenciosos de la Administracion de 30 de diciembre de 1846, y 53 del artículo 8.° de la ley de 2 de abril de 1845 sobre organizacion y atribuciones de los Consejos provinciales.
(4) Ley de 20 de febrero de 1850 fijando las bases de la contabilidad general, provincial y municipal, Real órden de 25 de enero de 1849 y artículo 1.° de la Real órden de 20 de setiembre de 1852.
(5) §. 7 del art. 8.° de la ley citada de 2 de abril de 1845.
(6) Art. 4 de la ley de 20 de marzo de 1846.

mencion y respecto á los cuales está espresamente declarado que tiene lugar la competencia contencioso-administrativa establecen las leyes una regla general reducida á que es competente en todo lo contencioso de los diferentes ramos de la Administracion para los cuales no hay establecidos juzgados especiales. Así lo dice la ley sobre la organizacion y atribuciones de los Consejos de provincia (1). Así tambien lo ordena el caso 5.° del art. 11 de la ley de organizacion y atribuciones del Consejo Real, si bien con mas concision poniendo entre los casos en que debe ser consultado necesariamente el Consejo el de los *negocios contenciosos de la Administracion*, sin individualizarlos, frase esplicada en el artículo 1.° del Reglamento sobre el modo de proceder el mismo Cuerpo en lo contencioso. En él, despues de decirse que corresponde al Consejo conocer en primera y única instancia de las demandas contenciosas sobre cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno, ó por las Direcciones generales de los diversos ramos de la Administracion, se añade que lo mismo tiene lugar en *las demandas contenciosas á que den lugar las resoluciones de los Ministros*, si bien añade *cuando el Gobierno acuerde préviamente someter al conocimiento del Consejo la reclamacion de las partes*, adicion cuyo desenvolvimiento quedará completado en el artículo de *Contencioso-administrativo*.

Espuestas la competencia de la Administracion en su carácter de contencioso-administrativa, tal vez se echará de menos por algunos, que no aprovechemos la ocasion presente para tratar aquí de los requisitos que deben concurrir en los actos de la Administracion activa, para dar lugar á la jurisdiccion contenciosa, de la forma de proceder en esta clase de negocios y de los cuerpos en que deben ventilarse. No lo permite, sin embargo, el método de nuestra publicacion: en el artículo **CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**, quedará completado lo que aquí no se espresa acerca de los requisitos que han de concurrir en los actos administrativos para que sean decididos por la Administracion en forma contenciosa: en los artículos **CONSEJO DE ESTADO: CONSEJOS PROVINCIALES: TRIBUNAL DE CUENTAS Y TRIBUNALES DE CUENTAS DE ULTRAMAR**; lo que se refiere á la constitucion de estos Cuerpos, y á la manera de proceder, y en la seccion séptima de este artículo que se refiere á los cuerpos por que se ejerce hoy la jurisdiccion-administrativa. (Véanse los artículos **CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: CONSEJO DE ESTADO: CONSEJOS PROVINCIALES: TRIBUNAL DE CUENTAS, Y TRIBUNALES DE CUENTAS DE ULTRAMAR.**)

(1) Art. 9.°

SECCION III.

DE LAS ATRIBUCIONES DE LA ADMINISTRACION EN SUS RELACIONES CON EL PODER LEGISLATIVO.

No deben, no pueden confundirse las atribuciones de la Administracion con el poder legislativo, como no debe confundirse la ley con su ejecucion. El poder legislativo colocado al frente del Estado y ejercido por las Córtes con el Rey, fija los principios de la gobernacion, declara derechos y tiene una autoridad ilimitada: es la genuina espresion de la soberanía. La Administracion, partiendo de las prescripciones del poder legislativo, subordinado á él, encargado de poner en ejecucion las leyes, tiene necesariamente que descender á numerosos pormenores, para que tengan exacto, igual, recto y bien entendido cumplimiento en toda la Monarquía. Con razon se ha dicho que el poder legislativo es la cabeza del Estado y el ejecutivo ó la Administracion puesta en accion su brazo; el legislativo es inerte, el ejecutivo está en contínua actividad: el primero es la ley escrita, la ley muda, la ley que no ha herido aun los oidos de los que han de ejecutarla; el segundo es la ley en práctica, la que ha llegado por medio de la promulgacion á noticia del público; la que se ejecuta en todas las divisiones y subdivisiones territoriales.

Pero por lo mismo que la ley en su espíri-

tu de generalidad y abstraccion, en la necesidad que tiene de no descender á pormenores alterables de suyo que le quitarian ese carácter de permanencia y estabilidad que tan bien dice á su prestigio, y en la imposibilidad en que está de hacerlo sin rebajar su importancia, sin esponerse á cometer errores trascendentales, y sin confundir las medidas legislativas con las de ejecucion, introduciendo así la perturbacion en los poderes públicos, tiene que dejar al poder ejecutivo, todo lo que toca á su cumplimiento. Este, por lo tanto, para llenar cumplidamente su mision, se vé con frecuencia precisado á llenar los vacíos de la ley, á desenvolver sus principios, á dar reglas é instrucciones que haciendo uniforme su inteligencia impidan la arbitrariedad de los ajentes subalternos que han de ayudarle De este modo la Administracion viene á tener un carácter auxiliar y supletorio del poder legislativo, que le dá esa autoridad discrecional de que hablamos en el parrafo 3.° del capítulo que antecede.

Difícil es, en verdad, señalar hasta dónde debe llegar la ley, y dónde debe comenzar la Administracion. Muchas veces hemos visto discutirse con este motivo en los Cuerpos colegisladores la línea de separacion que debe haber entre la ley y el reglamento: nunca hemos oido dar una regla aceptable, y que merezca el asentimiento de los hombres que mas se han distinguido en el Parlamento, ni de los que mas han brillado en la Administracion. Por el contrario, muy frecuentemente hemos visto leyes descendiendo á pormenores materiales de ejecucion, y alguna vez á los que ni aun parece que debian ser objeto de reglamentos que tuviesen cierto carácter de estabilidad, sino de disposiciones transitorias que podian muy bien comprenderse en una circular ó en una instruccion para la ejecucion de la ley.

Por esto nos parece que hay mucho de arbitrario en cuanto á este punto se refiere. Vemos en efecto que el legislador por regla general fija los principios cardinales de su disposicion soberana, que crea los derechos, que establece las reglas que estima convenientes para que se limiten estos dentro del círculo á que há querido circunscribirlos, y que deja lo demás al poder ejecutivo; pero observamos al propio tiempo que hay leyes que no comprenden tanto, y otras que comprenden mucho más, de modo que parecen indicarnos que en cada caso el legislador, segun la importancia que dá á su obra, deja ya más, ya menos, á la Administracion. Así se han dado autorizaciones al Gobierno, ya para redactar leyes que por su urgencia no daban lugar á la discusion detenida y ámplia de los Cuerpos colegisladores, ya para plantear otras formuladas, que por su tecnicismo, estension ó dificultad de ser examinadas en todos sus pormenores, habian pasado solo por una discusion geneneral de los Cuerpos colegisladores, ya, por último, se han adoptado bases capitales de otras leyes para que el Gobierno, partiendo de ellas, formulára y publicára lo que por razones de conveniencia no habia discutido ni votado el Parlamento. Las leyes de organizacion y atribuciones de los ayuntamientos, diputaciones provinciales, Consejos y gobiernos de provincia y del Consejo Real, publicadas en 1845, están en el primer caso; en el segundo se halla el Código penal, y la ley de Enjuiciamiento civil en el tercero.

Sentados estos principios, y en la necesidad que tenemos de fijar, si no con precision, al menos del modo posible, los límites entre el legislador y la Administracion, diremos que estos se hallan fijados en la Constitucion de la Monarquía, que despues de declarar que la potestad de hacer leyes reside en las Córtes con el Rey (1), establece que la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y que su autoridad se estiende á todo lo que conduce á la conservacion del órden público en lo interior, y á la seguridad del Estado en lo esterior (2), y le dá espresamente la facultad de espedir los decretos, reglamentos, órdenes é instrucciones necesarias para la ejecucion de las leyes (3). Añadiremos que estos límites se fijan con frecuencia en leyes espe-

(1) Art. 12.
(2) Art. 43.
(3) Art. 45, atribucion 1.ª

ciales, en que se encarga al Gobierno hacer reglamentos que exige el cumplimiento de ciertas leyes, y que por lo tanto todo lo que no está escrito en la ley, pero que es una derivacion de ella, es de cargo de la Administracion, la cual nunca debe propasarse á faltar á su espíritu, forzándolo y llevándolo á donde no pensó el legislador estenderlo.

Sin embargo hay materias determinadas en que pocas cosas, tal vez ninguna, dejan de ser objeto de ley. A esta clase pertenecen todas las que se refieren al derecho civil, al mercantil, al penal y á los procedimientos que tienen lugar para la aplicacion de estas diferentes clases de leyes. La capacidad civil de las personas, la creacion de las personas jurídicas, las obligaciones de los ciudadanos en el órden de la familia, las reglas que ordenan las transacciones mútuas, la adquisicion, comunicacion y trasmision de la propiedad, las que con su sancion penal vienen á hacer respetables todos los derechos sociales, las que establecen la organizacion del poder judicial, y sus formas solemnes de proceder no pueden dejar nada á la Administracion. De este modo pueden solo adquirir el carácter importante que les dá el tinte de los siglos, esa permanencia, esa especie de asiento de que carecen las demás leyes, y que hace que se trasmitan de unas á otras generaciones creciendo al compas del tiempo el respeto y veneracion que se concilian. En estas leyes debe huirse en lo posible de dejar algo á la prudente discrecion del Gobierno, y lo que es más al arbitrio judicial: á ellas es aplicable el aforismo del célebre Canciller Bacon, *Optima lex est, quæ minimum judicis arbitrio relinquit*: la fijeza de estas leyes es prenda de justicia, á lo que se agrega que nadie debe ser juzgado sino en virtud de leyes preexistentes, porque, como dijo con enérgica espresion el mismo jurisconsulto *¿si enim vocem non det tuba, quis se paravit ad bellum?* Lo que la ley no dice en tan graves puntos, no puede suplirlo el Gobierno, porque de otro modo quedaría árbitro de intereses que la Constitucion quiere que sean del todo independientes de él; tampoco puede ser suplida por la magistratura, que limitada á aplicar las leyes civiles y penales en los casos que son llevados á los tribunales, no puede adoptar disposiciones y medidas generales, ni circularlas, ni prescribirlas como reglas á sus inferiores, ni á sus subordinados.

No sucede otro tanto respecto de las leyes que se refieren al Estado mismo, ó á los intereses colectivos de la sociedad. En estas, el Gobierno y la Administracion por consiguiente, obrando en nombre del Estado, no puede menos de tener latitud para moverse, porque de otro modo sufririan menoscabo los intereses públicos. El legislador, que cediendo á desconfianzas estremas quisiera ligar las manos de los ajentes de la Administracion y tuviese la presuncion de creer que podia preverlo todo, concluiria por dejar al Estado sin gobierno. Contra los abusos de los ajentes de la Administracion en todas sus categorías deben estar las prendas de acierto que la ley fije para su eleccion, la vigilancia á que los sujete, la responsabilidad que les exija, y el rigor con que los juzgue. En los países bien constituidos mucho quedará fuera de estas leyes que sea de competencia de la Administracion.

SECCION IV.

DE LAS ATRIBUCIONES DE LA ADMINISTRACION EN SUS RELACIONES CON EL ÓRDEN JUDICIAL.

La division de los grandes poderes del Estado es el principio de que dimanan las reglas que fijan la competencia de la Administracion con relacion al órden judicial. Al poder ejecutivo corresponde el cumplimiento de las leyes en general (1), al judicial su aplicacion en los negocios civiles y criminales (2). Uno y otro poder son independientes en el ejercicio de sus funciones; uno y otro deben recíprocamente auxiliarse, pero sin confundirse y sin subordinarse. Mas, esta base que es capital y que al primer golpe de vista no presenta inconvenientes de ejecucion, está erizada de dificultades en su aplicacion prác-

(1) Art. 43 de la Constit.
(2) Art. 66.

tica, dificultades que vá venciendo la jurisprudencia interpretando las leyes, y llevando con perseverancia á cabo lo que exigen los principios.

Para comprender mejor esta materia, hablarémos con la separacion conveniente.

1.° De los límites respectivos de las autoridades administrativas y judiciales:

2.° De la necesidad que tienen de auxiliarse mútuamente.

3.° De las competencias, que entre ellas se suscitan.

4.° De la autorizacion, que necesitan los jueces y tribunales, para encausar á los empleados en la Administracion por actos en el ejercicio de sus funciones.

Pero antes de entrar en el exámen de cada uno de estos importantísimos puntos, debemos decir que no es lícito á los interesados dejar de acudir á la Administracion para hacerlo al órden judicial, en materias que son del exámen y decision de la primera, ni por el contrario acudir á los tribunales en negocios de la competencia de las autoridades administrativas. Aquí no hay sumision posible, ni espresa ni tácita: estas competencias son cuestiones, no de interés particular, sino de órden público: en ellas se trata de la independencia recíproca de los poderes ejecutivo y judicial: son cuestiones á la vez políticas y de gobierno, que se resuelven con arreglo á los principios de derecho público, que no puede sufrir alteracion por hechos de los particulares, ni por los de las mismas corporaciones y autoridades administrativas. Lo contrario seria introducir la confusion y el desórden en lo que debe estar siempre deslindado para el bien general. La competencia dimana de la ley, y el que solo la tiene esclusiva para juzgar de determinada clase de negocios, no puede, ni aun á contento de las partes, entender en otra clase de asuntos. Así lo vemos declarado, no solo en decisiones de competencias (1), sino tambien en numerosos pleitos, en que ya el Consejo Real, ya el Tribunal contencioso-administrativo, ya el Consejo de Estado han creido declarar en definitiva incompetente á la Administracion.

Tambien debemos advertir que la misma division, entre las atribuciones administrativas y judiciales, es estensiva á los actos, que tuvieron lugar antes de que se hallara establecida la armónica distribucion de facultades, que por consecuencia de la division de los poderes públicos ha tenido lugar modernamente entre nosotros, toda vez que se han reducido las atribuciones judiciales en todo lo que á los actos antiguos de la Administracion se refiere; y esto aun en el caso tambien de que estuviera antes incoada la demanda, puesto que su competencia, como dice una decision (1), se fundaba únicamente en la falta de tribunales en lo administrativo. Así espresamente lo declaró la Real órden de 24 de octubre de 1846, ordenando que todos los negocios contencioso-administrativos, pendientes ante los Tribunales á la publicacion de la ley de 2 de abril de 1846, sobre la organizacion y atribuciones de los Consejos provinciales, correspondian á los Consejos provinciales ó al Real, segun se hallasen ó no fallados en primera instancia: regla

(1) Decision á favor de la Administracion en la competencia suscitada entre el jefe político y el subdelegado de rentas de Murcia, con motivo de las multas impuestas á Francisco Melgar por no cumplir las condiciones del abasto de carnes del pueblo de Santomera (*26 de enero de 1848.*). «Considerando: 5.° Que tampoco obsta para lo dicho, segun lo supone el subdelegado, la aquiescencia del Ayuntamiento de Santomera, que litigó ante él como ante juez competente, porque creado, no en beneficio de los particulares, sino de la Administracion en general, el fuero contencioso-administrativo, no puede renunciarse espresa ni tácitamente, de manera que resulte sumision á jurisdiccion estraña ó prorogacion de ella.» (Tomo 43, núm. 5.° de la *Coleccion legislativa*.)

(1) La misma decision anteriormente citada. — «Considerando: 4.° Que para la aplicacion de esta ley al presente caso no es óbice, como lo creyó el subdelegado de rentas de Murcia, la circunstancia de haberse incoado antes de su publicacion el pleito que el jefe político reclama, porque habiéndose únicamente fundado hasta entonces la competencia de los tribunales en lo administrativo en la falta de los de esta clase, dejaron de ser competentes, desde que estos aparecieron, en virtud de dicha ley, por lo cual la Real órden tambien citada dispuso que los negocios contencioso-administrativos, pendientes en aquella época ante los tribunales, se sometiesen á la nueva jurisdiccion administrativa, para continuarlos segun su estado ante la misma.»

que no es nueva; sino general casi siempre, cuando se crean jurisdicciones nuevas y se suprimen ó limitan las anteriormente establecidas.

§. 1.° *Principios generales en que se funda la competencia respectiva de las autoridades administrativas y judiciales.*

La fijacion de los límites entre las atribuciones y autoridades administrativas y judiciales, si bien se funda en principios que se derivan mas ó menos inmediatamente de las funciones, que á cada una están encomendadas, ha agitado mucho á los escritores, que en los tiempos modernos se han dedicado al importantísimo estudio de esta parte del derecho. Sucede aquí que, sentadas las reglas generales, que á falta de leyes escritas vienen practicándose en las naciones, en que están deslindadas, y tienen independencia las funciones administrativas y judiciales; en la dificultad, ó por mejor decir, en la imposibilidad de recorrer todas las diferentes atribuciones de una y otra clase de funcionarios, parece mucho mas sencillo, mas espedito y mas al alcance de todas las inteligencias manifestar las prohibiciones, que tienen, tanto las autoridades judiciales, como las administrativas, para no perturbarse en el ejercicio de las suyas respectivas. Así hemos visto frecuentemente en el derecho y en jurisconsultos de primera nota que, para esponer quiénes son los que pueden practicar algun acto civil, espongan los que tienen prohibicion de verificarlo, como medio mas sencillo de que se conozca á quienes les está permitido. Siguiendo en la presente ocasion, y contra nuestra costumbre este método, por las razones que dejamos indicadas, espondremos en este párrafo los principios en que se funda la teoría de la separacion de atribuciones, para descender despues en los siguientes á las prohibiciones, que tienen los ajentes de la Administracion y de la justicia.

Tanto las autoridades judiciales, como las administrativas, están, como hemos dicho, encargadas de la ejecucion de las leyes; pero debemos repetir aquí que estas leyes son de diverso género, segun ya dejamos espuesto. Esto se esplica por la diferente mision, confiada á unas y á otras autoridades. A los tribunales y juzgados toca la proteccion y defensa de los derechos individuales; á las autoridades administrativas la proteccion y defensa de todos los derechos colectivos de la sociedad. De aquí dimana la diferencia en el ejercicio de unas y otras funciones. Las autoridades administrativas estienden sus atribuciones á mandar ó prohibir en los casos no espresos en la ley, si lo conceptúan necesario para su cumplimiento, supliendo de este modo, y frecuentemente por medidas generales, la insuficiente espresion de la ley escrita, y creando así derechos; las judiciales se limitan á la aplicacion de las leyes, en los casos previstos casi siempre por el legislador, ó que se derivan del espíritu de la ley, ó de su genuina inteligencia ó recta interpretacion, y esto solo en las cuestiones particulares, sin que por medidas generales puedan crear derechos, ni reglas á las que hayan de sujetarse en la administracion de justicia: las autoridades administrativas aplican las leyes de la administracion en los negocios públicos y solo en los de los particulares cuando están ligados y se complican con los públicos. Las judiciales se limitan á la aplicacion de las leyes en los juicios civiles y criminales: las autoridades administrativas tienen delante de sí el ancho campo del órden, de la utilidad y de la conveniencia pública. Las judiciales, circunscritas dentro del estrecho círculo de la ley y de la jurisprudencia, deciden siempre sobre derechos positivos, sobre hechos preexistentes, graduando y calculando las pruebas, segun el criterio jurídico; las administrativas, adelantándose previsoramente á la perpetracion de los delitos con medidas de vigilancia, impiden con frecuencia su principio, otras su consumacion, y cuando esta tiene lugar procuran auxiliar á los tribunales en atenuar sus consecuencias, en hacerlas menos sensibles, en la investigacion de los delitos, en la aprehension de los criminales y en la ejecucion de los fallos.

Mas á pesar de estas notables diferencias, entre las autoridades judiciales y administra-

tivas, bastante frecuente es que se embaracen recíprocamente en su accion, lo que es causa de contínuos conflictos, que han dado lugar á repetidas decisiones del Gobierno á propuesta del Consejo Real, del tribunal contencioso-administrativo y del Consejo de Estado, que en los últimos catorce años han sido, segun los tiempos de su respectiva existencia, los cuerpos consultivos del Gobierno en esta delicadísima materia.

Para precaver tales conflictos, lo primero que deben hacer las autoridades administrativas y judiciales es evitar ser invasoras, y circunscribiéndose cada una á los límites de sus funciones, respetar escrupulosamente las de la otra.

Pero es muy frecuente que se compliquen las cuestiones de una y otra clase, y que, estando la autoridad administrativa ó la judicial, entendiendo en un negocio de su indisputable competencia, tropiece con una cuestion de competencia tambien indisputable, de la otra. En este caso, lo que debe hacer cada una es encerrarse en los límites de su propia competencia, dejando íntegramente á la otra la resolucion que le corresponda, tanto en el caso de que sea prejudicial la cuestion incidente, como en el que no lo sea; con la diferencia de que, cuando sea prejudicial, deberá esperarse su decision para que pueda continuarse la otra. Por esto la Administracion, que está indispntablemeote en su derecho, liquidando un contrato de servicios públicos, desde el momento en que se presentan varios suponiéndose herederos del contratista é impugnándose mútuamente, debe suspender cuantos actos necesiten la intervencion de la persona del heredero y la realizacion del pago, si resulta alcance á su favor, hasta que los tribunales declaren quién es el heredero legítimo. Por esto tambien, cuando entre dos particulares se sigue un pleito sobre la propiedad de un terreno, que el Estado, por error, ha incluido en una obra pública, el Tribunal, al declarar la propiedad al que reputa dueño, no puede estenderse á declarar la destruccion de la obra, ni la restitucion del terreno, porque entonces vendria á invadir las funciones administrativas; sino que, declarado el derecho de propiedad, debe dejar al que ha salido vencedor en el juicio espedito su derecho para que pueda acudir solicitando su indemnidad á la Administracion, como debe hacerlo tambien, siempre que una ejecutoria imponga á esta el pago de alguna suma ó la indemnizacion de daños y perjuicios.

Hemos dicho que cuando una cuestion es prejudicial, debe ser decidida préviamente por la autoridad, que competa, antes de que empiece ó continúe la otra, aunque sea anterior, permaneciendo suspensa en el intermedio. Esto está decidido en una contienda de competencia, entre la Administracion y el poder judicial, que en sus considerandos contiene uno, en que se dice: *que hasta que la Administracion haya resuelto definitivamente, y por todos los trámites marcados un espediente,* que es de su competencia, *dando por terminada la cuestion prévia, de la cual dependa el fallo de los Tribunales ordinarios, no tiene estado el asunto para que los Tribunales entren á conocer de él y aplicar, como complemento de la accion civil, la accion penal, que se considere procedente* (1). Resolucion justa, que acomoda á las relaciones entre la Administracion y el órden judicial, lo que el derecho comun establece por regla general siempre que se trata de cuestiones, cuya resolucion prévia tiene que influir decisivamente en otra.

Esto mismo está además confirmado en competencia, decidida á consulta del Consejo de Estado (2).

(1) Decision á favor de la Administracion de la competencia, suscitada entre el gobernador de la provincia de Cáceres y el Juez de primera instancia de Montanches, con motivo de haber negado el Ayuntamiento de Salvatierra, permiso á D. Martin García Baquera, para abrir dos ventanas en casa de su propiedad (*en de 15 de marzo de* 1854). (*Coleccion legislativa.* Tomo 61, núm. 12.)

(2) Decision á favor de la Administracion en la competencia entre el Gobernador de Leon y el Juez de primera instancia de Murias de Paredes, con motivo de la formacion de una causa criminal por usurpacion de terrenos de montes comunales (*26 de junio de* 1859). Tiene estos dos considerandos: «Considerando: 1.° Que, si bien á la Autoridad judicial corresponde conocer en el fondo del negocio de que se trata, que es la persecucion y castigo del delito, que se define en el citado artículo 441 del Código penal, hay en el mismo negocio una cuestion prévia, de las que habla el artículo del

§. 2.° *De las prohibiciones impuestas á las autoridades judiciales respecto á los negocios administrativos.*

Todas las prohibiciones, de que tratamos en este párrafo, si bien son derivacion de los principios generales, que dejamos espuestos en el anterior y algunas dimanan inmediatamente de la ley escrita, están desenvueltas en la jurisprudencia por las decisiones de competencias entre las autoridades administrativas y judiciales, y frecuentemente tambien por las sentencias reales, á propuesta de los altos cuerpos consultivos del Estado. Por esto acudiremos aquí, mas que en otras partes de la ENCICLOPEDIA, á buscar estos precedentes, que son los que han dado vida legal á materia tan importante.

Prohibicion 1.ª

Adoptar medidas generales, ni aun en lo que se refiere á la Administracion de justicia.

En la confusion antigua de la Administracion y de la justicia, era comun ver que los Magistrados y Jueces, por circulares y aun á veces por bandos, adoptaran reglas, que tuvieran un carácter, mas ó menos general, para los que estaban sujetos á su jurisdiccion: medidas, que, no solo se referian á los negocios, que hoy tienen el carácter de administrativos; sino tambien á los que pertenecian á la administracion de justicia. Esta costumbre naturalmente habia de durar mas que el régimen, á que debia su orígen, porque es mas lento el desenvolvimiento de la ley hasta sus últimas consecuencias, que la enunciacion del legislador, en que establece el principio que las ha de traer necesariamente en lo sucesivo.

Por esto, en tiempos bien modernos, y aun despues de separadas las funciones administrativas de las judiciales, hemos visto, y con harta frecuencia al principio, alocuciones y circulares de jueces, en que hacian manifestacion de la conducta, que en el órden judicial y aun en el político se proponian seguir, reminiscencias todas del antiguo sistema, en que

---

Real decreto, que además se menciona (*alude al Real decreto de 4 de junio de* 1847), cual es el deslinde de los montes comunales, que reclama el Gobernador de la provincia de Leon, y está atribuido especialmente á la Administracion, por las disposiciones en último lugar referidas (*las que se refieren al deslinde de montes comunes*).

2.° Que, por lo tanto, la Autoridad administrativa debe verificar sin demora este deslinde, pasándo con la mayor brevedad posible un acta de su resultado al Juez de primera instancia de Morias de Paredes para los efectos que procedan en la causa criminal en que este entiende.»

Decision á favor de la Administracion, en parte, y en parte de la Autoridad judicial, entre el Gobernador de Leon y el Juez de primera instancia de Valencia de D. Juan, sobre un interdicto de obra nueva (*19 de octubre de* 1859).

Estos son sus considerandos:

1.° «Que el interdicto propuesto contra la nueva obra, practicada en terreno del comun, por concesion del Ayuntamiento, en el casco del pueblo de S. Cebrian, envuelve necesariamente cuestiones de dos especies; unas de policía urbana, que virtualmente se refieren á la ejecucion de obras, cuyo trazado y alineacion penden de atribucion administrativa, segun la citada ley; otras judiciales, relativas á la servidumbre particular á que pueden ó no afectar estas obras.

2.° »Que las cuestiones referentes á la servidumbre privada que pueda ó no existir, y sobre que versa el interdicto, presuponen la decision de las de policía urbana, toda vez que, si reclamando á la autoridad del órden administrativo, se anulasen ó modificasen la concesion del terreno ó trazado y alineacion que llevan las obras, en términos que desapareciera el perjuicio que supone el escrito de interdicto, cesaría toda controversia judicial; y si subsistiesen ó se confirmasen administrativamente la concesion y el trazado ó alineacion de las obras, no seria procedente impedir la continuacion de las mismas, sino resolver sobre la servidumbre y en su caso la indemnizacion.»

Decision á favor de la Administracion en la competencia entre la Sala primera de la Audiencia de Valladolid y el Gobernador de la provincia de Salamanca, con motivo de una causa por delito de usurpacion de terreno en una dehesa de propios (*18 de enero de* 1860.). Sus considerandos son: «1.° Que si bien á la Autoridad judicial corresponde conocer en el fondo del negocio de que se trata, en cuanto se refiere á la persecucion y castigo del delito que se atribuye á Teresa Alejo, consignado en el artículo que se cita del Código penal, hay en el propio negocio una cuestion prévia, de las que habla el artículo tambien mencionado (*es el* 3.°) del Real decreto de 4 de junio de 1847, y de la cual depende el fallo que ha de pronunciar la misma Autoridad judicial, que es el deslinde de los términos de los pueblos de Breño y Villarino, y está atribuido especialmente á la Administracion por las disposiciones además referidas.

2.° »Que por tanto, la autoridad administrativa debe verificar sin demora este deslinde, pasando con la mayor brevedad posible un acta de su definitivo resultado á la Audiencia de Valladolid para los efectos que procedan en la causa criminal en que la misma entiende.»

tan mal se distinguian los límites de la justicia y de la Administracion.

Todo esto es incompatible con la Constitucion del Estado, que solo dá facultad á los tribunales para juzgar en los negocios civiles y criminales, y para llevar á efecto lo juzgado. Sus atribuciones, por lo tanto, se limitan á decidir sobre los hechos particulares que se someten á su jurisdiccion: son, digámoslo así, siempre pasivas, nunca de accion: han de ser provocadas, no espontáneas. Desde que esceden estos límites, desnaturalizan sus funciones, é invaden, ya las del legislador, ya las de la Administracion.

No se infiera de esto, que los tribunales, en la decision de los pleitos, no puedan apercibir á las personas, que en ellos intervienen, para el caso de que en lo sucesivo incurriesen en faltas, semejantes á las que se han notado en el pleito ó causa que se decide: ni que dejen de tener facultad para prohibirles determinadamente ciertos actos. Esto entra indisputablemente dentro de sus funciones. Cuando alguno en un interdicto de obra nueva ha sido condenado á la demolicion, está el juez en su lugar, prohibiéndole en la misma sentencia que vuelva á inquietar á su vecino, como lo está el que, condenando á uno por calumnia inferida por medio de la imprenta, y mandando inutilizar todos los ejemplares encontrados, le prohibe volver á imprimir el escrito condenado, ú otro que contenga iguales imputaciones.

Prohibicion 2.ª

Mezclarse en actos de la Administracion.

Actos hay de la Administracion, que por el poco roce que tienen con la justicia, no es de creer que den lugar á conflictos de atribuciones entre las autoridades de uno y otro órden. Mas hay otros, en que son mayores los puntos de contacto; y respecto á ellos debe ser mayor el cuidado de los funcionarios administrativos y judiciales de no salir de los límites de la respectiva competencia, evitando conflictos, que ceden en perjuicio del Estado.

Por esto los jueces y los Magistrados, con singular esmero, deben abstenerse de tomar medidas que puedan ser calificadas como de policía preventiva, limitándose sola y esclusivamente á las que sean de policía represiva ó judicial, porque la policía preventiva, como que tiene por objeto la prevencion de los delitos en general, es solo de la Administracion; al paso que la represiva, que consiste en la averiguacion de los delitos y de los delincuentes, corresponde á los Tribunales, si bien en ello están auxiliados por todos los ajentes de la Administracion y por la fuerza pública.

Prohibicion 3.ª

Conocer de los contratos celebrados por la Administracion para servicios y obras públicas.

Si tuviéramos que atenernos sola y esclusivamente á la índole diversa de los negocios y á las leyes, segun las cuales deben decidirse, parece fuera de duda que todos los contratos celebrados por la Administracion, aun los referentes á obras y servicios públicos, deberian ser de los tribunales comunes, porque á ellos, por regla general, corresponde entender en todas las cuestiones, que suscita el cumplimiento, inteligencia, validez rescision y efectos de los contratos, cuestiones de derecho civil en que la Administracion es una persona jurídica, que contrae en nombre del Estado, de la provincia ó del pueblo. Esta regla general es aplicable á la Administracion, mientras no se trata de contratos, que tienen por objeto servicios ú obras públicas, en los cuales pierde su carácter de representante de intereses, que caben dentro del órden civil, para tomar otro mas alto, el de representante y gestor de los intereses colectivos del Estado. Pero por lo mismo que aquí hay una desviacion de las reglas generales, es conveniente que desenvolvamos los principios, que la justifican.

Al tratar de la competencia de la Administracion, hemos manifestado la necesidad de que sus actos, en todo aquello que se refiere á los intereses colectivos de la so-

ciedad, y cuando no obra en virtud de un título particular, sean decididos por la Administracion misma, ya en su carácter de activa, ya en el de contenciosa. Al tratar allí mismo de la jurisdiccion, espusimos los inconvenientes graves que se originarian, si en lugar de llevarse los negocios ante la Administracion, fueran los tribunales comunes los que conocieran de ellos. Allí manifestamos que hay contratos celebrados por la Administracion, que, á sujetarse á las solemnidades de los juicios comunes, podrian traer tras sí inmenso perjuicio del Estado. La Administracion, si ha de producir los beneficios para que está instituida, es menester que tenga dentro sí misma todos los medios que su mision requiere, sin tener que acudir á otra parte para poder cumplir su mision de hacer ejecutar las leyes, de proveer á todos los servicios públicos, de llevar á cabo las obras que son necesarias, ó que han de desenvolver los gérmenes de riqueza ó de bienestar de la Nacion. Mal se avienen la espedicion y desembarazo, que es de esencia en el Gobierno, para atender á las necesidades colectivas de la sociedad, con ligar á la Administracion, á que para obligar á un contratista á llevar á efecto lo que hubiere estipulado, haya de acudir á los juzgados ordinarios, entablando ante ellos la demanda, y sujetándose á todas las fórmulas, á todas las dilaciones, á todas las cuestiones incidentales, á todas las instancias, y á los recursos estraordinarios, que la ley autoriza en las cuestiones entre particulares, ó á las que son entre los particulares y la Administracion, pero que se refieren á derechos individuales, y no á los servicios y obras públicas, es decir, á derechos colectivos de la sociedad.

Justa, pues, bien meditada y prudente es la prohibicion de que los Tribunales no se mezclen en conocer de contratos, celebrados por la Administracion. Esta doctrina es ley entre nosotros. El párrafo 3.° del artículo 8.° de la ley de 2 de abril de 1845, declara de la competencia de los Consejos provinciales las cuestiones contenciosas, que se refieren al cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los contratos y remates celebrados con la Administracion civil, ó con las provinciales ó municipales para toda clase de servicios y obras públicas. Esplicando, mas bien que ampliando, esta declaracion, ordena un Real decreto, de 23 de setiembre de 1846, que es privativo de los Consejos provinciales el conocimiento de todos los negocios de naturaleza civil, correspondientes á los ramos de correos, caminos, canales y puertos, cuando, segun sus instrucciones respectivas, hayan de pasar de la clase de gubernativos á la de contenciosos, con inclusion de los casos de espropiacion forzosa por causa de obras públicas, con sujecion á lo prescrito en las disposiciones que arreglan esta materia. Añade que no corresponde á la Administracion contenciosa conocer en los litigios sobre dominio ó propiedad, que por razon de dichos ramos haya que sostener, ni en los procedimientos por remate y venta de bienes contra sus deudores: negocios, que corresponden á los tribunales. Ordena, por último, que los contratos de cualquiera especie, celebrados para el servicio de los mismos ramos por la Administracion con los particulares, son del conocimiento de los Consejos provinciales, con apelacion para ante el Real (ahora de Estado), siempre que se trate de contratas celebradas por la Administracion provincial ó municipal para servicios limitados á sus respectivos distritos; pero que, cuando la contienda nazca de un contrato, que el Gobierno haya celebrado por sí ó las Direcciones generales, conozca de ella el Consejo Real.

El reglamento del Consejo Real (hoy de Estado), de 30 de diciembre de 1846, en que se fija su competencia y régimen en los negocios contenciosos de la Administracion, en el §. 1.° ordena que corresponde al Consejo conocer en primera y única instancia sobre el cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno ó por las Direcciones generales de los diferentes ramos de la Administracion: pues, aunque en un principio, despues de la palabra *Administracion* se añadió el epíteto de *civil*, esta palabra fué suprimida por el Real decreto de 17 de julio de 1849, que vino así á quitar las dudas y ma-

las interpretaciones, á que el testo antiguo daba lugar.

Espuesta la doctrina legal, y sus fundamentos, no podemos menos de manifestar la necesidad, que tienen de circunscribirse á su tenor literal, tanto las autoridades administrativas, como las judiciales. Por lo mismo que es esta una escepcion de los principios generales, no debe llevarse ni una línea mas allá de su sentido riguroso: la interpretacion estensiva en cualquier sentido seria un abuso, y vendria á hacer que, ó el órden judicial invadiera á la Administracion, ó la Administracion al órden judicial: estremos peligrosos, de que ha huido el legislador, y de que debe huir tambien el encargado de cumplir con sus preceptos.

Contratos de servicios públicos son todos los que tienen por objeto satisfacer necesidades de la Administracion, cualquiera que sea el ramo á que pertenezcan, y el ministerio de que dependan. Así el aprovisionamiento de víveres, utensilios, vestuarios, armas y municiones para el ejército ó la marina, el suministro de materiales para la construccion naval, los contratos para las subsistencias y lo que necesitan los establecimientos de instruccion pública, beneficencia, sanidad, cárceles, presidios y galeras, la provision de los enseres para el Estado ó algunas oficinas, todo está comprendido bajo la denominacion de *servicios públicos*. Y esto, aun en el caso de que, siendo un ramo centralizado el en que se contrata, se limite á un distrito. Así por Real decreto de 23 de setiembre de 1846 se declaró espresamente que los contratos de cualquier especie, celebrados para el servicio de los ramos de correos, caminos, canales y puertos por la Administracion con los particulares, son de la competencia de los Consejos provinciales, con apelacion ante el Real, siempre que se tratase de contratas celebradas por la Administracion para servicios limitados á sus respectivos distritos; pero que si la contienda nace de un contrato celebrado por el Gobierno ó por las respectivas Direcciones generales, conocerá de ellas el Consejo Real (de Estado ahora).

A la clase de servicios públicos corresponden indudablemente los que tienen por objeto proveer de materiales para obras públicas, todos los de policía urbana, y por lo tanto los de limpieza, y alumbrado de las poblaciones, y los contratos que se celebran para acudir á necesidades de los pueblos. Entre ellos haremos mencion de los otorgados con los médicos titulares, cirujanos, boticarios ú otras personas para atender al servicio general de los vecinos de un pueblo (1): de los celebrados con los ayuntamientos acerca del aprovechamiento de las leñas de los montes de propios, lo que debe entenderse tambien de los pastos y de las cuestiones acerca de la indemnizacion de daños y perjuicios por la anulacion de los referidos contratos y remates (2), y de los celebrados por los ayunta-

(1) Decision á favor de la Administracion de la competencia, entre el gobernador de Búrgos y el juez de primera instancia de Medina de Pomar, con motivo de haber separado el ayuntamiento de Espinosa de los Monteros á su médico titular (3 de *noviembre de* 1852). Su considerando único dice: «Considerando que son de esta clase (*se refiere á los servicios públicos*) los contratos celebrados para la asistencia del vecindario entre los ayuntamientos y los médicos titulares de los mismos, que por lo tanto y con arreglo á la disposicion citada (*esta es el párrafo 3.° del artículo 8.° de la ley de 2 de abril de* 1845) corresponde á la Administracion conocer de cuanto se refiere al cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos del otorgado entre el ayuntamiento de Espinosa de los Monteros y D. Manuel Solares.» (Tomo 57, núm. 68 de la *Coleccion legislativa*.)

(2) Decision á favor de la Administracion de la competencia entre la Audiencia de Madrid y el gobernador de la misma provincia, con motivo de la cuestion promovida por el ayuntamiento de Guadarrama sobre daños y perjuicios por nulidad de la subasta de leñas de un monte, otorgada á favor de Basilio Montalvo (18 *de mayo de* 1853). Hé aquí sus cuatro considerandos:

«Considerando: 1.° que con arreglo al artículo citado del Real decreto de 4 de junio de 1847, no cabia dirigir el requerimiento de inhibicion con respecto á la cuestion de si el ayuntamiento estaba ó no obligado á la indemnizacion de los daños y perjuicios ocasionados á Montalvo por la anulacion del contrato celebrado, pues este punto se hallia ya resuelto por sentencia ejecutoriada de una manera afirmativa é irrevocable, y que solo puede suscitarse competencia acerca de la cuestion de apreciar los daños y perjuicios á cuya indemnizacion ha quedado sujeto el ayuntamiento en virtud de dicha ejecutoria, que es el litigio pendiente hoy dia ante los tribunales ordinarios:

2.° Que esto, no obstante, para determinar á quién pertenece el conocimiento del litigio pendiente, es preciso tener en cuenta la naturaleza de la cuestion que le ha dado orígen, es decir, cuál fué

mientos con los abastecedores de los pueblos, ó con particulares para el surtido de los artículos de primera necesidad (1): contratos, que en sí mismos llevan implícito un servicio público de utilidad general para todos los moradores de un pueblo.

Con lo que hemos dicho de los contratos de servicios públicos, queda esplicado en cualquier duda que pueda ocurrir, qué es lo que há de entenderse por contratos de obras públicas: frase que por otra parte no se presta á torcidas interpretaciones, y que por sí misma está bastante esplicada.

Para que el conocimiento, pues, de una cuestion, relativa al cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de las obligaciones, no corresponda á los tribunales, y sí al órden administrativo, se requiere: 1.° que haya contrato: 2.° que este sea con la Administracion: 3.° que su objeto sea un servicio ú obra pública: 4.° que el servicio ú obra pública sea su objeto inmediato ó inseparable: 5.° que la autoridad administrativa, al celebrar el contrato, obre dentro de sus atribuciones.

Por no concurrir el primer requisito, no corresponde á la Administracion, sino á los tribunales, el conocimiento de las obligaciones, que, aunque procedan de una obra ó servicio público, no provienen del contrato. Así vemos declarado, como propio de la competencia de la autoridad judicial, el conocimiento de las obligaciones de los pueblos por razon de suministros prestados, pero sin que mediara contrato al efecto; si bien, recaida ejecutoria, toca ya esclusivamente á la Administracion la ejecucion de la sentencia (1).

Por falta del segundo requisito corresponde á la autoridad judicial, y no á la administrativa, el conocimiento de los negocios que no se han celebrado directa é inmeditamente con la Administracion general, provincial ó municipal; sino con un número mayor ó menor de terratenientes ó vecinos, que con el nombre de comun de reguntes, ó cualquiera otro que indique que tienen intereses colectivos, no salen de la esfera de personas particulares, aunque la autoridad haya permitido la celebracion de sus juntas y les haya prestado proteccion (1): ni los contratos de los

el asunto que promovió el pleito sobre que ha recaido la ejecutoria:

3.° Que la cuestion suscitada en un principio se referia esclusivamente á declarar si era válido ó nulo un contrato que debió celebrarse ajustándose á reglas determinadas y que, por la materia sobre que versaba, segun las disposiciones citadas del Real decreto de 22 de diciembre de 1833, era esencialmente administrativa:

4.° Que siendo el contrato de esta naturaleza, para resolver sobre la indemnizacion de los daños y perjuicios irrogados por su anulacion, solo la Administracion es la competente, y que ante ella debe continuar ventilándose la cuestion en la parte que aun no está ejecutoriada, entablando los interesados gubernativamente sus reclamaciones, ó usando en la vía contenciosa de los recursos á que haya lugar.» (Tomo 59, núm. 13 de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Decision á favor de la Administracion de la competencia entre el jefe político y el subdelegado de Rentas de Murcia, con motivo de las multas impuestas á Francisco Melgar por no cumplir las condiciones del abasto de carnes con el pueblo de Santomera (20 *de enero de* 1848). Dice así el considerando 3.°: «Considerando que en lo tocante al resto de las ciento veintiuna reses de la pertenencia del abastecedor, que es el objeto restante de la misma demanda, ofrece esta una cuestion contencioso-administrativa de la atribucion del Consejo provincial, segun la citada ley (*alude á la de* 2 *de abril de* 1845), por versar sobre los efectos de un remate celebrado con la Administracion de Santomera para un servicio público.» (Tomo 43, núm. 5 de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, en parte, y en parte á favor de la Administracion, en la competencia entre el jefe político de Guipúzcoa y el juez de primera instancia de Tolosa, con motivo de un pleito ejecutivo, entre el Ayuntamiento de Asteasu (23 *de febrero de* 1848). «Considerando: 1.° Que el pleito promovido por D. Sebastian de Zubiaurre, segundo de los reclamados por el jefe político, aunque versa sobre una obligacion que trae su orígen de un servicio público, no está en el caso previsto por la citada ley, porque para prestarlo no medió un contrato.» (Tomo 43, número 38 de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el jefe político de Valencia y el juez de primera instancia de Carlet, con motivo de haber solicitado varios regantes de Benifayó de Epioca, que se declarase nulo un contrato entre ellos y el Duque de Hijar (22 *de setiembre de* 1849). Estos son sus considerandos:

«Considerando: 1.° que no es aplicable al caso presente el art. 8.°, párrafo 3.° de la citada ley de 2 de abril de 1845, porque, en primer lugar el contrato no está celebrado con la Administracion civil, ni con la provincial ó municipal; sino con un número mayor ó menor de propietarios, que aun atribuyéndoles el carácter de un comun de regantes, nunca salen de la esfera de personas privadas; y en segundo lugar, no tuvo por objeto dicho contrato un servicio ú obra pública, sino atribuir al derecho de los regantes al uso del agua un carácter mas beneficioso para los mismos, y facilitar la per-

empresarios de obras públicas, celebrados con particulares para la ejecucion ó suministros de materiales, destinados á las obras que contrataron con la Administracion, porque semejantes contratos son de particular á particular (1).

Por carecer del tercer requisito, esto es, por no versar sobre obras ó servicios públicos, se declaró que no correspondian á la Administracion, y sí solo á los tribunales, las cuestiones sobre validez ó nulidad de arrendamientos de bienes del Estado (1): punto, respecto al cual

---

cepcion de las prestaciones, á que en recompensa de este uso tiene derecho el duque de Hijar.

2.° Que tampoco media ninguna otra circunstancia que, dando al asunto el carácter de administrativo, permita la aplicacion al mismo del artículo 9.°, tambien citado, de la espresada ley; porque la Administracion no ha dictado providencia alguna directa sobre el fondo del negocio; sino que se ha limitado á usar de sus atribuciones de policía, dando permiso para que se celebrasen las juntas generales de regantes y prestando su cooperacion al duque en la exaccion de las prestaciones que le son debidas, á fin de evitar que, por consistir estas en una parte alícuota de frutos y ser tan considerable el número de los regantes, se turbará el sosiego de las poblaciones.

3.° Que no tiene otro carácter el encargo dado al jefe político, de que cuide del cumplimiento del contrato en cuestion, porque ni esto tiene relacion alguna con la esencia del mismo, ni se trata de tomar conocimiento de medidas de ejecucion, que haya adoptado aquella autoridad;

4.° Que por lo tanto, versando el contrato entre personas particulares, con objeto de promover los intereses recíprocos de los contrayentes, y sin que la Administracion haya intervenido en él, haciendo uso directo de la autoridad que le es propia, y sí solo dispensando la proteccion que de ella exigen esta clase de intereses colectivos de la agricultura, no hay fundamento sólido para la reclamacion del conocimiento de este negocio, hecha por el jefe político.» (*Coleccion legislativa*, Tomo 48, núm. 34.)

Decision á favor de la Autoridad judicial, en la competencia entre el gobernador de Valencia y el juez de primera instancia del Mercado de la misma ciudad, con motivo de un convenio entre el duque de Hijar y los vecinos terratenientes de Sollana (22 *de octubre de* 1852): Dicen sus considerandos:

1.° «Que, segun esta disposicion, son dos las condiciones que han de verificarse para que la decision de las cuestiones, relativas á contratos, correspondan á los Consejos: 1.° Que se hayan celebrado con la Administracion: 2.° Que hayan tenido y tengan por objeto un servicio ú obra pública:

2.° Que el contrato, cuya rescision solicitaron ante el juzgado de primera instancia Lozano y demás demandantes, no presenta ninguna de estas dos condiciones; no la primera, porque en él no ha intervenido la Administracion general del Estado, la provincial ó municipal, habiendo sido celebrado por el duque de Hijar con los propietarios ó llevadores de tierras determinadas; no la segunda, porque la concesion de aguas y la construccion de la obra, que es su objeto, no sale de la esfera del interés privado de aquellos, del beneficio y fomento de dichas propiedades.» (Tomo 57, número 65 de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, en la competencia entre el jefe político y el juez de primera instancia de Santander, con motivo de haber este admitido demanda de ejecucion, propuesta por D. Remigio Argoitia contra una sociedad anónima (*4 de marzo de* 1847): «Considerando:

1.° Que no tiene, como lo pretende el jefe político de Santander, aplicacion el primero de estos dos párrafos (*alude á los párrafos* 3 *y* 4 *del artículo* 8.° *de la ley de* 2 *de abril de* 1845) al presente negocio, donde no se trata de determinar los efectos del remate, celebrado con la Administracion por D. José Ortiz de la Torre, sino los del contrato particular, y á todas luces de interés puramente privado, que celebró mas adelante con la indicada sociedad anónima D. Remigio Argoitia.

2.° Que otro tanto se debe decir del segundo de dichos párrafos contra la opinion del mismo jefe, puesto que manifiestamente se concreta al resarcimiento de los daños y perjuicios que se causan con la material ejecucion de las obras públicas de propietarios, que no tienen intervencion en ellas y no puede estenderse á la responsabilidad pecuniaria derivada de contratos entre particulares, como el espresado, por lo cual esta competencia, por parte de la Administracion, se halla destituida de fundamento.» (Tomo 40, núm. 14 de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Sentencia en el pleito seguido en grado de apelacion en el Consejo Real entre D. Tomás Gonzalez y el jefe político de la provincia de Murcia sobre nulidad del contrato de arrendamiento para el aprovechamiento de las plazas, hornos y escombros de las fábricas del Estado del presidio de Andaral, en que se declaró nula la sentencia apelada y se mandó que desglosándose del rollo ciertos documentos, se remitieran al juez correspondiente de primera instancia, para que procediera criminalmente contra quien hubiera lugar (*19 de mayo de* 1849). En ella se leen los considerandos siguientes:

«Considerando que el Consejo provincial de Almería no ha podido conocer de la demanda sobre el referido arrendamiento, porque, segun el artículo 8.° de la ley citada (*la de* 2 *abril de* 1845) su jurisdiccion no se estiende á conocer de cualesquiera cuestiones, concernientes á contratos celebrados por la Administracion municipal ó provincial, sino de los relativos á contratos celebrados para servicios y obras públicas.

Considerando que, aunque se estime otorgado el arrendamiento de que se trata por la Direccion general de minas, por haberes celebrado por su órden y con su aprobacion, tampoco corresponde el conocimiento de la demanda al Consejo Real, en primera y única instancia, con arreglo al citado párrafo de su reglamento, por identidad de razon, pues, aunque dicho párrafo no espresa que los contratos que menciona sean para servicios y obras públicas, esta circunstancia debe reputarse sulentendida en su disposicion.

ha habido, con relacion á los bienes nacionales, un cambio importante, como espondremos al tratar de la prohibicion 4.ª, los concernientes á arrendamientos de obras pías, aunque estén administradas por la beneficencia pública (1), las de arrendamientos de fincas provinciales ó municipales: las de arrendamiento de edificios para habitacion de funcionarios públicos, oficinas ú otros establecimientos: si bien en este caso corresponde á la Administracion la ejecucion del fallo (2): las de arrendamientos de casas, hechos por los Ayuntamientos (1): las que versan acerca de concordias con los pueblos (2): las que tie-

---

Considerando que, aunque se estime el contrato como de arrendamiento de una oficina de beneficio, actualmente no corresponde esta clase de negocios á los Consejos provinciales, ni al Real.» (*Coleccion legislativa*, tomo XLVII, núm. 13.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el jefe político de Toledo y el juez de primera instancia de Illescas, en el interdicto de amparo en el arrendamiento de tierras de una capellanía, administrada por la junta de beneficencia de Illescas (23 *de febrero de* 1847.)

«Considerando: 1.º, que, segun esta disposicion legal (*el párrafo* 3.º *del art.* 8.º *de la ley de* 2 *de abril de* 1845) para que corresponda á los dichos Consejos la decision de las cuestiones, relativas á contratos, han de verificarse en estos á la vez dos condiciones: Primera, que se hayan celebrado con la Administracion, y segunda, que hayan tenido y tengan por objeto una obra pública ó un servicio público tambien. 2.º Que en los arriendos á que se refiere la cuestion del presente negocio no se verifica ninguna de estas dos condiciones: no la primera, porque estos contratos se celebraron antes de encargarse la obra pía á la junta de Beneficencia, subalterna de la administracion municipal de Añover de Tajo; tampoco la segunda, porque no tuvieron ni tienen ninguno de los dos indicados objetos, sino solo el de asegurar en la renta el cumplimiento de los fines de la fundacion.» (Tomo 40, núm. 5 de la *Coleccion legislativa*.)

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, en parte, y en parte de la Administracion, en la competencia entre el jefe político y el juez de primera instancia de Soria, sobre el desahucio de la casa ocupada por el jefe político y oficinas de la Administracion (27 *de octubre de* 1847). «Considerando: 1.º Que los contratos de la clase, á que pertenece el de que aquí se trata, no tienen por inmediato objeto un servicio público, puesto que ninguno deben prestar los dueños, en fuerza de lo convenido, limitándose su obligacion á permitir á los ajentes de la Administracion el uso de la casa para el servicio en general, durante el contrato, por lo cual las cuestiones, que, sobre este se susciten, no están comprendidas en el párrafo y artículo mencionados de la citada ley (*alude al párrafo* 3.º *del artículo* 8.º *de la ley de* 2 *de abril de* 1845), ni sujetos por lo mismo al conocimiento de los Tribunales administrativos, sino al de los ordinarios.

2.º Que cuando estos deciden que ha cesado el contrato, y mandan quede la casa á la libre disposicion del dueño, no puede la ejecucion de este fallo competerles, como en los casos comunes, porque, debiendo, al verificarla, atenderse á la necesidad de evitar que el servicio público sufra con este motivo paralizacion ó entorpecimiento, deben á este fin dictarse providencias que solo caben en las facultades de la Administracion, y que legitima la utilidad pública, superior á la privada; hasta el punto de autorizar en su caso contra esta la espropiacion forzosa.

3.º Que no por ello se deja desatendida la propiedad particular, porque, además de quedar á salvo el doble derecho al alquiler, que se devengue en el tiempo indispensable para realizar del modo dicho el desahucio de la casa alquilada, y al resarcimiento de los perjuicios, que de aquí se originen al dueño, y que puede este exigir de la Administracion y ante la misma, le ofrece una garantía la responsabilidad, en que no pueden menos de incurrir los jefes políticos, que en casos de esta naturaleza no procedan, ateniéndose estrictamente á lo que la necesidad del servicio exija.» (*Tomo* 42, *número* 71 *de la Coleccion legislativa*.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, en la competencia entre el jefe político de Soria y el juez de primera instancia de Almazan, sobre el arrendamiento de una casa al Ayuntamiento de Chercoles (27 *de octubre de* 1847.).

«Considerando que no tiene ninguno de estos dos objetos (es decir, ni un servicio, ni una obra pública) el celebrado por D. Antonio Peña con el Ayuntamiento de Chercoles ni apoyo alguno por lo mismo la Administracion en la citada ley (*la de* 2 *de abril de* 1845), para esta competencia, como lo creyó el jefe político de Soria al promoverla.»— (Tomo 42, núm. 86 de la *Coleccion legislativa*).

(2) Decision á favor de la Autoridad judicial de la competencia entre el jefe político y el juez de primera instancia de Lérida sobre el cumplimiento de una concordia entre el Ayuntamiento de esta ciudad y el de Bell-Lloc (23 de febrero de 1847): «Considerando: 1.º Que estas corporaciones no están autorizadas para dejar sin efecto por sí y ante sí un contrato, que les imponga obligacion y les dé derecho, debiendo para ello acudir, como los particulares, que están en igual caso, al Tribunal competente:

2.º Que en este negocio no lo puede ser el Consejo provincial de Lérida, puesto que la cuestion en él es relativa, no á un contrato que tenga por objeto una obra pública, ó un servicio de la misma clase, y á que terminantemente se contrae la citada ley (*la de* 2 *de abril de* 1845); sino á una concordia, celebrada para asegurar una pension á los propios de Lérida y la exencion del portazgo de Segre á Bell-Lloc, por todo lo cual no es aplicable la Real órden tambien citada, ni hay en qué se funde por parte de la Administracion esta competencia.» (Tomo 40, núm. 4 de la *Coleccion legislativa*).

Decision á favor de la autoridad judicial, en la competencia entre el jefe político de Badajoz y el juez de primera instancia de D. Benito, en interdicto en que versaba la cuestion de nulidad de

nen por objeto la validez ó nulidad de la enajenacion de las fincas de propios: las de sola enajenacion del dominio directo de las mismas (1): las transacciones relativas á derechos señoriales (1): las de enfitéusis (2) las de

enajenarion de terrenos de propios, correspondientes al pueblo de Rena (24 *de marzo de* 1837.).

«Considerando: 1.° Que en el hecho de limitarse la primera de estas disposiciones (*el párrafo* 3.° *del art.* 8.° *de la ley de* 3 *de abril de* 1845) á los contratos relativos á un servicio ú obra pública, escluyo del conocimiento de los Consejos provinciales todos los que, como el de que se trata, no tienen alguno de estos dos inmediatos objetos.

2.° Que incluyendo esta esclusion, no pueden las cuestiones sobre contratos comprendidos en ellas entrar en la generalidad de la disposicion segunda, (*es el art.* 9.° *de la misma ley de* 2 *de abril*), la cual no designa como administrativa, no califica de tal cuestion alguna, sino que atribuye genéricamente las que de suyo lo son á los Consejos provinciales.» (Tomo 40, núm. 20 de la *Coleccion legislativa*.).

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el jefe político y el juez de primera instancia de Sevilla, sobre nulidad de la venta á censo de la Isla Mayor del Guadalquivir (14 *de marzo de* 1847.). Su considerando 2.° dice: «Considerando que tampoco es aplicable, como aquel (el ayuntamiento de Sevilla) lo supone, el art. 9.°, tambien citado, de la misma ley, porque en la generalidad de su disposicion, solo se encierran las cuestiones que pueden calificarse de contencioso-administrativas, y no admite esta calificacion la de la demanda del ayuntamiento puesto que limitándose el párrafo 3.° del artículo 8.°, citado igualmente, á las que se refieren á contratos celebrados con la Administracion para servicios públicos, ú obras de igual clase, deja las relativas á contratos que no tienen este inmediato objeto, como no le tuvo el susodicho, en la clase de cuestiones ordinarias, sujetas como tales al conocimiento de la autoridad judicial.» (Tomo 40, número 17 de la *Coleccion legislativa*).

Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia entre el jefe político de Cádiz, y el juez de primera instancia de Algeciras, sobre el dominio útil de terrenos, concedido por el Ayuntamiento de Algeciras (18 *de agosto de* 1847.). Sus dos considerandos dicen: «Considerando 1.° Que si el derecho de los herederos de Antonio Cantalejo tiene distinto orígen que el que dá al suyo el demandante sobre las dos porciones de tierra que reclama, la cuestion del pleito por éste promovido, es bajo todos conceptos ordinaria, y no puede someterse á la decision de la autoridad administrativa.

2.° Que tampoco pertenece á su conocimiento aun en el supuesto de que ambos derechos procedan de concesiones enfitéuticas del ayuntamiento de Algeciras, porque estos contratos no están comprendidos entre los únicos sobre cuya validez y efectos corresponde á los Consejos provinciales, decidir segun la ley citada, no teniendo como no tienen por objeto inmediato una obra ó servicio público, si no la enajenacion de bienes comunales.» (Tomo 41, núm. 61, de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre la Sala primera de la Audiencia de Barcelona y el jefe político de la misma, sobre el derecho señorial de la carnicería y pastos de Malgrat (29 *de diciembre de* 1847). «Considerando: 1.° Que las reclamaciones deducidas ante el juez de primera instancia de Arenys de Mar por el duque de Medinaceli tienen por objeto el doble derecho al arriendo de la carnicería y á los pastos de Malgrat.

2.° Que reconocido el primero de ellos en 1836 por el ayuntamiento de aquella villa y el gobernador civil de la provincia, y consignado en la escritura de obligacion, que dicho cuerpo y los arrendatarios otorgaron á favor del duque, no puede este ser privado de él, sin que se anule ó rescinda este contrato con arreglo á las leyes, no bastando en consecuencia una providencia puramente administrativa para semejante privacion.

3.° Que negado al duque por el ayuntamiento el otro derecho relativo á los pastos, resulta una cuestion contenciosa, que por ser tal no admite una decision simplemente administrativa.

4.° Que lo que se refiere á la primera de estas dos cuestiones no toca al Consejo provincial, como lo dá por supuesto el jefe político, fundado en el párrafo 3.°, art. 8.° de la citada ley (*la de* 2 *de abril de* 1845), porque, no habiendo tenido el referido contrato escriturado por objeto un servicio ú obra pública, no es aplicable al mismo esta disposicion.

5.° Que tampoco pertenece á dicho Consejo la segunda cuestion, como lo cree el mismo jefe en vista del párrafo 1.° del mismo artículo, porque no es relativa esta cuestion al uso de un aprovechamiento comunal, sino al derecho á este uso, á la pertenencia de este aprovechamiento, y el párrafo indicado se contrae á las cuestiones de la primera de estas dos clases, dejando por el mismo hecho para los tribunales competentes las de la segunda.

6.° Que por todo lo dicho es manifiesto que carece de fundamento de parte de la Administracion esta competencia.» (Tomo 42, núm. 101 de la *Coleccion legislativa*.)

(2) Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia entre la Audiencia de Zaragoza y el jefe político de Huesca, con motivo de haber vendido varios enfiteutas del ayuntamiento de Monzon, campos que estaban sujetos á la enfitéusis á los vecinos de Benifar (5 *de julio de* 1848.). «Considerando: 1.° Que la cuestion sobre que versa el pleito reclamado por el jefe político de Huesca no es relativa al uso y distribucion de los bienes de aprovechamientos comunales, sino á la pertenencia en propiedad de bienes de esta clase, no siendo en consecuencia aplicable el citado artículo 8.°, párrafo 1.° de la ley de 2 de abril de 1845.

2.° Que tampoco tiene aplicacion al párrafo 3.° del mismo artículo, porque los contratos que mediaron en este negocio no tuvieron por objeto inmediato un servicio ú obra pública.» (Tomo 44, número 49 de la *Coleccion legislativa*.)

Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el jefe político de Logroño y el juez de primera instancia de Alfaro, con motivo de la reclamacion de algunos enfiteutas del ayuntamiento de esta ciudad (22 *de agosto de* 1848.). «Considerando: 1.° Que los propietarios que, creyen-

pensiones vitalicias atrasadas (1) si bien, recaida ejecutoria, toca á la Administracion su cumplimiento (2).

Es el cuarto requisito, que el servicio ú obra pública sea la causa inmediata é inseparable del contrato. Poco debemos decir respecto á este punto. En las decisiones de competencia, que dejamos insertas en las notas, aparecen muchas declaraciones en este sentido. Aquí nos limitaremos á llamar la atencion de nuestros lectores para que, examinándolas, se fijen en dichas circunstancias, y observen las en que terminantemente se dice que el servicio público ha de ser *inmediato*.

Por último hemos señalado como quinto requisito que la autoridad administrativa que celebre el contrato, obre dentro del círculo de sus atribuciones. Lo que hace fuera de ellas no es acto administrativo, ni puede surtir los efectos de tal. La competencia de la Administracion en lo que á los contratos se refiere, solo tiene por objeto que no se pongan obstáculos arbitrarios al servicio público, y cuando estos obstáculos existan, que la Administracion pueda removerlos: faltando la causa, es necesario que cesen los efectos, especialmente cuando se trata de aplicar una escepcion, que destruye las reglas generales de la competencia de los tribunales. Asi vemos declarado en una sentencia (1) que no se

---

do violado su derecho con la providencia declaratoria, acordada por el ayuntamiento de Alfaro, sobre el aprovechamiento de las aguas sobrantes de las fuentes de la Cañada, acudieron al juez de aquel partido, no intentaron ante él un interdicto; sino una accion ordinaria para obtener el entero cumplimiento de la venta que dicho cuerpo otorgó en 1837 ó la rescision de ella.

2.° Que esta venta no tuvo por objeto inmediato un servicio ú obra pública.

3.° Que por todo ello no son aplicables á la cuestion presente las citadas disposiciones, únicas que en todo caso pudieran servir de apoyo á la Administracion.» (Tomo 44, número 58 de la *Coleccion legislativa*.)

Decision á favor de la autoridad judicial, en la competencia entre el jefe político de Málaga y el juez de primera instancia de Ronda, con motivo del interdicto de amparo, interpuesto por Francisco Espildora en la servidumbre de acueducto en una tierra, que el ayuntamiento de Casarabonela dió en enfitéusis á Bartolomé Moyano (*16 de marzo de* 1849.). «Considerando: que la cuestion decidida por el ayuntamiento de Casarabonela procedia de un contrato celebrado entre el mismo y Bartolomé Moyano y Francisco Espildora, que no tuvo por inmediato objeto un servicio ú obra pública, por lo cual no puede calificarse de cuestion administrativa, segun el citado párrafo y artículo de la ley de Consejos provinciales (*esto es, el párrafo 3.° del artículo 8.° de la ley de 3 de abril de* 1845), única disposicion aplicable al presente caso, ni es mas que una cuestion de particular á particular, que bajo ningun concepto pudo resolver dicho ayuntamiento, no exigiendo por lo mismo su providencia el respeto que prescribe la Real órden igualmente citada (*la de 8 de mayo de* 1839. (Tomo 46, número 20 de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Decision antes citada entre el jefe político de Guipúzcoa y el juez de primera instancia de Tolosa de 23 de febrero de 1848. «Considerando... 2.° Que en el espediente sobre pensiones atrasadas, tercero en el órden de reclamacion de dicho jefe, se trata de una obligacion, que, no teniendo por objeto un servicio ú obra pública, no está comprendida tampoco en la espresada ley.» (Tomo 43, núm. 38 de la *Coleccion legislativa*.)

(2) La misma decision de 23 de febrero de 1848. «Considerando... 3.° Que en los demás espedientes, reclamados por haber recaido en ellos ejecutoria, es manifiesto corresponder el conocimiento á la Administracion, segun el Real decreto, igualmente citado (*el de 12 de marzo de* 1847) que escluye, como improcedentes, en todos los casos las ejecuciones y los apremios judiciales para la exaccion de deudas de los pueblos.» (Tomo 43, núm. 38 de la *Coleccion legislativa*.)

---

(1) Sentencia en el pleito seguido en apelacion ante el Consejo Real entre los ayuntamientos de Castelbisbal y Barbará, sobre el cumplimiento de un contrato, celebrado entre ambas corporaciones, para cubrir el gasto de la compra del quinto que les cupiese por razon de las décimas para el reemplazo del ejército, en que se declaró la incompetencia del Consejo provincial de Barcelona para oir y fallar el litigio, y nulo y de ningun valor ni efecto lo actuado ante el mismo, reservando á las partes su derecho para que acudieran donde correspondiera (*10 de agosto de* 1848).

«Considerando en primer lugar, que, segun lo dispuesto en el art. 3.°, y citado art. 8.° de la ley orgánica de los Consejos provinciales (*la de 2 de abril de* 1845), para que estos puedan actuar como tribunales sobre las cuestiones contenciosas, relativas al cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los contratos y remates, se requiere: 1.° Que dichos contratos se hayan celebrado con la Administracion civil, ó con las provinciales ó municipales. 2.° Que dichos contratos sean concernientes á servicios y obras públicas. Considerando en segundo lugar que en el convenio sobre el cual versa este litigio, falta el primer requisito, porque aunque haya sido celebrado por dos ayuntamientos, por haberlo sido sin facultad de otorgarlo, concedida por la ley, no tiene mas carácter que el de un acto de gestion oficiosa y voluntaria de los concejales de ambos pueblos en nombre y en beneficio de los mozos sorteables de su respectiva demarcacion municipal: que tambien falta el segundo requisito, porque el convenio referido, siendo únicamente un contrato de seguro mútuo para el gasto de la adquisicion de sustitutos, no es relativo

consideran como contratos, que tengan por objeto el servicio público, los que celebran los ayuntamientos para las sustituciones de quintas: estos son contratos de seguros mútuos, que deben ser juzgados en los tribunales.

Con lo espuesto nos parece quedar suficientemente espuesta la doctrina general de los contratos, cuya apreciacion, cumplimiento, interpretacion, rescision y efectos corresponden á la Administracion por referirse á obras ó servicios públicos, y la práctica que ha venido á corroborarla por repetidas decisiones de competencias y sentencias, que han merecido la aprobacion del Gobierno y que en defecto de leyes escritas, con la minuciosidad que algunos tal vez desearán, forman nuestra actual jurisprudencia.

Concluiremos presentando el testo de una decision (1), en que espresamente se dice que no puede invocarse la ley de 2 de abril de 1846 para los casos no espresos en ella, *pues*, son palabras testuales, *en el hecho de no haber reservado* (la ley), *á la Administracion mas contratos que los referidos* (esto es, los que tienen por objeto un servicio ú obra pública), *declara implícitamente que todos los demás son privativos de la autoridad judicial*: decision, que corrobora el principio general de que hemos partido, al empezar á tratar de esta prohibicion.

Prohibicion 4.ª

Conocer de los litigios, acerca de la validez, inteligencia y cumplimiento de los arriendos y subastas de bienes nacionales y actos posesorios, derivados de ellas y contratos de bienes nacionales.

Las ventas y arrendamientos de bienes nacionales no están en el mismo caso que los contratos, que la Administracion celebra para servicios y obras públicas, porque no puede decirse que su ejecucion, interpretacion, rescision y efectos, en el caso de ser juzgados por los tribunales ordinarios, paralizarian la marcha de la Administracion, ni serian un obstáculo de cualquier otra naturaleza á la accion del poder ejecutivo.

Considerados el arrendamiento y enajenacion de estos bienes con arreglo al rigor de los principios, no podrian corresponder á la jurisdiccion administrativa; porque en ella se trata de cuestiones de órden civil, que con arreglo á las prescripciones del derecho civil deben entenderse y fallarse. El Estado, cuando enajena bienes, para que pasen al dominio de un particular, es solo una persona jurídica, si bien goza de las preeminencias de menor, y tiene una jurisdiccion especial, la de Hacienda, á la cual por regla general, se someten las cuestiones en que están complicados sus intereses. Pero esta jurisdiccion de Hacienda, si bien especial, tiene un carácter esclusivamente judicial, se atempera en el procedimiento á las leyes comunes; y lo que es mas, las apelaciones y los recursos de casacion contra las ejecutorias van á los tribunales ordinarios, en los cuales se sigue la segunda instancia ó el recurso. Lo que se dice de las enajenaciones de bienes nacionales es aplicable á sus arrendamientos.

¿Qué hay, pues, para que, separando los contratos de enajenacion y arrendamiento de bienes nacionales de la accion regular y acompasada de la justicia, se haya declarado que deben ser decididas las cuestiones, que acerca de ello se susciten, como los pleitos contencioso-administrativos? Solo un alto interés político: los intereses y los derechos, que nacen de la enajenacion de bienes nacionales, han tenido su principal orígen en medio de las reformas del actual reinado: las opiniones naturalmente se han dividido, como estaban divididos los ánimos, acerca del giro, que debia darse á la gestion de los intereses políticos y político-económicos del Estado: complicaciones nacidas de otras causas, por todos conocidas, podian introducir desconfianzas y hacer temer por la suerte de algunas ventas si se las dejaba sometidas á los tribunales, en-

al servicio público de la quinta, sino al particular interés de los mozos contribuyentes á dicho servicio: que por las consideraciones espuestas, el Consejo provincial de Barcelona, conociendo de este pleito, ha obrado sin jurisdiccion para ello.»

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el jefe político de Tarragona y el juez de primera instancia de Valls sobre la reconstruccion de un acueducto. (31 *de julio de* 1850.)

cargados de aplicar la justicia en las cuestiones entre los particulares. Leyes que tenian, un fin, principalmente económico, y político, que tan directamente influian en la marcha de las reformas, y en que tanto interés público se encerraba, se creyó que tendrian mas garantido su cumplimiento, fiándolo á la Administracion, por estar el Gobierno mas inmediatamente bajo la inspeccion de los cuerpos colegisladores, y no tener esa independencia absoluta, de que gozan los tribunales en el ejercicio de sus funciones; pero sin que por esto pueda entenderse que no deban ser respetados los derechos legítimos de todos, que es el principal fin, que en este punto se proponen las leyes.

Indudable es la competencia de la Administracion activa en todo lo que se refiere á la direccion, administracion y diligencias, que deben preceder á la subasta; si bien, cuando esta tiene por objeto la enajenacion, se hace en los juzgados de primera instancia, á los cuales las leyes han designado al efecto para revestir así á las ventas de la solemnidad é importancia, que son de esencia en todos los actos judiciales.

Pero una vez hecha la venta, ya toca á la Administracion conocer de sus incidencias. La Real órden de 14 de junio de 1848 fué la primera que abrió este camino. Espedida por el Ministerio de Hacienda, en conformidad de lo consultado por el Consejo Real en pleno, ordenó, entre otros puntos, como el cuarto, que se declaraba como contencioso-administrativo, y de la competencia de los Consejos provinciales, y del Real en su caso, todo lo relativo á la validez ó nulidad de las ventas de bienes nacionales, á la interpretacion de sus cláusulas, á la designacion de la cosa enajenada, y declaracion de la persona á quien se vendió, y á la ejecucion del contrato.

Esta Real órden fué circulada de nuevo por el Ministerio de la Gobernacion del Reino en 23 de enero de 1849, en la parte que se refiere á la enajenacion de los bienes nacionales, y así en este particular aparece dos veces en la *Coleccion legislativa*.

Cuestion tan grave y que sacaba muchas cuestiones, relativas á los bienes nacionales, del fuero á que por su naturaleza correspondian, bien merecia ser objeto de una ley. Así sucedió, y el artículo 10 de la ley de 2 de febrero de 1850, fijando las bases de la contabilidad general, provincial y municipal, ordenó que correspondian al órden administrativo la venta y administracion de bienes nacionales y fincas del Estado: que las contiendas, que sobre incidencias de subastas, ó de arrendamientos de bienes nacionales ocurrieren entre el Estado y los particulares, que con él contrataran, se ventilaran ante los Consejos provinciales y el Consejo Real en su caso respectivo, si no hubieren podido terminarse por mútuo asentimiento: y que las cuestiones sobre dominio ó propiedad, cuando llegaran al grado de contenciosas, pasaran á los tribunales de justicia á quienes correspondiera.

En la conveniencia de fijar bien la línea de separacion entre los negocios judiciales y contencioso-administrativos, al suprimirse las antiguas Subdelegaciones de rentas, y crear los juzgados de Hacienda, hoy existentes, se dió una Real órden en 20 de setiembre de 1852. En su preámbulo se consignan con cuidadosa diligencia las razones de la adopcion de las diferentes reglas que establece: y como es muy importante que se conozca cuál fué el verdadero espíritu del Gobierno en el punto que aquí se ventila, no será ajeno de este lugar copiar sus palabras, porque á la fuerza que les dá la autoridad de que emanan, se agrega la de las razones poderosas, que las recomiendan en el órden científico. «Hé aquí su testo: *La propiedad está puesta por las leyes bajo el amparo de los tribunales inamovibles, y no pueden por lo tanto corresponder las cuestiones que originan los administrativos, que son por su índole amovibles y mas dependientes del poder ejecutivo. Segun este principio, los Tribunales comunes y no los administrativos, deben conocer de las demandas sobre bienes y fincas del Estado, y sobre los contratos relativos á su disfrute. Sin embargo, por razones políticas de importancia, ha modificado ese principio la ley de contabilidad de Hacienda pública, de 20 de febrero de 1850, declarando en su artículo 10*

que corresponde al órden administrativo la venta y administracion de los bienes nacionales, y disponiendo en tal virtud, que las contiendas, que ocurrieren sobre incidencias, de subastas ó de arrendamientos de bienes nacionales entre el Estado y los particulares, que con él contratasen, se ventilen ante los Consejos provinciales y el Real en su caso. De consiguiente, corresponden á lo contencioso-administrativo los negocios y demandas, que versen sobre la validez, inteligencia y cumplimiento de las subastas y arrendamientos de los bienes nacionales, y actos que se deriven de ellas, hasta que el comprador ó administrativo de la finca sea puesto en pacífica posesion de ella. Mas las acciones de dominio ó cualesquiera otras, que se funden en títulos anteriores ó posteriores, independientes de la subasta ó arrendamiento, sean siempre de la competencia de los tribunales ordinarios.

A estos principios, establecidos en la Real órden de 20 de setiembre, debian corresponder sus prescripciones para completar la idea, y así ordenó, segun queda ya espuesto en la parte legislativa, que correspondian al conocimiento de los Consejos provinciales y del Real en su caso, las cuestiones contenciosas, relativas á la validez, inteligencia y cumplimiento de los arriendos y subastas de bienes nacionales, y actos posesorios, que de ellos se deriven, hasta que el comprador ó adjudicatario sea puesto en posesion pacífica de ellos: y al de los Juzgados y Tribunales de justicia competentes, las que versen sobre el dominio de los mismos bienes y cualesquiera otros derechos, que se funden en títulos anteriores ó posteriores á la subasta, ó sean independientes de ella.

De las disposiciones de que acabamos de hacer mencion, y principalmente de la ley de 2 de febrero, se deducen algunas consecuencias importantes, que la jurisprudencia sucesivamente vá desenvolviendo.

Desde luego se infiere que, en tanto tiene lugar la aplicacion de la ley, en cuanto la cuestion es entre el rematante y el Estado (1), debiendo considerarse en el mismo caso, cuando el derecho, que uno ó ambos contendientes aleguen provenga, de la subasta, verificada por el Estado (1), bien se trate

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el gobernador de la provincia de Leon y la subdelegacion de rentas de la misma, con motivo de unas diligencias practicadas á instancia de D. Frutos María Sanchez, contra el Concejo de Villavaner (5 *de febrero de* 1851). «Considerando: 1.° Que esta ley (*la de 20 de febrero de* 1850) no es aplicable al caso presente en el artículo que se cita (el 10), porque el pleito no se ha promovido entre el Estado y el comprador, único supuesto de que en él se habla.» (Tomo 52, núm. 5 de la *Coleccion legislativa*.)

Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el gobernador de la provincia de Ciudad-Real y el juez de primera instancia de Piedrabuena, con motivo de un interdicto de amparo (14 *de enero de* 1852). «Considerando..... 2.° Que tampoco es aplicable el artículo 10 de la ley, tambien citada, de 20 de febrero de 1850, porque ni la cuestion, en su estado actual, versa entre el Estado y el comprador, único caso á que dicho artículo se limita, ni, determinados como lo están en la subasta los lindes y cabida de la cosa enajenada, puede mirarse como relativa á la venta una controversia, que no tiene por objeto acto alguno de la misma.» (Tomo 55, núm. 3 de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Decision á favor de la Administracion en la competencia entre el gobernador de la provincia de la Coruña y el juez de primera instancia de Betanzos, con motivo de resistirse algunos al pago de rentas, adquiridas del Estado (29 *de setiembre de* 1852). «Considerando... 2.° Que la resolucion de esta cuestion pende de la inteligencia y aplicacion que se dé á los términos de la subasta, de cuyos actos nace, y que en este concepto no puede menos de considerarse relativa á una incidencia de la misma.» (Tomo 37, núm. 62 de la *Coleccion legislativa*.)

Decision á favor de la Administracion en la competencia entre el gobernador de la provincia de Zaragoza y el juez de primera instancia del distrito del Pilar, con motivo de una reclamacion de D. Francisco Larrion y D. Rafael Lequia (10 *de noviembre de* 1852). «Considerando... 3.° Que no porque el artículo 10 de la citada ley de 20 de febrero (de 1850) hable tan solo de las contiendas, que en la materia se susciten entre el Estado y los que con él contrataren, deja de ser aplicable su sentido al caso de dos particulares, cuando el derecho que uno ó ambos aleguen, provenga de la subasta verificada por el Estado, pues siendo causa del conocimiento que por dicho artículo se asigna á la Administracion, la íntima relacion, que existe entre la resolucion de las cuestiones que de la subasta nacen, y las diligencias que sirvieron para efectuarla, y cuya práctica corresponde á ella, esta razon existe de un modo idéntico en el último supuesto.» (Tomo 37, núm. 62 de la *Coleccion legislativa*.)

Este mismo considerando está repetido en la decision, á favor de la Administracion, de la competencia entre el gobernador de la provincia de Zamora y el juez de primera instancia de la misma ciudad, con motivo de una finca enajenada por

de la validez ó nulidad de los remates, bien de la inteligencia ó estension de sus cláusulas y de la cosa vendida (1), y esto, tanto cuando es uno el comprador que litiga contra el Estado, como cuando son dos ó mas compradores los que disputan entre sí, respecto á la interpretacion é identidad de lo vendido, validez ó nulidad de los remates, ó en cualquier otro punto, en que se trate de la estension del remate celebrado por la Administracion (2).

Mas no es estensiva esta ley, como de su letra aparece, ni á los accidentes posteriores á la subasta (1), ni cuando se trata de una cuestion ajena á la de la subasta como de la de propiedad de los terrenos vendidos (2), ni

---

el Estado á D. Ramon Prieto (8 *de diciembre de* 1852.). (Tomo 57, núm. 76 de la *Coleccion legislativa.*)

(1) Decision de la competencia entre el gobernador de la provincia de la Coruña y el juez de primera instancia de Betanzos, de 29 de setiembre de 1852, citada antes: «Considerando: 1.° Que la cuestion, promovida con motivo de la demanda entablada ante el juzgado de primera instancia de Betanzos por los llevadores de los terrenos sujetos al pago de la renta, cuya adquisicion verificó de la Hacienda pública, D. Juan José de Arana, está reducida á si en la enajenacion, que este supone, estaba ó no comprendida la parte que en concepto de prestacion decimal satisfacian los primeros al priorato de Ciues.»

Decision en la competencia entre el gobernador de Zaragoza y el juez de primera instancia del distrito del Pilar, citada antes (10 *de noviembre de* 1852): «Considerando: 1.° Que fundándose los derechos alegados por Larion y Leguia de una parte, y Ferruz por la otra, á la posesion del trozo de terreno de que se trata, en el título de remate que cada uno pretende tener en su favor, la cuestion en el fondo está reducida á averiguar en cuál de los dos remates celebrados en los años de 1822 y 1848 fué aquel comprendido, y por tanto enajenado, ó caso de haberlo sido en uno y otro, cuál de las dos enajenaciones debe considerarse válida.

2.° Que su resolucion pende del sentido y aplicacion, que se dé á los términos y actos de la referidas subastas, y que en este concepto es patente que dicha cuestion se refiere á una incidencia de las mismas, y versa sobre su respectiva inteligencia y validez.» (Tomo 57, núm. 72 de la *Coleccion legislativa.*)

En iguales términos, sin mas alterecion que la necesaria de los nombres, están puestos los considerandos 1.° y 2.° de la decision, que antes tambien citamos, en la competencia entre el gobernade la provincia de Zamora y el juez de primera instancia de la misma ciudad.» (8 *de diciembre de* 1852.)

(1) Citaremos además de las dos decisiones de 10 de noviembre y de 8 de diciembre de 1852, cuyos considerandos dejamos trascritos, otra decision á favor de la Administracion en la competencia entre el gobernador de la provincia de Valladolid y el juez de primera instancia de Villalon con motivo de las dificultades suscitadas sobre identidad y linderos de bienes aplicados al Estado (30 *de abril de* 1851:) «Considerando: Que la cuestion suscitada entre los compradores se resuelve necesariamente en dos cuestiones particulares entre cada uno de ellos y el Estado, sobre que fué lo que éste les vendió respectivamente; y siendo esto una incidencia de dichas enajenaciones, corresponde determinarla á la autoridad administrativa, en virtud de lo dispuesto por la ley citada en el artículo que se espresa.» (Tomo 52, núm. 17 de la *Coleccion legislativa.*)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el gobernador de la provincia de Sevilla y la Sala tercera de la Audiencia territorial, con motivo de la reclamacion de don Eduardo Balvidares (2 *de febrero de* 1851.) Dice su considerando: «Que no se trata de calificar la subasta ni acto alguno incidente de la misma, sino que el juicio debe recaer sobre un accidente posterior, que por serlo no puede tener cabida en el artículo de la ley que se ha citado.» (Tomo 52, número 9 de la *Coleccion legislativa.*)

Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el gobernador de la provincia de Badajoz y el juez de primera instancia de Don Benito, con motivo de los linderos de la dehesa del Jorviscal vendida por el Estado (11 *de junio de* 1851.)

«Considerando: 1.° Que apareciendo, como aparece, de la misma justificacion recibida á instancia de los dueños de Torviscal, que esta dehesa se hallaba plenamente deslindada al tiempo de la subasta y de la toma de posesion, esta no pudo menos de ser completa y efectiva desde luego, y ha continuado siéndolo, atendido el largo tiempo que han disfrutado de ella sin contradiccion, por cuyo motivo, consumada como lo está la venta, es llegado el caso en que, segun la Real órden citada de 25 de noviembre de 1839, quede terminada la intervencion de la autoridad administrativa y comience la de los tribunales:

2.° Que no proviniendo la duda en los límites de dicha dehesa, sino en la parte suficiente con Torrevirolillo, y aun esa, no porque dejase de haber lindes que los marcaran; sino precisa y esclusivamente porque estos habian sido alterados, el Intendente no pudo tampoco invocar el art. 10 de la otra ley, que se ha citado (es la de 20 de febrero de 1850), para intervenir en este asunto, porque no puede ser incidente de la subasta lo que es efecto de un hecho posterior á ella, y no cabe reclamacion de ninguno de los compradores contra el Estado acerca de la subasta, tratándose, como se trata, de un acto de particular á particular, que ninguna relacion tiene ni puede tener con la misma.

3.° Que por lo tanto, faltando el supuesto de que el Intendente haya obrado en materia de sus atribuciones, no tiene aplicacion á este caso la otra Real órden, que tambien se ha citado (*es la de 8 de mayo de* 1839), por mas que en su espíritu sea estensiva á toda autoridad del órden administrativo.» (Tomo 53, núm. 23 de la *Coleccion legislativa.*)

(2) Decision antes citada en la competencia entre el gobernador de la provincia de Leon y el subdelegado de Rentas de la misma (5 *de febrero de* 1851.). Considerando..... 2.° Que la cuestion que

cuando es citado el Estado en litigios sobre bienes nacionales, porque entonces no se disputa ni puede prejuzgarse la cuestion del remate, y es por lo tanto un juicio ordinario (1).

Por último, debemos advertir que, cuando coinciden las acciones civil y criminal sobre una cuestion de enajenacion de bienes nacionales y que no puede conocerse de ellas simultáneamente, corresponde conocer antes á la Administracion, cuando los delitos perseguidos no pueden resultar con claridad, sino despues de ventilada la accion civil, como se declaró en una competencia entre el gobernador de la provincia de Zamora y la subdelegacion de rentas de la misma ciudad, decidida en 26 de marzo de 1857, que tiene los siguientes considerandos: «Considerando: 1.° que propuestas á un mismo tiempo las acciones penal y civil en este negocio, no es posible conocer de ellas simultáneamente sino en el caso de que la segunda, ó sea la civil, lo está secundariamente.

2.° Aun en tal supuesto, es indispensable que el juez sea competente bajo ambos aspectos, lo cual no se verificó en el asunto en cuestion, por tratarse de si en la venta se comprendieron ó no los terrenos en disputa, y si respecto de los comprendidos se faltó ó nó á las formalidades debidas y demás condiciones de legitimidad del acto, puntos todos que como incidentes de la enajenacion están reservados á la autoridad administrativa por el artículo 10 de la ley citada. (*es la de 20 de febrero de 1850.*)

3.° Que tampoco es dable rescindir el conocimiento, dejando que cada autoridad tome el que le corresponda, pues siendo unos mismos, los hechos, que se han de calificar para el doble objeto civil y penal, se correria el riesgo de que resultasen dos juicios contradictorios sobre el existian ó nó tales hechos.

4.° Que siendo preciso optar entre ambas acciones, no puede seguirse en este caso la regla comun de dar la preferencia á la penal, porque los delitos perseguidos son de tal naturaleza, que no pueden resultar con la claridad necesaria sino despues de ventilar el negocio en lo civil (1).

Prohibicion 5.ª

Admitir interdictos contra las providencias de la Administracion en el círculo de sus atribuciones.

Poco tiempo habia trascurrido desde que se separaron, si bien incompletamente, las atribuciones administrativas y judiciales, y se confiaron á órdenes diferentes de funcionarios públicos, cuando apareció ya como una necesidad apremiante la adopcion de medidas, que impidieran que las autoridades del órden judicial perturbaran con interdictos la accion libre de la Administracion, cuando estaba den-

---

pretende suscitar el Consejo de Villivañez, no solo no está en su derecho, por no haber sido parte ni tener interés alguno en el contrato, sino que es de todo punto estraña al litigio promovido, puesto que versando este sobre la pertenencia á la encomienda del terreno en disputa, queda en pié la reclamacion de la Hacienda, ya se haya vendido ó no dicho terreno.» (Tomo 52, núm. 5 de la *Coleccion legislativa.*)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el gobernador de la provincia de Cuenca y el juez de primera instancia de la misma ciudad, en un pleito sobre el libre uso de las aguas del rio Moscá, en que fué citada de eviccion la Hacienda pública (2 *de diciembre de* 1853.). «Considerando: 1.° Que la cuestion sobre posesion que se versa en este espediente, está ya resuelta y ejecutoriada, litigándose hoy sobre la propiedad en virtud de títulos muy anteriores á la subasta de los bienes nacionales, pues si bien un adquirente de estos coadyuva la accion del principal demandante, lo hace solo para asegurar, caso de ser vencido en el juicio pendiente, el cumplimiento de las condiciones con que supone haber comprado, y tiene parte en el pleito hallándose ya en pleno dominio de los bienes que pertenecieron al Estado y han entrado hoy por esta última circunstancia en la esfera de particulares, sujetos por lo tanto en las cuestiones, que sobre ellos se originen á la jurisdiccion de los tribunales ordinarios.

2.° Que aun cuando la citacion de eviccion supone que la Hacienda pública ha de salir al juicio para defender al comprador, no prejuzga ni resuelve en este caso si dicho comprador pretende con razon que aquella le vendió la finca con la cualidad que se le disputa, y mientras esto no sea objeto de controversia, que haga necesario el exámen y declaracion del acto de la venta, la mera responsabilidad ó saneamiento es un juicio ordinario del que en todo caso conoceria la jurisdiccion ó juzgado especial del ramo, pero de ninguna manera la Administracion, al tenor de lo dispuesto en la Real órden que se menciona.» (Tomo 60, núm. 51 de la *Coleccion legislativa.*)

(1) Tomo 52, núm. 12 de la *Coleccion legislativa.*

tro de los límites legítimos de su competencia. Una Real órden de 8 de mayo de 1839 fué el primer paso que se dió en este camino. Estaba entonces vigente la ley de 3 de febrero de 1823, que daba á los ayuntamientos y á las diputaciones provinciales gran cúmulo de atribuciones, que despues se creyó eran un embarazo para la accion de la Administracion central, y para la gobernacion del Estado. Por esto naturalmente estas corporaciones eran las que debian resentirse mas de las estralimitaciones del órden judicial en las funciones administrativas. Sucedia con frecuencia que los que se creian perjudicados por los actos de las diputaciones provinciales y de los Ayuntamientos, recurrieran á las autoridades judiciales, pidiendo, ya ser amparados en la posesion, ya ser restituidos en ella, suponiéndose despojados; y las autoridades del órden judicial admitian estos interdictos, y ora citaban en los de retener á las corporaciones administrativas para que se defendieran, ora las condenaban en los de despojos sin oirlas, haciendo imposible el ejercicio de la accion administrativa, destruyendo la independencia del poder ejecutivo en sus diferentes escalas é introduciendo la desorganizacion: contiendas tanto mas trascendentales, cuanto que no habia entonces fórmulas y trámites para dirimir tales conflictos, ni señalado superior á quien correspondiera decidirlas.

Esto no podia menos de influir en la Administracion de un modo lamentable, de rebajar el prestigio de unas y otras autoridades, y de poner en situacion bien crítica á los particulares, á quienes se imponian preceptos opuestos, y se los constituía á las veces en la incertidumbre de no saber á quien debian preferentemente prestar obediencia, viéndose conminados con multas por las autoridades administrativas y con amenazas de ser encausados por las judiciales.

En estas circunstancias, y no existiendo entonces ningun alto cuerpo consultivo de la Administracion, buscó el Gobierno en el Supremo Tribunal de Justicia el dictámen autorizado que necesitaba. Conformándose con lo que éste propuso, se espidió la Real órden, antes mencionada, en que se declaró, por punto general, que las disposiciones y providencias, que dictaran los ayuntamientos, y en su caso las diputaciones provinciales, en los negocios que pertecian á sus atribuciones, causaran estado y debieran llevarse á efecto, sin que los tribunales admitieran contra ellas los interdictos posesorios de manutencion y restitucion, aunque deberian administrar justicia á las partes cuando entablaran las otras acciones que legalmente les competieran.

Fué circunstancia feliz que saliera la opinion, que prevaleció, del Tribunal que está al frente de toda la magistratura, porque así encontró menos obstáculos en su ejecucion una resolucion, que, si bien justa en el fondo, y por todos títulos necesaria, no se avenia muy bien con las ideas dominantes en aquella época, en que las buenas teorías administrativas no estaban tan desenvueltas, ni eran tan conocidas como lo son en nuestros dias por efecto de los estudios que se han hecho en los últimos tiempos, y por las reformas, lentas, sí, pero no interrumpidas, y progresivas siempre, que se han introducido en todos los ramos de la Administracion pública.

La voz del cuerpo mas elevado en el órden judicial no podia aparecer sospechosa á los que, bien avenidos, ó preocupados tal vez por la antigua confusion de atribuciones judiciales y administrativas en las mismas personas, miraban con prevencion todos los cambios que eran necesaria consecuencia de la division de los poderes públicos, establecida en la ley fundamental del Estado. Puede decirse sin inconveniente que la Real órden de 8 de mayo fué una de las disposiciones que mas contribuyeron á hacer práctica la separacion de límites entre las autoridades administrativas y judiciales, como puede asegurarse, tambien que, á pesar de que en un principio no pareció á muchos conveniente, habrá pocos hoy que duden de su necesidad, de su conveniencia, y de los buenos efectos que ha producido, para conservar la independencia y la armonía de autoridades, que no deben embarazarse mútuamente en el ejercicio de sus

funciones respectivas; sino por el contrario darse recíprocamente auxilio para llenar la mision que en diferente órden les está recomendada.

Para persuadirse de la necesidad de esta medida, baste considerar que, siendo independientes los funcionarios administrativos y los judiciales, mientras obran dentro del círculo de sus respectivas atribuciones, no pueden los unos sobreponerse á los otros, anular sus resoluciones ni impedir el cumplimiento de sus órdenes. Esto supuesto, el juez, en el hecho de declarar contra la autoridad administrativa, cuando hubiese adoptado alguna medida en negocio perteneciente á sus atribuciones, que habia lugar á mantener al agraviado en la posesion que alegaba ó que debia ser restituido en aquella, de que se le habia despojado, venia, no solo á poner un veto á la Administracion; sino á juzgar á un funcionario del órden administrativo, en cosas por que debia responder á su superior gerárquico inmediato y no á la autoridad judicial; y lo que es mas, á castigarlo con condenaciones, con costas y con conminaciones, que no podian ser procedentes, cuando se dictaban por quien no tenia derecho de juzgar los actos de la Administracion, ni calificarlos de justos ó de iojustos, de legales ó de abusivos. Por esto fué atinado el precepto de que las providencias y disposiciones de los ayuntamientos y diputaciones provinciales, dentro de su respectiva competencia, causaran estado, es decir, en el sentido de la Real órden, que no fueran reformadas por actos judiciales.

Manifestada la justicia y procedencia de la prohibicion de que aquí tratamos, debemos descender á esplicarla.

La teoría, que la Real órden de 8 de mayo de 1839 eleva á precepto, se reduce á que los tribunales respeten las atribuciones de las autoridades administrativas, absteniéndose de dejar sin efecto las disposiciones de estas por medio de admision de interdictos, en que se procede rápida, y sumariamente y á las veces sin audiencia de aquellos, á quienes perjudican.

Mas desde luego ocurre preguntar: lo que se dice de las providencias gubernativas de los ayuntamientos y diputaciones provinciales ¿se limita á estas corporaciones, ó debe ser estensivo á todas las autoridades y corporaciones que administran, mientras obran dentro de los límites de su respectiva competencia? Si solo se atendiera al testo literal de la Real órden, parece que deberia contestarse negativamente, porque habla solo de corporaciones determinadas, lo que parece escluir á todas aquellas, á que no se refiere espresamente. Pero á poco que se pare la atencion, se conocerá que no es este el espíritu de la Real órden. En ella no se quiso dar un privilegio á corporaciones determinadas de orígen popular: esto no tendria esplicacion posible en aquella época, en que tanta oposicion se manifestaba á toda clase de privilegios y de desigualdades. La Real órden fué de orígen mas importante: este fué, la necesidad de conservar á la Administracion su independencia, la de impedir invasiones de un poder en otro poder, la de evitar conflictos entre los diversos ajentes del poder ejecutivo y los del órden judicial; la de destruir antagonismos, haciendo que los que debian cuidar del cumplimiento de las leyes en general, y los que tenian la mision de aplicarlas en los negocios civiles y criminales, no crearan por su falta de armonía dificultades á los mismos á que debian protejer, poniéndolos en situaciones comprometidas, y considerando criminales las resistencias, que no podian menos de hacer en las contradictorias prevenciones, que de autoridades recíprocamente independiente emanaban. Si el testo literal de la Real órden se limitó á los ayuntamientos y diputaciones provinciales, es por que estas corporaciones eran las en que, por reunir mayor cúmulo de atribuciones entonces, y ser por lo tanto mas frecuente con ellas esta clase de conflictos, la necesidad se presentaba como mas apremiante, y porque dió causa inmediatata á la resolucion la suspension de providencias, emanadas de estos cuerpos populares. Y esta esplicacion no es arbitraria: aun en el testo literal de la Real órden encuentra su fundamento: las palabras que en ella se escribieron *y á fin de que no se reproduzcan con este motivo los graves y perjudiciales conflictos, que mas de una vez han te-*

nido lugar entre las autoridades judiciales y las administrativas, vienen en apoyo de lo que, fundados en el espíritu de ella, estamos sosteniendo.

Por esto no necesitamos acudir á otras consideraciones, tomadas del cambio, que ha habido en las leyes administrativas, para apoyar nuestra opinion, que sostendríamos, aunque muchas de las facultades que la ley de 3 de febrero daba á los ayuntamientos y diputaciones provinciales no hubieran pasado por las leyes posteriores de organizacion y atribuciones de las autoridades y corporaciones administrativas, á los alcaldes, á los gobernadores y hasta al Gobierno supremo del Estado.

Ni ¿cómo podria sostenerse que la Real órden, que protegia las providencias de los ayuntamientos y de las diputaciones, y que libertaba de intrusiones á estos cuerpos, dejara á la autoridad de los gobernadores, y sobre todo á la del Gobierno Supremo, sin defensa contra las usurpaciones del órden judicial? ¿No hubiera esto equivalido á que el poder ejecutivo hubiera renunciado su independencia, sometiendo sus actos en la gestion de los negocios públicos á los jueces y magistrados, instituidos por la ley para bien diferente órden de funciones? ¿Y qué seria entonces de la responsabilidad de la Administracion, y sobre todo la del Gobierno ante el Parlamento, si en cosas referentes á sus atribuciones tuviera que sujetar sus actos al poder judicial? ¿Y qué seria de la subordinacion y dependencia, que en el órden gerárquico administrativo tienen los inferiores respecto á los superiores, y de la obediencia debida que estan obligados á prestarles? Por estas consideraciones, si en algun dia se creyó por algunos que el tenor literal de la parte dispositiva de la Real órden debia prevalecer sobre su espíritu, se rectificaron despues las ideas, y hoy puede decirse que es unánime la opinion contraria, y que nadie pone en duda que todas las autoridades del órden administrativo están defendidas por la Real órden de las intrusiones, que en el ejercicio de sus atribuciones pueden hacer por medio de interdictos las autoridades judiciales.

La jurisprudencia ha venido á fortalecer esta opinion. Así vemos decidido por el Gobierno, á propuesta del Consejo Real, que son improcedentes los interdictos contra las providencias de los alcaldes, que tienen por objeto medidas de policía, de cuyo uso, cuando no hay delito, deben responder ante los gobernadores de provincia (1), ó contra las en que un alcalde dispone la enajenacion de los bienes de algun arrendatario de arbitrios municipales, ó contribuyente moroso para hacer

(1) Decision á favor del jefe político de Valencia de la competencia suscitada contra el mismo y el juez de primera instancia de Sueca sobre el derribo de unos ribazos que obstruian el camino y ofrecian ocultacion á malhechores (*de 23 de junio de 1846*).

Sus dos considerandos son los siguientes:

«Considerando: 1.° que la resolucion del alcalde de Cullera fué principalmente una medida de policía, comprendida en sus facultades, segun la ley citada de 8 de enero de 1845: 2.° Que del uso de las que le competen solo debe responder, cuando no hay delito, ante el jefe político; siendo por lo mismo improcedente de todo en todo el medio indirecto del interdicto, que contra su providencia se empleó, y abiertamente contrario además á la Real órden de 8 de mayo de 1839.» (*Coleccion legislativa*, tomo 37, núm. 19.)

Decision á favor de la Administracion de la competencia suscitada entre el gobernador de Palencia y el juez de primera instancia de la misma ciudad, con motivo de un auto restitutorio, dictado por este á instancia de María Gonzalez (*es de 11 de setiembre de 1850*): «Considerando: 1.° que la reforma de una chimenea en el radio de la poblacion para evitar un incendio, es notoriamente un asunto de policía urbana, y por lo mismo de las atribuciones del alcalde á quien somete este cuidado la referida ley en el artículo y párrafos citados.

2.° Que diciéndose espresamente en ellos que esta atribucion le corresponde, como administrador del pueblo, y la ha de ejercer bajo la vigilancia de la Administracion superior, queda sometido esclusivamente á esta la reforma y reparacion de toda injusticia ó abuso, que dicho alcalde pueda cometer en el desempeño de tal cargo.

3.° Que es por lo mismo patente el ningun fundamento con que la recurrente y el juez alegan el hecho material de la perforacion del alero y la informalidad ó quebrantamiento de las disposiciones del caso, con que haya procedido el alcalde, pues el referido hecho es inseparable de la providencia que lo previó y dispuso, y los demás reparos no pueden ser apreciados por el juez, por la razon sencilla y concluyente de que ni le corresponde entender en materia de policía urbana, ni es el superior del alcalde, como administrador del pueblo.

4.° Que es por lo tanto aplicable al caso de la Real órden que se ha citado, estensiva en su espíritu á toda autoridad administrativa.» (*Coleccion legislativa*, tomo 50, núm. 33.)

efectivos sus alcances (1), ó contra las determinaciones de un alcalde pedáneo, que ejecuta en su demarcacion una circular del gobernador de la provincia, dictada dentro del círculo de sus atribuciones, debiéndose recurrir en queja al superior del que causa el agravio (2), ó contra las providencias del delegado de un ayuntamiento, que en su representacion cumpla la delegacion que le está encomendada (3), ó contra las disposiciones acordadas por las comisiones superiores de instruccion primaria, cuando se refieren á asuntos, que están comprendidos dentro del círculo de sus atribuciones (1): contra las providencias de los gobernadores de provincias (2), con mayor razon

(1) Decision á favor de la Administracion de la competencia entre el intendente de rentas de Alava y el juez de primera instancia de Valverde, con motivo del procedimiento de apremio del alcalde de la Puebla de Guzman contra Diego Macías (*es de 18 de octubre de 1830*).

«Considerando que comprendiendo, como comprende en su espíritu esta Real órden que se acaba de citar, á toda autoridad administrativa, ha sido infringida en el caso presente admitiendo el interdicto restitutorio contra D. Diego Gonzalez, por la enajenacion que dispuso como alcalde, pues habiendo obrado en esto en materia de sus atribuciones, segun la ley y Reales decretos que tambien se han citado, solo al superior en su misma línea puede pedirse la revocacion ó reforma de sus actos, y ante la autoridad judicial no pueden deducirse mas acciones, que las restantes dejadas á salvo por aquella Real órden.» (*Coleccion legislativa*, tomo 51, núm. 48.)

(2) Decision á favor de la Administracion de la competencia entre el jefe político y juez de primera instancia de la Coruña, con motivo de la reparacion de la cerca de una dehesa del Estado en el término de Cañas. (*de 23 de febrero de 1848.*)

Tiene los siguientes considerandos:

«Considerando: 1.° que dictada en el círculo de sus atribuciones por el jefe político de la Coruña, segun el Real decreto citado de 1837 (*el de 31 de mayo*) y Reales órdenes de 38 y 39 (*las de 21 de febrero de 1838, y 1.° de marzo y 12 de octubre de 1839*), la circular, que el alcalde pedáneo de Cañas ejecutó en la dehesa, que posee el Estado en su demarcacion, no pudo el juez de primera instancia del partido, sin contravenir á la Real órden, igualmente citada, de 8 de mayo de 1839, aplicable á todas las autoridades administrativas, admitir el interdicto restitutorio intentado por D. Pedro del Oro contra la insinuada ejecucion.

2.° Que si en ello hubo esceso y se usurpó, como lo cree dicho interesado alguna parte de esa dehesa, debió recurrir en queja al superior inmediato del alcalde pedáneo ó al jefe político, mayormente cuando por pertenecer á la autoridad de este, segun el Real decreto de 1.° de abril de 1846 citado asimismo, el deslinde de entrambas dehesas, le corresponde la facultad privativa de decidir gubernativamente si se cometió en efecto la indicada usurpacion, ó si por el contrario la sufrió la dehesa del Estado, al verificar el cerramiento de la otra en 1842, debiendo en tal caso mirarse como un acto de justa reparacion lo practicado por dicho pedáneo.» (*Coleccion legislativa*, tomo 42, núm. 23.)

(3) Decision á favor de la Administracion de la competencia entre el jefe político de Oviedo y el juez de primera instancia de Cangas de Onís, por haber D. Francisco de la Hera abierto una poza, que se cerró, para rectificar la direccion de un camino. (*es de 26 de enero de 1848.*)

«Considerando: 1.° que atribuido á los ayuntamientos por la citada ley (*la de 8 de enero de 1845*) el cuidado, conservacion y reparacion de los caminos vecinales, no pueden tener por reglamento alguno, otro carácter que el de delegados de los mismos los inspectores y capataces de caminos de la provincia de Oviedo, por lo cual, siendo notoriamente contrarios á la Real órden tambien citada (*la de 8 de mayo de 1835*), los interdictos que se intenten contra las disposiciones de dichos cuerpos en este asunto de su legal incumbencia, lo son tambien los que se dirijan contra lo que en su representacion dispongan en el mismo los referidos delegados suyos en desempeño de su delegacion.

2.° Que por ello D. Francisco de la Hera, en vez del interdicto que intentó, debió limitarse á reclamar ante el respectivo ayuntamiento, y en su caso ante el jefe político, la revocacion de lo dispuesto por el capataz y aprobado por el inspector, ó promover desde luego el correspondiente juicio contradictorio ante el juez competente para hacer valer su pretendido derecho, respetando entre tanto esta disposicion administrativa.» (*Coleccion legislativa*, tomo 43, núm. 3.)

(1) Decision á favor de la Administracion de la competencia entre el jefe político de Lérida y el juez de primera instancia de la Seo de Urgel sobre la escuela de Prats y Sampsor. (*es de 27 de julio de 1848.*)

Sus considerandos dicen:

«Considerando: 1.° que las dos leyes (*las de 21 de julio de 1838 y la de 2 de abril de 1845*), el reglamento (*es el de 18 de abril de 1839*) y la Real órden de 25 de marzo de 1846, que se han citado, no permiten dudar que las providencias relativas á las disposiciones testamentarias de D. Salvador y D. Juan Gambres, acordadas por la comision superior de instruccion primaria y el jefe político de Lérida, recayeron sobre cosa comprendida en sus atribuciones.

2.° Que por ello el interdicto admitido por el juez de primera instancia de la Seo de Urgel, es contrario á la Real órden, tambien citada, de 8 de mayo de 1839 que teniendo por objeto asegurar la independencia que la Administracion goza por la constitucion, con respecto á la autoridad judicial, abraza en su espíritu á todos los cuerpos y funcionarios administrativos.» (*Coleccion legislativa*, tomo 44, núm. 50.)

(2) Decision á favor de la Administracion de la competencia entre el jefe político y uno de los jueces de primera instancia de Zaragoza, con motivo de un interdicto intentado por D. Tiburcio Jimenez, para que no se le perturbase en la posesion de los bienes de un colegio. (*31 de julio de 1847.*)

«Considerando: 1.° que, no siendo procedentes, se-

contra las resoluciones del Gobierno (1), y para decirlo de una vez, contra todos los actos de los diversos funcionarios y corporaciones administrativas, cualquiera que sea su clase, mientras sus disposiciones estén dentro de su respectiva competencia (1). Estas decisio-

---

gun esta Real disposicion (*la de 8 de mayo de 1839*) tales interdictos con respecto á providencias de un ayuntamiento, bien ó mal dadas, pero dentro del círculo de sus atribuciones, deben serlo mucho menos respecto de las que dictan en asuntos de su incumbencia los jefes políticos, mayormente, si como sucede en el presente caso, se limitan en ellos á ejecutar una disposicion superior del Gobierno.» (*Coleccion legislativa*, tomo 41, núm. 56.)

Decision á favor de la administracion, en la competencia entre el jefe político de Granada y el juez de primera instancia de Guadix, con motivo de un auto de amparo, dictado á instancia del marqués de Córtes (*26 de enero de 1848*). Sus considerandos son los siguientes: «Considerando: 1.° que atribuida por los dos citados Reales decretos (*los de 9 de noviembre de 1832 y 30 de noviembre de 1833*) á la Administracion suprema y á la superior provincial la facultad de deslindar los términos de los pueblos, es manifiesto que el jefe político de Granada obró dentro del círculo de sus atribuciones, disponiendo el deslinde general del término de la villa de Peza, á solicitud de su ayuntamiento, por lo cual no pudo el juez de primera instancia de Guadix admitir interdicto alguno contra esta disposicion, sin contravenir á la Real órden, citada tambien (*la de 8 de mayo de 1839*), estensiva en su espíritu á todas las autoridades administrativas.

2.° Que aun sin esto seria improcedente el interdicto que admitió, puesto que la cuestion promovida por el marqués de Córtes sobre haberle causado despojo el deslinde mandado ejecutar por dicho jefe, es, por una parte una cuestion relativa á este deslinde, y procede, por otra, de la disposicion administrativa en que se ordenó; y las cuestiones que reunen estas dos circunstancias, son de la atribucion de los Consejos provinciales, como contenciosas segun la ley igualmente citada (*de 2 de abril de 1845*), correspondiendo por una consecuencia forzosa, como simplemente administrativa, al conocimiento de los jefes políticos.» (*Coleccion legislativa*, tomo 43, núm. 2.)

Decision á favor de la Administracion de la competencia entre el gobernador de la provincia de Almería y el juez de primera instancia de Canjayar, con motivo del aprovechamiento de las aguas del rio Andaraz (*es de 9 de julio de 1832*). Su último considerando dice: «que por lo mismo es improcedente el interdicto entablado contra la providencia del gobernador, dictada en una materia peculiar de sus atribuciones, en conformidad con lo dispuesto en la Real órden citada (*la de 8 de mayo de 1839*) estensiva en su espíritu á toda autoridad administrativa.» (*Coleccion legislativa*, tomo 56, número 41.)

(1) Decision de la competencia de 31 de julio de 1847, cuyo primer considerando antes hemos trascrito.

Decision á favor de la Administracion en la competencia entre el jefe político de Lérida y el juez de primera instancia de Cervera, con motivo de la reclamacion de la Universidad de Barcelona, por haber Juan Ruestes y Antonio Nivella entrado á labrar dos fincas, pertenecientes al Colegio de la Asuncion de Cervera, de que estaba en posesion (*es de 24 de mayo de 1848*). Dicen sus considerandos:

«Considerando: 1.° que dejar sin efecto una Real órden, espedida sobre asunto comprendido en las atribuciones del respectivo Ministerio, es por su naturaleza privativo de este, porque solo así puede salvarse la independencia de su autoridad.

2.° Que las Reales órdenes sobre agregacion de los bienes del Colegio de la Asuncion de Cervera á la Universidad de Barcelona están en este caso, puesto que destinados dichos bienes esclusivamente á los alimentos de determinada clase de individuos, durante sus estudios en la antigua Universidad de Cervera, no puede ponerse en duda que eran bienes destinados á la instruccion pública, por mas que no se diese esta en el mismo Colegio á que pertenecian.

3.° Que si D. Gaspar Ruestes se creyó perjudicado en el derecho, que pretende tener sobre estos mismos bienes, en virtud de lo dispuesto por el fundador de dicho Colegio, debió acudir al Gobierno con la oportuna reclamacion, ó bien promover desde luego contra la Universidad de Barcelona el juicio plenario de posesion ó el petitorio ante el tribunal ordinario competente, mas no un interdicto, el cual, si fuese suficiente para dejar sin efecto las indicadas Reales órdenes, haria inferior la condicion del Gobierno Supremo á la del último de los alcaldes y los ayuntamientos, cuyas providencias administrativas no se pueden atacar en ningun caso por este medio, segun el espíritu y letra de la citada Real órden de 8 de mayo de 1839.» (*Coleccion legislativa*, tomo 44, núm. 46.)

(1) Decision á favor de la Administracion, en parte, y en parte á favor de la autoridad judicial, de la competencia entre el jefe político de Granada y el juez de primera instancia de Albuñol, con motivo de una providencia del alcalde de Narila (*es de 23 de febrero de 1838*). Sus considerandos son estos: «Considerando 1.° que en los antecedentes de este negocio resultan dos cuestiones: la una de órden público relativa á la medida que de acuerdo con el ayuntamiento, adoptó el alcalde de Narila de agregar á las aguas de la fuente pública, las que nacen en la hacienda del presbítero D. José Martinez, y la otra sobre la propiedad de las aguas agregadas.

2.° Que la primera de dichas cuestiones corresponde al jefe político, porque á él solo como encargado de mantener el órden y el sosiego público, bajo su responsabilidad, segun la ley citada, para el gobierno de las provincias (*es de 2 de abril de 1845*), es á quien toca averiguar si la razon en que fundó el alcalde la insinuada medida, para que le autoriza en su caso la ley de 8 de enero de 1845, igualmente citada, y sobre que, segun la misma ley, pudo oir al ayuntamiento, fué un pretesto ó no para exigirle en la afirmativa la responsabilidad, reponiendo las cosas al estado que antes tenian, ó aprobar en la negativa su conducta.

3.° Que la otra cuestion es ordinaria, puesto que refiriéndose á la propiedad de un aprovechamiento, y no á su uso, no está comprendida en la

nes que citamos, como prueba de que la Real órden de 8 de mayo de 1839 no se limita á los ayuntamientos y diputaciones provinciales; sino que son aplicables, por regla general, á todos los actos que las autoridades y corporaciones administrativas ejecutan dentro del círculo de sus atribuciones.

Mas, como la Real órden de 8 de mayo solo hace espresion de los interdictos posesorios de manutencion y restitucion, ó, como hoy los denomina la ley de Enjuiciamiento civil, de *retener* y *recobrar*, puede preguntarse, si están ó no escluidos los interdictos de adquirir. Debe decirse de esta cuestion lo que de la anterior queda espuesto: atendiendo al tenor literal de la Real órden parecian escluidos; pero no era, no podia ser ese su espíritu. Si la Administracion no debe ser perturbada en el ejercicio de sus atribuciones por los juzgados y tribunales por medio de los interdictos de amparo y despojo, que son los mas favorecidos por el derecho, pues que en ellos se trata de la perturbacion que se causa en la posesion del que legítimamente la obtiene, ó que sea en ella restituido el que ha sido despojado; menos debe poder serlo por el interdicto de adquirir, porque al fin la Administracion es en este caso la que posee, y el que entabla el interdicto nunca ha poseido. Debe tenerse en cuenta que el art. 695 de la ley de Enjuiciamiento civil pone entre los requisitos para que proceda el interdicto de adquirir que nadie posea á título de dueño ó de usufructuario la cosa, cuya posesion se pide, y ordena que el que posee no sea privado de su posesion sin ser oido y vencido en juicio. A las razones, pues, de la independencia de la accion administrativa se agrega en este caso otra civil, porque no debe ser la Administracion de peor condicion que los particulares. Esta doctrina encuentra tambien su sancion en la jurisprudencia (1).

---

disposicion, igualmente citada, de la ley de organizacion y atribuciones de los Consejos provinciales, por lo cual, su resolucion corresponde á los Tribunales de Justicia, no quedando respecto á ella mas facultad á la Administracion, que la de exigir la continuacion del disfrute del insinuado aprovechamiento por el pueblo, si lo necesita y se declara de la propiedad, de dicho presbítero, á quien en tal caso es forzoso indemnizar.

4.° Que siendo la primera cuestion preferente por su naturaleza, es contrario á la citada Real órden de 8 de mayo de 1839, aplicable, atendido su espíritu, á todas las autoridades administrativas el interdicto, á que el juez de primera instancia en Albuñol, dió lugar, dejando en el mismo hecho sin efecto la providencia del alcalde de Narila.» (*Coleccion legislativa*, tomo 43, núm. 39.)

Considerando segundo de la decision que, al referirnos á las comisiones de instruccion primaria, hemos antes transcrito.

Sentencia en el pleito seguido ante el Consejo provincial de Vizcaya entre el ayuntamiento de las ante iglesias unidas de Castillo y Elejabeitia y el presidente de la sociedad directiva del camino de Arratia, en que se declaró nulo todo lo actuado (29 *de noviembre de* 1848). Dice así su séptimo considerando:

«Considerando que aparte de las cuestiones de propiedad y de servidumbre del terreno litigioso, incumbe esclusivamente á la Administracion apreciar y resolver la cuestion de conveniencia pública, que se versa en la designacion, variacion y direccion de una vía pública.» (*Coleccion legislativa*, tomo 45, núm. 42.)

Decision á favor de la Administracion en la competencia entre el gobernador de Palencia y el juez de primera instancia de Saldaña, á consecuencia de un interdicto, entablado por el alcalde pedáneo de Bustillos, contra un vecino de Morales (31 *de agosto de* 1853). Hé aquí su considerando cuarto: «Considerando: 4.° Que por otra parte, ora sea que el permiso otorgado á Gutierrez para la construccion del cobertizo, dimanase de la junta directiva de la comunidad, ora que procediese esclusivamente de su presidente, siempre resultará que existia un acuerdo de una autoridad de la Administracion, adoptado en materia tan esencialmente en las atribuciones de esta como es la fijacion de la forma, en que ha de verificarse el aprovechamiento de pactos sujetos á una mancomunidad; por cuya razon si la autoridad de donde emanó no era la competente para dictarle, ó por dicho acuerdo se vulnerasen derechos que debieron ser respetados, no es el remedio del interdicto el que debió emplearse como opuesto á lo prescrito en la Real órden de 8 de mayo de 1839, sino el recurso ante el Gobernador de la provincia, como superior gerárquico.

(1) Decision á favor de la Administracion de la competencia entre el jefe político de Murcia y el juez de primera instancia de Lorca, con motivo de la posesion dada á D. Ginés Aragon de bienes de una fundacion, que estaban aplicados al Instituto de segunda enseñanza (21 *de abril de* 1847). Estos son los considerandos que contiene:

«Considerando: 1.° Que si por esta Real órden (*la de 8 de mayo de* 1839), se hallan á cubierto de los interdictos espresados las providencias dichas, aunque perturben en su posesion á un particular, ó lo priven de ella, debe decirse lo mismo con mayoría de razon en nuestro caso; lo uno porque no se trata en él de una providencia de diputacion provincial ó de ayuntamiento, sino de dos reales órdenes sobre cosa relativa á Instruccion pública, y consiguientemente del conocimiento del Gobierno: y lo otro porque si la Real órden de 8 de mayo

La prohibicion, impuesta á las autoridades judiciales, de admitir interdictos posesorios contra las providencias y actos de las autoridades, funcionarios y corporaciones administrativas, se limita á los negocios, que pertenecen á sus atribuciones; no á otros algunos. Así lo prescribe la Real órden de 8 de mayo y solo así tiene fundamento en los motivos que la aconsejaron. Salir de estos límites ya no seria atender á una necesidad administrativa y salvar la integridad é independencia de la Administracion; si no conceder privilegios á los que ejercieran ciertos cargos públicos, y dar lugar á anular frecuentemente los saludables efectos de los interdictos, tan necesarios al órden público y á la seguridad de las personas y de las cosas. Por esto, al paso que vemos repetidas decisiones contrarias á su admision, cuando se trata de actos que están dentro de su competencia administrativa, vemos otras que declaran su procedencia en otros casos, independientes del círculo de las atribuciones que les corresponden.

Al tratar de la competencia de la Administracion, al examinar la diversa índole de sus actos, ya cuando obra activamente, ya cuando por la vía contenciosa destruye las resistencias, que se oponen á su libertad de accion, que es el elemento principal de su vida, consultando en sus fallos al respeto que de justicia se debe á todos los derechos legítimos, hemos fijado las reglas generales para establecer la competencia administrativa.

Lo dicho allí, debe tenerse muy en cuenta para conocer hasta donde pueden las autoridades administrativas estenderse sin ser perturbadas por las judiciales, y donde comienzan estas á tener facultad para admitir los interdictos posesorios. Larga seria nuestra tarea, y necesitaria mucha mayor estension, que la que podemos dar á nuestros artículos, si con la jurisprudencia establecida sucesivamente por el Consejo Real, por el Tribunal contencioso-administrativo, y por el Consejo de Estado quisiéramos corroborar las doctrinas, que dejamos sentadas, y descender á todos y á cada una de las decisiones en que se ha declarado la competencia de la Administracion para entender en materias determinadas, rechazando al propio tiempo el uso de los interdictos dictados por la autoridad judicial. Aunque con relacion á otras cuestiones, ya hemos presentado algunos ejemplos de decisiones, que bastan para que no insistamos mucho sobre este punto; y mas, teniendo en cuenta que en los artículos especiales de la Enciclopedia, en que se trata determinadamente cada materia, tendrá colocacion oportuna lo que, sin dar grandes proporciones á este artículo, y sin faltar al órden, que nos hemos propuesto, de colocar en cada *palabra* todo lo que á ella se refiera, no podria tener cabida en este lugar. Por esto preferimos poner ejemplos, tomados de decisiones de competencias, en que por no ser el negocio que ha dado lugar al interdicto, de los que están dentro de las atribuciones de la Administracion, han sido resueltas á favor de la autoridad judicial.

El primer caso de esta naturaleza se decidió poco despues del establecimiento del Consejo Real. Un jefe político suscitó competencia á un juez de primera instancia, que habia admitido interdicto de despojo á un particular contra otro particular: no se trataba de dejar sin efecto, ó menoscabar una providencia administrativa: esta no existia: versaba el interdicto sobre la construccion de una presa, hecha para regar una posesion, y se suponía que así se habia despojado á otro del agua que disfrutaba para un molino y varias tierras de su propiedad en un punto inferior al de la presa. El Consejo Real propuso que se

---

de 1839, citada, escluye testualmente los interdictos de manutencion y restitucion, con mas motivo debe entenderse escluido tambien el de adquirir, puesto que goza en el derecho menos favor que los otros dos.

2.° Que por ello D. Ginés Aragon, en vez del que propuso y por cuya admision quedó el Instituto de segunda enseñanza de Murcia, despojado de unos bienes que disfrutaba, siete años habia, por las dos insinuadas Reales órdenes, debió hacer valer su pretendido derecho, ó bien recurriendo por la vía gubernativa, ó bien entablando desde luego el correspondiente juicio plenario de posesion ó propiedad ante la autoridad judicial, única competente para decidir las cuestiones sobre la inteligencia, el valor y los efectos de la última voluntad del doctor Robles, por ser conocidamente cuestiones ordinarias, con lo cual se hubiera evitado el despojo dicho, que no puede tolerar, sin mengua de su independencia, la Administracion.

decidiera la competencia á favor de la autoridad judicial, fundándose en que no habia providencia ninguna del ayuntamiento, de las espresadas en la ley, á que pudiera atribuirse, como á causa inmediata, el despojo que motivó el interdicto, quedando por lo tanto la cuestion reducida á la de un despojo de particular á particular, la cual era ajena á la Administracion (1). El Gobierno adoptó este dictámen.

Por no ser tampoco sobre asunto sometido á las atribuciones de las Diputaciones provinciales, se declaró á favor de la autoridad judicial una competencia, suscitada sobre acotamientos de terrenos sujetos á dominio particular, con relacion á una época, en que, segun la legislacion entonces vigente, era atribucion de estos cuerpos adoptar las medidas convenientes sobre el acotamiento ó adehesamiento de terrenos públicos, que siempre hubieran sido de aprovechamiento comun de uno ó mas pueblos (2).

Por falta de competencia se declaró que procedia igualmente el interdicto, admitido por el juez de primera instancia de Viver, por el despojo que alegaba el alcalde de Benafer, el cual se quejaba de que el ayuntamiento de Caudiel, contrariando la costumbre inmemorial, que se observaba en la distribucion de las aguas entre los dos pueblos, habia mandado abrir una zanja, para variar la direccion de las aguas, y hacer esclusivo este pueblo su aprovechamiento. El Consejo Real se hizo cargo de que dos ayuntamientos solo pueden acordar providencias para aprovechar las aguas, que les pertenecieren en comun, con sujecion á las estipulaciones y costumbres, y que por lo tanto lo que uno acuerda y ejecuta en daño del otro, está fuera de su competencia, y solo tiene el carácter de despojo cometido por un particular contra otro particular (1), porque en este caso los pueblos tienen solo la consideracion de personas jurídicas.

Otro caso notable presenta tambien la jurisprudencia. Esta es la declaracion, como doctrina espuesta en los considerandos de una decision de que procedia el interdicto de amparo contra una providencia de la Junta administrativa y de gobierno de la acequia de Carcagente, á pesar de ser autoridad, á quien era aplicable en su espíritu la Real órden de

(1) Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia entre el jefe político de Avila y el juez de primera instancia de Arenas de S. Pedro, sobre dejar espeditas las aguas del rio de la Torre, para el riego de huertas y movimiento de un molino (*26 de junio de 1846.*). Su único considerando dice: «Considerando que en el presente caso no hay providencia alguna del ayuntamiento de la villa de Arenas, de las que en el citado párrafo 2.°, artículo 62 de la ley de 14 de julio de 1840, se espresan á que pueda atribuirse como á causa inmediata, el despojo que motivó el recurso de doña Remigia Jaen, al juez del partido, por lo cual queda aquel reducido á la clase de despojo de particular á particular, justificada la procedencia del interdicto, y sin aplicacion alguna de la mencionada Real órden de 8 de mayo de 1839. (*Coleccion legislativa*, tomo 37, núm. 24.)

(2) Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia suscitada entre la diputacion provincial de Toledo y el juez de primera instancia de Torrijos, en su interdicto de manutencion, con motivo de cerramiento y acotamiento de heredades (*8 de agosto de 1846*). Dicen sus considerandos: 1.° «Considerando que las diputaciones provinciales, en la época en que ocurrió este conflicto contaban en sus atribuciones, segun la citada Real órden de 17 de mayo de 1838, la de resolver lo conveniente sobre el acotamiento ó adehesamiento de terrenos públicos, que hubiesen sido siempre de aprovechamiento comun de uno ó mas pueblos. 2.° Que ni de dicha Real órden, ni del decreto de las Córtes, tambien citado (*es el de 8 de junio de 1813*) se deduce que esta atribucion se estendiese igualmente al acotamiento de los terrenos sujetos á dominio particular, antes se infiere precisamente lo contrario, puesto que la autorizacion general y directa concedida á los dueños particulares en el espresado derecho hacia supérflua la especial de las diputaciones provinciales. 3.° Que por ello es visto no versó la providencia de la de Toledo á favor de los terratenientes del Carpio, sobre asunto sometido á sus atribuciones, ni siendo por lo mismo la citada Real órden de 8 de mayo de 1839 aplicable á esta competencia.

(1) Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia entre el jefe político de Castellon y el juez de primera instancia de Viver, con motivo del interdicto de despojo, que se indica en el testo (*16 de febrero de 1848*). Su único considerando dice: «Considerando que los ayuntamientos de Caudiel y Benafer solo pueden acordar providencias relativas á aprovechamiento de las aguas, que en comun les pertenecen con sujecion estricta á lo estipulado en la insinuada concordia, y á lo establecido entre ellos por costumbre legítima; por lo cual no tiene ni puede tener otro carácter lo que sin esta sujecion del uno de ellos decrete en perjuicio del otro, mas que el de un despojo de particular á particular, no siendo por lo mismo las disposiciones citadas aplicables al presente caso.

8 de mayo de 1839, porque no estaba en sus atribuciones al marcar la regadera para llevar el agua por una heredad contra la voluntad de su dueño. Y aunque la competencia se decidió á favor de la Administracion, fué por otras razones que asi lo aconsejaron (1).

Por último, y para no multiplicar los ejemplos, presentamos el que se encuentra en una decision, en que se declaró que procedia el interdicto de despojo contra la providencia de un alcalde, en que ordenaba que los ganados de un particular evacuaran un terreno, que este habia adquirido por compra, y en que habia sido amparado el vendedor por diferentes providencias judiciales (1).

Las decisiones, que acabamos de mencionar, prueban el gran esmero con que la jurisprudencia procura no confundir los actos, que están dentro de las atribuciones de las autoridades administrativas con aquellos, en que se estralimitan para negar ó reconocer la procedencia de los interdictos.

Mucho mas frecuentes, que las declaraciones de procedencia, son las de improcedencia. La Administracion en esta clase de competencias ha salido mejor librada que las autoridades judiciales. Grande es ya el cúmulo de decisiones, dadas á su favor: entre ellas se cuentan especialmente las referentes á las prohibiciones de admitir interdictos posesorios contra las providencias administrativas sobre materias de policía y de seguridad de personas y de bienes: sobre pastos y demás aprovechamientos comunes: sobre disfrute de aguas de uso comun: sobre construccion, reparacion y conservacion de caminos públicos y sus usurpaciones: sobre arbitrios municipales: sobre el servicio de bagajes: sobre la posesion de bienes nacionales dada por la Hacienda pública: sobre suspensiones de acotamientos, que dañen á los caminos, veredas, puentes y pontones: sobre deslinde y amojonamiento de montes

---

Decision á favor de la Administracion de la competencia entre el jefe político de Valencia y el juez de primera instancia de Alcira, con motivo de un interdicto, entablado por Pascual Galud, contra la resolucion de la Junta administrativa y de gobierno de la acequia de Carcajente (25 *de agosto de* 1849). Sus tres primeros considerandos dicen: «Considerando: 1.° Que con arreglo al citado artículo (el 10) de la Constitucion del Reino, y la ley igualmente citada de 17 de julio de 1836, la Administracion no puede ordenar la espropiacion forzosa, si no por causa de utilidad pública, y en la forma que prescribe la ley últimamente mencionada.

2.° Que tratándose en el caso presente del interés esclusivo de doña Inés García, la Junta administrativa y de gobierno de la acequia de Carcajente, no pudo considerarse facultada por el artículo 9.° citado de sus ordenanzas para tomar una providencia, que no estaba en las atribuciones del mismo Gobierno.

3.° Que por lo tanto fué prudente la admision del interdicto en la época, en que la decretó el juez de primera instancia, como dirigido contra un acuerdo, que, si bien procedia de una autoridad, á quien es aplicable en su espíritu la Real órden citada (*de 8 de mayo de* 1839), no tenia el requisito que esta exige de estar tomado en materia de su incumbencia.

(1) Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia entre el gobernador de Ciudad-Real y el juez de primera instancia de Infantes, en un incidente promovido por D. José Lopez de Nebreda, sobre aprovechamiento de pastos de terrenos que le correspondian y lindaban con los del comun (3 *de noviembre de* 1853). Sus tres primeros considerandos son los siguientes: «Considerando: 1.° Que la circunstancia de haber entrado D. José Lopez de Nebreda en posesion de las referidas fanegas de tierra por contrato de compra, que celebró con D. Alfonso Valcárcel, así como la existencia de las varias providencias de amparo en la posesion de los mismos terrenos, que el último habia obtenido anteriormente, demuestra que no se trata en el presente caso de una usurpacion de fecha reciente y fácil de comprobar.

2.° Que la verdad de este aserto está confirmada por la medida, que la corporacion municipal adoptó, ordenando la instruccion de espediente, en que se hiciese constar la cabida y límites de la parte que á Lopez Nebreda correspondia en los parajes ya citados, pues dirigida á poner en claro cuál era la parte de que Nebreda podia disponer, y cuál la que pertenecia al comun, demuestra que el mismo ayuntamiento se hallaba en duda acerca de la existencia, ó al menos de la estension de la usurpacion atribuida á Nebreda, y reconoce que contiguos á dichos terrenos ó enclavados en ellos existen algunos, que son precisamente de la propiedad de aquel.

3.° Que en tal concepto, y no pudiendo considerarse la medida del alcalde, mandando que los ganados de Lopez de Nebreda evacuasen los terrenos de que se trata, como emanada de las facultades conservatorias, que á los alcaldes asigna el artículo 74 de la ley municipal, pues para ello seria menester que la usurpacion que tratase de subsanar fuere clara y ostensible, bien pudo ser atacada por la vía del interdicto, remedio prohibido solo segun la Real órden de 8 de mayo de 1839, cuando la medida de la autoridad administrativa, que destruya ó contrarie este dentro del círculo de sus atribuciones.»

puestos bajo la administracion de la autoridad pública, ó de los particulares, en la parte que lindan con aquellos: sobre la construccion de obras de necesidad, de utilidad ó de conveniencia pública: sobre policía rural ó urbana: sobre uso de las servidumbres públicas, y sobre los términos municipales de los pueblos.

Anotamos solo estos puntos para dar una idea de los muchos negocios, en que las autoridades judiciales no pueden perturbar á la Administracion en el ejercicio de sus funciones, mientras no traspasa los límites de su competencia. Esta simple indicacion bastará para justificar que no descendamos a demostrarlo todo con casos prácticos de jurisprudencia. Para ello seria necesario trasladar á nuestras columnas gran parte de la coleccion de decisiones y no pocas sentencias, dadas á consulta del Consejo Real, del Tribunal Contencioso-administrativo y del Consejo de Estado.

No basta que la materia sea administrativa de suyo, y que por lo tanto esté dentro de la competencia de la Administracion, para que no puedan entablarse los interdictos posesorios: además se requiere que las providencias de la Administracion sean puras y no condicionales. Ni es necesario que la condicion sea espresa, basta que tácitamente se sobreentienda ó que se presuma.

Conviene esplicar esto. A veces la Administracion hace una concesion, que no ha de producir efecto desde luego, sino que pende de una condicion, hasta cuyo cumplimiento la concesion no puede ser efectiva. Si el concesionario hace uso de la concesion antes de tiempo, es decir, cuando no ha tenido lugar el acontecimiento de que depende, comete indudablemente un abuso. No puede decirse en este caso que está autorizado por una providencia administrativa: esta no existe, porque hasta que se cumple la condicion, no *ha cedido ni venido el dia*, si nos es lícito usar de esta frase jurídica. La autoridad judicial, admitiendo en este caso el interdicto, no vá contra una providencia administrativa, sino contra un abuso, cometido á la sombra de una concesion, que, no se sabe aun si ha llegado, ó si ha de llegar el dia en que sea eficaz, está en su derecho. Así, lejos de desairar la autoridad judicial lo que la Administracion activa ha resuelto, viene á darle mayor fuerza, reprimiendo el abuso que hace el concesionario contra el precepto de la Administracion. Lo que se dice de la condicion es estensivo al término, cuando la concesion es desde cierto dia, que aun no ha llegado.

Esta doctrina está confirmada por la jurisprudencia. El jefe político de Valencia autorizó á algunos para aprovechar cierta parte de las aguas de la acequia del Molino, sin perjuicio del riego de los terrenos inferiores: los concesionarios, para utilizar la autorizacion, empezaron á construir un partidor en la acequia: los regantes antiguos reclamaron por interdicto de despojo ante uno de los jueces de Valencia la posesion en que estaban de regar sus tierras en la huerta de Alboraya, con el agua, de que se veían privados, á causa del partidor, que se estaba construyendo. El juez, despues de recibir la informacion sumaria, ofrecida por los que entablaron el interdicto, dió un auto restitutorio. De aquí nació una competencia entre el jefe político y el juez de primera instancia, que se decidió á favor de la autoridad judicial, fundándose, tanto en que era una cuestion entre particulares, y por lo tanto correspondiente á los tribunales, como en que el auto, declarando el despojo, no se oponia á la providencia permisiva del gobernador, ni la modificaba, pues que no era mas que una declaracion implícita de que no existia el caso de no causar perjuicio á tercero, que era para lo que solo se habia hecho la concesion (1).

(1) Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia, entre el jefe político y uno de los jueces de primera instancia de Valencia, sobre la construccion de un partidor para riegos en la acequia del Molino (7 *de noviembre de* 1846). Dicen sus considerandos: «Considerando 1.° Que la cuestion única que ofrece en el fondo este negocio, reducida á si el permiso concedido por el jefe político de Valencia á D. Joaquin Catalá de Monsonos, D. Juan Musticles y D. Manuel Benedito, perjudica ó no el Derecho del Marqués de Malferit, D. Luis Orellana y Manuel Ariño, es una cuestion entre particulares, una cuestion por lo mismo de interés privado, que como todas las de esta clase, por punto general, toca á los tribunales decidir.

2.° Que esta decision, acordada ya en este asunto interinamente por el juez de primera ins-

Ni es necesario que la condicion sea tan espresa, como lo era en el caso anterior: basta que aparezca que la condicion existe, que están salvados en ella los derechos, legalmente constituidos, para que el juez pueda admitir el interdicto á instancia del que se halle protegido de este modo. Así para el efecto de que tratamos, es indiferente que se haya hecho la concesion, como en el caso anterior, *sin perjuicio del riego de los terrenos inferiores*, ó solo diciendo, *sin perjuicio de tercero*. Hay mas: aun en el caso de que ni esta cláusula se esprese, se sobreentiende siempre en todas las concesiones, que solo de este modo puede hacer la Administracion, como sucede especialmente respecto á las aguas. Hay decisiones del Gobierno en este sentido, que han venido á formar jurisprudencia (1). Por eso digimos antes, que para que pudiera proceder el interdicto, no era necesario que la condicion fuera espresa, y que la tácita y presunta eran suficientes.

La prohibicion de admitir interdictos posesorios contra los actos administrativos no priva á los interesados de poder acudir en queja de los perjuicios, que providencias poco meditadas de las autoridades puedan irrogarles. Al contrario, abierta tienen la puerta para reclamar, si bien deben hacerlo ante los respectivos superiores gerárquicos, en el órden administrativo, de la autoridad, que no ha respetado los derechos individuales.

Además quedan recursos judiciales en los juicios ordinarios de posesion y de propiedad, cuyas demandas proceden con arreglo á los principios establecidos, de que hemos hecho mencion, y en conformidad al derecho escrito. La jurisprudencia lo ha consignado tambien en los considerandos de muchas decisiones, y entre ellos algunos que hemos reproducido en las notas (1). Solo, pues, limita la accion de la autoridad judicial en cuanto puede turbar á la Administracion en el ejercicio de sus atribuciones y cercenar su independencia.

---

tancia en juicio sumarísimo, no se opone á la providencia permisiva de dicho jefe, ni la modifica, puesto que semejante decision no es mas que una declaracion implícita de que no existe el caso único para que el permiso se concedió, que fué el de no causar su uso perjuicio á tercero, por todo lo cual no es aplicable la citada Real órden á esta competencia.» (Tomo 30, núm. 67 de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en la competencia entre el jefe político de Valencia y el juez de primera instancia de Denia, con motivo de una concesion de aguas, hecha por el Ayuntamiento de Sanet y Negrals á D. José Oliver (25 *de agosto de* 1847). Sus dos primeros considerandos dicen: «Considerando: 1.° que la concesion, hecha por el ayuntamiento de Sanet y Negrals á don José Oliver, envuelve por su naturaleza la cláusula de sin perjuicio del derecho de tercero que la hace condicional.

2.° Que siendo de esta clase, es visto, que el juez, declarando, como declaró, con la admision del interdicto del marqués de Valleharmoso que existia semejante perjuicio, no decidió sobre la concesion, sino sobre la condicion con que fué otorgada, y que es preciso se verifique para que aquella tenga efecto, por lo cual no es aplicable al presente caso la citada Real órden, cuyo objeto fué solo impedir, como lo requeria la independencia de la Administracion, que las providencias de esta en lo de su atribucion, no fueran revocadas por los tribunales en juicio sumarísimo.» (Tomo 41, núm. 68 de la *Coleccion legislativa*.)

Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia entre el jefe político de Valencia y el juez de primera instancia de Moncada, con motivo de una concesion de aguas, hecha á D. Juan Bautista Lluesma por el ayuntamiento de Moncada (27 *de julio de* 1848). Sus dos considerandos están en estos términos:

«Considerando: 1.° que el permiso concedido por el ayuntamiento de Moncada á D. Juan Bautista Lluesma, llevaba envuelta la cláusula de sin perjuicio de tercero, porque solo con ella puede otorgar la Administracion permisos de esta clase.

2.° Que siendo esto así, el auto restitutorio, dictado por el juez de aquel partido, no haciendo, como no hizo, mas que declarar la existencia de este perjuicio, no puede decirse que es opuesto al insinuado permiso en sí mismo, ni que le modifica; por lo cual la citada Real órden no es aplicable al presente caso.» (Tomo 44, núm. 53 de la *Coleccion legislativa*.)

Decision á favor de la Administracion en la competencia entre el jefe político de Valencia y el juez de primera instancia de Alberique con motivo de un interdicto posesorio sobre ciertas aguas (27 *de julio de* 1848.) Sus dos considerandos dicen: «Considerando: 1.° que el permiso concedido por el ayuntamiento de Moncada á D. Juan Bautista Lluesma llevaba envuelta la cláusula de *sin perjuicio de tercero*, porque solo con ella puede otorgar la Administracion permisos de esta clase.

2.° Que siendo esto así, el auto restitutorio dictado por el juez de aquel partido, no haciendo, como no hizo, mas que declarar la existencia de este perjuicio, no puede decirse que es opuesto al insinuado permiso en sí mismo, ni que le modifica, por lo cual la citada Real órden no es aplicable al presente caso.» (Tomo 44, núm. 52 de la *Coleccion legislativa*.)

(1) Creemos útil poner aquí los considerandos de una decision adoptada, por el Gobierno, á propuesta del Consejo de Estado, en una competencia

Al concluir este párrafo debemos hacernos cargo de otro caso, que mas de una vez se ha presentado en la práctica. Cuando las autoridades administrativas dan providencias, que se han de ejecutar fuera del término de su jurisdiccion respectiva, ¿tiene lugar la prohibicion, impuesta á la autoridad judicial, de admitir interdictos posesorios contra ellas? La jurisprudencia ha resuelto afirmativamente esta cuestion, cuando la autoridad competente ha aprobado, ó consentido al menos, la providencia, porque por esto no se desnaturaliza el acto administrativo, ni deja de ser una proteccion, que se dispensa á intereses colectivos (1).

entre el gobernador de Leon y el juez de primera instancia de Sahagun, con motivo de haber admitido este cuatro interdictos restitutorios sobre la posesion de unas regueras, sitas en el campo de Foncavada. La competencia se decidió á favor de la Administracion (28 *de julio de* 1859.)

Dicen sus considerandos: «Considerando: 1.° que, siendo como es manifiesta, reconocida, pública y de toda notoriedad, segun los convenios de todos los vecinos y acuerdos dictados por la autoridad municipal del distrito de Villasolan, al menos en los años de 1851, 1857 y siguientes, la usurpacion, que sufren los terrenos del comun, llamados de Foncavada, ha estado en su lugar, con arreglo á los artículos citados de las leyes de 8 de enero y 2 de abril de 1845, la providencia del alcalde, de 22 de mayo de 1858, mandada cumplir por el gobernador de la provincia y que ha tenido por objeto ejecutar definitivamente lo que diferentes veces se habia concertado con los mismos vecinos usurpadores y resuelto legalmente y sin violencia en una materia esencialmente administrativa, la de conservacion en bienes comunales.

2.° Que contra providencias, dadas con tales antecedentes y circunstancias por la autoridad administrativa en materia de su atribucion, solo es de admitir la reclamacion á la autoridad del mismo órden, ó la demanda ordinaria de posesion ó de propiedad; pero son improcedentes los interdictos, conforme á la Real órden además mencionada de 8 de mayo de 1839, que tiene por objeto impedir que los tribunales de justicia puedan reformar ó anular en ningun caso en juicio sumarísimo los actos legítimos de las autoridades reconocidas, mucho menos sin oirlas ni siquiera conocer sus actos, cual sucederia en los interdictos de que se trata, sustanciados, segun con toda deliberacion fueron propuestos, sin audiencia de los querellados.

(1) Decision á favor de la Administracion, en la competencia entre el jefe político de Murcia y el juez de primera instancia de Mula, con motivo de un interdicto, interpuesto de resultas de una resolucion, tomada por los regantes de la acequia de Albudeite (3 *de enero de* 1849). Dicen así los considerandos: «Considerando: 1.° Que la monda de la acequia de Albudeyte es un acto relativo á la policía rural, encargada por la citada ley á los alcaldes, y es propio además de la proteccion que la administracion debe dispensar á los intereses colectivos de la agricultura, teniendo indudablemente bajo ambos conceptos el carácter de acto administrativo.

2.° Que la circunstancia de haberse ejecutado este acto en la parte que se refiere al presente conflicto, fuera de la espresada villa, no le desnaturaliza, convirtiéndolo en acto ejecutado entre particulares, porque la costumbre inmemorial indicada por el jefe político y no negada directamente por el juez de Mula de encargarse la direccion de dicha monda al referido alcalde, envuelve á favor de este en la aquiescencia del alcalde local una autorizacion tácita, en cuya virtud el dicho acto, á todas luces administrativo dentro del término de Albudeyte, continúa, siéndolo fuera de él.

3.° Que por ello está en oposicion con la Real órden, igualmente citada, aplicable en su espíritu á todas las autoridades administrativas, el interdicto restitutorio admitido por el juez, aun en el supuesto de ser ciertos los abusos que le motivaron, porque, no siendo delitos, corresponde al superior inmediato en el órden administrativo corregir los que cometan en la ejecucion de tales actos los alcaldes, por el hecho de colocarlos dicha ley en cuanto á estos actos bajo la vigilancia, no de los jueces y tribunales, sino de los jefes políticos.» (Tomo 46, núm. 11 de la *Coleccion legislativa*.)

Prohibicion 6.ª

Conocer ejecutivamente por deudas de la Administracion.

El Estado, las provincias, los pueblos y los establecimientos públicos, dependientes de la Administracion, no deben eludir el pago de las deudas que han contraido, ni burlar las justas reclamaciones de sus acreedores legítimos. Pero no por eso debe permitirse que sus acreedores, entablando acciones ejecutivas ante las autoridades judiciales, pongan en un conflicto á la Administracion y dejen así de satisfacerse las atenciones mas apremiantes, quedando comprometido el servicio público. Poner en armonía los intereses particulares con el general, conciliar los derechos legítimos con la necesidad de que no sean interrumpidos los servicios públicos, es el objeto de la prohibicion que en este lugar examinamos.

Cuando hace algunos años se proclamó esta doctrina y entró en el cuerpo de nuestras disposiciones administrativas en la forma que hoy tiene, se levantaron mil voces para

condenarla. Se creyó que era una invasion que el poder ejecutivo hacia en las atribuciones del órden judicial, y una perturbacion en la division de los poderes públicos. Se consideró que los derechos civiles no estaban garantidos con las disposiciones, que se adoptaron, para reemplazar á la vía ejecutiva, que venia siendo frecuentemente el modo de proceder en esta clase de negocios con otros medios, que, sin perturbar y hacer imposible la Administracion, no desatendian tampoco los derechos de los particulares que á ella eran acreedores. Se declamó contra la innovacion, sin examinar, si era nuevo lo que de tal se calificaba. La opinion se ha rectificado ya en gran parte, como tendremos ocasion de demostrar; sin embargo, no cumpliriamos con la mision que nos hemos propuesto, si no examináramos bien esta materia.

¿Es nuevo, es inusitado en España que por deudas de la Administracion no pueda procederse ejecutivamente? Desde luego diremos que cuando se trata de la alta Administracion, de la central del Estado, no creemos que á nadie le haya ocurrido que debia poder procederse ejecutivamente contra ella por los tribunales.

Y no será por falta de ocasion, porque demasiado sabido es generalmente que en los grandes conflictos por que ha pasado el país, en los ahogos del tesoro, en la imposibilidad de cubrir todas las atenciones públicas, que pesaban sobre el Estado, ha habido repetidas y desgraciadas épocas, en que no se han podido satisfacer obligaciones muy sagradas, ni los intereses de la deuda del Estado, ni con regularidad los sueldos de los empleados públicos. Al contrario, quedando en descubierto por estas diferentes clases de obligaciones sumas considerables, cuando se ha vuelto otra vez á la regularidad y al órden, se les ha satisfecho con valores, que tenian en el mercado un precio bastante inferior al crédito que estinguian.

Y entre estas obligaciones habia algunas que tenian rentas ó bienes públicos hipotecados á su satisfaccion. Sin embargo, enmedio de las angustias en que se vieron constituidos muchos, que, á pesar de los capitales, á que eran acreedores se veian reducidos hasta á la indigencia, por no cumplir el Estado con el reintegro de lo recibido, ó con el pago de los intereses estipulados, ninguno pedia ejecutivamente contra el Tesoro, ni aun contra las rentas, especialmente hipotecadas al pago, y se hubiera tenido por poco avisado, ó por mal dirigido, al que por tan estraviado camino se propusiera llegar al término apetecido.

Respecto á las provincias, hay que tomar en cuenta otras consideraciones. No eran entonces las provincias, como lo son hoy, una unidad administrativa, con vida propia, con intereses propios, con establecimientos públicos, que tenian obligacion de sostener, y con presupuestos provinciales. La provincia era solo una circunscripcion territorial, creada para hacer mas fácil la administracion central; en sus autoridades sobresalia el carácter económico y político; y cuando se ocupaban sobre los intereses materiales del país, era solo como delegados del poder supremo: la provincia no tenia entonces, como tiene ahora, el carácter de persona jurídica, no tenia intereses propios colectivos, no era capaz de derechos y de obligaciones en el órden civil. Se esceptuaban de esto Navarra y las Provincias Vascongadas, que tenian el carácter verdadero de personas jurídicas, que contrataban, que se obligaban, que poseian, que adquirian y que enajenaban.

Es claro, pues, que fuera de estas provincias, exentas de la ley general, no tenia el Gobierno para qué ocuparse en las deudas de las demás, porque no cabia esto dentro de su organizacion. Las derramas ó arbitrios que recaian especialmente sobre una provincia, ó sobre cierta parte de ella, para atender á necesidades ó intereses inmediatos de los pueblos, se exigian por los delegados del poder central, como los demás tributos que se recaudaban ó administraban para sostener las cargas generales del Estado.

Pero, si bien la provincia es una unidad ficticia y de creacion puramente legal, no sucede lo mismo con la unidad municipal. Los pueblos son una unidad, necesaria absolutamente, en el órden administrativo: tienen, y

han tenido, desde los mas remotos tiempos intereses colectivos, bienes propios, la facultad de adquirir, la de enajenar, la de obligarse, la de obligar á otros á sí; en una palabra, siempre han tenido el carácter y consideraciones de personas jurídicas.

Hay mas: puede decirse, sin temor de errar, que su unidad administrativa, que su persona jurídica, han precedido á la del Estado. No estaban en el caso de las provincias: adquirian créditos y contraian deudas: necesario era, por lo tanto, que hubiera medios de hacer eficaz la satisfaccion de los que no pagaban oportunamente. La equiparacion de estas personas jurídicas con las particulares hizo que se les aplicaran las mismas reglas para compelerlas al pago de lo que legítimamente debian, y por cualquiera causa no satisfacian cumplidamente: los acreedores tenian espedita, ya la vía ordinaria, ya la ejecutiva, para demandarlos, segun los casos: y del mismo modo con que se procedia al embargo y venta de bienes de un deudor cualquiera, se procedia tambien contra los pueblos: sus propios, sus rentas, sus arbitrios, todo estaba sujeto á la accion de la justicia, hasta que quedaban cubiertos los créditos, que habian sido declarados como legítimos por los tribunales. Los inconvenientes que de aquí se originaban no necesitan encarecerse. La Administracion municipal quedaba muy embarazada en su accion, y no pocas veces se creaban conflictos de remedio difícil, como sucedia siempre que las providencias judiciales se estendian al embargo de todo lo que recaudaba la Administracion municipal. Se conoció, por lo tanto, que era necesario, para alejar esos inconvenientes, no sujetar tan rigurosamente á los pueblos á las reglas generales, que estaban prescritas para los deudores comunes, que dejaban en descubierto sus obligaciones.

En el reinado del Sr. D. Cárlos III, época en que fueron atendidos y considerados, mas que en los tiempos anteriores, los verdaderos intereses administrativos de los pueblos, y en que el suprimido Consejo de Castilla propuso tantas y tan útiles reformas, en lo que á su administracion se referia, se inició el pensamiento, que, perfeccionado despues y llevado á todas sus consecuencias, ha tenido completa realizacion en nuestros dias. Una Real órden de 22 de noviembre de 1763, que hoy tiene lugar entre las leyes recopiladas (1) fué la que comenzó la reforma. En ella se trató, para alivio de los pueblos, que los productos de sus propios y arbitrios no fuesen gravados con cargas indebidas: que sus productos se aplicaran á las necesidades comunales: que no se siguieran por la vía contenciosa muchos de los espedientes que antes se llevaban á ella, diciendo que no debian serlo, y que el consirarlos de este modo, no solo producia el perjuicio de causar costas á las partes, sino el de introducir una grave confusion. Al efecto entre otras cosas ordenaba, que los espedientes sobre pago de réditos de censos, deudas y otras cualesquiera cargas ordinarias y estraordinarias, así fijas como alterables, ciertas ó inciertas, se instruyeran precisamente por la Contaduría general de propios y arbitrios con informes de los intendentes, y se despacharan en el Consejo por ella, es decir, con formas gubernativas, y nó por las escribanías de cámara, esto es, no con el aparato forense y fórmulas judiciales (2). Añadió despues la misma ley, que los asuntos de propios y arbitros sobre que se despacharan provisiones, no se hicieran contenciosos, cuando solo mediara interés del comun, pues si las providencias que se hubieran dado fueran nocivas, se podian reformar gubernativamente: y si mediara otra persona, ó hubiera disputas sobre propiedad, ó agravios de cuentas, ó cualquier otro interés, antes de remitirlo á justicia, ó hacerlo contencioso, se tomaran todas las providencias gubernativas y equitativas, que aseguraran la buena administracion interina, y evitasen los perjuicios futuros, sin dar lugar á que se eternizáran (3).

Este mismo espíritu prevaleció en otra Real órden de 14 de noviembre de 1775, que se encuentra tambien en la Novísima Recopilacion (4). En ella, despues de prescribirse que

(1) Ley 46, tít. 16, lib. 7.° de la Nov. Rec.
(2) §. 1.° de la espresada ley.
(3) §. 4.° de la espresada ley.
(4) Ley 18 del mismo tít. y lib.

las facultades de los intendentes, respecto á los propios y arbitrios de los pueblos, debian entenderse ceñidas á lo gubernativo, ordenaba que estas autoridades no permitieran que los espresados negocios de propios y arbitrios se hicieran contenciosos, y que en el caso de no ser suficientes á su resolucion la audiencia instructiva y providencias gubernativas, se remitieran á la justicia ordinaria que correspondiera para que la administrase á las partes, sustanciada y determinada conforme á derecho, otorgando para ante el Consejo las apelaciones que se interpusieran (1).

Se vé, pues, ya el giro, que empezaba á tomar la legislacion, introduciendo á favor de los pueblos, que las cuestiones que podian afectar á sus propios y arbitrios, y por consiguiente las de las deudas, que pudieran dar lugar á embargo y ejecucion, se terminaran, habiendo posibilidad, en la vía gubernativa. Si en aquella época hubieran sido tan conocidos como hoy los límites que separa la Administracion y el órden judicial, si la circunstancia de estar confiadas las atribuciones de gobernacion y de administracion de justicia á unos mismos funcionarios no hiciera menos necesaria la separacion material de los negocios, de que respectivamente debian entender; si en la práctica se hubiera comprendido bien el espíritu de las disposiciones, que quedan espuestas, y la interpretacion del foro no las hubiera desnaturalizado, probablemente que de hecho hubiera quedado desde entonces admitido como corriente, lo que despues como nuevo ha encontrado críticas, mas apasionadas que justas, mas dictadas por la idea política, que por el espíritu imparcial con que deben ser analizadas las reformas. Pero no puede negarse que, cualquiera que fuese la inteligencia, que debiera darse á las leyes, que quedan mencionadas, en la práctica se procedia ejecutivamente contra los ayuntamientos por las deudas de los pueblos.

La Administracion, sin embargo, tendia á emanciparse de esta intervencion de la autoridad judicial, que tantas veces la ponia en conflictos. En el reinado de D. Cárlos IV se reencargó la observancia de la Real órden de 22 de noviembre de 1763, en la parte, que ordenaba que los espedientes, tocantes á propios y arbitrios no se siguieran en el Consejo por las escribanías de Cámara, sino por la Contaduría general de propios (1).

Que el espíritu de las disposiciones, de que acabamos de hacer mencion, es el que esponemos, no puede á nuestro juicio parecer dudoso: de su letra se desprende lo que inferimos. Mas, para que se vea que el espíritu del Gobierno en el siglo pasado, era el mismo, basta fijarnos en algunas palabras de otro Real decreto de 12 de mayo de 1762, inserto en cédula del Consejo, de 31 de octubre de 1771, que, como las disposiciones anteriores, tiene tambien su lugar en la Novísima Recopilacion (2). Inhibióse por esta ley á los Consejos de Ordenes y Hacienda de entender en los negocios de propios y arbitrios, aunque con algunas limitaciones, que no son de este lugar. Y al espresar los motivos, por que debian pasar al Consejo de Castilla los negocios de esta clase, que antes eran de la competencia de los de Ordenes y Hacienda, pone como causas, que exigen la uniformidad de la legislacion en este punto, *el bien de los pueblos, el que paguen en lo posible sus censos y deudas, el libertarles para siempre, en cuanto á este particular, de pesquisas y residencias, el facilitarles en sus abogos, arbitrios oportunos, sin disputaciones ni gastos, el preservarles de pleytos y conciertos, en que, encadenados los pueblos y sus acreedores, padecen igualmente.*

En esta misma ley, despues de disponer, que quedara en el Consejo de las Ordenes, como habia quedado en las Chancillerías, el conocimiento de los concursos, que se hallaban pendientes, espresa que se entienda *hasta la sentencia de graduacion, y despues de ella, de los acreedores que nuevamente salgan pidiendo preferencia ó antelacion de sus cré-*

(1) §. 2.° de la ley 18, tít. 16, lib. 7.° de la Nov. Rec.

(1) Real órden de 31 de julio de 1778, mencionada en la nota 70 del tít. 16, libro 7.° de la Novísima Recopilacion.

(2) Ley 16 del título y libro referido.

ditos, sin mezclarse por esto en la actual administracion ó distribucion de los fondos, pues para este fin quedan levantados los concursos.

No son menos notables las palabras de la misma ley, cuando, despues de espresar qué espedientes debian pasar al Consejo de Castilla, y cuáles quedar en el de Hacienda, dice, con referencia al de Castilla: *proponiéndome él solo los arbitrios que estimare necesarios, y cesando absolutamente las administraciones judiciales ó particulares de los propios y arbitrios, concursados ó sin concursar, las reglas que para su gobierno se hubieren dado por otros tribunales ó salas del mismo Consejo, á escepcion de la primera de gobierno de él, y aun los decretos reales que en estos asuntos se hubiesen espedido.* No puede aparecer mas claro, á nuestro juicio, que el espíritu que dictó estas disposiciones es el mismo que domina en la legislacion actual, por mas que no llegase á desenvolverse en la práctica con todas sus consecuencias.

No es, pues, nueva la teoría que há prevalecido por completo en los tiempos modernos: veamos ahora como há ido desarrollándose.

La ley de 3 de febrero de 1823, que tan grandes y radicales reformas introdujo en la legislacion municipal, y que fué restablecida por Real decreto de 15 de octubre de 1836, estableció (1) que los ayuntamientos formaran presupuestos anuales para cubrir los gastos municipales. En los presupuestos es claro que debian comprenderse las deudas, á que fueran responsables los pueblos. Esto ya hacia imposibles las ejecuciones contra los ayuntamientos por deudas, porque estas, ó se hallaban comprendidas en los presupuestos, ó no: si se hallaban comprendidas y no se pagaban, el ayuntamiento incurria indudablemente en una falta; pero que no era el órden judicial el que debia corregirla, sino su superior gerárquico en el órden administrativo; y si no se hallaban comprendidas en el presupuesto, no podian satisfacerse, y lo que correspondia era no pagarlas de los fondos del presupuesto, destinados á otras atenciones, sino presupuestarlas, si eran legítimas, y por lo tanto tenia el acreedor derecho á reclamarlas. Así lo entendió el Consejo Real, y así se declaró por el Gobierno en una decision, que se referia á títulos del tiempo en que la ley de 3 de febrero estaba en observancia (1).

Si los ayuntamientos, comprendiendo bien la ley, hubieran querido satisfacer sus deudas, y salir del caos, á que las antiguas disposiciones y la inflexibilidad de los reglamentos de Propios, los habian traido, fácil les habria sido conseguirlo, y con medios ventajosos á los mismos pueblos, y á los acreedores salir de angustiosas obligaciones. Pero no todos obraron del mismo modo. En algunos pueblos no se incluian las deudas en los presupuestos, no se satisfacia, por lo tanto, y cuando reclamaban los acreedores, se les contestaba con que no podian hacerse pagos por cantidades no incluidas en los presupuestos. Burlados de este modo los acreedores acudian á los jueces, los cuales, librando mandamientos de ejecucion contra los fondos municipales, cuando aun

(1) Art. 20.

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el jefe político de la Coruña y el juez de primera instancia de esta ciudad, con motivo de la ejecucion entablada contra los fondos municipales, para el pago de sueldos atrasados de serenos (29 *de agosto de* 1846.). Sus tres primeros considerandos, dicen: «Considerando: 1.° Que, sancionada por la primera de las dos espresadas leyes (*la de* 3 *de febrero de* 1823) la necesidad de un presupuesto municipal, no puede ya reconocerse como legítimo ningun procedimiento judicial, que desconcertase directamente sus partidas, y turbase la regularidad de sus efectos, por lo cual fué improcedente el apremio que dió lugar á este conflicto: 2.° Que la demanda ordinaria, primer orígen de aquel, fué ociosa, puesto que por una parte el ayuntamiento, contra quien se dirigió, lejos de negar la deuda que formaba su objeto, habia acordado con aprobacion de la diputacion provincial el modo de pagarla, y por otra la ejecutoria que recayese á favor de los demandantes, no podia, segun lo dicho, autorizar al juez para despachar el apremio á que estos aspiraban: 3.° Que todo esto, oportuna y justamente reconocido por aquel, primero en la inhibicion revocada por la Audiencia del territorio, y despues en la limitacion, que él mismo puso á su sentencia, y que tampoco mereció la aprobacion de dicho tribunal, es hoy tanto mas evidente, cuanto es mas completo lo que, sobre el pago de esta clase de deudas, dispone la segunda de las citadas leyes.» (Tomo 38, núm. 44 de la *Coleccion legislativa.*)

no habia llegado á formarse jurisprudencia respecto á este punto, perturbaban la marcha administrativa, imposibilitaban la satisfaccion de las necesidades mas apremiantes del servicio público, y ponian á los pueblos en una situacion inconcebible, porque no se comprende administracion municipal sin recursos para poder atender á todas sus atenciones. Semejante estado era insostenible: hacíalo mas grave, y de consecuencias mas trascendentales, el desacuerdo que introducia entre las autoridades administrativas y judiciales.

La ley sobre organizacion y atribuciones de los ayuntamientos, sancionada en 14 de julio de 1840, no publicada entonces por los acontecimientos políticos, pero mandada observar despues por Real decreto de 30 de diciembre de 1843; si bien con algunas modificaciones, ocurrió en parte á estas dificultades. Despues de repetir el principio de que anualmente debian formarse los presupuestos municipales (1), dividió los gastos en obligatorios y voluntarios (2); los definió con claridad (3); calificó tambien los ingresos; entre los gastos obligatorios comprendió el pago de deudas y réditos de censos (4), y autorizó, en fin, la formacion de presupuestos adicionales, cuando hubiera necesidad de aumentar los gastos para objetos indispensables, olvidados ó imprevistos (5). Sobre estos mismos principios está calcada la ley de organizacion y atribuciones de los ayuntamientos, de 8 de enero de 1845, que frecuentemente copia hasta con las mismas palabras las disposiciones de la de 1840 (6).

En una y en otra ley (7) se ordenó, que los pagos sobre las cantidades presupuestas, se hicieran por medio de libramientos, que espidiera el alcalde con las formalidades correspondientes, y que el depositario fuese responsable de todo pago, que no estuviese arreglado á las partidas del presupuesto; añadiendo la ley de 1845, que bajo este concepto podrá negarse á pagar los libramientos del alcalde, y que las dudas y diferencias suscitadas con este motivo, se decidieran por los jefes políticos de acuerdo con los Consejos provinciales.

Conforme con estas disposiciones, se dió la Real órden de 21 de enero de 1845, en que se mandó que los ayuntamientos incluyeran sus deudas líquidas, como gastos obligatorios, en los presupuestos municipales, suspendiéndose entre tanto todo procedimiento de ejecucion y apremio contra los fondos públicos. Estas disposiciones, que están enlazadas y armonizadas entre sí, en nada perjudican á los acreedores de los pueblos, puesto que les dan mayores facilidades para que queden cubiertos sus créditos, que las que podian corresponderles por la vía judicial.

El acreedor tiene siempre el derecho de reclamar la inclusion de la deuda en el presupuesto municipal, y si este está ya formado, podrá pedir que se haga otro presupuesto adicional. Si el ayuntamiento se niega á cumplir con el deber, que la ley le impone, entonces el que se sienta agraviado podrá acudir al superior gerárquico en el órden administrativo, para que corrija la sinrazon del ayuntamiento. Esto en el supuesto de que el crédito sea ejecutivo; y si no lo es, bastará que sea reconocido por el ayuntamiento, siempre con el conocimiento y la aprobacion de la superioridad.

Estas reglas, que son una emanacion lógica y necesaria de los principios establecidos en las diferentes leyes municipales que han regido en los últimos 24 años, y que evitan que se introduzca el desconcierto en las formas regulares ordenadas por la ley, recibieron su sancion en la jurisprudencia.

Por decisiones del Gobierno, á propuesta del Consejo de Estado, se ha resuelto que no puedan los jueces y tribunales ordinarios exigir el pago de las deudas de los pueblos ni los réditos de los censos, en virtud de procedimientos ejecutivos, sino que se limiten á decidir su legitimidad y la obligacion de satisfacerlas, cuando se hicieren litigiosas; y que aun

(1) Art. 88.
(2) Art. 89.
(3) Arts. 90 y 92.
(4) Art. 90, citado antes.
(5) Art. 100.
(6) Arts. 91, 92, 93, 94, 102 y 103 de la ley de 8 de enero de 1845.
(7) Art. 101 de la ley de 1840, y 104 de la de 1845.

cuando no sean ejecutivas, mientras no se niegue la obligacion ó la legitimidad del crédito, debe el acreedor ante todo acudir gubernativamente para que, reconocidos ambos estremos, se disponga la inclusion de las deudas en el presupuesto municipal para su pago (1), pudiendo solo acudir á los medios judiciales cuando vea desestimada su reclamacion legítima; pero consignando siempre que la inclusion de las deudas legítimas en los presupuestos municipales es obligatoria. De los muchos casos que pudiéramos citar, nos limitamos á poner en la nota los que puede decirse que fueron los generadores de la ju-

(1) Decision á favor del jefe político de Madrid en la competencia entre esta misma autoridad y el juez de primera instancia de Navalcarnero, sobre si habia de llevarse á efecto la venta en pública subasta de la posada de la villa de Quijorna (25 *de mayo de* 1846). Sus considerandos dicen: «Considerando: 1.° Que establecido para el pago de las deudas de los pueblos por la primera de las dos espresadas leyes (*la ley de* 8 *de enero de* 1845) sin distincion de casos, y por consiguiente para todos los que ocurran, un procedimiento administrativo incompatible con las ejecuciones y los apremios, quedan escluidos como improcedentes estos dos modos de exaccion judicial, y son nulas en consecuencia todas las diligencias de esta clase, practicadas por disposicion del juez de Navalcarnero para la ejecucion de la sentencia.

2.° Que habiéndose prescindido en el pleito, donde esta recayó, de la formalidad prevenida en la segunda de dichas leyes (*la de* 14 *de julio de* 1840) se dió motivo á la reclamacion del ayuntamiento, pendiente aun.» (*Coleccion legislativa*, tomo 37, núm. 3.)

Decision á favor del jefe político de Toledo, en la competencia entre esta autoridad y el juez de primera instancia de Illescas, con ocasion de un juicio ejecutivo contra los fondos municipales de dicha villa á instancia de D. Domingo Losada y hermanos (25 *de mayo de* 1846). Sus dos primeros considerandos dicen: «Considerando: 1.° Que la ejecucion desconcierta la regularidad introducida en la administracion municipal por las citadas leyes (*las de* 3 *de febrero de* 1823, 14 *de julio de* 1840, *y de* 8 *de enero de* 1845), no solo con grave perjuicio de los pueblos; sino privando á sus acreedores de sus mas apetecibles garantías, que es esa misma regularidad.

2.° Que siendo esto así, no puede sostenerse, ni aun con apariencia de razon, que relativamente á las deudas de los pueblos subsisten, sin embargo de ser contrarias á dichas leyes, las anteriores, que establecen en general las formas de la ejecucion.

3.° Que para evitar todo perjuicio á los acreedores de aquellos, es preciso suplir el silencio de las leyes y reglamentos, que no prefijan á la Administracion un término para deliberar sobre la inclusion de estas deudas en el presupuesto municipal, cuando no media todavía una ejecutoria, ó para decretar la inclusion bajo su responsabilidad, cuando ya están ejecutoriamente declaradas.» (*Coleccion legislativa*, tomo 37, núm. 4.)

Decision á favor de la autoridad administrativa de la competencia entre el jefe político de Valencia y el juez de primera instancia de Sueca con ocasion de un juicio ejecutivo, promovido contra los bienes de propios de este pueblo por el Baron de Checa (25 *de mayo de* 1846). Dicen sus considerandos: «Considerando: 1.° Que segun la ley citada (*la de* 8 *de enero de* 1845), única vigente sobre ayuntamientos, no pueden estos pagar cantidad alguna que no esté incluida en el presupuesto ordinario, ó en el adicional correspondiente, y en virtud de libramiento del alcalde con arreglo á sus partidas.

2.° Que debiendo incluirse en ellos, conforme á la dicha ley, las deudas de los pueblos y los réditos de censos en el concepto de gastos obligatorios, es visto no poderse pagar sin que proceda esta inclusion.

3.° Que tocando esclusivamente á la Administracion, segun la misma ley, formar, aprobar y modificar en su caso estos presupuestos, á ella sola corresponde hacer los tales pagos en la forma dicha.

4.° Que por el mismo caso no pueden los jueces y tribunales ordinarios exigirlos por sí, aplicando las formas del juicio ejecutivo ni de otro modo alguno, y sí solo decidir dentro de los límites de su competencia lo que corresponda sobre la legitimidad de esta clase de deudas y obligacion de satisfacerlas, cuando pasan á ser asunto contencioso.

5.° Que no pudiendo llegar este caso, mientras la Administracion no niegue la obligacion y legitimidad dichas, es indispensable que preceda á toda gestion judicial la de solicitar los acreedores respectivos ante aquella gubernativamente que, reconociendo ambas cosas, disponga la inclusion de las deudas en el presupuesto municipal, para su pago.

6.° Que desestimada esta solicitud y entablado en consecuencia el correspondiente litigio, es forzosa la inclusion de la deuda en dicho presupuesto, y no puede en manera alguna negarse á ella la Administracion, si obtiene ejecutoriamente el acreedor un fallo favorable.

7.° Que estos procedimientos, junto con la formalidad de los pagos, la responsabilidad del depositario, que los verifica, y la doble autorizacion para aumentar el presupuesto de gastos obligatorios, y arbitrar el aumento de fondos que resulte necesario para cubrirlos, en el hecho de asegurar el concierto y la regularidad de la administracion municipal, ofrecen á los acreedores la mejor garantía.

8.° Que no habiendo disposicion legal ni reglamentaria que fije un término para que la Administracion resuelva gubernativamente sobre estos pagos cuando no media todavía una ejecutoria, puede la dilacion perjudicar á los acreedores, impidiéndoles el uso de su derecho en justicia, y haciendo ilusoria al mismo tiempo la garantía insinuada.

Y 9.° Que tambien les seria perjudicial el dilatar en estos casos la autorizacion, que para litigar necesitan los ayuntamientos, para lo cual no puede haber una razon plausible, puesto que el conocimiento, que la resolucion gubernativa sobre la le-

risprudencia en el punto de que aquí tratamos, y algunos de los últimos, cuyas decisiones han sido consultadas por el Consejo de Estado (1).

Pero no bastaba que los ayuntamientos tuvieran la obligacion de incluir en los presupuestos municipales de los pueblos las deudas legítimas de los acreedores: era necesario que no pudiesen dilatar indefinidamente el cumplimiento de este deber. La jurisprudencia abrió tambien el camino para salir de esta dificultad, sin cuyo allanamiento, solamente con la resistencia pasiva de la Administracion, quedarian burlados los acreedores. Al efecto estableció la regla de que, para evitar todo perjuicio á los que lo fueran de los pueblos, era preciso suplir el silencio de las leyes y de los reglamentos, que no prefijaban á la Administracion un término para deliberar sobre la inclusion de estas deudas en los presupuestos municipales, cuando no mediaba todavía ejecutoria, ó para decretar la inclusion bajo su responsabilidad cuando ya estaban ejecutoriamente declaradas (1). Al efecto señalaron en cada caso las primeras decisiones de competencias, en que se ventiló esta cuestion, el tér-

---

gitimidad de estas deudas requiere, es el mismo que se necesita para la espresada autorizacion.» (*Coleccion legislativa*, tomo 37, núm. 5.)

Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el jefe político de Cádiz y el juez de primera instancia de Chiclana, con motivo de una ejecucion, despachada contra los fondos comunes del pueblo de Conil (26 *de enero de* 1848): Dicen sus considerandos: «Considerando: 1.° Que segun las dos citadas leyes (*la de 14 de julio de* 1840 *y la de 8 de enero de* 1845) no puede verificarse el (pago) de las deudas de los pueblos sino en virtud de libramiento del alcalde, arreglado al presupuesto municipal, y de consiguiente precediendo siempre la inclusion de ellas en el mismo.

2.° Que por lo dispuesto en el Real decreto igualmente citado (*el de 12 de marzo de* 1847), es forzosa esta inclusion, si la deuda se halla declarada por un fallo irrevocable de la autoridad judicial, mas no cuando no media esta declaracion, pudiendo la Administracion optar entonces entre incluir la deuda en dicho presupuesto, ó impugnarla en el correspondiente juicio ordinario, segun sea clara ó dudosa su legitimidad.

3.° Que de todos modos por tales deudas no procedian en 1844, ni proceden ahora en ningun caso el apremio ni la ejecucion incompatibles bajo todos conceptos con lo prevenido para su pago en dichas leyes y Real decreto, por lo cual no pudo considerarse competente para la ejecucion que despachó contra los fondos municipales de Conil el juez de primera instancia de Chiclana, ni para las diligencias de apremio y pagos consiguientes á la sentencia de remate.» (*Coleccion legislativa*, tomo 43, núm. 4.)

(1) Quedan ya mencionadas algunas de las primeras decisiones, y ahora ponemos otras dos de las mas modernas.

Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el gobernador de Búrgos y el juez de primera instancia de Lerma, sobre cumplimiento de una ejecutoria (30 *de setiembre de* 1858). Dicen sus considerandos: «1.° Que con arreglo á las disposiciones de este Real decreto (*el de 12 de marzo de* 1847), declarada por ejecutoria la legitimidad de una deuda de la municipalidad, toca á la Administracion hacerla efectiva, con sujecion á las reglas que en el mismo decreto se establecen, y que vienen á constituir una doble garantía de exactitud en el pago para los acreedores, y de acierto en la distribucion de la nueva carga para los vecinos, que han de sufrirla.

2.° Que viene á suprimir esta garantía la conducta observada por el juez de Lerma, contraviniendo á lo que dispone el Real decreto citado, porque al paso que hace mas difícil la completa y exacta solucion de la deuda, grava inmotivadamente á determinados vecinos, que no son deudores sino colectivamente con los demás del pueblo, que no pudiendo ser objeto de las medidas del juez como simples particulares, sino en el concepto de vecinos, deben ser amparados, evitando de este modo que queden ineficaces las medidas adoptadas por la misma para establecer la regularidad y el órden en materia tan importante.» (*Coleccion legislativa*, tom. 77, núm. 39.)

Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el gobernador y el juez de Hacienda de Toledo, sobre cumplimiento de una ejecutoria (28 *de enero de* 1859).

Dicen sus considerandos: «1.° Que el sistema de contabilidad comunal, establecido por las leyes citadas (*las de organizacion y atribuciones de los ayuntamientos*), estarian espuestos á una perturbacion de trascendencia para el servicio público, si los acreedores pudiesen ventilar con los ayuntamientos judicialmente otras cuestiones en materia de créditos, que las que se susciten sobre su legitimidad, cuando es contestada, ó sobre su preferencia, cuando median circunstancias que exigen que sea declarada por los tribunales.

2.° Que, conforme á lo determinado en el Real decreto, que tambien se ha citado (*el de 12 de marzo de* 1847), si bien es forzoso que se incluya el crédito en el presupuesto municipal, y su subsiguiente pago, cuando se halla declarado por ejecutoria, cual sucede en el presente negocio, esta inclusion en el presupuesto, además de escluir de todo punto la vía ejecutiva, solo puede reclamarse, caso necesario, por los interesados ante la autoridad, que es competente para ejecutar el indicado pago del crédito, con sujecion á las reglas que en el mismo Real decreto se prefijan.» (*Coleccion legislativa*, tomo 79, núm. 2.)

(1) En estos mismos términos, está redactado el considerando tercero de la decision antes citada en la competencia entre el jefe político de Toledo y el juez de primera instancia de Illescas.

mino, dentro del cual los ayuntamientos debian incluir las deudas en los presupuestos ordinarios ó adicionales.

Estas decisiones sirvieron de base á una disposicion general, el Real decreto de 12 de marzo de 1847, que fijó esta interesantísima materia. Segun él, cuando las deudas de los pueblos no están declaradas por una ejecutoria, toca esclusivamente á la Administracion examinarlas para determinar, despues de vistos todos los antecedentes, si deben ó no incluirse, segun sea clara ó dudosa su legitimidad, en el presupuesto ordinario, ó en el adicional (1).

Al efecto los ayuntamientos, en el término de un mes, contado desde el dia en que el acreedor presenta la solicitud, para lo cual el secretario dará recibo en el acto de la presentacion, la tienen que resolver bajo su responsabilidad (2); y á los diez dias inmediatos siguientes á aquel, en que espira el término, han de elevar el espediente con una esposicion razonada á la autoridad, á quien, con arreglo á la ley vigente de ayuntamientos, corresponde la aprobacion del presupuesto municipal, dando desde luego por escrito conocimiento de ello al interesado (3). El gobernador ó el Gobierno, segun los casos, resuelven respectivamente lo que estimen justo.

Cuando el gobernador ó el Gobierno aprueban la resolucion en que el ayuntamiento haya desestimado, ó desaprueban la en que haya admitido como legítimo el crédito reclamado, han de autorizar al mismo tiempo al cuerpo municipal para comparecer en el juicio, que el acreedor promueva, por consecuencia de la denegacion (4).

Si seguido el juicio, llega á declararse por ejecutoria la legitimidad de la deuda, el ayuntamiento tiene la obligacion de incluirla, bajo su responsabilidad, en el presupuesto municipal, dentro de diez dias, siguientes al en que el acreedor, á quien se facilitará recibo, presente testimonio de la sentencia (1).

Si aplicadas las disposiciones, que, con arreglo á la ley de organizacion y atribuciones de los ayuntamientos, deben observarse, resultare que algun pueblo no tiene los medios ó recursos necesarios para pagar todas sus deudas, ha de proponer á sus acreedores el arreglo, que, atendidas sus particulares circunstancias estime mas oportuno; y bien se consiga la avenencia de los acreedores, bien se nieguen estos á admitir la propuesta del ayuntamiento, se remitirá el espediente al Gobierno ó al gobernador, á quien corresponde la aprobacion del presupuesto municipal, para que resuelvan lo que estimen justo (2).

Por último, la decision de todas las cuestiones, concernientes al arreglo, á que acabamos de referirnos, como el mismo arreglo, tocan esclusivamente á la Administracion, esceptuando las relativas á la legitimidad y prelacion de créditos, las cuales son de la competencia de los tribunales ordinarios (3).

De este modo el Real decreto de 12 de marzo regularizó la competencia de las autoridades administrativas y judiciales, en todo lo que se refiere á las deudas de los pueblos, partiendo de la jurisprudencia, que desde el año anterior venia fundándose en las decisiones de los conflictos entre la Administracion y los tribunales, y conciliando con las atenciones imprescindibles de las corporaciones populares los derechos de los acreedores legítimos de los pueblos. En todas sus prescripciones aparece muy claro el principio de que, mientras se trata de cuestion de derechos, es á los tribunales, á quienes se dá el conocimiento de lo que se refiere á las deudas de los pueblos, pasando á la Administracion en su carácter de activa todo lo que se refiere al modo y á los procedimientos, por los cuales debe hacerse efectiva la responsabilidad de los deudores.

Los que desapasionadamente mediten esta materia, no creerán que los derechos civiles han sido mirados con poca escrupulosidad. De

(1) Art. 1.° del Real decreto de 12 de marzo de 1847.
(2) Art. 2.°
(3) Art. 3.°
(4) Art. 4.°

(1) Art. 5.°
(2) Art. 6.°
(3) Art. 7.°

notar es, que el Real decreto de 12 de marzo se espidió por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia, lo que, evitando cuestiones respecto al conducto por que se comunicaba á los tribunales, facilitó mucho la cumplida ejecucion de la ley, que se aplica ahora sin dificultad en los casos, que en la práctica se presentan, siendo ya mucho menos frecuentes que lo eran antes de 1847.

Desde entonces á las razones antiguas pudo añadirse la declaracion espresa del Real decreto de 12 de marzo, y así se hizo en las decisiones de las competencias, que despues se han suscitado (1).

Establecidos los principios y su aplicacion, por regla general, debemos hacernos cargo ahora de algunas cuestiones, que en la práctica se han ofrecido.

Sea la primera acerca de si los pueblos, ya que no sean ejecutivamente compelidos por la autoridad judicial al pago de sus deudas, podrán ser declarados por ella en concurso, como los particulares. Poco dudosa puede ser la resolucion: si están prohibidas las ejecuciones por razon de deudas contra los fondos de los pueblos, con mas razon deben estarlo los concursos, que, como dijo el Consejo Real en el considerando de una sentencia (2), son un conjunto de ejecuciones.

Es la segunda cuestion, si cuando, por la superioridad se ha prevenido que se proceda á la venta de fincas de pueblos, que estaban sujetas á hipotecas especiales, con objeto de que con su producto se haga pago á los acreedores hipotecarios, pueden entablarse litigios ante los tribunales sobre este mismo punto y sobre los intereses de los capitales garantidos. A poco que en la cuestion se fije la atencion, se convendrá en que en el hecho de mandarse vender una finca hipotecada, para el pago de que era garantía, el crédito está reconocido y no presenta duda ninguna su legitimidad, versando por lo tanto solamente la cuestion acerca de su pago, en el que no puede mezclarse la autoridad judicial, segun los principios que dejamos establecidos, pues que este asunto es de la competencia esclusiva de la Administracion.

Pero no puede decirse otro tanto respecto de los intereses, que no se hayan mandado satisfacer tambien con el producto de la finca hipotecada, porque respecto á ellos puede haber lugar á impugnarlos, como escesivos, ó como indebidos (1); pero, aun en este caso, el litigio podrá versar solamente sobre la legitimidad y la estension de la deuda, y de ninguna manera sobre el modo de satisfacerla: el procedimiento ejecutivo, de-

(1) La mas terminante de las decisiones en que se espresa esto, es la de 16 de febrero de 1848, suscitada entre el jefe político de Sevilla y el juez de primera instancia de Osma, con motivo de un apremio, despachado por este último contra los propios de la villa: se decidió á favor de la Administracion. (*Coleccion legislativa*, tom. 43, núm. 16).

Su único considerando dice:

«Considerando: que, si las ejecuciones y los apremios contra los pueblos para la exaccion de sus deudas, eran improcedentes antes del 12 de marzo último, como incompatibles con el modo de verificar su pago, establecido sucesivamente por las citadas leyes, lo son ahora mucho mas, en vista de lo que, para la mas fácil ejecucion de la última de ellas en esta parte, dispone el Real decreto de la espresada fecha, citado igualmente.»

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, en parte, y en parte á favor de la Administracion, en la competencia entre el jefe político de Valladolid y el juez de primera instancia de la Nava del Rey, con motivo del concurso contra los propios de esta villa (*18 de setiembre de* 1847).

Estos son sus considerandos: «1.° Considerando que, si el pago de estas deudas, hecho en la forma espresada, como tiene y ha tenido que hacerse, on cumplimiento de las citadas leyes, desde el restablecimiento de la primera en 1836, es incompatible con las ejecuciones, y las escluye en consecuencia, debe con mayoría de razon escluir los concursos necesarios de acreedores, que son, no ya simples ejecuciones, sino conjuntos de ellas.

2.° Que sobre esto no dejan la mas pequeña duda los artículos, igualmente citados, del Real decreto de 12 de marzo último, ni tampoco sobre la parte que á la autoridad judicial debe reservarse en esta clase de negocios.» (*Coleccion legislativa*, tomo 42, núm. 71.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el jefe político y el juez de primera instancia de Málaga, sobre el oficio de receptor de carnes de esta ciudad (*3 de marzo de* 1847).

Dicen sus considerandos:

«Considerando 1.°: que el indicado sistema de contabilidad municipal, por el mismo caso de ser incompatible con la exaccion ejecutiva de las deudas de los pueblos, escluye en cuanto á ellas esta clase de procedimientos judiciales.

2.° Que sobre la deuda principal de los 40,000 ducados, reclamada por los herederos de D. Manuel de Cea, no cabe litigio, puesto que, segun el

tratado por los tribunales, no es aplicable segun las doctrinas, que dejamos espuestas.

Otra cuestion se ha presentado en la práctica, no menos importante, que las que anteceden, á saber: si es lícito á los ayuntamientos separarse de las prescripciones generales de que queda hecho mérito, y someterse á otras reglas, y á la competencia de los tribunales. Pocas dudas puede admitir la resolucion: para conocer que es irrenunciable la competencia de la Administracion en su doble carácter de activa y contenciosa, hasta observar que las disposiciones legales, que prohiben que los jueces se entrometan en la exaccion de las deudas de los ayuntamientos, no son un privilegio introducido á favor de estas corporaciones populares, sino una necesidad pública, para que no quede paralizada, perturbada ó imposibilitada la accion administrativa.

Ni las leyes prohibitivas, á cuya clase pertenece la que inhibe á los tribunales de mezclarse en esta clase de cuestiones, son renunciables, ni la competencia, que está limitada por las leyes á cuestiones determinadas, puede por una interpretacion estensiva llevarse á otras que espresamente se hallan escluidas de ella. Por iguales razones no pueden tener fuerza los convenios ó transacciones de los ayuntamientos, separándose de las reglas, que para el pago de sus deudas se hallan establecidas (1).

Hemos espuesto hasta aquí la legislacion, hoy vigente, respecto á la prohibicion de proceder ejecutivamente las autoridades del órden judicial contra los pueblos por deudas, y los medios adoptados para que no se perjudiquen los derechos de los acreedores legítimos. Cuando se siente la necesidad de modificar nuestras leyes municipales y está anunciada repetidas veces la reforma, no nos parece inoportuno llamar la atencion acerca de lo que se aprobó por las Córtes constituyentes, convocadas en 1854, respecto á las deudas de los pueblos. De notar es que el proyecto mereció ser adoptado, y llegó á ser ley, por haber recibido la sancion en 5 de julio de 1856, aunque quedó sin efecto por Real decreto de 16 de octubre del mismo año. En esta ley, despues de ordenarse que debian ser incluidas en presupuestos estraordinarios las deudas, á que los pueblos fueran condenados por sentencia de tribunales competentes (1), se establecia que no pudieran aplicarse por los juzgados y tribunales las formas del juicio ejecutivo ni del procedimiento de apremio contra los ayuntamientos por las deudas de los pueblos: que cuando estos fueran condenados al pago de una cantidad, se formara y remitiera á la aprobacion, dentro del término preciso de diez dias, contados desde el en que fuese ejecutoria la sentencia, un presupuesto estraordinario, bastante á que quedara cumplida en todas sus partes: que la diputacion provincial aprobara ó reformara el presupuesto precisamente en los veinte dias siguientes; pero sin alterar la cantidad necesaria para la ejecucion del fallo (2).

---

artículo 81, pár. 12 citado de la ley actual de ayuntamientos, necesita el de Málaga á este fin de una autorizacion, que anticipadamente le fué denegada en el hecho de prevenírsele por la insinuada Real órden de 20 de enero de 1834, que desde luego procediese á la venta de las hipotecas especiales y al pago de la deuda, que con ellas se garantizó.

3.° Que no puede afirmarse esto mismo tocante á los réditos, que tambien se reclaman, ya porque no están comprendidos en la citada Real órden, ya porque pueden tal vez ser, ó exhorbitantes, ó indebidos.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, núm. 12.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el jefe político de Málaga y un juez de primera instancia de Sevilla, con motivo de una demanda ejecutiva del marqués de Alcañices contra el pueblo de Cañete la Real (*12 de julio de 1849*). Sus considerandos son los siguientes:

«Considerando: 1.° Que es contraria á este método, y por lo tanto inadmisible, la vía de ejecucion y apremio por ante un juzgado ordinario para hacer efectivos los créditos, que estén pendientes contra dichas corporaciones.

2.° Que este método, así como la competencia de la Administracion para aplicarlo, no pueden ser renunciados por los ayuntamientos, en razon á hallarse establecidos, no en beneficio de ellos, sino para el buen órden y servicio público.

3.° Que por lo mismo los convenios con el ayuntamiento, cualquiera que sea el derecho que atribuyan al marqués de Alcañices, tocante á la seguridad y prelacion de su crédito, no pueden autorizarle para prescindir en su exaccion de la forma establecida en las citadas disposiciones.» (*Coleccion legislativa*, tomo 47, núm. 42.)

(1) Art. 194.

(2) Art. 195.

Esceptuábanse de esto las deudas, que tuvieran constituida á su favor prenda ó hipoteca, en cuyo caso eran exigibles judicialmente en la misma forma que las de los particulares, hasta donde alcanzara á cubrirlas el valor de lo empeñado ó hipotecado (1). Se establecia por último, que cuando un pueblo no tuviera recursos disponibles para pagar todas sus deudas, el ayuntamiento propusiese al acreedor ó acreedores un arreglo que conciliara la justicia con la posibilidad, incluyendo en el presupuesto ordinario la partida ó partidas necesarias, ó formando uno estraordinario, segun lo convenido: que si los acreedores se negasen á admitir la propuesta, se remitiese el espediente á la diputacion provincial, que decidiria lo conveniente para que el pago se efectuara. Por último, se ordenó que quedaran esclusivamente al conocimiento de los juzgados y tribunales las cuestiones, que pudieran suscitarse, respecto á la legitimidad y prelacion de los créditos, debiendo sujetarse á sus decisiones los ayuntamientos y diputaciones provinciales (2).

Si se comparan estas prescripciones con las hoy vigentes en conformidad á la ley de organizacion y atribuciones de los ayuntamientos de 1845, y al Real decreto de 12 de marzo de 1847, si bien no puede negarse que unas y otras están basadas en los mismos principios, y que son, en gran parte, iguales en el fondo, si bien con las diferencias, que la distinta organizacion provincial hacia indispensables, y otras accidentales; se vé, sin embargo, que hay entre ellas un punto notable de discordancia. Este es, que la ley de 1856, dejaba á los jueces la competencia para compeler, por los procedimientos ejecutivo y de apremio á los ayuntamientos, del mismo modo que á los particulares, en los casos en que la obligacion estuviera garantida con prenda ó con hipoteca, lo que no sucede, segun las disposiciones hoy vigentes. ¿Y cuál de estos sistemas es el preferible? A nuestro modo de entender, el que prevaleció en la ley de 1856, sobre las prendas y las hipotecas, cuando estas son especiales.

Manifestarémos las razones que nos mueven á opinar en el sentido que dejamos espuesto. El que presta sobre prenda ó sobre hipoteca, mas que á la persona, puede decirse que presta á la cosa, ó si se quiere, presta á la persona, pero sobre la cosa. Sin la prenda, ó la hipoteca, probablemente no hubiera contraido: no se ha contentado con la obligacion, con el derecho *á la cosa*: ha buscado un derecho *en la cosa*: ha querido que la obligacion personal se convierta en obligacion real: ha estipulado que, con preferencia á demandar al que se le obligó, ha de tener, si quiere, la libertad de reclamar contra la prenda, ó contra el poseedor de la finca hipotecada, sea quien quiera: se ha introducido por la prenda y por la hipoteca, una modificacion en la propiedad, que la sigue por do quiera, y que solo pagada la deuda, ó destruida la cosa empeñada, ó hipotecada, puede estinguirse: el dueño ya no tiene, como antes, un dominio absoluto; lo tiene afecto á cargas que disminuyen considerablemente el valor de la alhaja, ó de la finca. Privar de las ventajas, que obtuvo al acreedor, así garantido: hacerlo de condicion igual, al que sin tales seguridades contrajo: convertir el crédito, que era real, en crédito personal, no nos parece lo mas acertado, ni lo mas justo.

Ni es de temer, que por esto se paralice la accion de la Administracion; porque no se trata del embargo y enajenacion de todos sus bienes, sino de los que están empeñados, es decir, de los que se hallan en poder de los acreedores como garantía, y de los que especialmente han sido hipotecados; y por lo tanto, no de todos los bienes y arbitrios de los pueblos. Si se cree conveniente prohibir en lo sucesivo á los pueblos la facultad de dar bienes en prenda, ó en hipoteca, hágase así, si no se teme empeorar notablemente su condicion, porque de seguro que, con la prohibicion, alejarán á los que, en momentos dados, pueden auxiliar á la administracion municipal con anticipo de cantidades, que sin tales garantías no les darian, ó si se las dieran, seria probablemente con mas onerosas condiciones;

(1) Art. 196.
(2) Art. 197.

gen que no se falte al cumplimiento de la obligacion en los términos con que válidamente se estipuló: esto no puede parecer justo, y es sin duda digno de reforma.

No decimos que se haga estensivo, respecto á los créditos garantidos con hipoteca general, lo que opinamos de los que están afianzados con prenda ó con hipoteca especial: la hipoteca general, por lo mismo que afecta á todos los bienes del deudor, no se refiere determinadamente á ninguno; no puede, por lo tanto, decirse lo que en el caso anterior. El acreedor no miró tales ó cuales bienes para garantía, sino que en el hecho de referirse á todos los del pueblo, es claro que atendió mas á los recursos del municipio, que á una finca determinada. Además, en este caso habria el inconveniente de que se paralizara el servicio público, y que no pudieran ser atendidas las necesidades de la Administracion, que no debe quedar constituida en una situacion imposible.

Lo que se ha dicho de las deudas de los pueblos ¿debe ser estensivo á las deudas de las provincias? Ya queda espuesto que no es el carácter que las provincias tienen actualmente, el mismo que las distinguia en tiempos anteriores, y que hoy forman una unidad que tiene la consideracion de persona jurídica, y capaz por lo tanto de derechos y de obligaciones. A esto debe añadirse que las diputaciones provinciales están sujetas á presupuestos y á reglas de contabilidad, de que no puede prescindirse, si la accion administrativa ha de ser ordenada en la inversion de los recursos y en la satisfaccion de los gastos, y que por lo tanto, bajo este punto de vista, se hallan en igual situacion que los ayuntamientos. Ni son menos importantes que las atenciones municipales las que deben cubrirse con los presupuestos provinciales, lo que hace tambien necesario, para que la Administracion no sufra entorpecimiento, que no puedan ser embargados y aplicados por las autoridades judiciales al pago de deudas determinadas.

No nos detendremos, porque no es de este lugar, en manifestar aquí los puntos de grande analogía que hay entre las provincias y los pueblos, entre las diputaciones provinciales y los ayuntamientos, en todo lo que es presupuestos y contabilidad: puede decirse que unas mismas disposiciones los rigen sustancialmente, sin mas que diferencias accidentales, efecto de su diversa organizacion y de su diferente dependencia en el órden gerárquico. A nuestro propósito basta decir que hay tambien gastos, cuya inclusion es obligatoria en los presupuestos provinciales: que entre ellos está la satisfaccion de las deudas legítimas exigibles (1): que el depositario no puede hacer pago alguno sino en virtud de libramiento, espedido por el gobernador, y hasta la cantidad incluida en el presupuesto provincial para cada establecimiento, ramo ó servicio público (2); y que cuando, despues de aprobado el presupuesto estraordinario, se reconoce la necesidad de un aumento de gastos para objetos indispensables, se forma un presupuesto adicional, sujeto á los mismos trámites y condiciones que el ordinario (3).

Puede así conocerse como, bajo el punto de vista que examinamos, lo que se dice de los alcaldes es aplicable á los gobernadores, lo que se dice de los ayuntamientos á las diputaciones, y lo que se dice de los municipios á las provincias. Por esto observamos que, aunque ninguna disposicion especial ha ordenado que las autoridades judiciales no puedan admitir demandas ejecutivas contra las provincias, no se duda que es estensiv á ellas lo que está ordenado respecto de los pueblos, y antes dejamos espuesto.

Una vez, sin embargo, se suscitó esta cuestion en la práctica: la circunstancia de haber, con gran cúmulo de razones, emitido su dictámen el Consejo Real, y haber merecido su opinion la aprobacion del Gobierno, nos mueve á hacer mencion de él, y trasladar literalmente aquí su decision y considerandos: preferimos su redaccion, como que tiene un carácter oficial, á la que pudiéramos nosotros darle.

Habia constituido la antigua diputacion del

(1) Artículo 61 de la ley de 8 de enero de 1845 sobre organizacion y atribuciones de las diputaciones provinciales.
(2) Art. 69 de id.
(3) Art. 67.

Principado de Asturias un censo de dos reales por fanega de sal á favor del duque de Frias: estaba en descubierto el pago de pensiones atrasadas, lo que hizo que se acudiera al juez de primera instancia de Oviedo por el acreedor, para que se despachara mandamiento de ejecucion, que se obtuvo, del mismo modo que el embargo de bienes: el jefe político se mostró parte é hizo oposicion en el concepto de representante de la provincia, practicando diferentes gestiones, hasta que, apercibido el Gobierno, le mandó que promoviera competencia á la autoridad judicial.

Se entabló en efecto, y su resultado fué decidirse á favor del jefe político de Oviedo, al que se devolvieron con el espediente los autos, para que, bajo su responsabilidad, y en el término de los dos meses, señalados por el artículo 59 de la referida ley de 8 de enero de 1845, oyera, con arreglo al art. 56 de la misma, á la diputacion provincial sobre la legitimidad de la deuda reclamada; dispusiera su inclusion, si fuese legítima, en el presupuesto provincial, formando para ello el adicional correspondiente, segun los arts. 60 y 67 de dicha ley, por ser el pago de las deudas objeto indispensable; hiciera la aplicacion que se requiere de su art. 65, para que sin retardo pudiera realizarse el pago, que se exigia; y en el caso de ser dudosa la legitimidad de la deuda á que este se referia, devolviese, así que trascurriese el espresado término, los autos al juez, manifestándole su resolucion de defender á la provincia en el correspondiente juicio ordinario, dándose á aquel desde luego conocimiento de esta decision y sus motivos.

Esta decision se fundaba en los siguientes considerandos. «Considerando: 1.° Que para el pago de las deudas provinciales, cualquiera que sea el título que acredite su legitimidad, se establece por la citada ley de 8 de enero de 1845, sin distincion de casos, y de consiguiente para todos, un procedimiento administrativo, segun el cual, solo puede aquel hacerse por un depositario responsable, que no debe obedecer para ello á ninguna otra persona ni autoridad, mas que al jefe político, y aun á este, solo cuando consigne su órden en un libramiento, espedido con arreglo al presupuesto provincial.

2.° Que este procedimiento es incompatible con las ejecuciones, porque en ellas solo manda el juez, y á él solo se obedece, y siendo incompatible con las ejecuciones, las escluye.

3.° Que fuera de esto, la imposibilidad legal de pagar dichas deudas de distinto modo, que el insinuado, hace que la aplicacion de las formas del juicio ejecutivo á su exaccion envuelva una injusticia, una ilegalidad, una insubsanable y notoria nulidad; una injusticia, porque supone que la ley hace á los deudores comunes, aun los mas insignificantes, de mejor condicion que á las provincias, negando á estas las ventajas, que á aquellos proporciona, de evitar los gastos y las vejaciones de la vía ejecutiva, satisfaciendo desde luego sus deudas: una ilegalidad, porque manifiestamente lo es que el juez, tomando el nombre de la ley, como tiene que hacerlo siempre, para mandar, intime al jefe político, en el concepto de representante judicial de su provincia, que pague las deudas de la misma, prescindiendo de lo que para ello previene de un modo absoluto la ley mencionada: una nulidad, en fin, tan notoria como insubsanable, porque esta intimacion, que por absurda no puede hacerse de un modo legal, debe en el juicio ejecutivo, para que sea valedero, preceder indispensablemente, primero al embargo, y despues á las diligencias de venta de los bienes embargados.

4.° Que por lo dicho no pudo el juez de Oviedo despachar la ejecucion, que dió orígen á esta competencia; sin que contra ello pueda sacarse argumento alguno de la conducta observada por el jefe político de aquella provincia en este negocio: lo uno, porque, no pudiendo dicho funcionario alterar de ningun modo lo dispuesto sobre pago de deudas provinciales por la ley, sino solo observar las prescripciones de esta y hacer que se observen en la provincia de su mando, no se infiere otra cosa de lo dicho, sino que guió sus primeros pasos una idea equivocada, que pudo rectificar y rectificó oportunamente

la insinuada Real órden; y lo otro, porque las gestiones del representante judicial de la provincia no pueden obstar de modo alguno al uso obligatorio de las facultades del delegado del poder Real (1).»

Lo que se dice de las provincias, con mayor razon es aplicable al Estado. Son tan notorios los motivos que hay para decirlo, que hacen innecesaria toda esplicacion: de otro modo seria necesario repetir aquí cuanto se ha dicho respecto á los pueblos y las provincias. Los fundamentos son los mismos.

Pues no son solo el Estado, ni las provincias y los pueblos, los que no pueden ser molestados por las autoridades judiciales, ni ejecutivamente, ni por apremio, al pago de sus deudas: en el mismo caso se hallan los establecimientos públicos, que dependen de la Administracion y están sujetos á presupuesto. Tampoco esto se halla escrito en una disposicion general; pero las razones que antes quedan espuestas, han hecho que á tales establecimientos se les apliquen las mismas reglas, que á los pueblos y provincias, y la jurisprudencia ha venido á disipar cualquier duda que pudiera abrigarse en sentido contrario. Así vemos consultado por el Consejo Real, y decidido por el Gobierno en negocios de competencia, que á esta clase de establecimientos es aplicable el Real decreto de 13 de marzo de 1847, espuesto antes al tratar de las deudas de los pueblos, cuando se trata de hacer efectivas las deudas municipales (2); que la vía ejecutiva y la de apremio para reclamar el pago de obligaciones que están en descubierto, son incompatibles con el sistema de presupuestos, que se halla establecido para el régimen económico de tales establecimientos (1); y que cuando se trata de cuestiones de legitimidad y antelacion de créditos, corresponde á los tribunales, cuya competencia cesa tan luego como estos derechos se declaran por ejecuria, correspondiendo despues á la Administracion mandar que se pague inmediatamente de los fondos que tenga la junta de benificencia; y si no los tiene, que se forme el presupuesto adicional necesario para que quede el acreedor pagado por completo (2).

No es estensivo lo que queda espuesto á los establecimientos, que no están administrados por el Estado, por las provincias ó por los pueblos, y solo se hallan bajo la inspeccion de la autoridad gubernativa, para que cuide de

(1) Esta decision es de 9 de julio de 1846, y está inserta en la *Coleccion legislativa*, tomo 38, núm. 28.

(2) Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el gobernador de Granada y el juez de primera instancia del distrito del Sagrario de la espresada ciudad, con motivo de haber este despachado mandamiento de apremio contra los bienes y rentas de la junta provincial de Beneficencia por consecuencia de una ejecutoria (*9 de junio de* 1852): Su primer considerando dice: «Considerando: 1.° Que en virtud del párrafo 7.° del art. 11 de la ley de 11 de junio de 1849 y las disposiciones mencionadas de la de 8 de enero de 1845, se halla prescrito el sistema de presupuestos para la administracion económica de los establecimientos de beneficencia, y que con este sistema es incompatible el uso de la vía de ejecucion y apremio para reclamar el pago de cualquier obligacion.»

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el jefe político y el juez de primera instancia de Búrgos, sobre cumplimiento de una sentencia (*26 de setiembre de* 1849).

Este es su tercer considerando: «Considerando... 3.° Que tocante á lo segundo, ó sea á la improcedencia de la vía ejecutiva para hacer efectivo el crédito de que se trata, es notorio el fundamento de la reclamacion del jefe político, porque además de ser incompatible dicha vía con el sistema de presupuestos, mandado observar en la administracion económica de los establecimientos de beneficencia en virtud de las leyes citadas de 6 de febrero de 1822 y 20 de junio último, lo es igualmente con el que rige en la de los ayuntamientos de que forman parte, segun la misma ley de 1822, la otra de 8 de enero de 1845 y la Real órden de 3 de abril de 1846, ambas tambien citadas, verificándose además de hecho en el caso presente que la reclamacion deducida en aquella forma, no puede menos de afectar el presupuesto municipal, por cuyos motivos deben sustituir á dicha vía judicial los trámites de ejecucion administrativa, prescritos en el Real decreto citado de 13 de marzo de 1847.» (*Colec. leg.*, tom. 48, núm. 56.)

(2) El tercer considerando de la competencia anteriormente mencionada entre el gobernador de Granada y el juez de primera instancia del distrito del Sagrario dice: «Considerando que segun él (*el Real decreto de* 13, *ó* 12 *de marzo de* 1847), la competencia de los tribunales en este punto no se estiende mas que á las cuestiones relativas á la legitimidad y antelacion de créditos, y cesa, una vez declarada por ejecutoria su legitimidad; y que apareciendo reconocido el de Larios por un auto ejecutoriado, con arreglo al párrafo 5.° de dicho decreto, corresponde al gobernador mandar que se efectúe inmediatamente su pago de los fondos que tenga la Junta; y si no los tiene, hacer que se forme el presupuesto adicional necesario para que quede satisfecho.

que se cumpla con el objeto de su fundacion, y que se empleen las rentas en el objeto para que se destinaron, como sucede en muchos establecimientos de beneficencia y de enseñanza.

Como ni el Estado, ni las provincias, ni los pueblos vienen en auxilio de sus rentas, y no los sujetan á presupuestos, cesan las razones que hay para que no pueda dirigirse contra ellos la autoridad judicial, compeliéndoles por la vía ejecutiva y la de apremio á que paguen todas sus deudas. La marcha de la Administracion en estos casos no sufre entorpecimiento alguno: semejantes establecimientos, mas que de públicos, tienen la condicion de particulares, y lo son por lo que á sus fondos y contabilidad se refiere, por mas que la Administracion deba vigilarlos para que los fondos no se inviertan en distinto objeto, de aquel á que estaban dedicados. Tambien en la jurisprudencia encontramos corroboracion en este sentido (1).

Lo que queda espuesto de la prohibicion de las autoridades judiciales para proceder ejecutivamente por deudas del Estado, de las provincias, de los pueblos y de los establecimientos públicos, en los términos que dejamos manifestados, tiene lugar aun cuando la acreedora sea la Hacienda pública, porque de lo contrario, puestas en contradicion las disposiciones que se refieren al gobierno municipal y provincial con las que tienen por objeto la recaudacion de los fondos del Estado, quedaria destruida la armonía que debe haber entre las diversas partes de la Administracion pública. Y esto no puede ser perjudicial á la Hacienda, porque, por los medios ya espuestos, será indemnizada de los descubiertos que tengan los pueblos ó establecimientos que le sean deudores. Así se previno por una circular, espedida por el ministerio de la Gobernacion en 19 de mayo de 1845. Mas habiéndose entendido por algunos que con ella se derogaban y limitaban los derechos, acciones y privilegios de la Hacienda para la percepcion de las cantidades que formaban el presupuesto general de gastos del Estado, se espidió otra Real órden por el ministerio de Hacienda en 22 de setiembre del mismo año, previniendo que por la anterior no debian considerarse menoscabados los mencionados privilegios, derechos y acciones, y que la medida adoptada se limitaba á ordenar que los intendentes, antes de proceder segun sus atribuciones, manifestasen á los jefes políticos el estado de los descubiertos líquidos en que se hallaran los ayuntamientos ó corporaciones de inmediata dependencia del ministerio de la Gobernacion, á fin de que por los medios establecidos en la ley municipal y en las demas disposiciones vigentes, hiciéran efectivos sus descubiertos á la Hacienda, considerándolos de interés general y preferentes á los demás, haciendo responsables á los alcaldes y depositarios de los ayuntamientos de los pagos que hiciesen sin estar la Hacienda pagada por completo.

Prohibicion 7.ª

Entender en el apeo y deslinde de los montes correspondientes al Estado, á las provincias, á los pueblos, ó á establecimientos públicos.

Si para fijar la competencia respectiva de las autoridades administrativas y judiciales solo nos atuviéramos á la naturaleza de los negocios, sin otras consideraciones, parece que el apeo y deslinde de montes correspondientes al Estado, á las provincias, á los pueblos y á los establecimientos públicos debian corresponder á las mismas autoridades á quienes compete el conocimiento de los apeos, cuando se trata de propiedades particula-

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia entre el jefe político y uno de los jueces de primera instancia de Murcia, sobre una demanda de la condesa de Fuentenueva contra bienes pertenecientes á fundaciones piadosas (*18 de setiembre de* 1846). «Considerando: Que administrados estos establecimientos sin mas dependencia de la autoridad gubernativa que la que resulta de la inspeccion inmediatamente ejercida por ella sobre los mismos, segun la citada Real órden (*la de 25 de marzo de* 1846), sus gastos é ingresos no forman parte del presupuesto provincial ni municipal, por cuya razon las legítimas y necesarias consecuencias que se deducen de las leyes de ayuntamientos y diputaciones provinciales de 8 de enero de 1845, para escluir las ejecuciones que tienen por objeto deudas de las provincias ó de los pueblos, no son aplicables á la ejecucion que motivó esta competencia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 38, núm. 53.)

ros, y por lo mismo á la autoridad judicial. En ellos, en último resultado, se trata de cuestiones íntimamente ligadas con la propiedad, ó por mejor decir, de verdaderas cuestiones de propiedad, porque su objeto es poner en claro lo que á cada uno de los dueños colindantes corresponde, para que puedan disfrutarlo sin ser perturbados bajo el pretesto de que no están bien conocidos los límites de las respectivas heredades. Ni el Estado, ni las provincias y pueblos, ni las demás corporaciones, tienen en el concepto de propietarios otro carácter, que el de personas jurídicas; y por lo tanto, parece una consecuencia declinable que, respecto á todas las prescripciones que se refieren á la propiedad, y á las fórmulas que hay establecidas para hacer eficaz este derecho civil, deben estar sujetos á lo que por regla general se halla establecido para todos.

Sin embargo de esto, es innegable que nuestra legislacion actual, separando las cuestiones de propiedad de los montes que pertenecen al Estado, á los pueblos ó á los establecimientos públicos, de las de su apeo y deslinde, al paso que deja las primeras encomendadas á la accion regular de los tribunales, atribuye las segundas á la Administracion, ya en su carácter de activa, ya en el de contenciosa. Circunstancias que tienen tal vez mas de transitorias que de permanentes, pueden haber contribuido á esta desviacion. Los montes no son propiedad de las generaciones que viven; corresponden tambien á las que han de venir, por lo que el Estado debe tener sobre ellos, y especialmente cuando son públicos, una vigilancia especial que impida la destruccion en pocos años de una propiedad que no puede volver á crearse en muchos. Por esto, en el estado lastimoso en que se hallan muchos montes de dominio público, en la confusion de sus límites, en las usurpaciones de que son objeto, y á cuya sombra los talan los que no son sus dueños, se creyó que á la Administracion debian confiarse atribuciones, que, atendido el rigor de los principios, parece que debian ser de la esclusiva competencia de las autoridades judiciales.

Esto supuesto, nuestra tarea al tratar de esta prohibicion, no puede ser estensa, porque en otra parte de la ENCICLOPEDIA hemos tratado detenidamente de esta materia, examinando en los párrafos 4.° y 5.° de la seccion 6.ª del artículo AMOJONAMIENTO, la cuestion en general del apeo y deslinde de los montes correspondientes al Estado, á los pueblos y establecimientos públicos; y en particular, la que se refiere á estas mismas operaciones, cuando los montes públicos confinan con los de particulares. Allí espusimos la divergente inteligencia que se habia dado á las disposiciones que están vigentes en la materia, y la inteligencia que venia dándoles el Consejo Real en las decisiones de competencia, que se elevan al Gobierno, y que este aprobaba.

Huyendo de inútiles repeticiones, debemos limitarnos aquí solamente á manifestar, cuál es la jurisprudencia que ha prevalecido, y esto circunscribiéndonos solo á los montes públicos que confinan con otros particulares; porque respecto á los que están rodeados por todas partes de terrenos públicos tambien, no se ha presentado dificultad alguna, ni en la inteligencia que debe darse al derecho escrito, ni en el modo de aplicarlo. La jurisprudencia es que á la Administracion, tanto activa como contenciosa, en sus casos respectivos, toca el apeo y deslinde de los montes puestos bajo su administracion, ó bajo el régimen de la autoridad pública, y esto aun en el caso de que confinen con propiedades particulares; que los gobernadores pueden exigir garantías suficientes á salvar la eficacia del deslinde que ha de practicar la Administracion, cuando los particulares, que han usurpado terrenos en montes públicos, temerosos de que sean reivindicados por la Administracion, los usurpan talándolos y destruyéndolos; y por último, que los juzgados y tribunales tienen limitado su conocimiento á las cuestiones de propiedad, despues de verificado el deslinde gubernativo, correspondiendo á los consejos provinciales el de los litigios que acerca de este se susciten (1); pero que

(1) Decision á favor de la Administracion, de la contienda de competencia entre el jefe político de Jaen y el juez de primera instancia de Segura

siempre es de la autoridad judicial el conocimiento de las cuestiones de servidumbre y demás relativas á la propiedad, y el apeo mismo de los terrenos en la porcion que no linden con montes de dominio público.

Y esto no se limita al caso en que los montes públicos linden con otros de particulares, sino tambien aunque sea con tierras no montuosas, en la aceptacion legal ó comun de esta palabra, y aun cuando los dueños de estas fincas sean los que propongan el apeo, porque los montes públicos, segun se espresa en una decision de competencia (1), no pueden menos de quedar deslindados por la parte que se declara que forman el límite de una finca particular.

---

de la Sierra, sobre deslinde de montes y facultad de cortar y estraer maderas (*19 de agosto de 1846*).

Estos son sus considerandos: «Considerando: 1.° Que segun los citados artículos (20, 21 y 22) de las Ordenanzas de montes de 1833, el deslinde de los que están puestos bajo la Administracion, ó el régimen de la autoridad pública, tiene el carácter de gubernativo, y ninguna de las cuestiones á que dé ocasion puede llevarse á los tribunales ordinarios hasta despues de concluido.

2.° Que esta disposicion comprende los montes de propiedad particular en la parte que linden con los insinuados, puesto que, envolviendo necesariamente el deslinde de un monte cualquiera, colindante con otros, y en la parte en que lo es, el deslinde de todos y cada uno de los demás, es evidente que deslindar los dichos montes de propiedad particular, es el deslindar los de propiedad pública que le son colindantes.

3.° Que por ello es visto que la derogacion contenida en el referido decreto de las Córtes (*es el de 14 de enero de 1812, restablecido en 23 de noviembre de 1836*), no comprendió á su restablecimiento esta clase de montes de dominio particular, porque para afirmar lo contrario seria preciso sostener que, sin embargo de ser el deslinde gubernativo insinuado una garantía establecida en el interés de la sociedad por las citadas Ordenanzas á favor de los montes de propiedad pública, no podia tener cabida en ninguno de los casos en que su ejecucion afectase los de propiedad particular, ó lo que es lo mismo, seria indispensable demostrar que el dicho decreto quiso favorecer el interés privado hasta el estremo absurdo de anteponerle al general.

4.° Que encargado á los jefes políticos, por el Real decreto de 31 de mayo de 1837 y las Reales órdenes con él citadas, el cuidado de los montes públicos, lo quedó en consecuencia el deslinde gubernativo de los mismos, y la adopcion de un temperamento suficiente á salvar la eficacia de este medio necesario, que en la inevitable lentitud de su preparacion y aplicacion, ofrece oportunidad á los usurpadores para asegurar el fruto de sus usurpaciones, con grave perjuicio de los intereses del Estado.

5.° Que la citada ley de 2 de abril de 1845, presuponiendo este mismo deslinde gubernativo, solo modifica las Ordenanzas que le sancionaron, limitando á las cuestiones de propiedad el conocimiento que las mismas dieron á los tribunales ordinarios, y atribuyendo el deslinde contencioso á los Consejos provinciales.

6.° Que el Real decreto citado, conforme en sus disposiciones á las que quedan referidas, y á sus insinuadas consecuencias, fija de un modo claro y terminante los deberes y las facultades de los jefes políticos en materias de montes, y los autoriza espresamente para exigir á los interesados en los deslindes, cuando puedan frustrar su resultado, las correspondientes fianzas que lo impidan.

7.° Que por todo lo espuesto no hay duda alguna en que el jefe político de Jaen, no solo obró dentro del círculo de sus atribuciones, sino que hizo de ellas el uso que debia, tomando la resolucion que dió motivo al interdicto deducido ante el juez de Segura de la Sierra; y tampoco la hay en que este funcionario, admitiendo dicho remedio como legal, y condenando en las costas á los dependientes de la Administracion, que ejecutaron como tales la resolucion indicada del jefe político, no echó de ver que faltaba á lo dispuesto en la citada Real órden de 8 de mayo de 1839, que comprende en su espíritu á todas las autoridades administrativas, ni advirtió tampoco que atacaba la independencia de la Administracion, sancionada por la ley fundamental, superior á todas las leyes particulares.» (*Colec. leg.*, tomo 38, núm. 43.)

Otra decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el gobernador de Toledo y el juez de primera instancia de Escalona, sobre un deslinde (*20 de marzo de 1850*). Dicen sus considerandos: «Considerando: 1.° Que, apareciendo espresamente alegado, y tácitamente concedido, que la pertenencia de propios de Escalona, con que confina por una parte el terreno deslindado, es monte, no puede ponerse en duda la aplicacion que tienen al caso presente las disposiciones que se acaban de citar (*el art. 20 del Reglam. de 24 de marzo, y el 1.° de la Instruc. de 7 de abril de 1846*), pues es de toda evidencia que el apeo del juez dejaria fijados los límites de dicho monte por el punto en que confina con el espresado terreno, lo cual está reservado á la Administracion.

2.° Que esta, no obstante, no puede decirse que ha reclamado, ni le está cometida por la ley la resolucion de todas las cuestiones que promueve el ayuntamiento de Escalona, sino únicamente la fijacion de los límites del monte de sus propios, ó el apeo de los terrenos del Duque en el trozo esclusivamente que confina con el mismo, por cuya razon debe reservar á la autoridad judicial, á su debido tiempo, las cuestiones de servidumbre y demás relativas á la propiedad, y el apeo mismo de los espresados terrenos en la porcion restante que no linda con montes precisamente de dichos propios.» (*Colec. leg.*, tomo 49, núm. 15.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el gobernador de Ciudad-Real y el juez de primera instancia de Almagro con motivo de haber este procedido al apeo y deslinde de un cortijo de propiedad particular (*20 de marzo de 1850*). Dice su único considerando: «Considerando que la circunstancia de ser de propiedad particular la finca que se trata de deslindar

Mas debe abstenerse la Administracion de hacer deslindes en todo lo que se refiere á los montes de particulares, y cuando no sea necesario para fijar los límites de los que corresponden al dominio público (1); y tambien de estender los deslindes, para que solo está facultada en materia de montes, á terrenos que con arreglo á las disposiciones del ramo no tengan el carácter legal de tales, por no hallarse cubiertos de arbolado, ni ser su cultivo y aprovechamiento el objeto principal á que se hallan destinados (1). No sirve para que adquieran la consideracion de montes, terrenos que antes no lo eran, el que se haga una plantacion en suelo que no estaba cubierto de árboles, y mucho menos cuando no aparece claramente que el terreno del plantío es propiedad pública, porque de lo contrario resultaría el gravísimo inconveniente de que para este efecto se quebrantase el precepto constitucional que garantiza la propiedad, y solo permite privar de ella á su dueño por causa justificada de utilidad comun, prévia la indemnizacion correspondiente (2), para la

en el caso presente, sea ó no montuosa, en la acepcion legal, ó en la comun de la palabra, no sería obstáculo para que le fuesen aplicables las Ordenanzas, ley y reglamento citados en los artículos que se espresan (*son los artículos 20 al 22 de la ordenanza general de Montes de 22 diciembre de 1833, el párrafo 7.° del art. 8.° de la ley de 2 de abril de 1845, y el párrafo 2.° del reglamento de 24 de marzo de 1846*), prescindiendo de la simple, aunque terminante declaracion hecha por el primero de la instruccion tambien citada (*de 1.° de abril de 1846*), porque confinando con dicha finca por todos lados montes públicos, estos no pueden menos de quedar deslindados por la parte en que se declare que forman el límite de la finca particular, viniendo á ser esta declaracion el apeo de cada uno por aquel lado, razon por la cual el verificado en este caso no es de la pertenencia de la autoridad judicial, mientras que, terminado gubernativamente dicho acto, no se suscite la cuestion de propiedad.» (*Coleccion legislativa*, tom. 49, núm. 56.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia entre el gobernador de Cuenca y el juez de primera instancia de Motilla del Palancar, en un incidente de deslinde de terrenos en que estaban incluidos montes de propiedad particular (*7 de diciembre de 1833*). Dicen sus considerandos: «Considerando: 1.° Que Lodares, en el interdicto entablado, ninguna queja ha producido contra la Administracion, porque ésta al practicar el deslinde hubiese declarado comprendido en los límites de los bienes comunes y de propios de los ayuntamientos en cuestion algun terreno perteneciente á aquel demandante, sino que sus reclamaciones se han dirigido esclusivamente contra Cabrera, porque al darle posesion de la hacienda de Arcas, le entregaron tambien parte de una finca que Lodares dice ser de su pertenencia, por lo cual esta es una cuestion que versa esclusivamente entre particulares.

2.° Que estando reducidas las facultades que atribuye á la Administracion el art. 1.° de la ley de 7 de abril de 1846 á fijar los límites de los del Estado, ayuntamientos y establecimientos públicos, en el caso presente, aun en la suposicion de que las propiedades deslindadas sean montes en la acepcion dada á esta palabra, por el art. 1.° de las Ordenanzas de 22 de diciembre de 1833, sus providencias deben reducirse á este solo punto, y por consiguiente ni han podido ni pueden alcanzar á la cuestion promovida entre Lodares y Cabrera.

3.° Que por lo tanto, si al aprobar las diligencias de deslinde el gobernador hubiese hecho alguna declaracion relativa á la cuestion indicada, esta declaracion habria sido dictada fuera del círculo de sus atribuciones, por lo cual no existiría el caso á que se refiere la Real órden de 8 de mayo de 1849.» (*Coleccion legislativa, tom. 60, n.° 55.*)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia entre el gobernador de Ciudad-Real y el juez de primera instancia de Villanueva de los Infantes, sobre restitucion de varias tierras de dehesas al comun (*1.° de mayo de 1850*). Dicen así sus considerandos: «Considerando: 1.° Que, segun manifiestan el comisario y guarda mayor de montes en sus informes, las dehesas de Laserna y Ojuelo no reunen los requisitos que exige al artículo 1.° de las ordenanzas citadas (*las de Montes de 22 de diciembre de 1833*), para que les sean aplicables las disposiciones particulares dictadas para este ramo especial, pues lejos de estar dichos terrenos cubiertos de los árboles que en aquel se espresan, y ser su cultivo y aprovechamiento el objeto principal, sino esclusivo, de los mismos, no hay nada en ellos que deje de estar destinado á labor, siendo solo accidental y raro que se encuentre tal cual mata de las que se espresan.

2.° Que por lo mismo, no pudiendo atribuirse á las mencionadas dehesas el carácter de montes, no son aplicables á las mismas aquellas Ordenanzas; en el artículo 21 de la ley de 2 de abril de 1845; en el 8.°, párrafo 7.°; el Real decreto de 6 de julio del mismo año, en el 1.°, ni el reglamento de 24 de marzo é instruccion de 1.° de abril de 1846, todos citados; faltando por lo mismo la cualidad esencial que la Real órden tambien citada exige en su espíritu, de que la providencia administrativa esté dictada en la materia que lo sea por su naturaleza, puesto que para ordenar un deslinde no están encomendadas á la Administracion mas propiedades comunes que las que tengan el carácter legal de montes.» (*Coleccion legislativa*, tomo 50, núm. 21.)

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia entre el gobernador de Orense y el juez de primera instancia de Verin, con motivo de haber designado el pedáneo de Quinzanes para plantío de una alameda cierto terreno (*9 de julio de 1851*). Sus dos primeros considerandos son los siguientes: «Considerando: 1.° Que, segun el reconocimiento practicado por el alcalde de Verin, el terreno que se disputan los concejos de Quizanes y Pazos, no tenia antes de la plantacion dispuesta por el pedáneo del último el requisito esen-

cual han de observarse escrupulosamente las reglas establecidas en la ley de espropiacion por causa de utilidad pública y el reglamento dado para su ejecucion.

Hemos hablado en este artículo, no solo de los montes del Estado, de los pueblos y de los establecimientos públicos, á los cuales mencionan solamente las disposiciones administrativas; sino tambien de los de las provincias, respecto á los cuales nada dice el derecho escrito, sin duda porque, no existiendo antes esta unidad jurídica mas que en Navarra y las provincias Vascongadas, pocos ó ningun caso habria de poseer montes alguna provincia. Mas considerando que pueden existir estos montes provinciales, y que hay comarcas que poseen montes en comun, nos ha parecido que no seria ocioso indicar que de cualquiera clase que sean los montes, con tal que tengan el carácter de públicos, están sujetos á las mismas reglas en lo que á su deslinde y amojonamiento se refiere.

De los deslindes de terrenos divisorios de los pueblos, y de terrenos adyacentes á carreteras, caminos y canales, queda dicho en otro artículo lo conveniente (Véase AMOJONAMIENTO). Como no es tan fácil que en las cuestiones que con este motivo se susciten, se confundan con las atribuciones administrativas las judiciales, no hablamos de ellas en este lugar.

Prohibicion 8.ª

Cuando se ha de calificacion de los títulos de los partícipes legos en diezmos.

No puede ponerse en duda que la calificacion de los títulos de los partícipes legos en diezmos, para que obtuvieran la indemnizacion que les fué acordada en recompensa de los derechos que perdieron, debia corresponder á los tribunales de justicia, atendido el rigor de los principios, porque se trata en ellos de cuestiones de propiedad, cuyos títulos estaban sujetos á las reglas del derecho civil, y segun ellas se deciden todas las cuestiones que acerca de este punto se suscitan. Una razon, sin embargo, ha hecho que se lleven á la Administracion contenciosa, y no á los tribunales ordinarios, los pleitos, en caso de no conformarse los interesados con la resolucion del Gobierno, como lo ha declarado espresamente el artículo 4.° de la ley de 20 de marzo de 1846, señalando para la primera instancia los Consejos provinciales como competentes, y para la segunda instancia el Consejo Real (de Estado ahora). Esta razon es la de evitar aumentos que no estén debidamente justificados, á la deuda pública, puesta por la ley fundamental del Estado bajo la garantía de la nacion, y mas que esto, el carácter que tiene esta clase de deudas, que hace que el interés público predomine en ellas sobre el de los particulares.

La competencia de la jurisdiccion contencioso-administrativa, en estos asuntos, no se limitó á los negocios que no estaban incoados; sino que se hizo estensiva tambien á los que pendian en los tribunales ordinarios por una Real órden de 14 de diciembre de 1847, en que se adoptó esta medida, despues de haber oido al asesor de la superintendencia de Hacienda pública y al Consejo Real; disposicion que se adoptó por su conformidad con el espíritu y letra de la ley de 20 de marzo de 1846, y con los buenos principios del derecho civil, segun se espresa en ella misma.

No corresponde hablar en este artículo del modo de seguirse los negocios de reclamaciones de partícipes legos en diezmos en las vías gubernativa y contenciosa, ni de las demás disposiciones que, ó están en la ley de 20 de marzo de 1846, anteriormente citada, ó son su consecuencia, para lo cual es mas propio otro artículo (Véase PARTÍCIPES LEGOS EN DIEZMOS).

---

cial que exige el artículo citado (el 1.°) de las Ordenanzas de montes de estar cubiertos de árboles para merecer legalmente la consideracion de tal monte; y el acto de dicho pedáneo no ha podido cambiar la naturaleza del terreno por la mera circunstancia de ser cuestionable la legitimidad de aquel en lo concerniente á la pertenencia del suelo.

2.° Que no pudiendo por lo mismo atribuirse á dicho terreno el carácter de monte, no son aplicables al caso presente el art. 20, párrafo 2.° del Real decreto de 24 de marzo de 1846, ni el art. 8.°, párrafo 7.° de la ley de 2 de abril de 1845, ambos citados.» (*Colec. leg.*, tomo 53, núm. 31.)

§. 3.° *Prohibiciones de las autoridades administrativas respecto de los negocios judiciales.*

No son menores las prohibiciones que las autoridades administrativas tienen respecto á las judiciales, que las que, en el párrafo anterior hemos visto, á su vez tiene el órden judicial en sus relaciones con la Administracion. Fúndanse en los mismos principios: en la conservacion de la independencia recíproca que debe haber entre las funciones administrativas y judiciales, sin la cual no seria posible conservar la armónica division de los poderes públicos, y vendria á quedar infringida en su espíritu la ley fundamental de la monarquía.

Estas prohibiciones son:

1.° Mezclarse en las cuestiones de estado civil, de capacidad, de domicilio, de propiedad, de contratos civiles y de sucesion testada ó intestada.

2.° Provocar competencia en los negocios criminales, cuyo conocimiento no esté espresamente reservado á la Administracion.

3.° Provocar competencia en los pleitos de comercio, en primera instancia.

4.° Provocar competencia en los actos y juicios seguidos ante los jueces de paz.

5.° Provocar competencias en juicios cuyas sentencias hayan sido ejecutoriadas.

De cada una de ellas hablaremos con separacion.

Debemos advertir, que no enumeramos entre estas prohibiciones las contenidas en los párrafos 4.° y 5.° del artículo 3.° del Real decreto de 4 de junio de 1847, referentes á las causas en que no ha precedido la autorizacion para perseguir en juicio á los empleados, y á los pleitos en que debe preceder la autorizacion de los gobernadores para litigar con los pueblos y establecimientos públicos, porque estos requisitos prévios no tienen el carácter de verdadero acto administrativo para la cuestion de competencia. De ellas trataremos mas adelante en este mismo artículo, y en sus lugares respectivos.

Prohibicion 1.°

Mezclarse en las cuestiones de estado civil, de capacidad, de domicilio, de propiedad, de contratos civiles y de sucesion testada ó intestada.

La Administracion debe cuidadosamente abstenerse, como hemos indicado en otro lugar, de todo aquello que directamente pueda atacar á los derechos civiles, porque estos encuentran su natural proteccion en los tribunales, y en las leyes que establecen las relaciones recíprocas de las personas, y de las cosas que á las mismas se refieren. Cuando en la esfera de su accion encuentre uno de estos asuntos, que no son de su competencia, debe abstenerse de resolverlos, dejar espedito el camino á las autoridades judiciales, y esperar su competente decision.

A estas corresponde resolver sobre *el estado civil de las personas*, aun cuando surjan tales cuestiones al aplicar ó llevar á efecto disposiciones administrativas. Así la filiacion, declarada por los tribunales, no podrá ser rechazada por la Administracion cuando alguno, á título de hijo de pobre que mantiene á su padre, pretenda ser esceptuado del servicio militar; y la cualidad de español, reconocida en una ejecutoria, deberá, en su dia, ser bastante para solicitar con justicia la inclusion en las listas electorales de una persona eliminada por haber conceptuado las autoridades administrativas que carecia de aquel carácter. Fijar el estado civil de un individuo, declarar si es padre ó es hijo de familia, mayor ó menor de edad, casado ó soltero, legatario ó causa habiente de otro, son puntos eminentemente de derecho civil; y cuando su conocimiento interesa á la Administracion, en sus relaciones con los particulares, debe atenerse á lo que resuelvan ó hayan resuelto los tribunales. Por ejemplo, á la muerte de un contratista acreedor del Estado, los ajentes del poder ejecutivo podrán sin duda efectuar la liquidacion de sus créditos; pero, si son varios los que disputan la cualidad de herederos del difunto, al poder judicial es á quien toca decidir cuál de ellos es el verdadero he-

redero; y deben esperar, para pagar las autoridades administrativas, á que recaiga la conveniente ejecutoria, ó bien retener á disposicion del tribunal la cantidad en que consista la deuda, á fin de que en su dia la entregue á quien corresponda.

Lo que acabamos de decir es aplicable á las cuestiones referentes á la *capacidad de las personas*, porque son propias del resorte del derecho civil, así como tambien las de *domicilio*. Si uno deja en su testamento por heredero al Estado, y se duda de si tenia la suficiente aptitud mental para otorgar testamento, este punto deberá ventilarse y resolverse en los tribunales, sin que la Administracion deba, ni pueda mezclarse en ello. Del mismo modo corresponderá al órden judicial apreciar la legítima personalidad y la capacidad legal, con que un regidor síndico á nombre de un ayuntamiento demanda á un particular (1).

Las cuestiones *de propiedad*, cuya solucion depende de títulos privados, y de la aplicacion de leyes y doctrinas del derecho civil, tampoco son de la competencia de la autoridad administrativa, aun cuando directamente afecten á los intereses de las provincias, del Estado, de los pueblos, ó de los establecimientos públicos. Por el contrario, los tribunales conocen, y deben conocer de las demandas, que como persona jurídica entabla el Estado contra los particulares, ó los particulares contra el Estado, y de las que deducen los ayuntamientos contra otras personas, ó estas contra aquellos, relativas al derecho de propiedad (2).

A los tribunales, por tanto, toca entender en las cuestiones sobre la propiedad de las aguas (1): sobre el derecho á su aprovechamiento esclusivo por los pueblos (2); sobre

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de Ciudad-Real y el juez de primera instancia de Piedrabuena, con motivo de un interdicto de amparo interpuesto por el regidor síndico de esta villa (*14 de enero de* 1862):

«Considerando que la notoria incapacidad con que estos (los autos) fueron promovidos por el síndico, atendida la disposicion del artículo 74 y párrafo 10 citados de la ley de 8 de enero de 1845, exige alguna medida por parte de mi gobierno, sin perjuicio de la apreciacion que de este estremo hagan en su lugar y tiempo los tribunales.» (*Coleccion legislativa*, tomo 35, número 3.)

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Cáceres y el juez de primera instancia de Garrobillo (*4 de junio de* 1847). Dice su 2.° considerando:

«Considerando: ... 2.° Que la cuestion de propiedad, cuya resolucion envuelve la de la principal sobre la nulidad propuesta por el duque, es de suyo ordinaria, por lo cual no hay de parte de la Administracion en que se funde esta competencia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 41, núm. 49.)

(1) Decision á favor de la Administracion, y en parte á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Granada y el juez de primera instancia de Albuñol, con motivo de una providencia del alcalde de Narila (*23 de febrero de* 1848):

«Considerando..... 3.° Que la otra cuestion es ordinaria, puesto que, refiriéndose á la propiedad de un aprovechamiento (de aguas), y no á su uso, no está comprendida en la disposicion igualmente citada de la ley de organizacion y atribuciones de los Consejos provinciales (*art. 8.°, párrafo 1.°*), por lo cual su resolucion corresponde á los tribunales de justicia, no quedando respecto á ella mas facultad á la Administracion que la de exigir la continuacion del disfrute del insinuado aprovechamiento por el pueblo, si le necesita y se declara de la propiedad de dicho presbítero, á quien en tal caso es forzoso indemnizar.» (*Coleccion legislativa*, tomo 43, núm. 39).

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre la Sala segunda de la Audiencia de Valencia y el jefe político (*3 de octubre de* 1849.)

«Considerando..... 4.° Que no se cita con oportunidad el indicado artículo 80, párrafo 1.° de la ley de Consejos provinciales, pues las cuestiones que por él se someten á estos cuerpos en la vía contenciosa, no son otras sino las que produzcan las disposiciones de la Administracion al ordenar el modo y forma de usar de los aprovechamientos provinciales ó comunales entre los interesados á quienes reconocidamente pertenezcan:

5.° Que evidentemente no se trata en el caso actual, del curso, navegacion ó flote de un rio ó canal de obra hecha en su cáuce ó márgen, ni de la primera distribucion de sus aguas para riegos y otros usos; siendo por lo mismo inconducente el párrafo 8.° citado del artículo y ley últimamente referidos:»

6.° Que la incompetencia de la Administracion en este asunto es notoria, porque siendo el derecho esclusivo de aprovechar ciertas aguas una verdadera propiedad, igual absolutamente ante la ley al dominio que se ejerce sobre las demás cosas, y no tratándose en dicho asunto sino de determinar á cuál de los dos pueblos de Tabernes ó Benifayó pertenece en posesion aquel derecho respecto del agua que queda en la acequia y filtra por ella despues que al salir el sol se echa la compuerta, el juicio pendiente lo es ordinario de posesion, en los cuales no corresponde, por regla general, á la Administracion tomar conocimiento.» (*Coleccion legislativa*, tomo 48, núm. 58.)

pertenencia ó propiedad de los aprovechamientos comunales (1): sobre los juicios plenarios de posesion, ó petitorios que, por crearse perjudicados en sus derechos, entablan los particulares contra las Universidades, acerca de bienes destinados á la instruccion pública (2): sobre pertenencia y propiedad de aprovechamientos de leñas muertas (3), y pastos (4): sobre servidumbres priva-

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia entre el jefe político de Córdoba y el juez de primera instancia de Fuente-Ovejuna, con motivo de haber Vito Rivera tratado de acotar y cerrar un pedazo de tierra montuosa que había comprado (27 *de julio de* 1848).

«Considerando que el jefe político de Córdoba, al aplicar esta disposicion (*el párrafo 1.° de la ley de 2 de abril de* 1845) al caso presente, confundió las cuestiones relativas al uso y distribucion de los aprovechamientos comunales, que son las que segun ella corresponden á dichos Consejos, con las que versan, como la promovida por los ayuntamientos de Belmez, la Granjuela y Fuente-Ovejuna, sobre la pertenencia de tales aprovechamientos, las cuales, así como todas las cuestiones de este género, son estrañas á la jurisdiccion administrativa, atendida su ordinaria naturaleza.» (*Coleccion legislativa*, tomo 44, núm. 54.)

(2) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el jefe político de Lérida y el juez de primera instancia de Cervera, con motivo de una reclamacion de la Universidad de Barcelona (24 *de mayo de* 1848.)

«Considerando... 3.° Que si D. Gaspar Ruestes se creyó perjudicado en el derecho que pretende tener sobre estos mismos bienes, en virtud de lo dispuesto por el fundador de dicho colegio, debió acudir al Gobierno con la oportuna reclamacion, ó bien promover desde luego contra la Universidad de Barcelona el juicio plenario de posesion, ó el petitorio, ante el tribunal ordinario competente, mas no un interdicto, el cual, si fuere suficiente para dejar sin efecto las indicadas Reales órdenes, haria inferior la condicion del Gobierno supremo á la del último de los alcaldes y los ayuntamientos, cuyas providencias administrativas no se pueden atacar en ningun caso por este medio, segun el espíritu y letra de la citada Real órden de 8 de mayo de 1839.» (*Coleccion legislativa*, tomo 44, número 46.)

(3) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Madrid y el juez de primera instancia de Buitrago, sobre el uso y aprovechamiento de las leñas muertas de un monte (6 *de marzo de* 1847.)

«Considerando: 1.° Que el Sexmo de Lozoya, al proponer el interdicto en el juzgado de primera instancia, se supuso con el derecho de aprovecharse de las leñas muertas del monte Cabeza de Hierro, que la sociedad belga le negó por el mismo caso de reconocerle solo, apoyada en la letra del indicado capítulo 5.° de la concordia de 1677, con la espresa limitacion de haber de aplicar á usos propios, sin poderlas vender, las leñas comprendidas en este aprovechamiento.

2.° Que de aquí resulta manifiestamente una cuestion relativa, no al uso de semejante derecho, sino al derecho mismo; la cual no está encerrada en el citado art. 8.°, párrafo 1.° de la ley de 2 de abril de 1845, ni puede menos de calificarse de ordinaria.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, número 15.)

(4) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de la Coruña (15 *de marzo de* 1848).

«Considerando que la cuestion que ofrece el presente negocio, no se refiere al uso de los pastos y esquilmos que el ayuntamiento y vecinos de Santiago de Arteijo pretenden corresponderles en el monte Das Mestas, y que, en el concepto de dueño de este, les niega Gerónimo Macairas; sino que es relativa al aprovechamiento mismo, al derecho, á la propiedad de él, que no se prueba ciertamente con el informe de dicho cuerpo y un número mayor ó menor de contribuyentes, por lo cual no es aplicable la citada disposicion (*art.* 8.°, *párrafo* 1.° *de la ley de* 2 *de abril de* 1845), que se contrae testualmente á la primera de estas dos clases de cuestiones.» (*Coleccion legislativa*, tomo 43, número 43.)

Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de Búrgos y el juez de primera instancia de Briviesca, con motivo de la pretension del alcalde de Barrios, relativa á que su pueblo estaba en el derecho de pastar sus ganados en el término llamado de los Campos (8 *de diciembre de* 1852).

«Considerando que las disposiciones preinsertas (1.ª, 2.ª y 3.ª *del Real decreto de* 17 *de mayo de* 1838, *y Real órden de* 8 *de mayo de* 1839) son aplicables al caso presente, porque la cuestion está reducida á que un ayuntamiento pretende que le pertenece privativamente el aprovechamiento de cierto terreno, mientras que otro sostiene que hay en él mancomunidad de pastos, y que por lo tanto corresponde á la Administracion mantener el estado de cosas existente hasta tanto que se resuelva por los tribunales ordinarios la cuestion de propiedad, siendo en consecuencia improcedente el interdicto posesorio entablado por el alcalde de Barrios.» (*Coleccion legislativa*, tomo 57, núm. 78.)

Decision á favor de la autoridad judicial, en la competencia suscitada entre el jefe político de Santander y el juez de primera instancia de Cabuérniga (3 *de enero de* 1849).

«Considerando que la resolucion del ayuntamiento de Cabuérniga prohibiendo á varios ganaderos el disfrute de los pastos del término de aquel pueblo, no tuvo por objeto el arreglo de este aprovechamiento, sino el derecho que pretenden tener al mismo dichos ganaderos, y que no les reconoce la referida corporacion, por lo cual no son aplicables, como lo pretende el jefe político en el presente caso, ninguna de las dos citadas disposiciones (*art.* 8.°, *párrafo* 2.°, *ley de* 8 *de enero de* 1845 *y Real órden de* 8 *de mayo de* 1839).» (*Coleccion legislativa*, tomo 46, núm. 14.)

Decision á favor de la autoridad judicial, en la competencia entre el gobernador de Cáceres y el juez de Logrosan (17 *de setiembre de* 1851).

«Considerando: 1.° Que la cuestion de mero uso

das (1): sobre si una cosa es ó no de aprovechamiento comun (2): sobre pertenencia de usufructo (3): sobre propiedad de cañadas (1): sobre derecho á bienes de patronato ú otra clase de benéficas fundaciones (2): sobre censos, foros, y demás cuestiones de domi-

---

y distribucion, de que hablan las leyes citadas de ayuntamientos y consejos provinciales, la primera en el art. 8.°, párr. 2.°, y la segunda en el art. 8.°, párrafo 1.°, suponen establecido y determinado el derecho de que se trata de usar ó que se vá á distribuir, y por lo mismo son inaplicables al caso presente, en el que se disputan precisamente la naturaleza y límites del aprovechamiento ó derecho.» (*Coleccion legislativa*, tomo 58, número 38.)

(1) Decision con cierta limitacion á favor de la Administracion, en la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Toledo y el juez de primera instancia de Escalona (20 *de marzo de* 1850).

«Considerando: ... 2.° Que esta (la Administracion), no obstante, no puede decirse que ha reclamado, ni le está cometida por la ley la resolucion de todas las cuestiones que promueve el ayuntamiento de Escalona, sino únicamente la fijacion de los límites del monte de sus propios, ó el apeo de los terrenos del duque, en el trozo esclusivamente que confina con el mismo, por cuya razon debe reservar á la autoridad judicial, á su debido tiempo, las cuestiones de servidumbre y demás relativas á la propiedad, y el apeo mismo de los espresados terrenos, en la porcion restante que no linda con montes precisamente de dichos propios.» (*Coleccion legislativa*, tomo 49, núm. 15.)

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Toledo y el juez de primera instancia de Talavera (9 *de junio de* 1852).

«Considerando: ... 2.° Que esta declaracion (la de si existe el derecho al aprovechamiento comunal), sea cual fuere el nombre que al mismo (derecho) se haya dado ó pretenda dar, es una cuestion ordinaria de pertenencia, sujeta por su naturaleza al dominio de la autoridad judicial.» (*Coleccion legislativa*, tomo 56, núm. 33.)

(3) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Santander y el juez de primera instancia de Reinosa (25 *de junio de* 1851).

Dicen su 1.° y 2.° considerandos:

«Considerando: 1.° Que bien se mire la cuestion bajo el punto de vista que la presenta el pedáneo de Campo, esto es, que la proporcion en la propiedad envuelve la proporcion en la percepcion de los frutos, ó ya como lo pretenden los tres pueblos restantes, esto es, que el derecho á esta percepcion es independiente de la proporcion en el dominio, es bajo uno y otro aspecto una cuestion de propiedad, una cuestion de pertenencia del derecho de dominio ó usufructo:

2.° Que esta cuestion es esencialmente de la competencia de los tribunales, como reconoce la citada Real órden, y por lo tanto mientras con arreglo á ellos se respeten, como aparecen respetadas en este caso, las disposiciones administrativas, determinando el estado posesorio que se ha de observar hasta que llegue á su término el litigio sobre el derecho de pertenencia, son infundadas las pretensiones de la Administracion que se apoyan en la órden mencionada, como lo son tambien las que adopten por base el artículo y párrafo de la otra ley de 2 de abril que igualmente se ha citado, porque en él se supone constante ó establecido lo que aquí se disputa, esto es, que por títulos notorios ó por reconocimiento tácito no hay duda sobre la naturaleza y estension del uso ó aprovechamiento que se ha de disfrutar, y que solo se trata de las diferencias que ocurran en el modo de verificarlo.» (*Coleccion legislativa*, tomo 53, número 27.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Ciudad-Real y el juez de primera instancia de Piedrabuena (14 *de enero de* 1852). «Considerando:... 4.° Que respecto al otro estremo á que debe reputarse limitada la reclamacion del conocimiento, á saber: si en el supuesto de estar comprendida la cañada en disputa en lo que se vendió á D. Clemente de los Rios, formaba ó no aquella parte de lo que al clero pertenecia, y vendió el Estado, ó lo que es lo mismo, si con arreglo al derecho comun pertenece dicha cañada en posesion ó propiedad al comun de Piedrabuena, independientemente de la enajenacion por el fisco, ó á pesar de ella, es una cuestion ordinaria judicial.» (*Coleccion legislativa*, tomo 55, núm. 3.)

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia entre el gobernador de Albacete y el juez de primera instancia de la Roda (31 *de agosto de* 1853).

Considerando que cualquiera que sea el derecho de la beneficencia pública á los bienes de que se trata en virtud de las disposiciones de la citada ley (*la de 6 de febrero* de 1822), tratándose, como aquí sucede, de la aplicacion de estas mismas disposiciones para declarar la pertenencia de ciertas propiedades particulares, y siendo esta materia de derecho comun, corresponde esclusivamente á la autoridad judicial conocer del asunto en cuestion y hacer en él las declaraciones correspondientes.» (*Coleccion legislativa*, tomo 59, núm. 32.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia entre el gobernador de Granada y el juez de primera instancia de Montefrio (20 *de agosto de* 1852).

«Considerando que por notorio que sea el derecho de la beneficencia pública á la posesion y propiedad de los bienes de que se trata, en virtud de las disposiciones citadas de la ley sobre la materia, y por mas que no sea aplicable á los mismos el otro decreto de las Córtes, que tambien se ha citado, no puede dejar de reconocer la competencia de la autoridad judicial, cuando se invoca para hacer la aplicacion de estas leyes; y no basta la temeridad ó injusticia de la demanda para que, versando sobre pertenencia de bienes, se desconozca la esclusiva de dicha autoridad para declarar esto mismo, pidiendo en forma la Junta de beneficencia, prévia la autorizacion administrativa que corresponde para litigar.» (*Coleccion legislativa*, tomo 56, núm. 55.)

nio ó de posesion, que interesen á la Administracion general, provincial ó municipal, en las cuales pierda su carácter público, y tome el de una persona jurídica (1).

Todo esto, no obstante, debe entenderse sin perjuicio de lo que hemos dicho en el párrafo anterior, respecto de los arriendos y subastas de bienes nacionales; actos posesorios derivados de ellas; interdictos contra las providencias de la Administracion en el círculo de sus atribuciones; apeo y deslinde de los montes correspondientes al Estado, á las provincias, á los pueblos y á los establecimientos públicos; y calificacion de los títulos de los partícipes legos en diezmos.

Los *contratos civiles*, que regulan un derecho privado, no afectan ningun interés público, que haga necesario encomendar su apreciacion á la autoridad administrativa: deben, por lo tanto, quedar sujetos á la competencia de la autoridad judicial, aun cuando sean celebrados por el Estado, por las provincias, por los ayuntamientos, ó por los establecimientos públicos. El principio que domina en la materia es, que solo están reservados al conocimiento de las autoridades administrativas los que reunen la doble circunstancia de haberse celebrado con la Administracion civil, provincial ó municipal, y de tener por objeto un servicio ú obra pública: los demás son privativos de la autoridad judicial. Este es un punto constantemente resuelto del mismo modo por nuestra jurisprudencia (1).

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Tarragona y el juez de primera instancia de Valls (31 *de julio de* 1850).

«Considerando: ... 3.° Que por lo mismo es inexacto afirmar que en el mero hecho de tratarse de un aprovechamiento comun, se basta á sí misma la autoridad municipal de Tarragona sin necesidad de invocar derechos adquiridos, pues en este punto de la adquisicion, aun cuando verse sobre aguas susceptibles de un dominio igual en sus efectos, al que se tiene sobre las demás cosas, en lo corresponde mas carácter que el de un particular cualquiera, ni puede regirse por otras leyes que las del derecho comun ó del especial, en razon de la materia:

4.° Que toda la cuestion, en el presente caso, está reducida á la concordia de 1819, que alegan los propietarios de Puigpelat; pues aun ese carácter de dueño por título propio, que invoca el ayuntamiento de Tarragona, en ninguna ocasion puede oponerse y justificarse con mas oportunidad que cuando se trata de exigirle el cumplimiento de una obligacion, por el hecho de haber sucedido á quien la contrajo; además de que esa declaracion de dominio por título propio, es en todo caso una cuestion de pertenencia, en las que, segun queda espuesto, toda autoridad pierde este carácter, tomando el de persona particular sujeta al derecho comun.» (*Coleccion legislativa*, tomo 50, núm. 32.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Toledo y el juez de primera instancia de Puente del Arzobispo (11 *de agosto de* 1852). Dicen sus considerandos:

«Considerando: 1.° Que, segun la disposicion citada (5.° *de la R. O. de* 17 *de mayo de* 1838), es facultad de la Administracion mantener el estado de cosas existentes en materia de pastos comunes y servidumbres públicas, cuando tratan de obstruirlas los particulares, fundados en lo que establece el decreto de las Córtes de 1813.

2.° Que el uso de esta atribucion en nada limita las que corresponden á la jurisdiccion ordinaria para ventilar y resolver en juicio plenario cuáles son las propiedades cuyos pastos pertenecen al comun, y que por lo tanto, en el caso presente, así como toca á la Administracion mantener á los ganaderos en el goce de los pastos que vienen disfrutando, así tambien los tribunales de justicia deben continuar conociendo de los litigios pendientes, ó de los que se entablen de nuevo, para decidir á su tiempo si la mancomunidad, á que se pretende sujetar las dehesas de dominio particular de que aquí se trata, descansa sobre títulos legítimos, ó si proviene de una práctica abusiva, contraria á la naturaleza del derecho de propiedad y del espíritu del decreto citado.» (*Coleccion legislativa*, tomo 56, núm. 48.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, en la competencia suscitada entre el jefe político de Badajoz y el juez de primera instancia de Don Benito, con motivo del interdicto admitido por dicho juez sobre nulidad de las enajenaciones de terrenos de propios del pueblo de Rena (24 *de marzo de* 1847). Estos son sus considerandos:

«Considerando: 1.° Que en el hecho de limitarse la primera de estas dos disposiciones (*art.* 8.°, *párrafo* 3.° *de la ley de* 2 *de abril de* 1845) á los contratos relativos á un servicio ú obra pública, escluye del conocimiento de los Consejos provinciales todos los que, como el de que se trata, no tienen alguno de estos dos inmediatos objetos.

2.° Que mediando esta esclusion, no pueden las cuestiones sobre contratos comprendidos en ella entrar en la generalidad de la disposicion segunda (*art.* 9.° *de dicha ley*), la cual no designa como administrativa, no califica de tal cuestion alguna, sino que atribuye genéricamente las que de suyo lo son á los Consejos provinciales.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, núm. 20.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de Sevilla, sobre la nulidad de la venta á censo de la Isla mayor del Guadalquivir (14 *de marzo de* 1847).

«Considerando... 2.° que tampoco es aplicable,

Aplicando este criterio se ha decidido que los tribunales son competentes; para conocer sobre la interpretacion y cumplimiento de contratos de enajenacion de bienes comunales, que no tienen por objeto inmdiato una obra ó servicio público (1): para decidir las cuestiones que pueden suscitarse sobre inquilinato, por estar ocupado un edificio de propiedad particular por oficinas del Estado, si bien cuando decidan que ha terminado el arriendo, y manden que quede la casa á disposicion de su dueño, no pueden poner en ejecucion por sí

---

como aquel lo supone, el art. 9.° tambien citado de la misma ley (2 *de abril de* 1845), porque en la generalidad de su disposicion solo se encierran las cuestiones que pueden calificarse de contencioso-administrativas, y no admite esta calificacion la de la demanda del ayuntamiento, puesto que, limitándose el párrafo 3.° del art. 8.°, citado igualmente, á las que se refieren á contratos celebrados con la Administracion para servicios públicos ú obras de igual clase, deja las relativas á contratos, que no tienen este inmediato objeto, como no le tuvo el susodicho, en la clase de cuestiones ordinarias, sujetas como tales al conocimiento de la autoridad judicial.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, número 17.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Tarragona y el juez de primera instancia de Walls (31 *de julio de* 1850).

«Considerando... 7.° Que el conocimiento de estos (los contratos) en la vía contenciosa no corresponde á la Administracion segun el citado artículo 8.°, párrafo 3.° de la ley de 2 de abril de 1845, sino en el caso de que reunan la doble circunstancia de haberse celebrado con la Administracion civil, ó con la provincial ó municipal, y tener por objeto un servicio ú obra pública.» (*Coleccion legislativa*, tomo 50, número 32.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia entre el gobernador de Cáceres y el juez de primera instancia de Logrosan, con motivo de cierta reclamacion del administrador de las dehesas de los Guadalupes (17 *de setiembre de* 1851).

«Considerando ..... 2.° Que versando además el litigio sobre la inteligencia y cumplimiento de cierta cláusula de un contrato, en que ni ha sido parte la Administracion propiamente dicha, ni ha tenido por objeto servicio ú obra pública de ninguna especie, deja de estar en el caso de escepcion á que se concreta el párrafo 3.° tambien citado del mismo artículo 8.° de la ley de 2 de abril de 1845, y por lo tanto queda en la clase de cuestiones ordinarias.» (*Coleccion legislativa*, tomo 54, núm. 38.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de Valencia y el juez de primera instancia del Mercado, de la misma capital, con motivo de haberse reclamado judicialmente la nulidad de un convenio celebrado entre el duque de Hijar y los vecinos de Sollana (22 *de octubre de* 1852).

«Considerando: 1.° Que segun esta disposicion (*el art.* 8.°, §. 3.° *de la ley de* 2 *de abril de* 1845), son dos las condiciones que han de verificarse para que la decision de las cuestiones relativas á contratos correspondan á los Consejos: 1.ª, que se hayan celebrado con la Administracion: 2.ª, que hayan tenido y tengan por objeto un servicio ú obra pública:

2.° Que el contrato cuya rescision solicitaron ante el juzgado de primera instancia Lozano y demás demandantes, no presenta ninguna de estas dos condiciones; no la primera, porque en él no ha intervenido la Administracion general del Estado, la provincial ó municipal, habiendo sido celebrado por el duque de Hijar con los propietarios ó fleteadores de tierras determinadas; no la segunda, porque la concesion de aguas y la construccion de la obra, que es su objeto, no sale de la esfera del interés privado de aquellos, del beneficio y fomento de dichas propiedades:

3.° Que por ello es manifiesto que el referido contrato no sale de la esfera de los comunes, sujetos al conocimiento de la autoridad judicial.» (*Coleccion legislativa*, tomo 57, núm. 63.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre la Sala primera de la audiencia de Barcelona y el jefe político de la misma capital, con motivo de pretender el duque de Medinaceli que entre sus derechos señoriales se contaba el de la carnecería de Malgrat (20 *de diciembre de* 1847).

«Considerando: ... 3.° que negado al duque por el ayuntamiento el otro derecho relativo á los pastos, resulta una cuestion contenciosa, que por ser tal no admite una decision simplemente administrativa:

4.° Que la (decision administrativa) que se refiere á la primera de estas dos cuestiones, no toca al Consejo provincial, como lo fué por supuesto el jefe político fundado en el párrafo 3.°, art. 8.° de la citada ley (2 *de abril de* 1845), porque no habiendo tenido el referido contrato escriturado por objeto un servicio ú obra pública, no es aplicable al mismo esta disposicion.» (*Coleccion legislativa*, tomo 42, núm. 101.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Cádiz y el juez de primera instancia de Algeciras (18 *de agosto de* 1847).

Sus considerandos son estos:

«Considerando: 1.° Que si el derecho de los herederos de Antonio Cantalejo tiene distinto orígen que el que dá al suyo el demandante sobre las dos porciones de tierra que reclama, la cuestion del pleito por este promovido es bajo todos conceptos ordinaria, y no puede someterse á la decision de la autoridad administrativa:

2.° Que tampoco pertenece á su conocimiento, aun en el supuesto de que ambos derechos procedan de concesiones enfitéuticas del ayuntamiento de Algeciras, porque estos contratos no están comprendidos entre los únicos, sobre cuya validez y efectos corresponde á los Consejos provinciales decidir segun la ley citada (*de* 2 *de abril de* 1845), no teniendo, como no tienen, por objeto inmediato una obra ó servicio público, sino la enajenacion de bienes comunales.» (*Colec. leg.*, tomo 41, n.° 61.)

este fallo (1): para resolver sobre contratos de arrendamiento de fincas urbanas, celebrados entre particulares y los ayuntamientos (2); y para determinar sobre contratos de concordia de aguas, otorgados entre un prelado y los vecinos de un pueblo (1). No debe aquí olvidarse lo que hemos espuesto en el párrafo anterior sobre la competencia de la Administracion para conocer acerca de la validez, inteligencia y cumplimiento de arriendos y subastas de bienes nacionales, y en los procedimientos ejecutivos por deudas de la Administracion.

Por último, es atribucion de las autoridades judiciales entender en las contiendas que se suscitan con motivo de la sucesion testada ó intestada.

Esta clase de cuestiones son, por su naturaleza, complejas: afectan á la capacidad de las personas, á la propiedad de las cosas y á las formas de los actos, y mas que otras salen por lo mismo del círculo de la competencia de las autoridades administrativas. El Estado, los pueblos y los establecimientos públicos, solo pueden intervenir en ellas como personas morales pidiendo justicia ante los tribunales civiles por medio de sus legítimos representantes en juicio.

Prohibicion 2.ª

Provocar competencia en los negocios criminales, cuyo conocimiento no esté expresamente reservado á la Administracion.

El art. 3.° del Real decreto de 1847 está

(1) Decision á favor de la autoridad judicial en cuanto al fondo, y á favor de la Administracion en cuanto al fallo ejecutorio que aquella pronuncie, de la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de Soria, con motivo del desaucio exigido por D. Juan de Dios Val (27 *de octubre de* 1847).

Sus considerandos son estos:

«Considerando: 1.° Que los contratos de la clase á que pertenece el de que aquí se trata, no tienen por inmediato objeto un servicio público, puesto que ninguno deben prestar los dueños en fuerza de lo convenido, limitándose su obligacion á permitir á los agentes de la Administracion el uso de la casa para el servicio en general durante el contrato, por lo cual las cuestiones que sobre este se susciten, no están comprendidas en el párrafo tercero, y artículo (8.°) mencionados de la citada ley (*de 2 de abril de* 1845), ni sujetos por lo mismo al conocimiento de los tribunales administrativos, sino al de los ordinarios.

2.° Que cuando estos deciden que ha cesado el contrato, y mandan quede la casa á la libre disposicion del dueño, no puede la ejecucion de este fallo competirles como en los casos comunes, porque debiendo al verificarla atenderse á la necesidad de evitar que el servicio público sufra con este motivo paralizacion ó entorpecimiento, deben á este fin dictarse providencias que solo caben en las facultades de la Administracion, y que legitima la utilidad pública, superior á la privada, hasta el punto de autorizar en su caso contra esta la espropiacion forzosa.

3.° Que no por ello se deja desatendida la propiedad particular, porque además de quedar á salvo el doble derecho al alquiler que se devengue en el tiempo indispensable para realizar del modo dicho el desaucio de la casa alquilada, y al resarcimiento de los perjuicios que de aquí se originen al dueño, y que puede este exigir de la Administracion y ante la misma, le ofrece una garantía la responsabilidad en que no pueden menos de incurrir los jefes políticos, que en casos de esta naturaleza no procedan ateniéndose estrictamente á lo que la necesidad del servicio exija.» (*Coleccion legislativa*, tomo 42, núm. 74).

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Soria y el juez de primera instancia de Almazan, con motivo de haber D. Antonio Peña alquilado por cuatro años al ayuntamiento de Chércoles una casa de su propiedad (27 *de octubre de* 1847).

«Considerando que no tiene ninguno de estos dos objetos (servicio y obras públicas) el (contrato alquilando por cuatro años una casa) celebrado por D. Antonio Peña con el ayuntamiento de Chércoles, ni apoyo alguno por lo mismo la Administracion en la citada ley (2 *de abril de* 1845) para esta competencia, como lo creyó el jefe político de Soria al promoverla.» (*Coleccion legislativa*, tomo 42, núm. 86.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de Tarragona y el juez de primera instancia de Walls (31 *de julio de* 1850).

Dicen en 5.°, 6.° y 7.° considerandos:

«5.° Que las objeciones restantes, opuestas por el mismo ayuntamiento, en el hecho de ser tambien relativas á la validez, estension, cumplimiento y efectos de la referida concordia, no pueden ser apreciadas por otra autoridad que la designada por la ley para conocer de tales actos.

6.° Que el espresado (convenio) de 1819, recibió del mismo arzobispo el nombre de concordia, y aun sin ello produjo el efecto de obligar al prelado para con los vecinos de los pueblos recurrentes á no dirigir la mina sino por el punto establecido, por cuya razon es real y verdaderamente un contrato.

7.° Que el conocimiento de estos en la vía contenciosa, no corresponde á la Administracion segun el citado artículo 8.°, párrafo 3.° de la ley de 2 de abril de 1845, sino en el caso de que reunan la doble circunstancia de haberse celebrado con la Administracion civil ó con la provincial ó municipal, y tener por objeto un servicio y obra pública.» (*Coleccion legislativa*, tomo 50, núm. 32.)

en este punto terminante. Las autoridades administrativas no tienen jurisdiccion para entender en negocios criminales, á escepcion de aquellos que leyes especiales reservan á su conocimiento; pero hay otro caso en que, si bien no pueden conocer sobre el negocio criminal al efecto de aplicar la pena, pueden y deben, no obstante, provocar la competencia á los jueces y tribunales, y es cuando, siendo una circunstancia indispensable, para que estos puedan ejercer su jurisdicion en un caso dado, la de que se decida préviamente por la Administracion alguna cuestion, de que dependa el fallo que estos hayan de pronunciar, iniciaron, sin embargo, el procedimiento y lo continuaron sin aguardar la resolucion de dicha cuestion. De suerte que tan solo en dos casos los gobernadores podrán entablar competencia con las autoridades judiciales en materia criminal: 1.° cuando el conocimiento del delito corresponda por leyes especiales á los funcionarios de la Administracion: 2.° cuando no haya precedido su decision en una cuestion indispensablemente prévia al conocimiento que del hecho hayan tomado las autoridades judiciales.

Ahora bien: ¿cuáles son los delitos, que están reservados á la Administracion por leyes especiales, para su conocimiento y correccion? ¿en qué casos será indispensable la decision de una cuestion por la Administracion, préviamente al conocimiento y castigo del hecho criminal por los jueces y tribunales?

Respecto al primer punto hay que tener presente para su resolucion, que la Administracion no ejerce en ningun caso verdadera jurisdiccion criminal: las facultades que se conceden á sus funcionarios, están concretadas á corregir gubernativamente las infracciones de las leyes y reglamentos administrativos, y á reprimir, por medio de correcciones disciplinarias, los abusos en el ejercicio de sus cargos que cometan los ajentes subalternos, en el caso de que tales faltas no lleguen á constituir verdaderos delitos. Y estas facultades están justificadas por la razon y por la ciencia. Inútil seria que la ley determinase las atribuciones de que debian hallarse adornados los ajentes de la Administracion activa, si estas atribuciones no habian de tener resultados en su aplicacion, por depender de la voluntad de los particulares la observancia de las disposiciones y reglamentos, que en su virtud dichos funcionarios creyesen conveniente dictar, como sucederia si estos no estuviesen facultados para reprimir y corregir las infracciones (1).

Para que el servicio público sea atendido, y el órden gerárquico no se trastorne, necesario es, tambien, que el superior pueda corregir á sus inferiores, que no cumplen, ó que abusan de sus deberes, mientras que tales abusos no entren en la esfera de delitos. Y no se diga que, así en uno como en otro caso, la autoridad judicial no dejaria impunes aquellas infracciones y estos abusos; porque el castigo que impusiese, seria estéril en resultados, procediendo toda su eficacia de seguir inmediatamente á la falta, lo que no se daria habiendo de practicar todo el largo procedimiento del enjuiciamiento criminal. Además: la autoridad judicial no sería apta para castigar estas faltas, porque no comprendería, tan perfectamente como el funcionario administrativo, el espíritu de la disposicion ó reglamento infringido, la importancia de su aplicacion, y la gravedad ó ligereza de la infraccion ó abuso cometido por el particular, ó por el ajente de la Administracion; de suerte que esta facultad de correccion, si estuviese cometida á la autoridad judicial, equivaldria en sus efectos á la impunidad de los infractores, y por consiguiente á la inutilidad é ineficacia de la esfera administrativa.

Por otra parte: la dilacion en el castigo de las faltas, á que dará márgen la interposicion de la competencia á la autoridad judicial, que

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Castellon de la Plana y el juez de primera instancia de Nules, con motivo de dos paradas que de propia autoridad hicieron Antonio y Vicenta Mingano en el boquete de la acequia Flex (24 *de marzo de* 1852).

«Considerando:... 3.° Que no obstante lo manifestado, las facultades de la Administracion deben quedar completamente libres para proceder dentro del círculo de sus atribuciones con arreglo á las leyes, adoptando las medidas que considere oportunas para prevenir escesos de naturaleza análoga.» (*Coleccion legislativa*, tomo 55, núm. 11.)

pretenda conocer de ellas por la administrativa, á la cual reserva la ley el conocimiento, no es razon atendible para que este deba ser trasladado á las autoridades de aquel órden, porque estará compensada con la premura, con que en la mayor parte de los casos, esto es, cuando la intrusion del juez ó tribunal se haga necesaria la competencia, el funcionario administrativo impondrá la debida correccion al culpable, sin tener que sujetarse á la lentitud y trámites del procedimiento; siendo, además, bastante leves todas estas faltas para que su impunidad sea causa de la subversion del órden moral, que produce la impunidad en los verdaderos delitos.

Pero al intentar deslindar las justas atribuciones que corresponden á la Administracion, debe tomarse muy en cuenta las alteraciones que en esta materia ha introducido el Código penal. Los reglamentos administrativos á él anteriores consideraban como simples infracciones algunas de las cometidas por particulares ó funcionarios, que hoy el Código considera como verdaderos delitos. En este caso la Administracion no puede privativamente corregir tales actos, correspondiendo su castigo á los jueces y tribunales (1).

No se crea, sin embargo, que en la palabra *delito* se hallan tambien incluidos aquellos actos que el Código (2) castiga de una manera general con la multa de medio duro á cuatro, cuando consisten en infracciones de reglamentos, ordenanzas ó costumbres locales de policía urbana ó rural, no comprendidos espresamente en su letra. Porque si tal estension diéramos á la palabra, la Administracion municipal quedaria impotente y desarmada ante sus subordinados, y los funcionarios del órden administrativo estarian dependientes en su accion de las autoridades judiciales. Los alcaldes, por consiguiente, al corregir las infracciones de las disposiciones espresadas, no obran como funcionarios judiciales, sino como autoridades administrativas, y podrán imponer dichas correcciones gubernativamente, sin tener que sujetarse á las fórmulas del procedimiento (1).

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Orense y el juez de primera instancia de la capital, con motivo de las diligencias instruidas por el alcalde de San Miguel de Melias, á consecuencia de la sepultura abierta por Andrés Rodriguez en el átrio de la iglesia parroquial para enterrar á su difunto cuñado Francisco Vasquez (10 *de abril de* 1850).

«Considerando que desde el momento en que el Código penal imprimió el carácter de delito á actos como el de que se trata, y les señaló una pena proporcionada, segun resulta del art. 135 citado, no procede su represion por la via gubernativa y con un castigo mas leve, por cuya razon es inaplicable al caso presente el pár. 1.°, art. 3.° del citado Real decreto de 4 de junio de 1847.» (*Coleccion legislativa*, tomo 49, núm. 19.)

(2) Art. 495, núm. 27 del Código penal.

(1) Real decreto de 18 de mayo de 1853. Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el jefe político de Cáceres y la Sala primera de la Audiencia del territorio, con motivo de haber D. Antonio Asensio introducido á pastar una yegua y su cria en el monte del Grijo de Granadilla (31 *de octubre de* 1849).

«Considerando: 1.° Que al conferir el Código penal á los alcaldes la atribucion de juzgar en primera instancia y en juicio verbal las faltas que se mencionan en el mismo, ha estado lejos de privarles de los demás caractéres, facultades y atribuciones, que á dichos funcionarios competen como delegados del Gobierno y como administradores de los pueblos.

2.° Que correspondiendo por las leyes á los alcaldes y otras autoridades administrativas superiores ó inferiores, la facultad de imponer multas gubernativamente, como atribucion necesaria para el desempeño de sus funciones; y habiéndose organizado sobre este fundamento toda la Administracion por leyes recientemente publicadas, este fundamento desapareceria si el Código penal se entendiese en el concepto de que todos los hechos de esta clase han de ser calificados de faltas, y todas las faltas juzgadas por los alcaldes con la dependencia y bajo la subordinacion de los jueces de primera instancia.

3.° Que esta interpretacion acarrearia los graves inconvenientes: 1.°, de que se entendiese variada la forma actual de la Administracion pública en su parte mas esencial, que es el ejercicio de la autoridad, que debe ser libre y desembarazada, sin perjuicio de la responsabilidad de sus ajentes: 2.°, de que esto sucediese con motivo de una ley provisional, en la cual, ni en el Código para cuya observancia fué dictada, no se trató ni discutió de propósito de punto de tanta trascendencia, á fin de evitar los conflictos entre la Administracion y la autoridad judicial: 3.°, de que con esta doctrina deberian ceñirse y concentrarse en el juicio de los alcaldes y tenientes la aplicacion de los medios coercitivos y correccionales, y los actos todos de autoridad que requiriesen la imposicion de multas ú otras represiones semejantes, señaladas en las leyes: 4.°, de que segun esto estarian los ajentes y empleados de la Administracion, como tales, sometidos á los funcionarios del órden judicial, y además sujetos á las reclamaciones de los particulares que se creyesen agraviados, por mas temerarios

Dedúcese de esto, que el que se considera agraviado por la disposicion administrativa en que se le imponga alguna correccion, no deberá acudir á la autoridad judicial, que es incompetente, sino á la inmediatamente superior del órden administrativo (1), á fin de que levante ó modifique la disposicion de la inferior.

Las correcciones que los funcionarios administrativos pueden emplear, deben ser por regla general las multas, sin que puedan proceder en el mayor número de casos al arresto del infractor, sino en el de insolvencia (2).

Y aun relativamente á aquellas, es necesario averiguar si tienen fijado por la ley el máximum que pueden imponer, como los gobernadores y alcaldes, porque en este caso, cuando algun reglamento ú ordenanza de un ramo especial señale á un hecho una multa superior á aquel, la autoridad administrativa no podrá imponerla gubernativamente, y tendrá que remitir el negocio al juzgado de primera instancia (1).

Pero ¿estarán vigentes las leyes y reglamentos administrativos anteriores al Código penal, que señalan á ciertas infracciones penas ó corecciones mas graves, que las en este consignadas? Esta cuestion se ofrece todos los dias en la práctica, porque hay un gran desacuerdo entre aquellas y este, que desgraciadamente no se ha tratado todavía, ó no ha podido tratarse de borrar por completo. Y aun respecto á los reglamentos que se han formado con posterioridad á la sancion del Código, no se ha observado en su precepto general su artículo 505, que prescribió, que en los regla-

---

que fuesen, con grave daño del servicio público, y menoscabo de la independencia y responsabilidad de la Administracion, que la Constitucion y las leyes tienen consignadas:

4.° Que estando vigentes las leyes generales sobre procedimientos, segun el art. 10 de la ley provisional para la aplicacion del Código, y no habiéndose alterado espresa y terminantemente las que determinan la competencia de las autoridades administrativas y las de la dependencia en que están los alcaldes de los jefes políticos:

5.° Que las mismas palabras del art. 493, ahora 496, parecen indicar que se tuvo presente al redactarse la diferencia, que no puede menos de reconocerse, entre las faltas sujetas al juicio de los alcaldes como jueces y las trasgresiones sometidas á los mismos como agentes de la Administracion ó administradores de los pueblos, diferencia que marca el buen sentido y no podrá menos de fijarse en la ley de procedimientos.» (*Coleccion legislativa*, tomo 48, núm. 63.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre la Sala de gobierno de la Audiencia de Valladolid y el jefe político de esta provincia, con motivo de la reduccion de multas impuestas por el alcalde del Carpio al farmacéutico D. José Alejos (25 *de mayo de* 1846).

«Considerando: 1.° Que segun lo dispuesto en la citada Real órden de 5 de diciembre de 1838 y la de la regencia del reino de 14 de junio de 1842, y atendida la naturaleza de las funciones que ejercia el alcalde del Carpio cuando recibió el insulto de don José Alejos, es visto que al imponer las multas á este procedió, no como juez, sino como alcalde, y por consiguiente como autoridad subalterna del jefe político, en cuyo concepto pudo este reducir dichas multas.» (*Coleccion legislativa*, tomo 37, núm. 2.)

(2) Dispos. 4.ª del R. decreto de 18 de mayo de 1853. Declaracion de mal formada, y no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de Búrgos y el juez de primera instancia de Castrojeriz, con motivo de haber solicitado este la correspondiente autorizacion del gobernador para procesar al alcalde de los Balbases, en virtud de querella de Celedonio Lopez, vecino del mismo pueblo (30 *de mayo de* 1853).

«Considerando: 1.° Que en virtud de las disposiciones preinsertas, los alcaldes, cuando obran como funcionarios de la Administracion, solo están autorizados para arrestar en el caso de que por insolvencia del castigado no pueda hacerse efectiva la multa que le haya sido impuesta, segun lo prescrito en la ley y Real órden que se han citado (*ley de* 8 *de enero de* 1845, *y Real órden de* 7 *de noviembre de* 1845), por lo cual el alcalde de los Balbases no obró dentro del círculo de sus atribuciones al detener, como lo hizo á Celedonio Lopez, si bien las circunstancias atenuantes del hecho podrán tomarse en consideracion por el gobernador cuando tenga que conceder ó negar la correspondiente autorizacion para procesar á aquel funcionario.» (*Coleccion legislativa*, tomo 58, núm. 10.)

(1) Declaracion de competencia á favor del juez de primera instancia de San Martin de Valdeiglesias, en el espediente remitido al Consejo Real por el jefe político de Madrid, sobre denuncia que hicieron los guardas del monte de Navas del Rey por haber dos vecinos introducido á pastar en monte vedado 150 cabras (27 *de octubre de* 1847).

«Considerando: 1.° Que segun el art. 49 citado del Real decreto de 24 de marzo de 1846 no están sujetas al conocimiento de los alcaldes las infracciones de las ordenanzas de montes cuando son de mayor cuantía, entendiéndose tales, no las que recibieron este carácter y denominacion del artículo 173 tambien citado, de dichas ordenanzas, sino las que traen consigo una responsabilidad pecuniaria que esceda el máximum de las multas que los alcaldes pueden imponer y exigir, segun el artículo 75 de la ley de ayuntamientos citada igualmente.» (*Coleccion legislativa*, tomo 42, número 77.)

mentos y ordenanzas generales de la Administracion que se publicasen en lo sucesivo, no se señalasen correcciones mas graves que las contenidas en el Código. Bien es verdad que la Administracion, al fijarlas mayores, usó de la escepcion en dicho artículo consignada, á saber, que dejaba sin efecto lo prescrito cuando leyes especiales así lo determinasen.

Sin embargo de esta anarquía jurídica, la cuestion no ofrece para nosotros dificultad en su resolucion. Las autoridades administrativas no pueden castigar con simples correcciones las faltas, que tienen la categoría de delitos; porque el conocimiento y castigo de estos es privativo del órden judicial.

Ahora bien: ¿cuáles son las infracciones que deben ser consideradas como delito? ¿Serán aquellas que tienen señaladas en los reglamentos y ordenanzas penas, que el Código pone en la lista de las *correccionales*? ¿ó serán tal vez aquellas, que este castiga con penas de este género? Creemos que tan solo deben ser tenidas como delitos las infracciones que el Código registra en el número de aquellos, y que para esta clasificacion no se debe atender á las penas, que les hayan señalado los reglamentos ú ordenanzas administrativas, porque sabido es que el Código ha introducido radicales innovaciones en la penalidad, rebajando á la esfera de faltas actos que antes se consideraban delitos; siendo por otra parte un principio inconcuso en materia penal, que no deben considerarse como delitos otros actos que los incluidos por la ley en este número. Por consiguiente se deduce que, aunque un reglamento administrativo castigue un hecho ó una omision con una pena que el Código incluya en la escala de las correccionales, no por ello ese hecho ú omision será delito, si no está calificado de tal.

Y en este caso, ¿podrá aplicarse gubernativamente á ese hecho ú omision la pena que el reglamento ó disposicion administrativa le asignan? Creemos que sí. Las correcciones, gubernativamente impuestas á las infracciones de dichos reglamentos, no tienen el carácter jurídico de verdaderas penas, y por consiguiente, aunque sean mayores que estas en intensidad, no por esto serán tan graves para el que ha de sufrirlas como las que se le imponen bajo este concepto, y en virtud de sentencia judicial. Por otra parte: el Código penal no contiene, ni puede contener un sistema completo de penalidad para este variado número de faltas administrativas, hallándose tan solo en él disposiciones aisladas que, si bien son suficientes en la esfera judicial, serian ineficaces en la gubernativa. Esta opinion que sostenemos, está confirmada por todas las leyes y reglamentos, en asuntos de administracion, publicados con posterioridad al Código penal, en los cuales se fijan á sus infracciones castigos mas graves, que los consignados por regla general en el núm. 27 del art. 495.

Espuestas estas nociones generales sobre la materia, vamos á procurar deslindar las atribuciones respectivas de las autoridades administrativa y judicial, en los negocios que son objeto del conocimiento de la primera.

No estando reservado á la Administracion mas que el castigo de aquellas faltas administrativas que no lleguen á la categoría de verdaderos delitos, es necesario saber ante todo, cuál es la autoridad que ha de calificar el hecho, es decir, á quién corresponde declarar si el hecho es ó no verdero delito. La autoridad judicial, única encargada por la ley de averiguar y perseguir los delitos, é imponer á los delincuentes las penas que merezcan, es la que debe examinar y conocer la naturaleza del hecho, contrastándolo con la ley penal, sin que la autoridad administrativa pueda arrogarse esta calificacion. No por eso ésta quedará á merced de aquella, porque al efecto se halla garantida con la autorizacion necesaria para proceder criminalmente contra funcionarios ó ajentes de la Administracion, que han delinquido en el ejercicio de su cargo. Esta doctrina está confirmada en varias decisiones del Consejo Real (1).

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Toledo y el juez de primera instancia de Escalona, sobre procedimientos seguidos contra el alcalde de Almorox (18 *de setiembre de* 1846).

«Considerando: Que esta atribucion esclusiva (*la de averiguar y castigar los delitos segun las leyes*) envuelve la facultad esclusiva tambien de calificar un hecho de delito, y proceder á lo que se-

En materia de *contribuciones*, los alcaldes y ayuntamientos, y en general las autoridades administrativas, no tienen mas atribuciones que para castigar gubernativamente todas las infracciones y abusos que, sin llegar á ser delitos, cometan los cobradores y pagadores, y al efecto pueden valerse de la suspension respecto á los primeros, y de la ejecucion respecto á los segundos; pero el conocimiento de los delitos que con ocasion de ellas se cometan, está reservado á la autoridad judicial: v. gr. á esta corresponde el castigo de estafa y falsedad (1).

En materias de *policía rural y urbana*, y *buen gobierno*, los gobernadores y alcaldes están facultados para imponer gubernativamente las correcciones que hallen fijadas en los reglamentos y bandos, que los primeros, y los alcaldes con su aprobacion, hayan publicado (1), siendo por lo tanto incompetente la autoridad judicial en este punto. Es necesario, sin embargo, advertir, respecto á la policía rural, que aunque los asuntos de montes, de corte y tala de maderas, etc., corresponden á los alcaldes; no es en el concepto de autoridades administrativas, sino judiciales (2), y por lo tanto, que la averiguacion y castigo de los delitos á esto referentes, es propio de los jueces de primera instancia (3).

---

gun las leyes corresponda; por lo cual, si lo espuesto por el jefe político de Toledo, puede tener mas ó menos valor como razon de defensa en la misma causa, y como fundamento de responsabilidad en su caso, de ningun modo puede servir de apoyo á esta competencia de parte de la Administracion.» (*Coleccion legislativa*, tomo 38, número 51.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Toledo, y el juez de primera instancia de Quintanar de la Orden, por haber procesado este al alcalde y teniente de alcalde de Villanueva de Alcaudete. (7 *de noviembre de* 1846.)

Considerando: ... 2.° Que esta calificacion toca indudable y esclusivamente á los tribunales y juzgados bajo su responsabilidad, puesto que es enteramente suyo, segun las disposiciones constitucionales citadas (*artículos* 63 y 67 *de la Constitucion de* 1837, *que son el* 60 y 70 *de la de* 1845), averiguar y castigar los delitos, bajo su responsabilidad tambien y conforme á las leyes.» (*Coleccion legislativa*, Tomo 39, núm. 67.)

(1) Decision contra la Administracion, de la competencia suscitada entre el intendente de Lugo y el juez de primera instancia de Mondoñedo, con motivo de la averiguacion mandada hacer por el alcalde de dicha villa. (23 *de febrero de* 1848.)

«Considerando: 1.° Que la causa pendiente ante el juez de primera instancia de Mondoñedo, tiene por objeto el castigo de los delitos de estafa y falsedad, que no están ni pueden estar sujetos á una correccion gubernativa, ni comprendidos en los citados artículos 62 y 63 de dicho Real decreto (*el de* 23 *de mayo de* 1845), los cuales indudable y manifiestamente se contraen á los incidentes civiles y á las medidas coactivas de que hablan los capítulos citados (7.°, 8.° y 9.°), tambien del mismo Real decreto, reducidos principalmente al procedimiento de apremio y pago para hacer efectivo el de los débitos por contribuciones.» (*Coleccion legislativa*, tomo 43, núm. 29.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el jefe político y el juez 4.° de primera instancia de Sevilla, sobre aprehension de ganado cabrío en las dehesas de Atalaya y Cascajera, y multa impuesta por el teniente de alcalde de Coria del Rio. (22 *de octubre de* 1846.)

«Considerando: Que estas disposiciones (*leyes de* 8 *de enero y* 2 *de abril de* 1845) en el hecho de atribuir, como terminantemente atribuyen á los jefes políticos, alcaldes y tenientes de alcaldes la aplicacion gubernativa de las dichas penas, escluyen como improcedente la reclamacion, del juez cuarto de primera instancia de Sevilla que dió motivo á esta competencia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 39, núm. 59.)

(2) Decision á favor de la Administracion, y en parte á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Zamora y el juez de primera instancia de la puebla de Sanabria, con motivo de la corta verificada por el alcalde de Moleruelas de Carballeda. (17 *de setiembre de* 1851.)

«Considerando: ... 2.° Que acerca del segundo estremo, ó sea el procedimiento contra los vecinos de Rionegro, por el robo de sardanas en el monte, el carácter con que atribuyen á los alcaldes el conocimiento de tales asuntos, así las Ordenanzas en el título 5.°, como el Real decreto de 24 de marzo de 1848 en el artículo 49 ambos citados, no es el de las autoridades administrativas, sino judiciales, pues solo se dice en ambos que procedan sumaria y verbalmente, lo cual no es ni compatible con aquel carácter, y en material, no puede confundirse con la vía gubernativa, á menos que se diga de un modo espreso, en cuya atencion, por mas que las referidas Ordenanzas se reputen comprendidas en la salvedad del artículo 505 citado del Código penal, siempre se ha de guardar en su aplicacion lo que las mismas establecen, que es la forma y carácter judiciales, y no los gubernativos de que habla en general el artículo 75, tambien citado, de la ley de ayuntamientos, al que solo para la cantidad imponible se refiere el mencionado Real decreto de marzo, y bajo este concepto de jueces no hay ley que reserve á la Administracion superior el castigo de los escesos que cometan los alcaldes, ni es llegado por lo mismo el caso de escepcion, que se invoca, del Real decreto de 4 de junio de 1847 en el artículo y párrafo que se han citado (*art.* 3.°, *pár.* 1.°).» (*Colec. leg.*, tom. 54, n.° 35.)

(3) Decision á favor del juez de primera instancia de Brihuega, de la competencia suscitada

No corresponde al órden judicial el conocimiento y castigo de los abusos cometidos por los *intrusos en el ejercicio de las profesiones* de médico, cirujano y farmacéutico, cuando la pena, á que sean acreedores, sea una pecuniaria que no esceda de 1,000 rs., máximum de las multas que pueden imponer los gobernadores (1).

Respecto al *contrabando y fraude*, para separar las atribuciones administrativas de las judiciales, es necesario atender á la buena ó mala fé de los interesados, en su primer paso, presentándose los efectos en la aduana ú oficinas destinadas al efecto, ú ocultándolos y tratando de introducirlos sin este requisito. En el primer caso hay lugar á la intervencion administrativa: en el segundo entra de lleno la autoridad judicial (2).

Los jueces y tribunales pueden tambien proceder contra los alcaldes y demás funcionarios administrativos, prévia la correspondiente autorizacion, por los delitos comunes en que incurran ejerciendo su cargo; pero nunca por los abusos ó infracciones que no sean delitos, y para cuya correccion, tan solo estén facultados los superiores inmediatos (1).

Vengamos, por último, á la segunda escepcion del párrafo 1.°, artículo 3.° del Real decreto de 1847. La autoridad judicial no puede proceder criminalmente contra un particular ó ajente de la Administracion, cuando en virtud de una ley ó disposicion es necesario que preceda la decision de una cuestion por la autoridad administrativa, pudiendo ésta, si aquella procediese, entablar para su inhibicion el correspondiente recurso de competencia.

---

entre el mismo y el jefe político de Guadalajara, sobre conocer en el asunto de las roturaciones arbitrarias de terrenos, hechas en el término de Pajaras por Juan Retuerta y otros vecinos del pueblo (*17 de julio de 1846*).

«Considerando: 1.° Que la facultad de conocer el juez de Brihuega sobre el hecho denunciado al mismo por el promotor fiscal de aquel juzgado, está manifiestamente fundada en las citadas Ordenanzas de montes y Real decreto de 2 de abril de 1835.

2.° Que la jurisdiccion esta es privativa, y no cabe por lo mismo prevencion por parte de los jefes políticos.» (*Coleccion legislativa*, tomo 38, número 29.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Logroño y el juez de primera instancia de Haro, á consecuencia de la queja del subdelegado de medicina y cirujía de esta villa, hecha al de farmacia del mismo partido (*29 de enero de 1851*).

«Considerando: ... 2.° Que la represion de estos abusos está cometida á la Administracion por la ley recopilada y la Real cédula que se han citado (*ley 8.ª, tít. 13, lib. 8, Nov. Rec., y Real cédula de 10 de diciembre de 1828*), y así ha venido entendiéndose y aplicando respecto del caso de esta última, en virtud de la órden de 25 de agosto de 1842 y las Reales órdenes de 23 de noviembre de 1845 y 17 de febrero de 1846, igualmente citadas.

3.° Que este conocimiento gubernativo se halla admitido y sancionado por el art. 605 del Código penal, que se ha citado.» (*Coleccion legislativa*, tomo 52, núm. 3.)

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre la Sala primera de la Audiencia de Zaragoza y el gobernador de la provincia, con motivo de la aprehension de géneros, verificada en dicha ciudad por los celadores don Mariano Gimeno y D. José María Adeva (*12 de noviembre de 1851*).

«Considerando: 1.° Que segun esta última parte de la Real órden que se acaba de citar en último lugar (*la de 24 de abril de 1850*), y el testo y espíritu del art. 298 de la instruccion de aduanas igualmente citado, la circunstancia que determina y separa la via gubernativa de la judicial en esta materia, consiste en dar ó no los interesados el primer paso de buena fé, de presentar sus efectos en la aduana para el despacho.» (*Coleccion legislativa*, tomo 54, núm. 42.)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada en el proceso pendiente de consulta entre la Sala segunda de la Audiencia de Búrgos y el jefe político de Santander, á consecuencia de la denuncia de obra nueva propuesta ante el juez de primera instancia de Reinosa por varios vecinos de Requejo contra don Felipe Rodriguez Calderon (*23 de agosto de 1849*).

Considerando:..... 5.° Que tampoco pudo este (el juez) adoptar las disposiciones que tomó para poner espedito el ejercicio de su jurisdiccion por lo que concierne al jefe político, pues aun cuando se consideren las providencias de esta autoridad como un atentado, debió limitarse dicho juez á elevar la oportuna queja al Ministerio de la Gobernacion del Reino, de quien depende el jefe político, dando conocimiento de ella al de Gracia y Justicia para los efectos oportunos.

6.° Que los demás procedimientos dirigidos contra el alcalde de Enmedio y el pedáneo de Requejo, si bien parecen directamente contrarios á la garantía de independencia establecida á favor de la Administracion por el párrafo 8.°, art. 4.° de la citada ley de 2 de abril de 1845, así como á la inmunidad absoluta que la misma concede á los ajentes subalternos en el 7.° y 8.°, no pueden ser objeto de competencia por impedirlo, en cuanto á lo primero, el art. 3.°, caso 4.° del mencionado Real decreto (*el de 1847 citado muchas veces*), y pertenecer notoriamente lo segundo á la defensa ante la autoridad judicial, y á la responsabilidad que ante la misma puede en su caso exigirse á sus ajentes.» (*Coleccion legislativa*, tomo 47, número 45.)

No es la causa de esta escepcion que la autoridad judicial sea estraña por la ley á la averiguacion y castigo de aquellos delitos, ó que la administrativa sea la facultada para conocer de ellos. La primera es la única que tiene jurisdiccion para esto, y la segunda tiene limitadas sus facultades á la decision de la cuestion prévia, sin que pueda estenderlas á la principal. Pero hay delitos cuya existencia no puede probarse por otro medio que por la averiguacion y exámen de un acto administrativo, que tan solo está facultada para hacer la autoridad de este órden, si se ha de evitar que la judicial usurpe sus funciones ó invada su esfera de accion. De suerte que, en todos aquellos casos en que no pueda constar el delito y el delincuente sin que haya que ejecutar préviamente un acto de la Administracion, habrá lugar á la segunda escepcion del párrafo 1.°, artículo 3.° del Real decreto de 1847. Pero debe tenerse en cuenta que este acto prévio administrativo no se constituye tal porque las leyes le encomienden á funcionarios de este órden; sino porque, atendiendo á su naturaleza, sea propio de la Administracion (1).

Aplicando la doctrina espuesta, se conoce, que cuando se pretende que un funcionario del órden administrativo, ejecutando las órdenes legítimas de su superior, ha cometido escesos que constituyen delito, la autoridad judicial no puede proceder contra el presunto reo, hasta tanto que dicho superior no declare, que el ejecutor de sus disposiciones se ha escedido en la ejecucion, y no libre el tanto de culpa al juez ó tribunal á quien corresponda, para proceder contra el culpable; habiendo lugar, en caso de conocimiento prematuro de aquellos, á la formacion de la competencia por parte del gobernador (1).

Cuando se pretende que un ayuntamiento ha malversado los fondos del comun, ó ha cometido otras ilegalidades en esta materia y en las cuentas, no se puede proceder criminalmente contra él, entre tanto que estas no

(1) Declaracion de mal formada, y de no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Lérida y el juez de primera instancia de la capital, con motivo de la demanda de nulidad sobre la institucion de heredero, hecha por el canónigo D. José Vidal en 1837. (9 *de junio de* 1854.)

«Considerando: ... 2.° Que tampoco podria esto verificarse aun en el caso de que se supusiese dicha tramitacion necesaria, pues no teniendo la providencia administrativa que en estos asuntos recae otro carácter que el de una mera proposicion de avenencia, que la otra parte interesada es dueña de admitir ó rechazar, no puede considerarse como acto de conocimiento administrativo en el sentido que dá á esta palabra el art. 6.° del Real decreto de 4 de junio de 1847; es decir, no ya la mera intervencion de la autoridad de aquel órden en una materia, sino la facultad de atender, á la que vá unido el imperio ó el derecho de decidir; idea que confirma cumplidamente el art. 3.° del mismo Real decreto que declara no ser causa bastante para la provocacion de competencia el que se haya omitido el requisito de la autorizacion prévia para litigar, por las personas morales sujetas á la tutela administrativa, por mas que este sea un trámite legal, que supone un exámen y providencia en el asunto.» (*Coleccion legislativa*, tomo 62, núm. 24.)

(1) Decision, en parte á favor de la Administracion, y en parte á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de la Coruña, con motivo de haberse denunciado como una usurpacion el cerramiento de casi todos los montes comunes, ó del Estado, de aprovechamiento de la parroquia de Oseiro. (27 *de octubre de* 1847.)

«Considerando: ... 2.° Que respecto al primer punto, es evidente que el fallo criminal supone la resolucion de si el pedáneo de Oseiro y el alcalde de Asteijo se limitaron ó no á ejecutar la providencia del jefe político, porque en la negativa incurrieron en responsabilidad, y cabe la continuacion del procedimiento, con la indispensable autorizacion de aquel; mas en la afirmativa, si en sus actos se descubre responsabilidad, pesa por entero sobre el jefe político, y no es el juez de primera instancia el que la ha de exigir, limitándose sus facultades, en esta parte, á remitir el oportuno tanto de culpa á quien corresponda.

3.° Que en cuanto al segundo punto es visto, que la autorizacion en cuya virtud procedieron los vecinos comprendidos en las querellas al uso de los terrenos aportillados, los exime de culpa, quedando sujeto este hecho, como el del aportillamiento, al insinuado fallo prejudicial, porque sin él no puede saberse si es imputable al alcalde que dispuso, ó al pedáneo que ejecutó, ó á ninguno de los dos, por no haber hecho cada uno de ellos mas que prestar la obediencia debida á su inmediato superior jerárquico.

4.° Que esta resolucion prévia toca al jefe político, porque siendo suya, y en asunto de su inspeccion, segun el artículo 1.° citado del Real decreto de 6 de julio de 1845, la providencia sobre que ha de girar, á él solo corresponde decidir si dichos funcionarios subalternos suyos se concretaron á ampliarlo, ó si se escedieron, y son ó no responsables, conforme á los dos artículos citados igualmente, de la ley de 2 de abril del mismo año.» (*Coleccion legislativa*, tomo 42, núm. 84.)

sean examinadas y rectificadas por el superior competente (1); y la inhibicion espontánea del gobernador es *ipso jure* nula, porque con sus actos no puede disminuir la esfera de la Administracion, y agrandar la judicial, dándole el conocimiento de negocios para que no es todavía competente, por no tener estado.

Cuando se acusa á un ayuntamiento de exacciones ilegales en la cobranza de contribuciones generales, provinciales ó municipales, no debe tampoco proceder contra él la autoridad judicial, entre tanto que la superior administrativa, á quien compete, no haya examinado detenidamente las cuentas de contribuciones generales y gastos municipales rendidas por el espresado ayuntamiento, y declarado en su vista su exactitud ó ilegalidad, y librado el tanto de culpa (2); porque no puede constar la existencia del delito, sino en virtud del exámen de dichas cuentas, lo cual es un acto, por su naturaleza, administrativo.

No es legítima, sin embargo de todo lo dicho, la competencia, cuando la autoridad judicial procede criminalmente contra un ajente ó funcionario del órden administrativo, por delitos cometidos en el ejercicio de su cargo, sin haber antes obtenido del gobernador ó Gobierno supremo, en sus respectivos casos, la correspondiente autorizacion (1). El recurso legal, en este supuesto, es el de nulidad de lo actuado, que debe interponer el funcionario agraviado; pero no la competencia promovida por el gobernador. Esta clase de contiendas tiene lugar tan solo cuando la autoridad judicial usurpa las atribuciones administrativas, para que por medio de ella el funcionario de este órden, á quien correspondan, pueda reivindicarlas y ejercerlas. Pero en los casos en que se exige la primera autorizacion, la autoridad judicial no usurpa la jurisdicion administrativa, de suerte que, en el supuesto de que la competencia fuese promovida y resuelta á favor de la Administracion, no por eso funcionario alguno de este órden se haría competente para conocer del delito, objeto de aquel procedimiento. Por consiguiente, su falta no puede dar lugar á la competencia, que tiene por único y esclusivo objeto reivindicar las atribuciones usurpadas. Esa falta será un defecto, que afectará al procedimiento judicial, que lo hará nulo; pero que nada influirá en el fondo del negocio, que es su objeto, ni en nada modificará la jurisdicion que de él debe conocer (2). La autoridad judicial es tan

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el jefe político de la provincia de Madrid y el juez de primera instancia de Alcalá de Henares, con motivo de la causa formada contra los concejales del Real Sitio de San Fernando (*25 de setiembre de 1850*).

«Considerando: ... 2.° Que por lo mismo es claro que los antecedentes se pasaron al juez de primera instancia por el jefe político, sin tener estado para ello el negocio, porque á esta diligencia debió preceder el exámen detenido y formal de la inversion de dichas sumas, ó lo que es lo mismo, la rectificacion de las cuentas anteriores.

3.° Que la rectificacion corresponde privativamente á la autoridad administrativa, segun las disposiciones legales citadas (*ley de 8 de enero de 1845*), en la forma y con sujecion á los trámites y recursos en ellas prescritos; por lo cual es manifiesto que el jefe político, remitiendo los antecedentes al juez de primera instancia para que procediese á lo que hubiere lugar, dejó á cargo de éste una indagacion preliminar, tan indispensable como ajena á sus facultades, y que á él solo es dado practicar legalmente.

4.° Que en consecuencia, la inhibicion espontánea del jefe político, y la autorizacion tácita que envuelve el hecho de remitir los antecedentes dichos al juez de primera instancia, son *ipso jure* nulas, quedando por tanto espedito el conocimiento que la autoridad administrativa reclama en este asunto, y que privativamente le corresponde, en virtud de la escepcion contenida en el art. 3.°, pár. 1.° del Real decreto citado (*de 4 de junio de 1847.*» (*Coleccion legislativa*, tomo 51, núm. 44.)

(2) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de Búrgos y el juez de primera instancia de Medina de Pomar, sobre haberse incluido en los presupuestos municipales del Valle de Tobalina, desde 1846 á 1851 inclusive, varias partidas indebidas (*14 de enero de 1853*).

«Considerando: ... 2.° Que ninguno de estos hechos constituye delitos aislados, cuya averiguacion pueda verificarse por medios cuya ejecucion esté de un modo privativo en manos de la potestad judicial, sino que, por la naturaleza específica de todos ellos, su probanza es inseparable del exámen detenido y meditado de las cuentas de contribuciones generales y de las municipales, rendidas por dicho ayuntamiento.» (*Coleccion legislativa*, tomo 58, núm. 1.°)

(1) Art. 3.°, pár. 4.° del Real decreto de 1847.

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político y

competente con la autorizacion, como sin ella, para perseguir el delito é imponer la pena al delincuente. Es por consiguiente muy justa esta escepcion.

Prohibicion 3.ª

Provocar competencias en los negocios de comercio, en primera instancia.

El párrafo 2.° del art. 3.° del Real decreto de 1847 prohibe á los jefes políticos (hoy gobernadores de provincia) provocar competencias en los negocios de comercio, en primera instancia. Nótese que no prohibe provocar estos conflictos contra los tribunales de comercio; sino *en los negocios de comercio*, y por consiguiente la prohibicion tendrá fuerza, aunque la autoridad, que conozca de estos asuntos, sea un juez de primera instancia haciendo veces de tribunal de comercio.

La generalidad de los autores buscan la razon de esta prohibicion en que, segun la organizacion de los tribunales de este fuero, no es posible sustanciar las competencias con arreglo á la tramitacion establecida en dicho Real decreto, porque no hay en ellos un representante del ministerio público. A nosotros no nos convence esta sola razon, porque, prescindiendo de que la prohibicion es anterior en órden á la sustanciacion de estos recursos, puesto que la primera se halla consignada en el art. 5.°, y la segunda en el 8.° y siguientes, no tiene aplicacion alguna en la mayor parte de los casos, en que los jueces de primera instancia hacen las veces de los tribunales de comercio; y aun en los que estos son los que conocen, pudo muy bien el Real decreto mencionado suplir la falta del ministerio fiscal, encomendando sus funciones al de la jurisdiccion ordinaria. Esto no quiere decir que la mencionada razon esté desprovista de toda fuerza: tan solo pretendemos decir, que no es la única. Los negocios de comercio son por su naturaleza urgentes, y por otra parte están basados en la confianza de que no hallarán en su curso mas obstáculos, que los absolutamente indispensables. Teniendo en cuenta esto el Real decreto citado, renunció, en obsequio del desarrollo mercantil, cualquier ligero daño ó perjuicio que la Administracion pudiera sufrir por su causa; porque debe advertirse que esta clase de asuntos, que por su naturaleza son privados, y tan solo se dan entre particulares, es la que está mas lejana de los intereses administrativos, y la menos propensa á invadir sus límites. Agréguese á esto, que como el órden judicial mercantil, bajo este concepto, no forma un cuerpo permanente; sino que tienen los cónsules prescrita por la ley su cesacion y renovacion, en medio de los demás poderes del Estado, carece de esa tendencia á ensanchar su esfera de atribuciones, que todas las corporaciones manifiestan, como una consecuencia del principio de propia conservacion.

Pero cuando los negocios de comercio pasan á la segunda instancia, por haber las partes interpuesto la apelacion, desaparecen todas las razones indicadas, porque los mismos interesados demuestran en su modo de obrar, que el negocio no requiere la urgencia que muchos de los de su clase, y porque los tribunales, que de ellos conocen, son las Audiencias en las que no se dan las circunstancias peculiares á los tribunales y jueces de este fuero, y en las que hay siempre un representante del ministerio fiscal.

Inútil es que digamos, por lo tanto, que hallamos muy justa la escepcion segunda del art. 3.° de la disposicion espresada, aunque no faltan autores de crédito (1) que la creen injustificable, atendiendo al inflexible rigor de

el juez de primera instancia de Toledo, sobre la causa que por este se seguia al comandante y ayudante de aquel presidio. (23 *de marzo de* 1847.)

«Considerando: ... 4.° Que sin embargo, la falta de este requisito (*el de la autorizacion para proceder*) solo puede dar lugar á una cuestion de nulidad ante el mismo juez ó ante la Audiencia del territorio durante el procedimiento, y cerrado este, á una cuestion de responsabilidad ante quien corresponda, mas no á una cuestion de competencia, que versa siempre sobre cuál de las autoridades que la entablan debe conocer, y nunca sobre el modo de este conocimiento.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, núm. 18.)

(1) Mr. Foucart, *Elemens de droit public et administratif*.

los principios, que consideran de órden público, é indispensables en todo caso estos conflictos de competencia, despreciando las razones de conveniencia que, como en el presente, modifican su rigidez.

Prohibicion 4.ª

Provocar competencias en los actos y juicios seguidos ante los jueces de paz.

El mismo párr. 2.º del art. 3.º del Real decreto tantas veces citado, prohibe igualmente á los gobernadores de provincia provocar competencias en los actos y juicios de que conozcan los jueces de paz, esto es, en los actos de conciliacion y en los juicios verbales civiles.

Algunas de las razones que hemos espuesto para justificar la prohibicion anterior, tienen en ésta completa aplicacion, como la amovilidad de los jueces de paz, falta de fiscal, y además el poco detrimento que puede sufrir la Administracion en los juicios verbales de esta clase por su corta cuantía. En cuanto á los actos conciliatorios, otra es la razon que tienen á su favor. Antes de publicarse la nueva ley de Enjuiciamiento civil, se disputaba entre los tratadistas sobre el carácter y naturaleza de la conciliacion, considerándola unos como verdadero juicio, y otros como un simple acto de avenencia, en el que no se reconocian las circunstancias indispensables para todo juicio. Pero cualquiera que fuese la opinion mas admisible, no podia menos de reconocerse que no era un juicio perfecto, porque la sentencia tan solo tenia fuerza, si las partes la admitian y se conformaban con ella, de lo cual se deducia, que no habia en el juez que la dictaba jurisdiccion bastante para darle fuerza, y hacerla eficaz, sin contar con la voluntad de las partes; y por consiguiente, no podia entablarse una legítima competencia contra él, porque estas tan solo pueden mediar entre dos jurisdicciones propiamente dichas, de las cuales, la judicial obra contenciosamente en el negocio, que es objeto y causa del conflicto. Hoy, esta razon tiene mucha mas fuerza, porque la nueva ley de Enjuiciamiento no deja duda de que la conciliacion no tiene las cualidades de juicio, puesto que el juez de paz no puede dictar en ella sentencia.

Pero la prohibicion de entablar competencias en estos negocios, impuesta á la Administracion, ¿se estenderá al caso en que el juez de primera instancia conozca de ellos por el recurso de apelacion, ó de nulidad, que para ante él las partes interpongan? En nuestro juicio no se estiende; antes bien los gobernadores podrán, y deberán suscitar las competencias á los jueces de primera instancia que conozcan de tales negocios, cuando su objeto corresponda á la Administracion. Porque el art. 3.º del Real decreto, tantas veces mencionado, no dice de una manera absoluta que no podrán entablarse competencias en los juicios de conciliacion y verbales civiles; sino *en los juicios que se sigan ante los alcaldes*, funcionando *como jueces de paz*. Y cuenta que antes de la nueva ley de Enjuiciamiento civil, los jueces de primera instancia eran tambien competentes para conocer en algunos juicios verbales de dicha clase, y sin embargo, estos no estaban incluidos en la escepcion del mencionado art. 3.º: señal evidente de que no se tuvo presente en él la cualidad del negocio, á lo menos como circunstancia principal y decisiva; sino la organizacion de los juzgados de paz. En efecto: en estos no hay representante de la ley que llene los indispensables requisitos de la tramitacion de estos conflictos. Por otra parte, su nombramiento y renovacion anual ó bienal, y su carácter popular y no letrado hacen que no constituyan un cuerpo como los demás superiores, y por consiguiente que no sea de temer la tendencia, que todas las corporaciones é instituciones manifiestan, de ensanchar sus atribuciones é invadir la esfera de accion de los demás órdenes. Por estas razones creemos que debe interpretarse restrictivamente la prohibicion que examinamos, y que será procedente la competencia que un gobernador provoque á un juez de primera instancia, que conozca, por recurso de nulidad ó de apelacion, de los actos que forman el objeto de esta prohibicion.

Prohibicion 5.ª

Provocar competencias en juicios, cuyas sentencias hayan sido ejecutoriadas.

Las competencias de jurisdiccion y atribuciones fueron establecidas por la ley con el único objeto de que los límites de las diferentes jurisdicciones se conservasen incólumes, devolviendo á aquella, á quien correspondiese, el conocimiento de un negocio, de que otra se hubiese apoderado. De suerte que, para que una contienda de esta especie pueda tener lugar, es necesario é indispensable que una jurisdiccion (la requirente) reclame el conocimiento, y otra (la requerida) se halle conociendo al tiempo de la reclamacion, y se niegue á ella por creer que aquel le corresponde. En cualquier otro caso en que los límites de las jurisdicciones sufran alteracion ó menoscabo, habrá lugar á otros recursos estraordinarios para restablecer la armonía turbada, y el órden público removido; pero no procederá la competencia. Estos principios tienen exacta aplicacion en las que se promuevan entre las autoridades administrativa y judicial. Si esta no ejerce jurisdiccion sobre un negocio al tiempo de la reclamacion de aquella, no podrá entablarse la contienda, porque careceria de objeto. La autoridad administrativa no reivindicaria el conocimiento, que la judicial no podria devolverle por no tenerlo. Tal es la razan de esta prohibicion, decretada en el párrafo 3.° del artículo 3.° del Real decreto de 4 de junio de 1847. Cuando el negocio ha sido fallado por sentencia ejecutoria, la autoridad judicial tuvo el conocimiento, tal vez ejerció una jurisdiccion que no le correspondia, que era propia de la Administracion; pero es lo cierto que ya no la ejerce, porque concluyó por la sentencia firme, de tal modo que la misma autoridad no puede volver á conocer de él. Por consiguiente, el recurso de competencia, que por la administrativa se incoase, seria estéril en su objeto, y tan solo fecundo en los males inevitables que llevan siempre consigo las contiendas de este género.

Se dirá tal vez que la jurisdiccion nunca prescribe: que sus límites son de órden público, y que no pueden ser alterados ni modificados por los particulares, ni por las autoridades que tienen obligacion de respetarlos. Este argumento, que á primera vista se presenta con gran fuerza, es, sin embargo, muy débil examinándolo con detenimiento. Desde luego hay que reconocer que, aun admitiéndolo en sus efectos, no probaria la legitimidad de la competencia, que seria ineficaz para restaurar la jurisdiccion lastimada, y devolverle el conocimiento que por la judicial se le habia usurpado; sino la procedencia del recurso de nulidad interpuesto ante el superior comun, en cuya virtud se dejase sin efecto la sentencia firme dictada, y las actuaciones que la habian precedido. Pero ¿esto es conciliable con el respeto y la autoridad, que siempre merece la cosa juzgada? Aunque esta verse sobre un negocio propio de la Administracion, no puede menos de reconocerse que, despues de haberse ventilado en un juicio contradictorio las contrarias pretensiones de las partes, despues de haberse esclarecido la verdad de los hechos, y las exigencias de la justicia, ha recaido una sentencia, que ha restablecido la paz entre los contendientes; que esta sentencia ha sido una ley para aquel caso, y que á su sombra se ha formado un nuevo órden de cosas, estable y firme. Ahora bien: ¿no seria inconveniente, peligroso é injusto venir á destruir este nuevo órden, y con él la confianza de los interesados, que descansaban bajo la salvaguardia sagrada de una sentencia ejecutoria, y renovar las discordias ya terminadas, causando un profundo, nuevo y mayor trastorno? Si males se siguen de la invasion de las atribuciones administrativas, males mas graves se seguirian del remedio que se aplicase á esa invasion, consumada ya. Es por consiguiente muy conveniente y justa la prohibicion de que tratamos.

Pero es un axioma de derecho, que la autoridad que dicta una sentencia, tiene el *imperium* necesario para ejecutarla y hacer que se ejecute, porque de otra manera inútil seria la administracion de justicia, si sus providencias y decisiones quedaran á merced de la

voluntad de los que debian cumplirlas. Por otra parte, las razones que espusimos anteriormente, militan tambien á favor de las ejecuciones de estas mismas sentencias; siendo de todo consecuencia, que la autoridad judicial tenga jurisdiccion bastante para ejecutarlas, por mas que hayan sido dictadas en materias propias de la Administracion, si ésta, antes de su firmeza, no entabló la contienda. No pueden, pues, entablarse competencias entre las autoridades administrativas y judiciales por los actos de jurisdiccion, que éstas ejerzan para ejecutar, y llevar á cumplido efecto las sentencias firmes (1).

No obstante lo dicho, hay que tener presente algunas escepciones establecidas respecto á la ejecucion de sentencias que, á pesar de haber sido dictadas legítimamente, y en uso de sus atribuciones, por los jueces y tribunales, no pueden ser llevadas á efecto por los mismos, estando, como está, reservada su ejecucion á la Administracion. Tales son, las dictadas contra los ayuntamientos, diputaciones provinciales y Hacienda pública, por deudas contraidas por los pueblos, provincias y Estado; y las dictadas contra los establecimientos de beneficencia ú otros públicos, que tengan incluidos sus gastos en los presupuestos generales, provinciales ó municipales, aunque el acreedor sea la misma Hacienda pública. No nos estendemos sobre este punto, porque ya queda espuesto todo lo á él referente en la seccion 4.ª, párrafo 2.º, prohibicion 6.ª

§. 4.º *Prohibiciones comunes á las autoridades administrativas y judiciales en el ejercicio de sus funciones respectivas.*

Las autoridades administrativas y las judiciales deben procurar que las decisiones que dicten, resuelvan siempre cuestiones, que estén dentro de los límites que determinan su respectiva competencia. Es este un principio, que ni las unas ni las otras deberian nunca olvidar, por que es el mejor modo de evitar los conflictos de jurisdiccion, tan frecuentes entre ellas. Para alcanzar, hasta donde es posible, tan importante resultado, además de las prohibiciones especiales, que ya hemos exáminado, las autoridades administrativas y judiciales tienen otras comunes, de que trataremos ahora. Estas prohibiciones, son:

1.ª Entender las unas en cuestiones de la atribucion de las otras, cuando incidentalmente vienen en los negocios, que ante ellas respectivamente se ventilan.

2.ª Interpretar las unas los actos de las otras.

Prohibicion 1.ª

Entender las unas en cuestiones de la atribucion de las otras, cuando incidentalmente vienen en los negocios, que ante ellas respectivamente se ventilan.

No siempre los asuntos, de que conocen las autoridades administrativas ó judiciales, son homogéneos: sucede muchas veces, por el contrario, que en un mismo negocio se suscitan y mezclan diversas cuestiones incidentales, administrativas ó judiciales, que es preciso resolver, y que solo pueden ser resueltas por autoridad competente. En estos casos la que esté conociendo, y vea surgir un incidente, que sale del círculo de sus atribuciones, debe, sin desprenderse del conocimiento del asunto principal que le pertenece, detener su marcha hasta que la otra autoridad, á quien corresponde, resuelva la cuestion prévia de su competencia. Uno, v. gr., demanda ante el juzgado al vecino, porque, adelantando la pared de su casa, le priva de una servidumbre de luz de vista, que disfrutaba desde una ventana de la suya; y el demandado sostiene que, al obrar así, cumple con una disposicion del ayuntamiento, dictada para alinear la calle, á la cual tiene que sujetarse en la reconstruccion de su finca. Hay aquí notoriamente dos cuestiones: la una relativa á la alineacion, propia de la competencia de la Administracion (1); la otra

(1) Véase el §. 2.º de la seccion 6.ª, donde se citarán las decisiones de competencia, que confirman la doctrina espuesta en esta 5.ª *prohibicion*.

(1) Art. 81, §. 4.º de la ley de 8 de enero de 1845.

á la servidumbre, propia, como todas las de pertenencia, de la jurisdiccion de los tribunales. Pero como la primera no puede resolverla el juez, ni directamente, reformando el decreto del ayuntamiento, ni indirectamente, declarando la pretendida servidumbre, mandando demoler la obra y prohibiendo que se vuelva á ejecutar, lo que debe hacer es dejar que la Administracion la decida, toda vez que la cuestion de alineacion es, en el caso propuesto, necesariamente prévia y prejudicial de la cuestion sobre la servidumbre, que al juzgado únicamente toca resolver (1).

Del mismo modo, si un tribunal vé nacer, con motivo de un negocio de que está conociendo, una cuestion de órden público, deberá dejar á las autoridades administrativas que adopten las medidas convenientes para conservar la tranquilidad y el sosiego público, sin contrariar con sus providencias los actos administrativos, ó las medidas gubernativas que adopten (1).

Tampoco es permitido á las autoridades del órden judicial, á título de resolver interdictos de amparo, y de protejer el derecho de propiedad y de posesion de los particulares, dejar sin efecto los acuerdos de los ayuntamientos sobre policía rural, arbitrios (2), uso de aprovechamientos comunales, servidumbres públicas (3), y otras materias de sus atri-

(1) Decision á favor de la autoridad administrativa, respecto de la cuestion prejudicial sobre alineacion, y en cuanto á la servidumbre á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Albacete y el juez de primera instancia de Almansa con motivo de la alineacion, á que debia sujetarse D. Manuel Aguado y Cañas en la reconstruccion de una casa (23 *de febrero de* 1848).

Sus considerandos son estos:

«1.° Que la denuncia pendiente ante el juez de primera instancia de Almansa, por el mismo caso de tener por objeto el impedir la obra comenzada por D. Manuel Aguado y Cañas con arreglo al decreto de alineacion del ayuntamiento de aquella ciudad, es evidente que envuelve dos cuestiones: la una relativa á dicha alineacion, y la otra á la servidumbre en que los denunciantes se apoyan:

2.° Que segun la ley (*de* 8 *de enero de* 1845) citada, es administrativa la primera de estas dos cuestiones, y no puede decidirla el juez, ni directamente reformando el decreto del ayuntamiento, ni indirectamente declarando la pretendida servidumbre, mandando demoler la obra y prohibiendo que se vuelva á hacer:

3.° Que la segunda de dichas cuestiones es de su conocimiento, pero presupone la decision de la primera, puesto que si se revocase el decreto de alineacion, ó se modificase en términos que no pudiese ya la obra causar el perjuicio que ha motivado la denuncia, seria ociosa toda discusion sobre el particular, y si se confirmase dicho decreto, no podria impedirse la continuacion de la obra con sujecion al mismo, y si solo resolverse la cuestion sobre la servidumbre, y en su caso la de indemnizacion.» (*Coleccion legislativa*, tomo 43, número 28.)

(1) Véase la decision *de* 23 *de febrero de* 1848, á favor de la Administracion, en cuanto á la cuestion de órden público relativa á la medida, que de acuerdo con el ayuntamiento adoptó el alcalde de Narila, de agregar á las aguas de la fuente públicas las que nacian en la hacienda de D. José Martinez; y á favor de la autoridad judicial, en cuanto á la propiedad de esas mismas aguas; en la competencia entre el jefe político de Granada, y el juez de primera instancia de Albuñol, citada ya é inserta anteriormente en la *nota* 1.ª, *columna* 2.ª *de la pág.* 140 *de este tomo.*

(2) Decision á favor del jefe político de Badajoz, de la competencia suscitada entre el mismo y el juez de primera instancia de Fregenal, sobre queja de D. Juan Idobro Castañeda, contra un acuerdo del ayuntamiento de Burguillos (8 *de agosto de* 1846).

Sus considerandos son estos:

1.° «Que si era y es cargo de los ayuntamientos, segun las citadas leyes (*de* 14 *de julio de* 1840 *y* 8 *de enero de* 1845), deliberar sobre los reglamentos de policía rural, estaba y está indudablemente en sus atribuciones dictar providencias sobre cada uno de sus objetos, así como lo está y estaba, segun las mismas leyes, la creacion de arbitrios municipales:

2.° Que en consecuencia, el acuerdo del ayuntamiento de Burguillos, comprendiendo una medida de policía rural y un arbitrio, era indudablemente un acuerdo administrativo á que alcanzaban sus atribuciones:

3.° Que en este supuesto, cualesquiera que fuesen los efectos que semejante acuerdo pudiera contener, ya en el fondo, ya en el modo, solo podian, segun las dichas leyes, reformarle el jefe político de la provincia, como ya lo hizo en parte, y en su caso el Gobierno, sin perjuicio de la accion ordinaria á que hubiese lugar en el correspondiente juicio; pero siempre escluido, como justamente lo está por la citada Real órden de 8 de mayo de 1839, el interdicto restitutorio que dió ocasion á esta competencia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 38, núm. 37.)

(3) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de Salamanca, con motivo de haber D. Joaquin Mazpule dispuesto cerrar varias fincas de bienes nacionales, que habia comprado en el pueblo de Mozarves (12 *de julio de* 1849).

Sus considerandos son estos:

«1.° Que lo es notoriamente de la (*atribucion*)

benciones (1). Estos son puntos que caen dentro de la órbita donde se mueve la administracion y á ella toca estatuir respecto de ellos.

Aplicando estas reglas se ha decidido que á los juzgados incumbe determinar sobre la legitimidad de las deudas de los ayuntamientos (2) y establecimientos de beneficencia (1), prelacion de sus créditos, réditos de sus censos, y obligacion de satisfacerlos (2); pero no llevar á efecto sus sentencias por la via ejecutiva, porque la facultad de acordar los

---

del alcalde, con arreglo á la primera de las Reales órdenes citadas (*la de 17 de mayo de 1838*), restablecer como lo hizo, de un modo rápido y directo el uso de un camino tapiado al tiempo de cerrar una propiedad de dominio particular, ó cualquiera otra servidumbre pública que se hallara en igual caso, estando designada por la misma órden la autoridad del jefe político, como la encargada de reparar los agravios que dicho alcalde hubiese podido hacer en uso de su atribucion:

2.° Que por lo mismo el juez de primera instancia debió repeler un interdicto, que además de estar escluido por la otra Real órden tambien citada de 8 de mayo de 1839, cuyo espíritu abraza á las autoridades administrativas de todo órden, es notoriamente contrario á la independencia que á la Administracion concede la Constitucion del Estado, derogatoria de toda ley anterior opuesta á dicho principio.» (*Coleccion legislativa*, tomo 47, núm. 38).

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el jefe político de Badajoz y el juez de primera instancia de Don Benito, con motivo del interdicto propuesto ante el mismo contra cierto arbitrio acordado por el ayuntamiento de esta villa (*15 de marzo de 1850*).

Sus considerandos son estos:

«1.° Que el reparo opuesto por D. Pedro García de Paredes al acuerdo del ayuntamiento de Don Benito, no fué ni pudo ser que versaba sobre cosa de que no se hallaba encargado por la ley, cuando tan terminante y aplicable al caso es la de 8 de enero de 1845 en el art. 81 y párrafo 7.° citados, sino que era injusto en cuanto se estendia al terreno que constantemente se habia respetado, y él habia aprovechado como parte del área de la casa, y de consiguiente de la esclusiva pertenencia y libre disposicion de su dueño:

2.° Que por lo mismo fué la justicia intrínseca del acuerdo en esa parte de aplicacion lo que Paredes quiso poner en tela de juicio, para lo cual debió acudir á la Administracion misma, y no al juez de primera instancia, porque á este no le permite la Real órden (*de 8 de mayo de 1839*) citada que interponga su autoridad en forma de interdicto en caso de tal naturaleza:

3.° Que la razon de que una providencia administrativa ofende ó menoscaba el derecho de propiedad, no legitima el uso de los interdictos, sino solo el recurso á la Administracion misma, ó el correspondiente juicio ordinario ante las autoridad judicial, conforme á la citada Real órden.» (*Coleccion legislativa*, tomo 49, núm. 14.)

(2) *Art. 9.° de la ley de 20 de febrero de 1850.*—Véase tambien la decision á favor de la autoridad administrativa, de la competencia suscitada entre el jefe político de Valencia y el juez de primera instancia de Sueca, con motivo del juicio ejecutivo instado por el Baron de Chova contra los propios de dicho pueblo, citada anteriormente, é inserta en tercer lugar en la *nota de la pág. 123 de este tomo*.

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Granada y el juez de primera instancia del distrito del Sagrario de aquella ciudad, con motivo de una ejecutoria de la Audiencia de Granada en pleito seguido por D. Antonio Larios (*9 de junio de 1832*).

Sus considerados son estos: «1.° Que en virtud del párrafo 7.° del artículo 11 de la ley de 11 de junio de 1840 y las disposiciones mencionadas de la de 8 de enero de 1845, se halla prescrito el sistema de presupuestos para la administracion económica de los establecimientos de beneficencia, y que con este sistema es incompatible el uso de la via de ejecucion y apremio para reclamar el pago de cualquiera obligacion:

2.° Que por esta incompatibilidad, y en reemplazo de la via de ejecucion y apremio, se ha establecido, para hacer efectivos créditos contra los ayuntamientos, el método de que trata el Real decreto de 13 de de marzo de 1847; y que mediando, como median con respecto á los establecimientos de beneficencia iguales razones, son aplicables á ellos las reglas que prescribe el Real decreto citado:

3.° Que segun él la competencia de los tribunales, en este punto, no se estiende mas que á las cuestiones relativas á la legitimidad y antelacion de créditos, y cesa, una vez declarada por ejecutoria, su legitimidad; y que apareciendo reconocido el de Larios por un auto ejecutoriado, con arreglo al párrafo 5.° de dicho decreto, corresponde al gobernador mandar que se efectúe inmediatamente su pago de los fondos que tenga la junta; y si no los tiene, hacer que se forme el presupuesto adicional necesario para que quede satisfecho.» (*Coleccion legislativa*, tomo 56, núm. 34.)

(2) *Real decreto de 12 de marzo de 1847.* Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Sevilla y uno de los jueces de primera instancia de aquella capital, con motivo de haber mandado la Audiencia del territorio se despachase ejecucion contra las propios del ayuntamiento de Sevilla (*14 de abril de 1852*).

«Considerando: 1.° Que la incompatibilidad que ofrece la via ejecutiva y de apremio con el sistema de contabilidad que establecen los citados artículos (91, 93, 98, 100, 101, 103 y 104 *de la ley de 8 de enero de 1845*) no consiente exigir á los ayuntamientos sus deudas por dicha via, sin contrariar abiertamente las disposiciones de la ley, mucho mas cuando esta ha derogado implícitamente las leyes anteriores que autorizaban aquellas formas de exaccion judicial:

2.° Que segun la misma ley, las deudas de los

pagos y cumplir aquellas sentencias, es siempre privativa de la Administracion (1).

A ella tambien corresponde reprimir las faltas en que incurren los alcaldes, procediendo gubernativamente. Por lo tanto, las autoridades judiciales no deben dictar providencias, en los asuntos de que conozcan, sobre los abusos que los espresados funcionarios pudieran cometer en asuntos de policía rural, instruccion primaria, ú otras materias administrativas, que deben corregirse por los gobernadores, en el concepto de superiores gerárquicos suyos (2).

A su vez las autoridades administrativas deben dejar á las judiciales decidir las cuestiones de su competencia, cuando incidentalmente vienen en los espedientes ó negocios de que están conociendo. Así un gobernador, á título de que le pertenece la vigilancia é inspeccion de todos los ramos de la Administracion comprendidos en la provincia de su mando, no puede interpretar la voluntad del fundador de un patronato; sino que debe reservar la solucion de esta, como la de todas las contiendas que se susciten sobre sucesion testada ó intestada, á la justicia ordinaria (1).

Si al examinar las cuentas de un ayunta-

---

pueblos y los réditos de los censos, teniendo como tienen el carácter de gastos obligatorios, no puedan satisfacerse sin que preceda su inclusion en los presupuestos municipales; y siendo la Administracion á quien le corresponde formar, aprobar y modificar en su caso estos mismos presupuestos, á ella sola toca hacer los pagos en la forma que viene espresada.

3.° Que cuando el ayuntamiento se niegue al pago despues de cumplidos, en el caso presente, los requisitos prescritos en el art. 4.° del mencionado Real decreto, y autorizada como lo está aquella corporacion para presentarse en el juicio que la acreedora intente contra el mismo, este no puede ser otro que el ordinario, y de ninguna manera el ejecutivo, no estando como no está la deuda declarada por una ejecutoria, sino que, por el contrario, impugna su legitimidad, todo á tenor del artículo 7.° del espresado Real decreto.» (*Coleccion legislativa*, tomo 55, núm. 22.)

(1) *Artículo 9.° de la ley de 20 de diciembre de 1850.*

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Badajoz y el juez de primera instancia de la Puebla de Alcocer, sobre délitos al pósito de la villa de Garlitos (*7 de marzo de 1847.*)

Sus considerados son estos: «1.° Que si el espediente formado en 1838 por el alcalde de Garlitos para hacer efectiva la deuda de Felipe Pacha al pósito de aquel pueblo, indudablemente puede tener lugar conforme á los citados artículos de la ley de 3 de febrero de 1823, vigente á la sazon, no así el segundo dirijido contra el hijo del mismo deudor, porque al formarle en octubre de 1844 estaba ya derogada dicha ley por la de 14 de julio de 1840, igualmente citada, que no conservó por otra parte la disposicion de los referidos artículos, así como no fué adoptada despues por la ley actual.

2.° Que si por ella el juez del partido con razon se creyó competente para conocer de este negocio, se equivocó en pensar que se estendiesen sus facultades hasta el punto de apercibir de un modo valedero, y condenar en costas al alcalde, ya por que esto procedió gubernativamente, como lo demuestra el haber dado cuenta desde luego al jefe político de la formacion del espediente, ya tambien porque, aun suponiendo que hubiese procedido con el carácter judicial, no pudo tener el de auxiliar del juez, ni ser corregido por este, segun los citados artículos del reglamento de los juzgados de primera instancia, puesto que ni eran primeras diligencias de causa criminal las que el alcalde practicó, ni traian su orígen de despacho librado al mismo por aquel.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, núm. 16.)

Decision, á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el jefe político de Leon y el juez de primera instancia de Riaño, con motivo de haber separado el alcalde de la Iglesia del Soto de Valdeon y Caldevilla al maestro de primeras letras de aquel pueblo (*24 de marzo de 1847*).

«Considerando: ... 4.° Que aun sin medir estas razones, y no habiendo ninguna que dejase justificada la providencia del alcalde de la Iglesia del Soto de Valdeon y Caldevilla, no por eso lo quedaria la del juez del partido, porque los abusos de los alcaldes en materias rigurosamente administrativas, como lo es la Instruccion primaria, deben corregirse por los jefes políticos en concepto de superiores gerárquicos suyos, y no por la autoridad judicial, mediante un auto restitutorio contrario á la mencionada Real órden (*de 8 de mayo de 1839*), que comprende á todas las autoridades administrativas en su espíritu.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, núm. 21).

(1) Decision á favor de la jurisdiccion ordinaria, de la competencia suscitada entre el gobernador de Lérida y el juez de primera instancia del distrito de Palacio de Barcelona, con motivo de ciertas cuestiones relativas á la fundacion de una escuela en la villa de Tremp (*30 de abril de 1852*).

Sus considerandos son estos:

«1.° Que en virtud de esta última Real órden (*de 25 de marzo de 1846*), correspondia á la jurisdiccion ordinaria determinar la persona que debe percibir las pensiones anuales en que consiste la fundacion, puesto que conocer de este punto no es mas que interpretar la voluntad del fundador, y que por lo tanto el juez de primera instancia obró dentro de sus atribuciones, cuando dictó providencia declarando patrona y administradora de aquellas rentas á Doña María Ventura Ferrer de Serra:

2.° Que esto no se opone á las facultades do

miento, encuentra un documento falso, tampoco puede el gobernador conocer y castigar por sí este delito (1); ni, dando por razon de que á la Administracion corresponde reprimir las faltas, que los guardas de términos de villa cometen en el ejercicio de su cargo, impedir que los tribunales apliquen á los mismos las penas que correspondan con arreglo al Código penal (2).

Empero cuando una autoridad vé aparecer dos cuestiones, una que es de su competencia, y otra que no lo es, no debe suspender el procedimiento ó la tramitacion del espediente que esté formando, sino en tanto que la decision del negocio, de que debe conocer, esté subordinada á la decision del que no es propio de su jurisdiccion.

Así, por ejemplo, si los indivíduos de un ayuntamiento son acusados ante el juez de primera instancia de aplicacion en provecho propio de caudales destinados en los presupuestos municipales á cubrir atenciones del comun (1), ó de exaccion, en el reparto y re-

---

inspeccion y vigilancia que están concedidas á la Administracion por las demás disposiciones citadas (*arts.* 27 y 29 *de la ley de* 21 *de julio de* 1838; 22 *del Reglam. de* 18 *de abril de* 1839, *y* 4.° *de la ley de* 2 *de abril de* 1845), en virtud de las cuales, si la patrona y administradora de esta obra pía distrayerá sus rentas del objeto á que están destinadas, ó faltase de cualquier otro modo á las cláusulas de la fundacion, el gobernador deberia inmediatamente adoptar las medidas de precaucion que procedan para evitar que se repita el abuso.» (*Coleccion legislativa*, tomo 55, núm. 24.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el jefe político de Soria y el juez de primera instancia del Burgo de Osma, con motivo de los agravios deducidos ante éste por Eulogio Carro, como fiador de Pedro Heras, arrendatario de propios de San Estéban de Gormaz (24 *de octubre de* 1849).

Dicen sus considerandos:

«1.° Que son dos las cuestiones que encierra la queja del fiador del arrendatario del molino de los Ojos: una sobre si el recibo desechado por el alcalde debe ó no formar parte de las cuentas del ayuntamiento como documento de descargo; y otra sobre si son nulas las diligencias de apremio desde que se omitió el requerimiento del fiador para el nombramiento de perito tasador:

2.° Que la primera de estas cuestiones, no envolviendo como no envuelve la falsedad, es de la competencia de la autoridad encargada de calificar las cuentas, la cual no es otra, en las de que se trata, sino la administrativa, en virtud de los artículos citados (109 y 117) de la ley de 8 de enero de 1845.» (*Coleccion legislativa*, tomo 48, núm. 60.)

(2) Decision á favor de la Administracion, en cuanto á la remocion de los acusados y su inhabilitacion perpétua especial, entendiéndose está sometida al resultado del proceso; y á favor de la autoridad judicial en cuanto á la aplicacion del Código, sin perjuicio de la autorizacion; de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Castellon de la Plana y el juez de primera instancia de Villareal, á consecuencia de haber exigido el guarda del término de dicha villa José Peset 36 reales mensuales á cada pastor por su entrada en las heredades de dominio particular (12 *de marzo de* 1851).

Sus considerandos son:

1.° «Que, segun manifiesta espresamente el artículo 43 del reglamento (*de* 8 *de noviembre de* 1849) citado, no es esclusiva la facultad que tiene la Administracion de castigar á los guardas que incurran en los casos previstos en el anterior y demás, sino que por el contrario se deja á salvo la autoridad judicial para aplicar á los mismos las penas que correspondan con arreglo al Código:

2.° Que esta salvedad no puede entenderse, como lo pretende el gobernador, en el sentido de que la Administracion ha de ser la encargada de declarar si el acusado es ó no culpable, y en la afirmativa entregarlo á los tribunales, para que partiendo de esta declaracion de culpabilidad, apliquen las penas correspondientes, porque semejante declaracion no es ni puede reputarse como una cuestion prévia, de las que habla en segundo lugar el párrafo 1.°, art. 3.° del citado Real decreto de 4 de junio de 1847, sino que es toda la cuestion y aquella precisamente para la que están establecidos los tribunales:

3.° Que por lo mismo pueden y deben obrar simultánea é independientemente en tal materia ambas autoridades, judicial y administrativa.

4.° Que esto no obstante, en casos como el presente, en que no se trata sino del cohecho á que se refieren los artículos citados del Código penal, y por lo tanto del último de los supuestos del art. 42, tambien citado del reglamento, que es el de haberse cometido un delito, la resolucion de la autoridad administrativa en la forma de que habla el art. 44, tambien citado, del mismo, no puede tener efecto irrevocable, sino en cuanto á la separacion del guarda, que está en sus facultades acordar, aun sin mediar tales faltas, mas no en cuanto á la inhabilitacion perpétua, que no procediendo, sino cuando realmente se haya cometido el delito, depende necesariamente de la declaracion que haga la autoridad judicial de la culpabilidad ó inocencia del acusado, so pena de ser ilusoria la cosa juzgada, y admitir como igualmente válidos y subsistentes dos juicios contradictorios:

5.° Que en este sentido y dentro de tales límites se halla la Administracion en el presente caso en el primero de los esceptuados por el párrafo 1.°, art. 3.° del Real decreto antes citado, así como la autoridad judicial puede independientemente proceder á aplicar la ley penal, concretándose á la comun ó del Código, salvo el derecho de autorizacion que á la primera, ó sea la administrativa, no puede menos de estarle todavía reservado.» (*Coleccion legislativa*, tomo 52, núm. 10.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de

caudacion de contribuciones del pueblo, de mayores sumas que las autorizadas por la autoridad superior (1), ó bien de defraudacion de fondos, resultado de un alcance ó desfalco en las arcas municipales (1); como estos hechos son de aquellos que no pueden averiguarse

---

la competencia suscitada entre el gobernador de Búrgos y el juez de primera instancia de Medina de Pomar, sobre hallarse incluido en los presupuestos del Valle de Tobalina, desde 1846 á 1851 inclusive, varias partidas indebidas (*14 de enero de* 1853).

Sus considerandos son estos:

«1.° Que son tres los cargos por los que, segun la denuncia y proceso instruido contra los concejales que compusieron los ayuntamientos de Tobalina en los años de 1846 y siguientes hasta el de 1851 inclusive, y secretario D. José Gomez Varona, son estos acusados, á saber:

Primero. El de aplicacion en provecho propio de caudales destinados en los presupuestos municipales á cubrir atenciones del comun, que es el que forma la base de la denuncia:

Segundo. El de exaccion, en el reparto y recaudacion de las contribuciones generales del distrito, de mayores cantidades que las autorizadas y aprobadas por la administracion superior:

Tercero. El de haber cometido igual exceso en la cobranza de los impuestos municipales, sobre cuyos dos últimos cargos gira la declaracion indagatoria.

2.° Que ninguno de estos hechos constituye delitos aislados, cuya averiguacion pueda verificarse por medios cuya ejecucion esté de un modo privativo en manos de la potestad judicial; sino que, por la naturaleza específica de todos ellos, su probanza es inseparable del exámen detenido y meditado de las cuentas de contribuciones generales, y de las municipales, rendidas por dicho ayuntamiento.

3.° Que este exámen corresponde con arreglo á las disposiciones referidas (*la ley de* 8 *de enero de* 1845, y *la de* 20 *de febrero de* 1850) á la Administracion, que lo ejecuta por medio del gobernador de la provincia respecto de las cuentas municipales, cuando, como en el caso presente, no llega el presupuesto á 200,000 rs.; y respecto de las generales de contribucion, sometiéndolas á la jurisdiccion del tribunal de Cuentas.

4.° Que en este concepto no es dado al juzgado proceder á la formacion de causa, sin que una decision prévia de la administracion subsiguiente al exámen de las cuentas no le ponga en camino de verificarlo, siendo por lo mismo llegado el caso de escepcion prevenido en el art. 3.°, pár. 1.° del Real decreto de 4 de junio de 1847.

5.° Que tanto la naturaleza de los cargos sobre que gira el proceso, como el proceder del juzgado despues del requerimiento de inhibicion de parte del gobernador, exigen la adopcion de medidas especiales.» (*Coleccion legislativa*, tomo 58, núm. 1.°)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de Logroño y el juez de primera instancia de Haro, en el incidente promovido con motivo de una denuncia entablada contra el ayuntamiento de Briones por haber exigido por razon de contribuciones mayores sumas que las aprobadas por las oficinas de Hacienda (*31 de agosto de* 1853).

Sus considerandos son estos:

1.° «Que el hecho, base del proceso incoado contra los individuos que compusieron el ayuntamiento de la villa de Briones en los años de 1850 y siguiente, no es otro que el de exaccion en el reparto y recaudacion de las contribuciones del pueblo de mayores sumas que las autorizadas ó señaladas por la administracion superior:

2.° Que no es el referido hecho de los que constituyen delitos aislados cuya averiguacion pueda verificarse por medios, cuya ejecucion esté de un modo privativo en manos de la potestad judicial, sino que por su naturaleza es inseparable su probanza del exámen detenido y meditado de las cuentas de contribuciones rendidas por dicho ayuntamiento:

3.° Que este exámen corresponde con arreglo á las disposiciones referidas (*la ley de* 8 *de enero de* 1845, *la de* 20 *de febrero de* 1850 *y* 25 *de agosto de* 1851) á la Administracion, que lo ejecuta por medio del gobernador de la provincia respecto de las cuentas municipales, cuando el presupuesto, como parece verificarse en el caso presente, no llega á 200,000 rs.; y respecto de las contribuciones generales sometiéndolas á la jurisdiccion del tribunal de Cuentas:

4.° Que en este concepto no es dado al juzgado proceder á la formacion de causa, sin que una decision prévia de la Administracion, subsiguiente al exámen de las cuentas, no le ponga en camino de verificarlo, siendo por lo mismo llegado el caso de escepcion prevenido en el art. 3.°, párrafo 1.° del Real decreto de 4 de junio de 1847:

5.° Que la circunstancia de haber comenzado la causa en virtud de remision que el gobernador verificó de la denuncia á la subdelegacion, no le privó, como supone el juzgado, de la facultad de reclamar el conocimiento de la cuestion prévia que aquí se echa de ver, no solo porque habiéndose presentado la denuncia ante aquel, en el concepto de subdelegado de rentas, no pudo dispensarse de pasarla á su asesor en este ramo, sino porque, aun cuando así no fuese, nunca por semejante acto puede entenderse que renunciaba una de las atribuciones que por la ley le corresponden, pues instituidas estas, como las de todas las autoridades del Estado, en beneficio público, no está en su potestad desprenderse de ellas.» (*Coleccion legislativa*, tomo 59, núm. 38.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Leon y el juzgado de primera instancia de la capital, con motivo de una providencia gubernativa, obligando á pagar cierta cantidad á los concejales que fueron del ayuntamiento de Chozas de Abajo (*9 de junio de* 1854).

Sus considerandos son estos:

«1.° Que el procedimiento que en averiguacion del delito de defraudacion de fondos municipales comenzó el juzgado de Leon contra los individuos

por medios, cuya ejecucion está de una manera privativa en manos de la potestad judicial, sino que por su naturaleza es inseparable su comprobacion del exámen de las cuentas, que corresponde á la Administracion, no es lícito al juez, mientras esta no pronuncie su calificativa declaracion, continuar el proceso, y mucho menos dictar sentencia (1).

Otro caso. Un juez, en virtud de denuncia, procede contra una persona por atribuírsele cortar sin derecho leña en un monte de un ayuntamiento ó de un establecimiento público; el procesado, sin embargo, alega que lo hizo como rematante en pública subasta de una limpia en el arbolado de una dehesa inmediata de los propios de otro pueblo, cuyos términos se encuentran confundidos con el primero, siendo por lo tanto dudosa la propiedad del sitio donde se le encontró haciendo leña. Ahora bien; para seguir procediendo criminalmente en este caso, es preciso que ante todo se fije por quien corresponda, esto es, por la Administracion, el estado posesorio del terreno que se disputan los dos ayuntamientos, y que se decida si forma parte ó no de la dehesa, objeto de la subasta, pues de otra manera no es posible determinar, si cortando leña en él, cometió el rematante delito (1).

Por último, un ayuntamiento promueve

---

que compusieron los ayuntamientos del pueblo de Cioxas de Abajo en los años de 1845 y siguientes, gira necesariamente sobre la existencia de un alcance ó desfalco en los mismos fondos.

2.° Que no pudiendo tener lugar la declaracion de éste sin un exámen comparativo de lo presupuestado y cobrado con lo invertido, ó sea de los presupuestos y cuentas municipales, no solo la autoridad administrativa es la única competente para verificarla, como encargada, con arreglo á la ley de 8 de enero de 1843, del exámen, revision y aprobacion de las cuentas municipales, sino que mientras dicha declaracion no exista, no es lícito al juzgado continuar los procedimientos, siendo por lo mismo llegado el caso de escepcion que á la prohibicion general de provocar contiendas de competencia en materia criminal opone el artículo 3.°, párrafo 1.° del Real decreto citado (*de 4 de junio de* 1847).

3.° Que si bien es verdad que existe un decreto del gobernador de la provincia, obligando á los concejales que fueron de dicho ayuntamiento al pago de la suma de 25,814 rs., no puede considerarse como una declaracion definitiva del alcance, pues asistiendo á los concejales el derecho de acudir ante el Consejo provincial con apelacion al Tribunal de Cuentas, con arreglo al art. 109 de la citada ley (*de 8 de enero de* 1845), cuyo sentido es estensivo á todos los que administran fondos municipales, solo á la decision que dichos tribunales adoptan, susceptible, como es, de modificacion la del gobernador, puede dársele aquel carácter.» (*Coleccion legislativa*, tomo 62, número 25.)

(1) Decision, á favor de la administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Leon y el juez de primera instancia de Villafranca, con motivo de la acusacion contra Luis Diaz, alcalde pedáneo, por haber repartido y cobrado de mas en la contribucion de 1851 (*19 de abril de* 1854).

Dicen sus considerandos:

«1.° Que el hecho sobre que gira la causa seguida al alcalde pedáneo de San Pedro de Oliveros, es á saber: el de exaccion á los contribuyentes de mayores sumas que las consignadas en los respectivos repartos de contribucion, no es uno de aquellos cuya averiguacion pueda verificarse por medios cuya ejecucion esté de una manera privativa en manos de la potestad judicial, sino que por la naturaleza de él es inseparable su probanza del exámen de las cuentas rendidas por dicho funcionario, ó lo que es lo mismo, de las de recaudacion de contribuciones públicas correspondientes al distrito de Vega de Espinardo, de las cuales la que se trata constituye una parte:

2.° Que en tal concepto no es dado al juzgado continuar el curso de la causa sin que una declaracion del Tribunal administrativo, á quien compete dicho exámen, hecha en vista, así de las cuentas y repartos, como de las reclamaciones y cargos que ante él pueden y deben producirse, no ponga al referido juzgado en camino de verificarlo, siendo por lo mismo llegado el caso de escepcion que á la prohibicion general de provocar contiendas de competencia en materia criminal opone el art. 3.°, pár. 1.° del Real decreto de 4 de junio de 1847.» (*Coleccion legislativa*, tomo 61, número 16.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el Gobernador de la provincia de Badajoz y el juez de primera instancia de Montanchez, con motivo de la subasta y limpia en el arbolado de la dehesa de las Raposeras perteneciente á propios (*10 de febrero de 1854*).

Sus considerandos son estos:

«1.° Que para proceder criminalmente en este caso es preciso que ante todo se fije por quien corresponde el estado posesorio del terreno que se disputan los dos ayuntamientos, y que se decida si forma parte ó no de la dehesa, objeto de la subasta, pues de otra manera no es posible determinar, si haciendo leña en él cometieron los rematantes el delito denunciado:

2.° Que pretendiendo el ayuntamiento de Mérida que este terreno se halla comprendido en los lindes de una dehesa perteneciente á sus propios, con arreglo al art. 8.°, pár. 7.° de la ley de 2 de abril de 1845, á la Administracion es á quien toca decidir por ahora este punto, sin perjuicio de que

contra un vecino de otro pueblo causa criminal por haber usurpado terrenos de su propia jurisdiccion; pero el pueblo, á que pertenece este procesado, sostiene á su vez que la intrusion no existe, y que el terreno que se dice usurpado está dentro de su término jurisdiccional. La cuestion administrativa es aquí necesariamente prejudicial, porque, si bien es indudable que á la autoridad judicial incumbe conocer en la cuestion de fondo, relativa al castigo del delito denunciado, no obstante, el hecho capital, la existencia ó la no existencia de ese mismo delito, solo puede demostrarla el deslinde de los términos confundidos, por lo que de la decision administrativa depende en este caso el fallo judicial (1).

despues, y no antes de esta resolucion, segun el artículo citado del Real decreto de 1.° de abril de 1846, pueda ventilarse y resolverse definitivamente en el juicio de propiedad:

3.° Que por lo tanto existe aquí una cuestion prévia de la cual depende el fallo que los tribunales ordinarios han de pronunciar, y cuya decision pertenece á la autoridad administrativa y que mientras esta no la dé por terminada, el juzgado es incompetente para proceder contra los rematantes.» (*Coleccion legislativa*, tomo 61, número 11.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre la Sala primera de la Audiencia de Valladolid y el gobernador de Salamanca, con motivo de haber procedido contra Teresa Alejo, vecina de Villarejo por suponerla autora del delito de usurpacion de terrenos de la dehesa de los propios de Pereña (*18 de enero de* 1860).

Sus considerandos son estos:

«1.° Que si bien á la autoridad judicial corresponde conocer en el fondo del delito de que se trata, en cuanto se refiere á la persecucion y castigo del delito que se atribuye á Teresa Alejo, consignado en el artículo que se cita del Código penal, hay en el propio negocio una cuestion prévia de las que habla el art. 3.°, tambien mencionado, del Real decreto de 4 de junio de 1847, y de la cual depende el fallo que ha de pronunciar la misma autoridad judicial, que es el deslinde de los pueblos de Pereña y Villarejo, que está atribuido especialmente á la Administracion por las disposiciones antes referidas (*el Real decreto de 9 de noviembre de* 1832, *y el de* 30 *de noviembre de* 1833).

2.° Que por tanto, la autoridad administrativa debe verificar sin demora este deslinde, pasando con la mayor brevedad posible un acta de su definitivo resultado á la Audiencia de Valladolid para los efectos que procedan en la causa criminal en que la misma entiende.» (*Gaceta de 29 de enero de* 1860.)

Prohibicion 2.ª

Interpretar las unas los actos de las otras.

Cuando un acto es oscuro, ambiguo ó dudoso, si no emana de la autoridad que es llamada á aplicarlo, seria peligroso dejar á su arbitrio la facultad de interpretarlo, porque fácilmente podia entonces desconocer su espíritu, y su recto y genuino sentido. Los intereses supremos del Gobierno y los permanentes de la justicia á las veces son distintos: y distinto, por lo mismo, es, y debe ser, el criterio con que resuelven las cuestiones, que á su decision se presentan, las autoridades administrativas y judiciales. Si se admitiese el principio de que las unas pudieran interpretar los actos de las otras, ¿no seria esponerse á que, con daño comun, cada una sustituyera con su propio pensamiento, el pensamiento que realmente presidió á la medida ó disposicion, cuyo sentido pretendiera fijar?

La armónica division de los poderes públicos quedaria comprometida, en nuestro concepto, y desconocida su saludable y fecunda separacion, desde el momento en que los actos dudosos de la Administracion se sometieran á la interpretacion de los tribunales; y vice versa, las providencias de estos á la de los ajentes y corporaciones administrativas. La autoridad que dicta un acto, es á la que corresponde interpretarlo: ella sola sabe las razones que lo motivaron; ella solo puede esplicar con claridad su sentido.

Tal es la regla que domina en esta materia: regla, sin embargo, que debe encerrarse en límites prudentes; que admite algunas escepciones, y á la que se ha dado quizás estensa é indebida aplicacion en algunas ocasiones.

La principal de estas escepciones es relativa á los actos generales de la Administracion activa; á los que ejecuta, ya en virtud del principio constitucional que atribuye al poder ejecutivo la facultad de cuidar de que las leyes sean cumplidas en toda la monarquía; ya en virtud de delegacion, que las leyes especiales confieren al Gobierno y á sus ajentes.

Estos actos ó disposiciones, á que pertenecen los reglamentos, Reales decretos y Reales órdenes, forman parte de nuestro derecho, y son como el complemento de nuestras leyes. Los tribunales, que están obligados á aplicar estas, y á interpretarlas cuando son dudosas, tienen la misma obligacion respecto de aquellas, y no pueden, á título de oscuridad, pedir á la Administracion que las interprete. Ningun peligro hay para el Gobierno en ello, porque, si los tribunales no las aplican á su gusto, tiene en su mano el poner remedio al mal dictando otros reglamentos, Reales decretos ó Reales órdenes, que aclaren las primeras, fijen su sentido, ó desarrollen su espíritu; si bien solo tendrán fuerza de obligar para lo sucesivo.

La facultad de los jueces y tribunales de interpretar esta clase de disposiciones, no es, empero, tan lata como la que tienen para interpretar las leyes. Los Reales decretos, ni las Reales órdenes, no pueden derogar los actos del poder legislativo; de aquí que sus disposiciones deben entenderse siempre sin perjuicio de lo prescrito en las leyes, y en consonancia con estas solamente pueden ser interpretadas sus cláusulas, cuando aparecen dudosas (1). Siendo además necesario, para poder exijir á los tribunales que resuelvan segun las espedidas por los diferentes Ministerios, que les hayan sido comunicadas por el de Gracia y Justicia, de que directamente dependen (1).

De lo espuesto se deduce que la prohibicion que examinamos, respecto á los funcionarios del órden judicial, se reduce únicamente á no interpretar los acuerdos particulares, las decisiones concretas de la Administracion, sus actos, por decirlo así, de jurisdiccion.

Aun estos es necesario que sean de dudoso sentido para que haya necesidad de acudir á los agentes administrativos pidiendo su aclaracion, porque si en sus términos no hay ambigüedad, ni es su contesto oscuro, entonces los jueces y los tribunales podrán aplicarlos desde luego, y lo que es mas, tienen obligacion de hacerlo. Esto mismo es estensivo á las autoridades administrativas respecto á los autos de los tribunales; la prohibicion de interpretarlos que tienen, no escluye el deber de cumplirlos, cuando aparece claro su sentido.

Así cuando un tribunal, en un asunto de que esté conociendo, vea invocar un acuerdo administrativo, si no encuentra dificultades de ejecucion, ni abriga dudas acerca de su recto sentido, podrá muy bien hacer de él aplicacion; pero por el contrario, si encuentra

---

(1) Tribunal Supremo de Justicia. Decision á favor de la autoridad del juez de primera instancia de Cáceres en la competencia con el juzgado de la Capitanía general de Estremadura, sobre el conocimiento de una causa de robo en despoblado (3 *de noviembre de* 1853.)

Considerando: ... 2.° Que por el mismo caso de no poderse derogar las leyes con Reales órdenes, debe la otra citada (*de* 25 *de mayo de* 1850) entenderse espedida, sin perjuicio de lo prescrito en la referida ley de 17 de abril de 1821, y resolverse en consonancia cualquiera duda que ofrezca el contesto de aquella, de modo que las prescripciones de esta queden siempre salvas:

3.° Que segun esto, la generalidad con que dicha Real órden de 25 de mayo de 1850 dispone que sean juzgados militarmente, con arreglo á la citada ley, los salteadores y ladrones en despoblado, debe limitarse á los casos prescritos en los artículos 2.°, 3.° y 8.° de la misma ley.» (*Coleccion legislativa*, tomo 60, núm. 10.)

(1) La misma decision.

»Considerando: 1.° que no habiéndose comunicado por el Ministerio de Gracia y Justicia á los tribunales ordinarios la segunda de dichas dos Reales órdenes (*alude á una de* 21 *de julio de* 1850, *espedida por el Ministerio de la Guerra*), no puede tener aplicacion á competencias como la de que se trata, ni hay por lo mismo para qué fijar el verdadero sentido de lo dispuesto en ella.» (*Coleccion legislativa*, tomo 60, núm. 10.)

La esposicion de motivos hecha á S. M. por el Ministro de Hacienda, de acuerdo con el de Gracia y Justicia, al presentar á su Real aprobacion el Real decreto de 20 de setiembre de 1851, previniendo que no se admitan demandas judiciales contra la Hacienda pública, sin que se certifique haber precedido reclamacion en la vía gubernativa, entre otras cosas, dice: «La prohibicion impuesta á los tribunales de admitir demanda alguna en que se controviertan derechos del Estado sin que préviamente se haga constar la terminacion en la vía gubernativa de aquella reclamacion, ha encontrado resistencia en su cumplimiento, pues emanando la resolucion del Ministerio de Hacienda, sin ninguna intervencion del de Gracia y Justicia, no se ha considerado obligatoria para los funcionarios del órden judicial.»

obstáculos, inconvenientes ó dudas en su contesto ó en su aplicacion, deberá detener la marcha del negocio hasta que por la Administracion sea debida y claramente aquel interpretado. Recíprocamente la autoridad administrativa, si es llamada á hacer aplicacion de una providencia de un tribunal, y duda de su sentido, debe dejar á la autoridad, que la dictó, que interprete y fije su espíritu. Sin esta precaucion el acto no seria imposible que recibiese una interpretacion contraria al pensamiento que le dió vida.

Es evidente que no es interpretar un acto administrativo ni judicial el sacar consecuencias legales de su contesto, cuando es claro y terminante. Así, por ejemplo, los tribunales de justicia pueden declarar á uno pobre para litigar, al ver que la Administracion dice que no consta inscrito en las listas de contribuyentes por ninguna cantidad. Y á su vez pueden determinar, tomando como base de su decision el hecho de estar ó no inscrito uno como estranjero en los registros del gobierno de provincia y en los del consulado de su nacion, si debe ó no gozar del fuero de estranjería (1).

Ni en uno ni en otro caso hay aquí interpretacion de un acto administrativo, por mas que el acto administrativo sea en los dos la causa de la resolucion judicial.

De que los tribunales no tengan potestad de fijar el sentido de los actos administrativos, no se sigue que deban declararse incompetentes por la simple afirmacion de una de las partes de que ha llegado el caso de acudir á la interpretacion administrativa. Ya lo hemos indicado, y ahora volvemos á insistir en ello: si el acto no ofrece ninguna ambigüedad, y sus términos son precisos y su pensamiento patente; si mas que de interpretar su sentido, se trata de aplicar su precepto, entonces podrán, salvo el caso de que se les provoque competencia, los tribunales seguir conociendo del asunto. Otra cosa valdria tanto como poner en manos de un litigante temerario una arma para detener siempre que quisiera en su camino á la justicia, suscitando dudas contra la evidencia, y sosteniendo que debia interpretarse lo que por su naturaleza, claridad y adecuada espresion, tiene recto sentido y fácil inteligencia.

Un apreciable escritor francés, Mr. Chauveau, combate, sin embargo, esta doctrina. «Tal acto, dice, que parece claro á los tribunales, parecerá quizá oscurísimo á la autoridad administrativa. Es preciso evitar que la pretendida oscuridad del acto pueda servir de pretesto á la violacion del principio fundamental de la separacion de poderes. En todos los casos, pues, en que el derecho reclamado ante los tribunales está basado en un acto administrativo, basta que la validez intrínseca de este acto y el valor de sus espresiones sea atacado por una de las partes, para que deba tener lugar la remision del asunto á la autoridad administrativa competente.»

No desconocemos la fuerza de esta objecion, ni sostendremos tampoco que es ilusorio el peligro que señala; pero aun así, creemos que debe prevalecer la doctrina que antes hemos espuesto. Los tribunales tienen una doble abnegacion, que deberán cumplir escrupulosamente, y que el Gobierno, á quien incumbe su suprema inspeccion, debe hacer que escrupulosamente cumplan: abstenerse de interpretar todo acto administrativo, que pueda suscitar dudas sobre el espíritu ó sentido con que fué concebido (1); y apreciar

(1) Tribunal Supremo de Justicia. Decision á favor de la jurisdiccion ordinaria, de la competencia suscitada entre el juzgado de la Capitanía general de Granada, como de estranjería, y el de primera instancia del distrito del Campillo de dicha ciudad (12 *de agosto de* 1858).

«Considerando que segun el art. 12 del Real decreto de 17 de noviembre de 1852 no tienen derecho á ser considerados como estranjeros, en ningun concepto legal, aquellos que no se hallan inscritos en la clase de transeuntes ó domiciliados en las matrículas de los gobiernos de las provincias y de los cónsules respectivos.

Considerando que si bien el padre del procesado, cuyo fuero debe seguir este por hallarse constituido bajo la patria potestad, cuando se cometió el delito de que se trata, está inscrito en la matrícula del consulado de su nacion, con todos los individuos de su familia, no sucede lo mismo en la del gobierno civil de la provincia, requisito indispensable para poder gozar del fuero de estranjería, con arreglo á lo prescrito en el espresado Real decreto.» (Publicada en la *Gaceta* del 14 de agosto de 1858.)

(1) Decision á favor de la Administracion, de la

todo acto administrativo que se les presente, y no ofrezca ninguna ambigüedad. En quién es mas temible y puede ser mas frecuente el abuso? ¿en los tribunales de justicia, responsables, y cuyos actos están sujetos á un sábio sistema de inspeccion gerárquica; en los tribunales, que ningun interés directo tienen en los asuntos que se someten á su deliberacion; ó en las mismas partes, que nada arriesgan, nada les amenaza, ningun freno sujeta, y estravía siempre el apasionodo interés con que miran todo lo que tiene contacto con las contiendas que sostienen? Para nosotros la respuesta no es dudosa. En la necesidad de elegir entre dos inconvenientes, elegimos el menor y el menos frecuente; y en cambio de no ver detenida en su marcha todos los dias la justicia por los ardides de los litigantes temerarios, y de que la mala fé no impida, siempre que quiera, á las autoridades judiciales cumplir con aquellos dos sagrados deberes, negaremos siempre que la infundada y desnuda alegacion de oscuridad ó ambigüedad de un acto administrativo, sea bastante, por sí sola, para que el poder judicial tenga necesidad de remitir á la autoridad administrativa el asunto para su interpretacion, aun á riesgo de que en algun caso los tribunales invadan atribuciones que son privativas de la Administracion y de sus ajentes.

SECCION V.

DE LA OBLIGACION DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y JUDICIALES DE AUXILIARSE MÚTUAMENTE.

Aunque independientes en el ejercicio de sus funciones, la justicia y la Administracion tienen un fin comun: la ejecucion de las leyes. A este fin contribuye la primera, velando por los intereses privados y los derechos individuales; y la segunda, tomando bajo su proteccion los intereses colectivos, y los derechos del Estado. Su independencia recíproca ha hecho prevalecer el principio de que la una no pueda dejar sin efecto, modificar, ni interpretar los actos de la otra; pero en cambio la necesidad de realizar este comun destino ha proclamado como ley de su armonía la mútua obligacion de auxiliarse.

La índole especial de sus funciones es causa de que sean, sin embargo, mas importantes y frecuentes los auxilios, que las autoridades administrativas dan á las judiciales, que no estas á aquellas.

Sin la proteccion de la Administracion, la justicia cumpliria muy imperfectamente sus altos fines sociales. En la mayor parte de los casos le faltarian medios para descubrir los delitos, fuerza para asegurar á los criminales, imperio para ejecutar sus sentencias.

La policía de seguridad, la fuerza pública, la Administracion, en una palabra, con sus grandes recursos, con sus numerosos ajentes, presentes en todas partes, vigilando noche y dia por la seguridad de las personas y de las propiedades, tiene en su mano medios y condiciones de que los tribunales carecen, y que á los tribunales presta, esenciales á una buena administracion de justicia. Organizadas gerárquicamente, prontas á acudir al sitio donde su presencia es necesaria, las autoridades administrativas evitan unos delitos; dificultan otros; frustran algunos; hacen, á las veces, menos sensibles las consecuencias de los que se consuman; descubren á sus autores, cómplices y encubridores, se apoderan de ellos, los entregan á los tribunales, y, una vez sentenciados, los conducen con seguridad á las cárceles y presidios, donde los encierran y custodian hasta que cumplen sus condenas.

Si en un pueblo se comete un delito, la Administracion, saliendo en auxilio de los tribunales, aprovecha los primeros momentos, y por medio de los alcaldes ó tenientes de al-

---

competencia suscitada entre el jefe político de Pontevedra y el juez de primera instancia de Tuy, con motivo de una disposicion del alcalde de Rosal, acerca del franqueo y limpia de la acequia de Loureiros (14 *de setiembre de* 1849).

«Considerando, 1.°, que los actos administrativos no pueden ser anulados, reformados ni interpretados sino por la administracion gubernativa ó contenciosamente, y que la intervencion de los tribunales civiles para decidir sobre la validez ó nulidad de tales actos, seria contraria al art. 66 de la Constitucion, y destruiria la absoluta independencia de aquella, consignada en las leyes y los varios artículos tambien citados de la misma Constitucion (el 42, 43, 64 y 66).» (*Coleccion legislativa, tomo* 48, *núm.* 52.)

calde comienza inmediatamente el sumario, arresta á los reos (1), oficia al juez de primera instancia dándole cuenta del hecho, y si un motivo justo le impide poner á su disposicion dentro de las veinticuatro horas á los detenidos, les recibe declaracion indagatoria (2). Si una persona se hace sospechosa; si contra ella resultan fundados indicios para considerarla responsable de un delito perpetrado, la Administracion, por medio de sus ajentes, la detiene y la entrega á la autoridad judicial dentro del mismo plazo; y cuando, por causa irremediable, no puede verificarlo así, le manifiesta por escrito las razones que se lo han impedido (3). Si para cumplir los deberes de su institucion necesitan los tribunales de la fuerza pública, la Administracion inmediatamente pone á sus órdenes la guardia civil (4). Y si para la prosecucion de una causa ó su recto fallo han menester informes, datos, ó antecedentes acerca de los procesados, dando á este servicio toda la preferencia que su importancia reclama, se apresura á suministrárselos (5).

En cambio de estos constantes, eficaces y protectores auxilios, las autoridades judiciales deben por su parte contribuir, en cuanto las leyes no se lo impidan, y lo consienta la obligacion de defender su propia jurisdiccion, á la buena gestion de los negocios administrativos, y á que produzcan sus legítimos efectos las órdenes y medidas que adopten, dentro de la esfera de su competencia, los diversos ajentes del poder ejecutivo. Si, por ejemplo, estalla una rebelion ó motin, ó si se comete cualquiera otro género de atentado contra el órden y seguridad del Estado, al lado de las autoridades militares ó civiles, á quienes incumba principalmente reprimirlo, deberá estar tambien la autoridad judicial, y comenzar desde luego á instruir el competente sumario con actividad y eficacia, á fin de que no queden desconocidos los hechos, y poder comunicar á las otras autoridades cuantas noticias adquiera sobre el delito y sus autores (1). Y si, para reducir á la obediencia á los rebeldes, las autoridades militares ó políticas, bajo su responsabilidad, publican bandos, indultos, ó les conceden otras ventajas, deberán abstenerse los tribunales de dictar providencias que contrarien dichas disposiciones, por lo menos sin consultar con la urgencia necesaria al Gobierno por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia (2).

Muy lejos está lo que acabamos de esponer de ser una enumeracion de las diversas obligaciones, que á las autoridades administrativas y judiciales impone el deber recíproco que tienen de prestarse cooperacion y auxilio. La índole de este artículo, y el método de nuestra publicacion, no consienten que descendamos aquí á semejantes particularidades; antes nos obligan á ceñirnos á las consideraciones generales indicadas. Los alcaldes, los celadores, los comisarios é inspectores de policía, la guardia civil y los gobernadores de provincia, segun las leyes y los reglamentos, tienen obligaciones especiales que cumplir para facilitar á las autoridades judiciales el ejercicio de sus importantísimas funciones; é igualmente estas á su vez tienen otras obligaciones, respecto á las autoridades administrativas, que mas ó menos contribuyen á la buena gestion de los negocios gubernativos; pero de las unas y de las otras seria impropio hablar en este lugar, habiendo ya tratado de algunas, y debiendo tratar de las restantes, con mas oportunidad que en el presente, en otros artículos de esta obra. Véase ALCALDE: ALCALDE DE BARRIO: CELADOR DE BARRIO: COMISARIO DE POLICÍA: CORREGIDOR: GOBERNADOR DE PROVINCIA: GUARDIA CIVIL: INSPECTOR DE

(1) Art. 33 del reglamento provisional para la administracion de justicia; regla 6.ª de la Real órden de 4 de julio de 1849.

(2) Art. 103 del reglamento de los juzgados de primera instancia.

(3) Regla 29 de la ley provisional prescribiendo reglas para la aplicacion del Código penal.

(4) Arts. 4.°, 20, 21, 22 y 23 del reglamento de la guardia civil.

(5) Real órden de 25 de agosto de 1849.

(1) Reglas 1.ª y 2.ª de la Real órden de 20 de diciembre de 1838.

(2) Real órden de 16 de agosto de 1848.

POLICIA: JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: POLICÍA DE SEGURIDAD; Y TRIBUNALES.

SECCION VI.

DE LAS COMPETENCIAS SUSCITADAS ENTRE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Y LAS JUDICIALES.

Espuesta ya la naturaleza de la accion administrativa, y los límites que la separan de la judicial, es indispensable fijar los medios que la ley ha establecido á fin de que estas doctrinas tengan una cumplida ejecucion, y los funcionarios administrativos conserven toda la libertad que sus funciones requieren, sin temor á las invasiones que en ellas puedan cometer los del órden judicial: ó lo que es lo mismo; es indispensable esponer las disposiciones de la ley sobre las competencias, que aquellos se vean obligados á entablar, para conservar íntegras las atribuciones de la Administracion, cuando los jueces y tribunales las invadan en alguna de sus partes. A este efecto se divide la presente seccion en los siguientes párrafos: 1.°, quiénes pueden promover estas competencias: 2.°, sobre qué negocios: 3.°, con qué formas; y 4.°, á quién toca resolverlas.

§. 1.° *Quiénes pueden promover las competencias entre las autoridades administrativas y las judiciales.*

Para conocer, atendidos los principios científicos, la autoridad que debe estar facultada para promover é iniciar estos conflictos, es necesario fijarse en la naturaleza de ellos, y en el carácter instintivo y predominante en las funciones administrativa y judicial. La competencia entre las autoridades de estos dos órdenes tiene por causa la suposicion mas ó menos verdadera, segun los casos, de que se han alterado, por la que con sus disposiciones dá motivo á ella, los límites señalados por las leyes á estas dos jurisdicciones; y por consiguiente, este conflicto no se funda primaria y principalmente en el daño que con esta alteracion se pueda causar á los particulares; sino en el trastorno del órden público, producido por el quebrantamiento de las leyes que arreglan las diferentes funciones del poder en el Estado.

De aquí se deduce que esta clase de competencias tiene por su naturaleza un carácter político y administrativo. El facultado, por consiguiente, para promoverlas, debe ser el encargado de velar por que esas leyes constitucionales y de organizacion tengan exacto cumplimiento: esto es, el representante del poder ejecutivo, á quien está encomendada esta mision; y nunca la autoridad judicial, que tiene circunscritas por la ley sus atribuciones á dirimir las cuestiones que se susciten entre los particulares, y á aplicar á los actos punibles de los mismos las leyes que determinan y fijan su criminalidad.

Por otra parte, la gestion de la Administracion, y en general los actos del poder ejecutivo, en cuanto se distingue del judicial, son, en el mayor número de casos, urgentes, dando á las autoridades de que dimanan un carácter de actividad contínua, y teniendo ellos el de perentoriedad, producido por la naturaleza de las cosas que forman su objeto, y de las necesidades públicas que están llamados á satisfacer; cuando, por el contrario, las funciones judiciales son esencialmente pasivas, y generalmente no pueden ponerse en accion si los particulares no lo solicitan. Además, no tienen en lo general un carácter tan perentorio, porque las cuestiones entre particulares conceden para su decision un período de tiempo mas ó menos largo; pero siempre mucho mayor del que permiten las necesidades de la Administracion.

De todo ello se deduce que, así como ésta, ó alguno de sus ajentes, puede promover las competencias de jurisdiccion y atribuciones con el poder judicial, éste no debe tener la misma facultad, ya porque no la necesita para llenar el objeto que las leyes le designan, ni para satisfacer las necesidades cuyo remedio le encomiendan; ya porque con tal facultad se desvirtuaria y haria ineficaz la accion administrativa, puesto que quedaria privada de la actividad que necesita, si estuvie-

se á merced de las autoridades judiciales (1).

Esta doctrina científica está en armonía con las disposiciones de la ley y con la jurisprudencia creada, que prohiben que las autoridades de este órden entablen tal género de cuestiones, y que las administrativas las sostengan siendo por aquellas promovidas.

El Real decreto de 4 de junio de 1847 supone que siempre la autoridad administrativa es la que ha de promover la competencia, puesto que ordena por su art. 2.°, que «en las cuestiones de atribucion y jurisdiccion que se originen entre estas autoridades (las administrativas y las judiciales), *solo los jefes políticos* (hoy gobernadores de provincia) podrán promover contienda de competencia.» Mas no se dice en él de un modo espreso y terminante, aunque se deduce, ni lo dijo tampoco el de 6 de junio de 1844, que las autoridades judiciales no podrán iniciar esta clase de cuestiones en ningun caso, ni aun en el de que vean usurpadas su jurisdiccion y atribuciones por las administrativas; y tampoco se determinó lo que haya de hacerse en tales casos.

Fundados en esta falta de prohibicion espresa, y en que la reciprocidad de derechos parecia suponer que los funcionarios de los dos órdenes debian tener entre sí los mismos para reivindicar su jurisdiccion y atribuciones usurpadas, varios jueces, sin fijarse en que la contraria índole de sus funciones y de las de la Administracion destruía esta reciprocidad, entablaron competencias con las autoridades administrativas; pero siempre el poder supremo, á quien corresponde decidirlas, declaró que no habia lugar á ello (1), interpretando las disposiciones de dichos Reales decretos en el sentido de que siempre y en todo caso la autoridad administrativa era la única facultada para iniciarlas y entablarlas.

Además de las decisiones citadas, así fué tambien resuelto, con motivo de otra competencia, por Real decreto de 30 de agosto de 1846, de conformidad con el dictámen del Consejo Real, con la especial circunstancia de que la autoridad judicial pretendia conocer en un negocio, de que implícitamente se habia desprendido la administrativa, remitiéndole en virtud de reclamacion de aquella, los espedientes formados sobre él (2). De suerte que, sean cualesquiera las circunstancias que modifiquen el

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre el juez de primera instancia y el alcalde de Badajoz, con motivo de unas diligencias de apremio contra D. Vicente Berriz (*6 de mayo de* 1846). Algunos de sus considerandos dicen así:

«Considerando: 1.° Que si se concediese á los jueces y tribunales ordinarios la facultad de promover competencias de jurisdiccion y atribuciones con la Administracion, estaria en su mano entorpecer y paralizar la accion de ésta en los negocios cuyo conocimiento le compete:

2.° Que para evitar los graves inconvenientes que de aquí se podrian seguir, está admitido como principio que dicha facultad debe atribuirse esclusivamente á la autoridad administrativa.» (*Coleccion legislativa*, tomo 37, núm. 1.°)

Véanse tambien las decisiones contenidas en las *notas* que siguen.

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre la Diputacion provincial de Navarra y el juez de primera instancia de Pamplona, sobre division de términos entre los pueblos de Burutain y Ortiz (*24 de marzo de* 1847). Su único considerando dice así:

«Considerando que este Real decreto (*el de 6 de junio de* 1844) se ha infringido de dos modos en el presente caso, á saber: promoviendo el juez de primera instancia de Pamplona esta competencia, y sosteniéndola y formalizándola por sí la Diputacion provincial de Navarra, por lo cual es manifiesto que está mal formada.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, núm. 21.)

Declaracion de estar mal formada, y no haber lugar á decidir la competencia entre el gobernador de Logroño y el juez de primera instancia de Haro, por haber sido provocada de parte del último contra lo prevenido en el Real decreto de 4 de junio de 1847 (*13 de julio de* 1853). Dice así en sus considerandos:

«Considerando: 1.° Que escluidos literalmente por esta disposicion (*art. 2.° del espresado Real decreto*) los tribunales de promover conflictos á las autoridades de la Administracion, ni el juzgado de primera instancia pudo en el presente caso provocar la competencia, ni el gobernador debió sostenerla y continuarla, ni la Audiencia de Búrgos, por último, estuvo en su lugar al ordenar al primero que la llevase adelante, como virtualmente lo hizo al revocar el auto por el cual se estimó aquel incompetente.» (*Coleccion legislativa*, tomo 59, núm. 24.)

(2) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre el jefe político de Barcelona y uno de los jueces de primera instancia de la misma ciudad, sobre ejecucion de multas impuestas por la Subdelegacion de farmacia á varios droguo-

hecho de la competencia, siempre que la autoridad judicial pretenda conocer de un negocio de que ya esté conociendo la Administracion, ó que sea propio de la misma, viola los Reales decretos mencionados, segun la jurisprudencia formada.

Tambien son infringidos cuando la autoridad judicial reclama de la administrativa algun espediente formado sobre asunto, en el cual se halla esta entendiendo, y se atribuye aquella su conocimiento: en tal caso, no solo no debe suponerse que formula una competencia, sino que la autoridad por ella atacada no debe tampoco formularla ni provocarla, puesto que dicha reclamacion es nula, como opuesta al espíritu de las reales disposiciones antes citadas (1).

Debe, pues, tenerse en cuenta en todos los casos, que la autoridad judicial no puede nunca inhibir á la administrativa, sea cualquiera el medio de que se valga, en atencion á que las disposiciones citadas tan solo facultan para esto á la última, por medio de la competencia que entable en asuntos, en que originariamente haya conocido la judicial, propios de aquella, aunque no hayan sido iniciados por la Administracion. Para el caso contrario, esta no debe echar mano de la competencia, porque el conocimiento que la judicial pretende de la Administracion, es nulo, segun ya hemos dicho, como opuesta á las Reales resoluciones (1).

Está ya tan conocida la incapacidad de las autoridades judiciales para provocar competencias á las administrativas en virtud de las muchas y varias decisiones dadas en este sentido, que ya se reputa como falta indisculpable la del juez que en ella incurre (2);

---

ros por venta de géneros medicinales (20 *de agosto de* 1846). Sus considerandos dicen así:

«Considerando: 1.° Que en este decreto, á que deben atenerse estrictamente los tribunales y los jefes políticos, solo á estos se concede la propuesta de inhibicion, por lo cual no cabe duda en que á ellos solos toca provocar estas competencias, pudiendo y debiendo, por lo mismo, desestimar las que aquellos les promuevan.

2.° Que por esta razon el jefe político de Barcelona, autorizado ahora para exigir la devolucion de los dos espedientes fenecidos, que indebidamente remitió al insinuado juez, no debió aceptar la competencia de que se trata, provocada por éste.» (*Coleccion legislativa*, tomo 38, núm. 47.)

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre el jefe político de Cádiz y el juez de primera instancia de Chiclana, promovida por aquel con motivo de haber reclamado este un espediente formado por el alcalde de Conil á instancia de D. Diego Muñoz (26 *de noviembre de* 1846). Sus considerandos dicen así:

«Considerando: 1.° Que entablada esta competencia en un caso como el presente, contrario cabalmente al del citado Real decreto (*de 6 de junio de* 1844), resultan invertidas y adulteradas sus disposiciones en su aplicacion.

2.° Que ni el juez ni el jefe político pudieron permitirse este modo de aplicar el Real decreto, que es como infringirle, en vez de lo cual el primero debió abstenerse de acordar providencia á la solicitud del presbítero D. Francisco Cantillo, limitándose á remitirle á usar de su derecho donde correspondiere, y el segundo concretarse á resolver sobre la declinatoria que el mismo intentase; pero esquivando siempre esta competencia, que por lo dicho está indudablemente mal formada.» (*Coleccion legislativa*, tomo 39, núm. 72.)

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre el jefe político de Pontevedra y el juez de primera instancia de la Cañiza, sobre un negocio relativo á los fondos públicos del ayuntamiento de Creciente (26 *de noviembre de* 1846). Dicen así sus considerandos:

«Considerando: 1.° Que regularizadas las competencias por dicho Real decreto (*de 6 de junio de* 1844), no pueden tener lugar las que no permitan la aplicacion de sus disposiciones.

2.° Que la presente se halla en este caso, puesto que el juez no está conociendo, sino que reclama las actuaciones administrativas para conocer; y no es él, por lo mismo, quien ha de suspender los procedimientos, inhibirse y remitir lo actuado, sino la Administracion, que es cabalmente el órden inverso del que establece el Real decreto.

3.° Que por ello, recordando al juez lo que en él se dispone, debió concretarse el jefe político á oir al interesado y resolver sobre el particular, si lo pedia, escusando esta competencia, notoriamente mal formada.» (*Coleccion legislativa*, tomo 39, núm. 74.)

(2) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre el jefe político de Cuenca y el juez de primera instancia de San Clemente, con motivo de la ejecucion despachada por éste á instancia del ayuntamiento de Villanueva de la Jara contra los bienes de Vicente Turégano Navarlan (18 *de agosto de* 1847). Despachada por el jefe político una comision de apremio para el cobro de la misma deuda, el juez provocó la competencia, y al resolverla negativamente, se dijo:

«Considerando que despues de las resoluciones negativas acordadas en dichas competencias, no solo se ha debido tener por indudable que el citado Real decreto hizo privativa de los jefes políticos la facultad de promover este género de conflictos, sino que los jueces de primera instancia no han podido en ningun caso, como lo ha hecho en el actual el de San Clemente, arrogarse esta facultad sin incurrir en una falta indisculpable.» (*Coleccion legislativa*, tomo 41, núm. 66.)

y los gobernadores deben rechazar desde luego y sin mas exámen el requerimiento del juez (1).

No se crea por lo dicho que la autoridad judicial, y los particulares están completamente abandonados á merced de los abusos de la Administracion, y que ésta pueda impunemente estender sus atribuciones usurpando las que á aquella corresponden. Cuando un funcionario administrativo entiende en algun negocio ajeno á sus atribuciones, y propio de aquella, el interesado puede proponer ante él la declinatoria (2), y acudir al superior inmediato en queja de la providencia en que se deniegue su pretension; y el supremo poder ejecutivo, fuente de ambas jurisdicciones, que conocerá en último término de este recurso, y que tiene interés en que sus diferentes esferas de accion sean respetadas en los límites que les ha trazado la ley, pondrá coto á la usurpacion del funcionario de la Administracion (3).

Además, los jueces y tribunales de justicia gozarán muy pronto del derecho de interponer un recurso de queja ante el Gobierno supremo contra las usurpaciones é invasiones, que en materias de su fuero cometan los funcionarios de la Administracion. Así es de esperar en vista de lo dispuesto en el caso 10 del art. 43 de la ley del Consejo de Estado, sancionada por S. M. en 14 de mayo de 1860 (1). Dice así:

«Art. 43. El Consejo de Estado será oido necesariamente y en pleno.....

Décimo. Sobre los recursos de abuso de poder ó de incompetencia, que eleven al Gobierno las autoridades del órden judicial contra las resoluciones administrativas.»

Así quedará suficientemente garantida la integridad de la accion judicial, y no habrá peligro alguno de que la Administracion la invada y estreche mas de lo justo; sin que sea necesario que á aquella se concedan los medios de defensa que lleva consigo el derecho de provocar las competencias, cuando por otra parte seria tan perjudicial en resultados, como llevamos indicado.

Sentado ya que la autoridad administrativa es la única facultada para promover las contiendas de atribuciones, que deban mediar entre ella y la judicial, resta examinar cuál sea aquella, buscando los motivos que haya

---

(1) Declaracion de mal formada y no haber lugar á decidir la competencia entre el intendente de rentas de Canarias y el juez de primera instancia de Orotava, con motivo de haberse hecho efectivo en los bienes del concejal D. Bernardino Gonzalez el total del descubierto de contribuciones en que se hallaba dicho pueblo (*24 de octubre de* 1849). Fúndase en lo siguiente:

«Considerando que el artículo citado (*el* 2.°) de este Real decreto (*el de 4 de junio de* 1847) en ningun caso permite á la autoridad judicial provocar conflictos de esta especie, y sí solo á los interesados emplear los medios que en el mismo se indican (*que son, deducir ante la autoridad administrativa las declinatorias que creyesen convenientes*); por lo cual el intendente de Canarias, á cuya autoridad, como superior provincial administrativa del ramo, es aplicable lo dispuesto respecto de los jefes políticos, debió repeler desde luego el requerimiento del juez.» (*Coleccion legislativa*, tomo 48, núm. 61.)

(2) Art. 2.°, §. 2.°, del Real decreto de 4 de junio de 1847.

(3) Además de la decision contenida en la nota 1.ª de esta pág., y de algunas otras en que se consigna la misma doctrina, véase la ya citada *de 6 de mayo de* 1846, primera de las dictadas y publicadas en esta materia á consulta del Consejo Real, por la que se declaró no haber lugar á decidir la competencia suscitada por el juez de primera instancia de Badajoz al alcalde de la misma ciudad, con motivo de unas diligencias de apremio contra D. Vicente Borriz. Dicen así algunos de sus considerandos:

«Considerando: ... 3.° Que la adopcion de este principio (*el de que la facultad de promover esta clase de competencias corresponde esclusivamente á las autoridades administrativas*) no puede perjudicar á los interesados particulares, porque pudiendo proponer ante aquella (*la Administracion*) la oportuna declinatoria, os para ellos igual el resultado al que por medio de una competencia podrian obtener:

4.° Que tampoco la dicha adopcion puede mirarse como contraria al derecho de defender la integridad de sus facultades, que por regla general compete á los tribunales ordinarios como á las jurisdicciones de todas clases; porque esta integridad se halla completamente garantida por la imparcialidad del Monarca, jefe supremo del poder ejecutivo, y en este concepto jefe tambien supremo y comun de la autoridad judicial y de la administrativa, y natural regulador de su competencia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 37, núm. 1.°)

(1) Esta ley, aunque ha sido sancionada, y publicada como tal en los Cuerpos colegislad. res, no se ha publicado todavía en la *Gaceta oficial*, ni en la *Coleccion legislativa*, ni de consiguiente se ha puesto en ejecucion hasta esta fecha (*julio de* 1860).

tenido la ley para no conceder esta atribucion á todos los que desempeñan funciones del órden administrativo, y por qué causa hayan sido preferidos los de cierta y determinada clase á todos los demás.

Desde luego fué y es muy conveniente que tan solo una clase cierta y determinada de funcionarios tuviese el derecho de provocar la competencia á los jueces y tribunales de justicia. Este derecho, en los que han de ejercerle, se convierte en el riguroso deber de velar por la respectiva integridad de las jurisdicciones creadas por la ley, y por la mútua libertad é independencia de las dos esferas de accion en que se desenvuelve el poder ejecutivo. Si varios, y de órdenes diversos, fueran los funcionarios de la Administracion, á quienes incumbiese este deber, su cumplimiento seria lento, indeciso, y muchas veces no tendria efecto, porque no habria, en los que habian de desempeñarle, el celo que tienen aquellos que saben que son los únicos, á quienes la ley impuso una obligacion especial y determinada, y que comprenden la grave responsabilidad que sobre ellos pesa por el abandono de una funcion, que no puede ser reparado por otros. Agrégase á esto que, respecto á las cuestiones de competencia, es necesaria é indispensable una vigilancia constante para no dar lugar á que, con el trascurso del tiempo, el negocio que á ella debia dar causa, se constituya en un estado que haga imposible la interposicion del recurso; v. gr. que haya sido fallado por sentencia ejecutoria. Y en aquellos raros casos en que no se diese esta lentitud de que hablamos, otro inconveniente de la misma gravedad tendria lugar, porque los ajentes de la Administracion, guiados por diversas reglas, interpondrian el recurso sin órden ni concierto, sin atender á un solo principio que regulase su modo de proceder; y este remedio, introducido con el fin de conservar intactas las respectivas jurisdicciones, vendria á convertirse en una incesante rémora de la administracion de justicia, y un medio eficaz para esterilizarla y hacerla ilusoria.

¿Y cuáles son los ajentes de la Administracion investidos de este derecho? Así el Real decreto de 6 de junio de 1844, como el de 4 de junio de 1847, designaron muy oportunamente á los jefes políticos, hoy gobernadores de provincia. Ni los funcionarios inferiores, ni los superiores á ellos, pueden en ningun caso promover esta clase de recursos. No los inferiores; porque el buen órden exige que la autoridad, que compita con la judicial, se halle cuando menos á la misma altura gerárgica que ella, y no le esté subordinada por otros conceptos, para evitar las consecuencias que tal confusion de derechos y deberes, y tal vez el desarrollo del orgullo é insubordinacion, pudieran producir. Además, teniendo en cuenta que todas las autoridades y funcionarios tienden naturalmente á ensanchar el círculo de sus atribuciones, era muy de temer que provocasen conflictos sin haber para ello motivo fundado y justificable.

Por otra parte, estas cuestiones de competencia son muy delicadas y difíciles, porque no tenemos, ni tal vez es posible que tengamos, una ley que fije de una manera clara y evidente todos y cada uno de los límites de ambas jurisdicciones, siendo por esto absolutamente indispensable que la jurisprudencia, con la decision de la multitud y variedad de los casos que cada dia se presentan, vaya poco á poco formando un inmenso caudal de doctrina, que deba tenerse presente cuando ocurra uno de estos conflictos. Esto supone cierta clase de estudios, y profundidad y estension de conocimientos, que no se hallan generalmente en los funcionarios inferiores de la Administracion, porque no se busca, ni debe buscarse en ellos, este género de aptitud, ni tenerse presente en su eleccion ó nombramiento.

Y finalmente, las cuestiones de competencia vienen á ser en último resultado un medio de conservar íntegras las jurisdicciones, que fueron creadas por las leyes fundamentales del país, y de evitar el trastorno del órden público, que la falta de esta conservacion llevaria consigo. Incumbe, por consiguiente, el derecho de iniciarlas al que tiene el deber de velar por la justa demarcacion de las funciones públicas, y por el sosten del órden en la sociedad; ó lo que es lo mismo, al

representante del Estado, que es el gobernador en cada provincia.

No deben tampoco iniciarlas los funcionarios á ellos superiores. En España, atendida nuestra organizacion administrativa, únicamente gozan de esta superioridad los Directores generales y los Ministros de la Corona. Si estos pudiesen entablar las competencias, habria el peligro de que unas veces la accion administrativa seria invadida por la judicial, porque los Directores y Ministros, rodeados del inmenso número de negocios de la gobernacion general del Estado, y residiendo á gran distancia de las autoridades judiciales, no sabrian, ó no podrian poner el necesario correctivo de la competencia á estas invasiones; y otras, la accion judicial seria invadida por la administrativa, atendida la presion moral que la consideracion gerárquica de estos altos funcionarios ejerciera en estas cuestiones y su terminacion.

No pueden, por lo tanto, provocar competencias sino los gobernadores de provincia, en cuanto son ajentes de la Administracion activa: así tambien ha sido confirmado repetidas veces por la decision de varios casos en que se declaró, que únicamente á ellos, con esclusion de todos los demás ajentes y cuerpos administrativos, correspondia este derecho (1).

Los mismos gobernadores, con el carácter de presidentes del Consejo provincial, no pueden entablar las competencias (1), porque este derecho tan solo se les concede como ajentes de la Administracion activa, y no como miembros de un cuerpo de la contenciosa; y porque, de lo contrario, en su defecto los consejeros vicepresidentes deberian gozar de la misma facultad, lo cual se opone directamente á las prescripciones de los Reales decretos mencionados.

No faltan autores que, fijándose en la forma contenciosa de las competencias y en las funciones del mismo género, propias de los Consejos provinciales, opinan que estos, no solamente debian estar facultados, sino que debian ser los únicos que pudiesen interponer este recurso. No es esta opinion, en nuestro concepto, la mas conforme á los principios que rigen en la materia. La competencia, es verdad, tiene la forma contenciosa; pero su fondo corresponde esencialmente á la Administracion activa, que es la que tiene por mision velar por el cumplimiento de las leyes políticas, entre las que ocupan un preferente lugar las que regulan los límites de accion de los poderes públicos: por consiguiente, su iniciativa debe ser una de las atribuciones de los ajentes de esta Administracion, y nunca ser ejercida por los cuerpos que tienen á su cargo el ejercicio de la Administracion pasiva ó contenciosa. Esta es la causa porque los gobernadores son los únicos que pueden entablar

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre la Diputacion provincial de Santander y el juez de primera instancia de Castro-Urdiales, con motivo de haber aquella declarado libre de responsabilidad á Doña Josefa Balparda por la ausencia de su hijo, habiendo llenado todos los requisitos legales para su exencion de quintas (29 *de julio de* 1846.)

«Considerando: 1.° Que si la rapidez, carácter propio de la accion administrativa, hace preciso que se niegue á los tribunales la facultad de provocar competencias á la Administracion, la justicia reclama que la desigualdad que de aquí nace se reduzca á lo mínimo posible:

2.° Que esto se consigue atribuyendo á los jefes políticos, respecto de los tribunales, la facultad dicha, con esclusion absoluta de todos los demás ajentes y cuerpos administrativos.

3.° Que basado manifiestamente sobre estos principios el citado Real decreto de 6 de junio de 1844, cuyas disposiciones parten todas del supuesto de ser siempre quien promueve las contiendas de jurisdiccion y atribuciones el jefe político respectivo, ha sido infringido por la Diputacion provincial de Santander, pues contra su tenor promovió y sostuvo, y ha llevado á cabo por sí esta competencia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 38, número 35.)

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el jefe político de Granada y el juez de primera instancia de Guadix, sobre haber sido amparado por este el Marqués de Cortes en la posesion de varios terrenos, y haberse negado al cumplimiento el alcalde de Baza (30 *de enero de* 1847.)

«Considerando: Que en el presente (*negocio*) se infringió esta disposicion (*el Real decreto de 6 de junio de* 1844), puesto que no fué el jefe político, sino el Consejo provincial, quien por medio de su presidente se dirigió al juez, desconociendo así la garantía que dá el citado Real decreto á la independencia y libertad de accion de la autoridad judicial en el hecho de circunscribir á los jefes políticos la facultad de provocar competencias á la misma.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, número 3.)

las competencias; aunque despues de entabladas, y para su tramitacion, que es su forma contenciosa, tengan que oir á los Consejos provinciales. Así tambien está decidido por la jurisprudencia declarándose mal formadas las que fueron promovidas por dichos Consejos (1).

En igual caso, y con mayor razon, se hallan las Diputaciones provinciales, porque segun la ley de organizacion provincial de 1845, actualmente vigente, ni aun tienen la jurisdiccion contencioso-administrativa que radica en el Consejo. La jurisprudencia registra varias decisiones en que se confirma esta prohibicion (2), declarándose que las Diputaciones provinciales, que entablan competencias, infringen las disposiciones de la ley.

Antes de la supresion de los intendentes de rentas, estos podian entablar competencias sobre las materias referentes á sus atribuciones, porque eran funcionarios independientes de los jefes políticos, y sujetos inmediatamente al Ministro del ramo. Así habia sido declarado en varias resoluciones, algunas de las cuales hemos citado en este artículo; pero dichos funcionarios han sido suprimidos, y sus atribuciones y jurisdiccion pasaron á los gobernadores y jueces de Hacienda, en sus respectivos casos.

Queda demostrado que, segun la legislacion y jurisprudencia hoy vigentes, *solo* los gobernadores de provincia pueden promover las contiendas de competencia que ocurran entre las autoridades administrativas y los tribunales ó juzgados, ordinarios y especiales, sin que estos puedan en ningun caso tomar la iniciativa en tales contiendas. Esta es la regla general, que á pesar de ser tan absoluta, tiene sin embargo una escepcion: tal es la establecida á favor del Presidente del Tribunal de Cuentas del Reino, el cual está facultado para promover competencias, no solo á los tribunales y juzgados de cualquier fuero, sino tambien á los jefes superiores y dependencias centrales de la Administracion, cuando usurpen la jurisdiccion ó las atribuciones que competen á dicho Tribunal (1). Estas competencias han de sustanciarse y resolverse en la misma forma que dispone el Real decreto de 4 de junio de 1847, y que espondremos en los párrafos 3.° y 4.° de esta seccion.

§. 2.° *Sobre qué negocios puede promoverse competencia entre las autoridades administrativas y las judiciales.*

El art. 2.° del Real decreto de de 4 de junio de 1847 establece que los jefes políticos, hoy gobernadores de provincia, tan solo entablen

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre el jefe político de Ciudad-Real y el juez de primera instancia de Infantes, sobre conocimiento de procedimientos ejecutivos contra los bienes de propios de la villa de Alhambra (26 *de noviembre de* 1846).

«Considerando: Que la presente no ha sido promovida por el jefe político de Ciudad-Real; sino por el Consejo de aquella provincia, contra lo que dispone el citado Real decreto (6 *de junio de* 1844), no pudiendo por lo mismo decirse bien fundada.» (*Coleccion legislativa*, tomo 39, núm. 75.)

(2) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre la Diputacion provincial de Navarra y el juez de primera instancia de Pamplona, sobre division de términos entre los pueblos de Berrutain y Ostiz (24 *de marzo de* 1847).

«Considerando que este Real decreto (*de 6 de junio de* 1944) se ha infringido de dos modos en el presente caso, á saber: promoviendo el juez de primera instancia de Pamplona esta competencia, y sosteniéndola y formalizándola por sí la Diputacion provincial de Navarra, por lo cual es manifiesto que está mal formada.» (*Coleccion legislativa*, tomo 40, núm. 24.)

Otra declaracion de no haber lugar á decidir la competencia entre la Dipotacion provincial de Navarra y el juez de primera instancia de Aoiz, con motivo de haberse apoderado las tropas del Norte de varios ganados por el descubierto de suministros (27 *de octubre de* 1847).

«Considerando que la (competencia) de que se trata fué promovida por la Diputacion provincial de Navarra cuando ya regia el citado Real decreto (*de 6 de junio* de 1841), por lo cual no puede decirse bien formada.» (*Coleccion legislativa*, tomo 42, núm. 89.)

(1) Art. 218 del Reglamento del Tribunal de Cuentas, aprobado por Real decreto de 2 de setiembre de de 1833. Dice así dicho artículo: «Cuando los tribunales ó juzgados del fuero comun y fueros especiales, ó los jefes superiores y dependencias centrales de la Administracion usurpen la jurisdiccion ó las atribuciones del Tribunal de Cuentas, propondrá el Presidente la oportuna competencia, que se sustanciará y resolverá en la forma que dispone el Real decreto de 4 de junio de 1847.» Hasta el dia (*julio de* 1860), no ha ocurrido caso alguno de competencia, en que haya debido aplicarse esta disposicion.

competencias para reclamar un negocio, cuyo conocimiento corresponda, en virtud de disposicion espresa, á los mismos funcionarios, á las autoridades que de ellos dependan en sus respectivas provincias, ó á la Administracion civil en general. Atendidas las palabras de este artículo, parece que es condicion indispensable que una disposicion adjudique espresamente el conocimiento del negocio á la Administracion, para que sea procedente la competencia. Sin embargo, en la práctica no se ha entendido, ni ha podido entenderse este artículo en un sentido tan restrictivo. En todos los países, y con mucha mas razon en España, en que la accion de la Administracion, en una esfera independiente y separada del poder judicial, cuenta un período corto de existencia, y en que el derecho que debe regular esta accion, y la ciencia que sobre él se funda, se están formando todavía, serían muy de temer las invasiones del poder judicial en el campo de la Administracion, si esta, para defenderse y reivindicar sus atribuciones, necesitase en todos los casos la letra de la ley.

Porque debe tenerse presente que los límites, que separan en muchas materias á las dos jurisdicciones, son muy oscuros y de conocimiento difícil, así como que no hay ley alguna general, que tenga por esclusivo objeto, y haya logrado deslindar completamente las esferas de su accion, siempre que la naturaleza y circunstancias de los negocios pueden originar confusion y dudas. Este deslinde es un trabajo lento y constante, encomendado á la jurisprudencia, y cuya conclusion no se deja todavía vislumbrar. Los gobernadores, por consiguiente, deben estar facultados para emplear el recurso de la competencia, cuando, atendida la naturaleza especial de cada negocio, sus antecedentes y circunstancias, la analogía que tenga con otros atribuidos al conocimiento de la Administracion, y el espíritu de las disposiciones vigentes, crean con fundamento que á ella esclusivamente debe pertenecer.

No debe tampoco tomarse la palabra *disposicion* en un sentido estricto: aquí no solamente comprende las leyes, Reales decretos, Reales órdenes y resoluciones del poder legislativo y supremo ejecutivo; sino tambien las decisiones que este haya dado en competencias de casos análogos, y que constituyen la jurisprudencia sobre la materia. No se olvide que las leyes tan solo fijan los principios, las reglas generales; pero que la jurisprudencia es la encargada de su interpretacion y aplicacion, y la que, resolviendo las dudas en la múltiple variedad de circunstancias, que modifican cada uno de los hechos, que la ley no tuvo ni debió tener presentes, vá poco á poco fijando el verdadero dominio correspondiente á la Administracion.

Pero téngase presente que los gobernadores no deben provocar competencia á la autoridad judicial, fundados en causas livianas; sino que solo deben hacerlo cuando les asistan razones fuertes para creer que el negocio es propio de la esfera administrativa por su misma naturaleza. Estas dos jurisdicciones, la judicial y la administrativa, tienen fijados sus límites, atendidas las cualidades intrínsecas de los actos que forman su objeto, sin que nada influya en su competencia la voluntad de los funcionarios ó de las partes: es decir, sin que tengan en esta materia aplicacion alguna, ni la prevencion en entender del asunto, hecha por un funcionario; ni la sumision espresa y tácita de los interesados. Así se halla consignado en varias decisiones de competencias sobre este punto (1).

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de Búrgos, con motivo de haber ocupado el alcalde de Monluvar una porcion de trigo de dos vecinos del mismo pueblo (*23 de febrero de* 1848).

»Considerando que el hecho de haber acudido los agraviados antes que á dicho juez al jefe político y mandado este que se suministrase la informacion que ofrecieron de los escesos denunciados, no pudo darle, segun cree, un conocimiento preventivo, que no cabe ni puede caber en el presente caso, mediando, como media, el conocimiento privativo que á los tribunales corresponde.» (*Coleccion legislativa*, tomo 43, núm. 18)

Declaracion de incompetencia de la Administracion contenciosa para conocer en el pleito entre D. Valentin Sanchez Orellana, como marido de doña María de la Cruz Bratuti, y el ayuntamiento de Yebra (*Sentencia de 5 de julio de* 1848).

»Considerando que la cuestion de competencia y atribuciones es de órden público, por lo que se

Los límites de ambas esferas de accion del poder ejecutivo afectan al órden público, y no sufren alteracion por la voluntad de los particulares. Por las mismas razones un gobernador puede y debe provocar la competencia, aunque antes haya cedido el conocimiento del negocio á la autoridad judicial, si por su naturaleza es administrativo, porque no está facultado para estrechar ni ensanchar el dominio de la Administracion. Debe tambien tener presente el gobernador que este no tiene su base en las personas, sino en las cosas, y por consiguiente que el órden administrativo no debe mezclarse en negocios del fuero judicial cuando el objeto del litigio, ó la causa del conocimiento del juez, sea á él ajena, por mas que los interesados pertenezcan al número de sus agentes (1).

De suerte que el único caso en que el gobernador de la provincia puede emplear el recurso de la competencia, es aquel en que la autoridad judicial se halle conociendo de un negocio que pertenece á la Administracion (2). Pero deben concurrir en este conocimiento cinco circunstancias indispensables:

1.ª Que sea verdaderamente tal: esto es, que no consista en simples providencias de un juez, en que se deje ver su intento de conocer; pero que no constituyan aun el conocimiento: v. gr., la reclamacion, que dirija á un funcionario administrativo, de los espedientes que sobre un negocio este haya formado, hecha por aquel con ánimo de entender en él (1).

En este caso la autoridad administrativa, á quien se haga la reclamacion, debe concretarse á resistir la remesa de los antecedentes que se le exijan, poniendo el hecho en conocimiento del gobernador, si fuere una autoridad subalterna. Mas, si faltando á su deber remitiese dichos espedientes ó antedentes, y el juez entonces iniciase el conocimiento; ó bien con vista de la negativa, creyéndose con jurisdiccion para conocer de ella, la ejerciese procediendo contra la autoridad que se hubiere negado á la entrega, será legítima la competencia que el gobernador entable para inhibir al juez, y obtener la devolucion de aquellos (2), puesto que es el único medio que tie-

---

puede promover y se debe decidir cuando aparezca, cualesquiera que sean el estado del pleito y los actos de aquiescencia de las partes para prorogar la jurisdiccion.» (*Coleccion legislativa*, tomo 44, núm. 17.)

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de una provincia y el juez de primera instancia de la capital de la misma (31 *de marzo de* 1852).

«Considerando que el objeto de la provocacion de la competencia es atraer á su conocimiento la autoridad que la promueve el de un asunto en que supone que entiende indebidamente otra de diferente línea, lo cual no tiene lugar en el presente caso, puesto que tratándose solo de que dependientes de la Administracion presten ó no sus declaraciones en un asunto del todo ajeno á la intervencion de aquella, no es caso de competencia ni ha debido suscitarla el gobernador.» (*Coleccion legislativa*, tomo 55, núm. 19.)

(2) Real decreto de 4 de junio de 1847 artículo 6.

Declaracion de estar mal formada y no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de Vizcaya y el juez de Durango, sobre medicion y deslinde de unos terrenos, comprados en épocas anteriores, á las ante-iglesias de Castillo y Elejabeitia por varios particulares, y deslindes de los municipales (13 *de julio de* 1853.)

«Considerando: 1.° Que para que la provocacion del conflicto por parte de los gobernadores de provincia proceda, es circunstancia precisa, con arreglo á la referida disposicion (*el art.* 6.° *del Real decreto de* 4 *de junio de* 1847), que la autoridad judicial se halle entendiendo de un asunto cuyo conocimiento pertenezca segun las leyes á la Administracion.» (*Coleccion legislativa*, tomo 59, número 22.)

Otra declaracion de estar mal formada y no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de la Coruña y el juez de primera instancia de Betanzos, con motivo de la restitucion y entrega de varias porciones de montes de propiedad particular (18 *de enero de* 1854).

«Considerando: 1.° Que para que la provocacion de la competencia por parte del gobernador sea procedente, es preciso, con arreglo á los términos de la disposicion citada (*la misma del caso anterior*), que la autoridad judicial se halle entendiendo del asunto cuyo conocimiento pretenda aquel que corresponde á la Administracion.» (*Coleccion legislativa*, tomo 61, núm. 6.)

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el jefe político de Pontevedra y el juez de primera instancia de la Cañiza, sobre un negocio relativo á los fondos públicos del Ayuntamiento de Creciente (26 *de noviembre de* 1846.) Véase en el párrafo 1.° de esta misma seccion, nota 1.ª, col. 2.ª de la pág. 169.

(2) Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia, suscitada en un proceso pendiente de consulta, entre la Sala segunda de la Audiencia de Búrgos, y el jefe político de Santander, á consecuencia de la denuncia de obra nueva propuesta

ne á su disposicion para reivindicar un negocio, correspondiente á las funciones administrativas.

2.ª Que el conocimiento que el juez haya tomado en negocios administrativos sea legal, esto es, bajo las fórmulas y por medio de los procedimientos establecidos por la ley, y á los cuales la autoridad judicial debe acomodar todos sus actos; y no simples gestiones viciosas, arbitrarias, que tengan por único fin usurpar ó entorpecer la jurisdiccion administrativa (1).

En este caso el gobernador debe concretarse á rechazar las pretensiones de la autoridad judicial, no provocando conflictos que carecen de objeto, y á poner los actos de esta en conocimiento del Gobierno supremo para las medidas que considere oportuno tomar.

3.ª Que el conocimiento, que haya usurpado la autoridad judicial, sea contencioso, y no perteneciente á su jurisdiccion voluntaria, ó á la de otra índole, que por la ley le corresponda (1).

4.ª Que el conocimiento, que el juez haya tomado, no esté terminado al tiempo de entablar la competencia, ya porque haya dictado sentencia ejecutoria (2); ya porque algu-

---

ante el juez de primera instancia de Reinosa por varios vecinos de Requejo contra D. Felipe Rodriguez y Calderon (25 *de agosto de* 1849).

«Considerando: ... 4.° Que estas providencias fueron notoriamente estralegales, pues sometido el asunto á la autoridad del juez desde que el alcalde le remitió las diligencias, no habia otro modo de trasladar el conocimiento á la Administracion sino la inhibicion de aquel, ó la decision del correspondiente conflicto á favor de esta, por lo cual debió el jefe político insistir relativamente á esta cuestion en la competencia suscitada por él, ó provocarla de nuevo si lo consideraba oportuno, en razon del desistimiento que habia comunicado al juez.» (*Coleccion legislativa*, tomo 47, núm. 45.)

Declaracion de haber sido mal formada la competencia suscitada entre el gobernador de Valencia y el juez de primera instancia del Alberique (1.° *de noviembre de* 1853.)

«Considerando: 1.° Que siendo el objeto de la comunicacion del gobernador de Valencia entender y fallar sobre si el alcalde habia de remitir ó no el documento pedido por el juez, negaba por el mismo hecho á esta autoridad jurisdiccion para hacerlo por sí, cuya pretension requiere de necesidad la provocacion de competencia, prescrita en el art. 2.° del Real decreto citado, porque no de otro modo tendria la autoridad judicial la garantía que le corresponde en el ejercicio de sus atribuciones.» (*Coleccion legislativa*, tomo 60, núm. 41.)

(1) Declaracion antes citada de estar mal formada y de no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de Vizcaya y el juez de Durango, sobre medicion y deslinde de los terrenos comprados á las anteiglesias de Castillo y Elejabeitia por varios particulares y deslinde de los municipales (13 *de julio de* 1853).

«Considerando: 1.° (Véase arriba en este mismo párrafo.)

2.° Que esto no acontece en el caso presente, en el cual la cuestion de deslinde y medicion de los terrenos enajenados por las anteiglesias de Castillo y Elejabeitia no ha radicado por un momento en la autoridad judicial, cuyas providencias y contestaciones con el alcalde de Castillo no presentan otro carácter que el de gestiones viciosas é informalmente entabladas para apartar á la Administracion del conocimiento de aquella.» (*Coleccion legislativa*, tomo 59, núm. 22.)

Declaracion, tambien citada ya, de mal formada y no haber lugar á decidir la competencia entablada entre el gobernador de la provincia de la Coruña y el juez de primera instancia de Betanzos, con motivo de la restitucion y entrega de varias porciones de montes de propiedad particular (18 *de enero de* 1854).

«Considerando: 1.° (Véase anteriormente en este párrafo.)

2.° Que esto no se verifica respecto de la cuestion que ha dado lugar al requerimiento de inhibicion por parte del gobernador de la provincia de la Coruña, es á saber, la de legitimidad de los cerramientos practicados por Bobal en los montes de Grota y Casteto, pues ni la peticion de aquel de 11 de abril del presente año se dirigia á otro objeto que á conseguir que el juzgado recavase del alcalde y ayuntamiento el que se desprendiesen del conocimiento del asunto, ni las providencias que dicho tribunal adoptó en su conformidad presentan otro carácter que el de gestiones, viciosa é informalmente entabladas para conseguir tal fin.» (*Coleccion legislativa*, tomo 61, núm. 6.)

(1) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de Castellon de la Plana, con motivo de haber dicho jefe reclamado como suya privativa la facultad de rubricar los libros de los comerciantes (12 *de julio de* 1849).

«Considerando que segun este artículo (*el* 1.° *del R. D. de* 4 *de junio de* 1847) es indispensable para que me competa dirimir tales conflictos, que en ellos se dispute á un tribunal el ejercicio de su jurisdiccion contenciosa, lo cual no se verifica en el caso de que se trata, puesto que la facultad que reclama el juez de primera instancia es de otra índole.» (*Coleccion legislativa*, tomo 47, número 37.)

(2) *Real decreto de* 4 *de junio de* 1847, *artículo* 3.°, *pár.* 3.°

Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Toledo y el juez de primera instancia de Navalhermosa, con motivo de haber mandado el primero á los alcaldes de las villas del antiguo

na de las partes haya interpuesto apelacion de la por él pronunciada, habiendo sido admitida en ambos efectos, aunque los autos no se hayan remitido aun á la Audiencia ó tribunal que de ella deba conocer (1); ya finalmente, porque las partes hayan desistido de continuar el negocio, ó este haya terminado por otra cualquiera causa.

La razon de todo esto es evidente. El fin de la competencia es la reivindicacion de la jurisdicion administrativa, usurpada por una autoridad judicial: cuando esta ya no conoce del negocio que la motiva, habrá tal vez usurpado dicha jurisdiccion; pero no la usurpa ya desde el momento en que cesó de conocer: falta, por consiguiente, el fin de la competencia. Cuando el conocimiento terminó por interposicion y admision de apelacion, la competencia debe entablarse por el gobernador, no contra el juez *á quo*, por las razones indicadas; sino contra el tribunal *ad quem* (1).

Y 5.° Que el conocimiento, que haya tomado la autoridad judicial, no sea anticipado y prematuro; esto es, que cuando á él deba preceder la formacion y decision de espediente administrativo, para que el negocio se halle en estado de pasar á la esfera de accion de la autoridad judicial, esta no conozca de él hasta que aquel se halle terminado definitivamente, y por todos los trámites prescritos (2).

Pero es necesario que este espediente sea por su naturaleza administrativo, no siendo suficiente, para que tenga tal carácter, que su formacion esté encomendada por la ley á algun funcionario de este órden, si no tiene tambien la facultad de decidir: v. gr., el que se debe formar préviamente á la demanda que se pretenda interponer en nombre de un establecimiento de beneficencia (3).

---

estado de Montalvan que amparasen á sus vecinos en el aprovechamiento de los pastos del mismo (11 *de agosto de* 1852.)

«Considerando: 1.° Que cualesquiera que sean las circunstancias especiales del caso presente, resulta que las actuaciones que le originan habian fenecido ya en virtud de la sentencia ejecutoriada recaida en ellas, de conformidad con las reglas citadas de la ley para la aplicacion del Código penal, cuando el gobernador dirigió el requerimiento de inhibicion.

2.° Que el artículo mencionado del Real decreto de 4 de junio de 1847, aunque habla solamente de pleitos, es aplicable y debe hacerse estensivo á los juicios de faltas y á las causas; porque la razon de respeto á la cosa juzgada que ha motivado aquella disposicion para los asuntos civiles, es todavía de mayor gravedad tratándose de materias criminales.» (*Coleccion legislativa*, tomo 56, núm. 49.)

(1) Declaracion de estar mal formada la competencia suscitada entre el intendente de rentas de Leon y el juez de primera instancia de Villafranca del Vierzo, con motivo del interdicto de despojo propuesto ante este por D. Fernando Valcárcel y Rivera contra D. Santos Unzue (25 *de agosto de* 1849).

«Considerando: 1.° Que equiparados los intendentes á los jefes políticos para el efecto de provocar competencias á la autoridad judicial, las que aquellos susciten deben tener el requisito esencial prevenido por el art. 6.° citado del Real decreto de 4 de junio de 1847, de que el juez ó tribunal á quien requiera de inhibicion esté actualmente conociendo del negocio que se reclame.

2.° Que esta circunstancia no concurre en el de amparo de posesion á favor de D. Fernando Valcárcel para que no se alterase el uso que este hacia de las aguas para dar movimiento á su molino; pues que interpuesta en él por D. Santos Unzue la apelacion en ambos efectos, y admitida esta por el juez con anterioridad á la reclamacion del intendente, habia terminado la jurisdiccion del primero sobre el asunto, y este no podia considerarse pendiente ante él, sino ante el tribunal de alzada, por mas que no se hubiese practicado todavía la diligencia material de remitir los autos, por lo cual debió dicho juez verificar desde luego esta remesa y poner en conocimiento del intendente el estado del asunto, para que dirigiese su requerimiento á la Audiencia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 47, núm. 46.)

Si la apelacion fuere admitida tan solo en el efecto devolutivo, procede la competencia, porque el juez no se desprendió del conocimiento que ejerce, ejecutando la sentencia.

(1) La misma decision últimamente citada.

(2) Decision á favor de la administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Cáceres y el juez de primera instancia de Montanchez, con motivo de la negativa del ayuntamiento de Salvatierra al permiso solicitado por D. Martin García Baquera para abrir dos ventanas en casa de su propiedad frente á la plaza (15 *de marzo de* 1854).

«Considerando: ... 4.° Que por lo tanto, hasta que la Administracion haya resuelto definitivamente y por todos los trámites marcados este espediente, dando por terminada la cuestion prévia, de la cual depende el fallo de los tribunales ordinarios, no tiene estado el asunto para que el juzgado entre á conocer de él y aplicar, como complemento de la accion civil, la sancion penal que se considere procedente, siéndolo de consiguiente la provocacion de esta competencia con arreglo al Real decreto (*de 4 de junio de* 1847) que se ha citado.» (*Coleccion legislativa*, tomo 61, núm. 12.)

(3) Declaracion de estar mal formada y no ha-

Estas son las circunstancias esternas, y, digámoslo así, generales, que deben acompañar al conocimiento que haya tomado la autoridad judicial, para que la competencia provocada por la Administracion sea procedente. En cuanto á las que se refieren á la naturaleza del negocio, y que tambien podríamos llamar especiales, véase el párrafo anterior.

§. 3.° *Con qué formas han de promoverse las competencias entre las autoridades administrativas y las judiciales.*

Los límites de la accion administrativa y de la judicial están fijados por las leyes fundamental y orgánicas del Estado, y por consiguiente las competencias de jurisdiccion entre autoridades de estos dos órdenes, que tienen por fin conservar inalterados aquellos límites, son de derecho, y ajenas á la voluntad de los particulares. Dedúcese de esto, que cuando un tribunal ó autoridad administrativa comprende que un negocio, en que se halla entendiendo, no pertenece á sus atribuciones, debe inhibirse de su conocimiento, aunque los interesados, no tan solamente no reclamen; sino que se sometan voluntariamente á su jurisdiccion. Mas, siendo esta materia tan delicada y espinosa, los tribunales y gobernadores de provincia no decretarán la inhibicion sin haber oido prévia y respectivamente al ministerio fiscal y á los Consejos provinciales: así lo dispone el art. 4.° del Real decreto de 4 de junio de 1847.

Si el juez ó tribunal, y el gobernador de provincia, en su caso, no se declarasen, de oficio, incompetentes, podrán las partes promover ante ellos la cuestion de competencia por medio de la *declinatoria* (1).

El recurso de esta clase, que se presente ante los jueces y tribunales ordinarios ó especiales, se sustanciará con arreglo á los artículos 239 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil. El gobernador, en caso semejante, oirá al Consejo provincial, segun ya hemos dicho.

El ministerio público, por razon de su cargo, como encargado de velar por la integridad de todas las jurisdicciones que la ley establece, está obligado á formular la declinatoria ante el juez ó tribunal respectivo, que conoce de un asunto propio de la Administracion, pidiendo que se inhiba del conocimiento, despues de manifestar en su escrito las razones en que se funda para creer el negocio propio de esta esfera. Esta escitacion, ó sea interposicion de declinatoria por el ministerio público, puede hacerse en cualquier estado del asunto, antes de que se falle ejecutoriamente, porque la jurisdiccion nunca prescribe, y entre estos dos órdenes de funciones no cabe en ningun caso el prorogarse por la sumision espresa ó tácita de las partes.

El juez ó tribunal, á quien se haya dirigido el promotor ó el fiscal, si encuentra fundadas las razones por estos alegadas, y, en nuestra opinion, aunque el Real decreto citado no exige este requisito, despues de oir á las partes interesadas, se declarará incompetente, para continuar procediendo en dicho negocio. Pero si no accediere á decretar la inhibicion en virtud de la declinatoria, el ministerio fiscal lo advertirá así al gobernador de la provincia, pasándole sucinta relacion de las actuaciones, y copia literal del pedimento de declinatoria (1).

Si un juez de primera instancia no accediese á la inhibicion solicitada por el promotor fiscal, ¿deberá éste apelar de la providencia, antes de comunicarlo al gobernador? Debemos confesar que el Real decreto de 4 de junio de 1847 nada dice sobre este punto, limitándose á disponer, que si el juez ó tribunal no accediese á la inhibicion en virtud de la declinatoria, lo comunicará aquel al jefe político (hoy gobernador). Sin embargo, opi-

ber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Lérida y el juez de primera instancia de la capital, con motivo de la demanda de nulidad de la institucion de heredero hecha por el canónigo D. José Vidal en 1837 (*9 de junio de 1854*). Véase el *considerando* 2.° de esta decision, en la *nota* de la columna 1.ª, página 150 de este tomo.

(1) Art. 2.° del Real dec. citado de 4 de junio de 1847, y 82 de la ley de Enjuiciam. civil.

(1) Art. 5.° de dicho Real decreto.

mos que el promotor fiscal puede apelar de la providencia en que se deniegue la declinatoria por él interpuesta, y comunicarlo á su respectivo superior, á fin de que este pueda sostener la apelacion en su caso; y cuando el tribunal superior confirme la sentencia apelada, cumplir entonces con las prescripciones de dicho Real decreto.

Nos fundamos para opinar de este modo, en que la declinatoria que el promotor formule, está sujeta en la tramitacion á la ley de Enjuiciamiento civil, y por consiguiente debe sustanciarse como los incidentes de esta especie, siendo procedente la apelacion, en ambos efectos, de la sentencia de primera instancia. Por otra parte, las competencias son un recurso estraordinario, que no debe emplearse entre tanto que, como en el presente caso, pueda reintegrarse por los medios ordinarios, cual es la apelacion, el órden jurisdiccional trastornado. Por estas razones creemos procedente y conveniente dicha apelacion; pero atendiendo á la letra del Real decreto citado, el promotor fiscal podrá dejar de interponerla, sin incurrir por ello en responsabilidad, siempre que dé al gobernador el aviso prevenido.

En todo caso, ejecutoriada que sea la sentencia, por la que la autoridad judicial se ha declarado competente, el representante de la ley lo pondrá en conocimiento del gobernador, segun hemos dicho, haciéndole una sucinta relacion de las actuaciones, y remitiéndole copia literal del pedimento de declinatoria que hubiese presentado. Esta comunicacion tiene por objeto, que el gobernador pueda enterarse circunstanciadamente del negocio, y de las razones que el fiscal tiene para considerarlo de la competencia de la Administracion; lo que, por otra parte, no es mas que la legítima consecuencia del deber que sobre este pesa, de velar por la integridad de las jurisdicciones constituidas por la ley, y el único medio de que al efecto puede disponer, despues de ejecutoriada la sentencia del juez ó tribunal, declarándose competente.

Pero no se entienda que en todo caso es precisa esta comunicacion para que el gobernador inicie la competencia. Pueden tambien las partes acudir directamente á él con esta solicitud: ó bien una autoridad á él subordinada, á quien la judicial dispnta el conocimiento del negocio, puede y debe comunicarle el caso. De cualquier modo que el gobernador sepa la invasion de jurisdiccion, está obligado á sostener la integridad de la esfera administrativa por medio del espresado recurso. Es posible que el ministerio fiscal crea erradamente que la competencia es del juez ó tribunal: que la autoridad administrativa ó subalterna ignore, ó no comprenda la invasion de atribuciones; ó que las partes, conformándose con que el negocio se ventile ante el juez que de él tomó conocimiento, no acudan á solicitar la accion administrativa. En todos estos casos, para que la Administracion no sufra menoscabo, es indispensable que los gobernadores promuevan de oficio la competencia, como deben hacerlo, luego que por cualquier otro medio tengan noticia de la invasion. Esto es inherente al deber que tienen de sostener en toda su integridad los fueros de la Administracion.

Así, pues, en tales casos, el gobernador, ya á escitacion de parte, ya con vista de la comunicacion del fiscal ó de una autoridad administrativa, ó bien de oficio, dirigirá comunicacion al juez ó tribunal que entienda en el negocio, manifestándole las razones y el testo de la disposicion en que se apoya para creerlo propio de la Administracion, y rogándole que, inhibiéndose inmediatamente del conocimiento, deje espedita la jurisdiccion ó la accion administrativa (1). Repetimos aquí lo que en el párrafo anterior hemos dicho, á saber: que bajo la palabra *disposicion* se comprenden todas las resoluciones dictadas por el poder supremo, y que no es indispensable que el caso, que motiva la competencia, se halle en su letra, siendo suficiente que su espíritu lo comprenda.

¿Deberá el gobernador oir al Consejo provincial antes de dirigir á la autoridad judicial el requerimiento de inhibicion? El Real decreto de 4 de junio de 1847 no prescribe esto

(1) Art. 6.° del Real decreto citado.

trámite, antes bien de su art. 6.° se deduce no ser necesario. «El jefe político, dice, que comprendiere pertenecerle el conocimiento de un negocio, en que se halla entendiendo un tribunal ó juzgado ordinario ó especial, lo requerirá *inmediatamente* de inhibicion.....» El adverbio subrayado escluye toda dilacion en el asunto; y no sin razon fundada.

Pudiera ser que la invasion de la autoridad judicial llegase á conocimiento del gobernador momentos antes de ejecutarse un auto restitutorio, por ejemplo, ó de fallarse ejecutoriamente el negocio: en tales casos, es de suma urgencia el requerimiento de inhibicion á fin de que queden en suspenso los procedimientos judiciales; y si el gobernadnr estuviese obligado á oir préviamente al Consejo provincial, podria suceder con esta dilacion, que su reclamacion fuese estemporánea, ó cuando ya se habian ocasionado los perjuicios que se propuso evitar. Dicha audiencia es, sí, indispensable, como luego verémos, para insistir ó no en la competencia despues que haya contestado el juez requerido; pero entonces ya no existe el peligro antes indicado, puesto que están en suspenso los procedimientos judiciales, y por ese medio puede asegurarse el acierto en la resolucion definitiva del gobernador.

Sin embargo, ha dado lugar á dudas sobre este punto la Real órden de 23 de marzo de 1850, por la que se previno á los gobernadores generales que, para entablar competencia con cualquiera otra autoridad, con el carácter administrativo, oyeran préviamente al Consejo provincial. Prescindiendo de la forma en que se hizo tal modificacion al Real decreto citado, debe tenerse en cuenta que esta Real órden fué espedida por el ministerio de Hacienda; y no habiendo sido comunicada por los otros ministerios, su cumplimiento deberá limitarse en su caso á las competencias que se promuevan con los juzgados de Hacienda, en cuyos negocios tiene tambien siempre interés el Estado. Es lo cierto, que, despues de dicha Real órden, lo mismo que antes, los gobernadores, no han oido ni oyen al Consejo provincial para dirigir á los jueces y tribunales el primer exhorto requiriéndoles de inhibicion, sin que por esto se haya declarado en ningun caso mal formada la competencia, como lo es siempre que no oyen á aquel para insistir ó no en ella, segun luego verémos.

El juez ó tribunal á quien se dirija dicho exhorto, luego que lo reciba, suspenderá todo procedimiento en el asunto, mientras no se determine la contienda por desistimiento del gobernador, ó por Real decision, so pena de nulidad de cuanto despues se actuare (1). En seguida acusará el recibo al gobernador requirente, y uniendo el exhorto á los autos que ante él pendan, lo comunicará al ministerio fiscal por tres dias á lo mas, y por igual término á cada una de las partes (2). Es absolutamente indispensable esta audiencia, porque en ella consiste la única intervencion que las partes tienen en el recurso (3). De suerte que, si el juez ó tribunal no la dá al ministerio público, ó á las partes, ó á alguna de ellas, infringe el Real decreto repetidamente citado (4); comete un vicio sus-

(1) Art. 7.° de id.
(2) Art. 8.° de id.
(3) Declaracion de no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el jefe político de Segovia y el juez de primera instancia de Sepúlveda, con motivo del amojonamiento practicado de órden del alcalde de Encinas en un monte comun de este pueblo y los de Navares de Ayuso y Aldeonte (3 *de enero de* 1849).

«Considerando que si no se guardase esta terminante disposicion (*el art.* 8.° *del Real decreto de* 4 *de junio de* 1847) quedarian privados los particulares interesados de la única intervencion que se les concede en esta clase de contiendas, por lo cual el trámite prescrito por aquella y omitido por el juez de primera instancia de Sepúlveda debe mirarse como sustancial, y como nulas consiguientemente las actuaciones posteriores á esta omision.» (*Coleccion legislativa*, tomo 46, número 9).

(4) Declaracion de mal formada y no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de Leon y el juez de primera instancia de la Vecilla, con motivo de la queja promovida por el concejo de Santa Colomba (10 *de marzo de* 1852).

«Considerando que el juez de primera instancia no cumplió, como cumplir debia, lo espresamente dispuesto en el art. 8.° del referido Real decreto, puesto que no oyó al promotor fiscal por haberse separado del asunto en que conoció como letrado, ni nombró á otro que hiciera sus veces, ni dió traslado mas que á una de las partes interesadas en la cuestion, y que, por el contrario, sin llenar

tancial en el procedimiento, y lo actuado desde la omision es nulo (1): y esto en toda clase de negocios, aun en el juicio ejecutivo (2). No puede prescindirse de esta comunicacion, aun respecto de aquella parte que haya promovido el requerimiento de inhibicion (1).

El término de los tres dias concedidos al ministerio público y á las partes es fatal: el juez ó tribunal no puede prorogarlo aunque medie causa inevitable, ya porque estas cuestiones de competencia son urgentes, y ya tambien porque el Real decreto, varias veces citado, dice que el juez concederá tres dias, *á lo mas*, y que son improrogables, sin escepcion, los términos en él señalados (2).

Pasado el término concedido á cada parte, se recojerán los autos de oficio si no hubiesen sido devueltos, y en seguida el juez, con citacion de las partes y del ministerio fiscal, señalará dia para la vista del artículo de competencia, en cuyo acto, tanto aquellas como éste, podrán informar de palabra. Celebrada la vista, dictará el juez su fallo declarándose competente ó incompetente (3). Este auto ha de ser motivado, espresando los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoye, segun lo previene dicho Real decreto, y está además mandado y recordado por otras disposiciones posteriores (4).

---

estos requisitos señaló dia para la vista, y dictó auto declarando no haber lugar á acceder á las pretensiones del gobernador.» (*Coleccion legislativa*, tomo 55, núm. 6.)

(1) Declaracion de mal formada y no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de la Coruña y el juez de primera instancia de Padron, con motivo de haber cercado de pared José Benito Lopez el terreno llamado **Mataviejas** (*19 de junio de* 1850).

«Considerando que lo son (*parte*) en el presente caso los vecinos requeridos por Lopez y que á su vez propusieron el interdicto; por lo que, siendo sustancial el trámite prescrito por la disposicion citada (*art.* 8.° *del Real dec. de 4 de junio de* 1847), la omision que de él se ha cometido en la instruccion de este conflicto, no puede menos de producir su nulidad desde la providencia en que, dando por completa aquella, procedió el juez á resolverlo.» (*Coleccion legislativa*, tomo 50, número 31.)

Otra declaracion de mal formada y no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el jefe político y la Diputacion general de Alava y el juez de primera instancia de Orduña, con motivo de haber sido condenado ejecutoriamente el ayuntamiento de Arciniega á pagar cierta cantidad á D. Dionisio de Ribacoba (*18 de agosto de* 1847).

«Considerando: 1.° Que el juez de primera instancia de Orduña, prescindiendo arbitrariamente de la intervencion que correspondia y corresponde al promotor fiscal en este asunto, no solo desconoció el carácter de defensor de la real jurisdiccion ordinaria que dá al mismo el citado artículo 101 del reglamento de justicia, sino que infringió abiertamente el precepto espreso, impuesto sobre el particular por el art. 2.° tambien citado del Real decreto de 6 de junio de 1844, vigente á la incoacion de este conflicto:

2.° Que la infraccion de este precepto, reiterado en el Real decreto citado igualmente de 4 del próximo pasado junio, que ahora rige, al paso que no tiene disculpa alguna por la observacion que sobre ella hizo al juez la Diputacion general de Alava, cuando aun podia haber subsanado el defecto que encierra, anula manifiestamente las actuaciones posteriores al escrito del interesado, relativo á la primera comunicacion dirigida á aquel por el jefe político de la provincia, así como aun sin esto las anularia de todo punto la parte activa que dicha corporacion, no autorizada al efecto por disposicion alguna superior, se ha permitido tomar en este negocio, si al mismo tiempo no hubiese tomado dicho jefe político la que privativamente le competia y compete, segun los dos espresados Reales decretos.» (*Coleccion legislativa*, tomo 41, número 60.)

(2) Declaracion de mal formada y no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de Búrgos, con motivo de la ejecucion despachada contra el alcalde de aquella capital, como director de los establecimientos de Beneficencia de la misma (*20 de junio de* 1849).

«Considerando que esta disposicion (*el art.* 8.° *del Real decreto de 4 de junio de* 1847) ha sido infringida en el presente caso por no haber dado á la parte ejecutada la intervencion que la misma le reserva en el incidente de que se trata.» (*Coleccion legislativa*, tomo 47, núm. 32.)

(1) Declaracion de mal formada, y que no hay lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Alicante y el juez de primera instancia de Novelda, con motivo de la sociedad celebrada entre D. Francisco Navarro y Moya, y el hijo de su fiador D. Juan Bautista Maestre (*8 de octubre de* 1851).

»Considerando que la circunstancia de ser una de estas partes la que haya promovido el requerimiento, no puede dispensar el trámite esencial prescrito por la disposicion que se acaba de citar (*art.* 8.° *del Real decreto de 4 de junio de* 1847), de oirla sobre este punto, porque no de otro modo se verá cumplido el objeto del legislador, que no pudo ser sino el de que hubiese controversia entre los interesados, y que el juez al fallar tomase en cuenta los alegatos ó refutaciones respectivas.» (*Coleccion legislativa*, tomo 54, núm. 40.)

(2) Arts. 8.° y 21.

(3) Art. 9.° de id.

(4) Reales órdenes de 5 de mayo y 22 de julio de 1852. Esta última dice así:

«A consecuencia de repetidas escitaciones he-

Si la competencia se siguiera con tribunales, que conociesen del asunto que la motivó en segunda ó tercera instancia, el fallo de éstos no será susceptible de ulterior recurso; pero no si fuese con un juzgado de primera. En este caso, bien se haya declarado competente ó incompetente, las partes pueden apelar, debiendo otorgárseles el recurso en ambos efectos, sustanciándose éste con los mismos términos y por los mismos trámites que en la primera instancia. El fallo, que en este caso dicte el tribunal de apelacion, tampoco es susceptible de ulterior recurso (1). De suerte que no se considerará firme el auto definitivo del artículo entre tanto que, ó bien no sea fallado en apelacion, si se ha interpuesto este recurso; ó bien no hayan trascurrido los cinco dias que las partes tienen para interponerlo. Y decimos que tienen *cinco dias*, porque no disponiendo cosa alguna sobre este particular el Real decreto de 1847, debe estarse á la legislacion comun.

Tampoco se fija en dicho Real decreto el término, dentro del cual los jueces y tribunales hayan de dictar su fallo en el artículo de competencia; pero de su espíritu y de la naturaleza de estos negocios se deduce, que deben verificarlo inmediatamente despues de la vista, sin dar lugar á dilaciones innecesarias. Siguiendo tambien sobre este punto la legislacion comun á falta de disposicion especial, dicho término no deberá esceder de los tres dias siguientes al en que se haya concluido la vista, que señala el art. 348 de la ley de Enjuiciamiento civil para dictar sentencia en los incidentes, ó artículos de prévio y especial pronunciamiento, á cuya clase pertenece el de que se trata.

Cuando el juez ó tribunal requerido se declare incompetente por sentencia firme, debe remitir, dentro de segundo dia, los autos formados sobre el negocio, que dió márgen á la contienda, al gobernador de la provincia, si se hallan en primera instancia; y al Gobierno directamente, por conducto del ministerio de la Gobernacion, si pendieren en segunda ó ulteriores instancias (1). En tales casos el escribano actuario debe poner en un libro, destinado á este objeto, un sucinto estracto de los autos, y certificacion de su remesa (2), ó sea lo que se llama testimonio de resguardo.

Y si el juez ó tribunal requerido se declarase incompetente, luego que quede firme la sentencia, exhortará sin dilacion al gobernador requirente, á fin de que deje espedita su jurisdiccion, ó de lo contrario tenga por formada la competencia. En el exhorto se insertarán los dictámenes emitidos por el ministerio fiscal en todas las instancias, que haya seguido el artículo de que se trata, y los autos motivados que hubiesen recaido en cada una de ellas (3). El Real decreto no exige que tambien se inserten los escritos de las partes, ni es, en efecto, necesaria esta insercion, porque estas mas bien espondrán las razones que favorezcan su interés individual, que las que tiendan á sostener el interés público de integridad de ambas jurisdicciones: además de que, debiendo ser fundadas las sentencias,

chas por el Consejo Real al tiempo de consultar algunas decisiones de competencias suscitadas entre las autoridades judiciales y las administrativas, llamando la atencion sobre la inobservancia que generalmente se advierte en los tribunales y juzgados dependientes de este Ministerio (el de Gracia y Justicia), respecto del art. 9.° del Real decreto de 4 de junio de 1847, por el que se manda fundar en hecho y en derecho los fallos en que aquellos se declaren competentes ó incompetentes, S. M. la Reina (Q. D. G.) se ha servido mandar se recuerde muy particularmente á todos los tribunales y juzgados referidos el deber que les impone la citada Real disposicion, á fin de que tenga el debido cumplimiento, segun exige la regularidad y exactitud del buen servicio.»

(1) Art. 10 del citado Real decreto.

(1) Art. 11 del Real decreto citado, y Real órden de 20 de abril de 1848. Dice así esta Real órden:

«Habiéndose suscitado algunas dudas acerca del curso que deban dar los tribunales ordinarios á los pleitos, de cuyo conocimiento se inhibieren, declarando corresponder á la Administracion, y en vista de lo informado sobre este punto por el Consejo Real, ha tenido á bien disponer S. M. que en lo sucesivo se remitan á los jefes políticos de las respectivas provincias los pleitos en que hubiere lugar á la espresada inhibicion, si estos se hallasen en primera instancia, y al Gobierno directamente, por conducto del ministerio de la Gobernacion, cuando pendieren en segunda ó ulteriores instancias.»

(2) El mismo art. 11 del Real decreto citado.

(3) Art. 12 de id.

como hemos dicho, en sus *Considerandos* se espondrán las principales razones por aquellas alegadas. Si el juez ó tribunal no insertase en el exhorto el dictámen ó los dictámenes fiscales, ó no acompañase las copias de estos, incurrirá en un vicio de sustanciacion, que producirá la nulidad de todo lo actuado posteriormente (1).

El gobernador, luego que reciba el exhorto, oirá al Consejo provincial, y contestará al juez ó tribunal requerido dentro de tres dias de recibido aquel, separándose de la competencia, ó insistiendo en ella. En el primer caso quedará libre la autoridad judicial en su jurisdiccion, y podrá proseguir conociendo del negocio. En el segundo, remitirán ambas autoridades por el primer correo al Ministro de la Gobernacion las actuaciones que ante cada cual se hubiesen instruido, haciendo antes poner al oficial público, á quien corresponda, un estracto de ellas, igual al que ya se deja indicado, en un libro destinado al efecto, y aviándose mútuamente la remesa, sin ulterior procedimiento (2).

En uno y otro caso, es tan esencial la audiencia prévia del Consejo provincial, que su omision, ó la falta de testimonio en las actuaciones de haberlo así verificado, es un vicio sustancial en el procedimiento, que produce la nulidad de lo actuado posteriormente (3).

Y en efecto, la audiencia del Consejo provincial, no solo es conveniente; sino indispensable para evitar que el gobernador provoque competencias injustas é infundadas, convirtiendo así este recurso, creado para conservar la integridad de las jurisdicciones, en una poderosa causa para lastimarla.

Aunque el Real decreto de 1847 previene que el gobernador conteste al exhorto del juez ó tribunal en el término de tres dias, no debe deducirse, que si no lo biciere, no podrá contestar despues, aunque no hubiese tenido una razonable causa para dejar de hacerlo: en este caso, quedará tan solo sujeto á responsabilidad por su morosidad, pero no podrá perjudicar con su falta la integridad de la Administracion (1). Este término no está fijado en beneficio del gobernador, para que

(1) Declaracion de mal formada y de no haber lugar á decidir la competencia entre el jefe político de Leon y el juez de primera instancia de Sahagun, con motivo de haber prendado dos vecinos de Villaminar, por mandato del alcalde pedáneo, los ganados de Castroañe, Santa María del Rio y otros pueblos (3 *de enero de* 1849). Léese en ella:

»Visto el art. 12 del mismo Real decreto (*de 4 de junio de* 1847), que previene se inserte el dictámen del ministerio fiscal en el exhorto que el requerido dirija, cuando se declare competente, al jefe político.

Considerando que la contravencion en el presente caso á estas disposiciones produce un vicio sustancial en lo actuado.» (*Coleccion legislativa*, tomo 46, núm. 7.)

(2) Arts. 13, 14 y 15 del Real decreto citado.

(3) Declaracion de mal formada y no haber lugar á decidir la competencia suscitada entre el gobernador de Granada y el juez de primera instancia de Guadix, sobre conocimiento del juicio intentado por varios vecinos de esta ciudad contra el alcalde de Albuñan, que habia conseguido por auto restitutorio el aprovechamiento de las aguas de la acequia de Guadix (22 *de junio de* 1853).

«Considerando que la audiencia del Consejo provincial por parte de los gobernadores, introducida con el objeto de evitar en lo posible la suscitacion de conflictos indebidos é infundados, y de procurar que los mismos se formalicen y eleven á mi conocimiento, cuando tengan racional fundamento, es, segun los términos del artículo citado, un trámite indispensable, y que por lo tanto, su inobservancia no puede menos de calificarse de vicio sustancial de la tramitacion.» (*Coleccion legislativa*, tomo 59, núm. 18.)

El mismo principio se consigna en las decisiones de competencia entre el jefe político de Badajoz y el juez de primera instancia de Fuente de Cantos (18 *de abril de* 1849, tomo 46, núm. 21, *Coleccion legislativa*); el gobernador de Almería y el juez de primera instancia de Canjayar (20 *de agosto de* 1852, tomo 56, núm. 52 *de id.*), y en otras.

(1) Decision de la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de Lugo, con motivo de una Real órden espedida por el Ministerio de la Gobernacion, sobre espropiacion de una casa de baños (27 *de octubre de* 1847). Su último considerando dice así:

«Considerando: ... 6.° Que la cualidad de improrogables, que el citado artículo 21 del Real decreto de 4 de junio de este año (*de* 1847) dá á los términos señalados en él á los jefes políticos y á los jueces y tribunales, no invalida lo que cualquiera de ellos practicase conforme al Real decreto despues de trascurridos, ni hace caducar el derecho respectivo de los mismos, ya porque el decreto no lo declara espresamente así, ya tambien porque estos términos se conceden, no para el uso de un derecho renunciable, sino para el cumplimiento de un deber, que tiene por principal fin conservar, mediante las contiendas de jurisdiccion y atribuciones, la mútua independencia constitucional del órden judiciario y el administrativo.» (*Coleccion legislativa, tomo 42, núm. 80.*)

su trascurso haga caducar la obligacion que la ley le impone: tiene tan solo un objeto secundario comparado con otro mas alto, cual es la observancia de las leyes, que organizan los poderes públicos; y se halla establecido en obsequio á la brevedad y urgencia de los recursos de este género.

El Real decreto de 1847 se concreta á prohibir al juez ó tribunal requerido de inhibicion por el gobernador, que continúe procediendo en el asunto mientras que su jurisdiccion no quede espedita por la decision á su favor del conflicto, ó por desistimiento de la autoridad requirente (1). No obstante, debe estenderse la prohibicion á esta en idéntico caso, si la urgencia de la materia á ello no se opone, pues entonces podrá adoptar las medidas indispensables (2). De lo contrario incurriria en la multa de 20 á 200 duros con que el art. 309 del Código penal castiga el delito del funcionario público, que, legalmente requerido de inhibicion, no se abstiene de conocer.

El Real decreto de 6 de junio de 1844 prescribia que cada una de las autoridades contendientes remitiera las actuaciones al Ministro de que dependiese; mas en el de 1847 se previno que ambas las remitiesen al de la Gobernacion, con el fin de evitar dilaciones y estravíos. Sin embargo, se introdujo la práctica por algunas autoridades judiciales de enviar los autos á dicho ministerio por conducto del suyo respectivo; práctica, que á propuesta del Consejo Real fué reprobada en la Real órden de 18 de noviembre de 1849, espedida por el ministerio de Hacienda para las autoridades judiciales que de él dependen, en la que se determinó que la remesa se hiciese directamente al ministerio de la Gobernacion, sin perjuicio de dar á aquel el oportuno aviso, y de lo demás que la autoridad remitente crea conveniente comunicarle, ó esponerlo sobre el particular (1). Así se practica tambien generalmente en los demás tribunales y juzgados.

Quedan espuestos los procedimientos que han de emplearse para promover y sustanciar las competencias de que tratamos. Réstanos advertir que, aun cuando alguna de las

---

(1) Art. 7.° del R. dec. de 4 de junio de 1847.

(2) Decision á favor de la Administracion, de la competencia suscitada entre el gobernador de la provincia de Salamanca y el juez de primera instancia de Sequeros, con motivo de cierta reclamacion de D. Pedro María Fernandez contra esta villa (*9 de julio de* 1852).

«Considerando: Que de las comunicaciones que han mediado últimamente aparece que con posterioridad á la remision del espediente y autos al Ministerio de la Gobernacion, y antes de decidida esta competencia, el gobernador ha continuado procediendo, por lo cual ha contravenido á lo dispuesto en el Real decreto de 4 de junio de 1847, é incurrido en la responsabilidad de que habla el art. 309 del Código penal.» (*Coleccion legislativa*, tomo 56, núm. 43.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el gobernador de Ciudad-Real y el juez de primera instancia de Infantes, en el incidente promovido por D. José Lopez de Nebreda sobre aprovechamiento de pastos de unos terrenos de su propiedad lindantes con el comun (*30 de noviembre de* 1853).

«Considerando: Que el proceder del gobernador comunicando al alcalde, despues de haber requerido de inhibicion al juzgado de primera instancia, la órden en virtud de la cual procedió este último funcionario á arrojar por segunda vez los ganados de Nebreda de los terrenos en cuestion, es contrario al espíritu del art. 7.° del Real decreto de 4 de junio de 1847, el que si bien al disponer que las actuaciones queden paralizadas tan luego como el gobernador provoque la competencia, se refiere únicamente al tribunal ó juzgado requerido de inhibicion; sin embargo, como el objeto de dicha disposicion es impedir la adopcion de toda providencia desde que por la provocacion del conflicto se hace dudosa su jurisdiccion, no puede menos de considerarse estensiva al requirente en los casos que lo permita la materia de la disputa, y que esta no sea de naturaleza urgente, como en el presente sucede.» (*Coleccion legislativa*, tomo 60, número 44.)

(1) La Real órden citada de 18 de noviembre de 1849, dice así: «Conformándose la Reina con lo espuesto por el Consejo Real en comunicacion que se trasmitió por el ministerio de la Gobernacion del reino á este de Hacienda, relativa á que por todos los ministerios se diga á las autoridades judiciales y administrativas, que de entender en algun conflicto de los que trata el Real decreto de 4 de junio de 1847, cumplan estrictamente con su artículo 15, remitiendo directamente al ministerio de la Gobernacion, y no por medio del que dependan, los respectivos autos; ha tenido á bien resolver que todas las autoridades dependientes de este ministerio remitan directamente al de la Gobernacion los autos integros y originales relativos á las competencias cuya decision está cometida al Consejo Real, sin perjuicio de que oportunamente pongan en conocimiento de este de Hacienda la fecha de su remision, y lo mismo cuanto crea conveniente esponer en el particular.»

autoridades contendientes falte á las formas ó trámites establecidos en el Real decreto de 4 de junio de 1847, que es la ley del caso, no está facultada la otra para negarse á suspender sus procedimientos ó á continuar la contienda, so pretesto de estar mal formada la competencia.

Podrá, sí, y aun deberá advertir á la otra autoridad la omision ó defectos en que haya incurrido acaso, para que los subsane, y evitar de este modo la nulidad de los procedimientos ulteriores; pero de ningun modo puede negarse por tal motivo á admitir y continuar la contienda. Esto equivaldria á arrogarse una de las dos autoridades contendientes la facultad de declarar mal formada la competencia, lo cual es atribucion del Supremo Gobierno, á quien corresponde dirimirla; y la de juzgar acerca de la legalidad de los actos de la otra, quedando así en su mano el cerrar la puerta á la contienda, aumentando el conflicto, lo cual es inadmisible en buenos principios. Esta doctrina se halla tambien sancionada por el Gobierno, á consulta del Consejo de Estado (1).

Finalmente, las autoridades administrativas y judiciales deben tener siempre presente que el art. 308 del Código penal impone la pena de suspension á cualquiera de ellas que se arrogue atribuciones que no le competen. Sin embargo, este artículo no podrá aplicarse en todo caso al funcionario que hubiese perdido la competencia, que sostuvo, si no intervino por su parte mala fé, porque el deslinde de atribuciones de ambas jurisdicciones es una cuestion en sí abstracta y difícil, en la cual es muy posible errar, sin que en el que yerra pueda hallarse la malicia que debe concurrir para que haya delito. Pero así como respecto al fondo es disculpable y no merece pena, ni aun correccion gubernativa, el mayor número de los errores en que por las autoridades contendientes se incurra; así, por el contrario, no tienen escusa legítima las faltas cometidas en la sustanciacion, haciéndose acreedores los infractores á alguna correccion, si por la cualidad de la falta no hubiere lugar á imposicion de pena.

Para evitar en lo posible estos dos géneros de defectos en el fondo y en la forma, y lograr que no se invierta el tiempo en sostener y sustanciar competencias injustas, ó nulas en la tramitacion, por parte de cualquiera de las dos autoridades contendientes, el fiscal de S. M. en el Tribunal Supremo de Justicia dispuso (1) que los promotores remitan inmediatamente copia á los fiscales, sus inmediatos superiores, del escrito en que, en uso de la vista, que del incidente les haya concedido el juzgado, se opongan á la inhibicion reclamada por el gobernador. Tambien previno que aquellos comuniquen á estos, concluida la sustanciacion de la competencia, las faltas en que sobre este punto hayan observado haber incurrido las autoridades que intervinieron en el conflicto, á fin de que los fiscales puedan

(1) Resolucion *de 16 de marzo de* 1850, á consulta del Consejo de Estado, negando la autorizacion solicitada del Gobierno por el Tribunal Supremo de Justicia, para procesar á D. Juan Jimenez Cuenca, gobernador de la provincia de Sevilla, por haber dejado sin efecto é impedido con fuerza armada la ejecucion de una providencia judicial, dictada en un interdicto de despojo, entablado por parte del duque de Berwik y Alba. Sus dos primeros considerandos dicen así:

«Considerando: 1.° Que la declaracion de si una competencia está mal formada por omision ó defectos de los trámites establecidos en el Real decreto (*de 4 de junio de* 1847) y Real órden (*de 23 de marzo de* 1850) que se han mencionado, es atribucion del supremo Gobierno, ajena de todo punto á las autoridades, ya gubernativa, ya judicial, encargadas respectivamente de someter á esos mismos trámites la sustanciacion de tales conflictos:

2.° Que no ha podido por lo mismo la Sala estraordinaria de la Audiencia de Sevilla decidir sobre la forma del requerimiento de inhibicion, que dirigió al juez de primera instancia, con arreglo al artículo 6.° del espresado Real decreto, la autoridad gubernativa, singularmente facultada para promover competencias en nombre de la Administracion; y es evidente que al mandar al propio tiempo la Sala la continuacion del procedimiento del interdicto, que habia dejado en suspenso el juez, conforme al art. 7.° del propio Real decreto, cerró al representante mas autorizado de la Administracion en la provincia el camino legal, que siempre debe tener espedito, para reclamar de los tribunales de justicia el conocimiento de los negocios de naturaleza urgente, que crea administrativos, cualquiera que sea el grado de su trascendencia.» (*Gaceta de Madrid del dia* 23 *de marzo de* 1850.)

(1) Circular de 10 de febrero de 1849, §. 18.

ponerlo en conocimiento de su superior, y este hacerlas presentes al Gobierno de S. M. para evitar su repeticion, y no entorpecer inútilmente la accion de la Administracion ó de la justicia; debiendo los fiscales de S. M. en las Audiencias velar con esquisito celo, á fin de que los promotores jóvenes ó poco prácticos, llevados de un celo exagerado á favor de la jurisdiccion ordinaria, no apoyen competencias, que no tengan razon fundada en que sostenerse.

§. 4.° *A quién toca resolver las competencias entre las autoridades administrativas y las judiciales.*

Las contiendas sobre jurisdiccion entre dos autoridades de órdenes distintos deben ser resueltas por el superior comun. De este modo se evitarán los efectos de la parcialidad, que seria de temer, si el superior de uno de ellos fuera el encargado por la ley para dirimir los conflictos, que naciesen entre ambos.

De esta ligera indicacion se deduce que las contiendas entre una autoridad judicial y otra administrativa, sobre jurisdiccion, deben ser decididas por la Corona. Cierto es que el supremo poder ejecutivo, que á esta corresponde, es la base y orígen de la Administracion, y que los Ministros, que lo ejercen, son como el primer eslabon de esa inmensa cadena, formada por los ajentes administrativos. Por esta razon no faltan escritores que pretenden privarles del derecho de decidir esta clase de cuestiones, llevándolas al poder legislativo.

Pero al mismo tiempo, y en una consideracion mas elevada, la Corona, que es la fuente del órden administrativo, es tambien el regulador de todas las jurisdicciones establecidas por la ley, el moderador de todos los poderes públicos, y á quien está encomendado el ejercicio del ejecutivo, que dá orígen á sus dos ramas: la accion administrativa, y la judicial. De suerte que la Corona, al resolver las competencias suscitadas entre los funcionarios de estos dos órdenes, no obra como jefe inmediato de la Administracion; sino como fuente y orígen de ambos. No es por consiguiente de temer la parcialidad, que por otra parte tiene su correctivo en la responsabilidad de los Ministros.

Además, el poder judicial en su mas alto grado no podría ejercer este importantísimo derecho, si habia de conservarse libre la Administracion en su desenvolvimiento y aplicacion, porque, garantido con la inamovilidad, de que le rodea la ley fundamental, no tiene en sí mismo una cortapisa á sus posibles invasiones. El poder legislativo no era factible tampoco que ejerciese esta facultad en el inmenso número de casos que se presentan en la práctica, y porque no es propio de su naturaleza este género de cuestiones prácticas, y de aplicacion de las leyes, que él mismo ha formado. Por consiguiente, forzoso será siempre acudir al poder supremo ejecutivo, aunque no sea por otra razon, prescindiendo de las espuestas, que porque el ejercicio de este derecho ofrecerá en él menos inconvenientes que en los demas. Así está prescrito por el art. 1.° del Real decreto de 4 de junio de 1847.

Mas no se crea que el supremo poder ejecutivo puede decidir por sí mismo las competencias sin sujetarse á ninguna formalidad: la misma Real disposicion prescribe las que se han de observar, para dar á la decision mayores garantías de acierto. Son las siguientes:

El Ministro de la Gobernacion acusará el recibo á las autoridades, que han rémitido los autos (1), porque es posible su estravío, en cuyo caso se supliria la falta remitiendo los contendientes copia de los estractos, que, como se ha dicho, han debido formar y anotar en un libro especial; y en los dos siguientes dias á haberlos recibido, los pasará al Consejo Real, hoy de Estado. Segun la nueva ley sobre organizacion y atribuciones de esta alta institucion, el Consejo de Estado deberá ser oido *necesariamente y en pleno* sobre esta clase de contiendas (2).

(1) Art. 16 del Real decreto de 4 de junio de 1847.

(2) Art. 45, caso 9.° de dicha ley del Consejo de Estado. Al entrar en prensa este pliego ha sido publicada en la *Gaceta* de 1.° de setiembre de 1860: la fecha de su sancion es de 17 de agosto anterior. Esta ley es la misma á que nos hemos referido anteriormente, en la columna 2.ª de la pág. 170.

La secretaría del Consejo, en la cual se habrán recibido las actuaciones de ambos contendientes, dirigidas por el Ministerio de la Gobernacion, las pasará á la seccion de Gracia y Justicia, la cual, despues de verificada la instruccion, que crea oportuna, propondrá al Consejo pleno el proyecto de consulta, que estime procedente. El Consejo tiene obligacion de remitirla con los autos originales al Ministerio de la Gobernacion, en el término de dos meses, contados desde el dia del recibo en su secretaría. Al mismo tiempo remitirá copia de la consulta que haya emitido al Ministerio ó Ministerios, de los cuales dependan las autoridades judiciales, con quienes se hubiese seguido la contienda (1).

Si el Ministro de la Gobernacion, ó cualquiera de los otros, no estuviere conforme con lo consultado por el Consejo, puede pedir los autos originales para instruccion (2). El Real decreto no fijaba término en que debiera esto hacerse, siguiéndose de aquí que á veces no era posible publicar la Real resolucion dentro del tiempo señalado. Para evitar este inconveniente se dispuso por Real decreto de 3 de agosto de 1847, que, trascurridos quince dias, contados desde el de la remesa de la consulta, y de sus copias, hecha por el Consejo, sin que ninguno de los Ministros reclame los autos, se entiende que se conforman todos con la consulta de aquel. En este caso el Ministro de la Gobernacion la propondrá á S. M., y se publicará motivada, en forma de Real decreto, refrendado por éste, en el término de un mes, contado desde la fecha de la consulta (3).

En caso de disenso de alguno de los Ministros, se discutirá y votará en el Consejo de gabinete, formando resolucion la que obtenga mayoría de votos, que se propondrá á S. M. por acuerdo del mismo Consejo (4), publicándose en la forma antedicha, refrendada por el Presidente, y en el propio término que la anterior, comunicándose dentro del mismo, en uno y otro caso, á los contendientes para los efectos oportunos, y remitiéndose los autos á aquel, á cuyo favor se hubiese decidido la competencia.

Los términos señalados son fatales é improrogables (1), por la razon que hemos espuesto, al hablar de los fijados para los procedimientos correspondientes al gobernador.

(1) Real decreto citado, artículos 17 y 18.
(2) Art. 19 de id.
(3) Art. 20 de id.
(4) Art. 19 de id.

SECCION VII.

DE LA AUTORIZACION, QUE NECESITAN LOS TRIBUNALES, PARA ENCAUSAR Á LOS EMPLEADOS DE LA ADMINISTRACION POR ABUSOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES.

Grave por demás es la cuestion que aquí se enuncia. Segun la Constitucion política, los jueces y magistrados son inamovibles: á ellos solos toca el juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado: ¡y, sin embargo, necesitan, en casos dados, de autorizacion estraña para juzgar! Y la escepcion correrá en su inmensa escala, desde el mas ínfimo de los funcionarios del órden administrativo, hasta el jefe mas elevado: comprenderá, aun á los legisladores: ni el senador, ni el diputado podrán ser encausados sin autorizacion. ¿A qué queda, pues, reducido el magnífico y salvador principio constitucional, arriba indicado?

Pero la Administracion es una providencia en la sociedad: obra, y tiene que obrar en cada momento: necesita libertad de accion: ¿cómo la tendrá, cómo realizará su fin, si otro poder, usando ó abusando, la detiene, y puede detener á cada instante? Y el administrar, el fomentar y procurar el bien administrativo, el precaver el mal, el contenerlo, el repararlo sin dilacion, si dado fuere, es tambien principio constitucional: es condicion de existencia social: es ley irreprochable del buen sentido.

El conciliar, pues, los dos principios insinuados; no el sostenerlos en absoluto, es el oficio del legislador: el esponerlos, armonizándolos, el oficio del publicista: y esta es

(1) Art. 21 de id.

nuestra tarea, árdua y trabajosa por cierto, en la presente seccion; si ya no lo fuese en todo el presente artículo, en que por causa de la materia, y no por nuestra eleccion, nos es imposible el laconismo.

Otra declaracion tenemos que hacer aun. Al esponer lo que ya es, no como quiera, teoría; sino derecho constituido en la mayor parte de las naciones de regular organizacion, ha de parecer que los autores de la Enciclopedia Española de Derecho y Administracion son partidarios de la *autorizacion*, á que se refiere la seccion presente. Es todo lo contrario. En sus hábitos, en sus simpatías lo querrian todo; todo género de independencia, de supremacía, y de prestigio para el poder judicial: no querrian ningun género de autorizacion, ni traba. Pero la cuestion no es de sentimiento, ni de simpatías: es de necesidad política, y, dada la actual organizacion constitucional de los pueblos, es de ciencia administrativa, por lo cual, sin duda, es tambien ya en los mas de derecho constituido. No está, pues, en manos del escritor el impedir que la autorizacion sea necesaria; está solo el esponerla como teoría y como derecho; si bien declarando, como hicimos en la cuarta seccion, que si en abstracto la teoría se presenta espedita, está en la práctica herizada de dificultades.

Viniendo ya á la teoría, la independencia armónica de las autoridades administrativas y judiciales: la conveniencia de no someter la apreciacion de ciertos actos de las primeras á la inflexibilidad de los principios que determinan las resoluciones de las segundas: el deseo de que la libre y espontánea accion administrativa no sea detenida, con público é inevitable perjuicio, en su rápida marcha por obstáculos invencibles: la necesidad de atender á la proteccion constante de los intereses sociales: el peligro de que las personas, á quienes encomiendan y encargan las leyes tan alta proteccion, no ostenten en circunstancias críticas todo el celo, energía y actividad, que sus importantes funciones exigen, por temor de verse envueltas en procesos judiciales: la justicia y utilidad pública de poner á las autoridades al abrigo de rencores y enemistades, que puede suscitar contra ellas el severo é imparcial cumplimiento de sus deberes; y, sobre todo, las consecuencias lógicas de las reglas, que hemos establecido en las secciones anteriores, para separar, armonizando, las respectivas é independientes funciones de los poderes públicos, todas estas causas han hecho en España y en la mayor parte de los pueblos, con especialidad en los regidos constitucionalmente, elevar á disposicion legislativa la teoría de que los jueces y tribunales no puedan proceder contra los ajentes de la Administracion, por abusos cometidos en el ejercicio de sus cargos, sin obtener prévia autorizacion.

No ha faltado, empero, en España y fuera de España quien haya levantado su voz contra esta doctrina. Ella, en concepto de algunos, amenaza la seguridad individual, deprime las funciones judiciales, y usurpa atribuciones que la Constitucion confiere esclusivamente á los tribunales. Segun otros, pone en contradiccion las leyes, que por una parte declaran inamobibles á los jueces y magistrados, para asegurar la independencia de los mismos contra el único poder que podia hacer una arma de la amobilidad, y por otra permiten al Gobierno sustraer á su jurisdiccion todas las cuestiones, en que esta garantía asegura una proteccion á los ciudadanos (1).

Pero cualesquiera que sean las prevenciones y los temores á que la espresada teoría dé lugar, es lo cierto, y preciso reconocer que la justicia y la administracion, y ya lo hemos indicado anteriormente, tienen distintas esferas de accion, y por lo mismo, diverso modo de obrar. La primera no es ciertamente un poder arbitrario: su regla es la ley, y la aplica impasible, justa ó injusta, beneficiosa ó funesta, sin cuidarse de las consecuencias buenas ó malas, que pueden producir sus actos. La segunda, por el contrario, ejerce un poder discrecional: subordina su accion á las necesidades de los tiempos y de los lugares: no hace alarde de inflexibilidad: el interés público es

(1) Vivien, *Estudios administrativos*, parte 1.ª, cap. 3.º

su norte, y vive sujeta á variaciones, como los objetos propios de su dominio. Aquella dice, *hágase justicia, y húndase el Cielo*: esta, cuando no puede á otro precio, salva al Estado á costa de las leyes.

Dedúcese de aquí la necesidad de dejar á cada cual obrar en su propio círculo, y dentro de él apreciar sus propios actos; y la conveniencia de impedir que los jueces y magistrados vengan, con su rigoroso criterio, aplicando principios de derecho estricto, á calificar y juzgar acuerdos, que la autoridad administrativa ejecutó, tomando en cuenta, quizá, intereses del momento, razones de utilidad y reglas prudenciales: y vice versa, la de evitar que los asuntos judiciales, que exigen formas solemnes y principios fijos para ser decididos, sean apreciados directa ni indirectamente por funcionarios, que no obran segun aquellos principios fijos, ni con aquellas formas solemnes, sino en virtud de facultades discrecionales.

Ahora bien: semejante deslinde de funciones no puede sostenerse, sin admitir en principios la necesidad de la autorizacion. Los depositarios del poder público no deben ser considerados aisladamente; sino relacionados con sus superiores y subordinados. Por eso han sido considerados como una pirámide, que se estiende sin cesar desde la cúspide á la base, desde cuyo mas alto punto el Rey y sus Ministros dan impulso y movimiento á todos los ajentes administrativos, gerárquicamente organizados, y repartidos en el territorio del Estado.

Así es que estos no siempre obran espontáneamente, ni en todos los casos incurren en la misma responsabilidad. Unas veces adoptan por sí resoluciones, que sus superiores confirman: otras veces estos no las aprueban; y en muchas ocasiones obran aquellos solo cumpliendo órdenes, que les trasmiten sus inmediatos jefes.

Su responsabilidad varía en todos estos casos ante la razon y las leyes. Para determinarla, habrá, pues, que examinar, si el funcionario obró ó no dentro del círculo de sus atribuciones; si cumplió ó no con lo que las leyes, decretos, instrucciones ó reglamentos determinan; si usó ó abusó de sus facultades; en una palabra, si delinquió, ó no delinquió al ejercer su cargo.

Estas cuestiones, racionalmente prévias, lógicamente prejudiciales del procedimiento criminal, son por su naturaleza esclusivamente administrativas, como que versan todas ellas sobre la apreciacion, inteligencia é interpretacion de actos administrativos. ¿Qué datos, qué ilustracion, qué medios, qué competencia pueden alegar los tribunales para juzgar con acierto de la conducta de una autoridad gubernativa? A la Administracion, que conoce sus propios recursos, las necesidades públicas, los peligros del dia, los deberes de cada servicio, sus exigencias y sus reglas, es á quien toca resolver en tan delicada materia; no á aquellos, cuyos hábitos y formas repugnan los negocios públicos, y se prestan mal á transigir con apreciaciones, que llevan siempre consigo algo de arbitrario.

Cierto que al fin juzgarán, si se concede la autorizacion; pero en primer lugar será cuando ya no perturben la marcha administrativa, arrancando de su puesto é incapacitando al funcionario, antes que sus jefes respectivos hayan podido proveer á que la Administracion no cese; y aun antes de que lo sepan: y en segundo, en el caso supuesto, no juzgarán realmente los tribunales de un *acto administrativo* precisamente; sino de una *infraccion de ley comun*, ó especial, que revistió el carácter, ó apariencias de acto administrativo; siendo realmente punible abuso. Pero entre tanto, es la autoridad que puede, la única competente, la mas competente en todo caso, la que juzga si el acto fué administrativo, y cuándo empezó ó no á ser *justiciable*. Desde que aparece justiciable, la autorizacion se concede, ó debe concederse, en lo que se concilia y salva la armonía posible entre los dos principios, vitales ambos, y que aparecen opuestos.

Es, pues, preciso renunciar á conservar la division de los poderes públicos, ó negar á las autoridades judiciales que sin prévia autorizacion procedan contra los funcionarios, por abusos cometidos en el ejercicio de su cargo; porque de otro modo la Administra-

cion queda subordinada á un poder, que resiste toda clase de influencias, aun cuando se le venga hablando en nombre del interés público, y que funda su gloria en aplicar la ley siempre con el mismo pensamiento, y siempre con el mismo espíritu, lo cual es notoriamente incompatible con las múltiples y variables necesidades á que aquella debe proveer.

¿Qué peligro corre por ello la seguridad individual? En nuestro concepto ninguno. Se puede ciertamente abusar del principio, y á su sombra dejar impunes hechos, que merezcan severo castigo. ¿Pero qué institucion se ha condenado por esto? Estúdiese y medítese sobre tan importante materia: adóptense precauciones: establézcanse escepciones: dénse reglas para no confundir los delitos, que se cometan en el ejercicio y fuera del ejercicio de funciones públicas: fíjense plazos, en los cuales haya necesidad de conceder ó negar la autorizacion: exíjase la responsabilidad á los que sean causa de que no se haga una cosa ni otra: dése en estos casos al órden judicial libertad para proceder, y desaparecerán casi todos los inconvenientes y males que sin duda puede imputar la necesidad de autorizacion.

La garantía de la seguridad personal debe buscarse en otra parte. Si existe completa en Inglaterra, no es porque allí no sea conocida la autorizacion; sino por efecto de las leyes y costumbres protectoras, escrupulosamente observadas, que, como la conocida con el nombre de *Habeas corpus*, aseguran las libertades y derechos del individuo.

Un escritor, á quien ya hemos citado (1), y que no puede ser tachado como parcial partidario de la autorizacion, ha observado con razon que no se puede comparar en este punto una nacion con otra, y que lo que es sencillo, lógico y sin inconvenientes en un país estranjero, puede ser peligroso é inaplicable en el país propio. «La diferencia de sistemas, dice, ha producido las diferencias de legislaciones. La ley inglesa y la ley americana se limitan á prever y reglamentar todos los casos. Como se aplican, en lo general, por ajentes, que no dependen del Gobierno, es necesario que sean precisas, imperativas y terminantes. Ningun poder secundario está encargado de suplir sus omisiones, y nada dejan al buen criterio de los que deben ejecutarlas. Como la ejecucion es un acto, por decirlo así, mecánico, y la Administracion, bajo el imperio de la ley, un ajente ciego, destinado á leer un testo y seguirle literalmente, solo necesita, como dice Montesquieu, tener ojos. Basta al legislador, para conseguir su objeto, señalar una pena á la infraccion de cada una de sus prescripciones, é imponerla al que por incuria ó malicia las quebrante.»

«Que la autoridad judicial pronuncie esta sentencia, como todas las otras, no es, por su parte, mezclarse en los negocios administrativos. Llamada únicamente á leer un testo legal, y á patentizar la realidad de su observancia ó violacion, lo cual es oficio del juez, no sale tampoco en este caso de sus propias atribuciones. Por otra parte, no se atreveria de ningun modo á suscitar embarazos á una Administracion con los brazos ya ligados, que carece de libertad, y cuyos deberes están escritos y señalados de antemano.»

«No sucede lo mismo, cuando la ley, como en Francia, se limita á promulgar algunos principios fundamentales, confiriendo poderes generales á la Administracion, y revistiéndola de ciertos derechos. El administrador no es ya un ejecutor servil, encerrado en los rigores de la letra. Arbitro verdadero, goza de libertad moral: debe apelar á su inteligencia, inquirir el pensamiento del legislador, con el que persigue un objeto comun, y del cual es tan intérprete como el Ministro. En este sistema, si la autoridad judicial estuviese facultada para anular los actos de los administradores, ó llamarlos indistintamente á su tribunal, podria someter la Administracion á una crítica general é ilimitada, absorberla por entero, y condenarla á la inaccion interrumpiendo su marcha.»

Hasta aquí Mr. Vivien. Sus razones son tan aplicables á España, como á Francia; porque entre nosotros la Administracion tiene tambien poder propio, vida propia, y derechos propios.

(1) Mr. Vivien.

Una gran ventaja lleva en la actualidad nuestro sistema al francés. Allí los publicistas y escritores juristas pueden hacer, y algunos han hecho, una gran objecion, contra las autorizaciones para procesar á los funcionarios, á saber: que la autoridad judicial carece de proteccion contra la administrativa; porque esta resuelve soberana é irresponsablemente, y puede, negando la autorizacion para procesar, impedir sin riesgo que sus ajentes sufran el castigo que merecen. Observacion que no tiene oportunidad, tratándose de países regidos constitucionalmente, como el nuestro; porque en ellos, la responsabilidad de los ajentes del poder, es condicion esencial de la libertad política, y uno de los principios fundamentales del Gobierno.

En España no hay acto administrativo, de que en realidad no sea responsable un funcionario público. Si no lo es el alcalde, porque obró en virtud de órdenes del gobernador de la provincia, ó porque este aprobó su conducta, lo será el mismo gobernador; y si tampoco este lo es, porque el Ministro tomó sobre sí la responsabilidad del hecho, al Ministro puede y debe, si hay motivo para ello, el Congreso de los Diputados exigir la correspondiente responsabilidad.

Este mismo principio de responsabilidad ministerial, tan invocado en los gobiernos representativos, saldria perjudicado sin la autorizacion; porque no se concebiria bien, y se aplicaria peor, sin conceder á los Ministros ámplia facultad para aprobar ó rechazar todos los actos de sus subordinados. Al comenzar una causa contra un funcionario, es indispensable, pues, saber si el hecho que la motiva es aceptado ó no como propio por la autoridad superior, y á esta necesidad cumplidamente se satisface, exigiendo la autorizacion; porque cuando se concede, declina el superior la responsabilidad del acto; y cuando la niega, hace suya la causa del subalterno, y supone que ha obrado en virtud de órdenes, instrucciones ó facultades, que se le dieron, ó de atribuciones anejas al ejercicio de su cargo.

El Gobierno debe proteccion á sus ajentes, encargados de deberes difíciles y peligrosos. Sin la necesidad de la autorizacion éstos quedarian desarmados enfrente de los enemigos, que hubieran podido adquirir en el imparcial desempeño de su cargo. Los que se creyeran agraviados podrian casi siempre causarles considerables perjuicios, presentando contra ellos ante los tribunales acusaciones criminales. Los funcionarios nunca encontrarian reparacion completa de estos daños; porque, aun en el caso de resultar en su dia inculpables, siempre vendríamos á parar en que el Gobierno tendria, desde que comenzase el procedimiento, que suspenderlos en sus destinos, ó pasar porque estuviesen representando su autoridad personas encausadas, lo que seria un gran desprestigio para la Administracion pública. Amenazados constantemente con los procesos judiciales, los ajentes administrativos se desalentarian fácilmente, y en vez de servidores decididos, el Gobierno solo tendria autoridades tímidas, que no estarian en ocasiones críticas á la altura de su mision. Las necesidades públicas á que la Administracion satisface, no siempre permiten espera. Hay ocasiones en que es necesario resolver en e acto, dictar órdenes en el acto, y hacerlas ejecutar en el acto. Y para medir la responsabilidad en tales casos, solo es competente la Administracion, porque solo ella puede apreciar bien todas las circunstancias que concurrieron cuando se adoptaron las medidas, y las necesidades públicas que se intentaron satisfacer.

Por otra parte, el Gobierno necesita tener en su mano un medio que le ofrezca seguridad de que su accion no puede por nadie ser detenida en momentos estraordinarios, y que le dé facilidad al mismo tiempo de protegerse á si mismo. Solo así puede cumplir su importantísima mision: solo así en circunstancias difíciles puede cubrir con su escudo los derechos colectivos, á cuya defensa se consagra. Un particular penetra en mi casa, y me obliga á salir de ella instantáneamente con toda mi familia: ¿quien negará que contra el que así ataca mis derechos puede desde luego comenzar á proceder el órden judicial? Pero si el que esto hace ejerce autoridad, ¿es el caso tan sencillo? Si lo ejecuta sin razon, sin mo-

tivo, sin mas fin que atropellarme, ¿quién duda que hay aquí una responsabilidad que exigir? Pero si obra en virtud de noticias fidedignas, que le aseguran vá á estallar una rebelion en un sitio determinado: si ese sitio se domina desde mi casa, y toma posesion de ella para colocar allí la fuerza que con su presencia ha de evitar la perpetracion del delito; ¿podria consentir la Administracion que las autoridades judiciales, ignorantes de los peligros que amenazaban á la tranquilidad pública, y juzgando del hecho sin conocer sus causas, vinieran á suscitarle obstáculos en su marcha, y detuvieran la rapidez de su accion, protectora de los intereses públicos, aunque invocaran para ello el deber que tienen de amparar los derechos individuales?

Véase, pues, cómo por todas partes aparecen razones, nacidas de la esencia misma de la organizacion de los poderes públicos, hechos y actos que proclaman la justicia y conveniencia de que las autoridades judiciales pidan autorizacion antes de proceder contra las administrativas por abusos que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Esta autorizacion no era nesaria en el antiguo régimen. No estando designado el límite de los poderes: confiadas á unas mismas personas, y á unos mismos cuerpos, la facultad de administrar y la facultad de juzgar, la de proveer á las necesidades permanentes de la justicia, y la de satisfacer á las atenciones transitorias de la Administracion; no se tocaban ninguna de las dificultades de la division de los poderes públicos, si bien se encontraba la sociedad privada de las notables garantías é incuestionables ventajas que ofrece. Pero llegada la época de la transformacion política de los Estados modernos, y separadas las funciones administrativas de las judiciales, no tardó en hacerse una necesidad política del nuevo sistema.

La Francia, que precedió á las demás naciones en el camino de las reformas políticas y administrativas, fué la primera que consignó el principio en sus leyes. La Asamblea constituyente, no solo declaró que las funciones judiciales eran distintas, y debian siempre estar separadas de las administrativas; sino que decidió tambien que los jueces, so pena de prevaricacion, no pudiesen perturbar bajo ningun pretesto las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante su tribunal á los administradores por razon de sus funciones.

Todos los gobiernos y constituciones, que desde entonces se han sucedido en el país vecino, lo han sancionado, con diversas modificaciones en su aplicacion. La Constitucion del año VIII, que redujo la esfera de las asambleas políticas, ensanchando las del poder ejecutivo, enumeró entre las atribuciones del Consejo de Estado, que estableció, la de pronunciar sobre el enjuiciamiento de los funcionarios públicos. Sus decisiones necesitaban para ser válidas la aprobacion del jefe del Estado. La Restauracion admitió la regla con dos escepciones, que fueron, permitir que se citase ante los tribunales, sin autorizacion prévia, á los empleados en contribuciones indirectas (1), y á los que, aun cuando fuesen de otros ramos, ordenasen ó verificasen exacciones ilegales. El Gobierno de Julio propuso una ley sobre responsabilidad, que daba á los tribunales, con algunas precauciones, el derecho de juzgar sin autorizacion á los ajentes del poder; pero la reforma no se llevó á cabo, y el principio de la autorizacion, proclamado en el art. 75 de la Constitucion del año VIII, continuó subsistiendo, modificado ligeramente en lo respectivo á su aplicacion. La República de 1848 atribuyó al Consejo de Estado, elegido por la Asamblea, el derecho de concederla ó negarla para procesar á los empleados públicos; y la ley electoral de 1849 permitió la persecucion, sin este requisito, de los culpables en materia de elecciones. Los dictámenes del Consejo, por pura fórmula, aprobados por el poder ejecutivo, eran unas verdaderas decisiones. Y la Constitucion, por último, de 1852 ha vuelto sobre este punto las cosas al estado en que existian antes de 1848, con las diferencias naturales del nuevo sistema político que hoy rige la Francia.

(1) Ley francesa de 28 de agosto de 1816.

Entre nosotros seria inútil buscar en el régimen absoluto, cuando todos los poderes estaban concentrados en la persona del Rey, precedentes de una institucion, hija de la ciencia moderna administrativa, y propia de los gobiernos, que admiten, como principio fundamental en sus constituciones, la division del poder público. Todo lo que en el antiguo derecho pudiéramos encontrar y citar, que ofrezca alguna analogía, si bien remota, con la materia importante de que tratamos en la presente seccion, quedaria reducido á recordar, que era atribucion del antiguo Consejo de Estado, «*si algun Virey, gobernador ó ministro delinquia en su cargo, dar su parecer para que el Rey pusiera en efecto lo que pedia la justicia* (1).» Pero esta misma atribucion reconocia una causa distinta que la que hemos visto ha dado motivo á la autorizacion; porque era solo concedida en consideracion á la dignidad de las personas, que habian desempeñado tan altos cargos, como una garantía de que serian imparcial y competentemente juzgadas por magistrados, que por su gerarquía y saber estaban en el caso de no torcer la justicia por temor, por esperanza de futuro engrandecimiento, ni por falta de conocimientos para apreciar las árduas cuestiones jurídicas, ó los difíciles negocios de Estado.

No consultando, pues, precedentes, sino atendiendo á una necesidad, tanto mas sentida, cuanto mas se iba arraigando en España el gobierno representativo, la ley de 20 de abril de 1845, que determinó las facultades y deberes de los jefes políticos, hoy gobernadores de provincia, estableció por primera vez entre nosotros la necesidad de la autorizacion para proceder contra los funcionarios.

Entre los diversos casos prácticos, que hacian urgente ya la adopcion de esta disposicion, consignarémos únicamente uno, porque prueba por sí solo cuán espuestas están las autoridades administrativas á no poder cumplir sin riesgo sus mas importantes deberes en ciertas circunstancias, cuando la Administracion no proteje sus actos, vedando al órden judicial proceder contra ellas sin prévia autorizacion.

Durante la guerra civil, el jefe político de una provincia, cumpliendo deberes, que le imponian á un tiempo la ley, su cargo, el patriotismo y el juramento de fidelidad que habia prestado á la Reina Doña Isabel II, pasó al Gobierno una comunicacion, en que le manifestaba (fundada ó infundadamente, lo cual no es del caso), que tenia á su lado un funcionario, que no gozaba de favorable concepto en la opinion pública, no por nada que perjudicase su probidad y buena reputacion como empleado; sino porque, en la guerra civil, en que entonces se hallaba empeñado el país, su trato frecuente con personas desafectas á la dinastía, hacia se le mirase con poca confianza. Esta comunicacion, ó alguna copia de ella, debió llegar á manos del interesado; y creyendo que se le habia inferido con ella una injuria en su reputacion, acudió en queja á los tribunales de justicia: y los tribunales de justicia, interviniendo en el asunto, declararon que las razones, en que se habia apoyado para tildarle de *faccioso* el jefe político, no eran suficientes, y por ello le apercibieron, además de condenarle en costas (1).

Este y otros ejemplos análogos, que podiamos mencionar, demuestran en el terreno práctico, lo que hemos podido ya apreciar en el terreno de los principios, á saber: que sin la necesidad de impetrar la autorizacion para procesar á los empleados públicos, los tribunales fácil y frecuentemente invaden la esfera propia y privativa de la Administracion, sujetando sus actos á una inadecuada censura, con desprestigio del Gobierno y perjuicio de los intereses públicos, que este proteje, y de que aquellos para nada se preocupan.

Mas no bastaba consignar el principio: era

(1) Gil Gonzalez Dávila, *Tratado de las Grandezas de la villa de Madrid.*

(1) Tomamos este caso del discurso pronunciado en el Senado por el marqués de Armendariz, contestando en nombre de la Comision al del señor Rodriguez Camaleño, en la discusion del proyecto de ley sobre organizacion y atribuciones del Consejo de Estado.

preciso desenvolverlo con medida, dar las reglas para su aplicacion, fijar los casos y el modo en que habia de pedirse la autorizacion, determinar quién debia concederla ó negarla, y las formalidades con que debia hacerlo: era preciso, en una palabra, asegurar, en la práctica, á los empleados y corporaciones administrativas la garantía, que se les habia concedido; y á los tribunales de justicia, que esta propia garantía no produciria la impunidad de los actos, cuyo castigo las leyes privativamente les encomiendan.

Para proceder con la prudencia, que tan delicada materia exige, el Gobierno quiso ante todo oir el dictámen del Consejo Real. Este, en su consecuencia, elevó á S. M. un proyecto de decreto para regularizar la ejecucion de lo dispuesto sobre el particular en la mencionada ley de 2 de abril. Afectaba este proyecto las atribuciones de los tribunales, y ya que se conocia la opinion del cuerpo mas elevado de la Administracion, quiso saberse tambien la del Supremo Tribunal de Justicia, que por su gran autoridad y alta gerarquía, y por la inspeccion que ejerce sobre los demás del reino, está en el caso de poder conocer, mejor que otro, las exigencias de la justicia en tan interesante punto. En su consecuencia, se le comunicó el proyecto del Consejo, á fin de que, con él á la vista, informara lo que estimase conveniente. Hízolo, en efecto, en sentido favorable, si bien proponiendo algunas variaciones en el proyecto, encaminadas á hacer mas difícil de parte de la Administracion el abuso de la autorizacion, procurando evitar así del modo posible la disminucion de la garantía general, que la ley proporciona á la sociedad, encomendando esclusivamente á los tribunales la severa represion de los delitos.

En vista de estos dos dictámenes, de conformidad con el parecer del Consejo de Ministros, se espidió el Real decreto de 27 de marzo de 1850, estableciendo las reglas que han de observarse, cuando se trate de procesar á los gobernadores de provincia, y á los empleados y corporaciones dependientes de ellos, por hechos relativos al ejercicio de sus funciones.

Si llenó ó no este Real decreto las miras que el Gobierno se propuso al dictarlo; si se adoptaron en él las prudentes precauciones, que la razon y la esperiencia aconsejan, para evitar los abusos, que las autoridades administrativas y judiciales pueden cometer; abusos que han dado frecuente ocasion á los opuestos á la autorizacion para alzar su voz, anatematizando el principio en que se funda la esposicion doctrinal de sus disposiciones, el análisis, que harémos en su lugar oportuno, lo pondrá en claro.

Entre tanto, debemos anticipar aquí, que la intervencion, que en esta clase de asuntos atribuyó el mencionado Real decreto al Consejo Real, ha dado ocasion á que con la aprobacion, que el Gobierno ha dado á sus decisiones motivadas, se forme una rica, uniforme y utilísima jurisprudencia, verdadero complemento de las disposiciones, en aquel contenidas.

Estudiando la naturaleza respectiva del órden administrativo y judicial, hemos reconocido, con arreglo á los principios, la conveniencia y racional fundamento de prohibir á los tribunales proceder sin autorizacion contra los depositarios del poder público; y despues, recordando ejemplos propios, hemos visto prevalecer esta doctrina en nuestro derecho, no en virtud de un inmotivado deseo de importar estrañas instituciones; sino á consecuencia de necesidades reales de nuestra organizacion política, administrativa y judicial. Ahora, pasando del derecho constituyente al derecho constituido, nos proponemos esponer, comentar y juzgar las leyes y disposiciones, que entre nosotros rigen sobre el particular.

Para proceder con el debido órden, examinarémos: 1.° quiénes gozan de la garantía de la autorizacion: 2.° por qué actos: 3.° quiénes y cómo deben solicitarla: 4.° quiénes pueden concederla ó negarla, y con qué formalidades.

1.° *Quiénes gozan de la garantía de la autorizacion.* A los jefes políticos, hoy gobernadores de provincia (1), y *á los empleados y*

(1) Art. 9.° de la ley de 2 de abril de 1845.

corporaciones dependientes de su autoridad (1) concedió la ley de 2 de abril, dada para el gobierno de las provincias, el derecho de no poder ser procesados por hechos relativos al ejercicio de sus funciones, sin la autorizacion prévia, que al efecto se requiere. Siendo aquellos las autoridades civiles superiores en las provincias, compréndese desde luego el ancho círculo á que alcanza la proteccion administrativa, pues que todos los ajentes del poder público en las mismas dependen de la autoridad de los gobernadores. Así es, que en los términos de la ley se han considerado comprendidos los administradores de contribuciones, los de propiedades y derechos del Estado, los de correos, los alcaldes, los tenientes de alcalde, los regidores de los ayuntamientos, los corregidores, los alcaides de las cárceles, los jefes, ayudantes y capataces de presidio, los celadores, comisarios é inspectores de proteccion y seguridad pública, los comisarios de montes, los guardas rurales y los demás ajentes de la administracion provincial ó municipal.

No faltará quien encuentre, en la latitud con que este derecho se consigna y es aplicado, un peligro de que queden algunos delitos sin su condigno castigo. No debe ser así, porque, aparte de que la Administracion debe ser escrupulosísima en la concesion ó denegacion de las autorizaciones, y cuidar de que una garantía, concedida en beneficio de los intereses públicos, no se convierta en privilegio personal, estimamos que pueden y deben escogitarse otros medios y tomarse otras precauciones, algunas de las cuales, como veremos despues, ha escogitado ya y tomado en cuenta nuestro derecho, para evitar aquel peligro de impunidad, sin perjudicar por eso, debilitar ni circunscribir la accion administrativa, como necesariamente sucederia si la proteccion del Gobierno alcanzara solo á pocos y determinados funcionarios.

Lo que debe cuidarse es, que el que no reuna los requisitos, que la ley exige, esto es, el que no sea empleado, ó no dependa de la autoridad del gobernador, se aproveche del beneficio que concede. Los jueces y tribunales deben ser celosísimos en este punto, y no detener nunca su accion y procedimientos contra el que no reuna aquellas condiciones, aun cuando alegue, como motivo de escepcion, el haber obrado auxiliando á las autoridades administrativas.

Juzgando con este criterio, se ha decidido que no es necesaria la autorizacion para procesar:

A los arquitectos y maestros de obras de una ciudad, acusados de haber declarado falsamente en juicio, acerca del estado de seguridad y solidez de una finca, que habian reconocido por órden del alcalde corregidor (1):

Ni á los secretarios escrutadores de una mesa electoral, definitiva ó interina, por abusos cometidos en la eleccion para diputados á Córtes (2).

(1) Art. 4.°, núm. 8.° de dicha ley.

(1) Real órden declarando ser innecesaria la autorizacion, que del gobernador de la provincia de Málaga habia solicitado el juez de primera instancia del distrito de la Merced, de la misma ciudad, para procesar á los arquitectos D. Cirilo Salinas y D. José Trigueros y al maestro de obras don José Mapeli (*4 de febrero de* 1851).

«Considerando: que al practicar los arquitectos y el maestro de obras de la ciudad de Málaga el reconocimiento de la plaza de toros de la misma, que ordenó el alcalde corregidor, no lo hicieron como dependientes de la autoridad del gobernador.

Considerando: que la vénia establecida en el Real decreto de 27 de marzo próximo pasado de ningun modo les alcanza, porque su cargo es puramente de consultores de la corporacion que los nombra.» (Publicado en la *Gaceta* de 9 de febrero de 1851.)

(2) Real órden concediendo autorizacion para proceder contra D. Luis Lloret, alcalde de Villajoyosa, y declaracion de ser innecesaria la solicitada del gobernador de la provincia de Alicante, por el juez de primera instancia de aquella villa, para procesar á los secretarios de la mesa de la misma en la eleccion de diputados á Córtes del año 1851 (*21 de diciembre de* 1851).

Sus considerandos son estos:

1.° «Considerando: que resultan méritos suficientes para proceder contra D. Luis Lloret, don Maximiliano Orts, D. Vicente Nogueroles, D. Vicente Zaragoza y D. Martin Martinez, presidente el primero, y secretarios escrutadores los segundos, de la mesa electoral interina del distrito de Villajoyosa, por razon de los hechos que se suponen perpetrados en la eleccion para diputado á Córtes.

2.° Considerando: que los Secretarios escrutadores de la mesa electoral definitiva no son em-

En estos y parecidos casos los jueces no tienen necesidad de impetrar la autorizacion: si lo hacen, desconocen el espíritu y letra de la ley; por lo cual los gobernadores, y respectivamente el Gobierno, no deben concederla ni denegarla, sino declarar que no ha debido pedirse, por ser innecesaria y referirse á asuntos propios de la esfera del órden judicial, al que sin ningun género de limitacion encomiendan las leyes la persecucion y castigo de los delitos, que cometen los particulares.

Hay otros funcionarios, á quienes el tenor literal de la ley no comprende, y á los cuales, sin embargo, parece que debia ser estensiva la garantía de la autorizacion. Tales son los subsecretarios, directores, subdirectores, y aun los oficiales de los ministerios, los cuales se comprende que pueden, lo mismo que los gobernadores y sus subordinados, cometer abusos y delitos en el ejercicio de sus funciones: abusos y delitos, de que no seria conveniente, por las razones que hemos indicado en esta misma seccion, al estudiar la distinta naturaleza de las funciones administrativas y judiciales, conocieran sin prévia autorizacion los tribunales de justicia.

2.° *Actos que hacen necesaria la autorizacion.* Hemos indicado antes que, no reduciendo inconsideradamente el número de las personas que han de disfrutar del beneficio de la autorizacion; sino mas bien tomando otro género de precauciones, es como, sin menoscabo de la accion administrativa, ha de dificultarse el abuso que de aquella puede hacerse, y conservarse en su posible integridad las atribuciones concedidas á los tribunales de perseguir y castigar los delitos. Una de las precauciones á que aludimos, consiste en determinar con claridad la clase de actos que hacen precisa la autorizacion, reduciéndolos lo mas posible, y dejando espedita la accion de la justicia en todos los demás.

Segun la ley de 2 de abril, la autorizacion para procesar á los empleados dependientes del gobernador, es solo necesaria cuando los hechos, que se les imputan, son *relativos al ejercicio de sus funciones* (1); y la autorizacion para procesar al mismo gobernador, solo es precisa cuando los hechos, que se le atribuyen, son relativos á *sus actos como funcionario público* (2). En estos casos solamente es cuando los intereses colectivos, que representa y proteje la Administracion, exigen, que el órden judicial impetre el permiso de proceder, por que solo en ellos puede haber una cuestion administrativa, un acto del Gobierno, que á aquella incumba apreciar y resolver. En los demás, los tribunales gozan de completa libertad, pudiendo desde luego proceder contra el funcionario que cometa un delito comun, fuera del ejercicio de sus funciones (3),

---

pleados administrativos, sino ajentes de naturaleza política con atribuciones especiales, sujetos á la ley electoral en cuanto á su nombramiento, desempeño y término de sus funciones, por cuya causa los hechos, que ejecuten en el desempeño de sus atribuciones, no se hallan bajo el abrigo de la garantía de la autorizacion prévia, que, comprendiendo esclusivamente á los ajentes y auxiliares del poder administrativo, no puede estenderse bajo ningun concepto á otra clase de funcionarios ó personas.

3.° Considerando: Que se hallan en igual caso los secretarios escrutadores de la mesa electoral interina, cuyas funciones tienen por objeto político fiscalizar las operaciones del presidente y la constitucion de la mesa definitiva: que la designacion de las personas en quienes han de recaer estos cargos, no procede de la Administracion, sino de la ley, que llama precisamente á su desempeño á los dos electores concurrentes de mayor edad, y á los dos mas jóvenes, reduciendo la accion de la autoridad local que preside á solo la decision de las cuestiones que se suscitaren acerca de la preferencia por razon de edad; por cuyas consideraciones no puede suponerse á dichos secretarios dependientes de la Administracion, ni comprendidos por tanto en la garantía consignada en la ley de 2 de abril de 1845.» (Publicada en la *Gaceta* de 3 de enero de 1852.)

(1) Art. 4.°, núm. 8.° de la ley de 2 de abril de 1845.

(2) Art. 9.° de id.

(3) Real órden declarando innecesaria la autorizacion, negada por el gobernador de la provincia de Cuenca, al juez de primera instancia de Motilla del Palancar, para procesar á D. Julian Peñaranda, alcalde pedáneo de Casas del Olmo (28 *de marzo de* 1859).

«Considerando: Que el alcalde pedáneo de Casas del Olmo no obró en virtud de atribuciones propias ó delegadas; y no habiendo cometido el hecho que se persigue en el ejercicio de sus funciones, debe ser considerado como un particular, y no le es por consiguiente aplicable la garantía que á los empleados y corporaciones dependientes de los gobernadores concede la ley (*de 2 de abril de* 1845) antes citada.» (Publicada en la *Gaceta* de 6 de abril de 1859.)

y aun con ocasion de ejercer dichas funciones (1), del mismo modo que contra un particular, que, no siendo empleado, perpetrase igual delito (2).

Mas estrecha aun este círculo el Real decreto de 27 de marzo, pues no solo requiere que el hecho cometido por el empleado sea relativo al ejercicio de sus funciones, sino que limita la materia al caso de que estas funciones sean *administrativas* (3). No tenemos necesidad de decir, despues de lo que hemos manifestado al esponer la teoría y justificar el principio en que la autorizacion se funda, cuán conformes estamos con esta doctrina, que la circunscribe solo á aquellos asuntos en que domina el carácter administrativo. De ella resulta que hay personas, contra las cuales, á pesar de ser funcionarios públicos y obrar en el ejercicio de atribuciones que les están conferidas, podrá, sin embargo, proceder desde luego criminalmente la competente autoridad judicial, si, al ejecutar los hechos que se estiman justiciables, no obraron como representantes del órden administrativo.

En este caso pueden encontrarse fácilmente los alcaldes. Sus numerosas atribuciones, hemos visto en otro lugar de esta obra (véase ALCALDE), se pueden dividir en dos clases: en atribuciones, que les competen en el órden administrativo y económico; y en atribuciones, que les pertenecen en el órden judicial. Ahora bien: siempre que los tribunales quieran conocer de actos ó hechos, ejecutados por los alcaldes, ejerciendo cualesquiera de las atribuciones, que enumeramos allí como relativas al órden administrativo, necesitan obtener la prévia autorizacion: y por lo contrario, cuando los actos, cuya responsabilidad quiera exigírseles, fueron ejecutados por ellos, ejerciendo funciones propias y derivadas del órden judicial, no es precisa semejante clase de autorizacion; no deben pedirla los tribunales, y si lo hicieran, la Administracion debe declararla innecesaria (1).

Punto es este constantemente resuelto del mismo modo por nuestra jurisprudencia, la cual, para decidir si un alcalde obra como dependiente del órden gubernativo ó del judicial, no ha atendido á la intencion ó ánimo con que ejecutó los actos; sino á la índole y naturaleza de las funciones que haya ejercido (2).

---

(1) Real órden declarando innecesaria la autorizacion, pedida por el juez de primera instancia de Sedano al gobernador de Búrgos, para procesar á D. Ciriaco Revuelta, secretario del ayuntamiento de dicho pueblo, por lesiones inferidas á un vecino del mismo pueblo al notificarle un acuerdo del ayuntamiento (30 *de enero de* 1860).

«Considerando: 1.° Que en el caso presente lo que el juez de Sedano trata de perseguir es un delito comun, que ninguna relacion guarda con las funciones administrativas, que fuesen propias ó de que estuviese encargado el secretario del ayuntamiento del mismo punto, por mas que se haya cometido con ocasion de ejercer dichas funciones:

2.° Que esto supuesto, el juez ha podido y debido proceder libremente, sujetándose, como lo hizo, á lo que dispone el art. 7.° *(del Real decreto de 27 de marzo de* 1850) citado.» (Publicada en la *Gaceta* de 7 de febrero de 1860.)

(2) Real órden declarando innecesaria la autorizacion solicitada del gobernador de la provincia de Barcelona, por el juez de primera instancia del distrito de San Beltran, para procesar, por el delito de colecho, á D. Pablo Malats, delegado de las afueras de aquella capital (7 *de setiembre de* 1859).

«Considerando: 1.° Que al recurrir á D. Pablo Malats los padres de la niña, que se supone violada, no lo hicieron para denunciarle el hecho como funcionario público, sino como un particular, con el objeto de que consiguiese una dote para la niña ó un arreglo pecuniario, segun aparece de las declaraciones de los mismos.....

3.° Que de todo ello se deduce que Malats no obró como funcionario público en el ejercicio de sus funciones administrativas, y por consiguiente no deben serle aplicables las garantías de que gozan los empleados de no poder ser encausados sin prévia autorizacion de los gobernadores.» (Publicada en la *Gaceta* de 16 de setiembre de 1859.)

(3) Artículo 1.° del Real decreto de 27 de marzo de 1850.

(1) Real órden declarando innecesaria la autorizacion para procesar á D. Vicente Turégano Rabadan, teniente alcalde de Sisante, por abusos en el ejercicio de su cargo (18 *de enero de* 1860).

«Considerando: que los hechos denunciados contra D. Vicente Turégano Rabadan son ajenos á las funciones administrativas, que le conferian las leyes como teniente de alcalde de Sisante, y que al proceder de aquel modo lo hizo en virtud de las atribuciones judiciales, concedidas en las disposiciones citadas como ajente ó auxiliar de la administracion de justicia.» (Publicada en la *Gaceta* de 31 de enero de 1860.)

(2) Real órden declarando innecesaria la autorizacion para procesar á D. Antonio Villafranca y D. Lucas García, alcalde y regidor del ayuntamiento de Frias, por delito de detencion arbitraria (9 *de diciembre de* 1858.)

«Considerando: que el alcalde de Frias, al decretar el arresto de D. Julian Moreno, se proponia

Sacando consecuencias de esta doctrina se ha resuelto que obran como ajentes de la Administracion, y por lo tanto que no pueden ser procesados sin autorizacion los alcaldes, entre otros casos:

Por llevar á efecto acuerdos de los ayuntamientos, sin tener legalmente el carácter de ejecutorios, por carecer de la aprobacion del gobernador (1):

Por las medidas transitorias y escepcionales que tomen para la conservacion de la tranquilidad pública (1):

Por embargar ó inutilizar instrumentos de música, con objeto de impedir que algunos particulares alboroten las calles y se provoquen reuniones de gente ociosa á horas intempestivas de la noche (2):

Por exigir cantidades indebidas, ó exigirlas en metálico, en virtud de sus atribuciones gubernativas (3):

---

castigar delitos cometidos; atribucion esclusiva del poder judicial.

Considerando que para decidir si un alcalde obró como dependiente del órden gubernativo ó del judicial no se debe atender á la intencion ó ánimo del mismo, sino á la índole y naturaleza de las funciones que haya ejercido, y que en este supuesto el alcalde de Frias, por mas que haya sido su ánimo obrar como dependiente de la Administracion, ejerció, aunque ilegalmente, funciones de índole judicial.» (Publicada en la *Gaceta* de 15 de diciembre de 1858.)

(1) Real órden denegando la autorizacion, que del gobernador de la provincia de Cáceres habia pedido el juez de primera instancia de Logrosan para procesar á los individuos del ayuntamiento de Cabañas, concediéndola en cuanto al alcalde (2 *de diciembre de* 1850).

«Visto el art. 74 y el 81 de la ley de 8 de enero de 1845, segun los cuales corresponde al alcalde como administrador del pueblo ejecutar y hacer ejecutar los acuerdos del ayuntamiento, prévia la aprobacion del gobierno político ó la del Gobierno en su caso, en lo relativo á la creacion de arbitrios, repartimientos y modo de su recaudacion.

Considerando: Que el alcalde llevó á efecto el acuerdo del ayuntamiento sin tener legalmente el carácter de ejecutorio, por carecer de la aprobacion del jefe político, incurriendo en responsabilidad penal.» (Publicada en la *Gaceta* de 12 de diciembre de 1850.)

Real órden confirmando la autorizacion que el gobernador de la provincia de Avila concedió al juzgado de primera instancia de Arévalo para procesar á D. José Mora Sanchez, alcalde de dicha villa, por exacciones ilegales, y negándola respecto á los individuos del ayuntamiento (29 *de enero de* 1859).

«Considerando: Que al acordar el ayuntamiento de Arévalo sobre la manera de cubrir el déficit que resultaba de su presupuesto municipal, creando diversos arbitrios sobre los objetos que menciona, obró dentro del círculo de sus atribuciones, con arreglo al artículo (81) de la ley antes citada (8 *de enero de* 1845).

»Considerando: Que para que el alcalde hubiera ejecutado ó hecho ejecutar dicho acuerdo, con arreglo al artículo 74 de la ley, era indispensable la superior aprobacion del gobernador de la provincia, que no pidió ni obtuvo, por cuya razon se halla comprendido en el artículo del Código tambien citado (el 326).» (Publicada en la *Gaceta* de 6 de febrero de 1859.)

(1) Real órden denegando en parte la autorizacion solicitada del gobernador de la provincia de Vizcaya por el juez de primera instancia de Guernica, y declarando ser innecesaria para procesar al alcalde de Bermeo (19 *de junio de* 1852).

Su último considerando dice:

«Considerando: Que si bien el alcalde de Bermeo prohibió en uno de los dias de julio del citado año de 1851 que se desembarcase el pescado de que venian cargadas varias lanchas de Motrico dentro de la jurisdiccion de Bermeo, ni hay lugar para suponer que dicha medida fuese efecto de un sistema seguido por aquel funcionario, pues que consta del espediente que préviamente dias antes, en virtud de haberse opuesto el mayordomo de la cofradía de mareantes, á que se desembarcase y vendiese la pesca que, conducida por las mismas lanchas, habian contratado varios escavecheros de la villa, mantuvo y protegió los derechos de estos, ni debe mirarse la resolucion de que se trata, sino como una medida transitoria y escepcional, que la conservacion de la tranquilidad pública, turbada en aquel mismo dia por el desórden y apedreo que la sola aproximacion de las embarcaciones al muelle produjo, le obligó á adoptar.» (Publicada en la *Gaceta* de 29 de junio de 1852.)

(2) Real órden confirmando la negativa resuelta por el gobernador de la provincia de Tarragona, en la autorizacion solicitada por el juez de primera instancia de Monblanch, para procesar á D. José Odena, alcalde de la misma villa (23 de *marzo de* 1852).

«En su vista, y considerando que al embargar é inutilizar el alcalde de Monblanch el instrumento en cuestion, lo hizo con objeto de impedir que se repitiesen las infracciones frecuentes del bando de buen gobierno de la poblacion, que Francisco Gimenez se permitia alborotando las calles de la villa con músicas intempestivas, y provocando reuniones de gente ociosa, y que por tanto, en semejante acto, ajeno de toda intencion dañada ó criminal, no existen méritos suficientes para hacerle objeto de un proceso de aquella especie.» (Publicada en la *Gaceta* de 7 de abril de 1852.)

(3) Real órden declarando respecto de ciertos hechos innecesaria y respecto de otros necesaria, la autorizacion pedida por el juez de primera instancia de Ledesma para procesar á D. Pedro Hernandez, alcalde de Almenara (6 *de abril de* 1854.)

2.° ... «Considerando que las cantidades que percibió dicho alcalde en concepto de multas, fueron

Por arrestar á particulares, sin otro objeto que el evitar un escándalo, que con sus voces descompasadas estaban dando, y restablecer de este modo el órden y tranquilidad que por aquellos escesos se habia alterado (1):

Por imponer multas por infracciones de los acuerdos de los ayuntamientos (2):

Por detener, en sustitucion de estas mismas multas y por su insolvencia, á las personas que han incurrido en ellas (3):

Por daños á los autores de un altercado, al proceder á su material separacion con objeto de restablecer el órden (1):

Por mandar descerrajar la puerta de un edificio con el fin de estraer materiales que en él existen, y se consideran necesarios para el empedrado, ordenado por un acuerdo de la municipalidad, de las calles de un pueblo (2):

Por la detencion de una persona, con ar-

---

exigidas en virtud de sus atribuciones gubernativas, facultado por las disposiciones vigentes antes citadas, y que por lo tanto, caso de haber abusado en este concepto, se necesita de la prévia autorizacion para procesarle:

3.° Que el hecho de haber cobrado en dinero las referidas multas, y distribuido su importe en los objetos que le parecieron convenientes, es tambien un abuso en el ejercicio de sus atribuciones administrativas.» (Publicada en la *Gaceta* de 15 de abril de 1854.)

(1) Real orden confirmando la negativa resuelta por el gobernador de la provincia de Barcelona, en la autorizacion solicitada por el juez de primera instancia de Tarrasa, para procesar á D. José Saló, alcalde de Ripollet (*8 de junio de* 1853).

Sus considerandos dicen:

«Considerando: Que la medida adoptada por el alcalde de Ripollet, de mandar á la sala, destinada para los arrestos, á Juan Bayo y Juan Font, no tuvo otro objeto que el de evitar el escándalo que con sus descompasadas voces estaban dando aquellos y restablecer de este modo en las salas capitulares el órden y tranquilidad que por aquellos escesos se habia alterado.

Considerando: Que esta medida no puede calificarse de detencion, tal y como se comprende en el Código penal, ni tampoco hubo la arbitrariedad que al alcalde se atribuye, no tanto por haber procedido usando de atribuciones propias, cuanto por que dicha medida, que de ningun modo se considera pena, fué necesaria é indispensable para sostener en las sesiones el órden y gobierno, por todo lo cual no halla el Consejo la culpabilidad en que debe fundarse todo procedimiento.» (Publicada en la *Gaceta* de 23 de junio de 1853.)

(2) Real órden confirmando la negativa del gobernador de la provincia de Palencia, á la autorizacion solicitada por el juez de primera instancia de Frechilla, para procesar á D. Ebaristo García, alcalde de Mozariegos (*18 de agosto de* 1853).

«Considerando: 1.° Que al imponer el alcalde de Mozariegos la multa de 100 rs. á Tomás Araguz, que infringió un acuerdo de aquel ayuntamiento, no hizo otra cosa que poner en ejercicio la facultad consignada en el art. 73 de la ley citada.» (Publicada en la *Gaceta* de 4 de setiembre de 1853.)

(3) La misma Real órden.

«Considerando:... 2.° Que la detencion que sufrió el maltratado fué en sustitucion de la multa, y por su insolvencia con arreglo en un todo á lo prevenido en la Real órden de 7 de noviembre (*de* 1845) tambien citada.» (Publicada en la *Gaceta* de 4 de setiembre de 1853.)

(1) Real órden confirmando la negativa resuelta por el gobernador de la provincia de Leon, en la autorizacion pedida por el juez de primera instancia de la Bañeza, para procesar á D. Gabriel Fernandez, alcalde de Aldanzas (*3 de enero de* 1854).

Sus considerandos dicen:

«Considerando: Que no siendo bastantes las medidas adoptadas por el pedáneo de Grajal de Rivera, á restablecer el órden que se habia alterado en el acto de celebrarse la procesion del Córpus, tuvo necesidad el alcalde presidente del distrito de constituirse en el sitio de la ocurrencia para contener y calmar la agitacion que habia tomado mayor incremento, á consecuencia de la disputa de que se lleva hecha mencion:

2.° Que no siendo tampoco suficientes las de que se valió dicho alcalde para lograr aquel objeto y no teniendo á su disposicion fuerza pública de que hacer uso, para lo que le facultaba la ley (*de Ayuntamientos*) en el citado artículo (73), se vió en la necesidad de proceder á la separacion material de los autores del altercado, de cuya sola manera pudo contener aquella alarma y la irreverencia que se estaba cometiendo:

3.° Que si al poner en práctica los citados medios pudo causar á Mateo Herrero el daño que ha motivado este espediente, al paso que del mismo resulta que este mismo interesado padecia de antemano la lesion de que se quejaba, producida por una cornada de un buey, se advierte en el alcalde la mejor buena fé y la ninguna intencion de causar aquel mal, é indicada tambien la necesidad de tener que valerse de los medios que empleó á fin de cumplir con los deberes que le imponia el artículo 73 de la ley de ayuntamientos mencionada.» (Publicada en la *Gaceta* de 17 de enero de 1854.)

(2) Real órden declarando necesaria, en cuanto á un estremo, innecesaria en cuanto al otro, la autorizacion del gobernador de la provincia de Jaen, para que el juez de primera instancia de Martos procesase al alcalde de Porcuna (*8 de octubre de* 1852).

«Considerando: 1.° Que la providencia del alcalde, mandando descerrajar la puerta de la casa del pósito pío, tenia por objeto la estraccion de los materiales que en dicho edificio se hallaban depositados, por considerarlos necesarios para continuar las operaciones del empedrado de las calles de la villa, y que hallándose este prescrito por acuerdo de la municipalidad, y siendo además un acto de policía urbana, cosas ambas cuya ejecucion pertenece á los alcaldes con arreglo á la ley municipal,

reglo á los reglamentos de proteccion y seguridad pública (1):

Por la detencion de un particular, en virtud de delegacion del gobierno de provincia (2):

Por las medidas que adopten ó las omisiones en que incurran para defender la seguridad pública, siempre que tengan por objeto prevenir delitos que no se hayan cometido; porque si los delitos se han verificado, se conceptuará entonces que obran como ajentes del órden judicial (3):

Por proceder gubernativamente á un arresto en virtud de autorizacion dada por el gobernador de la provincia, de acuerdo con el ayuntamiento y vecindario (1):

Por imponer la misma pena cumpliendo con un bando publicado por la referida autoridad (2):

Y por permitir ejercer sin el título correspondiente las profesiones de medicina y cirujía (3).

Ahora, por la inversa, se considera que obran como delegados, auxiliares y subordinados al órden judicial, y por consecuencia que son ante este responsables por sus actos,

---

al adoptar el de Porcuna dicha medida, obró en el ejercicio de funciones administrativas.» (Publicada en la *Gaceta* de 9 de octubre de 1852.)

(1) Real órden denegando al juez de primera instancia de Coin la autorizacion que habia solicitado para procesar á D. Francisco Guerrero, alcalde de Alhaurin (5 *de enero de* 1851).

«Considerando: 1.° Que al proceder el alcalde á la detencion de Cayetano Plaza, lo hizo por queja de su mujer, como reincidente en la embriaguez, ciñéndose á las atribuciones que le confiere el art. 59 del reglamento de proteccion y seguridad pública, con arreglo en un todo á lo dispuesto en el art. 123 del mismo.» (Publicada en la *Gaceta* de 14 de enero de 1851.)

(2) La misma Real órden.

«Considerando: ..... 2.° Que en la detencion de Francisco Adan procedió en virtud de delegacion del gobierno de provincia, ajustándose exactamente á las órdenes que por aquel le habian sido conferidas, sin que en uno y otro caso hubiera estralimitado las atribuciones y facultades que como autoridad le competen.» (Publicada en la *Gaceta* de 14 de enero de 1851.)

(3) Real órden declarando innecesaria la autorizacion para procesar á D. Juan Santiago Bobo, teniente de alcalde de Villar de Ciervos, por haber negado auxilio á la fuerza pública para la captura de unos criminales (14 *de octubre de* 1858).

«Considerando: que si bien es cierto, como afirma el Consejo provincial de Zamora, que, segun el párrafo 1.° del art. 73 de la ley municipal, están encargados los alcaldes de defender la seguridad pública bajo la dependencia del órden administrativo, no se entiende que los alcaldes defienden con este concepto la seguridad pública sino cuando provienen delitos, que no se han cometido.

Considerando: que si los alcaldes proceden ó dejan de proceder indebidamente á la captura de reos, conocidos como criminales, obran ó delinquen entonces como verdaderos jueces, dado que solo á éstos cumple castigar á los delincuentes.

Considerando: que el alcalde de Villar de Ciervos, al negar su cooperacion para obtener la captura de un criminal, perseguido por la justicia ordinaria, faltó á su deber como dependiente del órden judicial.» (Publicada en la *Gaceta* de 26 de octubre de 1858.)

(1) Real órden confirmando la negativa del gobernador de la provincia de Barcelona, en la autorizacion solicitada por el juez de primera instancia de Tarrasa, para procesar á D. Salvador Font y Barato, alcalde que fué de Sabadell (18 *de octubre de* 1850).

«Considerando: que el alcalde de Sabadell no es responsable del arresto de D. Ramon Durán, pues al proceder á él no hizo otra cosa que hacer uso de la autorizacion que le fué dada por la autoridad superior para compeler á los morosos al pago de las cuotas que les fuesen señaladas por los comisionados de los jóvenes, de acuerdo con el ayuntamiento y vecindario.» (Publicada en la *Gaceta* de 23 de octubre de 1850.)

(2) Real órden confirmando la negativa del gobernador de la provincia de Córdoba, en la autorizacion solicitada por el juez de primera instancia de Posadas, para procesar á D. Pedro Ardanuy, alcalde de Palma del Rio (2 *de febrero de* 1851).

«Visto el art. 7.° de la ley de 2 de abril de 1845, por el que se dispone que los jefes políticos, bajo su responsabilidad, están obligados á obedecer y cumplir las órdenes y disposiciones del Gobierno, que al efecto se les comuniquen, sin que por su obediencia puedan nunca incurrir en responsabilidad de ninguna clase.

Visto el art. 8.° de la misma ley, que establece se entienda lo prevenido en el artículo anterior con los funcionarios ó ajentes inferiores respecto del jefe político de la provincia.

Considerando: que el alcalde de Palma del Rio, al imponer á María Godoy el arresto de 27 dias, no hizo otra cosa que cumplir con el art. 2.° del bando publicado por el gobernador de la provincia, sin que por ello incurriera en responsabilidad, segun los artículos citados.» (Publicada en la *Gaceta* de 2 de marzo de 1851.)

(3) Real órden confirmando la negativa del gobernador de la provincia de Cuenca, á la autorizacion solicitada por el juez de primera instancia de Huete, para procesar al alcalde que fué de Mazalureque, por haber permitido el ejercicio de la medicina á un intruso en la facultad (6 *de enero de* 1860).

«Considerando: que D. Pedro Fernandez, al permitir, como alcalde de Mazarulleque, que el citado Mora ejerciese sin el correspondiente título las profesiones de medicina y cirujía, cometió un

sin necesidad de autorizacion, en los siguientes casos y análogos:

Cuando, abandonando el carácter gubernativo, abusan, al corregir las contravenciones á los acuerdos del ayuntamiento, haciendo uso del judicial (1):

Cuando cometen faltas en la formacion de las diligencias de un sumario, ó no cumplen con las demás obligaciones que les impone el Reglamento provisional (2), no reciben á los detenidos declaracion indagatoria, ni les dan conocimiento de la causa que motiva su prision, dentro del plazo marcado por la ley (1):

Cuando conocen en juicio verbal sobre faltas, y con este motivo forman diligencias sumarias (2):

Cuando imponen la pena de prision, proceden á la captura de un reo (3), omiten la per-

---

abuso en contravencion á las leyes sanitarias, por no reprimir ni castigar una infraccion que por las mismas se le encarga.

Considerando: Que los delitos ó abusos, cometidos en contravencion á dichas leyes, no están sujetos á las disposiciones del Código penal, segun el artículo 7.° del mismo, y que solo el gobernador de la provincia es el competente para castigar y corregir gubernativamente la falta cometida por dicho alcalde de tolerar aquella infraccion cometida por Mora, con arreglo á lo dispuesto en la Real cédula (*de 10 de diciembre de* 1828) y Real órden (*de 4 de marzo de* 1846) citadas.» (Publicada en la *Gaceta* de 13 de enero de 1860.)

(1) Real órden, declarando innecesaria la autorizacion del gobernador de la provincia de Toledo, para que el juez de primera instancia pueda procesar al alcalde de Nombela, D. Lucio Martin Contador (28 *de noviembre de* 1853).

«Considerando: Que al corregir el alcalde de Nombela la infraccion en que habian incurrido Salustiano Gonzalez y Félix Romero, que contravinieron á lo acordado por el ayuntamiento de la misma, abandonó el temperamento gubernativo que pudo emplear, con arreglo á sus facultades, haciendo uso del judicial, segun aparece del testimonio del juicio que al efecto celebró.

Considerando: Que una vez adoptada la vía judicial, son considerados los alcaldes y sus tenientes en las diligencias, que en este concepto practican, como delegados y auxiliares de los juzgados, y subordinados por lo tanto á ellos.» (Publicada en la *Gaceta* de 7 de diciembre de 1853.)

(2) Real órden, declarando innecesaria la autorizacion pedida al gobernador de la provincia de Zaragoza por el juez de primera instancia de Daroca, para procesar al alcalde de Villador (30 *de junio de* 1850).

«Considerando: Que en la formacion de estas diligencias y en el cumplimiento de las demás obligaciones, que impone á los alcaldes el art. 33 (*del Reg. prov. para la administracion de justicia*) citado, nunca hubiera obrado el de Villador como ajente de la Administracion activa, sino como auxiliar del juzgado de primera instancia; la Reina (Q. D. G.), de conformidad con el dictámen del Consejo Real, ha tenido á bien declarar innecesaria la autorizacion pedida por el juez de primera instancia de Daroca, y denegado por V. S., pudiendo el juez continuar los procedimientos segun está dispuesto en el art. 7.° del Real decreto de 27 de marzo último.» (Publicada en la *Gaceta* de 3 de julio de 1850.)

(1) Real órden ya citada, declarando necesaria en cuanto á un estremo, é innecesaria en cuanto á otro, la autorizacion del gobernador de la provincia de Jaen, para que el juez de primera instancia de Martos procesase al alcalde de Porcuna (8 *de octubre de* 1852).

«Considerando: ... 2.° Que sobre los actos de resistencia ó desobediencia de Manuel Perez, que provocaron la órden de arresto, dictada por el alcalde, formó éste diligencias criminales, que, una vez practicadas, remitió al juzgado, lo cual prueba que, al adoptar aquella medida, procedió en virtud de las atribuciones, que para la formacion de las primeras diligencias y arresto de los reos, caso de delito, competen á los alcaldes, con arreglo al art. 93 del Reglamento provisional para la administracion de justicia, y 107 del de juzgados, en el concepto de delegados y auxiliares del poder judicial; y que por tanto la falta que se le imputa de cumplimiento á las disposiciones legales, relativas al tiempo, dentro del cual debe recibirse á los detenidos la declaracion indagatoria, y darles conocimiento de la causa, que motiva la prision, es relativa al ejercicio de sus funciones judiciales.» (Publicada en la *Gaceta* de 9 de octubre de 1852.)

(2) Real órden declarando innecesaria la autorizacion, pedida por el juez de primera instancia de Daroca, que le fué negada por el gobernador de Zaragoza, para procesar á D. Ramon Mayor, alcalde de Vista-bella (12 *de octubre de* 1850).

Vista la regla 1.ª de la Ley provisional para la aplicacion del Código, que comete á los alcaldes y sus tenientes el conocimiento en juicio verbal sobre faltas, en cuyo caso son considerados los alcaldes ó sus tenientes, como delegados y auxiliares de los juzgados, y subordinados por lo tanto á ellos.

«Considerando: que el alcalde de Vista-bella, en la formacion de las diligencias, que practicó, no obró como ajente de la Administracion activa, sino como auxiliar del juzgado de primera instancia.» (Publicada en la *Gaceta* de 23 de octubre de 1850.)

(3) Real órden declarando innecesaria la autorizacion concedida por el gobernador de la provincia de Granada al juez de primera instancia de Motril para procesar á D. Félix Ruiz, alcalde de Obivar (20 *de octubre de* 1850).

«Considerando: Que, tanto al imponer el alcalde de Obivar á Joaquin Gerónimo la pena de prision, como al proceder á la captura de Diego Sanchez, obró en virtud de su carácter de delegado del poder judicial, y que por lo mismo los delitos que aparecen perpetrados en la escarcelacion del segundo, son relativos al ejercicio de funciones judiciales, como delegado de la autoridad judicial.» (Publicada en la *Gaceta* de 23 de octubre de 1850.)

secucion de los prófugos (1), cometen faltas ó incurren en negligencia, en la persecucion ó captura de los delincuentes (2):

Cuando dejan de formar diligencias criminales, con motivo de desórdenes ó alborotos acaecidos en los pueblos (3):

Cuando faltan á la verdad en los informes, que evacuan, en virtud de órdenes de los juzgados de primera instancia, sobre hechos que inmediatamente dieron lugar á un procedimiento criminal contra los que los ejecutaron (1):

Cuando en averiguacion de los autores de un hurto, y buscando los efectos robados, proceden al reconocimiento de alguna casa, ó practican otras diligencias (2):

Cuando imponen arrestos y multas como resultado de juicios de faltas (3):

---

(1) Real órden declarando innecesaria la autorizacion que el juez de primera instancia de Estepona habia solicitado del gobernador de la provincia de Málaga para procesar á D. Alonso Morales, alcalde de Pujena (*5 de octubre de 1851*).

«Considerando: que si bien á los alcaldes, como funcionarios de la policía administrativa, les está encomendada la persecucion de los reos prófugos y de toda clase de delincuentes, este encargo debe considerarse tambien como emanado del carácter de delegados del poder judicial y auxiliares de los tribunales que igualmente poseen con arreglo á los citados artículos (*el 33 del Reglamento provisional para la administracion de justicia*, y *el 106 del de juzgados de primera instancia*).

Considerando, por lo tanto, que el alcalde de Pugena, en el supuesto de que haya omitido la persecucion del reo prófugo Tomás Pirey, segun conceptuó el juzgado al solicitar del gobernador de la provincia autorizacion para procesarle, faltó á los deberes que le impone este carácter.

Considerando, que la infraccion de estos deberes en los alcaldes se persigue, segun la legislacion vigente, sin necesidad de autorizacion prévia; opino, que dicha autorizacion es innecesaria.» (Publicada en la *Gaceta* de 7 de octubre de 1851.)

(2) Real órden declarando innecesaria la autorizacion para procesar á D. Estéban Fetriz, alcalde de Urdues por faltas, cometidas en el ejercicio de funciones, como delegado del poder judicial (*5 de enero de 1859*).

«Considerando: 1.° Que el hecho, por que se dirige el procedimiento contra el alcalde de Urdues, es su falta ó negligencia en el desempeño de las funciones judiciales que le son propias, como delegado ó auxiliar de la jurisdiccion ordinaria para la persecucion y captura de delincuentes, segun la ley (*de 8 de enero de 1845*), y los dos reglamentos citados (*el Reglamento provisional y el de juzgados*):

2.° Que es por lo mismo evidente que en el caso actual ha podido proceder libremente el juez, el cual lo ha verificado contra el alcalde, sin solicitar la autorizacion, con arreglo al artículo (7.°) que además se cita del Real decreto de 27 de marzo de 1850.» (Núm 29. Publicada en la *Gaceta* de 31 de enero de 1859.)

(3) Real órden ya citada, confirmando en parte la negativa resuelta por el gobernador de la provincia de Vizcaya, y en parte declarando innecesaria su autorzacion, solicitada por el juez de primera instancia de Guernica para procesar al alcalde de Bermeo (*19 de julio de 1852*).

«Considerando: que la obligacion, en que se hallan los alcaldes, con arreglo á las leyes, de promover la persecucion de los criminales por los medios indicados en el art. 33 del Reglamento provisional citado, ha sido impuesta á estos funcionarios en el concepto de delegados y auxiliares de los tribunales de justicia, segun distintamente lo espresa en el art. 101 del Reglamento de juzgados, y que en este concepto la falta, que se imputa al alcalde de Bermeo por haber dejado de formar diligencias criminales con motivo de los desórdenes acaecidos en esta villa, es ajena al ejercicio de las funciones administrativas de dicho funcionario.» (Publicada en la *Gaceta* de 29 de junio de 1852.)

(1) La misma decision:

«Considerando: .... 2.° Que el informe que el mismo emitió en 5 de agosto del propio año relativamente á dichos sucesos, lo fué á consecuencia de una órden del juzgado de primera instancia:

Que en este concepto, y por la circunstancia de versar acerca de hechos, que inmediatamente abrieron lugar á un procedimiento criminal contra sus autores, el alcalde procedió al emitirlo como oficial ó funcionario de la policía judicial, y que por lo tanto, la falta de verdad que el juzgado de Guernica supone cometió en dicho documento, al ocuparse del relato de lo acaecido, debe reputarse del mismo modo ajena al ejercicio de las funciones que le competen como ajente de la Administracion.»

(2) Real órden declarando innecesaria la autorizacion del gobernador de la provincia de Segovia, para que el juez de primera instancia de Cuellar pueda procesar á Patricio Lázaro, alcalde de Valienda (*8 de diciembre de 1852*).

«Considerando: Que el reconocimiento verificado por el alcalde de Valiendas en la posada del pueblo, y en otras casas del mismo, no fué en busca de los géneros de ilícito comercio, sobre lo que dice tuvo una confidencia, sino de los efectos que le habian sustraido, como aparece de la completa justificacion practicada, y de las precauciones adoptadas por el alcalde la misma noche del hurto, anterior al dia en que habian de llegar los contrabandistas, objeto, segun dice, de la confidencia.

Considerando: que las diligencias practicadas por el alcalde en averiguacion de los efectos robados y autores del hurto son propias de la policía judicial, en cuyo caso obra como dependiente del juzgado de primera instancia, y está por lo tanto subordinado al mismo.» (Publicada en la *Gaceta* de 11 de diciembre de 1852.)

(3) Real órden declarando innecesaria la autorizacion solicitada por el juez de primera instan-

Cuando impiden la práctica de diligencias, encomendadas por despacho del juez de primera instancia al teniente alcalde, ó al que haga sus veces (1):

Cuando forman diligencias á consecuencia del abandono de un niño (2):

Cuando incurren en faltas en la custodia de un preso, de que se han hecho cargo en virtud de despacho del juzgado (3):

Y cuando, sin preceder el juicio verbal, prevenido en la ley provisional para la aplicacion del Código, imponen una ligera detencion á los autores de una quimera (4).

La doctrina, que acabamos de esponer, es aplicable tambien á los tenientes de alcalde, los cuales, como delegados de estos, deben ejercer las funciones, que con arreglo á las leyes les cometan (2), y conocer de los ramos de la Administracion comunal, que en todo ó en parte les señalen (3), y, como sus suplentes legales, á falta suya, encargarse del despacho de todos los negocios de la alcaldía (4). Para

---

cia de Llerena, respecto á los abusos que haya cometido D. José Hidalgo, alcalde de Berlanga, en los juicios de faltas (6 *de junio de* 1853).

«Considerando: 1.° Que los arrestos y parte de las multas que en el papel correspondiente impuso el alcalde de Berlanga, fueron resultado de los juicios de faltas, que al efecto celebró, en virtud de las facultades que por el Código competen á los alcaldes, en cuyos actos procedió como dependiente del juzgado de primera instancia, y subordinado por lo tanto al mismo.» (Publicada en la *Gaceta* de 24 de junio de 1853.)

(1) Real órden declarando innecesaria la autorizacion del gobernador de la provincia de Valladolid, para que el juez de primera instancia de Nava del Rey procesase al alcalde de Pollos, D. Nicolás Altamirano (28 *de noviembre de* 1853).

«Considerando: 1.° Que el juez de primera instancia de Nava del Rey pudo conferir el despacho para la práctica de las diligencias, que del espediente resultan, á los que del mismo aparecen, y requerir asimismo el auxilio necesario del teniente de alcalde ó del que hiciera sus veces, conforme con la facultad consignada en el artículo anterior (*el* 106 *del Regl. de los juzgados de primera instancia*).

Considerando: ... 2.° Que la comision nombrada no tenia necesidad de impetrar el auxilio del alcalde, toda vez que se habia dirigido á la persona elegida por el juzgado en virtud de sus atribuciones, y que por lo tanto al impedir el alcalde la práctica de las diligencias judiciales, no solo no estaba ejerciendo funciones administrativas, en cuyo caso podria alcanzarle la garantía de la autorizacion, sino que impidió la ejecucion de las que eran esencialmente judiciales.» (Publicada en la *Gaceta* de 8 de diciembre de 1853.)

(2) Real órden declarando innecesaria la autorizacion del gobernador de la provincia de Murcia, para que el juez de primera instancia de Mula pueda procesar á D. Ginés Fernandez Quijano, alcalde de dicha villa (18 *de julio de* 1851).

«Considerando: Que si bien el reconocimiento de la jóven, que estaba embarazada, á fin de prevenir la esposicion de lo que diese á luz, y las demás diligencias instruidas con este motivo por el mencionado alcalde, son propias y peculiares de la autoridad administrativa, corresponden á la policía judicial las que practicó á consecuencia del abandono del niño de que le dieron parte, en cuyo acto tuvieron lugar los escesos en que se funda el juzgado para procesarle.» (Publicada en la *Gaceta* de 29 de julio de 1851.)

(3) Real órden declarando innecesaria la autorizacion que el juez de primera instancia de Trujillo habia solicitado del gobernador de la provincia de Cáceres, para procesar á D. Manuel Moreno, alcalde del puerto de Santa Cruz (21 *de enero de* 1851).

«Considerando: Que al hacerse cargo el alcalde de la persona de Vicente Quesada, en virtud del despacho del juzgado de primera instancia, obró en el concepto de ajente de la policía judicial, y que por lo tanto, la falta que se nota en su conducta, en el hecho de desprenderse de la custodia, que le estaba encomendada, entregando el preso al cuidado de un particular, y que ocasionó la evasion que ha dado márgen á este espediente, debe entenderse cometido en el ejercicio de las funciones que le competen como auxiliar del poder judicial.» (Publicada en la *Gaceta* de 25 de enero de 1851.)

(1) Real órden declarando innecesaria la autorizacion que del gobernador de la provincia de Toledo habia solicitado el juez de primera instancia de Puente del Arzobispo, para procesar á Don José Polo, alcalde de Alcañizo (19 *de marzo de* 1851).

«Considerando: Que al proceder el alcalde á la detencion, que ha dado márgen á este espediente, obró en represion de las injurias recibidas por Pascual Gil, y en virtud de las atribuciones judiciales, que para el castigo de las faltas le competen por la ley citada, y que por lo tanto las informalidades en que ha incurrido deben reputarse como faltas ajenas al ejercicio de funciones administrativas.» (Publicada en la *Gaceta* de 21 de marzo de 1851.)

(2) Art. 86 de la ley de 8 de enero de 1845.

(3) Art. 77, id., id., id.

(4) Real órden confirmando la negativa resuelta por el gobernador de la provincia de Cáceres, en la autorizacion solicitada por el juez de primera instancia de Navalmoral, para procesar á Don Juan Jimenez, teniente de alcalde de Belves de Monroy (5 *de febrero de* 1851).

«Visto el art. 1.° de la ley provisional reformada, prescribiendo reglas para la aplicacion del Código, segun el cual, los alcaldes y sus tenientes en sus respectivas demarcaciones deben conocer en juicio verbal de las faltas de que trata el libro 3.° del Código penal.

Considerando: 1.° Que no hallándose derogado el acuerdo del ayuntamiento de Belves, por el

determinar si pueden por sus actos desde luego ser procesados, tendrán los tribunales que fijarse en el carácter con que los han ejecutado. Si fué en concepto de ajentes de la Administracion activa, la autorizacion procede; pero no, si las decisiones, que han tomado, ó los actos que han verificado, lo han sido en concepto de auxiliares de la justicia ordinaria.

Así se ha declarado necesaria la autorizacion para procesar á los tenientes de alcalde, teniendo en consideracion que ejercen funciones propias de la administracion activa, cuando los hechos que se les imputan se refieren:

Al cumplimiento de los acuerdos de los ayuntamientos sobre conservacion y deslinde de fincas de propios (1):

Y al cumplimiento de una comision, conferida por el ayuntamiento, para llevar á puro y debido efecto una órden del administrador de indirectas, acerca del precio de los artículos de consumo (1).

Obligados los regidores á desempeñar las comisiones que el alcalde les encargue (2), y facultados para hacer sus veces en determinadas circunstancias, se encuentran hasta cierto punto en condiciones análogas; siendo, para proceder contra ellos, necesaria ó innecesaria la autorizacion, segun que hayan hecho uso de atribuciones administrativas (3) ó

---

cual se imponia una multa á los dueños de los ganados, que se hallasen pastando el rastrojo de la villa por otro acuerdo en contrario y posterior, tomado por la misma corporacion, en consecuencia de la facultad que para arreglar el disfrute de los pastos y demás aprovechamientos comunales confiere la ley á los ayuntamientos, el teniente alcalde Jimenez debió creerlo subsistente y castigar con arreglo á él á los contraventores, en virtud de la comision que le habia sido conferida por el alcalde.

Considerando: 2.° Que, siendo los tenientes de alcalde los suplentes legales de los alcaldes, y los que, á falta suya, están encargados de todos los negocios que á éstos pertenecen, y siendo así que el de Belves se hallaba ausente de la cabeza de partido al recibirse en ésta los despachos, ya citados, debió Jimenez creerse facultado para darles cumplimiento, con tanta mas razon, cuanto que la naturaleza del conducto de donde procedian y la nota de urgencia que á uno de ellos acompañaba, daban á conocer la necesidad de evitar todo retardo.» (Publicada en la *Gaceta* de 8 de febrero de 1851.)

(1) Real órden confirmando la negativa resuelta por el gobernador de la provincia de Cáceres, en la autorizacion solicitada por el juez de primera instancia de Jarandilla, para procesar al teniente de alcalde y regidores de Aldeanueva de la Vera (*29 de octubre de* 1852).

«Considerando: 1.° Que, al acordar el ayuntamiento sobre la conservacion de las fincas de propios y su deslinde, objeto de la sesion celebrada en 25 de agosto de 1850, no hizo otra cosa aquella corporacion que deliberar sobre asuntos de su esclusiva competencia, no siendo por lo tanto procesable por este acuerdo, como pretende el juzgado de primera instancia.

Considerando: Que el teniente de alcalde de la misma, nombrado para la ejecucion de este acuerdo, cumplió al ejecutarlo, no solo con las obligaciones, consignadas en el párrafo 1.° del citado artículo 74, sino con las que, como alcalde, le reserva el párrafo 2.° del propio artículo.

Considerando: Que, aunque no conste terminantemente que el terreno que se supone usurpado fuera de la propiedad de Pobre, no puede presumirse mala fé en el teniente de alcalde, al mandar restituir al comun el esceso de los 24 celemines de que constaba la heredad, segun la tasacion que hace diez años se habia practicado, y por consiguiente falta la culpabilidad indispensable para todo procesamiento.» (Publicada en la *Gaceta* de 7 de noviembre de 1832.)

(1) Real órden confirmando la negativa resuelta por el gobernador de la provincia de Pontevedra, en la autorizacion solicitada por el juez de Hacienda de la misma provincia, para procesar á D. Felipe Sanchez Nuñez, teniente de alcalde de Estrada (*4 de marzo de* 1854).

«Considerando: Que las medidas adoptadas por D. Felipe Sanchez Nuñez, teniente de alcalde de Estrada, no tuvieron otro objeto que el de impedir la espendicion de la carne á otros precios, ni con otro peso que los marcados en la tarifa de la administracion de provincia:

Considerando: Que al obrar así, lejos de incurrir en el delito de defraudacion, que cita el juzgado como fundamento para procesarle, no hizo otra cosa que cumplir con la comision que le habia conferido el ayuntamiento, sin que en su desempeño cometiera el delito que se le atribuye, segun del espediente resulta.» (Publicada en la *Gaceta* de 16 de marzo de 1854.)

(2) Art. 87 de la ley de 8 de enero de 1845.

(3) Real órden, confirmando la negativa resuelta por el gobernador de la provincia de Bajadoz, en la autorizacion solicitada por el juez de primera instancia de Fuente de Cantos, para procesar á Don Diego Garrido, regidor del ayuntamiento de Calzadilla (*1.° de abril de* 1852).

«Considerando: Que la insistencia del regidor don Diego Garrido en llevar adelante el embargo, que por acuerdo del ayuntamiento pesaba sobre los ganados del alcalde D. Eduardo Bueno, no obstante la órden del gobernador de la provincia, haciéndole cesar, se halla esplicada y justificada por la circunstancia de ignorar dicho concejal la existencia de aquella resolucion, de la que tan solo tenia noticia el teniente de alcalde D. Maximiliano Ma-

judiciales (1). Así se halla declarado en los casos á que se refieren las Reales órdenes que se citan, y en otros varios.

Esta misma duplicidad de atribuciones, y este mismo doble carácter de ajentes de la Administracion y dependientes de la autoridad judicial, tienen los alcaides de las cárceles, siendo unas veces preciso, para perseguirlos criminalmente, impetrar la autorizacion, y otras no. Con este criterio juzgando, se ha decidido que obran como subordinados y auxiliares del órden judicial, y por lo mismo que la autorizacion es innecesaria, cuando las faltas que se les imputan son relativas á la custodia de presos, que los tribunales ponen á su cuidado, á la prision, incomunicacion y soltura de los que tienen causa pendiente (1), y cuando se les acusa de exacciones indebidas, ó de otros delitos penados en el Código (2). Mas no cuando los

---

tees, y esto de una manera imperfecta y poco auténtica.

Considerando: Que tampoco puede hacerse cargo al procesado por haber obrado como lo verificó, estando presente el alcalde en el pueblo, en atencion á que, no teniendo conocimiento de su regreso, al menos oficialmente, no tenia motivo para creerse desprendido del carácter, que le habia sido delegado.» (Publicada en la *Gaceta* de 14 de abril de 1852.)

Real órden, confirmando la negativa resuelta por el gobernador de la provincia de Pontevedra en la autorizacion pedida por el juez de primera instancia de Vigo para procesar á D. Ramon Lafuente, regidor del ayuntamiento de esta última ciudad (4 *de marzo de* 1854).

«Considerando: Que las medidas adoptadas por Don Ramon Lafuente en la casa de D. Juan Ventura Perez, y contra los sujetos hallados en ella en la noche del 3 de febrero de 1853, fueron con el objeto de cumplir las órdenes del gobernador de la provincia, cuya autoridad manifiesta que así lo preceptuó y aprobó lo obrado, y que las demás, que no fueron objeto de dichas órdenes, fueron igualmente aprobadas por dicha autoridad, de todo lo que se infiere que la responsabilidad á que pueda haber lugar por el resultado que arroja este espediente, no debe recaer sobre los que meramente ejecutaron aquellas órdenes; sino sobre la autoridad que las dictó, y aprobó los actos de aquel.

Considerando: Que aunque el D. Ramon Lafuente no era alcalde al practicar la comision, que produjo la queja de D. Juan Ventura Perez, obró en virtud de delegacion del alcalde, por lo que no usurpó las atribuciones de este, que es otro de los cargos que se dirigen contra el mencionado Lafuente.» (Publicada en la *Gaceta* de 17 de marzo de 1854.)

(1) Real órden declarando innecesaria la autorizacion solicitada del gobernador de la provincia de Huesca, por el juez de primera instancia de Jaca para procesar á Francisco Barba, regidor del ayuntamiento de Jago, por haber puesto en prision al maestro de instruccion primaria D. Antonio Perez Cañardo (16 *de abril de* 1859).

«Considerando: Que al arrestar Francisco Barba (*regidor que estaba ejerciendo por delegacion el cargo de alcalde*) á D. Antonio Perez Cañado, lo hizo como auxiliar de la administracion de justicia, y en este concepto fuera del ejercicio de sus funciones administrativas.» (Publicada en la *Gaceta* de 24 de abril de 1859.)

Real órden, declarando innecesaria la autorizacion para procesar al regidor del ayuntamiento de Santa Eulalia, D. Francisco Serra, por haber puesto en libertad á ciertos delincuentes sin instruir diligencia alguna (30 *de enero de* 1860.)

«Considerando: Que supuesta esta delegacion consuetudinaria de las facultades del alcalde en las del regidor, es evidente que debió proceder á instruir las primeras diligencias en averiguacion del delito que se le denunciaba como dependiente de la autoridad judicial.» (Publicada en la *Gaceta* de 7 de febrero de 1860.)

---

(1) Real órden declarando innecesaria la autorizacion para procesar al alcaide de Solsona, Don Joaquin Graus, por el permiso ó tolerancia en la salida de un delincuente constituido en prision (25 *de febrero* de 1860).

«Considerando: 1.° Que los alcaides tienen el doble carácter de ajentes de la Administracion y dependientes de la autoridad judicial, y que en este caso se encuentran en todo lo relativo á la custodia de los presos que los tribunales ponen á su cuidado, y por consiguiente en cuanto á la prision, incomunicacion y soltura de los presos con causa pendiente, no obran en el ejercicio de funciones administrativas.

Considerando: 2.° Que el citado alcaide D. Joaquin Graus faltó á lo dispuesto en el art. 17 de la ley de prisiones de 26 de julio de 1849, permitiendo ó tolerando que Juan Pedro Sola, saliese de la prision en que estaba constituido por mandamiento del juez y hallándose pendiente de causa, y que en tal concepto obró como dependiente del juzgado, á quien compete la correccion ó castigo que por ella debe imponérsele.» (Publicada en la *Gaceta* de 14 de marzo de 1860).

(2) Real órden, confirmando en parte, en parte declarando innecesaria, y en parte negando la autorizacion solicitada del gobernador de Madrid por el juez de primera instancia del distrito del Barquillo, para procesar á D. Casto Alvarez, alcaide que fué de la cárcel de Villa y al exportero mayor de la misma Jose Fernandez, por exacciones ilegales y otros abusos, cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos (16 *de junio de* 1859.)

«Considerando: ... 2.° Que los alcaides tienen el doble carácter de ajentes de la Administracion y dependientes de la autoridad judicial; que se encuentran en este caso en todo lo relativo á la custodia de los presos que los tribunales ponen á su cuidado, y por consiguiente, en cuanto á la prision, incomunicacion y soltura de los presos con causa pendiente, no obran en ejercicio de funciones administrativas.

detenidos ó presos han sido puestos bajo su custodia por las autoridades administrativas, ó cuando los hechos que se les atribuyen son méras contravenciones á reglamentos administrativos; por que en tales casos se ha considerado que ejercen funciones propias de la Administracion, y que obran como ajentes del poder ejecutivo (1).

La obligacion que tienen los procuradores síndicos de promover la represion de las faltas en juicio competente, derivada del carácter de representantes del Ministerio público que en dichos juicios les asigna la ley (2), y la de poner en conocimiento de los promotores fiscales de los juzgados respectivos los hechos criminales, que en sus demarcaciones ocurran (3), les ha sido impuesta en concepto de ajentes y auxiliares del poder judicial, y se ha decidido por lo tanto que las omisiones que puedan cometer, dejando de promover la represion de las faltas y de poner en conocimiento del promotor fiscal del juzgado los delitos, son justiciables desde luego, no constituyendo materia de autorizacion (4).

Otros ejemplos y casos prácticos pudiéramos citar, con nuevas decisiones del Consejo Real y del Consejo de Estado; pero los mencionados ya, son suficientes para dejar fuera de duda, que tanto con arreglo al tenor literal del derecho, como á la doctrina establecida por la jurisprudencia, encargada de fijar su espíritu y dar unidad á sus disposiciones, no basta para que una persona goce de la garantía de la autorizacion, que tenga carácter público; sino que es indispensable para ello que los hechos que se le atribuyan, como causa de responsabilidad, sean relativos al ejercicio de sus funciones, y lo que es mas, que esas funciones sean administrativas. No concurriendo estas circunstancias, los tribunales, sin prévia licencia, pueden proceder siempre contra los ajentes administrativos.

Del fondo de esta doctrina surge naturalmente una dificultad grave, á saber: ¿á qué autoridad corresponde decidir si debe ó no pedirse la autorizacion? Por que muchas veces será dudoso, si debe ó no impetrarse. Puede haber quien crea que el hecho, que se atribuye á un funcionario, es relativo al ejercicio de sus funciones administrativas, y por lo mismo, que la solicitud de autorizacion procede; en tanto que habrá quizá quien, llevando la opinion contraria, sustente que es un delito comun, á cuyo castigo puede y debe desde luego proceder la justicia ordinaria. ¿Cómo resolver este conflicto? ¿Cómo, sin menoscabar las altas facultades, concedidas á los tribunales en nombre de un in-

---

3.° Considerando: que los cargos que se han formulado contra el alcaide y portero mayor por exacciones indebidas á los presos no son infracciones del reglamento de la cárcel, sino delitos penados por el Código penal, y que á los tribunales de justicia corresponde, por consiguiente averiguar si en efecto hubo ó no esas exacciones y exigir al culpable la responsabilidad en que haya incurrido.» (Publicada en la *Gaceta* de 27 junio de 1860.)

(1) La misma decision.

«Considerando: Que la existencia de cantinas en la cárcel y la introduccion en la misma de licores espirituosos son contravenciones á un reglamento administrativo, cuya correccion corresponde esclusivamente á las autoridades, á cuyo cargo se halla todo lo relativo al régimen interior de las prisiones.»

(2) Párrafo 2.° de la regla 22 de la ley provisional para la aplicacion del Código penal.

(3) Art. 34 del Reglamento de juzgados de primera instancia.

(4) Real órden, declarando innecesaria la autorizacion que del gobernador de la provincia de Logroño, habia solicitado el juez de primera instancia de Torrecilla de Cameros, para procesar á D. Pedro María Martinez y D. Agapito María Moreno, alcalde y regidor de Almarza (1.° *de abril de* 1852).

«Considerando: Que la obligacion que tienen los procuradores síndicos de promover la represion de faltas en juicio competente, derivada del carácter de representantes del ministerio público, que en dichos juicios les asigna la ley, y la de poner en conocimiento de los juzgados respectivos los hechos criminales, que en sus demarcaciones ocurran, en conformidad á la regla primera de la ley provisional, para la aplicacion del Código, y art. 34 del Reglamento de juzgados, han sido impuestas á esta clase de funcionarios en el concepto de auxiliares y ajentes del poder judicial, y que por lo tanto la omision indebida que se reputa cometida por el que el juzgado supone desempeñaba el cargo de procurador síndico en la época de estos sucesos, D. Agustin Moreno, dejando de promover por los medios indicados la persecucion de los autores de la concerrada y de poner en conocimiento del promotor fiscal del juzgado de Torrecilla el hecho de las lesiones causadas al Dámaso, es relativa al ejercicio de las funciones judiciales de dicho funcionario.» (Publicada en la *Gaceta* de 14 de abril de 1852.)

terés social, y sin perjudicar las atribuciones de la Administracion, encargada de la defensa de los intereses generales, encontrar una forma práctica para determinar, qué cuestiones, qué hechos ó qué abusos son materia de autorizacion?

Por un lado, si fuese el órden judicial el que determinase definitivamente si la autorizacion se debe ó no pedir, podria abusar, calificando de rigurosamente delitos comunes, escesos relativos al ejercicio de funciones administrativas, reduciendo de este modo la esfera de la garantía que la ley dispensa á estas mismas funciones. Por otro, si la encargada de resolver aquel punto fuese la autoridad administrativa, podria abusar en sentido inverso, calificando de relativos al ejercicio de funciones administrativas delitos comunes, ensanchando de este modo indebidamente el círculo de la Administracion.

Sin embargo, aunque el abuso puede ser comun, y tan peligroso en el uno, como en el otro órden, parece es indudable que la facultad de resolver *definitivamente* sobre tan delicada materia, no puede menos de atribuirse á la autoridad administrativa. Otra cosa seria hacer inútiles todas las ventajas, que con la autorizacion se propone conseguir y ha conseguido efectivamente la ley, haciéndola además incurrir en el contrasentido de conceder á la administracion una garantía, y dejar la determinacion de su uso al arbitrio absoluto de otra autoridad independiente.

Pero si esto es así, estamos por otra parte muy lejos de negar á los tribunales una directa intervencion en la materia: antes creemos que deben adoptarse escrupulosas precauciones, para evitar, ó hacer al menos muy difíciles los abusos en que pudieran incurrir las autoridades administrativas.

Los principios y la ley fundamental del Estado convienen en que á los tribunales de justicia corresponde privativamente la facultad de juzgar. De lo que se deduce que á ellos corresponde tambien calificar los delitos; y por consecuencia, que no se les puede negar el derecho de apreciar la índole y naturaleza de los hechos para pedir ó no la autorizacion.

Segun esto, cuando la autoridad judicial estima que el abuso, que se atribuye á un funcionario, constituye un delito comun, debe reconocérsele la facultad de poder desde luego proceder. Por que en este caso solo hace una apreciacion, que está en la índole de sus ordinarias funciones. La administracion no debe negar al órden judicial el ejercicio de atribuciones que le son propias, ni contradecir el derecho que tiene de calificar los delitos. Basta, para la eficaz proteccion de los derechos y de los intereses que representa, que la calificacion judicial no se considere definitiva y que á aquella se le den medios de defender la esfera de sus atribuciones propias, cuando entiende que ha sido invadida por la otra autoridad, considerando impropiamente, como delitos comunes, hechos, verificados en el ejercicio de funciones administrativas.

Tres son, pues, los objetos que debe proponerse el legislador:

1.° Conceder á la autoridad judicial facultad para comenzar desde luego el procedimiento: 2.° concedérsela al gobernador para provocar una decision definitiva en los casos dudosos; y 3.° dar á aquella la posible seguridad de que por semejante decision no vendrá á disminuirse la garantía social, de que es depositaria y conservadora.

Veamos hasta qué punto ha conseguido este resultado el Real decreto de 27 de marzo.

Si el delito cometido por los ajentes del poder público no es relativo al ejercicio de funciones administrativas, establece que pueda proceder libremente el juez á todo lo que haya lugar; pero exige que al dirigir contra ellos el procedimiento dé, sin suspenderlo, el correspondiente aviso al gobernador (1).

En esta clase de comunicaciones las autoridades judiciales deberán espresar con mucha claridad los hechos, y con la mayor ilustracion esponer los fundamentos legales en que se apoyen para no considerar el delito como relativo al ejercicio de las espresadas funciones administrativas. De esta manera se evitarán no pocos conflictos y dilaciones. Los

(1) Art. 7.° del Real decreto de 27 de marzo de 1850.

gobernadores pueden pedir, cuando lo conceptúen preciso, á los jueces, que amplíen en todo ó en parte sus comunicaciones. Pero el término que para ello tienen es solo de diez dias (1), debiendo no olvidar, para no incurrir en responsabilidad, que son perentorios, tanto éste, como los demás términos señalados en el referido Real decreto (2).

Recibida la comunicacion judicial de estar procediendo, y tambien en su caso, recibida su aclaracion ó ampliacion, el gobernador oye al Consejo provincial. Si juzga acertada la calificacion judicial del hecho, manifiesta al juez, dentro de diez dias, que queda enterado. Y en los ocho siguientes debe remitir una copia del espediente al Ministerio de la Gobernacion, el cual á su vez la pasa al Consejo Real antes, hoy de Estado, sin ulterior procedimiento (3).

Por el contrario, si el gobernador cree que el caso exige su autorizacion, requiere al juez para que, con suspension de todo procedimiento, llene esta formalidad. La comunicacion, que al efecto debe dirigirle, ha de ser razonada, á fin de que aquel pueda conocer y apreciar los motivos, en que la Administracion se funda para juzgar precisa la autorizacion gubernativa (4). El juez, suspendiendo el procedimiento, oye el dictámen del promotor fiscal, y resuelve lo que estima mas arreglado á la ley (5).

No dice el Real decreto los términos, dentro de los cuales el gobernador debe requerir al juez, para que suspenda el procedimiento y reclame su autorizacion; el promotor emitir su censura, y el juzgado pronunciar su fallo. Tal omision nos parece inconveniente, porque podrá dar ocasion en muchos casos á perjudiciales dilaciones.

El plazo de diez dias, que hemos visto tiene el gobernador para contestar cuando está conforme con la calificacion judicial del delito, parece demasiado angustioso para aplicarlo, por vía de interpretacion, al caso contrario, esto es, al de juzgar que la autorizacion procede y que no ha debido sin ella continuarse el procedimiento; y sin embargo, lo creemos aplicable á este caso, por la obligacion que tiene el gobernador de contestar al juez dentro de los diez dias.

En cuanto al juez y promotor, no vemos en estas disposiciones caso de analogía, pues los términos que tienen, el uno para emitir su opinion, y el otro para dictar providencia, cuando aquel es requerido de inhibicion por un gobernador, provocándole la competencia, no pueden servirnos para suplir el silencio, que ahora lamentamos; porque ninguna analogía hay entre las cuestiones de competencia y las autorizaciones: el objeto de aquellas es determinar quién debe conocer; éstas miran solo *al modo de conocer* (1). Será necesario, por tanto, suplir dicha omision con la legislacion comun, y al efecto tendrán

(1) Art. 8.° de dicho Real decreto.
(2) Art. 14.
(3) Art. 8.°
(4) Art. 9.°
(5) Art. 10.

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Toledo y el juez de primera instancia de Quintanar de la Orden, por haber procesado este al teniente alcalde de Villanueva de Alcaudete (7 *de noviembre de* 1846.)

«Considerando: Que tampoco es fundada la otra razon, puesto que la formalidad que dicho jefe político invoca, prescrita en efecto por la citada ley (*la de* 2 *de abril de* 1845), mira solo al modo de conocer, y la cuestion de competencia, se contrae de suyo en todos los casos á la determinacion de la autoridad á quien toca el conocimiento; por lo cual, si semejante razon puede ser oportuna en la misma causa, ya como razon de nulidad, ya como fundamento de responsabilidad, en su caso, no puede servir de apoyo á esta competencia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 39, núm. 67.)

Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia suscitada entre el jefe político de Málaga, y el juez de primera instancia de Colmenar, con motivo de no haber este solicitado autorizacion para procesar al alcalde de Casa-bermeja (3 *de junio de* 1847.)

«Considerando: 1.° Que las cuestiones, á que puede dar lugar en cada caso esta disposicion legal, en que se funda el jefe político de Málaga, son dos únicamente, á saber: si se debe pedir la autorizacion, y en la afirmativa, si se debe otorgar:

2.° Que ambas cuestiones son estrañas á la de competencia, reducida siempre á determinar quién debe conocer, por lo cual, si en el caso presente puede el alcalde procesado alegar ante el juez la nulidad de las actuaciones, por haber omitido la formalidad prescrita por la citada ley, y exigir en su caso dónde y contra quien corresponda la responsabilidad, que de aquí resulte, no ha podido el jefe político provocar fundadamente esta competencia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 44, núm. 47.)

presente aquellos funcionarios, que se trata de causas criminales, en las que el promotor no debe dilatar su despacho mas de lo indispensable, y el juez tiene el perentorio término de tres dias para dar sus providencias interlocutorias (1).

De todos modos, el buen nombre de las autoridades contendientes, está interesado en no dilatar negligente ó maliciosamente estos trámites. Cuando lo hagan, el Gobierno y los tribunales superiores deberán dirigir respectivamente á los gobernadores y á los jueces las amonestaciones que merezcan, y en su caso exigirles la responsabilidad.

El auto del juez, ya sea insistiendo en proceder sin autorizacion, ya, en vista de las razones alegadas por el gobernador y el promotor fiscal, desistiendo de hacerlo, ha de ser siempre consultado con la Audiencia, á la cual remitirá al efecto los autos originales (2). Tampoco fija término para esto el Real decreto, ni determina los trámites que han de seguirse en la Audiencia para confirmar ó revocar el auto consultado. Pero ya hemos indicado que tales omisiones han de suplirse con la legislacion comun, y de consiguiente deberán observarse, como se observan, los trámites establecidos para la consulta de los autos de inhibicion ó sobreseimiento (3).

Así, pues, luego que se notifica al promotor la providencia del juez, remite éste los autos originales á la Audiencia, la cual, oido el Ministerio fiscal, resuelve lo que estima justo, sin mas trámites ni necesidad de vista formal; y se devuelven en seguida los autos al juez inferior con certificacion de la providencia de la Sala. Este acuerda su cumplimiento, luego que los recibe, y si se ha declarado ser necesaria la autorizacion, la pide en seguida al gobernador.

En el caso inverso, á saber, cuando el tribunal superior declara que no es ésta necesaria, dentro de los seis dias siguientes á la devolucion de los autos debe el juez elevar copia testimoniada de los mismos, con una esposicion de motivos, al Ministerio de la Gobernacion, poniéndolo en conocimiento del de Gracia y Justicia á los efectos oportunos, y dando aviso de ello al gobernador, el cual por su parte elevará tambien en la misma forma, y dentro de tercero dia, el espediente original (1).

Una y otro se pasan por el Ministerio de la Gobernacion al Consejo Real, hoy de Estado, para que consulte lo que estime oportuno, en el término preciso de quince dias antes, y hoy de treinta y uno (2).

En vista de la consulta del Consejo, el Ministerio de la Gobernacion y el de Gracia y Justicia, en un término igual de quince dias, proponen la resolucion que corresponde. Esta se cumple, cuando hay acuerdo entre los dos Ministerios; pero en caso de discordia se lleva el asunto al Consejo de Ministros. El término que éste tiene para decidir, es tambien de quince dias. La resolucion, que recae, se comunica por dichos Ministerios respectivamente, al gobernador de la provincia y al juez de primera instancia (3).

Tales son las precauciones y formalidades, que nuestro derecho ha adoptado, para que los tribunales de justicia, á pretesto de que los hechos, que se imputan á los empleados, no son relativos al ejercicio de sus funciones, no vengan á hacer inútil, en la mayor parte de los casos, la garantía de la autorizacion, que se les ha concedido, y para que la Administracion, sosteniendo que toda falta ó delito, cometido por aquellos, lo es en el ejercicio de funciones administrativas, impida el libre ejercicio de las atribuciones, que la Constitucion y los principios generales de la ciencia y del derecho atribuyen privativamente al órden judicial.

La libertad, que se concede á este de proceder desde luego, cuando juzga que el hecho es un delito, cometido fuera del ejercicio de funciones administrativas: la intervencion, que en la resolucion del punto relativo á si la autorizacion debe ó no pedirse, se otorga

(1) Disp. 13.ª del art. 51 del Reglamento provisional para la administracion de justicia.
(2) Art. 10 del espresado Real decreto.
(3) Art. 71 del Reglam. prov. ya citado.

(1) Art. 11 del Real decreto citado.
(2) Real decreto de 29 de abril de 1857.
(3) Art. 12 del Real decreto de 1850.

al Ministerio de Gracia y Justicia: la necesidad de acudir al Consejo de Ministros, cuando discordare sobre el particular aquel Ministerio con el de la Gobernacion; y en todo caso la responsabilidad de los ajentes del poder público, son las garantías, que la ley ofrece á los intereses individuales y sociales, á cuya proteccion se consagran los tribunales.

3.° *Quiénes, y cómo, deben solicitar la autorizacion.* Poco tiempo despues que la ley de 2 de abril de 1845 concediera, entre otras atribuciones, á los jefes políticos la de otorgar ó negar, con arreglo á las leyes ó instrucciones, la autorizacion competente para procesar á los empleados y corporaciones dependientes de su autoridad, por hechos relativos al ejercicio de sus funciones, se impuso á todos los jueces y tribunales la obligacion de reclamarla en los casos, en que considerasen justo proceder contra dichos funcionarios por abusos ó escesos en el desempeño de su cargo (1), y la de dar inmediatamente cuenta á los gobernadores respectivos, siempre que por disposicion de los mismos jueces se verificase la prision de algun empleado público (2).

Esta doble obligacion fué sancionada tambien, y hasta cierto punto mejor determinada, en el Real decreto, estableciendo las reglas que habian de observarse en los procesos, que se formasen contra los gobernadores de las provincias y demás empleados y corporaciones, dependientes de estos, por hechos relativos al ejercicio de sus funciones.

En efecto, segun este decreto, los jueces y los tribunales, no solo tienen la obligacion de impetrar el permiso gubernativo, cuando se trata de hechos, relativos al ejercicio de funciones administrativas; sino que, cuando por este concepto haya que formar causa á un empleado, se les prohibe espresamente dirigir contra él inmediatamente las actuaciones; recibirle declaracion indagatoria; decretar su arresto ó prision, ó tomar otras providencias que le caractericen de presunto reo (3), sin la autorizacion, que requiere el párrafo 8.° del artículo 4.° de la ley de 2 de abril, para el gobierno de las provincias. El mismo Tribunal Supremo de Justicia, á quien corresponde conocer de las causas, que se forman á los gobernadores, por sus actos como funcionarios públicos (1), no puede prescindir de impetrar para ello del Ministerio de la Gobernacion el correspondiente permiso, lo cual debe hacer por conducto del de Gracia y Justicia, con copia certificada de los autos (2).

Regla tan absoluta, si no tuviera algunas prudentes escepciones, podria ser perjudicial á los intereses supremos de la justicia. Mientras que el juez solicitaba la autorizacion, el funcionario, que hubiera perpetrado notoriamente un delito, que la ley castigase con justo rigor, podria, huyendo, burlar la accion pública, y en su dia hacer ilusoria la aplicacion de la pena. Para evitar estos inconvenientes, se ha establecido que los tribunales puedan, conforme á derecho, y bajo su responsabilidad, proceder á la prision ó arresto del reo, cuando fuese hallado *in fraganti*, y tambien cuando su delito sea de los que califica de graves el Código penal; pero al mismo tiempo se les ha impuesto la obligacion de pedir al gobernador, dentro de las veinticuatro horas siguientes á cualquiera de estas dos diligencias, autorizacion para continuar la causa (3). De esta manera se ha creido armonizar, en beneficio comun, las exigencias de la justicia con los intereses de la Administracion.

No siempre los jueces tienen precision de impetrar el permiso para procesar á los funcionarios públicos. Algunas veces tambien los gobernadores les remiten antecedentes y espedientes para que procedan, contra los que en los mismos resultan culpables, con arreglo á derecho, en cuyo caso se entiende que les conceden de hecho la autorizacion (4). Es

(1) Real órden de 5 de setiembre de 1845.
(2) Real órden de 25 de octubre del mismo año.
(3) Art. 1.° del Real decreto de 27 de marzo de 1850.

(1) Art. 9.° de la ley de 2 de abril de 1845.
(2) Art. 13 del Real decreto de 27 de marzo de 1850.
(3) Art. 6.° del mismo.
(4) Real órden, declarando innecesaria la autorizacion, negada por el gobernador de la provincia de Orense al juez de Hacienda, para procesar á D. Miguel Garrido, celador de barrio de aquella ca-

cierto que no siempre lo han estimado así los promotores fiscales, los jueces y los gobernadores, habiendo, en algunas ocasiones, los primeros reclamado que la autorizacion se solicitase: los segundos impetrádola: y, lo que es mas estraño, denegádola los terceros: pero estos mismos casos han servido para fijar aquella jurisprudencia, pues repetidamente el Gobierno, á consulta del Consejo de Estado, ha declarado que la autorizacion es en ellos innecesaria, por considerarse implícitamente concedida desde el dia en que los gobernadores pasan los antecedentes á los tribunales, despues de lo cual no cabe ulterior procedimiento (1), porque una vez otorgada no puede la Administracion volver sobre sus actos (1). Los empleados, que en esta clase de asuntos resulten complicados, no ante el gobernador, sino en el tribunal competente, deberán hacer valer las razones y hechos que acrediten su inculpabilidad (2).

Hemos dicho ya que, antes de dirigir las actuaciones contra los funcionarios públicos,

---

pital, por haberse negado á prestar auxilio á los dependientes del fielato de puertas, para detener unas caballerías, en que se introdujeron fraudulentamente artículos de consumo (12 *de mayo de* 1859).

«Considerando: Que al encargar el gobernador al juez de Hacienda formase el procedimiento en averiguacion de los hechos que se denunciaban, concedió por este hecho la autorizacion, sin que, una vez concedida, pueda la Administracion volver sobre sus propios actos.» (Publicada en la *Gaceta* de 21 de mayo de 1859.)

Real órden declarando innecesaria la autorizacion, negada por el gobernador de la provincia de Cáceres al juez de primera instancia de esta capital, para procesar al alcalde y demás individuos del ayuntamiento de Arroyo del Puerco, por cortas verificadas en los montes de propios, sin la debida licencia (21 *de noviembre de* 1859).

«Considerando: Que una vez pasado el espediente por el gobernador de la provincia al juez de primera instancia del partido, para que procediera contra los culpables, reputados como tales el alcalde y ayuntamiento del Arroyo del Puerco, se entiende concedida por el mismo hecho la autorizacion, y, una vez concedida esta, no es dado á la Administracion volver sobre sus propios actos.» (Publicada en la *Gaceta* de 26 de noviembre de 1859.)

(1) Real órden, declarando innecesaria la autorizacion, negada por el gobernador de la provincia de Córdoba al juez de primera instancia de la Rambla, en dicha ciudad, para procesar á D. Gonzalo García Zafra, alcalde que fué de la Victoria, por exacciones ilegales (21 *de marzo de* 1859).

«Considerando: Que, al remitir el gobernador de Córdoba al juez de la Rambla el espediente para que procediera á lo que hubiere lugar, é impusiera á los culpables las penas, á que se hubieran hecho acreedores, concedió por el mismo hecho la autorizacion, y una vez concedida esta, es sin ulterior procedimiento.» (Publicada en la *Gaceta* de 27 de marzo de 1859.)

Real órden, declarando innecesaria la autorizacion, negada por el gobernador de Palencia al juez de Hacienda de aquella capital, para procesar á Julian Benito, regidor del ayuntamiento de Villaumbrales, por haber hecho enmiendas en los repartimientos de contribuciones (7 *de mayo de* 1859).

«Considerando: Que, remitido el espediente por el gobernador al juez de Hacienda para que resolviese lo que procediese en justicia, se entiende por el mismo hecho concedida la autorizacion, despues de la cual no hay ulterior procedimiento, y no es dado á la Administracion volver sobre sus propios actos.» (Publicada en la *Gaceta* de 17 de mayo de 1859.)

(1) Real órden, declarando innecesaria la autorizacion, negada por el gobernador de la provincia de Canarias al juez de primera instancia de Santa Cruz de Tenerife, para procesar al segundo teniente de alcalde de Candelaria, D. Nicolás Alonso, al síndico D. Silvestre de Torres y al secretario D. Agustin del Castillo, por falsedad en las actas de quintas de aquel pueblo (16 *de abril de* 1859).

«Considerando: Que una vez remitida por el subgobernador la denuncia al juez, para que procediera á lo que hubiere lugar, concedió por el mismo hecho la autorizacion, sin que, una vez concedida esta, haya ulterior procedimiento, ni sea dado á la Administracion volver sobre sus propios actos.» (Publicada en la *Gaceta* de 30 de abril de 1859.)

Real órden, declarando innecesaria la autorizacion, solicitada por el juez de Hacienda de Cáceres, para procesar al ayuntamiento de Serrejon y al visitador de la renta del papel sellado por el delito de cohecho (21 *de julio de* 1859).

«Considerando: Que una vez remitido el espediente por el gobernador al juez de Hacienda, para que procediese á lo que hubiere lugar contra el espresado visitador, concedió por el mismo hecho la autorizacion, sin que, una vez concedida, pueda la Administracion volver sobre sus propios actos.» (Publicada en la *Gaceta* de 31 de julio de 1859.)

(2) Real órden, declarando innecesaria la autorizacion, negada por el gobernador de la provincia de Cáceres al juez de primera instancia de Granadilla, para procesar á D. Julian Cueto, regidor síndico del ayuntamiento de Soto Serrano, por la venta de unas encinas del monte comun de dicho pueblo (4 *de febrero de* 1859).

«Considerando: Que en el hecho de haber pasado el gobernador los antecedentes al juez de primera instancia para que procediera á lo que hubiese lugar, implícitamente se entiende concedida la autorizacion, sin que sea posible volver sobre lo acordado, pudiendo hacer valer el procesado en el tribunal competente las razones que acrediten su inculpabilidad.» (Publicada en la *Gaceta* del 19 de febrero de 1859.)

y de recibirles la indagatoria, deben los jueces pedir al gobernador el indispensable permiso. Ha acontecido, sin embargo, en alguna ocasion, que despues de recibir la indagatoria á los presuntos reos, han procurado aquellos subsanar este defecto, pidiendo la autorizacion. En este caso se ha resuelto que el gobernador puede negarla ó concederla; pero nunca entrar en el fondo del negocio para disputar el conocimiento de la causa (1).

Para pedir la autorizacion los jueces, despues de oir el dictámen del promor fiscal, deben remitir al gobernador las diligencias en compulsa. No ha faltado quien haya creido que el auto, en que esto se ordena, debe ser consultado con la Audiencia. Esta opinion carece, en nuestro concepto, de fundamento, pues terminantemente pugna con la letra y espíritu del art. 2.° del Real decreto de 27 de marzo, que determina la forma en que deben los jueces impetrar la autorizacion, y el cual les faculta para que desde luego, sin mas que oir el parecer fiscal, la reclamen cuando lo conceptúen prudente. Además de que, si semejante consulta hubiera entrado en la mente de los autores del Real decreto, hubieran hecho sobre este punto lo que hicieron, al tratar del caso, en que el juez y el gobernador discordan acerca de si la autorizacion debe ó no pedirse: y fué, como hemos visto, consignar que el juez consultara siempre el auto, con remision de los originales á la Audiencia. De todos modos, éste ya no es un punto opinable, sino resuelto á consulta del Consejo Real, en el sentido que acabamos de esponer (1).

El art. 3.° del Real decreto de 4 de junio de 1847, entre otras impone á los gobernadores dos prohibiciones: 1.ª, suscitar competencias en los juicios criminales; á no ser que el castigo del delito ó falta haya sido reservado por la ley á los funcionarios de la Administra-

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Málaga y el juez de primera instancia de Gaucin, con motivo de la causa formada al alcalde de esta villa, D. Bartolomé Gonzalez (29 *de diciembre de* 1847).

«Considerando: 1.° Que de la razon alegada por el jefe político se infiere solo que el juez, antes de dirigir las actuaciones contra Gonzalez, y de consiguiente antes de recibirle la indagatoria, debió pedir á aquel la autorizacion indispensable para este fin.

Considerando: 2.° Que subsanado por el juez el defecto en que incurrió en esta parte, pidiendo al jefe político, despues de la indagatoria, la insinuada autorizacion, pudo éste negarla ó concederla, pero no entrar en el fondo del negocio para disputar á aquel el conocimiento de una causa criminal sobre ocultacion de multas, que no pertenece á ninguna de las dos escepciones contenidas en el citado párrafo 1.°, art. 3.° del Real decreto de 4 de junio último.» (*Coleccion legislativa*, 1847, Tomo 42, núm. 102.)

(1) Real órden, manifestando, en cuanto á un estremo, quedar enterado, y en el otro denegando al juez de primera instancia de Villafranca del Vierzo la autorizacion solicitada del gobernador de la provincia de Leon para procesar á Angel Vazquez, teniente de alcalde de Lago (*24 de setiembre de* 1850).

«En lo relativo al procedimiento criminal, por razon de injurias que se dicen inferidas á aquellos vecinos por Angel Vazquez, para lo cual concedió autorizacion el gobernador de Leon, con la cláusula de que los querellantes concretasen su queja á este solo estremo:

Visto el art. 2.° del Real decreto de 27 de marzo del presente año, y no teniendo el Consejo nada que observar, ha acordado manifestar á V. E. que queda enterado. Asimismo se ha enterado el Consejo de una comunicacion elevada al Ministerio de Gracia y Justicia por el regente de la Audiencia de Valladolid, manifestando que, en atencion á que el auto del juez, por el cual, conformándose con el dictámen fiscal, proveyó la remision del testimonio de lo actuado al Ministerio de Gracia y Justicia, debió haberse consultado con aquel tribunal superior, habia acordado su devolucion al juzgado, á fin de que éste cumpliese con dicho requisito. Si el hecho, que ha dado motivo á su resolucion, es el de no haber consultado el juez de primera instancia con la misma el auto, por el cual acordó solicitar del gobernador de la provincia autorizacion para procesar á Angel Vazquez, dicha resolucion es improcedente. El art. 10 del Real decreto de 27 de marzo último previno que, si advertido el gobernador por el juez de primera instancia del hecho de hallarse procediendo contra algun funcionario, de los que marca dicho Real decreto, por un delito ajeno en su juicio al ejercicio de funciones administrativas, y siendo de opinion contraria, requiriese el juzgado, á fin de que la solicite, deberá éste, despues de proveer sobre ello, consultar el auto con la Audiencia. Segun el artículo 2.°, cuando el juez fuere de sentir de que el delito es relativo al ejercicio de funciones administrativas, deberá pedir desde luego, y sin mas trámites, la autorizacion competente. Por lo mismo, y hallándose el hecho que ha dado márgen á este espediente en el caso que marca dicho art. 2.°, el juzgado obró conforme á lo preceptuado, no consultando á la Audiencia el auto por el cual resolvió pedir la autorizacion.» (Publicada en la *Gaceta* de 29 de setiembre de 1850.)

cion, ó cuando en virtud de la misma ley deba decidirse por la autoridad administrativa alguna cuestion prévia, de la cual dependa el fallo que los tribunales ordinarios ó especiales hayan de pronunciar: y 2.ª, suscitar estas mismas contiendas, por no haber precedido la autorizacion correspondiente para perseguir en juicio á los empleados, dependientes de la autoridad de los gobernadores, en concepto de tales. De esta doble prohibicion se deduce derechamente, que la omision de semejante formalidad no puede nunca ser motivo bastante para que los gobernadores reclamen las causas formadas sin ella á los funcionarios públicos, dependientes de su autoridad (1), ni para sustraer al juzgado el conocimiento de semejante clase de asuntos (1). El derecho de de los procesados está limitado á pedir ante los tribunales respectivos la nulidad de las actuaciones, y la responsabilidad en su caso (2).

(1) Decision á favor de la autoridad judicial de la competencia suscitada entre el jefe político de Toledo, y el juez de primera instancia de Orgaz, con motivo de haber éste procesado al alcalde de Yébenes (10 *de mayo de* 1847).

«Considerando: 1.° Que el citado art. 73 de la ley de 8 de enero de 1843, primer apoyo del jefe político de Toledo, probará en todo caso que el juez de primera instancia de Orgaz procede contra el alcalde de Yébenes, por hechos relativos al ejercicio de sus funciones, y que es indispensable por lo mismo para la validez del procedimiento que pida á dicho jefe la autorizacion que se requiere, segun el artículo y párrafo, tambien citados, de la ley de 2 de abril de 1845; mas no por eso podrá decirse que es fundada la competencia de parte de la administracion; porque esto género de controvérsia ni tiene ni puede tener nunca por objeto declarar la validez ó nulidad de actuaciones judiciales; sino decidir cuál de los que la entablan debe conocer.» (*Coleccion legislativa*, 1847, tomo 41 número 45.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Badajoz y el juez de primera instancia de Fuente-Cantos, con motivo de las penas de arresto y multa impuesta por el alcalde de Atalaya á Antonio Arribas (3 *de enero de* 1849).

«Considerando... 2.° Que el hecho que ha motivado la querella contra el alcalde de Atalaya, ni es una falta sujeta á la potestad disciplinaria de la administracion, ni se halla comprendida en ninguna de las dos escepciones contenidas en el citado párrafo 1.°, artículo 3.° del Real decreto de 4 de junio de 1847, por lo cual es manifiesto que lo está en la regla general que el mismo establece, prohibiendo á los jefes políticos suscitar contiendas de competencias en los juicios criminales.

3.° Que si bien no puede el juez dirigir válidamente contra el espresado alcalde el procedimiento incoado en virtud de la insinuada querella sin la autorizacion prescrita en la primera de las dos leyes igualmente citadas, por tratarse de un hecho relativo á las funciones administrativas, marcadas en el artículo 73, párrafo 3.° de la segunda, nunca puede servir de fundamento á dichas contiendas la omision de esta formalidad, por impedirlo la disposicion del párrafo 4.° del mencionado artículo y decreto.» (*Coleccion legislativa*, 1849, tomo 46, número 13.)

Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre la sala tercera de la audiencia de Barcelona, y el gobernador de la provincia de Lérida, con motivo de la detencion en la casa de villa de dos vecinos, á quienes el alcalde de Massoleorelg mandó retirar de su ronda, para formarla con personas de confianza (15 *de mayo de* 1850).

«Considerando: Que por lo mismo, tratándose de actos oficiales, procede respecto de estos dos cargos solamente la autorizacion prévia de que habla el art. 4.°, párrafo 8.° de la citada ley de 2 de abril de 1845, y aun cuando la omision de esta formalidad no puede servir de fundamento á esta competencia, por resistirlo espresamente el art. 3.° párrafo 4.° tambien citado del Real decreto de 4 de junio de 1847, procede hoy el cumplimiento de lo que para casos de esta naturaleza establece el otro Real decreto, igualmente citado de 27 de marzo último.» (*Coleccion legislativa*, 1850, tomo 50, núm. 25)

(1) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político de Soria y el juez de primera instancia del Burgo de Osma, con motivo del auto de oficio dictado por éste en averiguacion de las multas exigidas por el alcalde de Lauga, Blas García (23 *de agosto de* 1849).

«Considerando: Que si bien este acto, así como los otros dos de detencion arbitraria, son indudablemente de los que requieren autorizacion prévia para procesar á los funcionarios administrativos, á quienes se los imputen, no es por una parte la omision de aquella motivo legal para sustraer al juzgado el conocimiento del asunto, ni éste ha sido cometido á la Administracion por la ley en lo principal, ni en cuestion alguna prévia, en cuyo caso tienen una aplicacion rigorosa el artículo y párrafo citados del Real decreto de 4 de junio de 1847.» (*Coleccion legislativa*, 1849, tomo 47, número 49.)

(2) Decision á favor de la autoridad judicial, de la competencia suscitada entre el jefe político y el juez de primera instancia de Huesca, á consecuencia de las roturaciones hechas por Ramon Monesmas, en un terreno, que el alcalde de Callen creia pertenecer al comun (10 *de agosto de* 1848).

«Considerando: Que por otra parte la omision de la formalidad, prescrita por el art. 8.° de la ley citada tambien de 2 de abril de 1845, no basta, segun el párrafo 4.°, artículo 3.° de dicho Real decreto, para que los jefes políticos reclamen las causas formadas sin ella á los funcionarios dependientes de su autoridad, y sí solo dá derecho á estos para pedir ante los tribunales respectivos la nulidad de las actuaciones y la responsabilidad en su caso.» (*Coleccion legislativa*, 1848, tomo 44, número 85.)

Porque, como ya hemos indicado en otro lugar, en las cuestiones, á que la autorizacion puede dar ocasion, no se trata de determinar la autoridad, que debe conocer de una causa; sino la forma y el modo con que de esa misma causa debe conocer el órden judicial, esto es, si debe ó no pedir la autorizacion administrativa; si es válido ó nulo lo actuado sin ella; si há ó no lugar á exigirle por su omision la responsabilidad.

4.° *¿A quién corresponde, conceder ó negar la autorizacion, y con qué formalidades?* A los gobernadores, cuando se trata de funcionarios dependientes de su autoridad: al Ministerio de la Gobernacion, cuando se procesa á los gobernadores de provincia. Las razones que existen para que en todos los casos sean las autoridades administrativas las que la otorguen á las judiciales, las hemos espuesto estensamente, al comenzar esta seccion, cuando hemos procurado justificar los principios, en que se funda la teoría.

Hay todavía algunas precauciones mas, que las ya espresadas, para evitar los abusos de la autoridad administrativa, al conceder, y, mas bien, al negar la autorizacion.

Con justa razon se ha prohibido á los gobernadores resolver de plano sobre la solicitud de autorizacion. Acerca de ella tienen obligacion de oir el dictámen del Consejo provincial, el cual es de creer que examinará este género de asuntos con el interés, que su importancia merece, y que con su ilustrado informe facilitará en la mayor parte de los casos la adopcion de una determinacion acertada. El término que, para resolver lo que corresponda, se concede al gobernador, es solo de diez dias: algo angustioso, en nuestro concepto. Sin embargo, puede prorogarse, cuando éste juzgue oportuno, ó el Consejo pida que se oiga al presunto reo. En tal caso, se entiende ampliado á este fin por cuatro dias, además de los indispensables, que á aquel se señalen, para que esponga lo que se le ofrezca (1).

La resolucion del gobernador solo causa estado, si es afirmativa. Entonces, desde luego dá la autorizacion al juez, y en el término de ocho dias remite al Ministerio de la Gobernacion copia del espediente, con una comunicacion razonada. Este procedimiento concluye pasando todos los antecedentes al Consejo de Estado el Ministerio de la Gobernacion (1).

Los peligros é inconvenientes de dificultar indebidamente el ejercicio de las facultades judiciales no comienzan sino desde que el gobernador niega la autorizacion. De aquí que para, en cuanto sea posible, evitarlos, el Real decreto de 27 de marzo haya negado carácter ejecutivo y decisivo á sus providencias, y haya buscado mas alta autoridad para decidir el conflicto, que resulta de la distinta calificacion de un mismo asunto, hecha por el juez y el gobernador. Esta autoridad es la del Ministerio de la Gobernacion, al cual, segun dicho Real decreto, *modificado* en parte, como luego verémos, debe elevar el gobernador el espediente dentro de los seis dias siguientes al en que dictó providencia, con la correspondiente esposicion de motivos, dando tambien parte de la denegacion al juzgado.

El Ministerio de la Gobernacion no resuelve por sí solo tampoco la cuestion, sino que debe oir acerca de ella el parecer del Consejo de Estado hoy, y antes del Consejo Real. En esta audiencia se ha procurado una garantía más que ofrecer á los tribunales de justicia de que la Administracion respetará la esfera propia de su accion, y no convertirá en un beneficio personal una institucion que tiene su razon de sér en causas de interés público.

Con este objeto, el Real decreto, cuyas disposiciones venimos examinando (2), estableció, que el Ministro de la Gobernacion acuse al gobernador el recibo de las diligencias y las pase inmediatamente al Consejo Real: que éste consulte la decision motivada, que estime, en el término de quince dias, contados desde el en que se le pasen las actuaciones, y que en su vista se dicte la Real resolucion, que

(1) Art. 2.° del Real decreto de 27 de marzo de 1850.

(1) Art. 3.° de id.

(2) Téngase presente que en parte han sido modificadas por el de 29 de abril de 1857, que se insertará despues.

corresponda, la cual debe ser comunicada en el término de veinte dias, contados desde la fecha de la consulta del Consejo, al gobernador de la provincia y al Ministerio de Gracia y Justicia (1); y si así no se hiciere, una vez trascurrido dicho plazo, este Ministerio tendrá por concedida la autorizacion, y dispondrá la continuacion de la causa (2).

Los mismos trámites se observan para la determinacion de las autorizaciones, que por conducto del Ministerio de Gracia y Justicia debe pedir el Tribunal Supremo (3). Todas las resoluciones del Gobierno, negando ó declarando ser innecesaria la autorizacion, se publican motivadas en la *Gaceta* (4).

Hemos indicado que algunas de las disposiciones del Real decreto de 27 de marzo de 1850, que acabamos de esponer, han sido modificadas por el de 29 de abril de 1857. Como son notables estas modificaciones, y conviene tenerlas á la vista, hemos creido mas oportuno insertar en este lugar, que en la parte legislativa, dicho Real decreto de 1857. Dice así:

«Conformándome con las razones que me ha espuesto el Ministro de la Gobernacion, acerca de la necesidad de reformar en algunos puntos mi Real decreto de 27 de marzo de 1850, en que se establecen las reglas que han de observarse, siempre que se trate de procesar á los gobernadores de provincia, y á los empleados y corporaciones dependientes de estos, por hechos relativos al ejercicio de sus funciones; oido el Consejo Real, vengo en decretar lo siguiente:

»1.° El plazo señalado al gobernador de la provincia, en el artículo 3.° del Real decreto de 27 de marzo de 1850, se amplía hasta 21 dias, despues de los cuales remitirá directamente las actuaciones al vicepresidente del Consejo Real.

»2.° Este cuerpo me consultará en el término de 31 dias lo que se le ofrezca y parezca, por el Ministerio de la Gobernacion.

»3.° Entenderá el Consejo Real, en pleno, sobre las autorizaciones para proceder contra los gobernadores de provincia, informando sobre todas las demás las secciones reunidas de Gracia y Justicia y Gobernacion.

»4.° Hará las veces de auxiliar mayor, en las secciones reunidas para esta clase de espedientes, uno de los abogados fiscales del Consejo Real.

»5.° Si se remitieren dos ó mas espedientes simultáneamente al Consejo, el vicepresidente señalará el turno, y el dia en que para cada uno empiece á correr su plazo, poniéndolo en conocimiento del Ministerio de Gracia y Justicia.

»6.° Pasados 60 dias desde aquel, en que principie á correr el plazo señalado para cada espediente, sin haberse concedido ó negado la autorizacion, el Ministro de Gracia y Justicia comunicará las órdenes oportunas, para que los tribunales puedan continuar las actuaciones.

»7.° En las autorizaciones para proceder contra los gobernadores de provincia, cuando el Ministro de la Gobernacion no esté conforme con el dictámen del Consejo Real, me propondrá, de acuerdo con el Consejo de Ministros, la resolucion que estime mas acertada.

»8.° En todo lo que no se altera por el presente decreto, continuará rigiendo el de 27 de marzo de 1850. Dado en Palacio á 29 de abril de 1857.»

De la comparacion de este Real decreto con el de 1850 aparece, que en lo que concierne á las autoridades judiciales, ninguna innovacion se hace; y que las modificaciones que se han introducido, son relativas á los términos y forma, en que la Administracion ha de resolver los espedientes, de que tratamos. Se amplía hasta veintiun dias el plazo que tenia el gobernador para la remesa del espediente, cuando niega la autorizacion; y esta remesa ya no ha de hacerse al Ministerio de la Gobernacion, para que por este se pase el espediente al Consejo, como estaba prevenido en el art. 3.° del decreto de 1850; sino directamente al vicepresidente del Consejo Real, hoy presidente del Consejo de Estado,

(1) Art. 4.° del Real decreto de 1850.
(2) Art. 5.° de id.
(3) Art. 13.
(4) Art. 15.

evitándose así dilaciones y rodeos innecesarios.

Tambien se amplía hasta treinta y un dias el término de quince, que antes tenia el Consejo para consultar la decision motivada que estime procedente. Y ya no ha de entender en todos los casos el Consejo pleno, sino solo sobre las autorizaciones que pida el Tribunal Supremo de Justicia para proceder contra gobernadores de provincia, informando, respecto de todas las demás, las secciones reunidas de Gracia y Justicia y Gobernacion. En tales casos, segun el art. 4.° del decreto de 1857, debia hacer las veces de auxiliar mayor ó secretario de estas secciones, uno de los abogados fiscales del Consejo; pero esto ha sido modificado por el art. 40 del Reglamento para el régimen interior del Consejo, aprobado por Real decreto de 23 de mayo de 1858, confiriendo dicho cargo á un oficial ó auxiliar del Ministerio de la Gobernacion, de la clase de agregados al Consejo.

Proveyendo á un caso, no previsto en el decreto de 1850, se establece por el de 1857 (artículo 7.°), que en las autorizaciones para proceder contra los gobernadores de provincia, cuando el Ministro de la Gobernacion no esté conforme con el dictámen del Consejo Real, hoy de Estado, propondrá á S. M., de acuerdo con el Consejo de Ministros, la resolucion que estime mas acertada.

Por el decreto de 1850 estaba señalado el término de veinte dias, desde la fecha de la consulta del Consejo, para la decision de S. M. y comunicarla al gobernador de la provincia y al Ministerio de Gracia y Justicia, previniéndose que, trascurrido dicho término sin haberse comunicado la resolucion, éste tendria por concedida la autorizacion, y dispondria la continuacion de la causa. El decreto de 1857 ha fijado dicho plazo en 60 dias, contados desde que se recibe el espediente en el Consejo de Estado, á cuyo fin el presidente del mismo debe poner en conocimiento de dicho Ministerio, el dia en que empieza á correr el término en cada espediente. Esta es una de las principales garantías, que se han concedido á la administracion de justicia, contra los abusos, posibles en esta materia, por parte de la Administracion activa

Los jueces y tribunales deben tener presente que no les es permitido acordar por sí mismos la continuacion de la causa, cuando no sea concedida ni negada la autorizacion dentro del plazo establecido; sino que deben esperar á que por el Ministerio de Gracia y Justicia se les comuniquen al efecto las órdenes oportunas. Pero por la obligacion que tienen de promover la administracion de justicia, están en el deber de hacer presente á dicho Ministerio, que es trascurrido el plazo, para la resolucion que estime. Los jueces de primera instancia dirigirán estas esposiciones por conducto de la Audiencia. Si ésta ve, que no dan resultado, las repetirá por sí misma; y si trascurrido un término prudente, no se hubiese obtenido resolucion, la Audiencia deberá repetir el recuerdo por conducto del Tribunal Supremo de Justicia. Tales son las reglas de prudencia que es conveniente sigan los tribunales para salvar su responsabilidad, y así lo tiene encargado el Tribunal Supremo á las Audiencias á consecuencia de haber observado por las listas semestrales, que se hallaban paralizadas algunas causas por falta de resolucion del Gobierno en los espedientes, de que tratamos.

No obstante ser perentorios todos los términos, anteriormente espresados (1), no puede considerarse como nulo lo que se practique fuera de ellos, ya porque no lo ordena así espresamente el Real decreto, ya tambien porque estos términos se conceden, no para el uso de un derecho renunciable; sino para el cumplimiento de un deber. Así está declarado además, respecto de los términos para las competencias, que tambien tienen la cualidad de improrogables (2).

En la nueva ley del Consejo de Estado se atribuye tambien á este alto cuerpo la facultad de informar en pleno sobre la autorizacion para encausar á los gobernadores de provincia; mas en la relativa á los demás

(1) Art. 14 del Real decreto de 1850.

(2) Véase la *decision de competencia*, inserta en la nota 1.ª de la columna 2.ª de la pág. 183 de este tomo.

empleados públicos, que de estos dependen, ha de entender solo la seccion de Estado y Gracia y Justicia (1), y no tambien la de Gobernacion, como estaba prevenido en el Real decreto de 1857.

Concluirémos esta seccion manifestando que es casi imposible esponer los fundamentos de las consultas del Consejo Real y del Consejo de Estado sobre autorizaciones. Para ello seria necesario recorrer y citar todas las Reales órdenes, ya negándolas ó ya declarándolas innecesarias, que hasta el dia se han publicado. Las infracciones de las leyes penales, y mas todavía de las disposiciones administrativas, no se pueden concretamente determinar; y por lo tanto, no es fácil consignar los hechos, que han sido considerados como materia de autorizacion: tarea, que á mayor abundamiento seria siempre incompleta, porque la práctica presentaria cada dia casos nuevos y cuestiones nuevas que resolver. Por fortuna se publican, y se perfeccionarán cada dia, compilaciones de las decisiones del Consejo, y en ellas ha de buscarse, y se hallará la jurisprudencia establecida.

El Gobierno y el Consejo de Estado, antes de conceder ó negar autorizacion para procesar á un funcionario público, por actos relativos al ejercicio de su cargo, examinan con el mayor cuidado los fundamentos, en que la imputacion descansa: las leyes penales, que, en concepto de la autoridad judicial, el presunto reo ha infringido; y las disposiciones administrativas, que tienen relacion con sus facultades y atribuciones públicas. Si de este exámen resulta que los actos, que al empleado se atribuyen, no son ciertos; y aun siéndolo, no ha quebrantado con ellos las reglas prescritas por la Administracion: si, aunque haya abusado de sus facultades, este esceso ha sido corregido convenientemente, ó debe serlo por las autoridades superiores administrativas, en virtud de las facultades coercitivas, que residen en los depositarios del poder ejecutivo, entonces la autorizacion es denegada. Pero si los hechos aparecen justificados, el abuso se acredita y las leyes reservan á los tribunales su castigo, la autorizacion se concede.

Tal es la regla general: descender á otras particulares no es fácil, y seria peligroso, teniendo en cuenta la variedad y la flexibilidad de los actos administrativos. Esto esplica por qué el Consejo Real y el Consejo de Estado, aplicando los principios y doctrinas, espuestas en esta seccion, á los casos particulares, que á su decision se presentaban, al propio tiempo que han fijado la jurisprudencia, han logrado ofrecer á la considoracion de las autoridades administrativas y judiciales, con mas claridad que el mismo derecho constituido, una série de reglas prácticas para resolver con acierto las cuestiones, que se les presenten, sobre tan interesante materia.

SECCION VIII.

DE LA COMPETENCIA RESPECTIVA DE LAS DIVERSAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS.

La Constitucion del Estado, de acuerdo con la ciencia política, confía al Rey todo el poder ejecutivo, que se halla dividido por su misma naturaleza en dos grandes ramas: funciones judiciales, y funciones administrativas. El Monarca no puede ejercer por sí mismo las primeras, y las delega de una manera permanente y absoluta en los jueces y tribunales constituidos por las leyes; salvo la parte jurídica de lo contencioso-administrativo, que la Corona esplica por medio de reales decretos, si bien solo en las decisiones definitivas, y siempre oido el Consejo de Estado.

Las funciones administrativas son por él directamente ejercidas, bajo la responsabilidad de sus Ministros y demás ajentes subalternos; porque en la inmensa variedad de materias, que dichas funciones abrazan, y en las necesidades é imprescindibles exigencias del servicio público, es del todo imposible que el Monarca con sus Ministros desempeñe toda la gestion administrativa: por lo que se halla forzosamente obligado á delegar parte de sus atribuciones en otros funcionarios ó ajentes, que cuiden, en la estension del terri-

(1) Art. 45, núm. 11, y art. 52 de la ley del Consejo de Estado, sancionada y publicada con fecha 17 de agosto de 1860.

torio, de aplicar las leyes y las disposiciones superiores, y que atiendan al desarrollo y eficacia de la Administracion.

Hé aquí, pues, la causa de la *jerarquía administrativa*, es decir, de la série ordenada de funcionarios, que bajo la direccion del poder central, y en virtud de su delegacion, están encargados de la aplicacion de las leyes, que tienen por fin inmediato el interés comun. Esta jerarquía, aunque ha sufrido y sufrirá alteraciones, ha estado y está por lo general reducida en España, desde el establecimiento del sistema representativo, y consiguiente organizacion administrativa, á la escala gradual que sigue: Ministros, subsecretarios, directores generales, gobernadores de provincia, alcaldes y ajentes subalternos. Algunos otros funcionarios se han conocido; pero sus funciones, ó bien fueron desmembraciones de algunos de los anteriores, v. gr., los corregidores; ó bien fueron reasumidas por los mismos, por ejemplo, los intendentes: de suerte, que la indicada escala gradual puede considerarse como la mas sencilla, y tal vez la mas exacta espresion de la organizacion administrativa en España.

Mas para que esta organizacion sea fecunda en buenos resultados, y llene el objeto de su creacion, es necesario que se deslinden perfectamente las atribuciones de cada uno de los funcionarios que la componen; y de esta manera, el órden y la uniformidad de la accion administrativa se dejará sentir en el buen gobierno, y en el desarrollo de los legítimos intereses del país.

Conviene, no obstante, al hacer y estudiar este deslinde, tener presente que los funcionarios administrativos obran siempre en virtud de las atribuciones que les han sido y son delegadas por el poder supremo ejecutivo, gradual y armónicamente: de suerte, que el ajente inferior debe siempre considerarse como un delegado del inmediatamente superior, hasta llegar á la fuente comun, que es el Monarca, obrando con intervencion y bajo la responsabilidad de sus Ministros.

Se sigue de esto que las determinaciones tomadas por un ajente de la administracion, en uso de las atribuciones que le están conferidas, pueden ser, no tan solo suspendidas ó anuladas por los superiores jerárquicos; sino tambien reformadas y enmendadas: diferencia importante entre las funciones judiciales y administrativas, y su respectiva organizacion.

Pueden tambien los superiores, en casos de urgente necesidad, prescindir de los ajentes subalternos, y adoptar por sí mismos las medidas, que el servicio público exija, por mas que se hallen incluidas en las que, en virtud de sus ordinarias atribuciones, correspondan á estos; sin que en ninguno de los dos casos cometan usurpacion de atribuciones, ni puedan ser requeridos de incompetencia.

Estos son los inmediatos efectos de la doctrina general, que hemos asentado, relativa á la delegacion de la autoridad administrativa en los diferentes funcionarios que la ejercen: pero, cuando no existen necesidades imperiosas del servicio público, sino que este sigue su marcha ordinaria y normal, las autoridades de la Administracion abusarán de sus facultades, si ejercen por sí mismas las atribuciones de sus inferiores, turbando las leyes ó disposiciones, que organizan la accion administrativa, y demarcan las funciones propias de cada ajente; porque en este caso no hay razon plausible que permita á la autoridad superior reasumir, en nombre del servicio, las atribuciones que han sido delegadas de una manera permanente por una disposicion general en los funcionarios, que le son subalternos.

Tampoco tiene lugar lo anteriormente dicho, cuando los funcionarios administrativos no obran como ajentes y delegados de la Administracion; sino como representantes y administradores de intereses sociales ó especiales: v. gr., cuando los gobernadores ó alcaldes obran en su cualidad de administradores de la provincia ó del municipio. Porque las funciones, que en estos casos ejercen, no son desmembraciones ó delegaciones del poder supremo administrativo, sino atribuciones *propias* que les concede la ley; pues no debe olvidarse que en la sociedad hay, además de la entidad general llamada Estado, otras entidades par-

ticulares, pero colectivas, que tienen vida é intereses especiales, aunque subordinados al general.

Por esta causa, cuando los funcionarios que las representan atacan este interés con sus disposiciones, ó bien adoptan medidas perjudiciales á la entidad administrativa, de que son directores, la autoridad superior puede anular ó suspender las disposiciones dañosas ó perjudiciales, en uso de la inspeccion que sobre aquellos ejerce por la ley, ó en defensa de los legítimos intereses generales, á que aquellas afectan; pero no podrá reformarlas ni enmendarlas, porque para hacerlo necesitaria atribuciones *especiales* y *ordinarias*, de que carece.

Las autoridades administrativas, ya como funcionarios de la Administracion general, ya como administradores de la local ó provincial, unas veces son simples ejecutores de las disposiciones de cuerpos deliberantes, que la ley ha creado á su lado, v. gr., los ayuntamientos, diputaciones y consejos provinciales: otras, obran por sí mismos, pero consultando á aquellos antes: otras, obran y deben obrar de *acuerdo* con ellos: de suerte que los ayuntamientos, diputaciones y consejos provinciales tienen el carácter, segun los casos, de cuerpos consultivos y deliberantes, y aun á veces toman una parte esencial en la administracion activa, v. gr., en las quintas.

Esta organizacion alcanza tambien al Gobierno supremo, el cual, ó bien ejecuta las disposiciones del poder legislativo; ó bien consulta al Consejo de Estado antes de obrar; ó bien adopta por sí determinaciones, en los casos en que la ley le concede libertad de hacerlo, ó para consultar ó no á este alto cuerpo.

En cada uno de los casos mencionados las disposiciones administrativas tienen mas ó menos fuerza y están sujetas á determinadas reglas, segun que se haya ó no observado lo prescrito en la ley respecto á ellas. No hablamos de esto con detenimiento, y nos limitamos á meras indicaciones, porque ya lo hemos hecho, y tendremos que hacerlo en los artículos correspondientes.

Mas, ¿qué deben hacer los funcionarios de la Administracion, que ven invadidas sus atribuciones por otros del mismo grado gerárquico, ó por el propio superior?

En el primer caso, ó bien los dos funcionarios están subordinados inmediatamente á un superior comun, ó á diversos. Si lo primero, deben oficiarse mútuamente, para conseguir sin ulterior recurso el reintegro de las atribuciones invadidas: y si esto no se lograse, el que se considera perjudicado elevará su queja al superior comun, quien restablecerá el órden turbado. Si lo segundo, el funcionario perjudicado pondrá en conocimiento de su superior gerárquico el acto del invasor, á fin de que se entienda con el superior respectivo de éste, para restablecer la armonía administrativa, y no pudiendo lograrlo, lo ponga en conocimiento del Gobierno, superior de todos los que en esta cuestion intervienen.

Cuando el superior adopta alguna disposicion improcedente en perjuicio de las atribuciones del inferior, éste le hará ver respetuosamente la improcedencia de la disposicion adoptada: y si aquel insistiese en exigir su cumplimiento, la obedecerá, y elevará despues su queja al Gobierno Supremo.

Estas reglas están deducidas del principio de subordinacion y obediencia respectiva, que la *unidad* administrativa requiere, como circunstancia indispensable, y sin las cuales no se concibe la existencia de una administracion eficaz.

Hay un alto centro administrativo, que ya desempeña funciones judiciales, ya administrativas; pero indiscernibles, que constituyen como el límite de uno y otro órden: y tal es el Consejo de Estado, antes Consejo Real. Este alto cuerpo es, en términos generales, consultivo; pero unas veces consultivo necesario; otras consultivo voluntario. En este último caso, es en el que el Gobierno central puede prescindir de oir su dictámen.

No es tampoco este alto cuerpo puramente consultivo, pues, salvo en las decisiones definitivas, en lo contencioso-administrativo, las interlocutorias del cuerpo causan estado y ejecutoria: y pues son de doble naturaleza, esto es, judiciales y administrativas, es incontestable que en estos casos el Consejo jus-

ga y administra. Revela esta compleja teoría, que el Consejo, siendo á un tiempo cuerpo consultivo, judicial y contencioso, en los términos esplicados, es creacion obligada para salvar alguna gran dificultad en el órden constitucional y en la administracion general: para conciliar principios constitucionales, y teorías, que en la práctica vienen á conflicto, sin un temperamento adecuado. Y tal es, en efecto, la índole del contencioso-administrativo, y por tanto, del Consejo de Estado; pero de ello tratamos especialmente en su lugar oportuno.

La materia que forma el objeto de esta seccion se desenvuelve con toda estension en los artículos ALCALDE: GOBERNADOR DE PROVINCIA: DIRECTOR GENERAL: SUBSECRETARIO: MINISTRO: AYUNTAMIENTO: CONSEJO PROVINCIAL: DIPUTACION PROVINCIAL: CONSEJO DE ESTADO, y sus análogos.

SECCION IX.

DE LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA EN ULTRAMAR.

Cuando nuestros antepasados descubrieron el nuevo mundo, y llevaron á los vastos dominios, que conquistaron y civilizaron en Ultramar, con la luz del Evangelio, el idioma, las instituciones religiosas, políticas y civiles, las costumbres y las tradiciones de la Península, naturalmente establecieron que las funciones administrativas, á imitacion de lo que sucedia en la metrópoli, estuvieran confiadas en gran parte á los tribunales y jueces, encargados de aplicar el derecho civil y penal en las cuestiones, que por su índole debian resolverse con las severas formalidades, que son firme garantía de la recta administracion de justicia.

Las circunstancias especiales de aquellos remotos dominios, en época en que la navegacion estaba muy lejos de llegar al gigantesco desenvolvimiento, que ha tenido en nuestros dias, hicieron necesario dar mayor ensanche á la accion de las autoridades y cuerpos superiores de tan vastas regiones, confiando á los diferentes centros de gobierno, y de justicia, una estension de atribuciones, mucho mayor que en las provincias europeas.

Como dejamos espuesto en otros lugares de la ENCICLOPEDIA (véase ADMINISTRACION DE JUSTICIA, sec. V, pág. 663 del tomo 1.°: AUDIENCIA, sec. V, pág. 451 del tomo 4.°), las Audiencias ultramarinas fueron equiparadas á las Chancillerías de la Península, recibiendo el nombre de Audiencias-Chancillerías, y debiendo regirse por el ceremonial y prácticas de las de Valladolid y Granada, en todo lo que no se hallare especialmente mandado en sus respectivas ordenanzas, ó en las leyes generales de Indias: y no solo estaban recargadas de atribuciones especiales en el órden gubernativo y económico, señaladas en las leyes, lo que les daba un verdadero carácter administrativo no inferior al judicial, de que estaban investidas; sino que desde los principios del descubrimiento y conquista, desde el mismo reinado de Don Cárlos I, estaba ordenado que sus prescripciones tuvieran la misma autoridad y fuerza que las emanadas directamente del Rey.

Notables son en este punto las siguientes palabras de la ley 16, tit. XV, lib. II de la Recopilacion de Indias: *que en cuantos tiempos y ocasiones por los nuestros presidentes y oidores de la Audiencia Real de su distrito, fueren llamados y requeridos de paz ó de guerra, acudan* (los concejos, justicias, regidores, caballeros, escuderos, oficiales y hombres buenos de las ciudades, villas y lugares de las Indias) *á ellos, y hagan y cumplan todo lo que de nuestra parte les dijeren, mandaren y proveyeren, como buenos y leales vasallos, y con la fidelidad que nos deben y están obligados; y para su ejecucion les dén todo el favor y ayuda, que les pidieren y demandaren.*

Ni era menor el cúmulo de atribuciones de diferente órden en el Consejo Supremo de Indias. No es de este lugar detenernos mas en la materia: en los artículos especiales de la ENCICLOPEDIA, que se refieren á las diferentes autoridades y corporaciones judiciales y administrativas de Ultramar, tienen su completo desenvolvimiento. Bástanos aquí de-

jar consignado que en las provincias ultramarinas habia igual, ó por mejor decir, mayor aglomeracion de funciones administrativas y judiciales en unos mismos ajentes y cuerpos, y por lo tanto, que es aplicable, respecto á ellos, cuanto en la *Reseña histórica de este artículo* hemos dicho de las autoridades y corporaciones de la Península.

Dentro de aquel sistema se conoció y practicó, si bien no con la perfeccion que en la actualidad, la separacion entre lo contencioso y administrativo, y entre lo puramente administrativo y lo contencioso-administrativo; no por estar confiadas siempre á diferentes autoridades las atribuciones de una y otra clase; sino por la manera de proceder en unos y otros negocios, pues que, al paso que se revestía á los judiciales de las fórmulas graves y solemnes de los juicios, á los asuntos gubernativos y económicos se les daba una tramitacion adecuada á su índole y á las exigencias de la Administracion activa, que con tanta frecuencia requiere rapidez en la ejecucion de las medidas, que para el bien general tiene que adoptar.

Dejando aparte las variaciones, que en las antiguas instituciones de las provincias de Ultramar pudieron introducir los dos primeros períodos de gobierno representativo de 1812 á 1814, y de 1820 á 1823, en que se hizo estensiva á ellas la Constitucion política, publicada en Cádiz en 19 de marzo de 1812, la cual prescribia la separacion completa de las funciones administrativas y judiciales, porque las dificultades de los tiempos, y la poca duracion de los citados períodos, no dieron lugar á que llegaran á su completo desarrollo las consecuencias indeclinables de la division de los altos poderes del Estado, nos fijarémos en los últimos años, en que, restablecido en la Península é Islas adyacentes el gobierno representativo, se há declarado, que las provincias ultramarinas sean regidas por leyes especiales.

Mas aunque motivos de alta política hayan aconsejado, que no se hagan estensivas á las provincias ultramarinas las instituciones todas, que para la Península se dictan, no por esto dejan allí de introducirse reformas utilísimas que, á imitacion de las que tienen lugar en la metrópoli, satisfacen las nuevas necesidades, asimilan en lo posible con las disposiciones que rigen en las provincias de Europa las que se adoptan para Ultramar, y separan, en cuanto cabe, sin graves inconvenientes, las atribuciones judiciales de las administrativas. De este modo se consulta al bienestar de nuestros hermanos, tanto mas dignos de la proteccion del legislador, cuanto mas alejados se hallan del centro del Gobierno; y esto salvando los peligros, y sin relajar ni aflojar los vínculos, que unen á las provincias ultramarinas con la Península.

La Real cédula de 30 de enero de 1855, que introdujo importantísimas mejoras en la administracion de justicia de las provincias de Ultramar, fijó las atribuciones, que en los negocios de la Administracion debian tener los tribunales. No reconoció el principio absoluto de division completa entre las autoridades y corporaciones administrativas y judiciales: este principio, que en las provincias de la Península, y en las islas adyacentes, tiene la cualidad de constitucional, no podia ser allí introducido sin graves inconvenientes de ejecucion: era necesario modificarlo en la práctica. Allí no existia, ni era conveniente crear un alto cuerpo de Administracion, que ejerciera cerca de los gobernadores capitanes generales, las mismas funciones que tiene cerca del supremo Gobierno de la Nacion el Consejo de Estado. Tampoco existian, ni los consejos de provincia, ni las diputaciones provinciales, ni otros cuerpos, á que pudiera confiarse, sin inconvenientes graves, el conocimiento de las cuestiones contencioso-administrativas. Los Reales Acuerdos se presentaron como las corporaciones mas autorizadas, mas competentes, y mas dignas de ser investidas de funciones análogas á las que el Consejo de Estado y los consejos de provincia desempeñan en la metrópoli.

Las atribuciones administrativas de las Audiencias, son siempre consultivas, y versan, ya sobre puntos de la Administracion activa, ya sobre cuestiones de la Administracion contenciosa.

A las atribuciones consultivas, sobre pun-

tos de la Administracion activa, debe referirse la necesidad, que tienen los gobernadores capitanes generales, de oir préviamente á los Acuerdos, sobre las ordenanzas, reglamentos ó disposiciones generales de su competencia, y de la de los gobernadores y tenientes gobernadores, siempre que puedan afectar á la administracion de justicia (1). El objeto de esta consulta es evitar estralimitaciones de autoridad; mantener con la independencia necesaria las funciones judiciales; precaver lesiones de derechos, que están bajo la salvaguardia tutelar de las leyes civiles, y que por descuido, ó por una mala apreciacion pudieran ser vulnerados por los actos de la Administracion activa.

Esta importante atribucion no estaria justificada, si se hubiera estendido á los negocios, en que la administracion de justicia no se interesara directa ni indirectamente; porque sobre ser entonces una rémora á la accion administrativa, daria á los tribunales una intervencion peligrosa, y ajena de sus funciones en la Administracion: los distraeria de su principal objeto, y seria frecuente causa de colisiones, perjudiciales siempre; pero mucho mas, cuando ocurren á tanta distancia del Gobierno central. Por esto la misma Real cédula (2) ordena, que cuando do no se rocen las disposiciones referidas con la administracion de justicia, sean oidas las corporaciones superiores establecidas, ó que se establecieren en el ramo de que se trate, con cuya prescripcion implícitamente escluyó el informe consultivo de los Acuerdos en negocios, en que tampoco deben ser los consejeros mas competentes.

Del principio, que domina en toda esta materia, es consecuencia indeclinable, que no puedan los tribunales admitir reclamacion alguna contra las ordenanzas, reglamentos ó disposiciones generales de que queda hecho mérito. No por esto son irreformables sus resoluciones: de la Administracion activa mal informada, puede acudirse á la misma Administracion mejor informada, como hemos dicho en el §. 3.° de la secc. II de este artículo, para que, consultando al bien público, reforme su primera resolucion. Los interesados, en este caso, tienen el derecho de reclamar contra los perjuicios que se les hayan originado realmente, ó que ellos crean sufrir, por la vía gubernativa, á los gobernadores capitanes generales, los cuales resuelven lo que estiman justo, si bien tienen el deber de oir préviamente al Acuerdo.

Estos actos de la Administracion activa no pueden ser objeto de cuestiones contenciosas. Rigen en Ultramar, respecto á este punto, las mismas prescripciones que en la Península. Los actos de la Administracion activa nunca son reclamables mas que ante la misma Administracion, en su carácter igualmente de activa, guardando siempre el órden jerárquico establecido. Así, de estas providencias de los gobernadores capitanes generales se puede solamente acudir al Gobierno, por conducto de ellos mismos, que con el recurso remiten el espediente para la correspondiente resolucion de S. M. (1).

No es necesario que entremos aquí en otras esplicaciones. Lo que en la seccion II de este artículo hemos dicho, respecto á la competencia administrativa en general, y respecto á su doble carácter de activa y de contenciosa, no necesita repetirse ahora: son los principios científicos, que dominan toda esta materia, y que tienen aplicacion en Ultramar, como en la Península. Pero ya que no debamos entrar en este exámen, no será inoportuno hacer notar la importantísima reforma, que en la antigua legislacion de Indias introdujo la Real cédula de 30 de enero, con las disposiciones que acabamos de mencionar.

Las leyes daban antes mucha mayor estension al derecho de apelar ante la Audiencia, á los que se creian agraviados de las resoluciones del gobernador superior civil: derecho, que puede decirse no tenia limitacion, atendido el tenor literal, y el espíritu de la

(1) Art. 118 de la Real cédula de 30 de enero de 1855.
(2) El mismo art. 118.

(1) Art. 119 de la Real cédula de 30 de enero de 1855.

ley 38, tít. XV, lib. II de la Recopilacion de Indias, en que se concedió este recurso con palabras tan generales, tan absolutas é ilimitadas, que no admiten escepcion. *Declaramos y mandamos*, dice el testo de la ley, *que sintiéndose algunas personas agraviadas de cualesquier autos ó determinaciones, que proveyeren ó ordenaren los Vireyes ó Presidentes, por vía de gobierno, puedan apelar á nuestras Audiencias, donde se les haga justicia conforme á leyes y ordenanzas: y los Vireyes y Presidentes no les impidan la apelacion.*

En los negocios, pues, de la Administracion activa, ha cesado en Ultramar este recurso de apelacion; y en aquellos asuntos en que puede haber, no intereses, sino derechos verdaderos, perfectos y legítimos perjudicados, es para los que ha quedado subsistente el antiguo remedio, modelado sobre el que se concede en iguales circunstancias á los que habitan en la metrópoli. De este modo se ha reducido el recurso de apelacion á sus verdaderos límites: se ha dejado mas espedita la accion de la Administracion, en lo que le es necesario para llenar la mision importante que le está confiada; se ha evitado que se conviertan en cuestiones personales las que son de gobernacion, quedando siempre protegidos todos los intereses y todos los derechos: los intereses, por el recurso que queda abierto para ante el Gobierno supremo: los derechos, por la facultad de reclamarlos, cuando son violados, en la vía contencioso-administrativa.

El art. 120 de la Real cédula de 30 de enero establece que *compete á las Reales Audiencias, constituidas en Acuerdo, conocer en vía contenciosa, despues de agotada la gubernativa ante las autoridades administrativas por su órden jerárquico, de los agravios que se causen á los particulares en la aplicacion de las leyes, ordenanzas y reglamentos administrativos, ofendiendo un verdadero derecho.* En esto, no solo se conserva, sino que se completa el derecho antiguo de apelacion, que las leyes recopiladas de Indias concedian á los que se sentian lastimados por actos de la Administracion activa, porque ya no se limita, como antes, á las providencias de los gobernadores; sino que se estiende á las de todas las autoridades administrativas, que no tienen en su línea superior jerárquico en la provincia, y por lo tanto á las de guerra, de marina y de hacienda, y aun á la del vice-real patrono, si en el ejercicio de sus atribuciones violaren algun derecho civil de los que están protegidos con la garantía de la vía contenciosa.

El tenor literal del artículo 120, en la generalidad con que está redactado, nos hace darle esta inteligencia. No desconocemos que puede sacarse un argumento contra nuestra opinion, fundándose en el artículo 51 de la misma Real cédula, en que, al fijar la competencia de las Audiencias de Ultramar, se pone entre las atribuciones del número 8.°, la de conocer *de las providencias ó resoluciones dictadas por los gobernadores capitanes generales, de que, con arreglo á las leyes de Indias, y á lo dispuesto en el capítulo 6.° de este Real decreto, se alzaren los que por ellos se creyeren agraviados.* De hacerse espresion solo de las providencias de los gobernadores capitanes generales, creerá tal vez alguno, que se ha limitado á éstas la jurisdiccion de las Audiencias, dejando vigente, por lo que hace á las demás autoridades, que no tienen superior en las respectivas provincias con derecho á reformar sus actos, la legislacion antes vigente, segun la cual, para corregir las providencias dictadas por las autoridades de hacienda y marina, debia acudirse á la vía contenciosa, entablando un juicio desde la primera instancia, por el órden y con las fórmulas de los juicios ordinarios.

No nos parece, sin embargo, aceptable esta opinion. El no hacerse espresion en el artículo 51 de otras autoridades, que la de los gobernadores capitanes generales, es una omision, que en nada desvirtúa la fuerza del artículo 120, que espresamente comprende á todas las autoridades administrativas, cuando con sus resoluciones queda agotada la vía gubernativa. Es de notar, que este último artículo está colocado en el capítulo 6.°, en que de propósito y esclusivamente se trata de las facultades de los tribunales en los negocios de

a Administracion, en el cual está desenvuelto todo lo que concierne á lo contencioso-administrativo, y que el art. 51 es solo de referencia en este punto.

A estas consideraciones debe añadirse otra importantisima: no puede presumirse que, cuando el legislador se propuso, con tan cuidadoso afan, destruir las antíguas anomalías; cuando, fiel á los principios científicos, generalmente reconocidos, modeló sobre ellos su obra, dándole regularidad y armonía en todas sus partes, quisiera dejar subsistente la irregularidad de entablarse la vía judicial ordinaria desde la primera instancia contra las providencias de algunos ajentes de la Administracion. No podria esplicarse semejante falta de lógica, y esto nos basta para adoptar la opinion, que dejamos emitida; porque no debe suponerse, que el legislador carezca de prevision, de sistema y de consecuencia, cuando se trata de interpretar alguna de sus disposiciones, ni debe examinarse un artículo de la ley con independencia de todos los demás; sino buscar el espíritu del legislador en todo el conjunto de la obra, y en los principios sobre que está basado.

Contra este modo de pensar tal vez se diga, que la jurisdiccion contencioso-administrativa es privilegiada, y que, como todas las leyes, que establecen fueros ó exenciones, debe ser interpretada estrechamente, y no llevarse una línea mas allá del precepto espreso del legislador. Pero, prescindiendo de que, á nuestro juicio, el art. 120 de la Real cédula contiene este precepto espreso, es un error comparar la jurisdiccion contencioso-administrativa á las jurisdicciones privilegiadas, y considerarla como una exencion. No lo es: no está establecida concediendo privilegios á cierta clase de personas, ni está limitada á ciertas clases de negocios: es regla general, que se funda en la necesidad de que la Administracion tenga espedita la accion, que le es indispensable para poder llenar los objetos sociales, políticos y administrativos, de que está encargada; y se estiende á todas las personas, y á todos los negocios, en que el interés público y los derechos individuales se presentan en contradiccion. Puede considerarse, y es en realidad, ordinaria en su línea: no es una desmembracion de la jurisdiccion comun: tiene diferente objeto, como ya queda suficientemente manifestado en el §. 3.° de la seccion II de este artículo.

Dice el art. 120, reiteradamente citado, que solo tienen competencia los Acuerdos para entender por la vía contenciosa de los actos de la Administracion, cuando está agotada la gubernativa ante las autoridades administrativas, por su órden gerárquico. Lo que aquí pudiéramos decir para la esplicacion de este punto, queda ya espuesto en el §. 3.° de la seccion VI del artículo **ADMINISTRACION PUBLICA**, y recibirá su completo desarrollo en el artículo **CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**. Mientras hay autoridades del órden administrativo que puedan corregir la providencia del inferior, vulnerando un derecho; mientras la misma Administracion activa tiene medios para evitar el perjuicio, razones de conveniencia pública, de buen gobierno, y hasta de economía para los agraviados, recomiendan, que no se acuda á la formalidad de los juicios, á su rigor, á sus dilaciones, y á sus dispendios, puesto que hay recursos mas breves y mas naturales para obtenerlo.

En el párrafo 3.° de la seccion II de este mismo artículo, hemos espuesto tambien, con la estension necesaria, que si los verdaderos derechos, cuando eran desatendidos, dan lugar á lo contencioso-administrativo, no así cuando únicamente se trata de intereses perjudicados, que solo dan lugar para obtener la reforma de las providencias administrativas á que se recurra á la Administracion activa en el uso de sus facultades discrecionales.

Descenderémos ahora á las resoluciones de la Administracion, en que, cuando está agotada ya la vía gubernativa, y hay un derecho verdadero perjudicado, se concede la vía contenciosa ante los Acuerdos. El art. 121 de la Real cédula de 30 de enero de 1833, que dejamos trascrita en la parte legislativa, dice que son reclamables de este modo las resoluciones, que recaigan sobre el repartimiento y exaccion individual de toda especie de cargas municipales; sobre el cumplimiento, in-

teligencia, rescision y efectos de los contratos y remates, celebrados con la Administracion en todos los ramos del Estado para cualquiera especie de servicio ú obra pública: sobre los daños y perjuicios ocasionados por la ejecucion de las obras públicas: sobre la incomodidad ó insalubridad de las fábricas, establecimientos, talleres, máquinas ú oficios, y su traslacion á otros puntos: sobre la pertenencia en posesion de terrenos colindantes con pueblos, y á que dé márgen el deslinde de los términos de éstos, salva la cuestion de propiedad: sobre el deslinde, amojonamiento, y pertenencia en posesion, de los montes del Estado, ó de los establecimientos públicos, sin perjuicio de ventilar la cuestion de propiedad en la forma comun: sobre el curso, navegacion y flote de los rios y canales, obras hechas en sus cauces y márgenes, y primera distribucion de sus aguas, para riegos y otros usos: sobre la concesion, esplotacion y abandono de las minas: sobre el cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los arrendamientos, ventas y mercedes de los bienes del Estado, cuando en estos dos últimos casos se trate del acto primitivo de adquisicion, y salvo el pleito de propiedad; y por último, sobre la aplicacion en su parte penal de las ordenanzas ó reglamentos generales de policía de aguas, caminos, montes y demás objetos públicos, mientras el hecho no constituya un delito.

Si examinamos detenidamente esta enumeracion, y la comparamos con la que, siguiendo la que hacen las disposiciones legislativas, que rigen en la Península, dejamos espuesta al tratar de los *Actos de la Administracion contenciosa* (§. 3.° de la seccion II de este artículo), verémos la gran analogía que hay entre una y otra: que unos mismos principios rigen en las diferentes partes de la Monarquía, y que frecuentemente se hallan espresados hasta con la misma redaccion. Se verá tambien que, del mismo modo que en el lugar citado hemos espuesto, hay en las provincias ultramarinas, como en la Península, negocios, que no debiendo por su naturaleza corresponder á lo contencioso-administrativo, están comprendidos bajo esta denominacion, y atribuidos especialmente por las leyes á la jurisdiccion contencioso-administrativa, por razones de conveniencia pública, que han aconsejado desviarse del rigor de los principios.

Siguiendo el método que hemos adoptado en todo este artículo, y el que exige la índole especial de la ENCICLOPEDIA, en que se tratan todas las materias en el lugar que por su órden alfabético les corresponde, no hablarémos aquí de cada uno de estos puntos, como tampoco lo hemos hecho, por las mismas razones, al referirnos á las disposiciones de igual clase, que rigen en la metrópoli, sino solo en la parte que concierne á las cuestiones, en que, por ser mas difícil la separacion de las atribuciones judiciales y administrativas, dá lugar á mas frecuentes competencias.

Pero, ¿es solo propio de la jurisdiccion contencioso-administrativa en Ultramar el conocimiento de los agravios, que puedan inferirse á los particulares por providencias de la Administracion, que recaigan precisamente sobre una de las materias, que especialmente hemos enumerado, siguiendo el tenor literal del art. 121 de la Real cédula de 30 de enero; ó es estensiva la competencia de la jurisdiccion contencioso-administrativa á los demás agravios, que infieran las autoridades administrativas, violando derechos verdaderos? Este último nos parece mas exacto. Opinamos, respecto á las provincias ultramarinas, lo que en otra parte de este artículo hemos dicho con relacion á la Península (véase el párrafo 3.° de la seccion II). Debemos, sinembargo, reconocer que respecto á las provincias ultramarinas no es tan espreso el derecho escrito, como cuando se trata de las peninsulares, en las cuales quitan todo lugar á duda las leyes de organizacion y atribuciones de los consejos de provincia y del Consejo Real, como dejamos espuesto en su lugar oportuno.

En la misma Real cédula de 30 de enero encontramos apoyo. Su art. 129 está redactado en términos tan generales, tan absolutos, que no admiten otra interpretacion. Segun su tenor literal, la competencia de los reales Acuerdos es para conocer en la vía contenciosa, despues de apurada la gubernativa, *de los agravios que se causen á los particulares en la aplicacion de las leyes, ordenanzas y re-*

glamentos administrativos, ofendiendo un verdadero derecho. Cuando haya, pues, un verdadero derecho violado, y que esta violacion sea obra de la Administracion activa, al aplicar á un caso particular una disposicion general, hay lugar á lo contencioso-administrativo. No es el art. 120 puramente doctrinal, ni es una mera definicion abstracta, impropia del legislador, que no emite doctrinas y teorías en su obra; sino que dá preceptos prácticos: la competencia, que establece, no es limitada á determinados agravios, lesivos de derechos; es estensiva á todos.

No se opone á éste el artículo 121. Es verdad que en él se señalan resoluciones determinadas de la Administracion, que dan lugar á la vía contencioso-administrativa: resoluciones que antes hemos enumerado; pero esto no escluye las demás que por su índole, y con arreglo á los principios generales, en que se funda lo contencioso-administrativo, corresponden á su competencia. Sudede en las disposiciones dadas para Ultramar, lo mismo que en las dictadas para la Península, en que, además de la regla general, que se establece señalando la competencia contencioso-administrativa, se hace espresion de algunos negocios, que, ó son de los mas frecuentes, ó que, por razones de conveniencia pública, le están por escepcion atribuidos. Ni podia ser de otra manera, á no considerar que el legislador era poco lógico en sus prescripciones, y que no tenia sistema, ni daba á su obra armonía en sus diversas partes.

La inteligencia que damos á la Real cédula, y la esplicacion de sus arts. 120 y 121, es la misma que se les viene dando en las provincias ultramarinas.

La separacion de las atribuciones de la Administracion y de los tribunales se esplica allí, como aquí, por medio de prohibiciones, que tienen las autoridades judiciales y administrativas, para no perturbarse recíprocamente en el ejercicio de sus respectivas funciones. La detencion con que en los diferentes párrafos de la seccion IV de este artículo hemos desenvuelto estas teorías, al paso que hemos espuesto la jurisprudencia, que, merced á los fallos del Consejo Real, del Tribunal Supremo contencioso-administrativo despues, y, por último, del Consejo de Estado, se ha ido introduciendo, nos escusa de entrar en repeticiones, que no conducirian á dar mayor claridad á la materia de que tratamos. Solo, para completar esta parte en una seccion destinada esclusivamente á la competencia administrativa en Ultramar, nos falta esponer cuál es la jurisprudencia que allí ha prevalecido.

Y esta no podia ser dudosa. Las decisiones de competencia que el Gobierno Supremo del Estado pronuncia despues de oidas las mas altas corporaciones en el órden administrativo, decisiones que se publican en la *Gaceta* y se insertan en la *Coleccion legislativa*, para que todos conozcan cuál es la jurisprudencia que viene á completar el derecho escrito, no podian menos de ejercer su natural influencia en las provincias ultramarinas.

Como prueba de que en Ultramar dominan los mismos principios, y se aplican del mismo modo que en la Península, pondrémos algunos ejemplos, tomados de las decisiones de competencias del gobernador capitan general de la isla de Cuba, despues de oir al Acuerdo, en la forma que espondrémos en este mismo artículo.

Allí se ha decidido, que, cuando se trata de cuestiones entre particulares, en que no hay acto alguno de la Administracion, que viola un derecho, procede la vía ordinaria, y no la contencioso-administrativa (1): que no hay

(1) Resolucion del gobierno superior de la isla de Cuba, declarando corresponder á la jurisdiccion ordinaria, y no á la contencioso-administrativa, el conocimiento de un espediente promovido por Doña Julita Barroso, reclamando la reapertura de cierto camino por un ingénio en la jurisdiccion de Güines (20 *de enero de* 1858).

«Considerando: Que estas disposiciones (*el artículo* 189 *del Bando de gobernacion y policía, y el* 121, §. 10 *de la Real cédula de* 30 *de enero de* 1855) no se contraen sino á caminos y servidumbres públicas.

Considerando: Que no consta, que tenga carácter alguno público el camino, cuya reapertura reclama Doña Julita Barroso, y que la accion deducida por esta solo tiene por objeto hacer reconocer una servidumbre establecida en favor de su finca, en la del señor honorario D. Ildefonso Suarez, y no afecta por consiguiente sino derechos privados.»

vía contencioso-administrativa, cuando no existe una providencia de la Administracion activa, que cause estado por ser definitiva, estando ya apurada la vía gubernativa (1): que es improcedente esta misma vía contenciosa, cuando no se ha violado un derecho verdadero, aunque se aleguen otros perjuicios, que podrán reclamarse ante el Gobierno supremo del Estado (2): que tambien es improcedente, cuando los asuntos, por su índole, corresponden á la autoridad discrecional del Gobierno, y en que por lo tanto, los actos de la Administracion no pueden tomar el carácter contencioso, en los términos que dejamos espuesto en el párrafo 3.° de la seccion II de este artículo, como sucede en todo lo que se refiere á la direccion, trazado y conveniencia de una vía pública (1); é igualmente, cuando la Administracion no procede aplicando leyes, reglamentos ó disposiciones generales, sino usando de sus facultades discrecionales (2): y al contrario, que cuando en no-

(1) Resolucion de la misma autoridad, declarando improcedente la vía contenciosa, interpuesta por D. Juan Espino, contra una providencia administrativa, acerca del trazado de un camino de hierro (3 *de mayo de* 1856).

«Considerando: 1.° Que tanto esta disposicion (*el art.* 121, §. 3.° *de la Real cédula de* 30 *de enero de* 1855), como la anterior (*el art.* 5.° *del Real decreto de* 15 *de diciembre de* 1841, *sobre espropiacion en Ultramar, por causa de utilidad pública*), suponen y exigen necesariamente una declaracion prévia y definitiva, en cuya aplicacion á casos dados se cause el perjuicio reclamable; y lo que pretende Espino es precisamente someter á juicio aquella resolucion, que por el solo hecho de limitarse la ley á sus aplicaciones, queda exenta de tal recurso.»

(2) Resolucion negando la vía contenciosa, en un recurso interpuesto por el Marqués de la Real Proclamacion, sin perjuicio de su derecho para recurrir en queja á S. M., contra una providencia de dicho Gobierno, sobre devolucion de un esclavo, y haberle negado copia de esta providencia (18 *de setiembre de* 1858).

«Considerando: 1.° Que en ninguna de las providencias de que se trata, se causa agravio, ni se ofende un verdadero derecho producido por una ley ó reglamento, puesto que no se negó al señor Marqués la devolucion del esclavo aprehendido, mandándose por el contrario que le fuese entregado, viniendo á reducirse la cuestion toda, á que no se verificó la devolucion en el acto mismo en que fué reclamado, sino que se aplazó para el dia que la autoridad tenia señalado al efecto.

2.° Que al negar al mismo señor Marqués la copia que pidió de una resolucion gubernativa, no se hizo otra cosa que seguir una práctica establecida, cuya innovacion, por otra parte, produciria graves inconvenientes al servicio público, sin ventaja ninguna para los particulares, á quienes se entera verbalmente de todas las resoluciones que les competen.

3.° Que no preexistiendo reglamento alguno, en el cual se conceda como un derecho ninguna de las dos exigencias, que ha tenido el señor Marqués, no hay ofensa ni agravio que pueda producir la vía contenciosa, á que el interesado ha pretendido recurrir.»

(1) Resolucion, antes citada, en el recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Don Juan Espino, acerca del trazado de un camino de hierro. Su segundo considerando, dice:

«Considerando: Que tampoco lo permitiria (*el recurso contencioso*) la índole del asunto, pues la cuestion del trazado de un camino de hierro es esencialmente facultativa y de apreciacion de conveniencia pública, carácteres, ambos distintivos, de la Administracion activa.»

(2) Resolucion del gobernador capitan general de la isla de Cuba, declarando improcedente la vía contenciosa, en el recurso entablado por D. Ramon Lasaga, ante el Real Acuerdo, contra la providencia del Gobierno superior, en que se le mandó publicar á su costa varios documentos relativos á un comunicado suscrito por el mismo, é inserto en los periódicos (16 *de diciembre de* 1856).

«Considerando: 1.° Que al adoptar este Gobierno la providencia que prescribió la insercion en los periódicos de esta capital de dichos documentos, con el objeto de que la contestacion que dió el delegado en la Protectora, á los ataques dirigidos por Lasaga, contra su proceder y conducta de la Direccion, tuviese la misma publicidad que el espresado Lasaga dió al comunicado en que los insertó, no procedió en la forma de aplicacion de ley ó reglamento, sino haciendo uso de la facultad discrecional, que en el mismo Gobierno reside para dictar resoluciones de esta clase.

2.° Que contra dichas resoluciones no procede la interposicion de la apelacion, sino solo la queja ante el Gobierno de S. M.; pues aquel recurso, segun el art. 121 citado, solo tiene lugar contra las decisiones, en que se aplique alguna ley, ordenanza ó reglamento administrativo.»

Resolucion de la misma autoridad, declarando que no procede la apelacion interpuesta por la Junta directiva de la empresa de ferro-carriles de Cárdenas y Júcaro, de las providencias del Gobierno superior de la isla, que suspendieron las tarifas establecidas sin la autorizacion competente; quedando á salvo el derecho de los interesados para recurrir al Gobierno de S. M. (16 *de marzo de* 1858).

«Visto el art. 120 de la Real cédula de 30 de enero de 1855, en que se declara que compete al Real Acuerdo conocer de la vía contenciosa, despues de agotada la gubernativa ante las autoridades administrativas por su órden jerárquico, de los agravios que se causen á las partes en la aplicacion de las leyes, ordenanzas y reglamentos administrativos ofendiendo un verdadero derecho.

Considerando: Que el Gobierno tiene, no solo el derecho, sino el deber, de ejercer una constante vi-

gocios de policía urbana, aplica á un caso particular las reglas generales, que préviamente ha adoptado, tiene de lleno lugar la procedencia de la vía contenciosa (1).

Tambien las deciciones de competencias, relativas á las prohibiciones, que tienen las autoridades judiciales y administrativas para no embarazarse en el ejercicio de sus atribuciones, prohibiciones de que hemos hablado con tanta estension en la seccion IV de este mismo artículo, han seguido la jurisprudencia establecida sucesivamente por el Consejo Real, el Tribunal Supremo Contencioso-administrativo y el Consejo de Estado. Así vemos, que al mismo tiempo que el gobernador capitan general, prévia consulta del Acuerdo, declara, conformándose con el derecho escrito, que procede la vía contencioso-administrativa contra las providencias de la Administracion, de que se alegan agravios, en materias de cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los contratos y remates celebrados por la Administracion para cualquiera especie de servicios ú obras públicas, en todos los ramos del Estado (1); decide que no

---

gilancia sobre toda clase de empresas que, como las de caminos de hierro, han obtenido autorizacion para constituirse con las ventajas que la ley les concede, en virtud del objeto de utilidad pública que se proponen, á fin de evitar, que olvidando el motivo de su aprobacion, solo atiendan á su interés particular.

Considerando: Que ese derecho ha sido reconocido esplícitamente por la empresa de Cárdenas, al presentar en 1840 las tarifas del ramal de Cárdenas á Bemba á la autoridad superior de la isla, *«para que se sirviera impartirles su necesaria sancion, único é indispensable requisito que les faltaba para ser publicadas y puestas en ejecucion.»*

Considerando, por tanto, que al usar de ese derecho el Gobierno, respecto á las tarifas de la empresa actual de ferro-carriles de Cárdenas y el Júcaro, no puede haber ofendido derecho alguno preexistente, en el cual pueda fundar dicha empresa la facultad que pretende tener su Junta directiva de aumentar arbitrariamente los precios de trasportes por sus líneas y ramales.»

Declaracion de ser improcedente la apelacion interpuesta para ante el real Acuerdo por D. Ramon Portocarrero de una providencia del Gobierno Superior, por la que no se dió lugar á una denuncia de obra nueva (10 *de mayo de* 1838).

«Considerando: 1.° Que la apelacion para ante el real Acuerdo solo puede tener lugar cuando se trate de daños y perjuicios causados por las obras públicas, cuyo caso no ha llegado aún, puesto que Portocarrero no pretende ahora su abono, y sí la suspension de una obra declarada de utilidad pública, con presencia de los planos aprobados por los cuerpos facultativos:

2.° Que dicha suspension se opone, por tanto, á lo prevenido en la ley de espropiacion forzosa, que respetando debidamente los intereses particulares, los somete, no obstante, al general, como se verifica en la presente cuestion.

Y por último, que su resolucion corresponde esclusivamente, por su carácter facultativo, á la autoridad administrativa.»

(1) Resolucion del gobernador capitan general de la isla de Cuba, declarando que procede la vía contencioso-administrativa, y que compete por tanto al real Acuerdo resolver el recurso de Don José de Jesús Mendez, contra una providencia gubernativa mandándole retirar una casa en Matanzas (18 *de abril de* 1856).

«Considerando: 1.° Que al reclamar D. José de Jesús Mendez contra la decision de este Gobierno superior, se funda en que al construir la fábrica, objeto de la cuestion, obró con sujecion á lo aprobado y autorizado por la Comision de policía urbana:

2.° Que para conceder su autorizacion, precisamente hubo de tener presente aquella Comision el plano que rige para la construccion de casas y alineacion de calles de la ciudad de Matanzas:

3.° Que bajo este concepto, la disposicion adoptada por la vía gubernativa, mandando que se retire el edificio del recurrente, por no haberse construido con arreglo al citado plano, lo es de aplicacion á un caso particular de las reglas establecidas por la Administracion para conceder ó negar estas licencias.»

(1) Resolucion del gobernador capitan general de Cuba, admitiendo la apelacion interpuesta para ante el real Acuerdo por D. Ramon Macías, de una providencia del superintendente general, en el espediente de remate de la valla de gallos de Quivican (21 *de junio de* 1858).

«Considerado que la cuestion promovida por Don Ramon Macías, versa sobre la rescision de un contrato de remate celebrado con la intendencia general, y recae sobre un servicio público, como son las vallas de gallos.»

Resolucion de la misma autoridad, declarando que procede la apelacion interpuesta para ante el Real Acuerdo por D. Andrés Valenzuela y otro, contra una providencia de la intendencia general, sobre el remate del estanco del juego de gallos en Guanabacoa (15 *de diciembre de* 1858).

«Considerando que, segun su tenor (*el de los artículos* 120 *y* 121, §. 2.° *de la Real cédula de* 30 *de enero de* 1855), compete á la Real Audiencia, constituida en Acuerdo, conocer en la vía contenciosa, despues de agotada la gubernativa ante las autoridades administrativas por su órden gerárquico, de los agravios que se causen á los particulares por las resoluciones que recaigan sobre el cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los contratos y remates celebrados con la Administracion en todos los ramos del Estado, para cualquiera especie de servicio ú obra pública, en cuyo caso se encuentra la resolucion de la Intendencia general, apelada por D. Andrés Valenzuela y Don Bernardo Hernandez.»

es de la misma competencia la rescision de los contratos, que, aunque celebrados con la Administracion, tienen un objeto diferente, como el en que la Real Hacienda ha tomado en arrendamiento un edificio para acuartelar tropa (1); sino que son de la atribucion de los juzgados y tribunales, ante los cuales el agraciado puede hacer valer sus derechos, y conseguir reparacion de los agravios que haya recibido de la Administracion. Así vemos que considera como cuestion contencioso-administrativa la reclamacion sobre la inteligencia, rescision y efectos de venta de bienes del Estado, celebrada con la Administracion, arreglándose al tenor literal del párrafo 9.° del art. 121 de la Real cédula repetidamente mencionada (2), y que cuando no encuentra leyes ó disposiciones en la legislacion ultramarina, busca en la peninsular y en la jurisprudencia que ha prevalecido, en virtud de las repetidas decisiones de competencia, pronunciadas por el Gobierno, á consulta de los altos cuerpos administrativos del Estado, á los cuales, desde 1847, ha estado confiada la atribucion de aconsejar acerca de estas materias, las reglas que le han de servir para modelar su conducta, como sucede con relacion á la perturbacion, que los juzgados y tribunales pueden introducir en la Administracion por admision de interdictos contra las providencias que ésta dicta, cuando se ha limitado á funcionar dentro de sus atribuciones (1).

---

(1) Resolucion del gobernador capitan general de la Isla de Cuba, declarando que no procede la vía contencioso-administrativa en el contrato de arrendamiento celebrado por la Real Hacienda con Doña Paula Jacinta Estevez, destinando á cuartel una casa de esta (*3 de diciembre de 1856*).

«Considerando: 1.° Que para que las cuestiones relativas al cumplimiento, inteligencia ó efectos de algun contrato, puedan entenderse sujetas á la jurisdiccion del real Acuerdo, con arreglo á la disposicion espresada, es indispensable: 1.° Que haya sido celebrado con la Administracion: 2.° Que tengan por objeto un servicio público ó la ejecucion de una obra pública:

2.° Que si bien en el contrato de arrendamiento de la casa de Doña Jacinta Estevez se verificó el primer requisito, no así el segundo, ó sea el de tener por objeto un servicio público, pues no por que la finca de que se trata estuviere destinada al acuartelamiento de tropas, puede decirse que esta aplicacion imprimia á la misma finca el carácter de tal servicio público:

3.° Que por lo tanto las cuestiones relativas al cumplimiento é inteligencia del convenio de que se trata, cual es la provocada por Carrera, corresponden á la autoridad judicial, ante la cual puede deducir aquel los derechos que crea le asisten para rechazar la providencia de la capitanía general.»

(2) Resolucion del mismo gobernador, admitiendo la apelacion interpuesta para ante el real Acuerdo por D. Juan Ferriu y otro, de una providencia de la intendencia general en espediente sobre subasta de unos solares del Estado en la villa de Cárdenas (*25 de julio de 1858*).

«Considerando: Que segun el primero de dichos artículos (*el 120 de la Real cédula de 30 de enero de 1855*), corresponde á la Real Audiencia, constituida en Acuerdo, conocer en la vía contenciosa, despues de agotada la gubernativa ante las autoridades administrativas por su órden gerárquico, de los agravios que se causen á los particulares en la aplicacion de las leyes, ordenanzas y reglamentos administrativos, y que en ese estado se hallan ya las reclamaciones de D. Juan Ferriu y D. Pedro Pablo Saez:

Considerando que se trata en este espediente de la rescision y efectos de un contrato de venta de terrenos del Estado celebrado con la Administracion, cuyo caso limitado, como lo está, al acto primitivo de adquisicion, se encuentra terminantemente comprendido en el citado párrafo 9.°, artículo 121 de la Real cédula de 30 de enero de 1855.»

Decision á favor de la Administracion, de la competencia entre el gobierno superior y el alcalde mayor 5.° de la Habana, con motivo de un interdicto interpuesto para impedir la construccion, autorizada por dicho gobierno, de un polvorin en el puerto de la Habana y sitio llamado Punta Blanca (*16 de junio de 1857*). Su tercer considerando dice:

... 3.° «Que igualmente, y bajo otro punto de vista, corresponde á la Administracion conocer de la cuestion en su fondo con arreglo al cap. 7.° de la Real cédula de 7 de enero de 1855, pues fundando en parte su derecho la viuda de Pintó á los terrenos en que se ejecutan las obras en la cesion que de los mismos hizo el Estado á la compañía Pintó Portas, y de la cual deriva la pertenencia que alega, es indispensable ventilar, cual fué la estension y límites de dicha cesion, lo cual cae plenamente dentro de la jurisdiccion administrativa, con arreglo al párrafo 9.° del art. 122 del capítulo espresado.»

(1) Decision antes citada á favor de la Administracion, en la competencia entre el gobierno superior de la Isla de Cuba y el alcalde mayor 5.° de la Habana, con motivo de la construccion de un polvorin en el puerto de la Habana:

«Considerando: 1.° Que habiendo sido ejecutadas las obras del polvorin, construido por la compañía de que se trata, en virtud de la autorizacion que el efecto concedió este Gobierno, en uso del derecho que estimó le correspondia sobre el terreno de Punta Blanca, por considerarlo de libre disposicion del Estado, y por tanto dentro del círculo de sus atribuciones administrativas, no es procedente el interdicto entablado por la viuda Pintó para conseguir la cesacion de dichas obras, con arreglo á la Real órden de 8 de mayo de 1839, la cual no permite que puedan anularse los efectos

y en al aprovechamiento de los terrenos de uso público (1).

Si se examinan detenidamente las resoluciones y decisiones á que nos referimos, cuyos considerandos dejamos trascritos en las notas, se observará la gran semejanza que hay entre sus fundamentos y los que, en casos semejantes, preceden á las decisiones en materias de competencia del Gobierno Supremo del Estado, que han sido formulados por el Consejo Real, el Tribunal Contencioso-administrativo y el Consejo de Estado. Se vé, pues, que la jurisprudencia ultramarina en esta materia, vá acomodándose á la que ha prevalecido en la Península.

Espuesta ya la competencia contencioso-administrativa en Ultramar, pasemos á esponer á quiénes son los que pueden promover las competencias, que tienen lugar entre las autoridades administrativas y judiciales.

Al tratar, en el párrafo 1.° de la seccion VI de este artículo, de las autoridades que podian promover esta clase de competencias en la Península, manifestamos, que solo los gobernadores de provincia eran los que se hallaban revestidos de tan importante atribucion, y espusimos las razones, en que, para ordenarlo asi, y especialmente para escluir á las autoridades del órden judicial, se fundaban el derecho escrito, y la jurisprudencia que lo ha interpretado estrictamente.

No hay en Ultramar disposiciones especiales que á este punto se refieran: á falta del reglamento que, segun el art. 122 de la Real cédula de 30 de enero de 1855, ha de señalar las formalidades, con que en aquellas provincias deben decidirse las competencias, ha habido que acudir á las reglas establecidas en la Península, y por lo tanto al Real decreto de 4 de junio de 1847. Así lo han considerado, tanto el gobierno superior de la Isla de Cuba, como el Acuerdo en una importante decision. Segun ella, solamente las autoridades superiores administrativas de la respectiva demarcacion, pueden provocar contiendas de competencia (1). Están, por lo tanto, escluidas de poderlo hacer, así las autoridades administrativas de menor categoría, como las del órden judicial, cualquiera que sea el grado ó el fuero. Las competencias suscitadas en contravencion á esta regla, se declaran mal formadas.

Lo que queda dicho sobre el modo de suplir el silencio de la legislacion especial ultramarina, respecto á las autoridades, que pueden provocar las competencias, es aplicable tambien á su falta de espresion, acerca de los negocios sobre los que pueden suscitarse las competencias, á las prohibiciones que tienen las autoridades superiores administrativas de

---

de las providencias, que con cualquier carácter dicte la Administracion en el ejercicio de sus funciones, por medio de aquellos recursos sumarísimos, los cuales se basan en la presuncion de perturbacion ó despojo de la propiedad, que no es posible imputar á los actos administrativos.»

(1) La misma decision, cuyo 2.° considerando, dice:

... 2.° «Que no solo es incompetente la autoridad judicial para entender en el asunto por la vía del interdicto, sino tambien por cualquiera otra especie de recurso, por ser el objeto de la cuestion un terreno, sito en la ribera marítima, pues siendo dichos terrenos de uso público con arreglo á las leyes 3.ª y 4.ª, tít. 28, Part. 3.ª, y no traspasando en su virtud la cesion, que de los mismos pueda hacer el Estado, su dominio, el cual conserva éste, así como la facultad de arreglar dicho uso teniendo siempre á la mira el interés público; á la autoridad administrativa, como la única capaz de apreciar dicho interés, corresponde decidir las contiendas que se susciten acerca del espresado uso.»

(1) Decision del gobernador capitan general de la Isla de Cuba, declarando mal formada la competencia entre el teniente gobernador y alcalde mayor de Sancti-Spíritus, acerca del conocimiento de un espediente formado ante aquel, á instancia de D. Sebastian Cuervo, sobre *servidumbre* (18 *de marzo de* 1857).

«Considerando: 1.° Que con arreglo al art. (2) espresado del Real decreto de 4 de junio de 1847, que debe considerarse vigente en la Isla para la sustanciacion de estos conflictos, á falta del reglamento especial á que se refiere el art. 122 de la Real cédula, tan solo las autoridades superiores administrativas de la demarcacion respectiva pueden provocar contienda de competencia, estando por lo tanto las autoridades judiciales impedidas de entablarlas de oficio ni á instancia de las partes:

2.° Que en este concepto no procede el requerimiento de inhibicion dirigido por el alcalde mayor de Sancti-Spíritus al teniente gobernador, á instancia de D. Sebastian Cuervo, el cual tenia espedito su derecho para declinar la jurisdiccion administrativa ante el teniente gobernador, y si la resolucion de este en la materia no le era favorable, acudir en queja ante este Gobierno Superior.»

provocar algunas, y á las formas solemnes con que deben iniciarse, sustanciarse y decidirse. En defecto de regla especial, nada mas legal, mas adecuado, mas propio de la Administracion ultramarina, ni mas ajeno á la arbitrariedad, que buscar en la legislacion, que rige en la Península, el modo de suplir la falta de un reglamento, mientras esto no encuentre graves dificultades en las condiciones particulares de aquella parte de la Monarquía. El estudio que ha precedido á la aprobacion de la legislacion peninsular, la circunstancia de haber correspondido bien en la práctica al fin para que se estableció, y la de haberse formado al lado del precepto legal una jurisprudencia que lo esplica, desenvuelve y completa, son prendas de acierto de que no era posible desentenderse en aquellas apartadas regiones. Así vemos declarada mal formada una competencia, por referirse á cosa ejecutoriada (1), siguiendo lo prescrito en el Real decreto de 4 de junio de 1847.

Para terminar esta materia de competencia, en la parte que se refiere á las contiendas que, acerca de ella; se suscitan, faltanos solo hablar de la autoridad á quien toca resolverlas. En el párrafo 4.° de la seccion VI de este artículo hemos espuesto el principio, de que corresponde al Rey, fuente del órden administrativo, moderador de los poderes públicos y regulador supremo de todas las jurisdicciones. Mas en las provincias ultramarinas no podria ser así, á no esponerse á los graves inconvenientes y dilaciones que su distancia de la Península debia traer necesariamente consigo, de lo que podrán resultar graves perjuicios á la Administracion y á los particulares. Lo natural era buscar en el representante del Gobierno supremo, en la mas alta dignidad de cada provincia, en la autoridad á quien se conceden, en mayor escala, atribuciones estraordinarias para atender á las necesidades públicas, la persona que las dirimiera.

En el art. 122 de la Real cédula de 30 de enero se establece, que corresponde al gobernador capitan general decidir, con las formalidades que se determináran por un reglamento: 1.°, las cuestiones que se susciten sobre si un asunto es ordinario ó contencioso-administrativo: 2.°, las competencias que se susciten entre los juzgados y tribunales, sobre si un asunto es contencioso-administrativo ó ordinario: 3.°, las competencias que se promuevan, sobre si un asunto de la Administracion es contencioso ó administrativo. Estas son las palabras testuales del artículo: su simple lectura dá lugar á dificultades, que requieren alguna esplicacion.

Desde luego debemos advertir, que aquí no puede tratarse mas, que de aquellas cuestiones en que sea parte la Administracion. En las que se suscitan entre los juzgados y tribunales, respecto á negocios en que no está inte-

(1) Decision del gobernador capitan general de la isla de Cuba, declarando mal formada la competencia entre el gobernador del Departamento Oriental y el alcalde mayor de Santiago de Cuba, y mandando se devuelvan á éste los autos para que continúe conociendo en el cumplimiento de una ejecutoria, por la cual se condenó á D. Buenaventura Anglada, vecino de Sagua, á demoler lo que habia edificado en un terreno público (*5 de julio de* 1855).

«Considerando: 1.° Que la sentencia ejecutoriada de la Real Audiencia pretorial, por la que se prohibió á Anglada edificar en el terreno situado entre su casa y la perteneciente á la Sociedad de Tejido Gelpi y Compañía, y se le mandó demoler lo edificado, se funda, á juzgar de los autos, no solo en el carácter público del referido terreno, sino tambien en la existencia de servidumbres particulares á favor de dicha casa, y cuyo ejercicio imposibilitaba ú obstruía la nueva fábrica:

2.° Que si bajo el primer concepto, la Administracion hubiera podido paralizar el cumplimiento de la citada ejecutoria, puesto que ella es á quien aprovecha, no así bajo el segundo, por referirse á intereses ó derechos privados, á los cuales no se estiende su accion:

3.° Que por este motivo, y si bien conserva espeditas sus atribuciones para declarar dicho terreno edificable y entregarlo á la construccion, si así pareciese conveniente, despues de apreciar hasta donde fuese justo, y en la forma que procediere, las reclamaciones que contra dicha medida pudieran entablarse, debe, en el interin y por de pronto, respetarse lo acordado en la referida ejecutoria:

4.° Que no es por lo dicho llegado el caso de escepcion, en que, por corresponder á la autoridad administrativa la ejecucion de lo juzgado, puede reclamar el conocimiento de un pleito fenecido, sino que es aplicable, por el contrario, el principio de que la ejecutoria judicial escluye semejante reclamacion.»

resado el órden administrativo, ó se ventilan solo cuestiones de derechos privados, puestos bajo la salvaguardia del órden judicial, el artículo 98 de la Real cédula de 30 de enero, declara, que su resolucion corresponde á las reales Audiencias, las cuales son las que deben dirimir las contiendas, que se susciten entre los juzgados especiales, y entre estos y los ordinarios. Era de necesidad absoluta dar al órden judicial todos los elementos indispensables, para fijar dentro de sí mismo su competencia. A la Administracion no podia atribuírsele esta facultad, que equivaldría á destruir la independencia de las funciones judiciales. Sucede en Ultramar lo que en la Península: ambas legislaciones tienen la misma base: solo se separan en lo que las diversas circunstancias de las provincias ha aconsejado introducir alguna diferencia. No puede, pues, el art. 122, que confía al gobernador capitan general la decision de competencias, entenderse mas que de aquellas, en que de algun modo esté interesada la Administracion.

Esto supuesto, solo pueden ser de dos clases estas competencias: 1.ª, sobre si un asunto corresponde á la Administracion ó á la autoridad judicial: 2.ª, sobre si corresponde á la Administracion activa ó á la contenciosa. Por esto creemos, que en el art. 122, sobra el segundo miembro de la division triple, y que debia quedar esta reducida al primero y tercero. Dirémos mas: el segundo miembro habla de un caso que, aun suponiéndolo posible, deberia suprimirse, por estar implícitamente comprendido en el primero. Pero ¿es posible? No lo es: porque los juzgados ó tribunales, no pueden disputar ni formar competencia, acerca de si un negocio es contencioso-administrativo ú ordinario. La competencia no puede formarse, solo alegando que es incompetente el que conoce; es menester, por el contrario, que el que requiere á otro de inhibicion, se funde en que el conocimiento del negocio le corresponde á él, y ningun juzgado, ni tribunal, puede sostener que á él corresponde entender en lo contencioso-administrativo, á escepcion de las Audiencias reales, que, al conocer de esta clase de negocios, lo hacen en concepto de cuerpos administrativos.

¿Cuál es, pues, la esplicacion que puede darse al segundo miembro de la division del art. 122? No la encontraríamos fácilmente, á no saberse que la Real cédula se preparó bajo el supuesto de que, si no todos, la mayor parte de los negocios contencioso-administrativos, se debian seguir y fallar en las alcaldías mayores, con apelacion á las reales Audiencias, si bien con fórmulas mas sencillas y con trámites mas breves que en los negocios ordinarios. Así se comprendia efectivamente la competencia entre dos juzgados y tribunales, acerca de si un negocio era contencioso-administrativo ú ordinario. Mas cuando con mejor consejo, se acordó, que el conocimiento de estos negocios correspondiera á las Audiencias, debió reformarse lo que estaba escrito, en la hipótesis de adoptarse el sistema imaginado en la primitiva redaccion de la Real cédula. Por descuido, sin duda, se dejó de suprimir el miembro segundo de la division, que realmente sobra por completo.

Podemos decir mas: que las cuestiones, acerca de si un negocio corresponde á la Administracion activa, ó á la contenciosa, en rigor no merecen el nombre de competencia, porque realmente no lo son; pues la Administracion es una, si bien tiene el doble carácter de activa y de contenciosa.

Mas, como garantía de acierto para las decisiones de competencias, se establece por la misma Real cédula de 30 de enero (art. 122), que el gobernador capitan general ha de oir siempre préviamente al Real Acuerdo, y que ha de fundar y publicar su decision. La necesidad de dar los fundamentos de la decision, es un motivo mas para que se entre en un detenido estudio del caso controvertido, y es un testimonio que se dá al público, de que las leyes se aplican en toda su estension, contribuyendo de este modo á aumentar el prestigio, de que conviene que estén revestidos los altos funcionarios de la Administracion, y especialmente en las posesiones ultramarinas. Estos fundamentos, y la publicidad que se les dá, facilitan de un modo ventajosísimo, que se uniforme la jurisprudencia, y que se quite

al derecho escrito la incertidumbre, que puede originarse del distinto modo de entenderlo y aplicarlo.

Cuando el gobernador capitan general está conforme en la opinion emitida por el Acuerdo, no hay dificultad alguna, y existe la decision. No sucede así en los casos, en que hay entre ellos divergencia. Antes de la Real cédula de 30 de enero se seguia lo prevenido en la de 29 de agosto de 1806. Segun ella, cuando entre los Vireyes y las Audiencias de Indias ocurrian controversias, acerca de si un negocio era de justicia ó de gobierno, se debia estar y pasar por lo que los Vireyes y presidentes declararan con arreglo á la letra y espíritu de la ley 38, tít. XV, libro II de la Recopilacion de Indias, dada por el señor D. Felipe IV. Mas el artículo 122 de la Real cédula de 30 de enero ha introducido en esto un cambio importantísimo, ordenando, que cuando la resolucion del capitan general no esté conforme con la del Acuerdo en la decision de una competencia, bien sea entre la autoridad administrativa y judicial, ó bien dentro del órden administrativo, acerca de si un negocio corresponde á la Administracion activa ó á la contenciosa, se suspenda la decision, y que se dé cuenta al Gobierno para la resolucion que tenga á bien adoptar: medida prudente, que prevendrá muchas veces contradicciones y conflictos, y que no presenta hoy, gracias á la celeridad de la navegacion, los graves inconvenientes, que pudo acarrear en tiempos anteriores.

Hasta aquí hemos tratado de la competencia administrativa de las provincias ultramarinas, que tiene lugar dentro de ellas mismas. Pero hay en la Península una Direccion general de Ultramar, y un Ministerio, bajo cuya dependencia se halla, que pueden con sus resoluciones causar perjuicio á los particulares, violando en su daño derechos verdaderos. Por una anomalía singular existia en la Península hacia muchos años el recurso contencioso contra las Reales órdenes, y las resoluciones de las Direcciones generales, que causaban estado, y ya podia entablarse este mismo remedio por los que se sentian agraviados en las provincias ultramarinas por la Administracion, y no se daba la misma garantía cuando los agravios provenian del Ministerio ó de la Direccion general de Ultramar. Una Real órden de 7 de octubre de 1856 así lo habia dispuesto: y fundándose en que no existia ley ni disposicion alguna, que hiciera estensiva la jurisdiccion contencioso-administrativa de la Península á la Administracion de Ultramar, sometida á un régimen especial, resolvió la improcedencia del recurso y la incompetencia del Tribunal Supremo contencioso-administrativo, que era el cuerpo, que entendia entonces en estas cuestiones.

No podia ser muy subsistente esta desviacion de los buenos principios. Un Real decreto, dado en 25 de febrero de 1859, concedió para lo sucesivo el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones, que se adoptaran por el departamento de Ultramar, con arreglo á los principios establecidos para los demás Ministerios (1); declaró que el Consejo de Estado debia conocer de las reclamaciones que se interpusieran, con sujecion al reglamento general vigente, mientras en él no se introdujeran las modificaciones, que exigia la organizacion especial de las provincias ultramarinas (2); y prescribió al Ministro encargado del despacho de Ultramar, que propusiera las modificaciones convenientes (3).

Ultimamente una prescripcion mas solemne ha declarado de la competencia del Consejo de Estado los negocios contenciosos de Ultramar. Esta es la ley de 17 de agosto de 1860, publicada despues que ha visto la luz la mayor parte de este artículo. La primera disposicion (4) de esta ley, que es la orgánica del Consejo de Estado, dice que el Consejo de Estado es el Cuerpo supremo consultivo del Gobierno en los asuntos de Gobernacion y Administracion, y en los contencioso-administrativos de la Península y Ultramar.

(1) Art. 1.° del Real decreto de 25 de febrero de 1859.
(2) Art. 2.°
(3) Art. 3.°
(4) Art. 1.° de la ley de 17 de agosto de 1860.

En virtud de lo prescrito en el Real decreto de 25 de febrero, y atendida la mayor distancia á que comunmente se encuentran los que se creen agraviados en derechos verdaderos, por resoluciones de la Administracion central en el departamento de Ultramar, se hizo indispensable hacer mas estenso el término concedido por regla general para introducir los recursos, y por Real decreto de 28 de junio de 1860, publicado despues de ya impresa la parte legislativa de este artículo, se establecieron términos bastantemeote ámplios para que no quede ilusorio el remedio concedido. De ellos no nos corresponde hablar en este artículo, sino en el de **CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**.

Al terminar este artículo debemos hacer mencion de un Real decreto (el de 12 de octubre de 1859) que puso fin á las dudas suscitadas, acerca de si era el Ministerio encargado de los asuntos de Ultramar, ó el de Hacienda, el que debia conocer de los recursos de alzada de los empleados de Ultramar, cuando se trataba de la clasificacion de los derechos pasivos que les correspondian. Dió lugar á ellas la disposicion 6.ª, seccion V, de la ley de 25 de julio de 1855, que estableció, que las cesantías y jubilaciones de los empleados en Ultramar, se clasificaran por la Junta de clases pasivas de la metrópoli, con sujecion á las reglas vigentes para los de la Península.

Consideróse que, despues de creada la Direccion de Ultramar, no habia quedado ninguna jurisdiccion al Ministerio de Hacienda de la metrópoli sobre las personas ni sobre las cosas de allá; que en el Ministro, encargado de los negocios de Ultramar, se reunian las atribuciones de Ministro y de Superintendente de Hacienda de aquellas provincias; el que en tal concepto podia y debia reunir, confirmar, revocar ó modificar gubernativamente las resoluciones de la Junta de clases pasivas, lo mismo que lo hacia el de Hacienda con los demás empleados del reino; y que la buena organizacion del servicio público exige la completa y absoluta centralizacion, en un departamento especial, de todos los ramos de la Administracion y gobierno civil de las provincias ultramarinas. Por todo ello se determinó que fuera de la competencia del Ministerio, encargado de los negocios de Ultramar, el conocimiento y decision de los recursos que, con arreglo á la legislacion vigente, se interpusieran contra los acuerdos de la Junta de clases pasivas, por apreciacion de servicios prestados y derechos, adquiridos en Ultramar, cualquiera que fuese el destino, que sirva de base á la clasificacion; como lo es de la competencia del Ministerio de Hacienda el mismo conocimiento y decision, respecto á las reclamaciones, intentadas por servicios prestados ó derechos adquiridos en la Península é Islas adyacentes, aun cuando al departamento de Ultramar corresponda el destino que sirva de base á la clasificacion.

Se vé, pues, que se buscó por razon del lugar en que se habian prestado los servicios, la competencia de la autoridad superior, que debia clasificarlos.

Otras determinaciones comprende este Real decreto. Las dejamos insertas en la parte legislativa, á saber: que al Ministerio, encargado de los negocios de Ultramar, corresponde proponer y espedir los decretos, reglamentos é instrucciones, en lo que á clases pasivas de Ultramar se refiere, y que se entiende directamente con la Junta de clases pasivas, que le está subordinada en este punto, con las mismas obligaciones que el Real decreto de 28 de diciembre de 1849 ordena, respecto al Ministerio de Hacienda.

La modificacion que el Real decreto, de que tratamos, ha introducido en lo que en la seccion II del artículo **CLASES PASIVAS** dejamos espuesto, nos ha hecho consignar estas indicaciones, que de otro modo no hubiéramos espuesto aquí, y nos reservamos ampliarlas en el artículo **JUNTA DE CLASES PASIVAS**.

APÉNDICE.

No habiéndose promulgado la ley vigente, constitutiva y orgánica del Consejo de Estado, á tiempo de haber podido insertarse la parte correspondiente de ella en la *legislativa* del presente artículo; atendida su importancia y

uso frecuente, y no obstante que ya quedan citadas en el artículo las disposiciones mas conducentes, las insertamos todas á continuacion, como suplemento á la *Parte legislativa*.

«Artículo 1.° El Consejo de Estado es el Cuerpo supremo consultivo del Gobierno en los asuntos de Gobernacion y Administracion, y en los contencioso-administrativos de la Península y Ultramar.....

»Art. 13. El Consejo de Estado conocerá de los negocios de su competencia en Consejo pleno, en Sala de lo contencioso, y en Secciones.

»Art. 18. El Consejo pleno se constituirá en Sala de lo contencioso para la resolucion final de los negocios contencioso-administrativos, sobre que haya informado tambien en pleno, ó de los que se lleven á él por recurso de revision. Para que haya acuerdo en el Consejo, así constituido, se necesita la asistencia de 17 consejeros.

»Art. 19. Para la resolucion final de los demás negocios contencioso-administrativos, formarán la Sala de lo contencioso la Seccion de este nombre, dos consejeros de la Seccion que entiende especialmente en los asuntos del Ministerio, á que corresponda la reclamacion, y otro de cada una de las demás Secciones. No podrá haber acuerdo sin la asistencia de nueve consejeros.

»Art. 45. El Consejo de Estado será oido necesariamente y en pleno:.....

»9.° Sobre la competencia positiva ó negativa de jurisdiccion y atribuciones entre las autoridades judiciales y administrativas, y sobre los conflictos que se susciten entre los Ministerios, autoridades y ajentes de la Administracion.

»10. Sobre los recursos de abuso de poder ó de incompetencia, que eleven al Gobierno las autoridades del órden judicial contra las resoluciones administrativas.

»11. Sobre la autorizacion, que, con arreglo á las leyes, deba el Gobierno conceder para encausar á las autoridades y funcionarios superiores administrativos por abusos cometidos en el ejercicio de sus funciones.....

»Art. 46. El Consejo constituido en Sala de lo contencioso, del modo que se establece en los artículos 18 y 19 de esta ley, será oido en única instancia sobre la resolucion final de los asuntos de la Administracion central, cuando pasen á ser contenciosos, y señaladamente en los que siguen:

»1.° Respecto al cumplimiento, inteligencia, rescision y efectos de los remates y contratos celebrados directamente por el Gobierno, ó por las Direcciones generales de los diferentes ramos de la Administracion civil ó militar del Estado, para toda especie de servicios y obras públicas.

»2.° Respecto á las reclamaciones á que den lugar las resoluciones particulares de los Ministros de la Corona en los negocios de la Península y Ultramar.

»3.° Respecto á los recursos de reposicion, aclaracion y revision de las providencias y resoluciones del mismo Consejo.

»Art. 47. Tambien será oido el Consejo sobre la resolucion final en toda última instancia de los negocios contencioso-administrativos, y señaladamente en los recursos de apelacion, nulidad ó queja.

»Contra cualquiera resolucion del Gobierno acerca de los derechos de las clases pasivas civiles.

»Contra los fallos de los Consejos de provincia.

»Contra los fallos del Tribunal de Cuentas del Reino y de los de Ultramar en los recursos de casacion de que tratan las leyes especiales de estos cuerpos.

»Art. 48. El Consejo será oido en secciones:.....

»5.° Sobre la admision ó denegacion de la vía contenciosa, contra las resoluciones de los Ministros de la Corona ó de los Directores generales de los difecentes ramos de la Administracion civil ó militar, que causen estado.....

»Art. 52. ..... Despacharán, la Seccion de Estado y Gracia y Justicia, los negocios correspondientes á ..... autorizaciones para litigar, competencias de jurisdiccion, recursos de abuso de poder ó de incompetencias, elevados por las autoridades judiciales contra

la Administracion, y autorizaciones para encausar á empleados públicos.

»La de Ultramar, todos los relativos á aquellas provincias y á su régimen especial.

»La de lo Contencioso, los relativos á si procede ó no la vía contenciosa en las demandas contra las resoluciones del Gobierno ó de las Direcciones generales.

»Art. 56. El que se sintiere agraviado en sus derechos por alguna resolucion del Gobierno ó de las Direcciones generales, que cause estado, podrá reclamar contra ella en la vía contenciosa, proponiendo su demanda ante el Consejo de Estado.

»Art. 57. Cuando la Seccion de lo contencioso considere que procede la vía contenciosa, remitirá al Ministerio, á que corresponda el negocio, su dictámen con copia autorizada de la demanda.

»Si considerase que necesita mayor exámen, y que la procedencia ó improcedencia de la vía contenciosa debe ser objeto de discusion, comunicará la demanda al fiscal por vía de instruccion, señalando dia para la vista en la Sala de lo contencioso, y citando á las partes. La Sala, oida la discusion oral, formulará la consulta correspondiente.

»Celebrada la vista, se remitirá al Gobierno el dictámen del modo espuesto anteriormente.

»Art. 58. La Real órden en que se conceda ó niegue la vía contenciosa, se espedirá por el Ministerio, á que se haya elevado la consulta.

»Art. 59. Cuando el Gobierno no se conformase con la consulta afirmativa del Consejo, publicará en la *Gaceta de Madrid* su resolucion motivada, por medio de decreto acordado en Consejo de Ministros y rubricado por su Presidente. Esto lo hará en el término de un mes, contado desde que el Gobierno hubiere recibido la consulta del Consejo de Estado, que se insertará en el Real decreto.

»Art. 60. Cuando, consultada la procedencia de la vía contenciosa, el Gobierno no comunique al Consejo su resolucion, dentro del mismo término de un mes, fijado en el artículo anterior, se entenderá concedida la autorizacion.

»Art. 61. Cuando la Seccion de lo contencioso, al declarar concluida la discusion escrita, crea conveniente que en la vista se trate algun punto, que no lo haya sido antes en el pleito, lo pondrá en conocimiento de las partes, al citarlas para la vista.

»Art. 62. Conformándose el Gobierno con el proyecto de sentencia, consultado por el Consejo de Estado, lo aprobará por un Real decreto, refrendado por el el Presidente del Consejo de Ministros. La sentencia se publicará en la *Gaceta de Madrid*, dentro del término de un mes, contado desde la fecha en que hubiere recibido el proyecto.

»Art. 63. No conformándose el Gobierno con el proyecto de sentencia, publicará la que estime justa en la *Gaceta de Madrid*, dentro del término señalado en el artículo anterior, y en el Real decreto espedido en la misma forma. Con este Real decreto, que debe ser motivado y acordado en Consejo de Ministros, se publicará la consulta del Consejo.

»Art. 64. Si, trascurrido dicho plazo, no hubiere publicado el Gobierno decreto alguno, el Consejo de Estado dispondrá que se haga saber á las partes el proyecto consultado.

»Art. 70. Los procedimientos en los negocios contenciosos de la Administracion serán objeto de ley.....

»Art. 72. Mientras no se publiquen la ley y reglamento de que tratan los arts. 70 y 71 de esta ley, observará el Consejo de Estado, en cuanto no se opongan á lo que en ella se prescribe, los reglamentos y disposiciones por los cuales se rigió el estinguido Consejo Real y se rige actualmente el de Estado.... »

COMPETENCIA (BENEFICIO DE). Véase el artículo **BENEFICIO DE COMPETENCIA**. Por lo que hace á este beneficio en lo mercantil, véanse aun las disposiciones siguientes:

«Los bienes muebles del quebrado.... se entregarán al depositario bajo inventario, dejándole al mismo quebrado la parte de ajuar y ropas de uso diario, que el juez comisario estime prudentemente que le son necesarias (1).»

(1) Art. 1046 del Código de Comercio, §. 4.°

«Todo quebrado, que haya cumplido las disposiciones de los artículos 1017 y 1018 (1) recibirá una asignacion alimenticia. Su cuota será graduada por el tribunal, oyendo el informe del juez comisario, con relacion á la clase del quebrado, al número de personas, que compongan su familia, al haber que resulte del balance general, y á los caractéres, que se presenten con la calificacion de la quiebra (2).»

«Los *alzados* no podrán pedir en tiempo alguno socorros alimenticios; y las asignaciones hechas á los quebrados fraudulentos, cesarán de derecho, desde que sean calificados en este concepto (3).»

Creemos mas: y es que, si el quebrado en este caso hubiere ya mejorado de fortuna, ó algun dia mejorase, la declaracion de quiebra tendrá efecto retroactivo, pues no hay nada mas inícuo que, el que se ha burlado de la buena fé de sus acreedores, quedando tal vez mas rico que ellos, perciba todavía alimentos á costa de estos. Es evidente que, constando la mala fé, ni el juez concederia alimentos, ni los acreedores lo consentirian. Lo que así se dá con error, es *un pago indébito*, y procede de toda justicia la *condiccion* ó reclamacion de su importe, pagado por error.

El Código no determina espresamente cuando, en otros casos, cesará esta pension. Sin duda cesará, si medió convenio ó arreglo entre el quebrado y los acreedores, cuando el mismo termine: si, pendiente el concurso, el concursado mejorare de fortuna, no necesitando ya la pension: si dentro del mismo período se procurase ocupacion, que le mantenga y á su familia: y en todo evento, cuando termine el concurso, entrando cada acreedor en posesion de su adeudo, y cesando por tanto, de todo punto, el depósito y administracion del concurso, de quien el pensionario percibía su asignacion alimenticia. Lo dicho en el segundo y tercer caso se corrobora con lo dispuesto en el art. 1146 del Código, segun el que el quebrado, calificado en primera y segunda clase, y el que lo haya sido en tercera, luego que haya cumplido su correccion, pueden ocuparse en operaciones del comercio por cuenta ajena y bajo la responsalidad de su comitente, percibiendo para sí el salario ó emolumentos convenidos, sin perjuicio del derecho de los acreedores al complemento de sus pagos, de los bienes que adquiera por este ú otro medio. Déjase bien conocer que no los adquirirá, ni ahorrará, sino despues de mantenido él y su familia. El artículo parece hablar mas bien para despues de terminado el concurso; pero respecto del acreedor, calificado en primera y segunda clase, puede lo mismo entenderse durante el concurso; y respecto de las tres clases, en todo caso, no siendo en operaciones de comercio, que es á lo que el Código limita su permision, por tratarse materialmente del caso; esto es, de un comerciante, que cesa, porque dice no poder continuar; y que si continuase con capital propio, desmentiria la legalidad de la quiebra.

(1) Que presente en forma la quiebra, con los pliegos de activo y pasivo, con indicacion de los motivos de la misma.
(2) Art. 1098 del Código de Comercio.
(3) Art. 1099 de id.

COMPETENCIA CONTENCIOSO — ADMINISTRATIVA.

Véase COMPETENCIA ADMINISTRATIVA: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: CONSEJO DE ESTADO: CONSEJOS PROVINCIALES: FUERO: JURISDICCION.

COMPETENCIA (CONTIENDA Ó CUESTION DE). Basta el epígrafe para comprender el objeto del presente artículo. Si se tiene en cuenta lo que hemos dicho en el genérico COMPETENCIA sobre la etimología y acepciones de esta palabra, se verá que por la anterior enunciativa se significa la controversia, que tiene lugar entre dos ó mas jueces ó tribunales, sobre á cuál de ellos corresponde el conocimiento de un negocio judicial.

Hemos dicho *contienda* ó *cuestion* de competencia, no porque sean sinónimas aquellas palabras; sino porque de ambas se hace uso en el foro, para espresar estas disputas y controversias. Debemos indicar, sin embargo, que la primera es mas propia y concreta, y de ella se ha usado generalmente, hasta que la nueva ley de Enjuiciamiento civil las ha

denominado *cuestiones* de competencia, sin duda para comprender en su acepcion mas lata, como se deduce del art. 82, los dos medios que pueden emplearse para reclamar la inhibicion del juez, á quien se cree incompetente, cuales son la *declinatoria* y la *inhibitoria*.

No se crea por esto que vamos á tratar aquí de ambos medios; pero sí dirémos, aunque de paso, que se entiende por *declinatoria* la peticion, que se deduce ante el mismo juez, que conoce del negocio, para que se inhiba y se separe de su conocimiento, remitiéndolo al competente. De modo que en este caso, si bien se cuestiona ó disputa sobre la competencia del juez, no hay contienda ó conflicto de jurisdiccion ni de atribuciones entre dos jueces, como los hay cuando se hace uso de la *inhibitoria*, por la cual se entiende la peticion que se deduce ante el juez, ú quien se cree competente, para que reclame el conocimiento de un negocio en que está entendiendo otro juez, al cual se tiene por incompetente.

Se vé, pues, que, aunque estos dos medios conducen á un mismo fin, existe entre ellos una diferencia capital, cual es la de que la *declinatoria* se propone ante el mismo juez, que conoce del negocio, para que se inhiba ó separe de su conocimiento; y la *inhibitoria* se intenta ante el juez á quien se cree competente, para que reclame los autos del juez, que ha principiado á conocer de ellos siendo incompetente (1). Esta dá lugar á que se promueva la contienda de competencia entre los dos jueces, que es el objeto del presente artículo; y aquella no es mas que una escepcion dilatoria, que ha de sustanciarse y decidirse, como incidente del negocio principal, por lo que debemos tratar de ella en artículo separado. Véase **DECLINATORIA.**

En vez de *contienda* ó *cuestion de competencia*, abreviando la frase, se dice tambien simplemente *competencia*. En este sentido, y atendiendo al objeto, se divide en *positiva* y *negativa*. Llámase *positiva* la competencia cuando los dos jueces contendientes pretenden que les corresponde el conocimiento del negocio; y *negativa*, cuando ambos sostienen que no es de sus atribuciones ó jurisdiccion, y se inhiben, ó se declaran incompetentes. Generalmente solo se usa el adjetivo calificativo en este segundo caso, entendiéndose que es *positiva* la competencia, siempre que se enuncia sin la calificacion de *negativa*.

De unas y otras vamos á tratar en el presente artículo, esponiendo los casos, modo y forma, en que de antiguo se promovieron, y en que hoy deben promoverse, sustanciarse y decidirse estas cuestiones y conflictos, así en los asuntos civiles, como en los criminales, con todo lo demás que á ellos se refiere.

Pero antes debemos indicar, que solo son objeto del presente artículo las cuestiones de competencia, que pueden promoverse entre jueces y tribunales seculares de cualquier órden ó clase de jurisdiccion, y aun tambien las de los eclesiásticos entre ellos mismos; mas no las que se promuevan entre aquellos y estos (1), ni tampoco las que les ocurran con la Administracion, ya sea activa ó contenciosa. Unas y otras están sujetas á disposiciones y procedimientos especiales, y deben, por tanto, tratarse, y se tratan, en sus artículos correspondientes. Véase **COMPETENCIA ADMINISTRATIVA: RECURSOS DE FUERZA.**

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Leyes de la Novísima Recopilacion.
Disposiciones posteriores, hasta la ley de Enjuiciamiento civil.
Ley de Enjuiciamiento civil, y disposiciones posteriores á la misma.
Código de Comercio.
Ley de Enjuiciamiento mercantil.
Código penal.
Legislacion de Indias.
Derecho canónico.

(1) Art. 82 de la ley de Enj. civ.

(1) Art. 119 de la ley de Enjuiciam. civil.

NOVISIMA RECOPILACION.

LEY 16, TÍT. 4.°, LIB. 5.°

D. Cárlos I, en las Ordens. de Valladolid de 5 de mayo de 1554, cap. 15; en las de Bruselas de 1556, cap. 9; y la Princesa de Portugal Gobernadora por mayo de 1558.

En caso de competencia, ó de duda sobre conocimiento entre la Audiencia, Asistente y Cabildo de la ciudad de Sevilla, se guarde lo acostumbrado antes de la nueva órden de 1554: siendo la diferencia entre la Audiencia y cualesquiera otros jueces, ó entre éstos entre sí, corresponde la decision á la Audiencia; y cuando hubiere duda sobre si la causa es civil ó criminal, entre la Audiencia y los Alcaldes mayores, la determinen el Regente de ella con el Juez de los Grados y Alcalde mayor mas antiguos, y se ejecute lo determinado por los tres, sin que haya lugar á suplicacion.

LEY 6.°, TÍT. 5.°, LIB. 4.°

D. Felipe III, en el Pardo, por cédula de 30 de enero de 1606, cap. 8.°

Por esta Real cédula se declara qué negocios son del conocimiento del Consejo de Castilla, con distincion de Salas de gobierno y de justicia; y al determinar las atribuciones de la Sala de gobierno por el cap. 8.°, se ordena lo siguiente:

«Y otrosí (ver) todas las competencias y diferencias que invieren cualesquier tribunales destos reinos, que residan en corte ó fuera de ella, entre sí ó con las justicias ordinarias, en que yo no tengo dada órden, ó la diere en adelante sobre ello; consultándome primero lo que tocare á los tribunales (1).»

LEY 5.°, TÍT. 11, LIB. 2.°

D. Cárlos II, en Madrid, por dec. de 17 de junio de 1668.

«Tengo entendido, que están para verse algunas competencias, formadas por el Consejo y el de Cruzada, y en la forma de verse conviene se observe lo que el Rey mi Señor tuvo por bien se hiciese; para cuya ejecucion mando, que asistan inviolablemente en las que se ofrecieren, dos Ministros del Consejo, y otros dos que sean asesores actuales del de Cruzada, conforme á lo que está dispuesto y practicado.»

LEY 17, TÍT. 2.°, LIB. 2.°

D. Cárlos II, en Madrid, á consultas de 9 de diciembre de 1677, 18 de diciembre de 1678, y 13 de agosto de 1691.

«..... Que en el caso de que entre dos jueces eclesiásticos se compite sobre el conocimiento en primera instancia, si el agraviado recurre á mi Real persona, en el Consejo, en virtud del derecho protectorio del Santo Concilio de Trento, se conoce de la usurpacion de la jurisdiccion, y contra el que la ejecuta se declara, que *en conocer y proceder hace fuerza.*» ..... El Rey se conformó con este parecer del Consejo.

LEY 4.ª, TÍT. 3.° LIB. 4.°

D. Felipe V, en Aranjuez, á 9 de junio de 1718, cap. 7.° (Es tambien la nota 4.ª del tit. 1.°, lib. 4.°)

Se dispuso, entre otras cosas, que dos Ministros del Consejo de Castilla, nombrados por S. M. anualmente, fuesen jueces de competencias.

NOTA 5.ª DEL TÍT. 1.°, LIB. 4.°

Real decreto de 16 de octubre de 1713.

«Se estableció, que todas las competencias

(1) NOTA 6, ID., ID. «Habiéndose dudado en el Consejo sobre este capítulo, si en caso de ser la competencia entre las justicias ordinarias y jueces de comision, ó entre éstos y tribunales, conocería la Sala de gobierno, pareció que no, y si las Salas de justicia, acudiéndose á ellas por vía de apelacion, queja ó esceso; y que no era necesario consultarlo. tambien se dudó, si en las competencias entre el Consejo de Hacienda y el Consejo Real ú otros Tribunales de Corte, que por particular Real cédula están remitidas á dos Ministros del Consejo que nombrare el Sr. Presidente, y otros dos de los que acuden al de Hacienda, en caso de faltar alguno de éstos, podria nombrar otro en su lugar dicho señor, como lo hace de los otros dos; y pareció, que nombrase, y no ser necesaria consulta.» (*Parte del auto* 15, *tit.* 4, *lib.* 2, *Rec.*)

se determinasen por cinco Ministros, concurriendo, con los cuatro destinados para ellas, otro mas, que nombrase S. M. para cada una que se ofreciese; á cuyo fin, luego que estuviese formada, se le hiciera presente por los que presidiesen los Consejos que la formasen, para que con esta noticia pasase S. M. á la eleccion del quinto Ministro, y se determinase la competencia, dándole cuenta de su decision antes de publicarla.»

LEY 14, TÍT. 32, LIB. 12.

D. Cárlos III, por resolucion de 28 de enero de 1768.

Se previene que, cuando los subdelegados de la renta del tabaco pretendieren el conocimiento de alguna causa en oposicion de las justicias ordinarias, exhorten á estas con la respectiva justificacion, para que, ó cedan si el caso fuere notorio, ó no siéndolo, den cuenta unos y otros á sus tribunales superiores, á fin de que se decida la competencia en los términos prevenidos por derecho.

LEY 10, TÍT. 1.°, LIB. 9.°

D. Cárlos III, por decreto de 13 y céd. del Cons. de 24 de junio de 1770. (Es tambien la nota 6.ª, del tít. 1.°, lib. 4.°)

Por el cap. 11 de esta Real cédula, en que se declaró el conocimiento perteneciente á la Junta general de comercio, se dispuso, que en los casos de competencias, los jueces y tribunales entre quienes se suscitasen, las representáran respectivamente al Consejo y á la dicha Junta, para que por medio de sus fiscales conferenciasen sobre el modo de resolverlas y cortarlas de un acuerdo, procurando tomarle con toda brevedad y armonía; y no conformándose, las hicieran presentes á S. M., para que recayese su Real declaracion.

NOTA 7.ª DEL TÍT. 1.°, LIB. 4.°

Real cédula de 3 de abril de 1776.

«Consiguiente á decreto de 19 de marzo anterior, y á consulta resuelta del Consejo de la Guerra de 3 de noviembre de 1775, se amplió al ejército y armada el método observado en los cuerpos de milicias; y para ello se dispuso que cualquiera jurisdiccion estraña de la militar, que procediese de oficio ó á instancia de parte, civil ó criminalmente, contra alguna individuo ó dependiente del ejército ó armada, y dudase con fundamento racional sobre el desafuero ó facultad para conocer de la causa, ó declinase el reo jurisdiccion, reclamando su propio fuero, ó lo ejecutase su jefe ó juez natural, pusiera á disposicion de este los reos, y consultase al Consejo de Guerra con los autos ó su copia autorizada, en el término perentorio de ocho dias, para que en su vista, y con preferencia á cualesquiera otros negocios, y presencia de los fundamentos y circunstancias del caso, declarase entre las dos jurisdicciones el juez competente del negocio, con cuya determinacion conociera el que lo fuese, sin mas recurso ni apelacion: que por esta regla se resolviesen todas las competencias: que los oficios de una jurisdiccion á otra fuesen precisamente en papel simple, sin la formalidad de exhortos; y que en lo sucesivo no se admita, conteste ni forme competencia alguna por las jurisdicciones militar y ordinaria.»

NOTA 8.ª, ID., ID.

Real cédula de 11 de junio de 1779.

«Consiguiente á consulta resuelta del Consejo de 28 de setiembre de 1778, con motivo de los ruidosos procedimientos practicados por el comandante general de la costa de Granada contra el corregidor de la villa de Estepona, promovidos por el comandante de las armas en ella; se mandó, que en lo sucesivo, para evitar iguales encuentros y competencias, los comandantes de las armas remitiesen los autos al Consejo de Guerra, para que confiriéndose entre los fiscales de ambos Consejos, declaren á quien corresponde; y no conformándose, consulte cada uno de los Consejos sus respectivos fundamentos, para que S. M. decida, ó se forme la competencia de estilo comun entre los tribunales superiores.»

NOTA 9.ª, ID., ID.

Real cédula de 1.° de agosto de 1784.

«Consiguiente á Real deliberacion y órden de 28 de junio de 1784, comunicada al Consejo sobre el modo de proceder los jueces ordinarios y jefes militares en el arresto y castigo de los reos que cometieren algun desacato contra ellos, se previno, que si el juez del fuero quisiese reclamar el reo, lo hiciera con los fundamentos que tuviese para ello, tratando el asunto por papeles confidenciales ó personales conferencias; y si en su vista no se conformasen en la entrega del reo ó su consignacion libre al que lo arrestó, den cuenta a sus respectivos superiores, y estos á la Real persona ó á los Consejos de Castilla y Guerra, para que, poniéndose de acuerdo entre sí, ó representando, y tratando las dos vías de Justicia y Guerra lo conveniente, tome S. M. la resolucion que corresponda.»

NOTA 10, ID., ID.

Real cédula de 3 de junio de 1787.

«Consiguiente á consulta resuelta del Consejo de 26 de mayo anterior, y con referencia de las tres precedentes de los años de 1776, 79 y 84, vino S. M. en mandar, que en las competencias entre las justicias ordinarias y el fuero militar se observasen las conferencias, oficios y remision de autos en sus respectivos casos á los dos Consejos de Castilla y Guerra por los tribunales subalternos y dependientes de ellos, para que se terminaran por conferencia de los Fiscales; y que el de Guerra no pudiese por sí solo decidir la competencia, pues, en caso de discordar los Fiscales, se siguiesen en la Junta de competencias, nombrándose el quinto Ministro, segun estilo y disposicion de los Reales decretos de los años de 1715 y 22, sin molestar la Real atencion, á no mediar caso gravísimo que exigiese nueva regla.»

NOTA 11, ID., ID.

Real cédula de 2 de diciembre de 1788.

«Consiguiente á consulta resuelta del Consejo de 14 de agosto anterior, y con referencia de lo dispuesto por los dos citados decretos de 1715 y 1722, se declaró por regla general, que sin embargo de cualesquiera órdenes posteriormente comunicadas, en el caso de que los Fiscales de los Consejos de Castilla y Hacienda no se conformasen por medio de sus oficios, todas cuantas competencias ocurriesen, se determinasen en la forma, y por los medios que en dicho decreto de 722 se disponen, observándose puntualmente su tenor, y procediéndose con la brevedad posible.»

NOTA 12, ID., ID.

Real cédula de 30 de marzo de 1789.

«Consiguiente á consultas resueltas de los Consejos de Castilla y Guerra, se dispuso, que en las competencias ocurrentes, no solo entre las justicias ordinarias y el fuero militar, sino entre otras cualesquiera jurisdicciones, se observen las conferencias, oficios y remision de autos en sus respectivos casos á los Consejos de Castilla y Guerra, y á los de Indias, Inquisicion, Ordenes y Hacienda, por los tribunales subalternos y dependientes de ellos, para que se terminen por conferencia de sus Fiscales: y en el caso de discordar estos, avisen los Consejos contendientes á sus respectivas secretarías de Estado y del Despacho, para que poniéndose de acuerdo en la Junta Suprema de Estado, ó bien se decidan y propongan por ella los medios de cortar y resolver desde luego la competencia, segun la gravedad, urgencia ó levedad de la causa, y sus mayores ó menores dudas, ó bien se remitan en la forma ordinaria á la Junta de competencias, nombrándose quinto Ministro, segun estilo y disposicion de las leyes, recogiéndose, y quedando sin efecto la cédula de 3 de junio de 1787; y reduciéndose todas las demás cédulas, decretos, órdenes y resoluciones publicadas en la materia, á lo contenido en esta, que se habia de observar con derogacion de las anteriores.»

NOTA 13, ID., ID.

Real resolucion de 30 de enero de 1790.

«A consulta del Consejo de 29 de mayo

de 1789, se establecieron nuevas reglas para la decision de competencias entre los de Castilla y Guerra; previniendo, que las juntas entre ambos, y entre otros cualesquiera, se tuviesen por ahora en la Sala primera de gobierno, como destinada á la decision de ellas: que formada la competencia por cualquiera de los dos tribunales, se escribiesen los Ministros mas antiguos de cada uno, para ponerse de acuerdo sobre el dia y hora en que se hubiesen de juntar, avisando cada uno al de su respectivo Consejo, y ambos al quinto Ministro nombrado por S. M.; que juntos los Ministros de Castilla y Guerra, se sentasen por el órden de su antigüedad, y lo mismo los respectivos Fiscales: que estos hablasen por el órden que acostumbran los abogados; á saber, primero el que haya formado la competencia, y despues el otro: y que el mismo órden guardasen estos cuando se hubiesen de juntar á conferencia, por si pudiesen cortar las competencias sin formal decision.»

NOTA 14, ID., ID.

Real órden de 8 de febrero de 1790.

«Se declaró, que lo resuelto para la decision de competencias entre los Consejos de Castilla y Guerra, se entendiese para las que ocurrieran con el de Indias, mediante gozar este de la misma igualdad y prerogativa que aquellos.»

NOTA 15, ID., ID.

Cédula del Consejo de 15 de abril de 1790.

«Consiguiente á consulta resuelta, y órden de 5 de marzo de 1790, se mandó, en cuanto á la decision de competencias tocantes al cuerpo de Milicias, que se siguieran y determinaran en la misma forma que las demás de los cuerpos veteranos del ejército y marina, con arreglo á la Real cédula de 30 de marzo de 1789, y á los decretos, cédulas y órdenes que se citan en ella; guardando sobre el modo de juntarse los Ministros de competencias lo determinado por la Real resolucion de 30 de enero último (que es la nota 13).»

LEY 2.ª, TÍT. 13, LIB. 3.º

D. Cárlos IV, en Aranjuez, por cédula de 8 de junio de 1791, compensiva de la Ordenanza general de Correos, tít. 1.º, cap. 4.º

«Cualquier duda ó competencia que se suscitare entre los tribunales de la renta (*de Correos*), ó de los de ella con otros distintos, de cualquier clase que sean, debe decidirla el Superintendente general, con el prévio acuerdo de la Junta de Direccion ó de la Suprema, segun convenga á la naturaleza y circunstancias del negocio, y con mi noticia y aprobacion: y en ambos casos deberán remitirle los autos originales, y conformarse con su decision, sin embargo de lo prevenido en las Reales cédulas de competencias, que en esta parte deben quedar sin efecto.»

LEY 15, TÍT. 1.º, LIB. 4.º

D. Cárlos IV por resol. á cons. del Consejo de 14 de mayo de 1802, y Reales órdenes de 10 y 14 de febrero, comunicadas en circ. del Consejo de 2 de mayo de 803.

«He resuelto, que para evitar las dilaciones, que por el método establecido se han esperimentado hasta aquí en dirimir las competencias suscitadas entre las diversas jurisdicciones, se observe por punto general en adelante, el que por los Ministerios de Estado y del Despacho, á quienes correspondan los asuntos ó causas que dieren lugar á competencias, se pidan los autos formados por las diversas jurisdicciones, y se pasen reunidos á informe del Ministro ó Ministros togados que se elijan para el caso; y en vista de lo que espusieren, se me dé cuenta para que recaiga mi Soberana determinacion.»

LEY 16, ID., ID.

El mismo, en Aranjuez, por Real órden de 9 de mayo de 1803, y consig. circ. del Cons. de 23 de dicho mes.

«He resuelto, que en las competencias que ocurran de la jurisdiccion ordinaria con la militar de Guerra y Marina, y de la Real Hacienda, y de las que puedan respectivamente suscitarse entre estas tres jurisdicciones, se remitan los autos en derechura á las vías re-

servadas correspondientes á cada una de ellas, á fin de que estas dispongan, se decidan por el medio de informar uno ó dos Ministros, segun se ha propuesto: y que las competencias de los jueces ordinarios, que se versen entre sí mismos, se hayan de dirimir con arreglo á lo que tienen dispuesto las leyes, y se ha observado hasta ahora, ya recurriendo á los tribunales de las provincias, ó ya al Consejo en el caso que corresponda.»

LEY 17, ID., ID.

El mismo por Real res. comunicada en órd. de 25 de junio, y consig. cir. del Cons. de 21 de octubre de 1803.

«Habiéndose suscitado competencia entre la justicia de la villa de Alegría y el administrador de Correos de Tolosa en punto al conocimiento de ciertos autos, se remitieron estos á las vías reservadas para su decision, conforme á la nueva regla establecida por las órdenes circulares de 2 y 23 de mayo de este año (*son las dos leyes anteriores*): y enterado de que por el cap. 4.°, tít. 1.° de la ordenanza de Correos (*Ley* 2.ª, *tit.* 13, *lib.* 3.°) está espresamente prevenido que cualquiera competencia entre los tribunales de la renta, ó de ellos con otros distintos, se decida por la Junta Suprema, compuesta de Consejeros de todos los Tribunales; me he servido mandar, no se haga alteracion en ella. Y esta resolucion se circule á los Tribunales y Justicias del Reino para su observancia y gobierno en los casos que ocurran.»

NOTA 16, ID., ID.

Real órden de 20 de febrero de 1804, inserta en circular del Consejo de 29 del mismo mes.

«Mandó S. M., que las competencias ocurrentes con el juzgado de Artillería é Ingenieros las decida el señor Generalísimo.»

LEY 18, ID., ID.

El mismo por resolucion comunicada en órden de 3 de mayo, ins. en circ. del Cons. de 28 de julio de 1804.

Se ordena que el nuevo método establecido por la ley 15 de este título, para la mas fácil y breve decision de las competencias, se estienda á las que se susciten entre la jurisdiccion ordinaria y el Tribunal de la Inquisicion, en las causas en que esta entiende contra sus dependientes por asuntos que no son de Fé (1).

DISPOSICIONES POSTERIORES, HASTA LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

REAL ÓRDEN DE 14 DE OCTUBRE DE 1819.

«Conformándose el Rey nuestro Señor con lo que le ha espuesto el Consejo Supremo de la Guerra, ha tenido á bien resolver que las competencias pendientes entre la jurisdiccion de Marina y el Ejército, y las que en adelante se susciten, se diriman por el referido Consejo, remitiendo al Tribunal los autos obrados por ambas jurisdicciones, como se practicaba antes del establecimiento del Consejo del Almirantazgo, ya estinguido.»

REAL ÓRDEN DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1819.

«Deseando el Rey nuestro Señor que la administracion de justicia no padezca el menor entorpecimiento, y penetrado por los clamores, que sus amados vasallos dirigen al Trono, de los graves perjuicios que sufren en el sistema adoptado para dirimir las competencias, que se promuevan entre distintas autoridades, pretendiendo cada juez estimarse competente, con el triste resultado de quedar parada entre tanto la sustanciacion y decision por el juez legítimo, acaso por años enteros, defraudada la vindicta pública y sin curso las acciones y reclamaciones de los interesados, observándose con dolor dimanar esto casi siempre del empeño que forman los jueces en interpretar arbitrariamente las leyes y órdenes mas terminantes, para apro-

(1) Sobre competencias con los suprimidos Tribunales de la Inquisicion, pueden consultarse tambien las leyes 1.ª, 5.ª y 10, tít. 7.°, lib. 2, de la Nov. Rec.

piarse el conocimiento; sugeridos unas veces por sus asesores ó curiales, y otras por hacer punto de honor el empeño de ser estimados jueces en las causas en que por error ú otros motivos empezaron á conocer; y considerando asimismo que el método actual de decidirlas por el informe del Ministro, que nombra cada una de las Secretarías del Despacho, no puede dar seguridad en el acierto, cuando otros muchos negocios impiden á estas examinar su fondo de justicia; habiendo S. M. tomado en consideracion la importancia de este asunto, desea conciliar el acierto con la brevedad, y que el oportuno escarmiento de los que por impericia ó parcialidad den lugar á competencias en puntos claros, sea el iris de la tranquilidad y órden, para apagar la multitud de las que vienen diariamente á la vía reservada de las Secretarías; y últimamente que su Real ánimo quede satisfecho de que la concurrencia de Ministros de todos los Tribunales, en representacion de las respectivas jurisdicciones que ejercen, puede cortar el empeño de ampliar aquella sobre que haya recaido la competencia: Por tanto, conformándose con el voto unanime de sus Secretarios de Estado y del Despacho en junta celebrada de su Real órden, ha venido en mandar que desde luego se forme una de Competencias, presidida por V. E. (el Presidente ó gobernador del Consejo Real) cuando tenga por oportuno concurrir á ella, y compuesta de dos Ministros de cada uno de los Consejos de Castilla, Indias, Guerra, Hacienda y Ordenes, todos los cuales asistan en representacion de sus respectivos tribunales, tomando asiento segun la precedencia que á cada uno corresponde: que á estas juntas se remitan todas las competencias que se formen por cualquiera autoridad, y se decidan por el mayor número de votos, no bajando de tres conformes, llevándose á efecto su resolucion como gubernativa é insuplicable: que la Junta se reuna todos los dias á la hora de la salida de los Consejos, y para facilitar el despacho, los relatores de ellos la den cuenta de todas las causas y espedientes, que á este fin se les distribuyan: que para autorizar los acuerdos de esta Junta, comunicar sus providencias, y llevar el turno entre los relatores, haya un secretario, que lo será el Escribano de Cámara que V. E. nombrare; y finalmente, para que todos los Ministros de los referidos tribunales alternen en este trabajo estraordinario, nombrarán los Presidentes de cada uno de ellos en fin de año los que lo hayan de ser de la Junta en el siguiente, participándoselo á V. E. para su gobierno; cuyo nombramiento y aviso, por lo tocante á este año, deberán verificarlo inmediatamente, para que desde luego quede instalada la Junta y principiados los trabajos, á cuyo fin se la remitirán sin pérdida de tiempo todas las causas de competencias, pendientes en las secretarías del Despacho. De órden del Rey nuestro Señor lo comunico á V. E. para que se sirva disponer lo correspondiente al mas pronto y puntual cumplimiento de esta soberana determinacion, avisándome de haberlo así ejecutado: y espera S. M. del celo de V. E. que tomará las providencias mas oportunas para que este nuevo sistema produzca los saludables efectos que se ha propuesto; á cuyo fin convendrá que el secretario de la Junta presente á V. E. los dias primeros de cada mes una lista puntual de todos los negocios que hubiere pendientes. Lo traslado con esta fecha á los señores Secretarios del Despacho y Presidentes respectivos de los Consejos, para su inteligencia y cumplimiento en la parte que á cada uno corresponde; y V. E. dará cuenta en el de Castilla, para que circulándose en la forma ordinaria, sepan las autoridades que deben remitir á la Junta por mano de V. E. todas las causas, sobre que se haya formado competencia.»

REAL ÓRDEN DE 24 DE FEBRERO DE 1824.

Se comunica de nuevo al Consejo Real, al de Indias y al de Ordenes, y á los Secretarios de Estado y del Despacho, para su inmediato cumplimiento, la Real órden, que precede, de 25 de noviembre de 1819, que habia quedado sin observancia, como derogada por las disposiciones que rigieron durante la época constitucional de 1820 á 1823.

REAL INSTRUCCION DE 18 DE DICIEMBRE DE 1825 sobre la jurisdiccion contenciosa del ramo de minas (1).

«Art. 12. Las competencias que se susciten entre estos juzgados (*los de minas*) y los de otras jurisdicciones, se dirimirán con arreglo á lo establecido en las Reales órdenes de 25 de noviembre de 1819 y 24 de febrero de 1824, por la Real Junta creada en virtud de ellas.»

REAL ÓRDEN DE 20 DE ENERO DE 1827.

Se resuelve que las competencias entre la jurisdiccion ordinaria y los subdelegados de Pósitos se decidan por el Superintendente general de Pósitos.

REAL ÓRDEN DE 30 DE MARZO DE 1827.

«Con motivo de un espediente promovido por la Sala del crimen de la Audiencia de Aragon, á consecuencia de haber tenido que mandar suspender la ejecucion de la pena de muerte del reo Manuel Higueras, por la formal competencia y reclamacion introducida por el Capitan general de aquella provincia poco antes de sacar para el patíbulo á dicho reo, acordó el Consejo de señores Ministros proponer á S. M., entre otras cosas, que se separase desde luego de su destino al Auditor, para que no vuelva á comprometer la autoridad del Capitan general con reclamaciones infundadas, previniéndose á éste obre en lo sucesivo con mas pulso; y dignándose mandar al propio tiempo que no sirva la reclamacion de fuero, si no se hiciere desde el principio de la causa. Y habiendo tenido á bien el Rey nuestro señor conformarse en un todo con este dictámen, lo comunico á V. E. para su inteligencia y fines convenientes.»

(1) Respecto de las autoridades y tribunales que deben conocer hoy en los asuntos de minas, véase el cap. 13 de la ley de este ramo de 6 de julio 1859.

REAL ÓRDEN DE 30 DE MARZO, CIRCULADA EN 14 DE ABRIL DE 1831.

«La Sala del crimen de la Real Audiencia de Aragon, deseando alejar toda demora en la administracion de justicia, y atendiendo á que el Rey nuestro Señor, á motivo de competencia, suscitada por el Capitan general, pidiendo la persona del reo Manuel Higueras, puesto ya en capilla, tuvo á bien resolver en 30 de marzo de 1827, de conformidad con el Consejo de señores Ministros, que la reclamacion de fuero no sirviese, á no hacerla al principio de la causa; elevó en 3 de diciembre último la consulta, que halló oportuna, á fin de que se dignase declarar, si el insinuado principio debia entenderse desde que se toma la declaracion al reo, y se le dá á conocer el juez, ó desde la contestacion á la acusacion fiscal; y enterado S. M. de dicho recurso, y conformándose con lo espuesto por el Consejo en su consulta de 14 del corriente, ha venido en declarar que *el principio de la causa*, que se determina en su soberana disposicion, para la reclamacion de fuero, debe entenderse *desde la contestacion á la acusacion fiscal*, bien sea para que los procesados soliciten la inhibicion, ó para que los jueces reclamen el conocimiento y promuevan cualquiera competencia, y que pasado dicho tiempo no se admita ni una ni otra.»

REAL DECRETO DE 29 DE MAYO DE 1854.

«Suprimidos los antiguos Consejos por mi Real decreto de 24 de marzo último, lo ha quedado tambien la suprema Junta de competencias, creada por Real órden de 24 de febrero de 1824. Y como la esperiencia ha demostrado los ventajosos resultados de esta institucion, cuyo objeto es remover los obstáculos, que embarazan la accion de la justicia por el encuentro de jurisdicciones privilegiadas, ó de tribunales, que reconocen distintos superiores; en tanto que se organiza completamente el sistema judicial de toda la monarquía, oido el Consejo de Gobierno, he ve-

nido en mandar, en nombre de mi muy cara y amada hija Doña Isabel II:

1.° Se establece una nueva Junta suprema de competencias, con las atribuciones que tenia la anterior.

2.° Conocerá, y decidirá además, de todas las competencias que ocurran entre juzgados ordinarios ó privilegiados y los del patrimonio Real.

3.° Será Presidente de ella el del Tribunal Supremo de España é Indias, y se compondrá de dos Ministros de cada uno de los tres Tribunales Supremos, y de otros dos del Consejo Real de las Ordenes militares.

4.° El escribano de Cámara mas antiguo del Tribunal Supremo de España é Indias será secretario de la Junta; y los relatores del mismo, y los de los demás Tribunales Supremos y Consejo de las Ordenes, alternarán en el despacho de los negocios, en la propia forma que lo hacian los de los antiguos Consejos.»

REGLAMENTO PROV. PARA LA ADMIN. DE JUSTICIA, DE 26 DE SETIEMBRE DE 1835.

«Art. 58. Las facultades de las Audiencias respecto á los negocios que ocurran en lo sucesivo,..... serán solamente:....

5.ª Dirimir las competencias de jurisdiccion, que se susciten entre jueces inferiores ordinarios de su territorio. En Ultramar se dirimirán tambien por cada Audiencia las que en su territorio ocurran entre jueces inferiores ordinarios, y juzgados ó tribunales privativos ó privilegiados.

Art. 90. Las facultades y atribuciones de este Supremo Tribunal (el de España é Indias, hoy de Justicia) respecto á los negocios que empiecen en adelante, serán solo las que siguen:.....

13. Dirimir las competencias de las Audiencias entre sí en todo el reino; y tambien las que en la Península é islas adyacentes se susciten entre Audiencias y jueces ordinarios, ó entre unas ú otros con tribunales ó juzgados especiales que no sean de los de fuero militar de guerra ó de marina, ó de alguno de los ramos de que conoce en apelacion la Real y suprema Junta patrimonial.»

ORDENANZAS DE LAS AUDIENCIAS DE 19 DE DICIEMBRE DE 1835.

«Art. 78. El Regente, con los Ministros mas antiguos de cada Sala y los Fiscales, dirimirá las competencias de jurisdiccion que se susciten entre dos Salas de la Audiencia.»

REAL ÓRDEN DE 13 DE JUNIO DE 1836.

Se resuelve que no deben formarse competencias por tribunal alguno sobre pago de derechos y contribuciones, sus incidencias y hechos conexos, en que tenga interés la Real Hacienda, pues deben ventilarse estos negocios por la vía gubernativa, con arreglo á las Reales órdenes de 12 de marzo de 1828, 27 de octubre de 1829 y 18 de julio de 1832.

DECRETO DE LAS CÓRTES DE 19 DE ABRIL DE 1813, RESTABLECIDO EN 30 DE AGOSTO DE 1836.

«Las Córtes generales y estraordinarias, deseando prevenir todos los casos acerca de las competencias de jurisdiccion en todo el territorio de la monarquía, y teniendo presente lo establecido sobre esta materia en la Constitucion y en la ley de 9 de octubre próximo pasado (1), decretan que se guarde y cumpla la siguiente instruccion:

Artículo 1.° Corresponde al Supremo Tribunal de Justicia dirimir todas las competencias de las Audiencias entre sí, en todo el territorio español, y las de las Audiencias con los tribunales especiales que existen en la Península é islas adyacentes, segun se dispone en el art. 261 de la Constitucion.

Art. 2.° El mismo Supremo Tribunal dirimirá las que se ofrecieren en la Península é islas adyacentes, entre los jueces ordinarios de primera instancia y los tribunales especiales que no estén sujetos á la jurisdiccion de las Audiencias, con arreglo á lo prevenido

(1) Esta ley no ha sido restablecida.

en el art. 34, cap. 2.° de la citada ley de 9 de octubre (1).

Art. 3.° Asimismo decidirá las que se promovieren en la Península é islas adyacentes, entre los tribunales especiales de distintos territorios, ó que, aunque sean de uno mismo, ejerzan diversa especie de jurisdiccion, ó no tengan entrambos un mismo tribunal superior, que pueda decidir.

Art. 4.° Conocerá tambien dicho Supremo Tribunal de las que ocurran en la Península é islas adyacentes entre una Audiencia y un juez ordinario de distinto territorio, y entre jueces ordinarios de territorios diferentes.

Art. 5.° Pertenece á las Audiencias de ambos hemisferios dirimir las competencias entre todos los jueces subalternos de sus respectivos territorios, segun lo prevenido en el artículo 265 de la Constitucion.

Art. 6.° Son jueces subalternos de las Audiencias, no solo los ordinarios, sino tambien los de los tribunales especiales creados, ó que se crearen para conocer en primera instancia de determinados negocios, con las apelaciones á las mismas Audiencias.

Art. 7.° Las competencias que se promuevan en la Península é islas adyacentes entre los tribunales de Guerra y Marina, serán decididas por el superior especial de Guerra y Marina; á escepcion de las que ocurran entre comandantes de matrículas de un mismo departamento, que dirimirá su Capitan general.

Art. 8.° En Ultramar, las que ocurran entre los jueces subalternos de las Audiencias y los tribunales y juzgados especiales, ó entre estos y las Audiencias, se decidirán por la mas inmediata, segun el art. 13, cap. 1.° de la ley de 9 de octubre (2).

Art. 9.° La Audiencia territorial decidirá en Ultramar las que se promovieren entre los tribunales especiales de su territorio, aunque no sean subalternos de la misma, cuando entrambos no tuvieren un mismo superior; pues teniéndole, deberá este decidirlas.

Art. 10. Las que se ofrecieren en Ultramar entre los juzgados especiales de distintos territorios, ó entre los jueces ordinarios de territorios diferentes, serán decididas por la Audiencia mas inmediata á la provincia del que la promoviere.

Art. 11. El juez ó juzgado que solicite la inhibicion de otro, pasará oficio á este, manifestando las razones en que se funde, y anunciando la competencia, si no cede: contestará el intimado dando las suyas, y aceptándola en su caso: si el primero no se satisface, lo dirá al segundo, y ambos remitirán por el primer correo á la autoridad superior competente los autos, que cada uno haya formado.

Art. 12. Cada juez, al remitir los autos, espondrá al tribunal las razones en que se funde, y este decidirá la competencia en el preciso término de ocho dias.»

DECRETO DE LAS CÓRTES DE 11 DE SETIEMBRE DE 1820, RESTABLECIDO EN 30 DE AGOSTO DE 1836.

«Art. 6.° Contribuyendo en gran manera á dilatar las causas criminales las competencias de jurisdiccion, maliciosas muchas veces, ó enteramente voluntarias por capricho de parte de algunos jueces, se declara que los que las promuevan y sostengan contra ley espresa y terminante, incurren en la pena señalada por el art. 7.° de la ley de responsabilidad de 24 de marzo de 1813. El tribunal que dirima la competencia, conforme al de 19 de abril del mismo año, impondrá al tiempo de resolverla, y hará efectiva esta pena: ejecutándola irremisiblemente desde luego, sin perjuicio de que despues se oiga al juez que la sufra, si reclamase.»

---

(1) El art. 34, que se cita, de la ley, no restablecida, de 9 de octubre de 1812, dice así: «Las competencias de jurisdiccion, que ocurran en la Península é islas adyacentes entre los jueces letrados de partido y los juzgados ó tribunales especiales, se decidirán por el Supremo Tribunal de Justicia, al cual se remitirán los autos originales formados sobre ello.»

(2) El citado art. 13 dice: «En Ultramar, las (competencias) que ocurran entre los jueces subalternos y los tribunales y juzgados especiales, ó entre éstos y las Audiencias, se decidirán por la mas inmediata.»

LEY DE 17 DE ABRIL DE 1821, RESTABLECIDA EN 30 DE AGOSTO DE 1836.

«Art. 14. En las causas de esta ley (*las de conspiracion y robos en cuadrilla*) no habrá lugar á competencia alguna, fuera de la que pudiese suscitarse entre las jurisdicciones ordinaria y militar, segun los límites que aquí se señalan. Las competencias que se promovieren, se decidirán por el Tribunal Supremo de Justicia dentro de cuarenta y ocho horas á lo más, despues de su recibo.»

CONSTITUCION DE 1812, TÍT. 5.°, DECLARADO SUBSISTENTE POR LA LEY DE 16 DE SETIEMBRE DE 1837.

«Art. 261. Toca á este Supremo Tribunal (*el de Justicia*):

1.° Dirimir todas las competencias de las Audiencias entre sí en todo el territorio español, y las de las Audiencias con los tribunales especiales, que existan en la Península é islas adyacentes. En Ultramar se dirimirán estas últimas segun lo determinaren las leyes.

Art. 263. Pertenecerá tambien á las Audiencias conocer de las competencias entre todos los jueces subalternos de su territorio.»

REAL ÓRDEN DE 23 DE NOVIEMBRE DE 1839.

«2.° Los jueces ordinarios de primera instancia dejarán espedita la autoridad y jurisdiccion de los intendentes y subdelegados de la Hacienda pública en los negocios del ramo de amortizacion, absteniéndose de embarazarlas con competencias voluntarias é infundadas, bajo su responsabilidad, que se hará efectiva con arreglo á las leyes.»

REAL ÓRDEN DE 25 DE MARZO DE 1840.

«Habiendo hecho presente á S. M. la Reina Gobernadora el Supremo Tribunal de Justicia, que por parte de las autoridades militares no se cumple con lo dispuesto en la ley de 19 de abril de 1815, restablecida por Real decreto de 30 de agosto de 1836, remitiendo, como en ella se previene, en casos de competencia con los juzgados ordinarios, sobre conocimiento de causas y asuntos civiles y criminales, las actuaciones á dicho Supremo Tribunal, á quien corresponde dirimir las competencias, y que reclamadas las causas por el espresado Tribunal, se contesta unas veces haberlas dirigido á este Ministerio, otras al Tribunal Supremo de Guerra y Marina, y otras á las capitanías generales, ocasionándose con este proceder retraso, de que se resiente la pronta administracion de justicia, se ha dignado S. M. mandar se encargue á todos los Capitanes generales y demás autoridades, á quien corresponda, la estricta y puntual observancia de la referida ley y Real decreto de su restablecimiento, de que acompaño el adjunto ejemplar.»

REAL ÓRDEN DE 24 DE AGOSTO DE 1840.

«Estando prevenido terminantemente por la ley 7.ª, tít. 10, lib. 6.° de la Novísima Recopilacion, que los intendentes subdelegados, por lo respectivo al ejercicio de la jurisdiccion contenciosa en las rentas, conozcan privativamente, y con inhibicion de todos los demás tribunales superiores ó inferiores que no sean de Hacienda, de cuantas causas ó negocios se promuevan, en que tenga interés ó esperimente perjuicio la misma Hacienda, bien así en lo perteneciente á la recaudacion, como en todas sus incidencias, anexidades y conexidades; habiendo dispuesto igualmente la Real órden de 2 de agosto de 1819 que, tratándose de los intereses de la propia Hacienda, no hay fuero ni privilegio alguno que exima á los deudores de responder ante sus jueces y autoridades de las demandas que contra ellos se dirijan; estableciendo el artículo 387 del Código de Comercio, que para haber de considerar los préstamos como asunto mercantil, hayan de contraerse las cosas prestadas á actos de comercio, y no para necesidades ajenas de este, en cuyo caso quedarán sujetos aquellos á las leyes comunes del reino; ordenando el art. 1201 del mismo Código, que no serán de la competencia de los tribunales de Comercio las deman-

das intentadas por los comerciantes, ni contra ellos, sobre obligaciones ó derechos que no procedan de actos mercantiles; y finalmente, habiendo mandado la Real órden de 30 de noviembre último, despues de otras infinitas leyes, órdenes y resoluciones particulares, que no se embarace la marcha de los tribunales en los negocios de Hacienda con competencias infundadas, voluntarias, y por lo mismo improcedentes; ha observado, no obstante, S. M. que, en contravencion manifiesta de estas propias leyes, órdenes y resoluciones, ha sido admitida y dirimida últimamente una competencia contra el juzgado de Hacienda pública de esta capital, y á favor del Tribunal de Comercio de la misma, en espediente ejecutivo, que se seguia en el primero, sobre pago de maravedís al Tesoro nacional, sin ninguna otra circunstancia que la de ser comerciante el deudor ejecutado. Para evitar, pues, semejante infraccion de las leyes en lo sucesivo, y los trascendentales perjuicios que de ello deben inferirse á la Hacienda pública, ha tenido á bien S. M. mandar, de conformidad con el dictámen del asesor de la Superintendencia, que las disposiciones citadas tengan el mas exacto y puntual cumplimiento; declarando en su virtud que no debe haber lugar á competencias con jueces de estraña jurisdiccion, cuando en los negocios, sobre que versen, tenga interés presente ó futuro el erario público, cuando pueda esperimentar algun daño ó perjuicio en sus rentas, acciones ó derechos, y en todas las incidencias, anexidades y conexidades que de los mismos títulos provengan.»

REAL ÓRDEN DE 14 DE ABRIL DE 1849.

«He dado cuenta á la Reina del conflicto ocurrido entre la Audiencia territorial de Valencia y el Capitan general de la misma ciudad, con motivo de la reclamacion hecha por esta autoridad de una causa criminal formada ante el juzgado de primera instancia de Játiva, por muerte violenta dada á un malhechor, llamado Bautista Bonet, fundándose en el bando que publicó en 28 de setiembre último, al declarar en estado de sitio el distrito de su mando, en cuyo art. 2.°, si bien ordenó que las autoridades civiles continuaran en el ejercicio de sus funciones, aunque con dependencia de la militar en lo que se refiere á tranquilidad pública y persecucion de sus perturbadores, se reservó además entender en los asuntos que reclamasen su particular atencion. Para adoptar en asunto de tanta gravedad como importancia una resolucion conveniente, tuvo á bien S. M. oir el dictámen del Tribunal Supremo de Justicia, el cual, al evacuarlo espuso entre otras cosas: Que, sin embargo de corresponder á la clase de delito comun, sin tener conexion inmediata y directa con el órden público, el que ha motivado la formacion de la causa reclamada por la referida autoridad militar, bajo cuyo concepto es ajeno de su competencia, no existiendo una disposicion general en la materia, se hallan limitadas las facultades de las Audiencias en este caso y otros de igual naturaleza, mientras no se adopte la espresada disposicion, á esponer á la autoridad militar lo que convenga para sacarla de su equivocacion, y recurrir, siendo esto ineficaz, al Gobierno para la oportuna providencia. Enterada la Reina, y teniendo presente que en el artículo 1.°, tít. 3.°, tratado 7.° de las ordenanzas del ejército, que es el que regula las atribuciones de los Capitanes generales en estado de sitio, concede á éstos facultad para promulgar los bandos que crean conducir al mejor servicio, los cuales serán la ley preferente en los casos que esplicasen, y comprenderán las penas que impusieren á todos los que declarasen en ella; S. M., con acuerdo del Consejo de Ministros, se ha dignado resolver, que en casos como el presente, y segun lo informado por el Tribunal Supremo, se limiten las Audiencias á esponer á la autoridad militar lo que proceda, á fin de que desista de su reclamacion, y recurrir á S. M., siendo esto ineficaz, para que adopte la resolucion oportuna.»

LEY DE 11 DE MAYO DE 1849.

En esta ley se fija la jurisdiccion del Senado, y su organizacion como tribunal, y al

tratar del órden y forma de los procedimientos, se dispone lo siguiente:

«Art. 19. Cuando se dé cuenta del resultado del sumario, si se dudare de la competencia del tribunal, el presidente someterá á la decision de éste la cuestion preliminar de competencia.»

REAL ÓRDEN DE 4 DE JULIO DE 1849.

«Art. 9.° En ningun caso dejarán de proceder los jueces inferiores, ni de denunciar los promotores fiscales, por la duda de que el conocimiento pueda corresponder á otro juez ó autoridad, á lo cual no puede oponerse en su dia el haber asegurado á los reos y el cuerpo del delito por una prevencion oportuna en el procedimiento.»

REAL ÓRDEN DE 2 DE SETIEMBRE DE 1851.

«..... Se ha servido resolver S. M., conformándose con lo manifestado por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, que con arreglo á la legislacion militar vigente, la declaracion del desafuero debe hacerse siempre y en todos casos por el Capitan general de la provincia en que tenga su residencia el individuo, que á ello diera motivo; y que en su consecuencia, los Directores generales de las armas, que no tienen jurisdiccion, y los Inspectores de la Guardia civil y de Carabineros, no admitan ni consientan las reclamaciones que les dirijan los jueces ordinarios y privilegiados, aunque sean militares, tratándose de puntos ó hechos relativos al órden judicial, sino que las remitan á los respectivos Capitanes generales, ó á los juzgados de artillería é ingenieros, si perteneciesen á estos cuerpos los individuos reclamados.»

INSTRUCCION DEL PROCEDIMIENTO CIVIL DE 30 DE SETIEMBRE DE 1853.

«Art 8.° La declinatoria de jurisdiccion no se podrá interponer sino en forma de competencia.

Art. 77. Para fijar la jurisprudencia y evitar dudas y gastos á los jueces y litigantes, se motivarán y publicarán en lo sucesivo en la *Gaceta* de Madrid todos los fallos que dicte el Tribunal Supremo de Justicia decidiendo competencias.»

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, Y DISPOSICIONES POSTERIORES.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

TÍTULO II. *De las cuestiones de competencia.*

«Art. 82. Las cuestiones de competencia pueden promoverse por inhibitoria, ó por declinatoria.

La inhibitoria se intentará ante el juez que se crea competente, pidiéndole que dirija oficio al que estime no serlo, para que se inhiba y remita los autos.

La declinatoria se propondrá ante el juez que se considere incompetente, pidiéndole se separe del conocimiento del negocio, con igual remision de autos al tenido por competente.

Art. 83. El litigante que hubiere optado por uno de estos modos, no podrá abandonarlo y recurir al otro.

Tampoco se podrán emplear sucesivamente, debiendo pasarse por el resultado de aquel á que se haya dado la preferencia.

Art. 84. El que promueva la cuestion de competencia de cualquiera de los modos que quedan establecidos, asegurará en el escrito en que lo haga, que no ha empleado el otro.

Si resultare lo contrario, se le condenará por este solo hecho en las costas, aunque se decida á su favor la cuestion de competencia, ó aunque él la abandone en lo sucesivo.

Art. 85. La inhibitoria se propondrá ante el juez competente, en escrito que firmará un letrado.

Art. 86. Si el juez ante quien se entable la inhibitoria ejerciere jurisdicion de diferente clase que el que se crea incompetente, oirá al Ministerio fiscal dentro de tercero dia.

Art. 87. Oido el Ministerio fiscal, el juez mandará librar oficio inhibitorio, ó declarará no haber lugar.

Art. 88. La providencia en que se de-

negare, será apelable en ambos efectos.

Art. 89. Al oficio de inhibicion que se libre, acompañará testimonio del escrito en que se haya pedido, de lo espuesto por el promotor fiscal en su caso, del auto que hubiere recaido, y demás que el juez estime necesario para fundar su competencia.

Art. 90. Recibido el oficio de inhibicion, el juez oirá á la parte que ante él litigue, y cuando el que la proponga ejerza jurisdiccion de diferente clase, al fiscal de su juzgado. En vista de todo, dictará sentencia en que, ó se inhiba, ó se niegue á hacerlo.

Art. 91. Esta sentencia será apelable en ambos efectos.

Art. 92. Si accediere á la inhibicion, consentida ó ejecutoriada la sentencia, remitirá los autos al juez que se la haya propuesto, con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante él á usar de su derecho.

Art. 93. Si la denegare, comunicará su resolucion al juez de quien proceda la inhibitoria, con testimonio de lo que hayan espuesto la parte que ante él litigue, y el promotor en su caso, y lo demás que crea necesario en apoyo de su competencia.

Art. 94. En el oficio que dirija en el caso de que habla el artículo anterior, exigirá que se le conteste para continuar actuando, si se le dejare en libertad, ó remitir los autos á quien corresponda para la decision de la competencia.

Art. 95. Recibido este oficio por el juez, sin mas audiencia, proveerá lo que estime justo.

Art. 96. Esta providencia será apelable en ambos efectos.

Art. 97. Si se inhibiere, consentida ó ejecutoriada la sentencia, lo comunicará al juez que haya propuesto la inhibicion; al cual remitirá lo ante él actuado para que lo una á los autos.

Si insistiere en la inhibitoria, lo comunicará al mismo juez, para que remita sus autos al superior correspondiente, y él remitirá tambien lo actuado en su juzgado.

Art. 98. Todas las sentencias que dictaren los jueces sobre competencias, serán fundadas.

Art. 99. Cuando los jueces, ante quienes se empeñe la cuestion de competencia, tengan á una misma Audiencia por superior comun, remitirán á ella los autos.

Art. 100. Si los jueces desempeñan sus cargos en territorios no sujetos á un mismo superior comun, ó ejercen jurisdiccion de diferente clase, la remesa de los autos se hará al Tribunal Supremo de Justicia.

Art. 101. De las cuestiones de competencia, cuya resolucion corresponda al Tribunal Supremo, conocerán:

La Sala primera, de las que se empeñen entre jueces ó tribunales civiles ordinarios.

La Sala segunda, de las que se empeñen entre la jurisdiccion ordinaria y las privilegiadas, y entre las diferentes jurisdicciones privilegiadas.

Art. 102. La remesa de los autos se hará siempre con citacion de las partes, las cuales pueden personarse en el Tribunal Superior ó Supremo.

Art. 103. Recibidos los autos en la Audiencia, ó Tribunal Supremo, se pasarán al relator para que forme apuntamiento.

Art. 104. El apuntamiento se entregará con los autos á la parte ó partes que se hubieren personado, principiando por la que hubiere promovido la cuestion de competencia, para que se instruyan sus respectivos letrados por término de tres dias improrogables.

Art. 105. Al devolver las partes los autos, espresarán en escrito firmado por letrado su conformidad con el apuntamiento, ó las adiciones ó reformas que estimen procedentes.

Art. 106. Habiendo conformidad con el apuntamiento, ó hechas en él las adiciones ó reformas que el tribunal acuerde de las pedidas por las partes, se señalará dia para la vista.

Art. 107. Solo cuando la cuestion de jurisdiccion se haya empeñado entre jueces que la ejerzan de diferente clase, aunque reconozcan como superior comun á las Audiencias, se oirá al Fiscal, á cuyo efecto se le entregarán los autos por tres dias improrogables.

Art. 108. De lo que espusiere, se dará

antes de la vista copia á las partes que se hayan presentado.

Art. 109. Las vistas de las competencias tendrán lugar precisamente dentro de los ocho dias siguientes al en que se hubieren devuelto los autos por las partes, ó por el Fiscal, en los casos en que proceda su audiencia.

Art. 110. En la vista podrán informar, si lo estiman necesario, el fiscal y los letrados defensores de las partes.

Art. 111. Las sentencias, que se dictaren, serán siempre fundadas.

Contra la decision del Tribunal Supremo no se dá recurso alguno.

Contra las de las Audiencias no se dá otro que el de casacion, en su caso y lugar.

Art. 112. Las decisiones del Tribunal Supremo sobre las cuestiones de competencia, cuya resolucion le corresponda, se publicarán dentro de los tres dias siguientes al en que se dictaren, en la *Gaceta de Madrid*, y á su tiempo en la *Coleccion legislativa*.

Art. 113. Tanto el Tribunal Supremo de Justicia como las Audiencias podrán en la sentencia condenar al pago de las costas causadas en las actuaciones relativas á la cuestion de competencia, al juez y al litigante que la hayan sostenido con notoria temeridad, estableciendo la proporcion en que deban pagarlas.

Igual condenacion se impondrá al que esté en el caso del art. 84.

Contra esta condena no se dá recurso alguno.

Art. 114. Tanto el Tribunal Supremo como las Audiencias remitirán los autos, que hayan tenido á la vista para resolver la cuestion de competencia, al juez ó jueces que hayan declarado competentes, con certificacion de la sentencia.

Art. 115. Cuando las partes se hubieren personado, pagará cada una de ellas la mitad de las costas.

Art. 116. Si alguna ó todas no se hubieren personado, se tasarán las costas, y dará comision al juez declarado competente, para que exija de las que no hubieren comparecido, lo que á cada cual corresponda, remitiéndolo, realizado que sea, para su distribucion.

Art. 117. Tanto lo dispuesto en el artículo precedente como en el anterior, se entiende con los que no litiguen como pobres.

Art. 118. Cuando haya recaido condena de costas, el mismo Tribunal Supremo ó la Audiencia que la haya impuesto, procederán á hacerla efectiva, librando para ello los despachos ú órdenes que estimen oportunos.

Art. 119. Las cuestiones de competencia entre jueces seculares y eclesiásticos, no se arreglarán á lo dispuesto en este título, sino á las formas establecidas para el recurso de fuerza en conocer.»

REAL ÓRDEN DE 17 DE ENERO DE 1857.

«..... S. M. la Reina (Q. D. G.) ha tenido á bien mandar, que en lo sucesivo toda resolucion ó fallo que dicte el Tribunal Supremo de Justicia sobre competencias en materia civil ó criminal, cualquiera que sea la fecha en que hubiese sido instaurado el negocio sobre que aquella cuestion verse, se funde por la Sala que lo dicte, se publique en la *Gaceta* de Madrid y se inserte en la *Coleccion legislativa*.»

REAL ÓRDEN DE 22 DE ABRIL DE 1857.

«He dado cuenta á la Reina (Q. D. G.) de la comunicacion dirigida por V. E. (el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia) á este Ministerio en 2 del presente, manifestando la medida adoptada interinamente por ese Tribunal en pleno, mientras otra cosa no dispone la ley ó acuerde el Gobierno, acerca de las Salas del mismo que deben conocer de las competencias en materia criminal, con arreglo á lo prevenido en la Real órden de 17 de enero último. Enterada S. M. se ha servido aprobar la indicada medida, en virtud de la cual las competencias en lo criminal se distribuirán á las Salas primera ó segunda, segun que se empeñen entre jueces ó tribunales civiles ordinarios, ó entre la jurisdiccion ordinaria y las privilegiadas, y las privilegiadas entre sí; siguiendo la misma pauta que para

las competencias en lo civil marca la ley del Enjuiciamiento vigente.»

REAL DECRETO DE 15 DE NOVIEMBRE DE 1857.

«La decision de las competencias entre la cuarta Sala correccional y las demás de la Audiencia de esta corte, corresponderá al Tribunal Supremo de Justicia, el cual procederá con arreglo á lo dispuesto en las Reales órdenes de 17 de enero y 23 de abril del corriente año.»

CÓDIGO DE COMERCIO.

«Art. 1205. La jurisdiccion de los Tribunales de Comercio no es prorogable sobre personas y cosas ajenas de ella, aun cuando convengan en la prorogacion las partes litigantes.

Siempre que estos Tribunales encuentren que no son de su competencia los pleitos que se instruyan, ó estén pendientes ante ellos, se inhibirán de oficio de su conocimiento, remitiendo las partes á que usen de su derecho ante el Juzgado ó Tribunal competente.»

LEY DE ENJUICIAMIENTO MERCANTIL.

TITULO XIII. *De las competencias de jurisdiccion en los negocios de comercio.*

«Art. 459. De las competencias entre los Tribunales de Comercio, ó entre estos y los jueces ordinarios que entiendan en negocios mercantiles, conocerán las Audiencias Reales, á cuyo territorio pertenezcan unos y otros jueces.

Art. 460. Si las competencias ocurriesen entre las Audiencias Reales, ó entre Tribunales de Comercio y jueces que pertenezcan á territorio de Audiencia diferente, se decidirán por el Consejo Real.

Art. 461. Cuando las competencias sean entre jurisdicciones distintas de la Real ordinaria con los tribunales ó jueces que conozcan en los negocios de Comercio, se resolverán por la Junta Suprema de Competencias.»

CÓDIGO PENAL.

«Art. 309. El empleado público que legalmente requerido de inhibicion continuare procediendo antes que se decida la contienda, será castigado con una multa de 20 á 200 duros.»

LEGISLACION DE INDIAS.

LEY 5.ª, TÍT. 9, LIB. 5.° DE LA RECOP. DE INDIAS.

D. Felipe II en 1571, D. Felipe III en 1620 y D. Felipe IV en 1650.

«Declaramos, que si compitieren los alcaldes del Crímen de Lima, y México con los alcaldes ordinarios, solo el Virrey, ó el Oidor mas antiguo de la Audiencia, si gobernare, ha de determinar la competencia, y remitir el conocimiento de la causa á quien perteneciere, conforme á derecho, y en todas las demás Audiencias donde los Oidores son alcaldes del Crímen, resolverá en este caso el Presidente, ó el Oidor mas antiguo en vacante.»

LEY 19, TÍT. 3, LIB. 5.° DE ID.

El Emperador D. Cárlos y el Cardenal G. en 1578.

«Mandamos á nuestras Audiencias Reales, que si se ofreciere duda ó competencia sobre la jurisdiccion de los alcaldes ordinarios, se informen, y procuren saber lo que antes se ha usado y guardado: y lo hagan guardar y cumplir, sin hacer novedad, dándonos cuenta con su parecer por el Consejo de Indias, para que proveamos lo que convenga, y sea justicia.»

LEY 3.ª, TÍT. 9, LIB. 5.° DE ID.

D. Felipe II y D. Felipe III (1577 á 1610).

«Cuando se ofreciere duda, ó competencia entre los oidores y alcaldes del Crímen, sobre si algun pleito es civil, ó criminal, el Virrey, ó Presidente de la Audiencia, y en su ausencia, ó impedimento, el Oidor mas antiguo,

nombre un Oidor, y un alcalde del Crímen de ella, los cuales con el Virrey, ó Presidente, ú Oidor mas antiguo, juzguen y determinen á cuál de los tribunales pertenece el conocimiento de la causa, sobre que fuere la diferencia; y lo que determinaren los tres, ó en defecto de concordarse todos, los dos, se ejecute, sin que haya suplicacion. Y en el mismo auto resuelvan en cuanto á los derechos, y restitucion de ellos, que debe haber el escribano ante quien passaba el pleito, al que le recibiere despues, en virtud de la remission; y si declararen ser la causa civil, la prosigan los oidores: y si criminal, los alcaldes en el estado que estuviere.»

LEY 4.ª, ID., ID.

D. Felipe II en 1597 y D. Felipe IV en 1624.

«Si la competencia fuere entre oidores, ó alcaldes del Crímen con el consulado de Lima, ó México, resuélvala el Virrey, ó el Oidor mas antiguo, gobernando la Audiencia: y si compitieren oidores, alcaldes, y consulado juntamente, guárdese lo proveido por la ley 3.ª de este título.»

LEY 1.ª, ID., ID.

D. Felipe III y D. Felipe IV (1603 á 1653).

Deseando que no haya encuentros ni competencias en el ejercicio de las jurisdicciones, y que cada uno se contenga dentro de los límites que le pertenecen, se previno que los Virreyes no se introduzcan en materias de justicia; y porque, sin embargo de lo ordenado, no cesaban las diferencias entre Virreyes y Oidores sobre declarar á quién pertenece el conocimiento de las causas, y si son de justicia ó de gobierno, se mandó que se guarde y cumpla lo proveido por la ley 36, tít. 15, libro 2, segun la cual cuando los Virreyes ó Presidentes se escedan de las facultades que tienen, las Audiencias les harán los requerimientos que conforme al negocio pareciere, sin publicidad; y si no bastaren, y no se causare inquietud en la tierra, se cumplirá lo proveido por los Virreyes ó Presidentes, y los Oidores darán aviso al Rey para la resolucion conveniente.

LEY 42, TÍT. 1.º, LIB. 8.º DE ID.

Orden. 38 de 1605.

«Los Virreyes, Presidente del reino, un Oidor y un Contador de cuentas, determinen las competencias de jurisdiccion, que se ofrecieren entre nuestras Reales Audiencias y Contadurías; y por lo que resolvieren y determinaren se esté y pase, así se cumpla y ejecute.»

LEY 2.ª, TÍT. 9.º, LIB. 5.º DE ID.

D. Felipe III en 1618.

«Ordenamos á los Virreyes, y Presidentes, que escusen hacer ordenanzas y decretos sobre competencias de jurisdiccion con las Audiencias en que presiden; y cuando se ofreciere el caso, nos dén cuenta en el Consejo, para que visto, se provea justicia.»

LEY 7.ª, ID., ID.

D. Felipe IV en 1628.

«Las competencias que se ofrecen entre el Tribunal de Presidente y jueces de la Casa de Contratacion, y Regente y jueces de Grados de la Audiencia de Sevilla, sobre el conocimiento de pleitos y causas, son de mucho perjuicio á las partes, desautoridad de los tribunales, y deservicio nuestro, á que debiendo aplicar el remedio conveniente, mandamos, que en estos casos se junten el juez mas antiguo de la Audiencia de Grados, con el mas antiguo de los letrados de la Casa de Contratacion, para que habiéndolo conferido tomen resolucion, y determinen á quién toca su conocimiento, y en caso de no conformarse, se nos envien sus pareceres, con los fundamentos que cada uno hubiere tenido, para que visto en la junta, que en nuestra corte mandarémos hacer del Presidente de Castilla,

con dos de aquel Consejo, y del Presidente del Consejo de Indias, con otros dos Consejeros de él, se determine lo que fuere justicia, y mas convenga.....»

LEY 6.ª, ID., ID.

D. Felipe IV en 1634.

Para decidir las competencias con la Cruzada, se haga en cada Audiencia donde hubiere Comisario, una Junta con el Virrey ó Presidente, y un Oidor, y el Comisario, los cuales declaren á quien pertenece, y se deba remitir el conocimiento de la causa, y el Oidor, que se hallare en la Junta, no sea el mas antiguo, porque acude á la Cruzada, sino otro diferente, con que de cada tribunal esté uno solo, y el Virrey, ó Presidente, para si discordaren, y basten dos votos conformes, de los tres referidos, para resolver.

LEY 8.ª, ID., ID.

D. Felipe IV en 1636 y 1638. D. Cárlos II y la R. C.

«Por evitar los Inconvenientes, que resultan de las competencias de jurisdiccion, que muchas veces se mueven entre los jueces, sin otro fin, que sustentar, y defender sus contiendas, y porfias: hemos resuelto, que el Ministro ó Tribunal, que atentare, ó innovare, pendiente la competencia, por el mismo caso pierda el derecho, que pudiera tener al pleito, ó negocio de que se trate, y quede remitido á la jurisdiccion del otro Ministro, ó Tribunal con quien compitiere.....»

ART. 85 DE LA ORD. DE INTENDENTES DE 1786.

Se encarga á los intendentes que acudan á la Junta superior de Hacienda para que decida las competencias, que les promovieren los demás tribunales en las causas de Hacienda y Guerra, que son del privativo conocimiento de aquellos, cuya Junta debia resolver breve y sumariamente con audiencia del Fiscal. Pero cuando la competencia ó duda fuere sobre facultades de dicha Junta, la resolucion corresponde al Virrey.

ARTS. 23 Y 24 DE LA ORD. DE INTENDENTES DE 1803.

Se faculta á la Junta superior contenciosa para decidir las competencias sobre tabla, sin entregar los autos á las partes, y sin citacion ni vista fiscal; y se manda que, ocurriendo la competencia entre la Audiencia y Juntas superiores, ó de estas entre sí, ó con cualquiera otra jurisdiccion, la decida el Virrey con dictámen de su asesor general, oyendo antes á los fiscales de Real Hacienda y lo civil, ó al de cualquiera otra jurisdiccion competidora, si lo tuviere.

REAL ÓRDEN DE 10 DE JUNIO DE 1826.

Se resuelve «que siempre que ocurran dudas en América entre las autoridades, se consulte á la del Capitan general, y se esté á su resolucion interin recae la de S. M.; pero que en el caso de que estas ocurran entre los jefes independientes, se cometa su decision interina á los Acuerdos de las Audiencias del territorio, que tendrán la facultad de pedir informes, y oir el dictámen de los jefes respectivos de los ramos, que sean de probidad y de conocida inteligencia; siendo por último la voluntad de S. M., que observándose en los juicios de residencia un exámen imparcial y severo de la conducta y operaciones de los empleados sujetos á él, se tengan en consideracion las consecuencias, que hayan producido los desaciertos y empeño indiscreto de suscitar dudas y competencias infundadas, que son ordinariamente el resultado de un teson ó animosidad disfrazada con el celo del servicio.»

REAL ÓRDEN DE 2 DE OCTUBRE DE 1826.

Con motivo de una competencia suscitada entre el Consulado y el Intendente de Cuba, se mandó que así este como el Capitan general, en los casos que ocurran de igual naturaleza, se arreglen á los arts. 23 y 24 de la Ordenanza de Intendentes del año 1803.

REAL CÉDULA DE 25 DE FEBRERO DE 1827.

«Las muchas competencias que se promueven en mis dominios de América entre las autoridades civiles y militar, han llamado mi soberana atencion por los perjuicios que se originan á mis fieles vasallos;..... y para removerlos..... he venido en resolver, que cuando los jueces de una y otra jurisdiccion no se pongan de acuerdo, como siempre procurarán hacerlo, procediendo de buena fé, sin sostener conceptos infundados y de capricho, los Capitanes generales de los respectivos distritos asocien al Auditor de Guerra con los Tenientes gobernadores en calidad de asesores y en representacion de la jurisdiccion ordinaria, no hallándose unos y otros individualmente comprometidos en las mismas causas, á fin de que, conferenciando entre sí, les propongan unidos y separados sus dictámenes, nombrando en caso de discordia otros asesores de los propios gobiernos, escusando las vistas fiscales, y quedando el punto de la competencia, con la deliberacion que se tome, fenecido y acabado, remitiendo consecutivamente los autos al juez que deba conocer de ellos para su prosecucion.....»

REALES ÓRDENES DE 21 DE JULIO Y 18 DE AGOSTO DE 1830.

Se previene al Intendente de la Habana que se escusen consultas inoficiosas, y se decidan las dudas de jurisdiccion por el medio legal de competencias.

REAL ÓRDEN DE 12 DE DICIEMBRE DE 1834.

Se declara «que la presidencia de la Junta superior contenciosa de Real Hacienda en la isla de Cuba, corresponde al Superintendente subdelegado de la misma Real Hacienda, en la decision de todas las competencias sobre negocios de que no hubiere conocido como Intendente; que cuando sobrevenga este caso, sustituya al Superintendente en la presidencia el que lo sea del Tribunal mayor de Cuentas, con arreglo á la Real cédula de creccion de la Junta; y que cuando la competencia sea de la misma Junta con la Audiencia, ó con cualquiera otra autoridad de equivalente categoría, se decida por el gobernador Capitan general, como se previene al final del art. 24 de la Ordenanza de Intendentes de Indias de 23 de setiembre de 1803; pero con la condicion de dar cuenta inmediatamente á S. M., con remision de los espedientes de las jurisdicciones competidoras.»

REAL ÓRDEN DE 31 DE MARZO DE 1835.

Se manda que las competencias, que suscite ó sostenga el juzgado patrimonial de la isla de Cuba, se decidan en la misma por la Junta creada para este objeto.

REAL ÓRDEN DE 8 DE DICIEMBRE DE 1837.

Para poner término á la confusion y variedad en el modo de proceder en la decision de competencias entre las autoridades y juzgados de las islas de Cuba, Puerto-Rico y Filipinas, conforme á lo propuesto por el Tribunal Supremo de Justicia, se resuelve lo siguente:

«1.° En las capitales de la isla de Cuba, Puerto-Rico y Filipinas, se establecerá una Junta superior de competencias, que dirimirá las que se susciten en cada una de ellas entre los juzgados ordinarios, y los privilegiados ó especiales de cualquiera clase que sean, y las de estos entre sí, es decir, de todos aquellos juzgados, que no tienen un tribunal comun superior, al que estén sujetos los jueces competidores.

2.° Se compondrá esta Junta de cinco vocales, á saber: del Regente de la Audiencia, del Oidor decano, y cuando éste haga veces de regente, concurrirá el que siga en antigüedad; del Auditor de guerra, del de marina, y del Asesor de hacienda, entrando el Asesor mas antiguo de gobierno, en lugar del Auditor de marina, cuando lo sea tambien de guerra.

3.° Hasta tanto que el Gobierno de S. M. determine lo conveniente sobre la creccion de una nueva Audiencia en la Habana, se compondrá la Junta superior de competencias de

la isla de Cuba, de los asesores primero y segundo del gobierno de aquella capital, y de las demás personas señaladas para las otras islas, siguiéndose en lo demás las mismas reglas dictadas para todas.

4.° No asistirán á las juntas el vocal ó vocales que como jueces hubiesen suscitado ó sostenido la competencia, reemplazándolos, hasta completar el número, los tenientes y asesores de la capital, por órden de antigüedad; y en defecto suyo, elegirá el gobernador Capitan general el letrado ó letrados de mejor reputacion.

5.° Presidirá la Junta el Regente de la Audiencia, ó quien haga sus veces, y se decidirán las competencias sobre la tabla, sin citacion ni vista fiscal, ni entregar los autos á las partes, concediendo el término preciso para instruirse al vocal que lo pidiere, y ejecutándose lo resuelto desde luego, y sin admitirse recurso alguno. Hasta que se verifique la ereccion de la Audiencia en la Habana, presidirá allí la Junta el asesor ó auditor, cuyo nombramiento sea mas antiguo.

6.° Asistirán al despacho de éstos negocios los escribanos de Cámara y relatores de la Audiencia, en la forma que determine el Regente. Por ahora concurrirán en la Habana á este despacho los escribanos de Cámara de los tenientes ó asesores del gobierno.»

ÓRDEN DE LA REGENCIA, DE 17 DE ENERO DE 1841, COMUNICADA AL PRESIDENTE DE LA JUNTA SUPERIOR DE COMPETENCIAS DE PUERTO-RICO.

«Conformándose la Regencia provisional del reino con el parecer del Supremo Tribunal de Justicia, acerca de la esposicion de V. S., consultando ciertas dudas sobre la inteligencia de los arts. 2.° y 4.° de la Real órden de 8 de diciembre de 1837, se ha servido resolverlas del modo siguiente:

1.° Son llamados á componer la Junta superior de competencias, el Auditor de Guerra y los asesores de Marina y Hacienda, aun cuando sirvan interinamente estos empleos.

2.° Es absolutamente necesaria la concurrencia de los cinco vocales, ó sus suplentes, á quienes V. S. cuidará de avisar con la debida anticipacion para la celebracion de la Junta.

3.° No asistirá á ella bajo ningun concepto el Juez de primera instancia de esa capital, aun cuando sea asesor del Gobernador, observándose y cumpliéndose literalmente lo prevenido en la citada Real órden de 8 de diciembre de 1837.»

REAL ÓRDEN DE 16 DE OCTUBRE DE 1850.

«Subsistiendo todavía en las provincias de Ultramar algunos fueros especiales, que han sido suprimidos en la Península, al propio tiempo que los tribunales privilegiados de alzada, comunes á unos y otros, como sucede respecto del fuero del Real Buréo y Junta suprema patrimonial, resultan diariamente embarazos en la administracion de justicia, por no existir ó ser inciertos los tribunales superiores de apelacion y decision de competencias. Con presencia de todo, la Reina (Q. D. G.) se ha dignado resolver que hasta que pueda adoptarse una determinacion definitiva en el caso antes citado, y cualesquiera otros de la misma naturaleza, las apelaciones se interpongan para ante las Audiencias territoriales respectivas, que conocerán de ellas y decidirán conforme á derecho; y que las contiendas de competencia se formalicen y diriman en la forma que estuviere establecida por regla general para otros casos.»

REAL ÓRDEN DE 8 DE JULIO DE 1852, COMUNICADA POR EL MINISTERIO DE LA GUERRA AL CAPITAN GENERAL DE FILIPINAS.

«He dado cuenta á la Reina (Q. D. G.) de la consulta que el antecesor de V. E. y la Junta superior de Competencias de esas islas hicieron á S. M. por conducto de este Ministerio, para que se sirviese declarar si en los ca-

sos en que haya de sostenerse alguna competencia de jurisdiccion para conocer de causas que deban formarse contra individuos de las clases de tropa, corresponde al Capitan general de acuerdo con el Auditor de Guerra, ó al Jefe del regimiento de que aquellos dependan, por ser presidente nato del Consejo de guerra del Cuerpo. Y S. M., teniendo presente que la jurisdiccion militar del distrito reside en V. E. con el Auditor, y que le compete por lo tanto sostenerla en el modo y forma que prescribe la legislacion, y en todos los casos que sea necesario, conforme con el dictámen del Tribunal Supremo de Guerra y Marina, se ha servido resolver que, quedando sin efecto la declaracion solemne que, sin perjuicio de consultarse á S. M., fué comunicada por dicho antecesor de V. E. á esa Junta superior de competencias, se entienda que no son los Jefes de los Cuerpos á quienes compete sostener las que se susciten sobre el conocimiento de las causas que hayan de formarse á individuos de tropa de los mismos.»

REAL CÉDULA DE 30 DE ENERO DE 1835.

«Art. 51. Corresponde á las Audiencias de Ultramar:.....

4.° Dirimir las competencias de jurisdiccion que se susciten entre todos los juzgados de su territorio, bien sea de los ordinarios ó privilegiados entre sí, ó con otros del mismo ó diferente fuero.

Art. 98. Se suprimen las Juntas de Competencias que hasta ahora dirimian las suscitadas entre los juzgados especiales y entre estos y los ordinarios, cuya resolucion corresponderá en lo sucesivo á las Reales Audiencias.

Art. 161. Corresponde al Ministerio fiscal de Ultramar:

1.° Promover la observancia de las leyes que determinan la competencia de los tribunales y juzgados.....

Art. 170. En los negocios civiles no se oirá al Ministerio fiscal, sino en los casos de que habla el art. 161, ó en defensa de la Real jurisdiccion ordinaria.

REGLAMENTO PARA LA EJECUCION DE LA ORDENANZA DE LOS TRIBUNALES DE CUENTAS DE ULTRAMAR, APROBADO POR REAL DECRETO DE 30 DE ABRIL DE 1835.

TÍTULO ÚLTIMO. *De las competencias de jurisdiccion.*

«Art. 177. Cuando los tribunales ó juzgados del fuero comun, ó de los especiales, ó cualquier autoridad, usurpen la jurisdiccion ó las atribuciones del Tribunal de Cuentas, propondrá su Presidente la oportuna competencia.

Art. 178. Estas competencias se decidirán por las Reales Audiencias, con arreglo al artículo 98 de la Real cédula de 30 de enero de 1835.»

DERECHO CANÓNICO.

CONCILIO DE TRENTO, CAP. 5.°, SES. 14, DE REFORMA.

«.....Si se suscitase alguna controversia sobre competencia de jurisdiccion entre los mismos jueces, á saber, entre el conservador y el ordinario, no se pase adelante en la causa hasta que den la sentencia los jueces árbitros, que se escogieren segun la forma de derecho, sobre la sospecha, ó sobre la competencia de jurisdiccion.....»

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

Sec. I. Reseña histórica y jurídica.

Sec. II. De los tribunales y autoridades á quienes corresponde dirimir las cuestiones de competencia.

§. 1.° *De los tribunales á quienes corresponde dirimir las competencias entre jueces seculares.*

§.° 2.° *De la autoridad á quien corresponde dirimir las competencias entre jueces eclesiásticos.*

Sec. III. Modo de promover, sustanciar y decidir las cuestiones de competencia en asuntos civiles.
§. 1.° *Modo de promover estas cuestiones.*
§. 2.° *Quién puede promover las cuestiones de competencia en asuntos civiles.*
§. 3.° *Término para promoverlas.*
§. 4.° *Procedimientos en los juzgados ó tribunales contendientes.*
§.° 5.° *Procedimientos en el Tribunal dirimente.*
§. 6.° *De las cuestiones de competencia entre jueces de paz.*
Sec. IV. Modo de promover, sustanciar y decidir las cuestiones de competencia en asuntos criminales.
§. 1.° *Por quién y de qué modo pueden promoverse estas contiendas en causas criminales.*
§. 2.° *Procedimientos para promover y dirimir las cuestiones de competencia en asuntos criminales.*
§. 3.° *De las cuestiones de competencia en juicios verbales sobre faltas.*
Sec. V. De las competencias negativas.
Sec. VI. Casos en que no pueden promoverse cuestiones de competencia.
Sec. VII. Disposiciones penales.
Sec. VIII. De las cuestiones de competencia en Ultramar.
§. 1.° *Tribunales á quienes corresponde dirimirlas.*
§. 2.° *Procedimientos.*

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA Y JURÍDICA.

En los tiempos antiguos, cuando el Monarca ó el Jefe supremo del Estado administraba la justicia por sí mismo, no podia haber lugar á contiendas de competencia. Estas nacieron con la creacion de jueces, á quienes aquel delegó el poder de administrar justicia en una demarcacion ó territorio determinado, y se aumentaron y multiplicaron con los fueros especiales, que fueron concediéndose, unas veces en beneficio de clases determinadas, y otras en consideracion á la materia ó cosa litigiosa. De aquí la necesidad de reglamentar estas contiendas, para hacer menos sensible la perturbacion, que siempre causan en la administracion de justicia, y la de establecer una autoridad suprema *reguladora*, que, como centro de todas las jurisdicciones, las determine y decida.

Uno y otro estremo se han subordinado siempre, como no podia menos de suceder, á los principios, que han servido de base á la organizacion judicial, en los diferentes períodos de nuestra legislacion.

Ya hemos manifestado en otro lugar (1) que en las cuatro épocas en que, desde el tiempo de los godos hasta fin del siglo pasado, puede considerarse dividida la administracion de justicia en España, ha regido el principio de que el Rey era la fuente y orígen de toda jurisdiccion. El Rey era entonces el primer Magistrado, el Juez supremo, para ante quien podia apelarse de todos los demás jueces y tribunales: en él, por lo tanto, debia residir la autoridad suprema reguladora de todas las jurisdicciones. Era, pues, el Monarca quien decidia entonces todos los conflictos de jurisdiccion: á su suprema autoridad acudian con este objeto, tanto los jueces y tribunales de todos los fueros, como los mismos litigantes ó interesados.

Sentado el principio, era inevitable la consecuencia. Por eso no debe estrañarse que en nuestros Códigos antiguos, desde el Fuero Juzgo hasta las Partidas, á pesar de que hablan de la competencia del juez; aunque sancionan, como regla general, el principio de las leyes romanas de que el actor siga el fuero del reo; aunque declaran la nulidad de la

(1) Véase el artículo ADMINISTRACION DE JUSTICIA (pág. 623 y sigs. del tomo 1.°).

sentencia dictada por juez incompetente; aunque traten de la *declinatoria*, como escepcion, no debe estrañarse, repetimos, que no contengan disposicion alguna relativa á la *inhibitoria*, ó que tenga por objeto reglamentar las cuestiones de competencia: y es porque se daba por su puesto que la facultad de decidirlas residia única y esclusivamente en el Rey. ¿Y cómo no habia de residir en él esta facultad, cuando la tenia, segun las leyes, para dar y quitar jurisdiccion, aun á los mismos jueces establecidos? ¿Cuándo podia nombrar jueces para negocios determinados, tanto antes, como despues de principiado el litigio?

Pero así como con el tiempo, aumentadas las atenciones del Gobierno del Estado, y no pudiendo ya el Rey soportar el peso de administrar la justicia personalmente, se vió en la necesidad de cometerla á los hombres *sabidores del derecho*, que seguian la corte, creándose luego con este objeto las Chancillerías y Audiencias, y tambien el Consejo Real; se vió asimismo la conveniencia de delegar en un tribunal, revestido de suprema autoridad, la facultad de decidir los conflictos de jurisdiccion, con la reserva de consultar al Rey los casos dudosos, para que los resolviese con su soberana autoridad de legislador. Dicha facultad fué concedida primero al Consejo Real en su creacion, y despues á la Junta suprema de competencias, la cual sufrió varias modificaciones, como luego veremos.

Y en efecto: por Real cédula de 30 de enero de 1608 (1), por la cual se fijó el órden que habia de seguirse en la distribucion y despacho de los negocios cometidos al Consejo, tanto en su Sala de gobierno, como en las de justicia, respecto al particular, de que tratamos, se determinó por el cap. 8.°, sancionando la práctica que venia observándose, que correspondia á la Sala de gobierno ver todas las competencias y diferencias, que tuvieren cualesquier tribunales de estos reinos, entre sí ó con las justicias ordinarias, y respecto de los cuales no hubiese órden especial al efecto; pero consultando al Rey, antes de su ejecucion, lo que tocase á los tribunales, esto es, lo que procediera respecto á la decision de la competencia.

Se vé, pues, que en esta resolucion se respetaron dos puntos importantes de lá jurisprudencia, que entonces regia: 1.° la prerogativa Real de decidir todos los conflictos de jurisdiccion, cuya prerogativa se consideraba inseparable de la persona del Rey, como fuente y raiz de todas las jurisdicciones: así es que no se daba á la Sala de gobierno del Consejo la facultad de decidir, sino la de consultar y esponer al Rey la resolucion, que procediese; y 2.° el órden ya establecido para la decision de competencias entre la jurisdiccion ordinaria y algunas de las privilegiadas, sobre lo cual no se hacia novedad. De modo que la disposicion de que tratamos habia de reputarse como la regla general, aplicable solo á los casos no esceptuados de la misma por alguna disposicion particular.

Los casos esceptuados hasta entonces de dicha regla general, y que se regian por disposiciones especiales, eran los de competencia entre la jurisdiccion ordinaria y la de Inquisicion ó de Hacienda.

Respecto de la primera se mandó por el capítulo 8.° de la Real cédula de 15 de mayo de 1545, reproducida por otra de 10 de marzo de 1553 (1), por las cuales se determinó el número y calidades de los familiares del Santo Oficio, y los casos en que las justicias seglares podian y debian proceder contra estos, que para evitar toda diferencia entre los inquisidores y los jueces seglares, cuando ocurriere duda sobre la competencia en el conocimiento de alguna causa, el inquisidor ó inquisidores y el juez ó jueces seglares, entre quienes se ofreciere la tal duda, sin contienda ni diferencia alguna, si no se concordaren, enviasen la informacion ó informaciones sumarias, que hubiesen tomado, á la corte, para que se viesen juntamente por dos del Consejo Real y otros dos del Consejo de la Inquisicion, los cuales decidiesen la competencia llanamente, y sin estrépito ni figura de

(1) Ley 6, tit. 3, lib. 4.°, Nov. Rec.

(1) Ley 1.ª, tit. 7, lib. 2 de la Nov. Rec.

juicio, remitiendo el conocimiento de la causa al inquisidor ó juez seglar, á quien compitiere segun el parecer de la mayor parte de dichos cuatro consejeros; y que si por ventura dos de ellos opinasen de un modo, y los otros dos de otro, de modo que no hubiese mayoría, lo consultasen á S. M. para que decidiese la competencia.

Y en cuanto á la jurisdiccion de Hacienda, por el cap. 10 de las Ordenanzas de 28 de octubre de 1368 (1) se mandó que, ocurriendo competencia entre la Contaduría mayor y alguna de las Audiencias sobre el conocimiento de algun negocio, el Fiscal de la Contaduría ocurriese al Consejo para que allí se determinase lo conveniente. Y por el capítulo 30 de las Ordenanzas para el Consejo de Hacienda de 20 de noviembre de 1393 (2), se declaró que en el caso antedicho se viese la competencia en dicho Consejo; y que si la diferencia era entre este, ó la Contaduría mayor, con alguno de los tribunales de la corte, en tal caso se juntasen para decidirla de conformidad, y sin suplicacion, dos Ministros del Consejo Real, los que el Presidente nombrare, con los otros dos del mismo Consejo, que asistieren en el de Hacienda; y si no se conformasen, que consultáran el caso á S. M. para la resolucion correspondiente.

No dejaba de ser embarazosa, dilatoria y molesta la consulta á S. M. para la decision de las competencias, que, como hemos visto, se acordó por regla general en la Real cédula de 1608; y con el objeto de salvar estos inconvenientes, y los perjuicios que con las dilaciones se ocasionaban á las partes y á la pronta administracion de justicia, por Real decreto de 16 de noviembre y cédula de 9 de diciembre de 1625, que no está recopilada, se creó una Junta de competencias, compuesta de un consejero de cada uno de los Consejos, que entonces eran once, á saber, de Estado, de Castilla, de Guerra, de Aragon, de la Inquisicion, de Italia, de Portugal, de Indias, de Ordenes, de Hacienda y de Cruzada, por cuya razon se la denominó en el foro la *Junta grande de Competencias*.

Por dicha Real cédula se confirió á esta Junta la facultad de decidir, sin ulterior recurso, ni aun á la Real persona, todas las competencias de jurisdiccion, que ocurriesen entre cualesquiera clases de tribunales y jueces, y para las cuales no se hallase establecida anteriormente forma especial; como tambien las de aquellos que la tuvieren, cuando no hubiesen podido conformarse los dos individuos de cada Consejo, á quienes correspondia decidirlas, en cuyo caso solo se hallaban, como hemos dicho, las competencias con la Inquisicion y la Hacienda. No se hizo novedad en cuanto á los recursos de fuerza en materias eclesiásticas. Se previno para el pronto despacho, que los tribunales contendientes tuvieran sustanciados los autos dentro de ocho dias de como se empezase la competencia, y que la Junta conociera de los autos sumariamente, si bien permitiéndose que los fiscales y abogados de las partes informaran en el acto de la vista. Y se mandó tambien que formaran jurisprudencia las decisiones de esta Junta, sirviendo de regla y aun de resolucion para casos de igual naturaleza.

No conduce á nuestro propósito entrar en discusion acerca de si dicha Junta fué creada, como otras varias que se crearon en aquella época, con el objeto de disminuir el influjo y autoridad de los Consejos, segun opina un erudito escritor (1); ó si lo fué positivamente con el que se espresa en la misma Real disposicion, y para dar mayor actividad al Gobierno universal del Estado. Es lo cierto que esta medida hace honor al Gobierno de Felipe IV, pues está basada en los mismos principios, que dos siglos despues ha reconocido la ciencia como fundamentales en esta materia. Delegar el Rey en un Tribunal Supremo la facultad, que se creia inseparable de su Real persona, de decidir las contiendas de juris-

(1) Ley 1.ª, tít. 2, lib. 9, de la Recopilacion, reproducida en parte en la ley 2, tít. 10, lib. 6, de la Nov. Rec.

(2) Ley 2, tít. 2, lib. 9, Rec., trasladada en parte á la ley 3, tít. 10, libro 6 de la Nov. Rec.

(1) Sempere, *Historia del derecho español*, capítulo XI del lib. 4.º

diccion, y declarar que formasen jurisprudencia, con fuerza obligatoria, las decisiones de ese tribunal, en el siglo XVII era marchar muy adelante.

No desistió de su propósito aquel Gobierno, á pesar de la esposicion, que desde luego elevó el Consejo á S. M., para que se dejara sin efecto dicho Real decreto por los inconvenientes que ofrecia su ejecucion, pues creía el Consejo que, en vez de abreviarse las causas de competencias, se alargarian mucho mas, por la dificultad de reunirse los once Ministros, de que se habia de componer la Junta, y que por lo tanto era preferible el método antiguo. El Rey, no obstante, acordó que se ejecutase lo que tenia mandado; y en los años siguientes de 1627 y 28 dictó algunas medidas para remover los inconvenientes que á ello se oponian, mandando, entre otras cosas, que, á pesar de la competencia, se continuara la sustanciacion de las causas criminales hasta ponerlas en estado de sentencia definitiva, para evitar que pudieran desaparecer ó amañarse las pruebas del delito.

Sin embargo, es preciso reconocer que no era el mas á propósito el personal de aquella grande Junta de competencias, pues formaban parte de ella algunos individuos que no eran letrados, y en la lucha, que siempre ha habido entre la jurisdiccion ordinaria y las privilegiadas, solia aquella llevar la peor parte, por estar en minoría los individuos que la representaban y defendian. De aquí el que se reprodujesen las quejas, hasta el punto de que se hubo de someter el exámen de este asunto á una junta especial, creada por Real decreto de 26 de febrero de 1646, para que informase sobre este y otros particulares.

Esta junta evacuó su informe en 9 de mayo de 1647, esponiendo que, si bien la Junta de competencias se habia formado para la mas breve espedicion de los negocios; para evitar la molestia de tantas consultas y embarazos, como causaban á S. M. los tribunales en defensa de sus jurisdicciones, y para que los casos decididos hiciesen regla en otros semejantes, todo lo cual era muy útil y conveniente; la esperiencia habia demostrado, que no correspondian los efectos, en cuanto á la mejor administracion de la justicia, en razon á que la jurisdiccion ordinaria, que era la que parecia debia prevalecer, alcanzaba la peor parte, y las jurisdicciones privilegiadas daban aliento y motivo á los delincuentes, pues las causas criminales siempre se miraban con mas equidad por los Ministros que no habian cursado las letras: que tambien era un grave inconveniente que los que no las tenian, juzgasen puntos tan delgados de derecho, como tiene la materia de jurisdiccion; y que si bien su Magestad se escusaba de la molestia de consultas y de réplicas, tambien debia repararse por otra parte que la potestad de dar, quitar y declarar las jurisdicciones, era muy inseparable de la persona Real, y la que se delegaba con la mayor dificultad y reparo. Por todo lo cual concluía proponiendo la estincion de la Junta de competencias; que se gobernase esta materia por la forma que antes tenia, y estaba dada en casi todos los tribunales y competencias de jurisdiccion; y que en cuanto á la de Guerra, podia practicarse lo mismo que se hacia en las competencias con la Inquisicion, esto es, juntarse dos consejeros de Castilla con otros dos de Guerra, y llevarse á efecto lo que decidiese la mayoría, consultándose á S. M. en otro caso para la resolucion correspondiente. El Rey se conformó con lo propuesto en este informe o consulta, y en su virtud quedó estinguida la grande Junta de Competencias en dicho año de 1647.

Pero no duró mucho este estado de cosas. Nueve años despues, por Real decreto de 15 de noviembre de 1656, se volvió á restablecer dicha Junta en la misma forma y con iguales atribuciones, que le fueron concedidas al tiempo de su creacion en 1625, alegándose para esta medida, que la esperiencia habia demostrado, que por el método antiguo se dilataba mas la resolucion de las competencias, con grave daño de la administracion de justicia.

Luego que se comunicó al Consejo este Real decreto, acudió otra vez á S. M. esponiendo las razones alegadas anteriormente en contra de esta Junta de competencias; pero el Rey acordó que, á pesar de lo espuesto por

el Consejo, se llevase á efecto lo mandado, declarando al mismo tiempo, para salvar las dificultades por este propuestas, que no era su ánimo abdicar de su Real persona la suprema regalía, que le asistia para la distribucion de las jurisdicciones, pues siempre residia en sí mismo, para usar de ella en los casos y en la forma que mejor le pareciese; y respecto de que habia de quedar por ley lo que se declarase en dicha Junta de competencias, para que á esto no le faltase requisito alguno, mandó, que antes de publicarse las resoluciones de la Junta, se le consultase con los votos particulares, si los hubiese habido, para acordar, con vista de todo, que se publicasen dichas declaraciones, ó lo que tuviese por conveniente.

No por esto desistió el Consejo. En 9 de enero de 1657 volvió á representar con mas energía contra la Junta de competencias, considerando su restablecimiento como un grave mal para la administracion de justicia, en la que, segun su opinion, vendria á introducirse el desórden, la turbacion y confusion, como ya lo habia demostrado la esperiencia, por someterse puntos de derecho de tanta gravedad é importancia, y tan delgados y dificultosos, como lo son todos los relativos á la distribucion de jurisdicciones, á la decision de personas, que no profesaban el derecho.

Tambien se decia en esta esposicion, que las novedades, aunque fuesen útiles, siempre perturbaban; cuanto mas siendo nocivas, como se reconoció serlo esta, tanto que fué preciso reformarla: que este descrédito era bastante para no volver á tratar de lo que reprobó la esperiencia, y que lo cierto y seguro era seguir lo que se habia hecho y practicado uniformemente por tantos siglos contínuos, y lo que habian establecido el derecho, las leyes, la costumbre y el estilo, de que no era posible apartarse sin riesgo de los principios, y de los fundamentos en que estribaba el buen gobierno.

Alegaba, por último, el Consejo, que con dicha Junta no podia conseguirse el mas breve despacho de las competencias, en razon á que este dependia de la instruccion que daban al asunto las dos jurisdicciones contendientes: que tampoco se conseguia el desembarazo de S. M. en el despacho de estos negocios, puesto que habian de consultársele todas las resoluciones, como habia ordenado: y que tambien era peligroso é inconveniente dar fuerza de ley á una resolucion, tomada sobre un caso particular, y entre personas ciertas y conocidas, en que podia inclinarse la voluntad por el ódio, piedad, gracia ú otro afecto; con otras razones de menos importancia. A pesar de todo el Rey resolvió que se ejecutase lo que tenia mandado.

Todavía insistió el Consejo, esponiendo á S. M. los perjuicios é inconvenientes que se esperimentaban con la Junta de competencias, como lo verificó en otras consultas de 12 de noviembre de 1662, y 10 de setiembre de 1663. Sin embargo, la Junta continuó en el ejercicio de sus funciones hasta el año 1665, en que, habiendo fallecido Felipe IV, sucediéndole Cárlos II, el Consejo encontró ocasion para hacer triunfar sus ideas.

Con efecto: en 30 de setiembre de dicho año 1665, la Reina gobernadora, considerando que en la recta é igual administracion de la justicia consiste el medio mas seguro y eficaz de la conservacion y felicidad de las monarquías; que aquella se hallaba relajada y enflaquecida por las contínuas guerras, siendo necesario restablecerla en la autoridad y observancia que debia tener; y que podria ser de mucho impedimento á éste fin la diferencia y multiplicidad de jurisdicciones, que embarazaban el pronto castigo de los delitos, que es tan necesario para el escarmiento y ejemplo, mandó al Consejo que sin levantar mano conferenciase sobre este punto con la particular atencion, que pide la gravedad de él, y consultase lo conveniente acerca del modo de minorar el número de las exenciones de jurisdiccion, y reducir las que hubiesen de quedar, á forma que no fuesen de perjuicio á la ordinaria, y á la mejor administracion de la justicia.

No podia presentarse al Consejo Real ocasion mas favorable: así fué que, evacuando esta consulta en 7 de octubre siguiente, hizo presente á S. M. que la principal causa

del mal estaba en la Junta de competencias, por cuyas resoluciones se habian aumentado las exenciones y desprestigio de la jurisdiccion ordinaria, la que se hallaba sin respeto ni autoridad, siendo cierto, decia el Consejo, que no tenia entonces un Alcalde de corte el prestigio, que antiguamente tenia un alguacil ordinario, y que se cometian tantos delitos por la seguridad, que tenian los criminales, de ser remitidos á jueces particulares por dicha Junta; por todo lo cual parecia al Consejo que el primero y principal remedio era, que se reformase y estinguiese de todo punto la Junta de competencias, sin perjuicio de informar luego sobre los demás puntos consultados. Sobre esta consulta se sirvió S. M. dictar la resolucion siguiente:

«He mandado que se forme y estinga esta Junta (la antedicha de competencias), y que las competencias que se ofreciesen de jurisdiccion, y de los pleitos y causas entre los tribunales, se reduzcan al estilo que se tenia antes que hubiese Junta, juntándose Ministros de los Consejos que compitiesen, y determinando de comun acuerdo lo que fuese justicia, y en caso de discordia representándome los de cada Consejo su parecer, con las razones en que le fundan, para que Yo declare lo que se hubiere de hacer.»

A consecuencia de esta Real disposicion, quedó estinguida definitivamente la grande Junta de Competencias, restableciéndose el método antiguo de que se juntaran para decidirlas dos Ministros de cada uno de los Consejos, á que perteneciereu las jurisdicciones contendientes, con la consulta al Rey en caso de discordia. Así fué que, al reducir Felipe V á su antígua planta el Consejo de Castilla, por el Real decreto de 9 de junio de 1715, dispuso entre otras cosas, que fuesen jueces de competencias dos Ministros de dicho Consejo, nombrados por S. M. anualmente (1).

Pero por Real decreto de 16 de octubre de 1722 se introdujo una novedad importante. Para evitar las dilaciones y perjuicios, que se seguian de quedar sin resolver muchas competencias por discordia de los cuatro Ministros, que componian la Junta, siendo por lo tanto necesario consultar la decision al Rey, se mandó, que en adelante se determinasen todas las competencias por cinco Ministros, concurriendo, con los cuatro destinados para ellas, otro mas que nombraria S. M. para cada una que se ofreciese; á cuyo fin, luego que estuviese formada, se hiciera presente por los que presidieren los Consejos que la formasen, para que con esta noticia pasase S. M. á la eleccion del quinto Ministro, y se determinase la competencia, dándole cuenta de su decision antes de publicarla (1).

Este sistema siguió en observancia hasta el año de 1803, en que se dió nueva forma á la decision de las competencias. Durante este período se dictaron varias disposiciones, que pueden verse en la parte legislativa de este artículo, dirigidas á facilitar la pronta espedicion de estos negocios. Debemos, sin embargo, hacer especial mencion de la Real cédula de 30 de marzo de 1789.

En las competencias que ocurrian entre la jurisdiccion ordinaria y la militar, y aun entre algunas otras, se habia establecido la práctica, de que conferenciasen los Fiscales de ambos Consejos, por cuyo medio solian ponerse de acuerdo y terminar la contienda. En vista de los buenos resultados, que habia producido este procedimiento, autorizado ya de Real órden para los casos de competencias que ocurriesen con la jurisdiccion de Comercio, la Militar, ó la de Hacienda (2), por la citada Real cédula (3) se hizo estensivo á todas las jurisdicciones, mandándose que en las competencias ocurrentes, no solo entre las justicias ordinarias y el fuero militar, sino entre otras cualesquiera jurisdicciones, se observasen las conferencias, oficios y remision de autos en sus respectivos casos á los Con-

(1) Nota 4.ª al tít. 1.º; y cap. 7.º de la ley 4.ª, tít. 3.º, lib. 4.º, Nov. Rec.

(1) Nota 3.ª á dicho tít. 1.º, libro 4.º, de la Nov. Rec.

(2) Reales cédulas de 24 de junio de 1770; 11 de junio de 1779; 3 de junio de 1787, y 2 de diciembre de 1788, de que se hace mérito en las notas 6.ª, 8.ª, 10 y 11 del tít. 1.º, lib. 4.º, Nov. Rec.

(3) Nota 12, id., id., id.

sejos de Castilla y Guerra, y á los de Indias, Inquisicion, Órdenes y Hacienda, por los tribunales subalternos y dependientes de ellos, para que se terminasen por conferencia de sus Fiscales; y en el caso de discordar estos, avisasen los Consejos contendientes á sus respectivas Secretarías de Estado y del Despacho, para que, poniéndose de acuerdo en la Junta Suprema de Estado, ó bien se propusiesen por esta los medios de cortar y resolver desde luego la competencia; ó bien se remitiesen en la forma ordinaria á la Junta de competencias, nombrándose quinto Ministro, segun estilo y disposicion de las leyes.

Como hemos visto, se habla en esta Real cédula de la *Junta Suprema de Estado*, con cuyo motivo, y para no perder la ilacion de los hechos, debemos recordar, que esta Junta fué creada por Real decreto de 8 de julio de 1787, mandándose, entre otras cosas, que se llevasen á ella las competencias entre las Secretarías de Estado, y las que ocurriesen entre los Consejos ó Juntas supremas y tribunales, cuando no se hubiesen decidido por la Junta de competencias, ó cuando por la gravedad, urgencia ú otros motivos, conviniese abreviar su resolucion. Consecuencia, pues, de esta disposicion fué lo que se mandó con referencia á dicha Junta Suprema en la Real cédula citada de 1789.

Esta Junta fué suprimida por Real decreto de 28 de febrero de 1792 (1), restableciéndose bajo nueva forma el Consejo de Estado; y en el art. 7.° del Reglamento aprobado en 25 de mayo del propio año, se dispuso, entre otras cosas, que se llevasen á dicho Consejo, cuando el Rey lo mandare, las consultas de los tribunales superiores sobre competencias de jurisdiccion, que necesitasen de resolucion Real; y que todos los demás recursos de esta naturaleza, sin llevarlos al referido Consejo, se remitiesen á donde correspondiera por las Secretarías del Despacho, para que se dirimiesen en Junta de competencias, segun la forma establecida, con quinto Ministro de diferente tribunal.

Resulta, pues, que quedó subsistente el procedimiento sancionado por las disposiciones, de que hemos hecho mencion, y en su consecuencia las contiendas de competencia siguieron decidiéndose por dos Ministros de cada uno de los Consejos, á que pertenecian las jurisdicciones contendientes, y otro mas de diferente tribunal, que nombraba S. M. en cada caso que ocurria, cuando los Fiscales de ambos Consejos no habian podido ponerse de acuerdo en las conferencias verbales ó por papeles de oficio, que al efecto debian tener: y solo cuando aquellos estaban en discordia, era cuando se consultaba á S. M., quien, oyendo al Consejo de Estado, dictaba su soberana resolucion. Este procedimiento se prestaba á dilaciones, que eran indispensables en muchos casos; y á fin de obviar este inconveniente, por Reales órdenes de 10 y 14 de febrero, comunicadas en circular del Consejo de 2 de mayo de 1803 (1), se volvió al sistema primitivo de que fuese la autoridad Real la que decidiese por sí misma en todo caso las contiendas de jurisdiccion, quedando de consiguiente suprimida la Junta de competencias.

Y en efecto; por dichas Reales órdenes se mandó, que para evitar las dilaciones, que por el método establecido se habian esperimentado hasta entonces, en dirimir las competencias suscitadas entre las diversas jurisdicciones, se observase en adelante por punto general, el que por los Ministerios de Estado y del Despacho, á quienes correspondiesen los asuntos ó causas, que dieren lugar á competencias, se pidiesen los autos formados por las diversas jurisdicciones, y se pasasen reunidos á informe del Ministro ó Ministros togados, que se eligieren para el caso; y en vista de lo que espusieren, se diese cuenta á S. M. para su soberana determinacion.

Este método, que podremos llamar antiquísimo, por ser el primero que se habia ensayado, puede considerarse como un anacronismo en el siglo XIX: al restablecerlo, ni se tuvieron presentes los adelantos de la ciencia del derecho, ni las lecciones de la esperien-

(1) Ley 1.ª, tít. 7.°, lib. 3.°, Nov. Rec.

(1) Ley 15, tít. 1.°, lib. 4.°, id.

cia, que ya en distintas ocasiones habia demostrado su ineficacia para el fin propuesto de la brevedad en el despacho de las competencias, y hasta la imposibilidad de ejecutarlo.

Tampoco tuvo el Gobierno la resolucion bastante para hacerlo cumplir por todas las jurisdicciones entonces existentes, á pesar de haberlo establecido como regla general para todas. Así fué, que á la vez que, por Real órden de 2 de mayo del mismo año 1803 (1), se declaraba aplicable ú las competencias de la jurisdiccion ordinaria con la militar de Guerra y Marina, y con la de Hacienda, por otra de 25 de junio siguiente (2) se esceptuaban de él las competencias con los tribunales de la renta de Correos, declarándose que estas habian de decidirse por la Junta suprema del ramo, compuesta de Consejeros de todos los tribunales, como estaba prevenido por la ordenanza de correos (3); y tambien se transigia con la jurisdiccion del Santo Oficio, mandándose por Real órden de 3 de mayo de 1804 (4), que en caso de competencia con la jurisdiccion ordinaria, esta remitiese los autos directamente al Gobernador del Consejo, y aquella al Inquisidor general, en vez de hacerlo por la vía reservada de las Secretarías del Despacho, y que aquellos nombrasen el Ministro, que hubiese de informar á S. M. para su soberana resolucion.

No fué de larga vida este sistema, como era de esperar. A los pocos años quedó derogado por la Constitucion política de 1812, y el decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, de que luego nos haremos cargo; y aunque fué restablecido en 1814 á la caida del Gobierno constitucional, quedó abolido definitivamente, como dilatorio, y por no dar seguridad para el acierto, por Real órden de 25 de noviembre de 1819, por la cual se creó una Junta suprema de competencias, parecida á la que habia sido creada por Felipe IV en 1625. Esta nueva junta se componia de dos Ministros de cada uno de los Consejos de Castilla, Indias, Guerra, Hacienda y Ordenes, presididos por el Gobernador del Consejo Real. Se le confirió la facultad de decidir por mayoría de votos todas las competencias, que se formasen por cualquiera autoridad, sin ulterior recurso. Y al mismo tiempo se dictaron varias medidas para verificar anualmente el nombramiento de dicha Junta, y para el pronto despacho de los negocios á ella cometidos. Es notable la Real órden de su creacion, antes citada, que puede verse en la *parte legislativa* de este artículo.

En el año siguiente quedó disuelta esta Junta con el restablecimiento del Gobierno constitucional, durante cuya época rigieron las disposiciones de la Constitucion de 1812 y del decreto de 1813, anteriormente citadas; pero verificada la reaccion de 1823, volvió á formarse por Real órden de 24 de febrero de 1824, y siguió en el ejercicio de sus funciones, hasta que de hecho fué disuelta por la supresion de los antiguos Consejos, verificada en virtud del Real decreto de 24 de marzo de 1834.

En seguida se echó de ver la necesidad que habia de atender al despacho de las contiendas de jurisdiccion entre jueces y tribunales, que reconocian distintos superiores. No podia reservarse esta prerogativa á la Real persona, porque esto hubiera estado en oposicion con los principios fundamentales de las reformas, que en aquella época se inauguraron en la administracion de justicia. Para proveer, pues, á esta necesidad, hasta tanto que se organizara completamente el sistema judicial en toda la monarquía, por Real decreto de 29 de mayo del mismo año 1834 se estableció una nueva Junta suprema de competencias, con las atribuciones que tenia la anterior, compuesta del Presidente del Tribunal Supremo de España é Indias, y de dos Ministros de cada uno de los tres tribunales supremos, creados entonces en reemplazo de los Consejos, que lo eran, el antedicho, el de Guerra y Marina, y el de Hacienda; y de otros dos del Consejo Real de las Ordenes militares.

Esta Junta solo duró hasta el 26 de setiembre del siguiente año 1835, en que se publicó

(1) Ley 16, tít. 1.°, lib. 4.°, Nov. Rec.
(2) Ley 17, id., id.
(3) Leyes 2 y 3, tít. 13, lib. 3.°, id.
(4) Ley 18, tít. 1.°, lib. 4.°, id.

el Reglamento provisional para la administracion de justicia. Por la disposicion 5.ª del artículo 38 se declaró, que era atribucion de las Audiencias dirimir las competencias de jurisdiccion, que se suscitasen entre jueces inferiores ordinarios de su respectivo territorio; y por la 13.ª del art. 90, que correspondia al Supremo Tribunal de España é Indias dirimir las competencias de las Audiencias entre sí en todo el reino; y tambien las que en la Península á islas adyacentes se suscitasen entre Audiencias y jueces ordinarios, ó entre unas ú otros con tribunales ó juzgados especiales que no fuesen de los del fuero militar de Guerra ó de Marina, ó de alguno de los ramos de que conocia en apelacion la Real y suprema Junta patrimonial, pues las competencias entre estos juzgados debian dirimirse por esta Junta, y las de aquellos por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina.

Estas disposiciones eran consecuencia precisa é indeclinable de las reformas, que con el reinado de Doña Isabel II, se habian inaugurado en la administracion de justicia. Reconocida la independencia del poder judicial, y habiendo renunciado el Monarca la facultad, en cuyo ejercicio se hallaba, á pesar de lo arbitrario y peligroso de ella, de separar de los tribunales y juzgados competentes el conocimiento de negocios por incoar, ó ya radicados en ellos, mandando que no se diera curso á solicitud alguna que fuese dirigida á este fin (1), era consiguiente que se concediese a los tribunales superiores de las jurisdicciones contendientes la facultad de decidir las competencias, que entre estas se suscitasen, puesto que con ello no hacian otra cosa que aplicar las leyes, cuya potestad se reconocia como esclusiva de los tribunales. Así se dió entrada á un nuevo órden de cosas, conforme con las reformas que se habian inaugurado en la gobernacion del Estado, y con los adelantos en la ciencia del derecho.

En el año siguiente aun se llevaron mas adelante las reformas. Restablecida la Constitucion de 1812, quedaron suprimidos todos los fueros, menos el eclesiástico y el militar (1): tambien se varió la denominacion del Tribunal Supremo de España é Indias, llamándole Supremo de Justicia (2), y se declaró corresponderle la facultad antedicha de dirimir todas las competencias de las Audiencias entre sí en todo el territorio español; y las de las Audiencias con los tribunales especiales en la Península é islas adyacentes (3); pero sin la limitacion que contenia el Reglamento provisional; á la vez que se confirmó la disposicion de este, aunque en términos mas claros, relativa á que pertenecia á las Audiencias conocer de las competencias entre todos los jueces subalternos de su territorio (4). Todas estas disposiciones quedaron en vigor, aun despues de promulgada la Constitucion de 1837, como comprendidas en el título 5.º de la de 1812, que se declaró subsistente por la ley de 16 de setiembre de dicho año 1837.

Este nuevo órden de cosas exigia nuevas reglas para dirimir las competencias, y por Real decreto de 30 de agosto de 1836 se restableció el de las Córtes de 19 de abril de 1813, por el cual, ampliando lo dispuesto en los arts. 261 y 265, ya citados, de la Constitucion de 1812, se determinó espresamente el tribunal á quien correspondia dirimir las contiendas de competencia en cuantos casos pueden ocurrir, tanto en la Península é islas adyacentes, como en Ultramar, y al mismo tiempo se dieron reglas para la sustanciacion de estos negocios. Espondremos con la estension conveniente los preceptos de este decreto en las secciones siguientes, bastando ahora indicar que en él se sigue inflexivamente el principio de que, cuando los jueces ó tribunales contendientes están subordinados á un superior comun, á este corresponde dirimir la competencia; y cuando no le tienen, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia.

Estos son los principios, que aun siguen en

(1) Real decreto de 21 de marzo de 1834.

(1) Arts. 248, 249 y 250 de dicha Constitucion de 1812.
(2) Art. 250 de id.
(3) Art. 261, núm. 1.º de id.
(4) Art. 265 de id.

observancia respecto á la materia de que tratamos; principios que, como inmejorables, han sido tambien sancionados por la nueva ley de Enjuiciamiento civil, publicada en 5 de octubre de 1855. De modo que las contiendas de competencia, en asuntos civiles, se rigen hoy por esta ley, cuyas disposiciones esplicarémos en la seccion 3.ª; y las que se promueven en asuntos criminales entre toda clase de jurisdicciones, siguen rigiéndose por el decreto de las Córtes antes citado de 1813, como espondremos en la seccion 4.ª

Harémos indicacion, por último, de otra novedad muy importante que se ha introducido en esta materia. Nos referimos á la motivacion y publicacion de las decisiones del Tribunal Supremo sobre las cuestiones de competencia, decretada primeramente por el artículo 77 de la Instruccion para el procedimiento civil, de 30 de setiembre de 1855, con el objeto de fijar la jurisprudencia, y de evitar dudas y gastos á los y litigantes; y reproducida despues en el art. 112 de la ley antedicha. De la importancia y ventajas de estas disposiciones, hablarémos en la seccion siguiente.

Hemos terminado la reseña histórica de nuestra legislacion sobre las contiendas de competencia. De intento hemos sido minuciosos en ella, no solo por lo que interesa conocerla al jurista, al legislador y al hombre de Estado, bajo el punto de vista que aquí la presentamos; sino tambien por lo que conduce al estudio de la historia y filosofía de nuestro derecho, así civil, como político y administrativo. Esa legislacion es un fiel reflejo de los principios, que han dominado en la gobernacion del Estado, esto es, de la forma de gobierno que ha regido en España en las diferentes épocas, que se han sucedido desde los Reyes godos hasta el dia, y de los adelantos que han ido conquistando la ciencia y la civilizacion.

En efecto: hemos visto, y esto servirá de resúmen á lo que llevamos espuesto, que mientras el Monarca ha reasumido en sí todos los poderes del Estado; mientras ha sido árbitro para dar y quitar jurisdiccion; mientras ha sido de hecho y de derecho el primer Magistrado de la nacion, y se le ha considerado como única fuente y origen de todas las jurisdicciones, se ha tenido como inseparable de su autoridad suprema la prerogativa de decidir todas las contiendas de competencia entre los jueces y tribunales de todas clases.

Así es que, cuando el Rey personalmente administraba la justicia en último recurso, como sucedia en las tres primeras épocas de nuestra historia jurídica, que en el artículo **ADMINISTRACION DE JUSTICIA**, ya citado, hemos denominado *gótico-romana* de las *justicias señoriales* y de las *justicias forales*, por sí mismo tambien decidia de plano estas contiendas, en vista de las quejas ó recursos de los jueces contendientes ó de los interesados.

Lo mismo sucedia en la cuarta época, que hemos llamado de las *colecciones legislativas* y *tribunales colegiados*; y así debia ser, porque dominaban los mismos principios. Pero habiendo delegado la Corona su suprema autoridad judicial, primero en la *Audiencia Real*, y despues en el Consejo Real ó de Castilla, natural era que, para decidir tales conflictos, oyese el parecer de estos tribunales supremos, compuestos de hombres versados en el derecho; y así fué introduciéndose en la práctica, hasta que vino á consignarse en las leyes, como se verificó en las Ordenanzas, que se dieron á dicho Consejo por la Real cédula de 30 de enero de 1608.

En este largo período se dictaron varias disposiciones sobre esta materia, como hemos visto, que revelan bien las ideas políticas de los Gobiernos que las dictaron. En un principio el Rey se reservó la facultad de decidir todos los conflictos de jurisdiccion, aunque oyendo el parecer de su Consejo. Despues delegó esta facultad á Juntas ó comisiones de los Consejos delas jurisdicciones contendientes, si bien reservándose la resolucion cuando los individuos de aquellas estuviesen en discordia, y en casos graves ó dudosos. Tambien hubo épocas en que delegó esa facultad absolutamente, como sucedio con la Junta suprema de competencias, creada en 1625, y con la establecida últimamente en 1810 y 1824. Y es una prueba evidente del retroceso, verificado en el reinado de Cárlos IV, la Real órden de

1803 (1), por la cual volvió á reservarse la Corona la decision de todas las competencias, sin la consulta, indispensable aun en el principio de esta cuarta época, al Consejo de Castilla.

Llegaron, por último, las reformas judiciales y políticas de nuestra época. En fuerza de ellas, aunque sigue administrándose la justicia en nombre del Rey, este no puede ejercer en ningun caso funciones judiciales, y se ha declarado la independencia del poder judicial (2). Tampoco puede ya ser juzgado ningun español, en causas civiles ni criminales, sino por el juez ó tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley (3). Consecuencia de todo ello es, que el Rey ya no puede hacer uso de la terrible facultad de dar ó quitar jurisdiccion en casos determinados; y que la decision de una competencia sea un caso de aplicacion de ley, como la decision de cualquier litigio. Y perteneciendo esclusivamente á los tribunales la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales (4), es lógico que tambien les corresponda, y así se halla declarado, la facultad de dirimir las contiendas de competencia, en la forma que veremos en las secciones siguientes.

Debemos indicar, por último, que antiguamente, lo mismo que en el dia, cuando la cuestion de competencia se promovia entre jueces inferiores, que estaban subordinados á un mismo Tribunal superior, á este correspondia decidirla. Así se deduce de la Real órden de 2 de mayo de 1803 (5), en la que se espresa además, que ésta habia sido la práctica hasta entonces observada.

SECCION II.

DE LOS TRIBUNALES Y AUTORIDADES Á QUIENES CORRESPONDE DIRIMIR LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA.

En la seccion anterior hemos hablado de los diferentes sistemas, que sobre esta materia han regido en nuestra legislacion desde los primeros tiempos de la monarquía hasta la época presente. Concretándonos ahora á las disposiciones vigentes, y haciendo la conveniente esposicion de las mismas, manifestarémos los fundamentos en que están basadas, y las reglas, que han de observarse, para determinar con precision en cada caso el tribunal ó autoridad, á quien corresponde dirimir la contienda de competencia.

Estas contiendas ó conflictos de jurisdiccion pueden promoverse entre las diferentes autoridades judiciales del órden secular, las del eclesiástico, ó las administrativas, y entre las de cada una de estas clases. Pero téngase presente que, como hemos dicho en la introduccion del presente artículo, no tratamos en él de los encuentros y conflictos entre las autoridades judiciales y las administrativas, ni de los que pueden ocurrir entre los jueces seculares y eclesiásticos, en razon á que unos y otros se rigen por disposiciones especiales. Véase **COMPETENCIA ADMINISTRATIVA: RECURSOS DE FUERZA.**

Vamos, pues, á concretarnos á las competencias, que ocurran entre los jueces y tribunales de la jurisdiccion secular, así ordinaria como privilegiada; y tambien á las que tengan lugar entre los de la eclesiástica. Y como cada una de estas jurisdicciones forma una gerarquía independiente, de aquí el que sus competencias hayan de decidirse por autoridades ó tribunales de diferente órden. Para proceder con la conveniente claridad, nos harémos cargo de lo relativo á unas y otras en los dos párrafos siguientes.

§. 1.° *De los tribunales á quienes corresponde dirimir las competencias entre jueces seculares.*

El poder judicial ha de ser independiente de los demás poderes del Estado: nadie puede ser juzgado sino por el juez ó tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley: á los tribunales pertenece esclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales. Estos tres principios,

(1) Ley 15, tít. 1.°, lib. 4.°, Nov. Rec.
(2) Arts. 242, 243 y 237 de la Constitucion de 1812; 66 y 71 de la de 1845.
(3) Arts. 247 de la Const. de 1812, y 9.° de la de 45.
(4) Arts. 242 de la Const. de 1812, y 66 de la de 1845.
(5) Ley 16, tít. 1.°, lib. 2.°, Nov. Rec.

que la ciencia reconoce hoy como fundamentales de toda organizacion judicial y de la buena administracion de justicia, sancionados tambien por nuestra Constitucion política, rechazan la intervencion directa de la Corona ó del poder ejecutivo en la resolucion de los conflictos de que tratamos.

Las leyes, por otra parte, tienen determinado el fuero competente para los casos justiciables que pueden ocurrir: la decision de una competencia, por lo tanto, no es mas que la aplicacion de esas leyes; y siendo esta aplicacion de la potestad esclusiva de los tribunales, es consiguiente que la tengan tambien para dirimir las competencias de jurisdiccion en los asuntos civiles y criminales. En los contencioso-administrativos no pueden tener aplicacion estas reglas, por las razones que esponemos en su lugar.

Esto supuesto, para determinar el tribunal que haya de ejercer esa facultad en cada caso, no podia prescindirse de seguir el órden de las gerarquías, como base de todo gobierno y de toda sociedad bien organizada. De aquí el que se haya considerado como un principio de órden público, que las cuestiones de competencia se decidan por el superior comun de ambos contendientes; y cuando no le tengan inmediatamente, que se suba de grado en grado hasta encontrarle, viniendo á parar en último término al Tribunal Supremo de Justicia, por ser el primero y el superior de todos los tribunales.

Toda esta doctrina ha sido sancionada por la Constitucion de 1812, por el decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, por el Reglamento provisional para la administracion de justicia, y últimamente por la nueva Ley de Enjuiciamiento civil; en una palabra, por todas las disposiciones que, desde las reformas de 1812 hasta el dia, se han dictado sobre esta materia: en todas ellas se respeta el principio anteriormente indicado. De modo que cuanto se halla ordenado y está vigente sobre el particular, puede compendiarse en dos reglas fijas, precisas é inalterables, con sujecion á las cuales puede determinarse, en cuantos casos ocurran, el tribunal á quien corresponde decidir la competencia. Estas reglas son:

1.ª Siempre que los jueces ó tribunales, de cualquier órden que sean, entre quienes se empeñe la cuestion de competencia, tengan un superior comun, á este corresponde decidir la contienda.

2.ª Cuando los jueces ó tribunales contendientes no tengan un superior comun, corresponde dirimir la competencia al Tribunal Supremo de Justicia (1).

Veamos ahora la conformidad de estas reglas con las disposiciones vigentes, y su aplicacion práctica á todos los casos que pueden ocurrir.

Ya hemos dicho en la seccion anterior, que las cuestiones de competencia en asuntos civiles se rigen hoy por la Ley de Enjuiciamiento civil, publicada en 5 de octubre de 1855; y en asuntos criminales, por el decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, restablecido en 30 de agosto de 1836.

Ahora bien: por el art. 99 de aquella ley se dispone que «cuando los jueces, ante quienes se empeñe la cuestion de competencia, tengan á una misma Audiencia por superior comun, remitirán á ella los autos»; y el art. 100 ordena, que «si los jueces desempeñan sus cargos en territorios no sujetos á un mismo superior comun, ó ejercen jurisdiccion de diferente clase, la remesa de los autos se hará al Tribunal Supremo de Justicia.» Hemos trascrito literalmente la disposicion de estos dos artículos, para que se vea que, á pesar de la impropiedad ó descuido, que se nota en su redaccion, van dirigidos á determinar el tribunal á quien corresponde dirimir en cada caso la cuestion de competencia, sujetándose para ello á las dos reglas, que antes hemos establecido.

Hemos dicho que ha habido impropiedad ó descuido en la redaccion de esos dos artículos, y vamos á demostrarlo. En primer lugar, debiendo observarse la Ley de Enjuiciamiento civil en todos los juzgados y tribunales, cualquiera que sea su fuero, que no tengan ley es-

(1) Esta regla no es aplicable en Ultramar por las razones que espondrémos en la sec. 8.ª de este artículo.

pecial para sus procedimientos (1), es de notar, que el art. 99 se concrete á hablar de los jueces, que *tengan á una misma Audiencia por superior comun*. Si esta disposicion se aplicara literalmente, no podrian regirse por ella los juzgados de Guerra y de Marina, ni los eclesiásticos, puesto que no están subordinados á las Audiencias territoriales, siendo así que deben observarla todos ellos, segun hemos indicado, y como respecto de los de Guerra y estranjería está mandado especialmente por Reales órdenes de 19 de diciembre de 1835 y 12 de marzo de 1856, y en cuanto á los de Marina por las de 24 de abril y 16 de mayo del mismo año de 1856 (2).

Sin embargo, generalizando aquella disposicion concreta, para hacerla aplicable á todos los casos, es indudable que su objeto ha sido determinar, que cuando los jueces ó tribunales, entre quienes se empeñe la cuestion de competencia, tengan un superior comun, á este corresponde decidirla, que es la primera de las dos reglas que hemos establecido. Este es sin duda el espíritu del art. 99, y en este sentido creemos ha de entenderse, como se deduce del 100, en el cual ya se habla en general de jueces no sujetos á un superior comun, determinando que en este caso corresponde al Tribunal Supremo de Justicia dirimir la competencia.

En segundo lugar, dice tambien dicho artículo 100, que si lo jueces *ejercen jurisdiccion de diferente clase*, la remesa de los autos se hará igualmente al espresado Tribunal Supremo; y esto tampoco puede entenderse tan literalmente que deba aplicarse á todos los casos. De diferente clase es la jurisdiccion que ejercen un juez de primera instancia, un tribunal de Comercio y un juez especial de Hacienda, y sin embargo, cuando desempeñen sus funciones en territorio sujeto á una misma Audiencia, á esta, como superior comun de los tres, y no al Tribunal Supremo de Justicia, corresponderá dirimir las competencias que entre ellos se promuevan. De otro modo se faltaria, sin necesidad ni conveniencia, al principio capital que rige en esta materia, y habria una verdadera antinomia entre esta disposicion y lo que ordena el art. 99, y aun tambien con la primera parte del mismo artículo 100.

Por todo ello tenemos como indudable que, al hablar aquí la nueva Ley de jueces que ejerzan jurisdiccion de diferente clase, se dá por supuesto que no han de tener un mismo superior comun, pues si lo tienen, á este corresponderá decidir la contienda. Así lo persuade tambien el art. 107, en el cual se determina la tramitacion que ha de darse en las Audiencias á las cuestiones de competencia entre jueces subordinados á las mismas, que ejerzan jurisdiccion de *diferente clase*.

Por último, en dichos dos artículos se designa el tribunal, á quien han de remitirse los autos en los diferentes casos de competencia; pero no se espresa el objeto de esta remesa, el cual no puede ser otro que para la decision de la contienda, como se deduce de los artículos anteriores y posteriores: de modo que se determina *á posteriori*, lo que debiera haberse ordenado *á priori*. A pesar de todo, examinando en conjunto las disposiciones de la nueva Ley de Enjuiciamiento, relativas á esta materia, y estudiando su espíritu, no puede ponerse en duda que los arts. 99 y 100 han sancionado las dos reglas, que antes hemos establecido para la decision de las competencias.

El decreto de las Córtes de 1813 ya citado, descendiendo á casos particulares, con el deseo de prevenir todos los que pudieran ocurrir acerca de las competencias de jurisdiccion, como se dice en su preámbulo, determina la aplicacion práctica de esas dos reglas, consignadas tambien, aunque implícitamente, en los arts. 261 y 263 de la Constitucion de 1812: aquel fué la *instruccion* que se dictó para llevar á efecto estas disposiciones.

(1) Art. 1414 de la misma Ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Las Reales órdenes citadas de 12 de marzo y 16 de mayo de 1856, contienen la declaracion siguiente:

«1.° Que en punto á competencias, no se ha menoscabado (por la Ley de Enjuiciamiento civil) el conocimiento, que corresponde al Tribunal Supremo de Guerra y Marina, para dirimir las que se entablen entre jueces ó tribunales dependientes de él.»

Y ciertamente, segun lo que espresa el referido decreto, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia dirimir todas las competencias de las Audiencias entre sí: las de estas con los tribunales especiales: las que ocurran entre los jueces ordinarios de primera instancia y los tribunales especiales, que no estén sujetos á la jurisdiccion de las Audiencias: las que se promuevan entre tribunales especiales de distintos territorios, ó que, aunque sean de uno mismo, ejerzan diversa especie de jurisdiccion, ó no tengan entrambos un mismo tribunal superior que pueda decidir: las que ocurran entre una Audiencia y un juez ordinario de distinto territorio, y las que se entablen entre jueces ordinarios de territorios diferentes (1).

Pertenece á las Audiencias dirimir las competencias entre todos los jueces subalternos de sus respectivos territorios, entendiéndose por tales, no solo los jueces ordinarios; sino tambien los de los tribunales especiales, creados ó que se crearen para conocer en primera instancia de determinados negocios, con apelacion á las mismas Audiencias (2), en cuyo caso se hallan los de Hacienda y de Comercio.

Y por último, las que se promuevan en la Península é islas adyacentes entre los tribunales de Guerra y Marina, serán decididas por el superior especial de Guerra y Marina, á escepcion de las que ocurran entre comandantes de matrícula de un mismo departamento, que dirimirá su Capitan general (3).

Esto es lo que ordena el citado decreto de 1813. Hágase el análisis de cada uno de los casos en él espresados, y se verá que no son mas que la ampliacion, la aplicacion práctica de las dos reglas anteriores establecidas, y sancionadas, como hemos demostrado, por la nueva Ley de Enjuiciamiento civil. De modo que ésta ordena en abstracto lo que aquel tenia establecido en concreto. Queda, pues, comprobada la conformidad de dichas reglas con las disposiciones vigentes, y que, aun cuando las cuestiones de competencia en asuntos civiles se rigen por esta Ley, y en los criminales por aquel decreto, no hay diferencia en cuanto al tribunal á quien corresponde decidirlas, por cuya razon tratamos de ellas juntamente en esta seccion: la diferencia consiste en los procedimientos, como verémos en las secciones siguientes.

Cuanto llevamos espuesto es aplicable tambien á los tribunales de Comercio, como ya hemos indicado, quedando de consiguiente modificadas en parte, aunque no en su esencia, las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento mercantil sobre esta materia. Segun dicha ley, de las competencias entre los tribunales de Comercio, ó entre estos y los jueces ordinarios, deben conocer las Audiencias, á cuyo territorio pertenezcan unos y otros (1), lo cual está conforme con las disposiciones que hoy rigen. Pero si las competencias ocurriesen entre las Audiencias, ó entre tribunales de Comercio y jueces que pertenezcan á territorio de Audiencia diferente, debian decidirse por el Consejo Real ó de Castilla, como superior que era entonces de todos estos tribunales: y si ocurrian entre jurisdicciones distintas de la Real ordinaria con los tribunales ó jueces que conozcan en los negocios de Comercio, la resolucion correspondia á la Junta suprema de competencias (2). Estas dos reglas son impracticables en el dia, por no existir esta Junta ni el Consejo antedicho, y por lo tanto las competencias con los tribunales de Comercio se deciden por las reglas establecidas para las de los demás jueces y tribunales, como siempre se ha verificado.

En la Ley de Enjuiciamiento civil se determinan las atribuciones de los jueces de paz en los asuntos civiles, y en la ley provisional

(1) Arts. 1.° á 4.° del decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, restablecido en 30 de agosto de 1836. Téngase presente que hablamos de las competencias que ocurran en la Península é islas adyacentes; y no de las que tengan lugar entre tribunales y juzgados de Ultramar, como ya hemos indicado.

(2) Arts. 5.° y 6.° de id. Véase la disposicion 4.ª de las Reales órdenes de 12 de marzo y 16 de mayo de 1850, inserta anteriormente en la nota 2.ª, columna 2.ª, de la pág. 270.

(3) Art. 7.° de id.

(1) Art. 439 de la Ley de Enjuiciamiento mercantil.

(2) Arts. 460 y 461 de id.

para la aplicacion del Código penal, las de los alcaldes y sus tenientes en los negocios criminales. El decreto de las Córtes de 1813 no pudo comprender en su sistema casuístico estas clases de jueces, porque entonces no existian con las atribuciones que hoy tienen. Tampoco debió dar reglas la ley provisional, para dirimir las competencias entre los alcaldes ó sus tenientes, en los juicios de faltas, porque esto era ajeno de su objeto. Pero es estraño que no las haya dado la Ley de Enjuiciamiento civil respecto de los jueces de paz, cuando su institucion es debida á esa misma ley, y cuando en ella, por su índole general, se fijan las reglas para todos los procedimientos en asuntos civiles. Y no será porque no sean posibles tales contiendas entre esta clase de jueces, pues además de lo que dicta el sentido comun, la esperiencia está demostrando con mucha frecuencia todo lo contrario. Es preciso, por lo tanto, suplir el silencio de la ley, dando reglas para dirimir las competencias, que entre dichas autoridades judiciales pueden promoverse. De los procedimientos trataremos en las dos secciones siguientes: ahora nos concretarémos á manifestar el tribunal á quien corresponde decidirlas.

Para ello, á falta de disposicion concreta, es preciso seguir las reglas generales anteriormente consignadas, para cuya aplicacion al caso actual debe tenerse presente, que el órden jerárquico de la jurisdiccion ordinaria, tal como hoy existe, marchando de inferior á superior, es el siguiente: jueces de paz, para lo civil: alcaldes y sus tenientes, para lo criminal: jueces de primera instancia, para lo civil y criminal: Audiencias territoriales; y Tribunal Supremo de Justicia.

Cuando los procedimientos se regian por el Reglamento provisional para la administracion de justicia, los alcaldes y sus tenientes eran jueces ordinarios, iguales á los de primera instancia, para conocer en juicio verbal de las demandas civiles, cuya entidad no pasase de diez duros, y de los negocios criminales sobre injurias ó faltas livianas; para llevar á efecto lo convenido en los juicios de conciliacion; y para conocer en todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles, hasta que llegasen á ser contenciosas (1). En todos estos casos procedian aquellos con jurisdiccion propia, igual á la del juez de primera instancia, como hemos dicho, y por lo tanto, sin subordinacion ó dependencia del mismo, como lo confirmó además el art. 107 del Reglamento de los juzgados. Entonces, pues, correspondia á la Audiencia, como superior inmediato, el dirimir las competencias que se promovian entre los alcaldes y tenientes de su territorio, y entre estos y los jueces de primera instancia, sobre el conocimiento de los negocios antedichos.

Pero en el dia ha variado completamente la legislacion sobre este punto. Aunque los jueces de paz, que han reemplazado á los alcaldes en lo civil, tienen tambien jurisdiccion propia para conocer en juicio verbal de las demandas, cuya entidad no pase de 600 rs., y para llevar á efecto lo convenido en el acto de conciliacion, cuando no esceda de dicha suma, esa jurisdiccion la ejercen en primera instancia, y con apelacion al juez de primera instancia del partido, sin ulterior recurso (2): de consiguiente, este es el superior inmediato de aquellos, segun los principios de nuestra organizacion judicial.

Lo mismo sucede en cuanto á la jurisdiccion, que aun tienen hoy los alcaldes y sus tenientes, para conocer en juicio verbal de las faltas, de que trata el libro 3.° del Código penal: tambien la ejercen en primera instancia con apelacion al juez del partido, sin ulterior recurso (3). Es regular que se confieran estas atribuciones á los jueces de paz en la nueva Ley de Enjuiciamiento criminal, que está formando la comision de Códigos.

Esto supuesto, es ya fácil determinar á quien corresponde dirimir las competencias de que tratamos. Las que se promuevan entre dos jueces de paz, ó dos alcaldes ó tenientes de alcalde de un mismo partido judicial, debe-

(1) Arts. 24, 31 y 32 del Regl. prov. de 1835.
(2) Arts. 218, 220 y 1162 de la Ley de Enjuiciamiento civil.
(3) Reglas 1.ª y 11 de la ley provis. para la aplicacion del Código penal.

rá decidirlas el juez de primera instancia del partido, como superior inmediato de ambos: si aquellos pertenecen á diferentes partidos, pero de un mismo territorio, corresponderá decidirlas á la Audiencia territorial; y en cualquiera otro caso, al Tribunal Supremo de Justicia. Si la contienda de jurisdiccion ocurriese entre un juez de primera instancia y un juez de paz ó un alcalde de otro partido, la decidirá la Audiencia cuando los contendientes sean de su territorio; y en otro caso dicho Tribunal Supremo. La misma regla se observará para dirimir las competencias, que ocurran entre un tribunal de Comercio y un juez de paz sobre asunto, que sea objeto de juicio verbal.

Nada ha ordenado tampoco la Ley de Enjuiciamiento civil acerca de las competencias, que pueden promoverse entre dos Salas de una misma Audiencia, deberán, pues, decidirse por el Regente ó Presidente del tribunal, con los presidentes de Sala y el Fiscal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 78 de las Ordenanzas de las Audiencias. Esta misma práctica se observa en el Tribunal Supremo de Justicia, cuyo Reglamento nada tiene dispuesto sobre este particular.

Una escepcion se ha establecido de reciente á esta regla, cual es la de las competencias que se promuevan entre la cuarta Sala correccional y las demás de la Audiencia de Madrid. Estas competencias han de decidirse por el Tribunal Supremo de Justicia, con arreglo á lo dispuesto por Real decreto de 13 de noviembre de 1837. Así parecia exigirlo la naturaleza especial de las atribuciones de dicha cuarta Sala, cuya jurisdiccion difiere esencialmente de la que ejercen los otras Salas de la citada Audiencia.

Y con efecto: es sabido que por Real decreto de 23 de junio de 1834 fué creado el Tribunal correccional de esta corte, para conocer esclusivamente de los delitos, que el Código penal castiga con penas correccionales; y que por otro de 2 de enero de 1837 se incorporó este Tribunal á la Audiencia de Madrid, formando su cuarta Sala; pero con las mismas atribuciones, para conocer de los delitos de pena correccional, que aquel tenia, si bien ampliadas á todo el territorio de la misma Audiencia. De modo que esta cuarta Sala, llamada *correccional*, difiere esencialmente en jurisdiccion y atribuciones de las otras Salas: es como un Tribunal independiente, aunque agregado á la Audiencia, de la que forma parte; y de consiguiente, no podia tener aplicacion, para decidir las competencias entre aquella y estas, el art. 78 de las Ordenanzas, por las razones que se alegan en la esposicion que precede al citado Real decreto de 13 de noviembre.

«Esta soberana disposicion, se dice en la esposicion antedicha refiriéndose al citado artículo 78, conveniente y oportuna cuando se trata de cuestiones de régimen interior ó de simple repartimiento, no puede aplicarse en las competencias que se entablen entre la cuarta Sala y las demás de la citada Audiencia sobre el conocimiento de determinados asuntos, porque tratándose en ellas de la aplicacion é inteligencia del Código penal, y afectando al fondo y esencia de las causas en que se promueven, su resolucion debe corresponder, con arreglo á los principios fundamentales en materia de procedimientos, al tribunal superior comun, que lo es el Supremo de Justicia. El continuarse observando el citado artículo de las Ordenanzas de las Audiencias en la de Madrid, con relacion á su cuarta Sala, cuya jurisdiccion difiere de la que la ley atribuye á las restantes, equivaldria á permitir la posibilidad de que estas impusieran su opinion á la primera, no obstante ser iguales en categoría y componer todas un mismo tribunal, y que sus resoluciones establecieran jurisprudencia, lo cual compete esclusivamente al Tribunal Supremo de Justicia.»

En estas razones se ha apoyado el Ministro de Gracia y Justicia para proponer á S. M. el citado Real decreto de 13 de noviembre de 1837, por el cual se declara, como hemos dicho, que «la decision de las competencias entre la cuarta Sala correccional y las demás de la Audiencia de esta Corte, corresponderá al Tribunal Supremo de Justicia.»

Y últimamente, tambien se deciden por el Tribunal Supremo de Justicia, en sus Salas

primera y segunda, las que ocurren entre tribunales y juzgados de la Península y de Ultramar, que no reconocen otro Superior comun mas inmediato, sobre lo cual véase la seccion 8.ª de este artículo.

Como resúmen de la doctrina legal, espuesta en el presente párrafo, vamos á presentar por conclusion el cuadro de los casos de cuestiones de competencia entre jueces seculares, que deben decidirse por cada uno de los tribunales, á quienes la ley y la jurisprudencia conceden este derecho.

Al Tribunal Supremo de Justicia corresponde decidir las cuestiones de competencia, que en la Península é islas adyacentes se promuevan:

1.° Entre dos Audiencias.

2.° Entre la cuarta Sala correccional y las demás Salas de la Audiencia de Madrid.

3.° Entre una Audiencia y el Tribunal Supremo especial de Guerra y Marina, ó entre una de aquellas y cualquiera otro de los tribunales ó juzgados de este fuero.

4.° Entre una Audiencia y un juez de primera instancia, ó de paz, ó un alcalde de otro territorio (1).

5.° Entre una Audiencia y un tribunal de Comercio, ó juez especial de Hacienda, de otro territorio.

6.° Entre dos jueces de primera instancia, ó de paz, ó dos alcaldes de territorios diferentes.

7.° Entre un juez de primera instancia, ó de paz, ó alcalde y un tribunal ó juzgado especial de Guerra ó de Marina.

8.° Entre un juez de primera instancia, ó de paz, ó alcalde y un tribunal de Comercio ó juzgado especial de Hacienda de diferentes teritorios.

9.° Entre un juez de primera instancia y un juez de paz ó un alcalde de distinto territorio.

10. Entre dos tribunales de Comercio de territorio diferente.

11. Entre dos jueces especiales de Hacienda, tambien de diferente territorio.

12. Entre un tribunal de Comercio, ó un juzgado de Hacienda y cualquier tribunal ó juzgado del fuero de Guerra ó de Marina.

En una palabra, todas las que se promuevan entre cualesquiera jueces y tribunales seculares de la Península é islas adyacentes, que no tengan otro superior comun mas inmediato, como tambien las de éstos con los de Ultramar.

A la Audiencia de cada territorio, tambien en la Península é islas adyacentes, corresponde dirimir las que se promuevan:

1.° Entre dos jueces de primera instancia de su territorio.

2.° Entre dos jueces de Hacienda de su mismo territorio.

3.° Entre dos tribunales de Comercio tambien de su territorio.

4.° Entre dos jueces de paz ó dos alcaldes ó tenientes de su territorio, pero de diferentes partidos judiciales.

5.° Entre un juez de primera instancia y otro de Hacienda ó un tribunal de Comercio del mismo territorio.

6.° Entre un juez de primera instancia y un juez de paz ó alcalde de otro partido, pero que pertenezcan á un mismo territorio.

7.° Entre un juez especial de Hacienda y un tribunal de Comercio del territorio de la misma Audiencia.

8.° Entre un juez de Hacienda ó tribunal de Comercio y un juez de paz del mismo territorio.

Y las competencias, que ocurran entre dos Salas de una misma Audiencia, se decidirán por el Regente, presidentes de Sala y Fiscal de la misma.

A los jueces de primera instancia corresponde dirimir las que ocurran:

1.° Entre dos jueces de paz de su partido.

2.° Entre dos alcaldes ó tenientes de alcalde, tambien de su partido.

El Tribunal Supremo de Guerra y Marina debe decidir las que se promuevan:

1.° Por los juzgados del fuero de Guerra entre sí, y con los de Marina.

2.° Por los tribunales de Departamento de Marina entre sí, y con los juzgados de provincia del mismo fuero, que pertenezcan á otro Departamento.

(1) Siempre que hablamos aquí de *territorio*, nos referimos al designado á cada Audiencia, para ejercer su jurisdiccion.

5.° Entre los juzgados de Marina de las comandancias de provincia, que no pertenezcan á un mismo Departamento.

Al Capitan general de cada Departamento de Marina, ó sea á su tribunal, corresponde dirimir las competencias que ocurran entre los juzgados de Marina de las comandancias de provincia, comprendidas en su Departamento.

Nótese que al presentar todos los casos de competencia, que pueden ocurrir, no hacemos mencion de las que pudieran acaso promoverse entre un juez cualquiera y su superior inmediato, por ejemplo, entre un juez de primera instancia y la Audiencia de quien depende, y es porque entre un inferior y un superior no puede haber estas contiendas, como demostrarémos en la seccion 5.ª

Por último, ha de tenerse presente que, segun el art. 101 de la ley de Enjuiciamiento civil, de las cuestiones de competencia, cuya resolucion corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, debe conocer, la Sala primera, de las que se empeñen entre jueces ó tribunales civiles ordinarios; y la Sala segunda, de las que se empeñen entre la jurisdiccion ordinaria y las privilegiadas, y entre las diferentes jurisdicciones privilegiadas. Esta disposicion, y la del art. 112, segun el cual las decisiones de dicho Tribunal Supremo, sobre competencias, han de publicarse en la *Gaceta de Madrid* y en la *Coleccion legislativa*, van dirigidas á fijar la jurisprudencia acerca de un punto tan importante, cual es la competencia de jurisdicion.

Aunque estas contiendas sean hijas alguna vez de un celo exajerado de los jueces, ó de uo interés mal entendido de parte de los litigantes, las mas son nacidas de la oscuridad de la legislacion, y casi siempre les sirve de apoyo la falta de precision, ó de prevision de la ley, en su relacion con el caso de que se trata, para aplicarla á él rectamente. Al decidir la cuestion el tribunal dirimente, declara á la vez cuál debe ser la recta inteligencia de la ley. Esta declaraccion, siendo motivada, como ha de serlo, y publicándose en la forma dicha, servirá de guía á los jueces y á los litigantes en otros casos iguales ó análogos, por cuyo medio se conseguirá que llegue á uniformarse la jurisprudencia, y que disminuyan, ya que no puedan evitarse del todo, esas contiendas.

Pero tan saludables efectos no podrian obtenerse si se encomendara la decision de casos iguales ó análogos á Salas diferentes, como hasta ahora habia sucedido. Siendo éstas independientes entre sí, y careciendo cada una de ellas de los antecedentes y tradiciones de la otra, seria fácil, y no faltan ejemplos de ello, que cuestiones, fundadas en unos mismos principios, se resolvieran en sentido contrario. A evitar tan grave inconveniente vá dirigida la disposicion antedicha del art. 101, la cual está además fundada en el principio, sancionado por la esperiencia, de que en esta materia, como en otras muchas, á la uniformidad solo puede llegarse por medio de la unidad.

Por tan fundadas consideraciones, el Tribunal Supremo de Justicia acordó en pleno, segun comunicacion dirigida al Gobierno con fecha 2 de abril de 1857, que mientras por éste, ó por la ley, no se dispusiese otra cosa, se observara la misma regla antedicha, establecida por la Ley de Enjuiciamiento civil, para conocer de las competencias en materia criminal, y que en su consecuencia se distribuyesen á la Sala primera del propio Tribunal las que se empeñen entre jueces ó tribunales civiles ordinarios; y á la Sala segunda las que se susciten entre la jurisdiccion ordinaria y las privilegiadas, y entre las diferentes jurisdicciones privilegiadas; cuya medida fué aprobada por Real órden de 22 del mismo mes antedicho (1).

Y es estraño que, reconocido el principio como exacto, no se haya hecho tambien aplicacion de él á la decision de las cuestiones de esta clase, cuya resolucion corresponde á las Audiencias. Aunque las decisiones de éstas no deban formar jurisprudencia general, porque tal prerogativa solo está reservada, como debe estarlo, al Tribunal Supremo de Justicia,

(1) En virtud de Real órden de 31 de mayo de 1860, conoce hoy la Sala segunda del Tribunal Supremo de Justicia de todas las competencias en materia criminal; cuya medida ha sido adoptada, con otras, á consecuencia del escesivo recargo que tiene la Sala primera en recursos de casacion.

no puede negarse, sin embargo, que habrán de servir de regla para casos análogos entre sus subordinados. De consiguiente, por las mismas razones, que se han tenido para ordenarlo respecto de dicho Tribunal Supremo, debiera haberse mandado que la Sala primera, por ejemplo, de cada Audiencia conociese de las cuestiones de competencia empeñadas entre jueces civiles ordinarios de su territorio; y la Sala segunda, en tal caso, de las empeñadas entre éstos y los de Hacienda y de Comercio, y de las que promoviese cada una de estas dos jurisdicciones entre sí. De este modo, y publicándose tambien los fallos de las Audiencias, se conseguiria uniformar la jurisprudencia de cada una de estas; y tambien la de todas, pues así podrian el Tribunal Supremo de Justicia y el Gobierno adoptar las medidas necesarias para conseguirlo, con lo cual se daria mas importancia y prestigio á la administracion de justicia. Aun volverémos á hablar de esto en las secciones siguientes.

Réstanos examinar una duda, que se habia ofrecido acerca de la inteligencia del párrafo último del art. 101 antes citado. Ordénase en él, que la Sala segunda del Tribunal Supremo de Justicia conozca de las cuestiones de competencia, que se empeñen entre la jurisdiccion ordinaria y las privilegiadas, y *entre las diferentes jurisdicciones privilegiadas*; y dudábase si será estensivo este precepto á las competencias que se promuevan entre jueces de *una misma* jurisdiccion privilegiada, que no reconozcan otro superior comun mas inmediato, como sucede con los de Hacienda, ó de Comercio, no subordinados á una misma Audiencia. Aunque este caso no esté literalmente comprendido en las palabras antes subrayadas, no puede menos de estarlo en la generalidad de las mismas; y no puede ser otra cosa, puesto que, segun el párrafo 2.° del mismo artículo, la Sala primera solo puede conocer de las cuestiones de competencia, que se empeñen entre jueces ó tribunales *civiles ordinarios*. La Sala segunda, por tanto, será la competente para conocer de las que se empeñen entre jueces de una misma jurisdiccion privilegiada. En este sentido ha sido dictada la Real órden de 22 de abril de 1856, (1), con la cual ya no puede haber duda sobre este particular.

No creemos, sin embargo, que esto sea lo mas acertado, y lo mas conforme con el principio establecido. En el caso supuesto la cuestion no procede de la diversidad del fuero personal, ni por razon de la materia, puesto que se empeña entre jueces de un mismo órden ó de una misma jurisdiccion: aquella versará precisamente sobre la competencia por razon del domicilio del demandado, del lugar del contrato, del en que esté sita la cosa, ó deba cumplirse la obligacion, ó por sumision espresa ó tácita de las partes; y como estas mismas cuestiones, con iguales fundamentos legales, se ventilan en las competencias entre la jurisdiccion ordinaria, para que resultara la uniformidad apetecida en la jurisprudencia, debieran tambien decidirse por la Sala primera las que se empeñen entre jueces de una misma jurisdiccion privilegiada. Pero mientras que por la autoridad competente no se aclare ó reforme la Ley en este sentido, el Tribunal Supremo de Justicia no podrá dejar de seguir observando lo que se halla en la letra de la misma ley.

§. 2.° *De la autoridad á quien corresponde dirimir las competencias entre jueces eclesiásticos.*

Ya hemos dicho, que la nueva Ley de Enjuiciamiento civil ha de observarse tambien sobre esta materia en los juzgados eclesiásticos, en virtud de la disposicion general del artículo 1414: por lo tanto, las cuestiones de competencia, que entre estos se promuevan, se decidirán igualmente con sujecion á los principios consignados en los arts. 99 y 100. Así, pues, corresponde al Metropolitano decidir las que ocurran entre sus sufragáneos; y al Tribunal de la Rota, las que se promuevan entre los Metropolitanos, entre los sufragáneos de distinto territorio, y entre aque-

(1) Véase en la *parte legislativa* de este artículo, pág. 252.

llos y estos. Así viene tambien observándose en la práctica, no obstante lo dispuesto, aunque con referencia á las competencias entre jueces conservadores y ordinarios, por el Concilio de Trento (1), segun el cual estas controversias debian decidirse por jueces árbitros: y sin perjuicio así bien del recurso á la Real persona, de que habla la ley 17, título 2.°, lib. 2.° de la Nov. Rec. Véase **RECURSOS DE FUERZA** y **DE PROTECCION.**

Esto, respecto de la jurisdiccion eclesiástica ordinaria, que compete á los Arzobispos y Obispos, los cuales la ejercen por medio de sus provisores ó vicarios. En cuanto á las jurisdicciones eclesiásticas privilegiadas, que se conservan segun el art. 11 del Concordato de 1851, cuales son, la del pro-capellan mayor de S. M.; la castrense; la de las cuatro Ordenes militares; la de los prelados regulares; la del Nuncio apostólico *pro tempore* en la iglesia y hospital de Italianos de Madrid; la de Cruzada, y la de espolios y vacantes, se observarán las mismas reglas establecidas, de decidirse las competencias por el superior comun de los contendientes, y cuando no le tengan, por el Tribunal de la Rota, como superior de todos.

Esta doctrina es aplicable solamente á las contiendas de competencia que se promuevan, ya de oficio, ya á instancia de parte, en asuntos judiciales ó contenciosos, en los cuales corresponde la última instancia al Tribunal de la Rota; pero si la controversia versare entre los prelados eclesiásticos sobre el derecho de ejercer su jurisdiccion en un territorio determinado, entonces se ejercita este derecho ante el superior comun, no en forma de competencia, sino por la vía gubernativa, y á veces tambien por la contenciosa. Cuando las contiendas de esta clase se promueven entre el Tribunal especial de las Ordenes militares, ó cualquiera de las autoridades que de él dependen, con los demás prelados eclesiásticos, se deciden en la forma que se espondrá en el artículo **JUNTA APOSTÓLICA DE COMPETENCIAS.**

(1) Cap. 3.°, ses. 14, *De Reforma.*

SECCION III.

MODO DE PROMOVER, SUSTANCIAR, Y DECIDIR LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA EN ASUNTOS CIVILES.

El tít. 2.° de la 1.ª parte de la Ley de Enjuiciamiento civil está consagrado á la materia que sirve de objeto á la presente seccion, y en los treinta y ocho artículos que comprende (del 82 hasta el 119), se dan reglas minuciosas y detalladas acerca del modo y forma en que pueden promoverse estas cuestiones, fijando su sustanciacion, así en los juzgados contendientes, como en el superior comun, que ha de decidirlas. Trataremos de todo ello, con la separacion conveniente para su mayor claridad, en los párrafos que comprende esta seccion.

Segun el procedimiento antiguo, adoptado despues que la Corona delegó la facultad de dirimir estas contiendas, formada la competencia, ambos jueces remitian los autos al tribunal ó junta, á quien correspondia dirimirla, ó se reclamaban á instancia de la parte interesada; y con audiencia del fiscal se procedia de plano á la vista y decision de la contienda, oyendo en aquella á los defensores de las partes, si se presentaban. Este procedimiento admitido por la práctica mas general, fué sancionado por el decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, en los dos únicos artículos que se dedicaron á reglamentar tan importante materia; pero esto se hizo en términos tan generales, que la jurisprudencia ha tenido que suplir muchas veces el silencio ó insuficiencia de la ley.

La de Enjuiciamiento civil, aceptando los principios de aquel procedimiento, ha introducido en él las mejoras reclamadas por la esperiencia; y mas minuciosa en sus detalles, ha fijado todos los trámites de este procedimiento, para que nada quede al arbitrio judicial, segun vamos á esponer. Pero como sus disposiciones solo son aplicables á los negocios civiles, y en los criminales aun sigue rigiendo el decreto de las Córtes, antes citado, de aquí la necesidad de tratar con

separacion de los procedimientos que se emplean para promover, sustanciar y decidir las competencias que se promueven en unos y otros negocios, como lo hacemos, tratando de los civiles en la presente seccion, y de los criminales en la siguiente.

Por lo demás, téngase entendido que sobre este punto no hay diferencia por razon de los jueces ó tribunales contendientes, pues, como ya hemos dicho en la seccion anterior, de cualquier fuero ó jurisdiccion que estos sean, han de sujetarse en sus contiendas de competencia á los trámites establecidos por estas leyes (1). No nos referimos, por supuesto, á las competencias con la Administracion, ni á las que pueden ocurrir entre jueces seculares y eclesiásticos, porque, como repetidamente se ha dicho, se rigen por disposiciones especiales.

§. 1.° *Modo de promover estas cuestiones.*

En los negocios civiles pueden promoverse de dos modos las cuestiones de competencia, á saber: por *inhibitoria* ó por *declinatoria* (2); esto es, por medio de una instancia que hace á su propio juez el que ha sido demandado ante otro, á quien cree incompetente, para que, sosteniendo su jurisdiccion, reclame de este el conocimiento del negocio, invitándole á que se inhiba y le remita los autos; ó por la peticion que el que ha sido emplazado por juez, á quien considera incompetente, deduce ante este mismo juez, para que declarándose tal, se inhiba del conocimiento del negocio, y remita al demandante con los autos á hacer uso de su derecho ante el juez competente. De modo que la *inhibitoria* ha de intentarse ante el juez, á quien se cree competente, y la *declinatoria* ha de proponerse ante el mismo juez que ha tomado conocimiento del negocio, y á quien se considera incompetente. Esta ha sido siempre la práctica, y así lo ha sancionado tambien la nueva ley de Enjuiciamiento civil (1).

La parte interesada puede hacer uso de cualquiera de estos dos medios, que, aunque por distintos procedimientos, conducen á un mismo fin, cual es el de declinar la jurisdiccion del juez, á quien se cree incompetente, para que pase al competente el conocimiento del negocio. Tiene el litigante la facultad de elegir el medio que mas le convenga; pero, hecha la eleccion, queda obligado á pasar por el resultado del que hubiere elegido, sin poder abandonarlo para recurrir al otro, ni tampoco emplearlos simultánea ni sucesivamente (2).

De modo que, si la parte interesada optó por la declinatoria, en ella ha de decidirse la cuestion de competencia, sin poder ya hacer uso de la inhibitoria, aun cuando se abandonase aquel recurso; y si se dió á esta la preferencia, se habrá de pasar por su resultado, sin poder ya á la vez ni sucesivamente hacer uso de la declinatoria. Así lo tiene tambien declarado el Tribunal Supremo de Justicia en varias decisiones de competencia (3), como

(1) En el *considerando* 3.° de la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de mayo de 1860, por la que se resuelve no haber lugar á dirimir una competencia entre el tribunal de Comercio y el juzgado de Marina de Málaga, se declara que los tribunales de Comercio deben ajustarse á las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre procedimientos en las cuestiones de competencia. Véase esta sentencia en la *nota* de la página siguiente.

(2) Art. 82 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(1) El mismo art. 82.

(2) Art. 83 de id.

(3) Sentencia de 15 de julio de 1858, decidiendo á favor de la jurisdiccion ordinaria la competencia entre el Juez de paz de Pravia y el Gobernador militar de Oviedo, sobre conocer de la demanda de 540 rs. entablada por D. Nicolás Peña contra el teniente de provinciales D. Nicolás Menendez. Sus dos primeros *considerandos* dicen así:

«Considerando que, una vez utilizado el medio de la declinatoria por parte de Menendez, no pudo abandonarle para recurrir al otro, ni aun emplearle sucesivamente; sino que debió pasar por el resultado de aquel á que dió la preferencia, como terminantemente dispone el art. 83 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

Considerando que, desestimada la declinatoria por el Juez de paz, y no habiéndose apelado de esta providencia por Menendez, quedó consentida y ejecutoriada, sin que contra ella procediese ningun otro recurso, tanto mas, cuanto que, sobre la falta de apelacion, hubo por parte del demandado los actos positivos de sumision y asentimiento antes referidos.» (*Coleccion legisl.*, tomo 77, *decision* núm. 34.)

Otra de 14 de setiembre de 1858, declarando

igualmente que el juez, ante quien en tal caso se entable la inhibitoria, debe abstenerse de admitir esta reclamacion, y de promover la competencia, cuando le conste que la misma parte habia hecho ya uso de la declinatoria (1).

No sucedia así con arreglo á la antígua jurisprudencia. Segun ella, el litigante que era vencido en la declinatoria, podia luego recurrir á la inhibitoria; mas no al contrario: y á veces se hacia uso simultáneamente de ambos recursos. Fundábase esta jurisprudencia en el principio de que cada juez tenia el derecho, y aun el deber de sostener su jurisdiccion, de cuyo derecho no podia ser privado sin ser oido y vencido: y como en la cuestion promovida por medio de la declinatoria no toma parte el otro juez interesado, siempre le quedaba á salvo su derecho para salir á la defensa de la jurisdiccion por medio de la inhibitoria, ya de oficio, ya á escitacion de la parte interesada.

Pero la nueva Ley de Enjuiciamiento ha relajado el rigor de aquel principio, al dar en todo caso la preferencia, para conocer del negocio, al juez á quien se sometan las partes, espresa ó tácitamente (1). De aquí el que solo á estas se deje la facultad de promover dichas cuestiones, como luego demostrarémos; y por lo tanto, que se las obligue á estar y pasar por el resultado del medio, que hubieren elegido para promover la cuestion de competencia. Sustanciada y juzgada esta cuestion con audiencia de los únicos interesados, que son los litigantes, el respeto á la cosa juzgada y los buenos principio exigen que no pueda promoverse en otra forma la misma cuestion entre los mismos litigantes.

Así quedan corregidos los abusos, á que daba lugar la antígua jurisprudencia, de un modo mas conveniente que el adoptado por la Instruccion para el procedimiento civil de 30 de setiembre de 1853. Esta ordenó por el artículo 8.° que la declinatoria de jurisdiccion no se pudiese interponer, sino en forma de competencia; lo cual equivalía á desterrar del foro aquella escepcion, que tiene la ventaja de ser menos dilatoria y costosa que la cuestion de competencia, y que reune además en su favor la práctica de muchos siglos y la jurisprudencia de todos los países. Con acierto la nueva Ley de Enjuiciamiento permite los dos medios, y para cortar los abusos indicados, previene, como hemos dicho, que no puedan emplearse simultánea ni sucesivamente, debiendo el litigante pasar por el resultado de aquel, á que haya dado la preferencia.

Para asegurar el cumplimiento de esta dis-

---

no haber lugar á decidir la competencia entre el juzgado de la capitanía general de Castilla la Nueva y el juez de paz de Calzada de Calatrava, acerca del conocimiento de una demanda contra D. Manuel Forcallo, teniente retirado de Milicias, sobre reclamacion de un terreno, cuyo valor no escedia de 600 rs. Sus *considerandos* 1.° y 3.° dicen así:

«Considerando que ninguna cuestion de competencia se puede duplicar, promoviéndose simultánea ni sucesivamente por inhibitoria y por declinatoria, sino que debe pasar el litigante por el resultado de cualquiera de estos modos, á que haya dado la preferencia, sin abandonarlo ni recurrir al otro, conforme se halla dispuesto en el art. 83 de la Ley de Enjuiciamiento civil.....

Considerando que despues de haber utilizado la declinatoria, sin apelar de la providencia del juez de paz, que se declaró competente para conocer de la demanda, que en cuantía menor de 600 rs. habia propuesto D. Juan Pablo Plaza, vino D. Manuel Forcallo á ejercitar la inhibitoria, lo cual no está permitido en el citado art. 83.» (*Colec. legisl.* tomo 77, *decision* núm. 55.)

(1) Sentencia de dicho Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1860, declarando no haber lugar á decidir una competencia entre el tribunal de Comercio y el juzgado de Marina de Málaga. Dice así:

«Considerando que, una vez propuesta por Vaquer la declinatoria de jurisdiccion ante el juzgado de Marina, no tenia derecho alguno para pedir despues la inhibitoria, porque esto lo prohibe terminantemente la ley:

Considerando que, denegada por aquel la indicada solicitud en providencia, de que apeló Vaquer, el de Comercio, á quien constaban ambos hechos, debió abstenerse de admitir la reclamacion de inhibitoria, mas todavía de oficiar, como lo verificó, al de Marina, puesto que no existian medios hábiles para entablar la contienda jurisdiccional:

Y considerando, en su consecuencia, que esta competencia ha sido formada con manifiesta infraccion de los artículos 83 y 84 del Código de procedimientos, á cuyas disposiciones debió ajustarse dicho tribunal de Comercio;

Declaramos, que no há lugar á dirimirla, devolviéndose á cada juzgado sus respectivas actuaciones.» (*Colec. legisl.*, sentencia núm. 125 de las de 1860.)

(1) Art. 2.° de id.

posicion, y cortar los abusos que pudieran introducirse, ordena el art. 84 de la misma Ley, que el que promueva la cuestion de competencia de cualquiera de los modos que quedan establecidos, esto es, por declinatoria ó por inhibitoria, ha de asegurar en el escrito en que lo haga, que no ha empleado el otro medio. De consiguiente, cuando se falte á este requisito, el juez debe repeler el escrito, mandando á la parte que pida en forma: y esto debe hacerlo de oficio, sin oir á la otra parte, en cumplimiento de lo que para toda clase de demandas, sin escluir las incidentales, ordena el art. 226 (1), y del deber que tienen los jueces de velar por la observancia de dicha Ley de Enjuiciamiento, evitando que se introduzcan prácticas abusivas y contrarias á lo que en ella se halla prevenido (2).

Añade el mismo art. 84 que «si resultare lo contrario,» esto es, si resultare que aquella parte habia ya hecho uso de la declinatoria, al proponer la inhibitoria, ó al contrario, siendo por lo tanto falso lo que sobre esto habia asegurado en el escrito, «se le condenará por este solo hecho en las costas, aunque se decida á su favor la cuestion de competencia, ó aunque él la abandone en lo sucesivo.» Esta es la pena con que se castiga al litigante que falte á la verdad en el asunto de que tratamos: por este solo hecho debe ser condenado en las costas, aunque en el fondo sea justa su pretension y se decida á su favor. Esa condena habrá de ser de las costas causadas en los dos recursos, pues de otro modo no serviria de pena.

Hemos dicho ya que en estas cuestiones ha de pasarse por el resultado del primer medio que se hubiere elegido, al tenor del artículo 83. De consiguiente, si un litigante propusiere la inhibitoria, por ejemplo, asegurando en el escrito que no habia hecho uso de la declinatoria, y despues resultara lo contrario, en el momento en que así conste al juez, ante quien se dedujo aquella pretension, debe desestimarla, condenando en las costas á la parte que la promovió; é igual condena debe imponerle el otro juez, que esté conociendo de la declinatoria, aun cuando decidiese este incidente á favor de dicha parte, en pena de la falsedad de su aserto, que induce presuncion de mala fé. Esta debe ser, en nuestro concepto, la inteligencia del artículo 84. En el caso de llevarse adelante la cuestion de competencia, al tribunal dirimente es á quien corresponde imponer dicha condena de costas, con arreglo al art. 113.

Pero téngase presente que lo que la Ley castiga con las costas es la falsedad, no la omision de espresar que no se ha empleado el otro medio. Esta omision debe ser causa para que no se admita el escrito, como hemos dicho; mas de ningun modo para que por solo ello se impongan las costas del incidente á la parte que la cometió. Tampoco puede ser obstáculo para la sustanciacion de la competencia, una vez entablada, ni para que deje de decidirse, siempre que préviamente no se haya hecho uso de la declinatoria: lo contrario equivaldria á declarar la nulidad de los procedimientos, y la ley no ha llevado tan allá su precepto. Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo de Justicia en la decision de una competencia (1).

(1) En el último considerando de la sentencia dictada por la Sala segunda del Tribunal Supremo de Justicia, en 16 de mayo de 1860 (*Colec. legisl.*, núm. 116), en recurso de casacion interpuesto por D. José Laureano Melgar, contra la sentencia de la Sala tercera de la Audiencia de la Coruña, en pleito con D. José Pato, se establece que el citado artículo 226 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por el que se previene la repulsion de las demandas, que no se acomoden á las reglas establecidas en la misma ley, es aplicable á toda clase de demandas, sin esceptuar las incidentales.

(2) Real órden de 31 de octubre de 1855.

(1) Sentencia de 27 de agosto de 1856, decidiendo á favor del Juzgado de Guerra de Búrgos la competencia con el de primera instancia de Lerma, en pleito sobre sucesion á los bienes del soldado Agustin Angulo. Su último *considerando* dice:

«Considerando, por último, que la falta que se nota en el escrito de Mariano Angulo al promover la competencia por inhibitoria en el juzgado de Guerra, de no espresar que no habia empleado el medio de la declinatoria, no es mas que una simple omision de lo que debió manifestar con arreglo á lo que dispone el art. 84 de la citada Ley, y que lo que castiga este artículo con la condena de costas es la falsedad en caso de que resulte lo contrario, esto es, que habia empleado el otro medio; y que en cualquier caso no era el Juez de Lerma el llamado por la ley para imponer estas costas.» (*Coleccion legislativa*, tomo 69, decision núm. 1.°)

La doctrina, que hemos espuesto, fundada en los artículos 83 y 84 de la Ley de Enjuiciamiento, no puede ser aplicable al caso escepcional, en que, habiéndose promovido una cuestion de competencia por razon de la materia ó del fuero personal, despues de decidida esta, declarándose la clase ú órden de jurisdiccion competente para conocer del negocio, se promueva en el mismo asunto por distinto juez otra cuestion de competencia por razon del domicilio, del lugar en que esté la cosa litigiosa, del contrato, ó del en que deba cumplirse la obligacion. Estas dos cuestiones son independientes, y no se escluyen: la primera vá dirigida á fijar el órden ó clase de jurisdiccion, á que corresponde el negocio; y la segunda á determinar el juez que debe conocer del asunto, dentro de la misma jurisdiccion declarada competente. Creemos, por lo tanto, que decidida la primera cuestion, bien puede promoverse la segunda (1). Lo que la ley ha querido y debido evitar es, que se promuevan dos cuestiones de competencia entre los mismos jueces, y fundadas en una misma causa, de modo que lo resuelto en la una pueda servir de escepcion de cosa juzgada en la otra; y en este sentido ha de entenderse que el litigante, que hubiere propuesto la declinatoria, no puede abandonarla para recurrir á la inhibitoria, ni al contrario, debiendo pasarse por el resultado de aquel medio de estos dos, á que hubiese dado la preferencia.

¿Y cuál de estos dos medios será el mas conveniente ó ventajoso? Por regla general lo será, en nuestro concepto, la inhibitoria, pues tomando así parte en la cuestion el juez, á quien se cree competente, se dá mas importancia al asunto, y este podrá esforzar las razones en apoyo de su competencia. Sobre todo convendrá dar la preferencia á este medio, cuando la decision corresponda al Tribunal Supremo de Justicia, pues siendo este Tribunal el superior de todas las jurisdicciones, no tiene interés en quitarla á una para ensanchar los límites de la otra; lo cual, unido á la mayor categoría y esperiencia de sus individuos, al mayor número de que se componen sus Salas, á la naturaleza irrevocable de sus fallos, y á la publicidad, que ha de darse á los mismos, ofrece mayores garantías de acierto é imparcialidad.

Pero si la decision corresponde á la Audiencia, ó á otro tribunal superior, como este será el mismo que deberá conocer en su caso de la apelacion del juez, cuya competencia se disputa, entonces será preferible la declinatoria, por ser menos dilatoria y dispendiosa, y mas cuando aun puede entablarse el recurso de casacion contra el fallo de la Audiencia. Sin embargo, las circunstancias especiales de cada caso son las que indicarán la eleccion de uno ú otro recurso, sin que sobre esto pueda darse una regla precisa y absoluta.

Concluirémos este párrafo manifestando que, como hemos indicado en la introduccion del presente artículo, la *declinatoria* no puede ser calificada de cuestion de competencia, sino tomando esta acepcion en un sentido lato. Y con efecto: siempre que se pone en tela de juicio la competencia del juez, como sucede en la declinatoria, puede decirse que hay cuestion de competencia; pero en rigor tecnológico no puede darse esta calificacion sino á la *inhibitoria*, puesto que solo por medio de ella pueden tomar parte en la cuestion los dos jueces, á quienes se atribuye la competencia: circunstancia indispensable para que haya lucha ó conflicto, para que haya contienda entre dos autoridades judiciales, y de consiguiente cuestion de competencia. En la declinatoria es verdad que hay cuestion, pero

(1) Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo de Justicia, en la decision de una competencia entre el Juez de primera instancia del distrito de las Vistillas de Madrid y el de Badajoz, en un negocio civil, decidiéndola á favor de aquel, no obstante que antes lo habia sido á favor de este en competencia con el Juzgado de Marina de la corte, sobre el mismo asunto. (*Sentencia de 19 de febrero de 1857.*)

Su último considerando dice así:

«Considerando, por último, que la decision de este Supremo Tribunal de 12 de mayo de 1855, se limitó á declarar mas competente el Juzgado de Badajoz que el de Marina de esta corte en el estado que tenia el negocio, sin que de aquí sea posible inferir que quedó establecida su competencia absoluta, y que no habia juzgado alguno con mas razon legal para conocer.» (*Coleccion legislativa*, tom. 71, decision núm. 5.)

realmente no es *de competencia;* sino mas bien *sobre la competencia* del juez que ha tomado conocimiento del negocio.

Así lo reconoce tambien la Ley de Enjuiciamiento civil con el hecho de limitarse á dar reglas para sustanciar las inhibitorias en el título, que trata de las cuestiones de competencia, despues de haber dicho que estas pueden promoverse por inhibitoria ó por declinatoria. Y si, siguiendo sus prescripciones, hemos hablado de esta última en el párrafo presente, ha sido por la relacion que tiene con aquella, y para demostrar que el uso de la una escluye el ejercicio de la otra. Todo lo demás que es propio y peculiar de esta escepcion dilatoria, véase en su artículo correspondiente.

§. 2.° *Quién puede promover las cuestiones de competencia en asuntos civiles.*

La Ley de Enjuiciamiento civil, lo mismo que las anteriores, al hablar del ejercicio de este derecho, no lo limitan al demandante ni al demandado: se refieren en general á los litigantes; de lo cual debe deducirse que tanto el uno, como el otro, pueden promover la cuestion de competencia.

Sin embago, es preciso tener presente que el demandante, por el hecho de presentar su demanda, reconoce la competencia del juez, ante quien la deduce, y queda sometido á su jurisdiccion (1). No puede por lo tanto reclamar despues contra la competencia de aquel juez, á quien reconoció como legítimo y competente; y si lo hiciere, será vencido en el debate, y condenado regularmente en las costas.

El demandado se encuentra en posicion muy diferente. No es suya la eleccion del juez: se vé precisado á comparecer ante el elegido por su contrario, y de cuya órden ha sido citado y emplazado; y si este juez no es el suyo, ó no es competente para conocer del negocio, y á sus intereses se opone el seguir el litigio ante él, justo es que la ley le conceda algun recurso para eximirse de su jurisdiccion, puesto que es un principio de derecho público el que nadie pueda ser juzgado sino por juez competente. La inhibitoria es otro de esos recursos: y de todo ello se deduce la consecuencia, que puede establecerse como regla general, de que al demandado corresponde ejercitar la inhibitoria, ó promover la cuestion de competencia.

Tambien el demandante podrá en algun caso verse precisado á hacer uso de este remedio. Tal sucederia si fuese reconvenido, en el mismo juicio de su demanda, sobre cosa ó materia de que no pueda conocer el juez por falta de jurisdiccion. En tal caso, si el juez admitiese la reconvencion, tendria el actor que promover la cuestion de competencia. Pero como en la reconvencion el demandante es á la vez demandado, y bajo este concepto haria uso de aquel derecho, siempre resulta cierta la regla general de que el demandado es quien promueve las cuestiones de competencia.

¿Podrán los jueces promover estas contiendas *de oficio*, ó sin escitacion de parte legítima? Cuestion es esta muy debatida por los espositores de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, y que debemos examinar con la detencion que requiere su importancia. Para ello es preciso fijarnos en la letra y espíritu de las disposiciones de dicha ley, y en las reglas generales del derecho.

Por el art. 2.° de aquella se ha restablecido en toda su fuerza el principio, sancionado ya por las leyes de Partida (1), de que sea juez competente, con preferencia á cualquiera otro, aquel á quien se hubiesen sometido las partes espresa ó tácitamente, con tal que este juez ejerza jurisdiccion ordinaria; y segun el art. 4.° se entienden sometidos tácitamente, el demandante, por el hecho de recurrir al juez, interponiendo su demanda; y el demandado, por hacer, despues de personado en los autos, cualquiera gestion que no sea la de proponer en forma la declinatoria. Serian ilusorias estas disposiciones, si se permitiera á

(1) Art. 4.° de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(1) Ley 32, tít. 2, Part. 3.ª, §. *La novena.*

los jueces promover de oficio las cuestiones de competencia, para sacar á los litigantes de la jurisdiccion del juez ordinario, á quien se hubieren sometido voluntariamente. Si, pues, queda al arbitrio del demandado proponer ó no la declinatoria; si puede someterse á juez ordinario, que en otro caso no seria competente para él; y si queda sometido por el solo hecho de gestionar en los autos sin proponer dicha escepcion, no puede menos de deducirse que la ley deja esclusivamente al interés ó arbitrio de las partes el promover ó no las cuestiones de competencia.

En apoyo de esta opinion vienen tambien las demás disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento civil, referentes á esta materia. Solo dos medios concede el art. 82, como hemos visto, para promover dichas cuestiones, á saber, la declinatoria y la inhibitoria, y en ninguno de ellos puede procederse de oficio, tanto por su naturaleza, como porque se previene terminantemente que hayan de intentarse ó proponerse por la parte interesada, lo cual escluye el procedimiento de oficio. Es verdad que esta esclusion no está consignada en la ley directamente ó *á priori*; pero lo está *á posteriori*, toda vez que en cuantas disposiciones se refieren á esta materia, se determina ó dá por supuesto que el procedimiento ha de ser á instancia de parte. Si la Ley hubiese querido autorizar el procedimiento *de oficio* para estos casos, lo hubiera dicho terminantemente, como por razones, que espondremos en su lugar oportuno; lo dice respecto de los recursos *de fuerza en conocer*, por medio de los cuales se deciden las cuestiones de competencia entre jueces seculares y eclesiásticos (1); y como está tambien prevenido en cuanto á las competencias de jurisdiccion y atribuciones, que ocurran entre las autoridades administrativas y los tribunales ordinarios y especiales (2).

Resulta, pues, de lo espuesto, que con arreglo á la letra y espíritu de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, no pueden promoverse *de oficio* cuestiones de competencia, fuera de los dos casos especiales que acabamos de indicar. Esto es incuestionable, y así lo reconocen todos los espositores, cuando se trata de competencias entre jueces ó tribunales de la jurisdiccion ordinaria; y tambien entre los de cada una de las jurisdicciones privilegiadas entre sí, porque cada una de ellas se reputa como ordinaria respecto de las personas ó cosas de su fuero. Esa ha sido tambien la práctica, que por punto general se habia observado hasta ahora; y decimos por *punto general*, porque no faltan casos de haberse promovido de oficio esas contiendas entre jueces de una misma especie de jurisdiccion, cuya práctica abusiva ha de quedar completamente desterrada, si ha de tener cumplimiento la nueva Ley.

Pero se objeta que, si esto es incuestionable cuando la contienda haya de versar entre jueces de una misma especie de jurisdiccion, no así cuando deba tener lugar entre la jurisdiccion ordinaria y las privilegiadas, porque entonces la competencia no es de atribuciones, como en aquel caso; sino de jurisdiccion, y es de órden público que cada juez no traspase los límites de la que le está confiada. Tambien vamos á examinar la cuestion en este terreno, prometiéndonos demostrar, que ni aun en este caso deben, ni pueden promoverse de oficio las contiendas de que tratamos.

Y con efecto: las mismas razones, espuestas anteriormente, convencen de que las jurisdicciones privilegiadas no pueden promover de oficio cuestiones de competencia á la civil ordinaria en asuntos civiles. Los litigantes, como hemos dicho de acuerdo con la letra de la ley, pueden someterse espresa ó tácitamente á esta jurisdiccion, cuya facultad se concede á toda clase de personas, sin reserva ni limitacion alguna; lo que equivale á reconocer en la jurisdiccion ordinaria competencia para todos los negocios que pueden ventilarse en estos tribunales, cualquiera que sea el fuero personal de los litigantes. Y la razon es porque el fuero es un derecho, que por regla general puede renunciarse, como cualquiera otro; y se entiende renunciado, para la

(1) Arts. 119 y 1106 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(2) Real decreto de 4 de junio de 1847.

cuestion judicial promovida, por el mero hecho de someterse las partes á la jurisdiccion ordinaria. Si, pues, los interesados no reclaman su fuero proponiendo en forma la declinatoria ó la inhibitoria, esta jurisdiccion, como madre y fuente de donde nacen las otras jurisdicciones, que no son mas que desmembraciones de la misma, recobra su competencia para conocer de aquel negocio; y sin necesidad se causaria una grave perturbacion en la administracion de justicia, con las dilaciones, gastos y perjuicios consiguientes, si se permitiera que esa competencia fuese combatida ó disputada de oficio.

Nadie mas interesado que los mismos litigantes en reclamar su fuero; y si estos no lo hacen, porque no quieran, ó no les convenga someter la cuestion litigiosa á la decision de su juez especial, ¿qué razon, ni de conveniencia, ni de justicia, podria alegarse para tolerar que este les obligase á litigar ante él? ¿Qué razon habria para permitir que el juez privilegiado les perturbase, promoviendo de oficio la cuestion de competencia, en el ejercicio del derecho, que tiene todo español, de someter sus diferencias al juez ordinario que mas les convenga, y aun á jueces árbitros elegidos por las mismas partes? Tal procedimiento seria contrario á la equidad, y á las reglas generales del derecho: y ante las consideraciones precedentes cede, como menos poderoso, la de que es de órden público el límite y estension de las jurisdicciones.

Entiéndase que venimos hablando bajo el supuesto de que la materia litigiosa ha de ser de la competencia de la jurisdiccion ordinaria, es decir, que esta sea competente para conocer de aquella cuestion, cuando se ventile entre personas del fuero comun, pues si no lo fuese, entonces no podria tener efecto la sumision de las partes. Es un principio inconcuso de derecho que no puede prorogarse jurisdiccion á juez, que no la tenga para conocer de la materia que sea objeto del litigio, porque, como con mucha razon dice Gregorio Lopez (1), *quod non est, non potest prorogari*. Las partes no pueden investir al juez de atribuciones que la ley no le ha concedido; no pueden darle la jurisdiccion, de que carece segun la ley, y por lo tanto seria ineficaz la sumision, que hiciesen á juez incompetente para conocer de la materia, objeto del litigio (1). Así es, que tales casos salen de la re-

(1) Glosa 2.ª á la ley 7, tit. 7, Part. 3.ª

(1) El Tribunal Supremo de Justicia acaba de confirmar esta doctrina por sentencia de 12 de octubre de 1860, declarando haber lugar al recurso de casacion, interpuesto por D. Miguel Redondo, como Director gerente de la sociedad minera *Positiva Manganesa*, contra una sentencia de la Sala primera de la Audiencia de Madrid. Habiendo sido condenada en rebeldía dicha sociedad en cierto pleito con D. Juan Teruel, su nuevo Director gerente, D. Miguel Redondo, solicitó que se le prestase audiencia contra la ejecutoria: mas, dedujo esta solicitud en el juzgado de primera instancia, el cual la desestimó; é interpuesta apelacion, la Audiencia confirmó el fallo del inferior. Contra esta sentencia interpuso el recurso de casacion, fundado en la incompetencia de jurisdiccion, que tenia el juez para conocer de este negocio en primera instancia y la Audiencia en apelacion, en razon á que á este tribunal correspondia esclusivamente su conocimiento en primera y única instancia, con arreglo al art. 1199 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Y la Sala segunda del Tribunal Supremo, no obstante la sumision de las partes, y de no haber reclamado oportunamente contra tal causa de nulidad, ha casado dicha sentencia y anulado los procedimientos, fundándose en ser radical la incompetencia del juez para conocer de la demanda, y la de la Audiencia en apelacion; y en que la sumision de las partes no puede legitimar instancias y recursos no autorizados por la ley. Así se ha consignado en los *considerandos* 2.º y 3.º de dicha sentencia, que dicen:

«Considerando que esta (la incompetencia de jurisdiccion) es radical é incontestable, pues se ha conocido del incidente por un juzgado de primera instancia, y en apelacion por la Audiencia, mientras la Ley de Enjuiciamiento en su art. 1199 terminantemente dispone: «Que la Audiencia que haya dictado la ejecutoria, ó á cuyo territorio corresponda el juzgado, cuya sentencia haya quedado consentida, es quien debe declarar si procede ó no que se oiga al litigante condenado en rebeldía»; y en este supuesto, ni el juzgado de primera instancia tuvo competencia para conocer por demanda, ni la Audiencia para hacerlo en apelacion:

Considerando que, aun cuando por regla general debiera perjudicar á D. Miguel Redondo para reclamar de incompetencia el haber él mismo llevado el incidente al Juzgado de primera instancia por demanda, y á la Audiencia por apelacion, prorogando así jurisdiccion, en su caso, al tenor de los artículos 2.º, 3.º y 4.º de la Ley de Enjuiciamiento; y aunque tambien debiera perjudicarle el no haber reclamado la subsanacion de la falta en primera ni en segunda instancia, segun el art. 1019 de la propia ley; estos artículos han de entenderse y aplicarse dentro del procedimiento y trámites au-

gia general, y es permitido promover en ellos de oficio las contiendas de competencia, aunque con sujecion á trámites especiales.

En dicho caso se hallan los negocios *contencioso-administrativos*, y los *eclesiásticos*, que pertenecen á la jurisdiccion propia y esencial de la Iglesia. Esta jurisdiccion se deriva de su divino fundador, y pertenece á diferente sociedad ó estado que las seculares. La administrativa es una seccion del poder ejecutivo. Ni la una ni la otra se encuentran en las condiciones, que las otras jurisdicciones especiales, respecto de la ordinaria, de la cual son estas una desmembracion, como hemos dicho: las invasiones, pues, de aquellas en estas, y al contrario, turbarian gravemente la independencia y ejercicio de los poderes del Estado. Por estas consideraciones, si se llevase una cuestion administrativa ó puramente eclesiástica ante un juez secular, este deberia inhibirse de oficio por carecer de jurisdiccion para conocer de aquella materia; y no haciéndolo, se le puede provocar de oficio la cuestion de competencia en la forma especial correspondiente, y que esponemos en sus lugares oportunos. Véase **COMPETENCIA ADMINISTRATIVA: RECURSO DE FUERZA.**

Pero si la demanda versare sobre el cumplimiento de un contrato mercantil, por ejemplo, ó se ejercitara en ella cualquiera accion civil, real, personal ó mista, como estas materias son de la competencia de la jurisdiccion ordinaria, no deberá esta inhibirse de oficio, ni tampoco podrán promover de oficio la contienda de competencia las jurisdicciones especiales, á quienes en virtud del fuero corresponderia el conocimiento del negocio, en razon á que aquella se ha hecho competente por la sumision de las partes. De otro modo se faltaria abiertamente á lo que ordenan los artículos 2.°, 3.° y 4.° de la citada Ley de Enjuiciamiento, respecto de los cuales, sin embargo, habrémos de recordar, como en otros lugares, el principio de que *la jurisdiccion no se prorroga, cuando no es prorogable.*

Dicen los que sostienen la opinion contraria, que esto podria concederse cuando se trate de fueros que pueden renunciarse, como el de comercio y el de estranjería (1); mas de ningun modo cuando los demandados sean militares ó eclesiásticos, los cuales no pueden renunciar su fuero por estar concedido á la clase, y no al individuo (2); y de consiguiente, que los jueces propios de unos y otros deberán salir de oficio á la defensa de su jurisdiccion, y reclamar de la ordinaria el conocimiento del negocio, puesto que el demandado, militar ó eclesiástico, no ha podido someterse á ella, espresa ni tácitamente.

Ya hemos dicho antes que las contiendas de competencia entre la jurisdiccion secular y eclesiástica se rigen por disposiciones especiales, que permiten el procedimiento de oficio.

Concretándonos, pues, á la jurisdiccion militar, diremos que este argumento no tiene tanta fuerza como á primera vista parece. En primer lugar, la Real órden, que se cita, de 8 de noviembre de 1830, fué dictada para un caso especial, que no tiene analogía con el de que tratamos. Por ella se declaró que no era justo ni conveniente se accediese á la solicitud del Dean y Cabildo del obispado de Canarias, que pretendian fuese válida la renuncia de su propio fuero, que hiciesen los militares en los contratos sobre rentas decimales, y que el que renunciase quedara sujeto esclusivamente al Tribunal de Cruzada. Y se

torizados por las leyes, y subordinados por tanto á los que determinan las instancias y recursos en los juicios; de suerte que en ningun caso la sumision espresa ó tácita de las partes legítimo instancias y recursos estraordinarios no autorizados, y menos aun escluidos por las leyes, en cuyo supuesto el derecho público seria turbado á voluntad de los particulares, como sucederia en el presente caso, de dar otra estension y aplicacion á los artículos 2.°, 3.°, 4.° y 1019 ya citados.....» (*Gaceta* de 16 de octubre de 1860.)

(1) Véanse las decisiones sobre competencias, resueltas por el Tribunal Supremo de Justicia en 25 de octubre de 1853 (*Coleccion legislativa*, tomo 60, núm. 8.) y en 9 de enero de 1854 (*Id.*, tomo 61, núm. 5.), por las cuales se declara que es renunciable el fuero de estranjería, y que pueden los estranjeros someterse espresa ó tácitamente á la jurisdiccion ordinaria.

(2) Cítanse en apoyo de esta doctrina, respecto de los militares, las Reales órdenes de 8 de noviembre de 1830 y 31 de enero de 1847, que despues examinaremos.

fundó esta declaracion, no solo en que *no puede renunciarse dicho fuero en perjuicio de la clase, á que está dispensado*; sino tambien porque, de accederse á ello «se haria á los militares de peor condicion que á los demás, que interviniesen en contratos de esta naturaleza», pues es sabido que nuestras leyes prohiben la sumision de los legos á los jueces eclesiásticos. De consiguiente dicha Real órden, como dictada para un caso especial, no puede aplicarse al de que estamos tratando, por no tener la necesaria analogía con aquel.

La otra Real órden citada, de 31 de enero de 1847, tampoco se opone, en nuestro concepto, á la opinion que sustentamos. Dícese en ella, que un capitan retirado acudió á S. M. solicitando «*disfrutar del derecho civil, como los demás vecinos, en lo respectivo á testamentarías*, sin la intervencion del tribunal militar,» y que S. M. se sirvió declarar *improcedente esta solicitud, por ser contraria á la legislacion militar vigente*. Se vé, pues, que dicho capitan quiso hacer la renuncia de su fuero, aunque limitada á las testamentarías, general para todos los casos de esta clase, y está admitido en principio que la legislacion militar no permite las renuncias generales del fuero. Mas tampoco prohibe espresamente la sumision á la jurisdiccion ordinaria para un caso concreto y determinado, que es de lo que tratamos; y cuando menos habrá de reconocerse, que en este último concepto hay disposiciones reales y declaraciones jurídicas en favor de nuestra opinion.

Y aun cuando se reconozca, como regla general, que el fuero militar no es renunciable, esto ha de entenderse si se hace en perjuicio de la clase á que está dispensado, como se dice en la Real órden citada de 1830. Y ¿qué perjuicio puede seguirse á la clase militar de que uno de sus individuos se someta á la jurisdiccion ordinaria en un negocio determinado? ¿No vemos repetidas veces estas sumisiones? Y sin embargo, nadie pretenderá que por ello ha sufrido menoscabo ó perjuicio el fuero de la clase en general, como tampoco que sea nula la ejecutoria, causada en virtud de este consentimiento.

Además, aunque se tenga por nula la renuncia general de su fuero, que haga un aforado de Guerra ó de Marina, no puede considerarse en este caso la sumision á la jurisdiccion ordinaria para un negocio civil determinado. Con mas predileccion miran las leyes el fuero militar para lo criminal, y sin embargo, queda sometido el reo á la jurisdiccion ordinaria cuando no lo reclama antes de contestar á la acusacion fiscal, como verémos en la seccion siguiente, sin que sirva de obstáculo la calidad de irrenunciable, que se concede á dicho fuero. Y sobre todo, aunque fuese nula la sumision indicada antes de la Ley de Enjuiciamiento civil, no puede serlo despues de publicada esta, pues siendo tambien obligatoria para los militares esta ley, con arreglo á su artículo 1414, y á lo dispuesto por el Ministerio de la Guerra, en Reales órdenes de 19 de diciembre de 1855, y 12 de marzo de 1856, y por el de Marina en las de 24 de abril y 16 de mayo del propio año 1856, no pueden prescindir de sujetarse á lo que ordenan los artículos 2.°, 3.° y 4.° de la misma. Todavía volverémos á tratar esta materia en su lugar correspondiente. Véase FUERO en sus diferentes especies.

Y por último, aun dando toda la fuerza y estension, que se quiera, á la prohibicion de renunciar dicho fuero, esto serviria en su caso para que el interesado pudiese intentar la inhibitoria ante su juez competente, en cualquier estado del juicio, considerando nula la sumision hecha por haber contestado la demanda sin proponer en forma la declinatoria; y aun tambien para que el Ministerio fiscal pueda hacer aquella reclamacion, como luego dirémos respecto de la jurisdiccion ordinaria: pero nunca servirá para que el juez militar, de oficio, y sin escitacion de parte, promueva la cuestion de competencia. Dicho juez ha de arreglar sus procedimientos, como queda espuesto, á la Ley de Enjuiciamiento civil, y ya hemos demostrado que esta no autoriza el procedimiento de oficio en tales casos.

Tambien las demás jurisdicciones especiales han de acomodar sus procedimientos á dicha ley para las cuestiones de competencia

en negocios civiles (1), por no tener otra especial, á que deban arreglarlos; y por lo tanto, ninguna de ellas podrá promover *de oficio* cuestiones de competencia á la jurisdiccion ordinaria, ni las unas á las otras, por las razones que hemos espuesto.

Y ¿podrá promoverlas la jurisdiccion ordinaria á las privilegiadas? La resolucion negativa se deduce de las mismas razones que dejamos alegadas. La Ley de Enjuiciamiento civil no autoriza el procedimiento *de oficio* en tales casos; solo permite la declinatoria ó la inhibitoria á peticion de parte, y de consiguiente no podrán los jueces ordinarios promover de oficio las contiendas de competencia en ningun caso, por no haber términos hábiles para ello, como no sea á los jueces eclesiásticos por medio del recurso de fuerza.

No seria la nueva Ley consecuente en sus principios, si hubiese ordenado otra cosa. Por el art. 2.° se deja al arbitrio de los litigantes la libertad de someterse al juez ordinario, que tengan por conveniente; y si en el caso supuesto se permitiera promover de oficio la competencia, seria tanto como obligarles á seguir el pleito ante un juez, á cuya jurisdiccion no quisieron someterse.

Además, la Ley ha previsto, como no podia menos de prever, que pueden suscitarse dichas contiendas entre la jurisdiccion ordinaria y las privilegiadas, á pesar de lo que, ninguna distincion hace en cuanto al modo de promoverlas. Esto supone que ha querido subordinar á unas mismas reglas todas las cuestiones de competencia; y si se concede que no pueden promoverse de oficio entre jueces de la jurisdicion ordinaria, es preciso conceder tambien que lo mismo ha de hacerse cuando se susciten entre esta y las jurisdicciones privilegiadas seculares. Si en la mente del legislador hubiese estado el establecer tal distincion, la hubiera consignado espresamente, como lo ha hecho respecto de los recursos de fuerza en conocer, que, segun se espresa en el art. 1100, pueden promoverse de oficio.

No tiene, en nuestro concepto, fuerza alguna el argumento, que los que sostienen la opinion contraria deducen de los artículos 3.° y 4.° de la misma Ley. La sumision, dicen, segun dichos artículos, no puede hacerse sino á juez, que ejerza jurisdiccion ordinaria: luego será nula la hecha en otra forma; y no pudiendo ser invadida ni usurpada dicha jurisdiccion por las privilegiadas, debe tener la facultad de promover de oficio las cuestiones de competencia para reclamar contra tales intrusiones y sostener su integridad; lo cual, además, es muy conveniente, pues así se evitará la nulidad de los procedimientos por falta de competencia en el juez.

Es verdad que será nula la sumision hecha á juez que no sea de la jurisdiccion ordinaria, como contraria á *ley prohibitiva*; pero de aquí no puede deducirse que esta jurisdiccion deba salir de oficio á su defensa, toda vez que la ley no le otorga esta facultad. Mas trascendentales y peligrosas son aun las usurpaciones, que el poder ejecutivo suele hacer del judicial, y sin embargo, por razones de conveniencia pública no se permite que este poder promueva competencia á la Administracion, como ya hemos indicado. Pues tambien por razones de conveniencia pública la ley ha dejado al interés de las partes esclusivamente el promover ó no las contiendas de competencia. No conviene embarazar la marcha de la administracion de justicia en asuntos civiles con contiendas de esta clase, que paralizan el procedimiento, y dan ocasion á gastos, cuando no las creen necesarias las partes interesadas, de quienes ha de ser el daño ó el provecho.

Tambien es verdad que en el caso supuesto será nulo el procedimiento, y nula la sentencia por falta de competencia en el juez. Pero lo que de aquí puede deducirse es, que en cualquier estado del negocio podrá la parte interesada reclamar la inhibicion del juez, á quien no ha podido someterse, y utilizar en su caso el recurso de casacion; y si no lo hace en tiempo oportuno, suya será la culpa, y el fallo adquirirá la subsistencia y validez de cosa juzgada.

(1) Ya hemos dicho que respecto de los tribunales de Comercio está así declarado en sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de mayo de 1860. Véase al principio del §. 1.° de esta seccion (nota 1.ª de la columna 1.ª, pág. 280).

Para evitar aquel inconveniente y el de la estralimitacion de jurisdicciones, luego que un juez comprenda que está conociendo de un negocio, que no es de su competencia por razon de la materia, ó porque los litigantes no han podido someterse á su jurisdiccion, debe inhibirse de oficio, declarándose incompetente, y remitir á las partes á que usen de su derecho ante juez competente. Así lo hemos visto practicar y decidir por el Tribunal Supremo de Guerra y Marina, al ir á fallar en segunda instancia un negocio que no era de su competencia; y así está tambien mandado á los tribunales de Comercio (1), y á toda clase de jueces respecto de los negocios que pertenezcan á la Administracion (2). Pero si así no lo hiciesen, no podrá el juez, que se crea competente, hacer de oficio la reclamacion.

No se entienda por esto que la jurisdiccion ordinaria carece absolutamente de medios para defender su integridad, cuando los litigantes se sometan indebidamente á una de las jurisdicciones especiales. Al Ministerio fiscal está confiada la defensa de dicha jurisdiccion (3), y en cumplimiento de este deber bien podrá promover la inhibitoria ó la cuestion de competencia en el caso antedicho, á fin de impedir que un juez privilegiado conozca de un negocio, que no es de su jurisdiccion: pero sin mezclarse en lo que sea del interés privado de las partes, las cuales quedarán en libertad para someterse al juez ordinario, que mas les convenga. De este modo no se falta al art. 82 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que, segun hemos visto no consiente las cuestiones de competencia sino á instancia de parte legítima, y en el caso supuesto no puede negarse que lo sea el Ministerio fiscal; y tienen tambien su debido cumplimiento las demás disposiciones de la ley, sin menoscabo de la jurisdiccion ordinaria.

Este medio habrá de adoptarse tambien en los casos en que el juez debe proceder de oficio en asuntos civiles, como sucede en el juicio de ab-intestato, y en el necesario de testamentaría algunas veces. Si el juez, que como competente ha prevenido el ab-intestato ó testamentaría, tuviere noticia de que otro está conociendo indebidamente del mismo asunto, deberá oficiarle reclamándole las diligencias; y si se negare á remitirlas, entonces comunicará la contestacion á los interesados, que se hayan personado en los autos, y al promotor fiscal en su caso, y siempre que sea parte en estos juicios, para que promuevan la cuestion de competencia, ó pidan lo que crean procedente.

Concluirémos esta materia reproduciendo lo que sobre el particular, y de acuerdo con nuestra opinion, dice Gomez de la Serna en su obra titulada: *Motivos de las variaciones principales introducidas por la Ley de Enjuiciamiento civil.* Las palabras de este jurisconsulto son tanto mas autorizadas, cuanto que formó parte de la comision, que redactó dicha ley. Esponiendo precisamente el tít. 2.° de la misma, dice así en la página 41 de la obra citada:

«Los jueces *no pueden en negocios civiles promover las competencias de oficio*: hacerlo, seria quitar á las partes el derecho de sumision, que el artículo 2.° de la Ley propuesta les conferia. No por esto les es lícito entender de casos ajenos á su jurisdiccion: no teniendo facultad para ello, deben inhibirse desde luego, evitando de este modo que puedan en su dia ser casadas las sentencias que pronuncien.»

Hemos espuesto nuestra opinion, y creemos que con buenas razones. Debemos reconocer y confesar, sin embargo, que la materia es de suyo complicada y difícil, y que la legislacion no está tan clara, como fuera de desear, sobre todo acerca de si los militares pueden hoy renunciar tácitamente su fuero personal, sometiéndose á la jurisdiccion ordinaria en negocios civiles determinados. Para proceder con mas acierto en cada caso, será conveniente consultar la jurisprudencia, que establezca el Tribunal Supremo de Justicia en las varias decisiones de competencia.

(1) Art. 1203 del Código de Comercio.
(2) Art. 4.° del Real dec. de 4 de junio de 1847.
(3) Art. 101 del Reglam. provis. para la admin. de just.

§. 3.° *Término para promover las cuestiones de competencia en asuntos civiles.*

Puede decirse, que ni en la legislacion antigua, ni en la nueva se encuentra disposicion alguna directa, preceptiva *á priori*, dirigida á fijar el término, ó el período del juicio, dentro del cual hayan de promoverse las cuestiones de competencia en asuntos civiles; y sin embargo ese término debe existir, y existe en efecto, aunque determinado, bien indirectamente, bien *á posteriori*, porque no seria justo ni conveniente dejarlo al arbitrio de los litigantes. Además de la perturbacion, que esto causaria en la administracion de justicia, seria dejar la puerta abierta al litigante de mala fé, para suscitar esas contiendas y poner en duda la competencia del juez, cuando así conviniera á sus fines.

Ya se entenderá que nos referimos á las cuestiones de competencia, tomada esta denominacion en sentido estricto, y bajo el concepto, en que hablamos de ellas en el presente artículo, sin comprender la *declinatoria*, pues esta, como escepcion dilatoria que es, tiene señalado un término fatal, dentro del cual ha de proponerse, para que sea admisible, como espondremos en su lugar correspondiente.

Hemos dicho que está designado *á posteriori* el término, dentro del cual han de suscitarse las contiendas de competencia. Y con efecto: ahora, lo mismo que antes, el demandado queda sometido al juez, ante quien se ha presentado la demanda, por hacer, despues de personado en los autos, cualquiera gestion que no sea la de proponer en forma la declinatoria (1). Luego para que surta sus efectos la contienda de competencia, ha de promoverse antes de contestar la demanda, ó de haber practicado en los autos cualquiera otra gestion, en virtud de la cual se someta el demandado á la jurisdiccion del juez, que le emplazó. Hecha esta sumision, será inútil promover aquella contienda; y aun cuando se admitiese, indudablemente quedaria vencido en ella el que la promoviera, con espresa condenacion de costas en pena de su temeridad.

Téngase presente, que entre las gestiones indicadas no se comprende la de comparecer en los autos, á consecuencia del emplazamiento, y mostrarse parte en ellos, pidiendo su comunicacion. Este hecho, como se deduce del art. 4.° antes citado, no liga ni compromete al demandado, aun cuando no haga la protesta, hasta ahora usada de que no sea visto atribuir al juez mas jurisdiccion de la que por derecho le competa. Con ello no hace mas que acudir al llamamiento de una autoridad constituida, á la cual está obligado á obedecer y respetar; y proporcionarse los medios de defensa, enterándose de las razones que ha tenido su contrario para deducir su demanda, y para haberla deducido en aquel juzgado, y no en otro. Pero, si despues de personado en los autos, practica cualquiera gestion, que no sea dirigida á combatir la competencia del juez, por este solo hecho quedará sometido á su jurisdiccion, y será inútil por tanto promover despues dicha contienda.

Esta es la regla general, que tambien tiene sus escepciones. Si el pleito versa sobre materia, de que no puede conocer la jurisdiccion ordinaria; si el fuero del demandado es de los que no pueden renunciarse; ó si la sumision se ha hecho á juez, que no ejerza jurisdiccion ordinaria; como en estos casos no puede prorogarse jurisdiccion, podrá intentarse válidamente la inhibitoria en cualquier estado del juicio, antes que recaiga sentencia ejecutoria. Despues ya no quedará otro recurso que el de casacion, siempre que se entable en tiempo y forma (1). Así se ha practicado antes de ahora, y lo mismo se deberá seguir practicando con arreglo á la nueva ley. En todo caso ha de entenderse, segun consignamos en otra parte, y habrémos de repetir aun, *que la jurisdiccion no se prorroga, cuando no es prorogable*, por obstar el derecho.

(1) Art. 1.° de la Ley de Enjuiciamiento civil.

(1) Causa 7.ª del art. 1013 de dicha Ley.

§. 4.° *Procedimientos en los juzgados ó tribunales contendientes.*

La práctica, que sobre esta materia adoptaron desde un principio nuestros tribunales, de acuerdo con las disposiciones recopiladas, que pueden verse en la *parte legislativa* de este artículo, ha sido la mas racional y adecuada á su objeto. El juez, que se creía competente, oficiaba al que habia tomado conocimiento del negocio, esponiéndole las razones, en que fundaba su competencia, y requiriendo al otro, para que se inhibiera y le remitiese los autos. Si el requerido encontraba fundadas dichas razones, accedia á la reclamacion; y si no, contestaba esponiendo á su vez las en que apoyaba su competencia, requiriendo á aquel para que desistiera de su empeño.

Si no satisfacian las razones al requirente, solia este proponer una conferencia, cuando era posible tenerla, á fin de procurar una solucion adecuada. Si por este medio no podian avenirse: si no se provocaba confereocia, que era la regla comun; ó si por cualquier otra causa no mediaba, el juez requirente manifestaba por escrito al requerido, que no desistia; que hubiese por formada la contienda de competencia, y que remitiese los autos al superior comun, como por su parte lo verificaba. Ambos remitian, en efecto, los autos al superior, á quien correspondia dirimir la competencia, cuya resolucion se llevaba á efecto sin ulterior recurso.

Durante la contienda, uno y otro juez suspendian sus procedimientos, como que quedaba en suspenso la jurisdiccion de cada uno; y, como hoy, era principio general, que, pendiente la contienda, *nihil innovandum*.

Cuando los jueces contendientes no tenian un mismo superior comun, cada uno solia hacer por conducto del suyo la remesa de los autos al respectivo Consejo, ó á la Junta suprema de Competencias, segun los sistemas que dominaron. Dicho superior, si la contienda se habia promovido de oficio, examinaba los autos antes de darles curso, y si encontraba infundada la pretension de su subordinado, desaprobaba sus procedimientos, y remitia los autos al otro juez contendiente, con lo que quedaba terminada la controversia. Tambien solia terminarse por conformidad de los fiscales de los respectivos Consejos.

Al mandarse por la Real cédula de 1803 (1) que las competencias entre jurisdicciones de diversa especie se resolviesen por las Secretarías de Estado y del Despacho correspondientes, se ordenó que se remitiesen á ellas directamente los autos, y así se hacia tambien respecto de la Junta suprema de Competencias, creada en 1819.

El decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, restablecido en 1836, aceptó la práctica antes indicada, si bien simplificándola y regularizándola en la forma conveniente, para evitar dilaciones innecesarias. Segun sus artículos 11 y 12, el juez, que solicitase la inhibicion de otro, habia de pasar oficio á este, manifestándole las razones, en que se fundaba, y anunciando la contienda, si no cedia. Debia contestar el intimado, dando las suyas, y aceptándola en su caso. Si el primero no se satisfacia, lo comunicaba al segundo, y ambos remitian por el primer correo al tribunal superior competente los autos, que respectivamente habian formado, acompañando cada cual una esposicion de las razones, en que fundaba su competencia. La cuestion habia de decidirse por el tribunal superior correspondiente en el preciso término de ocho dias.

Como se vé, en esta disposicion no se hizo mas que indicar la marcha de los procedimientos, sin descender á pormenores y detalles necesarios, que tuvo que suplir la jurisprudencia. Así es que en cada juzgado se daba audiencia á la parte interesada en sostener la jurisdiccion del mismo, cuando se habia personado en los autos; y en todo caso al Ministerio fiscal, como defensor de la jurisdiccion ordinaria, declarado así por los artículos 70 y 101 del Reglamento provisional para la administracion de justicia.

(1) Ley 18, tit. 1.°, lib. 4.°, Nov. Rec.

La nueva Ley de Enjuiciamiento civil ha seguido el mismo sistema, que venia observándose; pero, minuciosa en los detalles, cual correspondia á su naturaleza y objeto, ha fijado con toda precision los trámites, que han de seguirse, tanto en los juzgados contendientes, como en el tribunal superior, á que han de remitirse los autos, para dirimir la competencia. Partiendo del principio de que estas contiendas no han de promoverse sino á instancia de parte, declara la intervencion, que en ellas han de tener los litigantes, y los recursos que les son permitidos, para alzarse de las providencias del juez inferior, que les causen perjuicio, y tambien fija los casos, en que ha de intervenir el Ministerio fiscal, enmendando la jurisprudencia anterior, que siempre le daba audiencia, como hemos manifestado.

Espondrémos, pues, los procedimientos que con arreglo á dicha Ley han de seguirse en cada juzgado ó tribunal contendiente, hasta dejar terminada la contienda por mútua avenencia, ó remitir los autos al superior, á quien corresponda dirimirla.

Procedimientos en el juzgado requirente. La parte, á quien interese promover la contienda de competencia, ha de proponer la inhibitoria ante el juez, á quien crea competente, en escrito con firma de letrado, pidiéndole que se dirija oficio al que ha tomado conocimiento del negocio, para que se inhiba, y le remita los autos. De este escrito se dará traslado ó audiencia al promotor fiscal, por término de tercero dia; pero solo cuando la inhibitoria se dirija contra juez, que ejerza jurisdiccion de diferente especie. Oido el Ministerio fiscal en este caso, ó en vista solo del escrito de la parte, cuando la competencia sea entre jueces, que ejerzan jurisdiccion de la misma clase, el juez acordará lo que estime procedente, fundando la providencia. Si no accede á la inhibitoria, podrá la parte apelar de esta providencia, cuyo recurso ha de admitirse en ambos efectos. Y si accede á lo solicitado, librará desde luego el oficio inhibitorio al otro Juez, acompañando testimonio del escrito, en que se haya pedido, de lo espuesto por el promotor fiscal en su caso, del auto que hubiere recaido, y demás que el juez estime necesario, de lo que resulte de autos, para fundar su competencia (1).

Diligencias en el juzgado requerido. Recibido el oficio de inhibicion, el juez requerido mandará que se una á los autos de su referencia, con el testimonio que se acompañe, y que, con suspension de todo procedimiento, se comunique por tres dias á la parte ó partes, que ante él litigueo, para que espongan lo que á su derecho convenga. Tambien oirá por tres dias al promotor fiscal de su juzgado, cuando el requirente ejerza jurisdiccion de diferente clase. Evacuados estos traslados, llamará el juez los autos á la vista, y dictará sentencia fundada, accediendo á la inhibicion, ó negándose á ella. Tanto en uno, como en otro caso, esta sentencia es apelable en ambos efectos (2).

Si el juez requerido accede á la inhibicion, luego que esta sentencia haya sido consentida por la parte ó partes, que ante él litiguen, y por el promotor fiscal en su caso, ó que haya sido confirmada por el tribunal superior en caso de apelacion, remitirá los autos al juez requirente, con emplazamiento de dicha parte ó partes, para que comparezcan ante éste á usar de su derecho (3). La remesa deberá hacerse á costa del demandante, por haber dado lugar á ella presentando su demanda ante juez incompetente. El emplazamiento se hará, en su caso, al procurador de la parte (4), sin fijar término para la comparecencia, puesto que la ley no lo previene, sin duda por la razon de que es del interés esclusivo de la parte el comparecer en el juzgado, declarado competente, á hacer uso de su derecho, reproduciendo allí su demanda.

Pero, si no accede á la inhibicion, lo comunicará, por medio de oficio, al juez, de quien proceda la inhibitoria, remitiéndole testimonio de lo que hayan espuesto la parte y promotor fiscal en su caso, de la sentencia

(1) Arts. 85 al 89 inclusive y 98 de Ley de Enjuiciamiento civil.
(2) Arts. 90, 91 y 98 de id.
(3) Art. 92 de id.
(4) Art. 10 de id.

dictada, y de lo demás que crea necesario en apoyo de su competencia. En este oficio exigirá que se le conteste, para continuar actuando si se le deja en libertad, esto es, si el requirente desiste de su empeño; ó para remitir los autos á quien corresponda la decision de la contienda (1).

Conclusion de estos procedimientos. Tenemos ya la reclamacion ó demanda del juzgado requirente, y la contestacion del requerido: resta solo esponer lo que ha de hacerse para cerrar el debate, y que se dirima la competencia por quien corresponda, caso que los jueces contendientes no hayan podido avenirse.

En la práctica antigua, de la contestacion del juez requerido aun se daba traslado á la parte y al promotor fiscal. La nueva Ley ha suprimido con razon este trámite, como innecesario, puesto que en este estado tienen ya los autos la instruccion conveniente para poder decidir la cuestion con el debido conocimiento de causa. Segun ella, recibida dicha contestacion, con el testimonio que antes hemos espresado, debe mandar el juez requirente que se una todo á los autos de su referencia, y se traigan á la vista; y sin mas audiencia, ni otros trámites, proveerá lo que estime justo, en sentencia fundada, la cual será apelable en ambos efectos (2). De modo que, si en vista del testimonio y oficio del juez requerido, se convence de que este es el competente para conocer del negocio, debe desistir de la inhibitoria; y si no, insistirá en ella, acordando además en uno y otro caso lo que vamos á esponer.

Dice el párrafo 4.° del artículo 97 de la Ley, que estamos examinando, que «*si se inhibiere*, consentida ó ejecutoriada la sentencia, *lo comunicará al juez, que haya propuesto la inhibicion*; al cual remitirá lo ante él actuado, para que lo una á los autos.» En las palabras subrayadas hay una errata tan notable, ó un descuido de redaccion tan marcado, que hace inaplicable el testo literal de la Ley al caso, á que notoriamente se refiere: salta á primera vista la antítesis ó contrariedad que entre ellas existe.

Y con efecto, es de notar que la Ley viene hablando del *juez requirente*, del mismo que propuso la inhibitoria: y ¿cómo *se ha de inhibir*, si no tiene el conocimiento del negocio? ¿cuando es esto precisamente lo que él reclama del otro? ¿Cómo ha de comunicar su resolucion *al juez que haya propuesto la inhibicion*, cuando él mismo es quien la propuso?

Para que dicha disposicion espresara lo que indudablemente ha querido decir, segun se infiere de lo que antes y despues se ordena, debiera estar redactada en los términos siguientes: «*Si desistiere de la inhibitoria*, consentida ó ejecutoriada la sentencia, lo comunicará el juez, *á quien* haya propuesto la inhibicion; al cual remitirá lo ante él actuado para que lo una á los autos.» Hechas las dos correcciones, que hemos subrayado, en la equivocada redaccion de dicho artículo, espresaria, con claridad al menos, su pensamiento, que no puede ser otro que el que queda consignado.

Así, pues, si en vista de la contestacion y testimonio del juez requerido, se convence, como hemos dicho, el que le propuso la inhibicion de que aquel es el competente para conocer del negocio, deberá este dictar sentencia, desistiendo de la inhibitoria, acordando además, que luego que sea consentida ó ejecutoriada, se comunique por medio de oficio al juez requerido para que pueda continuar actuando, remitiéndole al mismo tiempo los autos formados para promover la contienda. Esta remesa se hará sin emplazamiento de la parte, toda vez que ni la Ley lo ordena, ni es necesario, atendida la naturaleza de las actuaciones: bastará que se haga saber la providencia á la parte, y al promotor fiscal en su caso.

Y si, en vista de todo, la resolucion del juez requirente fuese insistiendo en la inhibitoria, consentida ó ejecutoriada que sea esta sentencia, lo comunicará al juez requerido, para que este remita sus autos al superior comun, á quien corresponda dirimir la competencia, y al cual remitirá tambien

(1) Arts. 93 y 94 de la Ley de Enjuic. civil.
(2) Arts. 95, 96 y 98 de id.

aquel lo actuado en su juzgado (1). Uno y otro juez deberán hacer esta remesa por el primer correo, pues aunque la nueva Ley nada dice sobre esto, así estaba mandado por el art. 11 del decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, restablecido en 1836, y así lo exigen tambien la urgencia y naturaleza de estos procedimientos. Quien sea el superior comun, al cual hayan de remitirse los autos para que decida la contienda, puede verse en la seccion 2.ª

La remesa de autos ha de hacerse siempre con citacion de las partes (2), las cuales pueden personarse en el Tribunal superior ó Supremo, á sostener sus respectivas pretensiones, en la forma que dirémos en el párrafo siguiente. No previene la ley que se haga *con emplazamiento*, y es porque éste lleva en sí la obligacion de comparecer ante el tribunal correspondiente, bajo pena de declararse desierto el recurso, ó de seguirse en rebeldía, lo cual, por la razon dicha de no mediar *emplazamiento*, y sí mera *citacion*, á que es potestativo en las partes el renunciar, no procede en estos procedimientos, ó lo que es lo mismo, no procede la vía de *estrados*. Las partes tienen el derecho de personarse en el tribunal dirimente, para defender la causa que sostienen, y á este fin se las cita; pero si no hacen uso de este derecho, las actuaciones siguen su curso hasta la resolucion definitiva, porque participan de cierto carácter oficial y gubernativo, y es tambien de órden público la pronta decision de estas contiendas, que siempre causan perturbacion en la administracion de justicia.

Por estas mismas razones no se señala término para la comparecencia en dicho tribunal, porque eso seria emplazamiento. Cuando á las partes les interese personarse en él, para hacer uso de su derecho, deberán verificarlo desde luego; en la inteligencia de que, si no lo hacen, las actuaciones seguirán legítimamente su curso hasta dirimir la competencia, sin notificarles ninguna de las providencias que al efecto se dictaren, ni en los estrados, como ya queda dicho.

Debemos indicar, por último, que en asuntos civiles, al remitir los autos al tribunal dirimente, no deben acompañar hoy los jueces contendientes la esposicion de las razones, en que cada cual funda su competencia, como se hacia antes, en virtud de lo prevenido por el art. 12 del decreto citado, de 1813. Debiendo ser motivadas todas las sentencias, ó autos resolutorios que se dicten sobre esta materia (1), en los fundamentos de ellas habrá consignado cada juez las razones, que tenga para sostener su competencia, y por lo tanto, seria supérfluo el repetirlas. Por esta consideracion, sin duda, no habrá ordenado la nueva Ley dicha esposicion. Bastará, pues, el oficio ó comunicacion ordinaria, dirigida al Presidente ó Regente del tribunal, en que se esprese el objeto de la remesa de los autos.

Observaciones generales. Quedan espuestos los trámites ó procedimientos, que han de seguirse en ambos juzgados, para promover y sustanciar las cuestiones de competencia en asuntos civiles: trámites marcados minuciosamente y con claridad en la Ley de Enjuiciamiento civil. Sin embargo, debemos hacer algunas observaciones para su mejor inteligencia, indicando á la vez la razon de las reformas principales, que se han hecho en el procedimiento, que antes regia.

En primer lugar ha de tenerse presente, que los procedimientos espuestos deben observarse tambien en los tribunales superiores, y en cualesquiera otros, cuando entre ellos, ó con ellos tengan lugar las cuestiones de competencia. De los juzgados de paz trataremos especialmente en el párrafo 6.º de esta seccion.

Dice el art. 83 de la Ley citada, que la inhibitoria se propondrá en escrito, que *firmará un letrado*. Segun este precepto, aunque la competencia se promueva con motivo de un acto de jurisdiccion voluntaria, ó en un pleito de menor cuantía, habrán de valerse las partes de letrado para su direccion, á

(1) §. 2.º del art. 97 de la Ley de Enjuic. civ.
(2) Art. 102 de id.

(1) Art. 98 de id.

pesar de lo que prescribe el art. 19 de la misma Ley. La razon que se habrá tenido en cuenta para ordenarlo así, es bien sencilla. Por medio de la inhibitoria se pone en tela de juicio un punto de derecho de mucha gravedad y trascendencia, cual es la competencia del juez, y es por lo tanto conveniente, y aun necesario, que las partes sean dirigidas por letrados, hábiles para el ejercio de la abogacía, cualquiera que sea la clase ó importancia del negocio.

Como por el art. 70 del Reglamento provisional se previene que en negocios civiles se oiga al fiscal, cuando interesen á la causa pública, ó á la defensa de la real jurisdiccion ordinaria; dando una interpretacion lata á esta disposicion, siempre se oía á dicho Ministerio en las cuestiones de competencia, aun cuando estas tuvieran lugar entre jueces ó tribunales de una misma clase de jurisdiccion. La nueva Ley, aceptando el principio, ha introducido sobre este punto una reforma conveniente, y en armonía con el mismo.

Cuando la competencia se promueve entre jueces de una misma clase de jurisdiccion, ésta no sufre perjuicio ni menoscabo, cualquiera que sea la resolucion que recaiga. No se perturba el órden de las jurisdicciones, pues el negocio no se saca de la línea de jurisdiccion, á que corresponde. Por esta razon la contienda, mas bien que de jurisdiccion, es de atribuciones: no interesa, por lo tanto, á la causa pública, y de consiguiente el Ministerio fiscal no debe intervenir en la cuestion, porque nada tiene que defender: basta que se concedan á las partes los recursos necesarios para no someterse á juez incompetente contra su voluntad.

No sucede así, cuando los jueces ó tribunales contendientes pertenecen á distinta clase de jurisdiccion, como si la del uno es ordinaria, y la del otro de comercio, de hacienda ó militar: entonces se perturba el órden de las jurisdicciones, y á la causa pública interesa, que cada una de ellas se mantenga dentro de sus límites respectivos. La cuestion es ya de órden público, y debe tener intervencion en ella el Ministerio fiscal, para defender la integridad de la jurisdiccion, á que pertenece. Por tan fundadas consideraciones, la nueva Ley solo permite que se oiga al Ministerio fiscal en las cuestiones de competencia, que se promuevan entre jueces ó tribunales, que ejerzan jurisdiccion de diferente clase.

No fija dicha Ley el término para el traslado, ó audiencia que el juez requerido debe conceder á las partes, que ante él litiguen; pero teniendo en consideracion, que el art. 86 señala el de tres dias para la audiencia, que ha de darse en su caso al Ministerio fiscal, y que por este mismo término se han de entregar los autos á las partes, que se hubieren personado en el tribunal dirimente (1), parece conforme al espíritu de la Ley, y lo es tambien á la naturaleza breve de estos procedimientos, que dicha audiencia se conceda solo por tres dias. Convendrá que así lo esprese el juez en la providencia, en que la acuerde.

Trascurridos estos tres dias, deberán recojerse de oficio los autos, y tambien convendrá que así lo mande el juez, al conferir el traslado, ó que decrete de oficio el apremio, cuando haya necesidad de emplear esta medida, por no haber devuelto la parte los autos. Aunque la Ley no ha previsto este caso, en la naturaleza misma de los procedimientos está tambien la necesidad de dicha medida.

Cuando interese la pronta terminacion del negocio á la parte, que entabló la inhibitoria, y observe morosidad en el juez requerido, podrá solicitar del requirente que le dirija oficio de recuerdo, y esta comunicacion hará las veces de apremio. Si esto no bastase, podrá acudirse en queja al tribunal superior del juez, que dilate la contestacion.

Tanto la parte, que proponga la inhibitoria, como la contraria, podrán presentar los documentos, que estimen conducentes, en apoyo de sus respectivas pretensiones, y solicitar que el juez acuerde la espedicion de aquellos que no hayan podido adquirir por sí mismas para presentarlos. Tambien podrá el juez decretar, *para mejor proveer*, que se traigan á

(1) Art. 104 de id.

los autos los antecedentes ó documentos, que crea convenientes para esclarecer la cuestion (1). Pero no creemos procedente que se reciban á prueba los autos, toda vez que la Ley no prescribe este trámite dilatorio, rechazado además por la naturaleza breve de estos procedimientos. Con dificultad podrá ocurrir un caso, en que haya necesidad de otra prueba que la de documentos, para justificar la competencia.

Hemos dicho, al hablar de los procedimientos en el juzgado requerido, que, luego que el juez reciba el oficio de inhibicion, debe acordar la suspension de todo procedimiento sobre la cuestion principal. Y con efecto, es un principio radical en esta materia, sancionado por la jurisprudencia de todos los países, que puesta en tela de juicio la competencia de un juez, ha de abstenerse de todo procedimiento en el asunto á que se refiera, hasta que se decida la contienda. Ya lo hemos dicho: *Nihil innovandum*. Nuestra jurisprudencia ha respetado con tanto rigor este principio, que el artículo 309 del Código penal coloca su infraccion en la categoría de los delitos, castigándola con multa de 20 á 200 duros.

A pesar de esto, y de que ya estaba ordenado terminantemente para las competeocias con la Administracion, so pena de nulidad de cuanto despues se actuare (2), la nueva Ley de Enjuiciamiento civil no ha ordenado espresamente, como debiera haberlo hecho, la suspension de los procedimientos, en el caso de que tratamos. Sin embargo, la dá por supuesta, como se deduce del art. 94, segun el cual, el juez requerido ha de exigir del requirente que le conteste, *para continuar actuando, si se le deja en libertad*: luego debe haber decretado antes la suspension del procedimiento en el asunto, sobre que versa la competencia; y si así no lo hiciere, incurrirá en responsabilidad criminal.

Tampoco se encuentra en dicha Ley disposicion alguna, ni general ni especial, que señale el término, dentro del cual hayan de dictarse las providencias en estos procedimientos: y como no es de suponer que se haya querido dejar al arbitrio de los jueces el acordarlas, cuando les acomode, será preciso suplir esta omision con lo que se haya dispuesto para otros casos análogos. El art. 247 concede el término de tres dias precisos, para resolver sobre las escepciones dilatorias, y el 348 señala igual término para fallar los incidentes, que ocurran en todo juicio. Bien puede darse esta calificacion á las cuestiones de competencia, y de consiguiente, por analogía con los casos á que se refieren los citadas disposiciones, deberán los jueces y tribunales contendientes dictar en ellas sus providencias resolutorias dentro de dicho término de tres dias; lo cual está tambien en armonía con la naturaleza y brevedad de estos procedimientos.

Téngase, en fin, presente que las apelaciones que se interpongan en estos negocios, admisibles, como hemos dicho, en ambos efectos, han de sustanciarse en el tribunal superior por los trámites, marcados por el artículo 840 y siguientes de Ley citada, para las de providencias interlocutorias.

§. 5.° *Procedimientos en el tribunal dirimente.*

Hemos dicho en el párrafo anterior que, formalizada la cuestion de competencia, por no haber querido inhibirse el juez requerido, ni desistir el requirente, han de remitir uno y otro los autos al tribunal superior ó Supremo, segun corresponda, para que decida á cual de ellos pertenece el conocimiento del negocio; y que esta remesa ha de hacerse siempre con citacion de las partes, las cuales pueden personarse en dicho tribunal á defender sus respectivas pretensiones, en la inteligencia de que, si no lo hacen, se decidirá la contienda sin mas citarlas ni oirlas. Por esta razon las partes no deben descuidarse en realizar sus comparecencia ó presentacion en el tribunal dirimente, cuando así convenga á sus intereses, cuya comparecencia han de verificar precisamente por medio de procurador, con poder, declarado bastante por un le-

(1) Art. 48 de la Ley de Enjuic. civil.
(2) Art. 7.° del Real decreto de 4 de junio de 1847.

trado (1). Un poder general para pleitos será bastante á dicho efecto.

Veamos ahora los procedimientos que han de seguirse en el tribunal dirimente, para decidir las contiendas de competencia en asuntos civiles.

La práctica antigua no era uniforme en todos los tribunales superiores: en unos se formaba apuntamiento; y en los mas se daba cuenta de palabra por el relator. En unos se negaba toda audiencia á las partes, oyéndose solo al Fiscal: en otros se las oía, si se personaban en tiempo; pero nunca se las citaba para la remesa de los autos, la cual se les notificaba simplemente. La nueva Ley de Enjuiciamiento ha uniformado estas diversas prácticas, admitiendo la mas racional, y la que se observaba en el Tribunal Supremo de Justicia.

Con arreglo, pues, á dicha Ley, luego que se reciban los autos de uno y otro juzgado en el tribunal dirimente, ha de darse cuenta por el escribano de Cámara, á quien correspondan, y la Sala ha de mandar que se pasen al relator para que forme apuntamiento (2). Aunque para ello no señala la Ley término á este funcionario, la urgencia de tales negocios le impone el deber de despacharlos á la mayor brevedad.

Si mientras tanto se hubieren personado todas ó alguna de las partes, en virtud del derecho que para ello se les concede, como antes hemos dicho, formado el apuntamiento acordará la Sala que se entregue con los autos por término de tres dias improrogables á la parte ó partes que se hubieren personado, principiando por la que hubiere promovido la cuestion de competencia, para que se instruyan sus respectivos letrados (3). Dichos tres dias principian á correr, no desde que se toman los autos, como antes se hacia por una práctica abusiva; sino desde el dia siguiente al de la notificacion de la providencia, en que se manden entregar, y no se cuentan en ellos los dias feriados, pero sí el del vencimiento (1). Trascurridos que sean, deberá darse de oficio á los autos el curso correspondiente, lo mismo que cuando no se hubiere personado ninguna de las partes.

Al devolverlos, deben espresar en escrito, con firma de letrado, su conformidad con el apuntamiento, ó las adiciones ó reformas que estimen procedentes (2); pero sin entrar en el fondo de la cuestion, lo cual ha de reservarse para el acto de la vista.

Cuando la competencia se haya empeñado entre jueces, que ejerzan jurisdiccion de diferente clase, aunque tengan por superior comun á las Audiencias, como sucede respecto de la jurisdiccion ordinaria, la de Hacienda y la de Comercio, debe oirse al ministerio fiscal, por las mismas razones que se le concede la audiencia en los juzgados contendientes, y que hemos espuesto en el párrafo anterior. A este fin, devueltos que sean los autos por las partes, ó formado el apuntamiento, cuando éstas no se hubieren personado, se comunicarán por tres dias improrogables al Fiscal, el cual ha de emitir su dictámen por escrito. De lo que esponga se dará por la escribanía, antes de la vista, copia á las partes, que se hubieren presentado, para que sirva de instruccion á sus respectivos letrados (3). Aunque nada dice la Ley sobre ello, no puede negarse al Fiscal el derecho de pedir se hagan al apuntamiento las adiciones ó reformas que estime procedentes, y el deber de manifestar su parecer sobre las que hubieren solicitado los interesados.

Practicadas las actuaciones antedichas, si de ellas resultare que las partes, y el Fiscal en su caso, están conformes con el apuntamiento; ó despues de hacerse en él por el relator las adiciones ó reformas, que el tribunal acuerde de las que se hubieren solicitado, se señalará dia para la vista. Esto ha de tener lugar precisamente dentro de los ocho dias siguientes al en que se hubieren devuelto los autos por las partes, ó por el Fiscal, en los casos en que procede su audiencia. Si esta

(1) Art. 13 de la Ley de Enjuiciam. civil.
(2) Art. 103 de id.
(3) Art. 104 de id.

(1) Arts. 25 y 26 de id.
(2) Art. 105 de id.
(3) Arts. 107 y 108 de id.

no procediese, ni las partes se hubieren personado, dicho término deberá entenderse desde que el relator dé cuenta de tener formado el apuntamiento.

En la vista podrán informar, si lo estiman necesario, el Fiscal y los letrados defensores de las partes, hablando primero el que defienda á la que promovió la cuestion (1). Cuando el Fiscal no asiste á la vista, como sucede casi siempre, está admitido en la práctica que el relator lea el dictámen de dicho ministerio, despues de haber hablado los defensores de las partes.

Celebrada la vista, dictará sentencia el tribunal, decidiendo la contienda. Aunque la ley no fija término espresamente para ello, deberá entenderse el de ocho dias, señalado por regla general en los arts. 331 y 865. Dicha sentencia ha de ser siempre *fundada*, y en ella podrá el tribunal dirimente condenar al pago de las costas, causadas en las actuaciones relativas á la cuestion de competencia, al juez y al litigante, que la hayan sostenido con notoria temeridad, estableciendo la proporcion en que deban pagarlas. Tambien deberá imponerse en la sentencia la condenacion de costas al litigante, que, al interponer la inhibitoria, hubiere asegurado que no habia hecho uso de la declinatoria, y luego resultare ser falso (2). Contra estas condenas de costas no se concede recurso alguno (3).

Para llevar á efecto la sentencia en esta parte, el mismo tribunal dirimente acordará de oficio lo necesario, á fin de que se haga efectiva la condena de costas, librando para ello los despachos ú órdenes que estime oportunos (4), cometidos al juez inferior, que mas fácilmente pueda ejecutarlos, aunque siempre suele ser á aquel, á cuyo favor se ha decidido la competencia. Al efecto habrá de practicarse y aprobarse préviamente la tasacion de dichas costas, en la forma que previenen los artículos 78 al 81 de la misma Ley de Enjuiciamiento civil.

Fuera del caso antedicho, cada litigante deberá pagar las costas causadas á su instancia, y la mitad de las comunes, exigiéndolas de los procuradores de las partes, que se hubieren personado en los autos. Y cuando todas ó alguna de ellas no se hubieren personado, se tasarán por el escribano las correspondientes á la parte, que se halle en este caso, y se dará comision al juez, declarado competente, para que las exija, y realizadas que sean, las remita al recaudador de costas de dicho tribunal, para su distribucion entre los interesados. Todo esto debe entenderse respecto de las partes que no litiguen como pobres, pues si se hallan en este caso, es sabido que por regla general se les administra la justicia gratuitamente (1).

Resuelta que sea la cuestion de competencia, deben remitirse los autos, instruidos en uno y otro juzgado, al juez declarado competente, con certificacion de la sentencia (2), para que acudan ante él las partes á hacer uso de su derecho, y así deberá acordarse en la misma sentencia. Cuando sean varias las cuestiones judiciales, sobre que verse la competencia, y se declare esta en favor de un juez, acerca del conocimiento de alguno de los puntos litigiosos, y en favor del otro, respecto de los restantes, como puede suceder, á cada juez deberá remitirse el ramo ó parte de los autos, cuyo conocimiento le corresponda.

Aunque la ley no lo previene, parece natural que se dé conocimiento, por medio de carta-órden, de la resolucion dictada al juez, que haya perdido la competencia, como hasta ahora se habia practicado, y sigue practicándose en el Tribunal Supremo. Esto será de necesidad, cuando la parte, que litigaba ante este juez, no se hubiese personado en el tribunal dirimente, pues entonces debe hacérsele saber en persona el fallo que hubiere recaido, para que sepa ante qué tribunal debe acudir á hacer uso de su derecho.

(1) Arts. 106, 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento civil.
(2) Véase lo que sobre esto se ha dicho en el párrafo 4.° de esta seccion, pagina 281.
(3) Arts. 111 y 113 de dicha Ley de Enjuic.
(4) Art. 118 de id.

(1) Arts. 14, 115, 116 y 117 de id.
(2) Art. 114 de id.

Contra la decision del Tribunal Supremo de Justicia en las cuestiones de competencia, lo mismo que en los demás negocios sometidos á su fallo, no se concede recurso alguno, por la razon de que no existe otro superior en gerarquía, que pueda revocar sus sentencias. Las decisiones de las Audiencias son tambien ejecutorias; pero contra ellas procede el recurso de casacion en su caso y lugar (1), esto es, siempre que se funde en alguna de las causas, espresadas en los artículos 1012 y 1013, y se interponga dentro del término, que prescribe el 1022, con los demás requisitos que exige la Ley de Enjuiciamiento civil. Véase RECURSO DE CASACION. No se entienda por esto que las partes quedan privadas del derecho, que por regla general concede el art. 77 de la misma Ley, para pedir dentro del dia siguiente al de la notificacion de la sentencia, que se aclare algun concepto oscuro, ó que se supla cualquiera omision, que en ella se hubiere cometido.

Por último, si las decisiones del Tribunal Supremo en la materia de que tratamos habian de formar jurisprudencia, preciso era que no quedasen sepultadas en los archivos, sin ser conocidas de otros que de los litigantes y jueces contendientes, como sucedia en el antiguo procedimiento, dando con ello lugar á que una misma cuestion se reprodujera una y mil veces: era indispensable que se les diera publicidad oficialmente, para que, llegando á conocimiento de todos, pudieran servir de guia á los jueces y á los litigantes, evitando dudas á los primeros, y gastos y dilaciones á los segundos, que siempre redundan en mengua y despretigio de la administracion de justicia.

La Instruccion de 30 de setiembre de 1855 inauguró tan importante mejora, ordenando por su art. 77 que se motivaran, y publicaran en la *Gaceta de Madrid* todos los fallos, que dictara el Tribunal Supremo de Justicia, decidiendo competencias. Solo diez meses y medio estuvo en observancia dicha Instruccion, pues se declaró en suspenso por Real decreto de 18 de agosto de 1854, y en tan corto período de tiempo se resolvieron y publicaron noventa y nueve competencias, siendo de notar que en el primer trimestre (octubre, noviembre y diciembre de 1853) se decidieron 33: en el segundo (enero, febrero y marzo de 1854), bajaron á 31: en el tercero (abril, mayo y junio) solo fueron ya 25 las competencias decididas; y 8 en el mes y medio últimos. Esta progresiva y notable diminucion forma el argumento mas convincente, que puede aducirse en favor de la publicidad de tales decisiones.

Con estos antecedentes no era dudosa la eleccion de lo que convendria adoptarse sobre el particular de que tratamos; y aprovechando los autores de la nueva Ley de Enjuiciamiento civil las lecciones de la esperiencia, han consignado en su art. 112 que «las decisiones del Tribunal Supremo sobre las cuestiones de competencia, cuya resolucion le corresponda, se publicarán dentro de los tres dias siguientes al en que se dictaren, en la *Gaceta de Madrid*, y á su tiempo en la *Coleccion legislativa*.»

Pero esta disposicion solo era aplicable á los negocios civiles, incoados despues de la publicacion de dicha Ley: y como sus saludables efectos habian de tocarse, lo mismo en ellos, que en los incoados con anterioridad, y casi con mas ventajas en las causas criminales, que en las civiles, por Real órden de 17 de enero de 1857 se mandó, «que en lo sucesivo toda resolucion ó fallo que dicte el Tribunal Supremo de Justicia sobre competencias en materia civil ó criminal, cualquiera que sea la fecha en que hubiese sido instaurado el negocio, sobre que aquella cuestion verse, se funde por la Sala que lo dicte, se publique en la *Gaceta de Madrid* y se inserte en la *Coleccion legislativa*.» En el preámbulo de esta Real órden se esplanan las ideas, que antes hemos indicado sobre la conveniencia de dicha medida, y, como ampliacion y confirmacion de las mismas, hemos creido oportuno trascribirlo en este lugar. Dice así:

«Una de las necesidades mas apremiantes de la administracion de justicia es la de fijar y uniformar la jurisprudencia, complemento esencial de toda legislacion bien ordenada.

(1) Art. 111 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

La diferente manera de apreciar las disposiciones legales y de resolver las cuestiones, que ocasionan, especialmente cuando introducen novedades, que alteran ó modifican lo existente; hace que se ponga en duda la bondad, ó por lo menos la claridad de sus preceptos.

»La generalidad, que no tiene otro criterio que el de los resultados para juzgar de aquellas, siempre que vé fallos discordes, ó fundamentos opuestos sobre un mismo punto, tacha la ley de oscura, dudosa ó insuficiente, ó atribuye injusticia á los tribunales que los dictaron.

»Conociéndolo así el Gobierno de S. M., hace mucho tiempo que dirije sus esfuerzos con oportunas disposiciones, en cuanto lo permiten la índole del procedimiento y la organizacion de los tribunales, á fin de que la jurisprudencia se fije y uniforme convenientemente.

»Los saludables efectos de este propósito se han hecho sentir en diferentes ramos, y principalmente en el de competencias en materia civil, cabiéndole gran parte en su realizacion al Tribunal Supremo de Justicia, que con sus ilustrados fallos, posteriores á la época en que se previno que fuesen fundados y se publicasen, ha puesto término á multitud de cuestiones, ruinosas para las familias, y dado al propio tiempo á la ley la inteligencia, que reclamaba la justicia y prescribia el derecho.

»Ningun motivo plausible puede haber para que no se hagan estensivas aquellas disposiciones á los asuntos incoados antes de la Instruccion de 30 de setiembre de 1853, y menos todavía á los negocios criminales, cuyas competencias son mas embarazosas y de mas terrible resultado para la administracion de justicia.»

En virtud de estas consideraciones se acordó lo que antes hemos espuesto.

Los saludables efectos de la publicacion de los fallos sobre competencias se hacen mas palpables cada dia. Para convencerse de que por este medio se vá fijando la jurisprudencia, y se evitan muchas cuestiones de esta clase, basta considerar, ademas de los datos estadísticos que antes hemos mencionado, que en todo el año de 1855, se sometieron á la decision del Tribunal Supremo de Justicia 120 competencias en asuntos civiles y criminales: en 1856 bajaron á 97; y solo fueron 58 las decididas en todo el año de 1857.

Es de notar, sin embargo, que en 1858 subieron á 83 las decisiones de esta clase, y á 97 en 1859. No es de este lugar el examinar las causas de tan notable aumento; pero se echa de ver desde luego que es debido, en gran parte, al empeño, que, al parecer, tienen los tribunales y juzgados de Guerra y de Marina, de promover y sostener cuestiones de competencia sobre puntos, decididos repetidamente á favor de la jurisdicion ordinaria, como son los juicios verbales civiles, los de faltas, los asuntos de jurisdiccion voluntaria y otros. Es sensible que no quiera reconocerse, ni respetarse la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de las facultades que para ello le confiere la ley. Mas de aquí nada puede deducirse en contra de la conveniencia y ventajas de la publicidad de estos fallos.

Reconocida la bondad del principio, es notable que no se haya aplicado en toda su estension. Si se obligase tambien á las Audiencias y á los demás tribunales á publicar sus fallos en las contiendas de competencia, cuya decision les corresponde, se conseguiria uniformar la jurisprudencia en poco tiempo, aunque solo se considerase como general y obligatoria la fijada por el Tribunal Supremo de Justicia. De este modo los jueces de cada territorio conocerian la jurisprudencia de su superior, y evitarian la repeticion de cuestiones, ya decididas por el mismo: y tambien el Tribunal Supremo podria ejercer mas fácilmente la inspeccion y vigilancia que le corresponde sobre las Audiencias, para que sea uniforme la jurisprudencia en todas ellas, ya pidiendo las causas y pleitos fenecidos, como puede hacerlo; ya interponiéndose de oficio por el ministerio fiscal el recurso de casacion en interés de la ley, cuando creyere contraria á la misma ó á doctrina legal la decision de alguna competencia, dirimida por las Audiencias.

§. 6.° *De las cuestiones de competencia entre jueces de paz.*

La Ley de Enjuiciamiento civil determina la competencia de los jueces de paz en los actos de conciliacion y en los juicios verbales, cuya entidad no esceda de 600 rs. (1); y, á pesar de esto, no establece regla alguna para sustanciar y dirimir las contiendas de competencia, que en estos negocios pueden promoverse, tanto entre dichos jueces, como entre ellos y las demás autoridades judiciales, segun hemos hecho notar en la seccion anterior. Y no será porque no se den casos de estas competencias, pues la esperiencia tiene acreditado lo contrario. En dicha seccion hemos determinado la autoridad, á quien corresponde dirimirlas: ahora vamos á esponer los procedimientos que han de observarse para sustanciarlas y decidirlas.

Es indispensable suplir el silencio de la Ley con la práctica antigua, si bien poniendo esta en armonía con las nuevas disposiciones, cuya conciliacion no ofrece dificultad alguna. Segun aquella, en los casos de que tratamos, ó bien se hacia uso de la declinatoria, proponiéndola verbalmente en el acto mismo del juicio de conciliacion ó verbal, y ante el juez que de él conocia; ó bien de la inhibitoria, proponiéndola tambien por comparecencia verbal ante el juez, á quien se creia competente; de cuyos dos medios podrá hoy hacerse tambien el mismo uso, puesto que son los autorizados por el art. 82 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Concretándonos ahora á las cuestiones de competencia por medio de la inhibitoria, objeto del presente artículo, debemos manifestar, que así como antes se les daba la tramitacion marcada por el decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813; pero sin admitirse escritos con firma de letrado, los que se suplian por comparecencias verbales de las mismas partes; tambien hoy se les dará la sustanciacion marcada por la Ley de Enjuiciamiento, y que hemos espuesto en el párrafo anterior, sin necesidad asimismo de direccion de letrado, lo cual está en armonía con la naturaleza de los juicios, de que tratamos, y con las prescripciones generales, establecidas para los mismos.

Y con efecto: en los actos de conciliacion, por su naturaleza breve y sencilla, y en los juicios verbales por la poca entidad de la cosa litigiosa, la nueva Ley, lo mismo que la antigua, rechaza el procedimiento por escrito, y prohibe espresamente la intervencion de letrados (1). No hay razon para que no se observen estas prescripciones generales en la sustanciacion de las contiendas de competencia, especialmente en las relativas á juicios verbales; antes bien las recomienda la índole especial de aquellos negocios, y deben guardarse, puesto que la ley no prescribe cosa en contrario para el caso de que tratamos. Si en la cuestion principal los procedimientos son verbales, ¿cómo no han de serlo tambien en el incidente de competencia?

No falta, sin embargo, quien sostenga la opinion contraria, y con algun fundamento, puesto que se apoya en el precepto terminante del art. 83 de la Ley de Enjuiciamiento, segun el cual «la inhibitoria se propondrá ante el juez competente, *en escrito que firmará un letrado.*» Mas, la fuerza de este argumento desaparece, en nuestro concepto, ante la consideracion de que dicha Ley no se refiere á las cuestiones de competencia entre jueces de paz, y de consiguiente quedan en su fuerza las razones antes indicadas. En apoyo de nuestra opinion está tambien la práctica mas general, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, el cual no considera como viciosa la sustanciacion de las competencias, en los casos de que tratamos, porque hayan sido entabladas y sostenidas sin direccion de letrado; y esto, aun cuando una de las partes objete esa nulidad á los procedimientos (2).

(1) Arts. 204 y 1162 de dicha Ley.

(1) Arts. 19, 212 y 1172 de dicha Ley.

(2) Véase la sentencia de dicho Tribunal Supremo de 10 de setiembre de 1858, decidiendo una competencia entre el juez de paz segundo de

Así, pues, el que haya sido citado por un juez de paz incompetente, para un acto de conciliacion ó un juicio verbal, podrá acudir al juez de paz, á quien crea competente, esponiéndole los hechos verbalmente, en cuyo caso se consignarán en una comparecencia, ó por medio de escrito, sin necesidad de firma de letrado, y pidiéndole que dirija oficio á aquel, para que se inhiba y remita las actuaciones, haciendo saber á la parte, que acuda ante éste á usar de su derecho. Si accede á esta peticion, dirigirá desde luego el oficio inhibitorio, acompañando certificacion, librada por su secretario, de lo que hubiere espuesto la parte y de lo demás que estime conveniente: y, si la deniega, queda á esta el recurso de apelacion para ante el juez de primera instancia del partido. En ambos casos la sentencia ha de ser fundada.

Luego que el juez de paz requerido reciba dicho oficio de inhibicion, acordará que se una á los antecedentes con suspension de todo procedimiento, y que se entere de ello á la parte que ante él habia acudido, para que, dentro de tercero dia, esponga lo que á su derecho convenga. Esta esposicion será tambien por comparecencia verbal, ó por medio de escrito sin firma de letrado, y en su vista dictará sentencia fundada, apelable igualmente en ambos efectos para ante el juez del partido, en que se inhiba ó se niegue á hacerlo. Si se inhibe, consentida ó ejecutoriada la sentencia, remitirá las actuaciones al juez de paz requirente, con emplazamiento de la parte, para que acuda ante él á usar de su derecho. Y si no accede á la inhibicion, lo dirá por medio de oficio á dicho juez, con certificacion de lo espuesto por la parte, y demás necesario, exigiéndole que le conteste, para continuar actuando si desiste, ó remitir los autos al superior comun, para que decida la contienda.

Recibido este oficio por el requirente, lo unirá á las actuaciones, y sin mas audiencia resolverá lo que estime justo, en sentencia tambien fundada y apelable en ambos efectos. Consentida ó ejecutoriada que sea, si desiste de la contienda, lo comunicará al juez requerido, con remesa del espediente; y si insiste en la inhibitoria, lo hará tambien saber á dicho juez, por medio de oficio, y ambos remitirán inmediatamente sus autos al superior correspondiente, con citacion de las partes, para que decida la competencia.

Si este fuere el juez de primera instancia del partido, luego que reciba los autos, señalará dia para la vista, en la que oirá en comparecencia verbal á las partes, que se hubieren personado; y estendida acta de ello, dictará sentencia fundada, decidiendo la cuestion, y con certificacion de la misma remitirá los autos, formados en uno y otro juzgado, al juez de paz declarado competente. Si ninguna de las partes se hubiere personado ante él, fallará sin citarlas ni oirlas. En cuanto al pago de costas se observará tambien lo que disponen los arts. 84, 113 y 115 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Cuando la decision de la competencia corresponda á la Audiencia ó al Tribunal Supremo, deberán observarse los trámites, que hemos espuesto en el párrafo anterior; pero sin permitirse la intervencion de letrados, por la prohibicion general que para los actos de conciliacion y juicios verbales, y de consiguiente tambien para sus incidencias, contiene el art. 19 de la misma Ley, segun antes hemos dicho.

Por último debemos indicar que, aunque la contienda de competencia se promueva entre un juez de paz y un tribunal de Comercio, ó del fuero de Guerra ó de Marina, ó con un juez de primera instancia de otro partido, como pudiera suceder respecto de un juicio verbal, los procedimientos deberán ser los mismos, que hemos espuesto en este párrafo. Mientras no se determine otra cosa por la Ley, la falta de ministerio fiscal en los juzgados de paz no puede servir, ni en la práctica sirve

---

Caldas de Reyes y el ayudante de Marina de Noya, acerca del conocimiento de un juicio verbal. En ella el juez requerido objetó que se habia entablado viciosamente, por haberlo sido sin direccion de letrado, y el Tribunal Supremo de Justicia, no haciendo mérito de esta objecion, decidió la competencia como legalmente entablada y sostenida. (Publicada en la *Gaceta* de 12 de setiembre de 1858.)

de obstáculo, para que sostengan estas contiendas, en defensa de su jurisdiccion, con los que la ejerzan de diferente clase: será oido dicho ministerio en el tribunal dirimente.

SECCION IV.

MODO DE PROMOVER, SUSTANCIAR Y DECIDIR LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA EN ASUNTOS CRIMINALES.

En el procedimiento antiguo no habia distincion entre negocios civiles y criminales: ya hemos dicho, que todas las contiendas de competencia se sustanciaban y decidian en igual forma. Y no existe razon para otra cosa, toda vez que, cualquiera que sea la naturaleza del negocio, siempre se dirigen aquellas á un mismo fin; á determinar el juez competente para conocer del asunto, sobre que versa la contienda. Pero, publicada la Ley de Enjuiciamiento civil, precisamente ha debido establecerse la diferencia, que hoy existe, en los procedimientos, pues, limitada la aplicacion de sus disposiciones á los negocios civiles, las competencias en los criminales tienen que seguir rigiéndose, hasta que otra cosa se determine, por el decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, restablecido en 30 de agosto de 1836.

De aquí la necesidad, ya indicada en las secciones anteriores, de tratar con separacion del modo de promover, sustanciar y dirimir las contiendas de competencia en asuntos civiles y criminales, por mas que sean aplicables á unas y otras las consideraciones generales, espuestas al hablar de las primeras, en la seccion que precede. Nos limitaremos, pues, en la presente á lo que es peculiar de dichas contiendas en asuntos criminales, esponiendo en párrafos separados el modo de promoverlas, y los procedimientos para dirimirlas.

§. 1.° *Por quién y de qué modo pueden promoverse estas contiendas en causas criminales.*

Las contiendas de competencia, en su acepcion mas propia, ó sean las que se entablan por medio de la *inhibitoria*, pues de la *declinatoria* se trata en su lugar correspondiente, pueden promoverse en los negocios criminales *á instancia de parte y de oficio*.

El primero de estos dos medios se funda en el derecho, que tiene todo español, para no ser procesado ni sentenciado sino por el juez ó tribunal competente, determinado con anterioridad por la ley (1). En virtud de este derecho, el que sea procesado por juez, á quien crea incompetente, puede acudir al que tenga por competente, solicitando su amparo, y pidiéndole que requiera á aquel de inhibicion, reclamándole el conocimiento de la causa, y entablando en forma la contienda de competencia, si no cede.

El procedimiento *de oficio* en estos casos se funda en la obligacion, que tiene todo juez, de perseguir y castigar á los delincuentes, que estén sometidos á su jurisdiccion, instruyendo, sin escitacion de la parte agraviada, la correspondiente causa criminal. Si, pues, el juez tiene este deber, tambien debe tener el derecho de sostener de oficio su jurisdiccion criminal, cuando sea usurpada por otro, y de reclamar el conocimiento de las causas, que sean de su competencia. Del interés de la sociedad es la persecucion y pronto castigo de los delitos; y como esto ha de hacerse por el juez que tenga jurisdiccion para ello, de aquí el que ese juez deba reclamar de oficio el conocimiento de las causas, que sean de su competencia, segun hemos dicho, sin que esto pueda dejarse al interés esclusivo de las partes, como sucede en los negocios civiles.

Por estas mismas consideraciones, el ministerio fiscal, como representante y defensor de la causa pública, y como parte que es bajo tal concepto en toda causa criminal, en que deba procederse de oficio, puede, y aun debe, tambien proponer la inhibitoria, para que se entable la cuestion de competencia con el juez, que esté conociendo indebidamente de un delito.

(1) Art. 247 de la Constitucion de 1812, vigente en esta parte en virtud de la ley de 16 de setiembre de 1837; y art. 9.° de la Constitucion de 1845.

Pero en todos estos casos, ya se proceda de oficio, ya á instancia de parte ó del ministerio público, ha de promoverse en forma la contienda de competencia antes de que el procesado conteste á la acusacion fiscal en primera instancia. Despues de este trámite, sin haber intentado la declinatoria ni la inhibitoria, quedan los procesados sometidos al juez, que previno el sumario, aunque gocen de fuero irrenunciable, y ya no pueden los jueces propios reclamar el conocimiento de la causa, ni aquellos solicitar la inhibicion; de suerte que sería estemporánea la contienda de competencia, que en este caso se promoviese, y no habria lugar á decidirla.

Así se halla declarado por varias Reales disposiciones, para evitar las perturbaciones y otros graves inconvenientes, que de lo contrario se seguirian á la administracion de justicia. Y con efecto: habiendo tenido que suspenderse la ejecucion de un reo, condenado á muerte por la jurisdiccion ordinaria, á consecuencia de la formal competencia, que, poco antes de sacarle para el patíbulo, promovió el Capitan general; además de hacer á este una séria demostracion, y de separar de su destino al auditor, se mandó por Real órden de 30 de marzo de 1827, para evitar la repeticion de tales conflictos, «que no sirva la reclamacion de fuero, si no se hiciere *desde el principio de la causa.*»

Despues se suscitó la duda de si por *principio de la causa*, para dicho efecto, debia entenderse desde que se toma la declaracion al reo, y se le dá á conocer el juez; ó desde la contestacion á la acusacion fiscal: y por otra Real órden de 30 de marzo de 1831, circulada á los tribunales en 14 de abril siguiente, se declaró «que *el principio de la causa*, para la reclamacion del fuero, debe entenderse *desde la contestacion á la acusacion fiscal*, bien sea para que los procesados soliciten la inhibicion, ó para que los jueces reclamen el conocimiento y promuevan cualquiera competencia; y que, pasado dicho tiempo, no se admita ni una ni otra (1).»

(1) Véanse estas dos Reales órdenes en la *parte legislativa* de este artículo, pág. 245.

De conformidad con estas disposiciones ha fallado constantemente el Tribunal Supremo de Justicia las varias competencias, sometidas á su decision; de modo que ya es de ley y de jurisprudencia el principio de que, en las causas criminales, despues de contestada la acusacion en primera instancia, no puede promoverse contienda de competencia, ni de oficio, ni á instancia de parte, aunque sea irrenunciable el fuero de los procesados, y aunque estos se hayan sometido á jurisdiccion que no sea la ordinaria (1).

(1) Son varias las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, en que se establece esta jurisprudencia; pero basta tener á la vista las que siguen, que versan sobre casos diferentes.

Una de 4 de noviembre de 1853, decidiendo á favor de la jurisdiccion ordinaria la competencia entre el juzgado de la Capitanía general de Castilla la Nueva y la Sala 3.ª de la Audiencia de Madrid, acerca del conocimiento de la causa formada en el juzgado de primera instancia de Talavera, contra el soldado Salustiano Mora.

«Considerando que en 19 de febrero del presente año, dia en que formalizó su competencia el juzgado de la Capitanía general de Castilla la Nueva, la causa en que resulta comprendido el soldado Salustiano Mora se hallaba en la Sala 3.ª de la Audiencia territorial en grado de apelacion, interpuesta por los procesados, del auto definitivo dictado en 26 de enero anterior por el juez de primera instancia de Talavera:

«Considerando, que con arreglo á las terminantes y no derogadas disposiciones de las Reales órdenes de 30 de marzo de 1827, 18 de setiembre de 1830 y 30 de marzo de 1831, no pueden promoverse ni admitirse reclamaciones de fuero ni denuncias de competencias en causas criminales, una vez contestada la acusacion fiscal en primera instancia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 60, *decision* número 11.)

Otra de 5 de diciembre de 1853, decidiendo á favor del juzgado de primera instancia de Aguilar la competencia con el de la Capitanía general de Andalucía, acerca del conocimiento de la causa formada por este sobre heridas, en cuanto al paisano Francisco Aragon Moreno.

«Considerando que por no estar contestada la acusacion en el presente caso, pudo, segun la Real órden de 30 de marzo de 1831, reclamar su fuero, como lo hizo, el espresado Francisco Aragon Moreno, y no puede en consecuencia suponerse prorogada tácitamente por el mismo la jurisdiccion militar.» (*Coleccion legislativa*, tomo 60, *decision* número 20.).

Y por último, *la de 26 de julio de* 1859, declarando estemporánea la competencia, promovida por el juzgado de la Capitanía general de Aragon al de primera instancia del distrito de la Universidad de Zaragoza, sobre el conocimiento de la causa formada contra el soldado José Menál, por lesiones.

Pero, hecha en tiempo oportuno la reclamacion del fuero, no obsta para promover legítimamente la competencia, el que los procedimientos hayan continuado sin la sumision, ó contra la voluntad del procesado. Así es que en cierto caso, en que esto ocurrió, se tuvo por bien formada la competencia, y se decidió á favor de la jurisdiccion ordinaria, no obstante que la militar habia ya fallado la causa: (1) y la razon fué, porque el procesado habia hecho uso oportunamente de la declinatoria, y desestimada, intentó la inhibitoria, negándose siempre á contestar á la acusacion fiscal, y protestando repetidamente contra la competencia de la jurisdiccion militar, la cual, sin embargo, siguió conociendo hasta dictar sentencia y ejecutarla.

Tampoco obsta el que la causa haya sido sobreseida, para que, en el caso de abrirse de nuevo su curso, pueda promoverse legítimamente la cuestion jurisdiccional (1). El *sobreseimiento sin perjuicio* se dicta sin haber llegado la causa al estado de acusacion: por otra parte, no tiene el carácter de sentencia definitiva y ejecutoria: faltan, por tanto, las dos condiciones, que cierran la puerta á estas contiendas, á saber, juicio fenecido, y sumision espresa ó tácita de la parte por medio de la contestacion á la acusacion fiscal. No sucede lo mismo en el caso de *absolucion de la instancia*; pues si llega á abrirse de nuevo la causa contra el mismo procesado, como éste ya quedó sometido, contestando á la acusacion fiscal, no podrá en los nuevos procedimientos promoverse la cuestion de competencia.

En la seccion anterior hemos espuesto, que con arreglo á la Ley de Enjuiciamiento civil no pueden proponerse simultánea ni sucesi-

---

«Considerando que en la ya citada Real órden de 30 de marzo de 1827, y en su declaratoria de igual dia de 1831, terminantemente se resuelve que no valga la reclamacion del fuero, á no hacerse antes de contestar á la acusacion:

«Y considerando innecesario el exámen de si la conformidad del procesado con la pena pedida sustituye ó no á la mencionada contestacion; bastando para la decision de esta competencia tener presente que la acusacion fiscal habia sido realmente contestada en este caso, antes de recibirse por el juzgado del distrito de la Universidad de Zaragoza el oficio del de Guerra, en que se le requeria para que se inhibiese.» (*Coleccion legislativa*, tomo 81, *decision* núm. 53.)

(1) *Sentencia del* Tribunal Supremo de Justicia *de 1.° de junio de* 1859, decidiendo á favor de la jurisdiccion ordinaria la competencia entre el juzgado de primera instancia del distrito de San Beltran de Barcelona y el de la Capitanía general de Cataluña, acerca del conocimiento de la causa formada por la comision militar contra Rafael Fernandez, sobre estafa.

«Considerando que el procesado Rafael Fernandez hizo uso de la declinatoria ante la jurisdiccion militar al abrirse de nuevo la causa contra el mismo, y en el acto de notificarle que nombrara defensor, habiendo manifestado las razones en que fundaba la escepcion, y pidiendo que se suspendiera todo procedimiento, hasta que por las autoridades competentes se resolviese sobre este punto:

«Considerando que desestimada la declinatoria por el capitan general, en vez de conformarse con esta resolucion el procesado, dirijió instancia á la misma autoridad con el objeto ya espresado, habiendo insistido en su protesta al hacérselo saber el acuerdo del Capitan general conforme con el anterior:

«Considerando que al propio tiempo usó del medio legal de la inhibitoria, solicitando el amparo de la jurisdiccion ordinaria, en esposicion dirigida con este fin á la Audiencia de Barcelona:

«Considerando que, con arreglo á las terminantes disposiciones, que contienen las Reales órdenes de 30 de marzo de 1827 y 30 de marzo de 1831, circulada esta en 14 de abril del mismo año, procede la reclamacion del fuero por los interesados, si tuviese lugar antes de ser contestada la acusacion fiscal en primera instancia.» (*Coleccion legislativa*, tomo 80, *decision* núm. 41.)

(1) *Sentencia* del Tribunal Supremo de Justicia *de 16 de febrero de* 1860, decidiendo á favor del juzgado de Hacienda de Palma de Mallorca la competencia con el de la Capitanía general de las Islas Baleares, acerca del conocimiento de la causa contra el carabinero Juan Torres y otros por delitos conexos al de defraudacion. Su primer *considerando* dice así:

«Considerando que el sobreseimiento sin perjuicio, acordado en la causa, formada por la jurisdiccion militar de las islas Baleares contra los carabineros Juan Torres y Gabriel Jordá, no es una sentencia definitiva y ejecutoria, que impida actualmente la cuestion jurisdiccional.» (*Coleccion legislativa*, 1860, núm. 35.)

Otra de 29 *de febrero de* 1860, decidiendo á favor del juzgado de primera de instancia de Almaden la competencia con el de la Capitanía general de Castilla la Nueva, en causa contra Valentin del Castillo y otros, por robo y homicidio en despoblado. Su último *considerando* dice:

«Considerando que las diligencias en averiguacion de los autores del robo y muerte de Gaspar Bernal, comenzadas y sobreseidas en el juzgado militar de Ciudad-Real sin haber llegado al estado de acusacion, no pueden fijar su competencia y hacer ostemporánea la del juzgado de Almaden.» (*Coleccion legislativa*, 1860, núm. 53.)

vamente la declinatoria y la inhibitoria; sino que las partes han de pasar por el resultado de aquel de estos dos medios, á que hubiesen dado la preferencia. Esto no tiene hoy aplicacion á las cuestiones de competencia en causas criminales: rigiéndose aun estas por el procedimiento anterior á dicha ley, debe seguir observándose la práctica antígua, segun la cual pueden proponerse simultáneamente la declinatoria y la inhibitoria, y aun el procesado, que haya sido vencido en aquella, podrá despues hacer uso de esta, acudiendo á su juez competente para que entable la competencia, siempre que esto lo haga antes de evacuar el traslado de la acusacion (1).

Pero el que haya sido vencido en la inhibitoria, no puede despues hacer uso de la declinatoria, en razon á que aquella habrá sido decidida por el tribunal superior, con audiencia de todos los interesados y hasta de los mismos jueces contendientes, y no hay razon en buenos principios para que vuelva á ponerse en tela de juicio una cuestion, fallada ya ejecutoriamente con estas circunstancias.

Téngase, en fin, presente sobre esta materia que, ni de oficio ni á instancia de parte pueden promoverse competencias sino entre autoridades que ejerzan jurisdiccion. Por esta razon está mandado que los Directores é Inspectores generales de las armas y los jefes de los cuerpos militares no puedan promover ni sostener las competencias, que se susciten sobre el conocimiento de las causas, que se formen contra individuos de las clases de tropa del arma ó cuerpo de su mando, declarándose que esto deben hacerlo el Capitan general con su auditor, y, en su caso, los juzgados de artillería é ingenieros, por ser en ellos en quien reside la jurisdiccion militar de su respectivo cuerpo ó distrito (2).

Por lo tanto, cuando un juez de primera instancia sea requerido de inhibicion por un fiscal militar, por el comandante general de la provincia, por el comandante de armas de un partido, ó por el coronel de un regimiento, cuyos casos son bastante frecuentes, no debe aceptar la competencia, ni suspender sus procedimientos, por no residir en estos funcionarios jurisdiccion para provocar la contienda: lo hará, cuando la promuevan el Capitan general del distrito, con acuerdo de su auditor, ó alguno de los juzgados de artillería é ingenieros, á quienes deberán acudir aquellos, para que sostengan la jurisdiccion militar. Y á estas mismas autoridades acudirán tambien los jueces ordinarios para reclamar el conocimiento de alguna causa, que esté formando cualquiera de aquellos funcionarios, y para promover en forma con tal motivo la cuestion de competencia, pues, con arreglo á la legislacion militar vigente, solo ellas pueden sostener la contienda jurisdiccional, y hacer en su caso la declaracion del desafuero.

§. 2.° *Procedimientos para promover y dirimir las cuestiones de competencia en asuntos criminales.*

Ya hemos dicho, y tenemos necesidad de repetir, que en los negocios criminales se rigen aun las contiendas de competencia por el decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, restablecido en 30 de agosto de 1836, y que, aun cuando los procedimientos vienen á ser iguales en el fondo á los sancionados por la nueva Ley de Enjuiciamiento civil, difieren en algunos de sus pormenores ó detalles. De esperar es que la ley de enjuiciamiento criminal, que se está redactando por la Comision de codificacion, aceptará sobre esta materia lo establecido ya por aquella, uniformando así unos y otros procedimientos, puesto que no hay razon para que sean diferentes: pero, como mientras tanto han de seguir observándose los que se fundan en dicho decreto de las Córtes, estamos en el deber de esponerlos, aunque con la brevedad posible, por lo mismo que pueden ya considerarse con el carácter de transitorios.

(1) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de 1.° de junio de 1850, decidiendo una competencia entre el juzgado de primera instancia del distrito de San Beltran de Barcelona y el de la Capitanía general de Cataluña, inserta en la página anterior.

(2) Reales órdenes de 2 de setiembre de 1851 y 8 de julio de 1852, insertas en la *parte legislativa* de este artículo (págs. 250 y 257).

El citado decreto de las Córtes, en sus artículos 11 y 12, trazó la marcha de estos procedimientos; pero sin descender á pormenores, que ha suplido la jurisprudencia. Se previene por dichos artículos, «que el juez ó juzgado, que solicite la inhibicion de otro, pasará oficio á este, manifestando las razones en que se funde, y anunciando la competencia, si no cede: contestará el intimado, dando las suyas, y aceptándola en su caso: si el primero no se satisface, lo dirá al segundo, y ambos remitirán por el primer correo á la autoridad superior competente los autos, que cada uno haya formado. Cada juez, al remitir los autos, espondrá al tribunal las razones, en que se funde, y este decidirá la competencia en el preciso término de ocho dias.»

Esto es lo único que dice sobre el particular el citado decreto de Córtes, y con arreglo á los principios en él consignados, ha sido admitido por la práctica general y casi uniforme de todos los juzgados y tribunales el procedimiento siguiente:

El que ha sido procesado por juez, á quien cree incompetente, acude al que tiene por competente, esponiendo, en escrito con firma de letrado, las razones en que funda su pretension, con la solicitud de que se dirija oficio al primero requiriéndole de inhibicion, y que remita los autos, ó de lo contrario tenga por anunciada la cuestion de competencia. De este escrito, al cual deben acompañarse los documentos, que tenga el procesado para apoyar su pretension, se confiere traslado al promotor fiscal, y en vista de todo, el juez acuerda lo que estima procedente.

Si el juzgado no accede á dicha solicitud, tiene la parte el recurso de apelacion, admisible en ambos efectos: y si accede á ella, pasa desde luego oficio al juez, que está conociendo de la causa, con testimonio de lo espuesto por la parte y por el promotor, requiriéndole se inhiba y le remita los autos, ó de lo contrario tenga por anunciada la competencia. En dicho oficio se esponen las razones en que el juez requirente funda su competencia. Cuando se dirija á tribunal superior, lo hará por medio de suplicatorio.

Luego que el juez requerido recibe dicha comunicacion, manda que se una al proceso á que se refiere; y con suspension de todo procedimiento, dá traslado al promotor fiscal, resolviendo en seguida lo que estima arreglado á justicia. Si se inhibe del conocimiento de la causa, por ser de la competencia del juez requirente, luego que esta providencia es ejecutoria, remite á este los autos con los procesados, y queda terminada la contienda. Pero, si no accede á la inhibicion, por considerarse competente, contesta al requirente en la misma forma, que este se dirigió á él, esponiendo las razones en que funda su competencia, y requiriéndole para que desista de su empeño y le remita sus actuaciones, ó que de lo contrario tenga por aceptada la competencia y remita desde luego los autos al tribunal superior, á quien corresponda decidirla, dándole el oportuno aviso para hacer él igual remesa de los suyos.

Recibida esta comunicacion en el juzgado requirente, se une á los autos y se dá traslado por tercero dia á la parte y al promotor fiscal, cuyo trámite ha sido suprimido, y con razon, por la Ley de Enjuiciamiento civil, como hemos dicho en el párrafo 4.° de la seccion anterior. Si en vista de todo se convence el juez requirente de que el requerido es el competente para conocer del delito de que se trata, desiste de la competencia, dejando espedita la jurisdiccion de éste, en cuyo conocimiento lo pone por medio de oficio, luego que la providencia es ejecutoria, para que pueda continuar conociendo. Pero si no le satisfacen las razones alegadas por el requerido, acuerda insistir en la competencia, poniéndolo en conocimiento de éste del modo antedicho, y ambos remiten por el primer correo sus respectivos autos al tribunal superior, á quien corresponda dirimir la contienda.

Dicha remesa de autos ha de hacerse directamente al espresado tribunal, aunque este sea el Supremo de Justicia, y uno de los jueces contendientes pertenezca á la jurisdiccion militar ó de otra clase (1). La providencia,

(1) Real órden de 23 de marzo de 1840.

en que se acuerda, se hace saber á las partes y al ministerio fiscal, pero sin citacion por no estar prevenido. Y con los autos remite cada juez una esposicion de los motivos ó fundamentos, que tiene, para sostener su jurisdiccion.

Luego que se reciben en el tribunal dirimente los autos de uno y otro juzgado, se pasan al Fiscal para su dictámen: se señala dia para la vista, dándose cuenta por relator: y se decide la competencia, en el preciso término de ocho dias, como previene la ley, remitiéndose los autos de ambos juzgados al declarado competente, con certificacion de la providencia de la Sala, y poniéndolo en conocimiento del otro por medio de carta-órden.

No ha sido uniforme la práctica de todas las Audiencias, respecto á formarse apuntamiento por el relator para dar cuenta, y á permitir en el acto de la vista la asistencia é informe de los letrados de las partes, que se hubieren personado. Convendrá que se uniforme esta práctica, formándose apuntamiento, y permitiéndose los informes de los letrados, en la misma forma que por la Ley de Enjuiciamiento civil se halla prevenido para las competencias en asuntos civiles: ni lo uno ni lo otro se opone á lo que prescribe la ley de 19 de abril de 1813; y haciéndolo así, indudablemente se conceden mayores garantías para la defensa de las partes, y el acierto en la decision. Escusado es decir, que para dicho efecto, y para completa uniformidad, deberia citarse á las partes, al remitir los autos al superior.

Cuando la competencia se promueva entre la jurisdiccion ordinaria y la militar sobre el conocimiento de alguna causa de conspiracion, ó de cualquiera otra de las que han de sustanciarse con arreglo á la ley de 17 de abril de 1821, en los juzgados contendientes se observarán los mismos procedimientos antes indicados; pero tales competencias han de decidirse por el Tribunal Supremo de Justicia, dentro de cuarenta y ocho horas, á lo mas, despues de recibidos los autos, como lo previene terminantemente el art. 14 de dicha ley. Este término tan angustioso no permite ni la formacion de apuntamiento, ni la audiencia de las partes.

Todas las providencias resolutorias, que en estos negocios dictan los jueces contendientes, son apelables en ambos efectos. No se admite recurso alguno contra el fallo del tribunal dirimente, decidiendo la competencia.

En los negocios civiles todas estas providencias han de fundarse, como hemos visto en la seccion anterior; pero en los criminales no se motivan, ni hay necesidad de hacerlo, por no estar prevenido, á escepcion de las que se dictan por el Tribunal Supremo de Justicia, las cuales han de fundarse siempre, se han de publicar en la *Gaceta* de Madrid, y se han de insertar en la *Coleccion legislativa*, como está mandado en Real órden de 17 de enero de 1837, por las razones y para los efectos, que hemos consignado en el párrafo 5.° de la seccion anterior, al hacernos cargo de esta Real órden.

Cuando el juez requerido, accediendo á la pretension del requirente, se inhiba del conocimiento de los autos criminales, no debe llevar á efecto esta providencia, aun cuando las partes la consientan, sin consultarla préviamente con el tribunal superior, de que dependa, siempre que la remision de autos haya de hacerse á juez, que ejerza jurisdiccion de diferente clase, ó que pertenezca al territorio de otra Audiencia. Aunque no existe ley, que así lo prevenga espresamente, se funda esta jurisprudencia, que se ha hecho general, en que la jurisdiccion del juez de primera instancia en lo criminal no es tan absoluta como en lo civil, puesto que no puede ejecutar sus fallos sin la aprobacion de la Audiencia; y si llevase á efecto la inhibicion sin consultarla en los casos antedichos, privaria á esta de su jurisdiccion, y del derecho que tiene para revisar y enmendar los fallos de los jueces, que le están subordinados.

No existe esta razon, cuando los autos han de pasar á otro juzgado del mismo territorio, y por lo tanto puede llevarse á efecto la inhibicion sin consultarla préviamente. Sin embargo, algunas Audiencias exigen tambien la consulta en este caso; pero, en nuestro con-

cepto, sin fundamento bastante, puesto que no se les priva de la jurisdiccion, que tienen sobre aquella causa, y con la consulta solo se causan dilaciones, siempre perjudiciales á la administracion de justicia, y mas aun en lo criminal, pues con ellas pueden desaparecer ó amañarse las pruebas del delito. De lo que en tal caso no debe prescindir el juez de primera instancia es de dar cuenta á la Audiencia con testimonio de la providencia, en que acordó su inhibicion, á fin de que le conste el juzgado á donde se ha pasado la causa, y pueda seguir ejerciendo la superior inspeccion y vigilancia que le corresponde.

Los mismos procedimientos, que acabamos de esponer, para el caso en que se suscite la contienda de competencia á instancia de parte, han de emplearse para promoverla á peticion del ministerio fiscal ó de oficio. Cuando un juez tenga noticia de que otro está conociendo de una causa criminal, que es de la competencia de aquel, debe oir á su promotor fiscal, y en vista de lo que éste esponga, entablar la contienda de competencia en la forma dicha.

Si adquiriese esta noticia en virtud de exhorto, que reciba para la práctica de alguna diligencia, entonces se retiene el exhorto, y con suspension de su cumplimiento, y despues de haber oido al promotor fiscal, se dirige contra-exhorto al juez de quien procede, para que se inhiba del conocimiento de la causa y la remita á aquel con los procesados, ó de lo contrario tenga por anunciada la competencia. Despues de cumplimentado el exhorto, no podrá el juez exhortado promover de oficio la contienda, en razon á que con aquel acto ha reconocido la competencia del exhortante, segun espondrémos en la seccion 6.ª

En estos procedimientos, si la causa está en sumario, por regla general no se oye al procesado, aunque debe notificársele la providencia resolutoria que se dicte. Sin embargo, como tampoco está prohibido el que se le dé audiencia, podrá hacerlo el juez cuando lo estime necesario ó conveniente; pero sin comunicarle las actuaciones del sumario, puesto que son reservadas.

Por último, debemos aconsejar á los jueces que sean muy circunspectos en promover contiendas de competencia en las primeras actuaciones de un sumario. Como, segun las disposiciones vigentes, ha de suspender todo procedimiento el juez, luego que sea legalmente requerido de inhibicion, si tales contiendas se promoviesen al principio de la causa, podria darse ocasion á que desapareciesen las pruebas del delito, ó á que se malograsen los primeros y mas oportunos momentos, que por lo comun deciden del éxito de la causa, y no podria menos de incurrir en responsabilidad el juez, que indebidamente causara este perjuicio á la administracion de justicia.

Lo que deben hacer los jueces en tales casos es instruir cada uno sus diligencias inquisitivas, y luego que tengan esclarecido el hecho, ó concluido el sumario, resolver lo que estimen procedente respecto de la competencia, promoviendo en su caso la contienda jurisdiccional. De este modo obrarán de conformidad con lo que está prevenido por Real órden de 4 de julio de 1849, cuyo art. 9.° dispone que «en ningun caso dejarán de proceder los jueces inferiores, ni de denunciar los promotores fiscales, por la duda de que el conocimiento pueda corresponder á otro juez ó autoridad, á lo cual no puede oponerse en su dia el haber asegurado á los reos y el cuerpo del delito por una prevencion oportuna en el procedimiento.» Siempre es menor inconveniente en el órden de la justicia, como se dice en el art. 6.° de la misma Real órden, la gestacion de diligencias en algun caso, que la impunidad de los delincuentes.

§. 3.° *De las cuestiones de competencia en juicios verbales sobre faltas.*

Los jueces de paz no tienen todavía jurisdiccion criminal: es regular se les confiera cuando se publique la ley de procedimientos criminales. Mientras tanto los alcaldes y sus tenientes en sus respectivas demarcaciones son los únicos jueces competentes para conocer en juicio verbal, con apelacion al juez de primera instancia del partido, de las faltas de

que trata el libro 3.° del Código penal (1). Y como entre aquellos pueden suscitarse, y se promueven en efecto, cuestiones de competencia sobre el conocimiento de dichos juicios de faltas, la práctica tiene establecido el procedimiento, que ha de seguirse para decidirlas.

Este procedimiento ha de acomodarse á lo prescrito por los arts. 11 y 12 del decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, restablecido en 30 de agosto de 1836: pero, como en dichos juicios no pueden admitirse escritos (2), se suple con comparecencias verbales lo que en los juicios por escrito se hace por medio de pedimentos, en la forma que hemos dicho en el párrafo 6.° de la seccion anterior, respecto de las competencias entre jueces de paz. En todo lo demás el procedimiento ha de ser igual, al que hemos espuesto en el párrafo que precede, debiendo ejercer los síndicos las funciones del ministerio fiscal en los pueblos en que no resida promotor (3).

En cuanto á la autoridad ó tribunal, á quien deban remitirse los autos, para que dirima estas contiendas, véase el párrafo 1.° al fin, de la sec. 2.ª

SECCION V.

DE LAS COMPETENCIAS NEGATIVAS.

No siempre se origina la contienda de competencia entre dos jueces por pretender ambos que les corresponde el conocimiento de un negocio: tambien alguna vez surjen esos conflictos por la razon inversa, esto es, por inhibirse del conocimiento el juez, ante quien se ha entablado el negocio, y declararse tambien incompetente para conocer de él el otro juez, ante quien se ha llevado á consecuencia de la inhibicion del primero. Estos conflictos ocurren rara vez en asuntos civiles: no así en los criminales, en que los jueces pueden inhibirse de oficio. Y como no debe quedar abandonada ó desatendida la administracion de justicia, de aquí la necesidad de resolver el conflicto para que conozca del negocio el juez, á quien se declare competente. A los procedimientos, que se entablan con este objeto, se dá el nombre de *competencia negativa*, como hemos dicho en la introduccion de este artículo: tambien se denominan *inhibiciones dobles*, porque se inhiben los dos jueces.

La ley no ha previsto esta clase de conflictos; pero la jurisprudencia ha sancionado que se sustancien y decidan por los mismos trámites, establecidos para las competencias positivas, y que hemos esplicado en las dos secciones que preceden. De consiguiente, en tal caso, á peticion de parte en los asuntos civiles, y á escitacion del promotor fiscal, ó de oficio, pero oyendo siempre á dicho funcionario, en los criminales, el juez, á quien se hayan pasado los autos, se declarará incompetente, oficiando al que se los remitió, para que, dejando sin efecto su auto de inhibicion, vuelva á encargarse del conocimiento del negocio, ó de lo contrario tenga por anunciada la competencia negativa. Si este encuentra fundadas las razones alegadas por aquel, accederá á su reclamacion, oficiándole para que le devuelva los autos; pero si no se satisface, lo dirá tambien al requirente, y ambos remitirán por el primer correo los autos al tribunal superior, á quien corresponda dirimir la contienda, sobre lo cual se seguirán tambien las reglas espuestas en la seccion 2.ª

Cuando en las causas criminales se haya consultado con la Audiencia el auto de inhibicion, si el juez, á quien se haya remitido la causa, es del mismo territorio, no podrá promover la competencia negativa al que se inhibió, toda vez que, con la aprobacion del auto por la la Audiencia, quedó ya resuelta la cuestion por el superior comun. No por esto quedarán privadas las partes de poder intentar la inhibitoria ó la declinatoria, cuando no se les hubiese oido para decretar la inhibicion. Pero en el caso de que no se hubiere consultado dicho auto con la Audiencia, o cuando los jueces contendientes pertenezcan

(1) Reglas 1.ª, 11.ª y 56.ª de la ley provisional para la aplicacion del Código penal.
(2) Regla 3.ª de id.
(3) Regla 22 de id.

á distinto territorio ó jurisdiccion, bien podrán promover la competencia negativa, para que decida la cuestion el superior correspondiente.

En confirmacion de la doctrina espuesta citaremos un caso práctico, resuelto por el Tribunal Supremo de Justicia. En uno de los juzgados de primera instancia de Valencia se principió causa criminal sobre falsificacion de una partida de bautismo, hecha con el objeto de que en Barcelona se admitiese al interesado como sustituto para el servicio de las armas. El juez, fundado en que el delito lo constituía el acto de la presentacion y uso del documento falso, se inhibió del conocimiento de la causa; y aprobado que fué este auto por la Audiencia, la remitió á uno de los juzgados de Barcelona, donde á la vez se había principiado otra causa por el mismo delito.

Mas este juez, cuando recibió la causa del de Valencia, se habia inhibido tambien del conocimiento de la que él habia formado, por creer que correspondia al de esta ciudad, donde se habia ejecutado la falsificacion del documento, y consultado el auto con la Audiencia, lo aprobó igualmente. En su consecuencia, el juez de Barcelona remitió ambos procesos al de Valencia; pero como este se habia declarado ya incompetente, y el auto habia sido aprobado por el tribunal superior, segun hemos dicho, se creyó sin jurisdiccion para conocer. En tal conflicto elevó los autos con una esposicion al Tribunal Supremo de Justicia, á quien en su caso hubiera correspondido decidir la competencia, para que se sirviese resolver á quién correspondia el conocimiento de aquella causa.

Recibidos los autos en dicho Tribunal Supremo, se pasaron al Fiscal, cuyo cargo desempeñaba entonces D. Pedro Gomez de la Serna, el cual, respecto al punto de que tratamos, espuso lo siguiente: «En opinion del que suscribe, el juez de Valencia, en lugar de acudir á esta superioridad, *debió promover una competencia negativa al de Barcelona, y sustanciada en la misma forma que las competencias ordinarias*, caso de insistir cada juez contendiente en su respectiva opinion, podian haber elevado á V. A. sus actuaciones para la decision del conflicto jurisdiccional. Así que en rigor deberia devolverse la causa, que se ha remitido, para que se procediera con arreglo á derecho; pero teniendo presente el Fiscal que existe un preso, y además que se hallan aquí los autos, instruidos en ambos juzgados, pasa á emitir su dictámen sobre el fondo de la cuestion jurisdiccional.»

Y el Tribunal Supremo, de absoluta conformidad con el dictámen fiscal, al declarar por sentencia de 31 de enero de 1856, que el conocimiento de la causa correspondia al juez de Valencia, acordó se le dijese que *en casos como el actual debia provocar una competencia negativa al juzgado respectivo, antes de acudir á la superioridad.* Esta es la jurisprudencia que se halla establecida sobre competencias negativas.

SECCION VI.

CASOS EN QUE NO PUEDAN PROMOVERSE CUESTIONES DE COMPETENCIA.

Como las contiendas jurisdiccionales siempre producen conflictos, perturbaciones y embarazos en la administracion de justicia, nuestras leyes tienen recomendado por punto general á los jueces y tribunales, que se abstengan de promoverlas sin fundado motivo, bajo las penas que espondremos en la siguiente seccion; y aun en algunos casos lo prohiben absolutamente. Esto no obsta para establecer como regla general, que siempre que un juez entienda que otro le usurpa sus atribuciones judiciales, puede requerirle de inhibicion, promoviendo la cuestion de competencia á instancia de parte legítima, y tambien de oficio, cuando así le es permitido hacerlo, segun hemos espuesto en las secciones 3.ª y 4.ª

Pero esta regla general tiene sus escepciones, como hemos indicado, fundadas en la conveniencia pública, que no permite se susciten tales contiendas, cuando pueden lastimarse el respeto que se merece la cosa ya juzgada, ó intereses generales, preferentes siempre al interés individual; y si se pro-

mueven, la declaracion que hace de ordinario el tribunal dirimente es, que son *estemporáneas*, que no han debido formarse, ó que no ha lugar á decidirlas. Los casos, pues, en que por dichas causas no pueden promoverse cuestiones de competencia, son los siguientes:

1.° En los pleitos y espedientes fenecidos. De cualquiera clase que sea un negocio, ya civil ó criminal, de jurisdiccion voluntaria ó contenciosa, cuando las partes no han reclamado oportunamente contra la competencia del juez ó tribunal, que de él ha conocido, es prueba de que lo han considerado competente, ó han querido someterse á su jurisdiccion; y no seria justo ni conveniente en tales casos el que, despues de dictada la ejecutoria, ó de haber sido terminado el asunto de otro modo, pudiera promoverse, ni á instancia de parte ni de oficio, la cuestion de competencia. De lo contrario se faltaria al respeto debido á la cosa juzgada, y se dejaria á los litigantes de mala fé espedito ese medio de ir contra sus propios hechos, ó de intentar la nulidad de una sentencia, que no habrian reclamado, si les hubiese sido favorable; además de que, fenecido el juicio, no hay ya cuestion judicial ó pleito pendiente, sobre cuyo conocimiento pueda versar la contienda jurisdiccional. Por estas consideraciones es de jurisprudencia, constantemente observada, y sancionada por el Tribunal Supremo de Justicia, el principio de que en negocios ya fenecidos por ejecutoria, ó por avenencia de las partes, es *estemporánea* é improcedente toda cuestion de competencia (1).

Pero téngase entendido que, para que dicha circunstancia pueda impedir la cuestion posterior de competencia, es necesario que el negocio haya sido terminado *sin oposicion*. Si la

(1) Aunque son muchas las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, en que se establece ó confirma esta jurisprudencia, basta á nuestro objeto citar las que siguen, dictadas en casos diferentes.

Sentencia de 26 de mayo de 1857, declarando estemporánea y no haber lugar á decidir la competencia promovida por el alcalde de Carril al juzgado de Marina de Villagarcía, con motivo de un juicio verbal de faltas, celebrado ante este contra el aforado D. José Manuel Ramos.

«Considerando que la providencia del comandante de Marina de Villagarcía fué consentida espresamente por D. José Manuel Ramos, capitan del buque *Tres Amigos*:

»Considerando que dicha providencia tuvo efecto en la parte de costas y multa, que pagó Ramos sin oposicion ni protesta alguna:

»Considerando que tampoco las hizo para el cumplimiento del resto de la condena:

»Considerando, por último, que el alcalde de Carril no debió provocar por sí la cuestion jurisdiccional en juicio fenecido, y aun cumplimentado en dos de los tres estremos que contenia la providencia;

»Declaramos estemporánea esta competencia, y no haber lugar á decidirla. Y lo acordado.» (*Coleccion legislativa*, tomo 12, *decision* núm. 22.)

Otra de 17 de febrero de 1857, declarando estemporánea la competencia promovida por el juzgado de la Capitanía general de Valencia al de primera instancia del distrito de San Juan de Murcia, acerca del conocimiento del juicio de particion de bienes del difunto D. Mateo José Lopez, aforado de guerra, despues de haber sido aprobada y protocolizada dicha particion. Sus dos últimos *considerandos* dicen así:

«Considerando que terminado así este espediente de conformidad con los interesados por el auto espresado de 31 de julio, el juzgado de la Capitanía general en 3 de setiembre acordó reclamar de oficio, y lo hizo en comunicacion de 7 del mismo mes, el espediente en que se aprobó la particion, naciendo de aquí la presente competencia:

»Y considerando que el mero exámen de las fechas indicadas basta para persuadir la improcedencia de la reclamacion jurisdiccional oficiosa del juzgado de la Capitanía general, porque no hallándose pendiente en el de primera instancia en 3 de setiembre espediente alguno sobre aprobacion de la particion ejecutada por muerte de D. Mateo José Lopez, no podia tener lugar la cuestion de competencia, por no deber existir sobre un negocio definitivamente terminado, sin oposicion de ningun género.» (*Colec. legislat.*, tomo 79, *decision* número 10.)

Otra de 5 de abril de 1859, declarando no haber lugar á resolver la competencia provocada por el juzgado de la Capitanía general de Castilla la Vieja al de primera instancia de Laviana, en cuanto al hecho de resistencia á la guardia civil en el acto de auxiliar á un alcalde pedáneo. En su tercer *considerando* se dice:

«Considerando, por otra parte, que la reclamacion de la jurisdiccion militar en este punto es estemporánea, porque, sentenciado ejecutoriamente el hecho, como indivisible, en el juicio de faltas, el juzgado de guerra de la Capitanía general de Castilla la Vieja ya no puede conocer de él, á no ser que el reo fuera sometido á dos juicios por el mismo hecho, lo que en buenos principios es de todo punto inadmisible.» (*Colec. legislat.*, tomo 80, *decision* núm. 20.)

Otra de 26 de octubre de 1859, declarando mal formada y no haber lugar á decidir la competencia suscitada por el juez de primera instancia del distrito de Palacio de Madrid al de igual clase de Tortosa, para conocer del ab-intestato de D. Ramon Jordana. Su último *considerando* dice así:

«Y considerando además que, segun la doctrina

parte interesada hubiese reclamado oportunamente contra la competencia del juez, y este, no obstante, hubiese seguido conociendo, aunque haya dictado sentencia, y esta se haya llevado á efecto, podrá promoverse legítimamente la contienda jurisdiccional, en razon á que habia sido iniciada en tiempo oportuno, y no media en este caso la sumision de las partes (1).

Tambien debemos recordar que, para el efecto de que se trata, no puede considerarse como fenecida la causa, que lo haya sido por *sobreseimiento sin perjuicio*, en razon á que esta providencia no tiene el carácter de ejecutoria, ni en realidad queda fenecido el juicio, puesto que puede abrirse de nuevo su curso, siempre que resulten méritos ó datos suficientes para ello. Por esta razon dicho sobreseimiento no impide la cuestion posterior de competencia, como hemos espuesto en el párr. 1.° de la sec. 4.ª (2): la impedirá, cuando se acuerde *por no haber méritos para proceder*, ó sin ulterior progreso, pues en este caso queda terminada la causa.

2.° Cuando la competencia del juez, que conoce del negocio, ha sido reconocida espresamente, ó cumplimentando sus exhortos. El juez que, despues de haber iniciado la contienda jurisdiccional, desiste de ella dejando espedita la jurisdiccion del que conoce del negocio, ó que reconoce la competencia de este cumplimentando sus exhortos, no tiene derecho para gestionar contra sus propios actos, provocando de oficio la cuestion de competencia: asi lo tiene declarado el Tribunal Supremo de Justicia (1).

Tampoco podrá promoverse á instancia de la parte, que haya consentido dichas providencias, ó que se haya sometido legalmente al juez que habia prevenido el conocimiento, sobre lo cual véase lo que hemos dicho en el párr. 2.° de la sec. 3.ª y en el 1.° de la 4.ª Esta doctrina tiene tambien en su apoyo la jurisprudencia de dicho Tribunal Supremo (2).

---

y jurisprudencia establecida y declarada por este Supremo Tribunal, no podia provocarse ni tener lugar la cuestion jurisdiccional ó de competencia respecto á un juicio fenecido, cual lo estaba ya el que promovió Doña Serafina Girona en el juzgado de Tortosa al tiempo en que se suscitó la de que se trata.» (*Colec. legislat.*, tomo 82, *decision* núm. 82.)

Y *otra de* 25 *de enero de* 1860, declarando estemporánea la competencia suscitada por el juzgado de la Capitanía general de Estremadura al de primera instancia de Fregenal, sobre conocer de las diligencias, que ya habia practicado el segundo, para elevar á testamento la última disposicion de D. José Sanchez de la Fuente, comandante retirado. El último *considerando* dice:

«Considerando que, protocolizado el testamento de D. José Sanchez de la Fuente, quedó terminado este diligenciado, y que sobre un negocio concluso definitivamente, sin oposicion de ningun género, no puede tener lugar una cuestion de competencia.» (*Coleccion legislativa*, sentencia núm. 12 de las de 1860.)

(1) Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de 1.° de junio de 1850, citada en el párrafo 1.° de la seccion 4.ª de este artículo (página 305, col. 1.ª, nota 1.ª)

(2) Véanse las dos sentencias del mismo Tribunal Supremo, citadas tambien en la pág. 305, col. 2.ª, nota 1.ª

(1) *Sentencia de* 3 *de abril de* 1857, declarando estemporánea la competencia promovida por el juzgado de primera instancia de Algeciras al de estranjería del campo de Gibraltar, sobre el conocimiento de las testamentarías de José Sonner y de Jorje Widekeller.

«Considerando, en cuanto al conocimiento de la testamentaría de José Sonner, que por el auto consentido y ejecutoriado del juez de primera instancia de Algeciras, de 8 de marzo de 1854, se dejó espedita la jurisdiccion al de estranjería del Campo de Gibraltar; y que respecto del conocimiento de la testamentaría de Jorge Widekeller, el juzgado ordinario, cumplimentando el exhorto del de estranjería, en 13 de enero de 1854, reconoció la competencia de este con audiencia y de conformidad con el oficio fiscal, y contra ella no puede ya gestionar de oficio, como lo hace al presente.» (*Coleccion legislativa*, tomo 72, *decision* núm. 14.)

(2) *Sentencia de* 30 *de mayo de* 1860, declarando no haber lugar á decidir la competencia entre el juzgado de primera instancia del distrito del Salvador de Granada, y los de las Capitanías generales de la misma ciudad y de Castilla la Nueva, sobre conocer de la testamentaría del conde de Benalúa. Dice así en sus *considerandos*:

«Considerando que, si bien se practicaron algunas (diligencias) más en dicho juzgado (del distrito del Salvador de Granada), en el del Sagrario y en el de Guerra de aquella ciudad con posterioridad á la defuncion del Conde, es lo cierto que su hija, la referida Condesa de Acbiardi, única parte que reclama hoy, no solo desistió de que continuasen en el primero las diligencias incoadas allí, sino que solicitó y obtuvo del de la Capitanía general de esta corte, que se la tuviera por sometida al mismo:

»Considerando que, lejos de impugnar entonces su competencia, como pudo verificarlo, la Condesa reconoció la que los demás coherederos supusieron en él al pedirle que previniera el juicio voluntario de testamentaría, derivándose de todos

3.° En los negocios civiles, en que se hubiere hecho uso de la *declinatoria*. Intentado este medio, ha de pasarse por su resultado, sin poder promover simultánea, ni sucesivamente, la cuestion de competencia por el otro medio de la inhibitoria, como previene terminantemente el art. 83 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y hemos espuesto en el párrafo 1.° de la seccion 3.ª (1).

4.° En las causas criminales, despues de contestada la acusacion fiscal en primera instancia. Véase lo que sobre esto hemos dicho en el párrafo 1.° de la seccion 4.ª, y las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia allí citadas.

5.° Cuando los procedimientos criminales son puramente inquisitivos, para averiguar si existe ó no hecho punible, sin dirigirlos contra persona determinada. En estos casos, de conformidad con el espíritu de la Real órden de 4 de julio de 1849 y de otras disposiciones, no deben embarazarse los jueces con competencias prematuras, pues en el interés de la causa pública y de la justicia está aprovechar los primeros momentos para la averiguacion del delito, que de otro modo se perderian; y vale mas que cada juez forme su proceso, porque, como se dice en dicha Real órden, es menor inconveniente la geminacion de diligencias, que la impunidad de los delincuentes. Luego que resulte persona responsable criminalmente, y se dirijan contra ella los procedimientos, es cuando podrá promoverse la contienda jurisdiccional por razon del fuero de dicha persona, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo de Justicia (1). Mas esto no puede aplicarse al caso en que la competencia sea por razon de la naturaleza del delito, ó del lugar en que se haya cometido, pues como entonces no es el fuero del delincuente lo que sirve de fundamento á la cuestion jurisdiccional, podrá promoverse esta durante las diligencias inquisitivas, aunque no resulte persona procesada.

---

estos hechos una situacion jurisdiccional, perfectamente ajustada á las pretensiones de las partes, y obligatoria de tal manera para las mismas, que les veda desconocer su importancia ó fuerza legal:

»Considerando que la tienen ejecutoria las providencias consentidas por los interesados, entre las cuales se halla la del 22 de junio de 1857, que les señaló para alimentos una cantidad que la Condesa ha percibido, y que así en este auto, como en otros, proveidos durante la tramitacion del juicio, hay que respetar el principio de cosa juzgada:

»Considerando que seria abiertamente contrario á su espíritu cuestionar ahora, fuera de tiempo y á solicitud de la Condesa, sobre si su difunto padre disfrutaba ó no fuero completo militar, cuando á él acudió voluntariamente, ya porque lo creyese el suyo propio, ó ya porque no dudara entonces de que era el de su causante:

»Considerando que las competencias tienen por único y esclusivo objeto fijar la del juez ó tribunal que ha de conocer del asunto que la ocasiona; y que el de la testamentaría, objeto de esta contienda jurisdiccional, no solo ha llegado al último período de los tres que determina el Código de procedimientos, sino que, aprobadas las particiones, contra las cuales tampoco la Condesa espuso en tiempo y forma cosa alguna, se hallan ya debidamente protocolizadas:

»Y considerando por todo lo espuesto, que las últimas reclamaciones de la Condesa de Achiardi, apoyadas por el juez del Salvador de Granada, son estemporáneas, y así mismo que lo es la competencia promovida á solicitud suya.» (*Coleccion legislativa*, sentencia núm. 129, de las de 1860.)

(1) Véanse las varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, citadas anteriormente en las páginas 279 y 280.

(1) *Sentencia de 5 de agosto de 1858*, decidiendo á favor del juzgado de primera instancia de Pontevedra la competencia con el de Marina de Vigo, sobre el conocimiento de la causa formada con motivo de la muerte de Dominga Santomé, mujer de un aforado de marina.

«Considerando que la jurisdiccion ordinaria dirigia única y esclusivamente sus procedimientos á averiguar si la muerte de Dominga Santomé procedia de delito, ó si por el contrario era natural y sin culpa del facultativo ó facultativos que la asistieron, ni de otra persona, para lo cual era sin duda competente:

»Considerando que ni el juez de primera instancia de Pontevedra, ni el alcalde de Meira procedieron, ni aun intentaron proceder contra ningun aforado de marina, único caso en que la jurisdiccion especial de este ramo hubiera podido anunciarle con fundamento la competencia:

»Considerando que mientras este caso no llegase, y se limitasen, como se limitaban, las diligencias de los jueces ordinarios á poner en claro si existia ó no delito que perseguir y castigar, no debió la autoridad judicial de marina interrumpirles en el ejercicio legal de sus funciones, con grave daño de la pronta administracion de justicia:

»Considerando que, aun siendo cierto que el alcalde de Meira dejase espedita la jurisdiccion del ayudante de Marina, nunca semejante hecho podria conferirle atribuciones que las leyes no le conceden.» (*Coleccion legislativa*, tomo 77, *decision* núm. 43.)

6.° En las causas de conspiracion y demás llamadas *de ley*, que son aquellas en que se procede con arreglo á la de 17 de abril de 1821, restablecida en 30 de agosto de 1836. Como en estos delitos solo puede procederse por la jurisdiccion militar, ó por la ordinaria, segun los casos, con derogacion de todo fuero, se previene en el art. 14, que en las causas de esta ley no habrá lugar á competencia alguna, fuera de la que pudiera suscitarse entre dichas dos jurisdicciones, la cual ha de decidirse por el Tribunal Supremo de Justicia dentro de 48 horas á lo mas, despues de recibidos los autos.

7.° En las causas criminales, cuyo conocimiento se reserva ó reclama la autoridad militar, cuando una provincia de su distrito está declarada en estado de sitio. En estos casos, si los jueces ó tribunales entienden que el Capitan general se escede de sus atribuciones judiciales, no deben promover cuestiones de competencia; sino que se han de ceñir á esponer á la autoridad militar lo que proceda para sacarla de su equivocacion, y que desista de su empeño; y si esto fuese ineficaz, recurrirán al Gobierno de S. M. para que adopte la resolucion oportuna (1).

8.° En los negocios que son del privativo conocimiento de los juzgados especiales de Hacienda. Cuando ésta pueda esperimentar algun daño ó perjuicio en sus rentas, acciones ó derechos; cuando el Erario público tenga interés presente ó futuro en el negocio; y en todas las incidencias, anexidades y conexidades que de los mismos títulos provengan, está declarado que no debe haber lugar á competencias con jueces de estraña jurisdiccion á la de Hacienda, por la razon de que, en tales casos, segun nuestras leyes, no hay fuero ni privilegio alguno, que exima á los deudores de dicha jurisdiccion, y esta no debe ser embarazada con competencias infundadas, bajo la responsabilidad del que las promueva, para evitar los perjuicios que de ello se seguirian á los intereses generales del Estado (2).

(1) Real órden de 14 de abril de 1819.
(2) Reales órdenes de 25 de noviembre de 1839, disposicion 2.ª; y 21 de agosto de 1840.

Téngase presente que la prohibicion es á jueces estraños á la jurisdiccion de Hacienda, y por lo tanto no alcanza á los de esta, los cuales bien podrán promover entre sí dichas contiendas en los negocios espresados, cuando tengan razon para ello.

9.° En los negocios sobre reparto y cobranza de contribuciones y demás impuestos públicos, y en todas sus anexidades (1). En ningun caso pueden mezclarse en estos negocios los tribunales y juzgados, mientras se trate del interés directo de la Hacienda pública. Los procedimientos que en ellos se emplean son gubernativos, sin esceptuar los que llevan consigo medidas coactivas contra las personas, que toman parte en la cobranza ó en los repartimientos; y si en algun caso llegan á hacerse contenciosos, ó corresponde su conocimiento á los tribunales contencioso-administrativos, ó á los de Hacienda (2).

10. Entre jueces seculares y eclesiásticos; pues, como repetidamente se ha dicho, las cuestiones jurisdiccionales, que entre ellos se promuevan, no pueden arreglarse á lo espuesto en este artículo; sino á las formas establecidas para los *recursos de fuerza en conocer* (3).

11. Las autoridades judiciales, de cualquier órden que sean, no pueden promover contiendas de competencia á las administrativas; pero sí estas á aquellas por medio del Gobernador de la provincia (4), como estensamente hemos espuesto en el artículo **COMPETENCIA ADMINISTRATIVA.**

12. Tampoco debe, ni puede promoverse cuestion de competencia á tribunales estranjeros, que requieran á los del reino con ejecutorias, cédulas de ugier, ni despachos de ningun género, por la razon de no haber en este caso superior comun. En punto á sentencias no hay duda, ni puede ocurrir caso, ni debe, despues de lo dispuesto en esta razon por la Ley de Enjuiciamiento civil. Pero

(1) Real órden de 13 de junio de 1836, y artículo 63 del Real decreto de 23 de mayo de 1845.
(2) Real órden de 20 de setiembre de 1852.
(3) Art. 110 de la Ley de Enjuiciamiento civil.
(4) Art. 2.° del Real decreto de 4 de junio de 1847.

podria aun hoy haber lugar á duda, en materia de despachos de emplazamiento, ó para practicar algunas diligencias. El juez y el ministerio fiscal tendrán muy presente en estos casos la legislacion internacional, y la particular ó privativa del reino, ordenando á la parte, ó agente estranjero que lo presente, que acuda á donde corresponda; y al reportador, ó recurrente toca el pensar si ha de acudir al Tribunal Supremo de Justicia, ó cambiar de vía, iniciando procedimiento ante los jueces ó tribunales de España, segun el caso.

13. Entre un juez inferior y el superior, á quien está subordinado, tampoco puede entablarse en ningun caso cuestion de competencia. Aunque no existe ley que así lo determine espresamente, se deduce de varias disposiciones antiguas y modernas. Todas las que tratan de contiendas jurisdiccionales entre tribunales y jueces, dan por supuesto que estos no han de ser subordinados de aquellos; y si lo fuesen, conceden al superior la decision, como lo hace la ley 16, tít. 4.°, libro 5.° de la Nov. Rec., la cual ordenó que cuando ocurriese duda ó diferencia entre la Audiencia de los Grados y otros jueces de Sevilla, sobre quién habia de conocer de alguna causa, se llevaran los procesos á dicha Audiencia, y allí se determinase á quién pertenecia el conocimiento de la tal causa. Si, pues, en el caso de que tratamos, corresponde la decision al superior, y esto sin ulterior recurso con arreglo á lo que prescribe otra ley (1), es claro que el juez inferior ha de obedecer lo que mande su superior, y de consiguiente que no puede haber contienda entre ellos.

Lo mismo se deduce del decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, por el hecho de no hacer mencion de este caso al referir todos los de competencia que pueden ocurrir, á la vez que lo hace de las que se promuevan entre una Audiencia y un juez ordinario de *distinto territorio*. Y la razon es, porque esas contiendas relajarian la disciplina, tan necesaria para la conservacion del órden y equilibrio social. Todo inferior en cada gerarquía debe respeto y sumision al superior de quien depende, lo cual le impone el deber de cumplir las órdenes que de este emanen, siempre que no haya disposicion legal que se lo prohiba terminantemente: y considera la ley de tal fuerza y necesidad la observancia de este principio, que exime de responsabilidad criminal al que obrare en virtud de esa obediencia debida (1).

Pero, aunque por las razones dichas no pueden ni deben entablarse contiendas de competencia entre un juez inferior y el superior, de quien dependa, no por esto queda aquel privado de todo recurso para defender su jurisdiccion: la recta razon y los principios de nuestro derecho le conceden el recurso de queja para ante el tribunal superior de ambos; y si no lo hubiese, para ante la autoridad Real.

Conforme con estos principios, la práctica tiene autorizado que, cuando un juez de primera instancia entienda que la Audiencia, de quien depende, está conociendo ó le reclama el conocimiento de un negocio, que aquel cree de su competencia, puede acudir á esta haciéndole presente por medio de suplicatorio, ó de una esposicion respetuosa las razones en que cree fundada su competencia, y suplicándole que deje espedita su jurisdiccion; y en el caso de que la Audiencia desestimase la pretension del juez, queda á este el recurso de acudir al Tribunal Supremo de Justicia; pero dando desde luego cumplimiento á lo resuelto por aquella.

Los mismos procedimientos podrá emplear un juez de paz, cuando el de primera instancia del partido le usurpe alguna de sus atribuciones, si bien elevando el recurso á la Audiencia del territorio.

Las Audiencias lo elevarán á la persona del Monarca cuando sean embarazadas en sus atribuciones por el Tribunal Supremo de Justicia; y lo mismo los tribunales, y juzgados especiales, cuando lo sean por los que para ellos son respectivamente supremos, como

(1) Ley 7, tit. 21, lib. 11, Nov. Rec.

(1) Núm. 12 del art. 8.° del Código penal.

el de Guerra y Marina, la Rota, el Tribunal mayor de cuentas, etc.

El sistema, que acabamos de esponer, está además ordenado espresamente por la legislacion de Indias para el caso en que los vireyes ó presidentes usurparan las atribuciones de los tribunales.

Por último, no pueden sostenerse cuestiones de competencia con los fiscales militares, con los Directores de las armas, con los jefes de los regimientos, ni con cualquiera otra autoridad militar, que carezca de jurisdiccion, segun está declarado por Reales órdenes de 2 de setiembre de 1831 y 8 de julio de 1832, como ya hemos indicado.

Si la cuestion se ofreciese respecto del Senado, cuando conoce como tribunal, no hay recurso sino para ante la misma Cámara, por vía de esposicion razonada, y para que aquel resuelva lo que estime oportuno (1).

SECCION VII.

DISPOSICIONES PENALES.

Aunque la oscuridad ó insuficiencia de la ley dan lugar, las mas veces, á las contiendas de competencia, tambien estas son promovidas, en muchos casos, por la mala fé de los litigantes, á quienes interesa dilatar ó perturbar la marcha del negocio, y por «el empeño que forman los jueces en interpretar arbitrariamente las leyes y órdenes mas terminantes, para apropiarse el conocimiento, sugeridos, unas veces por sus curiales, y otras, por hacer punto de honor el empeño de ser estimados jueces en las causas, en que por error ú otros motivos empezaron á conocer,» como se dice en la Real órden de 23 de noviembre de 1819.

Si este abuso ocasiona efectivamente perjuicios considerables en los negocios civiles al litigante de buena fé, aun es mayor su trascendencia en los criminales, puesto que con ello se dá ocasion á que se malogren las diligencias inquisitivas del delito y sus autores, á que la pena no produzca sus saludables efectos, y á que se dilate la satisfaccion de la vindicta pública, ó la declaracion de inocencia del procesado. Esto sin contar el irreparable perjuicio, que en su caso se le irroga con la prision, que sufre durante este procedimiento, cuando la contienda no ha sido por él provocada.

Por estas consideraciones, nuestros tribunales superiores, en uso de su jurisdiccion disciplinal, han castigado siempre con imposicion de costas, multas, apercibimientos, y otras correcciones, á los jueces que se han empeñado en competencias temerarias; y tambien lo ha hecho el Gobierno, en el último sentido, cuando ha tenido conocimiento del caso, de lo cual puede servir de ejemplo la Real órden de 30 de marzo de 1827, inserta en la *parte legislativa* de este artículo.

En las disposiciones modernas, hoy vigentes, se encuentran prescripciones terminantes sobre el particular. Respecto de las causas criminales declara el art. 6.° de la ley de 11 de setiembre de 1820, restablecida en 30 de agosto de 1836, que los jueces, que en ellas promuevan y sostengan competencias contra ley espresa y terminante, incurren en la pena señalada por el art. 7.° de la ley de responsabilidad de 24 de marzo de 1813 (1); mandando además, que esta pena se imponga al tiempo de resolver la competencia por el tribunal que la dirima, quien la hará efectiva, ejecutándola irremisiblemente desde luego, sin perjuicio de que despues se oiga al juez que la sufra, si reclamase. Pero como no ha sido restablecida dicha ley de responsabilidad, ni puede considerarse vigente el artículo citado por la simple referencia que á él se hace en la de 11 de setiembre de 1820, los tribunales

(1) Art. 18 de la ley de 11 de mayo de 1849, inserto en la *parte legislativa* de este artículo.

(1) Dicho art. 7.° de esta ley dice así: «El magistrado ó juez que por falta de instruccion ó por descuido falle contra la ley espresa, y el que, por contravenir á las leyes que arreglan el proceso, dé lugar á que el que haya formado se reponga por el tribunal superior competente, pagará todas las costas y perjuicios, y será suspendido de empleo y sueldo por un año. Si reincidiese, sufrirá igual pago, y será privado de empleo, é inhabilitado para volver á ejercer la judicatura.»

superiores han seguido, y siguen con la facultad de corregir disciplinariamente, segun su prudente arbitrio, con imposicion de costas, multas y apercibimientos á los jueces, que faltan *temerariamente* á sus deberes en este, como en otros puntos, cuando no existen méritos bastantes para la formacion de causa.

Si los hubiere, el tribunal, que dirima la competencia, deberá mandar, al tiempo de decidirla, que se libre testimonio ó certificacion del tanto de culpa para proceder contra el juez culpable. Esto podrá tener lugar siempre que resulte que el juez promovió ó sostuvo la competencia contra ley espresa y terminante, maliciosamente y á sabiendas, pues en tal caso habrá cometido el delito de prevaricacion, penado con la inhabilitacion perpétua especial por el núm. 2.° del artículo 269 del Código penal.

Como este artículo se refiere al juez, que á sabiendas dictare *sentencia definitiva* manifiestamente injusta, parece concretarse á la sentencia, que pone fin al pleito, y por lo tanto pudiera objetarse que no es aplicable al caso de que tratamos. Tenemos por infundada esta objecion: la sentencia en que el juez se declara competente, tiene fuerza de definitiva, porque pone fin al incidente de competencia; y tanto es así, que el art. 6.° de la ley de 11 de setiembre de 1820, en su referencia al 7.° de la de 24 de marzo de 1813, previene, que se castigue con la misma pena, que cuando se falla contra ley espresa, al juez que promueva ó sostenga una competencia contra ley espresa y terminante. No puede por lo tanto dudarse de que este caso está comprendido en el art. 269 antes citado del Código penal.

Y aunque así no fuese por circunstancias especiales, lo estaria en la disposicion general del 313, segun el cual, el empleado público, que en el ejercicio de su cargo cometa algun abuso, que no esté penado especialmente, incurre en la multa de 20 á 200 duros, cuando el daño causado por el abuso no fuere estimable, y del 20 al 100 por 100 de su valor, si lo fuere; pero sin que nunca baje de 20 duros. ¿Quién negará que es un abuso punible, cuando no pueda calificarse de prevaricacion, el sostener una competencia temerariamente ó por mero capricho? En honor de la magistratura debemos reconocer que será muy raro el caso, y no tenemos noticia de que hasta ahora haya ocurrido; pero está en lo posible, lo ha previsto la ley, y hemos debido por tanto hacernos cargo de él.

En cuanto á los negocios civiles, previene el art. 113 de la Ley de Eojuiciamiento civil, que, tanto el Tribunal Supremo de Justicia, como las Audiencias, podrán en la sentencia condenar al pago de las costas, causadas en las actuaciones relativas á la cuestion de competencia, al juez y al litigante, que la hayan sostenido con notoria temeridad, estableciendo la proporcion en que deban pagarlas, sin recurso alguno contra esta condena. Igual facultad deberán tener los jueces de primera instancia, cuando decidan las competencias promovidas entre los jueces de paz, ó los alcaldes de su partido.

Como dicha ley procede bajo el supuesto de que las cuestiones de competencia no han de promoverse sino á peticion de parte legítima, por eso ordena que la condenacion en las costas se imponga conjuntamente al juez y al litigante, si bien en la proporcion que considere justa el tribunal dirimente. Ambos se han hecho responsables de la temeridad en sostener la competencia sin derecha razon; el litigante solicitándolo, y el juez accediendo á tal peticion: pero siempre moral y legalmente será mayor la responsabilidad de este, puesto que, faltando al cumplimiento de su deber, no desestimó la pretension infundada de la parte, á quien su propio interés pudo hacer desconocer la verdadera y recta inteligencia de la ley. Si el litigante se hubiere allanado á la inhibicion reclamada, entonces no puede haber dicha mancomunidad, y será responsable de todas las costas el juez que hubiere sostenido en tal caso la competencia con temeridad notoria.

La ley prescribe con razon que, para que proceda la condenacion en costas, haya temeridad notoria en sostener la competencia, y deja esta calificacion al prudente juicio del tribunal dirimente, porque no es fácil establecer reglas fijas sobre ello. Sin embargo,

puede decirse que la temeridad será notoria, siempre que se sostenga la competencia contra la jurisprudencia establecida, ó contra ley clara y terminante: pero si la ley fuese oscura ó de dudosa inteligencia, ó si no hubiese ley ni reglas de derecho aplicables al caso, entonces no hay temeridad, y de consiguiente no procede la condenacion en costas.

La imposicion de las costas, en el caso de que tratamos, debe entenderse sin perjuicio del procedimiento criminal, que deberá acordarse en la forma antes espuesta contra el juez prevaricador, cuando á sabiendas hubiere sostenido la competencia contra ley espresa y terminante. Si hubiere mediado cohecho, se hará aplicacion de los arts. 314 y y siguientes del Código penal, que tratan de este delito.

Tambien castiga la Ley de Enjuiciamiento civil con la condena ó imposicion de costas al litigante, que falte á la verdad al asegurar, para que se le admita la inhibitoria, que no habia hecho uso de la declinatoria. Y es tal la rigidez de la Ley contra el que falta á la verdad sobre dicho estremo, que previene en su art. 84, se le imponga dicha condena aunque se decida á su favor la cuestion de competencia. Véase lo que acerca de este particular hemos dicho anteriormente en el §. 1.° de la seccion 3.ª (pág. 281).

Además de las penas antedichas, aplicables al juez y al litigante, que hubiesen sostenido la competencia contra ley espresa ó con notoria temeridad, han sido sancionadas otras para corregir otro abuso, que puede cometerse en estos procedimientos. Nos referimos al caso en que el juez, legalmente requerido de inhibicion, continuare procediendo, sin esperar á que se decida la contienda por quien corresponda. El Código penal ha elevado este hecho á la categoría de delito, castigándolo con una multa de 20 á 200 duros (1). Las razones que para ello se habrán tenido en cuenta son bien obvias.

Es un principio de órden público, admitido por todas las legislaciones, que la autoridad requerida de inhibicion debe suspender todo procedimiento, tanto para que no traspase los límites de su jurisdiccion ó atribuciones, como para evitar los conflictos y encuentros que podrian ocasionarse. Ya hemos dicho, que aquel principio ha sido tambien admitido y sancionado por nuestras leyes, espresamente para las competencias entre las autoridades judiciales y las administrativas (1), é implícitamente para las de aquellas entre sí. La infraccion, pues, de este principio, por la perturbacion y conflictos que puede causar en el órden público, constituye un esceso púnible, y este esceso es el que castiga el artículo 309 del Código penal, como hemos visto, con la multa de 20 á 200 duros en el empleado público, que legalmente requerido de inhibicion, continuare procediendo antes que se decida la contienda. Esta pena es solo aplicable al *empleado público*, al juez *que continúe procediendo*, despues de requerido de inhibicion. No puede serlo, como lo es en Francia (2), al empleado del ministerio fiscal, que hiciese reclamaciones á dicho fin; y mucho menos á los litigantes: éstos en su caso sufrirán la condenacion en costas, y las consecuencias de la nulidad de los procedimientos.

Pero téngase presente que, para que el juez deba suspender todo procedimiento bajo la pena antedicha, debe haber sido *legalmente requerido de inhibicion*, como dice el artículo del Código penal, á que nos referimos: de modo que no basta un requerimiento cualquiera, sino que ha de ser de *inhibicion*, y éste hecho *legalmente*. De lo cual se deduce, que si el requerimiento, aunque de inhibicion, no fuere hecho *legalmente*, podrá, y aun deberá el juez requerido continuar procediendo, sin incurrir en responsabilidad alguna.

La *legalidad* del requerimiento ha de buscarse *en la forma* de proponer la inhibicion, y *en la autoridad* que lo haga; no en el fondo de la cuestion. Así pues, si un juez digese á otro simplemente que se abstenga de co-

(1) Art. 309 del Código penal.

(1) Art. 7.° del Real decreto de 4 de junio de 1847.

(2) Art. 128 del Código penal francés.

nocer en un negocio determinado, pero sin anunciarle cuestion de competencia, ni acompañar el testimonio, que previene el art. 89 de la Ley de Enjuiciamiento civil, podrá continuar procediendo el requerido, sin incurrir por ello en responsabilidad criminal, por no haberle sido hecho el requerimiento legalmente, ó sea en la forma que previene la ley.

Lo mismo sucederá, si un fiscal militar requiere de inhibicion á un juez de primera instancia, ó éste á aquel en negocio judicial; ó si lo hiciese un alcalde ó cualquier otro funcionario de la administracion civil, que no sea el gobernador, á un juez; ó éste á cualquier autoridad administrativa, en negocios contenciosos de la administracion. En estos casos y en otros análogos, el requerimiento no está hecho legalmente, porque la ley no concede á tales funcionarios jurisdiccion ni facultad para promover las contiendas de competencia. Así es que en tales casos, lo mismo que cuando se falta á la forma prescrita por la ley para promover estas contiendas, el tribunal superior, á quien ambos jueces remiten los autos, se concreta á declarar mal formada la competencia y que no há lugar á decidirla, devolviendo á cada juzgado sus respectivas actuaciones para que procedan con arreglo á derecho.

No sucede así cuando la ilegalidad no se refiere á la forma del requerimiento, sino al fondo de la cuestion, esto es, cuando el juez requirente no tiene razon ni fundamento legal para promover la contienda. En tal caso, siempre que el requerimiento de inhibicion haya sido hecho legalmente, en cuanto á la forma, el juez requerido debe suspender todo procedimiento; y si no lo hace, incurrirá en la pena antes espresada, debiendo procederse contra él criminalmente.

Esta doctrina debe ser tambien aplicable al caso, en que el requerimiento de inhibicion se haya hecho cuando no lo permita ya el estado del asunto, como sucederia, por ejemplo, si estando una causa criminal en plenario, y habiéndose contestado á la acusacion fiscal, se exigiese la inhibicion del juez, que entendiera de ella, promoviéndole la cuestion de competencia. En este caso el requerimiento, aunque improcedente y sin fundamento legal, estará hecho legalmente bajo el supuesto de que se hayan observado las formalidades prevenidas por la ley; y como esta es la única circunstancia que exige el citado art. 309 del Código penal, creemos, contra la opinion de algun escritor ilustrado, que el juez requerido seria culpable del delito que en dicho artículo se castiga, si continuase sus procedimientos.

Dicha falta de legalidad, ó de fundamento legal para promover la competencia, servirá para que sea vencido en ella el juez requerido, con imposicion de las costas y las demás correcciones que considere procedentes el tribunal dirimente; pero nunca para que el juez requerido deje de aceptar la competencia, con suspension de sus procedimientos. Lo contrario seria tanto como conceder á este la facultad de decidir sobre el fondo de la cuestion, lo cual es insostenible en buenos principios. Así es, que en casos, que han ocurrido de esta naturaleza, se ha formalizado en regla la competencia, y el Tribunal Supremo de Justicia la ha declarado estemporánea, ó la ha decidido contra el juez que la promovió despues de contestada la acusacion fiscal (1).

Lo mismo ha de entenderse en los casos, en que ya se hubiere hecho uso de la declinatoria; en los negocios que son del privativo conocimiento de la jurisdiccion de Hacienda; en las causas de conspiracion y demás llamadas *de ley*; y en todos los demás casos, en que está tambien prohibido por punto general promover contiendas de competencia, de que hemos hecho mérito en la seccion anterior. Si no obstante dicha prohibicion, llega á hacerse en legal forma el requerimiento de inhibicion, el juez requerido habrá de suspender todo procedimiento hasta que se decida la contienda, si no quiere incurrir en la responsabilidad criminal antes espresada. Esta es tambien la jurisprudencia establecida (2).

(1) Véanse las decisiones de dicho Tribunal Supremo de Justicia, citadas en el §. 1.° de la seccion 4.ª del presente artículo pág. 304.

(2) Véanse las decisiones del mismo Tribunal Supremo de 28 de febrero y 7 de marzo de 1854, publicadas bajo los núms. 19 y 25 en el tomo 61

Debemos indicar, por último, que si bien no incurrirá en responsabilidad criminal, ó sea en el caso del art. 309 del Código penal, por continuar procediendo, el juez que no haya sido requerido legalmente de inhibicion, no por esto está facultado para dejar de aceptar y continuar la contienda, cuando el requerimiento, aunque informal, proceda de autoridad competente para hacerlo. En tal caso el buen servicio exige que advierta al requirente la omision ó falta en que haya incurrido, para que la subsane; pero si éste insiste, debe aquel aceptar y seguir la contienda, con suspension de sus procedimientos, llamando, para salvar su responsabilidad, la atencion del tribunal dirimente, á fin de que la declare mal formada. Sobre este punto rige la misma doctrina que para caso análogo hemos espuesto en el artículo COMPETENCIA ADMINISTRATIVA, §. 3.° de la seccion 6.ª (pág. 185 de este tomo).

SECCION VIII.

DE LAS CUESTIONES DE COMPETENCIA EN ULTRAMAR.

Organizada la administracion de justicia en los vastos dominios, que, con la conquista del Nuevo Mundo, se agregaron á la corona de Castilla, hubo necesidad de dictar reglas, como se dictaron, para dirimir los conflictos jurisdiccionales, que pudieran ocurrir entre las autoridades judiciales de aquellos apartados países.

La historia de nuestra legislacion ultramarina sobre este punto se encuentra en las diferentes disposiciones, insertas en la *parte legislativa* del presente artículo, dictadas á dicho fin desde Felipe II, hasta nuestros dias. Ellas demuestran que, si bien se siguió por regla general el mismo sistema que en la metrópoli, no pudo menos de subordinarse á la *necesidad* de que las cuestiones de competencia se dirimiesen en el mismo territorio, en que ocurrian, para evitar las dilaciones, perjuicios y otros inconvenientes, que naturalmente habrian de seguirse, de acudir para ello á la persona del Rey, ó á los tribunales supremos establecidos en la corte.

Así vemos que en un principio se cometió á los Virreyes, que representaban la persona del Monarca, la facultad de dirimir las competencias, que ocurriesen en el territorio, que respectivamente les estaba encomendado (1), salvo solo el caso, en que los jueces contendientes tuvieran un superior comun en el mismo territorio, pues entonces á este correspondia la decision (2).

Despues, si bien se les reservó esa facultad de decidir por sí mismos las contiendas de atribuciones en asuntos de gobierno (3), para las de competencia en lo judicial se les obligó á asociarse con jueces de las jurisdicciones contendientes, con esclusion de los que individual ó personalmente estuviesen comprometidos en la cuestion, debiendo llevarse á efecto, sin ulterior recurso, lo que decidiese la mayoría (4).

Este estado de cosas siguió hasta las reformas políticas, que se inauguraron en 1834, y que han estendido tambien su influencia á la legislacion de Indias. Consideradas desde entonces las contiendas de competencia, no como asuntos del órden gubernativo; sino como cuestiones meramente judiciales ó de aplicacion de ley, segun lo habian sido en las dos épocas anteriores, en que habia regido la Constitucion de 1812, era consiguiente el que se privase á los Virreyes (hoy Gobernadores Capitanes generales) de las provincias de Ultramar de la intervencion, que tenian en la decision de las competencias, y que se encomendara esta esclusivamente á los tribunales de justicia.

---

de la *Coleccion legislativa*; las citadas anteriormente en el §. 1.° de la secc. 3.ª (págs. 279 y 280), y otras muchas, que confirman esta doctrina.

(1) Leyes 4.ª y 6.ª, tít. 9, lib. 5.°, Recop. de Indias.

(2) Ley 19, tít. 3, id., id.

(3) Ley 1.ª, tít. 9, id., id.; art. 85 de la Ordenanza de Intendentes de 1786; y Real órden de 10 de junio de 1826.

(4) Leyes 3.ª, 4.ª y 6.ª, tít. 9.°, lib. 5.°; y 42, tít. 1.°, lib. 8.°, de la Recop. de Indias; y Real cédula de 25 de febrero de 1827.

Así se hizo por el Reglamento provisional para la administracion de justicia, de 26 de setiembre de 1835, como se habia hecho anteriormente por las leyes ó decretos de las Córtes de 12 de octubre de 1812 y 19 de abril de 1813. En la disposicion 5.ª, art. 58 de dicho Reglamento, se previno que en Ultramar se dirimiesen por cada Audiencia las competencias, que en su territorio ocurriesen entre jueces inferiores ordinarios, y juzgados ó tribunales privativos ó privilegiados. Este mismo sistema se ha seguido en la Real cédula de 30 de enero de 1855, que es la legislacion hoy vigente, y de cuyas disposiciones nos harémos cargo en el párrafo 4.º de esta seccion; dando así mas importancia al principio de la necesidad de que se diriman estas contiendas en el mismo territorio, en que ocurren, que al de la superioridad é imparcialidad en el dirimente, puesto que los tribunales y juzgados especiales, en sus conflictos con la jurisdiccion ordinaria, quedan sometidos á la decision de la Audiencia, superior inmediata de uno solo de los contendientes.

Sin duda para salvar este inconveniente establecieron los decretos de Córtes, antes citados, que en tales casos se sometiese la decision á la Audiencia mas inmediata, y no á la del mismo territorio. La esperiencia hizo conocer bien pronto que este era el peor de todos los sistemas, pues además de no someter la decision al superior comun, se sacaba el asunto fuera del territorio, con las dilaciones y gastos consiguientes. Quizá por esto, al restablecerse en 30 de agosto de 1836 el decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, no se hizo estensiva su observancia á los dominios de Ultramar.

Desde luego las jurisdicciones privilegiadas levantaron su voz contra lo dispuesto sobre esta materia en el Reglamento provisional, así como la han levantado despues contra la Real cédula de 1855, suscitando conflictos de bastante gravedad. Además, dicho Reglamento no habia previsto todos los casos; y para poner término á aquellas reclamaciones, y á la confusion y variedad de jurisprudencia, que de todo ello resultaba, de conformidad con lo consultado por el Tribunal Supremo de Justicia, se dictó la Real órden de 8 de diciembre de 1837, creando una Junta superior de competencias en cada una de las capitales de Cuba, Puerto-Rico y Filipinas, para que decidiese todas las que ocurrieran en su respectivo territorio entre cualesquiera jueces y tribunales, que no tuviesen un superior comun.

Estas Juntas se componian de cinco vocales, á saber: del Regente y Oidor decano de la Audiencia, del Auditor de Guerra, del de Marina, y del Asesor de Hacienda: y cuando alguno de ellos habia sostenido ó suscitado, como juez, la competencia, no podia tomar parte en la deliberacion, siendo reemplazado por el teniente ó asesor mas antiguo de los de la capital. Es de notar tambien que se confirió la presidencia al Regente, y no al Capitan general. De modo que vino á constituirse un tribunal, compuesto de los jueces letrados superiores de todas las jurisdicciones, conciliando así convenientemente los principios antes indicados de superioridad é imparcialidad, con el de la necesidad de que se diriman en el mismo territorio los conflictos de jurisdiccion, que puedan ocurrir. Son notables las disposiciones de dicha Real órden (1), por la prevision y acierto con que están redactadas; y con arreglo á ellas vinieron funcionando sin dificultades prácticas las mencionadas Juntas, hasta que fueron suprimidas por el art. 98 de la Real Cédula de 30 de enero de 1855, confiriendo sus atribuciones á las Reales Audiencias.

Basta á nuestro propósito, indicado al principio, esta ligera reseña histórica de la legislacion ultramarina sobre la materia de que tratamos. Pasarémos ya á examinar, en los dos párrafos subsiguientes, á quién corresponde hoy en Ultramar dirimir las cuestiones de competencia, y los procedimientos que al efecto deben emplearse, así en los juzgados contendientes, como en el Tribunal dirimente.

---

(1) Véase en la *parte legislativa* de este artículo, pág. 256.

§. 1.° *Tribunales á quienes corresponde dirimir las cuestiones de competencia en Ultramar.*

Ya hemos dicho que la legislacion, hoy vigente sobre el particular, está contenida en la Réal Cédula de 30 de enero de 1855, por la que se hicieron reformas importantes en la administracion de justicia de las provincias ultramarinas, y en la organizacion y competencia de sus juzgados y tribunales. Al determinar las facultades y atribuciones de las Audiencias de Ultramar, dice el art. 51, en su número 4.°, que les corresponde «dirimir las competencias de jurisdiccion, que se susciten entre todos los juzgados de su territorio, bien sea de los ordinarios ó privilegiados entre sí, ó con otros del mismo ó diferente fuero.» De modo que de cualquiera clase ó fuero que sean los jueces contendientes, la decision de la competencia corresponde á la Audiencia respectiva.

Esta disposicion es una consecuencia lógica del sistema adoptado en dicha Real Cédula. Por ella se confirió á las Audiencias la facultad de conocer de las apelaciones interpuestas de los juzgados de Guerra y Marina (1), y tambien de los de Hacienda (2), como ya antes conocian de los de Comercio. Si, pues, las Audiencias de Ultramar son hoy los tribunales de alzada de todos los juzgados especiales de su respectivo territorio, es consiguiente que deban reputarse como el superior inmediato de estos; y siéndolo, lo mismo que lo son de los jueces ordinarios, no podia negárseles la facultad de dirimir las competencias, que entre cualesquiera de ellos ocurran. Por este medio se ha conseguido no faltar á la regla cardinal de que la decision de las contiendas jurisdiccionales compete al superior comun, y se atiende á la vez á la necesidad y conveniencia de que se diriman estas cuestiones en el mismo territorio, en que se promueven.

Hemos indicado ya que por Real órden de 8 de diciembre de 1837 se creó una Junta superior de competencias en cada una de las capitales de Cuba, Puerto-Rico y Filipinas, para dirimir las que se suscitasen entre los juzgados ordinarios y privilegiados ó especiales, de cualquiera clase que fuesen, y las de estos entre sí. Conferida esta facultad á las Audiencias, segun hemos visto, no tenian ya objeto dichas Juntas, y era consiguiente su supresion, como, en efecto, ha sido decretada por el art. 98 de la Real Cédula, que dice así: «Se suprimen las Juntas de competencias, que hasta ahora dirimian las suscitadas entre los juzgados especiales, y entre estos y los ordinarios, cuya resolucion corresponderá en lo sucesivo á las Reales Audiencias.»

A la vez que se confirma por esta disposicion la del art. 51, antes citada, se establece un hecho, que es necesario no perder de vista, porque de él depende la resolucion de las dudas, que puedan suscitarse en la práctica. Tal es el de que las Reales Audiencias de Ultramar han reemplazado á las Juntas superiores de competencias, sucediéndoles por tanto en todas sus facultades y atribuciones. Así pues, todas las competencias, cuya resolucion correspondia á dichas Juntas, deberán hoy decidirse por las Audiencias respectivas. En este caso se hallan las que se susciten entre todos aquellos juzgados, que no tengan en el territorio un tribunal comun superior, al que estén sujetos los jueces competidores, como se dice en el art. 1.° de la Real órden citada de 8 de diciembre de 1837.

De este principio se deduce que, cuando se promueva competencia entre dos comandantes de marina de la isla de Cuba, su resolucion corresponderá al Comandante general del apostadero de la Habana, por ser el superior comun inmediato de ambos. Pero, fuera de este caso, todas las competencias que se promuevan en cada una de las provincias de Ultramar, ya sean entre jueces ordinarios, ó entre los privilegiados, ó de los unos con los otros, han de decidirse por la Audiencia respectiva, así como antes se decidian por la Junta de competencias. No nos referimos á los juzgados eclesiásticos, porque las con-

(1) Arts. 94, 95 y 96 de la Real Cédula citada de 30 de enero de 1855.
(2) Art. 99 de id.

tiendas de competencia entre estos y los seculares, en Ultramar, lo mismo que en la Península, se rigen por disposiciones especiales. Véase **RECURSOS DE FUERZA EN CONOCER.**

Tambien alcanzan dichas disposiciones á los Tribunales de Cuentas de Ultramar, como se consigna en los arts. 177 y 178 del Reglamento para la ejecucion de la ordenanza de los mismos, aprobado por Real decreto de 30 de abril del propio año de 1835. Ordénase en ellos, que las cuestiones de competencia que se promuevan entre dichos tribunales y los tribunales ó juzgados del fuero comun, ó de los especiales, «se decidirán por las Reales Audiencias, con arreglo al art. 98 de la Real Cédula de 30 de enero de 1835.» Nótese que aquí se habla espresamente de *tribunales del fuero comun*, que no son, ni pueden ser otros que las Audiencias; y de consiguiente se decidirán por estas mismas, en la forma que luego dirémos, las competencias que se promuevan entre sus Salas de justicia y los Tribunales de cuentas, por ser la autoridad á quien la ley ha conferido esta facultad, á pesar de no ser el superior comun; y por la propia razon, las que se susciten entre aquellas y los juzgados especiales, segun luego verémos tambien.

Ordena el art. 52 de la Real Cédula citada, que «el ejercicio de las facultades contenidas en los artículos que preceden,» entre las que se comprende la de dirimir las competencias, «compete á las Audiencias respectivamente, en Acuerdo, ó en Salas de justicia, segun la índole de los negocios, determinada en las leyes y ordenanzas.» En virtud de esta disposicion deberá conocer el Acuerdo ó la Audiencia plena de las competencias, que se promuevan entre los Tribunales de Cuentas de Ultramar y cualesquiera otros tribunales ó juzgados del territorio, inclusas las Salas de justicia de la propia Audiencia; como asimismo de las que tengan lugar entre estas y cualquiera de los juzgados privativos ó especiales. Mas, de las que ocurran entre jueces inferiores ordinarios ó privilegiados, ó entre estos y aquellos, conocerán las Salas de justicia, en razon á que estas tienen el carácter de superior comun, por ser el tribunal de alzada de todos los juzgados de su territorio, de cualquier fuero que sean, escepto el eclesiástico.

Sobre este punto el Real Acuerdo de la Audiencia de la Habana ha adoptado una resolucion muy justa y conveniente, que deberia hacerse estensiva á los territorios de Puerto-Rico y Filipinas, caso de que aun no lo haya sido. Nos referimos al *auto acordado* de 4 de diciembre de 1836, que dice así: «Considerando conveniente, para que pueda establecerse una jurisprudencia uniforme en materia de competencias, que las de una misma clase se decidan por una sola Sala de las tres de que se compone esta Real Audiencia, se señala al efecto la primera, que es la de Guerra y Marina, para la resolucion de las que ocurran entre los juzgados ordinarios con los privilegiados, ó entre estos últimos entre sí; y á la Sala tercera las que se susciten entre los jueces del fuero comun.» Esta disposicion, no solo es conveniente para uniformar la jurisprudencia; sino tambien para que se decidan las competencias por el superior comun, como lo es la Sala de Guerra y Marina respecto de los juzgados de estos fueros, toda vez que conoce esclusivamente de las apelaciones de los mismos, con competencia además para conocer de iguales recursos de todos los demás juzgados, ya sean ordinarios ó especiales (1).

Hemos dicho que corresponde á los Reales Acuerdos dirimir las competencias, que ocurran entre las Salas de justicia de la propia Audiencia y cualquiera de los juzgados especiales de su territorio. Aunque esta doctrina está fundada en la letra y espíritu de la Real Cédula de 1835, segun ya hemos demostrado, no es observada por los juzgados de Guerra y de Marina, originándose de aquí graves conflictos. Aducen para ello dichos juzgados razones legales y de principios, que conviene examinar, para poner en evidencia el ningun fundamento de su oposicion.

Si el conflicto jurisdiccional, dicen, hubie-

(1) Art. 47, y núm. 8.° del 51, de la Real Cédula de 30 de enero de 1855.

ra de dirimirse por la propia Audiencia, cuya Sala de justicia es uno de los contendientes, se faltaria al principio de imparcialidad, puesto que en tal caso es aquella interesada en la cuestion. La fuerza de este argumento desaparece al considerar que dicho principio está subordinado al de la necesidad de decidir estas cuestiones en el mismo territorio en que se promueven, como hemos indicado ya al principio de esta seccion. Además, segun la organizacion que hoy tienen los tribunales y juzgados de Ultramar, las Audiencias son el tribunal de alzada, y el superior por tanto para lo judicial, de los juzgados de Guerra y Marina: los Auditores de estos ramos forman parte de aquellas; viniendo á resultar que la competencia se decide por el superior en lo judicial de dichos juzgados, y con la concurrencia de los jueces interesados en sostener y defender su propio fuero. Y sobre todo, habiendo dado la ley esa facultad á las Audiencias, tienen la competencia y demás condiciones legales necesarias para dirimir tales contiendas.

Aducen tambien aquellos como razon legal la de que las disposiciones citadas de la Real Cédula hablan solo de *juzgados*, y no de *tribunales*; de lo cual deducen que no se ha conferido á los Acuerdos la facultad de dirimir las competencias con las Salas de justicia, porque estas no tienen el nombre de juzgado, sino el de tribunal. Que no es este el espíritu de la Real Cédula, lo evidencian los arts. 177 y 178 ya citados del Real decreto de 30 de abril del propio año de 1855, que confieren á las Audiencias la facultad de dirimir las competencias entre los Tribunales de cuentas de Ultramar y los *tribunales ó juzgados del fuero comun, ó de los especiales*, refiriéndose para ello al art. 98 de la Real Cédula. Estas disposiciones se publicaron casi simultáneamente: las dos son obra de un mismo Ministro: luego la segunda revela el espíritu y recta inteligencia de la primera. Tampoco hablaba de *tribunales* la Real órden de 8 de diciembre de 1857, y sin embargo nadie dudó que la decision de estos conflictos correspondia á las Juntas de competencias, por ella creadas, y las cuales han sido reemplazadas por las Audiencias. Estas, pues, deben hoy decidirlos, y mas cuando á ningun otro tribunal ha sido conferida esa facultad.

Pero la principal razon, que tienen los juzgados de Guerra y Marina para no someterse á los Reales Acuerdos, es la de que no se creen obligados á observar la Real Cédula de 30 de enero de 1855, por no haberles sido comunicada por sus respectivos Ministerios, por los cuales se les tiene prevenido además que suspendan su cumplimiento en todo lo que pueda afectar al fuero. Aunque esto sea una verdad lamentable y contraria á los buenos principios, toda vez que dicha Real Cédula fué espedida por el Ministerio correspondiente, y con acuerdo del Consejo de Ministros, como en ella misma se espresa, reuniendo además todas las solemnidades necesarias para que tenga fuerza de ley en aquellos dominios, tambien es cierto que de hecho está planteada para las jurisdicciones antedichas, las que deben por tanto seguir observándola, como es de necesidad, mientras no se dicte otra Real disposicion que la reemplace. Lo peor de todo es, que ese estado de cosas está dando lugar á conflictos muy graves, de los que citarémos uno, relativo á la materia de que tratamos.

«En febrero de 1859 baró en las playas de la isla de Puerto-Rico un barco cargado de negros bozales, cuyo desembarco se practicó de órden y con intervencion de las autoridades correspondientes. Luego que el hecho llegó á conocimiento de la Audiencia, su Sala de justicia, á la que correspondia el conocimiento en primera instancia, con arreglo á la ley penal de 2 de marzo de 1845, procedió á la instruccion de la competente causa, en la que resultaron complicados algunos aforados de Guerra, y en un incidente de la misma causa lo fueron tambien aforados de Marina. La Sala dirigió sus procedimientos contra unos y otros, con cuyo motivo le provocaron competencia los juzgados especiales de dichos fueros; y para dirimirla pasó aquella sus actuaciones al Real Acuerdo de la propia Audiencia, de conformidad con la doctrina que hemos espuesto, fundada en las disposiciones, ya citadas, de la Real Cédula de 30 de

enero de 1855. Pero los juzgados especiales, por las razones tambien indicadas anteriormente, no quisieron someter la decision á dicho Real Acuerdo, y, como sucede siempre que se camina sin el norte fijo de la ley, cada uno de ellos siguió diferente rumbo.

El de Marina remitió sus actuaciones, para la decision de la competencia, á la Audiencia pretorial de la Habana, como la mas inmediata, fundándose para ello en lo que dispone el art. 8.° del decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813, sin tener en cuenta que este decreto no rige en aquellos dominios, por no haberse hecho estensivo á los mismos, al ser restablecido en 30 de agosto de 1836.

Y el de Guerra elevó las suyas al Tribunal Supremo de Justicia, á quien creyó correspondia la decision de la competencia, por hallarse sometidas á él las cuestiones de este género, como superior de todas las jurisdicciones. Mas, la Sala de Indias, de conformidad con el dictámen fiscal, ha decidido la cuestion á favor del Real Acuerdo, declarando que éste es la autoridad llamada por la ley á decidir aquel conflicto jurisdiccional, y devolvió al juzgado de Guerra de Puerto-Rico sus actuaciones, para que acudiese á dicho Real Acuerdo. Son de tanto peso y autoridad las razones emitidas por el Fiscal del Tribunal Supremo, y aceptadas por la Sala de Indias, para la resolucion antedicha, que creemos conveniente trascribir aquí la parte de su dictámen, que conduce á nuestro objeto. Dice así:

«Entre las facultades que el art. 51 de la Real Cédula de 30 de enero de 1855 otorga á las Audiencias de Ultramar, se encuentra la de dirimir las competencias de jurisdiccion, que se susciten entre todos los juzgados de su territorio, bien sean los ordinarios ó privilegiados entre sí, ó con otros del mismo ó diferente fuero, suprimiendo al efecto por el art. 98 de la misma Real Cédula las Juntas de competencias, que hasta su publicacion dirimian las que se suscitaban entre los juzgados especiales y entre estos y los ordinarios: y á la verdad que el que suscribe no encuentra razon ni motivo alguno para que no tenga completa aplicacion el espresado art. 51 en la parte, de que se trata, respecto del hecho que ha dado orígen á este espediente.

»Las cuestiones de competencia, aunque dan el resultado de que cada juez se encierre en sus límites legítimos, tambien producen desde luego una perturbacion en la marcha de los negocios judiciales, dilatando su pronta terminacion, tan recomendada por los buenos principios. Por eso las leyes han procurado constantemente el que se resuelvan tales cuestiones con la posible brevedad, señalando al efecto términos cortos y perentorios á los tribunales encargados de regular las jurisdicciones, y procurando tambien que estos mismos tribunales, además de reunir la cualidad de imparciales, estuvieran lo mas próximo posible de los jueces contendientes, de modo que la resolucion se acuerde dentro del territorio en que los mismos radican, siendo posible.

»Reconoce el Fiscal que este principio, tan fundado y que tan buenos resultados ha dado en la práctica, no fué sin embargo observado respecto de Ultramar por los legisladores de las Córtes de 1813, cuando redactaron el decreto de 19 de abril de aquel año. Pero el Gobierno de S. M., al restablecerlo por Real decreto de 30 de agosto de 1836, no lo hizo estensivo á las provincias de Ultramar, rindiendo así el debido tributo al espresado principio, y en su lugar publicó la Real órden de 8 de diciembre de 1837, creando las Juntas de competencias, y en la cual tuvo presente el principio de imparcialidad, y el de que se decidieran en cada territorio los encuentros jurisdiccionales que ocurrieran. Esta Real órden rigió en dichas provincias ultramarinas hasta la publicacion de la Real Cédula de 30 de enero de 1855, y no tiene noticia el Fiscal de que en los bastantes años, que estuvo en vigor, se acudiera á V. A. para resolver una competencia allí suscitada. ¿Por qué, pues, lo ha hecho ahora el juzgado de guerra de Puerto-Rico? ¿Acaso por no considerar imparcial á la Audiencia?

»Ningun motivo tiene para semejante sospecha el juzgado de Guerra, que ha estado muchos años en los asuntos jurisdiccionales sujeto á la Junta de competencias. Esta, con-

forme al art. 2.° de la mencionada Real órden de 8 de diciembre de 1837, se componia de cinco vocales, á saber: del Regente de la Audiencia, del Oidor decano, y cuando este hiciera las veces de Regente, del que le siguiera en antigüedad, del Auditor de Guerra, del de Marina y del Asesor de Hacienda, entrando el asesor mas antiguo de gobierno en lugar del auditor de marina cuando lo fuera tambien de guerra. Hoy el Tribunal, que ejerce las atribuciones de aquella Junta, cuenta siempre mas de cinco vocales, puesto que la dotacion de la Audiencia de Puerto-Rico, á que se limita el Fiscal, por tratarse de un asunto de su territorio, se compone, sin contar el Presidente, de un Regente y seis Oidores, uno de los cuales ha de ser el Auditor de Guerra; y si bien pudieran las otras jurisdicciones especiales quejarse de no tener representacion en dicho Tribunal, no puede hacerlo la de Guerra, cuyo Auditor ó juez letrado forma parte integrante del mismo.

»Es verdad que dicha jurisdiccion de Guerra no se ha atrevido á atacar directamente á la Audiencia de falta de imparcialidad para resolver las competencias; pero alega sin embargo que, siendo ella misma uno de los jueces contendientes, aunque en Sala de justicia, no puede constituirse como tribunal de competencias su Real Acuerdo, pues que entonces será juez en causa propia; y además, que cuando la Real Cédula de 30 de enero de 1835 atribuye á dicho tribunal territorial la facultad de dirimir competencias, se refiere á los *juzgados especiales*, y no debe estenderse á los casos en que uno de estos contienda con la misma Audiencia.

»A la primera de las razones espuestas dirá el Fiscal, que muchos casos hay en que los mismos magistrados, que fallaron en vista un asunto, conocen tambien en revista, y, cuando la ley les ha concedido semejante facultad, ha confiado en la nobleza de sus sentimientos, presumiendo que son capaces de elevarse sobre sí mismos, y enmendar sus anteriores equivocados conceptos: y á la verdad que la ley, para hacer esta confianza, ha tenido en cuenta la conveniencia y necesidad de que los negocios judiciales tengan término dentro del territorio, en que se promueven. Pues bien; cuando la Real Cédula de 30 de enero de 1835 ha encomendado á las Audiencias de Ultramar la decision de las competencias, que se susciten en su territorio, siquiera sus Salas de justicia representen una de las jurisdicciones contendientes, les ha dispensado la misma confianza que para los casos de revista, y además ha rendido el correspondiente tributo al principio de la conveniencia y necesidad, de que se ha hecho mérito, pudiendo asegurar que tanto este, como el de la imparcialidad, concurren en los casos de competencia, sobre todo, si se tiene en cuenta que en las Audiencias de Puerto-Rico y Manila, aunque son las de menos personal en Ultramar, por regla general el Acuerdo se compondrá siempre de mas individuos que los que asistan á á una Sala de justicia.

»A la segunda de las razones indicadas por el juzgado de Guerra se contesta con dos observaciones bien sencillas. Es la primera, que la palabra *juzgados especiales ó privilegiados*, de que usan los artículos 51 número 4.°, y 98 de la Real Cédula de 30 de enero de 1835, es sinónima de la de jurisdiccion especial ó privilegiada, y la que la Audiencia ejerce en las causas, que la ley penal de 2 de marzo de 1845 somete á su conocimiento, es tambien una jurisdiccion especial ó privilegiada, no pudiendo por lo mismo dudarse que el Real Acuerdo, como tribunal de competencias, es superior de la Sala de justicia, siempre que por su jurisdiccion privilegiada, en materia de comercio ilícito de negros bozales, contienda hasta con jueces de la jurisdiccion ordinaria propiamente dicha.

»Es la segunda, que el mismo legislador ha previsto el caso, en que una Audiencia de Ultramar, en Sala de justicia, tenga precision de competencias, y sin embargo, atribuye á la misma la facultad de dirimirlas. Véanse los arts. 177 y 178 del Real decreto de 30 de abril de 1835. En el primero se hace uso de la palabra *tribunales ó juzgados del fuero comun*, y como en este no se conoce con el nombre de tribunal mas que las Audiencias,

no puede dudarse que reconoce la posibilidad de que contiendan con un Tribunal de Cuentas. Pues bien: en el segundo se dá á la misma Audiencia la facultad de decidir de esta clase de competencias, y no hay razon ninguna para que no pueda tambien dirimirlas, cuando contienda con la jurisdiccion militar.»

En tan poderosas razones se han fundado el Fiscal y la Sala de Indias del Tribunal Supremo de Justicia, para decidir la cuestion á favor del Real Acuerdo. Parecia natural que habiéndose sometido el juzgado de Guerra de Puerto-Rico á dicho Tribunal Supremo, hubiese respetado y cumplido su resolucion; y sin embargo, no ha sucedido así: ha suspendido su cumplimiento, por afectar al fuero, hasta que por el Ministerio de la Guerra se resuelva lo conveniente. Mientras tanto la causa sigue paralizada, como lo está tambien la otra, en que promovió la competencia el juzgado de Marina, con grave daño de la administracion de justicia. El Gobierno de S. M. tiene conocimiento de todo ello, y se espera de su celo una pronta resolucion, que ponga término á tan lamentable conflicto.

Queda demostrado que, segun la legislacion hoy vigente, corresponde á las Audiencias de Ultramar, en Salas de justicia, ó en Acuerdo, segun los casos, dirimir todas las cuestiones de competencia, que ocurran entre jueces y tribunales *de su respectivo territorio*, de cualquier fuero y clase que sean, sin otra escepcion, que las que se promuevan entre dos comandantes de marina de la isla de Cuba, las cuales se decidirán por el Comandante general del Apostadero de la Habana, en razon á ser el superior comun y residir dentro del territorio.

Es de notar que la Real Cédula de 30 de enero de 1855 no haya previsto el caso de que la competencia tenga lugar entre jueces y tribunales de diferente territorio de Ultramar, no sujetos por tanto á una misma Audiencia, ó entre estos y los de la Península é islas adyacentes. Para completar esta materia, y por conclusion de la misma, debemos examinar estos dos casos, que ya no son raros, y lo serán menos cada dia, segun van creciendo y facilitándose las relaciones de las provincias ultramarinas entre sí, y con la metrópoli.

El primero de dichos casos tampoco estaba previsto en la legislacion antigua; pero sí en el decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813. Por este decreto se declaró que correspondia al Supremo Tribunal de Justicia dirimir todas las competencias de las Audiencias entre sí, *en todo el territorio español* (1); y que «las que se ofreciesen en Ultramar entre los juzgados especiales de distintos territorios, ó entre los jueces ordinarios de territorios diferentes, serán decididas por la Audiencia mas inmediata á la provincia del que la promoviere (2).» Sin embargo, como al ser restablecido dicho decreto en 30 de agosto de 1836, no se hizo estensivo á las provincias de Ultramar, segun ya hemos dicho, sus disposiciones no pueden ser aplicables al caso de que tratamos, y mas cuando la Real Cédula de 1855 no ha conferido esa facultad á las Audiencias de aquellos dominios.

Además, la razon de conveniencia, que antiguamente pudiera existir para atribuir dicha facultad á la Audiencia mas inmediata, á pesar de no ser el superior comun de ambos contendientes, ha desaparecido hoy con la facilidad y seguridad de las comunicaciones. Por todo ello, atendida la falta de ley, y mientras otra cosa no se resuelva, creemos debe recurrirse á la jurisprudencia, y á los principios generales, que rigen en la materia. Así, pues, cuando se promueva la contienda jurisdiccional, en el caso de que tratamos, entre dos jueces que tengan un superior comun, á este corresponderá dirimirla; y si no lo tienen, corresponderá la decision al Tribunal Supremo de Justicia, pero en Sala de Indias, toda vez que es la que ejerce la suprema jurisdiccion en todos los asuntos de Ultramar, y sobre ella no hay otro cuerpo del Estado, que sea superior en el órden judicial.

(1) Art. 1.° de dicho decreto de Córtes. El mismo precepto contiene el art. 261 de la Constitucion de 1812, y tambien el 90, núm. 13, del Reglamento provisional para la administracion de justicia.

(2) Art. 10 del mismo decreto de Córtes.

Por los mismos principios se regirá tambien el otro caso, esto es, cuando la competencia ocurra entre jueces ó tribunales de Ultramar con los de la Península é islas adyacentes, toda vez que tampoco existe ley especial que le sea aplicable. Pero en este caso la decision corresponde á las Salas primera y segunda del Tribunal Supremo de Justicia, segun la jurisprudencia establecida y declaracion hecha por el propio Tribunal en pleno, de conformidad con el dictámen fiscal, emitido en espediente que al efecto se instruyó. Dicha resolucion del Tribunal pleno, que es de fecha de 19 de noviembre de 1858, dice así:

«Se declara que al tenor de las disposiciones vigentes, que rigen en la materia, compete á este Supremo Tribunal dirimir las contiendas de competencia, que se susciten entre todas las Audiencias del Reino, y entre los juzgados y tribunales que no reconozcan otro superior comun, y por tanto entre una Audiencia ó juzgado de la Península é islas adyacentes y otra ú otro de Ultramar: ordenando en su consecuencia, en virtud de esta suprema atribucion, y al tenor de lo dispuesto sobre competencias por la Ley de Enjuiciamiento civil, que de las de dicho género conozcan las Salas primera y segunda de este mismo Tribunal, en la forma prescrita en el art. 101 de la espresada ley.»

De modo que, segun este acuerdo y la jurisprudencia establecida, de las cuestiones de competencia entre jueces y tribunales de Ultramar y de la Península, cuya decision corresponde al Tribunal Supremo de Justicia, debe conocer la Sala primera de las que se empeñen entre jueces y tribunales ordinarios; y la Sala segunda, de las que ocurran entre la jurisdiccion ordinaria y las privilegiadas, y entre las diferentes jurisdicciones especiales. Mas, esta division de Salas está hoy limitada á los negocios civiles, pues de las competencias en lo criminal conoce solamente la Sala segunda (1).

§. 2.° *Procedimientos.*

La Real Cédula de 30 de enero de 1855 nada ha dispuesto acerca de los procedimientos, que han de emplearse para promover, sustanciar y dirimir las cuestiones de competencia en Ultramar: ha quedado, por tanto, en observancia la práctica anterior á la misma.

Segun esta, dichas cuestiones pueden promoverse á instancia de parte y de oficio, así en los negocios civiles, como en los criminales, lo mismo que se practicaba en la Península antes de la Ley de Enjuiciamiento civil. La Real Cédula citada ha reconocido esta jurisprudencia, por el hecho de ordenar en su artículo 161 que corresponde al Ministerio fiscal de Ultramar, entre otras cosas, «promover la observancia de las leyes que determinan la competencia de los Tribunales y Juzgados.» Para cumplir con este precepto legal, deberá dicho Ministerio proponer la inhibicion á su propio tribunal ó juzgado, cuando entienda que está conociendo indebidamente de un negocio; ó que reclame el conocimiento del que le corresponda, requiriendo de inhibicion y provocando la competencia al juez ó tribunal, ante el cual haya sido incohado; pero siempre deberá respetarse la sumision de las partes en aquellos casos, en que pueden hacerla.

En cuanto á la sustanciacion de la competencia entre los jueces contendientes, no existe disposicion legal que determine circunstanciadamente el procedimiento; pero los Reales Acuerdos, en uso de sus facultades, han suplido este silencio de la legislacion de Indias, dictando reglas para el caso, de conformidad con el espíritu de esta y con lo que se observaba en la Península. Sus disposiciones han sido ajustadas, como veremos, á lo que prescriben los arts. 11 y 12 del decreto de las Córtes de 19 de abril de 1813.

El *auto acordado* de la Audiencia de la Habana sobre este particular es de 17 de setiembre de 1846. Despues de espresar que era urgente fijar los trámites en los espedientes de competencias, para ocurrir al desórden observado en algunos de implicarse con porcion de traslados y actuaciones innecesarias, de que procedia degenerasen estos artículos, que debian sustanciarse y resolverse breve y sencillamente, á formar cuadernos de gran volú-

(1) Véase la *nota* de la pág. 276 de este tomo.

men, costosos para las partes, y que por no separarse de la actuacion principal, aumentaban constantemente las costas de vistas recargadas y portes de correos; para poner remedio á estos males se acordó que en la sustanciacion de dichos artículos de competencia se observasen los trámites siguientes:

1.° «Que siempre se forme cuaderno separado de ellos con todo lo conducente para archivarse, una vez resuelto el encuentro jurisdiccional, sentándose la correspondiente nota en los autos principales.

2.° Que el juzgado ordinario, que solicite la inhibicion de otro juez, le pase oficio con el documento y razones en que se funde, y si fuere por atraccion de concurso ó juicio universal, con justificacion bastante de lo preciso á instruir su naturaleza y actual estado, anunciando la competencia, si no cediese.

3.° Que el intimado conteste en el propio órden, aceptándola en su caso.

4.° Que, si el primero no cede, lo manifieste al segundo, y ambos remitan por el primer correo al Tribunal Superior el cuaderno, formado para la decision de la competencia, esponiendo en breves y claras razones el fundamento que les asista.

5.° Y que oido el Sr. Fiscal, cuando interese á la jurisdiccion, y pasado el espediente al relator, se asigne el dia para darse cuenta, si es posible, dentro de la semana, ó en la subsecuente, quedando al arbitrio de la Sala, y del Ministerio fiscal en su caso, ordenar y pedir la mayor ilustracion que requiera el caso.»

El de la Audiencia de Puerto-Rico es de 15 de abril de 1830, y dice así: «De conformidad con lo representado por el Sr. Fiscal..., prevéngase á los jueces por medio de circular, que en lo sucesivo, en las competencias que entablen, no den traslado á las partes, sino que las sustancien por sí mismos en la forma siguiente:

«El juez ó juzgado que solicite la inhibicion de otro, pasará oficio á este manifestando las razones en que se funde, y anunciando la competencia, si no cede: contestará el intimado dando las suyas, y aceptándola en su caso: si el primero no se satisface, lo dirá al segundo, y ambos remitirán por el primer correo á la autoridad superior competente los autos, que cada uno haya formado, dándose mútuamente aviso de haberlo así verificado. Cada Juez, al remitir los autos al superior, espondrá las razones, en que se funde. Tendrán además presente lo prescrito en la última parte de la disposicion 13.ª del artículo 31 del Reglamento provisional para la administracion de justicia:» esto es, que en las causas sobre delitos privados no debe oirse al Ministerio fiscal, sino cuando interesen á la causa pública, ó á la defensa de la real jurisdiccion ordinaria.

Es de notar que en este auto acordado se previene que en las competencias no se dé traslado á la parte, lo cual deberá entenderse para los casos, en que se promuevan de oficio en las causas criminales, pues si el negocio es civil, no podrá prescindirse de oir á los interesados. Sobre este punto, en otro auto acordado de la Audiencia de Puerto-Príncipe, de 28 de setiembre de 1828, se previno que, para evitar perjuicios, *una vez entablada la competencia*, no se den traslados á las partes, sino que se sustancien por los mismos jueces competidores, con arreglo á la ley. En todo caso habrá de oirse al Ministerio fiscal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 170 de la Real Cédula de 1833.

Aunque en dichos acuerdos no se dice que el juez requerido suspenda sus procedimientos, luego que reciba el requerimiento de inhibicion, esta suspension es de ley y de jurisprudencia. Ya en 1636 se previno (1), «que el ministro ó tribunal, que atentare, ó innovare, pendiente la competencia, por el mismo caso pierda el derecho, que pudiera tener al pleito ó negocio de que se trate, y quede remitido á la jurisdiccion del otro ministro ó tribunal con quien compitiere.» Mas, esta disposicion no es conforme á los principios que hoy rigen en la materia. Siendo la jurisdiccion, como es, de órden público, y teniendo las partes el derecho de no ser demanda-

(1) Ley 8.ª, tít. 9, lib. 5.° de la Recop. de Indias.

das sino ante el Juez competente, el hecho de seguir conociendo el requerido no puede privarles de ese derecho. Por tal abuso incurrirá aquel en responsabilidad criminal; pero no causará perjuicio á los interesados.

Ha ocurrido ya en Ultramar algun caso, en que, habiendo reclamado la jurisdiccion ordinaria á la de Marina la entrega de aforados de este ramo, procesados por delitos, que causan desafuero, la de Marina, fundada en el artículo 39, tít. 1.° de las Ordenanzas de matrículas de mar, de 1802, se ha negado á entregarlos, ínterin no se le remitiese el oportuno testimonio, tanto de culpa, para apreciar la naturaleza del delito y la participacion, que en él hubiesen tenido los presuntos reos, dando lugar esta negativa á una contienda de competencia. ¿Estará obligada la jurisdiccion ordinaria á remitir en todo caso dicho tanto de culpa? Aunque esta cuestion tiene su lugar oportuno en el artículo DESAFUERO, y en él se tratará con la ampliacion conveniente, debemos anticipar aquí nuestra opinion, acerca de ella, en cuanto tiene relacion con el procedimiento de las competencias.

Para proceder con acierto en estos casos, es necesario distinguir los delitos, que por sí solos producen desafuero, de los que dan lugar á él, no por el mismo hecho en sí; sino por las circunstancias, que han concurrido en su ejecucion. En el primer caso, para reclamar la entrega de los presuntos reos aforados, ó para negarse á la inhibicion el juez requerido, basta que en el exhorto esponga la naturaleza del delito; y en el otro será necesario que inserte, ó se testimonien los comprobantes de la circunstancia, que causa el desafuero: así como, cuando un juez militar reclama el conocimiento de una causa, que en otro juzgado se sigue contra un aforado de su ramo, debe acompañar los comprobantes del fuero. Estas circunstancias son las únicas, que deben apreciar los jueces contendientes, para insistir, ó no, en la cuestion de competencia; pero no, si está ó no probada la culpabilidad del procesado, pues esta calificacion será el resultado del juicio, y corresponde hacerlo al juez, á quien se declare competente.

Si, pues, los jueces militares solo tienen el derecho de apreciar, si el delito, por su naturaleza ó por sus circunstancias causa desafuero; si no tienen la facultad de calificar la culpabilidad de los aforados de su ramo, en los casos de desafuero, porque esto equivaldria á juzgarlos, es consiguiente que no pueden exigir el testimonio de tanto de culpa, y sí únicamente los comprobantes de las circunstancias, que los sujetan á la jurisdiccion ordinaria. Esto es lo que aconseja la recta razon, y lo conforme á los buenos principios y á la jurisprudencia establecida en la Península, que deberá observarse tambien en Ultramar (1).

En cuanto á los procedimientos en el tribunal dirimente, la legislacion de Indias ha estado siempre uniforme, en que las competencias se decidan sobre la tabla, ó sea en el mismo despacho, breve y sumariamente, sin entregar los autos á las partes, y sin citacion ni vista fiscal sino cuando interese á la jurisdiccion ordinaria, y sin mas dilaciones que las meramente indispensables para enterarse los magistrados dirimentes (2). La sentencia que estos dicten, decidiendo la competencia, deberá ser fundada (3), y causará ejecutoria, sin que contra ella se dé recurso alguno (4), como no sea el de casacion, en su caso y lugar, en los asuntos civiles (5).

Concluiremos recordando á los jueces y tribunales, y á todas las autoridades de Ultramar, el deber, que tienen, de evitar conflictos jurisdiccionales, procurando ponerse de acuerdo cuando ocurran (6). Tales conflictos

(1) Véase el artículo DESAFUERO. Tambien pueden consultarse las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, sobre competencias, de 8 de mayo de 1858, 14 de febrero y 12 de mayo de 1860, que confirman la doctrina espuesta.

(2) Arts. 23 y 24 de la Ordenanza de Intendentes de 1803; y 5 de la Real órden de 8 de diciembre de 1837. Véase tambien el art. 5.° del *auto acordado* de la Audiencia de la Habana, inserto anteriormente.

(3) Art. 183 de la Real Cédula de 30 de enero de 1855.

(4) Leyes 3.ª, tít. 9, lib. 5.°; y 42, tít. 1.°, libro 8.° de la Recop. de Indias: Real Cédula de 25 de febrero de 1827, y art. 5.° de la Real órden de 8 de diciembre de 1837.

(5) Art. 196 y sigs. de la Real Cédula citada de 1855.

(6) Real cédula de 25 de febrero de 1827.

siempre causan perturbacion en el órden público, y perjuicios irreparables á las partes y á la administracion de justicia: por lo que es la voluntad de S. M., como se dijo en Real órden de 10 de junio de 1826, «que observándose en los juicios de residencia un exámen imparcial y severo de la conducta y operaciones de los empleados, sujetos á él, se tengan en consideracion las consecuencias, que hayan producido los desaciertos y empeño indiscreto de suscitar dudas y competencias infundadas, que son ordinariamente el resultado de un teson ó animosidad, disfrazada con el celo del servicio.»

COMPETENCIA DE DERECHO DE GENTES. Esta seria la que se ejerciera por un supremo poder comun sobre todas, ó las mas, de las naciones civilizadas. El conjunto de las naciones forma sin duda una unidad corporativa de su género: cada nacion es una personalidad moral, con respectivos intereses y derechos. Es inevitable á veces, y aun con frecuencia, la colision entre estos. ¿Quién dirimirá la contienda? La razon universal, junta con la necesidad moral y política, ha indicado, para las exigencias de la vida social, un derecho general y comun, que por eso se llama *Derecho de gentes*. Si este derecho no es una mera teoría; si es, como no puede menos de ser, un derecho práctico; si en este concepto necesita estar organizado para su adecuado ejercicio, ¿no será parte de él el poder sumo de dirimir las contiendas? De tal suerte la afirmativa es racional, de tal manera es una consecuencia lógica, admitida la existencia de un *Derecho de gentes*, esto es, de un *derecho universal*, de un *derecho de las naciones*, que un hombre de la eminencia de Leibnitz era de sentir, y ¡es bien singular! el protestante Leibnitz opinaba, que para el indicado fin debia constituirse por las naciones un tribunal, supremo regulador en sus contiendas, compuesto de soberanos, delegados por las mismas, y presidido por el Papa.

No descenderémos á las profundas consideraciones, á que daria lugar la comparacion de aquellas con estas épocas: la comparacion del *Derecho de gentes*, coetáneo al orígen de las sociedades, y su aplicacion en el siglo XIX. Pero, aun retrocediendo á siglos anteriores, ¿quién impone leyes al mas fuerte? ¿Quién, siendo mas fuerte, admite limitacion de su soberanía? Y aun admitida, ¿qué esfuerzo de heroismo no se necesitaria para ceñirse al pacto, en contra de la social conveniencia?

Sea, pues, por una necesidad ineluctable, sea por la índole, fatalmente acomodaticia, de la probidad política, es lo cierto que, mientras el derecho público de cada pueblo ha organizado con esmero, y aun con prodigidad, que nunca será demasiada, la competencia para la accion de su administracion y tribunales; para los intereses y contiendas de sus súbditos; el conjunto de las naciones no ha tenido, ni puede esperarse de él, tan saludable acuerdo. Es decir que se ha aplicado este en asuntos de menor utilidad; y se ha descuidado, ó es imposible, en los que rara vez dejan de ser de utilidad suma.

Y es que, ya queda insinuado, optamos, sin duda, por lo imposible. Y dicho se está que no hablamos de un acuerdo universal, que seria un delirio; y ni aun del concierto omnímodo de todas las naciones civilizadas; sino del mayor número, constituidas en cierta unidad por la civilizacion, ó la geografía, ó por ambas: entre las naciones europeas, por ejemplo. Si, aun en estas, el comun acuerdo no fuese un imposible absoluto, lo seria siempre moral, á juzgar por los hechos y por la larga historia de los pueblos; que tal lo han hecho y harán siempre la cualidad soberana de cada Estado, la índole respectiva de intereses opuestos, las instigaciones del interés propio, las del derecho del mas fuerte, la diferente civilizacion y modo de vivir y de ser, la múltiple diversificacion de índole y de carácter; y aun las condiciones tópicas y posiciones geográficas, etc.

En la carencia, pues, de un estatuto general, cada nacion, en los casos que ocurren, salva alguna escepcion, que á continuacion mencionamos, cede á la *necesidad*, y al instinto de creerse juez de su causa, juez competente en sus agravios y derechos, apelando, como última razon, al tremendo recurso de las armas. El éxito trae, al fin, el desagravio.

la transaccion, la usurpacion, la conquista, el vencimiento á veces, aumentándose así el primer agravio con otros mas, y tal vez mayores. Limitámonos á esta mera indicacion, porque no tratamos aquí de la guerra. Escusado es, aunque bien triste, advertir, que así la competencia está, en el hecho, de parte del mas fuerte ó del mas afortunado.

La necesidad, la conveniencia, el grito de la humanidad han inducido algunos *atenuativos* á este tremendo derecho; pero casi siempre en vano, porque despues de todo, ó son ineficaces; ó ellos mismos son nuevo motivo de contienda ó de guerra, para recaer al cabo y siempre en el derecho del mas fuerte, ó del mas afortunado.

Son en suma estos *atenuativos*: 1.°, los simples tratados, que por la fuerza de las cosas, por una condicion inherente á los derechos é intereses opuestos, no son en el hecho, y segun las vicisitudes, mas sagrados que lo fueron los compromisos anteriores, que los han hecho necesarios; ni serán tampoco mas eficaces, llegado el caso, llegada la ocasion favorable, la aprehendida, la pretestada necesidad, ó pretestado agravio, del mas fuerte: los tratados, decimos, en cuanto terminan contiendas y cuestiones anteriores, y estipulan á veces el medio de prevenirlas, ó resolverlas.

2.° Los tratados en *garantía* de una ó mas naciones.

3.° Los especiales de alianza ofensiva y defensiva. Por descontado que en ambos casos el efecto [no es universal; es limitado á las naciones, que intervienen, y la historia demuestra cuan rara vez se asegura y obtiene omnímodamente el efecto apetecido.

4.° Las *federaciones*. El efecto es tambien limitado, aun entre los Estados federales, ó lo que es comun á la federacion. Falta el enunciado estatuto comun, ó suprema autoridad en lo que es peculiar de cada uno de estos Estados; y todos juntos, por otra parte, no son tampoco, respecto de los no federados, sino una unidad política mas, sin superior comun.

5.° Los *Congresos diplomáticos*. Como al fin dan por término un tratado complejo, ó muchos tratados, subordinados ó correlativos, la cuestion es siempre de tratados, con la diferencia de ser aquí en mayor escala los intereses encontrados, la dificultad de durable armonía, la posibilidad de rompimiento.

Si todo ello no fuera así, no podria citarse en contrario, ejemplo mas solemne que el del Congreso diplomático de París y el de Viena en 1814 y 1815. Casi todo el mundo civilizado estaba allí, por que casi todo él habia estado en guerra, y casi todo él tambien sentia la necesidad de la paz, y de precaverse para en lo sucesivo. ¡Vana esperanza! En el art. 1.°, por ejemplo, del complejo tratado de Paris, de 30 de mayo de 1814 (de 20 de julio despues, del propio año, entre España y Francia), «las altas partes contratantes, se dijo (esto es, directamente, ó por adhesion, Francia, Austria, Rusia, Inglaterra, España, Prusia, Suecia y Portugal), pondrian *todo su cuidado en mantener, no solo entre ellas*, sino tambien en cuanto penda de las mismas, *entre todos los Estados de Europa* (nótese bien) la buena *armonía* é *inteligencia*, tan necesarias para su tranquilidad.»

«No solo *entre ellas*, sino tambien *entre todos los Estados de Europa*.» Nunca se habia tenido en el mundo culto un Congreso mas numeroso y solemne: nunca se habia adoptado una resolucion mas general; y, sin embargo, luchando sin duda con la inevitable necesidad en principio, las naciones, allí reunidas, no estatuyen una ley comun; no constituyen una autoridad suprema de competencias: se limitan al compromiso *de poner todo su cuidado* en mantener la armonía, etc.

Todavía este múltiple Congreso aumentó su compromiso y garantías, en cierto modo supremas, para Europa, pues toda Europa se comprometió allí. En el art. 32 del mencionado tratado preliminar estipularon que «en el término de dos meses todas las naciones, que por una y otra parte han sido empeñadas en la guerra actual, enviaran sus plenipotenciarios á Viena, para arreglar en un Congreso general las medidas, que deben completar lo dispuesto en el presente tratado.» Los plenipotenciarios se reunieron en Viena; pero nada específico trataron ya sobre el particular:

formalizaron, sí, un tratado general, ó mas bien un conjunto de tratados, ligados entre sí, y garantidos unos por otros; pero solo para los casos á que se concretaban, y aun en esos, al siglo XIX correspondia, sin duda, el ofrecer la prueba de lo que son tratados ante el derecho del mas fuerte. No hay, pues, aunque debiera haber, poder supremo y comun de competencias por *derecho positivo de gentes*.

COMPETENCIA EN LO ECLESIASTICO. Los jueces y potestades eclesiásticas tienen una *competencia nativa, esencial*; otra *atribuida* ó *prorogada*. La primera es en asuntos *puramente eclesiásticos*: proviene del *Divino Institutor* de la Iglesia, de la sociedad eclesiástica: nadie en lo humano la ha dado al eclesiástico: nadie en lo humano se la *puede* quitar sin atentado. El príncipe secular, toda vez que haya admitido, ó que la ley política, constitutiva de la sociedad, haya admitido la Religion cristiana, puede estipular, contender, concordar con el jefe supremo de esta, sobre lo que es esterior en la competencia *nativa* eclesiástica; en el ejercicio y formas esteriores de esta; pero no en lo que es *nativo* ó *esencial*, sea *interno* ó *esterno*.

No es así en la competencia en asuntos de la jurisdiccion y potestad *prorogada*. Esta proviene del poder secular, que la concede, la delega, ó la deja prescribir, por bien de la Iglesia y del Estado: y en ella puede por tanto restringir, contender, transigir en el *fondo* y en el *modo*, ó aplicacion.

El legislador, para instituir, deberá tener presente la diversa índole de una y otra competencia, respecto de los jueces y potestades eclesiásticas. El juzgador deberá tenerla presente tambien para mejor hallar la verdad y la justicia, y aplicar esta en casos dudosos, y solo para aplicarla en casos dudosos, en que es preciso recurrir á principios.

Cuando esto no es necesario, los jueces y autoridades seculares no tienen que atender sino á lo que está constituido, legal y competentemente ordenado. Entonces su deber es, como convendria que fuera siempre, de pura aplicacion: de pura *competencia*, ó *incompetencia* de *actualidad*, de *derecho constituido*.

En este estado ya la competencia en lo eclesiástico, como luego diremos respecto de lo civil, se esplica mejor bajo los epígrafes **FUERO ECLESIASTICO**, **JURISDICCION ECLESIASTICA**, por las razones que dejamos consignadas en el artículo genérico **COMPETENCIA**. Véanse este y aquellos artículos.

Visto está, que en las indicaciones anteriores reconocemos, y quedan subentendidas en parte, en parte esplicadas, las diferencias entre el *dogma*, y la *disciplina*: entre la potestad *de órden* y la *de jurisdiccion*; el fuero *interno* y el *esterno*; lo *jurisdiccional* y lo *gubernativo*; entre la disciplina *interna*, en fin, y la *esterna*.

No hay en lo canónico contencioso-administrativo, ni por tanto competencia de este género, en el rigor técnico de la frase; pero en el concurso, en los límites jurídicos, digámoslo así, de lo eclesiástico y lo civil, hay algo parecido, cuales son los *recursos de fuerza*, en que la potestad jurisdiccional civil dirime un conflicto, sin entrar en el fondo, como cuestion de *hecho*; *administrativa*; no *juridicamente*. Pero sobre las indicaciones aquí consignadas hay artículos particulares en la ENCICLOPEDIA, y véanse especialmente los de **FUERO ECLESIASTICO**: **FUERZA**: **JURISDICCION ECLESIASTICA**.

COMPETENCIA INTERNACIONAL. Seria el supremo poder regulador, y decisivo en contiendas entre España y alguna ó algunas naciones. Tampoco le hay, como hemos dicho en un artículo anterior, que no lo hay, entre las naciones civilizadas. En tal supuesto las cuestiones internacionales están sujetas á los únicos medios y á los mismos resultados que las de *competencia de derecho de gentes*. (Véase su artículo.)

No se pueden reputar poder comun de competencias los compromisos, que en particular adoptan algunas naciones, respecto de súbditos ó negocios de las otras. Así, por ejemplo, el Código civil francés establece en su artículo 14, que todo súbdito estranjero, que contrate con un francés, dentro ó fuera de Francia, pueda ser convenido ante los tribunales franceses. Así tambien la ley española

de *Enjuiciamiento civil* (arts. 922 y siguientes), establece cómo, y en qué casos únicamente, han de merecer cumplimiento y ejecucion en el reino las sentencias dictadas por tribunales estranjeros. Pero estas determinaciones son mas bien ocasion de cuestiones de competencia internacional, que modo comun y supremo de dirimirlas; y en todo caso constituyen el *derecho público nacional*; pero no derecho internacional; ni criterio y poder comun supremo de competencias.

Tampoco constituyen este poder comun las concesiones ó conciertos entre España y otros Estados, concediendo á la primera un cierto poder, ó jurisdiccion sobre personas ó negocios propios en país estranjero. Así, por ejemplo, la España puede juzgar civil y criminalmente á los súbditos españoles en las repúblicas *berberiscas* (véase APELACION, y COMPETENCIA, *Contienda de*); pero esto es en virtud de tratados especiales; y el medio, por consiguiente, se reduce al de *tratados*, que es uno de los que enumeramos al hablar de la *competencia de derecho de gentes*.

Hay, sin embargo, en el derecho internacional español un caso de poder moderador y comun de competencias, con una de las potencias, aliadas de la misma, cual es la Inglaterra. Nos referimos á la especie de tribunal mixto, denominado mas comunmente *comision mista sobre la trata de negros*, establecida en la Habana y en Sierra Leona. Pero este medio es aislado á un caso: (véase su artículo).

Proviene ciertamente de un tratado; pero de índole especial, por la índole mista de la comision con formas de tribunal; y porque no es un tratado, que versa sobre cuestiones como las de tregua, las de transaccion, etc., sino que principalmente tiene tendencia al porvenir.

En el Derecho internacional hay una fórmula espeditiva, que no hay, ó no es sino muy difícil, en el Derecho de gentes. Nace la diferencia de la mayor facilidad, que hay en que se entiendan entre sí pocos, que no muchos. Nos referimos al arreglo, y en su caso á la prevencion, de una ó varias dificultades por simple cambio de *notas*. El *cambio* de *notas* es sin duda el principio de una negociacion, que termina en *protocolo* y *tratado*. Pero á veces no se pasa de ese cambio. Las dos naciones se han entendido recíprocamente en el compromiso, aunque menos solemne; y la cuestion queda orillada ó prevenida, como queda una accion ú obligacion entre particulares, por simple convenio, ó por cartas, sin llegar al otorgamiento y solemnidades de un instrumento público.

COMPETENCIAS (JUNTA SUPREMA DE). Véase COMPETENCIA (*contienda de*), seccion 1.ª, reseña histórica de dicho artículo.

COMPETENCIA JURIDICA. Entendémosla de la civil, en oposicion á la competencia en lo eclesiástico. Comprende en dicho sentido la del fuero comun, y otros fueros seculares, privilegiados; mas no la *administrativa*, ó contencioso-administrativa. Pero, cualquiera que sea su estension en el concepto espresado, todos sus ramos, esto es, la competencia en lo civil ordinario, en lo militar, en lo de hacienda, etc. se esplica y aplica mejor en los artículos FUERO y JURISDICION. Véanse, por lo tanto. No se esplica tan bien allí el debate, digámoslo así, el procedimiento jurídico en la contienda ó conflicto de competencia: por eso lo tratamos por separado en su artículo COMPETENCIA (*contienda de*). Véase.

Es tambien *jurídica*, en cuanto á las formas, la relativa al contencioso-administrativo. Pero es al propio tiempo *administrativa*: versa en el límite de lo contencioso judicial, y lo administrativo: es hoy una litis de nuevas formas: constituye especialidad; y véase su artículo COMPETENCIA ADMINISTRATIVA. Véase tambien el artículo genérico COMPETENCIA.

COMPETENCIA (EN ULTRAMAR). Tiene algo de especial, respecto de la competencia en la Península; pero véanse los artículos concernientes á esta, y además el de COMPETENCIA (*contienda de*), seccion 8.ª

COMPETENTE. Del latin *competens*, y por tanto de la misma etimología que COMPETENCIA.

Si se trata de personas ó corporaciones, son

competentes aquellas, á las cuales corresponde por ley, costumbre, nombramiento, eleccion, delegacion, etc., ejercer la autoridad, derecho, funciones, ó prerogativas de que se trate, como *juez, tribunal competente*, etc. Si se trata de cosas, aquellas, en que concurren las formalidades, requisitos ó circunstancias, etc., exigidas, para el caso ó fin de que se trata, por la ley, la costumbre, la moral, ó el decoro público. Así decimos *fuero competente, accion, formalidad, capacidad, decoro, premio, satisfaccion competente*, etc., Segun la Academia de la lengua, competente es como *bastante, debido, proporcionado, oportuno, adecuado*. Véase el artículo genérico COMPETENCIA. Véanse tambien las voces, á que puede ser aplicable la circunstancia *competente*, como FUERO: TRIBUNAL: JUEZ: etc.

COMPETENTE (EN LO CANÓNICO). Era el catecúmeno, que se hallaba en el tercer grado de instruccion; esto es, despues de los *audientes*, y de los *orantes*. Véase el artículo CATECÚMENO: véase á Paleotimo, *Antiquitatum ecclesiasticarum*, Partida 1.ª, lib. 10, cap. 1 y 2.

(Nótese en el artículo CATECÚMENO, el error de imprenta, ya señalado en la fé de erratas, de *categnesis*, en lugar de *catequesis*).

COMPETENTEMENTE. Del latin *competenter*. Se refiere á lo que está hecho, formalizado, practicado, ó que ha de estarlo, con las solemnidades, ó requisitos, exigidos por la ley en cada caso. Así decimos de una diligencia judicial, que ha sido, ó ha de ser competentemente practicada: persona, procurador *competentemente autorizado*, etc. Véase COMPETENCIA.

COMPETER. Del latin *competere*, del verbo *competo*. Corresponder á una persona la autoridad, representacion, prerogativas, funciones, etc., de que se trate, segun la índole del caso. Véase COMPETENCIA.

COMPETIDOR. Del latin *competitor*. El que á un mismo tiempo pide, ó disputa la misma cosa que otro, ora en participacion, ora esclusivamente. Los competidores se dicen tambien en el foro, cada uno respecto del otro, *parte contraria, contrario, adversario, co-reo*; y en algun caso *opositor*, y *tercer opositor*. Véase COMPETENCIA.

COMPETIR. Del latin *compétere*. El que pretende una cosa al mismo tiempo que otro, ó contra otro: ó bien el que contiende, ó litiga con otro sobre un derecho, ó prerogativa, ya en participacion, ya esclusivamente. Véase COMPETIDOR.

COMPILACION. Del latin *compilatio*, y esta voz del verbo *compilo*. Cuerpo ó conjunto ordenado de varias obras, leyes, ó doctrinas separadas. Segun estas sean, el cuerpo, obra, ó conjunto ordenado, se llamará *compilacion de leyes, de cánones, etc.*

Se compila, así como se copia, lícita ó ilícitamente: usurpando, y sin usurpar la propiedad ajena; de donde nacen diversidad de conceptos y diversidad de acciones judiciales. Véase COMPILADOR: PROPIEDAD LITERARIA.

Cuando las cosas que se compilan, lo han sido ya otra vez, entonces el conjunto ó nuevo cuerpo se llamaría *recompilacion*, y así sucesivamente *nueva ó segunda recompilacion, novísima, ó tercera, cuarta recompilacion*, etc.; cuya gradacion y ordinal enunciativa se observa al enumerar nuestras compilaciones legales, repetidas; pero hay que observar, que, sin duda por aligerar la diccion y pronunciacion, al verbo *compilar*, y al sustantivo *compilacion*, cuando denotan, ó espresan reduplicacion del acto, se les ha suprimido la *m*; resultando así un verbo, que no tuvieron los romanos, cual es el de *recopilar*, con su verbal *recopilacion*. Es decir, que ha sucedido en este caso lo que con el verbo latino *competo*, del cual han resultado en el romance los de *competer* y *competir*, de significacion tan diversa, aunque procedentes de una misma matriz, segun hacemos notar en el artículo COMPETENCIA. Así aquí, de *compilo*, han resultado los verbos castellanos *compilar* y *recopilar*, con sus dos verbales *compilacion* y *recopilacion*; si bien faltando en *recopilar* y *recopilacion* á la precision filológica, pues la partícula reduplicativa *re*, no espresa aquí siempre compilacion repetida, ó segunda, tercera, etc.; sino que se dice *recopilacion* de la compilacion primera, á no añadirse la enunciativa ordinal *nueva, nov-*

Lorenzo Arrazola

sima, etc., ó recopilacion segunda, tercera, etc.

Deducese de todo, que, por un valor entendido, *compilacion* y *recopilacion* espresan cardinalmente una misma cosa, esto es, reunion ordenada de leyes, reglas, doctrinas, etc., que se hallaban dispersas ó separadas; y que será aplicacion propia, y en su caso técnica de cada una de estas voces, la que la legalidad, ó el uso ilustrado tengan autorizada.

En el derecho son numerosas las *colecciones* ó *compilaciones*. Y así era indispensable. La idea de *codificacion*, no viene sino con una civilizacion adelantada. Los pueblos empiezan á regirse por costumbres: luego por leyes: la necesidad, nacida de la confusion y de las nuevas y mayores exigencias de la civilizacion gradual, exigen en último término la compilacion. Así se formaron los Códigos romanos, nuestra *Nueva* y *Novísima Recopilacion*, etc.

Adelantada la civilizacion, en vez de compilar, suele codificarse, utilizando, sí, las doctrinas; pero no colectando, compilando, ó recopilando materialmente las anteriores leyes dispersas. Así se formó el Código de las Partidas, justamente denominado alguna vez *inmortal*, no solo por la sabiduría que encierra, sino tambien por el tiempo en que se hizo: y porque es sin duda el primer código, el mas completo, ordenado, que despues de la destruccion, confusion é ignorancia de los siglos medios, tuvo la Europa.

Concreto principalmente el presente artículo á las compilaciones legales, dirémos, que las voces *compilacion*, *recopilacion*, *coleccion*, *cuerpo legal*, *cuerpo de leyes*, *cuerpo de derecho*, y *código*, tienen una acepcion idéntica general, no solo en lo literario; sino aun en lo legal, y por la que todas, como por sinonimia, espresan una misma cosa, cual es el conjunto, reunion, cuerpo de leyes, sin atender mas que al hecho del conjunto, y no al modo con que éstas han sido formadas. Así decimos bien, en este sentido genérico, *nuestras colecciones legales*, *nuestros cuerpos de leyes*, *nuestras compilaciones*, etc.; comprendiendo lo mismo al *Fuero Juzgo*, por ejemplo, que al *Ordenamiento de Alcalá*, el *Fuero Real*, el *Código de Comercio*, etc.; mientras es un hecho que el primero es real y propiamente *compilacion*, y no los demás cuerpos citados, cuyas leyes no andaban dispersas; sino que se formaron á un mismo tiempo, por el propio legislador.

En sentido específico y propio, respondiendo á su etimología, *compilacion* no es sino la que hemos definido al principio, esto es, conjunto ordenado, ó cuerpo de disposiciones legales, que andaban dispersas, ó separadas, ya éstas fuesen hechas por diversos legisladores, ya por uno mismo en diversos tiempos.

En este sentido mas concreto cesa la especie de sinonimia, que arriba mencionamos, y ya nuestros cuerpos de leyes no pueden todos enunciarse indistintamente con una sola palabra; sino que una cosa será *compilacion*, otra *código*, y otra *coleccion*; aunque todavía un mismo cuerpo de leyes podrá abarcar los tres conceptos. En virtud de ello, son en rigor *compilaciones*, el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Viejo de Castilla*, cual hoy lo conocemos, las *Leyes del Estilo*, las *Ordenanzas de Castilla*, ó *Ordenamiento Real de Montalvo*, la primitiva *Recopilacion*, segun la quiso y ordenó D. Pedro el Cruel, la *Nueva Recopilacion*, la *Novísima*, la *Recopilacion de Indias*, y la *Coleccion de Reales Decretos*, despues *Coleccion legislativa*. La Ley de Enjuiciamiento civil es *compilacion* ciertamente; pero solo de principios: no de leyes testuales; y es por tanto una ley nueva mas bien, y tanto, que una parte de sus disposiciones son nuevas de todo punto, ó innovadas, respecto de las antiguas de nuestro procedimiento.

Son *códigos*, en el concepto específico de esta palabra, y no *compilaciones*; y dado que por código, en tal concepto, mayormente despues de la actual codificacion europea, entendemos un cuerpo de leyes, por el cual, si es código general, se puede regir un pueblo, por contener *derecho público*, *derecho privado*, *instituciones* y *formas judiciales*; y si es especial, se puede regir todo un ramo de la administracion pública; como el *Código de*

aguas, de *montes*, etc; son códigos, decimos, en dicho sentido, el *Fuero Juzgo*, el *Fuero Real*, las *Partidas*, el *Ordenamiento Real de Montalvo*, la *Recopilacion* primitiva, la *Nueva* y la *Novísima*, la de *Indias*, el *Código de Comercio*, el *criminal*, y la *Ley de procedimiento civil*; de todos ellos son tambien compilaciones á un tiempo el 1.°, 3.°, 4.°, 5.°, 6.°, 7.° y 8.°

Y son cuerpos legales, sin ser ni *compilaciones*, ni *códigos*, en dicho sentido especifico, el *Ordenamiento de Alcalá*, y las *Leyes de Toro*.

Pero puede compilarse con autoridad legislativa, y sin ella; de donde resulta el valor legal de la compilacion, como tal; siendo la regla, que cuando compila un legislador, todas las disposiciones compiladas tienen desde entonces fuerza obligatoria, aunque no la tuvieren antes, por desuso, derogacion, etc,; y si es un particular, la coleccion, como cuerpo, no es obligatoria; y las disposiciones que la componen no tendrán mas fuerza ni autoridad que la que tuvieren fuera de la compilacion.

Hállanse en el primer caso, por ejemplo, entre los romanos, el *Código Teodosiano*, los dos de *Justiniano*, las *Pandectas*, y el *Código de Alarico*, ó *Breviario de Aniano*: y hállanse en el segundo los llamados *Código Gregoriano* y *Código Hermogeniano*.

Entre nosotros se hallan, así como en el caso primero, todas las compilaciones que hemos mencionado, inclusa la *Coleccion legislativa*; menos el *Ordenamiento Real de Montalvo*, mientras sea cuestion, si intervino, ó no, para su formacion la autoridad de los Reyes Católicos.

Pero el que las disposiciones coleccionadas adquieran fuerza legal desde que lo son por un legislador, no es decir que la tenga siempre; pues sabido es que la costumbre, y otras disposiciones contrarias posteriores, las dejan sin fuerza; como sucede á la mayor parte de las que forman nuestras antiguas compilaciones, y á muchas de las contenidas en la *Coleccion legislativa*, y lo que es mas, en la *Novísima Recopilacion*.

Pero esta es ya otra cuestion, porque una cosa es la forma de un cuerpo de leyes, y otra la fuerza de obligar de estas. Sobre esta importante cuestion, véase el artículo **CÓDIGOS ESPECIALES.**

Véanse así bien los diversos artículos de las palabras *código* y *coleccion*, y demás mencionadas y cabezas de artículo en el presente: como asimismo el subsiguiente **COMPILAR.**

COMPILADOR. Del latin *compilatio*, derivado del verbo *compilo*. El que compila, esto es, el que reune varias obras, leyes, doctrinas, historias, etc., en uno ó varios cuerpos ó volúmenes. Si esto lo hace ilícitamente, ó con lesion de derecho ajeno, en lo literario se llama *ladron*: si presentando como propias las obras, ó doctrinas ajenas, y por tanto ocultando el nombre de los autores, cuerpos, ó fuentes de donde deduce ó toma para su compilacion, *plagiario*: y *usurpador*, por último, en las demandas judiciales sobre usurpacion ó publicacion, para utilidad propia, de la *propiedad literaria*, garantida por la ley; esto es, asegurada por los medios y en la forma que esta prescribe. Véase **PROPIEDAD LITERARIA**: y sobre la etimología, **COMPILAR.**

COMPILAR Traduccion literal del verbo latino *compilo*, compuesto del verbo simple *pilo* (*as, are, avi, atum*) y la preposicion *cum*. Pero los romanos tenian dos verbos de esta misma conjugacion; el uno derivado del sustantivo *pilus*, el pelo; y el otro de *pila*, pilar, pilastra, estrivo, machon, en el sentido de un sustentáculo de fuerza. De estos dos verbos simples resultan los dos compuestos *compilo*, conjugables del mismo modo que los simples, y como arriba se indica. El simple y el compuesto de *pilus* significaban nacer el pelo, y tambien despojar, arrebatar: los otros dos, provenientes de *pila*, apoyar con fuerza, arrebatar tambien, despojar. ¿De cuál de los dos compuestos proviene el verbo, ya castellano, *compilar*? Parécenos que de *compilo*, procedente de *pila*; pues que un sustentáculo de fuerza no es siempre de una pieza, sino el conjunto de muchas, enlazadas, unidas, apiladas. De él parecen derivarse, por tanto, los verbos castellanos

apilar, y *recopilar*, como el hispanizado *compilar*. De todos modos Ciceron dijo: *compilare sapientiam ab aliis*, esto es, reunir en sí, ó en un solo cuerpo, la sabiduría, ó doctrinas de los demás: y su autoridad basta para asentar, como decimos, que compilar es version del latin *compilo*, y que es además lo que hemos definido.

Ahora la compilacion es siempre conveniente, y en muchas materias indispensable, sobre todo en el órden moral, legislativo y jurídico, en los cuales no se ha dicho, ni constituido todo de una vez: y puesto que la *razon universal* se forma de utilizar el género humano su saber progresivo, esto es, las generaciones segundas el saber de las primeras; las intermedias de la vida del mundo, el de las anteriores; las últimas el de todas.

Pero en ningun órden, y menos en el legal, *compilar* es amontonar de cualquier modo: compiladas quedarán materialmente las disposiciones dispersas, ya reunidas; pero no compiladas, en el útil, adecuado, y hasta cierto modo técnico sentido de esta palabra. Este encierra, como capital, la circunstancia de *órden*, sistema, método, y así definimos la compilacion en su artículo especial.

Mas el órden, en las compilaciones, puede estribar en una de dos bases: la *cronología*, y la *unidad* y *homogeneidad* de materias. En el primer caso la compilacion es como una especie de anales, y pueden ser aun efemérides: siempre una coordinacion cronológica. Tal es nuestra *Coleccion de Reales decretos*, despues *Coleccion legislativa*: tales tambien la coleccion de sentencias motivadas del *Tribunal Supremo de Justicia*, y la del *Consejo de Estado*, los *Boletines* de los respectivos ministerios, y en otras naciones el *Boletin de las leyes*, etc. Pudiera, aun en estas colecciones, conciliarse la base del tiempo con la de órden de materias; pero seria retardando la publicacion hasta fenecido el año que abrace, lo cual perjudicaria al uso diario, que con frecuencia hay que hacer, de las mencionadas leyes y reales disposiciones, sobre todo donde no hay, como no hay en España, otro *Boletin de las leyes*.

Otra cosa es el órden por materias. Este no admite indulgencia. O no compilar, ó hacerlo con un sistema preciso en la separacion y ordinacion respectiva de las materias compiladas. Nuestras *Leyes del Estilo* son en este punto un amontonamiento indijesto; no una compilacion ordenada. Las demás compilaciones legales, á las cuales hemos dicho corresponde con propiedad ese nombre específico (artículo **COMPILACION**), son mas ó menos perfectas en este género, en cuanto se aproximen al órden que domina ó debe dominar en un *código*, formado *á priori*, como el de *Comercio*, el *Criminal*, etc.

Entenderáse, por último, que en las compilaciones legales las disposiciones compiladas lo han de ser íntegramente; de otro modo será, no compilacion de leyes, de cánones, etc.; sino de reglas, ó principios; compilacion, y mas bien, *recapitulacion* estractada, ó compendiada de tal materia, ramo de legislacion, etc.; pero deben anunciarse así, y el adquirente y el lector saben ya á qué atenerse.

COMPLETAS. Subentiéndese *horas*. Viene del latin *compleo* (*es, ére, evi, etum*), llenar, completar, etc. Alude á la distribucion del rezo eclesiástico por *horas*, segun demostramos en el artículo **HORAS CANÓNICAS**. La voz *completas*, por tanto, espresa una de las partes del rezo

Pero esta voz sustantivada no esplica lo que en su testual enunciativa parece: no significa que la parte de las horas canónicas, ó rezo eclesiástico diario, á que se refiere, es completa en sí; sino que ella completa las horas canónicas ó rezo canónico de cada dia. Por eso, arreglado el rezo en latin, antes de la introduccion del *romance* las completas se llamaron con mas propiedad, y aunque con menos frecuencia se llaman tambien, *completorium*, subentiéndese *officium*, siendo, como su version *completorio*, complemento, ó última parte del rezo.

Antiguamente, las completas (*completorium*), no se distinguieron de las *vísperas* ú *oficio lucernario*; tanto que, segun algunos, ni aun fué conocido aquel nombre (1). El cardo-

(1) Los griegos terminan el oficio divino con

nal Bona (1) lo demuestra así, impugnando la opinion del cardenal Belarmino (2).

Eran las vísperas (véase su artículo), la última oracion del dia, la cual se recitaba al ponerse ó despues de puesto el sol. Así lo indica bien, además de la historia, la palabra *vesperæ*, la tarde, aludiendo, como hoy todavía, á la práctica de los hebreos, pues acabando entre ellos el dia con la postura del sol, esa era *su tarde*.

Por esta razon, sin duda, los salmos, que hoy se dicen en completas, eran propios de vísperas, y así nos lo da á entender San Basilio, que, hablando de ellos, usa la frase: *primis intendentibus tenebris*, y dice que se debe cantar el salmo 90, *Qui habitat in adjutorio*, etc., el cual se canta en completas, segun el actual oficio y ritual. Las tinieblas, á que San Basilio alude, comienzan luego que, puesto el sol, empieza el crepúsculo, y esta es la razon de cantarse en completas el himno, *Te lucis ante terminum*, ó lo que es igual, antes de terminar del todo la luz del dia.

Despues del siglo V de la Iglesia comenzó en el Occidente á separarse el oficio de vísperas del de completas, y en el siglo VI era ya distincion admitida y practicada entre los latinos. Débese, sin duda alguna, esta innovacion á San Benito, el cual, en el capítulo 17 de su Regla, mandó que los monges, acabadas las obras ó ejercicicios del dia, reunidos en cuerpo, *completasen* las preces y laudes, terminándolas con ritos solemnes; y la breve leccion, que hoy anteeede á las completas, lo espresa, á no dudarlo, la que el santo fundador quiso en su regla 42, que precediese á los salmos (3).

Escusado parece observar que esta parte del oficio divino, como todas las demás, se siguieron y cantaron en las restantes iglesias no monacales, ya porque, cuando alguno de los monges era elevado á la dignidad episcopal, arreglaba en su iglesia ó diócesis los divinos oficios á ejemplo de los monges; ya porque algunos clérigos seglares admitiesen y observasen los institutos y costumbres monacales; ya, en fin, porque, despues de instaurada la vida comun canonical, y dadas á los canónigos reglas, tomadas en su mayor parte de las que debian observar los monges, se admitió necesariamente la division del oficio divino, tal, cual estos la habian establecido (1): á todo lo que no contribuiría poco el que una gran parte de las iglesias catedrales se dieron con el tiempo á corporaciones monacales.

La hora de rezarse las completas, consideradas hoy como oficio diurno, es en el canto, sí público y solemne, la de la tarde, despues de puesto el sol, é inmediatamente despues de vísperas (2).

Sin embargo, debe, en cuanto á este punto, estarse á las costumbres y leyes locales, que anticipan la hora antes de la postura del sol, ó admiten alguna variacion en el tiempo y forma de celebrarse; aunque lo comun y debido es que se canten siempre ó reciten despues de mediodía.

---

las vísperas. El autor del libro intitulado *Anmos*, que floreció en 1480, parece haber sido el primero de los griegos, que mencionó las *completas*, insertándolas en su oficio.

(1) Ni en la regla de San Pacomio, que vivió por los años de 300, ni en la de Casiano, que floreció un siglo despues, ni en ningun otro escritor, anterior á San Benito, se halla el nombre de *completas*.

(2) De Psalmodia, c. 11, §. 1, núm. 2.

(3) Baronio ha sido tambien de opinion de que las completas fueron conocidas en el oficio divino desde los primeros siglos de la Iglesia.

(1) Antes de rezar completas habian de leerse las *collationes* de Casiano, las vidas de los padres, ó cualquiera otro libro piadoso. *Conveniendum est*, dice la regla, vesperè *ad collationem habendam*. La señal para concluir la colacion habia de darse por el superior diciendo, *Tu autem*... y el lector repetia *Tu autem, domine, miserere nobis*. Véase COLACION.

El claustro ó refectorio servia para la leccion, concluida la cual, el prior decia: *Adjutorium nostrum in nomine domini*, y dirigiéndose á la iglesia, examinaban los monges sus conciencias, y hecha por el superior la señal, decian el *confiteor* y á su vez el *misereatur*, segun aquel precepto de la regla: *Dicant omnes cum socio confiteor*. A la lectura sustituyó la leccion breve del actual oficio. El de los monges concluia con la oracion: *Pone, domine, custodiam ori meo*, etc... y ya no era lícito hablar hasta el dia siguiente, en que el oficio comenzaba con el versículo: *Domine labia mea*, etc. Otro tanto se lee en la regla de San Fructuoso.

(2) En comprobacion de lo que en el texto decimos, basta comparar el rezo actual con el usado por los monges.

Por lo que toca al rezo privado, sucede tambien, respecto de las completas, lo que, respecto de las demás horas canónicas, á saber, que aquellos, á quienes incumbe el rezo divino, deben cumplir con él en la hora, que es propia para cada parte del mismo, siguiendo el espíritu de la Iglesia en esta distribucion, pues solo por justa causa puede semejante órden, ó intervalo de horas, alterarse (1).

Por la especialidad de este completorio, ó última parte del rezo, descendemos ahora á algunos pormenores, que creemos oportunos.

Las completas, segun el Breviario Romano, constan en la actual liturgia, de cuatro partes, que pueden llamarse *preparacion*: *cántico ó salmodia*: *himno y cántico de despedida*: *preces y oracion final*.

La primera la inicia el lector con la súplica, *Jube domne benedicere*, á que el *capitulante* contesta, *Noctem quietam*, etc., respondiendo el coro: *Amen*. Síguese una leccion breve, tomada de la epístola primera de San Pedro, capítulo 5: *Fratres, sobrii estote* (2), y terminada, *Tu autem Domine*, á que el coro responde: *Deo gratias*, diciendo en seguida el capitulante: *Adjutorium*, etc., y el coro responde: *Qui fecit*, y *pater noster*, todo en secreto (3). La *confesion* y *misereatur* (4) con las variantes dichas, en secreto á su vez por el capitulante y asistentes, dándose por el primero de estos la absolucion comun, *Indulgentiam*, y entonando seguidamente el salmo: *Converte nos, Deus* (1), contestando: *Et averte iram tuam*, etc.: á que se añade: *Deus in adjutorium*, y *Gloria patri*, con sus respuestas de rúbrica, y *antífona* propia del tiempo, en significacion de tristeza ó alegría (2), terminan la primera parte y sirven de instruccion de la segunda.

Compónenla los cuatro salmos *cum invocarem*: *In te Domine*: *Qui habitat*: *Ecce nunc*, seguidos de igual antífona que antes (3).

La tercera parte se inicia con el himno, *Te lucis ante terminum* (4), al cual sigue el capítulo de Jeremías: *Tu autem in nobis*, terminado, *Deo gratias*; y añadiendo los versículos: *In manus tuas... Redimisti nos.... Gloria patri... Custodi nos*, con sus respuestas, se canta la antífona, *Salva nos*, concluyendo con el cántico de Simeon: *Nunc dimittis*, *Gloria*, é igual *antífona* (5).

La cuarta parte comprende las preces, propias del tiempo (6), á no ser en oficio doble

(1) Puede consultarse sobre esta materia á Durando, *De ritibus Ecclesiæ catholicæ*, lib. 3, capítulo 12.

(2) En Roma, escepto los tres dias antes de Pascua, el capítulo de los monges se ha sustituido con la epístola de San Pedro, y muchos breviarios monásticos indican que esta leccion se recitaba por los que rezaban completas fuera del rezo.: *Lectio brevis extra chorum*: *Fratres*, etc.

(3) Véase lo que decimos en la nota primera. La oracion dominical, *Pater noster*, solo se halla indicada en algunas constituciones monásticas modernas. Pio IV mandó insertarla en el Breviario, ordenando se rezase en secreto, para significar que no formaba parte del oficio: no se habia rezado nunca antes de completas.

(4) San Fructuoso en el cap. 2 de su regla, ordenó que despues de completas se pidiese recíprocamente la vénia antes de acostarse, en lugar del *Confiteor*: *Recepto nocturno silentio, vale facientes invicem et reconciliationi, ac satisfacioni alterutrum insistentes, laxant mutuo debita*. Los autores de la *Enciclopedia* moderna de literatura, ciencias y artes, dada á luz recientemente en París, añaden que este es el motivo de rezarse el *Confiteor* en París y otras iglesias despues de completas, y no al fin, como en la iglesia Romana.

(1) Grancolás es de opinion que el salmo *Converte Deus, in adjutorium*, y aquel solo se decia despues del *Misereatur*, *Indulgentiam*, por la cual algunos ordinarios de rezo prescriben se omita, cuando no se dice *confiteor*, y en el rito romano se semitona, elevando la voz solo en el citado versículo, *Deus*.

(2) Esta es en el primer caso *Miserere mihi Domine*, y en el segundo *Aleluya*.

(3) Véanse Santo Tomás, *Quodlibet*. 5, *q*. 14, artículo 1.: *Benedicto* 14, Instit. eccles. 24, §. 9 y 10; y la 107, §. 21.: *Devoti*, lib. 2, tít. 4, §. 5 y sig. con sus notas.

(4) Segun la regla de San Benito, solo eran tres, siempre bajo una antifonía. En el actual oficio se añadió el 30.

(5) Segun la regla de San Benito, en el invierno se decia el himno: *Christe, qui lux es, et dies*, y en el estío: *Te lucis ante terminum*, despues del cual se decia la leccion, versículo y *kyrie*, concluyendo con la bendicion. En Viena y Leiden, por costumbre moderna, solo se rezan himnos en completas segun el tiempo y fiesta, y para no introducir himnos en otras horas, dicen en completas lo que en vísperas se reza en otras iglesias.—Segun el Breviario romano, todo el año se reza el segundo de dichos himnos, atribuido á San Ambrosio.

(6) El cántico de Simeon: *Nunc dimittis* es peculiar del Breviario romano, y no se halla ni en el Benedictino, ni en el Cartujo, ni en el Cluniá-

é infra octavas, que en oficio ferial, de adviento, cuaresma, cuatro temporas, se dicen de rodillas; si es en vísperas: la oracion: *Visita quæsumus* (1), á que el capitulante añade, *dominus vobiscum* y *benedicamus*, respondiendo el coro, segun rúbrica, y dá en seguida la bendicion: *Benedicat et custodiat* (2).

Las antífonas y oracion, propias del tiempo, que se dicen en honor de la Vírgen María, despues de completas, no forman en realidad parte del oficio, y solo ocupan lugar en el Breviario romano, despues de mucho tiempo, que la devocion particular las introdujo. Sigonio afirma que Gregorio II mandó, en 1239, que se rezase la Salve; y que, si bien no se encuentra en ningun Breviario, hasta el año 1520, el cardenal de Santa Cruz la insertó en el suyo, del cual, acaso la tomase San Pio V para trasladarla al romano. Wadigno cita una carta de Juan de Parma, en que menciona las cuatro antífonas, que hoy se recitan, segun el tiempo, como recibidas ya entonces (3).

En el rezo privado es comun á las completas, como á las demás horas la oracion preparatoria, *Aperi, Domine, os meum...* y la final: *Sacrosanctæ et individuæ Trinitatis*, compuesta por Leon X, á modo de acto de contricion por las distracciones, cometidas en el rezo divino. Aunque se hallan en el Breviario romano, al principio de todo el rezo ó cada cuerpo de él, no están, sin embargo, preceptuadas, sino aconsejadas, y nunca se dicen en el rezo público y solemne.

Como en la Iglesia Católica tiene su significacion mística todo cuanto se refiere al culto y ceremonias religiosas, con el único y elevado fin de recordar á la criatura su dependencia del Criador y acercarle mas á él, esa significacion mística se halla tambien en todas y cada una de las oraciones, versos, cánticos, salmos, antífonas, etc., que forman las completas.

No nos detendrémos en otras esplicaciones, propias de los que se dedican á esponer la liturgia y ritos, contentándonos con indicar los autores, que pueden consultarse sobre la materia (1).

En cuanto al ceremonial, debe estarse en esta parte del oficio divino público y solemne, como en los restantes, á las decisiones apostólicas, siendo la mas principal la de San Pio V, Bula *Quod á nobis*, 87 del Bulario, dada en virtud de las facultades, que el Tridentino reservó á la Santa Sede, en su decreto final, sesion 25, y confirmada por otra Bula de Clemente VIII, *Cum in Ecclesia*, 276 del Bulario, adicionada y enmendada por otra de Urbano VIII, *Cum alias*.

Las declaraciones y decretos de la Sagrada Congregacion de ritos, son tambien fuente de doctrina y regla segura, en cuanto á rúbricas del rezo público, y á ella debe estarse, salvas las diferencias ó variantes, que en este punto

cense, aunque sí en las Constits. apostólicas, entre las preces de la tarde.

(1) El Breviario romano las señala. Algunas traen su orígen de los monges, y se hallan en el Breviario de Monte Casino, del siglo XI.

(2) Los mencionados autores de la *Enciclopedia* moderna francesa dicen que esta oracion no se halla en ningun Ordinario ó Colectario romano, ni en los monásticos de alguna antigüedad, siendo de creer haya sido introducida en el oficio romano, por los frailes menores, pues en los breviarios comunes hay otras dos oraciones, sacadas de los ordinarios romanos: *Deus, qui illuminas noctem...* y *Illumina, quæsumus Domine*, la cual se usaba antiguamente en las iglesias de París, y se halla en los breviarios monásticos, aun en cluniacense; pero la oracion, *Visita*, tomada tal vez del Breviario cartujo, se rezaba entre los monges al hacerse la aspersion del agua bendita en el dormitorio, segun se lee en el cap. 1. de Dunstano, obispo de Cantorbery, y en la vida del Abad Raimundo.

(3) La mas afectuosa y notable es la de: *Salve regina*, que, segun refiere Nangio, en la vida de San Luis, rey de Francia, mandaba oste cantar al fin de completas, que diariamente tenio con sus criados, despues de cenar en su capilla. El Concilio de Peñafiel, de 1302, tuvo sin duda presente esta loable costumbre, al decretar en su Cánon 13: *In laudem S. Virginis, in singulis diebus, post completorium, canatur Salve Regina, alta voce cum versu ora pro nobis, et oratione «Concede nos famulos tuos.»* Es de notar la diversidad que en

este punto guardan algunas órdenes religiosas. La de cartujos recita la salutacion indicada, en forma de antífona, añadiendo, la angelical *Ave María* y oracion *famulorum*, solo en vísperas: la del cister diariamente: al contrario clumi: la de carmelitas al fin de cada hora y aun despues de misa.

(1) Durando, *Rationale officiorum divinorum*, libro 5, cap. 10: Durando, *De ritibus ecclesiæ*, lug. cit.

se hallan admitidas en las diócesis, especialmente en las catedrales, y que deben observarse por costumbre ó rúbrica propia, de cada iglesia, mientras no se opongan á los preceptos generales y fundamentales de la liturgia. Véanse los artículos **MISAS CANÓNICAS: OFICIO DIVINO: REZO**, y demás análogos á ellos.

COMPLETORIO. Del latin *completorium*. Lo que completa otra cosa, y dícese, y se dice en latin, de la última parte del rezo eclesiástico, llamada tambien *completas*, con la cual lo queda igualmente el *oficio divino* en cada dia. Véase **COMPLETAS.**

COMPLEXION. Del latin *complexio*, verbal de *completo* (*is, ere, exui*): entre tejer, enlazar. Complexion es, pues, conjunto de cosas enlazadas, unidas, combinadas entre sí. Contraido á las personas, espresa el conjunto de calidades físicas, que constituyen lo que se llama *temperamento*, el cual, como se sabe, es viguroso, fuerte, vilioso, atrabiliario, etc., y por la inversa pacífico, flemático, débil, etc. Y como es conocida, é incontestable la ley fisiológica de que en el hombre lo *moral* obra sobre lo *físico*, y lo físico sobre lo moral, la complexion, el temperamento de la persona son circunstancia, que el legislador, y en su caso el juzgador, han de tomar muy en cuenta, para apreciar con verdad y filosofía la delincuencia, en cada caso imputable, así como han de tomarla tambien el filósofo y el moralista para bien determinar la *libertad*, y *voluntariedad* de los actos humanos, y fijar, por tanto, la *imputabilidad* de aquellas.

Así, en este sentido, la *complexion*, el *temperamento*, no son, como puede parecer, cuestiones meramente gramaticales, ó empíricas; sino el magnífico, al paso que el sencillo epígrafe, de una inmensa cuestion *ontológica*, y *antropológica*, estensa, filosófica y profunda, del estudio del hombre; del hombre *sujeto* de la ley moral, *sujeto* y *objeto* de las leyes civiles y criminales.

Punto es este, que requiere un grande estudio filosófico de parte del legislador y del juzgador, doblemente cuando siempre aquel, no siendo posible una ley, que abrace todos los casos, tiene que dejar tanto á la discrecion y sindéresis jurídica de este.

Parécenos, sin embargo, y tenemos que sentir, que este árduo y radical estudio no se hace con toda la atencion é intension que son de desear. Es en suma el estudio del *hombre*: del hombre físico y del hombre moral.

Y hemos dicho poco en este punto. No solo el estudio, á que nos referimos, es indispensable al legislador y al juzgador; sino tambien al jurisconsulto. ¿Cómo hablará éste al corazon, ni del corazon humano, sino lo conoce? La manía, la locura, pueden tener su base alguna vez en el temperamento: la pasion, el arrebato, la tienen con mas frecuencia. El temperamento puede, por tanto, jugar como *circunstancia atenuante* en un caso de delincuencia; y entrar por mucho, hasta como indicante y criterio de verosimilitud y conviccion moral en un caso de *fuerza, miedo coaccion*, etc. En algunas partes es circunstancia atenuante hasta el viento, que dominó al perpetuarse un crímen ú otro género de accion vituperable ó lamentable, como, por ejemplo, un suicidio.

Y nuestro Código penal, aunque tan filosófico, general, y artístico en su primer libro, se presta sin duda á estas observaciones, y requiere, como en su caso todas las legislaciones civiles, penales y de costumbres, los estudios, á que nos referimos, pues en todas es preciso considerar y apreciar, en sus casos, con rigoroso criterio la *fuerza*, el *miedo*, el *sexo*, la *edad*, el *temperamento*, y hasta la *situacion moral* del ajente en el momento de la accion y antes de ella, así como las causas de que proceda, energía, é intensidad de ellas, etc.

En este punto hemos dicho que la obra incumbe al legislador, al juzgador y al jurisconsulto; pero incumbe de un modo mas especial al primero. En el juzgador y el jurisconsulto este estudio filosófico es de aplicacion, y por tanto en gran parte casuístico; en el legislador es trascendental. La *medicina legal*, segun hoy se conoce, es una creacion reciente, es una nueva asignatura, que ha venido á perfeccionar y completar el estudio del derecho. Antes esos conocimientos esta-

han reservados al profesor y á la ciencia de curar; hoy son tambien del estudio y resorte del letrado y del juzgador. La causa de la humanidad y la filosofía del derecho piden mas aun: piden una asignatura *antropológica*, bajo el punto de vista *fisiológico y sicológico*. Para juzgar al hombre es menester conocerlo: para conocerlo, es menester estudiarlo: y hoy mas que nunca. Hoy no basta juzgar por mera autoridad: hay que juzgar tambien por razon, que *hay que dar al público*. Hoy el juzgador, el que acaba de juzgar el hombre, entra el mismo á ser juzgado por la opinion general; y lo será segun sean sus razones. Entiéndese que nos referimos en esto á la actual *motivacion de las sentencias*.

Pero hay todavía un juicio mas tremendo que el de la opinion: es el de la propia conciencia. Apenas hay estado, ni ciencia, que baste á satisfacer completamente, y omnímodamente tranquilizar, á este perenne juzgador y fiscal del hombre, y sobre todo del hombre que juzga á los demás.

Hoy, por último, hay otro motivo aun, para hacer necesarios profundos estudios antropológicos: la aparicion de la *frenología*. La frenología ha venido á turbar, no el campo de la ciencia; sino el de la ignorancia. Siempre los tratados de filosofía han contenido uno *De conjectandis hominum moribus*. Las letras santas habian dicho tambien, *Ex visu cognoscitur vir*. Y la frenología ha sorpendido á los débiles, y de someros estudios, porque así tenia que ser: para el poco entendido es siempre poderosa la novedad. Háganse cual se deben, profundos estudios antropológicos: conózcase debidamente en su constitucion, causas, relaciones y propensiones, á este magnífico ser compuesto, al admirable complejo, que llamamos *hombre*; y los juicios sobre sus acciones; las leyes sobre su responsabilidad y sus derechos, serán justas: la frenología, entonces, no ya, como hoy, en el campo de la ignorancia; sino en el de la ciencia, no será en lo moral el terror de las conciencias tímidas; en lo filosófico, el problema indisoluble, el misterio tremendo del mediano saber: será un modo mas *de conjectandis hominum moribus*.

Infinitos son los artículos que en la Enciclopedia testifican de nuestra profundísima conviccion en este punto. Solo el conjunto de ellos abarca y desenvuelve por completo la idea. En ese caso se encuentran los de *acciones ó hechos humanos*; *albedrío*, *causa*, *imputacion*, ó imputabilidad, *hombre*, *libertad*, *voluntario*, etc.: véanse por tanto, con todos sus análogos.

COMPLICADO: COMPLICAR, COMPLICACION. Version literal de las voces latinas *complicatum*, *complicare* y *complicatio*: todas del verbo *complico*, compuesto del verbo simple *plico*, doblar, ó plegar, y la preposicion de simultaneidad *cum*; espresando, por tanto, el compuesto *complico*, doblar, ó *plegar juntamente*.

Aplicábase originariamente á las cosas materiales, susceptibles de ser dobladas, ó plegadas, como un *papiro*, un pergamino, una tela; despues, en sentido figurado, pasó la significacion al órden moral; y díjose, en el terreno del raciocinio, de una cuestion de muchos pormenores, que era *complicada*; y de las personas que tomaban mas ó menos parte en un acto punible, en un delito, ó crímen, que estaban *complicadas* en él; como si se dijera que todos forman unidad, un cuerpo, como las telas, que se doblaban, ó plegaban, en una, segun la acepcion cardinal del antedicho verbo latino *plico*, y sus multiplicados compuestos *complico*, *implico*, *replico*, *duplico*, *etc.*

La acepcion figurada, traida al terreno de la *culpabilidad*, ó *delincuencia*, es la mas trascendental. Bajo de este concepto, el verbo *complico* ha dado al foro las espresadas enunciativas: *complicar*, que espresa el auto, ó providencia de sustanciacion de un proceso, en virtud de la que se dirige contra uno el procedimiento, por suponerlo codelincuente en el hecho criminal que se persigue: *complicacion*, el hecho de estar uno complicado con otro reo del mismo delito, ó de reputarlo así el juzgador: y *complicado*, del primer supino del verbo (*complicatum*), el que con otro, ú otros, está envuelto en un crimen, ó es perseguido judicialmente en tal concepto.

Pero el verbo latino *complico* (*as, are, avi, atum*, y demás *complicui, complicitum*) tiene tambien este el supino *complicitum*, y de él viene sin duda *cómplices*, que, en rigor etimológico, y como decimos en el artículo genérico **COMPLICE**, espresa lo mismo que *complicados*.

Pero *cómplices* ó *complicados* pueden serlo en muy diferente escala; y el determinar el grado de culpabilidad de cada uno es la cuestion mas árdua que encierra la legislacion criminal. En este concepto es como hemos dicho que la acepcion figurada del verbo latino *complico*, y aun de *implico* en este caso, traida á lo penal, es la de mayor trascendencia.

Prácticamente la tecnología legal y jurídica ha aumentado aun la dificultad. Ha dejado la enunciativa *complicados* en su espresion genérica, indicando el conjunto de codelincuentes, todos y cada uno, sin determinar aun la parte individual respectiva, sin clasificarla; mientras á la enunciativa *cómplices*, genérica tambien, y del mismo orígen etimológico, la ha hecho *especifica* en lo jurídico, y espresiva, por tanto, no ya de todos los complicados en un crimen, sino solo de un cierto número de ellos.

Prácticamente tambien aumenta la dificultad para la precision de las mismas voces, el que, no ya segun el lenguaje comun, sino aun conforme al técnico, son muchas las que espresan la culpabilidad colectiva genérica, ó sin clasificar; como, por ejemplo, *culpables, delincuentes, reos, complicados, codelincuentes, etc.*

Seguramente que bajo cualquiera de estos epígrafes puede esponerse y clasificarse bien la culpabilidad colectiva, ó de muchos, respecto de un mismo hecho justiciable; pero acaso con mayor propiedad lógica en la palabra **CODELINCUENCIA**; y véase por tanto dicho artículo: véanse, sin perjuicio, los demás espresados, con sus análogos, ya que á causa del órden alfabético de la ENCICLOPEDIA, no es posible prescindir de artículos particulares: señaladamente véase entre estos el de **COMPLICE** (*en derecho comun*).

COMPLICE. Hay pocas voces en derecho, cuyo artículo genérico requiera mas ámplia esplicacion, que la de *cómplice*, pues que corren parejas, su ambigüedad etimológica y jurídica, y su importante aplicacion.

Y efectivamente: en términos generales, es cómplice el que se asocia á otro, ó con otro toma participacion, mas ó menos eficaz, en mayor ó menor escala, en la realizacion de un hecho punible, ó vituperable. Y decimos de un hecho *punible* ó *vituperable*, porque, aun cuando, segun veremos, en el órden filosófico cómplice es como *concausa*, en cuyo supuesto la enunciativa *cómplice*, tendria aplicacion á todo hecho, en cuya realizacion tomasen parte en la la forma dicha, dos ó mas, fuese ó no *punible* ó *vituperable*; como, segun la regla jurídica y filosófica, *de regulariter contingentibus judicium ferendum est*, ha prevalecido el que de ordinario, y casi con propiedad usual, se apliquen las enunciativas de *cómplice* y *complicidad*, á hechos punibles, en el órden jurídico; á hechos vituperables, en el órden moral.

Pero en otras cuestiones, y casi en las mas, cuando el orígen se remonta á tiempos antiguos, la etimología es á veces, una gran razon; mas en el caso presente falta la etimología autorizada, por que lo mismo es ser incierta. Las voces latinas *complex*, en plural *cómplices*, y á su vez el sustantivo *complicitas*, de donde han venido al romance las de *cómplice, cómplices* y *complicidad*, corresponden á la *baja latinidad*. De aquí resultan tres cosas, á saber: que la etimología, no siendo de puro orígen, no es bastante autorizada, sobre ser, como lo es, dudosa: que en vano se buscarán dichas voces latinizadas en las leyes romanas, ni aun en sus primitivos comentadores, para apreciar el valor que les diesen: y que debieron venir tarde á las legislaciones europeas, en correlacion sin duda, con el período, en que se importasen en el latin las espresadas voces latinizadas.

En cuanto á su etimología, pueden venir del verbo latino *compleo* (*es, ere, evi, etum*) llenar, completar; como si, considerando como *concausas* del hecho criminal á todos los que tienen parte en que se realice, se quisiera espresar que cada uno de ellos comple-

ta las causas, ó concausas. En este sentido vemos en el artículo **COMPLETAS**, que esta parte del rezo divino se llama así, no por que ella en sí misma sea ó no completa, ó que nada le falte para lo que debe ser, segun los cánones y reglas eclesiásticas; sino por que ellas, esto es, las *completas*, cierran ó *completan* el rezo divino diario, compuesto, como se sabe, de varias partes, ú *horas*; de las cuales las completas son la última.

Pero vienen, sin duda, dichas voces del verbo *complico* (*as, are*) en su segundo supino *complicitum*. Siendo compuesto *complico* de *plico*, doblar, ó plegar, y de la preposicion de comunidad y simultaneidad *cum*, doblar ó plegar juntamente, y por tanto constituir un solo *todo*, un todo único de todas las partes dobladas ó plegadas en una; puede de ahí haberse derivado la metáfora, de que todos los que cooperan, para que se realice un crímen, se complican ó doblegan recíprocamente, formando un solo *todo*, una unidad colectiva. Por eso en el lenguaje comun, decimos del que tiene parte en un crimen, y sin examinar si es mucha, ó poca, que *está complicado en él*.

Pero esta idea, como metafórica, es *vaga*: es genérica además, y no dá, por tanto, con la precision que es debida, la medida de la penalidad.

Por que, en efecto, un hecho, un fenómeno, puede tener muchas *concausas*; pero no es preciso que todas hayan concurrido igualmente, con igual accion, fuerza, ó importancia. Así en el órden físico, por ejemplo, ha sido preciso, para prevenir errores, distinguir entre causas *eficientes*, *ocasionales*, *accidentales*, *inmediatas*, *mediatas*, *etc.*: y así en el órden moral, si bien en mayor escala, como es indispensable, por la fundamental razon de que el órden moral, presuponiendo el órden físico, tiene además, como esfera peculiar, la bastísima de la *inteligencia*, y *la libertad*, con las reglas eternas de lo *bueno* y de lo *justo*. De aquí el que á las causas y concausas del órden físico, parte siempre en el estudio fisiológico del hombre, hayan de añadirse otras de especial índole, como la *causa final*, la *ejemplar*, etc. Y todavía en el órden social ó político hay que añadir á todas las antedichas otras causas especiales, que, aunque morales en sí, se dicen mas bien civiles ó políticas, y son las que nacen de la ley humana, no siempre en armonía con el derecho *divino*, ni con las leyes del órden físico.

Y ahora bien; si todas las concausas de un hecho no son en el órden físico, ó pueden no ser, *eficientes*: si todas no concurren igualmente á él; es imposible atribuir á todas igual influjo, igual parte: y trasladado el principio al órden *moral* y *legal*, será injusto *imputar* el hecho del mismo modo á todos, fijar para todos un mismo grado de *mérito*, ó *demérito*; y en punto á penalidad, para concretarnos á la cuestion de complicacion, de concausas, de cómplices, en fin, el castigar á todos con igual pena.

Pero aquí está, y ha estado por siglos, la dificultad práctica. Por la etimología hemos visto que *cómplice* y *concausa* vienen á ser una misma cosa: por la *filosofía*, que no todas las concausas son *eficientes*: por una y otra que son *concausas* de un hecho todas las que concurren á su realizacion, *de cualquiera modo que concurran*. Pero esta idea genérica no puede pasar al órden moral y legal, sino *discerniendo, analizando*, poniendo en claro la accion y parte de cada *coagente*, de cada concausa, de cada *cómplice*.

La idea, pues, de *cómplice*, y en suma, de *concausa*, considerada esta enunciativa *etimológica*, y *filosóficamente*, no puede, como hemos dicho ya, servir de regla fija, y uniforme, de *fórmula taxativa* de la delincuencia, ni por tanto de la penalidad. Y sin embargo, lo contrario ha sucedido por muchos siglos, como se vé en todo el artículo subsiguiente, y es sabido.

Trayendo el presente al terreno práctico, y jurídico, nos es preciso notar, y queda de ello indicada la razon, que en nuestras antiguas leyes no se encuentra la palabra *cómplice*; ni por tanto la de *complicidad*. Para indicar á los que, despues del autor principal, tenian parte en un crimen, en el *Fuero Juzgo* se usa de las palabras *ayudar*, *consentir*, con alguna otra análoga: en el *Fuero Real*, se dice, *los que fueron con él*: en el *Ordenamiento de Alcalá*

hay, solo para un caso, la de *acoger*: en las *Partidas*, las de *ser de so uno*, con el ejecutor, *dar ayuda*, *dar consejo*, *dar esfuerzo*: en la Nueva Recopilacion, en fin, hasta principio del siglo XVIII, las de *recoger*, *receptar*, *ayudar*, *fomentar*, *promover*, *mezclarse*, *auxiliar*, *encubrir*, *participar*, *consentir*, *dar consejo ó favor*.

Los comentadores en general usaban el mismo lenguaje de las leyes, y para designar mas sintéticamente al cómplice, y dado que comentaban en latin, usaban de las frases, *socius criminis*, *socius sceleris*, ú otras análogas, espresivas de *participacion*; pero indefinidamente.

Los hablistas, en sus legicones, usaban de las de *sceleris socius*, *sceleris particeps*, *consors*, *consocius criminis*, etc., lo cual, mas bien que otra, indicaba la idea de *coautores*.

En lo canónico, sin embargo, se usaba ya, antes de la mencionada época, de las palabras *complex*, *cómplices*, *complicitas*, *cómplice*, *etc.*, y en algun glosador en latin tambien.

Pero en nuestras leyes es acaso la primera, en que se encuentra la palabra *cómplices*, la 3.ª tít. 14, lib. 12 de la Nov. Recop., del señor don Felipe V. Despues se generalizó la locucion, como se vé en las leyes de Cárlos III, y posteriores; y mas tarde se hizo general, técnica, como se nota en el Código penal español de 1822, lo cual se habia de antiguo verificado en algunas legislaciones estranjeras, siendo el hecho que á fines del siglo XVIII, y principios del presente XIX, la voz era general y técnica en todas las legislaciones, y de ello dá testimonio la penal de los diversos estados.

Pero ¿tenia en su principio, y tiene en todas partes, despues de su propagacion y adopcion general, la misma significacion?

En el lenguaje comun tiene, entre nosotros, una acepcion, tan genérica, que comprende á todo el que de cualquier modo participa del crímen ó sus efectos; y por tanto, ya antes, ya despues de la ejecucion. Asi en este sentido genérico decimos bien, por ejemplo, que no podemos callar, cuando debemos hablar; que no podemos consentir, cuando debemos reprender; que no podemos disimular, cuando debemos castigar, etc., *sin hacernos cómplices* del hecho damnable ó vituperable. Equivale en este concepto el ser *cómplice* á ser *complicado* en un delito, y queda espuesto la diversidad de conceptos y modos, por que puede uno decirse *complicado*.

Segun la Academia española, *cómplice* es el *compañero en el crímen*, dando por equivalente en latin, *sceleris socius*; lo cual, como se vé, equivale á *co-autor*, segun arriba indicamos.

En el derecho empezó á ser un tanto mas restricta la acepcion de cómplice; pero no precisa y taxativa; ni los comentadores la precisaban lo suficiente, y antes, á veces la acepcion era genérica por demás, y equívoca entre lo genérico y lo específico.

Así, por ejemplo, Gutierrez en su Práctica criminal, tomo III, cap. IV, núm. 7.°, establece que «se coopera á una accion criminal »*antes*, *durante*, *ó despues de ella*: *antes*, su»ministrando al reo *principal*, armas, esca»la, etc.: *durante*, uniéndose á aquel para fa»cilitar el delito, ó estando á la mira, por si »llega alguien que pueda impedirlo: y *des»pues*, ocultando al delincuente, ó proporcio»nando su evasion. Es manifiesta la diferen»cia que se halla en estos *grados de compli»cidad*.» Es decir, que el que auxilia, el que acompaña, el que recepta, etc., el que, de cualquiera modo coopera á un crímen, segun este autorizado autor, es *cómplice*.

Pero todavía añade: «Los *encubridores* y *receptadores*..... son *en cierto modo cómplices*.....» (1) «Los *receptadores* y *encubridores* de hurtos, no deben *siempre* ser castigados *con la misma pena* que el ladron.....» (2) Y, pues, se deja entender, que alguna vez serán castigados *con la misma pena*, alguna vez, en este concepto, el receptador y encubridor, que ya antes se ha dicho, son cómplices; son tambien *autores*.

«Quien *aconseja*, ó persuade á otro, añade el propio autor (3) á cometer un delito, *debe*

(1) Capítulo citado, núm. 9.°
(2) Idem id., núm. 10.
(3) Idem id., núm. 11.

tenerse por cómplice, bien sea el consejo *general*....; bien *especial*.....»

Segun Escriche, en su Diccionario Razonado, es cómplice «el que *há tomado parte* en un delito, cometido por otro; y el *compañero* en el delito.....» La acepcion aquí no parece puede comprender á los receptadores y encubridores; bien al contrario de como hemos visto la entiende y presenta Gutierrez; pero aun no es precisa, fija, y taxativa, la idea; pues Escriche añade aun:

«Esta palabra (la de *cómplice*) efectivamente se suele aplicar en el uso comun: »1.°, á los *autores* de un delito, que no puede cometerse sin el concurso de dos personas: »y así el adúltero, se llama cómplice de la »adúltera: 2.°, á los que contribuyen *principal* y *directamente* á la perpetracion del delito, y que con mas propiedad podrian llamarse *codelincuentes*: 3.°, á los que toman en la *perpetracion* del delito una parte »*accesoria* ó *secundaria*, y *no principal ni directa*. *Estos últimos son los que propiamente se dicen cómplices en el sentido legal.*»

Si recorriéramos uno por uno á todos los comentadores, hallaríamos la misma falta de precision, esto es, el sentido indeterminado, y no fijo, no taxativo, de las palabras cómplice y complicidad; si bien despues se nota mayor regularidad y uniformidad en la doctrina, distinguiendo entre cómplices y cómplices, para el grado de pena.

Mayor confusion ha reinado en esta parte en el derecho. Nuestra legislacion, hasta el nuevo Código penal de 1848, ha sido como casuística. Y decimos como casuística, porque ni aun en este concepto era fija, y uniforme. Era lo comun igualar y agravar las penas, segun la *importancia y trascendencia actual* del caso, igualando en la pena á los autores y cómplices, como puede verse en las leyes sobre bandidos y salteadores, en las de Cárlos III, sobre las nuevas poblaciones de Andalucía, y otras; y eso aun siendo la pena la de *muerte*.

Otras veces no es así, si el castigo y escarmiento en determinados delitos no se reputaba perentoriamente ejemplar.

A veces tambien el derecho, no casuísticamente, y por necesidad perentoria de contener cierto género de escesos ó crímenes, sino á prevencion indefinida, indistintamente para todos los casos de deliacuencia, establecia igualdad de pena entre *autores*, *auxiliadores* y *encubridores*.

Así llegó á prevalecer, como regla y doctrina comun de derecho, la de *agentes, et consentientes similem incurrunt pœnam*. Pero todavía la ley lo establecia así terminantemente. La regla 19 de derecho, tít. 34, part. 7.ª, dice: «*á los malfechores, é á los consejadores, é á los encubridores, debe ser dada igual pena.*»

El Código penal de 1822 indujo ya un sistema mas regular y filosófico, ora en la filología, ora en la penalidad entre autores y cómplices. El actual Código penal de 1848, reformado en 1850, es el que en esta parte lleva honrosa ventaja á todos los nuestros, y aun á varios estranjeros.

Pero, aunque enlazadas y correlativas, una es en este punto la cuestion filológica, y la rudimental filosófica; y otra la de derecho constituido. De la primera, bajo el doble punto de vista espresado, tratamos en este artículo genérico, y de la otra en el siguiente, y en toda la parte legislativa y doctrinal del mismo.

Nótese con cuidado en él la parte legislativa, en la que por medio de bastardilla, se pone de relieve, aun sin necesidad de otra esplicacion, cuanto dejamos espuesto sobre la filología, y ambíguo sistema y clasificaciones de nuestro antiguo derecho.

Hemos hecho aplicacion y esplicacion especial de las voces *cómplices* y *complicidad* al *derecho* y á la *moral*, por la razon que espresamos en la cabeza de este artículo, esto es, por su frecuente é importante uso en dichos órdenes: y concretamos mas especialmente nuestras reflexiones al órden jurídico, por la índole de nuestra ENCICLOPEDIA. Pero en el sentido de ésta, las espresadas voces tienen aplicacion á diversos casos, y véanse, por tanto, los diversos artículos subsiguientes de **CÓMPLICE Y COMPLICIDAD.**

Fácilmente se entiende, que *complicidad* es en abstracto lo que *cómplice* en concreto:

y que en caso particular, complicidad es en el reo la cualidad que imprime en el mismo el ser cómplice; el hecho, ó circunstancia de serlo. Una y otra voz espresan que uno es responsable con otro por cooperacion á un hecho *punible* ó *vituperable*. El caso y el grado en que uno es cómplice, y no autor, receptador, etc., lo determina el derecho.

Si éste no fuera un artículo principalmente *filológico*, entrariamos en la misma teoría, de que no es sino una parte la *complicidad*. La complicidad es solo una seccion de la *penalidad*. Comprende ésta á todos los que de *cualquier modo* se hacen culpables en un hecho punible. Serán autores, cómplices, encubridores; pero á todos es comun la circunstancia de ser culpables. Mas, ¿en qué grado? Esta ha sido, y esta es, repetimos, una de las mas graves cuestiones del derecho penal. Véase sobre ella el artículo **cómplice** (*en el fuero comun*), y muy particularmente la seccion 2.ª

COMPLICE (EN EL FUERO PENAL COMUN). En el artículo anterior hemos espuesto, filosófica y filológicamente la complicidad; pero este exámen no es aun, ni puede ser, la historia de la complicidad, ni la definicion jurídica del cómplice: idea, que no se espone adecuadamente, ni se completa, sin pasar como en revista, además de lo dicho en el espresado artículo, la legislacion de todos los tiempos, propia y estraña, viniendo por último á nuestro Código penal vigente.

Por esta razon, por haber de interrogar, aun en el terreno jurídico, ya á la historia, ya á la legislacion, no es posible aquí, y como cabeza del artículo, dar desde luego una definicion jurídica, que comprenda todas las personas, que las leyes penales de los Estados de Europa, y aun su lenguaje comun, designan, y han designado con la palabra *cómplice*; porque no todas convienen, ni han convenido en espresar con ella una misma idea, reconociendo, por tanto, iguales actos como materia de complicidad. Unos códigos llaman *cómplices* á las personas que otros califican de autores del delito, y para algunos son encubridores los que para la mayor parte son *cómplices*.

De aquí la necesidad de distinguir códigos y tiempos, libros y países, para conocer con exactitud las personas, á quienes aquel nombre se aplica, la responsabilidad de sus actos, y la consiguiente penalidad.

La dificultad indicada, y la índole de este artículo son tales, que la idea no aparece en su amplitud, y precision etimológica y jurídica, sino comparando esta introduccion con la reseña de la legislacion estranjera, en esta parte legislativa del artículo, y con la primera seccion de la parte doctrinal del mismo. Nos limitarémos, por tanto, á indicar aquí, de paso, y como tema general, las dos acepciones, que esta palabra *cómplice*, y en su correlacion la de *complicidad*, tienen en nuestra lengua, y á su vez en nuestros códigos.

Segun la primera de estas acepciones, que es la mas lata y vulgar, *cómplice* es el que directa ó indirectamente toma parte con otro en la preparacion, en la resolucion ó en la ejecucion de un delito; y tambien el que ayuda ó contribuye á sabiendas á la realizacion de cualquiera de aquellos actos. En este sentido, que es el directo del idioma, la complicidad la constituye la concurreocia á la realizacion, ó para que el hecho se realice.

Si el delito es perpetrado por uno, este es su autor, y la voz comun dice, que en ese delito no tuvo *cómplices*.

Si el delito es cometido por dos ó mas personas, la misma voz, que calificará á uno de autor, designará á otro ú otros como sus *cómplices*. En este caso *cómplice* viene á ser lo mismo que co-delincuente, ó *compañero en el delito*, que es la definicion, que ya hemos dicho dá á esta palabra la Academia española.

En nuestras leyes, anteriores á la moderna codificacion, la voz *cómplice* no tenia un sentido propiamente jurídico, discordante de su significacion directa: en ellas la encontramos usada de ordinario para designar al que toma parte con otro en un delito: al compañero en un delito: al *co-delincuente*; y aun esto habrémos de ampliarlo en la parte doctrinal.

Pero desde que los adelantos de la ciencia comenzaron entre nosotros á poner de manifiesto todos los defectos, y añadirémos, injusticias, del sistema de nuestro anterior derecho

penal, la palabra *cómplice*, tomando cada vez una significacion mas estricta, fué aplicándose sucesivamente á aquellos, que participaban del delito de una manera indirecta y secundaria, no mereciendo por tanto la calificacion de autores, hasta que por último ha venido á adquirir, con la publicacion del Código penal vigente, un sentido esclusivamente jurídico, segun el cual, solo comprende á los que, sin forzar ó inducir directamente á otros á ejecutar el delito, sin tomar inmediatamente parte en la ejecucion, sin cooperar á ella, ni para la realizacion del delito, *por un acto sin el cual no se hubiera efectuado*; *cooperan*, sin embargo, *á la realizacion del hecho por* otros *actos anteriores ó simultáneos*.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Sec. I. Derecho español.
Leyes del Fuero Juzgo.
Idem del Fuero Real.
Id. de Partida.
Id. de la Novísima Recopilacion.
Código penal.
Sec. II. Legislacion estranjera.

SECCION I.

DERECHO ESPAÑOL.

LEYES DEL FUERO JUZGO.

LEY 3.ª, TÍT. 3.º, LIB. 3.º

Si los padres se *concuerdan* con aquel que llevó la hija por fuerza, que era desposada con otro, paguen al esposo en cuatro duplos cuanto le prometieron con la esposa, y aquel que la llevó por fuerza, sea siervo del esposo.

LEY 4.ª ID., ID.

Si los hermanos *consienten* que sea llevada su hermana por fuerza, siendo el padre vivo, ó si lo *saben*, *toda la pena y todo el daño* que debe tener el forzador, *todo lo deben tener aquellos*; á escepcion de muerte. Mas, si muerto el padre, *dan* su hermana á alguno que la lleve por fuerza, ó *consienten* que la lleven, por cuanto la casaron con vil hombre contra voluntad de la manceba, ellos, que la debian honrar, deben perder la mitad de cuanto tengan, en beneficio de la manceba. Y aquellos, que esto hicieren, reciban cincuenta azotes cada uno, delante de los otros hermanos, para que estos teman la pena; y todos los *ayudadores*, que fueren en esta fuerza, sufran tal pena como es puesta en la ley postrera del título, y el forzador sea siervo con todas sus cosas.

LEY 12, ID., ID.

Todo hombre que *ayudare* llevar la mujer por fuerza, si es libre, pague seis onzas de oro, y además reciba cincuenta azotes. Y si fuere siervo, y lo hiciere con voluntad de su señor, el señor pague por él cuanto debe pagar el hombre libre.

LEY 17, TÍT. 4.º, ID.

Si alguna mujer libre es *puta*, y hace aquella cosa *de voluntad* del padre ó de la madre, que pudiesen vivir de lo que ella ganara, si esto pudiese ser probado contra ellos, cada uno de ellos reciba cien azotes. Y si fuere sierva, y de *voluntad* del señor hiciere adulterio por producirle ganancia, y esto fuere probado, el señor reciba trescientos azotes.

LEY 7.ª, TIT. 2.º, LIB. 7.º

No deben ser dichos ladrones tan solamente los que hacen el hurto; mas los que lo saben y lo consienten, y los que reciben la cosa del hurto, sabiéndolo. E por ende mandamos *que estos reciban otra tal pena, como los ladrones.*

LEY 9.ª, ID., ID.

Si algun hombre compra la cosa de hurto, sabiéndolo, el juez lo debe prender y obligar á que le presente aquel que se la vendió, y además á *hacer enmienda como el ladron.* Y si no pudiere hallar al vendedor, *pague dos*

tanto por enmienda que el ladron. Ca semeja ladron todo hombre que compra la cosa de hurto, sabiéndolo. Y si fuere siervo el que la compró, pague la mitad que el hombre libre. Y si no quisiere el señor hacer enmienda por él, dé el siervo por enmienda.

LEY 18, ID., ID.

Lo que el hombre roba de fuego ó de agua, ó de otras ocasiones, si otro lo toma de aquel y lo *encubre*, *sabiéndolo*, páguelo en cuatro duplos.

LEY 2.ª, TÍT. 5.°, ID.

Si algun hombre hace escrito falso, ó lo usa en juicio; si destruile la verdad del escrito ó lo rompe: si hace sello ó señal falsa ó la usa; estos que *hacen* tales cosas é los que los *aconsejan*, pues que fueron probados, si fueron hombres de gran clase, pierdan la *cuarta parte* de su hacienda.

LEY 4.ª, TÍT. 1.°, LIB. 8.°

Todo hombre que encierra por fuerza al señor ó la dueña en su casa, ó mandare á otros que no lo dejen salir, pague treinta maravedís de oro al dueño ó á la dueña y además reciba cien azotes. Y aquellos que se lo *aconsejaron* ó que le *ayudaron*, si eran libres, cada uno pague quince maravedís de oro á aquel que hicieron el agravio y reciba además cada uno cien azotes. Si eran siervos, y lo hicieron á hombre libre, sin mandato de su señor, reciba cada uno doscientos. Si algun hombre sacare por fuerza al señor ó á la dueña de su casa y los encerrase, para que no puedan volver á ella, pague la pena por la fuerza, que hizo, y además reciba ciento, y los que le *ayudaron*, si son libres, cada uno otros ciento, y pague treinta maravedís á aquel á quien hicieron el tuerto. Si fuere siervo, y lo hiciere sin voluntad de su señor, sufra la pena arriba dicha.

LEY 11, ID., ID.

El hombre libre ó el siervo que *muestra* alguna cosa á otro para que la robe, ó ganado ó otras cosas, si pudiere ser probado que lo *mostró*, reciba cien azotes.

LEYES DEL FUERO REAL.

LEY 11, TÍT. 4.°, LIB. 4.°

Cuando alguno ayuntare algunas campañas, que no sean tenudos de facer su mandado por razon de su señorío, para matar á otro ó facer otro daño cualquier, aquel que los ayuntó peche *treinta* maravedís; y cada uno de los otros que *fueron con él* peche *veinte* maravedís al Rey por la osadía: y si mataren, ó firieren, *todos hayan la pena que manda la Ley*: y si otro daño ficieren, peche el que los ayuntó la *mitad* de la pena que mandan las leyes, y *la otra mitad pechen los otros* que *fueron con él*: y el ayuntador de las campañas sea tenudo de descubrir á todos aquellos que fueron con él en el fecho.

LEY 15, ID., ID.

Si para facer algun robo alguno ayuntare algunos hombres que no sean de su señorío, é ficieren con ellos robo, quier sean dineros, quier cavallos, quier otras béstias, ó otra cosa cualquier, péchelo por *dos tantos* á aquel á quien lo tomó: é aquellos que *con él fueron* peche cada uno dellos *veinte maravedís* al Rey: é si no hobiesen de que los pechar, pechen aquello que hobieren, é por lo demás estén á merced del Rey.

LEY 16, ID., ID.

Quien al robador *mostrase alguna* cosa que robe, peche la valía de aquello que fuere robado por su *demostramiento* y el robador haya la pena que manda la ley sobredicha.

LEY 2.ª, TÍT. 10, LIB. ID.

Cuando muchos se ayuntan, y llevan una muger por fuerza, *si todos* yoguieren con ella, *mueran por ello*. E si por ventura uno fuere el forzador, é yoguiere con ella, muera por ello; é *los otros* que *fueron con él*, *peche cada*

uno cincuenta maravedís, la mitad al Rey, é la otra mitad á la mujer que sufrió la fuerza: é no se pueda ninguno escusar, porque diga que fué con su señor.

LEY 5.ª ID., ID.

Si los parientes que el padre tuviere *consejaren*, ó *consentieren* como alguna muger sea llevada por fuerza, quier sean hermanos, quier otros, *hayan la pena* que es puesta contra *los que llevan* las mugeres por fuerza, fueras que no mueran: ó si despues de la muerte del padre, los hermanos, ó los otros parientes que la tienen en poder, la dieren al robador, ó le *consentieren* que la llave, pierdan la meitad de quanto y hobieren, é háyalo aquella muger que fue llevada por fuerza.

LEY 6.ª ID., ID.

Si el padre, ó la madre, ó el uno dellos *aconsejaren*, ó *consentieren* roho de su fija, que fuere desposada, pechen al esposo quatro tanto de aquello que le hobieren á dar en casamiento con ella: é de todo esto haya la meitad el esposo, ó la otra meitad el Rey: y el que la llevó por fuerza, haya la pena que manda la ley.

LEYES DE PARTIDA.

LEY 21, TÍT. 16, PARTIDA 3.ª

Decimos, que si algunos oviessen fecho algun yerro *de so vno*, é despues desso acussasen, á alguno dellos por razon de aquel yerro que ficiera, non podria ninguno de los otros sus compañeros que se oviesse y acertado en facer aquel yerro, ser testigo contra él.

LEY 1.ª, TÍT. 7.º PARTDA 7.ª.

Otrosi decimos, que qualquier que diesse *ayuda*, ó *consejo*, por do fuese fecha falsedad en alguna destas maneras sobredichas, ó en otras semejantes dellas, que fazen falsedad ó merece pena de falso. E de la pena que deuen auer porende, fablamos assaz cumplidamente en la tercera Partida deste libro, en las leyes que fablan en esta razon.

LEY 7.ª, TÍT. 8.º DE ID.

Físico, ó Especiero, ó otro ome qualquier, que vendiere á sabiendas yervas, ó ponzoñas, á algun ome, que las compre con intencion de matar á otro con ellas, é gelas *mostrare* á conocer, ó á destemplar, ó á dar, por que male á otro con ellas, tambien *el comprador* como *el vendedor*, ó el que las *mostró*, como el que las *diesse*, *deuen auer pena de omicida* porende, maguer el que las compró, non pueda cumplir lo que cuydaba, por que se le non quiso.

LEY 12, ID. ID.

Otrosi decimos que todos aquellos que *dieen ayuda* ó *consejo* porque alguno matare á su pariente, quier sea estraño, quier sea pariente del que así muriese, *debe haber la misma pena que el matador*.

LEY 4.ª, TÍT. 14 DE ID., ID.

Como quier quel furto que ficiesse el fijo al padre, ó el nieto al abuelo, ó la muger al marido, ó el sierbo al señor, que non lo pueden demandar á alguno dellos en juizio como á ladron, con todo esso decimos, que si alguno dellos lo ficiesse con *ayuda* que otro le diesse, ó con *consejo*, que fuesse atal, *que por razon de aquel se moviesse á facer el furto*; ó que el fijo, nin alguno de los otros *non lo ficieran de otra guisa*: estonce á tales *ayudadores* ó *consejadores*, puede ser demandada la cosa del furto, maguer la cosa furtada non passasse á su poder: esto es, porque ovieron muy grand culpa. Ca, si el *ayuda*, ó el *consejo* que ellos dieron, non fuesse, pudiera ser que non fuera fecho aquel furto. E lo que diximos en esta ley, de los que dan *ayuda*, ó *consejo*, á estos sobredichos, para facer el furto, *ha lugar en otros omes qualesquier, que dissen consejo, ó ayuda*, para facer furto á otros omes estraños. E decimos, que daria

ayuda al ladron, todo ome que le *ayudasse* á subir sobre que pudiesse furtar, ó *le diesse escalera* con que subiesse ó le *emprestasse ferramienta, ó demonstrasse otra arte con que pudiesse descerrajar ó cortar alguna puerta*, ó *abrir arca*, ó *para forodar pared*, ó *en otra manera qualquier que le diesse ayuda*, á sabiendas, que fuesse semejante de alguna destas, para facer furto. *E consejo da* al ladron, todo ome *que le conforta, ó le esfuerza, é le demuestra alguna manera de como faga el furto.*

LEY 18, TÍT. 14 DE ID., ID.

La misma pena que el ladron debe pechar aquel que le dió *consejo* ó *esfuerzo* para que hiciere hurto; mas dos tanto que valia la cosa. Essa mesma pena debe pechar aquel que le dió *consejo*, ó *esfuerzo*, al ladron, que ficiese el furto; mas aquel que diesse *ayuda*, ó *consejo* tan solamente, para facerlo, debe pechar doblado lo que se furtó por su *ayuda*, ó non mas. Por razon de furto non deben matar, nin cortar miembro ninguno. Fueras ende, si fuesse ladron conoscido, que manifiestamente tuviesse caminos ó que robasse otros en la mar con navíos armados, quienes dicen cursarios, ó si fuessen ladrones que oviessen entrado por fuerza en las casas ó en los lugares de otro, para robar con armas, ó sin armas; ó ladron que furtasse de la Eglesia, ó de otro lugar religioso, alguna cosa santa ó sagrada, ó oficial del Rey que tuviesse del algun tesoro en guarda, ó que oviesse de recabdar sus pechos, ó sus derechos, é le furtare, ó le encubriere dello á sabiendas, ó el jugador que furtase los maravedís del Rey, ó de algun concejo, mientra estuviere en el oficio. Qualquier destos sobredichos, ó quien fuere provado que fizo furto en alguna destas maneras, *debe morir porende el: é que quantos dieren ayuda, ó consejo* á tales ladrones, para facer el furto ó los *encubrieren* en sus casas, ó en otros lugeres *deben aver aquella misma pena.*

LEY 3.ª, TÍT. 20, ID., ID.

E la pena que dijimos de suso, que deba aver el que forzasse alguna de las mugeres sobredichas, *esta misma* deben aver los que le *ayudaron*, á sabiendas, á robarla ó á forzarla.

REGLA 19, TÍT. 34, PART. 7.ª

E ansí dijeron (los sábios) que á los *malfechores*, é á los *aconsejadores*, é á los *encubridores*, debe ser dada *egual pena*.

LEYES DE LA NOVÍSIMA RECOPILACION.

LEY 1.ª TÍT. 7.º LIB. 12.

Ley 5.ª, tít. 32 del Ordenamiento de Alcalá.

.....Y caen los hombres en yerro de traicion de muchas maneras:..... la tercera, si alguno se trabajare *de hecho* ó *de consejo*, que alguna gente ó tierra, que obedecieren al Rey, se alcen..... Y cualquiera, que hiciere alguna cosa de las susodichas, haria *aleve* conoscido.....

LEY 3.ª, TÍT. 10, ID.

Ley 18, tít. 20 de dicho Ordenamiento; y D. Felipe II, año de 1566.

Si alguno hiciere ayuntamiento de gentes con armas ó sin ellas, contra los alcaldes mayores de Toledo, de Sevilla, de Córdoba, de Jaen, de Murcia, ó de Algeciras, ó contra el alguacil mayor de cada una de dichas ciudades, mandamos que los *hacedores* del tal ayuntamiento sean condenados, en *diez años* de galeras y en la mitad de sus bienes; y á *los que fueren con ellos* se les dé pena de cinco años de galeras, y pierdan la cuarta parte de sus bienes.

LEY 4.ª TÍT. 8.º, ID.

D. Felipe IV, en el Escorial, á 24 de setiembre y 30 de octubre de 1680, y por pragmática de 11 de setiembre y 29 de octubre de 1660.

6. Que se ejecuten las penas contra los monederos falsos: y contra los *sabidores*, que *no lo manifestasen*, se proceda conforme á derecho.

7. Pena de muerte á los que introdujeren moneda falsa en el reino, y á los que la *recibieren*, *ayudaren* á su *introduccion*, ó la *receptaren*.....

9. Pena capital por solo intentar la introduccion de la moneda, aunque no se consiga introducirla: y á los que *tuvieren noticia* de la introduccion, y no lo *manifestasen*, pena de galeras y pérdida de la mitad de sus bienes.

10. Y basten pruebas privilegiadas; y que el *cómplice* (1), que denuncie *á su compañero*, pudiendo éste ser preso, se libre en su persona y en sus bienes.

LEY 3.ª, TÍT. 14, ID.

D. Felipe V, por pragmática de 25 de febrero de 1734.

Para la prueba en el delito de hurto en la Corte, hasta un solo testigo idóneo, aunque sea *el robado*, ó *cómplice*, confeso de sí, y purgada su infamia; y añadiendo otros dos indicios.

LEY 3.ª, TÍT. 11, ID.

D. Cárlos III, por resolucion á consulta de mayo de 1768, y el Consejo en auto acordado de 5 del mismo.

3. El *fomentador*, *auxiliador* ó *participante* voluntario en asonadas, bullicios, motines, gritería, sediciones, ó tumultos populares, quedarán por el hecho notados de infamia, además de todas las otras penas de derecho para estos casos.

LEY 11, TÍT. 15, ID.

El mismo, por resolucion á consulta de 31 de agosto, y cédula del Consejo de 17 de octubre de 1769.

4. Si resultare ser *autores* ó *cómplices* de los fuegos, aplicados á las casas ó suertes de los colonos de las nuevas poblaciones, los pastores, dependientes ó criados de algunos ganaderos ó labradores ú otras personas de Ecija, ó de otros pueblos comarcanos de las colonias, serán mancomunados sus amos en la paga pecuniaria de los daños, que se causaren, sin perjuicio del castigo personal correspondiente, cuando se probare legítimamente ser *cómplices* ó *instigadores* los mismos amos.

5. Todos los que *supieren* los *autores* ó *cómplices* de tales delitos estarán obligados á denunciarlos; y no haciéndolo, verificada que sea su ciencia, serán responsables á la reparacion del daño, y castigados al arbitrio del juez.

LEY 5.ª, TÍT. 11, ID.

El mismo, por pragmática de 17 de abril de 1788.

5. Declaro *cómplices* en la espendicion de pasquines, y papeles sediciosos, á todos los que *copiasen*, *leyesen*, ú *oyesen leer* semejantes papeles sediciosos, *sin dar prontamente cuenta* á las justicias; y para su seguridad, siempre que quieran no sonar en los autos, se pondrán sus nombres en testimonio separado.

CÓDIGO PENAL.

Art. 11. Son responsables criminalmente de los delitos y faltas:

1.° Los autores.

2.° Los cómplices.

3.° Los encubridores.

Art. 13. *Son cómplices* los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior (*determina quiénes se consideran como autores*), cooperan á la ejecucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos.....

Art. 15. Toda persona, responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es tambien civilmente.

Art. 63. A los cómplices se impondrá la pena, inferior en un grado, á la correspondiente á los autores del delito.....

Art. 65. Las disposiciones generales, contenidas en los cuatro artículos precedentes, no tienen lugar en los casos, en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad, ó el encubrimiento se hallen especialmente penados por la ley.

(1) Nótese ya este lenguaje. Véase el artículo genérico CÓMPLICE.

Art. 66. Para graduar las penas, que, en conformidad á los arts. 61, 62, 63 y 64, corresponde imponer á los autores de delito frustrado, ó tentativa, y á los cómplices y encubridores, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Cuando la pena señalada al delito sea una sola ó indivisible, la correspondiente á los cómplices de delito consumado es la inmediatamente inferior, sea esta divisible ó indivisible; y la correspondiente á los autores de tentativa de delito y á los encubridores, es la inferior en dos grados, la cual se impondrá en su grado mínimo, medio ó máximo, segun las circunstancias.

2.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de dos indivisibles, la correspondiente á los cómplices del delito consumado, se compondrá de la pena mas baja de aquellas y de los grados máximo y medio de la inferior; y la correspondiente á los autores de tentativa y á los encubridores será la misma pena inferior en su grado mínimo, y la inmediata siguiente en sus grados máximo y medio.

3.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de dos indivisibles y el grado máximo de otra divisible, la correspondiente á los cómplices del delito consumado, es la última de aquellas tres penas en toda su estension; y la correspondiente á los autores de tentativa, y á los encubridores del delito, es la inmediata inferior igualmente en toda su estension.

4.ª Cuando la pena señalada al delito sea una sola divisible, la correspondiente á los cómplices del delito consumado es la inmediatamente inferior, y la correspondiente á los autores de tentativa y á los encubridores la inferior en dos grados.

5.ª Cuando la pena señalada al delito sea una pena compuesta de tres divisibles, la correspondiente á los cómplices de delito consumado, se compondrá de las dos mas bajas de aquellas y de la inmediatamente inferior; y la correspondiente á los autores de tentativa y á los encubridores, se compondrá de la mas baja de aquellas y de las dos inferiores en grado.

Aplicacion práctica de las reglas precedentes.

	Pena señalada para el delito.	Pena correspondiente al autor del delito frustrado y cómplices del delito consumado	Pena correspondiente al autor de tentativa y al encubridor.
1.er caso.	Muerte.	Cadena perpétua.	Cadena temporal.
2.° caso.	Cadena perpétua á muerte.	Cadena temporal en su grado medio á cadena perpétua	Presidio mayor en su grado medio á cadena temporal en su grado mínimo.
3.er caso.	Cadena temporal en su grado máximo á muerte.	Cadena temporal.	Presidio mayor.
4.° caso.	Cadena temporal.	Presidio mayor.	Presidio menor.
5.° caso.	Presidio menor á cadena temporal.	Presidio correccional á presidio mayor.	Arresto mayor á presidio menor (1)

Art. 69. Las circunstancias agravantes ó atenuantes, que consistan en la disposicion moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido, ó en otra causa personal, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad de solo aquellos autores, cómplices, ó encubridores en quienes concurran.

Las que consistan en la ejecucion material del hecho, ó en los medios empleados para realizarlo, servirán para agravar ó atenuar la responsabilidad únicamente de los que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de la accion ó de su cooperacion para el delito.....

Art. 120. En los casos de ser dos ó mas los responsables civilmente de un delito, ó falta, los tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

Art. 121. Sin embargo de lo dispuesto en en el artículo anterior, los autores de un delito, ó falta, son siempre mancomunadamente responsables por sus respectivas cuotas.

Los autores de un delito son además responsables por las de los cómplices y encubridores, salva la repeticion recíproca entre los mismos, por sus responsabilidades respectivas.

(1) Véase la seccion 3.ª

Art. 333. Los padrinos de un duelo, del que resultaren muerte, ó lesiones, serán castigados..... como cómplices de los mismos delitos, si lo hubiesen concertado á muerte, ó con ventaja de alguno de los combatientes.

Art. 373. Los ascendientes, tutores, curadores, maestros, y cualesquiera personas, que con abuso de autoridad, ó encargo, cooperaren, como *cómplices*, á la perpetracion de los delitos comprendidos en los tres capítulos precedentes (1), serán penados como autores.

Los maestros ó encargados, en cualquier manera, de la educacion, ó direccion de la juventud, serán además condenados á inhabilitacion perpétua especial.

Art. 501. Los cómplices en las faltas serán castigados con la misma pena que los autores, en su grado mínimo. (Véase en su caso el art. 501.)

SECCION II.

LEGISLACION ESTRANJERA.

Dejando aparte las prescripciones del derecho romano, respecto á la complicidad, porque serán espuestas con la debida estension en la seccion, que dedicamos á la reseña histórica de este artículo, vamos á hacer indicacion de los principios, establecidos en los Códigos criminales de diferentes pueblos modernos, en esta interesante materia.

Austria. Art. 5.° Es culpable de un delito, no solamente el autor inmediato, sino el que por mandato, consejos ó instrucciones, ó con su aprobacion facilita el hecho: el que libremente dá ocasion á cometerlo, facilita los medios, aleja los obstáculos, ó de cualquier manera que sea, lo provoca ó presta ayuda, contribuye á asegurar la ejecucion, y aun el que solamente por concierto premeditado se pone de acuerdo con el autor sobre la ayuda, ó asistencia que haya de darle despues de cometido el delito, ó sobre la parte de lucro, á las ventajas que haya de reportar de él.

Art. 6.° El que, sin concierto anterior, se hace *cómplice* del culpable, asistiéndole, ó ayudándole, despues de cometido el delito, ó que teniendo conocimiento de éste, saca de él algun provecho, ó ventaja, no se hace por ello culpable del mismo delito.....

Art. 54. El que con conocimiento omite el oponer obstáculo á un proyecto de alta traicion, pudiendo fácilmente y sin peligro, impedir que progrese el plan, se hace *cómplice*, y será castigado con la pena de prision *durísima* á *muerte*.

Art. 55. De la misma manera, el que con conocimiento omite denunciar á los magistrados al culpable de alta traicion, siéndole conocido, es considerado como *cómplice* del delito, á no ser que las circunstancias impidan los malos efectos de la no denunciacion: tal culpado sufrirá la pena de prision durísima á muerte.

Brasil. Despues de establecer este Código, en su art. 4.°, que son autores de un delito los que lo cometen directamente, los que fuerzan á alguna persona á cometerlo, y los que ordenan su ejecucion; dice (art. 5.°): que se tendrán por cómplices todos los demás, que directamente concurren á la perpetracion del delito; y añade, que serán además considerados como tales: 1.° los que encubran, oculten ó compren lo obtenido por medios criminales, lo saben ó lo deben saber por la cualidad ó condicion de las personas de quienes las han recibido por encargo ó compra: 2.° los que dan asilo, ó franquean sus casas para la reunion de ladrones ó asesinos, sabiendo que cometen ó se proponen cometer estos crímenes.

Cuando el delito ha sido cometido por diferentes personas, todas quedan obligadas solidariamente á la satisfaccion del daño ocasionado, y se consideran desde el momento de la perpetracion hipotecados sus bienes al resarcimiento (art. 27).

«La complicidad será castigada con las mismas penas que la tentativa, y la complicidad de tentativa, con las mismas penas que esta última, pero con un tercio menos de duracion.....» (Art. 35.)

«La tentativa, cuando no sea objeto de una

(1) Tratan de la *violacion*, del *estupro* y *corrupcion de menores*, y del *rapto*.

pena especial, será castigada con las mismas penas que el crímen, pero con un tercio menos de duracion.....» (Art. 54.)

Dos Sicilias. Segun el art. 74 del Código penal son cómplices: 1.° los que hayan dado comision ó mandato para perpetrar el delito: 2.° los que por dádivas, promesas, amenazas, abusos de autoridad, tramas ó artificios, culpable, hayan provocado los crímenes ó dado instrucciones para cometerlos: 3.° los que hayan facilitado armas, instrumentos ú otros medios que se hubieran empleado para cometer el acto, sabiendo el uso á que iban destinados: 3.° los que á sabiendas hayan ayudado á los autores de un delito, en prepararlo, facilitarlo ó consumarlo. El artículo 75 castiga á los cómoplices con iguales penas que á los autores principales del delito. Sin embargo, á los cómplices, comprendidos en los números 3.° y 4.° del art. 74 que acabamos de citar, se les castiga con la pena inferior de uno á dos grados, cuando despues de descubierto el crímen, no aparezca su cooperacion tan eficaz que hubiera sido necesaria para su consumacion, esceptuándose los casos, en que la ley disponga otra cosa. En el art. 51 se establece, que todas las personas que sean condenadas por un mismo crímen ó delito, respondan solidariamente de las penas pecuniarias, de las restituciones, y de la indemnizacion de daños, intereses y gastos.

Francia. Los cómplices de un crímen ó de un delito, serán castigados con la misma pena que los autores del crímen ó del delito, salvos los casos en que la ley disponga otra cosa (art. 59 del Código penal). Serán castigados como cómplices de una accion, calificada de crímen ó de delito, los que por dádivas, promesas, amenazas, abusos de autoridad ó de poder, maquinaciones ó artificios culpables hayan provocado el hecho criminal ó dado las instrucciones necesarias para cometerlo: los que hayan procurado armas, instrumentos ú otros medios que se hayan empleado para perpetrar el hecho, *sabiendo el uso* que se les iba á dar: los que *á sabiendas* hayan ayudado ó asistido á los autores de la accion en los hechos, que la hayan preparado ó facilitado en los que la hayan consumado; sin perjuicio de las penas que se establecen en el Código contra los autores de conspiracion ó provocacion atentatorias á la seguridad interior ó esterior del Estado, aun en el caso de que el crímen que se propongan los conspiradores ó provocadores no haya llegado á cometerse (art. 60). Todas las personas condenadas por el mismo crímen, ó por el mismo delito responderán solidariamente de las multas, de las restituciones, de los daños, intereses y gastos (art. 55).

Friburgo. Art. 43. Es considerado como cómplice el que por consejo ó de hecho facilita *á sabiendas* la ejecucion del crímen, por ejemplo, instruyendo sobre el modo de cometerlo; facilitando medios á este efecto: removiendo los obstáculos que se oponen, y así mismo, *prometiendo de antemano* prestar ayuda, despues de cometido el hecho.

Art. 44. La pena del cómplice es la cuarta á las tres cuartas partes de la fijada para el crímen.

Art. 45. Si el crímen vá acompañado de circunstancias agravantes, ó que lo cualifican, no son imputables al cómplice, á no ser que tuviere conocimiento de ellas, antes del crímen, ó que hayan sido consecuencia probable del crímen.»

Inglaterra. En Inglaterra los autores ó cooperadores de un delito son considerados, ó como *culpables principales*, de *primero* y de *segundo género*, ó como *cooperadores ó culpables accesorios* (*accesory*), ó lo que es lo mismo, como autores ó como cómplices. Cooperador accesorio es el que no es el autor principal del delito, y no ha estado presente á su perpetracion, pero que há tenido alguna participacion en él por actos anteriores ó posteriores, y de aquí la clasificacion consiguiente de accesorios *antes* del crímen, y accesorios *despues* del crímen.

Hay algunos delitos que no admiten cómplices ó cooperadores accesorios. A esta clase pertenece el delito de alta traicion, en que todos los delincuentes son considerados como coautores principales, y tambien los hurtos de pequeñas cantidades.

Blacstone admite oportunamente que la misma regla se aplique á los mas grandes crí-

menes, que á los mas pequeños delitos, aunque por diferentes razones. En los delitos de alta traicion por la gravedad del crímen, *propter odium delicti*: en los delitos de poca gravedad por no descender á examinar en ellos los grados respectivos de la complicidad, por que la ley *de minimis non curat*.

Son cómplices anteriores al delito, los que, estando ausentes al tiempo de su perpetracion, inculcan, aconsejan ó mandan á otro que lo ejecute. Es tan necesaria la ausencia en el acto de cometerse el delito, que sin ella no hay complicidad; sino cooperacion principal. Esta participacion accesoria en el delito, puede existir, aun que la persona, que es objeto de él, no exista al tiempo de procurarlo, aconsejarlo ú ordenarlo: por esto se reputa cómplice del delito de infanticidio, el padre que aconseja la muerte de un hijo bastardo, que aun no ha nacido, que lo sofoque despues que nace, si el crímen llega á ejecutarse.

El cómplice, no solo es responsable del delito, en la parte que lo procuró, aconsejó, ú ordenó; sino tambien de todas sus consecuencias. Así el que aconseja que hieran á alguno, si el herido llega á morir, es considerado como cooperador accesorio de asesinato ú homicidio. Mas cuando el delito que se aconseja es independiente de otro que tambien se perpetra simultáneamente, el cómplice solo es responsable por el que aconsejó: asi el que aconseja pegar fuego á un edificio, si el incendiario, aprovechándose de la confusion roba tambien, la cooperacion accesoria del aconsejante se entenderá limitada al incendio.

Pero, si el delito mandado perpetrar es sustancialmente el mismo delito cometido, y solo se diferencia en los medios empleados para ejecutarlo, no deja el que lo mande de ser considerado como cooperador accesorio. Sirva de ejemplo el caso, en que se pagara á uno para que matase con veneno á otro, y el asesino prefiriera hacerlo y lo ejecutara con un puñal ó con una arma de fuego.

Es considerado, como cooperador accesorio despues de la perpetracion del delito, aquel, que conociéndolo, alberga, auxilia o asiste al delincuente; y por lo tanto, el ocultador del criminal, para que no sea aprehendido, juzgado ó sentenciado: el que le proporcione un caballo para que huya, el que le suministre dinero ó víveres para subsistir, techo bajo que vivir, ó emplee su habilidad ó la fuerza para libertarlo de la prision. Por lo demas la penalidad, que la ley impone á los cooperadores accesorios ó cómplices, es la misma que á los autores principales del delito.

Vasd. Despues de asentar (art. 40) que es considerado como autor, primero, el que comete el delito y el que coopera directamente á su ejecucion; y segundo, aquel por cuya instigacion se comete el delito, añade:

Art. 43. Es reputado cómplice el que, sin hallarse en alguno de los casos del art. 40, toma una parte indirecta en el delito:

1.° Escitando ó provocando espresa y directamente á someterlo, cuando el delito se ha seguido, y es consecuencia de la palabra.

2.° Indicando, ó suministrando, con conocimiento de causa, los modos de cometer el delito, favoreciendo, ó facilitando á sabiendas, su ejecucion.

3.° Contribuyendo, despues de haberlo convenido así, antes, ó durante la ejecucion, á hacer desaparecer los vestigios del delito, á ocultar los objetos que provienen de él, ó á librar al delincuente de las pesquisas de la justicia.

Art. 44. El cómplice es castigado con la pena en que incurriera, siendo autor, con las modificaciones siguientes:

1.° Si el delito tiene pena de muerte, esta pena se conmuta en la de reclusion de 10 á 25 años: en los casos en que la pena no es susceptible de reduccion, en la pena por entero.

2.° Cuando la pena es susceptible de reduccion, no puede esceder la del cómplice de las tres cuartas partes del *máximum*, y puede ser reducido á la mitad del *minimum*, fijado por la ley.

Art. 45. Habla de las circunstancias agravantes que pueden acompañar al delito, y es en un todo igual al art. 45 de Friburgo, arriba inserto.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

Sec. I. Reseña histórica.
Sec. II. Teoría de la complicidad.
Sec. III. De los cómplices segun el código penal de 1850.
§. 1.° *Quiénes se dicen cómplices.*
§. 2.° *Penas aflictivas de los cómplices.*
§. 3.° *Responsabilidad civil de los cómplices.*
Sec. IV. Consideraciones de derecho comparado y de aplicacion.
Sec. V. Del testimonio del cómplice, en la prueba.
Sec. VI. De la complicidad en ultramar.

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICA.

En el art. anterior hemos visto cuál es, etimológica y filológicamente la nocion de la complicidad. Pero ¿qué ha sido, que es jurídicamente? Como la vienen comprendiendo, desde antiguo las legislaciones? ¿Cómo la comprende la ciencia? Esto desenvolvemos en las secciones subsiguientes, empezando por la reseña histórica.

Y en efecto, estudiando en sus nociones fundamentales el delito, aparece que los que á él contribuyen *directamente*, bien sea tomando parte en le resolucion, bien en la ejecucion material, lo *producen*, son su condicion necesaria, su causa generadora, y por lo mismo sus *autores*; á diferencia de otros, que á él tambien contribuyen, pero prestando una accidental, indirecta, contingente y mediata cooperacion, moral ó material: que solamente son *cómplices* de aquellos *autores*, y deben sufrir por ello una pena menor que la que á los mismos se imponga.

Esta idea de la *accion indirecta*, de lo que hoy es propiamente la complicidad, que á nosotros parece tan fácil de comprender, y de caracterizar por el buen sentido, es, sin embargo moderna en la historia. Desconocida en los pueblos antiguos, no ha sido formulada, en debida forma á lo menos, hasta el presente siglo, por la ciencia ni por el derecho.

Los autores, los cómplices y los encubridores aparecen lamentablemente confundidos, casi hasta nuestros dias, en los libros y en las leyes.

No debe esto causarnos grande estrañeza, porque, señalando la ley una misma pena á la accion, á la complicidad, y al encubrimiento no existia el interés que nosotros tenemos hoy en distinguir con gran esmero aquellas especies, para aplicar á cada uno su castigo diverso; y principalmente, porque el derecho penal, que en el órden cronológico es el primero, es no obstante, el que mas lentamente se perfecciona, y logra adquirir mas tarde un verdadero carácter científico.

El mismo derecho romano, el mayor tesoro que conservamos del antiguo saber, modelo, lo clásico de leyes civiles, está muy lejos de serlo de leyes penales. No nos toca á nosotros demostrarlo ahora, pues, basta á nuestro propósito dar á conocer la exactitud de esta proposicion en lo referente á la materia, objeto de este artículo.

En Roma, para apreciar la complicidad y los demás géneros de delincuencia, se atendia mas al elemento material, que al elemento moral del delito. El hecho y la resolucion, el acto y la voluntad, lo constituian allí, como en todas partes, pero en su concurrencia la ley concedia la supremacía al primero sobre la segunda.

El que tomaba á su cargo y realizaba la principal parte de la ejecucion material del hecho, ese era su *autor*, y todos los demás eran *socii* (*cómplices* hoy). *Autor* era en el hurto (*furtum*) el que tocaba la cosa, el que la sacaba del lugar, en que estaba y la sustraia (*contrectatio*) (1): en el robo (*rapina, vis*: *bonorum raptorum*) el que se apoderaba con fuerza de lo ajeno: (*qui res aliquas rapit*) (2): en el homicidio el que clavaba

(1) Lib. IV, tit. 1, §. 1, Instit; ley 15, tit. IV, lib. 10; y §. 18, ley 3, tit. II, lib. XLI del Dig.
(2) Inicial, tit. II, lib. IV, inst.

el puñal, arrojaba la flecha, ó iba armado con dardos para matar á alguno (1): en la falsificacion el que á sabiendas *escribia*, *sellaba* ó *leia* el instrumento ó *hacia*, *gravaba* ó *ponia* el sello falso (2).

De aquí se deduce la estension, que la complicidad tenia en Roma. En su ancho círculo estaban comprendidos todos los que, por ser *autores* de la resolucion criminal, eran autores por participacion moral del delito. Mas todos los que, por concurrir inmediatamente á la ejecucion material, ó cooperar á ella por un acto, sin el cual el delito no hubiera podido verificarse de la manera que se verificó, *autores* son tambien ante la razon y la ciencia.

El que hace caer el dinero de mis manos para que otro lo coja, el que se pone delante de mí para que otro me despoje, el que espanta las ovejas para que otro las robe, el que pone escalas en las ventanas ó quebranta las puertas para que su camarada entre en la casa y verifique el hurto ¿no ejecutan un acto, sin el cual el delito no se hubiera verificado? ¿no concurren inmediatamente á su ejecucion, no son con toda propiedad, segun los principios, autores del hurto?

Pues en Roma el que estos actos realizaba era solamente cómplice (*particeps*, *socius facinoris*, *conscius criminis*), porque *ipse furtum non fecit*, como consigna en sus instituciones el Emperador Justiniano (3), siguiendo las doctrinas de Cayo (4) y de Ulpiano (5).

En el delito de que venimos hablando, en el hurto, dos circunstancias eran indispensables para que una persona fuera considerada como cómplice la intencion, la participacion moral, la persuasion, el consejo (*consilium*): y el acto esterno, la ayuda, la cooperacion material (*ops*) (6). Segun Ulpiano, «Consilium autem dare videtur, qui persuadet, et impellit, atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem ferl qui ministerium, atque adjutorium ad subripiendas res præbet (1).»

La opinion de algunos intérpretes, que juzgan que estas dos circunstancias, *consilium et ops*, no se exigian copulativamente; sino que cualquiera de ellas era bastante para constituir la complicidad, rechazada por los mas distinguidos comentadores, está en oposicion con dos leyes del Digesto. Una, de la que se infiere que el consejo por sí solo no es justiciable, pues establece que el que favorece la fuga del culpable, sin darle ayuda, no sea reputado cómplice (2). Y otra, de la que se deduce que la ayuda material sin la intencion no producia acto de responsabilidad, y que establece que el que presta los instrumentos, empleados en el delito, ignorando el uso que de ellos ha de hacerse, no sea considerado tampoco como cómplice (3).

El Emperador Justiniano, en sus Instituciones, parece quiso llevar hasta sus últimas consecuencias este principio, viniendo á corroborar al mismo tiempo la poca importancia que los romanos daban á lo que hoy generalmente se llama complicidad por participacion moral. Aludimos á las palabras, «Qui nullam operam ad furtum faciendum adhibuit sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti (4).»

Hemos convenido en que en principios la participacion indirecta moral en el delito, cuya fórmula mas general es el consejo, porque es la manera mas fácil y frecuente de intervenir *indirectamente* en la resolucion de delinquir, es causa de complicidad, siempre que el consejo sea concreto ó instructivo, ó en *algo* influya en el acuerdo para realizar, ó en el modo de realizar el hecho.

De aquí la siguiente duda: el testo imperial ¿se refiere unicamente al simple consejo, al consejo en general, al consejo desnudo; ó tambien al consejo concreto, instructivo, relacionado con las condiciones y circunstancias del delito?

(1) Lib. IV, tit. XVIII, §. 5, Isn.; y Cayo, título XVI, ley 233, §. 2.°, Dig.
(2) Lib. IV, tit. XVIII, §. 7, Inst.; y Paulo, §. 1.°, tit. XXV, lib. 5.° de su Sent.
(3) Párrafo 11, tit. I, lib. IV.
(4) Párrafo 202, Comentario 3.° de sus Inst.
(5) Párrafo inicial, ley 36, tit. II, lib. XLVII del Digesto.
(6) Párrafo 11, tit. I, lib. 4.° Inst.

(1) Párrafo 3.°, ley 50, tit. II, lib. 47, id.
(2) Párrafo 4.°, ley 54, id. de furtis.
(3) Párrafo 4.°, ley 54, Dig. de furtis.
(4) Párrafo 11, tit. I, lib. 4.°.

Que el primero no sea causa de complicidad, le comprendemos. El que á uno, que no tiene pan para su familia, dice «roba», duro es que se le considere como cómplice de los delitos contra la propiedad, que la persona que escuchó el consejo pudo cometer. Pero ¿y el segundo consejo? Si en lugar de espresarse en términos generales, concreta sus palabras, si le indica la persona, contra quien debe dirigirse, la cosa que ha de ser objeto del delito, la ocasion ó los medios mas fáciles de cometerlo, este que así aconseja, cómplice indudable ante la razon y los principios cardinales de justicia, ¿no lo seria tambien en el derecho romano? La letra del testo, preciso nos es confesarlo, responde negativamente á la pregunta: no creemos, sin embargo, que en su espíritu, ni en el espíritu general del primer pueblo de la historia, quepa que el consejo, revestido de aquellas circunstancias, no constituya complicidad, ni ninguna otra clase de delincuencia.

Mucho contribuye á decidirnos por esta interpretacion un notable pasaje de Ulpiano (1). De él resulta que el que persuadia ó aconsejaba al esclavo la fuga, no era reo ni cómplice de hurto; pero que si lo hacia para que otro lo robara, entonces podia ser perseguido por la accion de hurto: *quasi ope, consilio ejus furtum factum sit* ¿Y por qué esta diferencia? Dos razones encontramos: la primera, porque el consejo de fugarse, dado al esclavo, sin segunda intencion, era realmente general, simple y desnudo; en tanto que el otro consejo estaba estrechamente relacionado con la perpetracion del delito de hurto. Y la segunda porque, siendo el esclavo una *cosa*, el que de aquella manera y con aquel consejo lo sacaba de su casa, facilitando á los ladrones la ocasion de robarlo, *ayudaba, cooperaba* al resultado con un *acto* semejante á el que verificaba el que espantaba las ovejas para que otro las hurtara, el cual era cómplice, segun Justiniano.

Algun viso de certidumbre dá á esta última consideracion el modo de juzgar la ley el acto, que ejecutaba el que estaba en potestad de ascendientes ó señores, y sustraia algun objeto que á los mismos pertenecia. En este caso la cosa caia realmente en la condicion de furtiva, pero no nacia contra aquel la accion de hurto, «*Quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci* (1).» Sin embargo, cuando el hurto era cometido con consejo y ayuda de un tercero, entonces quedaba este responsable y contra él habia accion, porque voluntariamente habia prestado su cooperacion al hecho (2).

Lo que no ofrece duda es que en un delito, por lo menos, el simple consejo constituia complicidad. Este delito era el de lesa magestad (3); lo que no debe estrañarnos, pues, es sabido que la ley *Julia*, que lo castiga, estaba verdaderamente escrita con sangre.

Hay comentadores, que, fundados en la regla jurídica, que nos ha conservado Ulpiano, *in maleficio ratihabitio mandato comparatur* (4), sostienen que la aprobacion posterior del delito, su ratificacion, era entre los romanos un acto de complicidad. Nosotros, asintiendo con la opinion de uno de los mas distinguidos criminalistas modernos (5), creemos que este testo no tenia aplicacion general; sino que solo se referia á los intereses pecuniarios, á la accion de indemnizacion, introducida en provecho y beneficio del ofendido ó perjudicado.

De este modo todo se esplica, y el sentido de la ley se armonisa con la razon y los principios, que no admiten que pueda ser considerado como cómplice el que ninguna intervencion tuvo en la resolucion, ni en la ejecucion del delito.

Para descubrir, para comprender bien el verdadero sentido de las leyes penales de Roma, es preciso que por un momento prescindamos de las teorías filosóficas y racionales,

(1) Párrafo inicial de la ley 36, tít. 2.° lib. 47 del D.

(1) Párr. 12, tít. 1.°, lib. 4.°, Inst.: Paulo, ley 16, tít. 2.°, lib. 47, y Ulpiano, párr. inicial, ley 17 del mismo tít. y lib.

(2) Párr. 12 citado de la Inst.: y Ulpiano, párrafo 1.°, ley 30, tít. 2.°, lib. 47 del Dig.

(3) Paulo, párr. 1.°, tít. 39, lib. 5.° de sus sent.

(4) Párt. 2, ley 152. D. de Reg. juris.

(5) Rossi, Trat. de derecho penal.

que dominan en nuestros dias en los libros y en los códigos. La mayor parte de los delitos eran allí privados, y solo podia perseguirlos el ofendido. Su castigo era una pena pecuniaria, que servia de reparacion y de indemnizacion á la persona, que habia esperimentado el daño (*damnum*).

Juzgando por este criterio, se comprende perfectamente el verdadero sentido de aquella ley y su justicia relativa.

Un amigo, sin consultarme, lanza violentamente á otro, en mi nombre y en mi beneficio, de una casa ó de una heredad, en cuya pacífica posesion se encuentra: en lugar de condenar su conducta, yo la apruebo, ratifico lo hecho, y me apresuro á ocupar los bienes vacantes: ¿qué cosa mas natural que la accion de reparacion, que la ley concede al perjudicado contra el que ejecutó tal violencia, sea tambien estensiva á mí, que aprobé el acto, y me aproveché de las utilidades, que fueron su consecuencia? Pues esto es lo que Ulpiano quiso dar á entender; y por supuesto, en los delitos del esclavo, aprobados por el señor.

Esta interpretacion parece conforme con la ley primera, §. 14 del Digesto, *De vi, et de vi armata*, y con el párrafo inicial de la ley trece *De his, qui notantur infamia*: «Quid ergo si non ducere sit passus, sed postea quam duxit, ratum habuerit, ut puta, initio ignoravit talem esse, postea scit? *Non notabitur.* Prætor enim *ad initium nuptiarum* se retulit.» Lo que demuestra que los romanos, para la aplicacion de una sancion penal, atendian al tiempo, en que el delito habia sido ejecutado.

Las consideraciones espuestas son suficientes en nuestro concepto, para dar idea de lo que en Roma se entendia por *complicidad*, y poder comprender las muchas personas, á que allí se aplicaba la calificacion de *cómplice*. Por lo demás, las reglas de penalidad no podian ser mas sencillas: los autores y los cómplices debian sufrir una misma pena.

Diferentes testos lo comprueban. Ulpiano nos ha trasmitido un adagio juridico, por el que se viene en conocimiento de que, el que mandaba cometer un homicidio, y no hay que olvidar que segun el derecho romano era cómplice solamente el que tal cosa hacia, debia ser considerado como si él mismo fuese el asesino: *mandator caedis pro homicida habetur* (6).

El Emperador Justiniano, en sus Instituciones, nos enseña que el instigador y el cómplice, aun cuando no fuesen de la familia, debian sufrir la terrible pena que la ley Pompeya imponia á los parricidas: *Si quis parentis, aut filii, aut omninò affectionis ejus, quæ nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam, sive palam id dusus fuerit, nec non is, cujus dolo malo id factum est, vel concius criminis existit, licet extraneus sit, pœnâ parricidii punietur* (1).

La ley Julia castigaba de la misma manera al que con violencia robaba una mujer, que á su cómplice: *Sin autem per vim raptus virginis, vel viduæ, vel santimonialis, vel aliæ fuerit perpetratus, tunc et peccatores, et ei, qui opem flagitio dederunt, capite puniuntur, secundum nostræ constitucionis definitionem, ex quâ hæc apertius possibile est scire* (2).

Por último, la misma pena debian sufrir los magistrados, sus cómplices y encubridores, que durante el ejercicio de sus funciones, sustrajesen caudales públicos: *Si quidem ipsi judices, tempore administrationis publicæ pecunias substraxerint, capitali animadversione puniuntur, et non solùm hi, sed etiam, qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui substractas ab his scientes susceperint* (3).

Tales son los principios del derecho romano. En resúmen: una confusion de los autores y de los cómplices, y una misma pena para castigarlos: falta de filosofía en la clasificacion de la delincuencia: falta de filosofía en la aplicacion del cartigo (4).

---

(1) Ley 15. D. ad leg. Cornel. *De Sicar.*
(2) Párr. 6.°, tít. 18, lib. 4.°, Inst. y Paulo, título 24, lib. 5.° de sus sent.
(3) Parr. 8.° del mismo tít. y lib. de las sents.
(4) Párr. 9, id., id., id.
(5) Nótese además, que, como indicamos en el art. genérico Cómplice, las leyes romanas no usan de esta calificacion, sino de las de *concius criminis, dare opem, dare auxilium*, etc.

Entre los antiguos pueblos germanos, en donde las nociones de la penalidad eran todavía mas imperfectas, debia serlo tambien la idea de la complicidad. Para el germano el delito era un agravio ó un daño: la venganza una obligacion: la pena una composicion, ó mas bien, el precio de la renuncia al derecho de vengarse. Y esto, unido á que juzgaban como un deber abrazar, tanto las amistades, como las enemistades de los parientes (1), dió por resultado estender de una manera inconsiderada el círculo de la responsabilidad criminal. En Roma, al menos los que, como cómplices, eran castigados, tenian siempre participacion en el hecho; pero entre los pueblos de procedencia germana no sucedia lo mismo: habia casos, en que la pena, la composicion, la reparacion, alcanzaban á personas, que en aquella no habian tomado parte.

Cuando en un festin, en que se encontraban siete convidados, se cometia un homicidio, segun la ley sálica, quedaban todos obligados á pagar la composicion ó á entregar al culpable (2). La misma solidaridad existia entre los individuos de una centena, los cuales estaban obligados á reparar el daño causado por cualquiera de ellos.

Este mismo principio era llevado hasta una exageracion horrible entre los sajones. Cuando un *litus*, que venia á ser una especie de esclavo manumitido de un modo imperfecto, que no lo hacia completamente libre, sin mandato ó conocimiento de su señor, asesinaba á un noble, la ley tomaba de este hecho una venganza apenas creible, pues no solo castigaba con muerte al culpable, sino tambien á siete de sus parientes. Con no menos rigor otra ley determinaba, que si el homicidio se ha ejecutado por un hombre libre, el culpable y sus hijos podian ser objeto de venganza. Las palabras de que usa: *ille ac filii ejus soli sint faidosi* (3), parece que limitan el derecho de venganza; y hacen inferir que antes seria estensivo á todos los parientes.

El derecho feudal siguió tambien este principio: un estrecho lazo unia á los señores y á los vasallos, haciéndolos solidarios de sus actos, de modo, que, cuando algun daño era cometido por uno de los individuos del señorío, todos los demás estaban obligados á repararlo ó á entregar al culpable.

Sin embargo, no en todos los pueblos de procedencia germánica reinó esta absurda solidaridad. Los visigados, si es que la conocieron en sus primitivos asientos, ó la olvidaron en sus escursiones guerreras por las provincias del imperio, ó la rechazaron espresamente, cuando ya, establecidos en nuestra España, escribieron sus primeras leyes.

La reparacion del mal, del daño ó del delito, que el hombre godo causaba, no alcanzaba *al señor de la tierra*, el cual solo estaba obligado á ayudar al juez, cuando reclamase su auxilio para aprehender y castigar á los malhechores (1); y la complicidad no resultaba de vínculos anteriores é independientes del delito, sino de una participacion en el mismo delito.

El pueblo, que así obraba, bien puede decirse que era el mas civilizado entre los pueblos bárbaros, y el código en donde doctrina tan justa y racional se consignaba, el mejor de su época. Con orgullo lo decimos: en la materia objeto de este artículo, no cabe elogio exagerado, tratándose del Fuero Juzgo. Para encontrar leyes análogas á sus leyes, es preciso descender casi hasta el presente siglo: en lo antiguo no hay nada superior, ni aun en el mismo derecho romano.

En Roma hemos visto que el elemento moral del delito no merecia de la ley toda la consideracion, que la razon y la filosofía le conceden: allí ladron, reo de hurto, era el que materialmente ejecutaba el delito, *el que cogia la cosa*. Pues bien, el principio del Fuero Juzgo era muy superior. «Non deben ser dichos ladrones, tan solamente los que facen el furto, dice una de sus leyes (2); mas los que lo salven, é lo consienten, é los que reciben la cosa del furto, sabiéndolo.» De

(1) Tácito.
(2) Leg. Sál., tit. 46.
(3) L. Sax. tomo 2.°, párrafos 5 y 6.

(1) Ley 2.ª, tít. 4.° del lib. 7.° del Fuero Juzgo.
(2) Ley 7.ª del tit. 2.° del lib. 7.°

modo es, que la complicidad moral del que sabe, del que consiente y del que se aprovecha del delito, se eleva desde luego á materia de criminalidad y hasta cierto punto es equiparada con la responsabilidad que induce la material participacion en el hecho.

Las consecuencias de tan trascedental principio no podian menos de ser fecundas. Del aprecio de la perversidad moral del agente, del aprecio de su participacion en la resolucion de delinquir, del aprecio, en una palabra, de la complicidad moral, al aprecio de grados distintos de responsabilidad, segun la diversa participacion de las personas en el delito, no hay mas que un paso; si bien es un paso de jigante en la ciencia de la penalidad.

La gloria de haberlo dado corresponde sin duda á los autores del Fuero Juzgo, porque él es el primer código, en que vemos separados los autores de los cómplices y castigados los unos y los otros con distinta pena. No decimos que esta era una regla general, antes nos apresuramos á consignar, que en él se encuentran leyes que á todos castigan de la misma manera, siendo precisamente una de ellas la que acabamos de citar. Pero esto no sucedia en la mayor parte de los casos, en que una era la pena que caia sobre el autor principal del delito, y otra la que correspondia á los que directa ó indirectamente, moral ó materialmente cooperaban á su perpetracion.

En el rapto, por ejemplo, la pena del cómplice era menos graduada que la del autor del delito. La consideracion que los germanos tributaban á las mugeres, es la causa de que en todos los códigos, en que ha predominado el espíritu de aquellos antiguos pueblos, se fulminen duras penas contra sus raptores y forzadores. Segun el Fuero Juzgo, el autor de estos delitos, si la muger era libre y vírgen, despues de recibir doscientos azotes delante de todo el pueblo, debia ser entregado como siervo al padre de la ofendida (1); en tanto que el cómplice, es decir *el omne, que ayudaba levar la muger por fuerza*, era solo castigado con 50 azotes y pagaba seis onzas de oro, en caso de ser hombre libre. Mas, si era siervo, y lo habia hecho por mandato de su señor, este era el que debia pagar (1).

En este mismo delito encontramos dos casos, en que ademas de ser diferente la penalidad de los autores y de los cómplices, se hace consistir la complicidad en el simple consentimiento del delito, en una mera participacion moral.

Así el que robaba ó llevaba por fuerza una muger desposada con otro se hacia siervo del esposo; y si ejecutaba el delito con acuerdo de los padres de la muger, debian estos, por haber consentido en el rapto, pagar al esposo cuatro duplos de lo que le prometieron por causa del matrimonio (2).

El segundo caso es aun mas notable. La pena del autor del rapto de una muger vírgen, hemos dicho que era de doscientos azotes y hacerse siervo del padre de la muger ofendida: pues bien, una ley del mismo código que examinamos, establece que, si despues de muerto el padre, los hermanos entregasen su hermana á alguno para que la llevase, debian perder la mitad de sus bienes en beneficio de la ofendida y además sufrir 50 azotes cada uno delante de sus otros hermanos (3).

Aun cuando relativa á distinto delito, no deja de tener analogía con esta otra ley del mismo libro (4). En ella se castiga á la ramera, si es muger libre, con la pena de 300 azotes, y en caso de reincidencia se establece que despues de aplicarle otros 300 de cabo, la den por sierva á algun mezquino, para que nunca vuelva á entrar en la ciudad, y en tanto que á sus padres consentidores que se aprovechen de lo que gane, se impone la de cien azotes. A la sierva que este delito cometia, despues de sufrir el mismo castigo que la muger libre, se le desollaba la frente y era entregada á su señor para que la vendiese en un lugar de donde nunca volviera. Si así no lo

(1) Ley 1.ª, tít. 3.º, lib. 3.º

(1) Ley 12 del mismo tít. y lib.
(2) Ley 3.ª, id., id., id.
(3) Ley 4., id., id.
(4) Ley 17, tít. 4.º

hiciese y volviese á su antiguo oficio, entonces el señor debia sufrir 50 azotes y ella ser dada por sierva á algun mezquino.

En el hurto era tambien distinta la penalidad de los autores y de los que ayudaban al acto, ó se aprovechaban de sus consecuencias. Bien *semeya ladron todo onne que compra la cosa de hurto, sabiéndolo*, dice la ley nueve, del tít. 2.° del lib. 7.° Empero, con todo eso no le impone la pena que al ladron corresponde, á saber, cien azotes y nueve dúplos del precio de la cosa, siendo hombre libre, y seis siendo siervo; sino que le obliga solo á hacer enmienda como ladron, y á presentar la persona que le vendió la cosa, y no pudiendo encontrarla, á pagar doble enmienda. El siervo comprador debia solo satisfacer la mitad que el hombre libre, debiendo por él hacerlo su señor, y de no, quedaba obligado á entregarlo en enmienda.

Asimismo no era toda la pena correspondiente al delito, sino solo la del cuádruplo, la que se aplicaba al cómplice y encubridor del robo que tenia lugar aprovechándose de incendio, inundacion, agua ó de otras ocasiones (1).

El mismo principio dominaba en otros delitos. La ley 3.ª, del tít. 1.°, del lib. 8.°, no solo es digna de especial mencion por la diversidad de penas, que impone á los que intervienen en el hecho; sino tambien por el modo de apreciar la participacion moral. Examina el caso de que muchos hombres se junten para hacer daño á otro, y establece que el que los juntó, el que los hace juntar y el que manda herir á alguno, despues de preso y de señalado y de recibir 60 azotes, se le debe obligar á que nombre á los que ejecutaron el daño y á estos, si eran hombres libres, darles 50, y si siervos y no de aquel con quien fueron, 200.

El mismo espíritu aparece en la ley siguiente (2). Hé aquí sus interesantes palabras: «Todo onme que encierra por fuerza al sennor ó la duenna en su casa ó en su corral ó mandare á otros onmes que les non dexe salir, peche 30 marevedís doro al sennor ó á la duenna por la locura que fizo, é demás reciba 100 azotes, é aquellos que gelo consejaron ó quel ayudaron; si non eran onmes que anduviesen por su mandado, y eran libres, cada uno peche quince moravedís á aquel ficieron el tuerto é reciba de mas cada uno cien azotes.» Atendida la época en que se dictó, no hay poco que admirar en esta ley. Ella reconoce que dos clases de personas pueden tomar parte como autores de un delito: la del que ejecuta el hecho, y la del que lo resuelve, el autor material y el autor moral, el que encerraba por fuerza y el que mandaba no dejar salir; ella reconoce que de este doble carácter pueden participar los cómplices, siéndolo unos *aquellos, que gelo consejaron*, por participacion moral, y otros *aquellos quel ayudaron* por participacion material. Y en ella, por último, se vé que, si bien la pena de azotes se aplica por igual á todos los delincuentes, no sucede lo mismo con la enmienda, pues en tanto que al autor se castiga en 30 maravedis de oro, corresponde al cómplice solo la mitad.

La apreciacion de la inmoralidad del ajente para agravar la penalidad, resulta tambien de otra ley del mismo título (1). Establece que cuando varios reunidos ejecutan algun robo á invitacion de uno de ellos, el que esto hace *peche* en once dúplos todo lo que robaren: los que lo forzaron, é los que fueron con él, si fueren hombres libres, peche cada uno cinco sueldos: é si non oviere onde los pague, reciba cada uno cincuenta azotes. De lo que sin violencia podria inferirse que solo el que proponia el delito era aquí considerado como su autor, mereciendo los demás la consideracion de cómplices, por lo que sus actos eran reprimidos con menor penalidad.

En otras leyes encontramos establecidas doctrinas que parecen nacidas casi en nuestros dias. El que facilita el delito indicando el sitio en que la persona ó la cosa se encuentra, es cómplice segun los principios proclamados por la mayor parte de las legislaciones mo-

(1) Ley 18, tít. 2.°, lib. 7.°
(2) Ley 4.ª

(1) Ley 6.ª

dernas, y lo era segun el Fuero Juzgo. La ley 11 del tít. 1.°, lib. 8.° castiga al hombre libre ó al siervo *que muestra alguna cosa á otro para que la robe*; y la 2.ª del título 5.° del libro 7.°, á los que aconsejan la falsificacion de sellos ó escritos y su uso en juicio. Actos todos puramente morales de participacion en la resolucion de delinquir, que dan á conocer la gran ventaja que el Fuero Juzgo llevaba ó las demás codificaciones bárbaras.

Estas prudentes y racionales leyes como las demás del Fuero Juzgo, no acabaron con el poder wisigodo en la gran catástrofe del Guadalete; sino que tambien rigieron á las nuevas y gloriosas monarquías nacidas en las ásperas montañas de Astúrias y en las ágrias cumbres del Pirineo, si bien dividiendo su autoridad con fazañas, fueros y costumbres, importadas unas de estrañas tierras, hijas las mas del carácter peculiar que imprimieron en nuestra especial civilizacion la conquista sarracena y la reconquista cristiana.

Sin embargo, en el Fuero Real, con gusto descubrimos puro el pensamiento y el espíritu de nuestras antíguas leyes. El mas histórico, el mas nacional, el mas práctico de todos los monumentos legales del Rey Sábio, no podia ciertamente desentenderse de nuestros buenos precedentes jurídicos en la materia. En efecto, el bárbaro principio de la solidaridad, que, aunque combatido por el derecho Romano, entonces en su renacimiento, defendido por el derecho feudal, prevalecia aun en la mayor parte de las naciones de Europa, fué enérgicamente rechazado por el Fuero Real, al consignar en una de sus leyes (1) «que cada uno debe padescer pena por lo que hizo, é no uno por otro: asi que el padre no pene por el fijo, ni el fijo por el padre, ni la mujer por el marido, ni el marido por la mujer, ni el hermano por el hermano, ni el yerno por el suegro, ni el suegro por el yerno, ni el pariente por el pariente: mas cada uno sufra la pena por lo que ficiere segun fuero manda, y el mal se cumpla en aquel que lo ficiere.»

(1) Ley 9, tít. 3.° lib. 4.°

Verdad és que en él no se distinguen siempre diferentes grados de participacion en el delito: verdad es que en él no se consignan como principio general y regla ineludible que al cómplice se aplique menor pena que al autor del delito; pero no es menos cierto que si se estudian con detenimiento las diferentes leyes que constituyen el libro cuarto, consagrado al derecho penal, no puede menos de adquirirse el convencimiento de que en la mayor parte de los casos no era el mismo castigo el que sufria el que ejecutaba actos esenciales y constitutivos necesariamente del delito, que el que solo intervenia de una manera indirecta en su perpetracion. La mejor prueba de ello, es que casi todas las leyes, que antes hemos citado, al tratar del Fuero Juzgo, fueron esencial ó literalmente trasladadas al Fuero Real (1).

No siguieron este buen espíritu de nuestro antíguo derecho las Partidas; antes apartándose de él, castigándolos con una misma pena, volvieron á confundir en todos los casos á los autores y á los cómplices dando por razon que *digeron los sábios antiguos que á los malfechores é á los aconsejadores é á los encubridores debe ser dada igual pena* (2).

Ni siquiera de esta regla se esceptuaban los autores y cómplices de delitos, á quienes el Fuero Juzgo y el Fuero Real señalaban diversa penalidad. El parricida (3), el falsario (4), el ladron (5), el que robaba ó forzaba á una mujer de buena fama (6), era igualmente castigado, que el que solamente ayudaba ó aconsejaba el parricidio, la falsedad, el robo ó la violencia. Un mismo castigo se aplicaba al que administraba, y al que vendia el veneno, sabiendo el uso á que se destinaba (7); una misma pena al que asesinaba y al que facilitaba el arma para cometer el delito (8).

En las Partidas, como en el derecho Roma-

(1) Ley 2.ª, 5.ª y 6.ª del tit. 10; la 11, 15 y 16 del tít. 4.° del lib. 4.° del Fuero Real.
(2) Regla 19, tít. 34, Part. 7.ª
(3) Ley 11, tít. 8.°, Part. 7.ª.
(4) Ley 1.ª, tít. 7.°.
(5) Ley 18, tít. 14.
(6) Ley 3, tít. 20.
(7) Ley 7.ª, tít. 8.°.
(8) Ley 4.ª, tít. 14.

no, constituían la complicidad, la *ayuda* y el *consejo*. Pero conviene advertir que por la primera se entendian actos directos y materiales de ejecucion, y por el segundo la eficaz intervencion en la resolucion de delinquir. «E decimos, se lee en una de sus leyes (1), que daria ayuda al ladron todo ome, que le ayudase á subir sobre que pudiese furtar, ó le diese escalera con que subiese, ó le empreslase ferramientas, ó demostrase otro arte, con que pudiese descerrajar ó cortar alguna puerta ó abrir arca, ó para foradar pared, ó en otra manera cualesquiera, que le diese ayuda á sabiendas, que fuese semejante de alguna de estas para facer furto. E *consejo* dá al ladron todo ome, que lo conforta ó le esfuerza é le demuestra alguna manera de como faga el furto.» Palabras que, entre otras cosas, claramente dan á entender que la mayor parte de los casos de complicidad *por dar ayuda* de las Partidas, son hoy verdaderamente constitutivos y esenciales del delito, imprimiendo en los que los ejecutan carácter de autores, por contribuir con ellos *directamente* á la realizacion del hecho.

Aunque inferior este derecho de Partidas al constituido por el Fuero Juzgo y Fuero Real, que hemos espuesto anteriormente, dominó por completo en nuestras leyes y en nuestros libros, en nuestro foro y en nuestras escuelas, hasta la gran reforma del derecho penal, llevada á término en el presente siglo.

Entre las leyes recopiladas, una sola encontramos, que señale pena mayor al autor que al cómplice (2). Dispone que los que juntan gentes con armas ó sin ellas para ir contra los del Consejo, alcaldes de la córte, adelantados, merinos, alcaldes y alguaciles mayores, sean condenados en 10 años de galeras y á perder la mitad de sus bienes, y solo impone 5 años de galera y la pérdida de la cuarta parte de sus bienes á los que acompañen á los autores de la sedicion. En todos los demás delitos, los autores y los cómplices eran castigados con material é inadecuada igualdad: igualdad absurda, porque tratándose de diferentes actos de participacion, que lo eran realmente de cómplices, y no de coautores, daba por resultado una enorme desigualdad moral en la aplicacion de la pena, tanto mas sensible, cuanto que se consideraban como materia de complicidad actos y hechos, que ante la moral y los principios no son causa de responsabilidad criminal, como por ejemplo, la no revelacion del propósito de delinquir, la no denuncia del delito, de sus autores y de sus cómplices (1).

Esta lamentable situacion no podia ser eterna. La secular confusion, el desproporcionado rigor de la antigua jurisprudencia penal, era incompatible con la filosofía moderna, que, investigando la razon de todas las cosas, y proclamando la supremacía de los principios sobre los hechos, aspiraba nada menos que á cambiar la faz del mundo.

Los ardientes defensores en el pasado siglo de la reforma de las leyes penales, se fijaron, sin embargo, muy poco en la complicidad. Sobre tan interesante materia, Filangieri y Montesquieu ni siquiera dieron su opinion. No así el marqués de Beccaria, que por el contrario, en su interesante tratado de los delitos y las penas, puede decirse que reveló los verdaderos principios que hoy forman la teoría de la complicidad.

Hé aquí sus notables palabras: «La importancia de estorbar un atentado, autoriza la pena; pero así como entre éste y la ejecucion puede haber algun intervalo, así la pena mayor, reservada al delito, consumado, puede dar lugar al arrepentimiento. Lo mismo es cuando haya cómplices, y no todos ejecutores inmediatos, sino por alguna razon diversa. Cuando muchos hombres se unen para una accion arriesgada, á proporcion de su gravedad, procuran que sea igual para todos: luego será mas dificultoso encontrar quien se conforme con ser el ejecutor, corriendo mayor riesgo que los demás cómplices. La única escepcion seria en el caso de que al ejecutor se le señalase un premio. Teniendo entonces

(1) Ley 4.ª, tít. 14, Part. 7.ª
(2) Ley 3.ª, tít. 10, lib. 12 de la Nov. Recop.

(1) Ley 4.ª, tít. 8.º y 11, lib. 15.

una recompensa mayor por el mayor riesgo, la pena deberia ser proporcionada. Estos discursos parecerán metafísicos á quien no reflexione cuánta utilidad hay en que las leyes dejen los menos motivos de convencion que fuere posible, entre los que se intenten asociar para cometer un delito. Algunos Tribunales ofrecen impunidad al cómplice de un grave delito, que descubriere á los otros. Este recurso tiene sus inconvenientes y sus ventajas. Los inconvenientes son, que la nacion autoriza la traicion, detestable aun entre los malvados, porque siempre son menos fatales á una sociedad los delitos de valor, que los de vileza, por cuanto el primero no es frecuente, y con solo una fuerza benéfica que lo dirija, conspira al bien público; pero la segunda es mas comun y contagiosa, y siempre se encuentra en sí misma. Además, el Tribunal hace ver la propia incertidumbre, y la flaqueza de la ley, que implora el socorro de quien la ofenda. Las ventajas son evitar delitos importantes; y que siendo manifiestos los hechos, y ocultos los autores, atemorizan al pueblo. Contribuye tambien á mostrar, que quien es falto de fé con las leyes, esto es, con el público, es probable que lo sea con un particular. Pareciérame que una ley general, que prometiera impunidad al cómplice manifestador de cualquier delito, fuese preferible á una especial declaracion en el caso particular, porque así evitaria las uniones con el temor recíproco que cada cómplice tendria de ser delatado por otro; y el Tribunal no haria atrevidos á los malhechores, viendo estos en el caso particular pedido su socorro. Semejante ley deberia acompañar la impunidad con el destierro del delator...»

Hasta aquí Becaria. A la voz de este y otros distinguidos escritores, al fin la razon triunfó de la ley; y en la mayor parte de las naciones comenzó la reforma del derecho penal.

En España, precedió á ella, sin embargo, un notable acontecimiento. Sublevada la conciencia pública contra la aplicacion de la antígua penalidad, una costumbre revestida con todas las circunstancias necesarias para constituir derecho, y protegida por los altos poderes públicos, autorizó al poder judicial para imponer prudencialmente, prescindiendo del derecho escrito, la pena que creyera mas adecuada á la índole y naturaleza del delito que reprimian. Entonces el arbitrio judicial, conforme con los principios y la doctrina, dejó de imponer la misma pena á los autores y á los cómplices, y reconociendo la diferencia que entre los unos y los otros hacen la moral y la ciencia, castigó á estos con penas inferiores á aquellos.

Este mismo principio prevaleció por regla general en el Código penal de 1822. Ni podria ser de otra manera en una época, en que la ciencia del derecho penal habia hecho tan grandes adelantos. La complicidad no se confundió en él con la perpetracion principal del delito; pero en el deseo de distinguir con líneas mas claras y perceptibles la culpabilidad de los que, sin ser autores, tenian participacion en el delito, los clasificó ya de cómplices, ya de auxiliadores y fautores del hecho criminal (art. 12).

Cómplices segun el art. 14, eran: 1.° los que libre y voluntariamente y á sabiendas ayudaban á cooperar á la ejecucion de la culpa ó del delito en el acto de cometerlo: 2.° los que, aunque no ayudaran ó cooperaran á la ejecucion de la culpa ó del delito en el acto de cometerlo, suministraban ó proporcionaban voluntariamente las armas, instrumentos ó medios para ejecutarlo, sabiendo que habian de servir para este fin: 3.° los que á sabiendas y voluntariamente, por sus discursos, sujestiones, consejos, ó instrucciones, provocaban ó incitaban directamente á cometer una culpa ó delito, ó enseñaban ó facilitaban los medios de ejecutarlo, siempre que efectivamente se cometiera la culpa ó delito de resultas de dichos discursos sujestiones, consejos ó instrucciones: 4.° el que libre y voluntariamente, y á sabiendas, por soborno ó cohecho, con dádivas ó promesas, ó por órdenes ó amenazas, ó por medio de artificios culpables, hacia cometer el delito ó culpa que de otra manera no se cometeria. En las promesas que constituian el soborno ó cohecho, se comprendian las esperanzas de mejor fortuna, ofrecidas por el sobornador al sobornado.

Auxiliadores y fautores eran segun el ar-

tículo 16: 1.° los que voluntariamente y á sabiendas concertaran entre sí la ejecucion de una culpa ó delito que llegase á tener efecto, pero que no cooperaran, no ayudaran á su perpetracion en el acto de cometerlo, ni la encubrieran por ninguno de los medios espresados en el artículo 14: 2.° los que sin noticia ni concierto prévio acerca de la culpa ó del delito, y sin ayudar ni cooperar para su ejecucion, acompañaran en ella voluntariamente y á sabiendas al que lo cometiese, y le ayudaran, despues de cometido, para ocultarse ó encubrir el delito, ó se aprovechasen de sus consecuencias con el reo principal: 3.° los que habiendo ordenado, sujerido, aconsejado, enseñado ó facilitado voluntariamente y á sabiendas la ejecucion de un delito, ó sobornado, amenazado ó provocado para ella, fueran causa de que, en vez de aquel delito, se cometiese otro mayor ó diferente, por consecuencia ó efecto inmediato de la órden, consejo ó instruccion dada, ó de la sujestion, soborno, amenaza ó provocacion hecha: 4.° los que voluntariamente y á sabiendas, por sus discursos, sujestiones, consejos, instrucciones, órdenes y amenazas, ú otros artificios culpables, aunque no provocaran directamente á cometer el delito ó culpa, contribuyesen principalmente á que se cometiera: 5.° los que voluntariamente concertaran con alguno de los reos principales ó cómplices, antes de cometerse el delito y con conocimiento de este, que receptaran ú ocultaran la persona de alguno de ellos, ó las armas, instrumentos ó utensilios de la ejecucion, ó alguno de los efectos en que consistiese el delito, ó que los compraran, espendieran ó distribuyeran en todo ó en parte: 6.° los que voluntariamente y á sabiendas sirvieran de espías ó centinelas, ó hicieran espaldas á los delincuentes para la ejecucion de un delito, ó les prestaran para ello algun abrigo, noticia ó auxilio, no llegando á incurrir en ninguno de los casos del art. 14, ó les facilitaran los medios de reunirse, ó les ofrecieran antes de la ejecucion y con conocimiento de ella, proteccion, defensa ó cualquiera otra ayuda para salvarlos ó encubrir el delito.

Espuestas ya las disposiciones del Código penal de 1822, respecto á la complicidad en los dos grados diferentes que de ella establecia, pasamos á manifestar las penas con que la castigaban.

Segun el art. 15, los cómplices que, voluntariamente y á sabiendas ayudaran ó cooperaran á la ejecucion de la culpa ó delito en el acto de cometerlo, eran castigados con la misma pena impuesta por la ley á los autores del delito ó culpa. A los demás cómplices se les rebajaba de la cuarta á la tercera parte de la espresada pena.

El art. 16 señalaba la pena de los auxiliadores y fautores, estableciendo que fueran castigados con la mitad á las dos terceras partes de la pena señalada por la ley contra los autores del delito ó culpa, á no ser que la misma ley dispusiera espresamente otra cosa.

Sin embargo, considerando que podia suceder, y la esperiencia desgraciadamente lo acredita, que algunas veces los descendientes fueran arrastrados por los ascendientes á darles auxilio en la perpetracion de un delito, y teniendo en cuenta la presion moral que sobre ellos ejercia la voz de la persona á que estaban acostumbrados á tributar respeto y prestar obediencia, se estableció en el art. 18, que á pesar de lo dispuesto en los artículos mencionados, los que voluntariamente, á sabiendas, ayudaran con sus padres ú otro ascendiente en línea recta á la ejecucion de un delito, en el acto de cometerlo alguno de estos, no fueran castigados como cómplices, sino como auxiliadores y fautores.

Por último, en el art. 100 se ordenó por regla general que los auxiliadores y fautores, y aun los cómplices, cuando no incurrieran en la misma pena que los autores del delito, sufriesen siempre la de ver ejecutar la sentencia de estos en su caso, y la de infamia, si estuviese impuesta al delito auxiliado ó receptado.

Si examinamos en su conjunto las disposiciones del Código penal de 1822, vemos aparecer en ellas los principios de derecho penal que han predominado en Europa modernamente. Descendiendo á pormenores, no encontraríamos siempre plausibles sus preceptos: haremos solo algunas consideraciones generales.

La division de los responsables de un delito en autores, en cómplices y en encubridores, es natural y satisface cumplidamente todas las necesidades del derecho práctico y las exigencias de la ciencia. La division de los cómplices en dos diferentes clases, la de cómplices en sentido específico, y auxiliadores y fautores, no nos parece bastante justificada, y dá lugar á una confusion difícil de evitar, por mas que haya cuidadosa diligencia al fijar los puntos de separacion entre unos y otros.

No nos parece bastante justificada porque, en rigor, solo de dos modos puede contribuirse á la perpetracion del delito; ó de una manera directa, ó de otra indirecta. El que directamente toma parte en el delito, es autor; el que indirectamente participa en él, ó bien sea por actos anteriores ó simultáneos, ese es cómplice. El encubrimiento, mas que una participacion en el delito, al que es posterior, lo es en su ocultacion, y en su patrocinio y en el auxilio para aprovecharse de las consecuencias del crímen. Si, pues, la participacion en el delito, solo puede ser de una de las tres maneras que dejamos indicadas, no nos parece oportuno hacer nuevas divisiones, que en último resultado, mas que para fijar con mayor precision la respectiva responsabilidad de cada delincuente, sirven solo para complicar las leyes y hacer difícil su inteligencia, aunque con el objeto de poner trabas al prudente arbitrio judicial, prefiriendo darle reglas indeclinables en todos los casos á dejarle latitud dentro de límites no tan estrechos.

Menos conformes estamos aun con que la complicidad sea castigada en algun caso con pena igual á la que se impone al autor del delito. No necesitamos repetir aquí las razones que para ello tenemos, porque encuentran su lugar oportuno en la seccion siguiente, en que tratamos de la teoría científica de la complicidad. Sin embargo, diera tal vez motivo á establecerse así el considerar en el Código como cómplices á algunos, que, por tener participacion directa en la perpetracion del delito, debian haber sido considerados como autores, que es á los que á nuestro juicio aludia la igualdad que se establecia en la penalidad entre ellos.

Con la reaccion de 1823 desapareció el Código penal con todas las leyes que se habian promulgado en la segunda época constitucional: volvieron las antiguas prácticas, el arbitrio judicial en su mas lata espresion, y la desigualdad de la administracion de la justicia en el órden criminal. Natural era que el Gobierno monárquico absoluto, que ya en 1819 habia reconocido la necesidad imprescindible de sustituir á leyes desusadas, inaceptables en el estado de la civilizacion del siglo, otras mas análogas al espíritu de la época, y mas adecuadas á las exigencias modernas, volviese á su obra, que poco felizmente emprendida, y vuelta á promover despues de restablecido el Gobierno representativo, ha dado por resultado el Código penal, que actualmente está vigente, y de cuyas disposiciones respecto á la complicidad pasamos á tratar en la seccion siguiente. (Véase **CODIGO PENAL.**)

SECCION II.

TEORÍA DE LA COMPLICIDAD.

La nocion de la complicidad y la idea de cómplice son correlativas á las de delito, de delincuente, y de pena. La razon humana, que concibe la existencia de un delito, la responsabilidad de su autor y la justicia de la imposicion de una pena, concibe con la misma facilidad que este mismo delito se cometa por dos ó mas personas, que todas sean responsables de él, y que sobre todas recaiga la sancion de la ley.

Existen delitos, que hasta necesariamente presuponen esta doble ó múltiple concurrencia, porque no pueden cometerse por una sola persona, como el adulterio, el cohecho, la conspiracion, el duelo, el robo en cuadrilla.

La idea de cómplice, en su primera manifestacion, espresa, pues, la relacion que media entre el acto ó los actos ejecutados por la persona, á quien con este nombre se califica, y el acto ó los actos atribuidos al autor principal de un delito.

El daño causado, el agravio inferido por el delincuente, es lo que primero llama la atencion del filósofo y del legislador, y por de pronto solo aspiran á su castigo y posible reparacion. No distinguen en el primer momento la parte que cada uno de los concurrentes al delito pueden haber tomado: solo se apresuran á reprobar el hecho, y á condenar á los que en su ejecucion intervinieren.

A este modo de considerar los cómplices y los actos de complicidad, contribuye no poco el carácter con que el derecho penal aparece en la infancia de los pueblos, y la imperfecta idea, que en el primer período de su existencia, tienen todos del delito y de la pena. Para ellos el delito es un daño, un mal material, un perjuicio inferido, ó una injuria recibida, que en nombre de un principio general de justicia, mas bien que castigar, es preciso reparar; indemnizar ó vengar, en nombre de un interés individual. En este órden de ideas, el carácter moral y social del delito desaparece casi ante su carácter material, y las leyes, prestando menos atencion que la necesaria á clasificar á los delincuentes, atentas solo á alcanzar pronto la reparacion ó el castigo, confunden fácilmente á los autores y los cómplices: investigan únicamente quiénes son los que han intervenido en la ejecucion del delito; y cuando los conocen, les imponen la pena, sin tomar para nada en cuenta, ó no tanto como se debia, la parte real, y moral, que cada uno ha tomado en el hecho.

Los primeros albores de la filosofía modifican luego estas ideas. El sentido comun, que basta solo para afirmar que un hecho punible puede ser ejecutado por varios, no puede menos de convenir tambien en su dia en que no es fácil que tengan todos la misma participacion: de lo que naturalmente se deduce, que si los actos son diversos, y la inmoralidad diferente, no debe ser la misma la responsabilidad en que aquellos incurren.

Funestos serian, sin embargo, los resultados, si, arrastrada por el deseo de medir y diferenciar, con exactitud y minucioso escrúpulo, la inmoralidad de las acciones, la justicia humana intentara profundizar los arcanos y aclarar los misterios de la conciencia de los delincuentes, para establecer entre ellos diferencias de culpabilidad y distintos grados de imputacion. Injusto es castigar de la misma manera toda clase de participacion en el delito; pero es no menos injusto, y mucho mas peligroso establecer muchas subdivisiones, sacadas de condiciones morales, imposibles de apreciar con exactitud. La justicia imperfecta, humana, debe respetar el círculo de la moral, propio de la justicia perfecta, absoluta, divina. El legislador no puede, no tiene derecho, ni para nada necesita apurar la perversidad íntima del reo: juzga solo por actos esteros, y en ellos busca, y por ellos aprecia la voluntad del ajente.

Las diferencias legales entre los participantes en el delito, por lo tanto, deben ser pocas, y generales las reglas para clasificar á éstos en los grados de delincuencia.

La especialidad de este artículo no nos permite tratar aquí todas las cuestiones, acerca de la codelincuencia, que promueven y resuelven los autores de derecho penal en diverso sentido. Hemos hecho, sin embargo, las consideraciones generales, que preceden, ya porque hay algunos escritores que agrupan todos estos puntos, y de ellos tratan bajo el nombre de *teoría de la complicidad*; ya tambien porque no es fácil, sin presuponer los principios cardinales establecidos, deslindar y conocer la naturaleza de la complicidad, ni señalar, entre los participantes en un delito, á los que la razon y la ciencia del derecho penal están conformes en llamar *cómplices*. Esta designacion, hemos indicado antes que no puede hacerse de un modo puramente antropológico; prescindiendo de los actos esternos, y buscando únicamente en el fuero interno de la conciencia del ajente la medida del delito.

De lo dicho se deduce fácilmente que el estudio de la naturaleza, de los carácteres y de los elementos, que necesariamente constituyen el delito, es el mejor camino para conocer la índole racional, científica y característica de la complicidad.

En todo acto, y por tanto en todo delito, en que intervienen varios, reconoce la razon por sí sola que puede haber entre estos ajentes una esencial diferencia. Unos pueden ha-

ber ejecutado todo lo que estaba en su mano para la realizacion del hecho: otros pueden haberse limitado á ayudar ó coadyuvar el resultado. Entre unos y otros delincuentes, el entendimiento humano encuentra una enorme diferencia. Suprimamos los primeros, y como los segundos no tendrán entonces á quiénes ayudar, desaparecen el delito y los delincuentes. Por el contrario, prescindamos de los segundos, y, sin embargo, el delito subsistirá; nuevas personas encontrarán los primeros que se presten á desempeñar el papel que á aquellos correspondia, ó ellos mismos tomarán á su cargo, por completo, la ejecucion.

Hay, pues, personas que son causa directa del hecho, y personas que no son causa directa del hecho: personas necesariamente responsables del hecho, porque el hecho *es su obra*; y otras qun intervienen en el hecho, pero que su intervencion no es tan esencial que sea causa necesaria del delito. Los primeros contribuyen á la resolucion y á la ejecucion, de una manera *inmediata*: los segundos, de una manera *mediata*. Á aquellos llama autores del delito la razon universal; á estos otros solamente *cómplices*.

Deducese de todo, que la intervencion indirecta, no esencial, la intervencion que, omitida, no evita, por mas que dificulte, la perpetracion del delito, es lo que constituye, con arreglo á los principios y á las doctrinas, la naturaleza de la complicidad, y fija el carácter y la responsabilidad de los cómplices.

Por la razon de que el delito es un hecho complejo, que constituyen dos elementos distintos, la resolucion y el hecho material; la complicidad puede nacer de dos modos, por participacion *física*, y por participacion *moral*.

Son cómplices por participacion física, los que facilitan los objetos para la ejecucion del delito, sin haber tomado parte en su resolucion, siempre que de estos objetos se hubieran podido proveer de otra manera los delincuentes, ó pasarse sin ellos: por ejemplo, el que presta á sabiendas la escalera para que los ladrones penetren por la ventana; el que entrega la pistola al asesino para que ejecute el delito, que está decidido á cometer; el que vende á otro el narcótico que sabe quiere emplear para la violacion ó el estupro.

Son cómplices por participacion moral; los que intervienen *indirectamente* en la resolucion del delito: los que la provocan, pero de una manera secundaria, y que por sí sola no hubiera producido resultado: los que á ella ayudan, mas no por actos, que constituyan el hecho, ó sean indispensables para su ejecucion: los que se limitan á aprobar el proyecto, aconsejando, ó animando á sus autores. Por ejemplo: el ventero que indica á los ladrones, que están en el camino esperando la diligencia, la hora en que por allí suele pasar, y el modo de verificar el robo con menos riesgo; el que, enterado de un procedimiento para la falsificacion de sellos, no toma parte en su ejecucion, pero dá instrucciones sobre cualquiera de sus detalles: el malvado que manifiesta á otro, decidido de antemano á matar á su enemigo, cómo y dónde debe clavarle el puñal para que mas pronto sobrevenga la muerte.

En la práctica es mas difícil distinguir la complicidad por participacion moral, que la complicidad por participacion física. De aquí el que no debe olvidarse, ni por un momento, que lo que constituye á una persona en la condicion de cómplice por participacion moral, *es su participacion en el acuerdo* de cometer el delito; pero siempre *indirecta*, porque aquel que *directamente* contribuye al mismo, es *causa* del acto moral; *crea* el proyecto; es *autor* del delito, ora mande, pacte, ó aconseje su ejecucion.

El cómplice por participacion moral no incurre en responsabilidad criminal, si á la resolucion no sigue el hecho material. No decimos que haga bien, ni moral, ni legalmente el que aconseja un mal; sino que donde no hay delito, no hay cómplices; si bien podrá haber entonces otra responsabilidad: puede haber penas para el delito *frustrado*, la *tentativa*, la *conspiracion* para delinquir, la mera *proposicion*; hechos justiciables, que traerán su responsabilidad respectiva, y su complicidad análoga; pero esta no es la complicidad del delito principal, ó capital, que no se siguió.

Con esto prevenimos la objecion que un

estricto espiritualismo podria tal vez presentar á esta doctrina. La infraccion, se dirá quizá, de la ley moral y de la ley penal, la delincuencia, en una palabra, de este género de cómplices, nada tiene que ver con la ejecucion; es anterior é independiente de ella. Todo lo que el cómplice por participacion moral pudo hacer para que el delito tuviera lugar, lo hizo incitando, estimulando, ó aconsejando á sus futuros autores. El daño, el hecho material depende esclusivamente de estos últimos; pueden llevarlo adelante ó desistir del proyecto, sin que aquel tenga siquiera noticia, ni de lo uno ni de lo otro: es necesario, pues, no castigar al cómplice moral, ó castigarlo siempre, aun cuando el hecho material no se realice, porque de otro modo vendria á resultar que se absolveria ó castigaria al cómplice moral, no por sus propios actos, sino por los que ejecutaran, ó dejaran de ejecutar otras personas.

Aplaudimos el acendrado y escelente sentimiento, de donde nace este raciocinio, esta inquietud moral, y aun social; pero téngase presente la esplicacion antes consignada, y que aquí tratamos, no del *pecado*, sino del *delito*.

Donde no hay *hecho material*, no hay delito, así como donde no hay resolucion, no lo hay tampoco. Un perverso puede ocultar en los pliegues de su conciencia la bárbara resolucion de dar muerte á su padre. Esto es execrable; pero no es aun delito. Otro hombre mata á su padre dándole, por involuntaria equivocacion, un veneno en lugar del medicamento, que habia de volverle la salud. Esta es una gran desgracia; pero tampoco es un delito. La voluntad por sí sola, el hecho por sí solo no constituyen el delito; sino la voluntad y el hecho relacionados. De esto lógicamente se deduce que no es posible castigar la complicidad moral, si el hecho material no se ejecuta, por que hasta entonces no hay delito, y mal puede haber autores y cómplices del mismo.

Y no es esto decir, volvemos á repetirlo, que toda *proposicion* indirecta de delinquir, todo *pacto*, toda *insinuacion*, todo *complot*, al que no se siga el poner por obra lo acordado, deba quedar impune. En estos y parecidos actos, los principios y las leyes encontrarán muchas veces un delito, que castigar; pero este será *un delito sui generis*, un delito aparte, del cual se considerarán autores las personas que en él intervinieron. Penar á una persona, como cómplice de un delito, que no ha sido ejecutado, es imputar un efecto antes de que la causa lo produzca.

Los grados de delincuencia, de participacion, de complicidad en un delito, ya sea *física*, ya sea *moral*, pueden variar casi hasta lo infinito, porque, segun la teoría, que acabamos de esponer, la distincion entre los cómplices y los demás co-delincuentes, dependerá siempre en la práctica de una cuestion de *hecho*. Así es que, por mucho que sea el esmero, y por profundo el estudio, que se haga de la resolucion criminal, y del acto material, de la voluntad y del hecho, para deducir *á priori* reglas generales, á fin de distinguir los autores de los cómplices, los tribunales conocerán todos los dias, al aplicar estas reglas, su ineficacia para caracterizar en todas las ocasiones la naturaleza de los ajentes criminalmente responsables. Establecer principios cardinales es cuanto puede hacer la ley en tan delicada materia: completar estos principios, desenvolviendo su espíritu, con el estudio de la ciencia y del derecho penal, es la noble mision del poder judicial, al cual hay que dejar siempre un grande arbitrio prudencial en esta parte: su *criterio completa la ley* en cada caso práctico.

Porque, en efecto, no basta saber diferenciar los cómplices de los autores; es necesario además no confundirlos con otras personas, á quienes puede tambien alcanzar la responsabilidad del delito; con los *encubridores*.

Teniendo solo en consideracion el elemento del tiempo, se puede participar en un delito de tres modos: 1.° por actos que precedan: 2.° por actos que acompañen; y 3.° por actos que materialmente *subsigan* á la accion principal. Las personas que ejecutan estos últimos actos *subsiguientes*, son generalmente designadas con el nombre de encubridores. No hay peligro de errar, en nuestro concepto, en adoptar aquella division y esta nomen-

elatura, siempre que se sobreentienda que la deliberacion, el acuerdo, la resolucion de ejecutar tales actos ha de ser tambien *subsiguiente* á la perpetracion del delito, como lo es la ejecucion material de esos mismos actos. Porque si esta resolucion es *anterior* á la perpetracion del delito, entonces los principios y la doctrina clasificarán á los que ejecutan aquellos actos, á pesar de ser *subsiguientes*, como *cómplices*, en la mayor parte de los casos; como autores en otros, pero en ninguno como *encubridores*.

Un platero compra una joya sin sospechar que ha sido recientemente robada. Otro la compra por bajo precio, sabiendo que ha sido sustraida. Un tercero tambien la compra constándole su ilegítima procedencia, cumpliendo un pacto celebrado de antemano con los ladrones. Hé aquí tres hechos materialmente iguales, por que en todos hay un *platero* que *subsiguientemente* á la perpetracion del delito, compra una *joya*. ¡Cuán grande es, sin embargo, la diferencia que entre ellos encuentran la moral y las leyes!

El primer platero verifica un acto lícito, ante la moral y el derecho, es irresponsable, porque nada sabia ni podia presumir de la ejecucion del delito. El segundo es notoriamente *encubridor* del robo, porque, sabiendo su existencia, se aprovechó, y ayudó á sus autores á que se aprovecharan de sus consecuencias. El tercero es todavía mas, es *cómplice*, por participacion moral en el delito; pues no solo aprobó indirectamente el proyecto, sino que estimuló á sus autores á que lo pusieran en ejecucion, ofreciéndose á comprarles la joya; y hasta como *autor* podria llegar á ser considerado, si esa oferta que hizo fué tan directa y eficaz, que decidió á los criminales á realizar el delito, de tal modo, que sin esa prévia seguridad no lo hubieran cometido.

La participacion, pues, en actos subsiguientes al delito, si la resolucion de verificarlos fué con conocimiento del delito, y *antes de su perpetracion*, es materia de complicidad; y los que esos actos ejecutan, son considerados por la razon y los principios, no como encubridores, sino como verdaderos cómplices, y aun, en su caso, como autores.

Hemos indicado que la complicidad, por participacion moral, puede consistir en la aprobacion del delito; pero para evitar dudas é injusticias, es necesario tomar en cuenta el tiempo en que tuvo lugar esta aprobacion: si fué antes, ó despues del delito.

Si es anterior, es indudablemente causa de complicidad. Así, debe considerarse cómplice al que aprueba un proyecto para ejecutar un delito, y así lo dá á entender á sus inventores, alhaga hasta cierto punto su mal entendido amor propio, los incita, aunque indirectamente, á llevar adelante su propósito, y con su benévola y favorable, pero punible aquiescencia, pone espuelas al dañado deseo, á la avaricia, á la ira, á la lujuria del ladron, del homicida, del violador. Sin embargo, hay peligro, y muy real, en que toda aprobacion, aun cuando sea tácita, dudosa, incierta ó ambigua, se considere como complicidad. La razon y la naturaleza humana repelen que se admita como regla absoluta, que todo aquel, á cuya noticia llega la perpetracion próxima de un crímen, lo aprueba si no se apresura á buscar á sus futuros autores, á fin de disuadirlos de su mal propósito.

Es, pues, preciso, para que esta aprobacion sea punible, que influya *algo*, siquiera sea poco y de un modo remoto, en la decision ó en la ejecucion del delito. En tan delicadísima materia las leyes no pueden preverlo todo: á la prudencia y sabiduría de los juzgadores corresponde llenar su silencio, muchas veces estudiado. Puede suceder, que la ley pene, cual sucede alguna vez, en delitos de suma trascendencia, de *lesa magestad* por ejemplo, el no denunciarlo, sabiendo el proyecto; el no denunciar á sus autores, constando el hecho; pero lo que aquí se castiga, es, como hemos dicho arriba, un delito particular, un delito *sui generis*, mas no una complicidad. Podrá disputarse si tal delito particular está bien establecido; pero no si es complicidad. Ni como; si no hay *conciencia*, no hay inteligencia recíproca, *adunamiento de propósito*.

Con menos razon puede admitirse que la aprobacion posterior al delito, lo que llaman

algunos su ratihabicion, *ratihabitio*, como las leyes romanas la designaban, sea un acto de complicidad.

Así, por ejemplo, el que en presencia de un cadáver ensangrentado esclama, «bien muerto está: yo hubiera hecho lo mismo que el matador,» ciertamente parece dar á entender que, si á él, antes de la perpetracion del delito, se le hubiera consultado, fácilmente hubiera ayudado á la resolucion, ó á la ejecucion del homicidio. Mas, por grave que sea la repugnancia, que tales frases produzcan en los que las oyen, por grande que sea la inmoralidad y perversidad que revelen en la persona que las pronuncia, ¿cómo han de influir en un delito de antemano consumado?

Hacer *hoy* cooperar á uno como cómplice en un delito consumado *ayer*, es un verdadero imposible. Execre en buen hora la opinion pública al autor de la ratihabicion: la ley, ni puede, ni debe castigarlo en tal concepto; si bien podrá hacerlo por el hecho particular, segun hemos espuesto.

Inútil es decir que todo hace sospechar que ese hombre, antes de la realizacion del hecho, deseaba la muerte de la víctima: ¿qué importa? Con la mano puesta en la conciencia, ¿quién asegura que él, que aprobó el delito, cuando lo vió consumado, no habría dudado, vacilado, y aun desistido, al verse en el caso de resolverlo ó de ejecutarlo materialmente? Otra cosa será, y ya lo insinuamos antes, si la ratihabicion proviene del que tiene autoridad sobre el autor material, como el amo sobre el esclavo, el gefe sobre su subordinado, aunque los efectos de aquella hayan de ser solo en cuanto á la responsabilidad civil, que es lo que de ordinario puede suceder. Tambien en lo civil y criminal, si la ratihabicion hubiese sido préviamente prometida.

No es tampoco orígen de complicidad la *no revelacion* del propósito de delinquir; y nótese bien, que decimos *orígen de complicidad*.

Indudable es, sin embargo, que, sacando consecuencias de los principios establecidos, á esta idea nos conducen las leyes mismas de la lógica. El que tiene conocimiento de que se vá á cometer un delito; el que está enterado del papel que cada uno de sus autores vá á desempeñar, tiene en su mano los medios de frustrar las intenciones de los que han preparado, y de los que han de ejecutar el proyecto, dando de él conocimiento á la persona contra quien se dirije, ó á la autoridad pública. Y claro es entonces que la primera, por su propio interés, y la segunda, en cumplimiento de sus mas altos deberes, tomarán las medidas oportunas, y el delito no se consumará. El que sabe que se vá á verificar un daño, á cometerse un delito, y que pronunciando una palabra puede evitarlo, y sin embargo, no pronuncia esa palabra, en cierto modo coopera al hecho, lo favorece con su silencio. Para nosotros esto es inconcuso; mas, á pesar de todo, no podemos asentir á que en semejante omision haya un acto de *complicidad*. No puede hacerse el supuesto de que se calla por el placer ó deseo de que el hecho se realice, por el conato de que tenga lugar. Podrá ser por eso; pero tambien por otras causas; y de todos modos, ese pensamiento oculto, por vituperable que pueda ser, en nada ayuda á los criminales: constituirá delincuencia; responsabilidad de su género, segun los casos; pero no *complicidad*, que es de lo que tratamos.

La ley es impotente para hacer de la delacion una virtud civil. Cómplices, antes que delatores, dirian muchos, y la opinion pública les daria la razon contra el derecho. Porque esto seria para ella siempre una cuestion de honra, y esta clase de cuestiones no consienten mas juez que la propia conciencia. De todos modos, y téngase presente esta conclusion, la ley, en caso dado, podrá, repetimos, hacer un delito *sui generis* el silencio en este punto, pero no una complicidad.

«No reclamemos lo imposible, dice Pacheco, en sus comentarios al Código Penal: no digamos que hay complicidad, porque no se haya rechazado un mal propósito que se sabia. Calle la *justicia esterna*, y deje la calificacion de tal hecho á la conciencia, que lo ha reservado para sí.»

Hemos procurado investigar, con arreglo á los principios, la naturaleza de la complici-

dad: y en los hechos mismos, que constituyen la índole racional del delito, hemos descubierto una division característica entre los autores y los cómplices. Ahora nos proponemos demostrar que, no solamente un ineludible principio de justicia, sino una gran razon de interés social aconsejan que la pena, que se imponga á estos últimos, no sea la misma; sino menor que la que corresponda á los primeros.

En rigor, lo primero es decir que no hay igualdad de delincuencia, de donde nacería la igualdad evidenciada de la pena. Porque, al estudiar el delito, en su doble carácter de acto *moral* y de acto *material*, hemos descubierto que en él pueden intervenir dos clases de personas; unas que lo crean, que lo ejecutan, que son su causa, su condicion necesaria, y sin las cuales el delito no podria existir; y otras, que, ni lo crean, ni lo ejecutan, ni son su causa, ni su condicion necesaria, y sin las cuales el delito podria existir. De lo que lógica y claramente se deduce que la culpabilidad de las unas y de las otras personas, ante la razon y la moral, es diversa, y por lo tanto que no puede ser igual ante la justicia. Y si no es igual ante la justicia, entonces los autores y los cómplices deben ser castigados con diferentes penas; y si con una misma, graduada de distinta manera.

Sin dificultad ninguna un miserable toma participacion en el delito de homicidio que otro proyecta, entregándole el arma con que pueda realizar su pensamiento; pero obligad á esta misma persona á que ejecute por sí propio el delito, incitadle para que cambie el papel de cómplice por el de autor, ponedle en la mano el puñal y decidle que descargue su armado brazo sobre la víctima: ¿quién sabe si retrocederá?

Poned al cerrajero, que sin sentir escrúpulo de ningun género, entrega la herramienta con que se ha de violentar la puerta de la casa, donde el robo ha de tener lugar, ponedla, repetimos, en el caso de forzar las llaves y las cerraduras, y de ejecutar personalmente el delito, de ser su autor, de entrar en la casa, de atar á sus dueños y de robarles la hacienda; y no es imposible que el que tanta facilidad encontraba en prestar como cómplice su cooperacion al robo, al verse en la precision de intervenir como autor, desista de su propósito y huya de aquel lugar, tal vez horrorizado ante el brutal espectáculo de la materialidad del delito, tal vez asustado de sus consecuencias, tal vez arrepentido de su propósito.

Al que incita á injuriar, decidle que injurie: al que estimula á otro para que haga traicion á su Patria, decidle que se haga traidor: al que aconseja indirectamente al falsario, decidle que coja la pluma ó los instrumentos y él propio falsifique; y entonces, es lo mas creible que no habrá que castigar en estos casos, ni el delito de injuria, ni el de traicion, ni tampoco el de falsedad.

Es necesario, para ser autor de un delito, mucha mas audacia, mucha mas inmoralidad, mucha mas depravacion ó saña, que para ser cómplice. La culpabilidad de aquel y la culpabilidad de este, la del autor y la del cómplice, son, pues, siempre diferentes: la pena, por lo tanto, que castiga estas culpabilidades, debe tambien serlo, porque, como dice uno de los comentaristas del Código penal (1), «la primera teoría de la penalidad, el gran dogma de la ciencia, se reduce á esta regla sencilla: la culpabilidad se aumenta, y por consecuencia, la penalidad debe agravarse en una escala exactamente proporcional á la inmoralidad, que suponen en el agente los hechos por él cometidos.»

El principal motivo que á algun legislador ha retraido de separar á los autores de los cómplices, y á los unos y á los otros hacer sentir de diverso modo la mano de la justicia, ha sido lo difícil, lo árduo, lo delicado que es hacer aquella separacion, fijando con exactitud los diferentes modos que puede haber de participar en un delito. Y decimos el principal motivo, porque ya al principio de esta seccion hemos manifestado que las leyes, ó por incuria, ó por el estado de la ciencia, segun los tiempos, no han sido siempre bastante precisas en las clasificaciones, y ni aun en la tecnología general.

(1) D. Cirilo Alvarez Martinez.

No desconocemos cuán grande es realmente la dificultad indicada; pero el que una cosa sea difícil, ¿puede justificar el no intentar siquiera su conveniente realizacion? Los profesores de todas las ciencias, los maestros de todas las artes, los gobiernos y los altos cuerpos de los Estados, ¿tienen por ventura mision mas digna que el procurar realizar lo difícil? La pereza, censurable en toda clase de asuntos, en ciertas materias, que, como esta, afectan á la conciencia, puede merecer mas dura calificacion. Lo que es justo, lo que es conveniente, debe aspirarse siempre á realizarlo, por estos ó los otros medios, sea fácil ó sea difícil. Lo contrario «es evitar la dificultad con ayuda de la injusticia, y faltar al mismo tiempo á las reglas de la prudencia, y á las exigencias del interés social (1).»

En otro tiempo pudo parecer de alguna fuerza la razon que estamos impugnando: pero hoy que esa, que se decia insuperable dificultad, ha sido vencida por diferentes pueblos, ¿cómo ha de negarse la posibilidad y la conveniencia de distinguir los actos de delincuencia de los actos de complicidad, de castigar con menos graduada pena á los cómplices que á los autores?

Tres fines, entre otros, debe muy principalmente el legislador proponerse, al dictar la ley penal:

1.° Dificultar el delito.

2.° Que al ejecutarlo, causen los criminales el menor daño posible.

3.° Que, consumado, sea fácil su descubrimiento.

A estos fines contribuye la imposicion diferente de penalidad á los autores y cómplices.

Los malhechores, que se preparan á cometer un delito, forman en realidad una asociacion, tanto mas fuerte, cuanto mas estrecho es el vínculo de igualdad que los une. Ahora bien: una ley que establezca que la misma pena, que deba aplicarse á los autores, sea la que se aplique á los cómplices, que castigue de la misma manera al que *hace lo mas*, que al que *hace lo menos*, favoreceria los designios de los criminales consumados, pues que, igualando á todos los participantes en el delito, facilitaria entre ellos la distribucion de funciones y papeles, y haria que todos, considerándose igualmente amenazados, tuvieran el mismo interés en protegerse y ocultar el delito. Ningun afan tendrian los delincuentes en ejecutar ó dejar de ejecutar unos ú otros actos, sabiendo que en su caso esperimentarian siempre un mismo castigo, y todos se prestarian fácilmente á tomar en el delito la parte que se les designara. Es menester dejar siempre interés al hombre *en no ser peor*. Si el que solamente *roba*, ha de morir, como el que *roba y mata*, es de temer que aquel mate siempre, ó en el mayor número de casos, pues así se libra de un testigo posible. Sabido es que este es uno de los defectos atribuidos á alguno de nuestros mejores códigos antíguos.

No sucederá lo mismo desde el momento en que sepan los cómplices, que, segun la intervencion que en el delito tomen, así es distinto el castigo que la sociedad les prepara; porque entonces no seria imposible que hubiera algunos que no quisieran correr el mayor riesgo, y que otros no tuvieran la misma docilidad á acomodarse al plan establecido; de todo lo cual podrian nacer discordias y disidencias, que dificultasen la ejecucion del delito.

Por otra parte, y dicho está ya, la igualdad de penalidad es un poderoso estímulo para que los cómplices, dando un paso mas en el mal camino, se conviertan en autores. El que dió el puñal para el asesinato, por ejemplo, si sabe que por este solo acto indirecto de cooperacion habrá de imponérsele la misma pena que al autor del delito, ¿qué interés tendrá en retraerse, en evitar, ó en negarse á concurrir personalmente á la ejecucion del hecho? Los malvados no suelen juzgar de la moralidad de una accion por los gritos de su encallecida conciencia; sino por la pena mayor ó menor con que en la ley la encuentran castigada. *Oderunt peccare mali formidine pœnæ.* Es necesario, pues, que en el libro de la penalidad se consigne la misma diferencia, que la razon percibe entre los ac-

(1) P. Rossi.—*Tratado de derecho penal.*

tos directos é indirectos del delito, entre sus autores y sus cómplices, y que la filosofía establece entre las causas de distintos géneros, segun indicamos en el artículo genérico **CÓMPLICES.**

Esto será tambien un medio fecundo en resultados para el descubrimiento de los delitos, porque, sembrando la desunion y las sospechas entre autores y cómplices, facilitará las revelaciones, que pondrán al juez prudente en camino de descubrir la verdad.

Por último: no debe olvidarse que cuando las leyes conculcan conocidos principios de justicia, los tribunales encargados de aplicarlas encuentran casi siempre modo de eludir sus disposiciones. A la impunidad se puede llegar por dos caminos distintos: por el camino de la lenidad, y por el del terror. Y es seguro que en muchos casos, los tribunales, por no verse en la precision de imponer al cómplice la pena del autor, por no castigar del mismo modo al que vende el veneno, que al que lo administra, al que incita indirectamente á la prevaricacion, que al que prevarica, al que es causa *indirecta*, que al que es causa *directa* del delito, no declararían suficientemente justificada la complicidad, aun cuando realmente resultase de la causa.

Un supremo interés de justicia y una gran razon social acoosejan, pues, al legislador distinguir en la perpetracion de los delitos dos clases de actos, unos *directos* y otros *indirectos*, y á castigar con distintas penas á los que ejecutan unos ú otros.

Esto en cuanto á la teoría general de *complicidad*, de delincuencia compleja: en cuanto al derecho constituido y su aplicacion, véanse las secciones siguientes de este artículo, *y todos los artículos* particulares de **CÓMPLICE** y **COMPLICIDAD.**

Pero no debemos concluir sin consignar algunas observaciones importantes.

Sabido es que las enunciativas *culpabilidad*, *delincuencia*, *penalidad*, son complejas, bajo el punto de vista práctico. Pueden concretarse á una sola persona; pero de ordinario se estenderán á mas. No es menos cierto que entre estas puede haber, y con frecuencia hay, diversos grados de culpabilidad, y por tanto, diversas clases de delincuentes. Estas serán, y son naturalmente, las de *autores*, *cómplices* y *encubridores*. Deslindar la razon del derecho en cuanto á una de ellas, no es haber deslindado las demás. Por consecuencia, aun desenvuelta la teoría de la *complicidad*, como hemos procurado hacerlo, restarán algunos pormenores correlativos, que no se desenvuelven bien sino tratando en conjunto de la penalidad, y de los autores, cómplices y encubridores. Eso no lo permite la forma alfabética de la ENCICLOPEDIA; y por lo mismo, la teoría, ya compleja, ya correlativa de la penalidad, no se completa sino con la comparacion de todos los artículos particulares, en que es preciso descomponer el todo, esto es, el todo *culpables*, el todo *delincuentes*, en las especies de autores, cómplices y encubridores, ó bien en otras especies, toda vez que encierren la misma division.

Al fijar la primera clase se verá el verdadero deslinde entre ella y la de cómplices, pues determinándose la índole de los actos de culpabilidad por la influencia que tienen en la realizacion del crímen, actos habrá que se presten á constituir autor, y en sí mismos á constituir cómplice; pendiendo todo de que el delito pudiera verificarse ó no sin ellos.

Al determinarlo legalmente, el legislador no puede sino fijar un principio general, por ejemplo, el que queda indicado de que el *consejo*, ú otra cooperacion análoga, sean tales en su influencia, que sin ellas no se hubiera verificado el delito; pero el determinar esto en cada caso, es del juez, es del criterio judicial; motivo por el que no es posible establecer otras reglas, que las antes prefijadas, en artículos como el presente.

SECCION III.

DE LA COMPLICIDAD SEGUN EL CÓDIGO PENAL DE 1850.

Espuesta la teoría de la complicidad, procede el demostrar cómo ha sido comprendida y aplicada por el Código penal vigente.

Establecida la division, que nos parece mas

filosófica y racional, de los que tienen participacion en un delito, los ha clasificado de *autores, cómplices* y *encubridores*.

§. 1.° *Quiénes se dicen cómplices.*

El Código penal en su art. 13 dice, que son *cómplices los que no hallándose comprendidos* en la clase de autores de un delito, *cooperan á la ejecucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos.*

Necesario es, por lo tanto, que para comprender esta definicion, nos hagamos cargo de la que el mismo Código dá de los *autores* de un delito. Estos son: 1.° los que inmediatamente toman parte en la ejecucion del hecho: 2.° los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo: 3.° los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto, sin el cual no se hubiera ejecutado.

Podemos, pues, decir que son cómplices los que cooperan á la ejecucion del hecho criminal por actos anteriores ó simultáneos, con tal que no hayan tomado inmediatamente parte en la ejecucion del delito, ni forzado ó inducido directamente á otros á ejecutarlo, ni cooperado á su perpetracion por un acto, sin el cual no se hubiera realizado; porque, concurriendo cualquiera de estas circunstancias, no habrá complicidad, sino que el culpable deberá ser considerado como autor del delito.

Estas definiciones del Código penal marcan bien claramente la diferencia que hay entre el autor y el cómplice de un delito: el autor es el que tiene una participacion directa en el hecho criminal; el cómplice solo indirectamente toma parte en él: el autor, ó es partícipe material en el mismo delito, ó ejecuta un acto, ya sea en el órden material, ya en el órden moral, sin el cual el delito no podria existir; el cómplice ayuda, auxilia ó coopera á la ejecucion del delito por actos, ó anteriores ó simultáneos, ya sean materiales, ya morales, sin los cuales podria haberse cometido el delito.

Pongamos algunos ejemplos que faciliten la inteligencia de la definicion. El que, sabiendo que alguno tiene el proyecto criminal de incendiar una casa, y que ha adquirido materias inflamables para conseguir mas fácilmente su proyecto depravado, tiene en custodia las materias acopiadas, pero que no vá mas allá en la cooperacion que presta al delincuente, no puede ser considerado como uno de los autores del delito, en razon á que no tiene una participacion inmediata, directa y eficaz en el momento mismo de perpetrarse, pues que su cooperacion es anterior; ni la custodia de los efectos, con que despues se cometió el delito, es un acto sin el cual el delito no se hubiera realizado, puesto que el mismo delincuente ú otro cómplice pudo custodiarlos; ni el encubrimiento de los efectos lleva consigo fuerza ó induccion directa para la ejecucion. Es tambien cómplice, por las mismas razones, el que, sin concurrir al acto mismo del delito, facilita armas, instrumentos, escalas ó cualquier otro medio material para cometerlo; el que conduce estos medios de ejecucion al lugar en que sabe han de emplearse para delinquir; el que á sabiendas dá en alquiler ó facilita la casa elegida para una reunion criminal. Lo es tambien el que fuerza ó induce á cometer el delito por medios indirectos, esto es, no empleando medios materiales irresistibles, ó no inspirando un miedo insuperable, ó dando órdenes que hay necesidad de cumplir en virtud de obediencia debida, porque empleando cualquiera de estos medios de fuerza ó de intimidacion, ya no será cómplice, sino autor del delito; pues que ya no será indirecta, sino directa su cooperacion.

Aunque la teoría del Código penal, que dejamos espuesta, es sencilla, no deja, sin embargo, de presentar frecuentemente gravísimas dificultades en su aplicacion. Este punto es de gran interés en el terreno de nuestro derecho constituido, que, acomodándose á los buenos principios, ya consignados en la seccion 2.ª, establece diferentes penas para los que cometen un delito como autores, y los que, por su participacion en él, solo son cómplices. Por esto debemos emitir sinceramente nuestra opinion acerca de los casos que con mas frecuencia suelen presentarse, y en cuya apreciacion no hay conformidad entre los escritores, ni puede decirse que exis-

te una jurisprudencia, que por su carácter de generalidad, y de consecuencia, deba considerarse como complementaria del derecho escrito.

Bajo este supuesto, la primera cuestion que debemos examinar es, si deben considerarse como autores, ó como cómplices, los que, concurriendo al acto de la perpetracion del delito, no toman una participacion inmediata en él. En este caso se hallan, por ejemplo, los que sirven como espías para avisar oportunamente á los delincuentes del peligro de ser sorprendidos; los que á las inmediaciones de la casa, en que se está robando, están destinados á protejer la fuga de los ladrones; los que custodian los efectos que otros están hurtando; los que marchando con los asesinos, pero sin tomar parte en el mismo asesinato, colocan las escalas que facilitan la entrada á los que materialmente realizan el homicidio.

Si examinamos esta cuestion con independencia del derecho constituido, podemos decir que no hay una opinion uniforme entre los escritores de la ciencia. Unos sostienen que no es igual la criminalidad, ni tampoco debe serlo la pena del que, mas inhumano, se mancha en la sangre de la víctima, ó bien contribuye á atarla para privarla de los medios de defensa, y que así su compañero pueda sin peligro, y con mayor seguridad, descargar el golpe fatal; y del que, rehusando tomar parte tan principal é inmediata, se limita á una cooperacion menos eficaz, cooperacion que tiene por objeto, á veces mas bien velar por la seguridad de sus sócios de delito, que el mismo delito en que se encuentra complicado.

Otros, y no de menor autoridad, opinan que todos estos actos de participacion en el delito constituyen autores á los que en ellos intervienen. Nosotros creemos que es difícil fijar bien, de un modo absoluto, la teoría de la complicidad y de la co-delincuencia; que el legislador no debe mas que establecer las reglas generales, los principios capitales en la materia, sin empeñarse en descender á todos los casos, lo cual, sobre hacer la ley casuística y frecuentemente injusta, no la dejaría menos incompleta. Necesario es que, establecidos los principios capitales, se deje la conveniente latitud á los jueces que, apreciando los hechos dentro de las reglas que la ley les fija, son los que mejor pueden, en cada caso, separar los actos que constituyen al cómplice y al autor.

Fijándonos ahora en el Código penal, diremos que, á nuestro juicio, aquel que, no tomando parte en la ejecucion de un delito inmediatamente, esto es, por sí mismo, ó sin el intermedio de otra persona, presta sin embargo una cooperacion de otra clase, pero que no sea tal que sin ella el delito no se hubiera ejecutado, no debe ser considerado como autor, sino como cómplice.

Aplicando esta regla, deducida de las mismas palabras de los arts. 12 y 13 del Código, á las personas á que antes aludimos, se verá que para determinar el grado de su criminalidad es necesario atender en cada caso á las circunstancias que concurran, sin que pueda establecerse una regla general y absoluta. Si no tomaron parte inmediatamente en la ejecucion del hecho, y su cooperacion, ó los servicios y auxilio que prestaron, fueron de tal naturaleza que sin ellos se hubiera efectuado aquel del mismo modo, solo como cómplices deberán ser considerados. Pero en el caso de que la cooperacion fuera tan eficaz, que sin ella el delito no pudiera ejecutarse, entonces indudablemente ya no habrá complicidad, sino co-delincuencia.

En una palabra, creemos que para que pueda considerarse como autor del delito al delincuente, es necesario que concurra á él con medios directos, personales y eficaces, y que cuando no existan estas circunstancias, habrá solo complicidad. Esto es, á nuestro modo de entender, lo que quiere decir el Código, que, cuando declara quiénes deben ser considerados como autores y dice que son los que *inmediatamente* toman parte en la ejecucion del hecho, tiene en cuenta sin duda, que en todo delito suele haber una série de actos mas ó menos relacionados con él, que no lo forman, que no lo constituyen inmediatamente, y quiere que estos actos se comprendan bajo el nombre de complicidad, y que sean castigados con las penas que á los cómplices

se señalan. Pero repetimos que en esta parte no puede menos de confiarse mucho al arbitrio prudente de los jueces.

Así, no nos parece desacertada la opinion de los que creen que cuando los que cooperan á la ejecucion del delito, sin tomar personalmente parte en el hecho criminal, contribuyen con su presencia, con sus ademanes, con sus amenazas, con el terror que por sus propios actos inspiran, por el uso de las armas que llevan, á aumentar el espanto y la desolacion de los que gimen bajo sus puñales, aunque no sean los que roban ó matan con sus propias manos, bien merecen ser calificados como autores del delito, porque de ellos puede decirse que directa é *inmediatamente* contribuyen á su ejecucion.

Frecuente es que un delito premeditado, y en que hay cómplices, dé ocasion á otro delito diferente y mas grave que aquel en que hubo complicidad.

Bajo este supuesto puede preguntarse: ¿la complicidad en el primer delito, se considerará estensiva al segundo? Nos parece muy fácil la contestacion: el cómplice en este caso, es solo del primer delito, no del segundo, porque solo para aquel, y no para este, prestó cooperacion; y donde no hay cooperacion, no hay complicidad. Otra cosa seria si á los cómplices en el primer delito constaba que los autores iban preparados y dispuestos á cometer el segundo, caso necesario; ó si les facilitaron armas ú otros medios para ejecutarlo: entonces serán tambien cómplices de este delito mas grave, porque cooperaron igualmente á su ejecucion.

En el caso supuesto podrá suceder, que uno solo de los autores del primer delito sea el que cometa el segundo: ¿qué grado de responsabilidad alcanzará en tal caso á los demás autores del primero? Creemos que ninguna, ni aun la de cómplices, siempre que el segundo delito no fuese medio necesario para cometer el primero; que no hubiesen tomado participacion directa ni indirecta en su ejecucion, y que de sus circunstancias resulte que ni pudieron preverlo, ni alcanzaron á evitarlo. Debemos advertir que no comprendemos aquí el caso en que, con motivo ú ocasion de robo, resulte un homicidio, ni los atentados cometidos por los ladrones en despoblado y en cuadrilla, en razon á que estos delitos están previstos y penados especialmente en los artículos 425 y 428 del Código.

No son menos dignos de tomarse en cuenta los límites entre la co-delincuencia y la complicidad, en los casos en que median sujestiones, encargos, dádivas, promesas ó consejos. Partiendo nosotros de que es muy difícil separar, de un modo concreto y claramente perceptible, donde, en estos casos, termina la complicidad para empezar la co-delincuencia, haremos algunas indicaciones, y esto solo como reglas que conviene tener presentes; pero que deben subordinarse siempre á la apreciacion de los tribunales y jueces, vistas las circunstancias todas que hayan concurrido en la ejecucion del delito; porque las reglas absolutas serian muy espuestas á graves injusticias. Por esto, sin duda, el Código no ha puesto ningunas, indicando con su silencio, que debia ser llenado este vacío por los jueces.

El art. 12 del Código penal pone entre los autores de un delito á los que inducen directamente á otros á ejecutarlo. Y con razon; porque el que concibe el crímen, el que le dá vida, es el primer autor del delito. Si, astuto, no quiere ejecutarlo por sí mismo, porque cree así evitar las pesquisas judiciales; si, falto de resolucion, busca una mano resuelta que lo ejecute, esta mano ajena es, respecto á él, un instrumento: el principal autor del delito es el seductor, porque sin él no hubiera existido. En este caso hay dos elementos en el delito, la resolucion de cometerlo, y el acto de ejecutarlo: en la primera hay una participacion moral directa por parte del que inventa el delito, que ni en el órden moral ni en el social debe libertarse de responsabilidad y de pena, las cuales no deben ser inferiores á las del miserable que presta su brazo para la ejecucion material del hecho, porque, además de ser tan autor como este del crímen, frecuentemente es mas pérfido y astuto. Pero si este precepto del Código se aplicara sin discernimiento, podria dar lugar á grandes injusticias: por eso es necesario fijar bien la aten-

cion en la frase *inducir directamente*, para no esponerse á dar una interpretacion equivocada á lo que ha querido decir el legislador.

Desde luego no puede negarse que el verbo *inducir*, encierra una idea demasiado vaga, porque puede comprender en su acepcion gramatical desde la resolucion mas decidida, desde la seduccion mas fuerte y pertinaz, hasta actos que solo sean efecto de indiscrecion ó de ligereza. Una palabra dicha tal vez irreflexivamente, una apreciacion mal hecha, una frase irónica pueden contribuir á que nazca en un ánimo preocupado ó prevenido el pensamiento del delito, que hasta entonces habia estado lejos de su cabeza y de su corazon, y que este pensamiento venga á realizarse. En este caso, habrá sin duda una imprudencia, que podrá ser grave y trascendental por sus funestas consecuencias; pero no sería justo considerar y castigar como autor del delito al que hubiera tenido la desgracia de escitar contra su voluntad los celos, el ódio ú otras malas pasiones del que tan fácilmente y con tan escaso motivo se decidiera á delinquir. No es este el espíritu del Código penal que, al modificar el verbo *inducir* con el adverbio *directamente*, ha querido, que para considerar como autor del delito al que induce á otro á cometerlo, sea hecha la induccion ó seduccion por medios directos y eficaces. Si aun quedase alguna duda respecto á este punto, basta fijar la atencion en el núm. 2 del citado artículo 12 del Código, y ver las palabras que anteceden á las que estamos interpretando. En él se declara, que son autores del delito, *los que fuerzan ó inducen directamente á otros á ejecutarlo*: la palabra *fuerza* alude á la violencia física, á la coaccion material, y las palabras *inducen directamente* se refieren á la violencia moral.

Pero, ¿cuándo deberá considerarse que hay esta violencia moral, equiparada á la física, que constituye al que la emplea en autor del delito; y cuándo debe considerarse que solo le dá el carácter de cómplice? Difícil, delicada y compleja es esta materia, y digna de ser examinada, aunque no sea con mucha estension, en este lugar.

Desde luego puede decirse que serán muy pocos los casos en que se deba considerar á uno como autor del delito por esa violencia moral: pero no por eso la ley no debia preverlo. Un distinguido jurisconsulto que perteneció á la Comision redactora del Código penal, nos ha dicho, comentando el artículo 12, que en los debates de la comision se propuso como ejemplo práctico de un caso de esta especie, lo acaecido en el famoso proceso, que en los últimos años del siglo pasado se siguió en esta córte, con motivo de la muerte de Castillo; delito perpetrado por el amante de su mujer. Castillo fué cosido á puñaladas estando postrado en la cama por una enfermedad, y con las circunstancias mas agravantes: el cortejo de su mujer fué el autor material del delito, su ejecutor inmediato: su mujer no concurrió al acto, no lo presenció, no tomó ninguna parte en el acto mismo de su perpetracion; pero el pensamiento, el proyecto habia nacido de la mujer, la cual ya de antiguo alimentaba la idea del crímen, y abusando del ascendiente que ejercía sobre su amante, le habia escitado con tenacidad y persistencia uno y otro dia á que cometiera el crímen, á cuya perpetracion se resistia, hasta que al fin fueron tales, tan eficaces, tan activos los medios empleados por la Castillo, que consiguió que su infortunado amante, en un momento de fatal delirio por ella y de debilidad, consumara el crímen, haciendo la mujer espaldas al parricidio. Este es un caso práctico, generalmente conocido y que demuestra cuán justo es el precepto de la ley al igualar la violencia física con la seduccion directa, eficaz, intencionada, persistente, que demuestra mucha mayor perversidad en el órden moral, y causa mas grande alarma en la sociedad, que la fuerza material; el sentimiento público constantemente reputó mas criminal á la Castillo que á su amante infeliz, que por tanto tiempo rechazó el propósito parricida de su cortejo, si bien careció de la firmeza necesaria para persistir en lo que su conciencia le dictaba, y concluyó por ser el autor de un crímen horrible.

Pero lo repetimos: de seguro serán menos los casos en que la participacion en el delito,

por *induccion*, pueda considerarse directa, para reputar al que la hizo autor del delito, que aquellos en que deba considerarse como indirecta, y cómplice, por lo tanto, al que indujo á la perpetracion del hecho. Cómplices serán, y no autores del delito, los que, sin haberlo provocado, sin haber inducido directamente á otros á ejecutarlo, sabiendo su propósito, les dán consejo sobre el modo de consumarlo, les suministran noticias y datos que les facilitan los medios de conseguir su propósito dañado; los que son ajentes intermedios entre los que concertaron el delito, para ponerlos en relacion y arreglarlos en sus diferencias; que hacen dádivas, ó promesas para la ejecucion del crímen, pero que por su poca importancia no pueden considerarse como medios eficaces para resolver el ánimo del que delinque; los que, sin promesas ni dádivas, encargan á uno que cometa el delito, y los que lo aconsejan, mientras este consejo no pueda considerarse como causa directa, que impulse el brazo que lo ejecuta. No se pueden señalar términos precisos para separar la indicacion directa de la indirecta, ó lo que es lo mismo, la consideracion de autores y cómplices cuando se trata de la participacion moral en el delito. Toca á los que juzgan, apreciando los hechos que en cada caso se presentan, y aplicando los principios generales que quedan enunciados, completar lo que el legislador no podia decir en su obra sin hacerla casuística.

Otra cuestion de mas fácil comprension y resolucion examinan algunos escritores, y se ha ventilado tambien en los tribunales. Esta es, si deberá ser considerado como cómplice del delito el que, sabiendo que se fraguaba y que se trataba de su realizacion, no sale al encuentro de él, revelándolo oportunamente é impidiendo así su consumacion. No nos parece dudosa la resolucion de la cuestion propuesta. Cualquiera que sea la calificacion que pueda darse al silencio del que, hablando oportunamente, y sin mas que decir lo que sabe al que puede impedirlo, evita un delito, el hecho es que esta omision no es participacion directa ni indirecta en el acto criminal, y esto basta para que el Código no lo haya comprendido como un hecho sujeto á la accion de los tribunales.

El silencio del Código debe tambien bastar para que decidamos la cuestion en sentido negativo. Cuando el Código ha querido separarse en parte de este camino, cuando ha querido en un delito especial castigar la no revelacion, lo que ha hecho en el de lesa magestad, ha cuidado de espresarlo; pero no ha graduado este silencio de participacion en el delito, y por lo tanto, tampoco ha considerado como autores ó cómplices á los que no han revelado lo que sabian; se ha limitado á hacerlo un delito *sui generis*, especial. No es, pues, partícipe del delito de lesa magestad el que, sabiendo que vá á perpetrarse, calla: és reo del delito de no revelacion del crímen de lesa magestad.

En otros tiempos en que no dominaban las ideas modernas de derecho penal, y en que esta importante parte de la legislacion no tenia el carácter científico que hoy la distingue, existieron entre nosotros leyes, que imponian la obligacion de revelar ciertos delitos, y se señalaban penas contra los que no cumplian este precepto legal: en las *Partidas* y en la *Novísima Recopilacion* hay pruebas de ello. Pero estas leyes, condenadas al olvido y no usadas ya antes de la publicacion del Código, porque una jurisprudencia racional y justa se habia sobrepuesto á las leyes inaplicables en el estado de nuestra civilizacion, quedaron derogadas en el derecho escrito con la publicacion de dicho Código.

Es verdad que la revelacion de un delito hecha á tiempo oportuno, escitando la vigilancia del que desapercibido podia ser su víctima, y poniendo oportunamente en movimiento á las autoridades encargadas de dar proteccion y seguridad á las personas, pondria grandes obstáculos á su perpetracion, y casi siempre la impediria por completo, porque en el acto mismo en que el malvado creyera llegado el momento de llevar á término su propósito, se encontraria burlado y en poder de los Tribunales; pero esto no basta para imponer á todos la obligacion de hacer revelaciones, ni herir sentimientos nobles y generosos, ni convertir en delatores á los que no

tienen esa vocacion, ni desautorizar á los ojos del público á personas honradas, que violentando sus sentimientos y obedeciendo á la ley, revelaran secretos; acto que atraeria sobre ellas el menosprecio público, y que tiene la mas severa censura en las costumbres, contra las cuales no debe ir el legislador cuando tienen por fundamento nobles y generosos sentimientos. La revelacion de secretos, aunque sean criminales, no se ha tenido nunca por accion digna de personas honradas.

Con esta cuestion tiene mucha semejanza otra, que alguno ha suscitado, á saber: si está obligado á evitar un delito el que sin grave riesgo suyo puede hacerlo; y si por esta omision deberá ser considerado como cómplice en el delito. Si como queda ya dicho, no es complicidad el no evitar el delito por el medio mas sencillo y menos peligroso que puede haber, cual es el de dar noticia de él al que puede impedirlo, con mas razon no lo debe ser el no evitarlo por medios diferentes, casi siempre mas comprometidos. La omision no puede ser considerada como participacion en un crímen que consiste en actos positivos: la inaccion, la poca presteza, ó la falta de resolucion para oponerse al delito, podrá ser una falta en el órden moral, podrá dejar en el alma remordimientos; pero el legislador, sin gravísimos inconvenientes, no puede sujetar esta falta á una sancion penal.

Queda ya definida la complicidad en los delitos del modo que el Código la considera; pero todavia nos falta examinar otra cuestion trascendental, y que no vemos examinada ni resuelta por los ilustrados jurisconsultos, que con sus concienzudos trabajos han arrojado tanta luz sobre las disposiciones del Código, que han facilitado su mejor inteligencia y que son tan frecuentemente consultados en la práctica.

Esta cuestion es, si puede haber complicidad en un delito que, no por falta ó arrepentimiento del cómplice dejó de perpetrarse, sino por la voluntad del que pensaba ejecutarlo, ó por cualquier otra causa accidental que sobrevino. *Socius delicti non intelligitur sine auctore delicti*, decian los jurisconsultos antiguos. Esta máxima de derecho no necesita escribirse en los Códigos: se sobreentiende en todos ellos, porque es una consecuencia indeclinable de la naturaleza de las cosas: donde no hay delito no puede haber participacion en él. Pero no es necesario que el delito sea consumado para que la complicidad exista; hasta que el hecho del autor del delito caiga bajo el imperio de la ley penal, para que esta alcance al cómplice: por esto hay cómplices de delito frustrado y cómplices de tentativa. Podrá en algun caso ser punible el hecho de un cómplice por haber tenido participacion en los actos que preparaban un delito, que no llegó á efectuarse; pero esto será solo cuando semejantes actos por sí mismos constituyen un delito *sui generis*, que tenga penalidad señalada en el Código, y nunca por la complicidad de un delito que no existió. Consecuencia de esto es que, cuando una amnistía viene á borrar el crímen castigado, borra tambien la sentencia en la parte que se refiere á los cómplices, por lo que hace á los hechos amnistiados.

Mas esto debe entenderse del caso en que no exista el acto material del delito; no en el de que por cualquiera circunstancia sea absuelto aquel á quien se imputaba. Por esto, al paso que no puede considerarse que hay complicidad donde falta la declaracion implícita ó esplícita de un hecho criminal que haya dado lugar al procedimiento, no presenta dificultad sea absuelto el que durante las actuaciones de la causa fué perseguido como reo principal, y condenado otro como cómplice; ni tampoco la hay en que, cuando exista el hecho material del delito, sea castigado el cómplice, si resulta que obró con intencion criminal, al paso que sea declarado libre de toda responsabilidad el autor principal del hecho, por no haber tenido la voluntad que la ley supone para delinquir. Por la misma razon, cuando el hecho criminal aparece, y sin embargo no resulta quién fué el que lo cometió, y bajo este supuesto nadie es castigado como reo autor, si la complicidad de alguno es evidente, deberá ser condenado el cómplice, como tambien cuando no puede serlo el reo principal, por haber fallecido.

Y ¿qué sucederá respecto del que ayuda al

suicida por actos anteriores ó simultáneos para que lleve á término su propósito inmoral? El suicidio no está en la tabla de los delitos en nuestro Código penal: accion digna de la mayor reprobacion en el órden moral, no está sin embargo penada, porque el castigo, sobre no ser eficaz para retraer de su reprensible propósito al que tiene tal hastío á la vida que atenta contra ella, ó vá á herir á séres inocentes y desgraciados, aumentando sus aflicciones, ó recae sobre un cadáver que no debe ser objeto de la justicia humana. Si el suicidio, pues, no es un delito, no puede decirse que tenga cómplices. Pero ¿quiere decir esto que ha de quedar sin castigo el que facilitó al suicida los medios de llevar á cabo su propósito execrable? No: esto seria una injusticia manifiesta. El Código penal castiga el auxilio, pero no como complicidad con el suicida; sino como un delito *sui generis*, que no está subordinado al suicidio, sino que es independiente de él, que está calificado entre los delitos de homicidio, y que no debe regirse por las leyes de la complicidad, sino por la disposicion especial que para él establece el artículo 533, del cual no debemos tratar aquí, porque tiene su lugar propio en la ENCICLOPEDIA. Véase **SUICIDIO**.

Hasta aquí hemos hablado de la complicidad de los delitos; nada hemos dicho respecto á las faltas. Sin embargo, no es dudoso que en ellas, como en los delitos, puede haber autores y cómplices. Así lo establece terminantemente el art. 11 del Código penal, que dice, que de los delitos y faltas son responsables los autores, los cómplices y los encubridores; así se infiere de la definicion, que dá en el artículo 13, de los cómplices, diciendo que son los que, no hallándose comprendidos en la calificacion de autores, cooperan á la ejecucion del *hecho* por actos anteriores ó simultáneos; en cuyo artículo no usó de la palabra *delito*, sino de la de *hecho*, aplicable del mismo modo al delito y á la falta; así, por último, se afirma en el art. 501, que señala la pena en que incurren los cómplices en las faltas, pena de que trataremos en el párrafo siguiente.

Ninguna regla especial encontramos en el Código para la calificacion de la complicidad de las faltas: debe ser, por lo tanto, estensivo á ellas lo que hemos espuesto respecto á los delitos: la mayor ó menor gravedad de los actos penados no altera la teoría de la complicidad, aunque sí la pena. Esta es la doctrina de la ciencia; esta es la prescripcion de nuestro Código.

De propósito, al tratar de la complicidad en los delitos, hemos omitido hacer mencion del art. 555 del Código penal, que á los padrinos de un duelo los castiga segun los casos, ya como autores, ya como cómplices, ya con una pena inferior. Con solo esta enunciacion puede conocerse, que no corresponde á la teoría general de la complicidad. Son reglas especiales que señalan la pena en que en cada caso incurren los padrinos que, faltando á las condiciones que su cargo les impone, promueven el duelo, usan cualquier género de alevosía en su ejecucion ó en el arreglo de las condiciones, lo conciertan á muerte ó con ventaja conocida de alguno de los combatientes, no ponen por su parte todo lo posible para conciliar los ánimos, ó no procuran concertar las condiciones del duelo de la manera menos peligrosa para la vida de los combatientes. Se trata, pues, de la pena de un delito, no de la complicidad en él. No importa que en uno de los casos se señale la pena diciendo que los padrinos serán castigados como *cómplices*, porque esto no es decir que lo son; sino solo que las penas en que incurren son las que á los cómplices se imponen. Por lo dicho puede conocerse que el lugar mas adecuado para tratar de esta materia es el artículo **DUELO**. (Véase.)

§. 2.° *Penas de los cómplices.*

El art. 63 del Código penal establece como regla general que á los cómplices se impondrá la pena inferior en un grado á la correspondiente á los autores del delito. Se ha ajustado en esto el Código á los principios de justicia y á las prescripciones de la ciencia, que exigen que el castigo sea proporcionado al delito, y que con relacion á la participacion que cada uno tiene en el hecho criminal, la pena esté escalonada de modo que el delin-

cuente encuentre algun estímulo para detenerse en la carrera del crimen, y que no tenga el aliciente de tomar en él participacion principal en la seguridad de que la menos directa será á los ojos de la ley tan castigada como la mas inmediata y eficaz. No nos detendremos mas en este punto por haber ya dicho lo suficiente en la seccion que antecede.

Mas esta regla general, respecto á la complicidad, se entiende cuando la ley no la hace delito *sui generis*, como sucede en el caso de que hemos hablado antes, respecto al que auxilia á otro para suicidarse, si bien, como dejamos espuesto, en rigor no hay entonces complicidad por falta de delito principal.

De la misma regla general, á que nos referimos, se deduce que la pena del cómplice de un delito determinado no será igual en los casos en que el delito se haya consumado, ó haya sido frustrado, ó haya quedado en tentativa. A ser siempre igual, resultaría, en el caso del delito frustrado, que el autor y el cómplice serían castigados con la misma pena; y en el de la tentativa, que al cómplice se impusiera una pena superior á la del autor principal del delito; doctrinas abiertamente contrarias al espíritu de nuestro Código, á las buenas teorías de derecho penal y á los principios de justicia. Del mismo modo que, segun hemos dicho, solo hay complicidad cuando hay delito ó hecho punible, debemos decir que la complicidad solo puede ser del delito cometido. Y debemos aquí notar que bajo la palabra *delito* comprendemos tambien la tentativa y la frustracion, hechos punibles que la ley castiga, si bien con menos severidad que cuando el delito ha llegado á su consumacion perfecta.

La índole de esta obra no nos permite tratar en el presente artículo de la prudencia y tacto del legislador en todo lo que, respecto á la tentativa y al delito frustrado, establece nuestro Código penal: por esto, limitándonos á la complicidad, que es el objeto de que ahora tratamos, diremos que, si bien en los casos, en que no se verifique la consumacion del delito, seria desproporcionado aplicar al cómplice la misma pena que al autor del delito, y absurdo aplicarle otra mayor, no tendria esplicacion posible el que quedara impune, sin echar por tierra los principios, que en el terreno del derecho constituyente dejamos espuestos, respecto á la teoría de la complicidad. Y esto es lo que dice el Código penal, al sentar la regla general que queda enunciada en las primeras líneas de este párrafo. Segun ella, se impone al cómplice la pena inferior en un grado á la correspondiente al autor del delito; de lo que se deduce, que cuando, por haber quedado el hecho criminal en tentativa, ó cuando por causas independientes de la voluntad del autor, no se consuma el delito, sino que se frustra, y por lo tanto debe ser castigado el autor con penas inferiores á las señaladas para el delito, ya en dos grados, ya en uno, proporcionalmente deberá sufrir rebaja la penalidad impuesta á los cómplices.

Pero no se contentó el Código penal con dejar consignado el principio de que el cómplice debia ser castigado con la pena inferior en un grado á la correspondiente á los autores del delito; sino que creyó tambien conveniente libertar su obra de la incertidumbre de la práctica, de las contingencias de la interpretacion, y de los peligros de la falta de unidad. Esto era hasta necesario, si se toma en cuenta la diversa índole de las penas que adoptó.

En efecto, si todas las penas fueran indivisibles, bastaria buscar en la escala correspondiente la que era inferior en su grado á la impuesta por el Código al delito; pero como en su mayor parte son divisibles, lo que hace que segun sus grados diferentes puedan estas ser consideradas como penas distintas, de aquí la necesidad del legislador de salir al encuentro de las dificultades, á que daria lugar el principio general en su aplicacion, si no estuviera esplicado auténticamente, y de modo que se entendiera por todos de una misma manera.

Mas el Código, al descender á señalar las reglas de aplicacion práctica, se hizo cargo de los casos que mas naturalmente debieron ocurrirle; pero no los recorrió todos, dejando los demás á la interpretacion. Segun queda consignado en la parte legislativa, cinco son

solamente los casos que toma en cuenta: primero, cuando la pena señalada al delito es una sola é indivisible; segundo, cuando es compuesta de dos indivisibles; tercero, cuando es compuesta de dos indivisibles y del grado máximo de otra divisible; cuarto, cuando es una sola divisible; y quinto, cuando es compuesta de tres divisibles. Ya veremos que además en la práctica se presentan otros casos, que no se comprenden en los espresamente establecidos por el legislador.

Las reglas que establece el art. 66 que es al que nos hemos referido, son tan sencillas que, con solo indicarlas, pueden ser fácilmente apreciados y resueltos los cinco casos que comprenden. Por esto diremos pocas palabras respecto á cada una, concretándonos casi solamente á trascribirlas.

Primera regla. Cuando la pena señalada al delito es una sola é indivisible, segun dice el referido artículo, la pena del cómplice de delito consumado es la inmediatamente inferior, sea esta divisible ó indivisible. Por lo tanto, cuando la pena señalada al delito sea la de muerte, pena indivisible, la que corresponderá al cómplice, será la de cadena perpétua, pena indivisible tambien: y cuando la señalada sea la de cadena perpétua, la correspondiente al cómplice será la de cadena temporal, que es divisible: en uno y en otro caso está perfectamente ajustada la pena de la complicidad al testo de la ley.

Segunda regla. Cuando la pena señalada al delito esté compuesta de dos indivisibles, la correspondiente al cómplice de delito consumado se compondrá de la pena mas baja de aquellas, y de los grados máximo y medio de la inferior. Asi, cuando la pena señalada es de cadena perpétua á muerte, ambas indivisibles, la pena del cómplice se compondrá de la de cadena perpétua, que es la mas baja de las dos, y de la cadena temporal en sus grados máximo y medio, viniendo, por lo tanto, á ser la pena la de cadena temporal en su grado medio á cadena perpétua.

Tercera regla. Cuando la pena señalada al delito se componga de dos indivisibles y del grado máximo de otra divisible, la pena del cómplice del delito consumado es la última de aquellas tres penas en toda su estension. Así, cuando la pena es de cadena temporal en su grado máximo, que es divisible, á muerte, que es indivisible, como tambien la de cadena perpétua, que en este caso constituye el segundo grado de la pena, la correspondiente al cómplice será la de cadena temporal en sus tres grados.

Cuarta regla. Cuando la pena señalada al delito principal es una sola divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado es la inmediatamente inferior. Así, cuando la pena señalada es la de cadena temporal, la cual es divisible, la correspondiente al cómplice es la de presidio mayor.

Quinta regla. Cuando la pena señalada al delito se componga de tres divisibles, la correspondiente al cómplice del delito consumado se compondrá de las dos mas bajas de aquellas, y de la inmediatamente inferior. Así, cuando la pena que se imponga al delito, sea la de presidio menor á cadena temporal, que se compone de las tres divisibles, presidio menor, presidio mayor y cadena temporal, la pena del cómplice se compondrá de las de presidio mayor, presidio menor, que son las dos mas bajas, y la de presidio correccional, que es la inmediatamente inferior, siendo, por lo tanto, la pena la de presidio correccional á presidio mayor. Al poner este ejemplo, nos hemos valido del mismo que propone el Código, en la nota del art. 66, que dejamos copiada en la parte legislativa; sin embargo, debemos decir que no encontramos en ningun artículo del Código una pena compuesta de tres divisibles. Por esto han creido algunos, que esta regla se refiere al caso en que una de las penas impuestas sea indivisible, y dos divisibles; mas, el tenor literal de la regla, y el ejemplo de la nota, no nos permiten darle esta interpretacion.

Pero no son solamente los casos comprendidos en el art. 66 y en su nota los que pueden ocurrir; sino que hay además algunos, que se presentan en la práctica, de otras diferentes combinaciones de penas, que no se comprendieron ni en el citado artículo ni en su nota. Estas son: 1.° Cuando la pena consiste solo en el grado máximo de una divisible. 2.°

Cuando consiste en el grado mínimo de una divisible. 3.° Cuando consiste en el grado medio al máximo de una divisible. 4.° Cuando consiste en el grado mínimo al medio de una divisible. 5.° Cuando se compone de una indivisible y de los grados máximo y medio de otra divisible. 6.° Cuando se compone de dos indivisibles y de otra divisible en toda su estension. 7.° Cuando se compone de una indivisible y dos divisibles. 8.° Cuando se compone de los grados medio y mínimo de una divisible y del máximo de su inferior. 9.° Cuando se compone de dos divisibles en toda su estension. Y 10, cuando se compone de cuatro grados correspondientes á dos penas.

No llenaríamos el objeto del presente artículo, si no examináramos estos diez casos, para completar las reglas que quedan espuestas. Para mayor claridad, añadirémos las reglas de dichos diez casos á las cinco que antes hemos enumerado, siguiendo al efecto una numeracion correlativa.

Sesta regla. Cuando la pena señalada al delito sea solamente el grado máximo de una divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado será la misma pena en su grado medio. Así, cuando la pena, que se imponga por el delito, sea la de prision mayor en su grado máximo, la del cómplice será la de prision mayor en su grado medio. Para decir esto nos fundamos en el referido art. 63 del Código, que castiga á los cómplices con la pena inferior en un grado á la que corresponda á los autores del delito, y nos parece que la pena que consiste en el grado máximo de una divisible, tiene por inmediata inferior el grado medio de la misma pena, porque al ordenar el legislador que el solo grado máximo de una pena fuera toda la estension de ella para el autor del delito, parece que implícitamente quiso que el grado inmediato inferior fuera toda la estension de la pena del cómplice. Así han opinado otros. Sin embargo, no debemos ocultar que hay autores respetables que no siguen nuestra opinion.

Entre ellos hay quien cree, que la pena del cómplice debe consistir en los grados medio y mínimo de la señalada á los autores. No nos parece aceptable esta opinion, porque no comprendemos que una pena, que consiste en un solo grado, pueda tener por inmediata inferior otra que se componga de dos grados. En el caso de que tratamos es de suponer, que la ley ha querido se tenga como pena diferente cada uno de los grados de una misma pena, por considerar que, aplicándola en toda su estension, seria desproporcionada al delito: y si la gravedad ó naturaleza de este requiere que solo se aplique aquella en su grado máximo, ese mismo rigor exige que se imponga al cómplice la misma pena en su grado medio, que es la inmediata inferior, atendida la division y gradacion de las penas, establecida en el Código.

Menos probable aun nos parece la opinion de los que creen que la pena del cómplice debe ser, en el caso propuesto, el grado máximo de la pena inmediatamente inferior á ella, esto es, por ejemplo, de prision menor en su grado máximo para el cómplice, cuando el Código señala para el autor la pena de prision mayor en el mismo grado, porque mal puede decirse que el grado máximo de la de prision menor es el inmediatamente inferior al máximo de la prision mayor, cuando median entre las dos los grados medio y mínimo de la última.

Sétima regla. Cuando la pena señalada al delito consiste en el grado mínimo de una divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado será el grado máximo de la inferior siguiente. Así, cuando el Código señala la pena de prision mayor en su grado mínimo, la pena del cómplice será la de prision menor en su grado máximo, por las razones espuestas antes.

Octava regla. Cuando la pena señalada al delito consiste en el grado medio al máximo de una divisible, la correspondiente á los cómplices del delito consumado será la misma pena en sus grados del mínimo al medio. No falta escritor que se separa de esta opinion, sosteniendo que la pena del cómplice debe ser en este caso la inferior en la escala gradual, á la impuesta al autor, en su grado medio á su grado máximo, y por lo tanto, que cuando el Código señala la pena de estrañamiento temporal en su grado medio al máximo, al cóm

plice debe imponerse la de confinamiento mayor tambien en su grado medio al máximo. Pero nosotros, por las razones espuestas en la regla sesta, creemos que la pena inferior es, en este caso, la compuesta de los dos grados siguientes al máximo señalado al autor del delito, y por lo tanto que hay que sustituir al grado medio el mínimo, y al máximo el medio. Haciendo, pues, aplicacion al caso propuesto, decimos que la pena inmediatamente inferior á la que consiste en estrañamiento temporal en su grado medio al máximo, es la de estrañamiento tambien temporal en su grado mínimo al medio.

Novena regla. Cuando la pena señalada al delito consiste en el grado mínimo al medio de una divisible, la correspondiente al cómplice del delito consumado, es en nuestro concepto, el grado mínimo de la misma pena y el máximo de la inferior inmediata. Así, cuando la pena del Código es la de destierro en su grado mínimo á su grado medio, la del cómplice será la de destierro en su grado mínimo á la de sujecion á la vigilancia de la autoridad en su grado máximo. Es claro que no son de nuestra opinion los que creen que siempre debe buscarse la pena del cómplice en el mismo grado que señala el Código para el autor del delito, pero tomado de la pena inferior en el órden de las escalas graduales. Ya hemos indicado en la regla sesta que en los casos en que no se impone en toda su estension, una sola pena divisible cada uno de sus grados ha de reputarse como pena diferente para los efectos del artículo 63: no vemos otro medio de imponer al cómplice *la pena inferior en un grado* á la correspondiente á los autores del delito, como ordena dicho artículo; y en esto, y en las demás razones ya espuestas fundamos nuestra opinion.

Décima regla. Cuando la pena señalada al delito se compone de una indivisible y de los grados máximo y medio de otra divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado consistirá en los tres grados de la última. Fúndase esto en la doctrina que venimos sentando, la cual hace inadmisible, á nuestro juicio, la opinion de los que creen que la pena debe componerse de la mas baja en su grado mínimo y de la inferior inmediata en sus grados máximo y medio. Así, en nuestro concepto, cuando el Código establece la pena de cadena temporal en su grado medio á cadena perpétua, la correspondiente al cómplice será la de cadena temporal en toda su estension. Esto es tambien lo que creemos en armonía con lo que establecen las reglas del art. 66 del Código.

Undécima regla. Cuando la pena señalada al delito se compone de dos indivisibles y de una divisible en toda su estension, la pena del cómplice de delito consumado se compondrá de las dos inferiores, y de la inmediata á la última de éstas. Segun esta opinion, cuando la pena impuesta sea la cadena temporal á muerte, la del cómplice será la de presidio mayor á cadena perpétua. Nos parece esta opinion mas conforme al principio, que el Código establece en sus arts. 63 y 66, que otras dos que hemos visto sustentadas.

Es la primera la que supone que la pena del cómplice debe componerse, en este caso, de la última de las penas impuestas, y de las dos inmediatamente inferiores, es decir, en el ejemplo propuesto, de presidio menor á cadena temporal. Además de no ser esto conforme al modo que tenemos de comprender qué es lo que debe entenderse por pena inferior, resultaría en su aplicacion una desproporcion notable en la penalidad. Basta, para convencerse de ello, observar que la pena del cómplice sería entonces desde cuatro años á veinte, con la diferencia notabilísima de la condicion mas suave de la penalidad entre el presidio menor, que debe sufrirse en el territorio de la Audiencia que la impone, con trabajo dentro del establecimiento en que se sufre, y con la facultad de adquirir para sí, despues de cubierta su responsabilidad civil proveniente del delito, y la indemnizacion al establecimiento penal de los gastos ocasionados por él; y el grande rigor de la de cadena temporal, cuya condena se estingue en los arsenales de Marina, ó en obras de fortificacion, caminos y canales, dentro de la Península é Islas adyacentes, con una cadena siempre al pié, en la ocupacion de tra-

bajos duros y penosos, sin recibir auxilio alguno de fuera del establecimiento, y trabajando solamente en beneficio del Estado. Tan notable distancia de la pena del cómplice á la del autor, no nos parece que pudo entrar en la intencion del legislador.

Otros sostienen la opinion de que la pena del cómplice debe componerse de la última de las tres penas impuestas y de la inmediatamente inferior á ellas; ó lo que es lo mismo, en el caso propuesto, la de presidio mayor á cadena temporal. Para no creer acertada esta interpretacion, nos fundamos en que la pena del cómplice, cuando es compuesta, debe serlo de tantas penas cuantas forman la señalada al autor del delito.

Duodécima regla. Cuando la pena señalada al delito se compone de una indivisible y de dos divisibles, la correspondiente al cómplice de delito consumado se compondrá de las dos mas bajas y de la inmediatamente inferior en grado á la última de ellas. Así, cuando la pena señalada es la de suspension á inhabilitacion especial perpétua, la del cómplice será la de multa á inhabilitacion especial temporal; por las razones de la regla anterior.

Décimatercera regla. Cuando la pena señalada al delito se componga de los grados medio y mínimo de una divisible y del máximo de su inferior, la correspondiente al cómplice de delito consumado se compondrá de los grados medio y mínimo de la segunda de estas y del máximo de su inferior. Así, cuando el Código señala la pena de presidio menor en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio, la del cómplice será de presidio correccional en su grado máximo á presidio menor en su grado medio.

Nos fundamos para esto en que la circunstancia de haber dividido el Código cada pena en tres grados indica que cuando estos son correlativos, han de reputarse como una sola pena, en cuyo caso la inmediata inferior aplicable á los cómplices debe componerse de los tres grados inferiores á la señalada á los autores. De cualquier otro modo que se haga la computacion, resultará una pena desproporcionada para el cómplice, que no estaria en armonía con lo que establece la regla 4.ª del art. 66.

Décimacuarta regla. Cuando la pena señalada al delito se compone de dos divisibles en toda su estension, la correspondiente al cómplice se formará de la mas baja de estas y de la inmediatamente inferior. Así, cuando el Código señala la pena de prision correccional á prision menor, la del cómplice debe ser la de arresto mayor á prision correccional.

Décimaquinta regla. Cuando la pena señalada al delito se componga de cuatro grados correspondientes á dos penas, la del cómplice del delito consumado se formará de la mas baja de estas en toda su estension y del grado máximo de la inmediatamente inferior. Así, cuando el Código señala al delito la pena de prision menor en su grado máximo á prision mayor, la del cómplice se compondrá de la de prision menor en toda su estension á prision correccional en su grado máximo. De este modo resultan tambien cuatro grados para el cómplice, y la proporcion en la penalidad, que creemos mas en armonía con las reglas del art. 66.

Para que las reglas que dejamos espuestas aparezcan bajo un solo punto de vista, ponemos á continuacion una tabla que las comprende todas, comenzando por las que se hallan espresamente escritas en el Código.

APLICACION PRÁCTICA DE LAS REGLAS ESPRESADAS.

CASOS Y REGLAS.	PENA SEÑALADA EN EL CÓDIGO AL AUTOR DEL DELITO.	PENA CORRESPONDIENTE AL CÓMPLICE DE DELITO CONSUMADO.
1.ª—Cuando la pena señalada al delito es una sola é indivisible, la pena del cómplice de delito consumado es la inmediatamente inferior, sea esta divisible ó indivisible.	Muerte.	Cadena perpétua.

CASOS Y REGLAS.	PENA SEÑALADA EN EL CÓDIGO AL AUTOR DEL DELITO.	PENA CORRESPONDIENTE AL CÓMPLICE DE DELITO CONSUMADO.
2.°—Cuando la pena señalada al delito esté compuesta de dos indivisibles, la correspondiente al cómplice de delito consumado se compondrá de la pena mas baja de aquellas y de los grados máximo y medio de la inferior.	Cadena perpétua á muerte.	Cadena temporal en su grado medio á cadena perpétua.
3.°—Cuando la pena señalada al delito se compone de dos indivisibles y del grado máximo de otra divisible, la pena del cómplice de delito consumado es la última de aquellas tres penas en toda su estension.	Cadena temporal en su grado máximo á muerte.	Cadena temporal.
4.°—Cuando la pena señalada al delito principal sea una sola divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado es la inmediatamente inferior.	Cadena temporal.	Presidio mayor.
5.°—Cuando la pena señalada al delito se compone de tres divisibles, la correspondiente al cómplice de delito consumado se compondrá de las dos mas bajas de aquellas y de la inmediatamente inferior.	Presidio menor á cadena temporal.	Presidio correccional á presidio mayor.
6.°—Cuando la pena señalada al delito es solamente el grado máximo de una divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado será la misma pena en su grado medio.	Prision mayor en su grado máximo.	Prision mayor en su grado medio.
7.°—Cuando la pena señalada al delito consiste en el grado mínimo de una divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado será el grado máximo de la inferior siguiente.	Prision mayor en su grado mínimo.	Prision menor en su grado máximo.
8.°—Cuando la pena señalada al delito consiste en el grado medio al grado máximo de una divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado será la misma pena en sus grados del mínimo al medio.	Extrañamiento temporal en sus grados medio al máximo.	Extrañamiento temporal en sus grados mínimo al medio.
9.°—Cuando la pena señalada al delito consiste en el grado mínimo al grado medio de una divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado es el grado mínimo de la misma pena y el máximo de la inferior inmediata.	Destierro, de su grado mínimo á su grado medio.	Destierro en su grado mínimo á la de sujecion á la vigilancia de la autoridad en su grado máximo.
10.—Cuando la pena señalada al delito se compone de una indivisible y de los grados máximo y medio de otra divisible, la correspondiente al cómplice de delito consumado consiste en los tres grados de la última.	Cadena temporal en su grado medio á cadena perpétua.	Cadena temporal en toda su estension.
11.—Cuando la pena señalada al delito se compone de dos indivisibles y de una divisible en toda su estension, la pena del cómplice de delito consumado se compondrá de las dos inferiores y de la inmediata á la última de estas.	Cadena temporal á muerte.	Presidio mayor á cadena perpétua.
12.—Cuando la pena señalada al delito se compone de una indivisible y de dos divisibles, la correspondiente al cómplice de delito consumado se compondrá de las dos mas bajas y de la inmediatamente inferior en grado á la última de ellas.	Suspension á inhabilitacion especial perpétua.	Multa á inhabilitacion especial temporal.
13.—Cuando la pena señalada al delito se compone de los grados medio y mínimo de una divisible y del máximo de su inferior, la correspondiente al cómplice de delito consumado se compondrá de los grados medio y mínimo de la segunda de estas y del máximo de su inferior.	Presidio menor en su grado máximo á presidio mayor en su grado medio.	Presidio correccional en su grado máximo á presidio menor en su grado medio.
14.—Cuando la pena señalada al delito se compone de dos divisibles en toda su estension, la correspondiente al cómplice se formará de la mas baja de estas y de la inmediatamente inferior.	Prision correccional á prision menor.	Arresto mayor á prision correccional.
15.—Cuando la pena señalada al delito se compone de cuatro grados correspondientes á dos penas, la de cómplice del delito consumado se compondrá de la mas baja de ellas en toda su estension y del grado máximo de la inmediatamente inferior.	Prision menor en su grado máximo á prision mayor.	Prision correccional en su grado máximo á prision menor.

Espuesto ya todo lo que creemos necesario para la completa inteligencia del Código penal, en lo que se refiere á las penas por la complicidad del delito consumado, para completar esta materia debemos decir algunas palabras sobre las penas de la complicidad del delito frustrado y de la tentativa. Las reglas que dejamos espuestas, son las mismas en estos diferentes grados de criminalidad de los partícipes de un delito: las penas se imponen siempre en el grado inmediatamente inferior á aquel que corresponde al autor del hecho; por lo tanto, cuando al autor del delito frustrado corresponde la pena de cadena perpétua, al cómplice de delito frustrado se impondrá la de cadena temporal, y cuando al autor de tentativa corresponda la de cadena temporal, á su cómplice se impondrá la de presidio mayor. Fácil es, bajo este supuesto, resolver todos los casos que en la práctica se ofrezcan.

Solo nos resta, para terminar esta materia, hablar de la pena en que incurren los cómplices de una falta. El Código penal, en el citado art. 501, establece que los cómplices en las faltas sean castigados con la misma pena que los autores del delito, en su grado mínimo. No se ha seguido, pues, en este punto exactamente la regla adoptada respecto á los delitos, en los cuales la pena del cómplice es la inmediatamente inferior á la señalada á los autores; pero sí su espíritu. Para la justificacion de esta diferencia, basta tomar en cuenta la exigüidad de las penas para los autores, la escasa importancia en el órden penal de la complicidad en estos actos, y la latitud que dentro el grado mismo tiene el juez, para que pueda, con su prudente arbitrio, acomodar la pena á la naturaleza, gravedad y circunstancias de los hechos penados.

§. 3.° *Responsabilidad civil de los cómplices.*

Si todo acto voluntario, que causa perjuicio á un tercero, nos hace responsables, civil ó criminalmente, ó de ambos modos, preciso es que los *cómplices* se hallen en estos casos.

Pero en primer lugar, las enunciativas *cómplice* y *complicidad*, parecen mas propias, ó por lo menos, son mas usuales en el órden criminal, que en el órden civil. Alguna vez, sin embargo, se usan tambien en el órden civil, cual sucede, por ejemplo, en asuntos mercantiles, en los casos de alzamiento y quiebra fraudulenta, segun vemos mas adelante en su artículo particular. Siempre en el órden civil, el que coopera á irrogar perjuicio á un tercero en sus intereses, es obligado á reparar; pero no en forma, ni con carácter de pena, como en lo criminal; sino como simple reparacion, ó indemnizacion civil, y con variadas formas, segun los casos; esto es, segun el contrato, ó cuasi-contrato; segun el hecho civil de que proviene el perjuicio; y es, por tanto, al derecho civil á donde ha de recurrirse en las cuestiones que haya que resolver. Allí, los que á prorata, ó de mancomun deban indemnizar, no se llamarán cómplices, salvo algun caso de escepcion; pero tendrán otro nombre: con los mismos efectos, sin embargo.

En lo criminal no es así. Entre los que deben reparar, los hay que espresa, específica, y técnicamente se llaman cómplices, los cuales comparten con los autores la indemnizacion de daños; aunque no lo que no es *compartible*, esto es, la pena corporal, que cada uno debe sufrir la suya.

De aquí vienen algunas de las diferencias esenciales de ambas penas. La *corporal* es absolutamente personal: uno no puede pagarla por otro, ni omnímoda, ni subsidiariamente. No pagaria entonces cada uno lo que debia; sino su pena y la de otro, lo cual es la injusticia. En la *reparacion civil* sucede todo lo contrario, es divisible: admite mancomunidad: pueden unos pagar subsidiariamente por otros: y puede este pago subsidiario convertirse sin injusticia en pago absoluto; esto es, el pago parcial de todos puede hacerse por uno solo, sin reclamacion efectiva, si los demás son insolventes. Ofrecen alguna dureza esta legislacion y estos principios; pero desaparecen considerando que, preexistiendo estos y aquella al hecho punible, autores y cómplices saben á lo que se esponen,

con ese conocimiento delinquen, y no solo no es violento, sino que es lógico y justo el suponer que así lo quieren. Por ese consentimiento, pues, pagan todos y cada uno con las leyes de la mancomunidad, sin reclamacion en el pago subsidiario, si hay insolvencia en los demás. Mas ilógico, duro é injusto seria lo que sucederia en el caso opuesto, y es que no siendo *compartible, mancomunada* y *solidaria* la indemnizacion, el defraudado, que no habia delinquido, se quedaria sin reparacion, y sin castigo civil el cómplice insolvente.

De aquí nace otra consecuencia legítima, que debe acoger toda buena jurisprudencia, y es la ley terminante en algunos Códigos, á saber: que en caso de duda en esta materia, entre quedar impune el delincuente, y sin reparacion el agraviado, la duda ha de resolverse en favor de éste.

Otra diferencia esencial hay que considerar entre la pena corporal, y la civil de indemnizacion. Es un dogma que la pena, para ser justa, ha de ser, entre otras cosas, proporcionada al delito. Y ahora bien: en el daño á la persona en su cuerpo, la naturaleza señala el término máximo: puede llegar á la muerte: á muchas muertes; pero el tipo es fijo y seguro: la persona, la individualidad que ha sucumbido. El legislador, pues, tiene un tipo máximo normal: puede fijar de antemano una pena, fija y normal tambien: una pena taxativa.

Pero á la muerte puede llegarse por diversos grados de mal; por golpes, por heridas, etc.: por diversos medios; por heridas, por veneno, por sofocacion, estrangulacion, etc.: y con diversas circunstancias; con alevosía, con ensañamiento, etc. Pero todo esto cae por bajo de un tipo fijo: de la muerte; y si algunas incidencias de las indicadas parecen esceder de ella, es solo como circunstancias accidentales, si bien agravantes, como, por ejemplo, el ensañamiento despues de la muerte. El muerto no lo será mas, porque haya ensañamiento posterior al homicidio, ó asesinato. Así, aquí no tenemos mayor daño que el de la muerte, inferido á la víctima; sino un daño de *intencion*; si bien intencion depravada, que debe castigarse como inmoralidad insigne, por el bien de la sociedad, para escarmiento de otros. Lo repetimos: el legislador tiene en esta materia un punto fijo de que partir, y hasta donde llegar: puede, por tanto, fijar una escala y gradacion razonable: puede fijar penas taxativas, y por regla general, las han fijado todos los legisladores; si bien dejando algo siempre á la prudencia del juzgador, cual es la apreciacion de las circunstancias agravantes y atenuantes; y aun mucho mas, en la imposicion de penas *estraordinarias*, lo cual no es ya legislacion organizada y filosófica; es la arbitrariedad.

No ampliamos mas estas indicaciones, porque habremos de hacerlo al tratar en sus artículos de las penas, de la responsabilidad civil y criminal, etc., debiéndonos ya limitar en el presente á la responsabilidad civil de los cómplices en materia criminal.

Acabamos de demostrar, que, aunque siempre con riesgo, siempre con precision matemática, que no es posible en lo moral, el legislador puede fijar taxativamente la pena correspondiente á los autores, cómplices, etc.; pero deduciéndose de lo dicho, que no puede hacer lo mismo en la responsabilidad civil. Moralmente hablando, cabe fijarse un término de mal, un tipo de daño en el homicidio, la violacion, el estupro, etc.; pero ¿cómo en punto á daños civiles? ¿Cómo de antemano conocer y fijarse cuantitativamente la hacienda, que tendrá un ciudadano en los diversos períodos de la vida; el perjuicio parcial ó absoluto que en ella se le habrá de irrogar en cada caso, los derechos presentes y los eventuales en que podrá ser perjudicado, etc.? Por eso, en cuanto á la pena civil, sucederá una cosa: no habrá pena taxativa: todo lo harán la *prudencia*, y la *pericia*. Habrá, sí, un tipo fijo; pero indefinido, hipotético: fijo; pero no cuantitativo: que se repare *todo el daño;* pero *todo el daño* se examinará, conocerá y determinará por los medios prudenciales indicados.

Y así es en efecto, segun la letra del Código, y de todas las legislaciones. *Quantum interest*, era el tipo entre los romanos; esto es, todo el daño hecho, todo el que constare, ó se fijase por tasacion, regulacion pericial, etc.

El mismo principio domina en las leyes de

Partida: *el daño, ó menoscabo, que aviniere por tal razon como esta* (el hurto), *ó en otra manera semejante.* Y si bien por estos principios se fijaba la responsabilidad civil, en general, para autores y cooperadores, en la regla general se encerraba la proporcional, correspondiente á unos y otros.

Nada hay mas terminante en este punto, que el Código del Brasil.

Art. 22. «La satisfaccion será siempre tan completa, como sea posible: y en caso de duda, se decidirá en favor de la parte ofendida. Para ello, el perjuicio, causado á la persona ó bienes del ofendido, se evaluará en toda su estension, y en todas sus consecuencias. Se comprenderán en la calificacion, no solo los intereses ordinarios, contados desde el momento del crímen, segun el perjuicio causado; sino tambien los intereses compuestos.»

Art. 27. «Cuando el crímen haya sido cometido por varias personas, *todas quedarán obligadas solidariamente* á la satisfaccion del daño, á cuyo fin se entenderán *hipotecados especialmente* sus bienes, desde el momento en que el crímen fuere cometido.»

«Todas las personas, dice el Código francés, art. 55, condenadas por un mismo crímen, ó delito, serán *solidariamente* responsables de las multas y restituciones, y del importe de los daños, intereses y gastos.»

El Código de Nápoles copiaba este artículo en el 51 del mismo.

El Código penal español de 1822 establecia:

Art. 92. « En todo delito, además de la pena que le esté señalada por la ley, se debe imponer á los reos, cómplices, auxiliadores y fautores, receptadores y encubridores, la condenacion de costas mancomunadamente, sin perjuicio de que se pueda gravar á unos mas y á otros menos, segun el diferente grado de su delito.

Art. 93. « Tambien se debe imponer de mancomun á los reos, cómplices, auxiliadores y fautores, sin perjuicio de que se pueda gravar á unos mas que á otros, como queda espresado, el resarcimiento de todos los daños, y la indemnizacion de todos los perjuicios que hayan resultado del delito, así contra la causa pública, como contra los particulares; y lo que aquellos no puedan pagar, lo satisfarán tambien de mancomun, con la misma circunstancia, los receptadores y encubridores.»

No olvidaron las Partidas el principio de la *solaridad*: «acertándose muchos homes, dice la ley 20, tít. 14, Part. 7, en furtar una cosa, *cada uno de ellos es tenudo de la pechar* á su dueño. Mas, si uno dellos la entregase, ó pechase á su dueño la estimacion de ella, non la podria despues demandar á los otros.»

Nuestro Código penal actual, de 1848, reformado en 1850, desenvuelve completamente la responsabilidad civil, y la satisfaccion ya absoluta, ya proporcional. Pueden verse sobre ello los artículos 15, 16, 17 y 18. «Toda persona, dice el 15, responsable criminalmente de un delito ó falta, lo es tambien *civilmente*» Y todavia la responsabilidad civil se estiende á mas: á los bienes, de los que no son responsables criminalmente, por incapacidad de serlo, como, segun el art. 16, sucede con los locos ó dementes.

En el órden criminal la responsabilidad civil comprende, segun el art. 115, la *restitucion*, la *reparacion del daño causado*, y la *indemnizacion de perjuicios*.

Pero ¿cómo se hace la *reparacion*? Ya hemos manifestado, dando la razon de ello, que si bien las penas corporales puede fijarlas, y las fija *taxativamente* el legislador, no así la responsabilidad civil, á lo menos en todas sus partes. Esta, por la inversa, quien la fija es el juzgador; limitándose el legislador, como no puede menos, á fijar el principio. Este se encierra, segun hemos visto, en los artículos 8.°, 15 al 18, y 115 al 125. Mas en cuantía determinante, el art. 16 establece para un caso: «Los tribunales *señalarán, segun su prudente arbitrio*, la cuota proporcional de que *cada interesado haya de responder*.»

He aquí además, como el Código penal desenvuelve todo lo relativo á la responsabilidad civil, que, como hemos dicho, comprende la restitucion, la reparacion del daño, y la indemnizacion de perjuicios.

«Art. 116. La restitucion deberá hacerse de la misma cosa, siempre que sea posible, con abono de deterioros ó menoscabos á regulacion del tribunal.

»Se hará la restitucion, aunque la cosa se halle en poder de un tercero, y este la haya adquirido por medio legal, salva su repeticion contra quien corresponda.

»Esta disposicion no es aplicable en el caso de que el tercero haya prescripto la cosa, con arreglo á lo establecido por las leyes civiles.

»Art. 117. La reparacion se hará valorándose la cantidad del daño, á regulacion del tribunal, atendido el precio natural de la cosa, siempre que fuere posible, y el de afeccion del agraviado.

»Art. 118. La indemnizacion de perjuicios comprende, no solo los que se causen al agraviado, sino tambien los que se hayan irrogado por razon del delito á su familia ó á un tercero.

»Los tribunales regularán el importe de esta indemnizacion, en los mismos términos prevenidos para la reparacion del daño en el artículo precedente.

»Art. 119. La obligacion de restituir, reparar el daño ó indemnizar los perjuicios, se trasmite á los herederos del responsable.

»La accion para pedir la restitucion, reparacion ó indemnizacion, se trasmite igualmente á los herederos del perjudicado.»

»Art. 120. En el caso de ser dos ó mas los responsables civilmente de un delito ó falta, los tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno.

»Art. 121. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior, los autores de un delito ó falta son siempre mancomunadamente responsables por sus respectivas cuotas.

»Los autores de un delito son además responsables por las de los cómplices y encubridores, salva la repeticion recíproca entre los mismos por sus responsabilidades respectivas.

»Los cómplices de un delito son mancomunadamente responsables entre sí, y subsidiariamente, por las cuotas de los autores y encubridores. Esto mismo se observará en su caso para con los últimos, relativamente á sus cuotas y las de los autores y cómplices del mismo delito.

»Art. 122. El que por título lucrativo participe de los efectos de un delito ó falta, está obligado al resarcimiento, hasta la cuantía en que hubiere participado.

»Art. 123. Una ley especial determinará los casos y forma en que el Estado ha de indemnizar al agraviado por un delito ó falta, cuando los autores, y demás responsables, carecieren de medios para hacer la indemnizacion.»

Este artículo encierra sin duda una máxima plausible. La sociedad garantiza á todos sus personas y derechos: para eso les exije obediencia, tributos, etc. ¿Qué cosa mas natural que el que ella supla, en bien del agraviado inculpable, la falta de energía y diligencia de sus autoridades, unas veces; otras, la insuficiencia acaso de las leyes; y aun los males, contra los cuales es impotente la diligencia individual? Pero, como nota bien un publicista español, la ley especial se espera largo tiempo, y el art. 123 continuará siendo una máxima.

La responsabilidad civil del cómplice, del mismo modo que la de los autores y encubridores, comprende, pues, la restitucion de la cosa, la reparacion del daño causado, y la indemnizacion de perjuicios, segun espresamente lo dispone el Código penal. No es de este artículo tratar de cada una de estas clases de responsabilidad, para establecer qué es lo que comprende y hasta dónde alcanza, porque no es materia especialmente relativa á cómplices: en sus lugares oportunos, quedará completamente desenvuelta. Aquí solo debemos hablar de la responsabilidad civil, especial á los cómplices.

En cuanto á la reparacion, aparece desde luego, que no en todos los delitos puede haber lugar á ella: solo cuando los intereses materiales de las personas hayan sido perjudicados por el delito ó por sus consecuencias, procederá la reparacion civil. Tambien puede conocerse á primera vista, que no todos los delincuentes tienen que restituir; reparar é indemnizar: así, solo el que tiene lo ajeno, es el que debe restituirlo; y hay mu-

chos delitos, todos los que no son contra la propiedad, ó que siéndolo, no se halla la cosa en poder de uno de los delincuentes, en que habrá lugar, ya á la reparacion, ya á la indemnizacion de perjuicios.

Mas, dejando la esplanacion de esta doctrina para lugar mas oportuno, corresponde aquí examinar en qué proporcion debe contribuir el cómplice á la responsabilidad civil, cuando están tambien sujetos á ella autores y encubridores. Claro es que á la restitucion, segun queda indicado, solo puede condenarse al que tenga la cosa hurtada, robada, ó adquirida con estafa ó por cualquiera otro delito de los penados en el Código; pero respecto á la reparacion é indemnizacion, debe repartirse la cantidad, en que consiste el perjuicio ó el daño ocasionado, entre los que mas ó menos participacion tuvieron en el delito.

Difícil seria señalar una regla precisa y aplicable á todos los casos: la considerable desigualdad, que hay en la riqueza, se opone á que el legislador pueda fijar con equidad la proporcion con que cada uno de los delincuentes debe contribuir á reparar, en lo posible, pecuniariamente el mal causado por todos. En esta dificultad insuperable, no ha quedado otro arbitrio que confiar la distribucion al prudente arbitrio de los tribunales, que son los que, con conocimiento de todos los antecedentes de la criminalidad respectiva, y de la fortuna de cada uno de los delincuentes, pueden cometer menos errores.

Fuera de esto, no habria mas que uno de dos medios: el primero seria distribuir, por partes exactamente iguales, la cantidad en que se valorase la reparacion ó la indemnizacion, lo cual en la práctica conduciria muchas veces hasta el absurdo; y siempre habria la injusticia de imponer á los cómplices igual suma, que á los autores y á los encubridores, lo que se avendria mal con la desigual participacion que cada uno de ellos tiene en el delito, con la diferente culpabilidad que la ley les supone, con la diversidad de penas con que los castiga, y con la diferente fortuna de cada uno. El otro medio seria el de señalar la cuota proporcional que debian satisfacer los autores, los cómplices y los encubridores, poniendo, por ejemplo, tres sestas partes á los primeros, dos á los segundos y una á los terceros, lo que estaria espuesto tambien á otros inconvenientes, entre los cuales, además de la desigualdad de las fortunas, no dejaria de ser muy importante el que podria suceder, que cuando fueran mas los autores que los cómplices, resultaria frecuentemente que la responsabilidad civil de cada uno de estos fuera mayor que la individual de aquellos. Optó, pues, la ley por el mejor medio al establecer, que en el caso de ser dos ó mas los responsables civilmente de un delito ó falta, el tribunal señalara la cuota de que debe responder cada uno (1).

Pero no podia desentenderse la ley del caso de ser insolventes algunos de los delincuentes, que es lo mas comun que suele ocurrir en las causas criminales. No podia aquí aplicarse la regla, que respecto á la responsabilidad penal se halla establecida: segun ella, nadie debe sufrir mas castigo que el que personalmente se le haya impuesto: la muerte, la ocultacion, la fuga de un partícipe del delito, ni agrava, ni altera la pena del compartícipe. Solo hay un caso en el Código, en que esto puede suceder, á saber: cuando se ha impuesto á alguno la pena capital, y á otro la de cadena perpétua, en los casos en que á esta pena es accesoria la de argolla, porque entonces la fuga, ó indulto del primero, hace imposible la esposicion pública del segundo.

Mas en la responsabilidad civil, no podia establecerse la regla, que generalmente tiene lugar en la penal, porque en la mayor parte de casos vendria á ser ineficaz y nula en sus resultados: quedaria escrita en la ley y en la sentencia; pero la ley y la sentencia, se estrellarian contra la pobreza de los delincuentes. Justo es, pues, que todos y cada uno de los criminales respondan, ya proporcional, ya mancomunada, ya subsidiariamente á la reparacion é indemnizacion de los perjuicios causados. Entre el perjudicado y el delincuente, entre el ofendido y el ofensor, entre la victi-

(1) Art. 12 del Código penal.

ma y el verdugo, no puede ser dudosa la eleccion del legislador. Que la distribucion sea equitativa entre los delincuentes, es justo; pero mas justo aun es, que el perjudicado obtenga satisfaccion cumplida, mientras haya uno solo que pueda dársela.

Estos son los principios de la ciencia, que han encontrado aplicacion en nuestro Código penal (1), el cual establece que los cómplices de un delito, sean mancomunadamente responsables entre sí, y subsidiariamente por las cuotas de los autores y encubridores. De aquí se infiere:

1.° Que el cómplice responde siempre de la cuota que se le impone.

2.° Que responde mancomunadamente de la cuota de los demás cómplices: es decir, que si alguno de ellos es insolvente, tiene que repartirse su cuota entre los que tengan bienes con que cubrir la responsabilidad de todos.

3.° Que responde subsidiariamente de las cuotas impuestas á los autores y encubridores, lo cual tendrá lugar cuando entre estas respectivas clases no puedan satisfacerse las cuotas que les han cabido, ya que cada uno es responsable por todos, en virtud de la obligacion mancomunada que entre ellos existe.

Para concluir este párrafo, diremos que la responsabilidad civil de los autores de un delito comprende la obligacion de satisfacer las cuotas de los cómplices, salva la repeticion recíproca entre los mismos por sus responsabilidades respectivas.

SECCION IV.

CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO Y DE APLICACION.

La constitucion del delito y de la penalidad son á un tiempo el fundamento y la síntesis de toda la legislacion penal. De aquí la importancia y la trascendencia de todas las cuestiones, que se refieren á uno de estos dos principios; y en ese caso se halla seguramente la complicidad. La hemos espuesto ampliamente en las secciones anteriores, y todavía creemos oportuno añadir las consideraciones siguientes:

1.° Hemos asentado, y no será la última vez que lo repitamos, que nuestro Código penal, sobre todo en su libro primero, lleva ventajas científicas tal vez á todos los de su clase: lo propio repetiremos de la clasificacion de los culpables; pero no hemos dicho que esta sea científica y omnímodamente perfecta, si puede haberlo alguna sin ser casuística, y ese seria otro defecto.

Sobre esto aun volveremos á hablar en otros artículos, y entre ellos en el de DELINCUENTES. Solo diremos ahora, que en el Código primitivo de 1848 no venia la *complicidad* como ahora en el reformado de 1850. El art. 13 de aquel, que es tambien el artículo 13 del de 1850, además del párrafo, que ahora constituye este, contenia como párrafo segundo el siguiente: «Tambien se consideran cómplices, los que dan asilo, ó cooperan á la fuga de los delincuentes, notoriamente habituales, con tal que no sean sus ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos, ó afines en los mismos grados.»

Creemos recordar que esta adicion se hizo en la discusion habida en el Senado. Poco tiempo despues, por Real decreto de 21 de setiembre de 1848, oida la comision de Códigos, y de conformidad con su dictámen, se indujeron varias modificaciones, entre ellas la de mandar suprimir en el art. 13 el citado párrafo segundo, pasando al art. 14, y por tanto de la *complicidad* á la *recepcion*, el hecho reprobado de *facilitar la fuga* á los delincuentes. ¿Ganó en esto el sistema científico del Código? ¿Ganó la causa pública? Punto es este que merece exámen, y que por tanto volveremos á tratar en los artículos ENCUBRIDOR y RECEPTADOR.

2.° Para que haya cómplices es menester que exista *cuerpo de delito*, ó lo que es lo mismo, que haya certeza jurídica de que se ha cometido un hecho, calificado de delito por la ley. Seria de desear que, acerca del hecho punible, existiesen siempre la verdad

(1) Artículo 121.

jurídica y la verdad *natural*; pero en muchas ocasiones no existirá sino la primera. Los anales judiciales de las naciones presentan casos de procesos sobre homicidios, en que estos se han dado por probados, segun las leyes del procedimiento, y luego, andando el tiempo, ha aparecido el que se supuso muerto.

3.ª Para la aplicacion de la teoría y del derecho, no es necesario que el autor del delito sea conocido. En los delitos de muchedumbre, no lo es siempre, ó lo es pocas veces. La ley tiene que recurrir entonces á un juicio moral, á una fórmula espeditiva, como los casos la permiten, y la *vindicta pública*, el bien general lo reclama. No dice quiénes son taxativamente autores y cómplices; pero ordena que sean penados *como autores*, *cómplices*, etc., los que se hallen en tal y tal caso. Pero aun en esto hay verdad *jurídica*: cada uno es ante la ley lo que ella ha declarado que sea. Pero aun en la naturaleza de las cosas está, y es por eso un principio filosófico, el que *no hay efecto sin causa*. ¿Existe el delito? ¿Hay certeza natural y jurídica de este? ¿Hay siquiera *certeza jurídica*? Pues indudablemente hay autor. No importa ya, para ciertos efectos legales, saber quien sea. ¿Hay auxiliadores? ¿Resulta jurídicamente que alguno atentó, prestó caballo, dió armas á un desconocido, que luego desapareció, constando, sin embargo, que cometió el crímen? Pues tales auxiliadores, si no lo han sido de modo que puedan ser reputados coautores, al tenor del art. 12 del Código, serán cómplices, al tenor del art. 13.

4.ª Esta cuestion dá lugar á otra: el cómplice, ¿lo es *del autor*, ó lo es *del hecho*; ó mas bien, *en el hecho punible*? En lo comun, se comprende lo primero, y el lenguaje gegeneral lo espresa así. Se dice *cómplice* de *Ticio*, ó de *Mevio*, como si quisiera darse á entender, *de un mismo acuerdo con estos*. Pero la verdad es que en el orígen filológico, si cómplice es *como complicado*, segun antes esponemos, esta implicacion se refiere mas al *hecho*, que á las *voluntades*.

5.ª Pero esta cuestion es conexa con otra, de grave importancia por cierto: ó es la misma, traida mas á la práctica, espresada en términos de ejecucion, á saber: para que haya complicidad ¿es indispensable *esplícito y comun acuerdo* entre *cómplices* y *autores*? Ningun Código de Europa lo requiere *espresamente*, ni por tanto nuestro Código penal. Es singular que algunos Códigos, sobre todo de comercio, exigen el *acuerdo prévio* entre el quebrado fraudulento y sus cómplices (véase **COMPLICES**, *en la bancarrota*); y ninguno, repetimos, en los delitos comunes.

Cierto que algunos Códigos penales, como el francés (art. 59); el de las Dos-Sicilias (artículo 74); el de Fribourgo (art. 43); y el de Vaud (art. 43), exigen que los auxilios á los autores se presten á *sabiendas*, ó sabiendo *que se trata de cometer un delito*; pero esto no es todavía *prévio*, *esplícito* y *mútuo acuerdo*: es meramente, de parte del cómplice, la *advertencia y deliberacion* que requiere la moral para imputar las acciones; la *voluntariedad* que requiere el derecho para imputar un delito. Nuestro Código penal vá en esto mas allá que otros; aunque no mas allá de la filosofía: en el hecho de practicarse «acciones ó omisiones penadas por la ley, *se reputan siempre voluntarias*, á no ser que se pruebe lo contrario (art. 4.°).» En virtud de este principio capital, nuestro Código penal no repite, como otros, la circunstancia de *cometerse* el hecho punible, ó prestar el auxilio á *sabiendas*.

Nótese que el principio se asienta como *general*: para todos los casos, y por tanto para autores y cómplices: y en virtud de todo, es preciso concluir que para la complicidad no se necesita acuerdo *prévio* y esplícito con los autores.

No dirémos lo mismo del acuerdo tácito ó presunto. Ningun Código lo exige testualmente, porque ninguno tenia que exigirlo. Vá envuelto en los hechos, y está en la naturaleza de las cosas. Sin duda que el autor, *sia* mas que no rechazar la cooperacion, el auxilio, *lo admite*. El que lo presta con conocimiento de que auxilia la realizacion de un crímen, *lo quiere*: sin mas que ver que se admite su auxilio, que no se le rechaza, se comprende que por parte del autor, sin nece-

sidad de mas hablarse, ni aun de conocerse, *se consiente en él*. El presta el auxilio para que el crímen se cometa: el autor lo admite para lo mismo: los dos quieren una misma cosa; sin que importe que sea por idénticas ó por opuestas miras: ambos tienen en esto el mismo fin: ambos quieren los medios: coinciden las voluntades, á sabiendas, en una misma cosa, en un mismo propósito; *de eodem secundum idem*: hé aquí el consentimiento *tácito*.

No es esto, sin embargo, sino una presuncion *juris*, que admite prueba en contrario. Si no se puede dar, ó si se renuncia á darla, es lo mismo; pues prevalece en tal caso la presuncion.

Mas si se diese, si los auxilios se hubiesen prestado *no á sabiendas* de que se favorecia un crímen, no habrá complicidad; aunque pueda haber un delito ó falta de otro género, que se castigarán como tales, segun las prescripciones de las leyes penales. Queda así sentado, que la denegacion de la complicidad, no es por eso denegacion de culpabilidad; y prevenida la especie de alarma, justa y moral por cierto, de que el culpable, el autor de hechos justiciables que se declare no ser cómplice, quede por eso impune. Lo que sucede es, que no será en tal caso castigado como cómplice; pero lo será como autor de sus hechos.

6.ª Hay un caso en que varios códigos exigen, y todos deben exigir, y así hay que entenderlo, el acuerdo prévio entre el autor y sus auxiliares: es cuando al primero se promete *recepcion, ocultacion, evasion*, etc., para despues de cometido el crímen. Alguna vez estos auxilios, *post crimen*, pueden ser de tal índole, tan eficaces, que sin ellos *no se hubiese podido cometer el crímen*, ó no se hubiesen lanzado sus autores á cometerlo. El auxilio en este caso se prestó, sí, despues; pero se prometió ó se estipuló antes; y puede constituir al *receptador* en apariencia hasta *co-autor*: siendo menos eficaz y necesaria la recepcion prestada, pero estipulada préviamente, lo constituirá cómplice. La estipulacion, pues, de la recepcion prévia á la perpetracion del delito, merece la atencion del juzgador y del oficio fiscal; bastando á resolverlas el testo de los arts. 12 y 13 del Código penal; aunque como otros, no contenga prescripcion testual y terminante para este caso; porque si, segun el art. 12, *se consideran autores* los que cooperan á la ejecucion del hecho por un acto sin el cual no se hubiera efectuado, y convenimos en que la *recepcion, ocultacion, evasion* prometida, se hallan en este caso, los promitentes se considerarán *autores*; ó cómplices á su vez, segun el art. 13.

En corroboracion de lo dicho, citarémos aun, en primer lugar, el notable testimonio de Rossi. «Supongamos, dice este notable publicista, á dos hombres, de los cuales uno delibera una accion criminal, sin cometerla; y otro la ejecuta maquinalmente, ó por lo menos sin un concurso imputable de su entendimiento y de su voluntad: ¿se librarán ambos de la accion de la justicia penal? Sí, ciertamente, si no existe *lazo* entre la resolucion del primero, y la accion del segundo; si estos dos actos son aislados é *independientes* el uno del otro. Mas no, si el *lazo* existe, si la resolucion del uno *ha sido causa*, mas ó menos inmediata, de la accion física del otro (1).»

Aquí no se vé que se exija el *mútuo* y *prévio* acuerdo. Puede ser este, á veces, el que sirva de *lazo* entre los dos propósitos, y para la realizacion del hecho; pero puede tambien no serlo. Uno está resuelto á cometer un crímen de asesinato y robo; pero aun no ha fijado el dia, ni el modo. Sábelo otro, que tiene jurada secreta y mental venganza á la víctima. Suponiendo que al primero le detenga la falta de armas y de caballo para salvarse, le dirige un anónimo indicándole donde lo hallará todo á su órden. El autor se cerciora, y se decide: ejecuta el hecho. No se conocian el autor y el auxiliante: el uno se ha movido por codicia, el otro por venganza: no se habian visto nunca: no habia prévio y mútuo acuerdo; y ni aun identidad de motivos. Hay, sin embargo, entre el hecho de los dos culpables el *lazo* natural que entre la causa y el efecto; hay lo que pide Rossi, y basta: son culpa-

(1) Tratado de Derecho penal, tomo 2.º, capítulo 24.

bles del mismo hecho punible, el uno como *autor*, el otro como *cómplice*.

«Es culpable *por participacion*, añade aun, sea *principal*, sea *secundario*, el que á *sabiendas* y *voluntariamente* ha contribuido de un modo cualquiera á un crímen ó delito (1).» A *sabiendas* y *voluntariamente*: nada mas. Conoce lo que hace: sabe que haciéndolo, auxilia á un criminal, favorece la realizacion de un crímen: es partícipe en él. Será autor, ó será cómplice, segun el grado de auxilio; pero será *complicado*, *co-delincuente*: cómplice en su caso, sin *mútuo*, *esplícito* y *prévio acuerdo*.

Por otra parte, en los delitos de muchedumbre, en los tumultos armados y movimientos perturbatorios del órden, que estallan de repente, seria muy difícil evidenciar el acuerdo prévio. En muchos de los casos no habrá mas fundamento para la inculpacion, que la *voluntariedad* individual, el obrar todos y cada uno á *sabiendas* de que coopera, ó favorece un motin, una sedicion, etc.

Lo propio sucede muchas veces en los delitos á que se escita y dá ocasion por medio de discursos, proclamas, impresos, y escitaciones dirigidas á la muchedumbre; no á nadie en particular. En este punto es notable la ley de 17 de mayo de 1819, de Francia; segun su art. 1.°, corresponde á los hechos ordinarios que constituyen *complicidad*, toda *provocacion*, *seguida de efecto*, á un crímen ó delito, hecha por medio de *escritos, ó impresos vendidos, puestos en venta, ó espuestos en lugares ó reuniones públicas, haya habido ó no relacion personal* entre el autor de la provocacion y los que han cometido el crímen.

El *lazo*, pues, que, por lo menos, ha de intervenir; pero que bastará que intervenga, para la culpabilidad y penalidad, segun la teoría de Rossi, y segun el modo con que en multiplicados casos se realizan los crímenes, será la correlacion física ó moral de *causa* y *efecto*, entre la cooperacion y el delito: la *voluntariedad* y advertencia de lo que hace, y propósito á que sirve el auxiliante: la *intencion comun* de todos, diremos con Faustin Hélie. En un gran número de casos no puede haber otra cosa. Ni ¿qué otro género de acuerdo cabe en la sedicion y rebelion, respecto de los que, habiendo ya estallado ostas, se agregan sucesivamente, aun á última hora? ¿Cuál, en los que en todo delito toman parte por actos simultáneos á la ejecucion?

7.ª En otros países, en Francia, por ejemplo, las circunstancias que constituyen complicidad, son de *estricta interpretacion*, y así el Tribunal de Casacion lo tiene allí declarado. Pero es porque el Código penal francés determina los *modos* de cooperacion del cómplice. Nuestro Código penal ofrece un sistema inverso. Son cómplices, segun él, los que, no siendo, ó debiendo reputarse autores, al tenor del artículo 12, *cooperan á la ejecucion del hecho por actos anteriores ó simultáneos*. El Código fija el principio: la prudencia del juzgador es la que determina en cada caso, si el hecho, de que ha de responder el encartado, es de complicidad ó no. Entre nosotros, pues, no puede sostenerse que la complicidad es de estricta interpretacion, sino de interpretacion prudencial, ya en cuanto á los modos de cooperar, ya en cuanto á la intencion del ajente.

8.ª Si no es delito sino la accion ú omision, que el Código pena en tal concepto; y el Código no pena, ni ninguna ley, los delitos *materiales*; es una duda si en estos puede haber, ó no, cómplices. Y aquí vuelve á aparecer la teoría antes espuesta, de si el cómplice lo es *del autor*, ó *con el autor*, en el hecho punible: sócio en el hecho, porque lo es esplícita, ó convencionalmente en la voluntad; ó por la inversa, sócio en la voluntad damnable, porque es partícipe á sabiendas en el hecho punible. Nos hemos declarado por este último, salvo que espresamente y á mayor abundamiento conste otra cosa, conste la inteligencia, ó convenio espreso; y en tal supuesto es fácil la solucion de la cuestion.

La perversidad hace su instrumento para dañados fines á un loco, á un niño, á una persona irresponsable; y se realiza un incendio, una inundacion, un hecho criminoso, en fin. Los provocadores, auxiliantes, etc., no lo han

(1) Tratado de Derecho penal, tomo 2.°, capítulo 24.

sido de modo que puedan ser reputados autores. ¿Serán cómplices? ¿De quién, si no hay autor responsable? ¿De qué hecho, si el ejecutado por el niño, por el demente, etc., no es justiciable? No hay delito *personal* en efecto; pero hay delito *legal*. El hecho practicado está declarado punible, en sí, por la ley: es delito segun ella; y otra cosa es la responsabilidad, ó irresponsabilidad personal del autor, que puede no serlo, sino *material*, automático, como en el caso supuesto. Los que *á sabiendas* han movido el instrumento, en sí inofensivo, son culpables; y segun el grado de su culpa, serán co-autores, ó cómplices: no cómplices del autor material ¿ni cómo, si no tiene culpa, y ellos sí? sino cómplices en el hecho justiciable. Lo convence así el buen sentido. Lo convencen los principios de derecho, y lo corrobora la autoridad del publicista ya citado, Rossi. No hay *corresponsabilidad*, habia dicho ya este insigne escritor, segun hemos visto, cuando no hay correlacion entre el acto *moral* y el *físico*, ó material, de un delito, si no hay *lazo* entre ellos. «Mas, si este *lazo* existe, añade; si la *resolucion* de un ajente *ha sido la causa*, mas ó menos inmediata, de la *accion física* del otro: si un *niño*, un *loco*, impelidos por un hombre dotado de razon, se arroja á poner fuego en los establos de un vecino, el ajente *material* quedará impune; pero el autor de la *deliberacion*, sin haber puesto mano en el hecho imputado, será responsable de él (1).»

Partimos del supuesto de que los impelentes han tomado bastantes precauciones para no aparecer, ni ser reputados autores. ¿Qué serán, si no son reputados cómplices? ¿Autores de delito particular? La penalidad especial, ó peculiar al hecho de cada uno, juzgado aisladamente, pudiera ser la impunidad, ó poco menos; mientras es un hecho que el crímen se les debe: que éste no tiene otro responsable; y que no ha de convertirse en provecho de ellos la refinada perversion de haberse servido para sus criminales miras de un ajente irresponsable.

(1) Rossi, lugar citado.

9.ª Mayor dificultad ofrece en teoría la cuestion en el suicidio. En el caso anterior se trataba de un crímen, declarado tal por la ley. En otras legislaciones, el suicidio está reputado *homicidio voluntario*, muerte imputable (*meurtre*) (1), lo cual ya ofrece ocasion para razonar sobre cómplices: pero en nuestro Código penal no es así. Admite, sin duda en eso, la teoría de compasion, de decoro del género humano, de la *enajenacion mental* del suicida. Y no solo no declara *homicidio voluntario* al suicidio; sino que se adelanta, parece que de propósito, estremando la teoría de la *demencia*, á escluir la posibilidad de la complicidad, cuando determina las penas, que se han de imponer á los que auxilien á un suicida (2): penas que no son civilmente las de los cómplices de *homicidio*: que son tal vez leves por demás, en el caso especialmente de *ejecutar el mismo auxiliante la muerte*; pero de esta cuestion tratamos en otro lugar. Véase **suicidio**. Lo que sí hay que asentar es, que, pues el suicidio no es delito declarado por la ley, y no pudiendo ser, por tanto, ni delito *personal*, ni delito *legal*, ó material, no admite cómplices.

10. Si el delito *desaparece* en un todo para el autor, por el poder de la ley, cesa la complicidad. Tal sucede en las *amnistías*, aunque solo se esprese en ellas á los autores. ¿Cómo se *borraría* el delito, *sin quedar memoria de él*, mientras estuviese representada su memoria en la procesacion y castigo de los cómplices? Una amnistía, que los escluyera, si pudiera darse, no sería sino un *indulto*; ni habria en ello mas que un abuso de palabras.

11. Otra cosa ha de decirse del indulto. El indulto no *borra* el delito. No tiene límites, ni efecto fijo por la naturaleza de las cosas, y por el consentimiento universal, como la amnistía. Alcanza á quien quiere la Corona; y puede limitarse á los autores, y escluir á los cómplices; y aun para escluirlos, bastaría el no hacer mérito de ellos. No hay repugnancia en

(1) Art. 295 del Código penal de Francia.
(2) Art. 335 del Código penal de España.

los indultos particulares, pues fundados en una razon ó motivo personal, puede este no concurrir en los cómplices. Otra cosa sería, ó debería ser en los indultos generales. Aun en estos, la autoridad ejecutora se ceñirá á su tenor, y en tal caso, de ofrecer violencia, que parezca no poder haber querido la Corona, en la no mencion de los cómplices, los escluirá, esponiendo, segun para un caso, hasta cierto punto análogo, ordena el art. 2.° del Código penal, en su párrafo 3.°

12. Puede suceder que, en virtud de una ó mas circunstancias agravantes, el cómplice sufra tanta ó mas pena que el autor.

El Tribunal de Casacion en Francia tiene declarado que, cuando al autor se le absuelve de la agravacion, por circunstancia agravante, ha de entenderse tambien absuelto de ella al cómplice. Por ejemplo, los cómplices de un escribano falsario, á quien se absuelve de agravacion, no serán castigados sino por un delito comun de falsedad; y no por falsedad cualificada (1). Si se trata de un ladron doméstico, los cómplices, en el mismo caso, no serán reos sino de hurto comun (2).

La jurisprudencia es sin duda equitativa; pero ¿es justa en el mismo grado? Si la circunstancia agravante fué prevista, ó debió serlo; ya que no fuese estipulada, no es ya solo personal del autor; sino propia de todos. Cada uno es reo del delito y de su agravacion; y en tal caso la agravacion de los cómplices no proviene tanto de que se diese en el autor, como de que cada uno la ha hecho suya. Cada uno debe pagar el mal que hace, y los cómplices han hecho el suyo con circunstancia agravante. Además, la absolucion del autor podria provenir de circunstancia personal atenuante. Si la absolucion, empero, proviene de que en el autor no se prueba la circunstancia agravante, es justa igual absolucion de los cómplices: pero lo será, no porque haya sido absuelto el autor; sino porque no hubo tal circunstancia.

13. Puede suceder que á virtud de una ó varias circunstancias agravantes, el cómplice sufra tanta, ó mayor pena que el autor, en quien concurran, á su vez, circunstancias atenuantes; y pueden las cosas suceder á la inversa. La cuestion, sin embargo, no es como la anterior. Aquí se aplica el derecho comun. El determina la pena absoluta, y la relativa, segun las circunstancias. La regla en esto es que las circunstancias agravantes no perjudican, ni las atenuantes favorecen, sino á aquellos, en quienes concurren: son puramente personales.

Esto, sin ambargo, no puede entenderse de las circunstancias agravantes, que se han estipulado préviamente, ó que debian preverse. Uno, para prestarse á auxiliar al asesino, impulsado por la venganza, ú otra causa análoga, estipula que la muerte proyectada por el autor, lo ha de ser con ensañamiento, con ultrajes repugnantes á la moral y á la naturaleza. Otro, se decide á auxiliar el robo de caudales públicos, que ha proyectado ejecutar un empleado de hacienda pública, y por tanto con abuso de sus funciones, tratándose de caudales que le estaban encomendados. Claro es que en estos casos el cómplice conoce, y quiere préviamente así el delito, como su agravacion, y es por tanto, responsable de ella, por mas que principalmente la circunstancia agravante afecte al autor: y es porque realmente, en este caso dicha circunstancia no concurre de parte solo de uno; sino de los dos.

14. Puede suceder, que en el acto de la ejecucion, alguno de los asociados se esceda personalmente. La responsabilidad es solo suya, como el esceso; y en lo cual ya no es cómplice; sino autor. Se pensó en matar únicamente, y uno de los auxiliantes, aprovechando la triste ocasion, roba. Él solo es el ladron.

Pero puede suceder, que aun este esceso debiera preverse. Uno promete su auxilio á un bandido, para un robo nocturno. Este bandido, reo ya de otros robos iguales, habia matado siempre. El cómplice, por tanto, debió preverlo, y se asocia voluntariamente á la verosimilitud, á la ocasion próxima de matar al robado.

(1) Sentencia de 23 de diciembre de 1825.
(2) Id. de 28 de setiembre de 1828: y 19 de junio de 1929.

Lo mismo sucederá si se concertó el robo nocturno á todo trance, tratándose de una casa poblada y defendida, y cuyo dueño, con sus hijos, y criados, ha acostumbrado á defenderse en otras ocasiones. La defensa es ahora segura tambien; y si el robo habia de hacerse á todo trance, dentro de los medios entra hasta el de matar, lo cual era de preveerse, y se debió prever.

15. La complicidad puede tener lugar contra personas, que aun no existen civilmente, y ni aun naturalmente. Por miras de falso honor, de calumnia, de inícua codicia, uno aconseja á otro que es preciso á todo trance impedir la sucesion de una persona. El consejo recae sobre una voluntad, ya predispuesta. No es decisivo del plan; pero es sujestivo, y con otras concausas, produce resolucion. El aborto de la nueva casada, la muerte de cualquier otro modo de lo que dé á luz, queda hipotéticamente resuelto. A su tiempo se realiza el criminal atentado; proviniendo, como se vé, de una causa anterior.

16. Como la complicidad tiene tracto civil, como toda delincuencia, los publicistas sostienen como doctrina corriente, y que parece fundada, que la complicidad puede perseguirse aun cuando haya muerto el cómplice. Esa es sin duda la índole de las acciones civiles, ya nazcan de contrato, ó *cuasi-contrato*; ya de delito, ó *cuasi-delito*.

17. Algunos códigos, como el francés, determinan y enumeran los medios ó especies de cooperacion, que constituyen la complicidad. No cabe en el particular una enumeracion taxativa, á *priori*. ¿Quién puede reducir á número, quién puede individualizar los medios, por que puede ser determinada en todos y en cada uno de los infinitos casos y ocasiones de la vida, la voluntad ajena? Todo lo que puede hacer la ley, cuyo alcance se halla limitado por la naturaleza de las cosas, ó lo que ordinariamente sucede, es ejemplarizar, ó sentar principios generales. Y sin embargo, el Tribunal de casacion de Francia ha declarado, y los publicistas franceses sostienen, que las prescripciones del art. 60 del Código penal francés (véase en la parte legislativa estranjera), ó sea la enumeracion en él consignada de los medios de coadyuvar el cómplice, es taxativa, ó nada, no por vía de ejemplo; sino taxativamente (1).

Puede sostenerse así, habiendo de atenerse al Código francés; pero el nuestro ha seguido otro sistema. Nosotros reconocemos tambien mas arriba que la complicidad es de estricta interpretacion; pero en otro sentido: solo en caso de duda sobre la índole de la accion que trata de apreciarse. Por lo demás, puede adoptarse por el legislador uno de tres sistemas: espresar taxativamente los casos: fijar algunos principios: ó dejarlo todo á la apreciacion judicial, por las reglas filosóficas del buen sentido y del criterio natural. Por el primero aspira, muy loablemente, á cerrar la puerta á la arbitrariedad; pero la cierra á la justicia en infinitos casos; versa sobre un imposible, que demostramos en el artículo DELINCUENTES: por el tercero, por abrir ámplia puerta á la justicia, la abre tal vez á la arbitrariedad: por el segundo, en su índole de término medio, aspira á conciliar los estremos, esperándolo despues todo de la jurisprudencia.

Este es el adoptado por nuestro Código penal. Bajo la fórmula mas genérica posible, reputa autores á los que «inducen *directamente* á otros á ejecutar el hecho»; y á los que «cooperan á la ejecucion del hecho por un acto, *sin el cual no se hubiera efectuado* (2):» cómplices son los que cooperan; mas no de tal modo, que deban ser comprendidos en la categoría de autores. Pero, ¿cuál es el límite fijo, indubitado, entre la cooperacion *directa* y la *indirecta*? ¿Cuál el último límite de la influencia efectiva, física ó moral, para poder decir con certeza natural y legal, con completa conviccion y seguridad de conciencia, que el crímen se hubiera seguido ó no con tal, ó sin tal auxilio? ¿Quién alcanzará á fijar estos límites, en una pluralidad tal de hechos y circunstancias, que su número, segun la espresion de Rossi, raya *en lo infinito*? La prudencia humana, personificada

(1) Sabigny y Canturet, *Enciclopedia de derecho*, artículo *Complicidad*, secc. 3.ª

(2) Art. 12.

ó supuesta, en la persona del juzgador. ¡Ardua por demás, inmensa, y base, á un tiempo *fundamental* y *contrastable*, de la humana justicia y de nuestros derechos, es, por cierto, esta parte de la teoría de la complicidad! Pocos emprenderán llevarla á cabo; y ninguno arribará á plena demostracion; porque no hay potencia humana que abarque lo infinito.

Es, pues, indispensable ceñirse á un criterio racional, cuyas bases son la filosofía y la jurisprudencia, algun tanto ayudadas por la ley. Es por todos reconocido el principio *metafísico* y *antropológico*, de que *voluntas humana sine motivis sese non determinat*. En virtud de él es preciso lanzarse á la esfera sin límites de los *motivos*, que determinan á la humana voluntad, en cada caso, y en todos los casos, si, en el curso sucesivo de las cosas, todos ocurrieran.

Y este no es aun sino el órden moral. Coincide tambien el órden físico, pues son físicos á veces los medios de coadyuvar; y aquí el juzgador se halla solo, ó casi solo, en el sistema de nuestro Código penal, dentro de otra esfera, de no mas reducidos límites: bajo la teoría física de las *causas* y los *efectos*. ¡Qué inmenso saber no exige todo esto de parte del juzgador!

Y sin embargo, la sociedad, y la ley, representándola, han reducido unas veces la inmensa cuestion de la *culpabilidad*, ya absoluta, ya relativa, *directa* ó *indirecta*, al rudo *criterio comun*, como en el jurado: otras al criterio jurídico, auxiliado por la ley, y por la ciencia, como en los *tribunales de derecho*.

La ley y la ciencia los auxilian, presentándoles, en epígrafes genéricos, digámoslo así, y ya taxativamente, como en el Código francés; ya por via de ejemplo ó demostracion, las causas y motivos, que mas ordinariamente juegan en la ejecucion y cooperacion al crímen. Como tales habrá que examinar y apreciar, ya en el órden moral, ya en el físico, las de miedo, fuerza, esperanza, temor, dádivas, promesas, consejo, provocacion, seduccion ó engaño: omisiones ó fraudes, abandono de funciones, connivencia: consejo, mandato, debida revelacion de secretos, instruccion debida: para el crímen: auxilios materiales de armas, instrumentos, asistencia personal: seguridades de evasion, de impunidad, etc.

Cada uno de estos medios necesita de una esposicion especial, que no podemos hacer sino en sus artículos correspondientes.

18. La *ejecucion* del delito es el punto de partida, segun nuestro Código penal, y, segun todos, para diferenciar entre *cómplices* y *encubridores*. Así son cómplices los que en la forma dada cooperan *á la ejecucion del hecho, por actos anteriores, ó simultáneos*; y son á su vez, y en la forma dada tambien, encubridores, los que, con prévio *conocimiento de la perpetracion* del hecho, intervienen *con posterioridad á su ejecucion*. La division de tiempos no puede ser mas filosófica. Antes del delito hay términos hábiles para cooperar á su preparacion y ejecucion: durante esta tambien: despues no hay posibilidad natural: y si alguna vez el *encubridor* puede ser cómplice, y aun autor, ya lo hemos dicho en su lugar, es porque prometió su encubrimiento, recepcion, etc., antes de ejecutarse el delito.

Pero todo ello supuesto, cuando un delito se dice *ejecutado, perpetrado, efectuado, consumado*, ¿qué son las espresiones de nuestro Código penal y de los demás? No parece haber duda. A caso por eso nadie, tal vez, ha tratado de prevenirla, ni resolverla; y sin embargo, la duda puede ocurrir; y del momento que se prefije, penderá mas de una vez, y pende con necesidad legal, como hemos visto, el que un co-delincuente sea autor, cómplice, ó encubridor. La cuestion, pues, merecia la atencion del legislador, y merece sériamente la del juzgador; y esta, con superioridad de razon, pues la ley ha dejado la apreciacion de ese momento al criterio judicial.

Uno, por ejemplo, dá una estocada mortal al acometido. Seguro de ello, por las circunstancias materiales del hecho, pues sabe dónde y cómo la ha dado; por los efectos, pues vé caida á la víctima, mortal y sin sentido; y por la criminal esperiencia que puede tener, si tal vez no es la primera que dá, y si aun

tal vez, asesino de oficio, ó avezado al crímen, tenia hábito de dar estocadas de muerte; y de apreciar desde luego su infalible efecto: seguro de ello, decimos, se retira, pensando ya solo en su evasiva. Otro malvado, que hasta entonces no habia tomado parte, ha presenciado, y aun celebrado el hecho. Sale al encuentro al matador: lo detiene: le persuade que no puede, ni debe marchar sin la seguridad de que el que deja por muerto, no pueda ser aun su testigo, mientras es tan fácil conjurar el riesgo, cortándole la cabeza: y así sucede. Los facultativos declaran luego que la estocada era *mortal de necesidad*; es decir, que con ella estaba *ejecutado* ó *perpetrado* el homicidio.

Y sin embargo, la naturaleza triunfa mil veces de los oráculos de la ciencia. Hay además naturalezas y conformaciones privilegiadas. Fuera de eso, el así mal herido, pudiera haberse reanimado, haber vivido algunos momentos: haber dado norte á la justicia: podia haber ordenado sus cosas en lo espiritual, y temporal etc., y es lícito preguntar: ¿el crímen se ejecutó al dejar sin sentido á la víctima, con una ó muchas estocadas mortales; ó al decapitarla? La vida racional habia concluido con la herida de muerte: no era apreciable ya en ella mas que una vida automática, que necesariamente corria á estinguirse. Sin duda que el autor de una ó muchas estocadas, mortales de necesidad, habia ya con ellas *ejecutado* un homicidio; pero ningun tribunal podia dejar de declarar al del perverso consejo, ya que no autor; cómplice: es decir, que su consejo, es de tal índole, que sino fuera plenamente *anterior* á la *consumacion* del crímen; es *simultáneo*: falta evidencia, no solo moral, sino jurídica y facultativa, para estimarlo *posterior*; es, sin duda, lo suficiente para impedir la impunidad del aconsejante, como coadyubante á la perpetracion.

Un propietario es acometido en su casa campestre por una horda de bandidos. Pónese en defensa con sus hijos y criados, y á pesar de eso, el robo se ejecuta. Hombre de corazon, aviva su defensa, y sigue hostilizando, sin perder de vista á los bandidos, que, atentos á salvarse y salvar la presa, se defienden solo en retirada. Ya han salido de la casa invadida el dinero, y los fardos: los bandidos están ya lejos: la casa *está ya robada*. No parece puede ponerse en duda. *Consumada* parece la fuerza en las cosas, y la *violencia* en las personas.

Pero su alentado dueño, con sus valientes hijos y criados, siguen la persecucion. Los bandidos sufren bajas, y por necesidad, y por contener á los perseguidores, empiezan á abandonar efectos robados. El triunfo del robado es ya seguro. Llegan en esto los bandidos á una casa que se abre, los recibe con el resto del robo, y vuelve á cerrarse. El valiente espoliado y los suyos, se preparan á acometer la casa, y en todo caso á asediarla, y corren otros á dar parte. En esto la casa se abre, para hacerles palpar el mas desconsolador, é irritante desengaño: se ha facilitado á los bandidos la evasiva con el cuerpo del delito, y no hay medio de continuar la persecucion; ya no hay seguridad: ya no hay posibilidad, y ni aun esperanza de recobrarlo. Ahora es cuando realmente se consuma el delito en toda su plenitud.

Ahora es preciso reflexionar: hacia tiempo que una casa habia sido robada *con fuerza en las cosas y violencia en las personas*. Los que marchaban cargados con el botin son ya reos ante la ley de este delito, y están sujetos á su pena. ¿Mas entonces; se reputará mero *encubrimiento*, por practicado *despues del delito*, el pérfido y criminal auxilio, dado á sabiendas, por los dueños de la segunda casa? Podia decirse que habia sido *allanada* y *robada una casa*; pero no que habia sido aun plena y omnímodamente espoliada *una familia*. Los dueños de la casa auxiliadora han practicado un hecho, *sin el cual*, el dueño de la robada, no quedaba, ó podia no quedar despojado. Ni puede decirse que simple, y absolutamente se tratara de un *nuevo recobro*. El dueño de la casa, acometió, emprendió dentro de ella su resistencia, y la continuó, *llevando siempre á la vista el cuerpo del delito*. Otra cosa seria si hubiera llegado á perderlo de vista totalmente, como sucedió en la casa receptadora.

Se vé claro, pues, que la cuestion, clara y espedita de ordinario, puede presentarse algu-

na vez perpleja y complicada. Es casi imposible dar una regla fija en la grave cuestion aquí suscitada; pero al menos será muy fundada la razon y la jurisprudencia de que, en caso así perplejo, en caso de duda, no se resuelva esta en favor de la delincuencia, en favor del crímen; sino en favor del bien social, en favor de derechos santos, atropellados ó violados; al modo, en fin, de la jurisprudencia romana, cuando duplicaba los medios persecutorios *in odium furum*: como la legislacion inglesa y otras agravan á veces la penalidad, y nuestra legislacion misma, *in odium delicti*.

Pero no es posible dejar de apercibirse de una cosa. Mientras en la exposicion anterior se ofrecen términos hábiles para que el coadyuvante en la forma espresada aparezca, ora coautor, ora cómplice; parece resultar el inconveniente de que el primitivo autor, en vez de serlo de delito *consumado*, parezca no poder serlo sino de delito no consumado aun, y que podrá todavía ser solo *frustrado*. Pero ¿cómo el autor de una herida, *mortal de necesidad*, en la apreciacion de la ciencia, á la cual el juzgador tiene, en esta parte facultativa, que atemperar su fallo, no es autor de un delito consumado? Y, si el delito era consumado, ¿cómo aun admitirá cómplices?

Mas es *lícito* preguntar á su vez: Este inconveniente, que lo es sin duda, ¿es una consecuencia de la anterior teoría; ó es una dificultad, que nace de la naturaleza de las cosas? Nosotros no hemos sentado ninguna teoría. Hemos solo espuesto y como diseñado hechos, que son posibles, y en que pueden hallarse el legislador y el juzgador; muy especialmente este último. No se dirá, ni demostrará que los hechos no son posibles. La dificultad propuesta, pues, nace de la naturaleza de las cosas: es lo que hemos llamado *árdua* dificultad en fijar *taxativa, omnimodamente, á priori*, el momento de la consumacion de los delitos, en todos los casos.

Pueden, sin embargo, fijarse algunas reglas, que casi reunen la evidencia de principios, y que pueden servir de mucho al juzgador. Serian entre ellas:

1.° Entonces un delito se dirá *consumado*, cuando, *aplicado el criterio*, que *mande ó permita la ley, ó autorice la jurisprudencia*, esto es, *el criterio facultativo, legal, ó racional, segun el caso, no se conciba posibilidad de que el delito, aunque adelantado en su ejecucion*, pueda ser aun *delito frustrado*.

2.° Segun la naturaleza de las cosas, el momento de la *consumacion* de un delito, es unas veces *instantáneo*, otras de *mas ó menos duracion*: *físico* unas veces; otras *moral*. Un tajo, que derriba la cabeza, un tiro, que deshace el corazon, una puñalada, que lo atraviesa, están en el primer caso: un robo *reñido*, un incendio difícil, una sedicion, están en el segundo.

Aun en el primer caso, no son siempre simultáneos la *consumacion*, y el *último efecto* de ella. Si de un tajo se derriba la cabeza, nada hay que esperar. En un momento, casi indivisible, físico por tanto, se ha quitado la vida á un hombre, y se ha estinguido el último destello de la vida. No es menester dictámen facultativo: la consumacion es de evidencia comun. Si, decapitada la víctima, un enemigo, un malvado llega de nuevo, y se ensaña en los restos mortales, este no puede ser ya, ni coautor, ni cómplice. No será tampoco encubridor. Se ha manchado con ocasion del crímen; pero no en su ejecucion. Sus hechos constituirán un abuso, ó crímen particular, de que es autor.

Otra cosa será, si el *último efecto* de la consumacion no es simultáneo con esta, como en las heridas *mortales de necesidad*, que no matan en el acto mismo, que no hay evidencia comun: tiene que ser facultativa. Dirá el facultativo que la muerte era inevitable, que se causó con la herida; si bien por razones de organizacion, de conformacion, etc., el último efecto se retardaba. El malvado que llega en este intervalo, y se ensaña, que aconseja, como en el primer ejemplo, arriba propuesto, etc., no es facultativo: no puede juzgar de la índole de la herida: vé una persona que aun tiene vida, y atenta contra ella, ejecutando, ó aconsejando. Si antes el dictámen facultativo hubiera podido fallar; ahora ya no fallará. El caso, pues, admite mas delincuentes que el primitivo; si lo son de delito par-

ticular, ó como cómplices, lo dirán las circunstancias del mismo, y el criterio judicial.

Cuando el momento de la consumacion es *moral*, sin duda que durante ella, hasta su último efecto, puede admitir, no ya cómplices, sino co-autores. Tambien pende todo de las circunstancias del caso.

19. Un delito puede presentar el doble carácter de *consumado* y *frustrado*. ¿Cómo se hará entónces la calificacion de culpables? Se proyecta, por ejemplo, el robo de una casa, de un convoy, etc. Se calcula el número de personas, que será indispensable para asegurar el golpe, y superar la resistencia y la vigilancia. Se distribuyen los puestos; realízase la acometida, y hállase resistencia en efecto. A pesar de ella, y aun á favor de ella, parte de los ladrones se apoderan de caudales, alhajas, etc., y con ello, en medio de la confusion, se ponen en salvo. Los restantes siguen peleando, y son rechazados, sin que hayan podido arrebatar cosa alguna. Aquí, y en cuanto á estos, delito *frustrado*: allí, y en cuanto á los primeros, delito *consumado*. ¿Cual será la clasificacion de los culpables? Autores y cómplices lo serán respectivamente de delito *consumado*. No constituye el robo la cantidad, que se robe; ni en que esta sea menor que la que se proponga el ladron; sino el que se arrebate lo ajeno, por supuesto que con fuerza en las cosas, y violencia en las personas. Así se consumó el robo de la parte de ladrones, que con los efectos arrebatados, se puso en salvo: los demás de la cuadrilla prestaron en la ejecucion, y para aquel efecto, un auxilio y cooperacion directa, sin la cual no hubiera podido verificarse. Todos formaban una sola cuadrilla: todos obedecian á un plan y designio: todos son respectivamente responsables de todo el hecho.

20. Ultimamente: nuestro Código penal, admite complicidad en las faltas: otros Códigos, el francés, por ejemplo, la limita á los delitos y crímenes, ó sea, segun el nuestro, á los delitos menos graves y á los graves: algunos criminalistas, por último, la niegan, aun en teoría.

«La complicidad, dice Faustin Hélie, supone cierta preparacion del hecho, que se comete de concierto, *una intencion comun* en el autor y en sus cómplices. ¿Pero quiénes son estos cómplices? Los que provocan al delito, los que suministran instrumentos para cometerlo, los que ayudan á su ejecucion. Su concurso, pues, impone necesariamente un *delito moral*, esto es, *un hecho cometido con* intencion de cometerlo: y ¿cómo admitir cómplices en un hecho, cometido *sin intencion*, por negligencia, por *imprudencia*, por falta de observancia de un reglamento, por una omision cualquiera de actos, ó de formas? Una infraccion tal, no supone, ni *preparacion*, ni concurso: es *necesariamente* individual: puede ser cometida por muchos; pero cada uno de los contraventores, es *autor* principal: hay tantas infracciones, como individuos (1).»

Los autores de nuestro Código penal han observado una doctrina diametralmente opuesta, y creemos que con razon. Dejemos á un lado la cuestion de si las *contravenciones* del Código penal francés son en un todo una misma cosa que las *faltas* del Código español; pero lo que no puede dudarse es, que á lo menos, una gran parte de estas, si es que no fueran todas, admite preparacion, admiten delito moral, admiten cómplices. Un ganadero, por ejemplo, no se decide á invadir con su ganado, aunque lo desea, el cercado ajeno: pero un particular le esplica el modo, añadiendo como él mismo lo verificó ya impunemente, en otras ocasiones, con ganados que guardaba: un tercero se ofrece, por cualquier otro servicio, ó motivo, á velar para que no sea sorprendido: otro á distraer al guarda: otro, en fin, á ayudarle á aportillar la cerca, etc. Sin duda puede haber en esto una mera falta, al tenor del art. 478 del Código; pero no hay duda tampoco en que el hecho admite preparacion, y *contravencion moral*, consejo, ayuda, etc., y por tanto, *cómplices*.

El Código lo declara así; y repetimos que con buena razon filosófica, como hemos visto. En el libro primero aplica á las *faltas*, con los delitos graves y menos graves, el sistema

(1) *Revista de legislacion* de 1845, tomo 1, página 77.

general en la clasificacion de culpables, bajo las clases de *autores, cómplices* y *encubridores*; y aplica tambien el sistema de atenuacion ó agravacion accidental, admitiendo circunstancias agravantes, y atenuantes; pero en el libro 3.°, ya el sistema no es ni puede ser aplicado por completo, y aun parece ponerse en contradiccion el legislador. Segun el artículo 501 del Código penal, los cómplices en las faltas, serán castigados con la misma pena que sus autores, *en su grado mínimo*. Aquí hay una desviacion del sistema general, aplicado en el libro 1.°, á delitos y faltas. Allí, segun el sistema absoluto del art. 63, «á los *cómplices* se les impondrá la pena *inferior en un grado*, á la correspondiente á los *autores del delito*:» por el art. 501 será la misma pena que á los *autores*, en un *grado mínimo*. ¿Hay contradiccion en el Código? ¿A cuál disposicion de las dos se atiene el juzgador?

Para el juzgador no hay contradiccion, y ha de atenerse á la letra del Código. Este venia hablando en conjunto de autores, cómplices y encubridores en *delitos* y *faltas*: ahora en el art. 63, con cuidado sin duda, y contando con que venia despues el art. 501, limita su disposicion á los cómplices en el *delito*. El art. 501 es específico y concreto á las faltas: y esta es la regla para el juzgador; y es la regla, aun cuando en su aplicacion falla, como falla en efecto el sistema general. Segun este, la circunstancia agravante aumenta un grado en la pena; la atenuante, lo rebaja. Aquí, en el art. 501, taxativamente, y, si no, en términos absolutos, la pena del cómplice es la del autor, en su *grado mínimo*. ¿Qué hace el juzgador, cuando concurren circunstancias *agravantes* ó *atenuantes*? En primer lugar, ¿admite el Código este sistema de agravacion y atenuacion en las *faltas*, supuesto lo absoluto, y como taxativo del art. 501? Sin duda ninguna: lo uno porque así, testualmente, se consigna en el libro 1.°; y porque en el mismo libro 3.° se especifican y admiten algunas circunstancias agravantes, como la reincidencia, ó el haber sido penado el culpable por otro delito análogo.

Una consecuencia de lo dicho es, que, á pesar del contesto del art. 501, cuando en el cómplice, ó juntamente en él y en el autor, concurra una circunstancia *agravante*, se aumenta la pena, en virtud del sistema general del Código, al que, mientras sea posible, han de subordinarse el art. 501, como cualquier otro general.

Otra cosa sucederá, si bien es por otra razon, si concurren en el cómplice una ó mas circunstancias atenuantes. La pena en las faltas, esto es, el *arresto menor*, la *multa*, y la *reprension*, son ya las últimas en la escala de las del Código, al tenor del art. 74. ¿A qué grado descenderá el juzgador por virtud de circunstancias atenuantes? ¿Absolverá, pues que al haber de bajar la pena se encuentra sin ninguna en la escala? El Código no le autoriza: impondrá el grado mínimo, marcado en el art. 501; y en todo caso, no seria una jurisprudencia irracional considerar este grado como una pena compuesta, y buscar la atenuacion, requerida por la circunstancia atenuante, entre el arresto, la multa y la reprension. Declaramos que es lo mas seguro aplicar absolutamente el art. 501. Y no porque apliquemos el principio romano *De minimis non curat prætor*, y despues, ampliado, *De minimis non curat lex*, como lo formulan y aplican algunos publicistas; pues el Código no autoriza penas *arbitrarias*; sino porque hay una disposicion terminante que aplicar.

Restábanos aun la cuestion relativa al testimonio de los cómplices en la prueba del hecho; pero de esto, por su especialidad, y complejidad, hablamos en la seccion siguiente.

SECCION V.

DEL TESTIMONIO DEL CÓMPLICE EN LA PRUEBA.

El cómplice ¿puede ser testigo contra, ó en favor del cómplice? Así viene formulándose y tratándose esta cuestion, hace siglos; pero con significacion muy diversa de la que hoy puede tener, despues de la moderna codificacion penal de Europa, y, sobre todo, despues de nuestros Códigos penales de 1822

y 1848, reformado éste en 1850, y por tanto el vigente en el dia.

Ya en el artículo genérico **COMPLICE**, hemos reseñado la historia y vicisitudes de esta voz, hasta que llegó á hacerse usual en los Tribunales, y su significacion filológica y jurídica. Antes de su introduccion, por la *baja latinidad*, las enunciativas de *socius criminis*, *particeps sceleris*, *etc.*, espresaban á todos los delincuentes, en cualquier caso criminal, sin clasificarlos, filosóficamente á lo menos; lo cual se omitia, ó no era tan necesario, como hoy, pues que al cabo, en la mayoría de los casos, venian á ser castigados con la misma pena los que hoy llamamos *autores*, *cómplices* y *encubridores*, segun ya antes dejamos demostrado; y sin embargo, entonces ya se ofrecia y trataba, y fuerte y aun exajeradamente, la cuestion, de si el *sócio en el crimen*, podia testificar en la propia causa contra el codelincuente con él.

Introdújose con el tiempo la voz *cómplice*; pero equivaliendo por muchos siglos, hasta la codificacion penal moderna, á *coautor*, unas veces; á codelincuente otras; al *socius criminis*, *particeps sceleris*, de los antiguos; y por tanto á los *autores*, *cómplices*, y *encubridores*, en el lenguaje del dia.

Hoy la palabra *cómplice*, espresa solo una de estas tres clases de codelincuentes, y fácilmente se comprende que, sino se distingue cuidadosamente, la cuestion, de si el cómplice puede ser testigo contra, ó en favor su cómplice, pero principalmente en contra, bajo cuyo supuesto correrá ya la seccion, puede inducir á error, no se plantea con verdad, y no dá resultado cierto, ni aplicable; toda vez que se confunde la especie con el género.

Reducida la cuestion á términos rigorosos, ó sea distingniendo los tiempos, se enuncia y trata de un modo parcial una cuestion compleja; pues no conviene solo saber, ni se trata solo de saber, si el *cómplice*, en el sentido de la palabra en el dia, puede ser testigo contra el cómplice; sino si un *codelincuente*, en cualquier delito, puede ser testigo contra todos y cada uno de los demás *codelincuentes*, esto es, un autor contra los co-autores, cómplices y encubridores; y asi todas estas clases, unas respecto de todas, y cada una de las demás.

De aquí resulta necesariamente, que de esta misma cuestion hay que tratar, en *autores*, y en *encubridores*, como en *cómplices*; y sino bajo una forma genérica, ó compleja, que podria ser, por ejemplo, la de *delincuente*, *codelincuente*, *testigo*, etc. Pero esto no evitaria hacer mencion de la misma en los artículos específicos *autor*, *cómplice*, etc.

De tratarla bajo un epígrafe genérico, era tal vez su lugar mas oportuno el artículo **TESTIGO**; pero éste ha de retardarse aun. En la ENCICLOPEDIA, además de eso, no puede ser parte de un artículo, lo que requiere artículo particular. Los autores todos vienen, casi hasta hoy, tratando la cuestion bajo la fórmula que sirve de base, y epígrafe á la presente seccion; y por todo nos decidimos á tratar en ella la cuestion enunciada, á reserva de hacer luego referencia á este artículo en los demás, ya específicos, ya genéricos en que aquella debiera tratarse; pero entendiéndose que donde los antiguos, y aun no antiguos espositores, dicen *cómplice*, nosotros decimos *codelincuente*.

Observaremos todavia, antes de entrar en materia, que, aun despues de introducida en el foro la palabra *cómplice*, los espositores en castellano enunciaban la cuestion bajo la indicada fórmula de *cómplice* contra el cómplice; mientras que los que comentaban en latin lo hacian, y han venido verificándolo, bajo el antiguo epígrafe colectivo de *socius criminis*, *particeps sceleris*, y en lenguage de las Partidas, *compañero en el yerro*, etc.

Mas aun: introducida y hasta generalizada ya en Europa la moderna codificacion penal, con la filosófica clasificacion de los culpables, todavía algunos publicistas, mientras distinguen la idea, no diferencian el signo; y, no solo ellos, sino aun las leyes, han continuado enunciando y tratando la cuestion bajo la inadecuada fórmula de *cómplices*. Todo aparecerá asi de la esposicion del derecho y de la doctrina, que sigue á continuacion y por órden de tiempos, despues de lo cual, consignaremos nuestra opinion.

Antes de todo, y para que con mayor faci-

lidad y utilidad, puedan irse aplicando el derecho y la doctrina, reseñaremos las principales cuestiones que encierra la general, que comprende esta seccion: á saber.

1.ª ¿Han ido y van uniformes las legislaciones, y siempre, por tanto, la doctrina, la ciencia del derecho, en apreciar la eficacia ó ineficacia, y valor de la declaracion de un *codelincuente* contra los demás?

2.ª La escepcion, pues, que en general vienen haciendo las sucesivas legislaciones ¿es específica, esto es, se funda en motivos especiales; ó no es sino una sospecha, y presuncion, y por lo mismo un caso de aplicacion del principio general de que el testigo no ha de ser parcial, no se ha de mover á declarar por ódio ó por amistad, por utilidad propia, por esperanza ó temor, etc.?

3.ª ¿Es lo mismo, si el *codelincuente* es interrogado de *oficio*, que si espontáneamente declara, ó pide ser oido?

4.ª ¿Es lo mismo si *agrava*, que si favorece al *codelincuente*?

5.ª Si en concurrencia de otros testimonios de testigos inhábiles no hace prueba plena el del codelincuente, supuesto el número suficiente, ¿la hará con testigos hábiles?

6.ª Sino constituyese prueba, ¿no constituirá *indicio*? De constituirlo, ¿será lo mismo en conjunto con indicios admisibles, que con indicios ilegales?

7.ª Dado que no constituya, ó cuando no constituya indicio para prueba ¿lo constituirá para proceder é inquirir?

8.ª ¿Será ineficaz la declaracion del mismo codelincuente, aun en el caso de prueba privilegiada?

9.ª ¿Constituía indicio para dar tormento?

10. ¿Puede el reo ser preguntado por sus cómplices, en todos, ó en algunos delitos?

11. ¿Cuál es hoy la práctica de los tribunales seculares sobre todas y cada una de estas cuestiones?

Y decimos de los tribunales seculares, porque de los eclesiásticos es preciso tratar, y tratamos, en artículo aparte.

Ahora veamos, en cuanto á los primeros, y á la legislacion comun, el derecho y la doctrina.

Derecho romano. «Quoniam liberi testes ad causas postulantur alienas, *si socii, et particeps criminis* non dicantur..... (1).»

Si socii, et particeps criminis non dicantur. Siempre el *sócio*, el *partícipe*, el *compañero* en el crímen. Esta es la rúbrica, el tipo de toda la legislacion romana; continuando despues en la forma antes espuesta.

Pero el derecho romano supone aquí mas bien el principio, que lo establece; sin que ofrezca mas detalles. Por todo ello parece preciso inferir, que esta escepcion, segun antes mencionamos en las cuestiones establecidas, no es mas específica que otras, que, como ella, nacen de los principios generales de que nadie puede ser juez, ni testigo en propia causa (2): que el testigo ha de ser imparcial: que no parezca moverse á declarar por amor ú ódio: por esperanza ó temor, etc. No tiene otro fundamento tampoco, igual escepcion ó esclusion del que se halla *encarcelado*: »*Lege Julia, De vi, cavetur, ne hac lege in reum testimonium dicere liceret... quive in vinculis, custodiave publica erit* (3).»

Por otra parte, se vé bien que por lo comun, sobre todo entre nosotros, el codelincuente, ora co-autor, ora cómplice, y á veces tambien el encubridor, estarán encarcelados. Nótese en la ley Julia citada la frase *in reum testimonum dicere*, esto es, *contra el reo*.

Los romanos llevaron la esclusion del codelincuente, hasta para *acusar* al co-reo con él. Si una de las razones hubiese sido el que ambos agravan, el que acusa y el que testifica contra el codelincuente, no hallamos fundada esta disposicion; salvo en el mismo delito de que ambos son ya acusados. Las leyes de Partida siguieron en ambos estremos, como veremos, á las romanas.

Sus autores citan en apoyo de la primera

(1) (Ley 11, tít. 20, lib. 4 del Código de Justiniano.)

(2) *Omnibus in re propia dicendi testemonii facultatem jura submoverant.* Ley 10, id., idem, idem: Ley 10, tít. 5 *De testibus*, del Digesto.

(3) Ley 3, tit. y lib. citados, del Digesto.

Omitimos algunas leyes sobre delitos esceptuados, las cuales podrán verse mas adelante en los autores, que citarémos, sobre todo en Antonio Gomez.

de estas dos cuestiones, alguna otra ley romana; pero con error, segun se notará, cuando hablemos de Gomez, *Variæ resolut.*

Leyes de Partida. «Otrosí decimos, que si algunos oviesen fecho algun yerro de so uno, é despues deso acusasen á algunos dellos por razon de aquel yerro que ficiera, non podria ninguno de los otros, *sus compañeros*, que se oviesen y acertado en facer aquel yerro, ser testigo contra él (1).»

«Otrosí decimos, que aquel que estoviese preso en cárcel, ó en cadena del Rey, ó de concejo, mientra que estoviere preso, non podria testiguar contra otri, que fuese acusado en juicio sobre pleito criminal. E esto es, porque mucho ayna podria ser que diria falso testimonio por ruego de alguno que le prometia que le sacaria de aquella prision en que yaze (2).»

«Todo ome que fuere de buena fama, *á quien no fuere defendido* por las leyes deste nuestro libro, puede ser testigo por otro, en juicio, é fuera de juicio.» Añade la ley que los de mala fama pueden ser testigos en pleitos de traicion contra el Rey, ó contra el reino; pero, atormentándolos primero, para que digan verdad (3).

Aun el siervo puede ser testigo en delito de traicion contra el Rey, ó contra reino. «Ca en tal fecho como este, *todo ome debe ser testigo, que sentido haya*, solamente que *enemigo mortal non sea* de aquel, contra quien lo traen (4).»

«Nin los que fueren *compañeros en algun yerro*, non pueden acusar el uno al otro, sobre aquel mal, que ficieron de consuno..... Pero si alguno destos sobredichos quiere facer acusacion contra otros en pleito de traicion, que perteneciese al Rey, ó al reino..... estonce bien puede facer acusacion (5).»

Novísima Recopilacion «El cómplice que denunciare á su compañero (de falsificacion de moneda ó introduccion de ella en el reino), estando en estos nuestros reinos, donde se pueda prender, con siga liberacion de su persona y bienes (1).»

«Y resultando por esta declaracion (la del desertor), algunos *cómplices* en la tolerancia del desertor, los *examinará* (la justicia), si fuesen de su jurisdiccion; y por los que no lo fuesen, remitirá estas diligencias al corregidor, para que disponga se evacuen los actos, para instruir... la pesquisa (2).»

«5.° Declaro *cómplices* en la espendicion (de pasquines y papeles sediciosos), á todos los que copiasen, leyesen, ú oyesen leer semejantes papeles sediciosos, *sin dar puntualmente cuenta* á la justicia: y para su seguridad, siempre que quieran no sonar en los autos que se hagan, se pondrán sus nombres en testimonio reservado, de modo que no consten del proceso; todo lo cual se entienda, sin perjuicio de proceder á la averiguacion de sus autores.»

«6.° En caso de resultar indicios contra algunos militares, acordará la justicia con el jefe militar de aquel distrito, para que con su auxilio *se proceda á las averiguaciones*, y se logre mejor y mas fácilmente *de tener* con *el pronto castigo* los progresos de la espendicion (3).»

«Que para la justificacion del espresado crimen de hurto (en la Córte), é *imponer la pena ordinaria capital al reo*, baste la de estar probado por un solo testigo idóneo, *aunque sea el robado ó cómplice confeso de sí*, y purgada su infamia, y añadiendo *otros dos indicios ó argumentos graves, que conspiren al mismo fin*, y persuadan á la prudente racional credulidad de ser el delincuente... (4).»

En los duelos y desafíos, las probanzas serán igualmente privilegiadas, que en el delito de lesa magestad (5).

«Y que en el dicho delito (sodomía y bestialidad), y proceder contra el que lo cometiere, y en la manera de la probanza, así para interlocutoria, como para definitiva, y para proceder á tormento, y en todo lo otro, man-

(1) Ley 21, tít. 16, Part. 3.
(2) Ley 10, id., id.
(3) Ley 8, id., id., id.
(4) Ley 11, id., id., id.
(5) Ley 2, tít. 1, Part. 7.

(1) Ley 4, tít. 8, lib. 12, núm. 10.
(2) Ley 1.ª, tít. 9, §. 4, id.
(3) Ley 5, tít. 11, id., id.
(4) Ley 3.ª, tít. 14, id., id.
(5) Ley 2.ª, tít. 20, id., id.

damos guarde la forma y órden, que se guarda y de derecho se debe guardar, en los crímenes y delitos de *heregía y lessæ majestatis* (1).»

Oido el Consejo «fué acordado que debíamos mandar dar esta nuestra carta, que querémos que haya fuerza de ley, y pragmática-sancion, como si fuere hecha y promulgada en Córtes, por la cual, ordenamos y mandamos, que, probándose el dicho pecado *nefando*, por *tres* testigos singulares..... *ó por cuatro, aunque sean participes del delito*, ó padezcan otras *cualesquiera tachas*, que no sean de enemistad capital; ó *por los tres de estos, aunque padezcan tachas en la forma dicha, y hayan sido asimismo participantes, concurriendo indicios ó presunciones, que hagan verosimiles sus deposiciones*, se tenga por *bastante probanza*, y por ello se *juzguen y determinen las causas*, tocantes al dicho pecado *nefando*.... *imponiendo y ejecutando la pena ordinaria* de él, de la misma manera *que si fuera probado con testigos contestes*, que depongan de un mismo hecho (2).»

Código penal. «Exime de toda pena el desistimiento de la conspiracion, ó proposicion, para cometer un delito, *dando parte* y *revelando* á la autoridad pública el plan y sus circunstancias, antes de haber comenzado el procedimiento (3).»

Derecho foral. Por el fuero 11, *De testibus*, del reino de Valencia, es testigo hábil el sócio en el delito.

Espositores.—Gregorio Lopez. «*Particeps autem criminis non testificatur contra delatum*..... Videtur ex ista lege probari, quod, ad hoc, ut repellatur *socius criminis*, qui producetur in testem contra socium, non exigitur, ut talis, qui sic producetur, sit accusatus de crimine: imo quód, dato, quod non sit accusatus, nam hic unus tantum ex sociis accusabatur, et non alii, et tamen repelluntur (4).»

(1) Ley 1, tít. 30, id., id.
(2) Ley 2, id., id., id.
(3) Art. 4.°
(4) Gregorio Lopez, á la ley 21, tít. 16, Partida 3.ª

«Accusat tamem *particeps participem* in crimine lesæ majestatis, falsæ monetæ, sacrilegii, hæresis, fraudatæ annonæ, dilapidationibus sui prælati, simoniæ, et cum latronem accusat, secundum Speculum, tít. *De accusatore*, §. 1, col. 6..... et tít. *De teste*, §. 1 (1).»

Matthæu, De recriminali. «Demum, si crimina ista probarentur por *socius criminis*, quantumvis regulariter testes idonei non habeantur..... Tamen in criminibus *attrocioribus*, quæ sunt *dificilis probationis*, quando veritas *aliter adipisci* nequit, dificultate ipsius probationis testes, alias inhabiles, ex juris dispositione *idonei reduntur*, et admitti *solent, et debent*, cum in his leviora indicia sufficiant..... præsertim *concurrentibus ad miniculis*, coadjubantibus dictum socii, quo in casu communiter receptum est testes idoneos esse..... maxime si in tortura dictum confirmetur, et æqualiter de se, ac de socio dicet, cum infamia purgata remaneat, nec sit suspicio dixisse in sui exonerationem, ut, de mente omnium doctorum docet Farinaceus, etcétera (2).»

Antonio Gomez. «Octavo: repellitur *socius criminis*: textus est capitalis et spressus, in lege fin. Cód. *De accusat...* Ratio est, quia forte veniam sperans, favore, vel privilegio alterius, illum falso nominasset: vel forte odio, et inimicitia, ut eodem pereat supplicio.....»

Aunque de paso, no podemos menos de notar, aun por la reputacion y autoridad de este escritor, que la ley romana, que cita, no espresa lo que dice. Héla aquí: «Nemo tamen sive *blandiatur*, objectu cujuslibet criminis, de se in quæstione confesso, veniam experans propter flagitia adjuncti, vel communione criminis consortium.....»

Se vé claro que lo que espresa la ley es, no que el sócio en el crimen no pueda declarar contra el sócio ó adjunto; sino que no espere vénia ó perdon por delatarlo. Así lo entiende tambien la glosa á las palabras: «*Nemo*

(1) Gregorio Lopez, á la ley 2, tít. 1, Part. 7.
(2) El dicho Mateo, controversia 2, núms. 32, 33, 34, 35 y 36.

tamen sive blandiatur objetu cujuslibet criminis: «*Nempe*, dice la glosa, *quia detexit alios criminis socios: pœna igitur rei de se confesso non minuitur ob id, quod socios criminis indicarit.*»

«Adde tamen, continúa Antonio Gomez, quod in aliquibus casibus *socius criminis potest esse testis*, scilicet, in crimine *hæresis* (textus in cap. In fidei favorem, *De hæretic.*, lib. 6): item in crimine *læsæ majestatis* (text. est in capite *De confessis*): item in crimine *falsæ monetæ* (tex. es in leg., 1, ver. 1, Cod. *De falsa moneta*): item in *maleficio*, et mathematico (text. in leg. 1, Cod. De malefic. et mathemat.): item eadem ratione..... in *crimine nefando*.....: item in *furto famoso* (tex. in leg. Provinciarum, Cod. De feriis): item in aliis casibus, positis, et collectis per glos. et Doctores, in leg. fin., Cod. *De accusationibus*.»

«Et regulariter *dico*, *et tenco*, *quod indelictis, qui non possunt verosimiliter committi sine sociis*, *socius et particeps criminis potest esse testis*: ita probat text. in dicta leg. Provinciarum, Cod. De feriis, et ibi glossa ordinaria, et communiter DD.; et tenet glossa ordinaria et communis opinio, in dict. leg. fin., Cód. De accusationibus (1).»

Curia Filipica. «El *cómplice* en el delito no es suficiente testigo contra el *compañero* en el..... salvo en el delito de lesa magestad divina y humana, falsa moneda, pecado nefando, hurto famoso, y *en todos aquellos delitos, que no se pueden cometer sin cómplices y partícipes*. Y siempre en los casos, en que el cómplice se admite por testigo, se ha de examinar plenariamente en la causa de aquel contra quien se examina..... Y el preso, mientras lo está, no puede ser testigo en causa criminal, ni civil, segun una ley de Partida y su glosa gregoriana.»

«Aunque regularmente los testigos inhábiles no hacen probanza, hácenla, empero, en el delito de lesa magestad, divina ó humana; salvo el enemigo capital, que, aun en este delito, no se admite, como lo dicen unas leyes de Partida (8 y 13, tít. 16, Partida 2.) Y lo mismo, por la misma razon, se ha de decir en el pecado nefando..... Y en delitos secretos, que no se pueden probar con otros, tambien hacen probanza los testigos inhábiles *para probar la inocencia del reo*, como lo dicen Antonio Gomez y Julio Cloro, segun los cuales puede el reo probar que cometió el delito en su defensa, por presunciones y conjeturas, y prueba presunta, á arbitrio del juez, y por testigos consaguíneos, afines, domésticos y familiares (1).»

Febrero. «Tambien es repelido para atestiguar el *sócio* ó *cómplice* en el crímen, por el recelo que hay de que impute falsamente la criminalidad, que el otro, tal vez, no tiene, ya por enemistad, ya por el deseo de retardar la causa, ó de que otro sea envuelto en la misma desgracia. Esceptúanse, sin embargo, dos casos: primero en los delitos de prueba privilegiada: y segundo en aquellos que no se pueden cometer sin sócio, como el de adulterio; pues en unos y otros puede ser testigo el sócio en el mismo delito (2).»

Gutierrez. «Tampoco puede ser testigo contra el acusado el que se halle preso, porque podria faltar á la verdad á ruego de alguno, que le prometiese sacarle de su prision: ni, finalmente, el *cómplice* puede ser testigo contra su *compañero* en el delito, pues podria culparse á un inocente, bien por venganza, bien por embrollar ó retardar el éxito en la causa, bien por esperar que aquel fuese favorable, mezclando en este alguna persona poderosa.»

«Hé aquí demostrado en esta enumeracion de personas, imposibilitadas de testificar, lo que hemos dicho de que nuestra legislacion no se conformaba en parte con los buenos principios... y que se resentia del tiempo en que se dió... ¿Son tan pocos los delitos, que quedan ocultos, y sin castigo, para que procuremos encubrir otros muchos?... ¡Cuántas veces imposibilitará la prueba del crímen el

(1) El dicho Antonio Gomez, Variæ resolutiones, lib. 3, cap. 12, n. 16.

(1) Curia, 3 part., §. 15, núms. 16 y 17.
(2) Febrero, por Tapia, tomo 7, tít. 4, cap. 2, núm. 8, §. 2.

adoptar ó querer seguir un sistema demasiado escrupuloso sobre la idoneidad de los testigos! Un delito, por ejemplo, cometido en la cárcel, solamente puede tener por testigos á los que se hallan presos: un delito, cometido en la galera, ó en un lupanar, solamente podrá tener por testigos á los galeotes y prostitutas. Y los galeotes y las prostitutas, ¿habrán de escluirse de ser testigos de un crimen, que se cometió en su presencia? Si el acusador puede demostrar que no tiene interés en alterar, ó en faltar á la verdad, ¿por qué razon no harán una plena prueba? Con arreglo á estos ejemplos debo entenderse lo que se lee á cada paso en los intérpretes, que las personas, escluidas de ser testigos, pueden serlo para probar delitos, que no pueden acreditarse con otros testigos; pues si esta espresion se entendiese con la generalidad que suena, y segun parece, la entienden los comentadores, de nada serviria escluir de testigos á los sugetos que deben serlo; porque, cuando se quisiera probar delitos supuestos, se echaria mano de ellos, alegando que no pueden probarse con otros mayores de toda escepcion (1).»

Ortiz de Zúñiga. «Además no pueden declarar... ni el *cómplice* contra el reo principal...»

Legislacion canónica. Véase **COMPLICE** (*en lo eclesiástico*).

Legislacion estranjera. Código de Austria.

«Art. 410. Las declaraciones de los coautores pueden, como testimonio, ser valederas para convencer legalmente al inculpado, cuando *dos co-autores* han declarado de conformidad que este ha cometido el delito con ellos; siendo además necesario, no solamente que hayan repetido sus declaraciones en el careo judicial, al frente del inculpado; sino que las hayan confirmado despues de notificarles á ellos la sentencia de condenacion, despues de la cual deben ser de nuevo interrogados.

»Sus declaraciones deben además:

1.° Llenar las condiciones exigidas por el art. 403, núms. 1, 2, 3, 5 y 6.

2.° Ser enteramente conformes entre ellas en las respuestas en las cuestiones, que se les hayan propuesto sobre las circunstancias particulares, relativas al delito comun, las cuales no pudieron ser probadas por ellos en el momento de su arresto.

3.° Ser claramente apoyadas por pruebas precisas sobre todas las circunstancias importantes, que sirven de cargo á estos mismos co-autores, de modo que sea imposible á un juez imparcial recelar un acuerdo anterior, ó dudar de otro modo de la verdad de estas declaraciones.»

Los núms. 1, 2, 3, 5 y 6 del art. 410, arriba mencionados, son los siguientes:

«1.° La declaracion de un testigo debe ser voluntaria, no sujerida, al mismo por prévio acuerdo, por instigacion, por palabras troncadas, por corrupcion, por recompensa, por amenaza ó por violencia.

»2.° Debe indicar de un modo claro y preciso el hecho ó la circunstancia á que se refiere.

»3.° Debe descansar sobre conocimiento personal del testigo, y no en oidas, conjeturas, verosimilitudes ó raciocinios...

»5.° Las relaciones personales de testigos, ni el tenor de su deposicion deben dar lugar á una duda que debilite la veracidad, segun un juicio imparcial.

«6.° La declaracion ha de ser concordante con las demás informaciones recibidas, á lo menos de modo que no aparezca contradiccion en las circunstancias esenciales.»

Pero posteriormente, por un decreto imperial, de 6 de julio de 1833, se modificó notablemente esta parte del Código, relativa á la prueba; se derogó el art. 412, se sustituyó con una série muy notable de declaraciones, y entre ellas las siguientes:

«§. 4.° Se considerarán además como indicios...

»5.° La deposicion de un *cómplice*, que reuna todas las condiciones requeridas por el artículo 410 de la primera parte del Código penal.

(1) Dicho Gutierrez, Práctica criminal de España, tomo 1, sec. 1, cap. 8. De las pruebas, números 17, 19 y 21.

»6.ª La deposicion igualmente cualificada de muchos *cómplices*, de los cuales no ha podido obtenerse ratificacion, despues de la notificacion de su sentencia...»

No queremos prolongar mas esta reseña, pues los autores y los derechos no harian mas que repetirse. Ella, sin embargo, demuestra suficientemente cuantas indicaciones y apreciaciones consignamos en la cabeza de esta seccion; así como lo importante y complejo de la cuestion, y el estado de la misma, segun el derecho: estado que hoy no es conforme con la práctica, ni mucho menos con la ciencia.

En cuanto al derecho, vemos que, ya no diremos el *cómplice*, como fórmula genérica; sino que el *co-delincuente*, y en sus casos respectivos el autor, el cómplice, segun la tecnología del dia, y el encubridor, no pueden testificar, en la causa, por supuesto, sobre la delincuencia comun, contra el co-delincuente, ni acusarlo: y vemos luego tantas y tales escepciones que casi anulan la regla general. ¿Qué delito enorme hay que no tenga prueba privilegiada? Y aun muchos que no son enormes. La distraccion de granos, por ejemplo, del granero público (*annonæ*) no podia ser siempre delito enorme, si tal vez era módica la cantidad. Así tambien, segun la ley 7, título 5, lib. 22 del Digesto, *De testibus*, no obstante que el siervo, á causa de su condicion, no era testigo idóneo, establecia: *Servi responsioni tunc credendum est, cum alia probatio ad eruendam veritatem non est.*

Los autores siguieron testualmente el derecho sin alterarlo. Fueron, por mucho tiempo, meros espositores. Trabajaron en poner de acuerdo la regla general y las escepciones; pero no introdujeron en estas la filosofía, que al cabo se vá haciendo y se hará lugar. Estremece la máxima sentada, á un tiempo por el derecho y por la doctrina: *In atrocioribus vel leviora indicia sufficunt.* ¡Los mas leves indicios en los crímenes mas atroces! ¡En aquellos, á que con mas dificultad se resuelve el hombre, y que aun por decoro del género humano habria que suponerlo así! ¡En aquellos, en que las penas, si han de guardar consonancia, han de ser tambien atroces!

Pero que la justicia haga paso á la lógica. Los testigos, escluidos aquí por el derecho, ¿son del todo incapaces de decir verdad? Pues lo serán siempre, lo mismo en los crímenes atroces, que en los leves; y aun lo serán mas en aquellos, pues que alguna vez pueden imponer aun al mas desalmado. ¿Admite el derecho, como admite en las escepciones, *in atrocioribus*, que no lo son siempre? Pues el apreciar cuando lo son es un acto del criterio judicial, el mismo que se aplica aun á los testigos aptos, que pueden no dar razon de su dicho, tener interés propio, ser parientes, amigos, ó enemigos, etc.

Del principio arriba sentado es afin el bien sabido, de que, *Qui semel est malus, semper præsumitur malus in eodem genere mali.* ¿Pues cuántos son malos la primera vez por inesperiencia, por debilidad, por acaloramiento, etc.? Aun sin eso: uno ha perjurado una vez, y respecto de una sola persona, por ódio, por venganza: ¿es lógico inferir que tenga iguales motivos de ódio, de venganza, etc. con el resto del género humano? ¿Con los millares y aun millones de personas que no conoce? ¿Y ni siempre con el mismo á quien una vez odió? ¿No se suceden mútuamente, en el curso de la vida, la amistad y la enemistad, el amor y el ódio? Si el que una vez es malo, lo ha de ser ya siempre en el mismo género de mal; el que una vez es bueno, en una materia dada, lo será perpétuamente. ¿Es ese el género humano? ¿Es ese el mundo, ni el hombre? Por otra parte, ¿hay conveniencia, ni justicia en suponer al hombre incorregible, stigmatizando su nombre con una infamia perpétua? ¿Es justo, ni político, ni moral, lanzarle en la desesperacion ó en la abyeccion, arrebatándole el consuelo y hasta la posibilidad de mejorarse y recuperar el concepto legal y la estimacion de los demás?

Pero esto es descender al terreno de la ciencia, lo que debemos reservar y reservamos para cuando tratemos de la prueba testifical, y de la indiciaria, pues que no son solos á testificar los co-delincuentes, sino tantas otras clases. Una cosa nos es preciso indicar en este punto, y es, que el negar filosofía al

derecho antiguo en la constitucion de la prueba testifical, no es negarle toda razon, y razon plausible, cual es la de moralidad, si bien exajerada, de lo cual nos hacemos cargo en otra parte.

En cuanto á la práctica, no ha ido, ni vá en este punto, de acuerdo con el derecho, ni podia.

Y ciertamente: uno de los graves casos de la cuestion era, si bastaba, ó no para dar tormento á un codelincuente, la declaracion de otro de ellos. Algunos espositores, y las leyes tambien, hallaban probatoria en ciertos casos la declaracion del codelincuente, si era ratificada en el tormento. Sabido es, que el tormento ha sido abolido en toda Europa, y entre nosotros desde 1814, y aun desde dos años antes.

Sucesivamente se han abolido las penas trascendentales á la cuarta, ni otras generaciones: el confisco de bienes: las penas infamantes: la confesion con cargos: el juramento sobre hechos propios justiciables, etc.: ciertos medios, mas ó menos coercitivos, como el cepo, los bórridos calabozos, los hierros, la incomunicacion indefinida, la prision no motivada, y prolongada, etc. Si despues de esto se inutiliza la indagatoria, absteniéndose hasta de preguntar al reo por sus cómplices, como opinaban algunos espositores rigoristas; es menester convenir en que la justicia social ha cedido todos sus fueros á la impunidad.

Hay que notar todavía una novedad mayor. En el órden de la prueba se ha introducido el *criterio natural*. Antes los tribunales lo aplicaban; pero como criterio de prudencia: hoy lo aplican como medio y atribucion legal, pues que nace de ley espresa, cual es la provisional para la aplicacion del Código, en su art. 45; y por cierto que su aplicacion natural es en punto á evidencia probatoria.

Como resultado de todo ello, puede hoy sostenerse, como reglas de aplicacion:

1.ª La declaracion del codelincuente es eficaz y plenamente probatoria, en los casos en que la ley lo declara así, y como ella lo declara, cual sucede en los delitos de *de lesa magestad, heregía, falsa moneda*, etc.

2.ª El juez no tendrá por ineficaz para prueba la declaracion del codelincuente, sino en los casos, en que absolutamente lo prevenga así la ley, y que esta no pueda ser temperada, ni por la práctica, ni por disposiciones legales posteriores, como por ejemplo, la reciente de abolicion de penas infamantes.

Aun en este caso, y ya la declaracion sea procurada de oficio, ya dada espontáneamente; y ya agravando, ya favoreciendo al codelincuente, el juzgador apreciará el valor de ella con todo el rigor de las prescripciones legales, y de la crítica mas esmerada, ora en el número de testigos, al tenor de lo que vemos en las leyes preinsertas, ora en cuanto á los requisitos de imparcialidad y veracidad, no contrariada esta por ninguna circunstancia procesal, ni de crítica; y antes corroborada por indicios estimables. Como por ejemplo, el de confesarse reo el declarante, con señales evidentes de arrepentimiento y sinceridad, el no poder mejorar su causa la implicacion de la persona nombrada, ó tal vez empeorándola, etc.

3.ª En los casos no comprendidos en la regla primera, y aun examinada la declaracion del co-reo al tenor de la segunda, no constituirá prueba *semiplena* taxativa; ni por tanto *dos* declaraciones de esta clase, contestes, y sin mas adminículos, constituyen plena prueba; sino que el valor de ellas ha de ser apreciado por las reglas de la prueba indiciaria.

4.ª En todo caso el juez utilizará la declaracion del co-reo para indagar, é ilustrar el procedimiento: y estando el mismo obligado á inquirir la verdad por todos los medios posibles, con tal que no sean *inmorales*, ni *espresamente legales*, por la ley y por la práctica, podrá de oficio preguntar al encartado por sus cómplices, y carearlos en su caso.

5.ª Para el valor absoluto de la declaracion del codelincuente, como en los casos de la regla 1.ª, habrá de ser jurada. Cierto que hoy no puede tomarse juramento sobre hechos propios al encartado. Pero el ser otro autor, cómplice, ó encubridor, es hecho ajeno, y en tal concepto ha de pedirse y concretarse á esto el juramento.

En rigor teórico, para el valor indiciario de la declaracion no es tan de esencia el ju-

ramento, porque el indicio no tiene un valor taxativo, como la prueba testifical; pero por fundadas consideraciones jurídicas y de moralidad, el juramento fijará y realzará mas el valor de dicha declaracion y debe recibirse, con la precaucion arriba indicada de aislarlo al *hecho ajeno*. La forma mas útil, y mas en la naturaleza de las cosas, es por vía de ratificacion. Si el codelincuente no se ratifica, claro es que desaparece el valor de su declaracion; la cual por lo mismo podrá hasta convertirse en indicio contra él.

En cuanto á la práctica, es en un todo conforme á las reglas anteriores. Los jueces no omiten medio *moral* y *legal* de descubrir la verdad, ya recibiendo indicaciones y manifestaciones de los codelincuentes, ya preguntando y procurándolas, apreciado luego el valor de los resultados por las reglas que dejamos establecidas, y aplicando hoy en su caso el adecuado temperamento de la regla 45 de la Ley provisional para la aplicacion del Código penal.

En lo dicho hasta aquí quedan resueltas las cuestiones insinuadas en la cabeza de la seccion, con otras análogas, ventiladas por los espositores del antiguo derecho.

Ahora en conclusion, además de las consideraciones fijadas por nuestra parte, y de las fuertes razones tomadas del concienzudo escritor criminalista Gutierrez, concluirémos con la opinion de otro célebre criminalista que ha tratado de propósito de la prueba. «Dice así:

«La declaracion del *cómplice* ofrece tambien graves dificultades. El que, segun su propia confesion, ha manchado su vida con un crímen, no tiene igual derecho á ser creido en su testimonio, que el hombre que se ha mantenido siempre puro. Además de esto es natural que el *cómplice* se incline á hacer recaer sobre su *co-autor*, una parte de su propia falta.... Se han visto algunas veces criminales, que, cuando han conocido no poder librarse de la pena, se han esforzado en su desesperacion en arrastrar á otros ciudadanos... Otros designan como *cómplices* á inocentes, con el solo fin de apartar las sospechas de los que realmente han tomado parte en el delito, y hacer la instruccion mas embrollada y difícil; ó tambien; con la esperanza de alcanzar, complicando á personas de alta posicion, un tratamiento menos rigoroso.

Pero el legislador renunciaria gratuitamente al medio, único en mas de un caso, de llegar á convencer al verdadero culpable, obstinado en negar los hechos, si negara absolutamente todo valor á la deposicion del *cómplice*; y con razon admite el derecho comun de Alemania esta clase de prueba, cuando las circunstancias de la causa neutralizan los motivos de sospecha, que de ordinario se levantan contra ella.

«Tal es el caso en que el culpable ha confesado desde luego plenamente su crímen, cuando su deposicion contra un *cómplice* no encierra reticencia alguna, que haga sospechar que espere para sí alguna ventaja directa.

»Tal seria tambien el caso, en que el nombre del *cómplice* ha sido llanamente designado, sin que haya habido sujestion de parte del magistrado instructor: á no ser así, podria temerse que el acusado hiciera una designacion falsa, aprovechándose de la ocasion para dar otra direccion á las sospechas.

»Una condicion esencial para la validez del testimonio, es la certeza de que no existe enemitad entre él y el individuo á quien nombra.

»Es necesario, finalmente, que careado con este último, repita en su presencia las inculpaciones que le imputa, ó que persevere en sus palabras, despues de tener conocimiento de la condena que se le impone; porque entonces ya no tiene interés en acusar á otro.

«Si se han llenado todas estas condiciones particulares, si además se han satisfecho todas las esenciales á la credibilidad del testimonio en general, la deposicion del *cómplice* tendrá *pleno valor*.....

»¿Puede fundarse una condena en el testimonio de dos cómplices?

»En el derecho comun de Alemania debe resolverse la cuestion *negativamente*. Además de que pareceria peligroso condenar á un hombre por la declaracion de dos individuos, infamados por el crímen. La regla formal del de-

recho comun exige, que para tener pleno valor todo testigo, sea juramentado: pues bien: el inculpado, contra quien se sigue una procesacion por causa de un crímen, no puede ser oido, bajo juramento (1), no autoriza una escepcion tan grave en favor de los cómplices. Sus declaraciones no pueden, segun las nuevas reglas, tener valor, sino *agregadas á los medios de conviccion*: y entonces es llegado el caso de aplicar los principios..... de la *prueba compuesta.*»

«Pero, lo repetimos, una legislacion nueva obrará cuerdamente, no admitiendo mas que las que pueden hacer plena fé en ciertas circunstancias, *que el juez apreciará prudentemente*. El *cómplice*, por sí mismo, *no es un testigo incapaz*; sino *solo sospechoso*; y la sospecha, que se apoya en una presuncion desfavorable, *puede desaparecer* en un caso dado, y dar lugar á una firme conviccion sobre la veracidad del declarante. Pongamos un ejemplo. Un hombre ha tomado parte en un crímen, cuya consumacion no hace suponer por otra parte, una irremediable depravacion. Este hombre, cuya vida hasta allí habia sido exenta de tacha, confiesa su falta, y manifiesta su arrepentimiento: designa como *cómplice* suyo á un individuo, contra quien ya resultaban fuertes cargos: persiste obstinadamente en su declaracion, y no puede descubrirse indicio alguno de que exista enemistad entre ellos. Esta declaracion convicne en un todo con la del otro testigo, completamente independiente. Todas las circunstancias, y cargos de la causa vienen además en su apoyo, y hay grandes presunciones de que los testigos no han querido decir mas que la verdad. ¿Deberá el legislador, á causa de no estar juramentado uno de los dos, dificultar la conviccion del Juez, especialmente, si despues de pronunciada su propia condena, repite el *cómplice* su declaracion en los mismos términos, y dá á la justicia una nueva garantía, que puede muy bien sustituir al juramento *prévio*? No obstante, el juez debe imponerse la mas prudente circunspeccion en esta materia.

»Si se ha prometido al cómplice, para hacerle hablar, una disminucion de la pena, ó el perdon, no hay que dar importancia alguna á sus declaraciones: sería peligroso crear á un testigo, á quien solo las promesas, ó un interés personal, obligan á hablar (1).»

(1) Véanse nuestras indicaciones anteriores sobre esta cuestion, y la diferencia entre *hecho propio* y *hecho ajeno*.

SECCION VI.

DE LA COMPLICIDAD SEGUN LAS LEYES DE ULTRAMAR.

Hasta aquí todo el artículo descansa sobre el Código penal: pero aun se puede preguntar, si esa es tambien la legalidad existente en Ultramar.

Ciertamente; pero con la diferencia de que allí la legalidad existente, directa y principal, son las leyes de Indias; esto es, todas las leyes y reales disposiciones, que en materia de penalidad y complicidad, existian antes de la promulgacion del Código penal; y este no es, ni puede ser ley directa en aquellos dominios, mientras no se declare; sino legalidad supletoria ó subsidiaria, como toda la legislacion de Castilla, en lo que nada determinen las leyes de Indias. Así terminantemente lo establecen las leyes 1 y 2, tít. 7; y la 66, tít. 15, libro 2 de la Recopilacion de Indias.

Pero estas leyes, sino han sido derogadas, ¿no han sido al menos modificadas, despues de la Constitucion política española de 1837? En ella se estableció, y reiteró en la reformada de 1845, que las provincias de Ultramar *se regirian por leyes especiales*.

No es nuestro ánimo abordar aquí, ni este es el lugar, la grave cuestion constitucional de si el precepto de la Constitucion es, que *las leyes especiales*, porque se rijan aquellos dominios, han de ser tales *leyes*, y por tanto, hechas en Córtes; ó si meramente significa, que la Constitucion no es aplicable á aquellos países, que se seguirán rigiendo, como antes,

(1) Mittermaier, Tratado de la prueba en materia criminal, part. 2, cap. 52, núm. 5.

por leyes y disposiciones peculiares, dadas para ellos, bien sean leyes, bien sean reales decretos, cédulas, etc.

Puede esta cuestion presentar aun un tercer punto de vista, que en otra parte esplanamos. Pero es incontestable que nunca pudo, ni puede ser la mente de la Constitucion, que el Gobierno central no pueda dictar y espedir las órdenes, decretos, cédulas, etc., que requieran las necesidades, tal vez urgentes, de aquellas provincias; ó lo que es lo mismo, que el Gobierno no gobernára en cuanto á ellas: que lo contrario ha venido entendiéndose y practicándose desde que se consagró el principio constitucional; esto es, en vez de hacerlo todo por leyes especiales, se han dictado reales órdenes y decretos, sin protesta en las Córtes, ni por las Córtes: que aun en el caso de ser el sentido constitucional que las leyes especiales se hagan en las Córtes, no será que las órdenes y decretos no deban ser obedecidos en aquellos dominios: que aun en materias legislables, interin se legisla, pueden y deben los gobiernos ocurrir á las necesidades administrativas por resoluciones y decretos, aun dando en forma de tales, en el caso en cuestion, las leyes, propiamente tales, hechas para la Península: y por tanto, que no solo las leyes de Castilla son subsidiarias en Indias, en los casos que previenen las tres arriba citadas, y confirman algunas otras, hasta la Constitucion de 1837; sino aun las promulgadas despues, en cuyo caso se encuentra el Código penal.

Llégase á todo, que, aun sin nada de lo dicho, como doctrina jurídica en materia penal, y caso de no alcanzar las leyes de Indias, ninguna mas sólida que el Código penal; y como jurisprudencia, ninguna mas segura que la constituida y observada por los tribunales de la Península.

Ofrécese todavía otra objecion. Si todo fuera así, como queda asentado, no habria para que el Gobierno central diera especial sancion para Indias á leyes generales de la Península, como el Código de Comercio, el Reglamento provisional para la administracion de justicia, la Ley de Enjuiciamiento civil; y actualmente se está tratando de estender á aquellas provincias el Código penal. Eso quiere decir, no que se duda, si la legislacion de Castilla es subsidiaria en Indias; sino si en vez de regir en tal concepto, ha de regir como *principal*, ó con preferencia á las antiguas leyes de Indias. Esta es la novedad que se indica: esta la cuestion que se resuelve: esta la que hay que examinar, y mucho, pues mucho debe examinarse, si hay ventaja para aquellos países en sustituirles sus leyes propias; es decir, que hay que examinar esta cuestion, siempre grave, como se haria para sustituir aquellas leyes por otras especiales, al tenor del precepto constucional.

En cuanto á los tribunales, por tanto, la cuestion es fácil y segura: ellos deben obedecer los mandatos de la Corona, aunque sea á calidad de representar; pero sin suspender en la materia en que tratamos. En tal caso están para suspender, con facultades estraordinarias, los Capitanes generales.

Véanse, en cuanto á complicidad en general, los demás artículos de **CÓMPLICE**: **COMPLICIDAD**: **DELINCUENTES**: y sobre los autores citados, á Van Hooroboke (Emilio), *Traité de la Complicité*.

COMPLICE (**EN LO CANÓNICO**). El presente artículo ofrece las mismas cuestiones, que en otra cualquiera legislacion, y como ya las dejamos espuestas en los dos artículos anteriores, á saber:

La cuestion etimológica.

La tecnológico-jurídica.

La teoría de la co-delincuencia, de que es parte la de complicidad.

Derecho constituido sobre cómplices.

Y valor probatorio del testimonio del *co-delincuente*, y por tanto del *cómplice* contra ó en favor de sus co-delincuentes.

La primera y la segunda, quedan espuestas en el artículo primero **CÓMPLICE**: la tercera en el artículo **CÓMPLICE** (*en el fuero penal comun*): la cuarta y la quinta tambien allí; pero con relacion al mencionado derecho. En el presente las vamos á esponer con relacion al derecho canónico. Véase la seccion doctrinal.

Escusado es repetir, como en los dos anteriores artículos, que aquí nos hallarémos

siempre con *socius criminis, particeps criminis, seu sceleris,* en vez de *complex* ó *cómplices*; y si en disposiciones recientes, y con mas frecuencia y anterioridad en los espositores canónicos, hallamos estas últimas voces, es aun en el sentido complejo de la primeras, ó sea por de *socius criminis*, esto es, de *codelincuente*. Decimos en disposiciones recientes, porque es de notar que en todo el Cuerpo del derecho canónico no se hallan las voces *cómplex, cómplices*.

PARTE LEGISLATIVA.

DECRETO DE GRACIANO, PARTE 2.ª

Causa 2, cuestion 7.ª, cánon 38..... «Sacerdotes Domini non accusent, nec in eos testificentur, qui sui ordinis non sunt, nec esse possunt.»

Cán. 39, id., id. «Testes absque *ulla infamia*, aut *suspicione*, vel manifiesta mácula... esse debent, *et tales, quales ad sacerdotium eligere jubet divina auctoritas.*»

«... Sacerdotes..... criminari non possunt, nec in eos testificari, qui ad eundem non debent, nec possunt provehi honorem.»

Cán. 51, id., id. (Dispone lo mismo.)

Cán. 2, cuest. 4.ª, causa 3. «Accusandi, vel testificandi licentia denegatur his, *qui christianæ religionis, et nominis dignitatem, et suæ legis, vel sui propositi* norman, aut *regulariter prohibita, neglexerint.*»

Cán. 4, id., id., id. Que no pueden acusar, ni testificar, los unidos en *union conyugal ilegítima*, ni los que lo han sido *sin título dotal*: ni los *raptores*: ni los que *han obrado contra los superiores*.

Los *conspiradores* (cán. 5, id. id.)

Los *anatematizados* (cán. 6 y 7, id., id.)

Los *infames*, y los *sacrílegos* (cán. 11, idem, idem, id.)

Los *actualmente enemigos*, ó que aun lo eran *en el dia anterior* (cán. 2 y 3, cuest. 5.)

Cán. 4, id., id., id. «*Suspectos*, aut *inimicos*, aut *facile litigantes*, et eos, *qui non sunt bonæ conversationis*, aut *quorum vita est accusabilis*, et *qui rectam non tenent*, et *docent fidem*, accusatores esse, et testes et, antecessores nostri Apostoli prohibuerunt, et nos... submovemus...»

Cán. 8, id., id., id. «Accusatores et accusationes, *quas sæculi leges non recipiunt..... submovemus.*»

Cán. 9, id., id., id. «Constuimus... ut *homicidæ, malefici, fures, sacrilegi, raptores, adulteri, incesti, venefici, suspecti* criminis, *domestici, perjuri*, et *qui raptum fecerint*, vel *falsum testimonium dixerunt*, seu *qui ad sortilegos, divinosque concurrerunt, similisque eorum*, nullatenus ad accusationem, vel ad testimonium sint admittendi: quia *infames* sunt, et juste repellendi, quia funesta est eorum vox.»

Cán. 10, id., id., id... nec *suspecti*, aut *infames*, aut *criminosi*, aut *gratiosi*..... aut *scelerati*, aut *facile litigantes* suscipiantur accusatores; *sed tales, ut omni careant suspicione.*»

Cán. 1, caus. 4, cuest. 2 y 3. «Testes autem ad testimonium non admittendos esse censemus, qui nec ad accusationem.»

Cán. 3, id., id., id. Contiene este largo cánon, por regla general, al pié de la letra, aunque interpolada en parte la numeracion, las leyes 2 á la 25, ambas inclusive, del título *De testibus* de las Pandectas, y en la propia forma la 1.ª á la 11 y á la 13 del propio título del Código. Pueden verse las que conciernen á la presente cuestion en el artículo **CÓMPLICE** (*en el derecho penal comun*).

Cán. 5, caus. 15, cuest. 5. «Nemini, praterquam de crimine læsæ majestatis, *de se confesso, credi potest super crimen alienum*, quoniam ejus, atque et omnis rei professi periculosa est confessio, et admitti adversus quemlibet non debet.»

DECRETALES DE GREGORIO IX.

Cap. 1.º *Cum monasterium*, tít. 18, de confessis, lib. 2. «Eos, *quorum suggestione* scelus homicidii se presbyter perpetrasse ponit; nisi *aliis modis* verum esse constiterit, nulli censemus pœnæ subdendos; cum, secundum utriusque juris statuta, *de se confessi* super aliorum conscienciam *interrogari non debent*, et (crimine læsæ majestatis excepto)

de reatu proprio confitentis periculosa confessio non est adversus quemlibet admittenda.....»

Cap. 3.°, tít. 20, id., id. *De testibus.....* «Quoniam aliqua nobis de persona Epiphanii presbyteri sunt facinora nunciata, necesse est, ut *cuncta diligentius perscruteris. Et seu mulieres, cum quibus peregisse dicitur, seu alios, quos de causa scire aliquid senseris, huc festines adducere, quatenus ecclesiastica districtione liquida possint, quæ vera sunt, apperiri.*»

Cap. 10. *Veniens*, id., id., id. «...ille, qui *eodem erat infectus crimine, inde contra eum testificari non posse, nullique, de se confesso, adversus alium in eodem crimine sit credendum.*»

Cap. 20, id., id., id. «.....Si coram te... negotia ventilantur, *nollimus*, ut aliqui, *consimile morbo laborantes*, si certum sit, aut legitime super hoc possint convinci, ab alterutra parte testes abducti fuerint, *in testimonium admiti.*»

Cap. 6.°, tít. 3.°, lib. 5.° «Tanta es labes hujus criminis (de simonía), quod etiam servi adversus dominos, et quilibet criminosi admittuntur ad accusationem. Item omnis peccator, etiam *meretrix.*»

SEXTO DE LAS DECRETALES.

Cap. 1.°, tít. 10, lib. 2.° «*Meditatores*, per quos scelus simoniæ plerumque committitur, *ad testimonium contra sceleris ejusdem auctores, in detestationem criminis, admittuntur*, si non agatur criminaliter; sed civiliter, et emolumentum ex inde fuerint assecuti.»

Cap. 5.°, tít. 2.°, lib. 5.° «In fidei favorem concedimus, ut in negotio inquisitionis hæreticæ privitatis, *excomunicati, et particeps vel socii criminis, ad testimonium admittantur*: præsertim in probationem aliorum defectum contra hæreticos, credentes, fautores, *receptores*, et *defensores* eorum, si *ex verisimilibus conjecturis*, et *ex numero testium*, aut personarum, tam deponentium, quam eorum, *contra quos deponitur, qualitate, ac aliis circumstantiis, sic testificantes, falsa non dicere præsumantur.*»

PARTE DOCTRINAL.

SECCION UNICA.

INDICACIONES GENERALES SOBRE EL ESTADO DE LA LEGISLACION CANÓNICA, ACERCA DE LA COMPLICIDAD, Y DEL VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO DEL CÓMPLICE.

En la cabeza del artículo indicamos ya las cuestiones únicas, que corresponde esplanar y resolver en la presente seccion, á saber, sobre complicidad, ó mas bien sobre *codelincuencia*; y el valor probatorio del testimonio del codelincuente, y por tanto del cómplice, contra ó en favor de los demás cómplices ó autores, en el proceso del crímen.

En punto al derecho constituido y á la doctrina, el derecho canónico es hoy, bajo el punto de vista del presente artículo, lo que de siglos venia siendo; lo que eran las demás legislaciones penales europeas, antes de la moderna codificacion penal.

Y así continuará por mucho tiempo; si bien la jurisprudencia se asimilará mas ó menos; pero siempre algo, á la del foro secular, cediendo, en lo que su índole permita, al influjo del autorizado ejemplo de esta, y del eficáz impulso de la ciencia, de que es destello esplendente é irresistible la mas filosófica y ya generalizada clasificacion de *codelincuentes*, introducida por la moderna codificacion de los respectivos Estados.

Y uno y otro estremo, aunque opuestos, se realizarán como queda insinuado, porque así está en la naturaleza de las cosas. La razon del segundo es tan óbvia, que no hay que espresarla: es el poder irresistible, y cuando menos eficacísimo, del ejemplo, de la autoridad y de la ciencia.

La del primero, esto es, la razon de que el derecho canónico sea hoy, y probablemente por mucho tiempo, lo que las legislaciones penales europeas antes de la moderna codificacion penal, es muy diversa y compleja además. Hé aquí los fundamentos principales ó causas de ella.

1.° El diverso modo de legislar en lo canónico y en lo civil.

En lo canónico no se hacen códigos *á priori*: se legisla por resoluciones y declaraciones especiales, ó particulares; por lo cual la legislacion canónica es en su mayor parte casuística, ó decisiones de un caso, convertidas en regla general.

2.° Algunas disposiciones del vasto Cuerpo del derecho canónico se atribuyen á los Apóstoles ó derivan de su tiempo: otras son doctrinas ó sentencias de insignes y venerables Santos, y de Padres de la Iglesia, ó decisiones de eminentes Pontífices: otras de insignes y venerandos concilios. Se identifican unas con épocas, ya calamitosas, ya gloriosas de la Iglesia, y espresan árduas y graves controversias y triunfos de aquella. Su autoridad, su fuerza moral es, por estas razones, inmensa. ¿Quién se atreveria á sustituirlas, haciendo olvidar, ó preposterar, su orígen, dándoles todo el aire de novedad con una nueva fórmula? ¿Qué podria formularse así, que llevara la misma autoridad? ¿Con qué podria reemplazarse el prestigio inmenso de la tradicion? ¿Con qué la santidad del orígen?

3.° Las leyes canónicas tienen un fin principalmente espiritual. De aquí el que atiendan mas á la *intencion*, que al *hecho*, mas al *pecado*, que al *delito*; á la inversa de las leyes seculares. Las penas, por tanto, son mas bien *medicinales*, que *punitivas*; por lo cual con frecuencia revisten, y aun mas revistieron en lo antiguo, el carácter de *penitencias*. En desuso las penitencias públicas, han sido reemplazadas por penas *prudenciales correctorias*, aplicadas segun las circunstancias del caso y de las personas. De aquí la necesidad y conveniencia de penas, arbitrarias ó prudenciales: *purgacion canónica*, suspension de licencias por mas ó menos tiempo, ejercicios, reclusion en un monasterio, colegio ó seminario en la propia forma, etc.: todo lo cual, si no escluye, no hace tan necesarias, como en el foro secular, las penas *taxativas*, ni por tanto una clasificacion fija, inalterable, *á priori*, de codelincuentes, pues que ésta, y el sistema cerrado de penas taxativas, son paralelos.

4.° Las penas seculares llevan como esencial la publicidad: las canónicas, y en lo canónico, por el contrario: por la naturaleza de las cosas, es, á veces, mayor el daño que viene á la sociedad eclesiástica, al prestigio religioso, á la santidad edificativa del sacerdocio, de la publicidad de ciertos escesos, ó crímenes, que la utilidad, que podria reportar la publicidad de estos y de sus penas.

5.° Despues del Real decreto de 1835, sujetando al foro secular los delitos graves, ó *atroces*, de eclesiásticos, puede decirse que en el foro canónico ha cesado en esta parte la jurisdiccion *atribuida*; siendo un hecho que en estos delitos, no eclesiásticos, es donde tiene mas plena y necesaria aplicacion el doble sistema de rigorosa clasificacion de codelincuentes y penas correlativas y taxativas, uno y otro *á priori*.

6.° Reducido el foro canónico á los delitos eclesiásticos, es por demás sabido que los principales de estos, ó no admiten, ó apenas admiten cómplices. En la apostasía y heregía, por ejemplo, el cómplice seria ya tan hereje y apóstata como el principal. ¿Cómo se aconseja ó favorece, sino, el abandono, ya en parte, ya en todo, del dogma católico, sin ser realmente ya herejes ó apóstatas? Esto por parte del hecho *interno*: y tan herejes y apóstatas en el hecho esterno tambien, caso de mostrar igual tenacidad.

7.° Las penas canónicas, si admiten division, y si esta ha de ser saludable en los altos fines de la Iglesia, es en tal grado, que terminarán en prudenciales; y si no la admiten, no son paralelas á una clasificacion de cómplices, taxativa y *á priori*; en cuyo caso se encuentra la pena por escelencia, la *escomunion mayor*.

8.° El foro canónico, por último, ha podido, y puede mas hoy, acomodar sus formas judiciales y su sistema penal, á sus fines espirituales, que requieren tanta latitud y prudencia, porque el poder Real, viniendo en auxilio de la Iglesia en esta parte, ha castigado siempre por sí, como crímenes comunes, los que son contra Religion, cometidos, sobre todo, por legos, sosteniendo así el deslinde entre penas temporales y espirituales, y sin perjuicio aquellas de estas.

No es esto decir, ni mucho menos, que el

foro canónico no pueda, ni deba asimilarse en lo posible en sus formas esternas al secular; y antes hemos insinuado lo contrario; sino que no son omnimodamente parificables: que hay radicales é insuperables diferencias: y que estas esplican la anterior, la presente, y ya en mayor, ya en menor escala, la ulterior diferencia de los dos foros en el punto que es objeto de la presente seccion.

Diremos, sin embargo, sobre las razones ya espuestas, que tal estado de cosas no es tan grave, como seria en el órden civil, ó secular, porque, aun sin una clasificacion técnica de co-delincuentes, la aplicacion de penas medicinales y penitenciales, en órden proporcional y respectivo, segun el criterio del juzgador, introduce, en gran parte, la diferencia y temperamento que se busca por medio de una clasificacion técnica; y además por la razon dicha de la radicacion absoluta de los delitos *atroces* de eclesiásticos en los tribunales reales.

Esto en cuanto al primer punto, objeto del presente artículo, ó sea la clasificacion de *codelincuentes*, y por tanto la *complicidad*: en cuanto al segundo, esto es, al valor probatorio del testimonio del codelicuente, y por lo mismo del cómplice, la legislacion y jurisprudencia canónica han venido siendo, y son en la actualidad, no solo iguales á las legislaciones seculares, antes del sistema penal moderno de codificacion; sino aun mas incoherentes, y por lo mismo mas inciertas, y aun contradictorias. Para convencerse de ello, basta pasar la vista por la parte legislativa de este artículo, y hé aquí, con arreglo á ella, los hechos que lo demuestran.

El derecho canónico adoptó, casi íntegra y testualmente, los títulos, *De testibus*, de las Pandectas y del Código romano, así como tambien las pruebas privilegiadas de éste en ciertos delitos enormes, ó atroces, como heregía, lesa magestad, simonía, etc., y en casos estremos, esto es, cuando no hay otro medio de prueba que por testimonio de los cómplices, ó co-autores: con lo cual dicho se está que el derecho canónico, para testificar, así como para acusar, admite la esclusion general de codelincuentes (*socius criminis*).

2.ª Todavía, por cánones terminantes, y en tema mas general, escluye á todos los que, para acusar ó testificar, escluye tambien las leyes seculares, en lo cual no entra ya solo el derecho romano.

3.ª Generalizando, aun mas, la esclusiva, ordena que no pueda ser juez, ni testigo, el criminoso, el de mala nota, el de mala conversacion, el que no sea tan puro que *no pueda ser admitido al sacerdocio*. La inhabilidad, en fin, de testigo, es tan ámplia, y por tanto género de causas, que apenas habrá un cómplice á quien no alcancen, sin mas que ser reputado cómplice.

4.ª Mientras la esclusiva es tan general, que, no solo es, segun queda dicho, la de las demás legislaciones; sino aun mayor que la de todas; las escepciones, ó admision de co-delincuentes á testificar, no solo son las mismas, ya en virtud de cánones terminantes, ya por doctrina y jurisprudencia canónica; sino aun con mayor amplitud, como puede verse en la parte legislativa; y escusado es decir que en este punto los escritores canónicos, no solo se han ceñido al tenor del derecho, como lo hicieron los de las leyes seculares, hasta que una filosofía de otro género se ha hecho lugar en el foro, y en la esfera legislativa; sino que se han escedido; han exagerado el sistema, ya harto esclusivo, del derecho; siquiera tengan la disculpa que los espositores del derecho secular, ó sea el estado general de la ciencia jurídica y legislativa, y la que nace de la índole especial del derecho canónico: pero esceso y exajeracion, que deben notarse, si ha de procurarse y tener efecto la asimilacion del foro esterno canónico y del secular, en lo que es posible.

El cap. 3.°, tít. 20, lib. 2.° de las Decretales, por ejemplo, *De testibus*, establece que contra el clérigo vagabundo, en compañía de malas mujeres, procediendo en ello con *esquisita diligencia*, se oiga á estas, y á todo el que se creyese que pueda dar razon, para que, *con este rigor en la disciplina eclesiástica*, llegue á averiguarse *claramente la verdad*. No parece aquí dudosa la mente del legislador. ¿Para qué podrá querer que se aplique con esquisita diligencia todo el rigor de

la disciplina en inquirir la verdad? Para qué luego, despues de evidenciado, quede impune la delincuencia, si no hubiera mas prueba que la de los cómplices? Para eso era mejor que la verdad, ¡triste verdad entonces! no se hubiera conocido. No se hubiera logrado con conocerla, sino hacer, con la impunidad, mas solemne, mas sensible y mas irritante el escándalo.

Y con todo, jurisconsultos de primera nota enseñan que aquí se oye á las mujeres cómplices solo *ad inquirendum*. Pudiera su dicho, aunque fuera múltiple, verosímil, etc., no constituir plena prueba para plena pena; pero ¿no daria lugar, á lo menos, para *purgacion canónica*, por ejemplo? Pues esa, si no habia de ser arbitraria, seria por virtud del testimonio de los cómplices, es decir, de las mujeres; lo cual es ya mas que indagar.

Pero véase aun la exageracion sistemática de dichos espositores. Suponen unos, para eludir la dificultad, que dichas malas mujeres estaban ya corregidas, y por eso podian testificar. Mas, ¿dejaban por eso de ser cómplices? Por otra parte, el arrepentimiento seria en el foro *interno*: en el *esterno* quedaba el hecho criminoso, el delito, no perdonado, ni purgado: quedaban siempre cómplices. Ni ¿de dónde consta en las Decretales semejante suposicion de tratarse de mujeres ya enmendadas? Nuestro acreditado canonista Gonzales rechaza con nosotros, como infundada, la suposicion; y sin embargo, se envuelve en otra, no mas segura, añadiendo:..... «dicendum est in ea specie mulierum testimonium admitti, *no tamen illis credi, aut fidem adhiberi, ut jam docuit Cujacius.*» La Decretal no dice, ni autoriza á creer, *que no debieran ser creidas*, no siendo racional que encareciese inquirir la delincuencia, para que quedase impune.

Pero la exajeracion, que notamos en los tratadistas canónicos, tiene aun mayores pruebas. El rigorismo canónico, consultando en ello sus altos fines morales y espirituales, establece que no se admita como testigo al *criminoso*, al de *mala nota*, de *mala conversacion*, etc., y los autores lo han aplicado desde luego al cómplice, esto es, segun el lenguaje recibido, al codelincuente, *socius criminis*. Pero *criminoso* es el cargado de crímenes, ó el que tiene alguno probado contra sí; ó siquiera la *mala nota*, con que la opinion abruma al que reputa *depravado, criminal, perverso*. Mas como todo el que delinque, ó se envuelve en un delito, empieza por una primera vez; como el mas puro no está exento de delinquir, ó de verse envuelto en apariencias que requieran procesacion; está en la naturaleza de las cosas, que el que por primera vez, y á primeras diligencias, por calumnia, acaso, aparece como delincuente, pueda no serlo. Puede, por el contrario, ser inocente, y ser declarado así en la sentencia aquel proceso; aun con la adicion de declaraciones honrosas, con derecho á repetir contra el que le envolvió, y aun contra el mismo juez inferior; y entónces, ¿qué es de la suposicion de *criminoso*? Esta depresiva y perjudicial calificacion supone ya hechos juzgados, ó de público ciertos. No habiendo eso, el que aparece cómplice en la primera causa de su vida, no es aun *criminoso*. Si luego resulta culpable al fin de la causa, entonces será el apreciar el juez, si su dicho es parcial, interesado, calumnioso, etc, y si por tanto ha de tener ó no fuerza probatoria, causar mera presuncion, ó nada: mas hasta tanto, ni habria justicia en reputarle ya *criminoso*, ni nadie pierde sino la justicia; nadie gana, tal vez, sino el autor ó autores del crímen, en que no se le oiga, ni aun *ad inquirendum*.

Las Decretales, por último, ordenan, que á los *reos confesos*, ni aun se les pueda *preguntar por sus cómplices*. Este precepto de esquisita cautela en favor de la inocencia y de la justicia, y de ódio, esquisito tambien, á la calumnia y al crímen, no se concilia con el criterio filosófico, que hoy se aplica á la estimacion de las pruebas judiciales; pero si al cabo estaba terminantemente sancionado, limitáranse á su esposicion y aplicacion los autores: ciñéranse estrictamente á su tenor, en vez de ampliarlo.

Algunos, con razon sin duda, sintieron, en efecto, que el precepto aquí, puesto que no hablaba sino de reos *confesos*, no debia es-

tenderse á los reos *convictos* (1); y sin embargo, otros muchos, el autorizado Gonzalez entre ellos (2), sostienen que dicha prohibicion ha de aplicarse á *confesos* y *convictos*: resultando, en conclusion, que los autores canónicos han hasta exagerado las restricciones canónicas en materia de pruebas.

En el derecho canónico, por último, es singular, como hemos visto, especial y terminante, el precepto de que *al reo confeso no puede ni aun preguntarse por sus cómplices* (3). Pero ya antes estaba prohibido por ambos derechos, y por regla general, que el cómplice, esto es, el codelincuente, el *socius criminis*, no pudiese testificar contra otro codelincuente. En su generalidad, esta esclusiva sin duda comprendia lo mismo al *reo* ó *co-reo confeso*, que al *negativo*, al *confeso*, que al *convicto*. ¿Qué significa, puede preguntarse, este precepto especial del Pontífice? ¿Qué añade esta esclusiva, de mucho antes comprendida ya en la general de todos los derechos? ¿Qué estatuye de nuevo, ó que sea necesario? ¿Quiere mas bien el Pontífice restringir la perjudicial esclusiva general, modificarla, iniciando así el saludable movimiento, que al fin ha tomado el criterio jurídico y filosófico, sobre este punto; movimiento que tambien iniciaron algunos canonistas, como dirémos?

No hay violencia filosófica en sostenerlo así; pero no todo lo estimó así la mayoría de los autores canónicos. Mas la severa jurisprudencia, la ciencia del corazon del hombre y de la humanidad, preguntarán con los modernos publicistas, y como ya lo hacemos en el art. anterior: ¿y si el reo *confeso* fuese un hombre arrepentido, y avergonzado de su primer delito, despues de haber sido de conducta intachable toda su vida hasta allí? Tertuliano habia dicho ya, *Nemo mentitur in suum dedecus*: ninguno miente para su perjuicio y deshonra. Esto, por regla general, es una verdad, aun hablando del hombre malo. ¿Qué será en el supuesto de un hombre, antes honrado, envuelto ahora, por engaño, por inadvertencia, por flaqueza, en un crímen de que está avergonzado y arrepentido; sin que ni una sola circunstancia desmienta, y antes, acaso, algunas, ó todas, confirmen y evidencien esta situacion moral? Es posible que un implicado en una causa sea realmente culpable: tambien el que sea inculpable, y que haya que declararlo así: es posible que mienta ó calumnie, al indicar á otros; tambien es posible que no: el apreciarlo todo debe ser cuestion de tribunales, un acto jurídico: los hechos hablarán: del proceso resultará: el juzgador decidirá con el pleno conocimiento de causa que requiere la justicia. Esto es lógico: esto es seguro: lo contrario es ilógico y perjudicial á la justicia que se busca.

Sobre esta grave cuestion especial, nuestra opinion es, como en la general de testimonio del codelincuente, con la actual de los publicistas: que se favorezca la libre prueba, y se deje al criterio judicial lo que, establecido *á priori*, puede ahogar la prueba, con utilidad solo de los culpables. Así la hemos consignado tambien, razonándola, en el artículo **cómplice** (*en el fuero comun penal*), especialmente en la seccion 5.ª del mismo.

Allí dimos, como ahora indicamos, nuestras razones, que en lo canónico se corroboran aquí con la falta de seguridad y de uniformidad de los espositores de este derecho, en cuanto al fundamento de la prohibicion de que el reo confeso pueda ser *preguntado* por sus cómplices ó co-autores. El ya citado Gonzalez (1), resume las opiniones discordantes, para rechazarlas; aunque á un tiempo adopte, á su vez, una no mas segura y conveniente. Es de notar, antes de enumerarlas, que los autores canónicos, posteriores á la decretal, aplican á la esclusiva especial del *confeso*, la misma doctrina que á la esclusiva general del testimonio de los co-delincuentes, ó sea *socii cri-*

(1) Hotomano, á la ley *Quoniam*, tit. *De testibus*, del Código de Justiniano.

(2) Gonzalez, al cap. 1.º, tit. 18, lib. 2.º de las Decretales, *De confessis*.

(3) Decretal citada, en la nota anterior.

(1) *Commentaria perpetua in singulos textus quinque librorum Decretalium*, cita anterior.

minis. Hé aquí ahora las diversas opiniones.

1.ª *La causa del autor y del cómplice*, dicen unos, *se reputa una misma; y entonces parece que el declarante es testigo en su causa* (1).

2.ª *El que confiesa su crimen*, dicen otros, *siendo ya criminal, se hace infame, y por eso no es testigo apto* (2). Escelente aviso y muy á tiempo, para que ningun criminal confiese, y así desafíe al criterio y hasta al poder judicial inquisitivo. Nadie gana en ello mas que la impunidad: nadie pierde mas que la justicia.

3.ª Que *no es lícito descubrir crímenes ocultos, y lastimar así la reputacion agena* (3).

Lo cual ciertamente sucederá de la propia manera con testigos estraños á la causa y de todo punto aptos. Si la razon es eficaz para algo, lo seria para reprobar la prueba de testigos. No se admitirán tampoco acusadores, ni denunciadores, porque tambien descubrirán muchas veces crímenes ocultos, y lastimarán la reputacion ajena!

4.ª Que *puede poner en duda la inocencia ajena el que desespera de la suya* (4). Y callando á los culpables, ¿no pone en duda la justicia, ó la hace tal vez imposible?

5.ª Que *el que no se perdona á sí mismo, menos perdonará á otros*. Pero ¡qué! ¿se sentará como máxima que un encausado hace mal en confesar? ¿Se irá á presentar siempre la confesion judicial como un acto de ódio contra sí mismo?

6.ª Que el co-delincuente deja de ser testigo apto, porque *eodem morbo laborat*, porque tiene una misma causa, ó adolece del mismo crímen, que los demás co-delincuentes. Así lo dice una decretal, y esta es la razon de Gonzalez (5), que habia desechado todas las anteriores: y los lectores de la ENCICLOPEDIA verán si ella es mas fuerte que las desechadas. Mas segura sí es; porque es razon de derecho, pero no es mas filosófica.

Diremos, sin embargo, que aun en el cerrado terreno canónico empezó á penetrar de último la fuerza de la evidencia y de la razon filosófica, y que, segun testimonio de algunos autores, se preguntaba ya á los reos por sus cómplices, habiendo algunos indicios que lo autorizasen y persuadiesen, y aun sin eso. «*Hodie tamere*, dice el citado Gonzalez, comentario al citado cap. 1, tit. 18, lib. 2 de las Decretales, *consuetudine introductum est, ut de se confessi de socios interrogantur, ut testatur Grandinus, in Praxi criminali*, título *De quæstionibus*, núm. 16: Parisius, *in tractatu de syndicatu*, cap. 4: Julius Clarus, *in Praxi, quæstione* 21.»

Esto en cuanto á la regla esclusiva y general: en cuanto á las escepciones, y prueba privilegiada, por testimonio del codelincuente y de otros testigos inhábiles, el derecho canónico ha admitido tambien las del derecho secular, ó civil comun, y aun las amplía. Los autores, y con ellos Gonzalez, las recapitulan así:

En el delito de *heregía*, y diráse lo mismo en el de apostasía. (Cap. *In fidei favorem*, *De hereticis*, en el sexto de las *Decretales*: *Concilio* 1.° *de Braga, can.* 12.)

En el de *simonía*. (Véase la parte legislativa.)

Girovagancia de sacerdote con malas mujeres. (Véase lo dicho antes.)

Lesa majestad ó *conjuracion* y *rebelion*. (Cán. *Neminis*, caus. 15, cuest. 3: Can. *Ita*, *De testibus cogendis*.)

Falsa moneda. (Ley 1.ª, Código romano, tít. *De falsa moneta*.)

Sacrilegio. (Cán. *In primis*, caus. 2.ª, cuestion 1.ª: cán. *Qui autem*, caus. 4.ª, cuestion 4.ª.)

Maleficio ó *echicería*. (Ley final del Código, tit. *De malefic.*)

Crimen de *salteadores* ó *foragidos*. (Ley *Provinciarum*, del Código, *De feriis*: ley *Divus*, Pandectas, tít. *De accusatoribus*).

Asesinato. (Ley *Prius*, Pandectas, tít. *Ad Syllanianum*).

En *casos*, en fin, *de difícil prueba*, cuando

(1) Menoquio, *De arbitrio centur.* casu 474.
(2) Menoquio, id. casu 48: Mascardo, *De probatione*, conclusion, 1317.
(3) Peguera, *Decisiones*, 5, núm. 1.
(4) Paulo, lib. 4, *Sententiarum*, tit. 12.
(5) En el comentario á la citada decretal.

hay indicios de que no pueda el crímen haberse cometido sin cómplices, ó co-autores.

Ahora se verá, y concluimos, que, como indicamos arriba, las escepciones casi absorven la regla general, para lo cual bastará medir la estension del último caso establecido, ó sean los crímenes de difícil prueba. Y como el apreciar *lo difícil de la prueba*, y la existencia de *indicios* de complicidad, está hasta tal punto en la potestad del juez: como, fundado en ello, ninguno despreciará los medios que vea eficaces de llegar á la verdad: en ello, sin duda, está fundado tambien, que, ya en el foro canónico, pero mas en el secular, se interrogue, y reciban manifestaciones, sobre cómplices y co-autores; en aquel en todos los delitos *atroces*, esto es, en todos los graves; y en éste *en todos*; reservando para despues el apreciar el valor legal de dichos testimonios, ya en la escepcion de tachas de testigos, ya en la apreciacion general de la prueba.

La práctica en la libertad de inquisitiva, en el sentido espresado, es tan general, é indudable, que no citamos hechos por ocioso; pero podríamos citarlos recientes, en causas, no poco notables y notadas, instruidas y falladas (1861 y 1858) en el Tribunal Supremo de Justicia y en el Senado, y en ellas, y no pueden citarse casos mas autorizados, fueron preguntados los argüidos de complicidad.

CÓMPLICE (EN DELITOS CONTRA LA HACIENDA PÚBLICA. En el art. 7.° del Código penal se establece, entre otras cosas, que no están sujetas á las disposiciones de éste los delitos de *contrabando*, ni los que se hallen penados por leyes especiales. La legislacion de contrabando, por tanto, está fuera del Código. La ley vigente en esta parte es el Real decreto de 20 de junio de 1852, que antes fué proyecto de ley, presentado por el Gobierno á las Córtes en 1849, el que llegó á estar ya aprobado por el Senado.

Dicho Real decreto, en su art. 32, dispone: «En la calificacion de los *cómplices* ó *encubridores* de los delitos de contrabando ó defraudacion, se observarán las reglas establecidas por las leyes comunes.»

En la *calificacion* de cómplices y *encubridores*: parece cierto, en primer lugar, que este Real decreto, dictado despues del Código penal, acepta en esta parte la tecnología, y clasificacion de éste, reduciendo á tres solas clases los responsables por un delito ó crímen, á saber, *autores*, *cómplices* y *encubridores*. En su consecuencia, para determinar quién es *autor*, y quién *cómplice* ó *encubridor* en delitos de contrabando y de defraudacion á la Hacienda pública, ha de estarse á lo dispuesto en el Código penal de 1850: véase el art. CÓMPLICE (*por derecho comun*): COMPLICIDAD: DELINCUENTE.

En segundo lugar, el art. 32 citado, del mencionado Real decreto, habla solo, al referirse á la legislacion comun, de la *calificacion*, sobre la cual ya tenemos dicho. Pero ¿y en cuanto á penalidad? Esta será, sin duda, la prefijada en el mismo Real decreto, para lo cual es menester tener presente, no solo el cap. 2 del mismo, *De las penas*, ó sean los arts. 21 al 37; sino el art. 20, que en su primer párrafo dispone: «*Los delitos conexos* enunciados en el art. 15, y *cualesquiera otros comunes*, que se cometan *para ejecutar*, *facilitar* ó *encubrir* el contrabando, ó defraudacion, se considerarán *como de especie distinta*; pero serán juzgados, á la vez que estos, por los mismos tribunales y en el mismo proceso.»

Pero serán juzgados *como de especie distinta*: y es decir que en caso de contrabando ó defraudacion, podrán coincidir estos delitos, y delitos *comunes* además. Para los primeros fija la penalidad el Real decreto citado; para los comunes no: y parece cierto, por lo tanto, que en cuanto á la penalidad de los cómplices, y lo mismo habrá que decir de los autores y encubridores, ha de estarse al Código penal, y legislacion comun.

Así, además lo establece terminantemente el art. 30 del Real decreto, segun el cual, «Los reos de delitos, que espresa el art. 17, sufrirán por ellos *las penas*, *que establecen las leyes comunes*; y las militares en los casos previstos en la última parte del art. 20, *sin perjuicio de las que merezcan por los delitos de contrabando y defraudacion.*»

Y decimos que dicho art. 30 establece ter-

minantemente la conclusion general asentada, porque, no solo en su letra se refiere al art. 17, en el cual se hace la concerniente diferencia entre los delitos de contrabando y defraudacion y los *conexos* que son los que allí específicamente menciona, como la *falsificacion, el robo, seduccion, abusos de los empleados y resistencia á la autoridad*, encaminados á favorecer el contrabando ó defraudacion; sino que añade en el párrafo 7.°: «Y *cualesquiera otros delitos comunes*, que se cometan para *ejecutar*, *facilitar* ó *encubrir* el contrabando ó defraudacion.» Y ya hemos visto tambien el tenor del art. 2.° en esta parte.

Y es decir, en conclusion; segun el Real decreto de 20 de junio de 1852:

1.° Que en los casos de contrabando ó defraudacion, pueden coincidir con estos delitos otros delitos comunes, que, cuando se encaminan ó favorecer los primeros, se llaman *conexos* (Arts. 17 y 20.).

2.° Que los delitos de contrabando y defraudacion serán castigados con las penas especiales del Real decreto; los delitos conexos, con las del Código penal, y cualesquiera otras aclaraciones y disposiciones de la legislacion comun (Arts. 21 y 31.).

3.° Unos y otros delitos serán juzgados en un mismo proceso por los tribunales de Hacienda pública, que establece el Real decreto (Arts. 1.°, al 16, y art. 20.).

4.° En la sustanciacion se observarán los trámites establecidos determinadamente en el Real decreto y otras disposiciones de Hacienda pública; y como subsidiarias las de la legislacion comun (Art. 16.).

Y 5.° En la seduccion, y resistencia á individuos del cuerpo de carabineros del reino, resguardo marítimo, guardia civil ó tropa del ejército, se estará á lo determinado en las leyes y disposiciones militares, juzgándose por consiguiente á los reos de *seduccion* ó *resistencia* por los consejos de guerra respectivos, *independientemente del delito de contrabando ó defraudacion, y de los demás conexos*, que no sean los de seduccion ó resistencia á los individuos de aquellos cuerpos (Art. 20.).

No hay que decir que, si en un caso de contrabando ó defraudacion concurren delitos comunes no *conexos*; esto es, que no tengan por objeto el facilitar la ejecucion, ú ocultacion de aquellos delitos, han de juzgarse por separado por los tribunales comunes, y por los militares en su caso, como delitos comunes ó militares meramente; ó sea, como no conexos, ó como si no coincidieran con el delito de contrabando.

COMPLICE (EN DELITOS DE IMPRENTA). En el artículo DELITOS DE IMPRENTA, y en el de IMPRENTA, tendremos que rectificar esta locucion y tratar de la naturaleza especial de estos delitos; no obstante lo cual, tenemos que adelantar aquí algunas nociones de las que á allí corresponden, para que mejor pueda ser espuesta y comprendida la complicidad en estos delitos.

Y en efecto: la imprenta, la prensa es una cosa inanimada: es un mero instrumento del hombre; y es el hombre, y no el instrumento quien en su caso comete el delito. Los delitos, pues, llamados de *imprenta*, son y debieran llamarse *delitos cometidos por la imprenta*. El deseo de alijerar el lenguaje, la conveniencia que hay en ello, siempre que pueda ser sin perjuicio del concepto, han autorizado en el uso, y por valor entendido, la locucion *delitos de imprenta*; y á esta nos acomodamos, autorizados por ello; si bien, por la naturaleza de nuestra obra, con la insinuada correccion.

Ahora, partiendo del hecho de que ninguna legislacion ha aplicado, ni aplica, plenamente á lo menos, aun despues de la moderna codificacion penal, la teoría comun de la complicidad á los delitos, á que se refiere el presente artículo, es dado preguntar: los delitos, cometidos por la imprenta, ¿no admiten complicidad, como los delitos comunes?

En términos absolutos es preciso decir que sí. El que se propone delinquir por la imprenta, puede necesitar ser alentado, provocado, auxiliado á ello, como los delincuentes de otros delitos. El hecho es complejo en sí, como otros hechos punibles: admite y encierra como ellos el elemento *moral* y el elemento *material*. Este en su desenvolvimien-

to práctico, es complejo á su vez; y encierra tal número de operaciones, y éstas de tal índole, que apenas pueden ser desempeñadas por uno solo: y si podrian serlo en un caso estremo; es preciso reconocer que en la generalidad de los casos no es asi. ¿Quién no conoce hoy el mecanismo, y las operaciones, hasta fatigosas, de la imprenta? ¿Qué conveniencia, ni social, ni industrial ofreceria una imprenta manejada por uno solo? ¿Seria esa la imprenta periódica, caso comun y diario, á que por tanto tienen á su vez que prestar su atencion el juzgador y el legislador, puesque el objeto natural de la ley no es lo estraordinario, y raro; sino lo que ordinariamente acontece? Los delitos de imprenta, pues, admiten complicidad.

Pero ¿cómo las legislaciones, ni antiguas, ni modernas, no aplican á ellos la teoría de la complicidad; y, sobre todo, las legislaciones modernas? Esto penderá, sin duda, de la índole singularísima de tales delitos y de su trascendencia, como ningunos. Se cometen en un momento, consistiendo esencialmente *en la publicidad*: son *reproducibles*, fácil é indefinidamente, multiplicándose en igual forma y sucesivamente el número de sus coautores: se propagan con rapidez á un pueblo á una provincia, á un Estado, á muchos Estados, al mundo: y admiten apenas, si es que no es mas verídico el asentar, que no admiten nunca, plena, omnímoda y condigna reparacion y satifaccion: circunstancia especial á un imponente, escollo insuperable de la teoría penal; pues nunca, ó rara vez, la pena, será proporcional al daño causado, y por tanto, rara vez, ó nunca, será plenamente justa. Estos delitos, además, admiten autor *subsidiario*, como lo es, en su caso, el impresor, en vez del autor verdadero, pero desconocido: el espendedor, si son desconocidos aquel y el impresor: y lo que es mucho mas aun, admiten autor *facticio*, que no es otra cosa el *editor responsable*; y no como quiera para penas pecuniarias; sino aun para penas *corporales* ¿En qué otro género de delitos podria hacerse esta sustitucion, sin una irritante repugnancia en el órden de la justicia, y de la moral?

El legislador, en fin, se vé precisado á considerar cada acto de cooperacion al delito de imprenta, *como un delito particular*, aunque *conexo*, castigando al agente, como autor aparte, con pena particular, por tanto, ó no correlativa. Así la legislacion, ó pena con igualdad, como la antigua; ó lo verifica como la moderna, no proporcialmente, en virtud de clasificacion; sino *distributivamente, por medio de enumeracion*; esto es, la pena del impresor, y del espendedor no deriva en escala proporcional de la del autor; sino de su propio hecho, como si este fuera aislado: no se inquiere si el responsable es cómplice, encubridor, etc.; sino si es impresor, espendedor, edicion estranjera, reimpresor, contraventor, en otro cualquier sentido, á las leyes y reglamentos del caso.

Puede aun suceder que la prensa, en vez de ser *libre*, en cuyo caso el delito estará en *publicar* con ofensa ó daño de particulares, de la Religion, del Estado, etc.; esté sujeta á *prévia censura*; y entonces el delito está en *publicar sin licencia*; y tampoco en este sistema clasificaron nuestras leyes, no obstante que la penalidad era á veces tremenda.

Hé aquí ahora una lijera reseña de nuestra legislacion antigua y moderna, en este punto.

Segun la pragmática de los Reyes Católicos, los que imprimian, ó introducian del estranjero, sin licencia, y los espendedores, perdian los libros, ó impresos, que serian quemados en la plaza pública: y todos, sin distincion, perdian el precio recibido, pagaban otro tanto de multa, y no podrian volver á ejercer el mismo oficio (1).

Despues los que así introducian libros del estranjero, y «quien imprimiere, ó diere á imprimir, ó fuere en que se imprima,» sin licencia, incurrian en *pena de muerte, perdimiento de bienes, quemados*, además *los libros ó impresos* públicamente (2).

El natural de estos reinos, que sin prévia aprobacion y licencia, mandaba á imprimir

(1) Ley 1.ª, tít. 16, lib. 12 de la Nov. Rec.
(2) Ley 3, id., id., id.

sus obras al estranjero, el que las llevaba, el que las imprimia, el que despues las introducia, ó espendia, perdian, sin distincion de clases, estados, ni condiciones, perdian la naturaleza en estos reinos, las honras y dignidades, la mitad de sus bienes y los impresos introducidos (1).

Ordenóse, además de la licencia prévia, que en todo impreso se pusiera *la fecha, el nombre del autor y el del impresor*, que nadie, por la fuerza de la aprobacion dada, podria luego mudar: y el *impresor*, *mercader de libros*, *encuadernador*, ó *librero*, que contravinieren, sin alterarse en nada el rigor de las leyes anteriores, en sus casos, pagarian una multa de 500 maravedís, con dos años de destierro por la primera vez: doble multa y destierro por la segunda: sufriendo por la tercera, la confiscacion de todos sus bienes, y destierro perpétuo: «y las otras personas, que en cualquier manera quebrantaren lo que se les manda, serán condenados, por la primera vez, en 300 maravedís, y dos años de destierro:..... por la segunda y tercera, se vaya todo agravando y el destierro sea del reino: además, que si hubiere algunas cosas injuriosas y ofensivas, serán asimismo castigadas con arreglo á las leyes (2).»

En tiempo ya del Sr. D. Cárlos III, se ordenó aun, que el que imprimiere, ó reimprimiere sin prévia licencia, libros contra la fé; y «el que imprimiere, y reimprimiere, vendiere, ó tuviere en su poder, ó entrare en estos reinos obra impresa, ó por imprimir,» vedadas por la Inquisicion, sobre ser estas quemadas públicamente, incurrian en *pena de muerte*, y pérdida de sus bienes, si mediase malicia de favorecer ó auxiliar á los hereges; en otro caso la pena seria de seis años de presidio, y multa de 200 ducados (3).

En la vieja legislacion, por último, hay una notable disposicion en la célebre pragmática de asonadas. Supone, como es cierto, que los sediciosos, para servir á su propósito, recurren al medio de populares escritos, que fijan en público y circulan. No hay duda de que estos escritos pueden ser manuscritos, ó impresos. Y en este caso, dispone que las justicias procedan «contra los espendedores y demás *cómplices* en este delito.»

Añade además en el artículo 5.°:

«Declaro *cómplices* en la *espendicion* á todos los que *copiasen*, *leyesen*, ó *oyesen leer* semejantes papeles sediciosos, *sin dar cuenta* prontamente á las justicias; y para su seguridad, siempre que quieran *no sonar en los autos*, se pondrán sus nombres en testimonio reservado, de modo que no consten del proceso: todo lo cual se entienda sin perjuicio de proceder á la averiguacion de sus autores.»

Es la primera vez que en delitos, que, en su caso, pueden ser de imprenta, se usa de la palabra *cómplices*; pero sabido es que estos delitos tienen una significacion diversa, que en el dia, en la antigua legislacion: que aquí *cómplices* parecen serlo, mas bien de la sedicion, que del delito de imprenta: y que la palabra *cómplice*, por último, no espresa codelincuencia clasificada, sino genérica.

La moderna legislacion constitucional induce una nueva y muy diversa era y sistema para la prensa, y los delitos cometidos por medio de ella; pero no una clasificacion técnica y sistematizada de cómplices.

El decreto de Córtes, de 10 de noviembre de 1810, sobre libertad de imprenta, reputaba *autores* al *editor*, á los *impresores*, y á los que facilitaban el manuscrito original. No habla de cómplices, y en cuanto á las penas se refiere á las de derecho comun; salvo la multa correccional por omitir el impresor, el nombre y la fecha. Es decir, que aquí no hay autores y cómplices, segun la teória moderna; sino autores de delitos peculiares.

Segun el Decreto adicional, de 10 de junio de 1813, constando la persona que facilitó el manuscrito, quedaba indemne el impresor: en otro caso, respondia este subsidiariamente como autor.

Las leyes de 22 de noviembre de 1820 y 5 de julio de 1821 hacian responsable al autor del folleto, y subsidiariamente, en su de-

(1) Ley, 7.ª, tit. 16, lib. 12 de la Nov. Rec.
(2) Ley 9.ª, id., id., id.
(3) Ley 22, id., id., id.

fecto al editor, y al impresor, sin mas calificacion de culpables.

El Real decreto de 4 de enero de 1834, reprodujo el sistema de los antes citados de 10 de noviembre de 1810, y 10 de junio de 1813.

Por el Real decreto de 22 de marzo de 1837 eran responsables al autor, si firmaba; y sino, subsidiariamente el editor, el impresor, el espendedor, los que daban á estos el impreso, y «*así sucesivamente*,» añade: y éralo en todo caso al editor responsable.

La ley de 12 de noviembre de 1837 hizo ya *solidaria* la responsabilidad del editor responsable, en cuanto á periódicos, folletos, etc.

El Real decreto de 10 de abril de 1844 establece obligaciones y responsabilidades peculiares de editores, impresores y espendedores: conserva el editor responsable para el delito de imprenta, y reserva el conocimiento y castigo de los delitos comunes, que con ocasion del impreso se cometan, á los tribunales ordinarios.

El Real decreto de 6 de julio de 1845 no altera en nada el sistema anterior, salvo en cuanto á procedimiento, y jurado de jueces de primera instancia.

Por Real decreto de 2 de abril de 1852, eran responsables, primero el autor, y subsidiariamente el que suscribia el manuscrito, el editor y el impresor. Este Real decreto contiene *penas corporales*.

Vino, por último, la ley de 13 de julio de 1857, hoy vigente (1861). Segun ella, es responsable el autor que firma: y subsidiariamente el traductor que firma, el editor responsable, el impresor.

Por supuesto que la responsabilidad subsidiaria procede, no solo por no existir el responsable directo, ó de grado anterior; sino por fuga, no pudiendo ser habido, y por insolvencia.

El art. 23 añade además: «Los delitos de imprenta, que constituyan actos de *complicidad* en delitos de otra naturaleza, quedarán sujetos á las penas establecidas por las leyes, y corresponderá su persecucion y castigo á los tribunales, que conozcan, en lo principal, de los hechos.»

Tal es nuestra legislacion de imprenta, y queda evidenciado que no contiene la clasificacion técnica y teórica de complicidad, que la legislacion penal comun: que se busca el autor, directo, subsidiario, ó *ficticio*, como el editor responsable: y que, fuera de la responsabilidad subsidiaria, se establecen hechos particulares de delincuencia, con penas peculiares directas, como por omitir el impresor la fecha, el nombre de la imprenta; por espender, entregar para espender, etc.

Ahora diremos en conclusion, que *delito de imprenta*, segun la legislacion especial del caso, es solo aquel que es juzgado *por el tribunal especial de imprenta* y castigado con las *penas especiales* de dicha legislacion: y que por tanto, y que, ora cometidos, ora provocados por medio de la imprenta, no son delitos de esta denominacion aquellos, de que conocen los tribunales ordinarios, y se castigan con las penas del derecho comun, en cuyo caso se hallan por escepcion, hecha constantemente para las leyes de imprenta, la *injuria* y la *calumnia*, y los delitos comunes, á que puede provocar la imprenta, como la sedicion, la rebelion, etc.; y es por demás decir que en estos casos domina la clasificacion de culpables y la penalidad del derecho comun, y hay en ellos, por tanto autores, cómplices y encubridores.

Pudiera darse el caso de una publicacion incendiaria, que conmoviese al Estado, ó comprometiese la paz pública, ó que bajo de otro punto de vista ocasionase un gran mal ó un grande escándalo: que el autor no fuese habido, ó fuese desconocido, así como de todo punto el editor, el impresor, el espendedor, etc.: que no hubiera editor responsable; pero que se evidenciase quien hubiese sugerido el pensamiento, y facilitado auxilios. Este seria cómplice por lo menos; pero solo cómplice, segun las reglas del derecho comun. La impunidad vá á triunfar de la accion de la justicia. ¿No será, ni aun en este caso, castigado el cómplice, por que el delito sea rigorosamente de imprenta? Como cómplice, no. Los tribunales de imprenta no pueden aplicar otra ley que la ley de imprenta, con su procedimiento y sus penas; y demostrado está que

aquellas no admiten complicidad rigorosa. Pero admiten *responsabilidad subsidiaria*; si bien responsabilidad de *autor*. Así el editor es responsable cuando falta autor primitivo: cuando faltan ambos, el impresor, el espendedor, el que dió los impresos para espender, etc. El Real decreto de 22 de marzo de 1837, despues de estender el sistema de responsabilidad subsidiaria á las clases antes indicadas, añade aun la frase indefinida «*y así sucesivamente.*» No está vigente este decreto; pero sin duda puede ser citado como doctrina: siendo la conclusion de todo ello que en casos como el supuesto, el que en el derecho comun seria castigado solo como cómplice, aquí podria serlo como *autor subsidiario*, doblemente en penas pecuniarias, ó no con penas aflictivas. Todo en el supuesto de que el delito no sea reputable delito comun; sino de imprenta, y de este se haya realizado, esto es, que haya tenido lugar *la publicacion* ó edicion, clandestina, ó no clandestina; pues si no, á pesar de todas las escitaciones, auxilios prestados, etc., no hay delito, y no hay por tanto autor, ni directo, ni subsidiario. Añadirémos, por último, que para *publicidad* bastará la de la de injuria, segun el Código penal.

Podrá haber, por último, para casos como el supuesto, actos preparatorios, que constituyan culpabilidad particular; pero estos, si no son aun delitos de imprenta, habrán de ser penados, si tal es su gravedad, y su índole, por la legislacion comun.

COMPLICE (EN DERECHO MERCANTIL). La enunciativa de *cómplice* tiene dos aplicaciones en lo mercantil: una en el *alzamiento de bienes*, y otra en la *quiebra fraudulenta*. En ambos casos difiere algun tanto la acepcion de la que se dá á la misma vez por el Código penal de 1850, si bien la diferencia es, y habrá de ser para efectos civiles, pues para efectos criminales y aun correccionales, segun dirémos, es preciso estar al Código penal, como publicado despues del Código de Comercio, esto es, como ley *posterior*, que estiende sancion espresa á lo mercantil.

Cierto que, aun esta razon no bastaria, si este último fuere en todos sus efectos *civiles* y *penales*, una ley *especial* completa; puesto que el Código penal, como se previene en su artículo 7, no estiende sus sanciones á los hechos punibles, penados por leyes *especiales*; pero el Código de Comercio, no está en ese caso; y antes el mismo consigna que sus sanciones penales se limitan al efecto *civil*: que aun en lo correccional se subordinan á la ley comun: y que los tribunales de comercio no tienen jurisdiccion criminal.

Esto supuesto, *cómplice* en lo mercantil diremos que es, y nótese bien, *el que directa ó indirectamente coadyuba, por actos anteriores ó posteriores, á que tengan lugar, en sí ó en sus efectos, un alzamiento de bienes, ó una quiebra fraudulenta*: síntesis y definicion que puede formarse, del atento exámen y comparacion de las partes, legislativa y doctrinal del presente artículo, pues el Código de Comercio no contiene definicion filosófica, estricta y definida de cómplices, sino esposicion descriptiva y casuística de la complicidad, segun vamos á ver.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

SEC. I. LEGISLACION ESPAÑOLA.
Código de Comercio.
Código penal.
SEC. II. LEGISLACION ESTRANJERA.

SECCION I.

LEGISLACION ESPAÑOLA.

CÓDIGO DE COMERCIO.

«Art. 1010. Son cómplices de las quiebras fraudulentas:

1.° Los que, *habiéndose confabulado* con el quebrado, para suponer créditos contra él, ó aumentar el valor de los que efectivamente tengan sobre sus bienes, *sostengan esta suposicion en el juicio de exámen y calificacion de los créditos, ó en cualquiera junta de los acreedores de la quiebra.*

2.° Los que, *de acuerdo con el mismo*

quebrado, alterasen la naturaleza ó fecha del crédito, para anteponerse en la graduacion, con perjuicio de otros acreedores, *aun cuando esto se verificase antes de hacerse la declaracion de la quiebra.*

3.° Los que, *con ánimo deliberado* hubiesen auxiliado al quebrado para ocultar ó sustraer, despues que cesó en sus pagos, alguna parte de sus bienes ó créditos.

4.° Los que, siendo tenedores de alguna pertenencia del quebrado *al tiempo de hacerse notoria la declaracion de quiebra* por el tribunal, que de ella conozca, *la entregan á este*, y no á los administradores legítimos de la masa, á menos que, siendo de reino ó provincia diferente de la del domicilio del quebrado, pruebe que en el pueblo de su residencia *no se tenia noticia de la quiebra.*

Esta escepcion no será admisible con respecto á los que habiten la misma provincia que el quebrado.

5.° Todos los que *negaren* á los administradores de la quiebra la existencia de los efectos que obrasen en su poder, pertenecientes al quebrado.

6.° Los que, *despues* de publicada la declaracion de la quiebra, admitiesen endosos del quebrado.

7.° Los acreedores legítimos, *que hicieren conciertos privados* y secretos con el quebrado, *en perjuicio y fraude de la masa.*

8.° *Los corredores*, que interviniesen en operacion alguna de tráfico ó giro, *que hiciere el que estuviere declarado en quiebra.*»

Art. 1011. «*Los cómplices de los quebrados fraudulentos serán condenados civilmente y sin perjuicio de las penas en que incurran con arreglo á las leyes criminales:*

1.° A perder cualquier derecho que tengan en la masa de la quiebra, en que sean declarados cómplices.

2.° A reintegrar á la misma masa los bienes, derechos y acciones, sobre cuya sustraccion hubiere recaido su complicidad.

3.° A la pena del doble tanto de la sustraccion, aun cuando no se llegara á verificar, aplicada por mitad al fisco y á la masa de la quiebra:

Art. 1012. »*Las disposiciones de los artículos 1010 y 1011, sobre los hechos que constituyen complicidad en las quiebras fraudulentas, y responsabilidad que de ellas resultan, son aplicables á los cómplices de los alzados, quedando sujetos además á la pena que prescriben las leyes criminales contra las que á sabiendas auxilien la sustraccion de bienes del alzado.*

Art. 1013. »Los que simplemente, y sin cometer fraude alguno en perjuicio de los acreedores del alzado, le facilitaren medios de evasion, *no son cómplices del alzamiento ni contraen la responsabilidad civil, pero sí incurrirán en las penas impuestas por el derecho comun* á los que favorecen á sabiendas, la fuga de los criminales.

Art. 1202. »Los tribunales de Comercio no tienen jurisdiccion criminal, ni pueden imponer otras penas que las pecuniarias prescritas en este Código, y la correccional (1), en caso de quiebra culpable, segun lo dispuesto en el art. 1143. Si sobreviene alguna incidencia criminal en los procedimientos de estos tribunales, se remitirá su conocimiento á la jurisdiccion real ordinaria, con testimonio de los antecedentes, que den lugar al procedimiento criminal.

Art. 1203. »La jurisdiccion de los tribunales de Comercio no es prorogable sobre personas y cosas, ajenas de ella, aun cuando convengan en la prorogacion las partes litigantes.

Art. 1204. »Los tribunales de comercio se ceñirán á las atribuciones judiciales, que les están declaradas en este Código, y no ejercerán funciones administrativas de especie alguna.

Art. 1144. »Cuando, sustanciado el espediente de calificacion, resultaren méritos para calificar la quiebra de fraudulenta, ó de alzamiento, se inhibirá el tribunal de comercio de su conocimiento, y lo remitirá á la jurisdiccion real ordinaria para que proceda con arreglo á las leyes; y de esta providencia no habrá lugar á apelacion ni otro recurso.

Nota. Sabido es que en nuestras provin-

(1) Véase la Seccion doctrinal.

cias de Ultramar rige tambien el Código de Comercio.

CÓDIGO PENAL.

Art. 443. El que se alzase con sus bienes en perjuicio de sus acreedores, será castigado:

1.° Con la pena de presidio mayor, si fuere persona dedicada habitualmente al comercio.

2.° Con la de presidio menor, si no lo fuere.

Art. 444. El quebrado que fuere declarado en el caso de insolvencia fraudulenta con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de presidio menor.

Art. 445. El quebrado que fuere declarado en el caso de insolvencia culpable por algunos de los motivos que se designan en el art. 1005 del Código de Comercio, será castigado con la pena de prision correccional.

Art. 446. En el caso de los dos artículos precedentes, si la pérpida ocasionada á los acreedores no llegase al 10 por 100 de sus respectivos créditos, se impondrá al quebrado las penas inmediatamente infariores en grado á las señaladas en dichos artículos.

Cuando la pérdida esceda del 40 por 100, se impondrá en su grado máximo las penas señaladas en los dos mencionados artículos.

Art. 447. Las penas señaladas en los tres artículos anteriores, son aplicables á los comerciantes, aunque no estén matriculados si ejercen habitualmente el comercio.

Art. 448. El deudor no dedicado al comercio que se constituya en insolvencia por ocultacion ó enajenacion maliciosa de sus bienes, será castigado:

1.° Con la pena de arresto mayor, si la deuda escede de 5 duros y no pasa de 100.

2.° Con la de prision correccional si esceidiese de 100 duros.

SECCION II.

LEGISLACION ESTRANJERA.

Francia. *Código mercantil.* Artículo 597. «Serán declarados *cómplices* en las bancarrotas fraudulentas, y serán condenados *en las mismas penas* que el quebrado los que sean convencidos de *haberse entendido con él para ocultar* ó sustraer en todo ó parte sus bienes muebles ó inmuebles: de haber adquirido contra el quebrado créditos falsos, con tal que al presentar ó exigir actos hayan perseverado en hacerlos valer como verdaderos y legítimos.

Art. 598. »En el mismo juicio, en que se haya pronunciado la pena contra los cómplices de la bancarrota fraudulenta, se les condenará además á reintegrar á la masa del caudal los bienes, derechos y acciones fraudulentamente sustraidos, con una cantidad por daños y perjuicios igual á la que procuraron sustraer.

Art. 599. »Los decretos de las *Córtes d'Assises* contra los quebrados fraudulentos y sus cómplices, se fijarán al público y se insertarán además en un diario conforme al artículo 683 del Código de procedimiento civil (1).»

Adviértese además que los artículos del Código arriba insertos han sido sustituidos por los que se copian de la ley de 28 de mayo de 1838, y que copiamos.

LEY FRANCESA DE 28 DE MAYO DE 1838.

Art. 593. Serán condenados en las penas de bancarrota fraudulenta:

1.° Los que fueren convencidos de haber sustraido, ocultado ó disimulado en interés del fallido, todo ó parte de sus bienes, muebles ó inmuebles, entendiéndose esta pena sin perjuicio de las que prefija el art. 60 del Código penal.

2.° Los convencidos de haber dolosamente presentado en la quiebra, y sostenido en su nombre, ó por interposicion de otra persona, créditos supuestos.

3.° Los que haciendo el comercio en su nombre, ó con un nombre supuesto, se hayan hecho culpables de los hechos prevenidos en

(1) Segun el art. 596 las penas contra el quebrado fraudulento son las que para la quiebra de este género señala el Código penal.

el art. 591. (Estos hechos son los que constituyen quiebra fraudulenta).....

«Art. 593. En los casos prevenidos en los artículos precedentes, los tribunales decretarán, aun en el supuesto de mediar quitamiento, el reintegro á la masa de todos los bienes, derechos y acciones dolosamente sustraidos, con los daños y perjuicios, que se reclamen, y dichos tribunales estimen.»

Portugal. «Art. 1150. Son cómplices en la quiebra fraudulenta:

1.° Los que *se ponen de acuerdo* con el fallido para formular créditos falsos, ó alterar los verdaderos en perjuicio de la masa.

2.° Los que de cualquier manera que sea auxilian ó dan consejo al fallido, para engañar á sus acreedores.

3.° Los que *ocultan* á los curadores de la quiebra los bienes, créditos ó efectos, pertenecientes al fallido.

4.° Los que despues de la declaracion de la quiebra, aceptan cesiones, ó endosos particulares de parte del quebrado.

5.° Los acreedores legítimos, que se entienden con el fallido para irrogar perjuicio á la masa.

6.° Los corredores, que intervienen en una operacion mercantil, emprendida por el fallido, despues de la declaracion de quiebra.

Art. 1151. Los fallidos culpables y los quebrados fraudulentos, serán perseguidos ante los tribunales criminales.....»

Art. 1152. (Como el 598 del Código francés.)

Wurtemberg. «Art. 1108. La mujer ó la viuda del quebrado, que se haya hecho culpable por un acto fraudulento en los negocios de su marido (fallido ó quebrado), pierde todos sus derechos.»

Cerdeña. Arts. 639 al 643 (como el 596 al 600 del Código francés.)

Dos Sicilias. Arts. 589 á 597 (como el 595 al 603 del Código francés.)

Rusia. «Art. 633. Há lugar á proceder de oficio para la declaracion de quiebra, cuando muchos acreedores no pueden ser pagados por el deudor.»

Prusia. Art. 1502. Los resultados de la bancarrota fraudulenta, son:

1.° La acusacion del fallido ante el tribunal criminal por crimen de falsedad, si á pesar del juramento ha mentido en la relacion de su *activo*.

2.° Todos los que han tomado parte en el fraude, serán igualmente acusados ante el tribunal criminal.....

Holanda. Art. 768. El fiscal puede promover el proceso de quiebra, y el juez proceder de oficio.

Hungría. «Art. 33. El administrador de la quiebra hará volver á la masa los bienes, que hayan sido sustraidos: los que los hayan sustraido á sabiendas, serán castigados como ocultadores.»

Arts. 13 y 131. El fallido por abuso ó negligencia culpable, será encausado criminalmente y castigado con la pena de seis semanas á seis meses de prision.

Haití. Arts. 588 á 607. (Como el 595 á 612 del Código francés.)

Brunswick. «Art. 19. Todo individuo, cómplice á sabiendas, en una bancarrota, será condenado á la mitad de las penas pronunciadas por el art. 11, contra el quebrado fraudulento. (El citado art. 11, dice así: «Segun las circunstancias, y en proporcion á su culpabilidad, todo quebrado fraudulento será castigado con prision ó trabajos forzados, de seis meses á ocho años, y perderá además, si há lugar á ello, sus derechos civiles y su cualidad de ciudadano.)»

Art. 20. La mujer legítima que hace falsas declaraciones sobre sus aportaciones, ó invierte las fechas, pierde los derechos que la ley le concede en cuanto á su dote, y no puede ejercer ningun privilegio, respecto de los otros acreedores:

Valaquia. Arts. 322 al 339. (Como el 595 al 600 del Código francés.)

Méjico. En esta República y en varias otras de la America del Sur, rigen, en punto á bancarrotas, quebrados y cómplices, las Ordenanzas de Bilbao. Sabido es que, segun estas, á los *alzados*, y quebrados fraudulentos, «se les ha de tener y estimar, como infames ladrones públicos, robadores de hacienda ajena; y se les perseguirá, hasta tanto que el prior y cónsules puedan haber su persona, y

habiéndolas, las entregarán á la justicia ordinaria con la causa, que se les hubiere hecho, para que sean castigados con todo el rigor, que permite el derecho, á proporcion de sus delitos.» (Cap. 17, núm. 1.)

«Cuando en caso de quiebras supusiese alguna persona ser acreedor del quebrado, no siéndolo, será visto quedar condenado por vía de multa en la misma cantidad, que pretendiese debérsele, y si otro alguno debiéndosele efectivamente cierta cantidad, supusiese dolosamente otra mayor, á este se le condenará á no ser oido, ni admitido al concurso para la cobranza, ni aun de lo que legítimamente se le debia, en castigo del fraude, intentado: y las cantidades que se ocultaren en uno y otro caso, han de agregarse á beneficio del concurso y de sus legítimos acreedores. Y siempre que se justificare haber cooperado el quebrado en cosa ó en parte, de las simulaciones arriba espresadas, será tenido por infame fraudulento (aunque por otros títulos antes no lo hubiere sido), y castigado como tal en las penas correspondientes á los alzados.» (Núm. 25, id., id.)

A la persona que, en connivencia con el quebrado, oculta bienes de la quiebra, «además de obligarla á que restituya lo en su poder guardado y puesto, entregándolo en manos de los comisarios del concurso para la masa con los demás de él, sea multado en otra tanta cantidad, como la que importaren los bienes así ocultados, con mas en cien escudos de plata, que se le deberán sacar irremisiblemente, aplicados á beneficio del concurso..... y el quebrado se tenga por este hecho por fraudulento.....» (Núm. 25 de id.)

Friburgo. *Código de Comercio.* Art. 348. La misma pena (la de los reos de bancarrota fraudulenta) es aplicable al consorte, á los descendientes ó ascendientes del fallido, ó sus allegados en el mismo grado, si á sabiendas han distraido, separado, malversado, ú ocultado, efectos pertenecientes al fallido, sin estar de acuerdo, ó en complicidad con él.

Código penal de id. «Art. 237. La misma pena es aplicable (la de fraude cualificado, y esta es la del hurto cualificado): 1.°, á los que han sustraido, ocultado, ó callado (*dissimulé*), todo ó parte de los bienes del quebrado (*du discutant*), ó que, ya en su nombre, ya por interposicion de terceras personas, han hecho uso en la direccion de créditos supuestos, falsos, ó exagerados, ó que, aceptando transferencias, ventas, ó donaciones simuladas, ó suscribiendo actos que sabian ser hechos en perjuicio de los acreedores legítimos, ó de cualquier otra manera hayan ayudado ó favorecido el fraude en la direccion.

2.° Al que, haciendo el comercio en nombre de otro, ó bajo de un nombre supuesto, se hace culpable de sustraccion, directa ó indirectamente.

3.° Al gerente de un concurso, que se hace culpable de malversacion en el ejercicio de su cargo.

»Art. 238. El acreedor que estipula con el fallido, ó con cualquier otra persona, ventajas particulares por el precio de su voto en las deliberaciones del concurso, ó que hace con el quebrado un convenio particular, del cual resulta provecho en su favor con perjuicio de la masa, es castigado con una multa de 500 á 1,500 francos, ó con prision, que no podrá esceder de dos años.

Art. 239. »El fraude en perjuicio de otro, que no tiene el carácter de crímen, lo mismo que la bancarrota simple, es castigado correccionalmente.»

PARTE DOCTRINAL.

SECCION UNICA.

CONSIDERACIONES DE DERECHO COMPARADO Y DE APLICACION.

En la nota á la seccion anterior de legislacion estranjera hemos insinuado por qué comprendemos en ella el Código francés, cuando, en esta parte, como en tantas otras, ha sido sustituido por la ley mercantil de 28 de mayo de 1838. A las razones allí indicadas, añadirémos aun, que aun como doctrina autorizada, lo es siempre mucho el código ó legislacion que han regido por mucho tiempo á un gran país.

Del derecho comparado resulta además:

1.° Que, como ya hemos insinuado en nuestro juicio y artículo particular sobre el Código español de Comercio, en la teoría de la complicidad, como en todo, lleva conocidas ventajas á los demás, si bien el mismo habrá de mejorarse ó ser suplido, como lo ha sido en parte, por el Código penal y por la legislacion comun recopilada y de Partida, como demostramos mas adelante.

2.° Que la legislacion mercantil en Europa no puede ser mas heterogénea y disconforme, en punto á bancarrotas, ó quiebra fraudulenta, pues muchos países civilizados carecen de una legislacion mercantil regularizada y completa.

3.° Que la de algunos países, que la tienen un tanto regularizada y estensa, como Holanda y Prusia, hace casi preterícion de bancarrotas fraudulentas, y complicidad en ellas.

4.° Que en unos países, sin perjuicio de la accion criminal de los tribunales comunes, tienen jurisdiccion correccional, y para reparacion por daños y perjuicios, los de comercio; mientras en otros pueden aquellos proceder de oficio desde luego.

5.° Que las legislaciones mercantiles, posteriores al Código francés, son las mas regularizadas, siendo la consecuencia que se han modelado por él, y muchas lo han copiado, lo cual no notamos ciertamente como un defecto.

6.° Que, aun en este, la teoría de la complicidad no está en completa armonía con la ciencia.

Y 7.° Que nuestro Código de Comercio no está en completo acuerdo en este punto con nuestro Código penal, y muy al contrario. (Véase **COMPLICE** (*por derecho comun*), sec. 2.ª)

Y ciertamente: en éste la cooperacion del cómplice ha de ser anterior á la realizacion del hecho punible, como siempre la causa es anterior al efecto: en el Código de Comercio no es así, y no hay mas que ver sobre esto los párrafos 4.°, 5.° y 6.° del art. 1100, en los cuales la accion del cómplice sobreviene cuando ya existe la quiebra.

Una cuestion sobresale en esta materia, y que es grave en lo mercantil, como hemos visto serlo en el derecho penal comun, y como lo es en todos los fueros especiales, en que hay que tratar de la complicidad, á saber: la complicidad, ¿exige de esencia, para ser tal, acuerdo *prévio* y *esplícito* entre el autor ó autores y los cómplices?

En principio era preciso, en cuanto al primer estremo, esto es, en cuanto al *acuerdo prévio*, resolverlo así. De otro modo, ¿cómo ha de influir en la voluntad y esfuerzo del autor una cooperacion, que absolutamente desconozca, con la que por tanto no cuenta, ni ella ha podido influir en poco ni en mucho para la perpetracion del hecho punible? Véase lo que en teoría hemos dicho en la sec. 4.ª doctrinal del artículo **COMPLICE** (*en el derecho comun*).

Pero cualquiera que sea en este punto la prescripcion de la ciencia y del buen sentido, una podrá ser la solucion en *teoría*; y otra en derecho *constituido*, como así es en general. Y no solo eso, sino que es diverso tambien y disconforme en el derecho constituido comparado; y lo que es mas, en el derecho comun y especiales, ó privilegiados de una misma nacion, como sucede en España, con ser que sus Códigos penal y de Comercio, aventajan, como hemos dicho, en mucho á los de otras naciones.

En cuanto al derecho mercantil comparado, se vé en las secciones anteriores que el Código español lo prescribe así en unos casos (art. 1010, núms. 1.° y 2.°): en otros parece no exigirlo, ó lo deja por demás dudoso, como en el número 3.° de dicho artículo, pues, si, segun él, la entrega de bienes se hace por un tercero al quebrado *al tiempo de hacerse notoria la declaracion de quiebra*, es claro, que, si solo se trata ya de hacer *notoria* dicha declaracion, *la declaracion estaba ya hecha*, y la quiebra, por tanto realizada, cuando se hacía al quebrado la entrega de pertenencia suyas, á que se refiere dicho número 3.°

La escepcion que se consigna en dicho número 4.°, confirma mas cuanto decimos. Segun ella, el que entrega la pertenencia al

quebrado, no se hace cómplice por esto, si reside en reino ó provincia *diferente de la del domicilio de este*; y no así cuando reside *en la misma* provincia: es decir, cuando la quiebra pueda haber llegado á su noticia: pero eso mismo supone y demuestra que la quiebra se *habia* ya realizado; siendo evidente que no pudo ser *prévio* á ella, ni influir para la misma un acto á todas luces posterior.

Pudiera aun suceder que faltase la *presuncion juris*, que se establece, como base absoluta y única, en este caso, de la complicidad; esto es, que el que entrega los bienes ó efectos al quebrado, tenga noticia de la quiebra. Pudiera tambien no tenerla, y en ese caso, no solo falta el *acuerdo prévio*; sino de todo punto el *acuerdo*.

En los números 5.° y 6.° del propio artículo 1010, no solo no es interpretable, ó dudoso, sino evidente la falta de necesidad de acuerdo *prévio*.

El Código francés exigia, y así lo esplica la jurisprudencia, para la complicidad el acuerdo *prévio* («les individus, qui seront convaincus de s'être entendus avec le banquerotier pour recéler ó soustraire, etc.»); pero este Código no rige ya en Francia, al menos en esta parte, segun hemos dicho; si bien se ha copiado en muchos Estados, y es claro que en ellos es esplícita la exigencia de acuerdo *prévio*. Mas en Francia la ley, antes citada, de 1838, que ha sustituido al Código, reputa quebrados fraudulentos á los que el Código declaraba cómplices; ó de otro modo, sin nombrar á los complices, ordena que los que practiquen ciertos actos, y que son precisamente los que el Código reputaba de complicidad, «sean condenados en las penas de bancarrota fraudulenta,» y no teoia, por tanto, que hacer mérito del *acuerdo prévio*. ¿Para qué, si los reputa como autores? El autor lo es, ó puede serlo, por su propio y solo acuerdo.

En los demás códigos y legislaciones, que mencionamos en la seccion anterior, se verá que tampoco hay sobre el punto en cuestion completa uniformidad, con lo que se realiza, lo que antes hemos asentado; esto es, que sobre esta grave cuestion, una puede ser, como lo es en parte, la solucion de la *ciencia*; y otra la del derecho constituido: y no ya del derecho comparado; sino aun del derecho particular: y ya hemos visto el de las respectivas naciones.

En cuanto al otro estremo de la cuestion, ó sea sobre *acuerdo esplícito*, la ciencia y el derecho constituido van conformes en que bastará el acuerdo *interpretable*, ó *tácito*, esto es, deducible por las reglas del *criterio natural* y legal. No habia de ser el derecho mercantil escepcion de todos los derechos. Ni obsta el que algunas legislaciones exijan terminantemente el *acuerdo*: para la doctrina asentada, basta que las mismas no *escluyan* terminantemente, como no lo escluye ninguna, el acuerdo *interpretable*.

Puede suceder, sin duda, que los hechos particulares de alguno faciliten quiebra, como cualquier otro delito, ó crímen, sin acuerdo, ni *esplícito*, ni *tácito*, ó *interceptable*, con el autor, ó reo principal; pero estos hechos, en tal caso, serán de delincuencia, y responsabilidad particalar, y aislada, ó personal, segun su naturaleza, y las prescripciones de las leyes civiles y criminales; pero no serán acto de *complicidad*. Véase la seccion 4.ª, antes citada, del art. COMPLICE (*en derecho comun*).

Es otra cuestion en la materia, y que por cierto no carece de gravedad, si, donde no hay quebrado fraudulento, puede haber cómplices de una quiebra de este género, ó lo que es lo mismo, si puede haber cómplices sin autor.

Esta cuestion es comun á todos los delitos y casos de delincuencia, y ya lo hemos tratado al hablar de esto por derecho comun: mas parece recibir cierta especialidad, admitir cierta divisibilidad especial en la clasificacion de los culpables en materia mercantil. A primera vista, sin embargo, la ciencia y el sentido general la resuelven negativamente. Porque en efecto, no se conciben delincuentes sin delito; y lo mismo cómplices sin autor.

El jurado francés, sin embargo, declaró en una ocasion *no culpable* al fallido y *culpables* á los cómplices. El Tribunal de Casacion, por

la inversa, declaró contradictoria é insostenible esta jurisprudencia. «Atendiendo, dice, que si de dos acusados, traidos á un mismo juicio, el uno como autor, el otro como cómplice, el primero es declarado *no culpable*, y el segundo culpable de complicidad, estas declaraciones pueden ser concordantes, *cuando conste un cuerpo de delito*, al cual pueda referirse la complicidad con cualquiera autor del delito que no es conocido, no es traido á juicio; pero que no puede suceder así, cuando resulta de la declaracion del jurado *que no hay delito ni autor* de este pretendido delito: atendiendo á que en este último caso la complicidad no se liga á ningun hecho, ni á ningun autor del hecho, y es por tanto, una pura quimera: atendiendo á que, si el art. 597 del Código de Comercio declara de una manera general que «serán declarados cómplices de bancarrota fraudulenta, y condenados en las mismas penas que el acusado, los individuos que sean convencidos de haberse entendido en el quebrado, para ocultar ó sustraer todo ó parte de sus bienes muebles, ó inmuebles.....» se sigue de la combinacion de estas disposiciones que *el hecho solo* de ocultacion, ó distraccion de bienes....., no constituye complicidad; y que es necesario que esta ocultacion ó distraccion, si han existido, hayan sido el efecto, el resultado de un concierto de ello entre el autor del hecho y su cómplice, para poder constituir complicidad criminal en bancarrota fraudulenta: atendiendo á que es de una contradiccion manifiesta el declarar que el comerciante fallido, acusado de bancarrota fraudulenta, no ha distraido en perjuicio de sus acreedores bienes de su *activo*; que no hay en este concepto ni bancarrota fraudulenta, ni autor de ella; y que sin embargo, hay un culpable de complicidad, por haberse entendido con este último, y sustraido una parte de sus mercancías.» (Sala criminal: 22 de junio de 1830).

Volvemos á repetir que la cuestion es grave. No se duda del dolo, y delincuencia de los que aquí han cooperado á la defraudacion de los acreedores: es cierto é indubitado, ó puede serlo en casos idénticos, el perjuicio, y criminal defraudacion de aquellos, por efecto y consecuencia del dolo; y sin embargo, porque á los culpables no se les puede llamar cómplices, el dolo quedará impune, y el perjuicio de los acreedores sin reparacion; por lo menos sin la reparacion conveniente: una cuestion, casi solo filosófica y técnica, arrastra aquí la cuestion de justicia: y la verdad es que la solucion de la cuestion versa entre estos dos términos fatales, ó la *impunidad*, ó la *injusticia*: el *dolo* de los culpables *triunfante*; la *justicia* de los inculpables, que son aquí los acreedores, *defraudada*. Si en este caso se condena como cómplices, á los calificados así, se infringe la ley, y las leyes tambien de la lógica y de la tecnología jurídica: sino se les condena, queda sin reparacion un perjuicio real, causado por dolo, é infringiendo otras leyes, ó todas las leyes que lo condenan. Cierto que se les condenará, en su caso, por otro género de delincuencia particular, pero no con las penas de la bancarrota fraudulenta, tan útiles para los acreedores.

No conocemos todas las circunstancias del caso anteriormente citado. Pudo ser engañado el fallido, y entre su engaño, y el dolo de los que le precipitaron, haberse realizado la quiebra: dolo y delincuencia habian mediado: la defraudacion, la ruina tal vez, de los acreedores, eran indudables: acaso el jurado alarmado con este perjuicio y ruina, con el triunfo del dolo sobre la justicia, declaró *no culpable* al fallido; y *culpables* á sus engañadores.

Pudieron mediar, sino, otras diversas circunstancias: y de todos modos no hay que olvidar que el jurado no fallaba por ápices de estricto derecho; sino por apreciacion del comun sentido y criterio natural. Pero como quiera que sea, los tribunales, de derecho no pudieron, ni puede menos de sujetarse á las estrictas prescripciones de este, y el tenor del Código francés, como en su caso el de nuestro Código de Comercio, y otros de otras naciones, no puede ser mas estricto.

Pero dejando la cuestion de estricto derecho, sus inconvenientes llevan naturalmente á pensar, si el delito de quiebra está bien constituido, ó si no podria mejorarse. Bajo de este punto de vista, es preciso reconocer, que

hay sin duda, un vicio científico en esta parte de la legislacion mercantil, y que su teoría, y su clasificacion además, de autores y cómplices, no concuerdan con la adoptada por la legislacion criminal, muy señaladamente por el Código penal español de 1850.

Segun este, la escala de co-autores recibe tal estension, que no hay que temer, que la responsabilidad de un coadyuvante al crímen penda de tal modo de la de otro, como sucede en lo mercantil, que, aun dado y probado el dolo y la delincuencia, se siga la impunidad, ó casi impunidad de los así culpables.

Nace todo del modo con que se plantea el delito de quiebra fraudulenta. La legislacion mercantil lo considera, esto es, considera la quiebra fraudulenta, por parte del autor, como *unipersonal*. Sino tiene por autor probado el mismo fallido, ya no tiene á nadie, porque no se admiten co-autores; y sí solo cómplices; que no pueden ser tales, sino lo son del fallido: del único autor que se admite.

Y aquí se presentan tres cuestiones, dos de las cuales hemos ya tratado en el art. **complicidad** (*en el derecho comun penal*), á saber: si el cómplice lo es del *autor*; ó lo es *en el crímen* del autor: y si para ser cómplice, es indispensable el *mútuo acuerdo* entre cómplices y autores; ó si basta el *fin* ó *propósito comun*. La tercera cuestion es: ¿por qué todos los crímenes admiten *co-autores*, para el efecto penal; y no el delito de bancarrota fraudulenta? Y puesto que de ella resulta, 1.°: que los cómplices, verdaderos co-autores, segun el derecho penal comun, pues practican por su parte un hecho sin el cual la *bancarrota* por dolo no hubiera podido verificarse, quedan impunes como tales, ó sea como cómplices de bancarrota; y 2.°: que los acreedores de la casa quebrada, quedan defraudados del aumento que producen á la masa las penas especiales mercantiles, ó de bancarrota, como son, la pérdida de derechos de los cómplices contra ella, y la multa á los mismos; hé aquí porque hemos dicho que el delito de *bancarrota fraudulenta* no está bien constituido; ¿Por qué será solo *fraudulenta*, cuando el dolo previene de parte del fallido; y no cuando proviene de la de otros?

¿Cuál es, por otra parte el fin de la ley en la quiebra fraudulenta, tan rodeada de penas reparatorias, hasta exorbitantes en su género, cuál es, por ejemplo, la pérdida de los créditos del cómplice, sin distincion aun de los mas justos, por anteriores al propósito de quiebra? El fin de la ley es, seguramente, contener hondas y trascendentales perturbaciones en el comercio, arteria muy principal de la riqueza pública y bien estar social, é impedir que por dolo se defraude en sus justos derechos á los acreedores.

Pues bien: se dá el caso de que una casa de comercio, la mas abonada y acaudalada, tal vez, la que por tanto habia inspirado mayor confianza y atraido mayor número de corresponsales, de comprometidos de buena fé, cesa en sus pagos. Es la obra del dolo. Pero el capital era tan inmenso, y de tal clase los bienes; era menester hacerlo desaparecer todo tan en poco tiempo, que nos hallaremos con un crímen *complejo*: un crímen de los que no pueden cometerse por uno solo, por solo el comerciante fallido. *La parte que otros han tomado es tal, que sin ella no hubiera podido realizarse la bancarrota*: sin tal cooperacion le hubiera sido imposible al fallido realizarla solo. ¿Qué son, preguntamos, los que así le han auxiliado? ¿Qué son á los ojos de la ciencia, y del criterio racional? ¿Qué son á los ojos del derecho, del derecho penal español sobre todo? Son *co autores*: esos no son, ni pueden *ser cómplices*. El fallido los ha buscado como compañeros imprescindibles, como asociados directamente, moral y físicamente, al crímen. Hay quiebra fraudulenta. ¿Qué importa ya, *habiendo evidencia del delito*, que aparezca mas ó menos en obscuro la culpabilidad del fallido; si es evidente la de los que tienen tanta parte como él, y mas parte tal vez? El acaso no ha puesto sino la voluntad pasiva, la negligencia; imbecilidad tal vez, ciega y de prevenida confianza, se ha dejado llevar; los otros han puesto el *hecho*: la ocultacion, la distraccion de bienes: la falsificacion de asientos: ha sido una coalicion para hundir una casa que hace sombra: el mismo fallido ha sido engañado. Por ello, por esa desaparicion

criminal del caudal, dejarán de ser pagados los acreedores; no por la dolosa voluntad probada del fallido.

El fallido puede, además, ser menor, haber cedido al miedo, etc.; y hé aquí la posibilidad, científica y legal, de que no haya *autor culpable*; y sin embargo, hay *autores*, segun la ciencia y el comun sentido; cómplices segun el derecho. Así sucederia, aunque no fuera posible, como lo es en otros varios casos, en el de *delito material*. Hé aquí tambien la posibilidad funesta; pero posibilidad de derecho, de que por no ser criminal el fallido, por ser espoliado y engañado, tal vez, mas bien que engañador, no habrá otros autores, ni cómplices: hay *quiebra fraudulenta*; pero nadie será castigado por autor de ella ó cómplice; como no sean los acreedores, defraudados por el hecho.

Es evidente, pues, que la naturaleza de la bancarrota no está bien establecida por la legislacion mercantil: que es viciosa en ella la clasificacion de autor y cómplices: que es viciosa y peligrosa la teoría de no admitir delincuencia compleja en la bancarrota fraudulenta; y por tanto el no admitir co-autores: que el resultado es, como hemos visto, la impunidad del dolo, y la no reparacion del daño causado; y que tal teoría no guarda de modo alguno consecuencia con la de autores y cómplices, adoptada, muy saludablemente, por el Código penal de 1850.

Algo de ello presintió, sin duda, y quiso corregir, y ha corregido en parte, en el vecino imperio, la ley ya citada, de 28 de mayo de 1838. No solo reemplaza esta ley al Código francés de comercio, en el punto en cuestion; sino que induce un nuevo, y contrario sistema. Ya la responsabilidad de los que coadyuvan á la quiebra fraudulenta no pende omnímodamente de la culpabilidad del fallido; sino de la personal y respectiva de cada uno. Ya no habla de *cómplices*: abandona la vieja clasificacion, que tales perjuicios puede inducir, y de hecho induce, en el órden de la justicia. Ya no se trata del *acuerdo prévio* con el fallido. Ya á este no se le califica con la *prejudicial*, y *unipersonal* enunciativa de *el autor*. El *lazo* de union, que constituye el delito *complejo*, y la responsabilidad personal correlativa, y análoga, es el verificarse la *ocultacion, sustraccion, etc..... en utilidad del fallido*. Es claro: sin eso no habria un delito solo con muchos autores; habria muchos delitos, cada uno con su autor, ó autores: habria *estafa*, hurto, etc., y cada uno responderia como autor del hecho, cometido en sola su utilidad, segun el Código.

Aunque copiada en su lugar, hé aquí el testo de la ley mencionada: «Serán condenados en las penas de bancarrota fraudulenta: 1.° los que sean convencidos de haber sustraido, ocultado, ó distraido, *en interés del fallido*, todo, ó parte de sus bienes muebles ó inmuebles; entendiéndose esta pena sin perjuicio de las que prefija el art. 6.° del Código penal.» Mas decisivos son aun el párrafo 2.° y 3.° del art. (593), y asimismo el art. 595. Véanse en la parte legislativa.

Como tema, pues, de derecho constituyente, parece que la *bancarrota dolosa*, ocurriría á los inconvenientes espresados, y estaria mejor constituida, dividiéndola en *directa, indirecta* y *mista*.

Seria la primera aquella en que el fallido fuese autor, ora *culpable*, ora *inculpable*, como en el caso en que el derecho reconoce solo en el autor delito *material*; pero sin cómplices.

La segunda, cuando aquella procediese de terceros, combinados para eso; sin participacion culpable del fallido, ó arruinado; equivalente hoy al fallido de quiebra no fraudulenta, en cuyo caso, era circunstancia esencial el propósito concertado, ó *prévio acuerdo entre ellos*; bien fuese para desacreditar, ó arruinar una casa-comercio; bien por damnificar á sus acreedores. Sin este propósito, no habria bancarrota fraudulenta, sino otro género de delincuencia, que se castigaria por la ley comun.

La tercera, la que hoy reconoce el derecho, mediando autor y cómplices, siendo aquel el fallido.

Volviendo sobre la cuestion principal, y al derecho constituido, dirémos que, si bien hemos hablado de la *casi impunidad* del dolo de los llamados cómplices; la impunidad no será

absoluta, con lo que cesa la especie de inquietud, y justa alarma, que ocasiona la idea de que el *cómplice* no es culpable, cuando no lo es el *fallido*, y por ello quedará impune. Quiere solo decirse, que en el caso propuesto, no habrá *cómplices*; pero no que no habrá *culpables*: no lo serán de bancarrota fraudulenta, al tenor del Código francés, y del español de Comercio, y los que con ellos concuerdan; pero lo serán conforme á todas las leyes civiles y penales, que reprueban y castigan todos los actos dolosos. Si los llamados cómplices no pueden ser castigados como tales, como si hubieran obrado de *concierto ó en utilidad* del fallido, lo serán como quien en *utilidad propia* irroga perjuicios, ó se apropia lo ageno. ¿Habrá actos de ocultacion, substraccion, etc., que, cuando menos, puedan calificarse de *enajenacion en fraude de acreedores*? Pues el contrato se invalidará... ¿Los habrá calificables de *estafa, hurto, falsedad*, etc.? Pues en ese concepto serán penados.

Así lo convencen á un tiempo la ciencia y las leyes: y así, aun contraido el caso, lo ha decidido el tribunal de casacion en Francia, respecto de la propia mujer del fallido. El artículo 555 del Código habia decidido que la mujer, que sustrajese bienes del marido, constituido en quiebra, fuese condenada á devolverlos á la masa, y perseguida como cómplice de quiebra fraudulenta. El tribunal de casacion declaró que esto se entendiera, si se probaba *acuerdo* con el marido; pues de no ser así, no habria complicidad, sino *hurto*, ya *simple*, ya *cualificado*, que en la mujer propia solo podria ser perseguido civilmente, al tenor del art. 380 del Código penal. (10 febrero de 1827.)

Pero si estas penas mencionadas calman la ansiedad de la moralidad alarmada, todavia son poco eficaces en el efecto mercantil, y no equivalen á las de la quiebra fraudulenta, en el efecto, altamente atendible, de saldar el daño de los acreedores. En las penas de daño penal comun, habrá la pena personal, y la restitucion, con las costas y gastos del juicio; pero en la pena de la bancarrota hay, por las leyes mercantiles, todo eso, y además la pérdida de otros derechos que tuvieran los cómplices que reclamar, la multa del *otro tanto*, y aun del *duplo*, etc., de lo sustraido ó distraido, como se vé en nuestro Código de Comercio. Con esto podrá rehacerse la masa defraudada, y ser pagados los acreedores, ó del todo, ó en mayor tipo que lo serian sin ella: pena, por tanto, mas análoga y mas útil para ellos; mientras las penas corporales, por graves que sean, satisfarán á la sociedad civil; mas para ellos conducen mucho menos.

Réstanos esponer las diferencias, inducidas por el Código penal, sobre el de Comercio, y deducciones á que se prestan:

1.° Habíamos notado que el Código de Comercio no es especial; sino para efectos civiles, y para efectos correccionales en el caso que espresa. Tambien, y como consecuencia de ello, que los tribunales de comercio no tienen jurisdiccion criminal; y antes el mismo Código mercantil se refiere siempre para este efecto á la penalidad de la legislacion comun. A esta, pues, corresponde establecer la penalidad. Pero de la penalidad es inseparable, en la buena filosofía del derecho, la clasificacion de culpables.

Cierto que el Código de Comercio contiene tambien esta clasificacion, y la penalidad correlativa. Pero viene el Código penal despues, eleva á delito la bancarrota fraudulenta, y señala penas; y antes habia hecho la clasificacion de culpables, en autores, cómplices y encubridores. ¿Cuál de las dos penalidades, y de las dos clasificaciones de delincuentes regirá? No parece caber duda: en procedimiento puramente civil, y para efectos civiles, la clasificacion y penalidad del Código de Comercio: para lo criminal la penalidad y clasificacion del Código penal. En este sentido, pues, la *complicidad*, consignada en el Código mercantil y la penalidad consiguiente, han sido modificadas: lo propio la pena correccional: muchos de los calificados de cómplices en lo mercantil, serán ahora, para efectos penales, *co-autores*, y así los demás efectos (1).

(1) La Serna y Reus, Código de Comercio concordado, nota al art. 1010: item arts. 444 445 y 446 del Código penal.

2.° El Código mercantil no hablaba en particular, y como delincuencia especial aparte, del *alzamiento de bienes*. El Código penal suple esta falta, en su art. 443: la penalidad de cómplices de alzamiento, se determinará por las reglas de la penalidad de derecho comun. Puede el *alzado* ser comerciante, y tambien no serlo: el Código penal no distingue; pero por eso mismo, cuando el alzado sea comerciante, está comprendido en su sancion general, y lo mismo sus cómplices: el Código de Comercio, sin embargo, califica el alzamiento de quiebra fraudulenta, y lo sometia á los tribunales ordinarios (1).

Las penas de la bancarrota ó quiebra fraudulenta, son aplicables á los autores y cómplices de ellas, que ejercan el comercio; aun cuando no estén matriculados (2).

No parece dudoso que los que ejercen el comercio á nombre de otros, si bien para efectos civiles obligan á sus principales; para efectos penales se obligan á sí mismos, ora como autores, ora como cómplices; pues que el poder y autorizacion, no se les daria para delinquir. Si para eso se les hubiera dado, el apoderado y el poderdante, tendrán responsabilidad peculiar.

Supuesto lo dicho, los cómplices en lo mercantil son mancomunadamente responsables entre sí, y subsidiariamente, por autores y encubridores, en las penas pecuniarias que se impongan en la via criminal, al tenor del art. 124 del Código penal.

La pena del *duplo*, impuesta en el caso 3.°, art. 1011 del Código mercantil, no podrá ya imponerse por los tribunales de comercio; sino que deberá reputarse subordinada á la penalidad comun, y mas, cuando el fisco es llamado á participar de ella.

El art. 1143, en fin, del Código penal, en cuanto á la pena correccional que impone, está derogado y sustituido para autores y cómplices, por los citados 445, 446 y 447 del Código penal.

CÓMPLICE (EN LO MILITAR). Sabido es que por la Ordenanza general del ejército y armada, cuando se comete un delito, no prevenido en ella, ó que no tiene pena señalada por la misma, ha de recurrirse á la legislacion comun. «Cuando un sargento, cabo, cadete, ó soldado, hubiere cometido delito *que esta Ordenanza no previene, ni tenga en ella pena señalada*, deberá ponerse al reo en consejo de guerra y *aplicarle la pena que para aquel crímen previenen las leyes generales*..... (1).»

Siendo un hecho cierto que no todos los delitos, que pueden cometer los que han de ser juzgados por las leyes militares, se contienen en la Ordenanza, ni todos tienen pena especial señalada, síguese de ello que en lo militar la palabra *cómplice* tiene dos aplicaciones: una la antígua, segun lo dejamos espuesto en los artículos **CÓMPLICE** y **COMPLICIDAD**, esto es, tomada por *co-delincuente*, y comprendiendo, por tanto, á los que intervenian en el hecho *directa* ó *indirectamente*; y eran, por lo mismo, segun la actual tecnología del derecho comun, ó *co-autores*, ó *cómplices*, y aun *encubridores*: comprendia, por ello, aun á los reos ó co-reos principales, y á veces, aun á los que no denunciaban el hecho, sabiéndolo.

En comprobacion de lo dicho, puede verse, entre otros, el artículo 15, título 5.°, tratado 8.° de la Ordenanza, segun el que, «siendo el fundamento de todas las causas criminales la justificacion del delito para poder pasar á comprobar *los que han sido cómplices en su ejecucion*.....» No puede estar mas claro que aquí: *cómplices* son todos los que han intervenido *directa* ó *indirectamente*. Basta además el observar que, atendiendo á la época en que se dictó la Ordenanza general, no podia ser otra cosa, pues así entendian y aplicaban entonces la complicidad todas las legislaciones.

La segunda acepcion de la complicidad en lo militar es ya la del Código penal, general, ó comun, en los casos en que este se aplica por juzgados militares y consejos de guerra, esto es, en defecto de la Ordenanza, ó como su-

(1) Art. 447 de id.
(2) Art. 1141 del Código de Comercio.

(1) Art. 3.°, tít. 5.°, tratado 8.° de la Ordenanza general.

pletorio de ellas; y en los de *desafuero* de aforados de guerra, porque cesa aquella, lo cual ha de verse en sus artículos correspondientes.

En lo militar hay todavía un tercer sistema, comun, por necesidad y por conveniencia, á todas las legislaciones; y es el de no castigar á los delincuentes en ciertos delitos, con sujecion á una escala gradual, y en correlacion los *autores, reos* y *encubridores*; sino por penas particulares, como hemos visto sucede en los delitos de imprenta. Así los reos de sedicion, conspiracion, ó motin contra el real servicio, seguridad de las plazas, ó del reino, etc., *serán ahorcados*. Los que *indujesen* á ello, sufrirán la misma pena (1). Los que *indujeren* á otro género de delitos, sufrirán pena arbitraria (2). En cuanto á este sistema, escepcion del sistema general de *co-delincuencia*, no hay sino estar al tenor de las leyes.

En lo militar, por último, el *co-delincuente*, y el cómplice, por tanto, pueden ser *preguntados*, y oido su testimonio en el proceso comun, segun decimos en los artículos **cómplice** (*en el derecho penal comun*), sec. 5.ª, y **cómplice** (*en lo canónico*). Así, entre otros artículos y reales resoluciones en lo militar, se vé en el art. 25, tít. 5.°, trat. 8.° de la Ordenanza general.

«Cuando los soldados..., dice; hubieren cometido algun crímen..., sea contra los habitantes de los pueblos, ó *con ellos juntamente*, y fueren arrestados por las justicias ordinarias, deberán estas entregarlos á las militares..... y recíprocamente si las tropas hubiesen preso algunos habitantes por crímen, que no sea de los en que privativamente corresponde el conocimiento al consejo de guerra..... se restituirán luego á las justicias ordinarias que lo reclamen, aun cuando dichos habitantes fueren *cómplices* con los soldados; pero en este caso, siendo los jueces ordinarios requeridos por los militares, los deberán tener en seguridad y á disposicion del sargento mayor, para que pueda *examinarlos como testigos*.....» Quiere decir que en este punto, en lo militar, hace el derecho, lo que en el fuero comun la práctica; y lo que esta vá haciendo tambien, y hemos dicho debe hacerlo, aun en lo canónico, hasta donde el precepto canónico no lo resista, sin riesgo de nulidad.

Lo propio hará, y debe hacer, la jurisprudencia en lo militar, en cuanto á la aplicacion en delitos militares de la clasificacion de co-delincuentes del Código penal, y la penalidad gradual: es decir, cuando la pena impuesta por la Ordenanza á los llamados *cómplices*, no sea *particular*, como por un delito aislado; sino genérica, siendo aquel realmente cómplice; y no co-autor, ó encubridor, debe la jurisprudencia formarse en el sentido y aplicacion del Código penal.

En lo militar, en fin, se llegó á estimar la cualidad genérica de *cómplice*, de tal modo, que se imponia como penalidad, y por tanto, sin sujecion á un propósito comun de co-delincuencia; sino aun sin existir éste, y como castigo de otros hechos, y como circunstancia *coercitiva* del mejor cumplimiento de un deber. Así vemos, por ejemplo, que en Real órden de 25 de mayo de 1824, ordenando que en las localidades, donde se custodiasen reos de conspiracion, ó escluidos de la amnistía, se pusiese guardia de tropa con oficial, se disponia además, párrafo 3.°, «que, tanto los comandantes de dichas guardias, como los alcaides de las cárceles, responden con sus personas de dichos reos, cuya fuga se considere, respecto á los primeros, como *complicidad en los crímenes de que estos fueren acusados*, y se procederá á su arresto, formacion de causa é imposicion de las penas, que por las leyes estén señaladas á dichos delitos.»

Habiamos dicho poco: aquí no solo la *complicidad* se fija sin razon de cooperacion actual, ó anterior en la ejecucion de un delito; sino aun la cualidad de *autor* de delitos, y de delitos ya consumados, que hasta podian ignorar, y por lo comun ignorarian, los espresados comandantes de guardia.

COMPLICIDAD. Version de la voz latina *complicitas*, y espresa la cualidad, ó circunstancia de tener uno parte con otros en

(1) Art. 26, tít. 10, tratado 8.° de la Ordenanza.
(2) Art. 28, id., id.

delito ó hecho vituperable. Lo que es *cómplice* en concreto, eso es *complicidad* en abstracto.

Desde la introduccion por la baja latinidad de la palabra *complicitas* en el foro y legislacion eclesiástica, y luego de su version *complicidad* en el foro y legislacion secular, hasta la moderna codificacion penal europea, significó, solo genéricamente, lo propio en su caso que las voces *complex*, *cómplices*, la codelincuencia de uno con otro delincuente: equivalía por tanto, á *co-delincuente*, *compañero en el crimen ó delito*; y en latin *socius criminis*, *particeps sceleris*: enunciativas que lo mismo espresaban y eran aplicables al *coautor*, que al cooperador indirecto, como *fautor*, *encubridor*, etc. Desde la moderna codificacion penal europea, que puede decirse desde principios del presente siglo XIX, la voz complicidad, como á su vez la de cómplice, tienen una significacion específica, y hasta cierto punto taxativa; y desde luego se entiende que *complicidad*, espresa auxiliador ó cooperador, indirecto para el hecho punible ó vituperable; y no *autor*, ni *encubridor*.

Esto por lo que hace al foro y legislacion comun, ó secular: y véanse sobre ello los artículos COMPLICE: COMPLICE EN EL DUELO PENAL COMUN, Y DELINCUENTE.

En el foro y legislacion eclesiástica, como están hoy, y en el derecho estrictamente militar, las palabras complicidad y cómplice, significan aun, por regla general, lo que desde el principio y hasta el presente siglo. Y decimos por regla general, porque en la práctica y en las disposiciones legales, ú oficiales modernas, relativa á los espresados derechos canónico y militar, una y otra voz siguen en parte la moderna tecnología del fuero y legislacion comun.

En la legislacion de imprenta y en la mercantil, las espresadas voces tienen significacion especial, y véanse sobre ello sus artículos respectivos, en la palabra *cómplice*.

COMPLOT. Voz estranjera, que entre nosotros se ha hecho usual, aunque no técnica todavía, con la misma significacion que tiene en Francia, y es la de CONSPIRACION, CONJURACION. Véanse estos artículos. *Complotarse*, por tanto, y *complotados* es lo mismo que ligarse para conjurar, y hallarse así ligados ó comprometidos. *Complot* equivale así mismo á *liga*, *apellido*, en el sentido de conspiracion ó conjuracion: y complotados, en su caso, ó cuando ha mediado convenio, ó concierto, á sediciosos, rebeldes, etc.

COMPONEDOR (AMIGABLE). Véase ARBITRADOR.

COMPONENDA. Voz latina, usada en asuntos eclesiásticos, y que en Roma se usa como latina, y entre nosotros hispanizada. Siendo el futuro *en dus* del verbo *compono*, su significacion literal es la de *cosa*, *ó negocio que ha de componerse*, esto es, concertarse, arreglarse.

En Roma, como en todos los Estados, la espedicion de ciertas gracias, títulos, patentes, etc., tiene pago de derechos, que unas veces son fijos, ó de tarifa, como entre nosotros muchas de las gracias al sacar; otras no; sino que en caso dado se fijan ó determinan, como en España, por ejemplo, el *servicio*, que en favor del Estado se impone al que obtiene un título de Castilla.

Este arreglo en lo que en la curia romana se llama *componenda*, y por metonimia se toma, ya por la cantidad que ha de pagarse, ya por el oficio ó cargo del componedor, ya por la oficina.

El que en la Dataría romana ejerce el cargo de componer ó prefijar su derecho, se llama *prefecto*, *administrador*, *tesorero de las componendas*, y meramente oficial de componendas. Se estableció el cargo, como oficio perpétuo, en tiempo del Papa Sixto V, aunque se cree que el autor de las *componendas* fué Alejandro VI. Despues el oficio se incorporó á la *Dataría* (1).

Por lo dicho es fácil comprender que la materia de las *componendas* son las dispensas

(1) Así lo sienta el abate Andrés, en su *Diccionario de derecho canónico*, sin citar texto ni autoridad alguna, fundándose acaso en que dichos Pontífices tuvieron una parte muy activa en la creacion y arreglo de la Congregacion llamada de fábrica, y su tribunal que conocia de los asuntos en que mediaba componenda ó composicion con destino á la reparacion de la basílica iglesia de San Pedro.

matrimoniales, union, supresion, y ereccion de beneficios eclesiásticos, coadjutorías, pensiones, y en fin, bulas y breves de gracia.

En cuanto á la cuota, la regla es la componenda misma, esto es, la prudencia de la Datería, estimadas las circunstancias del caso, y por asimilacion á otros análogos. Si por tanto la cuota de derechos estoviese prefijada por concordatos, decision pontificia, práctica de la Datería, etc., ya no es *componenda*, la parte recurrente sabe de ante mano lo que ha de pagar.

Al tratar en el artículo **DATARIA** del órden de proceder este tribunal de la Curia romana, tendrémos ocasion de notar, que cuando la materia sometida á su conocimiento y resolucion, está por su naturaleza y circunstancias sujeta á *componenda*, no puede, sin que esta se efectúe, recaer aquella. Al efecto, el llamado oficial de *parva data*, pasa la signatura, esto es, la súplica, en donde el Papa ha puesto su firma ó rúbrica, al oficial de componenda, poniendo en ella uno de los revisores la letra *C*, ó la abreviatura *Comp.*, para indicar que debe componerse en aquel asunto antes de que el datario ponga la *magna data*.

Queda ya indicado que no todos los asuntos sujetos á componenda, tienen una tasa fija; y que en algunos es preciso arreglarse, ó componerse con el oficial de Datería, segun la variedad de los casos y circunstancias. Hay, no obstante, asuntos en que desde luego procede la solvencia del derecho de componenda, como son, entre otros, los prioratos titulares, las abadías, las coadjutorías, los indultos, etc.; las causas matrimoniales, las pensiones sin causa, y las que provienen de los frutos malamente percibidos, por carecer de título, en cuyo último caso toma el nombre de *composicion*; y por último, cuando se trata de obtener dispensa, absolucion y nueva provision por causa de simonía cometida, ó de vicio que invalidó la provision.

Satisfecha la componenda, el oficial de esta pone en la súplica y al pié de la signatura la palabra *Solvit*, y la pasa al subdatario, que en nombre, ó haciendo las veces del mismo datario, pone la *magna data*, observándose despues las demás formalidades y trámites de que se hace mencion en el artículo **DATARIA**. Véase **COMPOSICION**.

Pueden consultarse, en su caso, los autores que han escrito acerca de la práctica y estilo de la Curia romana, entre otros Corrado, Rebuffo, Perardo Castell, Amort, y el cardenal de Luca.

COMPONERSE; COMPOSICION; COMPOSTURA ENTRE PARTES. Componerse en este sentido es lo mismo que transigir diferencias, derechos, cuestiones de derechos ó prerogativas, sobre que contienden dos, ó mas, judicial, ó estrajudicialmente, segun el caso: y la forma en que los contendientes se transijan, tomará el nombre de *compromiso, arbitraje, juicio de árbitros, ó arbitradores, transaccion judicial*, á lo cual son inherentes las enunciativas de *árbitro, arbitrador, amigable componedor, laudo, apartamiento* ó *desistencia* del pleito. Véanse los respectivos artículos.

Composicion, compostura, son en este sentido la terminacion de las diferencias, por alguno de los medios espresados.

COMPOSICION (MULA MAT.). Esta palabra en lo canónico no espresa, como, á veces, en el lenguaje y legislacion comun, un acuerdo *á priori* ó estipulacion entre dos ó mas personas, que contendian sobre acciones ó derechos; sino *á posteriori*, y sin forma de estipulacion ni convenio. A veces las conciencias se sienten agravadas, sin hallar medio de descargarse; pues si quieren restituir lo que poseen con inquietud, mal tenido, ó con dudoso derecho, no saben á quién, no hay términos hábiles para ello, pues han encontrado una cosa cuyo dueño ni conocen, ni es conocida, ó no existe la persona ó causa-habiente de la persona á quien habian de indemnizar, ó restituir. El caso pertenece siempre al *fuero interno*, al fuero de la conciencia. Si el caso se lleva al tribunal de la penitencia, el confesor prescribe é impone la forma y cantidad de la satisfaccion ó indemnizacion; lo cual no recibe el nombre de *composicion*, sino de *penitencia*.

Pero los casos se vienen multiplicando al través de los siglos. A veces se han llevado al Romano Pontífice por la *Penitenciaría*.

Otras á la *Datería*, en asuntos que son de foro esterno, ó se prestan á éste, como por frutos mal ó con dudoso derecho percibidos de beneficios eclesiásticos, por omisiones de rezo eclesiástico, etc. El Padre Comun comprendió bien que por el embarazo, por el dispendio, por indolencia, aunque punible, no todos los casos se llevarian á la *penitenciaría* romana, ni al tribunal de la penitencia; de lo cual resultaba un estado cierto de peligro para las conciencias. Entonces en abstracto, y *á priori*, se fijó la cantidad de la satisfaccion, creando y aumentando al efecto esta gracia mas entre las numerosas de la *cruzada*, emitiendo bula particular al efecto, cometida en España la ejecucion del indulto, tasa, forma, y espendicion de la bula al Comisario general de Cruzada en estos dominios. La suprema y omnímoda autoridad del Romano Pontífice *compone*, esto es, hace posible la *restitucion* ó indemnizacion. La bula, llamada por eso de *composicion*, espresa la limosna que ha de darse, y la cantidad restituible, ó daño indemnizable, que esta limosna representa.

La composicion está hecha. Pueden aprovecharla muchos ó ninguno. Si alguno la aprovecha, tomando el sumario, este asentimiento constituye la composicion en su efecto. Es, como se vé, y hemos dicho, esta coincidencia de la voluntad del agravado en su conformidad con la del Pontífice *á posteriori*, no *á priori*; pero la esencia de la *composicion* está toda en la autoridad y jurisdiccion, es del poder de *ligar* y *desligar*.

Aunque la composicion penitencial es peculiar del foro interno, tiene un cierto efecto *ad extra*. El sumario ó bula tiene forma pública: los fieles toman que pueden tomar dos, y no mas, en cada año, de los que puede espedir el Comisario general de Cruzada; pues á la sagrada *Penitenciaría* nadie le puede poner tasa: y el producto tiene aplicacion, por disposiciones pontificias, á las urgencias del Estado, como el producto general de Cruzada, de cuya gracia es parte. El Estado, sin embargo, no puede intervenir en la tasa; y si esta la practicada por el Comisario general tuviese que alegar perjuicio de posesion, etc., no tiene mas que gestion de peticion, y en su género rogatoria, al mismo, ó al Sumo Pontífice.

Pudiera suceder que sobre bienes, indemnizaciones, débitos, etc., *compuestos* por penitenciaría, ó *fuero interno* se dedujese por un tercero demanda judicial. Nadie puede detenerla, ni la composicion suministra escepcion: lo uno porque se funda el indulto y remedio penitencial, precisamente en no conocer á la persona perjudicada, ó no haber términos hábiles para la restitucion ó indemnizacion; lo otro porque versa en el *fuero interno*, y por tanto, no tiene, ni puede tener efecto alguno judicial en el *esterno*. Véase BULA DE COMPOSICION: y véase á Ferraris, allí citado; y á Scavini, Teología moral, apéndice al tomo 2.°, sobre la *Bula de la Cruzada*. Véase CONPONENDA.

Lo dicho se entiende de la composicion del *fuero interno* especialmente. Hemos indicado que á veces presenta la índole y forma de *indulto* ó *dispensa*, viniendo bajo la forma genérica de *componenda*.

En este último sentido, se llama *composicion* y *componenda*, y con mas propiedad, segun el estilo de la curia romana, *dispensa*, la que se concede por rescripto ó breve pontificio á particulares ó corporaciones, para suspender, durante cierto tiempo, y por causas justas y ciertas, el cumplimiento de cargas piadosas, reducir su número ó estipendio, como p. e. de misas, absolver de la obligacion de cumplir las vencidas y no satisfechas, y de la entrega de todo ó parte de los legados ú otras obras pías, dejadas en última voluntad, cuando son inciertas, ó se consideran incapaces las personas ó corporaciones, á cuyo favor están constituidas; satisfaciendo, en compensacion de la dispensa, una cantidad tasada ó que se determine, con destino á la fábrica de la Basílica Iglesia de San Pedro, ú otro lugar piadoso.

Hemos dicho ya que el fundamento de la composicion, en los varios casos que acabamos de enumerar, estriba en la potestad que reside en la Iglesia católica y como su cabeza visible, en el romano Pontífice; para dispensar por justas causas del cumplimiento de los

deberes, que, emanando del derecho *positivo*, se refieren á disposiciones piadosas ó eclesásticas.

Y ciertamente, bajo este concepto, único en que debe considerarse la composicion de que tratamos, no puede ponerse en duda semejante potestad, ni aun tacharse de exorbitante, como algunos han supuesto, apoyados en el estricto derecho y en el respeto que se debe á la última voluntad del testador.

Bastaria para ello observar de una parte la ilimitada facultad de atar y desatar dada á la Iglesia por su divino fundador; y de otra que la subsistencia ó necesaria observancia de las últimas voluntades, no proviene del derecho *natural* ó *divino*, acerca del cual no cabe dispensa, ni derogacion; sino del derecho meramente *positivo*. Siendo así, y tanto, que al poder temporal se atribuye la facultad de modificar y aun derogar y abrogar con justas causas, y tener *por no puestas* las disposiciones, hechas en testamento ó codicilo, cuando versan sobre cosas temporales ó profanas, ninguna razon hay; y antes al contrario, seria una manifiesta inconsecuencia, negar al Sumo Pontífice la facultad de hacer lo mismo, tratándose de disposiciones piadosas ó eclesiásticas, respecto de las cuales, es, á no dudarlo, mucho mayor su potestad. Y si en los casos de incertidumbre, insuficiencia, incapacidad, ú otro impedimento, en cuya virtud no puede cumplirse al pié de la letra la obra piadosa que el testador dispuso, se concede por derecho al obispo ú otro ordinario superior eclesiástico la facultad de aplicar, segun su bien regulado arbitrio, aquella disposicion, á otras obras pías ó usos eclesiásticos; con mayor razon deberá reconocerse en el Papa, por su primacía de jurisdiccion, y concurriendo las circunstancias, que al principio indicamos, la potestad de compener sobre materias, en que la autoridad eclesiástica es la única competente.

Por último, si se considera que la esencia de las disposiciones piadosas no se altera porque consistan estas en tal ó cual especie de obra pía, no solo quedará justificada, tambien bajo este punto, la composicion, por cuanto la cantidad, á que esta asciende, se destina á un objeto piadoso; sino que además habrá de reconocerse la gran diferencia que media entre las derogaciones ó dispensas de las disposiciones profanas, que la potestad temporal concede, y las conmutaciones ó aplicaciones, otorgadas por la eclesiástica; pues versando unas y otras sobre asuntos de su respectiva competencia, aquellas destruyen la esencia de la disposicion, en tanto que estas afectan no mas al modo ó los accidentes. Ultimamente: si el asunto es de absoluto y mero *fuero interno*, es indefinida la potestad de las llaves: si de fuero *externo*, el Pontífice tiene poder y jurisdiccion soberanas, y es soberano administrador.

COMPOSICION (EN MATERIA CRIMINAL). Version del latin *compositio*, y esta voz del verbo *compono*, en la acepcion de *ajuste*, *avenencia*, compostura entre partes.

Desde muy antiguo muchos crímenes y delitos se han penado ó juzgado por medio de soluciones ó satisfacciones pecuniarias, bajo una de dos formas: ó por cantidad, fijada á *priori*, y en abstracto por la ley; ó fijada y concedida por las partes á *posteriori*, realizado ya el suceso, y por consecuencia en concreto, y en caso particular. La primera es verdadera *pena*, y cabe en un sistema penal, de lo cual tratamos en su lugar correspondiente: la segunda es una *composicion*, ó arreglo convencional entre partes: no cabe en ningun sistema penal, filosófico y convenientemente organizado; y antes revela incivilidad y rudeza; y si hoy en la codificacion moderna fuera pena, seria una perversion legal de todos los principios, que deben conciliarse en la materia; y de parte del Estado una abdicacion del supremo poder, un abandono del deber de *tuicion*, un desamparo de los que tienen derecho á ser garantidos por la ley, cuales son principalmente la sociedad y los particulares ofendidos.

Hemos hablado de soluciones ó satisfacciones pecuniarias por crímenes ó delitos; porque así ha sido, cuando eran verdadera pena: así por lo comun era en las últimas civilizaciones la *composicion*, si bien en los primitivos tiempos, y no sin frecuencia en los poste-

riores, consistia en efectos de estimacion, como ganados, frutos, y aun obras; y aun podia consistir alguna vez en *condonacion*.

Las actuales legislaciones penales difieren tanto, en este punto, que, no solo no aprueban la *composicion*; sino que, como nuestro Código penal, no dan valor al perdon de la parte ofendida, sino para efectos civiles.

Hemos dicho que la composicion revela, en lo general, incivilidad y rudeza, y no hay mas que ver donde dominó y de donde provino en los tiempos primitivos; y de donde tambien provino en la mayor parte de la Europa en los siglos posteriores, en los cuales, introducida por la rudeza, se sostuvo por la inadvertencia, ó por la fuerza del ejemplo.

Segun el lenguaje usado en los Códigos de los pueblos bárbaros, que invadieron las provincias del imperio romano, se llamaba *composicion* la satisfaccion pecuniaria, dada por el ofensor al ofendido ó á su familia, con objeto de atajar el curso de los resentimientos ó venganzas personales, que se trasmitian de parientes á parientes, y no se aplacaban sino con la sangre.

El uso de esta compensacion privada, *weregild*, muy frecuente en la edad media, trae su orígen de los antiguos pueblos germánicos, cuyas leyes y costumbres trasportaron y generalizaron las tribus hárbaras, que invadieron el imperio, si bien antes habia subsistido y subsistió en otras naciones (1).

Por la reseña que hace el historiador Tácito de las costumbres de los germanos, sabemos que estos no conocian sino dos crímenes capitales: el de *traicion*, que castigaban con la pena de *horca*; y el de *cobardía*, con la de ser *sumergido en el mar*. Estos eran, segun dicho historiador, los únicos crímenes, que consideraban como públicos. Si un hombre habia hecho á otro un agravio personal, los parientes de la persona ofendida ó herida entraban en la querella, y el ódio se apaciguaba por medio de una satisfaccion al ofendido, si podia recibirla, y á los parientes, si la injuria ó el agravio les era comun, ó si por la muerte del ofendido ó herido pasaba á ellos el derecho á la satisfaccion. *Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui, quam amicitias, necesse est, nec implacabiles durant: luitur enim, etiam homicidium, certo armentorum, ac pécorum numero, recipitque satisfactionem universa domus.* (De mor. Germ., cap. 21.)

Parece así que solo respecto de los delitos privados tenia lugar la composicion, y que esta, segun su mismo nombre lo significa, se efectuaba por recíproco convenio de las partes.

Para conocer el fundamento filosófico y legal de la composicion en los delitos, admitida, prescrita y reglamentada sucesivamente en las legislaciones penales de los pueblos bárbaros, y despues los civilizados, como lo prueba la pena del *homecillo* en nuestras leyes de Partida, conviene, por una parte, tener en cuenta su carácter esencialmente belicoso y de tribu, y por otra las ideas, que en semejante estado, muy poco ó nada diferente del salvaje, no podian menos de formarse, acerca de la naturaleza de la sociedad, de la justicia y del modo de ejercerla.

Es tan natural al hombre, entregado á su solo instinto, repeler las injurias y buscar un resarcimiento á los agravios, como cultivar la amistad de los demás. Mientras la sociedad se halla en su primitiva sencillez, el primer afecto es mirado como un derecho personal, tan inalienable como el segundo. Un salvaje, no solo cree practicable y lícito el derecho de vengar las propias injurias; sino que abraza con igual viveza las contiendas de sus parientes, amigos y compañeros, las de aquellos con quienes le ligan el honor, á su modo, el interés ó la sangre. No concibe sino ideas oscuras acerca de los principios de la union política; pero le hieren fuertemente todos los sentimientos de afecto social, y las obligaciones derivadas del parentesco. La sola apariencia de un agravio ó de una afrenta á su fami-

(1) Los griegos admitian la composicion en los casos de homicidio, como se deduce del pasaje de Homero en la Iliada, 3.ª 497. Las leyes de Atenas la concedian alguna vez; y en Roma estuvo tambien en uso entre el acusador y el acusado cuando este queria que aquel desistiese de su accion, como se vé por la ley 6.ª del Digesto, *Ad S. C. Turpillianum.*

lia ó á su tribu, enciende en su corazon un furor repentino, y acosa á los autores con saña implacable. Reputará cobardía dejar este cuidado á otras manos que las suyas, y por infamia fiar á otros el derecho de decidir qué reparacion debe exigir, ó qué venganza tomar.

Donde, como en toda sociedad naciente, domina el sentimiento de la libertad é independencia personal, la idea de la sociedad civil, en su verdadera acepcion, es muy difícil ó casi imposible de comprender: la voluntad del individuo decide de la estension de sus derechos y obligaciones, regulada únicamente por el valor personal. Mantener el órden y tranquilidad interior, haciendo obedecer con regularidad las leyes conocidas; perseguir en nombre y bajo la autoridad del Estado, la venganza de los crímenes, que atacan la seguridad y la paz de sus individuos; considerar el castigo de los culpables como un ejemplo público, destinado para prevenir iguales infracciones de las leyes; estas ideas, asociadas á la de gobierno interior, son muy elevadas, para ser comprendidas, y mucho menos planteadas, por pueblos incultos.

Las precedentes consideraciones tienen su exacta aplicacion á los antiguos germanos, y á los pueblos de raza germánica, que inundaron el imperio romano. «Celoso el bárbaro de su independencia personal, no se imaginaba, dice á este propósito un historiador moderno (1), que hubiese necesidad de sacrificar una parte de ella á la tranquilidad de todos, ni que fuera conveniente trasmitir á un ente ideal el derecho de vengarla. Ofendido, ofendia á su vez: amigos, vasallos y en ocasiones todo el *burgo* ó la *fara*, que mancomunadamente debia pagar las culpas de sus sócios, y participar de las multas, se armaban para sostenerlo: la guerra particular, *faida*, era un derecho muy precioso para el bárbaro.»

Por su propia autoridad, pues, la declaraban unos á otros en los casos de ofensa, ó lesion personal. El magistrado no podia considerarse como depositario de la espada de la justicia, abandonada en manos de los particulares: el resentimiento personal era casi el único móvil, que empeñaba á pesquisar y descubrir los delitos, y reglaba el castigo de los culpados: el ofendido, era el único tambien con derecho á perseguir al agresor y reclamar su pena ó absolucion: hasta hubo ley, como, entre otras, la de los Frisones, que declaraba al ofensor espuesto á todos los enojos del agraviado ó su familia, ínterin pudiera apaciguarlos de cualquier modo y recobrar su benevolencia (1).

Los esfuerzos de la legislacion y de la política se encaminaron, durante muchos siglos, á atajar estos males, que resultaban de la guerra privada y de la venganza personal, sustituyendo á esta las reglas legales, y dando á la justicia un curso regular y constante. Mucho habian adelantado ya en la edad media los sacerdotes y los reyes, sometiendo los *faidas* á ciertas formalidades, induciendo al ofendido á aceptar una dilacion, imponiéndole la obligacion de declarar la hostilidad algun tiempo antes, y abriendo asilos en las iglesias ó lugares sagrados. Durante ese plazo se trataba de la paz ó de la reparacion: uno garantizaba al ofendido, el señor á su cliente y el Rey á su baron, y calmando con el tiempo la pasion, se impedian los escesos, podian ponerse de acuerdo los ofendidos, ó bien, en vez de acudir á las armas, remitian la decision á los tribunales, que aplicaban las penas y las compensaciones.

Pero el objeto y motivo único de la pena era la venganza privada, sin que la sociedad se cuidase de los atentados de un individuo contra otro, y si el ofendido perdonaba á su ofensor, este quedaba impune sin otra correccion; y si alguna vez se agregaba alguna multa legal, era solo á título de la indemnizacion de gastos, hechos por el fiador, para custodiar á quel, por quien habia prestado la fianza.

Era por lo tanto imposible que la legislacion impugnase un derecho tan precioso para

(1) César Cantú, historia universal, época 8, capítulo 13.

(1) §. 1, tít. 11, De los homicidios.

el bárbaro, como el de la venganza privada; y hubo de conceder al ofensor el redimirse de ella mediante una multa, *fried*, que equivalia á una compensacion pública; ó una *composicion*, que equivalia á una compensacion privada. En un principio era voluntario en el ofendido aceptar esta ó no, de modo que las partes determinaban por mútuo consentimiento. Pero como la pasion no es nunca buen consejero, hubieron de remitirse mas adelante á la decision de los *arbitradores*, ó componedores amigables (1), que se hallaban en estado de juzgar de la naturaleza de la ofensa, con mas imparcialidad que las partes interesadas, y fijar con mas justicia la especie de satisfaccion que podia exigirse.

Todavía necesitaron estos *componedores* una autoridad coercitiva, que hiciese ejecutar sus *laudos*, y hubieron de ser revestidos de la de jueces, confiriéndoles poder suficiente para compeler á las partes á conformarse con su sentencia. Entonces adquirió ya el poder público bastante fuerza para reemplazar con la ley el ataque y venganza personal: la *composicion*, que antes fué potestativa, una vez convenida, se hizo obligatoria: se espresaron, definieron y apreciaron todas las clases de ofensas y agravios, á que puede estar espuesto el individuo en la sociedad; y se determinó la *composicion* debida por la reparacion de cada ofensa, con una escrupulosa prolijidad, que denota en ciertos casos delicadeza y discernimiento; en otros, ciertamente una inesplicable irregularidad; pero tambien, tomando por base una injusticia, cual era la diferencia de valer ó condicion personal, que la establecia muy notable para las composiciones (2). Fijáronse estas en cantidad de dinero; pero como los pueblos bárbaros, en especial mientras se mantuvieron en la Germania, apenas lo poseian, se permitia dar ganado vacuno, lanar y cabrio, trigo, muebles, armas, perros, aves de reclamo, tierras, etc., y aun la ley fijaba muchas veces el valor de estos bienes y efectos (1).

El objeto de las legislaciones de algunos pueblos bárbaros (2), de obligar á dar y recibir la *composicion*, no puede decirse que fuese solo el de *protejer al culpado contra la venganza del ofendido*; sino dar á este una *compensacion*, para estinguir la enemistad, y apartar á otros del ánimo de ofender por temor á la multa (3).

La idea, pues, de la penalidad entraba, á no dudarlo, en esta *composicion* legal; tanto que se multiplicaron, acerca de este punto, los reglamentos, y se consideró que la venganza, posterior á la satisfaccion aceptada y recibida, era un doble crímen, cometido en menosprecio de la ley misma, que lo castigaba enérgicamente.

Al efecto la persona, que recibia una composicion, se obligaba á cesar inmediatamen-

(1) En el tratado conocido con el título *Regiam majestatem*, lib. 2, cap. 4, §. 10, se les llama *amicabilis compositor*.

(2) Respecto á España, son muy notables varias leyes sobre el particular contenidas en los títulos 3, 4 y 5, lib. 6.° del Fuero Juzgo, y en las Partidas.

(1) Se hallan ejemplos de esto en las leyes antiguas de los Anglo-Sajones, Ripuarios, Bávaros, etc.

(2) Por ej. de los Sajones, Lombardos, Alemanos. Véanse tambien los capitulares de Carlo-Magno, de 779, cap. 31, de 802 cap. 32, y de 805 cap. 5.

(3) Independientemente del ajuste, que se pagaba á la persona agraviada, habia cierta cantidad llamada *fredum*, pagadera al Príncipe, ó al Estado, como dice Tácito, ó al fisco, segun el lenguaje de las naciones bárbaras, en recompensa de la proteccion concedida por el magistrado contra el derecho de venganza privada. En algunos de los mas antiguos cuerpos de leyes no se encuentran mencionadas estas multas, ó al menos se hallan tan raras veces, que se echa de ver lo desconocido de su uso; pero en los códigos posteriores se hallan determinados los casos, en que deben exigirse, y especificados tan exactamente como la *composicion*. El tercio de ésta era el tipo del *fredum*. Solo se pagaba, cuando mediaba verdadera ofensa, de la cual hubiera de tomar venganza: la muerte ó heridas de un hombre, causadas por bestia, ó muchacho menor de 12 años, incapaz de tomar las armas, solo daban lugar á la *composicion*. El importe del *fredum* crecia, en proporcion á la magnitud é importancia de la proteccion, de modo que, siendo mayor la del Rey, que la del conde y demás jueces, hacia subir tambien la cantidad de aquella multa. Su exaccion se consideraba por la ley como un derecho local, para el que ejercia jurisdiccion en el territorio: formaba por lo mismo un ramo considerable de las rentas de los Barones; y los jueces Reales no tenian derecho á exigirla en los países, donde la justicia territorial se hallaba establecida.

te en toda especie de hostilidad, y á confirmar con juramento su reconciliacion. Y para dar un testimonio mas sólido y auténtico de la sinceridad de ella, la parte agraviada era requerida de entregar, al que habia pagado la composicion, una cédula de seguridad, que, segun las fórmulas adoptadas por algunos pueblos, contenia hasta el *indulto* del crímen: facultad, por cierto, nada estraña en los tiempos, en que la persecucion y castigo de los delitos, no menos que el perdon del delincuente, estaban en manos del ofendido: modificada despues en dichas cédulas, por respeto á los derechos de la Soberanía, con la cláusula *en cuanto de nos pende*: tenida en cuenta por mucho tiempo entre pueblos civilizados, aun despues que el magistrado interpuso su autoridad para el castigo de los delitos; y de que puede mirarse como reminiscencia, ó recuerdo en nuestros dias, el *perdon de la parte* agraviada, que aun se obtiene, independientemente del indulto, atributo esencial y esclusivo de la Soberanía.

Véanse, en su caso, Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. 30, caps. 19 y 20: y Robertson, Introduccion á la historia del Emperador Cárlos V. Véase tambien el artículo PENA y análogos á la materia: y HOMICIDIO.

COMPOSICION (DE TIERRAS Y ENCOMIENDAS). Por las leyes de Indias se reservaban, y se mandaron respetar religiosamente á los indios reducidos las tierras de su cultivo; y se entiende bien que la inmensidad de las demás quedaban para la Corona. Esta mandó repartirlas, parte á las nuevas poblaciones, como término vecinal; parte á los *conquistadores*, *pacificadores* y *pobladores*, y sus descendientes; verificándose el repartimiento segun parecia equitativo á la Corona y autoridades facultadas para ello, de lo cual tratamos en su artículo correspondiente. Era el tipo para la concesion, ó repartimiento, la *peonía* y la *caballería*; espresion legal de una determinada estension de terreno, segun tambien esplicamos en su lugar. No eran admitidos á repartimiento sino los naturales de estos reinos, y los naturalizados, quedando escluidos los *estranjeros*, sin naturalizar; que es sabido no podian establecerse en Indias.

Sucedió, como en todas partes, y siempre, que no contento cada uno con su designacion, empezaron y cundieron las usurpaciones, no solo en los vastos realengos, sino aun en los términos vecinales, como en España en los realengos, baldíos y tierras de propios. Cuando esto ha sucedido en España, se ha adoptado uno de dos medios: la reivindicacion, ó la imposicion de un cánon.

Pues bien: en Indias, tomando la espresion de lo canónico, en el sentido del artículo anterior, se llamó á este medio de salvar la Corona sus derechos, á este arreglo entre la Corona, y entre los concejos tambien y sus usurpadores, *composicion*.

Unas veces, las menos, pedian composicion los que tenian sus tierras con título dudoso; otras, y era lo comun, la composicion se preparaba de oficio, á cuyo fin se despachaban comisiones y visitas por los Vireyes.

Para que procediera la composicion ordinaria, esto es, la que podian autorizar los Vireyes, habian de haberse poseido las tierras usurpadas, ó tenidas con título dudoso, por diez años.

Si las tierras eran de un término vecinal, se instruía el espediente de composicion en el ayuntamiento, ó concejo, y decidia el Virey: en lo realengo, ante éste, y por éste, mediando en su caso las comisiones despachadas al efecto. Si el caso no era comun, si habia que salir de la ley, se subia hasta la Corona, por medio del Consejo de Indias.

En lo antíguo, entendieron tambien los Acuerdos en la composicion de tierras. Ultimamente, por la Ordenanza de intendentes para Nueva-España, art. 81, se trasladó á los intendentes la facultad de los vireyes. Véase el tít. 12, lib. 4 de la Recop. de Indias.

En el dia muchas provincias de Ultramar han empezado á entrar en el régimen de las de la Península: y como en esta, salvo lo que prescriban á veces circunstancias de todo punto especiales, ó peculiares de aquellos apartados dominios, se regirán tambien por reivindicaciones y subsanaciones, ó por impo-

sicion de un cánon, en usurpaciones de realengos.

Sábese tambien que en Ultramar estaba prohibido el establecimiento de estranjeros no naturalizados. A pesar de eso, se introducian, y usurpaban tierras. A veces la espulsion era violenta, y gravosa además al Estado, si habia de verificarse á costa de éste por la pobreza de los estranjeros. La equidad y la humanidad, que en todo parece carácter esencial de las leyes de Indias, autorizan en estos casos la *composicion*, añadiendo aun por humanidad que fuese módica y equitativa; si bien prohibiéndola en cuanto á clérigos y mujeres no españoles, ni naturalizados. Véase el tít. 27, lib. 9 de la citada Recopilacion.

Habia, por último, *composicion* de encomiendas. Al repartirse los realengos, á veces en grande estension, se comprende que en las tierras, en las regiones cedidas, morarian indios. Hemos dicho ya que se les mandaron respetar y librar de repartimiento las tierras de su cultivo, que diriamos de su propiedad particular. Pero esta raza vencida estaba espuesta, y amenazada, sobre todo, de usurpacion. Necesitaba empero educacion civil y religiosa; y se creó la especie de *clientela* llamada *encomienda*, por la que los indios, por territorios, quedaban encomendados á un español, terrateniente por lo comun, que venia á ser, respecto de ellos, un como señor de territorios, un *patrono*.

Como la encomienda, no solo tenia gravámenes para el encomendero, sino las prestaciones y ventajas, en favor del mismo, de esta moderna, y por entonces, no organizada aun la administracion, saludable clientela, las encomiendas se codiciaban, se usurpaban, se tenian mal tenidas, ó con títulos dudosos; y, se introdujo respecto de ellas tambien la *composicion*, que preparaba, ó instruía el Virey, y otorgaba la Corona, mediando el Consejo de Indias. Solian concederse estas composiciones por dos vidas.

En punto á composiciones de tierras, es singular la próvida determinacion de que no procedia *composicion* en tierras propias de los indios: no habia respecto de estas sino reintegracion: siempre amparo al indio reducido.

Sobre *composicion* de encomiendas, véase el tít. 8, lib. 6, de la Recop. de Indias.

COMPRA-VENTA. Vamos á tratar del contrato mas usual y trascendental de la vida civil, y de ahí la merecida estension y pormenores del presente artículo. Por ello tambien estendemos la parte legislativa á todas nuestras colecciones legales.

La doble enunciativa, *compra-venta*, demuestra desde luego que se trata de un contrato *bilateral*, pues se espresa, no ya la intervencion, sino la igualdad representativa de dos partes. Y decimos la igualdad representativa, porque para el efecto de la obligacion convencional y esencia del contrato, una y otra parte son *igualmente principales*, sin que por lo tanto indique cosa en contrario el primer término de la fórmula, el concepto *compra* antes que el de *venta*. No hay *compra* si no hay *venta*; ni *venta*, si no hay compra: venta y vendedor espresan la persona, ora individual, ora corporativa, que enajena ó se desprende del dominio de lo vendido: compra y comprador, la que lo adquiere por consecuencia y como efecto legal del contrato.

De ahí nace una consideracion, y es que de tal modo están unidos los dos conceptos, y el uno supone de necesidad el otro, que uno solo bastaría para espresar el contrato, pues la necesidad tambien, sin que la razon ni voluntad tengan poder para otra cosa, hace sobreentender el otro. Y así sucede muchas veces, como verémos.

Sucede aun mas, y es, que no es constante en el derecho el presentar el concepto de compra como primer término de la fórmula del contrato; sino al revés, y con mayor razon, y mejor lógica por cierto. He aquí ahora el derecho.

Instituciones de Justiniano, tít. 24, lib. 3.° *De emptione et venditione.*

Digesto, tít. 1.°, lib. 18. *De contrahenda emptione.*

Código de Justiniano, tít. 28, lib. 4. *De contrahenda emptione et venditione.*

Fuero Juzgo, edicion latina, tít. 4.°, lib. 5. *De venditionibus.*

Id., id. castellana, tít. 4.°, lib. 5.° De las *vendiciones.*

Fuero viejo de Castilla, tít. 1.°, lib. 4.° *De las vendidas é de las compras.*

Fuero Real, tít. 10, lib. 3.° *De las vendidas é compras.*

Partida 5.ª, tít. 5.° *De las vendidas é de las compras.*

Ordenamiento de Alcalá, tít. 17. *De las vendidas é de las compras.*

Nov. Recop., tít. 12, lib. 10. *De las ventas y compras.*

Se vé que el derecho romano, precisamente el derecho romano, fuente y razon de los sucesivos, y la *razon hablando*, presenta en primer término el concepto de *compra*, que el de venta: el derecho español á la inversa; y la lógica, y la razon están de su parte.

Así tambien se observa en general en la legislacion estranjera moderna. El contrato es ciertamente un solo acto, un momento moral; pero en la fuerza de las cosas, en el órden sucesivo de los hechos, es un momento físico, un tiempo divisible: cada acto personal y respectivo de los contrayentes se verifica en un momento físico, diferente del otro: unos antes, otros despues: y antes el dominio, el *jus in re*, se desprende del vendedor, que pasa al comprador: antes el que vende ha de dejar de ser dueño, que pueda decirse tal el que compra. En el órden lógico, por tanto, en el órden físico y sucesivo de los hechos, el concepto de *venta*, aunque en un momento imperceptible, preexiste al de *compra*.

La fórmula, sin embargo, está hoy en el uso, en la doctrina, y en el derecho, recibida á la inversa, y *compra-venta* es, de ordinario, el nombre y enunciativa del contrato.

Y, sin embargo, si se refiere cada uno de los dos conceptos á la parte ó contrayente, á quien corresponde, un solo concepto esplica el contrato; y decimos con propiedad que Ticio, comprador, ha hecho una *compra*, que la *compra* de Ticio es ventajosa, válida, etc.: y en igual forma de la venta de Mevio: mas si se refiereo al contrato, al doble convenio, y en abstracto, la razon lógica domina sin hacerse sentir, y decimos bien el *contrato de venta*; pero no así *contrato de compra*. Lo propio sucede en multiplicados casos, en que, no solo usamos de solo el concepto de venta, para espresar, ya directamente ó en referencia, el contrato en abstracto; sino que no habria propiedad, ni tecnicismo en otra cosa, como en las enunciaciones, *venta á carta de gracia, venta en pública subasta, escritura de venta, venta al pormenor ó al por mayor*, etc.

Todo ello supuesto, queda insinuado, y volvemos á repetir, que al tratar en el presente artículo de la *compra-venta*, lo hacemos del contrato comun y general, dejando para artículos particulares los casos que suelen enunciarse, aunque referentes al mismo, bajo la voz sola de *compra* ó de *venta*, cuyos artículos por tanto han de verse.

En cuanto á la etimología, es algo singular, que aunque romana, no es exactamente de las raices de la fórmula comun, ó enunciativa romana del contrato: allí *emptio-venditio*; entre nosotros *compra-venta*. Los romanos, sin embargo, tenian algunas otras fórmulas para espresar el contrato: como, por ejemplo, *venire* (del verbo *veneo, is, ire, ivi, venum*), ser vendida una cosa: tambien del supino de este verbo, y el verbo *do* (*as, are*), formaban la frase *venum dare*, y despues unidas las dos voces en un solo verbo, *venundare*, vender, ó dar en venta; y *venum dari, venundari*, ser vendido, ser dado en venta. Sincopando luego el verbo *venundare*, resultó el derivado y compuesto; *vendere* (*vendo, is, ere, vendidi, venditum*). Alguna vez tambien usaban *distrahere res*, por comprar, entendiéndose solo de cosas de particulares: y por último, *comparare rem*, del verbo *comparo* (*as, avi, atum*), por comprar así mismo, tomando el verbo en la acepcion de adquirir ó procurarse una cosa. Así *venundare, vendere, comparare, emere, distrahere*, espresan *comprar*: *venundari, vendi, comparari, emi, distrahi*, espresaban ser comprado, ó ser vendido: *venundatio, venditio, comparatio, emptio, distractio rerum*, compra. Y ya se habrá inferido que *comprar* se dijo de *comparare*, hispanizado este infinitivo en *comparar*, con la misma significacion, y luego sincopado, *comprar*: y de aquí las voces españolas *compra, comprar*. Venta,

del participio pasivo de *vendo* (*venditus*, *a*, *um*). Compra-venta, pues, viene de *comparare* y *vendita*; ó *comparatio-venditio*, equivalente al *emptio-venditio* de los romanos.

Notarise que es solo en los contratos bilaterales, consensuales, en los que se espresa, al nominarlos, la accion é intervencion de las dos partes concurrentes, aunque no en todos: en el primer sentido, como se dice *emptio-venditio*, compra-venta; se dice tambien *locatio-conductio*, *locacion-conduccion*.

Réstanos solo ya la definicion de este importante y trascendentalísimo contrato, y es singular que ningun derecho antiguo, ni aun el romano, dén de él una definicion perfecta. De los autores antiguos, hay que decir lo mismo. Daban por supuesta la definicion, esplanaban perfectamente el contrato; pero no lo definian, sino esplicándolo. Del derecho romano lo veremos en la *legislacion estranjera* de la parte legislativa de este artículo, donde la definicion se ha de formar, tomándola á trozos de diversas leyes, hablando unas de la necesidad de precio cierto, otras del consentimiento ó perfeccion del contrato, otras de que ha de haber *cosa* vendida.

En cuanto á nuestro derecho, todas las colecciones legales tratan del contrato, como vemos en la *parte legislativa*; pero solo lo define la que, solo entre ellas, es *doctrinal*: la de las Partidas, segun las que « *Vendida, e compra, es una natura de pleito, que usan mucho á menudo los homes entre sí, porque es cosa que non pueden escusar* (1).» « *Vendida es una manera de pleito, que usan los homes entre sí; é fácese con consentimiento de las partes, por precio cierto, en que se avienen el comprador é el vendedor* (2).» Se vé que en realidad falta la última *diferencia*, ó la cosa vendida, pues no se habla de la *cosa vendida*, de la traslacion del dominio, y no es fácil diferenciar el contrato de venta, del de *locacion-conduccion*, *conduccion de obras*, etc., en que median igualmente *consentimiento mútuo*, y *precio* genérico, ó sea cantidad metálica determinada, que espresa el valor ó estimacion de lo que se cede. Desechada, como viciosa, por todos los autores esta definicion, hé aquí las de algunos de ellos, y, por lo que hace al lenguaje comun, la de la Academia Española.

«*Emptio et venditio est contractus consensualis de re pro pretio certo tradenda.*» (Héineccio, Elementa juris, tít. 23, lib. 3.)

«Comprar: *adquirir por dinero el dominio de alguna cosa.* Venta: *contrato, por el cual se transfiere á dominio ageno alguna cosa propia por el precio pactado.*» (Academia de la lengua).

«La compra-venta puede ser definida: *contrato consensual, bilateral, por el que uno se obliga á trasferir á otro una cosa por el precio que este se compromete á pagar.*» (Gomez de la Serna, *Curso histórico-exegético del derecho romano*).

Y en efecto, compra-venta es *un contrato consensual, bilateral, por medio del que una de las partes contrayentes trasfiere á la otra, por precio cierto convenido, siendo justo, el dominio de una cosa, que le pertenece, ó el derecho á reclamarla*, segun que el contrato sea *consumado*, ó solo *perfeccionado*. Decimos siendo *justo* el precio, porque si no, el contrato es rescindible, y el traspaso del dominio no es absoluto, sino revocable. Consignamos la idea de que el dominio de la cosa vendida *pertenece* al vendedor, porque si no, no la transfiere.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Sec. I. Derecho español.
Fuero Juzgo.
Fuero Viejo de Castilla.
Fuero Real.
Leyes del Estilo.
Leyes de Partida.
Ordenamiento de Alcalá.
Novísima Recopilacion.
Disposiciones posteriores.
Sec. II. Legislacion estranjera.

(1) Preámbulo del tít. 5.°, Part. 5.
(2) Ley 1.ª, id., id.

SECCION I.

DERECHO ESPAÑOL.

LEYES DEL FUERO JUZGO.

LEY 1.ª, TÍT. 4, LIB. 5.º

El cambio que no se hiciere por fuerza ó miedo, valga como la compra.

LEY 2.ª, ID., ID.

El vendedor, que no sea abonado, debe dar fiador al comprador; y valga la venta. (Conforme con la ley 4, tít. 10, lib. 3.º del Fuero Real.)

LEY 3.ª, ID., ID.

La venta, hecha por escrito ó sin él, valga despues de entregado el precio ante testigos: mas no la ejecutada por fuerza ó miedo. (Conforme con la ley 3.ª del propio tít. y lib. F. R.)

LEY 4.ª, ID., ID.

Quien tome señal por alguna cosa, debe cumplir lo prometido. Si el comprador por enfermedad ú otra grave causa no puede pagar al plazo, envie otro que por él lo haga: y sino, pierda la señal que dió y no valga la venta. (Conforme con la ley 2.ª, tít. 10, libro 3, F. R.)

LEY 5.ª, ID., ID.

Pagada una parte del precio, valga la venta: y el comprador, que el resto no satisfaga al plazo, pague las usuras de ello, salvo si se pacta que no valga la venta, no pagando el precio al plazo. (Conforme con la propia ley 2.ª, F. R.)

LEY 6.ª, ID., ID.

Si el comprador, no habiendo pagado todo el precio, dice por engaño haber pagado mas de lo que en realidad satisfizo, debe entregar doble al vendedor, cuanto dejó de pagarle.

LEY 7.ª, ID., ID.

El que compre cosa agena, sabiendo serlo, y pudiendo probarlo su dueño, páguela á este con tres tantos: si fuere liberto, páguela doble; y siendo siervo el que la tome, debe satisfacerla y recibir 100 azotes.

LEY 8.ª, ID., ID.

No se deshaga la venta, porque diga el vendedor que la hizo en poco precio. (Modificada por la ley 5 del propio tít. y lib., que admite el caso escepcional de lesion en mas de dos tantos del precio recibido: y por las leyes del Estilo 210 y 220.)

LEY 9, ID., ID.

El que venda cosa agena, páguela doble á su dueño, y al comprador el precio con las mejoras, que hubiere hecho y el Juez estime. (Conforme con la ley 6, tít. 10, lib. 3, F. R.)

LEY 10, ID., ID.

La cosa puesta en contienda, y con razon demandada, no se venda. (Conforme con la ley 1.ª, tít. 12, lib. 1.º del F. R.)

LEY 11, ID., ID.

El hombre libre, que consienta ser vendido, y parta el precio con el vendedor, quede por siervo y no pueda restituirse á su libertad, sino es pagando el mismo ó sus padres el precio al comprador, quien en tal caso debe recibirlo.

LEY 12, ID., ID.

Si hombre libre vende á otro libre, el Juez lo prenda, y haga pagar 100 sueldos de oro, y restituir á su estado el vendido; y si no tiene de que pagarlos, reciba 100 azotes, y quede por siervo de él: siendo el vendedor sier-

vo, haya 200 azotes, sea señalado en la frente, y quede por siervo del vendido. Lo mismo se observe con las mujeres libres.

LEY 13, ID., ID.

No pueda el padre vender, dar, ni empeñar al hijo: el que lo recibe, no adquiera derecho en él, y pierda el precio que hubiere dado. (Esta ley y las dos precedentes, están conformes con la ley 8.ª, tít. 10, lib. 3 del F. R.; y la ley 80 del Estilo.)

LEY 14, ID., ID.

El que á sabiendas toma en cualquier modo alguna cosa de siervo ageno, debe perderla y el precio dado por ella: y el que lo reciba, no será obligado á volverlo: pero si el siervo vende algun animal, vestido, ú otra cosa de su peculio, ó de su señor, ó de otro que se la diere para vender, valga la venta, salvo si prueba el señor, con testigos ó por su juramento, no ser la tal cosa del peculio del siervo, y haberla este vendido sin su voluntad. Esto se entiende de las cosas viles y pequeñas: pues las grandes no pueden venderse sin licencia del señor. (Conforme con la ley 9, tít. 10, lib. 3, F. R.)

LEY 15, ID., ID.

El que vendiere su siervo, si este quiere acusarlo de algun delito, recíbalo, y restituya el precio al comprador, para que pueda vengarse de él como quisiere; y lo mismo se entienda de las siervas. (Conforme con la ley 10 del propio tít. y lib. F. R.)

LEY 16, ID., ID.

El que venda su siervo, no sabiendo las cosas que este tenia, pueda demandarlo hasta que las halle. (Conforme con la ley 12, del propio tít. y lib. F. R.)

LEY 18, ID., ID.

Ninguno sea obligado á vender su siervo: si se acogiere á la Iglesia, y en ella se queja del mal trato del señor, el clérigo ó quien la guarde, debe entregárselo sin escusa alguna: y el que con engaño compre tal siervo para otro, que lo compre ocultamente y sea enemigo del señor, debe restituirlo á este, y perder el precio, aunque al tiempo de la venta ó despues sepa el engaño; y el comprador debe pagarle otro tal siervo.

LEY 19, ID., ID.

El que diere, venda ó cambie su siervo por culpa que hubiere hecho, puede avenirse con el agraviado, ó darle el siervo por la culpa: y si el comprador no quiera responder por él, ó dar satisfaccion, reciba su precio, restituya el siervo al vendedor, y este satisfaga por él. (Conforme con la ley 12 del propio título y libro F. R.)

LEY 20, ID., ID.

Los privados de la Córte, obligados á dar caballos ú otras cosas al Rey ó Corte, no puedan enagenar sus bienes: el que los reciba debe pagarlos, y hacer tal escrito como haria el otro; y el que compre parte de ellos pague la deuda segun lo que tome. Si el que reciba bienes de tales hombres no hiciere escrito de ello, ó estuviere por un año sin pagar la renta, luego que el Rey lo sepa, ó el Conde ó Juez, debe perder el precio y cuanto hubiere dado con la heredad, y el Juez pueda darla al vendedor ó á quien quisiere. Los dichos privados puedan vender, dar y cambiar sus bienes á otros que estén en la Córte, con tal que estos paguen la deuda de aquellos pero el hombre solariego; no puede vender la heredad en modo alguno; y el que la compre pierda el precio y todo lo percibido.

LEY 21, ID., ID.

El que sin mandato del Juez venda, dé, ó mande á otro tomar la cosa, antes de obtenerla en juicio, pague otra tal ó su precio; y el Juez luego la haga entregar á quien la

tomó; al cual no pueda demandarse en adelante, aunque no tenga razon en ella. (Conforme con la ley 2.ª, tít. 12, lib. 1.º del F. R.)

LEY 8, TÍT. 2.º, LIB. 7.º.

«Mandamos que ningun omne non compre ninguna cosa de omne que non conosce, si non tomare buen fiador, que non pueda depues dicer que non sabe de quien lo compró; e si lo fiziere, préndalo el Juez, e fagal quel presente aquel que ge lo vendió fasta un plazo quel ponga. E si non pudier aver aquel que ge lo vendió, sálvesse por su sacramiento, ó por testigos, que non sabia que era ladron aquel que ge lo vendió, e reciba la meatad del prezo que diera, hy entregue la cosa al sennor cuya era, e ambos prometan por su sacramiento, que lo busquen fiel mientre el ladron; e si non lo pudieren fallar, todavía sea entregada la cosa al sennor cuya era. E si el sennor, cuya era la cosa, sabe del ladron, e non lo quiere manifestar, deve perder toda la cosa, e dévela aver el que la compró. E otrosi dizemos de los siervos.»

LEY 9.ª, ID., ID.

«Si algun omne compra la cosa de furto, sabiéndolo, el juez lo deve prender, é constrennir, quel presente aquel que ge la vendió. E despues este que la compró faga emienda cuemo ladron. E si non pudiere fallar aquel que ge lo vendió, peche dos tanto por emienda que el ladron. Ca bien semeia ladron todo omne que compra la cosa de furto, sabiéndolo. E si fuere siervo aquel que la compre, peche la meatad por emienda de quanto pecha el ombre libre. E si non quisiere el sennor facer emienda por el, dé el siervo por emienda.»

LEY 2.ª, TÍT, 3.º, ID.

«El omne libre, que vende siervo ageno ó sierva agena en otra tierra, peche quatro siervos ó quatro siervas al senuor del siervo, é reciba además C. azotes. E si non oviere onde los dé los siervos, el mismo sea siervo del sennor cuyo siervo vendió.»

LEY 3.ª, ID., ID.

«Quien vendiere fijo ó fija de omne libre, ó de mujer libre en otra tierra, ó lo saca de su casa por enganno, é lo lieba en otra tierra, sea fecho siervo del padre, ó de la madre, ó de los hermanos daquel ninno, quel puedan justiciar ó vender, si quisieren; ó si quisieren tomen dél la emienda del omecillio, que son CCC. sueldos.....»

LEY 4.ª, ID., ID.

«Si algun siervo vende siervo ageno en otra tierra, non lo sabiendo el sennor, el siervo que lo vende reciba CL. azotes antel alcalde, é desí entregue el siervo que vendió á so sennor.....»

LEY 5.ª, ID., ID.

«Si el siervo vende omne libre, por mandado de su sennor, pague el sennor por él la emienda que devie pagar el omne libre que lo vendiese: é demas reciba C. azotes; é el siervo non aya nenguna pena, porque fizo mandado de su sennor.»

LEY 6.ª, ID., ID.

«Si el siervo vende omne libre sin mandado de su sennor, mantiniente sea metido en poder de los padres daquel cuyo era el omne libre que vendió, que fagan dél lo que quisieren. E Si aquel quien es vendido se tornar por aventura, ó fuyere, el sennor del siervo, si quisiere fazer emienda por él, dé una libra doro á aquel que lo vendió.»

LEY 21, TÍT. 1.º, LIB. 9.º

«..... E todos los omnes que son de Espanna, que quisieren comprar siervos de algunos omnes que non conoscen, mandamos que non los compren fasta que los siervos sean presentados antel juez é ante buenos omnes de la tierra, é que sea sabido si es siervo daquel que lo vende, ó dotri, é que lo

diga el que lo vende, é yure lo que dixiere: é despues el siervo sea penado.....»

LEY 18, TÍT. 2.°, LIB. 12.

«Diz esta ley que si algun judío derelinquier la su ley, é fielmentre tomare á la fé de Cristo, aya licencia de mercar con cristianos todas sus cosas.....»

FUERO VIEJO DE CASTILLA.

LEY 3.ª, TÍT. 1.°, LIB. 1.°

Que el monasterio Real de Búrgos, ni los demás del Reino, que tienen privilegio para comprar, no compren lo que paga pecho al Rey, si por ello el Rey hubiera de perderlo; y si lo compraren que lo pierdan.

LEY 1.ª, TÍT. 3.°, LIB. 2.°

Si alguno compra ropa nueva, bestias, plata, ú otras tales cosas muebles, ante dos testigos derechos, en camino real ó mercado, sin conocer al vendedor, y despues otro lo demanda, diciendo ser suyo, y que se lo hurtaron ó perdió, ó alegando otra razon, jure y pruebe con los dos testigos la compra hecha al desconocido, y así no sea obligado á responder en razon del hurto al Merino ni al querelloso.

LEY 2.ª, ID., ID.

Si uno compra una cosa y otro dice que se le ha perdido á él, comparecerán los dos á juicio: si el reclamante dice que le fué robada, y el comprador alega que la compró públicamente, tendrá que probarlo; y si no pudiere, pero jurare, siendo hombre de buena fama, que no supo que la cosa era hurtada, ni malganada, será absuelto en razon de hurto y de las *novenas*.

LEY 2.ª, TÍT. 2.°, LIB. 3.°

Si uno compra heredad á otro vecino de la villa, ó le demanda deuda, y este se la negare, debe probárselo con vecinos de la localidad; y si un forastero demandare á vecino, y este niegue, pruébelo aquel con cinco vecinos de la villa, siendo el pleito sobre heredad, y con dos, si fuere sobre mueble.

LEY 3.ª, ID., ID.

El que muestre carta de compra ó empeño de heredad con testigos, siendo estos vivos, deben jurar segun fuero, y ser preguntados si lo fueron como la carta espresa; y contestando que sí, valga la compra y quede la heredad en poder del comprador: mas si fueren todos muertos, jurando el tenedor de la carta y heredad ser cierto lo escrito en ella, y haber sido testigos los mismos citados, debe valer por fuero.

LEY 3, TÍT. 4.°, LIB. 3.°

El hidalgo ú otro hombre, que debiere á judío, aunque haya carta en que esprese serle deudor de todo cuanto tiene mueble ó raiz, pueda venderlo ó empeñarlo antes que el judío se entregue en ello, mas no despues, hasta que sea pagado.

LEY 1.ª, TÍT. 1.°, LIB. 4.°

Ningun fijodalgo pueda comprar en villa donde no sea divisero; y si lo hace, el señor que fuere del lugar, pueda tomarlo para sí, si quiere; pero siendo aquel divisero, pueda comprar heredad, mas no todo el heredamiento de un labrador á fumo muerto.

LEY 2.ª, ID., ID.

La venta de heredad, hecha de noche ó de dia á puerta cerrada, no priva del derecho al pariente, ó á quien pertenezca aquella por razon de patrimonio ó de abolengo, «maguer que el cambio sea fecho.»

LEY 3.ª, ID., ID.

Vendida una heredad de patrimonio ó de abolengo, el pariente puede tomarla por el tanto.

LEY 4.ª, ID., ID.

Heredad vendida á otro en cementerio de iglesia, es valida; pero el pariente que la demandare en el término de 9 dias, dando el precio, pueda adquirirla.

LEY 5.ª, ID., ID.

Si algun fijodalgo, ó dueña, veode con todos sus derechos algun solar ó villa á monasterio, pueda este adquirirlos; pero «no pertenencias ningunas en la villa», esto es, los derechos de *monte* y *suerte*, que consisten en el disfrute de los términos públicos, salvo si el fijodalgo ó dueña los donan por sus almas al monasterio, en cuyo caso este adquiere todos los derechos que el fijodalgo habia con sus vecinos en *suerte* y *monte*.

LEY 6.ª, ID., ID.

Si el comprador de cosa mueble ó semoviente diere señal, y desbace la compra, pierda la señal: si el vendedor, devuélvala doblada; sin que ambos puedan ser compelidos á mas; pero entregada al comprador la cosa, ora sea mueble, ora raiz, la venta no puede deshacerse.

LEY 7.ª, ID., ID.

El fijodalgo puede vender su heredad donde quiera; pero no el labrador de behetría ó solariego, sino «al pié de la heredad»: ni este pueda fiar venta de heredad de fijodalgo.

LEY 8.ª, ID., ID.

La venta de heredad, hecha antes de la particion de lo que heredan parientes, es nula, á no ser entre hermanos, y en este caso el vendedor dará puder al comprador para hacer la particion de la misma.

LEY 9.ª, ID., ID.

El fijodalgo que vende heredad á otro, dé fiadores de saneamiento, y de año y dia: aquellos y sus herederos están obligados en todo tiempo á sanarla; pero los de año y dia no tengan tal obligacion sino hasta el año y dia.

LEY 10, ID., ID.

Todo divisero puede comprar en villa de behetría cuanto podier del labrador, escepto un solar de cinco *cabnadas* de casa, é la era, *muradal*, y huerto, los cuales no puede vender el labrador.

LEY 11, ID., ID.

Es nula la venta de bienes, que se esperan adquirir por título hereditario.

LEY 12, ID., ID.

La venta de heredad embargada es nula mientras está embargada; y lo mismo la empeñada.

LEY 1.ª, TÍT. 2.º, ID.

Si al comprador de heredad viene un tercero demandándosela, puede aquel seguir el juicio, sin citar de saneamiento al vendedor y fiador; pero si en él es vencido, carece de accion despues para reclamar contra estos el saneamiento.

LEY 2.ª, ID., ID.

El demandado sobre saneamiento debe responder hasta año y dia, y en adelante no debe sanear, sino en caso de que sean parientes cercanos, ó ausentes, los que demanden.

LEY 2.ª, TÍT. 4.º, LIB. 5.º

Los menores, constituidos en tutela, pueden vender sus bienes en tres casos: por gobierno (*para su sustento*); por deuda de padre ó madre; y por pecho del Rey. Si no tuvieren tutor, la Justicia debe prendar al pariente mas cercano, para que tenga los bienes y venda de estos lo necesario al cumplimiento

de lo susodicho; y á falta de pariente para ello, la Justicia debe darlos á quien los guarde y sus personas, y cumpla lo que sea preciso. En cualquiera de dichos tres casos debe vender los bienes el tutor con consejo del alcalde, y al que mas diere por ellos; y en esta forma sea válida la venta.

LEY 3.ª, ID., ID.

Ningun menor de 16 años por cuita que haya, ni por otro motivo, sino es en los tres casos asignados por la ley anterior, pueda vender, empeñar, ni obligar sus bienes, ni parte de ellos.

FUERO REAL.

LEY 3.ª, TÍT. 5.º, LIB. 1.º

No pueda el Obispo, el Abad, ni ningun otro prelado vender las cosas que ganare ó acrecentare por razon de la Iglesia.

LEY 1.ª, TÍT. 12, ID.

No puede ser vendida la cosa litigiosa, y el que la vendiere, pague la tercera parte del precio, mitad para el Rey y mitad para el juez, con las costas y los daños por el engaño.

LEY 2.ª, ID., ID.

El que vendiere la cosa litigiosa por perjudicar al que la tenia, pierda el derecho que tuviere en ella.

LEY 3.ª, ID., ID.

El que compra ó recibe la cosa litigiosa, debe devolverla.

LEY 4.ª, ID., ID.

Enajenada la cosa litigiosa, puede el demandante perseguirla contra el que la enajenó, ó el que la adquirió.

LEY 1.ª, TÍT. 9, LIB. 2.º

Las cartas de venta lleven por lo menos tres testigos.

LEY 1.ª, TÍT. 10, LIB. 3.º

Nadie venda las cosas que se pesan ó miden sin sujetarse á las medidas aprobadas y precios señalados.

LEY 2.ª, ID., ID.

«Si el home alguna cosa vendiere, é tomare señal por la vendida, no pueda desfacer la vendida: é si el comprador no quisiere pagar el precio, pierda la señal que dió, é no vala la vendida; é si el comprador no diere señal por la vendida, é diere alguna partida del precio, no se puede desfacer la vendida, fuera por avenencia de amas partes.»

LEY 3.ª, ID., ID.

«Toda vendida que fuere fecha por escripto, vala despues que el escripto fuere fecho: qualquier de las partes puédela desfacer ante que el precio sea dado, ó parte dellos: y esto si la vendida no fuere fecha por miedo, ó por fuerza, pues entonces no deba valer, ni vala.»

LEY 4.ª, ID., ID.

Que si el vendedor no fuere raygado, debe dar fianza, é vala la vendida, si no es hecha por engaño del comprador.

LEY 5.ª, ID., ID.

«Ningun home no pueda desfacer vendida que faga, por decir que vendió mal su cosa, maguer que sea verdad; fuera ende si la cosa valia quando la vendió mas de dos tanto de por cuanto la dió: ca por tal razon bien debe desfacer toda la vendida, si el comprador no quisiere cumplir el precio derecho, segun que valia: ca en poder es del comprador de desfacer la vendida, ó de dar el precio fecho, e de tener lo que compró.»

LEY 6.ª, ID. ID.

«Si alguno home vendió cosa agena, y el comprador no supiere que es agena, no haya pena; y el vendedor tórnele el precio, é peche la pena que fuere puesta en la vendida, é quanto mejorare en la cosa comprada, é sanel todo el daño quel viniere por razon de aquella vendida, é torne aquella cosa ajena que vendió, á su dueño con otro tanto de lo suyo: mas quien á sabiendas comprare la cosa agena, tórnela á su dueño con otro tanto de lo suyo.....»

LEY 7.ª, ID., ID.

«Todo home que alguna cosa vendiere á otro, sea tenudo de le defender con ella á derecho, quando quier que viere que alguno gela demandare, si el comprador se lo dijere: é si el comprador por sí respondiere en el juicio no lo faciendo saber al vendedor, ó no quisiere venir á oir la sentencia, si fuere vencido, no se pueda tornar á aquel que la vendió.»

LEY 8.ª, ID., ID.

Ninguno venda hombre libre sin su consentimiento, ni el padre á sus hijos, bajo las penas marcadas por las leyes.

LEY 9.ª, ID., ID.

Ninguno pueda vender lo ageno sin la voluntad del dueño, bajo nulidad de la venta, y bajo la pena de la ley, tanto al vendedor como al comprador, si lo compró á sabiendas.

LEY 12, ID., ID.

«Con la venta del siervo, no se entiende vendido su peculio, si no se espresó.

LEY 13, ID., ID.

«Todo home, que heredad de patrimonio, ó de abolengo quisiere vender, si home de aquel abolengo la quisiere comprar, tanto por tanto, háyala ante que otro alguno: é si dos, ó mas la quisieren, que son en igual grado de parentesco, háyala el mas propinco: mas si antes que la heredad fuere vendida no viniere el pariente, é del dia que fuere vendida fasta nueve dias viniere, si diere el precio porque es vendida la heredad, háyala: é si el pariente mas propinco no lo quisiere demandar, otro pariente no lo pueda demandar: é si el mas propinco no fuere en el lugar, puédala demandar otro de su linaje: mas si la quisiere por otra heredad cambiar, no la pueda ningun pariente contradecir; y aquel pariente que quiere la heredad, que es á otri vendida, dèle el precio que le costó, é jure que la quiere para sí, é que no lo face por otro engaño.»

LEY 14, ID., ID.

El que vendiere á calidad de dar fianza ó garantía, y despues de tomar la señal ó parte del precio, jurare que no puede darla, devolverá la señal ó precio, deshaciéndose la venta.

LEY 15, ID., ID.

«El vendedor, despues que la vendida fuere cumplida derechamente, sea tenudo de dar la cosa que vendiere aquel que la compró, si la pudiere haber: ca si por aventura no la pudiere haber, no es derecho que sea costreñido de darle mas de la valía, ó tornarle el precio que rescibió del comprador, qual mas quisiere aquel que la compra.»

LEY 16, ID., ID.

«Quien viña, ó casa, ó otra labor ficiese en tierra agena por haber parte en la labor, é ante que sea partido lo quisiere vender, ó despues, puédalo facer: mas si el señor de la tierra, ó sus herederos tanto por tanto lo quisieren comprar, sea tenido de lo vender á él ante que á otri.»

LEY 17, ID., ID.

«Si algun home vendiere casa ó cavallo, ó otra cosa cualquier: é si despues que la vendida fuere cumplida, la casa ardiere, ó cayere, ó el cavallo se muriere, ó otro daño cualquier le viniere ante que lo haya rescebido el comprador, el daño sea de aquel que la compró, y el pró: otrosí, si en alguna cosa mejorare la cosa vendida, y esto sea si el vendedor no alongó de dar la cosa vendida, ó si no se perdió por su culpa, ó si no fizo pleito, que si se perdiese ó si se dañase, que el daño fuesse suyo y no del comprador: ca estas tres cosas el vendedor debe haber el daño, é no el comprador; pero si algun pro y viniere, sea del comprador.»

LEY 6.ª, TÍT. 13, LIB. 4.°

«Todo home que alguna cosa comprare de furto, á sabiendas, del ladron, muestre ottor de quien lo compró, é sobre esto peche las *novenas* así como manda la ley: y el ladron haya aquella misma pena de los ladrones: é si no hubiere de que pechar las *novenas*, sufra la pena que es puesta á los ladrones: é si no pudiere mostrar el ottor, peche esta pena doblada: ca ladron semeja quien la cosa de furto compra á sabiendas del ladron.»

LEY 7.ª ID., ID.

Ninguno compre cosa alguna de hombre que no conozca sin tomar fiador: si no lo tomase, tendrá que justificarse si es demandado: si justifica que ignoraba que la cosa fuese hurtada ó mal tenida, deshágase el contrato, y devuélvala á su dueño sin otra pena.

LEY 1.ª, TÍT. 14, ID.

Quien vendiese moro, ó siervo hurtado, pague cuatro por él, dos al Rey y dos al dueño. El que á sabiendas vendiere hombre libre contra la voluntad de este, muera por ello, y lo mismo el comprador en igual caso.

LEY 2.ª, ID., ID.

Quien apresare ó escondiere hombre libre para venderlo, ó diese consejo para que se verifique, muera por ello.

LEYES DEL ESTILO.

LEY 80.

El que vendiere un hombre libre, resistiéndole este, incurre en pena de muerte: consintiéndolo el mismo, no incurre en pena el vendedor.

LEY 219.

Si el Rey manda á alguno que venda los bienes de otro, debe verificarlo en pública subhasta; y en otro caso es nula la venta.

LEY 220.

La venta de cosas, hecha en almoneda, no puede deshacerse, aunque su precio sea inferior á la mitad de su justo valor; ni el pariente reclamarla por el tanto: pero si alguno la sacare por el tanto, tiene preferencia contra él el que la reclamare por abolengo.

LEY 221.

Por deudas del Rey, pueden venderse á uno los bienes, aunque esté ausente: si despues viniere, será oido; pero si hubiesen pasado año y dia, no se quitarán ya los bienes al comprador.

LEY 230.

En tierra de Leon, si se venden heredades ú otra cosa raiz, de *patrimonio* ó *de abolengo*, puede retraerlas el pariente mas cercano, como se usa en Castilla, no obstante que antes el término para retraer era en Leon el de un año.

LEY 231.

Que las cosas de realengo no se vendan á abadengo, salvo si la órden ó monasterio tuviese privilegio del Rey para comprar.

LEY 245.

El que empeña sus bienes ó alianza con ellos, no los puede vender hasta que pague.

LEYES DE PARTIDA.

LEY 17, TÍT. 2.°, PART. 3.ª

.....El vendedor debe mostrar al comprador las cartas y título que tenga de la cosa vendida, para que pueda defenderse de los que se la demanden, ó probar en caso de duda sus límites y mojones; y lo mismo debe hacer el obligado por carta al saneamiento de ella....

LEYES 56 Á LA 65, TÍT. 18, ID.

Presentan la fórmula de carta de venta, en los diversos casos de esta, segun que la cosa vendida sea raíz ó mueble, de iglesia, de menor, de la mujer, etc.

LEY 114, ID., ID.

«.....Mas si tal carta (se refiere á la escritura privada) fué fecha sobre cosa señalada, así como sobre *vendida*, ó cambio de casa, ó de viña, ó de otra tal cosa, non vale para prouar cumplidamente, como quier que faga alguna presuncion. E esto es, porque las cartas de tales pleitos deuen ser fechas por mano de escribanos públicos, ó de otros, seyendo firmadas por buenos testigos; porque falsedad, nin engaño non pueda ser fecho en ellas.....»

LEY 39, TÍT. 28, ID.

El que con buena fé compre ó adquiera casa ó heredamiento ageno, pensando tener el que lo enajena dominio ó facultad de hacerlo si despues el verdadero dueño le demanda y vence en justicia, hará suyos los frutos consumidos hasta la contestacion del pleito, por razon de la obra y trabajo que hizo en ellos; y ha de devolver los existentes al dueño de la heredad, rebajados gastos; pero siendo los frutos naturales no procedentes de labor, será obligado á restituirlos con la heredad, aunque los haya consumido. Y en caso de haber adquirido la cosa con mala fé, sabiendo no ser del enagenante, y consumidos los frutos, ha de pagar su valor deduciendo los gastos de ellos.

LEY 46, ID., ID.

Por medio de la entrega de la cosa vendida que hiciese el dueño, ú otro por su mandado, pasa el señorío de ella al que la recibe: mas si el comprador no pagase su precio, ó diese fiador, ó prenda, ó tomare plazo para pagar, no se le traspasa el señorío hasta que verifique el pago.

LEY 10, TÍT. 29, ID.

Si el tenedor de cosa agena quisiere venderla á otro, y este, avisado por su dueño de no tener aquel facultad para hacerlo, sin embargo la comprase, no la podrá ganar, aunque la tenga tres años, por faltarle buena fé; pero si la comprase sin preceder tal apercibimiento, se entenderá tener la buena fé, hasta que se pruebe lo contrario.

LEY 9, TÍT. 30, ID.

En los casos de vender alguno su heredad, reteniendo por su vida el usufructo, ó quedando por arrendatario del comprador, antes de apoderarle en ella, este adquiere su posesion y señorío, como si fuese entregado corporalmente: y lo mismo se entiende si el vendedor le digese que retenia la posesion en su nombre.

LEY 11, ID., ID.

Si el comprador de la cosa fuese metido en

la tenencia de ella con noticia y sin contradiccion del vendedor, la adquiere, como si este por sí se la entregase, ó á su procurador: y lo mismo se entiende si aquel, despues de comprada, la diese á otro que la tenga en su nombre.

LEYES 8 Y 9, TÍT. 17, PART. 4.ª

Puede el padre por efecto de su potestad vender al hijo en caso de que, oprimido de grande hambre ó pobreza, no se pueda socorrer por otro medio para evitar la muerte de ambos; cuyo derecho no tiene la madre: y en tal caso, puede despues libertarlo, devolviendo al comprador el mismo precio, y lo que mas valga segun peritos, por haberle enseñado alguna ciencia, oficio, ó gastado en que lo aprenda.

LEY 3, TÍT. 25, ID.

El *Solariego* no puede enajenar el solar, ni demandar la mejora hecha en él, pues uno y otro debe quedar para el señor.

LEY 1.ª, TÍT. 5.º, PART. 5.ª

Se hace la venta con asenso del comprador y vendedor por cierto precio convenido entre ambos.

LEY 2.ª, ID., ID.

Pueden hacerla todos los que puedan obligarse entre sí: y por tanto no valdrá la hecha entre padre é hijo constituido en su poder, como incapaces de contraer obligacion de uno á otro; aunque sí podrá el hijo vender al padre de su peculio castrense ó cuasi castrense, segun lo espuesto en el título 17, Partida 4.ª

LEY 3.ª, ID., ID.

No vale la hecha por fuerza ó miedo: pero si uno de dos señores quisiese libertar al siervo comun, puede comprar la parte del otro, aunque no quiera, dándole el justo precio que estimen dos hombres buenos, y apremiándolo el juez á que lo reciba y deje al siervo para su libertad. Tambien el que hiciere injusta fuerza á su siervo, como si le diese poca comida, ó le cause malas heridas, ó le mande hacer cosas contra razon y derecho, puede ser apremiado á venderlo por qualquiera de estas causas y otras semejantes, segun lo espuesto en el tít. 22 de la Part. 4.

LEY 4.ª, ID., ID.

Los tutores de menores de catorce años no deben enajenar cosa de estos, sino en caso de grande necesidad, ó beneficio de ellos, y con mucho conocimiento, y licencia del juez del lugar: y ninguno de ellos puede comprarla sino con dicha licencia, ó la de algun otro que tambien sea tutor del mismo huérfano, y en beneficio de éste; pues siendo en su perjuicio, podrá anular la venta hasta quatro años despues de cumplidos los 25, segun lo dicho en el tít. 6 de la Part. 6.

LEY 5.ª, ID., ID.

Ningun juez ordinario, ni persona de su familia, puede comprar por sí, ni por otro, heredad ó casa en la tierra ó lugar de su jurisdiccion, y solo sí las cosas necesarias para comer, beber y vestir; pero bien puede vender á los vecinos del lugar lo heredado de su padre y parientes, ó adquirido en otro modo.

LEY 6.ª, ID., ID.

Se puede hacer la compra y venta en dos modos: primero, *por carta* que pida el vendedor al comprador; en cuyo caso, aunque los dos se convengan en el precio, no será perfecta ni subsistente la venta, hasta que se otorgue la carta ante cinco testigos, pues antes podrá deshacerla qualquiera de ellos arrepentido: segundo, *sin carta*, quando el comprador y vendedor así lo consientan, y convienen en el precio, sin hacer mencion de carta, en cuyo caso, aunque no medie señal, será perfecta la venta, y cada uno obligado á cumplir el trato de ella.

LEY 7.ª, ID., ID.

Dando señal el comprador, si se arrepintiere, debe perderla, y restituirla doble el vendedor arrepentido; y despues no valdrá la venta: pero si la diese por otorgamiento y parte de precio, ninguno de los dos puede arrepentirse, ni deshacer el trato.

LEY 8.ª, ID., ID.

Se puede hacer en presencia de ambos, aunque la cosa no esté delante; y tambien en ausencia de ellos por medio de carta ó mandadero, consintiendo la venta, y pagándose de la cosa y precio.

LEY 9.ª, ID., ID.

Para que valga, se requiere que sea cierto el precio convenido; y así no valdrá, diciendo uno que vende la cosa por quanto quisiere el mismo ó el comprador: pero aviniéndose ambos en el que asignare un tercero, valdrá, si éste lo señala, y no sea en mucho mas ó menos del justo; pues siéndolo, deberá arreglarse por dos hombres buenos: y muriendo el tercero antes de señalarla, no valdrá la venta.

LEY 10, ID., ID.

Concertada la venta por quanto dinero tenga el comprador en arca, saco, maleta, etc., sin señalar la cantidad, valdrá, si alguno se hallare; pero no habiéndolo, será nula por falta de precio: y conviniéndose en que éste sea el mismo en que hubo la cosa el vendedor, valdrá la venta; salvo si resulte que la adquirió por donacion, herencia ú otro título; en cuyo caso será nula.

LEY 11, ID., ID.

Se puede hacer de cosa que no existe ni aparece, como del fruto de sierva, ó bestia preñada, ó de viña, tierra, ú otra semejante; en cuyo caso valdrá la venta, por asignarse la cosa productiva del fruto: pero si de ella ninguno resultare, y el comprador no lo tomó á su ventura, no debe pagar el precio. Tambien se puede comprar la cosa incierta; como si uno vendiese por cierto precio la primera que pescare ó cazare; ó si el comprador tomare á su ventura lo primero que el otro case ó pesque, ó en todo el dia, ó hasta cierta hora de él; en cuyos casos, aunque nada coja, será obligado á darle el precio prometido.

LEY 12, ID., ID.

Vale la venta que alguno hiciere con engaño, del fruto de sierva, yegua, viña, árboles ó cosa semejante, sabiendo ser estéril ó infructífera, ó haciendo maliciosamente que no lo produzcan; pero será obligado á dar al comprador la estimacion de tales frutos con los daños ocasionados por la falta de ellos.

LEY 13, ID., ID.

No se puede vender la espectativa ó derecho que alguno tenga de heredar por testamento ó abintestato á otro (nombrándolo), si no es que lo haga con licencia y voluntad de éste continuada hasta su muerte: pero sin nombrar persona, puede qualquiera vender, diciendo á quién y por quánto, todas las ganancias y derechos que deban corresponderle por título de herencia; pues así se evita que los compradores codiciosos soliciten la muerte de aquellos á quienes hayan de heredar.

LEY 14, ID., ID.

No vale la venta de casa ú otro edificio, árboles ú otra cosa que esté quemada ó destruida en la mayor parte al tiempo de hacerla, ignorándolo el comprador, aunque no lo supo el vendedor; pero estando destruida en la menor parte, valdrá, rebajado del precio su menos valor. Si á sabiendas vendiere con engaño la cosa destruida en el todo, diciendo estar sana, será nula, como hecha de cosa que no existe, y él obligado á pagar todos los daños al comprador; pero no estando toda destruida, valdrá, y pagará los perjuicios al comprador, que será creido por su juramento acerca de

ellos, estimándolos el juez. Si el vendedor de cosa en parte arruinada lo ignorase, y el comprador lo sepa, será éste obligado á pagarle todo el precio: pero si aquel la venda en el estado que tenga, y lo hiciere entender al comprador, valdrá la venta.

LEY 15, ID., ID.

No se pueden vender ni enajenar el hombre libre, la cosa sagrada, religiosa ó santa, los caminos, exidos, rios y fuentes del rey ó del comun de algun concejo: pero vendiéndose aldea ú otro lugar con todas sus pertenencias, pasa con ellas la iglesia que hubiere, sin embargo de que esta no se puede vender separada, segun lo espuesto en el tít. 14 de la Partida primera.

LEY 16, ID., ID.

No vale la venta de piedra, madera, ú otra cosa fija en alguna casa para su beneficio ó adorno: mas si alguno la hiciere, y pase á poder del comprador, éste debe quedar con ella, y dar el precio con otro tanto para la córte del rey, y aquel ha de restituirlo, pagando además otro tanto. Y ninguno puede vender su siervo, mientras andubiere fugitivo.

LEY 17, ID., ID.

No se puede vender ni comprar ponzoña, yerbas, veneno, ú otra cosa de las que pueden matar en comida ó bebida; pero sí la escamonea, y otras semejantes que, aunque en parte venenosas, se usan en las medicinas mezcladas con otras, porque pierden su mala calidad.

LEY 18, ID., ID.

Ninguno puede comprar su propia cosa, sino en la parte que fuere agena; y el que ignorante la compre, debe cobrar lo dado por ella: pero si otro tiene su posesion, puede vendérsela, como tambien el derecho y servidumbre que tuviere en ella.

LEY 19, ID., ID.

Vale la venta de cosa agena; y si despues el comprador de mala fé la restituye en juicio á su dueño, no debe el vendedor pagarle el precio, sino es que se obligase á hacerlo; pero si la comprare ignorando que era agena, será obligado el vendedor á satisfacerle el precio con todos los daños y perjuicios originados.

LEY 20, ID., ID.

No vale la venta, cuando discordaren en el precio, diciendo el vendedor que fué mas de lo que otorgue el comprador; pero valdrá, si dijese que fué menos de lo que el comprador diga: tambien será nula, discordando en la cosa vendida, como si uno afirma que fué distinta de la que el otro entendió.

LEY 21, ID., ID.

Tampoco vale la que se hiciere de un metal por otro, como de laton por oro, estaño por plata; ni la del siervo que resulte mujer, aunque lo ignore el vendedor; ni la de sierva virgen que no lo sea, sabiéndolo su dueño, aunque valdrá si lo ignore. Y el que tuviere dos siervos de distintos oficios, si vendiese uno espresando su nombre, y el oficio del otro, se entiende vendido el nombrado; salvo si ignore los nombres de ambos, en cuyo caso se entenderá la venta del señalado por su oficio.

LEY 22, ID., ID.

No deben los cristianos vender ni prestar armas á moros ni á otros enemigos de la fé: ninguno del real señorío lleve á la tierra de ellos en tiempo de guerra grano, aceite, vianda ni otra cosa con que se puedan socorrer; ni se lo vendan, ni den para conducir á su tierra. Solo se permite la venta de la vianda necesaria para comer y beber á los que vinieren á la córte con mensaje ó pleito, mientras residan en ella: el contraventor pierda todos

sus bienes, y su persona quede á la merced del rey.

LEY 23, ID., ID.

En la venta hecha sin carta, convenidos en la cosa y precio el comprador y vendedor, será de aquel el daño ó mejora que ocurra en ella sin culpa de éste: tambien lo será, haciéndose por escrito, desde que la carta sea firmada por los testigos, aunque la cosa no haya pasado á su poder.

LEY 24, ID., ID.

En algunos casos no debe ser del comprador el daño ocurrente en la cosa despues de perfecta su venta; y tales son: si al que compre vino, gengibre, ú otra cosa de las que se acostumbran gustar, pesar ó medir antes de su compra, se vendiesen, y se pierdan ó deterioren antes de probadas, pesadas ó medidas; en cuyo caso será el peligro del vendedor, aunque se hayan ambos convenido en el precio; pero si avenidos en él, y señalado dia para gustarlas, pesar ó medir, no viniese el comprador, será de él su posterior pérdida ó menoscabo; y tambien si no habiendo señalado dia, y requiriendo el vendedor ante testigos al comprador para que vaya á gustar, pesar ó medir la cosa vendida, no fuere, y despues sobrevenga su pérdida: y aun en tal caso podrá venderse á otro, y deberá el primer comprador reintegrar el menoscabo de ella ocurrido por esta causa. En el mismo caso de no venir el comprador en el dia pactado despues de requerido, si el vendedor necesite los vasos en que esté la cosa vendida, puede alquilar otros á costa de aquel; y no hallándolos, ni teniendo otros en que recoger sus nuevos frutos de igual clase, puede sacar y arrojar los vendidos á la calle ó camino público, precediendo su medida ó peso. Siendo la venta de oro, plata, civera, ó cosa semejante de las que solo se pesan ó miden, sin gustarlas, corresponde al vendedor el peligro de su pérdida antes de su peso ó medida: pero será del comprador el aumento, ó diminucion que ocurra por la subida ó baja de precio de las cosas de su especie en aquel lugar.

LEY 25, ID., ID.

Si la venta de cosa capaz de pesar ó medir se hiciere á la vista de ella sin peso ni medida, como del vino, ó aceite de almacen y bodega, ó de la uva de alguna viña, ó de otra tal, despues de convenido el precio, será del comprador el daño y beneficio que ocurra en ella.

LEY 26, ID., ID.

Tambien le pertenece el deterioro ó mejora de la cosa vendida con condicion, antes de cumplirse esta; pero si se pierde ó destruye en qualquier modo, será en daño del vendedor, aunque despues se cumpla: y si muertos ambos ó alguno de los dos, se cumpliese la condicion, valdrá la venta, y serán obligados á ella sus herederos.

LEY 27, ID., ID.

Retardando el vendedor la entrega de la cosa al comprador, despues de avenidos en el precio, si éste lo requiera ante testigos para que se la entregue y reciba el precio, mostrándoselo, y no lo hiciese, será suyo el peligro por su culpa en la demora: pero si despues de esto, y antes de su pérdida ó deterioro, quisiere darla, y el comprador dilatase su recibo, será de este el peligro ocurrente en ella como culpado en la tardanza.

LEY 28, ID., ID.

Debe el comprador pagar el precio prometido al vendedor, y éste entregar la cosa vendida con todo lo perteneciente y anexo á ella: y así en la venta de casa se entienden los pozos, canales, caños, acuaductos y demás acostumbrado para el servicio interior y esterior de ella; y tambien los ladrillos, cantos, teja, y madera que estuviere movido y puesto en la misma casa y sea propio de ella; pero no los materiales, que hubiese conducido allí el vendedor, comprados, prestados ó dados, aunque lo hiciese con ánimo de aplicarlos á la

casa, no habiéndolos aun incorporado en la fábrica de ella.

LEY 29, ID., ID.

Tambien pertenecen á la casa vendida, y á su comprador, el alholi de pan hecho de madera y fijo en ella, ó tan grande que no se pueda mover, y las tinajas de aceite clavadas en tierra, y otras cosas semejantes: pero las demás muebles no unidas y correspondientes á la casa son del vendedor, y podrá disponer de ellas, como de armarios, cubas, tinajas no enterradas, y otras semejantes.

LEY 30, ID., ID.

Si en la casa ú heredad vendida hubiese fuente y alberca, será del vendedor el pescado que allí se hallare al tiempo de la venta; como tambien las gallinas, y demás aves y bestias criadas en ella: y lo dicho en las leyes anteriores acerca de la casa vendida, se entiende asimismo del castillo, cortijo, ú otra morada que se vendiere.

LEY 31, ID., ID.

En la venta de olivar, viña, campo ó huerta, no se entiende el lagar ó molino de aceite que hubiere en ella, ni el alholi ó bodega con tinajas para vino; salvo si espresamente se diga, ó fuese la cosa puesta con destino á recoger ó conservar el fruto de la casa ó heredad vendida: ni en la venta de viña, ó parral que necesite palos para las vides, se entienden los que el vendedor tenga cortados ó comprados para meter en ella; pero sí los que hubiere ya metido, y despues sacare para volverlos á poner en otro año.

LEY 32, ID., ID.

Se ha de entregar la cosa vendida libre de todo embargo al comprador, y sanear en caso de moverse pleito sobre ella; pero movido este, debe hacerlo saber al vendedor lo mas tarde antes de la publicacion de testigos; pues no haciéndolo, si fuere vencido en juicio, no podrá demandarle el precio ni á sus herederos: mas si requerido el vendedor, no quiera ó no pueda defenderlo en derecho, será obligado á restituirle el precio recibido con todos los daños y perjuicios; y tambien á pagarle la cosa doble, si al tiempo de su venta se obligase á la pena del duplo en el caso de no defenderlo segun derecho.

LEY 33, ID., ID.

Vendida la cosa agena, puede su dueño demandarla al comprador en quien se halle; pero si requerido el vendedor para que venga á defenderla y responder de ella, quisiere hacerlo, obligándose como si él mismo la tuviese, debe en tal caso el demandante dejar en paz al comprador y litigar con el vendedor; mas no queriendo entrar este en el pleito, debe demandarla al comprador, salvo su derecho para pedir al vendedor el saneamiento de ella.

LEY 34, ID., ID.

Si el instituido heredero vendiese todo su derecho á los bienes de la herencia, y el comprador fuere despues vencido en juicio sobre alguna cosa de ellos, no será obligado á su saneamiento; pero siendo vencido sobre toda la herencia, debe sanearla, ó pagar el precio recibido, con los daños y perjuicios ocasionados al comprador. Esto tambien se entiende en el caso de comprar uno las rentas de algun almoxarifazgo, y de ser vencido sobre todas ó la mayor parte de ellas; pero siéndolo sobre alguna cosa señalada, no será obligado el vendedor á su descuento y saneamiento.

LEY 35, ID., ID.

Si vendida nave, casa, cavaña de ovejas, ó cosa semejante con todo lo perteneciente, fuere vencido en juicio el comprador sobre alguna cosa señalada en ellas, será obligado á sanearla el vendedor, como si aquel fuese vencido por toda la cosa principal vendida.

LEY 36, ID., ID.

Aunque el vendedor es obligado á sanear la cosa al comprador, ó restituir el precio con los daños y perjuicios, no lo será en estos casos: 1.° si en el pleito se hiciere publicacion de testigos, antes que el comprador lo haga saber al vendedor: 2.° si puesta la cosa en juicio de árbitros sin noticia y mandato del vendedor, dieren sentencia contra él: 3.° si se pierde la posesion de ella por culpa del comprador: 4.° si la perdiese, dejándola como desamparada: 5.° si fuese sierva, y la ponga en la puteria, en cuyo caso se hace libre: 6.° si la pierda por su rebeldía, no pareciendo al tiempo de dar la sentencia contra él: 7.° si demandada en juicio, y pudiendo defenderla con la escepcion del tiempo legal para prescribirla, deja de proponerla: 8.° si no apela de la sentencia dada sin estar presente el vendedor: 9.° si la cosa fuere vendida ó jugada en el acto del juego á tablas ó dados: 10 si la cosa se hiciere sagrada por consentimiento ó sin contradiccion del comprador: 11 si contra esta se diere sentencia injusta sobre la cosa comprada; en cuyo caso el juez que la dió á sabiendas, debe sanearla y pagar de sus bienes, y no el vendedor obligado solo á defenderla en derecho.

LEY 37, ID., ID.

Si entregado el comprador en alquería, ó heredamiento vendido, se lo tomare el Rey ú otro por su mandato, no es obligado el vendedor á sanearla, ni restituir el precio, cuando la venta fuese hecha con carta sellada y facultad Real; pero siendo sin ella, debe sanearla: y lo mismo se entiende en el caso de tener el vendedor carta de los partidores del Rey espresiva de darle aquel heredamiento por juro de heredad, ó por particion, ó en cambio de otro que le hubiese tomado.

LEY 38, ID., ID.

Debe observarse la convencion ó pacto entre comprador y vendedor, no siendo contra las leyes de este libro y buenas costumbres: y así, pactando ambos que el comprador entregue el precio en cierto dia, y que pasado sin hacerlo se deshaga la venta, si no lo pague todo ó la mayor parte al plazo asignado, queda á eleccion del vendedor demandar el precio y llevar á efecto la venta, ó revocarla, y retener para sí la señal ó parte del precio que hubiere recibido; y escogido uno de estos dos medios, no podrá despues arrepentirse y valerse del otro. En tal caso, si la venta se deshace y el vendedor no quiere volver la señal ó parte de precio que haya recibido, no debe haber los frutos de la cosa percibidos por el comprador; pero si aquel los quisiere, restituyendo la señal ó parte de precio, será obligado á pagar los gastos de su recoleccion. Y si deshecha la venta, resulta la cosa deteriorada por culpa del comprador en el tiempo que la tuvo, deberá este reintegrar al vendedor su perjuicio.

LEY 39, ID., ID.

Pactando el vendedor, que sea suyo el daño ocurrente en la cosa antes de entregarla al comprador, valdrá así: y tambien será suyo el peligro del vino que venda, espresando ser de tal lugar ó calidad que puede guardarse por mucho tiempo, si antes de entregarlo se dañare ó desmejore; ó si sabiendo que se dañaria segun su mala calidad, lo callase.

LEY 40, ID., ID.

Si el vendedor pacta con el comprador el poder buscar hasta cierto dia otro que le dé mas del precio convenido, y lo hallare, debe hacerle saber la cantidad mejorada; y pasando por ella, ha de recibirla de él sobre el precio pactado; y si no quisiere darla, será nula la venta y el comprador obligado á restituir la cosa con sus frutos percibidos, sacando los gastos de su recoleccion: pero si el segundo comprador, que pujase el precio, fuese hijo ó siervo del vendedor, ú otro que por su consejo proceda fraudulentamente, no será obligado el primero á volver la cosa ni observar el pacto.

LEY 41, ID., ID.

Si alguno empeñase cosa con pacto de que, no desempeñándola hasta cierto dia, quede vendida al acreedor, pagando este sobre lo dado el valor justo que estimen hombres buenos, valdrá tal pacto; pero el que se hiciere de que, no desempeñándola hasta cierto dia, la haga suya el acreedor por lo dado en prendas de ella, no debe valer.

LEY 42, ID., ID.

Debe observarse el pacto puesto en la venta, de que en qualquier tiempo que el vendedor ó sus herederos restituyan el precio al comprador ó los suyos, devolverán la cosa vendida: y en tal caso, si estos no quisieren restituirla, pagarán la pena puesta en el pacto; y si aquellos la reciben, deberán separarse de la cosa, salvo si el pacto sea estensivo á la restitucion de ella y al pago de la pena: pero si esta no se hubiese puesto, debe el comprador volver la cosa; y no teniéndola, pagar al vendedor todos los daños y perjuicios ocasionados por la falta de su restitucion.

LEY 43, ID., ID.

No vale el pacto de que el comprador y sus herederos no puedan enajenar á ciertas y señaladas personas la cosa vendida á él, y que si lo hicieren, se restituya al vendedor y los suyos: por tanto no podrán estos demandarla, aunque aquellos contravengan enajenándola; pero si fuere puesta pena en tal pacto, la pagará el contraventor con los daños que jure el perjudicado, y el juez estime.

LEY 44, ID., ID.

No se puede vender la cosa raiz prohibida de enajenar en testamento por alguna razon justa; como si uno la dejase á su hijo ó heredero, para que sea siempre mas honrado; ó le prohiba enajenarla hasta que sea de edad, ó se restituya al lugar de que se halle ausente; ó por otras causas semejantes: pero diciendo simplemente que no la vendan, sin señalar razon, persona ó causa, valdrá la venta que se hiciere de ella no obstante la prohibicion.

LEY 45, ID., ID.

Si alguno diere ó venda su siervo á otro con pacto de libertarlo hasta cierto dia, aunque no lo cumpla, queda libre desde el dia asignado: siendo el pacto de que lo liberte cuando quisiere, será libre por muerte del donatario ó comprador: y si el pacto sea de que le dé libertad cuando pudiere, y no la da hasta dos meses, estando presente el siervo, quedará libre despues de ellos; y si no estando presente, no lo libertare hasta cuatro meses, será libre en adelante por virtud de dicho pacto.

LEY 46, ID., ID.

El que venda su siervo por delito cometido contra él, puede poner en la venta la pena de que nunca sea libre; y si el comprador lo recibe con tal pacto, no podrá libertarse por mano alguna de las que pase, sino en tres casos: 1.° si descubriese á los que intentan la muerte ó deshonra del Señor de la tierra; 2.° si vengare la muerte de su señor, matando por sí, ó acusando al autor de ella, y siguiendo el pleito hasta que le haga morir: 3.° si con dinero del siervo, ó de sus parientes, lo comprase aquel que lo recibió con dicho pacto.

LEY 47, ID., ID.

Tambien se puede vender el siervo con pacto de que nunca entre en el pueblo desde tal dia, ó de que no permanezca en toda España, y que de lo contrario pueda prenderlo el vendedor, y restituir á su servidumbre; ó le pague el comprador tanto por pena, ó los daños y perjuicios que de ello se le causen: tal pacto debe observarse, y puede el vendedor demandar su cumplimiento; pero si el siervo lo quebrantare, entrando en el lugar prohibido, por alhago que con engaño aquel le haga, ó andando fugitivo sin noticia del comprador, no incurre este en pena.

LEY 48, ID., ID.

El que compre con su dinero alguna cosa en nombre de otro, que ratifique la compra cuando la sepa, debe restituírsela con los frutos y demás que le pertenezca, y este darle el precio con todos los gastos hechos en la recoleccion de ellos y en beneficio de la misma cosa: y si el mensagero de alguno, encargado de proponer á otro si querrá venderle tal cosa por tal precio, otorgase la compra de ella en el mismo precio, será válida, aunque para hacerla no tenga carta de poder de su principal, quien la habrá por firme, y guardará lo pactado en su nombre. Lo mismo se entiende, cuando uno diere su poder á otro para vender ó comprar alguna cosa en su nombre por el precio que le señale.

LEY 49, ID., ID.

La cosa comprada con dinero ageno debe ser del que hiciere la compra en su nombre, y no del dueño del dinero; salvo si este fuere propio de caballero residente en la córte del Rey, ó en otro lugar en su servicio; ó de menor de 25 años bajo la guarda del comprador; ó de alguna iglesia, y su prelado ó guardador hiciere la compra; ó de la dote de mujer, y compre el marido con voluntad de ella: en tales casos el dueño del dinero gana el dominio de la cosa, y no el que la compró en su nombre; y aun tiene la eleccion de tomar la cosa ó el dinero, segun quisiere.

LEY 50, ID., ID.

Vendiendo uno la cosa á dos compradores en tiempos diversos, si el primero la toma y paga el precio, debe haberla, y el vendedor volver lo recibido del segundo con los daños y perjuicios que le haya causado su engaño: pero si este último hubiere tomado posesion de la cosa, y pagado el precio, ha de volverla, y el vendedor será obligado á restituir al primero lo dado por ella con los daños y perjuicios originados. Y si alguno vendiere á dos en distinto tiempo la cosa agena, y tengan ambos pleito acerca de ella, la debe haber el que primero hubiese tomado su posesion, aunque no haya pagado el precio; pero queda salvo su derecho al dueño para demandarla.

LEY 51, ID., ID.

Si vendida la cosa agena y dada su posesion al comprador, adquiere despues su dominio el vendedor como heredero del dueño, ó por otro título, y la vendiere á segundo comprador, de que resulte pleito entre ambos, será preferido el primero, porque antes hubo la posesion de ella: pero si vendida por uno cosa agena, despues la vende su dueño á otro, este ha de haberla; salvo si el primer vendedor tuviese justa razon de venderla, como si la hubiere recibido en prenda con pacto de poderla vender no desempeñada hasta cierto dia; ó si teniendo carta de poder del dueño para venderla, lo hiciere antes de saber que este la queria vender á otro.

LEY 52, ID., ID.

Los jueces que por su oficio pueden mandar que se haga entrega de alguna cosa, pueden decretar su venta para el cumplimiento de su sentencia, y traspasar el dominio de ella al comprador; y tambien pueden hacerla los cogedores de rentas reales de lo que prendaren para entregarse de ellas: pero tales ventas se deben hacer en almoneda pública por pregones, pasados diez dias, y al que mas diere; restituyendo al dueño de la cosa lo que excediere su valor al de la deuda: y la venta hecha en otro modo será nula.

LEY 53, ID., ID.

Si el Rey diere ó vendiese la cosa agena como suya á alguno, se le traspasa su dominio; pero el dueño, á quien la tome, puede pedir su estimacion hasta cuatro años y no despues, y el Rey debe pagársela: mas si teniendo esta cosa comun con otros, la diere ó vende toda, traspasa su dominio, y debe dar á cada uno de ellos la estimacion de su respectiva parte.

LEY 54, ID., ID.

Vale la venta que alguno hiciere de cosa agena en nombre del dueño, si este despues la confirma: si la vende en su nombre, no pasa el dominio al comprador de mala fé, ni puede adquirirlo por tiempo, y podrá el dueño demandársela y cobrar en qualquier modo; pero el que la compre de buena fé, ignorando que era agena, puede por tiempo ganar su dominio, y en tal caso el vendedor debe restituir el precio á su dueño; y si despues de la venta se muere ó pierde, podrá el dueño confirmarla, y demandar el precio del que la hubiere hecho en nombre de él, ó en el suyo.

LEY 55, ID., ID.

El que tenga cosa comun con otro puede vender su parte á qualquiera de ellos, y tambien al estraño, antes de comenzar en juicio el pleito de su particion; pero no despues sin asenso de los compañeros: y vendida al estraño, debe preferirse por el tanto qualquiera de aquellos.

LEY 56, ID., ID.

No vale la venta que alguno hiciere por fuerza, ó medio tal que le obligue á hacerla á pesar suyo, aunque sea con juramento, prenda, fianza ó pena puesta en ella: ni la hecha por menos de la mitad del justo precio de la cosa; como si valiendo diez maravedís, se venda en menos de cinco; lo cual probado, puede el vendedor demandar al comprador, que lo reintegre, ó se la deje y reciba el precio dado por ella: tambien si se hiciere en mas de la mitad del precio justo, como en mas de quince maravedís la cosa que valga diez, y lo pruebe el comprador, puede demandar que se deshaga, ó rebaje el precio en cuanto escedió de lo justo; y se entiende que se puedan hacer tales demandas, cuando la cosa no se pierda, muera, ni desmejore mucho. Pero si en la venta jurare el comprador, ó vendedor mayor de 14 años, que aunque la cosa valga mas ó menos, nunca demandará su nulidad, debe subsistir y observarse tal juramento; el cual no valdrá, siendo menor de 14 años.

LEY 57, ID., ID.

No debe valer la venta que alguno haga sin voluntad, movido de razones engañosas del comprador; como si la hiciere de cosa que nunca haya visto, y tenga en algun lugar donde él no estuviere, ni supiere su valor: mas si queriendo venderla, lo engañe el comprador, ocultándole algo de lo perteneciente á ella, ó haciéndole creer que esto era perdido en poder de otro, y en mal estado de cobrar, valdrá la venta, y será obligado el comprador á satisfacerle tal engaño, de modo que haya el precio justo de la cosa y de sus ocultas pertenencias.

LEY 58, ID., ID.

Si el vendedor se moviere á la venta por algun pacto, ó promesa que le hicieren en ella, no queriendo de otro modo hacerla, debe observarse segun fuere puesto, y en su defecto se deshará aquella; pero vendiendo en otro modo sin causa señalada ni pacto cierto, si despues lo hicieren, aunque no se observe, subsistirá la venta; y el que hizo el pacto será obligado á cumplirlo y satisfacer al otro los daños y perjuicios originados por la falta de su cumplimiento.

LEY 59, ID., ID.

No valdrá la venta que con engaño encubiertamente hiciere de sus cosas algun pechero ó deudor del Rey, á fin de que este pierda sus pechos, rentas, ó deuda que contra él tenga; y el comprador á sabiendas debe pagar al Rey otro tanto como lo dado por precio de ellas.

LEY 60, ID., ID.

Si el que hubiere nombrado personero para todas sus cosas, despues le instituye heredero, sin saberlo, y por su muerte algun siervo

suyo vendiere cosa de sus bienes, no valdrá la venta; y podrá deshacerla el heredero antes de pasar la cosa á poder del comprador, aunque él mismo hubiese intervenido en ella y sido testigo en la carta, por ignorar su institucion: mas si el siervo en vida de su dueño acostumbraba vender por él, será obligado el heredero, que deshaga la venta, á satisfacer al comprador los daños y perjuicios originados de ella, con los bienes que tuviere el siervo de su peculio.

LEY 61, ID., ID.

Si el arrepentido de la venta pidiere al Rey carta de merced para deshacerla, no debe dársele; y dada, no valdrá; y aunque ofrezca el precio doble al comprador, porque le deje la cosa, no será este obligado á darla, si no quisiere.

LEY 62, ID., ID.

Para anular la venta voluntaria, no basta la grande necesidad, en que diga el vendedor estaba, cuando la hizo, por causa de hambre ó cosa semejante; ni el menos valor que alegue haber recibido por razon de ella; salvo si fuese menos de la mitad del justo precio, segun lo espuesto en la ley 56; ó si probare que la hizo por engaño del comprador, segun lo dicho en la ley 57.

LEY 63, ID., ID.

Puede el comprador anular la venta de casa ó torre que deba tributo ó servidumbre á otro; y el vendedor que le oculte tal gravámen, debe restituirle el precio con los daños y perjuicios: lo mismo se entiende, si le vende campo ó prado de yerbas malas y dañosas para las bestias; pero si el vendedor lo ignorase al tiempo de la venta, solo será obligado á la restitucion del precio.

LEY 64, ID., ID.

El vendedor del siervo que oculte alguna tacha de él, como la de ser ladron, ó acostumbrado á huirse, ó tener otra maldad semejante, ó alguna mala enfermedad, debe recibirlo, volver el precio, y pagar al comprador los daños y perjuicios; pero si ignoraba la tacha, será obligado á restituir del precio recibido la parte correspondiente al menos valor del siervo por razon de ella, y éste quedará del comprador.

LEY 65, ID., ID.

El que vendiere bestia con alguna mala enfermedad ó tacha por que valga menos, debe manifestarla; y si la oculta, será obligado á recibirla y volver el precio al comprador, quien hasta seis meses contados desde la compra puede restituir la bestia y cobrar el precio; pero pasados sin demandarlo, no podrá despues, y subsistirá la venta; aunque sí puede, hasta un año contado desde ella, pedir la restitucion de lo que menos valga por razon de la tacha.

LEY 66, ID., ID.

Si el vendedor manifiesta la enfermedad ó tacha de la cosa, no podrá el comprador arrepentirse ni devolverla, despues que la reciba y diere el precio: y lo mismo en el caso de avenirse ambos en que subsistirá la venta sin embargo de qualquiera tacha de la cosa: mas si el vendedor manifiesta generalmente que tiene algunas tachas, sin espresar cuales sean, ocultándolas ó diciéndolas con engaño, de modo que el comprador no se pueda enterar de ellas, será aquel obligado á recibirla, y volver el precio en los plazos dichos en la ley precedente.

LEY 67, ID., ID.

Si el que compró la cosa la empeñare, y despues se deshace su venta por alguna de las causas dichas, el que la tenga en prenda debe restituirla al vendedor, y puede demandar al comprador lo dado sobre ella. Y si alguno empeñare cosa con obligacion de no venderla ni enajenar durante su empeño, no valdrá la venta que hiciese de ella.

LEY 24, TÍT. 13, PART. 5.ª

El padre no puede enajenar los bienes propios del hijo habidos de su madre: caso de enajenarlos, quedan obligados al hijo los bienes del padre hasta la muerte de éste: no bastando los bienes del padre á satisfacerle, reembrará los suyos de cualquiera que los tenga, en caso de renunciar la herencia; pero no si no la renuncia, pues que entonces son suyas las obligaciones del padre.

LEY 25, ID., ID.

La cosa comprada de los bienes del menor de 14 años, le queda siempre obligada hasta que cobre su precio.

LEY 7.ª, TÍT. 15, ID.

Si condenado en juicio el deudor personal al pago de sus deudas, y mandado por el juez hacer entrega de sus bienes á los acreedores, los enagenare para impedirla, podrán estos revocar la enagenacion desde el dia que la sepan hasta un año, por estimarse hecha en fraude de ellos: ..... pero si vende, empeña ó cambia la cosa, ó la da en dote, y el que la recibe sabe la malicia ó engaño de la enagenacion, puede revocarse hasta el tiempo dicho, no siendo aquel huérfano; el cual no debe restituir la cosa sin recobrar lo dado por ella, aunque se le pruebe que sabia el fraude; mas si no fuere probado el daño de la enagenacion, ó no se demandare hasta el dicho tiempo, no podrá despues revocarse.

LEY 8.ª, ID., ID.

Si alguno compra cosa del deudor, contradiciéndolo sus acreedores, ó los personeros ó mayordomos de estos, en tal caso, y otros semejantes, podrá revocarse la enajenacion, desde el dia que estos la sepan hasta un año, si los demás bienes no alcanzan á pagar las deudas.

LEY 11, ID., ID.

La cosa enajenada maliciosamente por el deudor en fraude de su acreedor, se debe restituir en el estado y con los frutos que tenia al tiempo de su enajenacion, y con los demás productos desde el dia de su demanda hasta el de la sentencia contra el poseedor, sacando éste las espensas hechas por razon de ellos, ó por mejora de la cosa; pero los producidos desde que se enajenó hasta su demanda en juicio, deben quedar al comprador.

LEY 13, TÍT. 9, PART. 6.ª

Las cosas sagradas pertenecientes á la Iglesia, y las que son de los Reyes, como palacios, huertas y cilleros, no pueden enajenarse sin su mandato, ni las plazas, egidos y demás cosas del comun de los pueblos, ni los pilares, pilas, puertas y demás cosas unidas á los edificios.

LEY 7, TÍT. 7, PART. 7.ª

El que venda, ó compre con medida, vara ó peso falso á sabiendas, comete falsedad; debe pagar el daño doble, y ser desterrado, quebrándose públicamente ante sus puertas la medida o peso. Tambien incurre en falsedad el que á sabiendas vende á dos hombres una misma cosa y recibe su precio de ambos; en cuyo caso debe restituirlo al segundo comprador, quedando la cosa al primero, y ser desterrado.

LEY 7, TÍT. 8, ID.

El médico, boticario, ó cualquiera que á sabiendas vendiere yerbas ó ponzoñas para matar con ellas, y el que á este fin se las diere á conocer, é instruya del modo de suministrarlas, habrá la pena de homicida, como tambien el comprador, aunque éste no logre el intento; pero teniendo efecto, debe morir con deshonra.

LEY 13, TÍT. 14, ID.

El dueño de la cosa vendida y hurtada antes de su entrega, puede, ó demandarla al ladron y entregarla al comprador con la pena del hurto, ú otorgar á éste poder para que la demande.

LEY 22, ID., ID.

El que sonsaque ó hurte á hijo ó siervo ajeno para venderle, debe morir: si fuere hidalgo, será condenado por siempre á las labores del Rey; si siervo, á las fieras, para que lo maten: en la misma pena incurre todo el que venda ó compre hombre libre á sabiendas, y con ánimo de servirse de él, ó de venderlo como siervo.

LEY 7, TÍT. 16, ID.

Engaña todo el que vende una cosa por otra á sabiendas, dando la mala por buena, ú otra inferior á la ofrecida.

REGLA 35 DEL DERECHO, TÍT. 34, ID.

Son cosas distintas vender y consentir la venta: el vendedor que recibe el precio debe sanear la cosa; mas el que lo consiente perderá solo el derecho á ella.

ORDENAMIENTO DE ALCALÁ.

LEY ÚNICA, TÍT. 17.

Si en la venta mediare lesion en mas de la mitad del justo precio, el comprador resarcirá el engaño, ó devolverá la cosa, recibiendo lo que por ella habia dado. Si la lesion cediere en favor del vendedor, éste, en igual forma, devolverá el esceso ó la cosa. (*Esta ley está inserta en la* 2.ª, *tít.* 1.° *lib.* 10, *Nov. Rec.*)

LEY 1.ª, TÍT. 23.

La venta paliativa de usuras es nula. (*Es la ley* 2.ª, *tít.* 22, *lib.* 12, *Nov. Rec.*)

LEY ÚNICA, TÍT. 24.

Los que no venden por pesos y medidas aprobadas y legales, incurren en las penas establecidas en los Fueros.

LEY 13, TÍT. 32.

El solariego no puede vender las cosas del solar sino á otro solariego, pena de la nulidad de la venta. (*Es la* 2.ª, *tít.* 1.°, *lib.* 6.°, *Nov. Rec.*)

NOVISIMA RECOPILACION.

LEY 2.ª, TÍT. 1.°, LIB. 6.°

Ley 13, tít. 30 del Ordenamiento de Alcalá.

«.....Ningun solariego no pueda vender, ni empeñar, ni enagenar ninguna cosa de aquello que fuere del solar, salvo á otro solariego que sea vasallo de aquel señor; y si de otra manera lo vendieren ó lo enagenaren, no vala, y entréguelo todo á aquel cuyo es el solar, y toda quanta ganancia ficiere el solariego en aquel solar; y quien de otro solariego ó de hijodalgo comprare heredad contra aquel señor cuyo es el solar, siempre corra aquel solar al solariego; mas si algo comprare del realengo, aquella heredad siempre sea pechera del Rey, así como siempre fué de aquel de quien él la compró..... »

LEY 2.ª, TÍT. 22, LIB. 12.

Ley 1.ª, tít. 25 del Ordenamiento de Alcalá; D. Alonso y D. Enrique III, tít. *de penis*, cap. 4.°

.....Entiéndase usurario el contrato de venta, en que el vendedor pacte que el comprador le vuelva la cosa, si hasta cierto tiempo le diere el precio que recibió; ó que no pueda darlo hasta cierto tiempo, y que entretanto haya los frutos de ella; «y por ende mandamos, que mostrando el vendedor como hobo con el comprador el departimiento y postura que dicha es, que pueda cobrar la cosa que vendió, pagando el precio que res-

cibió por ella del comprador; y que le sean contados al comprador los frutos y esquilmos que hubo de la cosa vendida, del tiempo que la tuvo, en el precio que le hubiere de tornar.....»

LEY 1.ª, TÍT. 12, LIB. 10.

D. Alonso XI y D. Enrique III. en el Ordenamiento de las penas de Cámara, capítulos 15 y 16.

«Todo hombre que es cabezalero, ó guarda de huérfanos, ó otro hombre ó mujer cualquiera que sea, no pueda ni deba comprar ninguna cosa de sus bienes de aquel ó aquellos que administrare; y si la comprare pública ó secretamente, pudiéndose probar la compra que así fué fecha, no vala y sea desfecha, y torne el cuatro tanto de lo que valia lo que compró, y sea para nuestra Cámara.»

LEY 2.ª, TÍT. 1.º, ID.

Ley 1.ª, tit. 17, del Ordenamiento de Alcalá; y D. Juan I, en Soria año 1380, pet. 8.ª, y en Madrid año 1434, pet. 64.

«Si el vendedor ó comprador de la cosa dijere, que fué engañado en mas de la mitad del justo precio, así como si el vendedor dijere, que lo que valió diez vendió por menos de cinco maravedís, ó el comprador dijere, que lo que valió diez dió por ello mas de 15; mandamos que el comprador sea tenido de suplir el precio derecho que valia la cosa al tiempo que fué comprada, ó de la dejar al vendedor, tornándole el precio que recibió, y el vendedor debe tornar al comprador lo demás del derecho precio que le llevó, ó de tomar la cosa que vendió, y tornar el precio que recibió: y esto mismo debe ser guardado en las rentas y en los cambios, y en los otros contratos semejables: y que haya lugar esta ley en todos los contratos sobredichos, aunque se haga por almoneda, del dia que fueren hechos fasta en cuatro años, y no despues. Y mandamos que esta ley se guarde, salvo si la vendicion de los tales bienes se hiciere contra voluntad del vendedor, y fuesen compelidos y apremiados compradores para la compra, y fueren vendidos por apreciadores y públicamente, que en tal caso, aunque haya engaño de mas de la mitad del justo precio, no haya lugar esta ley.»

LEY 3.ª ID., ID.

D. Enrique IV, en Madrid año de 1458.

«Cualquiera que se obligare por cualquier contrato de compra ó vendida, ó troque, ó por otra causa y razon cualquiera, ó de otra forma ó calidad, si fuere mayor de veinticinco años, aunque en tal contrato haya engaño que no sea mas de la mitad del justo precio, si fueren celebrados los tales contratos sin dolo y con buena fé, valan, y aquellos que por ellos se hallan obligados, sean tenidos de los cumplir.»

LEYES 4.ª Y 5.ª, TÍT 7.º, ID.

Años 1458 y 1749.

Se declaran nulas las ventas y demás traslaciones de dominio, hechas ó simuladas en fraude de los pechos y contribuciones reales, para escusarse de pagarlos.

LEY 14, TÍT. 12, ID.

D. Fernando y Doña Isabel, en la Vega de Granada, á 10 de diciembre de 1491 en el cuaderno de las alcabalas, ley 104.

«..... Mandamos, que cualesquier vendidas, y troques y enajenamientos que se ficieren de bienes raíces, se hagan ante los escribanos del número de las ciudades, villas y lugares donde y en cuyo término estuvieren las heredades que se vendieren; ó si no hubiere escribanos del número, que se haga ante escribano público de la ciudad, villa ó lugar realengo, que mas cerca estuviere del lugar donde no hubiere los tales escribanos, tanto que sean del partido donde entrare el arrendamiento del lugar en que no hay escribanos: y que ningunos otros escribanos Reales ni apostólicos no den fé ni resciban los tales contratos, so pena de privacion de los oficios,

y de pagar el alcabala con el cuatro tanto al nuestro arrendador (1).....»

LEY 3.ª, TÍT. 6.º, LIB. 9.º

D. Fernando y Doña Isabel, en Córdoba, año de 1491, y en Granada, año de 1501.

«Mandamos y defendemos que los corredores..... no sean osados de tomar para sí compradas ningunas heredades, ni bestias, ni mercaderías, ni otros bienes muebles y raices cualesquier, que les dieren á vender, por poco precio ni por mucho, por sí ni por interpósitas personas; so pena.....» de pérdida de oficio y multa de 50,000 maravedís.

LEY 3.ª, TÍT. 11, LIB. 7.º

Los mismos, en Sevilla, por pragm. de 9 de junio de 1500, Instruc. de Corregidores, caps. 1.º y 2.º

«..... Ni asimismo durante el tiempo de su oficio el dicho Asistente, ó Gobernador, ó Corregidor, ni sus oficiales, por sí ni por otro, compren heredad alguna, ni edifiquen casa, sin nuestra licencia y especial mandato, en la tierra de su jurisdiccion, ni usen en ella de trato de mercaduría;..... so pena que el que lo contrario hiciere, pierda lo que así comprare, ó edificare, ó tratare,..... para la nuestra cámara.»

LEY 5.ª, TÍT 12, LIB. 10.

D. Fernando y Doña Juana, en Sevilla, por pragm. de 1.º de junio de 1511.

Habla del modo en que se habian de vender las lanas y paños.

LEY 4.ª, TÍT. 14, LIB. 5.º

Los mismos, en Medina del Campo, año 1515, en la visita, cap. 12.

Se prohibe á los Alcaldes de Córte comprar cosa alguna por sí, ni por medio de otra persona, de lo que se vendiere en las almonedas hechas por mandado de los mismos.

LEY 2.ª, TÍT. 12, LIB. 10.

D. Cárlos y Doña Juana, en Madrid, año 1534, pet. 97.

«Mandamos, que de aquí adelante en los contratos en que las partes se obligan por razon de mercaderías, se ponga y declare la mercaduría que se vende por menudo y estenso, por manera que se entienda qué es lo que se vende, y el precio que se dá por ello. Y por evitar fraude, mandamos á todos los escribanos ante quien pasaren los tales contratos, los fagan y cumplan así (1).»

LEY 1.ª, TÍT. 8.º, ID.

Los mismos, en Valladolid, año 1542, pet. 6.º, y año 1548, pet. 150.

Prohibe vender al fiado cosa alguna á los estudiantes que se hallen en los estudios, sin la voluntad de su padre ó del que allí los tuviere á su costa, declarando que el vendedor no pueda pedirlo, ni tener recurso alguno contra el padre, ni la madre ni otra persona, sino contra la misma parte.

LEY 3.ª, TÍT. 12, ID.

Cárlos I, en Valladolid, año 1548, pet. 66.

«Porque los ropavejeros compran ropas de paño ó seda hurtadas, y para ocultar el hurto luego las deshacen, y desbaratan por manera que no se puedan descubrir; por ende, por evitar este fraude, mandamos, que los dichos ropavejeros ropa alguna que hubieren comprado no la puedan tornar á vender ni deshacer, sin la tener primero colgada á su puerta, donde manifiestamente se pueda ver por todos, á lo menos por tiempo de diez

(1) Reproducida en circular de 7 de junio de 1793, que es la ley 1.ª del *suplemento* al mismo tít. 12, lib. 10 Nov. Rec., que se inserta en su lugar. (*Nota* 7, *tit.* y *lib. citados.*)

(2) «En la Real cédula de 16 de setiembre de 1784, puesta por ley 3 del tít. 8.º, se mandó, además de lo contenido en ella, que esta ley del reino subsista en su vigor y rigorosa observancia.» (*Nota* 1.ª, *id.*, *id.*)

dias; so pena, qué el ropavejero que deshiciere, ó vendiere, ó trocare la tal ropa, sin la haber tenido en la manera susodicha, por la primera vez pague el valor de la ropa, con el cuatro tanto, y por la segunda las setenas del valor de la ropa, y sea desterrado del lugar do cometiere el delito, y por la tercera le sean dados cien azotes; y de la dicha pena pecuniaria sea la tercia parte para el denunciador, y la otra para el juez, y la otra para la Cámara.»

LEY 4.ª, ID., ID.

El mismo, en Madrid, por pragm. de 1638, cap. 17.

«Mandamos, que los ropavejeros no compren por sí ni por interpósita persona cosa alguna de almonedas, so pena que pierdan por la primera vez lo que compraren con otro tanto, y por la segunda les sean dados cien azotes.»

LEY 17, TÍT. 1.º, ID.

D. Felipe II, en Valladolid, año de 1558; pet. 78 de las Córtes de 1555.

Manda que ningun hijo de familias mayor ó menor, que esté en poder de sus padres, ni el menor que tenga tutor ó curador, pueda sin licencia de ellos comprar ni tomar en fiado mercaderías ni otros géneros; ni persona alguna se los pueda dar sin dicha licencia; declarando nulas tales compras, y cualesquiera fianzas y seguridades dadas para su firmeza, sin que pueda pedirse su cumplimiento en juicio ni fuera de él en tiempo alguno á los principales obligados ni á sus fiadores, y prohibiendo que se otorguen y juren estos contratos, y á los escribanos el que los autoricen, bajo pena de privacion de oficio. Tambien manda que los mayores ó menores que no estén bajo la patria potestad, ni tengan tutor ó curador, no puedan tomar en fiado para cuando se casen, hereden ó sucedan en algun mayorazgo, ó para cuando tengan mas renta ó hacienda, declarando igualmente nulos estos contratos y sus fianzas. Prohibe por último á los mercaderes y plateros que vuelvan á comprar al contado los géneros que dieren al fiado á personas no prohibidas de tomarlos.

LEY 8.ª, TÍT. 12, ID.

El mismo, en Madrid, por pragm. de 23 de noviembre de 1565.

«Mandamos, que ninguna persona sea osada de comprar, ni compre de criado ó criada, que sirviere á otro, cosas de vianda y comer, ni cebada, ni paja, ni leña, ni otras cosas de servicio, y alhajas de casa; y que el que las comprare en cualquier manera, que sea habido por encubridor de hurto, y que como contra tal se proceda; y mandamos á las nuestras justicias, que lo castiguen con toda diligencia, y cuidado y rigor.»

LEY 7.ª, ID., ID.

D. Felipe III, en las Córtes de Valladolid de 1601, publicadas en 604, pet. 4.

«Porque algunos jueces suelen compeler á mercaderes, ó otras personas, á que compren los bienes de los delincuentes, así para sus salarios, como para gastos y condenaciones que hacen, y los prenden, y hacen otras molestias; mandamos, que de aquí adelante no lo hagan, y que las ventas que se hicieren de esta manera, sean en sí ningunas (1).»

(1) «Por Real resolucion, á consulta del Consejo de Hacienda, de 20 de octubre de 1777, con motivo de haber solicitado el tesorero de la renta de Maestrazgos, que el intendente de Ciudad-Real enviase ejecutor á la villa de Puerto Lápice, para recaudar lo adeudado por algunos vecinos de ella á la mesa maestral, de restos de diezmos y arrendamiento de tierras; mandó S. M. que en este caso no se usara de la adjudicacion forzada de bienes de los deudores á compradores involuntarios por el precio de la tasa con rebaja de la tercera parte; sin que por esto fuese su Real ánimo alterar por punto general las leyes que conceden al fisco este privilegio, ni que en caso alguno se usara de él sin su espresa aprobacion.» (*Nota 2.ª al mismo título y libro.*)

«En Real órden de 2 de noviembre de 786 y consiguiente cédula del Consejo de 11 del mismo mes, con motivo de procederse en algunos pueblos á la adjudicacion forzada de bienes sin la Real aprobacion, se mandó comunicar á todos los intendentes y subdelegados de rentas la referida resolucion de 1777 para su puntual observancia, y

LEY 2.ª, TÍT. 9.°, ID.

D. Felipe IV, por pragm. de 9 de mayo de 1629.

Se prohibe bajo ciertas penas poner y recibir bienes en cabeza de tercero, para evitar las ocultaciones y fraudes que con ello pueden cometerse en daño de la Hacienda pública y de los particulares.

LEY 2.ª, TÍT. 8.°, ID.

D. Felipe V, por pragm. de 5 de noviembre de 1725.

«Para remediar el imponderable abuso que con el motivo de bodas se experimenta en estos tiempos, mando que los mercaderes, plateros de oro y plata, longistas, ni otro género de personas, por sí ni por interposicion de otras, puedan en tiempo alguno pedir, demandar ni deducir en juicio las mercaderías y géneros que dieren al fiado para bodas á cualquiera personas, de cualquier estado, calidad y condicion que sean.»

LEY 8.ª, TÍT. 12, ID.

D. Cárlos III, en las Ordenanzas generales de platería, de 10 de marzo de 1771, caps. 17, 19 y 20.

«Ordeno y mando, que ningun artífice platero, forjador, tirador ó viuda de estos, ni otra alguna persona pueda comprar de ningun mancebo, ni de hijo ó doméstico de artífice, ni practicante, algun oro, plata, piedras finas, ni falsas, ni obras ejecutadas, ni cosa perteneciente al referido arte.....

»Ningun artífice aprobado, forjador, tirador, ni viudas de estos, puedan admitir ni comprar oro ni plata en riel, grano, limalla, pasta, ó panes fundidos, sin que sea por mano de uno de los corredores ó personas públicas, que para su venta tengan destinadas las congregaciones ó colegios.....

»Ningun artífice pueda comprar alhaja de plata, oro, piedras preciosas, ni en pasta, los referidos metales, ni las piedras finas, sueltas, sin que el vendedor las acompañe de la fé del contraste, por donde conste su legitimidad y valor; con lo que se evite la necesidad de prevenir á todos los plateros, cuando se hurta ó pierde alguna alhaja, por bastar se le avise al contraste, sin cuyo reconocimiento se prohibe el comprarla, bajo la pena de treinta ducados que aplicarán por terceras partes, como queda dicho en la primera ordenanza.....»

LEY 24, TÍT. 1.°, ID.

El mismo, por Real cédula de 18 de setiembre de 1784.

«.....He venido en mandar que subsista en su vigor y rigurosa observancia la ley 2.ª, tít. 12 de este libro, que previene que en los contratos, en que las partes se obligan por razon de mercaderías, se ponga y declare la mercadería que se vende, por menudo y estenso, de manera que se entienda qué es lo que se vende, y el precio que se dá por ello; y que para evitar fraudes, todos los escribanos ante quienes pasaren los tales contratos, lo hagan y cumplan así.»

LEY 27, TÍT. 11, LIB. 7.°

El mismo, resol. á cons. de 6 de mayo de 1785 y 3 de marzo de 1788, y céd. del Cons. de 15 de mayo de id. Cap. 11 de la nueva inst. de Corregidores.

Se prohibe á los Corregidores y Alcaldes mayores comprar por sí, ni por interpósitas personas, heredades ni otras posesiones du-

---

que en ningun caso usen de la adjudicacion, sin consultarla antes y esperar la Real aprobacion.» (*Nota 6.ª, tit. 12, lib. 10, Nov. Rec.*)

«Por otra resolucion á consulta del Consejo de Hacienda de 23 de diciembre de 1793, se sirvió S. M. mandar por punto general, que no se proceda á la adjudicacion forzada de los bienes de los reos en las causas de contrabando para el pago de multas y costas procesales.» (*Nota 4.ª, id., id.*).

«Y por otra, á consulta del mismo Consejo de 5 de junio de 794, con motivo de representacion hecha por la Junta provincial de rentas de Granada, en cuanto al uso de la adjudicacion forzada para el pago de débitos á la Real Hacienda, y de haber propuesto los Directores, que sobre ello se adicionase la cédula de 11 de noviembre de 86; se conformó S. M. con el dictámen de dicho Consejo y sus Fiscales, declarando no haber necesidad de la adicion propuesta.» (*Nota 5.ª, id, id.*)

rante su oficio en las tierras de su jurisdiccion, ni tener trato, comercio ó granjería en ellas.

LEY 1.ª DEL SUPLEMENTO AL TÍT. 12, LIB. 10.

D. Cárlos IV, por Real órden circular de 7 de julio de 1793.

«En observancia de lo prevenido por la ley 14 de este título; y con arreglo á lo mandado por diferentes órdenes é instrucciones, las escrituras de ventas é imposiciones de censos, y cualesquiera otras enajenaciones de bienes raices, deberán otorgarse precisamente ante los escribanos del número de las ciudades, villas y lugares, á que perteneciereu los términos en que se hallaren sitas las posesiones y heredades que se vendieren ó gravaren; y no habiendo escribano de número, ante el de la ciudad, villa ó lugar mas cercano, con tal que sea del partido; estando como está prohibido, y de nuevo se prohibe á cualesquiera otros escribanos reales ó notarios apostólicos, que den fé ó reciban tales contratos, bajo la pena de privacion de sus oficios y la de pagar á la Real Hacienda la alcabala, con el cuatro tanto, que se adeudase en las prenotadas ventas é imposiciones de censos..... Y que bajo las mismas (penas) no puedan los escribanos entregar las escrituras de venta á los compradores, sin constarles en debida forma estar satisfcho ó asegurado el derecho de la alcabala, causado en dichas enagenaciones.....»

DISPOSICIONES POSTERIORES.

REAL INSTRUCCION DE 18 DE OCTUBRE DE 1818, PARA EL COBRO DE LAS CONTRIBUCIONES REALES EN LOS PUEBLOS NO ADMINISTRADOS.

Art. 54. «En el caso de que no hubiese postor que llene dicha cantidad (las dos terceras partes de la tasacion de los bienes embargados), se anunciará segundo remate con término de cuarenta y ocho horas contadas desde la celebracion del primero; y si tampoco hubiese en él postor, el comisionado procederá sin mas treguas á poner en administracion los bienes embargados, *sin usar de la adjudicacion forzosa en ningun caso*, dejando abierta la subasta.....»

REAL INSTRUCCION DE 29 DE JULIO DE 1830, PARA LA RECAUDACION DEL IMPUESTO DE HIPOTECAS.

Art. 5.° «Bajo la denominacion de bienes inmuebles se comprenden, con arreglo á la Real pragmática de 31 de enero de 1768, que es la ley 3.ª, tít. 16, lib. 10, Nov. Recop., no solo las casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo, sino tambien los censos, los tributos, los oficios y otros cualesquier derechos perpétuos.....»

Art. 8.° «Estando demostrado en el mencionado Real decreto (en el de 31 de diciembre de 1829) que el objeto que se ha propuesto S. M. al dictarle, no es tanto el crear una nueva renta del Estado, como el dar mayor solemnidad y legitimidad á los contratos y adquisiciones de propiedad, haciendo mas impracticables las simulaciones y suplantaciones de documentos que se esperimenta o, no serán admitidos en juicio ni producirán efecto alguno legal todos aquellos, que habiendo sido otorgados pública ó privadamente desde el dia 1.° de enero de este año en adelante, carezcan del requisito esencial de haberse tomado razon en el oficio de hipotecas, prévio el pago del nuevo impuesto.»

REAL DECRETO DE 23 DE MAYO DE 1845 REFORMANDO EL IMPUESTO Y REGISTRO DE HIPOTECAS.

Art. 1.° «Estarán sujetos al derecho de hipotecas en todas las provincias del reino é islas adyacentes:

1.° Toda traslacion de bienes inmuebles, ya sea en propiedad ó en usufructo.....»

Art. 20. «Todas las escrituras, destinadas á formalizar cualquiera de los contratos especificados en este Real decreto (se comprenden tambien los de ventas de bienes inmuebles), contendrán la cláusula de nulidad, si dentro de los plazos fijados en los dos artículos anteriores (ocho dias y un mes, que luego

por el Real decreto de 26 de noviembre de 1852 se ampliaron á 12 y 40 dias segun los casos) no se presentan al registro las copias autorizadas.

Art. 21. En los mismos plazos se presentarán igualmente los contratos particulares, en que no intervenga escribano, firmados por los interesados respectivos.....»

CIRCULAR DE LA DIRECCION GENERAL DE CONTRIBUCIONES INDIRECTAS DE 18 DE JULIO DE 1849.

«..... Que lejos de haberse derogado por dicha Real órden (la de 27 de julio de 1847) el art. 21 del espresado Real decreto de 23 de mayo (1845), se ha esplicado su verdadera inteligencia, reducida á que, si bien se sujetaron al registro de hipotecas, á la vez que los públicos, los documentos privados, en que no interviniese escribano, debia entenderse de aquellos documentos, para los cuales no se exige como necesaria circunstancia el otorgamiento de escritura pública y que por consecuencia, no se quiso eximir ó prescindir del otorgamiento de escritura pública y en el papel sellado correspondiente respecto á aquellos documentos de ciertos actos ó contratos, que sin estos requisitos indispensables, exigidos por las leyes, no pueden hacer fé en juicio, ni servir á los interesados de título legítimo de sus derechos ó propiedades; correspondiendo á los tribunales de justicia examinar y declarar los casos en que los documentos deben ser públicos ó privados.»

REAL ÓRDEN DE 30 DE ABRIL DE 1851.

Declara que las traslaciones de dominio de oficios enajenados de propiedad particular, están sujetas á la toma de razon y al pago del derecho de hipotecas, por considerarse bienes inmuebles.

REAL DECRETO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1852.

«Art. 17. En todo acto sujeto á la inscripcion del documento (en el registro de hipotecas) debe exigirse necesariamente el otorgamiento de escritura pública.»

REAL DECRETO DE 19 DE AGOSTO DE 1853.

«Art. 6.° No se exigirá el otorgamiento de escritura pública sino en los casos en que lo requieran las leyes, como requisito principal para la validez de los actos sujetos al registro (de hipotecas).»

LEY HIPOTECARIA DE 20 DE JULIO DE 1860.

«Art. 2.° En el registro espresado en el artículo anterior (habla del que se establece en todos los pueblos, cabezas de partido judicial), se inscribirán:

1.° Los títulos traslativos del dominio de los inmuebles ó de los derechos reales impuestos sobre los mismos.....

»Art. 3.° Para que puedan ser inscritos los títulos espresados en el art. anterior, deberán estar consignados en escritura pública, ejecutorias ó documentos auténticos, espedidos por el Gobierno ó sus agentes en la forma que prescriban los reglamentos.

»Art. 4.° No se consideran bienes inmuebles para los efectos de esta ley, los oficios públicos enajenados de la Corona, las inscripciones de la Deuda pública, ni las acciones de bancos ó compañías mercantiles, aunque sean nominativas.

»Art. 36. Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero, que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta ley.

Art. 37. Se esceptúan de la regla contenida en el artículo anterior:

1.° Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su orígen á causas que consten esplícitamente en el registro.

2.° Las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes:

Cuando la segunda enajenacion haya sido hecha por título gratuito.

Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude

En ambos casos prescribirá la accion al año, contado desde el dia de la enajenacion fraudulenta.

»Art. 38. En consecuencia de lo dispuesto en el art. 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero, que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes:

2.ª Por causa de retracto legal en la venta, ó derecho de tanteo en la enfiteusis.

3.ª Por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, sino consta en la inscripcion haberse aplazado el pago.

4.ª Por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiese sido inscrita.

5.ª Por causa de lesion enorme ó enormísima.

6.ª Por efecto de la restitucion *in integrum* á favor de los que disfrutan este beneficio.

7.ª Por enajenaciones verificadas en fraude de acreedores, con esclusion de las esceptuadas en el art. anterior.

8.ª Por efecto de cualesquiera otras acciones que las leyes ó fueros especiales concedan á determinadas personas, para rescindir contratos, en virtud de causas que no constan espresamente de la inscripcion.

En todo caso en que la accion resolutoria ó rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme á lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnizacion de daños y perjuicios, por el que los hubiere causado.

«Art. 39. Se entenderá enajenacion á título gratuito en fraude de acreedores en el caso primero, núm. 2.° del art. 37, no solamente la que se haga por donacion ó cesion de derecho, sino tambien cualquiera enajenacion, constitucion ó renuncia de derecho real, que haga el deudor en los plazos respectivamente señalados por las leyes comunes, y las de comercio en su caso, para la revocacion de las enajenaciones en fraude de acreedores, siempre que no haya mediado precio, su equivalente, ú obligacion preexistente y vencida.

»Art. 40. Se podrán revocar, conforme á lo declarado en el artículo anterior y siempre que concurran las circunstancias que en él se determinan...

»3.° Las adjudicaciones de bienes inmuebles en pago de deudas no vencidas.....

»5.° Cualquier contrato en que el deudor traspase ó renuncie espresa ó tácitamente un derecho real.

»Se entenderá que no media precio ni su equivalente en los dichos contratos, cuando el escribano no dé fé de su entrega, ó si, confesando los contrayentes haberse esta verificado con anterioridad, no se justificare el hecho ó se probare que debe ser comprendido en el caso 3.° del presente artículo.

»Art. 41. Se considerará al poseedor del inmueble ó derecho real, cómplice en el fraude de su enajenacion en el caso segundo, número 2.° del art. 37:

»1.° Cuando se probare que le constaba el fin con que dicha enajenacion se hiciera, y que coadyuvó á ella como adquirente inmediato, ó con cualquier otro carácter.

»2.° Cuando hubiere adquirido su derecho, bien inmediatamente del deudor, bien de otro poseedor posterior, por la mitad ó menos de la mitad del justo precio.

»3.° Cuando habiéndose cometido cualquiera especie de suposicion ó simulacion en el contrato celebrado por el deudor, se probare que el poseedor tuvo noticia ó se aprovechó de ella.»

«Art. 71. Los bienes inmuebles ó derechos reales anotados podrán ser enajenados ó gravados; pero sin perjuicio del derecho de la persona á cuyo favor se haya hecho la anotacion.»

«Art. 108. No se podrán hipotecar...

»9.° Los bienes vendidos con pacto de retro-venta, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta...»

«Art. 131. Si para el pago de alguno de los plazos del capital ó de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada, y aun quedaren por vencer otros plazos de la obligacion, se verificará la venta y se trasferirá la finca al comprador, con la hipoteca correspondiente á la parte del crédito que no estuviere satisfecha, la cual, con los intereses, se deducirá del precio.

Si el comprador no quisiere la finca con esta carga, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes.»

«Art. 153. El crédito hipotecario puede enajenarse ó cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública, de que se dé conocimiento al deudor, y que se inscriba en el registro.

»El deudor no quedará obligado por dicho contrato á mas que lo estuviere por el suyo.

»El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente.»

«Art. 154. Si se omitiere dar conocimiento de la cesion al deudor, será responsable el cedente de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta.

»Art. 155. Los derechos ó créditos asegurados con hipoteca legal no podrán cederse, sino cuando haya llegado el caso de exigir su importe, y sean legalmente capaces para enajenarlos las personas que los tengan á su favor.

«Art. 188. Los bienes dotales que quedaren hipotecados ó inscritos con dicha cualidad, segun lo dispuesto en los números 1.° y 2.° del artículo 169, no se podrán enajenar, gravar, ni hipotecar, sino en nombre y con el consentimiento espreso de ambos cónyuges, y quedando á salvo á la mujer el derecho de exigir que su marido le hipoteque otros bienes, si los tuviere, en sustitucion de los enajenados, ó los primeros que adquiera, cuando carezca de ellos al tiempo de la enajenacion.

»Si cualquiera de los cónyuges fuere menor de edad, se observarán en la enajenacion de dichos bienes las reglas establecidas para este caso en la Ley de enjuiciamiento civil.

»Art. 189. Los bienes propios del marido, hipotecados á la seguridad de la dote, conforme á lo dispuesto en el núm. 3.° del artículo 169, podrán enajenarse, gravarse ó hipotecarse por el mismo marido sin los requisitos espresados en el párrafo primero del artículo anterior, siempre que esto se haga dejando subsistente la hipoteca legal constituida sobre ellos con la prelacion correspondiente á su fecha.....»

«Art. 191. Los bienes pertenecientes á dote inestimada y los parafernales que se hallaren inscritos con su respectiva calidad, se sujetarán para su enajenacion á las reglas del derecho comun; y si se enajenaren, será con la obligacion de restituirlos el marido, y con sujecion á lo dispuesto en el art. 188.

»Art. 192. Cuando los bienes dotales consistan en rentas ó pensiones perpétuas, si llegaren á enajenarse, se asegurará su devolucion, constituyendo hipoteca por el capital que las mismas rentas ó pensiones representen, capitalizadas al interés legal.

»Si las pensiones fueren temporales y pudieren ó debieren subsistir despues de la disolucion del matrimonio, se constituirá la hipoteca por la cantidad en que convengan los cónyuges, y si no se convinieren, por la que fije el juez.»

INSTRUCCION DE 12 DE JUNIO DE 1861, SOBRE LA MANERA DE REDACTAR LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS, SUJETOS AL REGISTRO.

»Art. 18. En toda escritura, por la cual se enajene ó grave la propiedad de bienes inmuebles, se hará espresa reserva de la hipoteca legal, en cuya virtud tiene el Estado preferencia sobre cualquiera otro acreedor, para el cobro de la última anualidad del impuesto repartido y no satisfecho por los mismos bienes.

»Si estos estuvieren asegurados, se hará igual reserva á favor del asegurador, por los premios del seguro correspondientes á los dos últimos años, si no estuvieren satisfechos, ó de los dos últimos dividendos, si el seguro fuere mútuo.»

CÓDIGO PENAL.

Art. 455. «El que, fingiéndose dueño de una cosa, la enajenare, arrendare, gravare ó empeñare, será castigado con una multa del tanto al triplo del importe del perjuicio que hubiere irrogado.

En la misma pena incurrirá el que dispu-

sicre de una cosa como libre, sabiendo que estaba gravada.»

Art. 456. «Incurrirán en las penas señaladas en el art. precedente:

1.° El dueño de una cosa mueble, que la sustrajere de quien la tenga legítimamente en su poder, con perjuicio del mismo ó de un tercero.»

2.° El que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.»

Art. 460. «Los que solicitaren dádiva ó promesa para no tomar parte en una subasta pública, y los que intentaren alejar de ella á los postores, por medio de amenazas, dádivas, promesas, ó cualquiera otro artificio con el fin de alterar el precio del remate, serán castigados con una multa del 10 al 15 por 100 del valor de la cosa subastada, á no merecerla mayor por la amenaza ú otros medios que emplearen.»

Art. 462. «Los que esparciendo falsos rumores ó usando de cualquier otro artificio consiguieren alterar los precios naturales que resultarian de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas ó privadas, ó cualesquiera otras cosas que fueren objeto de contratacion, serán castigados con las penas de arresto mayor y multa de 100 á 1,000 duros.»

Art. 463. «Cuando el fraude espresado en el artículo anterior recayere sobre mantenimientos ú otros objetos de primera necesidad, además de las penas señaladas en el mismo, se impondrá la del comiso de los géneros que fueren objeto del fraude.

Para la imposicion de estas penas bastará que la coligacion haya comenzado á ejecutarse.»

Art. 482. «Incurren en las penas de uno á cinco dias de arresto, de 1 á 10 duros de multa y reprension:.....

1.° El que defraudare al público en la venta de mantenimientos, ya sea en calidad, ya en cantidad, por valor que no esceda de 5 duros. En este último caso se impondrá alternativamente el arresto ó la multa, y siempre la reprension: en el de reincidencia se aplicarán conjuntamente estas tres penas.

2.° El traficante, á quien se aprehendieren mantenimientos, que no tengan el peso, medida ó calidad que corresponda.»

Art. 484. «Serán castigados con las penas de arresto de 5 á 15 dias y multa de 5 á 15 duros:

1.° Los traficantes, que tuvieren medidas ó pesos falsos, aunque con ellos no hubieren defraudado.

2.° Los que usaren en su tráfico medidas ó pesos no contrastados.»

ADVERTENCIA.

Ya dejamos indicado que tratamos en el presente artículo, en cuanto es posible, el contrato general de compra-venta, con la mayor abstraccion de los casos *especiales* de venta, ó que se espresen mas usualmente bajo la palabra *venta*, ú otras, como *espropiacion* ó *enajenacion forzosa*. Tambien dejamos para artículo separado lo relativo al registro de hipotecas, por cuanto éste no afecta solo al contrato de venta. No obstante lo dicho, damos cabida, como se vé, á varias disposiciones legales, que podrian reservarse para los mencionados artículos especiales, por la importancia y frecuente aplicacion de las mismas, y porque aquellos han de retardarse aun.

Además de lo dicho, pueden consultarse en su caso, y por su enlace genérico con la compra-venta, la *Instruccion sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos á registro*, aprobada por Real órden de 12 de junio de 1861: los artículos 329 y 330 del Código penal sobre negociaciones prohibidas á empleados públicos: los arts. 253 á 256 del mismo Código, que tratan de la venta de sustancias nocivas á la salud pública; y sobre este mismo asunto y venta de drogas y remedios secretos las Reales órdenes de 15 de julio y 3 de agosto de 1852, y 28 de setiembre de 1858, y el capítulo 14 de la ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855.

No siendo aun sino proyecto el del Código civil, consignamos en las secciones doctrinales su contenido sobre compra-venta.

SECCION II.

LEGISLACION ESTRANJERA.

DERECHO ROMANO.

Digesto.

LIB. 18. DE CONTRAHENDA EMPTIONE.

«Est autem emptio juris gentium: et ideo *consensu peragitur*: et inter absentes contrahi potest, et per nuncium, et per literas (1).

(1) Ley 1, tít. 1.

«Inter patrem et filium contrahi emptio non potest: sed de rebus castrensibus potest. *Sine pretio nulla venditio est*: non autem *pretii muneratio*; *sed conventio perficit* sine scriptis habitam emptionem (1).»

«Et liberi hominis, et loci sacri, et religiosi, qui haberi non potest, emptio intelligitur, si ab ignorante emitur (2).»

No son objetos vendibles, el hombre libre, los lugares sacros y religiosos, ni las cosas que no están en el comercio de los hombres. La condicion impuesta en un contrato, puede alzarse por nuevo convenio; *sicuti etiam abiri tota emptio potest, si nondum impleta sunt, quæ utrinque præstari debuerunt* (3).»

«*Conditionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta est conditio.*» No es necesario que el precio sea cierto y taxativo desde luego: basta que lo sea por referencia á un tipo ó cantidad evidenciable, como por *todo el dinero que Ticio tenga en el arca* (4).

«*Nec emptio, nec venditio, sine re, quæ veneat, potels intelligi.*» Basta que la cosa vendible sea cierta en referencia, como *vendo lo que pescare, ó cazare*, lo que para la yegua (5).

El consentimiento entra como *esencia* del contrato: sino fuese idéntico por parte de ambos contrayentes, ya en la índole del contrato, ya en el precio, ya en la cosa vendida, ya en cualquier otro requisito necesario, la venta es imperfecta. En cuanto á la cosa, perjudica el error *in corpore*; pero no en cuanto á la calidad de la substancia. El primer caso es como si yo creo vender el campo seyano, y tú entiendes comprar el campo semproniano: el segundo, como si se vende plata por oro, aceite por vino; *quia in corpus consensum est, etsi in materia sit erratum*. No perjudica el error en el *nombre* de la cosa: «*nihil enim facit error nominis, quando de corpore constat* (6).»

Aunque se haya consentido en la cosa (*in corpus*), si esta perece ó deja naturalmente de existir, antes que se perfeccione la venta, no hay contrato. Al comprador le aprovecha la ignorancia invencible (1).

No vale la compra de la cosa propia, ya lo sepa, ya lo ignore el comprador. Si lo ignora, puede repetir el precio que dió, pues no hay obligacion. Prevalece la venta, si el comprador es solo usufructuario de la cosa (2).

Puede moderarse el precio por el oficio del juez (3).

La cosa vendida no se hace del comprador, si no paga el precio, ó el vendedor admite fianza sobre él, ó dá esperas (4).

La oscuridad en el pacto perjudica al que lo propuso, pues debe imputársele el no haberlo formulado con claridad (5).

Siendo nula, como es, la venta de cosas sagradas, religiosas, ó públicas, el comprador puede repetir el precio (6).

Si se venden dos cosas disyuntivamente, (*illa, aut illa res*) el comprador elije. El que vende no queda obligado á hacer del comprador el fundo (*necesse non habet fundum emptoris facere*), como lo queda el que lo promete por estipulacion (7).

El que á sabiendas compra al que tiene sus bienes intervenidos, no se hace dueño de la cosa: al revés del que compre del deudor, aun sabiendo que por ello el acreedor de este es defraudado (8).

Puede venderse la cosa ajena, y habrá compra-venta; pero puede quitarse la cosa al comprador (9).

El que vende edificios establecidos sobre suelo público, vende solo aquellos, mas no el suelo (10).

«*Omnium rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio recte*

(1) Ley 2 de dicho título.
(2) Ley 4, id., id., id.
(3) Leyes 5 y 22, id., id.
(4) Ley 7, id., id.
(5) Ley 8, id., id.
(6) Leyes 9, 11 y 12, id., id.
(1) Ley 15, id., id.: y véase la 57, id., id.
(2) Ley 16, id., id.
(3) Ley 17, id., id.
(4) Leyes 19 y 53, id., id.
(5) Ley 21, id., id.
(6) Leyes 22 y 23, id., id.
(7) Ley 25, id., id.
(8) Ley 26, id., id.
(9) Ley 28, id., id.
(10) Ley 32, id., id.

fit: quas verò natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est.» No puede ser vendido el hombre libre: ni la cosa furtiva, á sabiendas de comprador y vendedor: si solo lo sabe el comprador, no queda obligado el vendedor por la accion del contrato, salvo lo que espontáneamente hubiere ofrecido.

No vale la compra de cosa propia, á no ser que se compre solo la posesion, si es que la tiene el vendedor.

Una cosa es *gustar*, otra es *medir*. Se *gusta*, para aprobar ó reprobar la cosa, objeto del contrato: se *mide* para que aparezca lo comprado, ni mas, ni menos.

Los tutores, curadores y los gestores de cosa ajena, no pueden comprar las cosas de sus administrados (1).

No se dá el *arra* ó señal, porque el contrato dependa de ella; sino para probarlo mejor.

No puede dejarse el fijar el precio al arbitrio del comprador.

No vale la venta de venenos, ó cosas nocivas, á no ser que, combinadas con otras, pierdan la cualidad de dañar.

Si desaparece por hurto la cosa vendida, responde de la custodia el que se estipuló la custodiara: si nada se estipuló, responde el vendedor, aunque solo por culpa lata, teniendo que ceder al comprador las acciones de reivindicacion y condiccion.

En las cosas que se cuentan, pesan ó miden, se perfecciona la venta, como en las demás cosas, luego que se conviene en el precio, si no se estipula otra cosa: si se estipula que se han de contar, pesar ó medir, ó se ajustan por peso, ó medida especial, como *cada cántaro, cada fanega, cada arroba*, etc., cuando este peso, medida, etc., se verifican.

Lo mismo sucede si se compra por cabezas un rebaño: se perfecciona el contrato, contándolo. Si se ajusta en globo, al convenir en el precio.

Si se estipula que el vino comprado se ha de medir, el peligro es del vendedor, hasta que se mida (1).

Si el vendedor fija un precio, que no ha de exigir, por causa de donacion, no se entiende que hay venta (2).

Si uno vende una cosa hereditaria por lo que costara al comprador, y luego resulta que á este se la dieron, ó no le costó nada, no hay venta: es el caso de una condicion que no se cumple, ó verifica (3).

La venta en menor precio que el justo, por causa de donacion, vale: no así, si la donacion comprende todo el precio. Entre marido y mujer no vale ni aun en el primer caso (4).

Las cualidades que se encomian en la cosa vendida, si es solo por vía de recomendacion, y son cosas que están á la vista, como llevas un siervo hermoso, bien formado, no obligan en nada al vendedor; sino están á la vista, y se aseveran para realzar el precio, obligan al cumplimiento.

No obligan al vendedor las promesas ó asertivas de cosas, que á la simple vista consta ó puede constar al comprador, que no existen, como si vendiendo uno un esclavo ciego por estraccion de los ojos, asegura que vende un esclavo sano y perfecto en sus cualidades físicas, pues no puede dudarse que aparece escluida la de la vista.

«*Dolum malum... non tantum est in eo, qui fallendi causa oscure loquitur; sed etiam qui insidiosè obscura obscurè dissimulat* (5).

Si á un prédio se debe aqueducto, el derecho de agua y la tubería se entienden vendidos con aquel, aunque no se haga mencion de ellos en la venta, aun cuando se hallen fuera de la heredad. Si el derecho de agua se hubiere perdido, el aqueducto y tubería, inherentes al prédio, van con él (6).

«Littora, quæ fundo vendito juncta sunt, in modum non computantur, quia nullius sunt; sed jure gentium omnibus vacant: nec viæ publicæ, aut loca religiosa, vel sacra. Ut

(1) Ley 34 del título citado.

(1) Ley 35, id., id.
(2) Ley 36, id., id.
(3) Ley 37, id., id.
(4) Ley 38, id., id.
(5) Ley 43, id., id.
(6) Leyes 47, 48 y 49, id., id.

proficiant venditori, caveri solet, *ut viæ, item littora et loca publica in modum cedant* (1).»

«*Nuda, et imaginaria venditio pro non facta est* (2).»

Si se vende una casa, ya quemada, ignorándolo vendedor y comprador, nada se ha vendido, aunque subsista el área; y puede repetirse el precio. Lo mismo si solo se ha quemado la mayor parte de la casa. Si se ha quemado la mitad únicamente, ó menos de la mitad, se obliga al comprador á estar á la compra, dejando á arbitrio de buen varon el fijar la parte que ha de bajarse en el precio.

Si el vendedor sabia la quema, y esta fué absoluta, no hay venta: si quedaba alguna parte, hay venta en cuanto al resto.

Si solo lo sabia el comprador, hay venta por el todo, debiendo todo el precio, sino se habia entregado; y de haberse pagado, no se repite.

Si ambos sabian que la casa se habia quemado, en todo ó parte, no hay venta, y el dolo del uno se compensa con el del otro (3).

Lo dicho en la ley anterior es aplicable, si teniendo arbolado el fundo, y no siendo éste comprado sino en contemplacion á las plantas, se hubiesen quemado, ó destruídolas el viento, antes de la venta (4).

Puedo comprar lo mio, bajo condicion, si acaso temo que deje de ser mio (5)

El que gobierna una provincia, ó milita en ella, no puede comprar fincas en la misma, á no proceder de su padre.

El que por ignorancia compra bienes públicos, sacros, ó religiosos, puesto que es nula la venta, puede repetir el precio, y daños y perjuicios (6).

Se vende un fundo á mí y á Ticio: la venta es solo en mi favor: Ticio, como no puesto (7).

«In vendendo fundo, quædam, *etiam si non condicantur, præstanda sunt*, veluti *ne fundus evincatur*, aut *ususfructus ejus*: quædam, ita demum, *si dicta sint*, veluti *viam, iter, actum, aqueductum* præstandum iri: idem in servitutibus urbanis.»

Si el vendedor calla, sabiéndolas, las servidumbres del fundo, y por esta causa el comprador las deja prescribir, hay quien opina que el vendedor queda obligado *ex empto* (1).

Verificada la enajenacion, pasa al adquirente el dominio de la cosa, *cum sua causa*, ó con las ventajas inherentes, que tendria, si continuase en poder del que la enajena (2).

Pactan algunos que no haya dolo de parte del vendedor; pero, aunque no se pacte, se entiende así. No se entiende que falta dolo en el que vende, si por causa suya el comprador no puede entrar en posesion del prédio vendido. «*Erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuam possessionem tradat, cum multis modis accidere potcrit, ne tradere possit; sed, si quid dolo malo fecerit, aut facit, dolus malus ejus estimaretur.*» (3).

Opinaron muchos que puede darse la venta de un hombre libre, ignoráudolo vendedor y comprador. Lo cual es lo mismo, aunque lo sepa el vendedor, si el comprador lo ignora: si éste lo sabe, es nula la venta (4).

Así como el precio, puede convenirse la clase de medida, señaladamente, si en ello no se falta á la costumbre del pais (5).

«Pacta conventa, quæ, postea facta, detrahunt aliquid empioni, *contineri contractu videntur*:» no así los pactos, *que añaden algo*. Pero el pacto que el comprador no puede deducir, como accion, puede deducirlo el vendedor como escepcion.

Si por pactos posteriores se aumenta, ó disminuye el precio, se entiende que hay nueva venta.

Si las cosas públicas, sagradas ó religiosas, que no pueden venderse, *están en poder del*

(1) Ley 54 de dicho título.
(2) Ley 55, id., id.
(3) Ley 57, id., id.
(4) Ley 58, id., id.
(5) Ley 61, id., id.
(6) Ley 62, id., id.
(7) Ley 64, id., id.

(1) Ley 66, id., id.
(2) Ley 67, id., id.
(3) Ley 68, id., id.
(4) Ley 70, id., id.
(5) Ley 71, id., id.

fisco, vale la venta, sin que al fisco aproveche la escepcion (1).

Aunque un terremoto destruya un templo, no por eso el área se hace profana y objeto de venta. Los sepulcros se entienden vendidos con el fundo, si nada se estipula en contrario (2).

Entregadas las llaves de un horreo ó almacen, al pié del mismo, se entiende dada la posesion de los efectos, ó mercancías que contiene, aunque aquellos no se abran: si los efectos contenidos no son del vendedor, empieza desde entonces la usucapion por parte del comprador (3).

Puede venderse un fundo con condicion de que quede arrendado al vendedor, ó con otra condicion al modo (4).

Los *silos*, cavados en las tierras, van vendidos con estas, salvo estipulacion en contrario (5).

Con la cañería, arcaduces, ó canales de un acueducto (*fistulæ*), se entiende vendida el arca, ó castillo de agua, de que arrancan.

El que vende los sembrados en berza, ó todavía no entallados, respondiendo de todo daño que provenga de fuerza ó de tempestad, si por nieves escesivas se deterioran ó corrompen, pagará, por la accion *ex empto*, todo el daño estraordinario, esto es, el que esceda del que de ordinario causan los temporales (6).

Si se venden *sembrados* (*manu sata*), se entienden estos de los que se cosechan en cada año, y no de los que se siembran á perpetuidad, como los árboles.

Se vende una selva de corta, para hacer las cortas ordinarias durante cinco años: produce bellota: ¿de quién es ésta? La que cae de madura de los árboles no cortados, del vendedor: la que está en el árbol, cuando éste se corta, del comprador.

No puede creerse que ha vendido una cosa el que trata de que el dominio de ella no pase al comprador: aquí habrá locacion, ú otro género de contrato; pero no venta (1).

TÍT. 2. DE ADDICTIONE IN DIEM.

«In diem addictio ita fit: *ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra kalendas januarias proximas meliorem conditionem fecerit, quo res á domino habeat* (2).»

La adiccion *in diem*, ó produce desde luego un contrato *puro* (*pura emptio*) de venta; ó una venta *condicional*. Sucede lo primero, si se fija la mejora de condicion *para separarse* del contrato, llegado el caso, en el cual entónces la venta se *resuelve* en virtud de una condicion: sucede lo segundo, si aparece que lo estipulado es que el contrato *quedará perfecto*, llegado el dia y no dándose la condicion. En el primero de estos casos el comprador, *ubi..... pura venditio est,... et usucapere posse, et fructus, et accessiones lucrari: et periculum ad eum pertinet, si res perierit* (3).

Para la adiccion *in diem* se entiende mejor condicion el aumento de precio: la mayor facilidad del pago: la anticipacion de éste: el hacerlo en mejor lugar: el ser mas idónea la persona del nuevo comprador: el mejorar las condiciones, siendo el mismo el precio: el remitir condiciones graves, siendo el precio menor (4).

«Quidquid enim ad utilitatem venditoris pertinet, *pro meliore conditione haberi debet* (5).»

Mejorada la condicion, puede el vendedor adjudicar la cosa al mejorante, á no ser que el primer comprador mejore la propuesta de segundo (6).

Los frutos son del primer comprador, salvo que se presente un segundo, mejorando la condicion, pues en este caso ceden al vendedor (7).

(1) Ley 72, tít. 1, lib. 18.
(2) Ley 73, id., id.
(3) Ley 74, id., id.
(4) Ley 75, id., id.
(5) Ley 76, id., id.
(6) Ley 78, id., id.

(1) Ley 80, id., id.
(2) Ley 1, tít. 2, id.
(3) Leyes 2, 3 y 4, id., id.
(4) Ley 4, id., id.
(5) Ley 5, id., id.
(6) Ley 7, id., id.
(7) Ley 6, id., id.

El vendedor debe hacer saber al primer comprador la mejora propuesta, por si éste quisiera pujarla (1)

No obstante la mejora de condicion, puede el vendedor desecharla, y estar al primitivo contrato.

Si se pactó que, ofrecida mejora, podria el vendedor apartarse de la venta, puede hacerlo, aunque no admita la mejora (2).

Pero si un acreedor propone que la prenda quede sometida á la adiccion *in diem*, no parece cabe buena fé en rechazar el vendedor la mejora que se ofrezca.

Si el comprador se hace insolvente, puede con seguridad el acreedor adjudicar la cosa al primer comprador (3).

Si los términos del pacto no se oponen á ello, un fundo puede ser vendido con segunda y con tercera adiccion *in diem*, si el vendedor se reserva la facultad de apartarse del contrato primero.

Si tres venden un fundo con adiccion *in diem*, y dos admiten la mejora que se proponga, y el otro no, la parte de éste cede al primer vendedor, en caso de haber vendido los tres por precios desiguales; aunque la desigualdad proveoga de ser desiguales las partes (4).

Pero si los tres vendieron en un solo precio, el fundo queda del primer comprador, por la supuesta no admision de mejora por alguno de ellos (5).

Si el vendedor simulare haber mediado mejora de condicion, y vendiere á otro en menos precio, ó en el mismo, queda obligado *ex empto* al primero y al segundo comprador.

Si el vendedor adjudica el fundo á un comprador menos idóneo, la adjudicacion, ó segunda venta se sostendrá; pero el primer comprador defraudado tiene accion á los daños y perjuicios (6).

Si el vendedor muere sin herederos, antes de la mejora de condicion, queda firme la primera venta.

Si el fundo se adjudica al mejorante, realmente en mayor precio, pero con nuevos gravámenes que, apreciados, hacen el precio menor que el de la primera venta, vale ésta, pues es evidente que no ha habido mejora de condicion.

Si se dá plazo para pagar el nuevo y mayor precio ofrecido, han de computarse las usuras; y si hicieren menor el segundo precio que el primero, queda firme la primera venta (1).

Ofrecida la mejora de condicion, los frutos se devuelven al vendedor; pero si el primer comprador hubiere hecho gastos en el fundo, los retendrá de los productos, y si estos no alcanzan, será de otro modo reintegrado (2).

Aunque el primer comprador entregára al principio parte del precio, no por eso puede inquietar al mejorante, salvo estipulacion en contrario (3).

TÍT. 3. DE LEGE COMMISSORIA.

En caso de la ley comisoria, se entiende mas bien que el contrato se resuelve por una condicion, que no que se trató condicionalmente (4).

Es potestativo en el vendedor hacer uso, ó no, de la ley comisoria, impuesta en el contrato (5).

En caso de la ley comisoria, el peligro de la cosa es á cargo del comprador, que deja de pagar á tiempo; á no ser que se estipúlase, ó el vendedor, de cuyo interés se trata, quiera otra cosa (6),

Dado el caso de la ley comisoria, el comprador responde de frutos, daños y perjuicios, salvo, en cuanto á frutos, si hubiere pagado parte del precio, que ahora pierde por la ley.

(1) Ley 8, tít. 2, lib. 18.
(2) Ley 9, id., id.
(3) Ley 10, id., id.
(4) Leyes 11 y 12, id., id.
(5) Ley 13, id., id.
(6) Ley 14, id., id.

(1) Ley 15, id., id.
(2) Ley 16, id., id.
(3) Ley 20, id., id.
(4) Ley 1, tit. 3, id.
(5) Ley 3, id., id.
(6) Ley 2, id., id.

Al formalizar el contrato, debe establecer el vendedor, si hará uso de la ley comisoria, ó si pedirá el precio no pagado á su dia Si establece esto segundo, aun llegado el caso de la ley, no puede variar.

Suele pactarse tambien que, si por faltar el comprador, el vendedor tiene que enajenar la cosa en menor precio, responde aquel de la diferencia, ó *quanti minoris*.

Para la pena de la ley comisoria, no es necesario que el comprador sea requerido al pago; sino que no lo verifique, llegado el dia, á no ser que sea insolvente (1).

El comprador, que falte á la fé, por virtud de la ley comisoria, devolverá todos los frutos y emolumentos (2).

Si el vendedor quiere hacer uso de la ley comisoria, la cosa se reputa no vendida (*inemptam*); pero por lo mismo quedan en poder del comprador el *arra*, y demás, que hubiere de dar, subsistiendo el contrato.

Anulado el contrato por la ley comisoria, lo es en lo principal, y sus accesorios.

Si vencido el dia, el vendedor recibe parte del precio, se entiende que se aparta de la pena ó ley comisoria, y subsiste la venta (3).

Si llegado, ó vencido el dia, el vendedor, en vez de hacer uso de la ley comisoria, pide el precio, se entiende que renuncia á la pena de la ley, y ya no puede retroceder, quedando por tanto subsistente la venta (4).

Si vencido el dia, el vendedor manifiesta estar pronto á pagar, y el pago no tiene efecto por causa ó culpa del vendedor, aunque despues el comprador no pueda realizar el pago por interponerse el fisco con su prelacion, ya no tiene lugar la ley comisoria, y la venta subsiste en esta parte (5).

TÍT. 4. DE HEREDITATE, VEL ACTIONE VENDITA.

Si se vende la herencia del que todavía vive, es nula la venta, por que lo que así se vende no está aun *in rerum natura* (1).

El vendedor de una herencia no tiene que afianzar de eviccion, pues que lo que se trata entre vendedor y comprador es de que este adquiera, ni mas, ni menos, el mismo derecho que tendria aquel.

En la venta de una herencia, puede cuestionarse si para la cuantía de ella ha de atenderse al tiempo de la muerte del finado, al de la adicion, ó al de la venta. Ante todo ha de estarse á los términos del contrato; fuera de eso, de ordinario se estima la herencia por lo que es al tiempo de la venta (2).

Si el vendedor de una herencia pierde, sin dolo ni culpa, el metálico percibido de ella, no es responsable por éste al comprador de ella (3).

Cuando alguno vende una herencia, es menester que exista herencia, para que haya venta, pues no se vende aquí la suerte, la esperanza (*nec enim alea emitur, ut invenotione*, etc.), como en los casos de caza y otros; sino la *cosa* ya existente: si no es existente, no hay venta, y el precio se devuelve (4).

Si la herencia que se vende, existe, pero no llegó á pertenecer al vendedor, abonará este al comprador el valor de ella: si no existe tal herencia, el vendedor devuelve el precio, y los gastos que haya hecho el comprador, con daños y perjuicios (5).

Si la venta es del derecho que pueda tener el vendedor, sin quedar obligado á más, no queda á nada obligado, aun cuando no llegue á obtener ningun derecho; pues ese es el trato, y como que en suma se trata de las resultas ó emolumentos de un negocio, el peligro es del comprador (6).

Si se vende una herencia para en el caso de llegar á tenerla (*si qua sit hereditas, est tibi empta*), vale la venta: se vende lo que

(1) Ley 4, tít. 3, lib. 10.
(2) Ley 5, id., id.
(3) Ley 7, id., id.
(4) Ley 7, id., id.
(5) Ley 8, id., id.

(1) Ley 1, tit. 4, id.
(2) Ley 2, id., id.
(3) Ley 3, id., id.
(4) Ley 7, id., id.
(5) Leyes 8 y 9, id., id.
(6) Ley 10, id., id.

es incierto, pero que puede ser, como cuando se vende lo que uno cace (1).

Salvo si el vendedor sabia que no tenia herencia que esperar, pues entonces hay dolo (2).

Si se vende una herencia, esceptuando algun fundo de ella, lo que el vendedor adquiera luego por causa del fundo esceptuado, es del comprador, salvo estipulacion en contrario (3).

TÍT. 5. DE RESCINDENDA EMPTIONE, ET QUANDO LICEAT AB EMPTIONE DISCEDERE.

Si te vendo una cosa, y luego te compro esa misma cosa, en mayor ó menor precio, nos separamos de la primera venta, lo cual podremos hacer, porque la causa estaba íntegra, y podiamos alterar nuestra estipulacion; queda así nula la primera venta: lo contrario será, si ya habia sido pagado el precio de ella (4).

Así como la compra-venta se efectúa por el mútuo consentimiento, así por él se deshace tambien. Si el comprador exigió y recibió fiador, ya la venta no se resuelve por la mera accion *ex empto*, y nuda voluntad, por que queda el pacto. Pero si al cabo el contrato se resuelve, el fiador queda libre (5).

Si se estipula, que, no agradando la cosa vendida, pueda devolverse por la accion *ex empto*, se resuelve el contrato (6).

Si el pupilo compra sin intervencion del tutor, y luego compra la misma cosa, interviniendo éste, no obstante que el vendedor resultó obligado en el primer contrato, queda este rescindido por el segundo (7).

No pagando el precio al dia convenido, se rescinde el contrato (8).

(1) Ley 11, tít. 4, lib. 18.
(2) Ley 12, id., id.
(3) Ley 25, id., id.
(4) Ley 2, tít. 5, id.
(5) Ley 3, id., id.
(6) Ley 6, id., id.
(7) Ley 7, id., id.
(8) Ley 10, id., id.

TÍT. 6. DE PERICULO, ET COMMODO REI VENDITÆ.

Si el vino vendido se agría, ó vierte, por quebrantamiento de las vasijas, el peligro es del comprador, salvo estipulacion en contrario.

Si el vendedor toma sobre sí el peligro, se estará á la estipulacion: si no se fijó tiempo, se entiende su responsabilidad hasta que el vino sea gustado.

Hasta la medida del vino, la custodia es á cargo del vendedor, como que hasta la medicion puede decirse que no hay venta: despues de la medicion, el riesgo es del comprador. Y es suyo desde luego, si no se compró con sujecion á medida.

Si el comprador sella, ó contraseña las cubas ó basijas, se dudó si por ello hacia suyo el riesgo antes de la medicion. Trebacio opinaba que sí: Laberon lo contrario; y la verdad es, que no parece que las vasijas se sellan para otra cosa, que para que no se cambie el vino ajustado; y no porque en ello se suponga tradicion de lo vendido.

Es permitido al vendedor derramar el vino, si no se mide al dia estipulado; pero previniendo de ello primero al comprador. Si pudiendo derramar el vino, no lo hizo, puede cobrar alquiler de las vasijas, si las necesitó para sí, ó para alquilarlas: y mas equitativo que derramar el vino, será el venderlo de buena fé, y el hacer cuanto pueda ser menos gravoso al comprador.

Si compras vino encubado de la última cosecha, y no se estipula nada sobre el tiempo de la entrega, se entiende hasta la próxima vendimia: llegada esta, sin que el comprador lo recoja, el vendedor podia, segun los antiguos, medirlo, y así derramarlo (1).

Pero en el caso antedicho, si el vendedor no es cosechero, sino comerciante, la facultad y tiempo de verter el vino se determina por la conveniencia ó perjuicios del mismo. Hasta el dia de la medicion, el vendedor tie-

(1) Ley 1, tít. 6, id.

ne á su cargo la custodia, y responde, salvo por caso fortuito y fuerza mayor (1).

La diligencia que presta el vendedor, es la que presta el comodatario, mayor aun que en sus propias cosas (2).

Si el vino se vende á calidad de gustarlo, y pasa el dia sin que se verifique, sin culpa del vendedor, se duda si en este caso se rescindia el contrato, ó responde de los daños el vendedor. Ulpiano opinó que, no constando cosa en contrario, subsiste la venta, y todos los riesgos, aun posteriores al dia de la degustacion, son del vendedor (3).

Si la culpa de la no entrega del vino es del comprador, suyo es el riesgo, y el vendedor no responde sino de dolo malo (4).

Todo el daño ó provecho del fundo vendido, por aluvion ú otra causa, corresponde al comprador.

Salvo pacto en contrario, cuanto se vende, se computa en la cabida del fundo, como los sotos, las vías públicas, etc. (5).

Desde la perfeccion del contrato, el peligro de la cosa es á cargo del comprador. Cuando claramente consta la cosa que se vende, con su cuantía y cualidad, y el precio, existe la perfeccion del contrato, si la venta es absoluta ó no condicionada. Si es condicionada, y no se realiza la condicion, es nula la venta. Si llega á realizarse, el riesgo ha sido del comprador.

Si pendiente la condicion, mueren el vendedor ó el comprador y despues vence la condicion, obliga á los herederos del difunto, como una venta anterior á la muerte de su causante.

Si pendiente la condicion, se entrega la cosa, no puede el comprador usucapirla por el concepto de comprador: si se ha adelantado algo del precio, puede repetirse (no cumpliéndose la condicion): los frutos del tiempo intermedio son del vendedor, de la misma manera que las estipulaciones y los legados condicionales quedan sin efecto (*perimuntur*), si pendiente la condicion, la cosa perece.

Si se vende así: vendo tal esclavo, venga ó no venga tal nave del Asia, la venta se perfecciona desde luego, segun Juliano, porque es positivo que se ha contraido (1).

Si se inspecciona un campo para comprarlo, y antes de formalizar la venta, el viento arranca los árboles que tenia, no son estos del comprador, pues no existiendo realmente al tiempo de la venta, no los compró; pero si el vendedor sabia el daño sobrevenido, y calló, responde al comprador del perjuicio sentido (2).

Si en la venta condicional se estipula que el riesgo sea del comprador, segun Ulpiano, vale el pacto (3).

Si vendida una isla, se quema, perece para el comprador, á no probarse culpa del vendedor (4).

Desde que el comprador está en mora, ya el vendedor no responde sino por dolo malo. Si hay mora en los dos, es mas perjudicial para el comprador, segun Lebeon. Si hay mora en el vendedor, para entregar, y luego mora en el comprador para recibir, ésta perjudica al comprador. Estuve yo luego dispuesto á recibir, y cayó en mora el vendedor para entregar: esta mora le perjudica (5).

Si el comprador demora el pago, no pagará sino usuras, y no todo lo que el comprador, cobrando á tiempo, podia esperar (6).

Código de Justiniano.

TIT. 28, LIB. 4. DE CONTRAHENDA EMTIONE ET VENDITIONE.

Vale la venta hecha en otro lugar, que aquel, en que radican las fincas (7).

La compra-venta requiere consentimiento,

(1) Ley 2, tit. 6, lib. 18.
(2) Ley 3, id., id.
(3) Ley 4, id., id.
(4) Ley 5, id., id.
(5) Ley 7, id., id.

(1) Ley 8, id., id.
(2) Ley 9, id., id.
(3) Ley 10, id., id.
(4) Ley 11, id., id.
(5) Ley 12, id., id.
(6) Ley 19, id., id.
(7) Ley 1, tit. 28, lib. 4.

el cual no se dá en el furioso. Pero si éste tuviere *lúcidos intervalos (intermissiones)*, siendo mayor de 25 años, puede formalizar contrato de venta y cualquier otro (1).

Si para ocultar una donacion, se simula venta, falta su esencia al contrato; pero el donante podrá quedar obligado por otro género de obligacion, segun los términos de la donacion (2).

Así como el tutor no puede comprar los bienes del menor, tampoco su mujer (3).

Si uno traspasa á una mujer el dominio de una cosa, y luego casa con ella, y sucesivamente se divorcia, es indudable el derecho de los hijos á perseguir el dominio que radicó en la madre (4).

Si vendiste tus viñas sin recibir el precio, tienes derecho á reclamar éste, mas no las viñas (5).

Sin cantidad es nula la eficacia de la venta. Convenido el precio, y entregada la posesion de la cosa, no es írrito el contrato, aunque el precio no se haya entregado: ni por lo mismo deja de poseer rectamente el comprador, porque se niegue que el precio se entregó. Pero si la tradicion del prédio vendido se hace por donacion, ya no tiene lugar la reclamacion del precio (6).

La venta forzada no produce causa de obligar (7).

«Non idcirco minus emptio perfecta est, quod emptor fidejussorem non accepit, vel instrumentum testationis vacuæ possessionis omissum est: nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet: pretium sané, si eo nomine satisfactum non probetur, peti potest: nec enim, licet in continenti facta, pœnitentiæ contestatione consensu finita rescindit (8).»

Mediando condicion para vender, convenida por vendedor y comprador, no hay todavía ninguna obligacion, ni por tal convenio puede el dueño ser obligado á vender contra su voluntad (1).

Cada uno es libre en buscar comprador, y cooformarse con él, salva ley especial en contrario (2).

Puede venderse por el precio que fije un tercero, segun su prudente arbitrio; y si lo señala, es válida la venta: si no lo señala, no hay venta (3).

TÍT. 29. DE HEREDITATE VEL ACTIONE VENDITA.

Vendida una herencia por el fisco, las deudas que la graven son á cargo del comprador, no del fisco (4).

El que vende una herencia, responde, sin embargo, y no el comprador, á los acreedores hereditarios; aunque vendiese con la condicion de que el comprador responderia á dichos acreedores, pues no puede suponerse que, sin mayor especificacion, tomase sobre sí los créditos hereditarios (5).

Los créditos ú obligaciones se venden, aun sin noticia del deudor (6).

El que, mal enterado del valor de una herencia, la vende en módico precio, no puede, en juicio de buena fé ser compelido á entregarla, ni á ceder sus acciones; y antes tiene su derecho para perseguir las cosas vendidas (7).

El comprador de una herencia, si le han cedido las acciones hereditarias, las puede usar como el vendedor (8).

El que vende una herencia, pero no la entrega, puede venderla á otros y pasarles el dominio; pero queda obligado al primer comprador, *in quantum interest* (9).

Con la compra de un crédito, no se adquiere el dominio de una cosa; pero el com-

(1) Ley 2, tít. 28, lib. 4.
(2) Ley 3, id., id.
(3) Ley 5, id., id.
(4) Ley 6, id., id.
(5) Ley 8, id., id.
(6) Ley 9, id., id.
(7) Ley 11, id., id.
(8) Ley 12, id., id.

(1) Ley 13, id., id.
(2) Ley 14, id., id.
(3) Ley 15, id., id.
(4) Ley 1, tít. 29, lib. 4.
(5) Ley 2, id., id.
(6) Ley 3, id., id.
(7) Ley 3, id., id.
(8) Ley 5, id., id.
(9) Ley 6, id., id.

prador, como procurador ya *in rem suam*, tiene las acciones que el vendedor (1).

Sobre prohibiciones en la venta de seda, púrpura, cereales y otras materias, véase el título 40 del mismo libro.

TÍT. 43. DE PATRIBUS, QUI FILIOS SUOS DISTRAXERUNT.

No pueden los padres transferir sus hijos á otros, ni por título de venta, ni de donacion, ni en prenda, ni de ningun otro modo, ni aun bajo pretesto de la ignorancia del que los reciba (2).

Si alguno por escesiva pobreza, ó necesidad, vende, por causa de alimentarse, á su hijo, ó hija, recien nacidos (*sanguinolentos*), y solo en este caso puede valer la venta, el comprador puede adquirir el servicio de los vendidos. Pero es lícito al que vende, al vendido, y á cualquier estraño, recobrar la libertad de aquellos, reintegrando el precio, ó dando un esclavo en lugar del vendido (3).

TÍT. 44. DE RESCINDENDA VENDITIONE.

La venta hecha por coaccion, ó mediando mala fé, es írrita, especialmente si se devuelve el precio (4).

Si se vende una cosa en menos de la mitad de su precio, puede el vendedor recobrarla, devolviendo el precio recibido, ó el comprador retenerla, integrando el precio (5).

Perfeccionado el contrato de venta, no puede rescindirse de buena fé por uno de los contrayentes, resistiéndolo el otro, ni aun por decreto imperial para ello, á cuyo derecho el fisco mismo está sujeto (6).

Para rescindir la venta y probar la mala fé, no basta alegar que un fundo se ha vendido por menor precio del que antes costó (7).

Si ha mediado dolo, el presidente de provincia rescinde la venta; pero si llegó á perfeccionarse el contrato, siendo el vendedor mayor de 25 años, no puede aquella rescindirse por solo el mútuo consentimiento (1).

Aunque el comprador ofrezca devolver doble precio, no se rescindirá la venta, no queriendo el vendedor (2).

Si tu hijo vende un fundo tuyo con tu autorizacion, es menester que hayan mediado dolo ó fuerza para rescindir el contrato: y no basta alegar que el precio ha sido algo menos de lo justo; pero basta para rescindir una venta perfecta el haber vendido la cosa en menos de la mitad del justo precio, al tiempo de la venta, salva la facultad del comprador á suplir, ó integrar aquel (3).

No se rescinde la venta por que, en vez de dinero, se hayan dado ganados en pago, consintiéndolo el vendedor (4).

El dolo del comprador ha de apreciarse por la cualidad de los hechos; no por la cuantía del precio. Dado ese dolo, tiene el vendedor, no accion reivindicatoria contra un tercero, á quien el comprador haya traspasado la finca; sino restitucion *in integrum*, contra dicho comprador, que fué con quien contrajo (5).

Si al tiempo de la venta ignoraba el vendedor algun hecho perjudicial del comprador, puede quejarse de dolo.

Si no se ha pagado el precio convenido, ó con error de hecho se ha compensado con algun crédito, procede el reclamarlo (6).

No es menos válida la venta porque alegues que vendiste apremiado por gastos ó deudas (7).

TÍT. 45. QUANDO LICEAT AB EMPTIONE DISCEDERE.

Re integra, pueden las partes apartarse de la compra-venta por mútuo consentimiento, porque lo que se efectúa por el consenti-

(1) Ley 8, tit. 29, lib. 4.
(2) Ley 1, tit. 43, id.
(3) Ley 2, id., id.
(4) Ley 1, tit. 44.
(5) Ley 2, id., id.
(6) Ley 3, id., id.
(7) Ley 4, id., id.

(1) Ley 5, id., id.
(2) Ley 6, id., id.
(3) Ley 8, id., id.
(4) Ley 9, id., id.
(5) Ley 10, id., id.
(6) Ley 11, id., id.
(7) Ley 12, id., id.

miento, de la misma manera se disuelve por voluntad contraria. Sin embargo, verificada la entrega, no basta ya la nuda voluntad para rescindir el contrato; sino que es necesaria una convencion igual á la primera (1)

Es constante que, perfecta la venta, no se desata sino por pacto ó consentimimiento. Si se han dado arras, pueden recobrarse, segun los términos del contrato. Si diste parte del precio, tienes mas accion para que el vendedor cumpla con el contrato, que no para recobrar la parte del precio pagado (2).

TÍT. 48. DE PERICULO ET COMMODO REI VENDITÆ.

«*Post perfectam venditionem, omne commodum, et incommodum quod rei venditæ contingit, ad emptorem pertinet.*» El vendedor no está obligado sino á la eviccion, por causas anteriores á la venta, y eso, citado para salir á la causa, y no habiendo abandonado ésta el comprador (3).

Vendido vino *á cierto precio* la cántara, si aquel se malea, no es aun el peligro del comprador, como no haya pendido de él el no haberse medido el vino (4).

Es indudable en derecho que el dolo del vendedor no perjudica al comprador (5).

Si el contrato es verbal, convenidos en el precio vendedor y comprador, el riesgo es de éste, si de parte de aquel no hay mora en la entrega (6).

En la venta sin condicion, si el fuego consume la cosa vendida, es á cargo del comprador (7).

TÍT. 49. DE ACTIONIBUS EMPTI, ET VENDITI.

Contra el comprador del fundo vendido tienes accion *venditi*, y no accion *ad rem* contra el que trató contígo personalmente (1).

Para pedir lo que te se debe del precio tienes la accion *venditi*, sin que te pueda perjudicar la compensacion alegada por lo que tú puedas deber, si en un contrato de buena fé, en los cuales los mayores de 25 años son amparados contra el dolo, por el oficio del juez, demuestras que por justo error, ó por engaño de tu adversario, has pagado lo que no debias.

Si el vendedor se apodera de los frutos, anteriores á la venta, y no comprendidos en ella, tienes tambien contra él la accion *venditi* (2).

El pacto de arras no dá sino accion personal, segun sus términos (3).

El vendedor que demora la entrega, responde de los perjuicios, á juicio del juez (4).

El comprador, que ha entrado en posesion, y percibido frutos, debiendo parte del precio, lo pagará con usuras, que se fijarán segun este, atendiendo á la cuantía de los frutos percibidos, y á los privilegios de la menor edad, y eso, aun cuando el comprador no haya estado en mora para reintegrar el pago (5).

La accion *venditi*, salvo que en el principio se estipule otra cosa, sirve para reclamar el pago; no la rescision (6).

Si tu padre vende su propiedad, y no dá la libre posesion, retiene en sí todo su derecho. Por ello el presidente de provincia, encontrando que ni tu padre ni sus sucesores cedieron al comprador, ó los suyos, la libre posesion (*vacuam posesionem*), declarará que tu padre nada trasmitió. Si *ex empto* fueres tu reconvenido para la entrega, examinará si has recibido el precio; y si no lo hubieres recibido, hará que te se entregue antes (7).

Así como corresponde al comprador el maleamiento del vino, comprado sin restricciones, así tambien el mejoramiento del precio.

---

(1) Ley 1, tít. 45 lib. 4.
(2) Ley 2, id., id.
(3) Ley 1, tít. 48, id.
(4) Ley 2, id., id.
(5) Ley 3, id., id.
(6) Ley 4, id., id.
(7) Ley 5, id., id.

(1) Ley 1, tít 49, id.
(2) Ley 2, id. id.
(3) Ley 3, id. id.
(4) Ley 4, id. id.
(5) Ley 5, id. id.
(6) Ley 6, id. id.
(7) Ley 8, id. id.

No entregando el censo así vendido en cantidad y cualidad determinadas, no reclamará el comprador la cuantía del precio, sino todo lo que corresponda á su interés (*quanti interest emptori*) (1).

Perfecto el contrato, los frutos, como los gravámenes, son del comprador. El vendedor tiene accion solo á reclamar el precio, y si ha habido mora, las usuras, que el juez declarará (2).

Perfecta la venta, las crías de los ganados vendidos son del comprador; del vendedor solo los gastos hechos de buena fé (3).

Si os echan por la fuerza del fundo comprado, ninguna reclamacion teneis por ello contra el vendedor: solo teneis remedio de interdicto (4).

TÍT. 50. SI QUIS ALTERI, VEL SIBI SUB ALTERIUS NOMINE, VEL ALIENA PECUNIA EMERIT.

Si se compra con dinero de tu padre, pero otorgándose el contrato en nombre de tu madre, es indudable que esta se hace dueña de la cosa por la tradicion: tu tienes accion civil para el abono del precio entregado (5).

Si vuestro padre os entrega, estando ya emancipados, el fundo; ó por su voluntad entrais en la posesion del fundo, que cuando estaban bajo la pátria potestad, compró en vuestro nombre, el dominio es vuestro (6).

Si te se ha entregado lo que en tu nombre y el de tu hermano, á quien has sucedido, fué comprado; aunque conste del título de venta que el dinero lo pagó tu madre, puedes sostenerlo en juicio (7).

Aunque en un instumento de venta hayas escrito el nombre de tu suegra, si por la posesion te has hecho dueño de lo comprado, no temas la demanda de ella, aunque tenga en su poder la escritura del contrato (8).

(1) Ley 12, tí. 49, lib. 4.
(2) Ley 13, id., id.
(3) Ley 16, id., id.
(4) Ley 17, id., id.
(5) Ley 1, tít. 50, id.
(6) Ley 2, id., id.
(7) Ley 3, id., id.
(8) Ley 4, id., id.

Compraste con tu dinero una posesion, dando en el contrato el nombre de tu mujer, á la cual fiaste luego la custodia de los títulos. Contra la buena fé te usurpó el fundo, é hizo donacion de él á una hija: el rector de provincia declaró que no habia perjudicado á tu dominio, y ordenó la restitucion, con tasacion de los frutos (1).

Conviene distinguir, si comprando tu mujer un fundo, entregaste tú el precio, dándosele á ella posesion; ó si, verificado el contrato en tu nombre, luego despues hiciste poner el nombre de ella en los instrumentos. Porque si realmente tu mujer compró en su nombre, y á ella se le hizo la entrega, nada adquieres tú en ello, y solo tienes accion al precio pagade, en cuanto tú te has hecho por ello mas pobre, y ella mas rica. Pero si tú compraste, y á tí te se entregó la cosa, aunque despues escribieres el nombre de tu mujer, mas bien ha de estarse á la realidad del contrato, como pasó, que no á la escritura. Mas si desde el principio, haciendo tú un negocio de tu mujer, compraste; ni adquiriste para tí la accion *empti*, ni para ella, pues lo que no quieres para tí, no puedes querer para ella. En cuestiones de dominio, es mejor siempre el derecho de aquel, á quien el dueño entregó la posesion (2).

Si tus encargados compran aceituna para tí y entregas el precio, y luego el vendedor no está al contrato, tienes accion *empti*, por tí, ó por tus encargados. Pero si obrando estos en su nombre (*sui juris constituti*) compran segun tu mandato, por sí ó por mandatarios suyos, el juez decidirá lo que autorice la buena fé (3).

El que compra con dinero ajeno, adquiere para sí la accion *empti*, y el dominio, si se le ha hecho la entrega; y no para el dueño del dinero.

Si un primo hermano tuyo compra algo de los bienes comunes, ceñirás tu accion á recobrar tu dinero, pues no tienes contra él, y

(1) Ley 5, id., id.
(2) Ley 6, id., id.
(3) Ley 7, id., id.

acerca de las cosas compradas, accion *ad rem* (1).

Nada prohibe que, pagando uno el precio, el dominio se trasfiera en otro, ó por consentimiento de ambos contrayentes, ó queriéndolo así solo el vendedor, estando, como está constituido, que este contrato puede verificarse entre ausentes, y por persona intermedia, como por nuncio ó por carta (2).

TÍT. 51. DE REBUS ALIENIS NON ALIENANDIS ETC.

Si Juliano, sin ningun derecho, vende tus siervos, y el comprador sabe que son tuyos, el juez hará que te los devuelva: si no lo sabia, no te mandará devolver sino el precio (3).

Si tu marido vende tus cosas, sin tu consentimiento, aun cuando por fraude, ó engañada hayas sellado con tu sello la escritura, nada adquiere por esta ficcion el comprador, salvo que haya usucupado, ó prescrito la cosa por la prescripcion *longi temporis* (4).

El heredero del vendedor no puede rescindir una venta perfecta, segun derecho, ni revocar el dominio. Y si el mismo reivindica la cosa por derecho propio, puede el comprador defenderse por accion de dolo, sostener el contrato, ó pedir daños y perjuicios (5).

Tu padre era colono de Filipo: muerto aquel, y siendo tú ya su heredero, tu madre dió *in solutum* á Filipo los esclavos de tu padre: en nada puede eso perjudicarte. Por lo mismo, si en llegando tú á la mayor edad, no ratificas el acto, y si Filipo no ha vendido ya lo que se le dió en prenda, puedes recobrarlo (6).

Si despues de tú emancipado, tu padre vende sin tu consentimiento un fundo tuyo, el juez te lo devolverá, á no ser que hayas sucedido á tu padre, ó que el adquirente haya prescrito su derecho por la prescripcion *longis temporis* (1),

Ninguno puede perjudicarte vendiendo tus cosas, si no le estaban obligadas, ó tenia potestad de venderlas (2).

Se prohibe la enajenacion del dominio, la manumision, la constitucion de usufructo, la hipoteca, la prenda, la constitucion de servidumbres, y la enfitéusis, en otros casos, que aquellos en que lo autoriza la ley, ó se realiza por testamento, ó por pacto (3).

TÍT. 52. DE COMMUNIUM REBUS ALIENATIONE.

Si tus coherederos venden una cosa de la herencia de tu padre, tú por tu porcion tienes espedita la accion *ad rem*, á no ser que el comprador pruebe usucapion, ó prescripcion. En caso de que el derecho constituido favorezca al comprador, entonces no tienes reclamacion sino contra los que vendieron (4).

Conviene distinguir si tus coherederos han vendido una cosa hereditaria comun, ó si el fisco, que tenia parte en ella, vendió el todo, por el derecho solidario que le asiste. En este caso se sostendrá la venta: en aquel, aunque el comprador haya pagado al fisco parte del precio, y constituido en caucion la otra parte, tienes espedita accion por tu parte hereditaria (5).

Falsamente te persuadirás de que, antes del juicio *communi dividundo*, no puede ser vendida parte del prédio proindiviso, sino á un condueño, y no á un estraño (6).

Si siendo mayor de 25 años, vendes como propia una cosa comun entre tus hermanos, y el comprador ignoraba esta circunstancia, aun cuando no haya intervenido escritura pública, eres responsable al mismo en caso de eviccion (7).

(1) Ley 8, tít. 30, lib. 4.
(2) Ley 9, id., id.
(3) Ley 1, tít. 51, id.
(4) Ley 2, id., id.
(5) Ley 3, id., id.
(6) Ley 4, id., id.

(1) Ley 5, id., id.
(2) Ley 6, id., id.
(3) Ley 7, id., id.
(4) Ley 1, tít. 52, id.
(5) Ley 2, id., id.
(6) Ley 4, id., id.
(7) Ley 4, id., id.

TÍT. 53. REM ALIENAM GERENTIBUS NON INTERDICI REBUM SUARUM ALIENATIONEM.

No se prohibe á los tutores y curadores, aunque por este concepto resulten judicialmente obligados (*judicati debitores*) enagenar sus propias cosas con su propia responsabilidad (*cum sua causa*). Tu curador, por tanto, pudo obligar al fisco su fundo con sus cargas, pues que puede á los particulares (1).

TÍT. 54. DE PACTIS INTER EMPTOREM ET VENDITOREM COMPOSITIS.

Si vendes tu prédio con el pacto de que, no pagado el precio á cierto tiempo, el comprador pierde el arra, y el dominio te pertenece, vale el contrato (2).

Si tus padres venden con el pacto de que, devolviendo ellos, ó sus herederos el precio á cierto tiempo, ó cuando quiera que les convenga, volverá á ellos la cosa vendida; queriendo tú hacer valer la condicion y resistiéndolo el heredero del comprador, tienes contra él las acciones *præscriptis verbis* y *ex vendito*; habida razon de las utilidades que tu adversario ha percibido del fundo, despues de tu reclamacion, ofreciendo el precio (3).

El que vende con el pacto de que, si dentro de cierto tiempo no se le paga el resto del precio, se volverá á la cosa, no tiene reivindicacion; sino accion *ex vendito*, á menos que no diera al comprador sino posesion precaria (4).

No puede ejercitar la accion de la ley comisoria el que, llegado el dia, no entable la reivindicacion; y pedirá solo las usuras del precio no pagado (5).

Si pactaste desde el principio que, de no pagarte el precio á tiempo, se devenguen intereses, puedes pedirlos: si no lo pactaste desde el principio, te se deben solo desde que hubo mora, ya de parte del comprador, ya de la del fiador, ó quien respondió del contrato (1).

Si por consideraciones, que median entre tí y el comprador de tu prédio, se lo vendes en menos precio que el debido, y luego el comprador no responde á las consideraciones que sirvieron de fundamento para el menor precio, puedes recobrar judicialmente tu fundo, pues ninguna injuria sufre aquel en que se le devuelva el dinero que dió (2).

Si vendes con el pacto de que, *si dentro de cierto tiempo se paga cierta cantidad, la cosa se repute no vendida*, no tienes accion en el derecho contra este pacto. Pero si el comprador se retrae de pagarla, á fin de retener la cosa por derecho de dominio, tienes accion de dolo (3).

La convencion que se hace al tiempo del contrato, se sostiene, si despues no se revoca por otro pacto (4).

Si se vende con el pacto de *que el nuevo dueño no podrá de modo alguno construir monumento en el prédio comprado, ni de otra manera poner éste fuera del comercio humano*, establecemos (Justiniano), aun cuando los antiguos dudaron sobre ello, que por nuestra ley se favorezca, y mantenga íntegro el contrato. Puede convenir mucho al estipulante no llegar á tener un colindante que no quiere ó que le tiene á él puesta interdiccion. Y ciertamente: si ninguno enajena sus casas, sino confiado en lo que estipula, ¿cómo se ha de sostener que puede ser luego defraudado por ninguna interpretacion (5)?

Novelas.

Sobre la enajenacion en términos generales, y sobre enajenacion en cierta forma de bienes eclesiásticos, véanse, en su caso, las Novelas 7.ª, tít. 1.°, colacion 2.ª, y el tít. 3.°, Novela 12, colacion 9.ª

(1) Ley única, tit. 53, lib. 4.
(2) Ley 1, tit. 54, id.
(3) Ley 2, id., id.
(4) Ley 3, id., id.
(5) Ley 4, id., id.

(1) Ley 5, id., id.
(2) Ley 6, id., id.
(3) Ley 7, id., id.
(4) Ley 8, id., id.
(5) Ley 9, id., id.

Instituciones de Justiniano.

«*Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit*, ac nec arrha quidem data fuerit: *nam quod arrhæ nomine datur, argumentum est emptionis, et venditionis contractæ.* Sed hoc quidem de emptionibus è venditionibus, qui sine scriptura consistunt, obtinere oportet.....: *in his autem, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta*, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidam scripta, à contrahentibus autem subscripta: et si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint, et fuerint partibus absoluta.»

Mientras falta alguna cosa de estas, pueden, sin pena alguna, arrepentirse vendedor y comprador, salvo que ya se hubiere dado algo en concepto de arra, pues en este caso, no queriendo estar al contrato, el comprador pierde lo que dió, y el vendedor el duplo de lo recibido, y esto, ya haya intervenido, ya no haya intervenido escritura, y aun cuando nada se haya estipulado sobre el *arra*.

«*Pretium autem constitui oportet*, nam *nulla emptio sine pretio esse potest.* Sed et *certum esse pretium debet.*» Si se vende por el precio *que fije un tercero, y este lo fija, vale la venta: si no puede, ó no quiere, la venta es nula.*

«Item *pretium in numerata pecunia consistere debet.....*»

«*Quum autem emptio et venditio contracta sit..... periculum res venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit.*» Y ya la cosa perezca naturalmente ó por acaso, ya se deteriore, perece ó se deteriora para el comprador, y no puede escusarse de pagar el precio. «*Quidquid, enim, sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.*» De la misma manera es suyo el aumento y provecho: «nam et *commodum ejus esse debet, cujus periculum est.....*» Hay que atender, sin embargo, á si el vendedor se encargó de la custodia de la cosa, hasta entregarla al vendedor, en cuyo caso positivo el peligro es suyo.

El vendedor debe traspasar al comprador el derecho de reivindicar, y la *codiccion*; por cuanto subsiste en él todo lo que no entrega, ó traspasa al comprador. Lo mismo hay que decir de la accion de hurto, de daño, y de injuria.

«*Emptio tam sub conditione, quam purè contrahi potest.*»

«*Loca sacra, vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis, sciens, emit.*» Empero si, engañado por el vendedor, las compra alguno como cosas profanas, ó privadas, puede, por la accion *ex empto* reclamar daños y perjuicios. Lo mismo ha de decirse, si compró por siervo á un hombre libre (1).

CÓDIGOS MODERNOS ESTRANJEROS.

Código civil francés. (Tít. 6.°, *De la venta.*: cap. 1.°, *De la naturaleza y forma de la venta.*)

«Art. 1582. La venta es un convenio, por el cual uno se obliga á entregar una cosa, y otro á pagarla. Puede ser hecha por escritura anténtica, ó por escritura privada.

»1583. La venta queda perfeccionada entre las partes, y la propiedad pasa de derecho al comprador, por lo que respecta al vendedor, desde que hay conformidad en la cosa y en el precio, aun cuando aquella no haya sido dodo entregada, ni éste pagado.

»1584. La venta puede ser hecha puramente, ó bajo condicion, sea esta suspensiva, ó resolutoria.

»Pueden ser objeto de la venta dos, ó mas cosas alternativas.

»En todos estos casos los efectos de la venta se arreglan á los principios generales de las convenciones.

»1585. Si las cosas no son vendidas en globo, sino con sujecion á peso, número y

(1) Instituciones, tít. 24, lib. 3.° *De emptione et venditione.*

medida, no se perfecciona la venta, en el sentido de dejar de correr el riesgo á cargo del vendedor, hasta que son contadas, ó pesadas; pero el comprador tiene derecho á pedir, ó que las cosas se le entreguen; ó daños y perjuicios, caso de inejecucion del contrato.

»1586. Si por el contrario las cosas han sido vendidas en globo, la venta se perfecciona, aunque aquellas no hayan sido pesadas, contadas, ni medidas.

»1587. Respecto del vino, aceite y demás cosas que es costumbre gustar, antes del ajuste, no hay venta hasta que el comprador no la haya gustado, y quedado conforme.

»1588. La venta hecha á esperimentar, se presume siempre hecha bajo una condicion suspensiva.

»1589. La promesa de venta vale venta, desde que hay consentimiento recíproco sobre la cosa y sobre el precio.

»1590. Si la promesa ha sido hecha con arras, los contrayentes pueden arrepentirse; el que las ha dado, perdiéndolas; el que las ha recibido, devolviendo el doble.

»1591. El precio de la venta ha de ser determinado y designado por las partes.

»1592. Puede quedarse, sin embargo, al arbitrio de un tercero. Si éste no quiere, ó no puede fijarlo, no hay venta.

»1593. Los gastos de escritura y demás inherentes á la venta son de cargo del comprador.

»*Cap.* 2.° *Quién puede vender y comprar.* 1594. Pueden comprar y vender los que no tengan prohibicion legal de hacerlo.

»1595. El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, sino en los tres casos siguientes: cuando uno de los cónyuges cede bienes al otro, separado judicialmente, en pago de sus derechos: cuando el marido cede bienes á su mujer, aunque no esté separado, mediando causa legítima para la cesion, como por reemplazo de inmuebles vendidos de la misma: cuando la mujer cede bienes al marido en pago de una cantidad, que la misma le prometió en dote, con tal que medie esclusion de comunidad.

En los tres casos quedan á salvo los derechos de los herederos de uno y otro cónyuge, si hay ventaja indirecta respecto de alguno de estos.

»1596. No pueden convertirse en adjudicatarios, ni por sí, ni por interpuesta persona, pena de nulidad de la venta, los tutores, de los bienes del pupilo: los mandatarios, de los bienes que están encargados de vender: los administradores, de los bienes de corporaciones, ó establecimientos públicos confiados á su cuidado: los empleados públicos, de los bienes nacionales, cuyas ventas les están encomendadas.

»1597. Los jueces, sus suplentes, los magistrados que desempeñan el ministerio fiscal, los escribanos, ugieres, abogados, defensores judiciales, y los notarios, no pueden ser cesionarios en procesos, derechos y acciones litigiosas, que son de la competencia del tribunal en que desempeñan sus cargos, pena de nulidad, costas, daños y perjuicios.

»*Cap.* 3.° *Cosas que pueden ser vendidas.* 1598. Puede ser vendido todo lo que está en el comercio de los hombres, si por leyes particulares no está prohibida su venta.

»1599. La venta de cosa ajena es nula; y si el comprador ignoraba que era ajena, tiene accion á daños y perjuicios.

»1600. No puede venderse la sucesion á una persona viva, ni aun con su consentimiento.

»1601. Si al tiempo de la venta habia perecido del todo la cosa vendida, la venta es nula. Si solo pereció en parte, está en el arbitrio del comprador el abandonar la venta, ó pedir se le entregue la parte de ella que subsista, arreglándose entonces el precio.

»*Cap.* 4.° *Obligaciones del vendedor.* 1602. El vendedor está obligado á manifestar á qué se obliga. Todo pacto oscuro, ó ambiguo se interpreta contra el vendedor.

»1603. El vendedor tiene dos obligaciones principales: la de entregar, y la de garantir la cosa que vende.

»1604. Entregar la cosa es trasladarla á poder y posesion del comprador.

»1605. La obligacion de entregar la cosa se cumple entregando el vendedor las llaves,

si se trata de un edificio; los títulos de propiedad, si de un inmueble.

»1606. La entrega de efectos moviliarios se verifica, por tradicion Real, por entrega de las llaves de la localidad que los encierra; por consentimiento de las partes, si la entrega no puede realizarse en el momento de la venta, y si el comprador las tenia ya en su poder por otro título.

»1607. La entrega de derechos incorporales se realiza por la de sus títulos, ó usando de ellos el comprador dé consentimiento del vendedor.

»1608. Los gastos de la entrega son de cargo del vendedor, y los del trasporte, ó traslacion, del del comprador, salvo si otra cosa se estipula.

»1609. La cosa vendida ha de entregarse en el lugar, estado y tiempo de la venta, salvo estipulacion en contrario.

»1610. Si el vendedor falta á hacer la entrega en el tiempo convenido por las partes, el comprador podrá, á su eleccion, pedir la resolucion de la venta, ó que se le ponga en posesion, si la tardanza proviene de un hecho del vendedor.

»1611. En todos los casos el vendedor debe ser condenado en daños y perjuicios, si por falta de la entrega al tiempo convenido, resulta un perjuicio al comprador.

»1612. El vendedor no está obligado á entregar la cosa, si el comprador no entrega el precio, salvo que el vendedor le haya concedido un plazo.

»1613. Aun habiéndolo concedido, no está obligado á la entrega, si el vendedor quiebra, despues de hecha la venta, ó viene á un estado de desconfianza, salvo si aun asi diese garantía al vendedor de pagar al término convenido.

»1614. La cosa ha de ser entregada en el estado en que se encuentre en el acto de la venta. Desde este dia todos los frutos corresponden al comprador.

»1615. La obligacion de entregar la cosa comprende sus accesorios y todo lo que esté destinado á su uso perpétuo.

»1616. El vendedor está obligado á entregar la cosa, con su cabida, y contenido (*contenance*), tal como ha sido presentada en el contrato, bajo las modificaciones espresadas en los siguientes artículos.

»1617. Si la venta de un inmueble ha sido hecha con indicacion de su contenido, á tanto la medida, el vendedor debe entregar al comprador, si éste lo exige, la cantidad indicada en el contrato. Si esto no es posible, ó no lo exige el comprador, debe sufrir el vendedor una rebaja proporcional en el precio.

»1618. Si por el contrario, en el caso del artículo anterior resulta mayor cantidad, ó cabida (*une contenance plus grand*), que la espresada en el contrato, el comprador tiene la eleccion de sufrir el aumento de precio, ó de separarse del contrato, si el esceso que resulta supera en una veintena la cabida ó cuantía declarada.

»1619. En todos los demás casos, ya la venta sea de un cuerpo cierto y limitado; ya de fundos distintos y separados; ya empiece por la medida, ya por la designacion con la medida del objeto vendido, la espresion de esta medida no dá lugar á ningun aumento de precio, en favor del vendedor, por el esceso de la medida; ni disminucion de él en favor del comprador, por la falta en la medida, sino en el caso de que el aumento ó disminucion sea en su caso de una veintena parte del valor total de los objetos vendidos, salvo estipulacion en contrario.

»1620. Cuando, segun el artículo anterior, haya lugar al aumento de precio, el comprador tiene eleccion entre sufrir el aumento, con los intereses, si hubiese poseido el inmueble, ó apartarse del contrato.

«1621. En todos los casos, en que el comprador tiene derecho de desistirse del contrato, tiene el vendedor el deber de devolverle el precio, si lo hubiere recibido, con los gas- del contrato.

»1622. La accion para aumento de precio, por parte del vendedor, y para diminucion ó desistencia del contrato por la del comprador, han de ejercitarse dentro de un año, contado desde el dia del contrato: pasado este término, caducan dichas acciones.

«1623. Si en un mismo contrato se venden dos fundos en un solo precio, y luego re-

sulta aumento en la cabida del uno y disminucion en la del otro, se hace compensacion en la cuantía concurrente; y despues el aumento, ó diminucion de precio se hace en su caso, conforme á las reglas arriba asentadas.

»1624. La cuestion sobre si la pérdida ó deterioro de la cosa vendida y no entregada, corresponde al vendedor, ó al comprador, se ha de resolver conforme á las reglas establecidas en el título *De los contratos ó de las obligaciones convencionales en general.*

»1625. La garantía, que el vendedor debe al comprador, tiene dos objetos: primero, la posesion pacífica de la cosa vendida: segundo los defectos ocultos de la cosa vendida, y los efectos redibitorios.

»1626. Aunque al tiempo de la venta no se haya estipulado sobre garantía, el vendedor está obligado por derecho á responder al comprador sobre la eviccion que este sufre en todo ó en parte del objeto vendido, y sobre las cargas no declaradas al tiempo de la venta.

»1627. Las partes pueden convenirse sobre agravar ó disminuir esta obligacion de derecho y aun pueden suprimirla.

»1628. Aunque se diga que el vendedor no está sujeto á ninguna garantía, responde, sin embargo, por todo hecho personal: toda estipulacion en contrario será nula.

»1629. En el mismo caso de estipulacion de no garantía, el vendedor, caso de eviccion, está obligado á restituir el precio, á menos que el comprador no haya tomado sobre sí, al tiempo de la venta, el riesgo de la eviccion, ó comprado á riesgo y ventura.

»1630. Cuando se ha prometido la garantía, ó no se ha estipulado nada sobre ella, dada la eviccion, tiene el comprador derecho á reclamar del vendedor la restitucion del precio: la de los frutos, que él tiene que entregar al propietario que evicciona la finca: los gastos causados con la demanda en garantía por parte del comprador, y los ocasionados por el demandante originario: y por último las costas y gravámenes peculiares del contrato.

»1631. Aunque al tiempo de la eviccion la cosa vendida se halle de menor precio, ó considerablemente deteriorada, sea por negligencia del comprador, sea por accidentes de fuerza mayor, no por eso el vendedor deja de estar obligado á restituir la totalidad del precio.

»1632. Mas si el comprador ha sacado provecho de los desperfectos, causados por él, el comprador tiene derecho á retener una parte del precio, igual al provecho.

»1633. Si la cosa vale mas, independientemente de los hechos del comprador, el vendedor está obligado á pagar tambien este aumento del precio.

»1634. El vendedor está obligado á abonar al comprador, ó hacer que le abone el que evicciona, todos los reparos, y mejoras útiles, hechas en el fundo por este.

»1635. Si el vendedor habia vendido á sabiendas un fundo ajeno, está obligado (en el caso de eviccion) á abonar al comprador todos los gastos, aun voluntarios, ó de agrado, hechos en la finca.

»1636. Si se evicciona solo una parte del fundo, pero de tal importancia, con respecto al todo, que el comprador no hubiera sin ella comprado el fundo, puede el mismo pedir la rescision del contrato.

»1637. Si la venta no se rescinde, el comprador será indemnizado de la parte de precio, correspondiente á la parte evicciona-da, segun el que á este correspondia al tiempo de la eviccion; ya la finca hubiese aumentado su valor total, ya lo hubiese disminuido.

»1638. Si la herencia vendida está gravada, sin que se haya hecho declaracion de servidumbres, que no aparecen, si estas son de tal importancia, que pueda presumirse que, conociéndolas el comprador, no hubiera comprado, puede este pedir la rescision del contrato, caso de no contentarse con una indemnizacion.

»1639. Las demás cuestiones sobre daños y perjuicios, resultantes de la inejecucion de la venta, se decidirán por las reglas generales, establecidas en el título *De los contratos ú obligaciones convencionales en general.*

»1640. Cesa la garantía por causa de eviccion, cuando el comprador se ha dejado condenar en última instancia ó fallo inapelable, sin citar al vendedor, si este prueba que habia medios suficientes para repeler la demanda.

»1641. El vendedor está obligado á dar garantía por los defectos ocultos de la cosa vendida, que la hacen no á propósito (*impropre*) para los usos á que se destina, ó que de tal suerte disminuyen este servicio, que el comprador, conociéndolos, no la hubiera adquirido, ó la hubiera pagado en menos precio.

»1642. Está obligado el vendedor por los vicios ocultos, aun ignorándolos, á menos de haber estipulado que en ningun caso está obligado á garantía.....

»1644. En los casos de los artículos 1641 y 1643, el comprador tiene eleccion entre devolver la cosa y reclamar el precio, ó de retener aquella, y hacerse indemnizar á juicio de árbitros.

1645. Si el vendedor conocia los vicios, está, en caso de eviccion, obligado á la devolucion del precio recibido, con los daños y perjuicios.

»1646. Si ignoraba los vicios de la cosa, no está obligado mas que á devolver el precio, y los gastos del contrato.

»1647. Si la cosa ha perecido por los vicios que contenia, perece para el vendedor, que queda obligado á la restitucion del precio, con los daños y perjuicios, esplicados en los dos artículos precedentes. La pérdida por caso fortuito, es á cargo del comprador.

»1648. La accion por vicios redibitorios, debe ser intentada por el comprador en un breve término, segun la naturaleza de los vicios, y la costumbre de la localidad.

»1649. Esta accion no tiene lugar en las ventas judiciales.

»*Cap.* 5.° *Obligaciones del comprador.* 1650. La principal obligacion del comprador es la de aprontar el precio en el dia y lugar prefijados.

»1651. Si en la venta no se ha fijado tiempo, ni lugar, debe pagar donde se haga la entrega de la cosa.

»1652. El comprador pagará intereses por el precio hasta realizar el pago, en los tres casos siguientes: si se ha estipulado así en la venta; si la cosa vendida y entregada produce frutos, ú otros emolumentos; si el comprador ha sido requerido judicialmente al pago.

»1653. Si el comprador es inquietado, ó tiene justos motivos para temer que lo será por accion hipotecaria, ó reivindicatoria, puede suspender el pago, hasta que el vendedor haya alejado el peligro, á menos que no prefiera dar cancion, ó que se haya estipulado, que no obstante reclamacion, como vá dicho, el precio se entregará.

»1654. Si el comprador no paga, puede el vendedor pedir la rescision.

»1655. La rescision de la venta de inmuebles, se pronunciará desde luego (*de suite*) si hay peligro de que el vendedor pierda la cosa y el precio.

»1656. Si en la venta de inmuebles se ha estipulado que, á falta de pago en el tiempo convenido, se rescindirá de pleno derecho el contrato, puede, sin embargo, el comprador pagar, pasado el plazo, con tal que no haya sido constituido en mora por requerimiento judicial de pago, en cuyo caso ya no puede el juez concederle término.

»1657. En la venta de mercancías y efectos moviliarios, la rescision tiene efecto de pleno derecho, y sin requerimiento judicial de pago, consultando la utilidad del vendedor, luego que espire el término.

»*Cap.* 6.° *De la nulidad y de la resolucion de la venta.* 1658. Independientemente de las causas de nulidad, ó de rescision, ya esplicadas, y de las que son comunes á todas las convenciones, el contrato de venta puede ser disuelto por la facultad de *retro* (*rachat*), y por lo ínfimo del precio.

»*Pacto de retro.* 1659. La facultad de retro (*de rachat, ou de remére*), es un pacto por el cual el vendedor se reserva volverse á la cosa, mediante la restitucion del precio principal, y el desembolso de que se habla en el art. 1673.

»1660. La facultad de *retro* no puede ser estipulada por término, que esceda de cinco años. Si se estipula por mayor término, se reduce al de cinco años.

»1661. Es de rigor la fijacion de término, y no puede el juez ampliarlo.

»1662. Si el vendedor no ejercita la accion de *retro* dentro del término, el comprador se afirma irrevocablemente en la propiedad.

»1663. El término corre contra todas las personas, aun contra el menor, salvo otro recurso de derecho.

»1664. El vendedor con pacto de *retro*, puede ejercer esta facultad contra un segundo comprador de la cosa, aun cuando en el segundo contrato no se haya espresado el pacto.

»1665. El comprador con pacto de *retro*, ejerce los derechos del vendedor, y puede prescribir, tanto contra el verdadero señor, como contra los que aleguen hipoteca ú otros derechos sobre la cosa.

»1666. Puede el mismo oponer el beneficio de *escusion* á los acreedores del vendedor.

»1667. El comprador á *retro* de una parte indivisa de una herencia, que en una licitacion, suscitada contra él, se hace dueño de la totalidad, puede obligar al vendedor, si este usa del pacto, á retraer toda la herencia.

»1668. Si muchos co-herederos han vendido conjuntamente una herencia en un solo contrato, no puede cada uno ejercer la accion de *retro* sino por la parte que le correspondia.

»1669. Lo mismo sucede, si el que ha vendido una herencia á *retro* deja muchos herederos.

»1670. Mas en el caso de los dos artículos anteriores, el comprador de la herencia puede pedir que todos los vendedores conjuntamente, y todos los co-herederos, sean requeridos á ponerse de acuerdo para retraer toda la herencia, y si no conviniesen en ello, há lugar á demanda.

»1671. Si la venta de la herencia, perteneciente á muchos, no se ha hecho conjuntamente y de toda ella, sino que cada uno de por sí ha vendido su parte, puede cada uno ejercer por esta la accion de *retro*, sin que el comprador pueda obligarle á retraer el todo.

»1672. Si el comprador ha dejado muchos herederos, no puede ejercerse la accion de *retro* contra cada uno, sino por su parte, ya la herencia continúe *pro-indiviso*, ya se haya dividido. Pero si la herencia se ha dividido, y la cosa vendida se ha aplicado por lote á uno de los herederos, el vendedor puede ejercer contra este la accion de *retro* por el todo.

»1673. El vendedor que ejercita la accion de *retro*, debe reembolsar al comprador, no solo el precio principal, los gastos y derechos legales de la venta; sino tambien los reparos necesarios en la cosa, y los que hayan aumentado su valor, hasta en la cantidad concurrente de este aumento, y no puede entrar en posesion, sin haber cumplido con todas estas obligaciones.

»Cuando el vendedor entra en una heredad por virtud del pacto, no responde de las cargas hipotecarias, ú otras con que la haya gravado el comprador; pero está obligado por los arrendamientos que hubiese hecho el comprador.

»*Rescision de la venta por lesion.* 1674. Si el vendedor de un inmueble ha sufrido lesion en mas de siete dozavas partes del precio, há lugar la rescision del contrato, aun cuando el vendedor hubiese renunciado espresamente á pedir rescision, y declarado que hacia donacion del mas valor de la finca.

»1675. Para determinar si hay lesion en la forma dicha, se atenderá al valor de la finca al tiempo de la venta.

»1676. La accion de lesion caduca á los dos años, contados desde el dia de la venta. Este término corre contra las mujeres casadas, contra los ausentes, contra los que tienen interdiccion, y contra los menores, procedentes del jefe de un mayor, que ha vendido. Y asimismo corre, y no se suspende durante el tiempo fijado para la retroventa.

»1677. La prueba de la lesion no puede ser admitida sino en juicio, y solamente en el caso de que los hechos articulados sean bastante verosímiles, y bastante graves para hacer presumir de lesion.

»1678. Esta prueba no podrá hacerse sino por el juicio de tres peritos, que no for-

marán sino un proceso verbal comun, y un solo acuerdo por mayoría de votos.

»1679. Si hay diversidad de opiniones, el proceso verbal de ello contendrá los motivos, pero reservando la opinion de cada uno de los peritos.

»1680. Los tres peritos serán nombrados de oficio, á menos que las partes no se conformen en nombrar á los tres conjuntamente.

»1681. Siendo admitida la accion rescisoria, el comprador tiene eleccion entre devolver la cosa, retirando el precio que dió, ó suplir este hasta lo justo, deduciendo una décima parte del precio total. Los terceros poseedores tienen la misma accion, salvo su derecho de garantía contra el que le vendió.

»1682. Si el comprador opta por el estremo de completar el precio, debe intereses por el suplemento de este desde el dia de la demanda de rescision.

»Si prefiere devolver la cosa, lo hará con sus frutos desde el dia de la demanda. El interés del precio que pagó le es asimismo abonado desde el dia de la demanda, caso de no haber percibido ningunos frutos del fundo.

»1683. La rescision por lesion no tiene lugar en favor del comprador.

»1684. La rescision no tiene lugar en las ventas, que, segun la ley, deben ser hechas judicialmente.

»1685. Todas las reglas, antes establecidas para los casos, de que muchos hayan vendido conjunta ó separadamente, y de que el vendedor, ó el comprador, hayan dejado muchos herederos, son igualmente aplicables al caso de rescision.

»*De la licitacion.* 1686. Si una cosa comun á muchos no admite cómoda division, ó si en una division de bienes comunes, hecha por convenio se encuentran algunos, que cualquiera de los compartícipes no puede, ó no quiere recibir, se hace la venta de ellos por licitacion, y el precio se distribuye entre los compropietarios.

»1687. Cualquiera de estos puede pedir que sean llamados á la licitacion los estraños; y esto es de necesidad, cuando hay menores.

»1688. El modo y forma de la licitacion, están esplicadas en el título *De las sucesiones*, del Código civil de procedimientos.

»*Traspaso de créditos y otros derechos incorporales.* 1689. En el traspaso de un crédito, de un derecho, ó de una accion contra un tercero, la entrega se verifica entre el cedente y el cesionario, entregando los títulos.

»1690. El cesionario no se reputa señor de ella, respecto de terceros, sino hace saber la cesion al deudor..... El cesionario, sin embargo, puede igualmente quedar dueño (*saisi*) ó en posesion del derecho cedido por aceptacion del traspaso, hecho por el deudor en una acta auténtica.

»1691. Si antes que el cedente ó el cesionario hubiesen dado conocimiento del traspaso al deudor, hubiese éste pagado al cedente, será declarado libre legalmente.

»1692. La venta ó cesion de un crédito, lleva consigo los accesorios del mismo, como caucion, privilegio é hipoteca.

»1693. El que vende un crédito, ú otro derecho incorporal, debe garantir la existencia de él al tiempo del traspaso, aunque sea hecho sin garantía.

»1694. El cedente no responde de la solvencia del deudor, sino al tiempo de la cesion ó traspaso, y respecto de la cantidad que él ha recibido, como precio del traspaso.

»1695. Cuando ha prometido garantía de la solvencia del deudor, la promesa se entiende solo de la solvencia actual, y no de la ulterior, á no haberse estipulado así.

»1696. El que vende una herencia, sin especificar individualmente los objetos de ella, no está obligado mas que á acreditar su cualidad de heredero.

»1697. Si habia ya percibido los frutos de algun fundo, cobrado alguna deuda en favor de la herencia, ó vendido algunos efectos hereditarios, está obligado á reembolsarlos al comprador, salvo espreso pacto en contrario al tiempo de la venta.

»1698. Salva igual estipulacion en contrario, debe á su vez el cesionario abonar al vendedor las deudas y cargas hereditarias, que este haya pagado, y darle razon de todos los créditos que resultasen á su favor.

»1699. Aquel, contra quien se ha cedido un crédito litigioso, puede librarse, entregando el precio real de la cesion, con las costas y gastos, y con los intereses devengados desde el dia en que el cesionario pagó el precio.

»1700. Una cosa se reputa litigiosa, desde la demanda y su contestacion sobre el fondo del derecho.

»1701. Cesa la disposicion del art. 1699, cuando la cesion se ha hecho á un coheredero, ó compropietario: á un acreedor en pago de lo que se le debia: al poseedor de una herencia sujeta á un derecho litigioso.»

Austria. «Art. 1053. Por el contrato de venta cede uno á cualquiera una cosa por una suma determinada de dinero. *Hasta la entrega de la cosa vendida, la propiedad pertenece al vendedor* (1583 del Cód. francés, *diferente*).

»1054. El precio debe consistir en dinero contante. Si consiste en dinero, y en mercancías, determina la naturaleza del contrato la parte mas importante de estas dos especies.

»1056, *como* el 1592 del C. fr.

»1058. Si el precio convenido es el *ordinario*, se entiende *el precio medio del dia de la entrega*.

»1059. *Si el comprador* paga un precio, superior á la tarifa legal, *puede pedir daños y perjuicios* ante la autoridad.

»1060. Fuera de este caso no puede atacarse una venta, sino por lesion en *mas de la mitad del justo precio* (954, 945 y 1683 Código fr., *dif.*)

»1061 á 1063. El vendedor debe conservar la cosa hasta la tradicion, y el comprador estar pronto á recibirla y pagar. No mediando el pago, el vendedor no está obligado á entregarla: mas si la entrega antes del pago, el comprador adquiere el dominio de ella.

»1064. En cuanto á riesgos y provechos de la cosa vendida y no entregada, se siguen las mismas reglas, que se prescriben para el contrato de cambio: en los relativos á cosas aun no existentes, las reglas del contrato aleatorio.....

»922 y 923. El que enajena una cosa á título oneroso está obligado á garantir al comprador las cualidades convenidas de ella, y la falta de vicios, ó cargas ocultas, la propiedad y la posesion.

»924. Cuando un animal *enferma, ó muere dentro de las 24 horas* despues de la entrega, *se presume que estaba afecto del mal, antes de la entrega* (1648 C. fr., y ley francesa de 26 de mayo de 1838, sobre vicios redibitorios.)

»925. La misma presuncion tiene lugar, cuando en los cerdos se descubre bubon, dentro de los 8 dias de la venta: roña ó vicio consuntivo (*la gale*) en los carneros, dentro de los ocho dias, y piojo ó insectos roedores (*vermine*) dentro de dos meses: en el ganado mayor bubones en los 30 dias: bubones ó muermo en los caballos y animales de cuerno dentro de los 15 dias: y vértigo, ó modorra, ó insectos roedores (*vermine*) dentro de los treinta.

»926. El comprador pierde las ventajas de este privilegio, si descuida el denunciar el vicio al vendedor, luego que lo advierte.

»927. El vendedor es siempre admitido á probar que el vicio ha nacido despues de la entrega.

»928. Ninguna garantía es debida, cuando los vicios son visibles, cuando los gravámenes de la cosa vendida resultan de registros públicos, ni cuando el comprador sabe que la cosa no es del que la vende.....

»930. El que vende en globo, sin sujecion á peso, ni medida, no está tampoco obligado á garantía, ni responde de los vicios de la cosa.

»931. Si un tercero demanda al comprador, debe éste citar de eviccion al vendedor. Si el vendedor no sale á la causa, debe responder del resultado; pero puede recouvenir al comprador, si tuvo medios legales que emplear, contra el tercero y no los empleó.

»932. Si el vicio es tal, que impide el uso ó servicio ordinario de la cosa, puede pedir el comprador se deshaga el contrato. Pero si el vicio puede suplirse, no puede pedir sino que se supla. En ambos casos puede pedir daños y perjuicios, y una indemnizacion por las utilidades dejadas de percibir, caso

que el vendedor hubiere tenido mala fé.

»933. La garantía es por tres años para los inmuebles, de seis meses para los muebles.

»934. Si en un contrato bilateral una parte no ha realizado mas que la mitad del valor de lo que dió, puede pedir se rescinda el contrato, á no ser que la otra parte pague la que aun debe.

»935. La accion antedicha no puede intentarse, si el valor total ha sido reconocido, ó si se ha renunciado á él.

»936. La promesa de realizar un contrato es obligatoria durante seis años (1589, C. f., *difer.*).

»937. Las renuncias generales á toda demanda sobre nulidad del contrato, no valen.....

»1067. Son consideradas como especies de venta, la reserva de volverse á la cosa: la de reventa: la de preempcion: la venta con sujecion á ensayo, ó con la reserva de puja mayor, y la comision de venta.

»1068. El derecho de readquirir una cosa vendida se llama *rescate*, ó *recobro* (*rachat*), y el de retroventa *remeré*. Si se ha concedido este derecho al vendedor sin restricciones, hay que devolverle la cosa vendida, en buen estado, recibiendo el precio.

»1069. El comprador responde en este caso de los accidentes sobrevenidos á la cosa vendida, como un poseedor de buena fé.

»1070. Este derecho no tiene lugar sino respecto de inmuebles: es *personal* al vendedor, y *no pasa á sus herederos*. No puede ejercerse contra tercero, si el pacto no se ha consignado en los registros públicos.

»1071. El comprador *puede reservarse el revender la cosa al vendedor*. En este caso se observan las mismas reglas que en la retroventa. Pero si los pactos de *retro* son ficticios, y tienen por objeto ocultar un empeño, ó prenda, se observarán las reglas consignadas en el artículo 916.

»1072 y 1073. El derecho de preempcion, de preferencia del vendedor en la venta de la cosa por el comprador, obliga al comprador á ofrecerla, en tal caso, al vendedor primitivo. Este derecho es personal; pero se hace real, si el vendedor lo consigna en los registros públicos.....

»1075. El que tiene el mencionado derecho de preempcion, debe declarar su aceptacion, ó su voluntad, en los muebles á las 24 horas, en los inmuebles á los treinta dias de haberle ofrecido la cosa el comprador.

»1076 y 1077. Si la cosa se vende por espropiacion forzosa, la preempcion no da otro derecho al primitivo vendedor que el de ser llamado á la adjudicacion. Si no mediasen cláusulas particulares, el preemptor, ó retraente, en este caso, tiene que pagar el precio que diese el tercero, ó retraer por el tanto.

»1079. Si el poseedor ha dejado de ofrecer la cosa al preemptor, responde de todos los perjuicios que este esperimente. Pero si el derecho de preempcion era real, aun vendida la cosa sin su noticia, puede el preemptor reclamarla de el tercero que la ha comprado.

»1080 y 1082. En la venta con el pacto de retro, y d *prueba*, la cosa no se hace del comprador hasta que paga el precio. Sino se ha fijado término, es de tres dias en los muebles, y de un año en los inmuebles.

»1083 á 1085. La venta de una cosa con el pacto de poder rescindirla, si en términos prefijados hay quien pague mayor precio, se consuma por la tradicion; pero se deshace el contrato, dado el caso de la mejora. Los términos son los mismos que los prefijados en la venta *á prueba*. Al vendedor compete el juzgar si le conviene mas el segundo precio ofrecido.

»1086 á 1088. El que encomienda á otro la venta de una cosa mueble suya, en cierto precio y tiempo dado, no puede reclamarla hasta pasado el término. Durante el plazo continúa el mandante dueño de la cosa. Si esta es inmueble, ó si no se han fijado en el mandato ni precio, ni término, el contrato es mandato meramente. La cosa vendida en esta forma, no puede reclamarse nunca de un tercero que la posee con buena fé, comprada en virtud del mandato.....

»425. Los títulos de adquisicion no constituyen por sí solos la propiedad: el apode-

ramiento (*la saisine*) no se verifica sino por la tradicion y la posesion.

»426 á 429. La *tradicion* de muebles se verifica por la entrega *manual*; pero si se trata de efectos moviliarios, cuya tradicion sea imposible, como sucede en los títulos de crédito, las mercancías pesadas, etc., la ley autoriza la tradicion por signos. Si las cosas han sido remesadas, la transmision no se verifica sino por su recepcion, á menos que el destinatario no haya indicado el modo de remitirlas.....

»432 y 432. La transmision de la propiedad de inmuebles no se verifica sino por inscripcion del título en los registros públicos, y la sustitucion en ellos de un propietario por el otro.

»433 á 435. Si la venta es de bienes rurales, solo el vendedor puede presentarse en persona á verificar la inscripcion; pero si no se presenta, ó si se trata de bienes, que radican en poblacion, se debe formalizar un contrato, que tenga todas las enunciaciones características de la venta, y la adhesion del vendedor á la inscripcion del adquirente como propietario.»

Badem. «1583. La venta de un inmueble no se perfecciona sino por la inscripcion en los registros públicos de propiedades inmoviliarias.

»1587. Si hay acta pública de venta, no es necesaria la degustacion, salvo pacto en contrario. El comprador debe realizar la degustacion en los tres dias despues de requerimiento judicial por ugier para verificarla; en caso contrario queda invalidada la venta, salva siempre cláusula en contrario, favorable al comprador.....

»1604. El vendedor soporta los gastos *ordinarios* de conservacion; el comprador los estraordinarios, y los relativos á los frutos....

»1644. El comprador no puede nunca devolver una cosa que ha depreciado por alteraciones hechas en ella.»

Bavlera. «Lib. 4.°, cap. 2.° Art. 1.° Son contratos consensuales los que se perfeccionan por solo el mútuo consentimiento sin necidad de tradicion. El principal de ellos es el de venta.

»2.° Puede comprar y vender todo el que puede contratar.

»3.° Pueden ser objeto de una venta todas las cosas no prohibidas de serlo.....

»5.° No hay rescate ó *retro* (rachat) sino cuando el precio ha consistido en moneda contante.

»6.° Toda venta simulada es nula.

»7.° Cuando el precio *no se ha fijado con precision*, la venta *puede ser anulada hasta cuarenta años*, desde el dia del contrato.

»9.° *Como los arts.* 1614, 1625 y 1650 Código francés.

»10. El comprador no está obligado á recibir un equivalente de la cosa vendida, mientras es posible al vendedor entregar la misma, ó en especie (*en nature*).....

»15. La garantía de eviccion se entiende solo de la eviccion, que es el resultado de un juicio.....

»19. La nulidad por causa de lesion enorme, esto es, en mas de la mitad del precio, no puede ser propuesta sino por el lesionado; mas no para eviccionar de un tercero (1694 C. f., *difer.*).

»20. Cuando es el vendedor el que pide la rescision por causa de lesion enorme, el comprador tiene opcion, ó de suplir el precio hasta lo justo, ó de restituir la cosa *sin los frutos*, y percibir el precio *sin intereses* (1682 C. f., *difer.*).

»21. Si es el *comprador* el que *pide la rescision* por lesion enorme, el vendedor tiene opcion, ó de restituir todo lo que ha recibido demás, ó de recibir la cosa *sin los frutos* (1683 C. f., *difer.*).

»22. La accion de rescision por causa de lesion dura *treinta años*, á contar desde el dia del contrato (1676 C. f., *difer.*). Esta accion no tiene lugar en las ventas judiciales, ni cuando ha sido *ordenada por testamento* con precio fijo, ni, por último, *cuando se consigna que el vendedor conoce el precio real* de la cosa vendida.

»23. (*Como* el 1641 C. f.). La accion procedente por vicios redibitorios en las ventas de caballos no tiene lugar sino *por tres enfermedades*, y en los 15 dias despues de la

venta (1648 C. f., y *ley francesa de 26 de mayo de* 1838).....

»Lib. 4.°, cap. 4.° Art. 1.° La venta de cosas, que no están en comercio, es nula Si la cosa está fuera del comercio por una ley, y no por su naturaleza, y el comprador ignoraba aquella, debe el vendedor indemnizarle.....

»4.° La accion por lesion enorme no tiene lugar respecto de cosas que están por venir, ni en las litigiosas. Se prohibe y es nula la venta de cosechas pendientes de granos, ó que están todavía en pié.

»5.° Si la cosa ha de ser gustada, no hay venta hasta la degustacion. No há lugar á suplemento de precio en favor del vendedor, por esceder la cosa de la medida anunciada.

»6.° Si se han vendido muchas cosas á la vez, hay que distinguir si el precio se ha fijado por el todo, ó por cada cosa: en el primer caso el comprador no está obligado á pagar hasta que todas se le entreguen; en el segundo hay tantas ventas, como cosas.

»Si veade una universalidad de bienes, con sus derechos y sus cargas, el vendedor no responde de eviccion, sino por el todo.

»7.° Las sucesiones, *todavía no deferidas*, pueden ser objeto de venta (1130 y 1160 C. f., *difer.*). En la venta de una sucesion, ya deferida, no tiene lugar la accion por lesion enorme; ni el vendedor responde de eviccion, sino por el todo en globo.

»8.° La garantía en ventas de inmuebles es por tres años; en las de muebles por seis meses.

»9.° Cuando una misma cosa ha sido vendida á muchos, sin mala fé de ninguna de las partes, tiene la preferencia el primer comprador, si la cosa no ha sido aun entregada á otro: si lo ha sido, éste la retendrá, pero en los dos casos há lugar á la indemnizacion de los perjudicados.

»10 y 11. Hay *venta graciosa*, cuando el vendedor dá la cosa por un precio mínimo, ó cuando el comprador la paga en un precio muy elevado. Este contrato, *mitad venta, mitad donacion*, está sujeto á las reglas sobre donaciones. En este caso no tiene lugar la lesion enorme; pero es menester que esté probada la voluntad de donar.

»12. Cuando la venta ha sido hecha con cláusula suspensiva, el comprador, durante el período de la suspension, no adquiere propiedad, ni frutos, aun cuando la cosa le haya sido entregada.

»13. Si hay cláusula resolutoria, esto es, si el comprador debe volver la cosa, aunque un tercero, en un término prefijado, ofrezca mayor precio, adquiere aquel, sin embargo, la propiedad, y hace suyos los frutos desde el dia de la entrega; pero dada la cláusula resolutoria, debe restituir uno y otro. En los dos casos antedichos el comprador tiene preferencia, allanando el precio ofrecido por el tercero.

»14. Si se ha estipulado que la venta quede nula, no pagándose el precio al tiempo convenido, no es necesario requerimiento judicial de pago, para que tenga efecto la estipulacion (1656 C. f., *difer.*).....

»Lib. 4.°, cap. 12. Art. 1.° Si el vendedor usa del derecho de recobrar la cosa (*rachat*) devuelve el precio sin interés: el comprador devuelve la cosa sin los frutos: el vendedor le indemniza de las reparaciones necesarias. El término prefijado es perentorio, y corre aun contra el menor. El término de *retro* puede ser por un plazo indefinido; en cuyo caso no corre la prescripcion.

»Contrato *estimatorio* es aquel en que se dá á uno una cosa á condicion de devolverla en especie (*en nature*), ó de pagar el precio que se fije. En este caso, entregada la cosa, se trasmite la propiedad de ella, y al que la recibe es con todos los riesgos. Suele emplearse este contrato para hacer vender una cosa por medio de un revendedor, ó traficante por menor. No hay contrato estimatorio, cuando el que entrega la cosa se reserva sus derechos sobre el todo, ó sobre parte de la suma que la venta produzca, además del precio convenido; pero no cambia la naturaleza del contrato el salario señalado al revendedor, ó encargado de dar salida á la cosa.»

Canton de Berna. »Art. 707. Por el contrato de venta se debe entregar una co-

sa, mediante precio cierto, á la libre disposicion del adquirente.

»798. El precio debe ser espresado en metálico, ó *evaluado* en la misma forma.

»799. Si no media esta formalidad, el contrato es de cambio.

»800. La venta de frutos pendientes no puede ser opuesta á los acreedores hipotecarios, mientras los frutos no han sido levantados; pero es nula, si en el intermedio quiebra el vendedor (689 *Cód. francés de procedimiento civil*).

»801 y 802. Las licitaciones no son públicas, si no han sido autorizadas por el presidente, asistiendo notario y ugier, y anunciándose ocho dias antes, por lo menos.

»803. Antes de la licitacion, el notario leerá el pliego de cargas, que quedará sobre la mesa á disposicion de los concurrentes.

»804. El notario formalizará proceso verbal de la licitacion.

»805. La adjudicacion se hará en el acto, si el vendedor no ha fijado condiciones.

»806. Si el comprador no llena luego estas condiciones, responde de todos los perjuicios al vendedor.

»807. Si el remate es de muebles, el notario no consignará en el proceso verbal mas que la puja mas elevada.

»808. El vendedor está obligado á entregar la cosa al término convenido, ó al primer requerimiento judicial. Si la cosa perece por accidente, antes de entregarla, queda rescindido el contrato.

»809. A falta de término estipulado, el comprador debe recibir la cosa, cuando se la ofrece el vendedor, y pagar entonces el precio, salvo pacto en contrario.

»810. La parte que no cumple, responde de los perjuicios que resultan.

»811. La contraventa de inmuebles debe otorgarse por escrito.

»812. El vendedor de un inmueble puede reservarse hipoteca en la cosa para seguridad en el pago del precio.

»813. En este caso el contrato debe ser por ante notario.

»814. El comprador *puede estipular una accion en garantía para el caso de eviccion.*

»815. Salvo pacto en contrario, la reventa supone el mismo precio de la venta.

»816. La reventa no puede estipularse sino en los inmuebles, por diez años en favor del vendedor: si no se fija término, se entiende el de un año únicamente. No puede ejercitarse esta accion contra terceros, sino cuando se ha estipulado en la venta

»817. Durante el plazo de *retro*, no puede el comprador gravar la finca con cargas reales.

»818. Si el vendedor usa de la accion de retro, debe reintegrar los gastos de las reparaciones útiles.

»819, 820 y 821. La accion de *retracto*, puede ser ejercida por los parientes espresados en el artículo 823, á menos que la venta haya tenido lugar en licitacion pública y cuando se trata de *cambio de muebles.*

»822. Si el contrato abraza muebles é inmuebles, el retracto debe ejercitarse por todos.

»823. El derecho de retracto es esencialmente personal. Puede ser ejercitado por los ascendientes, hermanos, las hermanas y los descendientes del vendedor, *á escepcion de los hijos, que se hallan bajo la pátria potestad.*

»824. En el retracto tienen preferencia los descendientes sobre todos los otros: despues de ellos los ascendientes, y despues los colaterales.

»825. Si al comprador compete el derecho de retracto, no pueden ejercerlo en su perjuicio los que están en el mismo grado que él.

»826. Si concurren á retraer muchos parientes en un mismo grado, el primero que demanda escluye á los otros.

»827. El que haya de intentar el retracto debe advertir de ello al comprador en el *término de tres meses*; y caso de ausencia *en el de seis.*

»828. El comprador puede exigir que jure el retrayente que ejercita su accion por solo su interés personal.

»829. A su vez el retrayente puede defenderse con juramento del vendedor que procura escluirle de su derecho, oponiendo que medie un contrato ficticio.

»830. El retrayente entregará al comprador lo que éste haya pagado, responderá de las obligaciones del mismo, y le indemnizará de las pérdidas, y de las reparaciones necesarias.

»831. Cuando haya satisfecho á todo lo dicho, el comprador le hará entrega de la cosa.

»832. El derecho de retracto se estingue: primero, por renuncia: segundo, por espirar el término legal.

»833. El que manifiesta que quiere retraer, y no llena las obligaciones antes espresadas, puede ser compelido á ello, á peticion del comprador, y será condenado en daños y perjuicios.»

Cerdeña. »*Naturaleza y forma de la venta.* «Art. 1588. La venta es un convenio en que uno se obliga á entregar una cosa y otro á pagarla.»

1589 á 1595, *como* el 1583 á 1589 C. f. El último artículo añade, «que la promesa de venta de inmuebles debe reducirse á escritura pública, como la venta.»

1596 á 1598, *como* el 1590 á 1592 C. f. El último artículo añade: «Se puede tambien estipular que el tercero, en cuyo arbitrio se pone el precio, se nombrará de comun acuerdo, *despues de la venta*, con tal que se añada, que de no haber conformidad en la eleccion del tercero, *lo elegirá el juez.*»

«1599. Para la fijacion del precio pueden tambien los contrayentes referirse *á las mercuriales de un lugar, ó mercados determinados.*»

Quien puede comprar y vender. 1600, *como* el 1593 C. f.

1601, *como* el 1594 C. f.

«1602. El contrato de venta no puede tener lugar entre marido y mujer, sino en los casos siguientes: cuando el uno cede al otro, separado judicialmente, algunos bienes en pago de sus derechos: si la cesion ó venta tiene por motivo el quitamiento de una deuda del cónyuje que compra, ó el empleo de una suma, de que este último es reconocido propietario.»

1603 y 1604, *como* el 1596 y 1597 C. f.; pero añadiendo: «Son esceptuados de la presente disposicion los contratos, en que se trata de acciones hereditarias entre coherederos, de cesion en pago de deudas, ó de la garantía de los bienes que ellos poseen.

»Los abogados y procuradores, no pueden, fuera de esto, hacer por sí, ni por persona interpuesta, con sus clientes, ningun trato ni contrato de venta, donacion, cambio, ni otros semejantes, sobre bienes sujetos al litigio, en que prestan su ministerio, pena de nulidad, daños y perjuicios.»

Cosas que pueden venderse. 1605 á 1608, *como* el 1598 á 1601 C. f.

Obligaciones del vendedor. 1608 á 1610, *como* el 1602 y 1603 C. f.

1611 á 1631, *como* el 1604 á 1624 C. f.

1632 á 1634, *como* el 1623 á 1647 C. f.

«1635. La accion por vicios redibitorios debe ser intentada por el comprador dentro de cuarenta dias, á contar desde la entrega de la cosa, tratándose de animales; y en el de tres meses, si de otros efectos moviliarios; salvo costumbre de mayores ó menores términos.» *(Véase la ley francesa ya citada, sobre vicios redibitorios.)*

1636, *como* 1649 C. f.

Obligaciones del comprador. 1637 á 1660, *como* 1630 á 1633 C. f.

«1661. El vendedor de un inmueble no puede pedir la rescision del contrato por falta del pago del precio. Toda estipulacion en contrario se coosiderará *no escrita.*»

«1662. En materia de mercancías y otros efectos muebles, tiene lugar de pleno derecho la rescision de la venta en favor del vendedor, cuando el comprador no se presenta á entregarse de las cosas, antes de espirar el término prefijado para ella; y cuando se presenta, pero sin hacer simultáneamente entrega del precio, salvo si para el pago se hubiera estipulado plazo mas largo.»

Nulidad y rescision de la venta. 1663, *como* 1638 C. f.

1664 y 1665, *como* 1639 y 1660 C. f.

«1666. En la venta á *retro*, es de rigor la fijacion de término. Sin embargo, si antes de haber corrido *pide el vendedor que se prorogue*, el tribunal, oyendo sumariamente al comprador, y teniendo en cuenta *lo módico*

del precio, ú otros motivos justos, *podrá conceder un nuevo plazo*, que no podrá esceder de la mitad del estipulado, y en ningun caso por mas de un año, á contar desde la conclusion del primero: despues de lo cual ya no se admitirá nueva peticion de próroga, ni de restitucion *in integrum*.»

1667 á 1674, *como* 1662 á 1669 C. f.

1675, *como* 1670 C. f., y *añade aun*: «Sin embargo, si muchos co-herederos, ó co-vendedores, ó alguno de ellos no quiere usar del pacto de *retro*, los otros, y aun alguno solo de ellos podrá hacerlo en su provecho particular.»

1676 á 1678, *como* 1661 á 1673 C. f.

«*De la lesion*. 1679. Si el vendedor ha sufrido lesion en mas de la mitad del precio, de un inmueble, puede pedir la rescision del contrato, *aun cuando espresamente hubiera renunciado á este derecho*; y espresado que donaba el resto del precio.

»1680. Para saber si hay lesion, han de estimarse el estado y precio de la cosa al tiempo de la venta.»

1681, *como* 1675 C. f., solo que el término para reclamar de lesion es aquí de *cinco años*.

1682 á 1684, *como* 1677 á 1680 C. f.

«1685. Los peritos no formarán sino un proceso verbal comun, y *un solo acuerdo á pluralidad de votos*. De resultar diferentes juicios, se motivarán en el proceso; pero *sin que conste el autor* de ellos.

1686 á 1690, *como* 1681 á 1685 C. f.

Licitacion. 1691 á 1693, *como* 1686 á 1688 C. f.

Venta de créditos. 1694, *como* 1689 C. f.

«1695. En esta clase de ventas se observarán las reglas establecidas para las obligaciones en general.»

1696 á 1698, *como* 1690 á 1692 C. f., añadiendo además, que en la venta de créditos no se comprenden, *sino se espresan*, las rentas ó intereses vencidos.

1699 y 1700, *como* 1693 y 1694 C. f.

«1701. Cuando el cedente garantiza la solvencia del deudor, sin que se fije tiempo á esta garantía, se entiende por un año, á contar desde el acto de cesion, si ya habia espirado el término del pago del crédito: si no habia espirado la garantía, dura un año despues que cumple dicho término. Si la cesion es de rentas perpétuas, dura diez años la garantía, desde el dia de la cesion.»

1702 á 1707, *como* 1696 á 1705 C. f.

Dos Sicilias. 1427 á 1438, *como* 1532 á 1593 C. f.

1439 á 1445, *como* 1594 á 1600 id.

«1446. Se prohibe la venta de frutos y cosechas pendientes, cuando la entrega ha de hacerse por peso, número, ó medida, y cuando el precio se fije de antemano, á menos de referirse al que tengan en el dia de la recoleccion. Si se hubiese entregado alguna cantidad á cuenta del pago, el comprador tiene el derecho de reclamarla con los intereses al tipo corriente, desde que la entregó. Por lo dicho no se entiende prohibida la venta en globo de una cosecha pendiente, en todo ó en parte, por un precio determinado.»

1447 á 1462, *como* 1601 á 1616 C. f.

«1463. Si la venta de un inmueble se ha hecho con indicacion de entrar en ella lo que aquel contiene, á razon de tanto la medida, el vendedor está obligado á sufrir una rebaja proporcional en el precio.»

1464 á 1493, *como* 1618 á 1638 C. f.

1495, *como* 1649 C. f., y añadiendo: «Tampoco tiene lugar la accion redibitoria en las ventas de muebles que se verifican en las plazas y mercados públicos, salvo estipulacion en contrario.»

1496 á 1519, *como* 1650 á 1673 C. f.

«1520, *como* 1674 C. f., pero estableciendo que la lesion enorme ha de ser en mas de la mitad del precio.»

1521 á 1526, *como* 1675 á 1680 C. f.

1527, *como* 1681 C. f., menos las palabras «bajo la reduccion de la décima del precio total.»

1528 á 1545, *como* 1682 á 1701 C. f.

Malta. «Art. 1307 á 1381, *como* 1582 á 1596 C. f.

1382, *como* 1397 id., sustituyendo «*defensores públicos ó defensores oficiosos*.»

1383 á 1442, *como* 1398 á 1657 id.

1443, *como* 1658 id, suprimidas las palabras «*por lo módico del precio*.»

1444 á 1458, *como* 1659 á 1673 id.

1459 á 1474, *como* 1686 á 1701 id.

En el Código de Haiti, version del francés, como se vé, se suprimen los arts. 1674 á 1680 de este, relativos á la rescision por lesion.»

Holanda. «Art. 1493. El párrafo 1.° del 1582 C. f.

»1494. La venta se perfecciona luego que han convenido en la cosa y en el precio; aunque aquella no haya sido entregada, ni este pagado.

»1495. El comprador no adquiere la propiedad de la cosa, sino le ha sido entregada con las formalidades de los artículos 667, 668 y 671.

»1496. Cuando la cosa vendida consiste en un *cuerpo cierto y determinado*, el comprador queda á los riesgos desde el momento de la venta, aunque la tradicion no se haya realizado; y el vendedor tiene el derecho al pago.

»1497. Cuando las cosas no se venden en globo, sino con sujecion á número, peso y medida, continúan á riesgo del vendedor hasta que son contadas, pesadas, ó medidas.

1498 y 1499, *como* 1586 á 1588 id.

«1500. Cuando se han dado arras ó dinero á Dios, no puede ser rescindido el contrato, ni porque se pierdan, ni porque se devuelvan.»

1501 y 1502, *como* 1591 á 1593 id.

1503, *como* 1593 id.

1504, *como* 1597 id.

1505 y 1506, *como* 1596 id., y añade: «El modo en que el tutor puede comprar bienes inmuebles del menor, se halla determinado en el art. 457, título *De la minoría*. Está sin embargo en las facultades del Rey conceder dispensa á los administradores, contra la prohibicion contenida en este artículo.»

1507, *como* 1599 C. f.

1508, *como* 1601 id.

Obligaciones del vendedor. 1509 á 1511, *como* 1602 á 1604 id.

1512 y 1513, *como* 1608 y 1609 id.

1514 y 1515, *como* 1612 y 1613 id.

«1516. Si no se verifica la entrega por culpa del vendedor, puede el comprador pedir la nulidad, conforme á los arts. 1302 y 1303.»

1517 á 1521, *como* 1614 á 1618 C. f.

1522, *como* 1619 id., salvo que ahora la diferencia en la medida es de una décimaquinta parte, en vez de una vigésima.

1523 á 1535, *como* 1623 á 1635 id.

1536, *como* 1638, pero añadiendo: «Con tal que él intente la accion de eviccion dentro del año de haber causado ejecutoria el juicio sobre eviccion.»

1537 á 1542, *como* 1637 á 1643 id.

«1543. En los casos de los artículos 1540 y 1542, el comprador tiene eleccion entre devolver la cosa y reembolsar el precio, ó de retener la cosa, pero pidiendo una parte del precio que el juez fijara, prévio juicio pericial.»

1544 á 1550, *como* 1645 á 1651 id.

«1551. Aun sin estipulacion espresa sobre ello, el comprador debe intereses del precio, si la cosa entregada produce frutos, ú otros emolumentos.»

1552, *como* 1653 id.

1553, *como* 1654, y añade que «de conformidad con los arts 1302 y 1303.»

1554, *como* 1657 C. f.

Facultad de retro. 1555, *como* 1658 id.

1556 á 1568, *como* 1660 á 1673. id.

Venta de créditos. 1569 á 1575, *como* 1692 á 1693 id.

«1576. Si antes de la entrega de la librauza, ú otro derecho incoporal vendido, el deudor hubiese pagado al vendedor, será declarado legalmente libre.»

Luisiana. «*Naturaleza y forma del contrato de venta.* Art. 2415. En todos los casos, para los cuales no se fijen reglas especiales en este título, se estará á las reglas generales, establecidas en el título *De las obligaciones convencionales.*

»2214. La venta es un contrato consensual, por el que uno se obliga á entregar una cosa y otro á pagarla: así tres cosas concurren á la *perfeccion* de este contrato: la *cosa* vendida, el *precio* y el *consentimiento.*

»2215. Toda venta de *inmuebles* y de esclavos debe hacerse por *acta auténtica*, ó por *escritura privada. Toda venta verbal* de es-

los objetos es *nula*, así *entre las partes*, como respecto de terceros, y *no se admitirá prueba testimonial*.

»2416. *Vale la venta verbal* de efectos *movibles*, en cualquier cantidad que sea; pero la prueba testimonial será conforme á lo prescripto para las obligaciones convencionales.

»2417. La venta de todo *inmueble* ó esclavos, hecha por escritura privada, no surtirá efecto, ni contra los acreedores de los contrayentes, ni contra terceros en general, sino desde el dia del registro de la misma.

»2318. Nadie puede comprar sus cosas propias: si por error las comprase, aun así es nula la venta, y el precio se devuelve.

»2419. Las ventas de inmuebles, ó de esclavos, que los padres hacen á sus hijos, pueden ser combatidas por los herederos forzosos, bajo el concepto de donacion improcedente, si éstos prueban no ha mediado precio alguno, ó si ha mediado, que no pase de la cuarta parte del precio real de las cosas al tiempo de la venta.»

Personas que pueden comprar y vender. 2420 y 2421, *como* 1594 y 1595 C. f.

2422, *como* 2597 id.

Cosas que pueden ser vendidas. 2423, *como* 1598 id.

«2424. Pueden venderse, no solo las cosas corporales, como los muebles, inmuebles, esclavos, animales, mercancías; sino tambien las cosas incorporales, como una deuda, una herencia, una servidumbre, y cualesquier otros derechos.

»2425. Tambien se venden las cosas de porvenir, como los frutos de una cosecha pendiente, esclavos ó animales que podrán nacer.

»2426. Tambien se vende una *esperanza incierta*, como el pescador lo que pesque.»

2427, *como* 1599 C. f.

«2428. Intentada la reivindicacion de una cosa, no puede ésta venderse, pendiente el juicio, de modo que la venta perjudique al reivindicante.»

2429 y 2430, *como* 1600 y 1601 C. f.

Perfeccion del contrato. 2431 á 2435, *como* 1598 id.

2436, *como* 1615 id.

2437, *como* 1589, y añade: «Mas para que produzca este efecto, ya respecto de las partes, ya de terceros, la promesa de vender, es menester que esté revestida de todas las formalidades prescritas en los arts. 2414 y 2415, en todos los casos en que la venta debe realizarse por escrito.»

2438 y 2439, *como* 1590 y 1591 C. f., y añaden: «El precio ha de consistir en una suma pecuniaria, pues de otro modo la venta es cambio. Debe ser formal, esto es, séria y formalmente convenido su pago, y proporcionado al valor de la cosa.»

2440 y 2441, *como* 1592 y 1593 C. f.

«*Riesgo de la cosa vendida y no entregada.* 2442. Perfeccionado el contrato, los riesgos de la cosa vendida son del comprador, salvas las modificaciones subsiguientes.

»2443. Hasta la entrega de la cosa debe conservarla el vendedor con la diligencia de un buen padre de familias; si por falta de ella la cosa perece ó se deteriora, es de su cuenta.

»2444. No tiene éste responsabilidad, si el comprador es moroso en recibir la cosa, salva culpa lata (*negligence graviore*) de parte del vendedor.

»2445. Si la morosidad en la entrega es de parte del vendedor, responde éste hasta por caso fortuito; á no demostrarse que éste hubiere ocurrido lo mismo despues de la entrega.

»2446. Vendida la cosa bajo condicion suspensiva, si perece antes que se cumpla la condicion, es á cargo del vendedor; si solo se deteriora, el comprador puede elegir entre el resarcimiento ó la rescision del contrato. Si mejora, sin que sea debido al vendedor, mejora para el comprador.

»2457. En las ventas alternativas, ya la eleccion se haya dejado al comprador, ya al vendedor, la primera cosa que perece despues del contrato, perece para el vendedor; y debe entregar la otra, pues si perece éste tambien, perece para el comprador, que debe entregar el precio.

»2448. En el caso del artículo precedente, si fué el comprador el que quedó con la

eleccion, puede separarse del contrato, si perece una de las cosas, antes que él sea en mora de recibir la entrega.»

Obligaciones del vendedor. 2449 á 2451, *como* 1602 á 1625 C. f.

Entrega de la cosa vendida. 2452 y 2453, *como* 1604 á 1606 id.

«2453. La ley considera la tradicion de inmuebles inseparable del acta pública que transfiere la propiedad de ella.

»Si la cosa vendida queda en poder del vendedor, sea á título de usufructo, sea de precario, hay presuncion de simulacion de venta. Las partes deben formalizar la venta en presencia de terceros.»

2457, *como* 1607 C. f.

«2458. Cuando el vendedor no está en posesion de la cosa que vende, *debe recobrarla á su costa*, para entregarla al vendedor, salvo pacto en contrario.»

2459 á 2470, *como* 1608 á 1619 C. f.

«2471. En ningun caso há lugar al aumento, ni á la diminucion del precio por diferencia en la medida, cuando el objeto ha sido vendido por sus linderos y colindantes y de límite á límite.»

2472 á 2475, *como* 1620 á 1623 C. f.

«*De la eviccion.* 2476. Eviccion es la pérdida, en todo ó parte, por el comprador, de la cosa comprada por los derechos de un tercero.»

2477, *como* 1626 C. f.

«2478. Para que el vendedor responda de eviccion, es menester que el derecho del que evicciona existiera antes de la venta. Si antes de ésta el derecho era imperfecto, y se perfeccionó despues por negligencia del comprador, no tiene éste reclamacion de eviccion.»

2479 á 2487, *como* 1627 á 1636 C. f.

«2488. La responsabilidad por eviccion tiene lugar, no solo por la pérdida de una parte de la cosa vendida, sino por los productos procedentes de ella, como la eviccion del hijo de una esclava, despues de la muerte de su madre.

»2489. Mas si se han vendido los derechos sucesorios, la pérdida de alguno de ellos por eviccion no dá lugar á reclamar en tal concepto.

»2490. Si antes de realizada la venta es evicciouada alguna parte de ella, *tiene derecho el comprador á la rebaja de una parte proporcional del precio* (1637 C. f., *difer.*).»

2491 y 2492, *como* 1638 y 1639 id.

«2493. El comprador demandado, si quiere conservar el derecho á reclamar, debe citar de eviccion al vendedor, para que acuda á defenderle.»

2494, *como* 1640 C. f.

«2495. Cuando el *vendedor* se vé obligado á perseguir judicialmente lo que de hecho le perturba en el disfrute de la cosa, *debe anunciar al vendedor la accion que intenta*, y, ya sea que éste tome parte por él, ya deje de hacerlo, *está obligado á indemnizarle*, en caso de condena.

Accion redibitoria. 2496 y 2497 *como* 1641 y 1642 C. f.

«1498. El comprador no puede intentar accion redibitoria por los defectos, no aparentes, que el vendedor le ha declarado al tiempo de la venta, ó antes de ella. Sobre esta declaracion se admite prueba testimonial.

»2499. Los defectos, no manifiestos, de las cosas insinuadas, que dan lugar á la accion, son los espresados en los artículos 1496 y 1497.

»2500. Los vicios, no aparentes, en los esclavos y en los animales, son de cuerpo y de índole.

»2501. Los de cuerpo son absolutos y relativos. Son absolutos aquellos, cuya existencia basta para dar lugar á la redibicion. Relativos los que solo dán lugar á la accion, en la proporcion de la inutilidad que causen.

»2502. Los vicios absolutos de los esclavos son la lepra, la locura, y la vejez (*mal caduc*).

»2503. Los vicios absolutos del caballar y mular son el asma, el muermo, y la debilidad escesiva (*fourbuture*).....

»2505. Los vicios de índole, ó de carácter, que dan lugar á la redibicion en los esclavos, son, caso de probarse: haber cometido un crímen capital: ser dado al robo: ser habitualmente marron.

»2506. Los de los animales entran en la definicion general, antes dada.

»2507. Si una cualidad, espresada por el vendedor, dá lugar á la venta, y luego resulta que la cosa no la tiene, procede la redibicion.

»2508. Para que haya lugar á la accion redibitoria, se ha de probar que el vicio existia antes de la venta. Si aquel se presenta hasta *tres dias* despues de la venta, *se presume que existia antes de ella.*

»2509. Si el vendedor ignoraba los vicios, no está obligado mas que á la devolucion del precio, con daños y perjuicios, y los gastos de conservacion; á no ser que cubran estos los frutos percibidos.

»2510. Si la cosa perece por causa de estos vicios, la pierde el vendedor.

»2511. Si por caso fortuito, antes que el comprador intente la accion, la pierde el comprador.

»2512. La accion redibitoria ha de intentarse dentro del año de la venta, á menos que el heredero no conociese el vicio y lo haya dejado ignorar, y si ha estado ausente durante el año.

»2513. En las ventas de animales no puede intentarse la redibicion sino dentro de los 15 dias inmediatos despues de la venta.

»2114. Puede intentarse la accion, *despues de la pérdida del objeto*, si esta no ha provenido de culpa del comprador.»

2515, *como* 1649 C. f.

«2516. La accion redibitoria no es divisible entre los herederos del comprador, ó no puede intentarla cada uno; sino que han de ser *todos juntos.*

»2517. Puede ser dirigida ante los herederos del vendedor colectivamente, ó *contra uno de ellos*, á eleccion del comprador.

»2518. El vicio redibitorio de una de las cosas, vendidas en conjunto, no causa *la redibicion de todas*, si todas están emparejadas, como un tiro de caballos, una yunta de bueyes.

»2519. Ya sea que el vicio haga inútil del todo la cosa, ya que haga su uso de todo punto incómodo, ó ya no haga mas que disminuir su valor, el comprador puede *reducir su accion ó que se le devuelva el precio.*

»2520. Tambien puede reducirlo á dicho efecto, cuando la cualidad, que se dijo tenia la cosa, y luego resulte no tenerla, no es de gran consideracion para empeñarse en pedir la redibicion.

»2521. Una vez pedida la reduccion de precio, no puede luego pedirse la redibicion.

»2522. La accion de reduccion de precio está sujeta á las mismas reglas y limitaciones que la accion redibitoria.»

2523, *como* 1645 C. f.

«2524. En este caso la redibicion puede intentarse en todo tiempo; pero nunca despues de un año de descubierto el vicio. Nunca se presume este descubrimiento; sino que tiene que probar el vendedor.

»2525. Se reputa dolo el afirmar el vendedor una cualidad en la cosa, de la cual sabe el que carece. El dolo aquí dá lugar á la redibicion, ó á la reduccion del precio, con daños y perjuicios.

»2526. La renuncia á la garantía de parto del vendedor, por el comprador, no es obligaria para este, mediando dolo de parte de aquel.

Obligaciones del comprador. »2527. El comprador está obligado á pagar el precio, aceptar la trasmision, y recoger la cosa vendida, si esta es susceptible de ello, *indemnizando al vendedor de los gastos de conservacion.*»

2528, *como* 1650 C. f.

«2529. Si el comprador no paga el precio, puede obligarle el vendedor, ofreciendo por su parte la entrega de la cosa, si ya no ha tenido efecto.

»2530. Si despues de la venta, y antes que el vendedor esté en *mora* de entregar la cosa, perece esta, no por eso deja el comprador de estar obligado á pagar el precio.»

2531, *como* 1652 C. f.

«2532. Si se ha fijado término para el pago, corren intereses, espirado el término.

»2533. El comprador que descuida hacerse entrega de la cosa, despues de haber sido reputado en mora, debe daños y perjuicios al vendedor.

»2534. El vendedor, aun en las ventas de cosas muebles y de esclavos, puede, si la custodia le es molesta, pedir se le autorice

para consignarles fuera de su poder, de cargo del comprador, despues de haberle avisado del dia y de la hora en que saldrian de su poder.»

2535, *como* 1655 C. f., y añade: «Esta regla tiene escepcion, si el comprador *ha sido advertido del peligro de la eviccion*.»

«2536. En el caso del artículo anterior, el vendedor que no pueda pedir el pago, á causa de no dar caucion, puede pedir que el precio se deposite.

»2537. Tambien el comprador puede pedir el depósito, para librarse del pago de intereses.

»2538. Si el comprador ha pagado, antes de que se le perturbe, no tiene derecho á pedir, ni la devolucion del precio, ni caucion.»

2539 y 2540, *como* 1654 y 1655 C. f., solo que el plazo concedido por el juez no puede esceder de seis meses.

2541 y 2542, *como* 1656 y 1657 C. f.

«2543. Si por falta del pago, el vendedor se vé precisado á retener, ó á volver á recojer la cosa, si ésta ha bajado en precio, está obligado el comprador á indemnizarle de la diferencia.»

Nulidad y rescision. 2544, *como* 1698 C. f.

Retroventa. 2545 y 2546, *como* 1659 y 1660 C. f., solo que aquí son diez años en vez de cinco, para la retroventa.

2547 á 2552, *como* 1661 á 1666 id.

«2553. El comprador hace suyos los frutos, hasta que el vendedor hace uso de la accion de *retro*.

»2554. El mismo se hace propietario absoluto de los aumentos naturales de la cosa por accesion, sin obligacion, por tanto, á devolverlos. No obstante, si no pueden ser separados de la cosa sin deteriorarla, el vendedor puede pedir se le apliquen por su justo precio.

»2555. En cuanto á los aumentos, que provienen de la industria del comprador, tiene éste derecho en igual forma á su abono, ó á que se le entreguen, si la cosa puede reducirse á su primitivo estado.

»2556. Al que ejerce la accion de *retro*, se le ha de entregar la cosa en el estado en que se halle. Si se ha deteriorado sin culpa del comprador, la pérdida es para el vendedor. Si por culpa, aunque ligera, del comprador, responde este del deterioro.»

2557 á 2562, *como* 1667 á 1672 C. f.

«2563. Los acreedores del vendedor no pueden usar del derecho de *retro*, que él tendria.

»2564. Cuando el vendedor hace uso de la accion de *retro*, le pertenecen los frutos pendientes, desde el dia de la devolucion, ó consignacion del precio.»

2565 y 2566, *como* 1663 C. f., menos su disposicion final; y añade: «Si el vendedor se vuelve á la heredad, despues de diez años, de consentimiento del comprador, la lleva con todos los gravámenes hipotecarios y demás cargas, impuestas por este.»

Lesion. 2567, *como* 1674 C. f., solo que la lesion ha de ser en mas de la mitad del precio.

2568, *como* 1675 C. f.

«2569. Si el inmueble ha sido vendido en menos de la mitad del justo precio, el vendedor tiene eleccion entre devolver la cosa ó completar el precio (1682 C. f.).

»2570. En el primer caso, debe intereses del suplemento del precio desde la demanda de rescision por lesion: en el segundo, devuelve los frutos que haya producido la cosa, y percibe intereses del precio que dió.»

2571, *como* 1683 C. f.

«2572. La accion de lesion no tiene lugar en la venta de muebles, de esclavos y de frutos; ni en la de una herencia, ó de derechos sucesivos, hecha á un estranjero. Tampoco en la de créditos, ni en la judicial de inmuebles.

»2573. Dicha accion se ha de ejercer dentro de los primeros cuatro años, que corren, para los menores desde el dia que entran en mayor edad; para los mayores, desde la fecha de la acta de la venta.

»2574. El término corre y no se entenderá suspendido, pendiente el de retroventa.

»2575. El vendedor que pide la rescision por lesion en mas de la mitad del precio, ha

de recibir la cosa en el estado que ésta tenga: el comprador *no responde de los deterioros ocurridos por culpa suya* antes de la demanda; ni debe mas que el reintegro de los que hayan cedido en su utilidad.

»2576. Al vendedor se le abonan las mejoras, aun las de puro agrado.

»2577. Tiene derecho el mismo á retener la cosa, hasta que sea reintegrado del precio y de los gastos.»

2578, *como* 1683 C. f.

Prusia. «Tít. 10, part. 1.ª Art. 1.° No se adquiere la propiedad *sino por la tradicion real*, proveniente, ya del vendedor particular, ya de la autoridad judicial (1583 C. f., *difer.*).

»2. La adquisicion de un inmueble no se perfecciona sino por la inscripcion en el registro público. La inscripcion no tiene lugar sino *de una acta auténtica*.

«Tít. 9.°, part. 1.ª, Art. 1.° La venta es un contrato por el cual uno se obliga á trasmitir la propiedad de una cosa, y otro á pagarla.....

»3. Nadie puede ser obligado á vender lo que le pertenece, sino en virtud de derechos que nazcan de una ley, de un pacto, ó de un testamento.

»4. El Estado puede exigir la venta por causa de utilidad pública: el soberano decide por sí de la necesidad de estas ventas, pero los tribunales pueden intervenir para fijar el precio (345 C. f. *y ley francesa de 8 de julio de* 1833.).....

»12. El acta de la venta debe contener, pena de nulidad, el nombre del vendedor, el precio de la cosa vendida, y el nombre del adquirente, ó por lo menos la insinuacion de otra persona, ó de alguna circunstancia que lo indique.....

»19. El vendedor debe tener la libre disposicion de la cosa, y el comprador la de adquirir y poseer.

»20. Un administrador no puede comprar las cosas que administra, ni sus frutos, sin el consentimiento espreso del propietario.»

«Tít. 5.°, part. 1.ª Arts. 211 y 212. Las arras se deducen del precio. No se libran de la obligacion, ni el vendedor restituyendo las arras, ni el comprador perdonándolas, salvo pacto en contrario.....

»218. Si deja de ejecutarse el contrato por culpa del que dió las arras, no las puede reclamar, pero el importe de ellas se descontará del de los daños y perjuicios.

«Tít. 11, part. 1.ª Art. 32. Si la cuantía de la cosa se ha convenido por peso ó medida, se entienden peso y medida del lugar de la entrega.

»33. Si la venta es á elegir entre muchas cosas, y una de ellas perece antes que elija el comprador, queda este libre de la obligacion, y el vendedor, si la cosa pereció por culpa suya, responde de daños y perjuicios.....

»35. Sobre el precio convenido no puede exigirse nada, á título de agasajo, alborque, gajes, etc.....

»59 á 60. Si el precio escede del duplo del valor de la cosa, hay presuncion de error, que invalida la venta, y el comprador puede pedir la rescision.

»61. El valor de la cosa se determina por peritos al tiempo del contrato.....

»65 á 69. No procede la demanda de rescision, si el comprador se halla imposibilitado de devolver la cosa, ó si ha renunciado á ello. *No puede proponerse rescision por el vendedor* (1683 C. f., *difer.*).

»70 y 71. Las convenciones que semejen venta, serán juzgadas segun la naturaleza de ellas.....

»75. En la venta se observarán las formalidades generales de los demás contratos.

»76. El vendedor debe entregar la cosa con todos sus accesorios y dependencias.....

»82. Si la venta de un inmueble se ha hecho por, ó con arreglo á inventario, á éste habrá que atenerse.

»83 y 84. Si una heredad se vende con todo lo que contiene, se comprenden los frutos pendientes, y los ya separados del suelo.....

»92. Si no se ha fijado término para la entrega, puede pedirlo el comprador, luego que haya cumplido con sus obligaciones.....

»97 á 99. Hasta la entrega, todos los riesgos de la cosa son d *cargo del vendedor*, á menos que no la haya puesto en depósito, ó

secuestro, ó que la culpa del entorpecimiento sea del comprador.

»100. Si la cosa perece *por caso fortuito, antes de ser entregada, se rescinde el contrato*.....

»105. Mientras el vendedor corre los riesgos de la cosa, *puede percibir los frutos*; pero no pueden disfrutarse á un tiempo frutos y precio.....

»117 y 118. Cuando se vende un conjunto de cosas, ó una cosa en globo, ó en el estado que ella se encuentre, corre el comprador todos los riesgos y percibe todos los frutos, desde que se firma el contrato. Si la cosa queda en poder del vendedor, es éste reputado *administrador* de cosa ajena.....

»128. Entre ausentes se reputa realizada la tradicion de cosas muebles desde que se entregan al mandatario, al correo, ó á cualquier encargado, segun las órdenes del comprador.....

»134. Sin embargo, si quiebra el comprador antes de llegar la cosa á su poder, puede el vendedor reclamar la propia cosa.

»135. El vendedor garantiza al comprador la propiedad, y la libre disposicion de la cosa.....

»137. El comprador puede renunciar á esta garantía.

»138. Pero el vendedor queda siempre y en todos los casos responsable de su hecho personal.

»139. En la enajenacion de cosa ajena, *no es nula la venta*; pero si el vendedor no puede entregar todo ó parte de la cosa, el comprador será indemnizado en todo (1599 C. f. *difer.*).....

»143 á 146. Caso de reivindicacion por un tercero, el comprador citará de eviccion al vendedor: si omite esta formalidad, *podrá el vendedor emplear contra él todos los medios que hubiera podido ejercitar contra el reivindicante*.....

»153. Si las partes han convenido sobre perjuicios en caso de eviccion, ninguna otra accion puede intentarse.

»154. Si se ha vendido una cosa ajena, con buena fé del comprador, puede recobrar aquella su dueño: si el comprador es poseedor de mala fé, debe restituir, y no tiene accion sino contra el que le vendió.....

»158. El propietario, que para recobrar la cosa de su propiedad, ha satisfecho al comprador de buena fé el precio del rescate, puede reclamarlo del vendedor.....

»164. Si la eviccion es solo relativa á una parte de la cosa, ó bien á un accesorio de ella, se aplicarán en la cuestion las reglas generales de los contratos, esto es, el comprador podrá pedir la rescision, ó bien que se esté á las reglas de la eviccion total, teniendo en consideracion el precio del rescate.....

»175. El vendedor no responde de las cargas ordinarias de la cosa raíz, sino en caso de haberlas ocultado, ó si se ha obligado espresamente á ello.....

»183 á 188. El vendedor responde de todas las servidumbres privadas, que no haya indicado en el contrato, aun ignorándolas. En este caso el vendedor puede pedir rescision, ó indemnizacion.....

»192. Si no se especifica la cualidad de la cosa vendida, será aquella la que se presume en las de su especie. En todo caso la cosa se entregará en el estado que tenia al tiempo de la venta.

»199 á 202. Si un animal vendido enferma, ó muere, dentro de las *veinticuatro horas*, siguientes á la tradicion, *es á cargo del vendedor*.....

»205. Si las 24 horas espiran antes de la declaracion de enfermedad, debe probar el comprador que esta existia antes de la tradicion.

»206. En el caso de no haber lugar á la rescision, ó al reembolso, la indemnizacion se fijará por peritos.

»207. Si una cosa se ha vendido con sujecion á peso, número ó medida, el comprador no está obligado á recibirla sino así; pero si la recibe, no tiene derecho sino á que se le supla lo que falta.....

»215. Cuando el vendedor está pronto á entregar la cosa en los términos del contrato: el comprador debe recibirla. Si lo rehusa, puede el vendedor pedir depósito judicial.....

»222 y 223. Si el comprador tiene justos temores de que se le perturbe, puede sus-

pender el pago, salvo estipulacion en contrario, ó que se le dé caucion.

»224 á 226. La venta se entiende *al fiado*, aun hecha á precio contante, si el vendedor *deja pasar ocho dias* sin hacer gestion para recobrar el precio. En tal caso *no puede pedir rescision por no pago*.....

»229. En la venta de muebles por valor inferior á 50 escudos, puede el vendedor rescindir el contrato, si los muebles ó mercancías no se recojen al tiempo estipulado. Lo propio puede hacer en caso de no pago...

»247 y 248. Cuando se rescinde un contrato de venta, si nada se ha estipulado sobre gastos, *cada parte sufre la mitad*.....

»250. Caso de rescision por lesion en mas de la mitad del justo precio, el comprador restituye la cosa en el estado que la recibió, y no responde de casos fortuitos. La accion por lesion no tiene lugar sino en favor del comprador (1383 C. f., *difer.*).....

»258. Si la venta es con una condicion suspensiva, y sin embargo se entrega la cosa, el comprador no se reputa sino administrador de ella hasta que se realiza la condicion.....

»261. Si la rescision es limitada á un caso determinado, basta la tradicion para trasferir la propiedad.....

»263. Una condicion impuesta en el contrato, se reputa resolutoria, en caso de duda, si antes de cumplirse se entrega la cosa al comprador.....

»266. La condicion de restitucion, caso de no pagarse el precio al tiempo determinado, se asimila á la condicion resolutoria.....

»272 á 287. Si mediando condicion suspensiva, ó resolutoria, se estipula que se rescindirá la venta, si dentro de un término fijo hay quien ofrece precio mayor, tiene el comprador preferencia por el tanto, durante ocho dias despues del requerimiento judicial.....

»296. En la venta con pacto de *retro*, la cosa se le devuelve al vendedor en caso de duda, por el mismo precio en que la vendió.

»297. En caso de retroventa, si el precio habia sido pagado, se compensará los frutos con los intereses de aquel, salvo estipulacion en contrario.

»298. El vendedor con pacto de *retro*, debe recibir la cosa en su caso, en el estado en que la misma se encuentra, salvo deterioro, proveniente de culpa del comprador.....

»301. Si la cosa perece en totalidad, se estingue el derecho de *retro*.....

»303 á 307. El adquirente, como poseedor de buena fé, debe ser indemnizado de las mejoras que haya verificado: y asimismo deben tomársele en cuenta los gastos necesarios que haya hecho para la conservacion de la cosa, si esceden de los productos de un año.....

»310. El vendedor, que hace uso del pacto de *retro*, abona los gastos y legítimos desembolsos.....

»312. El derecho de *retro* no puede cederse á un tercero, sin el consentimiento del poseedor de la cosa.....

»317. El derecho á la *retroventa*, puede tener lugar, ya por convencion espresa, ya por el espíritu del contrato: ejercítase *en todo tiempo*, y no se estingue por la prescripcion (1660 C. f., *difer.*)....

»321. Los pactos de *retro*, que tienen por objeto paliar una usura, son nulos.....

»327. Se presume que el pacto de *retro* se constituye en favor del vendedor; pero puede tambien constituirse *en favor del comprador*.....

»329. Las rentas redimibles no pueden redimirse sino por el que las debe pagar, salvo si por tres años consecutivos no ha pagado los caidos, en cuyo caso, el que tiene el derecho de *retro*, puede ejercitarlo,....

»333. La venta con la condicion de gustar la cosa, ó ensayarla, no produce su efecto hasta que el comprador *no manifiesta, espresa, ó tácitamente, su voluntad de quedarse con ella.*

»334. Hay declaracion tácita, cuando el precio ha sido pagado sin reserva, ó cuando ha espirado el término fijo para el pago.....

»380. La simple asignacion de un crédito, no es cesion del mismo.....

»382. Se pueden ceder todos los derechos que no están ligados á la persona.

»383 á 385. Se pueden ceder derechos litigiosos, salvo á personas dependientes del tribunal en que se litigue, en cualquiera de las instancias....

»390 á 392. En la cesion de un crédito no tiene lugar la rescision por lesion; pero sí accion criminal en caso de dolo.

»393. La entrega se verifica por la declaracion espresa de trasferencia del cedente, y aceptacion del cesionario.

»394 y 395. Si el derecho se apoya en un documento escrito, la trasferencia debe hacerse por escrito, y el deudor no se libra legalmente, si paga á otro cesionario, que al que produce el documento original y el de trasferencia (1690 C. f. *difer.*).....

»400 y 401. Esta regla no se aplica á las letras de cambio, hipotecas ni billetes al portador, cuyos documentos se sujetan á leyes especiales.....

»408 á 412. Para la validez de la cesion de un crédito, no es menester el asentimiendel deudor, pues por ella no se hace mas onerosa su condicion; y sin embargo, no puede pedir caucion, aun cuando haya temores de que no podrá oponer al cesionario las mismas escepciones que al cedente.»

413, *como* 1691 C. f.

«414 y 415. El cedente, ó el cesionario, pueden intimar judicialmente la cesion al deudor, pero el cesionario debe presentar sus títulos dentro de tercero dia.....

»418. Si la cesion se ha hecho bajo condicion dilatoria ó resolutoria, y el deudor debe ó quiere pagar antes de su cumplimiento, se depositarán judicialmente los fondos.....

»420 y 421. El cedente responde al cesionario de la realidad de los derechos cedidos, á no haberlos cedido como dudosos, ó que el cesionario haya renunciado á la garantía.....

»427 á 430. No procede garantía, sino se espresa formalmente, cuando la credencial cedida está inscripta en el registro de hipotecas, ó, si siendo quirografaria, el precio de la cesion es inferior al valor nominal.

»431. Los accidentes sobrevenidos despues de la cesion, son de cargo del cesionario, aun en el caso de que el cedente deba garantía.....

»434. Si el cesionario concede plazo al deudor sin consentimiento del cedente, pierde el derecho de reclamar contra éste.....

»436. Si el deudor quiebra antes del vencimiento de la deuda, se reputa esta dudosa desde el dia de la cesion; y entonces el cesionario puede reclamar contra el cedente (1695 C. f., *difer.*).....

»440. La garantía comprende la restitucion, las costas y los daños y perjuicios.....

«442. Siempre que un tercero paga en nombre y lugar del deudor, se sustituye en todos los derechos del acreedor, y puede reclamar de este los títulos de crédito y de cesion».

Suecia. «En lo sucesivo el vendedor no podrá reservarse, ni reservar á otros en las ventas, ni en las particiones, la facultad de retroventa sobre la propiedad raiz enajenada. Toda estipulacion de este género es nula. (ley de 1.° de mayo de 1810: art. 1639 C. f., *difer.*).

Cap. 3.° *De la propiedad raiz.* La venta de una heredad rural, ó urbana, paguda, parte en tierra, parte en dinero, constituye un cambio, si es mayor la cantidad de tierra, que la de dinero.»

«Cap. 4.° Art. 1.° Toda acta de venta de una propiedad rural, para surtir efecto, debe ser presentada ante el tribunal de la radicacion de la finca. *El contrato será leido en tres audiencias públicas.* Si nadie ataca la venta *dentro del año y dia* de la publicacion, ó hasta *la tercera lectura*, en los lugares, donde no hay mas que una audiencia judicial por año, *el juez ratificará la venta*, espidiendo testimonio de ello, con su firma, su sello y el del tribunal (*cour*) (1).

(1) Por la ley de 13 de junio de 1800 se ordenó luego que el procedimiento de ratificacion se ultime en la primera audiencia del año, despues del contrato, pena de una multa. Las partes no pueden estipular no someterse á esta disposicion, pena de nulidad.

Mas adelante, por la ley de 3 de mayo de 1815 se dispuso que la publicacion de la venta no se verifique, sin que el comprador satisfaga á la Hacienda pública todos sus derechos.

»1. Si la heredad vendida radica en diversos distritos judiciales, en todos se hará la publicacion, y se espenderán los testimonios de ratificacion. Estos se registran en cada tribunal.

»2. El acta de venta de propiedades urbanas *será publicada* en la casa de villa, á puerta abierta, *en tres lunes, con un mes de intervalo*. Si el lunes que corresponde es feriado, se hace la publicacion al siguiente. *Si trascurren doce semanas* despues de la tercera publicacion, sin que nadie reclame, *el concejo de la villa confirma la venta.*

»En esta ratificacion judicial se consignará exactamente la situacion de la finca.

»3. En la lectura del contrato se espresará exactamente el precio de la venta.

»4. Si una propiedad se ha vendido muchas veces, solo la primera venta es válida. El vendedor pagará una sesta parte del precio, con los daños y perjuicios.....

»5. Las tierras acensuadas deben ofrecerse al señor, antes de la tercera publicacion, el cual puede quedarse con ellas.....

»6. El tutor no puede vender los inmuebles del menor para mantenerlo, sin probar la necesidad ante el juez, el que, oyendo á los parientes mas próximos, concederá ó negará el permiso. Esta enajenacion no puede ser combatida por el menor en su mayor edad.

Canton de Vaud. Art. 1112, *como* el 1582 C. f., en su párrafo 1.°

1313, *como* 1583 C. f., y añade: «en todo caso la venta de un inmueble no se perfecciona sino *por escritura auténtica*: hasta tanto no hay entre el vendedor y el comprador sino promesa de venta.»

«1114. La promesa de venta no produce accion, sino cuando es resultado de una licitacion pública, cuando pasa ante notario, y cuando toda el acta, con su fecha y firma, son de mano del promitente.

»1115. Verificada así, puede la parte promitente ser obligada por justicia al otorgamiento del acta auténtica, ó en daños y perjuicios, á eleccion del demandante.

»1116. Toda promesa de venta de inmuebles prescribe á los seis meses.

»1117. *No puede hacerse venta de inmuebles con condicion suspensiva, ni resolutoria, ni con pacto de retro*, pena de nulidad (1659 á 1673 C. f., *difer.*).

1118 á 1120, *como* 1584 á 1586 C. f.

1121, *como* 1588 id.

1122, *como* 1590 id.

1123, *como* 1593 id.

1124, *como* 1594 id.

«1125. El contrato de venta no tiene lugar entre marido y mujer (1595 C. f., *difer.*).»

1126 y 1127, *como* 1596 y 1597 C. f.

1128, *como* 1598 C. f.

«1129. No puede alegarse contra un tercero la venta de cosechas, si no se ha verificado dentro del año corriente.»

1130, *como* 1599 C. f.

1131 y 1132, *como* 1600 y 1601 id.

1133 y 1134, *como* 1602 y 1603 id.

1135, *como* 1604 id.

«1136. En venta de inmuebles el otorgamiento del acta auténtica equivale á entrega.»

1137 á 1148, *como* 1606 á 1617, id.

1149, *como* 1619, id.

1150 y 1151, *como* 1619 y 1620 id.

1152 á 1154, *como* 1622 á 1624 id.

1155, *como* 1625 id.

1156 á 1167, *como* 1626 á 1637 id.

1168, *como* 1638 id., y añade: «En este caso la accion de rescision del contrato prescribe al año, á contar desde el otorgamiento del acta ante notario: la accion de indemnizacion prescribe al año tambien, á contar desde el dia en que el comprador ha descubierto la servidumbre.»

1169, *como* 1639 C. f.

«1170. Cesa la responsabilidad por causa de eviccion, cuando el comprador no ha hecho citar de eviccion al vendedor en el término prevenido por las leyes.

»1171. La accion redibitoria no tiene lugar mas que en los muebles, salva la escepcion contenida en el art. 1168.»

1172 á 1178, *como* 1642 á 1647 C. f.

«1179. La accion redibitoria se prescribe á los *cuarenta y dos dias* despues de la entrega.

»1180. La fijacion de los vicios, que dan lugar á la redibicion, se verificará en una ley especial» (*ya queda citada la de Francia*).

1181, *como* 1649 C. f.

1182 á 1183, *como* 1650 á 1653 id.

«1186. Si se ha perfeccionado la venta de un inmueble, no puede el vendedor pedir rescision porque no se le haya entregado el precio.

»1187. Tampoco puede pedirse por eso en la venta de muebles, cuando ya han sido entregados; y sí, antes que lo sean.

»1188. La accion de *retro* en la venta de muebles, no puede ejercerse contra un tercer adquirente de buena fé; pero el comprador que los traspasó, faltando á la condicion, pagará los daños y perjuicios.

»1189. Si una cosa comun no admite cómoda division, ó si en una particion voluntaria hay algunos bienes, que alguno de los compartícipes no pueda ó no quiera recibir, se hará licitacion, y el precio se partirá.»

1190, *como* 1687 C. f.

1191, *como* 1688 id.

«1192. La cesion de un crédito no puede hacerse sino por acta auténtica, ó bajo firma privada.

»1193. En el primer caso se reputa entregado respecto de terceros, desde la fecha de la cesion: en el segundo, desde que la cesion se comunica á los terceros, ó al deudor; desde la aceptacion de este en acta auténtica, ó desde que es cierta la aceptacion del cesionario.»

1194 y 1195, *como* 1691 y 1692.

1196 y 1197, *como* 1693 y 1694, añadiendo: «el que vende un crédito, no mantiene las hipotecas, salvo estipulacion en contrario.

»1198. Cuando el vendedor responde de la solvencia del deudor, se entienda por un año, salvo pacto en contrario, y desde la fecha de la trasmision, si el plazo para el pago estaba cumplido; si no habia vencido, responde por un año, despues del vencimiento.

Si el crédito es reembolsable en un término, que aun no ha vencido, el término de la garantía es el de un año despues del vencimiento. Si el crédito es de renta perpétua, la garantía dura diez años.

Las antedichas disposiciones se aplican á la hipoteca.

1199 á 1201, *como* 1699 á 1701 C. f.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

Seccion I. Reseña histórico-jurídica: consideraciones generales.

Sec. II. Naturaleza de la compra-venta.

Sec. III. De la forma del contrato de venta.

§. 1.° *Diversos modos de celebrar el contrato.*

§. 2.° *Compra-venta simple: compra-venta condicionada.*

§. 3.° *Licitacion voluntaria.*

§. 4.° *Venta judicial.*

§. 5.° *Venta forzosa.*

§. 6.° *Compra forzosa.*

§. 7.° *Sobre otorgamiento de escritura.*

§. 8.° *Registro público ó de hipotecas.*

Sec. IV. Quiénes pueden vender y comprar.

Sec. V. Del consentimiento y de la perfeccion del contrato.

§. 1.° *Del consentimiento.*

§. 2.° *De la perfeccion del contrato.*

§. 3.° *Acciones que nacen del contrato.*

Sec. VI. De las cosas vendibles y de la cosa vendida.

§. 1.° *Cosas vendibles.*

§. 2.° *De la cosa vendida.*

§. 3.° *Venta alternativa ó disyuntiva de cosas.*

§. 4.° *Venta sucesiva de una misma cosa á dos ó mas compradores.*

§. 5.° *Venta de cosa ajena.*

§. 6.° *Venta de cosas, aun no existentes: de cosas y derechos*

contingentes: de la esperanza.
§. 7.° *Venta de una herencia.*
§. 8.° *Venta de cosechas pendientes.*
§. 9.° *Venta de créditos y otros derechos incorporales.*
§. 10. *Venta de derechos y cosas litigiosas.*
§. 11. *Empeño de la cosa vendida.*
§. 12. *De la entrega de la cosa vendida.*
SEC. VII. DEL PRECIO Y DEL PAGO: CONSUMACION DEL CONTRATO.
§. 1.° *Del precio.*
§. 2.° *Del pago.*
§. 3.° *Consumacion del contrato.*
§. 4.° *De la compra con dinero ajeno.*
SEC. VIII. DE LA ARRA Ó SEÑAL.
SEC. IX. DEL VENDEDOR: RESÚMEN DE SUS OBLIGACIONES Y DERECHOS.
SEC. X. DEL COMPRADOR: RESÚMEN DE SUS OBLIGACIONES Y DERECHOS.
SEC. XI. CONDICIONES.
SEC. XII. PACTOS.
§. 1.° *Pactos en general.*
§. 2.° *Pacto de la ley comisoria.*
§. 3.° *Pacto de adicion in diem.*
§. 4.° *Pacto de retroventa.*
§. 5.° *Pacto de preemption, ó preferencia por el tanto.*
SEC. XIII. CONSECUENCIAS NATURALES DEL CONTRATO.
SEC. XIV. NULIDAD DEL CONTRATO: DOLO: VENTA DE LA COSA EMPEÑADA.
SEC. XV. RESCISION DEL CONTRATO.
§. 1.° *Fuerza: miedo.*
§. 2.° *Condiciones resolutorias.*
§. 3.° *Lesion.*
§. 4.° *Causas redibitorias.*
§. 5.° *Acciones redibitoria y quanti minoris.*
SEC. XVI. RETRACTO.
SEC. XVII. CONVENCIONES DE NATURALEZA DUDOSA DE VENTA: VENTA ESTIMATORIA.
SEC. XVIII. PROMESA DE VENTA, DE NO VENDER, Ó DE NO HACERLO SINO EN FORMA DETERMINADA.

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICO-JURÍDICO: CONSIDERACIONES GENERALES.

Habiendo existido la tierra, de suyo fructífera, antes que el hombre; antes que el hombre, y que la sociedad política, existió la materia de la *permuta*.

No así el *dinero*, instrumento y condicion necesaria de la compra-venta. Los frutos primordiales son una creacion natural; el dinero, como tal, ó en su representacion numismática, una creacion oficial, ó legal, que no puede existir, ni aun se concibe, sin la sociedad política, pues que solo en ella hay, y puede haber, autoridad comun, autoridad soberana, que determine la materia, la ley en su caso, la forma, el tipo, el valor legal y el curso general y obligatorio del dinero. En la vida errática, que, como, por desgracia del género humano, existe hoy en tantas regiones, pudo existir, y existió sin duda, en el principio de los tiempos; antes de la poblacion agrupada, por aumento de la familia primitiva, por union espontánea de muchas familias, por union forzosa, en fin, como la conquista; antes, por último, del *apropiamiento* de la tierra, ya esta ofrecia, sin la mano del hombre, como hoy ofrece en las regiones sin civilizacion y de poblacion salvaje, frutos espontáneos, que el hombre, tomándolos antes que otros, hace suyos por el hecho, y puede permutar con otro, y en igual forma se ha apropiado otros diversos: pero permutar fundos, frutos ó efectos *por dinero*; ó dinero por efectos, fundos ó frutos, no puede sino al influjo, y bajo cierto grado de civilizacion social. La permuta, pues, existió, y existe antes, mucho antes, que la compra-venta.

Así, y aunque solo en términos generales, atendiendo á la forma, al fin, y á la prioridad de tiempo, pudo decir el jurisconsulto Paulo, y con él Justiniano (1), y despues to-

(1) Ley 1, tit. 1, lib. 18 del Digesto.

dos los espositores del derecho, que la compra-venta *trae su principio* de la permuta. «*Origo emendi, vendendique, á permutationibus cœpit.*» «Porque antes, añade el mismo Paulo, y el Emperador Justiniano repite con él, no habia dinero, como ahora. Ni una de las cosas se llamaba *mercancía* (*merx*) y otra *precio*: sino que cada uno, segun la necesidad de los tiempos y de las cosas, permutaba las cosas *inútiles* por las *útiles* (*utilibus inutilia permutabat*), pues que con frecuencia acontece, que á uno *sobra* lo que á otro falta. Mas por cuanto no siempre ni fácilmente ocurria, que teniendo tú lo que yo deseaba, yo tuviese á mi vez lo que tú deseabas adquirir, eligióse una materia, cuya estimacion *pública* y *perpétua* ocurriese con la igualdad de cuantidad á las dificultades de la permuta: y esta materia, batida, ó reducida por autoridad pública á una forma legal (*forma pública percusa*), representa el *uso* y el *dominio* (*usum et dominum præbet*), no tanto por la sustancia, cuanto por la cuantidad (*non tam ex substantia, quàm ex quantitate*). Y ya en virtud de ello no seguirán llamándose *mercancías* (*merx*) las dos cosas del contrato; sino que una de ellas se llama *precio*.»

Al hablar de la permuta, examinarémos si hay exactitud, ni histórica, ni legal, ni económica, en lo de permutarse lo *inútil* por lo útil; y lo que *sobra* por lo que hace falta. Pero merece notarse, que el criterio comun, por las razones arriba indicadas, sugeriria siempre, lo que el jurisconsulto Paulo dedujo y consignó por raciocinio, y no tanto históricamente, pues el imperio romano no se estendió sino á una zona, proporcionalmente reducida, del mundo, y por lo general á países mas ó menos civilizados; hoy lo ha confirmado y confirma la historia, en los multiplicados países incivilizados y razas salvajes y errátiças, que han dado á conocer la navegacion y los viajes.

Fuera de eso, la compra-venta *trae principio* de la permuta solo *ejemplarmente*, no de otro modo: no como causa eficiente ni legal aquella. En un país selvático, sin contacto jamás con pueblos civilizados, se continuara la permuta sin el arribo de europeos y otros pueblos ya civilizados; los aduares y razas errátiças de la quinta parte del mundo continuarian perpétuamente permutando, sin que de la permuta naciese la compra-venta en su rigorosa acepcion legal. La compra-venta nacerá, como nació, con el dinero, creacion esclusiva de la civilizacion, y sugerida por los embarazos de la permuta, multiplicadas ya las necesidades y las transacciones sociales, en mayor ó menor escala.

Así es, que no hallarémos mas comercio que el de permuta en las regiones no civilizadas, y que no han tenido ni tienen contacto con las civilizadas; y por el contrario, en dándose un pueblo medianamente civilizado, ó en contacto con los que lo son, con diversidad de formas, pero con identidad en el uso y en los fines sociales, hallamos el dinero, y con él la compra-venta. Uno de los primitivos países civilizados, si despues de la catástrofe diluvial del género humano, no fué el primero, de que dá razon la historia, es la Caldea, y en la Caldea encontramos ya el numerario. Véase sobre esto nuestro artículo DINERO: MONEDA.

De todo lo dicho pueden deducirse y asentarse, como ciertas, las siguientes proposiciones:

La razon concibe permuta sin compra-venta en la poblacion diseminada y salvaje; pero no poblacion agrupada y civilizada sin compra-venta para sus transacciones; y la historia confirma siempre, y demuestra todos los dias el uno y el otro estremo, como los concibe la razon.

La compra-venta es una necesidad de la civilizacion, sugerida y aun impuesta por los embarazos de la permuta, para la necesaria espedicion en las transacciones sociales.

No se concibe venta, en su sentido propio, esto es, en la acepcion histórica y legal de la palabra, y espresando una transaccion social, sin que una de las dos cosas del cambio tenga un valor oficial ó legal representativo, numéricamente espresado, comun y obligatorio para todos los asociados, lo cual es el *dinero*; ni se concibe dinero, sin autori-

dad suprema ó soberana sobre los que han de reconocer su valor.

No se concibe que el dinero se inventase sino para las transacciones sociales del cambio, y por tanto para la compra-venta, pues por la historia y por la ley la compra-venta no es en suma masque un cambio ó permuta de una cosa por dinero.

El dinero, en fin, y la compra-venta, por tanto, nacieron en la civilizacion: donde quiera que se encuentra la civilizacion, aun en un sentido lato, esto es, poblacion agrupada, con organizacion en su modo de ser, en cierto grado al menos de perfeccion, allí se encontrarán las dos admirables creaciones legales del *dinero* y la *compra-venta*. La *compra-venta* es, pues, de *derecho de gentes*.

Así la encontraron los romanos, pues antes que ellos los caldeos, los persas, los griegos, hasta los *latinos*, ó habitadores del Lacio, todos los pueblos civilizados, en fin, conocian el dinero, y por tanto la compra-venta.

Pero estos pueblos no nos trasmitieron clara y completa su legislacion, ni llegaron á tenerla así: ninguna de ellas podia ser, aun por solo ese hecho, ni fué por tanto, el tipo de las legislaciones sucesivas, y con ellas de la española: lo fué solo la romana, y por eso, para nosotros, como para todos los pueblos de Europa, y en los que á Europa deben su civilizacion, ella es, histórica y legalmente, el verdadero punto de partida en la historia y legislacion de la compra-venta, como de todos los contratos.

Pero en este punto, no deja la legislacion romana de sujerir algunas dudas, de inducir alguna perplegidad sobre las tésis y supuestos, arriba sentados como ciertos. Siguiendo á Sabino y Paulo, el Emperador Justiniano, en el Digesto y en las Instituciones, hablando del orígen de la compra-venta, acoje, y presenta como reseña y medio de demostracion histórica, para su propósito, y segun puede verse, en la ley del Digesto, antes citada, y título correspondiente de las Instituciones, los versos de Homero, en los cuales se consigna que los griegos se procuraban vino de los asiáticos á cambio de cobre, armas, ganados, esclavos, etc. Y dejando aparte la verdad del poeta, ó la verdad histórica de la poesía, traida al terreno histórico legal; eso podria espresar una situacion particular de aquel ejército, colecticio, heterogéneo, y constituido en país estraño, sin poder vivir sobre el, atento, y aun podria decirse, amarrado por el destino, años tras de años, al sitio y al reducido ámbito de la Troade, si ya no fuera de los campos iliacos; pues por lo demás, si, segun la comun opinion de los críticos, y cronólogos, el sitio de Troya coincide con los tiempos de Salomon, déjase entender cuál era ya el grado de civilizacion de los pueblos: y dicho está ya que seis ó mas siglos antes los caldeos conocian la moneda, instrumento obligado, indicador histórico y legal de la compraventa.

A mayor error podria inducir aun la ya citada ley 1.ª del título de la compra-venta del Digesto, y á su vez el título análogo de las Instituciones.

En estas leyes Justiniano, haciéndose cargo de las disputas entre sabinianos y proculeyanos, sobre si el precio puede consistir en cosas, la decide con el jurisconsulto Paulo, pues lo mismo es acceptar la opinion doctrinal de este. La cuestion entre sabinianos y proculeyanos, se habia trabado bajo esta fórmula: «Sed, ¿AN SINE NUMMIS, dice Paulo, VENDITIO DICI, HODIEQUE POSSIT, DUBITATUR: veluti, si ego *togam dedi, ut tunicam acciperem*? Sabinus, et Cassius *esse emptionem, et venditionem putant*; Nerva et Proculus *permutationem*; *non emptionem hoc esse*.»

Y todavía añade Paulo y reproduce Justiniano sobre la cuestion: «Pero es mas verdadera la sentencia de Nerva y de Proculo, porque, así como una cosa es *vender*, y otra *comprar*; y una cosa es ser *comprador*, y otra ser *vendedor*, así tambien una cosa es el *precio*, y otra la *mercancía* (merx); porque en la permuta no puede discernirse si uno es *vendedor*, y otro es *comprador*.»

Y ahora hay que preguntar: si la compra-venta es de *derecho de gentes*, y no creacion romana, como lo testifica en la ley citada el propio jurisconsulto Paulo. (*Est autem emptio juris gentium, et ideo consensum peragi-*

tur): si así la adoptó en su orígen el pueblo romano, segun arriba hemos asentado, ¿cómo se comprende que *once siglos* despues venga el Emperador Justiniano tomando en cuenta dudas sobre la naturaleza del contrato de venta, sobre si es esencial la intervencion del dinero, y resolviendo esas dudas?

Puede decirse que eso está en la naturaleza y forma colectiva del Digesto, y que Justiniano reproducia, no acogiendo la duda, sino prestando su autoridad á la resolucion de Paulo. Pero aun así, ¿no es estraño, no turba la doctrina y derecho sucesorio, que en materia de compra-venta íbamos asentando en esta reseña histórico-jurídica, el que jurisconsultos de la importancia de los mencionados cuestionasen sobre la naturaleza del contrato de venta, *ocho siglos* despues del orígen del pueblo romano (siglo 1.° de la era cristiana), y que Paulo tomase en cuenta la duda, y la resolviese, segun su doctrina, un siglo despues todavía, es decir, á los *nueve siglos* de la fundacion de Roma?

Con todo eso la reseña que veníamos haciendo es exacta. El mismo Paulo reconoce que la compra-venta es de *derecho de gentes*; y dicho está ya, sin raciocinio que pueda convencer lo contrario, que los pueblos civilizados no pudieron inventar el dinero, sino para instrumento de la compra-venta, desde cuyo momento la venta fué una cosa; y la permuta otra, precisamente por la circunstancia esencial de intervenir ó no intervenir dinero. Antes de la citada ley de Justiniano y despues de la contienda de sabinianos y proculeyanos, la naturaleza de la compra-venta, se habia fijado en *cosa* y *precio* por otras muchas leyes, y por la doctrina de todos los jurisconsultos. En las mismas leyes de Rómulo se hablaba ya de la *venta*, esplicada despues su naturaleza por la intervencion del dinero, cual se vé en los actos *legítimos* mas solemnes. Rómulo habia establecido, por ejemplo, que el hijo de familias pudiera ser *vendido* por el padre hasta *tres veces;* recayendo siempre otra vez, caso deliberacion, en la misma pátria potestad, salvo la tercera liberacion; y sabido es cuál era la solemnidad ritual y esencial de la trina venta, formularia, digámoslo así, introducida para la *emancipacion*, *per æs, et libram*, interviniendo la *libra romana* y por tanto el dinero. Lo propio acontecia en la testamentifaccion por medio de la indicada fórmula.

La compra-venta, pues, originaria de los romanos, tipo despues de la compra-venta de las legislaciones sucesivas, fué la de *derecho de gentes*, limitada á su forma sencilla de *cosa*, *precio* y *consentimiento*, gráficamente presentada por Jeremías, en sus *Trenos* (cap. 5.°, núm. 4.°): «*Aquam nostram pecunia bibimus, ligna nostra pretio comparabimus.*» Esta era la compra-venta de derecho de gentes, anteriores á los romanos; y este es el contrato cardinal de venta, durante ellos, como en las legislaciones sucesivas.

Pero la compra-venta de derecho de gentes, si bien conservando siempre su carácter esencial, no fué, ni es en pormenores, la compra-venta del derecho civil de cada pueblo; sino que los pueblos, segun su modo de ser, segun su grado de ilustracion, y su moralidad, y aun segun sus prevenciones, han rodeado el contrato de precauciones peculiares, á veces esenciales, aun que opuestas ritual y doctrinalmente, á la fórmula originaria y sencilla del *derecho de gentes*, y siempre obligatorias, como de ley, á los súbditos de esta.

Así por derecho de gentes, el consentimiento cierra ó perfecciona el contrato, y desde luego, sino es condicionado: por algunas legislaciones no se perfecciona aquel sino por la entrega, ó tradicion de la cosa: por la firma de la escritura: por la toma de razon en el registro público; y aun hasta haber sido oficialmente publicada la convencion tres veces en el término de un año, y haber recaido la aprobacion de la autoridad, caso de no haberse nadie opuesto á la venta. No juzgamos ahora ni estas, ni otras prescripciones de las diversas legislaciones positivas: narramos meramente.

El consentimiento para decirse tal, y capaz de producir obligacion, ha de ser espontáneo, é hijo de la razon; por lo cual las legislaciones positivas lo garantizan contra la fuerza, el miedo, el dolo. Ha de ser además

personal; y sin embargo, por dichas legislaciones hay venta muchas veces sin esa clase de consentimiento, como era la venta judicial, la compra forzosa, la enajenacion forzosa, en la licitacion necesaria, etc.

Por la fuerza del contrato primitivo, el vendedor queda obligado al comprador, y este es por tanto el que tiene derecho á la entrega; y sin embargo, por la legislacion positiva, no será siempre el comprador el que lleve la cosa: le pueden privar de eso el retracto de sangre, el de condominio, el judicial consuetudinario, en que, sin pacto especial y contrario el ejecutado, aprontando el precio, puede volver á su fundo ó propiedades, etc.

Estas, y otras muchas adiciones, ó modificaciones, aun sobre el tipo cardinal del contrato, han sido inducidas, no todas, por todas las legislaciones; sino unas por unas, y otras por otras, no siendo la legislacion española la que menos; y de aquí la utilidad y necesidad de la legislacion comparada, que es el carácter que, por la frecuente aplicacion, y latísima importancia del contrato, atribuimos al presente artículo, mas especialmente que á ningun otro de la Enciclopedia.

Hemos indicado antes que todas las legislaciones europeas, como las procedentes de ellas, han tomado el contrato cardinal del derecho romano. El trascurso de tantos siglos, y las necesidades y circunstancias locales ó sociales habian inducido en ellas la confusion que era inevitable, y en el último siglo, prevaleciendo la idea de codificacion, sugerida por la misma complicacion y consiguientes dificultades y necesidades administrativas y jurídicas, las naciones civilizadas, unas en pos de otras, pensaron en un código civil, de que es parte muy importante el contrato de compra-venta, reducido ya á términos mas precisos y coherentes. No fué la Francia la primera que, en la nueva forma de codificar, tuvo un código civil; pero fué de tal modo metódico, y completo el que llegó á tener, que despues ha sido adoptado por muchas otras naciones: motivo por el que, en la parte legislativa de este artículo, lo ponemos el primero entre los códigos modernos estranjeros, alterando así el órden alfabético correspondiente.

Es de notar que, entre las naciones civilizadas, la España viene la última en la codificacion civil; y seria muy de sentir que este lugar en la marcha de la civilizacion no tuviera esplicacion satisfactoria, doblemente cuando son conocidos, y en este mismo artículo queda consignado, lo numeroso de sus colecciones legislativas, y lo necesariamente complicado de su legislacion. Pero cabalmente hay la esplicacion que puede desearse. Cuando las demás naciones han pensado en un código civil, hacia ya algunos siglos que España lo tenia, tan acabado y completo en sus célebres Partidas, que ninguna nacion lo tuvo tan completo antes, ni en bastantes siglos despues. Hé ahí la razon, altamente justificativa, de que España no sintiese la misma necesidad, que las demás naciones, de un nuevo código civil, y aun hoy, apenas hay un caso en materia general de contratacion, que no pueda resolverse y juzgarse por el código admirable de las Partidas.

Pero la redaccion de las Partidas, hija de su tiempo, es difusa y compleja. El curso de los tiempos y las nuevas necesidades sociales, han inducido é inducen cada dia multiplicadas y trascendentales determinaciones legislativas. La ciencia, y hasta el complicado y rápido movimiento social, requieren una singular economía en el lenguaje, una singular simplificacion y precision en las formas, y mayor facilidad y espedicion en el movimiento administrativo y judicial.

Por consecuencia de todo, la legislacion de compra-venta, como de tantos otros ramos, no estaba ya toda en las colecciones legales; sino fuera de ellas, en la Novísima Recopilacion, y en las Partidas principalmente, y á su vez en las demás colecciones legales, con el grado de autoridad legal, que espresa la ley 3.ª, tít. 2.°, lib. 3.° de la Novísima Recopilacion; pero una gran parte, y muy importante, en la estensísima Coleccion de Reales decretos, despues *Coleccion legislativa*; y España pensó tambien en tener Código civil.

Conocido es el Proyecto de Código civil, dado á luz, únicamente, para público exámen:

sin que sea otra cosa, por tanto, que un cuerpo de doctrida: digno, sin duda, de consultarse; pero al que solo damos cabida, por lo dicho, en las secciones doctrinales, en las que, como en las legislativas del artículo, ha de buscarse el completo desenvolvimiento de esta reseña.

Concluirémos indicando, que en las leyes de Partida, y otras, al lado de la disposion civil, se consigna la sancion penal, en el contrato de venta, como en tantos otros casos: que al trasladar en la parte legislativa estas disposiciones legales, al insertarlas, sobre todo, vienen como son en sí, con las sanciones penales, que tuvieron y contienen; pero que, publicado el Código penal, es en esta y no en otras leyes, donde han de buscarse las sanciones penales de índole general, así como en las leyes penales especiales las sanciones de esta índole, y no en las leyes civiles.

SECCION II.

NATURALEZA DE LA COMPRA-VENTA.

Hablar de la naturaleza de un contrato, es buscar y esponer sus condiciones *esenciales*, sin las que no será el contrato, de que se trata; sino otra cosa, toda vez que esencia de una cosa es aquello, porque es lo que es, y por lo que se diferencia de las demás cosas. Hablando, pues, de un contrato, las *personas* y las *cosas* que en él intervienen, de necesidad legal, la *forma*, el *fin* y los *efectos* del mismo, espresan sin duda su naturaleza.

Pero la naturaleza de un contrato, y por tanto ahora de la compra-venta, ó se espresa con estension, en pormenores, esplicándola, y eso es el tratado del contrato, como aquí son las secciones; ó solo en forma general, definiendo y esplicando la definicion, y es lo que corresponde á la seccion presente.

Ciertamente que una buena definicion encierra y espresa la naturaleza de la cosa definida, ó lo que es lo mismo, presenta la cosa con toda claridad, y con todos sus caractéres esenciales. Pero, si es cierto, segun ha prevalecido como axioma del derecho, que *In jure omnis definitio periculosa est*; sin que sea este el lugar de esplicar la verdad del axioma, seria una singularidad que la definicion del contrato de venta fuese de ello una escepcion.

Y no lo es ciertamente, ó por lo menos no lo es de tal modo, que no necesite de esplicacion. Por el derecho romano, ya hemos visto que no hay definicion especifica y completa. Por el derecho español hay la de las Partidas, oscura, diminuta, y que necesita todas las esplicacienes que dan los autores, y que insinuamos en la cabeza de este artículo. Habrá de recurrirse, pues, á la definicion del derecho moderno, y á la que, deduciendo la doctrina de las leyes, y dando forma á los datos esenciales, esparcidos en ellas, hayan formado los autores.

En cuanto á las legislaciones modernas, la española no la presenta aun, sino tenemos por tal la del proyecto del Código civil. Segun éste «el *contrato de compra y venta es aquel, en que uno de los contrayentes se obliga á entregar una cosa, y el otro á pagar por ella un precio cierto, y en dinero.*» (Artículo 1567.)

La definicion de las legislaciones estranjeras modernas puede considerarse reducida á la del Código civil francés. Segun éste, *la venta es un convenio, por el que uno se obliga á entregar una cosa, y otro á pagarla.* (Art. 1482.)

Definen del mismo modo el contrato los Códigos de Cerdeña (art. 1588), Dos Sicilias (id. 1427), Haiti (id. 1567), Holanda (1493), Prusia (I, tit. 9, Part. 1.), y Canton de Vaud (1112.)

El Código francés añade aun en el artículo citado: *Puede ser hecha* (la venta) *por escritura auténtica, ó por escritura privada.*

Segun el Código de Austria: «*Por el contrato de venta cede uno á cualquiera una cosa por una suma determinada de dinero. Hasta la entrega de la cosa vendida, la propiedad pertenece al vendedor.* (Art. 1053.)

El Código de Berna: «*Por el contrato de venta se debe entregar una cosa, mediante precio cierto, á la libre disposicion del adquirente.* (Art. 797.)

El Código, en fin, de la Luisiana: «*La venta es un contrato consensual, por el qué uno*

se obliga á entregar una cosa, y otro á pagarla. Así tres cosas concurren á la perfeccion del contrato: la cosa vendida, el precio y el consentimiento. (Art. 2214.)

En cuanto á los autores, segun Heineccio, como hemos notado ya, *Emptio et venditio est contractus consensualis de re pro pretio tradenda.*

En la cabeza de este artículo hemos visto tambien, y aquí conduce repetirlas, las definiciones de Comez de la Serna (*Curso histórico exegético del Derecho romano*), y así bien la de la Academia española de la lengua. Segun el primero, «la compra-venta puede ser definida, *un contrato consensual bilateral, por el que uno se obliga á trasferir á otro una cosa por el precio, que este se compromete á pagar.*»

Segun la Academia, «comprar es *adquirir por dinero el dominio* de alguna cosa: venta, *contrato por el cual se transfiere á dominio ageno alguna cosa propia, por el precio pactado.*»

Segun el Código de Baviera, la venta es el principal contrato de los que se *perfeccionan con solo el consentimiento* (art. 1, cap. 2, libro 4); y por la inversa, segun el de Baden (art. 1383) y el de Prusia (art. 2, tít. 10, parte 2.ª), la venta no se *perfecciona* sino por el *registro* del contrato.

De la comparacion de estas multiplicadas definiciones habria de inferirse: 1.° que el contrato de venta no es idéntico en todas las legislaciones, ni aun en sus condiciones esenciales, puesto que, segun unas trasmite el dominio, segun otras solo accion para llegar al *dominio*: aquí *accion personal, y jus ad rem*; allí *jus in re*: diferencia, que sube de punto, si se atiende á que, aun en las legislaciones, en que, segun la definicion, el contrato no produce sino *jus ad rem*, el provecho y *perjuicios* de la cosa, aun el de la pérdida de la misma, corresponde desde luego que se dá el *consentimiento*, al comprador; no pudiendo negarse que estos sean efectos de dominio, segun los principios *res domino suo perit*: y *res, ubicumque est, domino suo clamat.*

Y sin embargo, la confusion desaparece, considerando: 1.°, que segun la teoria jurídica general, y el derecho constituido en general tambien, es preciso diferenciar dos tiempos y casos en el contrato de venta: uno, aquel en que, dado el *mútuo consentimiento*, el vendedor queda obligado á *entregar la cosa*, y el comprador á *entregar el precio*: estado del contrato, que se llama *perfeccion* del mismo. El otro estado ó tiempo del contrato es el de su *consumacion*, por la cual quedan plenamente satisfechos los fines recíprocos de los contrayentes: del comprador, el de hacerse con la cosa comprada; del vendedor, hacerse con el precio. Así se vé claro que, segun que en la definicion se abarque el uno solo, ó los dos estados y efectos del contrato, serán diversas entre sí, y aun parecerán contradictorias, las definiciones, y el contrato diverso tambien; lo que realmente no es así. La definicion, antes consignada, de Gomez de la Serna, espresa el contrato en el primero de dichos Estados: la de la Academia Española, por ejemplo, en ambos, y aun mas bien en el segundo; pero que siempre tiene por base necesaria el primero, pues sin convenirse en *cosa* y *precio*, mal podria llegarse á la *entrega* y al *pago*; y 2.°, que aquí queda ampliamente demostrado lo que se habia insinuado antes, y es, que una cosa es el contrato de compra-venta, segun el derecho de gentes; y otra segun el derecho constituido y peculiar de cada pueblo. Así por las definiciones anteriores se vé que, segun unas legislaciones, dicho contrato se perfecciona, como por derecho de gentes, por el *consentimiento*; segun otras, por la *inscripcion* en el oficio de hipotecas: en unas la cosa se hace del comprador desde la perfeccion; en otras desde la entrega: en unas, en fin, la convencion se realiza, luego que los contrayentes convienen, sin esperar otra intervencion; en otras despues de publicarse el convenio ó venta de bienes raices tres veces, con término hasta de un año, y de recaer despues la aprobacion de la autoridad.

Por fortuna, por multiplicadas y estrañas que sean estas diferencias, se ven ya muy claramente consignadas en las anteriores definiciones; y mas claramente en las secciones y en la legislacion comparada.

Ahora tambien, despues de todo, se com-

prende mejor la doble forma, contenida en nuestra definicion de compra-venta. Algunas de sus circunstancias necesitan todavía de esplicacion. Decimos en ella que *una de las partes contrayentes transfiere á la otra el dominio de una cosa, ó el derecho á reclamarla*, esto es, á reclamar la entrega. Lo primero se refiere al contrato *consumado*; lo segundo al contrato *solo perfecto*. En el primer sentido puede definirse así, porque el contrato consumado es el que espresa por completo los fines del comprador. La adquisicion, la entrega de la cosa es el objeto, que éste se propone, como fin, como razon inicial y final del contrato. Y como, segun el principio filosófico, *res denominantur á formosiori*, esto es, las cosas *se denominan de lo que es principal*, ó dominante en ellas, la adquisicion es la idea dominante en el contrato. Pero en el derecho es menester precisar las acciones y sus efectos, y de aquí la distincion del contrato *perfeccionado*, y contrato *consumado*. Así la definicion de este es mas filosófica; la de aquel mas jurídica. Aquella está mas en el sentimiento y fines del comprador; esta mas en los ápices del derecho.

Poniéndonos tambien en los fines del comprador, es como decimos que la cosa ha de ser *del vendedor*. Si no lo fuera, no hay acaso un medio mas directo de que los fines de aquel sean defraudados. Entran ya siéndolo cuando con buena fé de parte del mismo, compra lo que nunca podria hacer suyo por la accion del contrato. Cierto que el vendedor quedará sujeto á daños y perjuicios, sobre la devolucion del precio; pero nada de esto es la cosa comprada, y que se deseaba adquirir. Atenta, sin embargo, la ley á evitar dolo y perjuicios, declaró válida la venta *de cosa ajena*; pero solo ignorándolo el comprador y el vendedor, y con las restricciones que esplanamos al hablar de la cosa vendida.

Nació aquí el derecho constituido del rigorismo del propio derecho respecto de acciones. Para poder reclamar, caso de faltar al contrato, la devolucion del precio, con daños y perjuicios, era menester accion *directo*, y de aquí, para que esta tuviese lugar, la validez del contrato de cosa ajena, y la accion *empti* ó *ex empto*. Introducidas con el tiempo la accion *in factum*, la accion *præscriptis verbis*, y en general las acciones *útiles*, todo hubiera podido conseguirse con ellas en dicho caso sin la accion *empti*; pero, al introducirse dichas acciones, el contrato estaba ya constituido por el derecho de gentes y el positivo, y así quedó y continuó; y lo que es mas, así ha continuado, y así continúa tratándose entre nosotros, despues que, cuantas acciones, ya directas, ya útiles, pudieran tener y estimar necesarias los romanos, otras tantas atribuye nuestro derecho á la convencion, segun los términos de ésta, ó segun se pruebe que se realizó válimente.

Decimos así bien en la definicion que el precio ha de ser *justo*; porque de otro modo el fin del comprador queda defraudado por la rescision. Para que así no suceda, es menester que lo *justo* del precio sea circunstancia esencial, despues que el derecho constituido particular, para evitar engaños, ha tenido que añadir á la circunstancia general *de derecho de gentes*, de *precio convenido*, el que, para sostenerse la venta, haya además de ser *justo*. En una palabra, hemos definido, como lo hemos hecho, atendiendo, tanto al derecho romano, como al español, y por lo mismo con *doble forma*; pero se define ordinariamente del otro modo, atendiendo solo, ó principalmente, al derecho romano, y por lo tanto al contrato solo *perfecto*. Quiere decir que estas definiciones necesitan luego de esplicacion, para acomodarlas plenamente al derecho constituido. Unas y otras pueden, sin embargo, quedar claras y completas por medio de la esplicacion conveniente, como lo quedan ya.

Ahora diremos que de la generalidad de las legislaciones, y de las definiciones, ora ámplias, ora lacónicas, ó restrictivas, resulta ser requisitos esenciales del contrato de venta:

1.° El de ser *bilateral*, ó el mediar dos partes, que quedan recíprocamente obligadas, á diferencia de los contratos, actos y negocios *unilaterales*, como la *donacion*, el *testamento*, etc., etc.

2.° El ser *consensual*, esto es, el producir acciones recíprocas, directas y eficaces,

en virtud de las que se lleve el contrato hasta su *consumacion*; y á la recíproca reintegracion, é indemnizacion, caso de faltar al contrato; y todo en virtud del *consentimiento mútuo*, y antes de la entrega de la cosa y el pago; no obstante que los fines del comprador sean la adquisicion de una cosa, y los del vendedor la adquisicion del valor pecuniario, que se llama precio; y en lo cual el contrato de venta se diferencia de los llamados contratos reales, como la *donacion*, el *depósito*, etc.

3.° El que haya cosa *vendida*, esto es, de cuya enajenacion ó traspaso de dominio, ó propiedad, se trate, y no de solo su uso, como en la *locacion*.

4.° El que medie *precio*, esto es, una *cantidad pecuniaria* convenida, á diferencia de la *permuta*, *arrendamiento en frutos*, etc.

Estas circunstancias, con las consecuencias á que en derecho dán lugar, constituyen la *naturaleza* del contrato de venta, ó sea lo que es en sí, y por lo que se diferencia de los demás contratos: pero el desenvolvimiento de los mencionados requisitos y de los efectos legales, corresponde á las secciones respectivas.

Y, si en la compra-venta ha de intervenir *precio*, para adquirir la cosa, y en el lenguaje técnico precio es *cantidad en numerario*, ó *de valor oficial* ó *legal*, *general*, y *fijo*, que son los caractéres del dinero, dicho se está que la compra-venta no puede confundirse nunca con la *permuta*, ni otros contratos, aunque mucho se le parezcan algunos; y que, si bien podrán darse en pago, y como precio, cosas muebles ó raices, obras, derechos, etc., han de ser apreciadas y reducido su valor á cantidad *numérica*: y solo así hay precio.

SECCION III.

DE LA FORMA DEL CONTRATO DE VENTA.

Pudiéramos decir de las formas, pues la compra-venta, tiene varias, aun ciñéndonos á la compra-venta, que es puramente contrato. Despues verémos que hay compra-ventas que no son meramente *convencionales*, como por ejemplo, la venta judicial, y por tanto que no son pura convencion, ó *contrato*: pero como en el resultado son compra-venta, de aquí la necesidad de hablar de su forma, toda vez que esta, en caso de duda, es un principio y base fija y segura para resolver la dificultad, pues antes ha de estarse á lo que es esencial, natural y ordinario en el contrato, que á lo que es accidental.

Tomando, pues, la palabra forma en un sentido distributivo y genérico, hablamos de todas y cada una de las formas de la compra-venta, pues que son varias, y no pocas, ya por el arbitrio de las partes; ya por la accion de la ley, que, consultando la necesidad ó la conveniencia social, altera y diversifica, hasta esencialmente, el convenio, segun se demuestra en el curso de esta seccion.

La razon fundamental, la arriba indicada, de que en caso de duda, y lo mismo en los casos complejos, ha de estarse á lo que es esencial, natural y comun en la transaccion social, de que se trata, nos hace empezar por las formas puramente *convencionales*, y entre ellas por las radicales y ordinarias de la compra-venta, segun espondrémos.

§. 1.° *Diversos modos de celebrarse el contrato.*

En el sentido de la presente seccion, *forma* de un contrato es el *modo con que legalmente se realiza*. La forma está, por tanto, en el conjunto de medios y trámites legales sucesivos de entenderse y convenirse las partes, desde que se inicia la convencion, hasta que por la ley, por la práctica ó por la razon general, se reputa concluida, y es en su consecuencia, obligatoria para los contrayentes. Hablamos de la práctica y de la razon general, porque aun en los pueblos civilizados y de derecho constituido, la práctica es derecho; si quiera sea *no escrito*: en los no civilizados, en los mas rudos, que quiera suponerse, es la razon general, ó el comun consentimiento, la costumbre, lo que la práctica en aquellos. No importa la sancion penal que tenga: tiene siempre sancion moral; sancion que haria

menos violento, y aun en cierto modo legítimo, el derecho personal de la fuerza para compeler á lo convenido, y, por tanto, á lo justo.

Así en el orígen de las cosas, la forma *radical*, la mas *natural* de verificarse la *permuta*, tipo y ejemplar despues de la compra-venta, fué y debió de ser el *convenio personal espontáneo, é inter-presentes;* y esta es por la propia razon la forma radical, mas natural, y ordinaria de la compra-venta, aun en países civilizados y de derecho constituido, pues que el derecho *asiste*, favorece á esta forma de obligarse; pero no la crea.

Pero el derecho positivo podrá hacer mas, y hará: adicionará circunstancias, revestirá de restricciones la convencion *cardinal*: prescribirá nuevos y diversos modos, que serán otras tantas formas: la civilizacion, la necesidad, la conveniencia, la razon general las inducirán, y autorizarán á la vez; pero estas serán formas *accidentales*, diversas de las cardinales, ó primitiva, no la *forma universal de derecho de gentes primitivo*, dado que este no es sino *obligatio mutua, quam inter gentes ratio constituit*. Habrá, pues, en el contrato de venta, como en las demás, formas *cardinales*, y formas *accidentales*. Aquellas se concebirán existentes, y por tanto, posibles, antes de todo derecho constituido, siquiera este las haya *asistido* ó favorecido despues; las *accidentales*, solo con el derecho constituido, como que nacen de él.

La primera de las formas *cardinales* y *naturales* del contrato de venta, segun queda ya espresado, es la *convencion personal espontánea*, é *inter-presentes;* si bien con una diferencia entre la venta y la permuta, y es, que esta pudo darse y se dió antes de toda civilizacion y organizacion política; aquella, empero, supuesta ya, mas ó menos perfecta, esta organizacion, pues solo con ella y por ella, como dejamos arriba demostrado, se concibe el *dinero*, instrumento necesario de la venta. Pero repetimos, que la civilizacion, el derecho positivo encontraron ya esta forma cardinal de entenderse y obligarse dos personas; y la favorecieron, la revistieron de solemnidades, le dieron eficacia; mas no la crearon.

Y ciertamente que en la infancia de los pueblos se concibe que bastase la indicada forma, como en la permuta: pero se complicaron las relaciones; se aumentó el movimiento mercantil; se desarrollaron la codicia y el dolo, que convino reprimir y prevenir; se sintió la necesidad de dar perpetuidad á los contratos y deberes convencionales de los hombres; nació, en fin, el interés fiscal, y se realizó lo que en la seccion 1.ª dejamos indicado, y es, que el derecho constituido y privado de cada país, el internacional á su vez, y aun el mismo *derecho positivo de gentes*, han introducido la multitud de modificaciones, restricciones y fórmulas, que quedan insinuadas en la seccion 1.ª, y el contrato tuvo mas de una forma. Las tuvo diversas, unas con el carácter todavía de naturales y propias; otras de accidentales, *facticias*, y de tal índole, que hacen desaparecer á veces lo que es esencial y natural al contrato; esto es, *individualidad* y *espontaneidad* del vendedor y comprador, segun todo se desenvuelve convenientemente en esta seccion 3.ª y sucesivas.

Es, pues, la primera forma, y es preciso reproducir, en parte, lo dicho, la mas natural, y por tanto la *originaria*, la *convencion espontánea, personal* y *directa*, ó sea entendiéndose entre sí personalmente las dos partes contratantes: convencion *inter presentes*, sin otra intervencion, ni mas ley que el mútuo consentimiento. Se comprende que esta sea la forma *originaria;* como lo es de la permuta y de todas las transacciones sociales, puramente convencionales.

Se comprende así bien que en el orígen de las sociedades, en la natural y necesaria sencillez de costumbres y simplicidad de las relaciones, el convenio seria un solo acto, abreviado y desde luego eficaz. En la mayoría de los casos no se distinguiria, ó se distinguirian apenas en el hecho, la *perfeccion* y la *consumacion* del contrato de venta, ni habria para qué.

Pero las necesidades sociales hicieron que interviniese directa y eficazmente el derecho civil, que, favoreciendo la avenencia de derecho de gentes, la revistió de formalidades; y

atento á prevenir el dolo y los perjuicios, y hacer valederos y eficaces los convenios, distinguió en el caso presente la *perfeccion* y la *consumacion* del contrato, con sus condiciones y consecuencias jurídicas.

Ampliadas las relaciones del género humano, el derecho constituido, estimando, repetimos, las dificultades de la distancia, del estado de salud, de las situaciones personales, complicacion de los negocios, y hasta de las circunstancias públicas, atento siempre á fomentar el movimiento comercial, y las transacciones sociales, sancionó la conveniencia de que la compra-venta pudiera verificarse *inter absentes*, y esto, entre otros medios, *per literas*, ó sea por *correspondencia epistolar*: forma del contrato, en que por cierto era mas necesaria la útil diferencia legal entre la *perfeccion* y la *consumacion* del mismo, con las consecuencias, legales tambien, de esta importantísima distincion. Porque por este medio, ¿cuánto tiempo no intervendria á veces, é intervendrá aun, segun las distancias, la espedicion y seguridad de las comunicaciones, los medios de trasporte, y hasta las circunstancias públicas, entre la *conformidad en la cosa y en el precio*, y la entrega? ¿Cuántas vicisitudes, ya ordinarias, ya estraordinarias, no habria de correr la cosa vendida, y aun correrá, en ese período intermedio?

Por las propias razones, la conveniencia pública y el derecho constituido sancionaron la celebracion del contrato por *interpuesta persona*, por apoderado ó comisionado, *per nuntium*, y es una tercera forma. Ni ¿qué facilidad ni amplitud podia recibir de otro modo el comercio de las naciones, puesto que una persona no puede multiplicarse, ya que el estado de vida y de salud y las circunstancias familiares y públicas se lo permitieran siempre? Y hé aquí tres formas *originarias*.

El derecho romano lo estableció terminantemente así: «*Est autem emptio juris gentium, et ideo consensu peragitur: et inter absentes contrahi potest, et per nuntium, et per literas.*» (Ley 1.ª, tít. 1.° lib. 18 del Digesto). Las naciones sucesivas lo recibieron así, unas por la tácita, como costumbre, y despues doctrina y jurisprudencia corriente; otras por ley terminante, ora en lo mercantil, de lo cual tratamos en su artículo, ora como derecho comun. (Ley 8.ª, tít. 5.°, Partida 5.ª)

El propio derecho romano estableció, y todas las legislaciones han aceptado, el sabido principio, *Qui per alium operatur, per se ipsum opereri videtur*, lo que autoriza, aun en tésis general, la intervencion de persona interpuesta, como apoderado, comisionado, mandatario, *nuntium*, en esos y otros contratos. Lo propio autoriza el contrato formal de *mandato*, descansando en el mismo principio. Los pormenores sobre cada una de estas formas de realizar el contrato han de verse en sus lugares respectivos, aunque la continuidad de la materia nos haga consignar aquí algunas indicaciones mas, ceñidas al derecho comun, sobre la compra-venta.

Y ciertamente, parece inseparable de lo dicho el preguntar ¿cuándo y cómo se *perfecciona* el contrato celebrado *per nuntium*, ya que este haya de verificar su encargo de *viva voz*, ya que sea simple portador de la *carta*, ya, en fin, que sea *apoderado* mas ó menos en forma? Por de contado que en este último caso los términos del poder ofrecen la medida fija de sus facultades: los hechos en consecuencia determinan si ha hecho un uso recto del poder; y el apreciar el valor y trascendencia de los hechos, es cuestion, y acto jurídico, que han de aplicarse por las reglas comunes de los contratos y negocios entre partes. En lo relativo á los otros dos casos y al modo tambien cómo se verifica la entrega, ó se *consuma* el contrato en los mismos, véase lo que decimos mas adelante al hablar de la *perfeccion* y de la *consumacion* del contrato.

Pero hoy, despues de las disposiciones legales, que prescriben el otorgamiento del contrato por escritura; con vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, que se espondrá; despues, en fin, de la nueva Ley de hipotecas, ¿podrá todavía formalizarse la compra-venta *per nuntium* y por *mera correspondencia epistolar*?

En tésis general, es preciso responder que sí: lo uno porque aun esas mismas leyes hacen diferencia entre la venta de co-

sas muebles e inmuebles, y lo otro porque nada obsta á que despues el contrato se reduzca, como es indispensable, á escritura pública; por lo que en este caso el contrato queda como pendiente de una condicion esencial, si bien será, y es cosa diferente, el poder tratar de la compra-venta por cartas y *per nuntium*, y el haber de formalizar despues el contrato por escritura pública, en los casos en que así lo requiera la ley. Si se pacta así, cualquiera de los contrayentes puede pedir *el cumplimiento de la condicion*; y si no se pacta, cualquiera de ellos tambien puede pedir, *por la accion del contrato*, el cumplimiento de este y de la ley, á la manera que la promesa formal de vender dá derecho á pedir que la venta se formalice, aun cuando sea por compulsion judicial. Véase todavía lo que decimos mas adelante al hablar de la *perfeccion* y de la *consumacion* del contrato, y del otorgamiento de escritura pública.

Hablando, en fin, de las diversas formas de la compra-venta, es preciso notar, y es por cierto la mas acabada demostracion de lo que dejamos asentado en la seccion 1.ª, sobre las modificaciones inducidas en el contrato por el derecho positivo, sobre la forma del mismo por derecho de gentes primitivo; es preciso notar, decimos, que la compra-venta, no solo se realiza por contrato, por convenio espontáneo y libre entre partes, como en las formas antes espuestas; sino aun *contra la voluntad de estas, y suplicándola la administracion pública ó los tribunales.*

De todo ello es preciso inferir, y es constante en el derecho, que bajo el punto de vista del presente párrafo, una cosa es hablar del *contrato de venta*, y otra, en términos generales, de la *compra-venta*. Aquel es siempre convenio; esta puede ser solo un acto, ya *administrativo*, ya *judicial*. Allí lo hace todo el *consentimiento de las partes*; aquí la *autoridad, aun contra el consentimiento, ó suplíendolo*; y sin embargo, *siempre hay compra-venta*, mientras es verdad tambien *que no siempre hay contrato.*

De todo lo dicho resulta, que la *compra-venta* tendrá formas *puramente convencionales*, formas que podríamos llamar *oficiales*, rigorosamente tales, ó sea, si no, *judiciales* y *administrativas*; y por último, *formas mistas*, en las cuales, ó media publicidad, ó interviene la autoridad; pero solo por solemnidad ó á peticion libre de las partes; mientras en las *oficiales*, todo pende de la autoridad, aun *contra la voluntad de las partes*, segun así lo esponemos en los diversos párrafos de la presente seccion.

Y desde luego se vé que los tres modos, primeramente espuestos, de realizar la venta, esto es, por *convenio personal inter presentes, por cartas*, y *per nuntium*, corresponden á las formas *puramente convencionales*; y se vé que no es lo mismo en la forma, así como verémos despues, que no es lo mismo tampoco en todos los resultados naturales y legales, *realizarse una venta*, que realizarse un *contrato de venta*. La judicial, por ejemplo, rigorosamente tal, *es venta*; pero *no contrato entre partes*. En este, y por lo que hace á resultados, tiene siempre lugar de suyo *la eviccion*, por ejemplo; en la *venta* judicial nunca. Todo se verá mas claro en los párrafos sucesivos.

§. 2.° *Compra-venta simple: compra-venta condicional.*

Cualquiera de las tres formas antedichas, puramente *convencionales* y *cardinales*, puede dar por resultado el *contrato*. Pero este puede resultar absoluto ó modificado, y de aquí la clasificacion técnica de *simple* y *condicionado*, resultando así una forma mas del contrato.

Y decimos una forma mas, y no dos, porque lo *simple* ó *absoluto* es en sí forma cardinal; es el modo mas natural, y por eso el que la razon concibe, como primitivo del contrato; si bien en el sentido del presente párrafo, como espresion correlativa de contrato *condicionado*, reviste el carácter de forma accidental: con cuya esplicacion no hay inconveniente en considerar en el contrato, así clasificado, dos formas sobre las arriba espuestas.

Sobre ser forma accidental la de ser el contrato condicionado, no hay que observar, sino que este se concibe sin esa calificacion, y

que hay contrato sin que sea condicionado; pero no hay contrato condicionado sin que sea contrato: de otro modo, contrato es lo principal, condicionado lo accesorio.

Pero aunque accidental la forma, no por eso deja de ser de la mayor importancia y trascendencia, y tanto, que unas veces la condicion tiene en suspenso el contrato; otras decide aun de su existencia, haciéndolo rescindible.

Hay que notar que no todos los óbices, ó circunstancias, que impidan el efecto del contrato ó lo rescinden, se denominan condiciones: denomínanse tambien pactos. Unos y otros se asimilan frecuentemente ó se identifican en los efectos, en el sentido del presente párrafo, ó en cuanto á hacer que el contrato, por contraposicion simple ó absoluto, sea condicionado; pero el esponer la naturaleza y los efectos en pormenor de las condiciones y pactos, corresponde hacerlo al tratar de ellos, por cuanto no reciben su ley del contrato de venta; sino que este, como los demás, la reciben de ellos.

Una cosa ha de notarse aun, y es, que la oscuridad en la condicion ó en el pacto, ha de interpretarse contra la estension, y en su caso, aun contra la existencia de estos: de donde se deduce que la forma natural, cardinal y mas usual del contrato, es la de ser *simple* ó absoluto, y no la de ser *condicionado*.

Parece pugnar con este principio el anterior de que los pactos dan ley al contrato; pero es cuando el pacto y la condicion son indudables y esplícitos: y es claro que, siendo ellos una convencion, toda vez que sean lícitos y legales, en un acto, en que el convenio, entendido en la propia forma, lo es todo, ellos son la ley del caso.

§. 3.° *Licitacion voluntaria y necesaria.*

Las cinco formas de la compra-venta, hasta aquí indicadas, son, como se ha visto, puramente convencionales. En esos modos de realizar la compra-venta, el convenio lo es todo. Son tambien *ordinarias*. Segun ellas, se realiza la compra-venta por lo comun, y en primer lugar, sin intervencion mas que de los contrayentes, y no de alguna autoridad: en segundo, es una misma la personalidad de las partes que realizan el contrato; mientras en las formas, de que hablamos en este párrafo y los sucesivos, ó no es fija y una misma la personalidad de los contrayentes, desde el principio hasta el fin de la convencion; ó interviene con las partes la autoridad pública, como en la *venta judicial*, ó dicha autoridad lo hace todo, sin que intervenga género alguno de convencion; y aun contradiciendo á esta, como en la *compra forzosa*. Las formas, pues, de que nos resta que hablar, son *estraordinarias*, de las que hemos llamado *oficiales* y *mistas*, y las cuales justifican y demuestran lo que arriba queda sentado, de que en el sentido de la presente seccion, no siempre la *venta* es *contrato de venta*.

La primera de estas formas estraordinarias es la *licitacion*, que, segun el caso, puede llamarse tambien *subasta*, *remate* y aun *almoneda pública*.

La licitacion es *voluntaria y necesaria*. La primera tiene lugar entre particulares interesados meramente, ó entre estos y estraños, si es su voluntad admitirlos, ya privadamente, ya con publicidad, sin que por eso pueda decirse *licitacion pública*, rigorosamente tal, pues esta es propiamente aquella, en que interviene la autoridad pública, ya administrativa, ya judicial.

La *licitacion voluntaria* tiene lugar, principalmente, en las particiones testamentarias y en la division de bienes, poseidos en comun ó *pro indiviso*, en cuyos casos, por conveniencia y mútuo acuerdo de los coherederos ó condueños, se subasta entre ellos, adjudicándose al que dá mayor precio, y tambien admitiendo personas estrañas, y aun con cierta forma pública, como sucede en los lugares públicos de contratacion en licitacion, llamados *martillos*. Otras veces los individuos particulares aislados, á la manera que los coherederos y condueños, en sus casos, venden asi las cosas que les conviene enajenar, teniendo por comprador al que mas les ofrezca en la concurrencia provocada.

La *licitacion necesaria* se verifica cuando

así lo ordenan la ley ó reales disposiciones. Es siempre y propiamente *pública*, porque siempre interviene la autoridad. Así sucede en la venta de bienes de menores: en las de bienes nacionales; en los comisos; en el juicio ejecutivo; en la venta de bienes embargados, por vía de apremio; en las de cosas muebles ó semovientes, secuestrados, que no pueden conservarse, etc.

No es este el lugar de tratar de las solemnidades y requisitos de estas licitaciones, pues todas tienen su artículo particular y sí solo de mencionarlas como formas de realizarse la compra-venta: formas, en que siempre hay algo de estraordinario, ó lo es todo, apartándose, mas ó menos, del *contrato de venta*, y aun apartándose de todo punto. Así en la licitacion voluntaria y particular, la personalidad del comprador no es la misma desde que empieza hasta que se perfecciona la compra-venta. El que hace á tiempo y en forma la última puja, es el comprador, sin que en algunos casos haya mediado otra palabra entre él y el vendedor. Además, en muchas de estas licitaciones un mismo individuo reune las personalidades de vendedor y comprador, como en la licitacion privada de condueños y de coherederos. Sin embargo, la autoridad no interviene en ellas todavía: se salvan en su mayor parte las leyes del convenio: mas ó menos modificado el convenio, dá por resultado la compra-venta, y por tal razon la licitacion voluntaria y entre particulares, es una forma mista.

En la licitacion *necesaria* la trasformacion es mayor, y á veces hasta esencial y absoluta, segun veremos en los párrafos sucesivos. Y es de notar desde luego que, en proporcion que la trasformacion ó deviacion del convenio, simple y nativo, es mayor; mayor es tambien la irregularidad en los efectos legales de la compra-venta. Y ciertamente no hay términos hábiles para que, cuando la publicidad sucede á la convencencia privada; cuando el comprador lo es de súbito, sin haberse entendido préviamente con el vendedor, como en la licitacion; cuando el vendedor no es el dueño; sino la autoridad la que enajena, aun á pesar del mismo dueño, las leyes y efectos de la compra-venta en estos casos no pueden ser los mismos que en el convenio privado, en cuanto al momento y circunstancias de la *perfeccion* de la venta; como ni en cuanto á *eviccion*, á los *motivos redibitorios*, *lesion enorme*, *etc.*; pero de esto hablaremos en las secciones correspondientes.

Concluiremos aquí, notando que la licitacion es, en fuerza de las cosas, y por lo que hace á la *perfeccion* del acto de venta, un contrato *condicional*. El licitador, que dentro de las condiciones de la licitacion, hace una puja, es comprador, á condicion de que otro no ofrezca mas; ya porque no quiera hacerlo, ya porque suene la hora, ó tenga efecto la señal ó circunstancia, con anterioridad fijada, y por todos los licitadores conocida, que cierra la licitacion.

§. 4.° *Venta judicial.*

La venta judicial es uno de los casos de la licitacion *necesaria*. Las leyes determinan, y antes hemos indicado, cuándo tiene lugar la venta judicial, de cuyas formalidades no hablamos aquí; sino de la traslacion de dominio, ú otros derechos, por compra-venta, que es su resultado: pero compra-venta sin la mayor parte de las leyes y efectos de la convencion, ó contrato de este nombre; pues no es el dueño el que personalmente vende, estipula, esplica y se obliga: el comprador no es tampoco fijo desde el principio hasta la perfeccion del contrato; y es por el contrario hipotético. Cuando la mano de un relój, el sonido de una campana, ó de un martillo, la estincion de una luz, etc., hace cierta la persona, ya no es tiempo de estipular con el vendedor, ni antes habia estipulado con el dueño, contra cuya voluntad acaso se vende, y al cual puede muy bien no conocer. Y habrá, sin embargo, compra-venta; pero diferente, muy diferente en muchos de sus efectos, de la compra-venta por contrato, segun notamos al final del párrafo anterior, y segun demostramos en las secciones, en que hablamos de la *perfeccion* de la compra-venta, de la *eviccion*, de los *vicios redibitorios*, *etc.*

§. 5.° *Venta forzosa.*

Dícese mas comunmente *enajenacion forzosa por causa de pública utilidad*. Las leyes la autorizan, y no vamos á tratar aquí de ella; sino, como ya hemos indicado en los párrafos anteriores y casos análogos, como una de las diversas formas de la compra-venta. La enunciativa de *venta, ó enajenacion forzosa*, revela bien que empieza contrariando las leyes de la convencion privada, ó del *contrato de venta*. Si la venta es forzosa, claro es que el dueño no se mueve á vender; sino que es compelido á ello. Si se presta sin oposicion, será él al cabo el que enajena; pero, si se opone, se suplirá su personalidad, y será la autoridad pública la que venda. Tampoco será el que fije precio á la cosa, que ha de ser vendida, ni el que estipule y convenga sobre el mismo; sino que lo harán los peritos, con la singularidad de que uno será nombrado por él, si quiere, y otro por la autoridad; y de no haber conformidad entre los nombrados, el precio lo fijará un tercero, en cuyo nombramiento, ni el vendedor ni el comprador tienen parte. Preciso es que en este caso tambien los efectos de la compra-venta sean muy diversos de la compra-venta por contrato; y eso veremos tambien en las secciones sucesivas.

§. 6.° *Compra forzosa.*

No parece podia darse un caso así; y sin embargo, es un hecho legal é histórico entre nosotros. Comprendemos la venta *forzosa*, y no se diga la venta judicial. Esta, cabe completamente dentro de los términos de la justicia; aquella de los de la pública conveniencia: cae completamente dentro del llamado *alto y supremo dominio* de la sociedad; y si no, dentro de los principios políticos, fundamentalísimos, de que *las leyes han de darse consultando la utilidad de los mas; y los derechos individuales establecerse de modo que sean compatibles con los del mayor número*; pero en la *compra forzosa* hay que reconocer una exajeracion; si no ya una completa estralimitacion de estos principios.

Afortunadamente la venta ó *adjudicacion forzosa* está abolida. Subsistió muchos siglos: se ha sostenido con tenacidad y contra reiteradas prohibiciones: teniendo su apoyo en la ley, ha sido abolida solo, sin embargo, por Real decreto; y todo autoriza el que le consagremos estas pocas líneas en el importantísimo artículo de la compra-venta.

Por vía de reseña, diremos que la *adjudicacion en venta forzosa* se vé ya consignada en antiguas leyes (Ley 2.ª, tit. 1.°, lib. 10 de la Novísima Recopilacion.)

Empezó del peor modo, y con el peor orígen: *por utilidad y abusos del fisco*. Cuando no se hallaba comprador para lo que á nombre del fisco se vendia, atenuando, ó queriendo atenuar el abuso, se rebajaba una parte de la tasacion, la tercera por ejemplo; de una tasacion siempre alta, y tal vez alta de propósito, previniendo el caso de tener que rebajar; y entonces se hacia *adjudicacion forzosa á persona pudiente* ó mayor contribuyente, elegida á capricho: y no como quiera; sino, segun consigna la citada ley, *siendo compelidos y apremiados los compradores*.

El abuso trascendió tambien á la curia, y segun espresaba el Sr. D. Felipe II, reprobándolo, algunos jueces *compelian* á mercaderes y otras personas, para que compraran *los bienes de los delincuentes*, ya *para sus salarios*, ya *para gastos* y otras condenas, llegando *hasta prender á los que resistiesen la compra*. Y visto el abuso, y las vejaciones, á peticion de las Córtes, se declararon *nulas* estas ventas. (Ley 7.ª, tít. 12, lib. 10 Nov. Recopilacion).

Pero, ¿se reprobaron tambien las del fisco? De ninguna manera; si bien por real resolucion, á consulta del Consejo de Hacienda, en 20 de octubre del 1777, evitando algun tanto la vejacion, se mandó, que, sin ser visto *alterar*, por punto general, *las leyes, que concedian al fisco este privilegio*, no se usara de él en ningun caso, sin real aprobacion. (Nota 2.ª del citado título y libro.)

Todavia, por real cédula de 2 de noviembre de 1786, hubo que reiterar lo mandado. (Nota 6.ª id., id.)

En 1795 se prohibió la adjudicacion forzosa

en causas de contrabando (Nota 4.ª id., id.). Todavía en 1794 se reiteró lo mandado (Nota 5.ª id., id.). Y por último, en la real Instruccion de 8 de octubre de 1818, para el cobro de contribuciones, se mandó (art. 54), que *en ningun caso* se use de la adjudicacion forzosa. Tal es el último estado, que las autoridades todas y los tribunales deberán mantener, y los particulares hacer se mantenga.

§. 7.° *Sobre otorgamiento de escritura.*

No puede ponerse en duda que la escritura, ya pública, ya privada, tiene mas estabilidad que la palabra: ellas, mas que la palabra, aseguran la verdad y perpetuidad de los contratos, de los derechos y obligaciones que nacen de estos: no hay un contrato mas frecuente, y por tanto de mayor trascendencia, que la compra-venta: debe admitirse que los hombres son mas bien diligentes que negligentes en sus intereses; y, sin embargo, dirigiéndose una mirada sobre la vida de las sociedades, se encuentra que, no solo no interviene escritura en todos los contratos; sino que interviene en los menos: que la ley, tutriz natural y necesaria de los derechos sociales, respetó en esto por mucho tiempo la libertad de los ciudadanos, hasta la negligencia de estos: que, cuando ha hecho obligatoria la escritura, no ha sido, hasta hoy, sino para casos determinados, y eso menos por la perpetuidad de los contratos, y garantía de la propiedad, que por recurso fiscal: y por último, que, aun respecto de estos casos, los contrayentes la han eludido, y aun eluden cuantas veces pueden. Mas para ello, ¿qué razon hay de por medio, que la ley no ha consultado, ó no consulta el contrayente?

Ciertamente muchas: 1.° la valía en algunas ventas es tan módica, que cualquiera formalidad de escritura la absorveria, y tal vez mas: 2.° no todas las ventas requieren perpetuidad, como son de ordinario las de cosas muebles, y con mayor especialidad la de cosas *fungibles*: 3.°, la espedicion en los contratos es tan necesaria, como sucede en lo *mercantil*, que la menor demora perjudicaria y destruiria sus ventajas: 4.°, el notariado público no existió siempre con organizacion conveniente: y 5.°, cuando llegó á tenerla, fué con gravámenes sucesivos, como los derechos de otorgamiento, el papel del sello, la toma de razon, no siempre en el punto de la venta; y por último el *impuesto*, los gravosos y mal entendidos derechos *hipotecarios*, contra los cuales, y mas bien contra la forma de su exaccion, algunas veces se ha clamado en el Senado español, despues que la garantía de perpetuidad de los contratos, se ha convertido en una renta y recurso *fiscal*.

Pero, despues de todo, ¿cuál es hoy el estado de la legislacion y de la jurisprudencia sobre otorgamiento de escritura en las ventas? La solucion no puede ser fundada, sino recorriendo una y otra: exámen comparativo, tanto mas necesario, cuanto que, si al fin apareciese que nuestra legislacion y jurisprudencia han tenido períodos de mayor, ó menor diversidad, las cuestiones y pleitos habrán de decidirse y resolverse alguna vez, ó en cuanto á alguno de sus efectos, conforme el período legislativo, en que se verificaron los contratos, y se registraron, ó no, los instrumentos.

Estos períodos se reducen principalmente á tres: el 1.°, que abarca desde la legislacion romana hasta las leyes recopiladas: el 2.°, las leyes recopiladas, y corre hasta 1829: el 3.°, empieza en esta época y corre hasta la presente, abarcando las multiplicadas disposiciones, posteriores á la Nov. Recop., con la jurisprudencia además, causada en esta parte por las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia: períodos, que al final ilustraremos con una reseña de la legislacion estranjera moderna, sobre otorgamiento de escritura ó no, en la compra-venta.

Anticiparemos aquí, además, la idea de que, en el 1.er período, el otorgamiento de escritura es de todo punto potestativo, limitándose las leyes á prescribir formas y condiciones para las escrituras, caso que se otorgasen: en el 2.°, potestativo tambien, en igual forma, si bien ya con algunas restricciones en cuanto á gravámenes, impuestos sobre bienes raíces: en el 3.°, potestativo asimismo en cuanto á bienes muebles y semo-

vientes; *obligatorio*, sin embargo, en cuanto á *bienes raices*, si bien con alguna incoherencia en la legislacion del mismo período; y habiendo siempre de distinguir entre *la validez de la escritura*, y *la del contrato* en sí, segun todo lo espondremos, y lo evidenciará el resúmen del derecho sucesivo.

1.er período.

Derecho romano. La compra-venta se perfecciona, cuando no interviene escritura, luego que se consiente en el precio: si ha de intervenir escritura, cuando esta quede otorgada. (Véanse las Instituciones, en la parte legislativa del presente artículo.)

Derecho español, anterior á la Recopilacion. Fuero Juzgo. La venta hecha por escrito era firme y tambien «*magüer non sea fecho por escripto,*» entregando el precio ante testigos. (Ley 3.ª, tít. 4.º, lib. 5.º)

Fuero Viejo de Castilla. La venta de raíces podia ser hecha por escritura y sin ella: la de bienes raíces, si se negaba, habia de probarse, no habiendo escritura, con cinco testigos. (Ley 3.ª, tít. 2.º, lib. 2.º)

Fuero Real. «Toda vendida que es fecha por escrito, vala, despues que el escripto fuere fecho.» (Ley 3.ª, tít. 10, lib. 3.º)

Leyes de las Partidas. «Compra e vendida puede ser fecha en *dos maneras*. La una es *con carta*, e la otra *sin ella*...» (Ley 6.ª, tít. 5.º, Part. 5.ª)

Se vé, pues, segun dejamos sentado, que en este primer período, era potestativo el otorgamiento de escritura, y potestativo, caso de otorgarse, el que fuera pública ó privada.

2.º período.

Novísima Recopilacion. «*Porque los recaudadores de las alcabalas no reciban daño* en la ocultacion de las ventas de los *bienes raices*, conformandonos con lo dispuesto por las leyes de nuestros Reinos, *sobre ante qué escribanos han de pasar las escrituras de ventas y de otras cosas*, mandamos que *cualesquiera vendidas* ó trueques, y desajenamientos que se ficieren de *bienes raices*, se *haga ante los escribanos de número.....*» (Ley 14, tít. 12, libro 10: nota 7.ª del propio título y libro: ley 1.ª, dichos título y libro, del Suplemento á la Nov.)

Para que consten los censos é hipotecas, que tengan las casas y heredades, que se compran, y *cuyos gravámenes* callan los vendedores, en cada cabeza de jurisdiccion haya un libro, en que se registren todos los *contratos de las calidades susodichas*, y «no se registrando, *no hagan fé, ni se juzgue conforme á ellas*, ni sea obligado á cosa alguna ningun tercer poseedor, aunque tenga causa del vendedor...» (Ley 1.ª, tít. 16, lib. 10, id.)

Encargándose en 1713 el cumplimiento de esta ley, se asentó que por ella se ordenaba se registrasen «*todos los contratos* de censos, *compras*, *ventas* y otros semejantes...» (Ley 2.ª, id., id., id.) Si así lo hubiere ordenado la ley anterior, esto es, si hubiera mandado que se registrasen *todas las compras y ventas*, ciertamente que todas habrian de formalizarse por escritura; pues si no, mal podrian registrarse: pero la verdad es, que en la citada ley 1.ª no se ordenó tal cosa, limitándose la misma, como en ella se vé, á los *censos é hipotecos*; resultando, de un modo evidente, que en la referencia, hecha en la mencionada ley 2.ª, se cometió un error.

Que en los registros se tome razon precisamente «de todos los instrumentos de imposiciones, *ventas* y redenciones de censos, ó tributos: *ventas de bienes raices... que consten estar gravados con alguna carga*: fianzas, en que se hipotecaron *especialmente tales bienes*; escrituras de mayorazgos, ú obra-pía; y generalmente *todos los que tengan especial y espresa hipoteca* ó *grávamen*, con espresion de ellos, ó su liberacion ó redencion...», bien entendido que, sin preceder la circunstancia del registro, ningun Juez podrá juzgar por tales instrumentos, *ni harán fé* para otro efecto, *aunque la hagan para otros fines diversos de la persecucion de las hipotecas*, ó verificacion del grávamen de las fincas...» (Párrafo 1.º, ley 3.ª, id., id., id.)

De las reseñas de estas disposiciones legales ha de deducirse, si la venta, en este 2.º pe-

ríodo, se formalizará siempre ó no, por escritura; y es preciso reconocer que la negativa es la cierta. Si alguna disposicion parece terminante en sentido contrario, es la citada ley 14, tít. 12, y sin embargo, es fácil notar en ella misma, que no se dictó para dar formas al contrato, ni esplicar las establecidas, ó que hubiese introducido la práctica; sino *para asegurar la alcabala*, como recurso *fiscal*: y esto no hay que deducirlo; sino que testual y terminantemente lo espresa la mencionada ley, y mas terminantemente en su preámbulo la propia ley, reproducida en 1793, segun puede verse en la nota 7.ª y ley del suplemento á la Nov. Recop. ya citada: es decir, que no fué el fin del legislador establecer ni se estableció, *cuándo las ventas habian de formalizarse por escritura; sino ante quién habia esta de otorgarse, cuando interviniese*, quedando así en pié, y por lo que hace á las leyes, hasta aquí mencionadas, el sistema cardinal é inveterado de ser el contrato esencialmente y de todo punto *consensual*, quedando perfecto en su consecuencia por solo el consentimiento, sin necesidad de escritura, ni otra formalidad; salvo que se pactase otra cosa, pues en este caso la escritura viene como condicion, de cuyo cumplimiento depende el contrato.

No alteran nada de lo dicho las demás disposiciones recopiladas, cuya prescripcion se limita al caso meramente de que la venta de raíces contenga *hipoteca*, ó grávamen sobre la finca, siendo potestativo en los demás contratos el otorgamiento de escritura.

Cierto que la ley 2.ª, tít. 16, citada, turba, al parecer, de un modo absoluto, esta doctrina; pero ya hemos notado la inexactitud de su contesto, y que limitada al cabo á recordar el cumplimiento de la ley 1.ª del propio título, no ordena mas que esta, cualquiera que sea el voluntario y equivocado supuesto de que nace.

Volviendo á recaer sobre las disposiciones que abarca este 2.º período, son: la célebre y ya mencionada pragmática de 1768, *sobre el registro de hipotecas*, y las leyes que la precedieron sobre el mismo objeto, como tambien las relativas simplemente al contrato de compra-venta. Todas demuestran, segun hemos ya insinuado, que no se establecieron para dar formas nuevas al contrato, para hacer en él obligatoria la escritura; sino para hacer *obligatoria la toma de razon* de esta, y no precisamente como escritura de contrato; sino en cuanto este contiene alguna *hipoteca*, ó *grávamen sobre la propiedad raiz*, so pena de que sin la toma de razon la escritura no haria fé en juicio, ni fuera de él, no por lo que hace el contrato de venta, *sino únicamente para perseguir la hipoteca*.

El contrato, por lo tanto, quedó y continuó, aun publicada la Nov. Recop., bajo la forma potestativa, que, en lo relativo á escritura, le impusieron las leyes de Partida, de acuerdo con las romanas. En las Universidades se enseñaba, como esencial, la forma puramente *consensual* del contrato, salvo estipulacion en contrario: la jurisprudencia lo esplicaba y sostenia así; y así lo entendian y aplicaban los tribunales, ante los cuales era válido y sostenible el contrato de venta, ya puramente *convencional*, ya *escriturado*, y segun los términos del mismo, dando fuerza á esta inalterable jurisprudencia, en su caso, la célebre ley 1.ª, tít. 1.º, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, conforme á la que cualquiera resulta obligado del modo que se pruebe que quiso obligarse.

3.er período.

Procedemos ya al tercer período, en el cual hemos dicho que el otorgamiento de escritura, por la ley y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, es *necesario*, aunque no sin perplegidad y oscuridad en los resultados jurídicos de las multiplicadas disposiciones legales que abarca el mismo.

Nace todo, y nos es preciso anticipar esta idea, de la falta de sistema; que ha presidido en su orígen, y aun en mucho tiempo despues, en la legislacion del ramo. Porque, en efecto, dominando siempre el principio de que el *consentimiento* perfecciona el contrato de venta; cuando se creyera necesario reforzar ó modificar este principio, habria de ser por alguna razon capital, la cual seria la base y

la reguladora de todas las consecuencias del nuevo sistema.

Y bien: en la teoría, como despues en la historia, dos razones se ofrecen como capitales, en el particular, y una bastarda y perjudicial, á saber: 1.ª, el remedio contra los abusos y la fugacidad de la palabra, y por lo tanto la *perpetuidad* y mayor garantía de los contratos: 2.ª, la mayor *garantía* y publicidad posible tambien en *las trasmisiones y gravámenes* de la propiedad raíz; y 3.ª, el *impuesto fiscal*. En la primera de estas razones se fundó el sistema parcial, potestativo y casuístico de la antígua legislacion, hasta las leyes recopiladas, segun ya hemos visto: en la primera y segunda, pero mas principalmente en esta, las leyes recopiladas, hasta la célebre pragmática de 1768, *sobre el registro de oficios de hipotecas*: en la segunda tambien, y parte ya en la tercera, la citada pragmática: casi principalmente en la tercera, es decir, en la bastarda, gravosa y mas perjudicial para el verdadero fin del registro, la legislacion, que corre desde la citada pragmática de 1768, hasta la ley actual hipotecaria de 1860: descansa esta principalmente en la segunda razon: y se funda, por último, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en la legislacion compleja del ramo, aplicada al período legislativo á que el caso corresponda, y consultando siempre la razon capital de ser esencialmente *consensual* el contrato.

Las primeras disposiciones legales, posteriores á la Novísima Recopilacion, fueron las primeras tambien que indujeron alguna novedad, hasta cardinal, y que constituyen sobre el caso el tercer período legislativo. Son principalmente dichas disposiciones, el Real decreto de 31 de diciembre de 1829 y la Real Instruccion de 29 de julio de 1850: el Real decreto de 23 de mayo de 1845: id. 26 de noviembre de 1852, y 19 de agosto de 1853: con algunas disposiciones de inferior importancia: y la Novísima Ley hipotecaria de 1860, con su correspondiente reglamento.

El Real decreto citado de 1829, dice:

«Con la creacion de los oficios de hipotecas, destinados al registro de escrituras públicas, quiso mi augusto Abuelo el Sr. Cárlos III, *que constase de un modo legal*, si las fincas vendidas *estaban ó no exentas de gravámenes*: beneficio importante, que ya habian intentado asegurar á sus pueblos mis ilustres predecesores D. Cárlos I y su madre Doña Juana. La Junta encargada de señalar el modo *de igualar las rentas del Estado con sus gastos*, há propuesto que *al tiempo de verificarse el registro* de las escrituras *se exija, con el título de derecho de hipotecas, un ligero impuesto* de medio por ciento. Y conformándome con su parecer, que habeis apoyado, y á que se há adherido mi Consejo de Ministros, he tenido á bien mandar, que *desde 1.º de enero* próximo *se exija*, con título de derechos de hipotecas, *por las ventas, cambios, donaciones y contratos de todas clases, que contengan traslacion de dominio, directo ó indirecto, de bienes inmuebles*, un impuesto de medio por ciento del capital, sobre que versen los dichos contratos, pagadero *en el acto de tomarse razon* en los oficios de hipotecas, en los términos que se fijarán por la instruccion, que sometereis á mi soberana aprobacion.»

En la Instruccion ya mencionada, se ordena así bien:

«A fin de llevar á efecto la *administracion* y *recaudacion del derecho de hipotecas*, que por Real decreto de 31 de diciembre de 1829 se há impuesto *sobre las ventas, cambios, donaciones y contratos de todas clases, que contengan traslacion de dominio, directo ó indirecto, de bienes inmuebles*, se há servido el Rey nuestro Señor, conformándose con el dictámen de la Junta, encargada de proponer los medios *de mejorar los valores* de los arbitrios aplicados á la Real Caja de amortizacion, aprobar y mandar que se observe la Instruccion siguiente:

«Art. 1.º *El derecho de hipotecas*, que se establece por el soberano decreto de 31 de diciembre de 1829, *será considerado en todos los casos y para todos los efectos*, como uno de los ramos, *que constituyen la Real Hacienda*, con la aplicacion que en él se designa.....

«Art. 4.º El derecho de hipotecas, con arreglo á lo que se determina en el espresado

Real decreto, consistirá en un medio por ciento *del importe de las ventas, cambios, donaciones y contratos de todas clases, que contengan traslacion de dominio, directo ó indirecto, de bienes inmuebles*, cuyo derecho se pagará *antes de tomarse razon* en los oficios de hipotecas de los títulos de pertenencia, en los términos, que en adelante se espresarán.....

«Art. 5.° *Bajo la espresada denominacion de bienes inmuebles se comprenden*, con arreglo á la Real prágmática de 31 de enero de 1768, que es la ley 3.ª, tit. 16, lib. 10 de la Nov. Recop., *no solo las casas, heredades y otros de esta calidad, inherentes al suelo; sino tambien los censos, los tributos, los oficios y otros cualesquiera derechos perpétuos*.....

«Art. 6.° *La obligacion de pagar á la Real Hacienda el impuesto, que queda referido, será siempre de la persona ó corporacion, que adquiera la finca ó propiedad, sobre que recae.*

«Art. 7.° *Las fincas y demás propiedades, en que se verifique traslacion de dominio, quedarán siempre obligadas y especialmente hipotecadas al pago del impuesto.*

Art. 8.° Estando demostrado en el mencionado Real decreto que el objeto, que se ha propuesto S. M. al dictarlo, no es tanto el crear una nueva renta del Estado, *como el dar mayor solemnidad y legitimidad á los contratos y adquisiciones de propiedad, haciendo mas impracticables las simulaciones y suplantaciones de documentos, que se esperimentan, no serán admitidos en juicio ni producirán efecto alguno legal, todos aquellos, que, habiendo sido otorgados, pública ó privadamente*, desde el dia de 1.° de enero de este año en adelante, carezcan del requisito esencial de haberse tomado la razon en el oficio de hipotecas, prévio el pago del nuevo impuesto.....»

Estas disposiciones inducen sobre la legislacion anterior las innovaciones siguientes:

1.ª El impuesto hipotecario se declara formalmente *contribucion* del Estado; de donde se sigue que el contraventor incurrirá en el delito de *defraudacion* contra la Hacienda pública, y quedará sujeto á las penas del caso, segun terminantemente se establece en el art. 29 de la Real Instruccion.

2.ª Que ya el *registro*, así como el impuesto hipotecario, y en su caso la *ineficacia* de las escrituras, no se concretan al caso de *hipoteca*, ú otro *gravámen* sobre la propiedad; sino que se estiende á *toda traslacion de dominio*, y por lo tanto á todo contrato de venta de raíces.

Síguese de aquí que, si en toda venta hay traslacion de dominio, y en toda venta hay que pagar el derecho, no pudiéndose éste pagar sino con la toma de razon, ni tomarse esta sin escritura, *en todo contrato de venta de raíces* ha de intervenir escritura.

Síguese además que, si á todos incumbe el cumplir con la ley y todos pueden evitar el mal que les amenaza, los que se hallen en el caso tienen el derecho de usar de los medios legales que conduzcan á este fin; y si á todo se llega que el art. 6.° de la Real Instruccion impone terminantemente *al comprador* la obligacion de pagar el impuesto, á cuyo pago además queda en todo caso *hipotecada la finca vendida*, segun la disposicion terminante del art. 7.° de aquella, es incuestionable que en todo contrato de venta de inmuebles el comprador puede pedir, en su caso, que se obligue al vendedor á otorgar escritura, y eso á pesar de que las partes lo hayan estipulado, ó no; y aun en el de estipulacion en contrario; pues que esta, como contraria á la ley, seria ineficaz.

Este derecho del comprador á pedir, en todo caso, el otorgamiento de escritura, lo hemos indicado ya en la seccion 2.ª, y se halla así establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, como despues veremos. El propio derecho hay que reconocer en el vendedor, si al mismo conviene, como puede convenirle, por ejemplo, el que no falle la venta.

Seria ya conclusion final é incuestionable, que, segun la legislacion, que vamos examinando, en toda enajenacion, *traslacion de dominio*, y por tanto en todo *contrato de venta, ha de intervenir escritura*. Cierto que el art. 8.° de la Real Instruccion citada, habla

de contratos otorgados *pública ó privadamente*, lo cual hoy ha de entenderse del modo de contratar.

Es terminante, además, segun el decreto citado de 1852, art. 17, que «*en todo acto, sujeto á inscripcion del documento, debe exigirse necesariamente el otorgamiento de escritura pública.*»

Pero ahora se ofrecen naturalmente las siguientes cuestiones:

1.ª El otorgamiento de escritura, por virtud de las antedichas disposiciones legales; ¿es *de esencia del contrato*, ó solo una consecuencia de él? ¿Es igual el caso á aquel, en que estipulan las partes que el contrato ha de otorgarse por escritura pública, segun las leyes de Partida, en cuyo supuesto el contrato no se *perfecciona*, sino otorgando el instrumento público? De ninguna manera. En caso de tal estipulacion, el convenio no se cierra sino con el otorgumiento: no hay perfeccion del contrato antes de él: la escritura pública por tanto es entonces de esencia en el contrato. Por los Reales decretos, é Instruccion citados, no es así: el otorgamiento es mera consecuencia del contrato. Los tres fines de la ley, esto es, el *aseguramiento del impuesto de hipotecas*, la *notoriedad* del gravámen, ó traslacion de la propiedad, y la *perpetuidad* del *contrato*, se llenan cumplidamente toda vez que la escritura se otorgue, siquiera sea despues de la perfeccion del contrato, y aun por condena judicial.

2.ª La segunda cuestion es, si el no otorgamiento de escritura hace nulo el contrato. En este punto es preciso admitir la negativa; lo uno porque, como queda dicho, la escritura no es circunstancia esencial para la perfeccion de la venta; sino consecuencia del contrato: segundo, porque si no, el otorgamiento no admitiria *compulsion* á instancia del comprador ó *adquirente*, segun le denomina la Real Instruccion en su art. 6.º, pues no seria tal *adquirente*, si no subsistia contrato válido: y por último, no declarada la nulidad espresamente por los Reales decretos, ni por la Instruccion, los tribunales no deben imponerla, ni la jurisprudencia autorizarla; sino autorizar, por el contrario, una jurisprudencia adecuada, y todos los medios legales, que hagan eficaces los pactos; que concilien la existencia de estos con los demás fines de la ley: y así lo veremos despues en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora notaremos que la misma obligacion general de otorgamiento de escritura establece el Real decreto de 23 de mayo del año citado de 1845, segun el que «Estarán sujetos al derecho de hipotecas en todas las provincias del Reino é islas adyacentes..... *toda traslacion de bienes inmuebles*, ya sea en propiedad, ya en usufructo, cualquiera que sea el título conque se verifiquen.....» (Art. 1.º).

Como era consiguiente, se establece tambien que *todas las escrituras*, destinadas á formalizar cualquiera de los contratos, especificados en este Real decreto, habrán de pasarse por el oficio de hipotecas (art. 20), desprendiéndose naturalmente que, si en *toda venta* de raices se trata de *traslacion* de estos, *todas* las ventas requieren *otorgamiento de escritura*.

Y ya hemos visto antes el tenor del decreto citado de 1852.

Tal es en este punto la legislacion, cuando se ha publicado la nueva Ley de registros hipotecarios, de 20 de julio de 1860, que empezará á regir dentro del año de su promulgacion, en el dia que señale el Gobierno, y habiéndose verificado la promulgacion por la ley de 8 de febrero del corriente año de 1861.

Es de notar que por esta ley se organiza, digamoslo así, *la toma de razon*, y se la hace necesaria para infinidad de derechos y efectos civiles, careciendo para ello de *eficacia* los instrumentos no registrados. Prohibe (artículo 396) que se *admita* por los tribunales ningun instrumento de que no se haya tomado razon: estimula con gravísimos resultados la toma de razon, y á su vez el otorgamiento de escritura: respeta, digamoslo así, la libertad de escritura ó no; pero castiga con perjuicios trascendentales la negligencia ó la omision: y es tal, sin embargo, la Ley, que podria decirse, que segun ella, no es obligatorio el otorgamiento de escritura en las ventas. No es tampoco directamente obligatorio el registro; pero sí lo es indirectamen-

te, y tanto, que la omision compromete todos los derechos del omiso y de sus causahabientes, como mas adelante esponemos.

Pero hay que tener en cuenta que esta no es una ley fiscal, y al contrario ganaria mucho, en sus buenos efectos y plausible fin, con que no hubiera leyes, que embazaran su accion y resultado con el pago del impuesto, ligado este, sobre todo, como aun se deja, á la toma de razon, instituida ciertamente para fin bien diverso. No siendo ley fiscal, no deroga las multiplicadas disposiciones de esta índole, anteriores á ella; y como en estas, segun antes hemos espuesto, es precisamente donde se consigna la necesidad del otorgamiento de escritura en la venta para asegurar el impuesto hipotecario, es constante que esta necesidad subsiste, despues de la nueva ley de 1860: y tal es hoy el estado de la legislacion. Seria posible que las leyes fiscales prescribiesen para el impuesto otro momento que el de la toma de razon; como antes se pagaba, por ejemplo, la alcabala, sin otorgamiento de escritura: pero mientras tanto, el derecho fiscal constituido, es como queda espuesto. Hay, además, que la propia ley novísima liga, en cierto modo el pago del impuesto al registro, previniendo en su art. 243, sobre lo ya indicado del art. 398, que el registro no se verificará, sino prévio el pago de los *impuestos establecidos, ó que se establecieren por las leyes*. Véase aún el párrafo 8.°

Resta aun examinar, si la escritura de venta, así como ha de intervenir siempre, ha de ser siempre *pública*, ó podrá ser tambien *privada*.

Mientras era omnímodamente potestativo en los contrayentes otorgar, ó no, escritura en el contrato de venta, como sucedia en el que para este efecto, hemos llamado *primer período legislativo*, es indudable, que, si el contrato podrá otorgarse sin escritura, tambien esta podia ser pública ó privada, pues que era ley del contrato la voluntad de las partes.

Lo mismo puede decirse respecto del *segundo período*, salvo la restriccion espuesta, si mediaba hipoteca. En el *tercero*, sin embargo, la legislacion es contradictoria, efecto necesario de que, procediendo de los Ministros de Hacienda y de Gracia y Justicia, sin mútuo acuerdo, y antes con separacion, cada uno ha establecido reglas, segun su índole, y fin peculiar. Por consecuencia, el de Gracia y Justicia, del cual es propio dictar disposiciones, que favorezcan la libertad, legalidad y perpetuidad de los contratos, las dicta en este sentido, sin tomar igualmente en cuenta el *impuesto fiscal*; y el de Hacienda, por la inversa, atiende con preferencia al impuesto, cuidando apenas, ó no cuidando de lo demás; y aun contrariando la facilidad y perpetuidad apetecida de los contratos, por el rigor del impuesto; y mas aun que con este; con la forma de exigirlo, convirtiendo en puro *medio fiscal* y coercitivo la *toma de razon*. Así, segun la pragmática de 1768 y demás leyes recopiladas, los oficios de hipotecas tenian por objeto principal la *perpetuidad* de los contratos: en la Instruccion citada de 1830 domina tanto en el registro el espresado fin, como el aseguramiento del impuesto: en el Real decreto, en fin, y citado tambien, de 1845 textualmente se consigna por la vía de Hacienda, que *las oficinas del registro se establecen para la cobranza del impuesto* (Artículo. 16.).

Como quiera que sea, es lo cierto que, por estas razones, ó por otras, la legislacion del tercer período autoriza al principio el otorgamiento de escritura *privada*; para concluir con que el instrumento de registro sea *público* ó *auténtico*.

Y con efecto: la Real Instruccion de 29 de julio de 1850, ordena que, «no serán admitidos en juicio, ni producirán efecto alguno legal, todos aquellos (*documentos*), que, habiendo sido otorgados pública, ó *privadamente*, desde 1.° de enero del mismo año en adelante, carezcan del requisito esencial de haberse tomado razon.....» (Art. 8.°).

El testo no puede ser mas terminante, y sin embargo, es de notar que, segun la misma Instruccion (art. 16), los escribanos, ante quien se otorguen los contratos, comprendidos en el Real decreto de 31 de diciembre de 1829, *debian remitir nota de los contratos, que pasasen ante ellos*, al administrador de Hacienda pública del partido, *para activar*

y asegurar el cobro del impuesto; y bien se vé cuánto se oponia á este fin el otorgamiento de escrituras privadas, de las cuales dichos escribanos no podian dar razon: y es decir que, no solo son incoherentes entre sí, sino contradictorias las disposiciones, emanadas de los Ministerios de Hacienda y Gracia y Justicia, y hasta los de cada uno.

Todavía por el Real decreto citado, de 23 de mayo de 1843, se ordenó que en los mismos plazos, que los instrumentos públicos, se presentarian á registro *los contratos particulares, en que no intervenga escribano.....»* (Art. 21.)

Conocióse la palmaria incoherencia, ya que no contradicion, repetimos, de las disposiciones, que, sobre la materia venian acumulándose, siempre sin sistema fijo y adecuado; y por Real órden de 17 de julio de 1847, se declaró que, aunque se habian sujetado á registro los documentos *privados*, habia de entenderse de aquellos casos ó contratos, en que la ley no exigia escritura pública.

Ni esta declaracion bastó; ni era posible, como es fácil comprenderlo. Ella, por el contrario, hacia mas perpleja la cuestion, y por circular de la Direccion general de Contribuciones, de 18 de julio de 1849, esplicando aun el sentido de dicha Real órden, se declaró que por esta no se habia derogado el artículo 21 del Real decreto de 23 de mayo de 1843, que es el que, como se ha visto, autorizaba el registro de documentos *privados*.

No aclaró mas las dudas el Real decreto de 19 de agosto de 1853, estableciendo (artículo 6.°), que no se exija escritura *pública, sino en los casos, en que así lo ordene la ley*, cuya declaracion se dejaba á los tribunales. Porque ¿cuáles son estos casos, respecto, al menos de la compra-venta? Ya hemos visto lo que el derecho constituido autorizaba de siempre, y aun despues de la legislacion, en gran parte, *fiscal*, si ya no lo es casi esclusivamente, y que empieza en el Real decreto de 31 de diciembre de 1829 : pero en la ley novísima hipotecaria, que ha de empezar á regir, segun designacion del Gobierno, antes de 8 de febrero de 1862, se establece decisivamente que los documentos, para ser admitidos á registro, han de ser *públicos*, ó *auténticos*.

Es, pues, el resultado final y conclusion de esta importante materia, que, si por la legislacion *fiscal*, que dejamos reseñada, *toda traslacion de inmuebles* requiere escritura, y esta, para ser *eficaz*, ha de ser *registrada*: si, segun el art. 1.° de la nueva Ley hipotecaria de 1860, entre los títulos que han de registrarse, para ser válidos y eficaces, se comprenden los *traslativos de dominio*, en cuyo caso se hallan los de compra-venta: y si, segun la misma, y el reglamento dado para su aplicacion, los tribunales *no han de admitir* documentos públicos, ni *auténticos*, que no estén *registrados*, segun con mayor amplitud esponemos en el párrafo siguiente: si no pueden registrarse, en fin, sino los *públicos* ó *auténticos*, puede tenerse por regla cierta, y conforme á la cual debe formarse jurisprudencia, que hoy *en la compra-venta de bienes raices ha de intervenir siempre escritura pública*: y además de derecho, segun el decreto de 1852.

Lugar del otorgamiento. En cuanto al lugar, en que ha de otorgarse la escritura, y oficial público que ha de autorizarla, por la legislacion recopilada, esto es, por la ley 101 del cuaderno de alcabalas de los Reyes Católicos, despues ley 14, tít. 12, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, reproducida en 7 de junio de 1793 (nota 7 á dicho título), y de último por la ley 1.ª, tít. 12, lib. 10 del Suplemento á la Novísima, la escritura debia otorgarse ante el escribano numerario, y de no haberlo, ante escribano público de las poblaciones, *en cuyo término radicaba la finca vendida*; y de no haberlos, ante iguales funcionarios de las poblaciones mas inmediatas del mismo partido; y nunca por ante escribanos reales, ni notarios eclesiásticos.

Pero estas leyes, pura, ó principalmente fiscales, como atentas á asegurar el pago de alcabalas y demás, y por tanto trabas de hierro para la saludable y necesaria libertad de la contratacion, no podian, ni pueden sostenerse. Estarian impedidos de comprar y vender bienes raices los que no residieran en el partido de la radicacion: cosa imposible de hecho, ya

en el modo de ser de la sociedad, ya en la distribucion de la propiedad, habiendo propietario que, residiendo en la córte, ó en una capital de provincia, tiene fincas en multiplicados partidos de la Península é islas adyacentes, y aun en Ultramar. Así por el derecho y por la práctica ha prevalecido que los escribanos reales puedan autorizar instrumentos públicos, y por tanto, escrituras de venta, donde no haya escribanos numerarios ni públicos: que baste el que se tome razon, como debe tomarse, en el oficio de hipotecas, de la *radicacion*: y por tanto, y es el derecho y jurisprudencia actual, que cada uno puede comprar y vender donde resida, ó donde le convenga por apoderado, sin mas restriccion que la antes indicada de la *radicacion* para el registro.

Indicamos antes, que al fin del párrafo ilustrariamos la cuestion con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, y con el derecho comparado, y es lo que vamos á realizar.

Jurisprudencia causada por el Tribunal Supremo de Justicia, sobre el objeto del presente párrafo. «Considerando que el contrato de venta queda *perfecto* y *obligatorio* por el *simple consentimiento* de las partes en la cosa y en el precio; y por consecuencia *tienen aquellas derecho recíproco á pedir que se reduzca á escritura pública*» (Sentencia de 30 de junio de 1854, núm. 8, tomo 68 de la *Coleccion Legislativa*.).

«Considerando *que, por ser indispensable en el actual estado de nuestra legislacion la escritura pública en la venta de inmuebles para su eficacia*, es visto que la obligacion que produce este contrato consensual..... envuelve la de *prestarse entrambos al otorgamiento de escritura*, porque el que quiere un fin, quiere los medios necesarios para conseguirlo.

»Considerando que solo en el caso de espresar los contrayentes, bajo de una ú otra forma, que no se entienda perfeccionado el contrato, hasta que se formalice la escritura, puede tener lugar lo que disponen las leyes romanas y las de Partida, en que se funda el recurrente» (Sentencia de 27 de mayo de 1856, núm. 11, tomo 68 de la *Coleccion Legislativa*.).

«Considerando que, aun cuando la propuesta de que se *espidiera venta pública en forma*, pueda entenderse *por el otorgamiento de escritura*, no por eso ha de considerarse al comprador privado del *derecho de reclamarla*, ó renunciar á lo establecido en su favor esclusivo, ni el que le asistia para *hacer el pago, tomar la posesion* que se le dió..... y *adquirir en su virtud la propiedad y pleno dominio*» (Sentencia de 22 de marzo de 1860, núm. 63, tomo del año.).

«Considerando que la ley 6.ª, tít. 5.º, Partida 5.ª, se refiere al contrato de compra-venta, y aun, para que en esto tenga lugar su aplicacion, es necesario *que se haya pactado la estension de escritura, como condicion esencial, ó que el contrato lo exija por sus circunstancias especiales*; pues en otro caso *queda perfeccionado con el consentimiento de los que lo otorgan:*

»Considerando que..... ni se pactó la *redaccion de escritura, como requisito esencial, sino para solo el efecto de que aquel constase.....*» (Sentencia de 20 de febrero de 1861, número 11, tomo de sentencias del año.).

Proyecto del Código civil. Reproduce el derecho comun y general, sobre que la compra-venta se *perfecciona por solo el convenio* de las partes (Art. 1372.).

«Todo acto entre vivos, dice el art. 1826, de mutacion y *traslacion de propiedad de inmuebles*, como..... *venta*..... se *inscribirá* en el registro público.» Y como no podria inscribirse sin escritura pública, segun lo antes demostrado, se sigue de ello que en toda venta de inmuebles ha de intervenir escritura pública.

LEGISLACION ESTRANJERA. **Francia.** «La venta puede ser hecha por *acta auténtica*, y por *escritura privada*» (Art. 1582, Código civil.).

Baden. «La venta de un *inmueble* no se *perfecciona* sino por la *inscripcion en el registro* público de propiedades inmuebles» (Art. 1588.).

Cerdeña (Art. 1589, *como* el 1582, Cód. fran.).

Dos Sicilias (Art. 1427, *como* el 1582 fran.).

Haiti (Art. 1567, *como* 1582 fran.).

Inglaterra: escritura *pública*.

Luisiana. «*Toda venta de inmuebles*, debe ser hecha por *acta auténtica*, ó bajo *firma privada*. Toda venta *verbal* de estos objetos (de bienes raices y de esclavos) es *nula*, tanto respecto de *terceros*, como de los *contrayentes*; sin que en ellas se admita la prueba *testifical*» (Art. 2415.).

«Toda venta de inmueble...., hecha bajo *firma privada*, carece de efecto, ya contra las partes, ya contra terceros en general, salvo desde el dia en que fué registrada en el registro público» (Art. 2417.).

Prusia. «La adquisicion de un *inmueble* no es *perfecta*, mas que por la *inscripcion* en el registro público: esta inscripcion no tiene lugar sino presentando un *acta auténtica*» (Art. 2.°, part. 1.ª, tit. 10.).

Suecia. La venta de un inmueble se verifica, no como quiera, por *acta pública*, sino por acta *judicial*, ó *jurídico administrativa*. Concertada la venta entre las partes, *se somete* ó eleva *al juez local*, y si el fundo ó fundos radican en diversos términos, á los jueces respectivos de ellos. Estos, por la antigua legislacion (Tratado de la propiedad raiz, art. 1.°, cap. 4.°), la hacian anunciar *en tres audiencias públicas*, durante un año. Posteriormente, por una ley de 13 de junio de 1800, las tres publicaciones han de terminar en la primera sesion ó audiencia pública, posterior é inmediata al contrato. Si publicada la venta, nadie se opone, la autoridad la *confirma*, espidiendo acta ó testimonio de la confirmacion con su sello particular, y además el del Tribunal. Este procedimiento es de rigor, y las partes no pueden estipular lo contrario.

Canton de Vaud. La venta de un inmueble no se *perfecciona*, sino por el otorgamiento de *acta pública*: hasta entonces no puede mediar entre las partes sino *promesa de venta*» (Art. 1115.).

Ahora de todo lo espuesto pueden deducirse las conclusiones siguientes de doctrina y de derecho:

1.ª En el estado de las relaciones sociales, en el activo, y, por lo mismo, complejo á veces, movimiento transacional, en que por necesidad entran por tanto las operaciones del crédito: en la division, en fin, escesiva de la propiedad raiz, y consiguiente subdivision, trasmision y sujecion de la misma á hipoteca, y otros gravámenes; aunque no fueran de derecho, como lo es; por conveniencia de los particulares y de la contratacion general, deberian elevarse á escritura pública todas las trasmisiones y gravámenes de la propiedad raiz.

2.ª La venta comun de muebles, por conveniencia y por derecho necesita y goza de mayor libertad, que la de la propiedad raiz, y es por lo tanto, y ha sido siempre, potestativa en ella la formalidad de escritura.

3.ª En el primer *período* de los marcados en el presente párrafo, fué tambien potestativo el otorgamiento de escritura pública ó privada, entre las partes, en la trasmision de bienes raices.

4.ª En el *período* 2.°, potestativo tambien en las ventas; pero no en las *hipotecas* y gravámenes *censuales*, debiendo notar que en estos, aun en el primer período, debia mediar escritura pública. Véase el artículo **censo**.

5.ª En el *tercer período*, el otorgamiento de escritura es de derecho y de jurisprudencia, segun plenamente queda demostrado en uno y otro concepto.

6.ª En el principio de este período la escritura podia ser *pública ó privada*; pero el fin de él, por la conveniencia, por la jurisprudencia, y por el derecho, sobre todo despues del citado Real decreto de 1852, en su artículo 17, y de la nueva ley hipotecaria de 1860, la escritura, sobre ser *necesaria*, ha de ser *pública*.

7.ª La escritura, sin embargo, no es necesaria para la perfeccion, sino para la *eficacia* del contrato en juicio; y por ello, en primer lugar, declarar *ineficaz* la escritura, no es todavía declarar *nulo* el contrato, á que se refiere, como terminantemente no se esprese así: y en segundo, cualquiera de las partes puede pedir se obligue á la otra al otorga-

miento de escritura pública, como puede pedir cuanto de derecho sea necesario para la completa eficacia del contrato. (Véase aun el párrafo siguiente.)

No hay que advertir que lo dicho se entiende de la compra-venta, *como contrato*, ó entre los particulares; no de la *venta judicial*, y en la admioistrativa, en las cuales siempre que interviene el *instrumento público* ó *auténtico*, dispongan las leyes del caso. En las ventas, en que interviene autoridad judicial, el instrumento es siempre escritura pública, por testimonio de escribano, como en las ventas judiciales de juicios ejecutivos, en las de bienes nacionales, etc. Véase sobre este segundo punto, el siguiente párrafo 8.°

Gastos de escritura. Restan aun dos cuestiones para terminar el presente párrafo, y con la del *sello* correspondiente y la de *gastos* de escritura.

En cuanto á lo primero, ha de verse la legislacion sobre uso del papel sellado.

Respecto á los gastos de escritura, algunos Códigos estranjeros establecen que son de cargo del *comprador*. El Código francés, dice en su art. 1593. «Los gastos de *escritura* (*les frais d' actes*), y *otros accesorios* á la venta, son de cargo del *comprador*.»

El proyecto del Código civil español establece tambien en su art. 1379: «Los gastos de *escritura*, registro, y *los demás accesorios á la venta*, son de cargo del *comprador*, como no se hubiese pactado lo contrario.»

Lo que el Código francés, consignan tambien, el de Holanda, art. 1502: el de Cerdeña, art. 1600: el de las Dos Sicilias, 1438: y el de Vaud, 1123; sin que á pesar de tanta autoridad, haya razon sólida que convenza, lo general y absoluto de tal disposicion, como no convence ciertamente la espresada en el comentario, ó motivos del proyecto del Código civil español, de que «*el comprador es considerado mas principalmente como deudor.*» Se vé que la razon misma aducida, es en sí vacilante. Porque, si el *comprador*, aun en el supuesto que se hace, y que tampoco hallamos fundado, solo se considera deudor *mas principalmente*, y por tanto no esclusivo y absoluto; es decir, que *menos principalmente* lo es tambien el *vendedor*; y lo justo y fundado seria que en ese concepto y proporcion contribuyese al gasto de otorgamiento.

Ni es aplicable al caso la disposicion del artículo 1092, del propio proyecto, que se cita en corroboracion; pues en él se dispone, y se dispone bien, que, en diligencias de pago de deudas, los gastos son del *deudor*, lo cual no puede dudarse, pues que es *deudor realmente*, y solo, y además se ha puesto *en mora*; y debiendo lo principal, es claro que debe *lo accesorio*, en que hay la misma razon; pero nada de esto sucede en la escritura de venta.

Llégase á todo que, si dicho proyecto establece, como ya hemos visto, en el artículo 1092, que «los gastos de escritura.... y *demas accesorios á la venta*, son de cargo del *comprador*;» en el art. 1388 estatuye, por el contrario, que «los gastos de la entrega de la cosa vendida son de cuenta del *vendedor*; y los de su *trasporte* ó *traslacion*, de cargo del *comprador*, como otra cosa *no se hubiese* estipulado; y no se negará que aquí unos y otros gastos son *accesorios á la venta*, no obstante lo que, sin pacto para ello, los pagan, ya el verdedor, ya el comparador.

Y lo que quiere todo decir, cuando resulta tal incoherencia, perplegidad, y aun contradiccion, es que la razon de que pague solo el *comprador* no está bien establecida; y no lo está, porque, como tenemos dicho, no es en sí fundada, ni justa.

Diremos, por tanto, en primer lugar: que en materias convencionales el pacto lícito hace ley; y que en todo caso ha de estarse á lo que se estipule; que hasta podria ser el que los gastos de escritura los pague el *vendedor*, porque tal puede ser su mayor ventaja en vender: razon que solo toca apreciar á los contrayentes.

En segundo lugar, en el otorgamiento escriturado de un contrato es preciso distinguir entre el *protocolo* ó *matriz*, y la escritura *original*, ó *primera saca*, y despues de eso, si el otorgamiento de escritura es *potestativo*, ó si por el contrario está *mandado por ley*, como actualmente entre nosotros. En el pri-

mer caso, esto es, si el otorgamiento de escritura es potestativo, los gastos de protocolo y matriz, pues que son *voluntarios*, serán de cargo del que por su *conveniencia* quiera causarlos; y quiere decir que, si los dos contrayentes convienen en escriturar, los gastos serán por mitad; si uno solo, él solo tambien lo pagará, salva siempre estipulacion en contrario.

Pero cuando el otorgamiento de escritura es de ley, como hoy en las ventas de raíces, entre nosotros y lo propio en los países, cuyos Códigos hemos citado, la doctrina debe ser otra. El otorgamiento entonces es una *obligacion comun*; y si el uno y el otro contrayente deben cumplirla, por lo mismo que es comun, ámbos han de hacerlo á su costa respectiva, y por tanto, en principios de equidad y de justicia, no puede ponerse en duda que los gastos del protocolo sean en este caso de cuenta de los dos.

Otra cosa hay que decir, porque es otra la razon, de los gastos de escritura, matriz, y ulteriores, sacas y concuerdas. El que pide estas, las pide, ó para *su utilidad*, ó *para cumplir obligaciones peculiares*; y por lo tanto, los gastos deben ser por el pronto de cargo del que pida la saca, porque él es quien los causa, no estipulando otra cosa.

Y decimos por el *pronto*, porque planteamos la cuestion como general. Podria suceder, sin embargo, que el vendedor pidiese copia, y aun primera saca, para compeler judicialmente al pago del precio al vendedor, ó para hacer efectivas otras obligaciones de este, inherentes al contrato; en cuyo supuesto, si el vendedor apareciere realmente en *mora*, dando así causa al procedimiento judicial, y á los medios de prepararlo, en el juicio será condenado en lo principal y accesorio, y por tanto en daños, perjuicios y gastos, de que son parte los de saca de escritura.

Puede aun decirse, en cuanto á esta, que, siendo hoy de necesidad legal la *toma de razon* de las escrituras de venta de bienes raices, es una carga inherente al contrato: que éste por lo tanto, no es, sin ella judicialmente eficaz y valedero, pues hoy, no solo no hace fé en juicio una escritura no registrada; sino que, despues de la ley hipotecaria de 1860, y ya por disposiciones anteriores, ni aun pueden admitirla los tribunales; pareciendo resultado de todo que, pues el contrato es bilateral y de obligacion comun, para que sea efectivo, comunes debian ser los gastos de la primera saca.

A pesar de estas razones, si el contrato tiene obligaciones comunes, cual es la del protocolo, tambien las tiene *respectivas*, y de este género es la de la presentacion de la escritura á la toma de razon. La ley impone esta carga al comprador, y á él incumbe examinar, si, en virtud de lo que tiene de gravosa, ha de estipular que los gastos de la primera saca sean comunes, y aun el que los pague solo el vendedor: si lo ha omitido, él es el juez de su utilidad, y el responsable de sus actos personales, y nada mas justo que el que pague solo los gastos de la escritura original.

Y hay que distinguir, en tercer lugar, y por último, entre los gastos de *escritura* y los *demás accesorios á la venta*. En estos la decision de que sean de cuenta del vendedor, es aun mas inequitativa é infundada, y es además contradictoria con los principios, y aun con las prescripciones del derecho constituido.

Y ciertamente, los mas de estos gastos, sino todos, nacen de *utilidad peculiar*, ó de *obligaciones peculiares* de cada uno de los contrayentes; y es injusto hacerlos pagar al uno solo de ellos. Así se vé, que el mismo proyecto de Código civil, á pesar de que, por el art. 1577, terminantemente impone los gastos *accesorios* á solo el *comprador*; luego en el 1588 estatuye, por el contrario, segun vemos arriba, que los de *entrega* de la cosa vendida son del *vendedor*, etc., y no se dirá que estos no son *accesorios*. No hay en esto, si se quiere lo justo, sino examinar la *causa de deber*, y que, ora sea un *hecho personal*, como en caso de *mora*; ora de *utilidad personal*, como la *toma de razon*; ora, en fin, una *circunstancia real*, como la hipoteca, á que la ley sujeta la finca vendida, por el impuesto hipotecario, no puede, ni debe afectar con

sus gastos, sino á aquel, á quien peculiarmente incumbe.

Para mayor evidencia en la deduccion y aplicacion de la doctrina, y justicia que sostenemos, no hay mas que suponer el hecho *jurídico*, ó *deducida en juicio* la cuestion de paga de derechos *accesorios*. Todo tribunal, entonces, aplicará ciertamente lo que la ley disponga, por duro que sea; pero si aquella nada dispone, examinará la *causa de deber*, y por esta regla de criterio jurídico, pagará aquel, de parte de quien esté dicha causa, segun los principios antes espuestos; y no *siempre el comprador*.

§. 8.° *Registro público, ó de hipotecas.*

No vamos á tratar aquí del *registro de hipotecas*, en la vasta escala hoy de sus consecuencias legales y fiscales, á lo cual por su importancia, dedicamos artículo aparte; sino meramente de la *toma de razon*, bajo el solo punto de vista de la *eficacia* de la escritura, y del contrato, que es lo que corresponde al anterior y al presente párrafo; y puesto que para los fines del contrato no basta haber otorgado una escritura válida por parte de las formas; sino que es menester que no deje de ser *eficaz* por la omision de una circunstancia, esterna sí, pero que es de la que depende su eficacia y valor en juicio, siendo esta circunstancia la *toma de razon* ó *registro*.

Cinco son los puntos, que en el concepto dicho, completan el objeto del presente párrafo, á saber: 1.°, punto en que ha de tomarse la razon: 2.°, término para hacerlo: 3.°, clase de instrumento, que ha de presentarse: 4.°, efectos de la no toma de razon: 5.°, el rema que debe, y que puede procurar persogistro.

1.° *Punto para la toma de razon.* Es, como debia ser, el registro, ú oficio de hipotecas en cuyo distrito *radiquen* las fincas, á cuya trasmision ó gravámen sea referente la escritura. Solo así puede haber facilidad, seguridad, regularidad y claridad en el registro y sus efectos. Conviene fijar un punto para la toma de razon, y no dejarlo al arbitrio del enajenante, ó imponente, porque así solo se facilita la liquidacion y el cobro del impuesto, y así tambien los sucesivos adquirentes de la finca pueden con facilidad y seguridad averiguar el estado de aquella: y así, en fin, únicamente puedeo prevenirse los estelionatos. Por tan poderosas razones, ha sido tal, sin alteracion desde el principio del registro, el precepto legal. Si la finca radica en dos ó mas partidos judiciales ó hipotecarios, en todos ellos se tomará razon. Si la escritura comprende muchas fincas, la razon se tomará respecto de cada una, en el registro del término ó distrito en que radique (1).

2.° *Término para la toma de razon.* Punto es este de la mayor importancia, por que al cabo pende de él la eficacia de la escritura y su efecto en juicio: pero punto por demás complejo en este último concepto; confundido, mas bien que esplicado, por la legislacion del caso y prácticas de la autoridad rentística. Sin sistema fijo, en el particular, se establece un término con todos los caractéres de *perentorio*, como verémos: sus efectos deberian ser *perentorios* tambien; y sin embargo, no es así. La parte á quien se fija el término, ha podido hasta hoy pedir ampliacion; sin pedirlo ella, la Corona la ha venido concediendo de tiempo en tiempo, y por medida general: y aun pasado el término, los recaudadores del *impuesto*, teniendo *siempre hipoteca especial* en la finca vendida, pueden *siempre* pedir el pago, al cual es inherente la liquidacion y, en términos de toda justicia debe serlo la toma de razon, despues de la cual ningun tribunal podria rechazar una escritura de venta ú otro gravámen.

Pero es lo cierto que las leyes y disposiciones, en su mayor parte fiscales, han prefijado un término, y es preciso consignarlo aquí, dejando para mas adelante el apreciar sus efectos legales, que ya quedan sin embargo insinuados. Por la ley 1.ª, tít. 16, lib. 10

(1) Ley 3.ª, tít. 16, lib. 10, Nov. Recop., art. 1.°: ley 4, id., id., arts. 1.° y 3.°: Real instruccion de 29 de julio de 1830, arts. 10 y 11: Real decreto de 15 de junio de 1845, art. 18: Real decreto de 26 de noviembre de 1852, art. 8.°: Real decreto de 17 de agosto de 1853, art. 2.°: Ley hipotecaria de 1860.

Nov. Recop., que fué la que instituyó el registro, se fijó el término de *seis dias*.

Ley 2.ª, id., id.: *seis dias* para los instrumentos otorgados desde su fecha; *un año* para los anteriores á ésta. (Año de 1713.)

Ley 3.ª, id., id., art. 10: *seis dias*, si el otorgamiento fuese en la capital: *un mes*, si en pueblo del partido: en los anteriores á su fecha (año de 1768), hasta tomar la razon *antes de presentar* en juicio la escritura.

Real instruccion de 29 de julio de 1830, art. 15: *tres dias*, si la escritura se otorga en la cabeza de partido: *veinte*, si en pueblo de él: *cuatro meses*, si la escritura se otorga *en dominios estranjeros*: *un año*, si en los dominios de América: *año y medio*, si en los de Asia.

Real órden 26 de junio de 1852: *diez dias* en las cabezas de partido, ó donde radique el registro: *treinta*, si el otorgamiento es en pueblo del mismo.

Real decreto de 15 de junio de 1845, artículo 18: *ocho dias*, otorgándose el contrato en el pueblo del registro: *un mes*, siendo en otro.

Real decreto de 26 de noviembre de 1852, artículo 8.º: *doce dias*, desde el siguiente al contrato, en el pueblo del oficio de hipotecas: *cuarenta*, si en otros pueblos del partido. Si una escritura contiene varias fincas en diversos pueblos, para la toma sucesiva de razon *de cada una*, corren los mismos términos respectivamente de *veinte* y *cuarenta* dias.

Real decreto de 19 de agosto de 1853, artículo 2.º: *doce dias*, si el otorgamiento de escritura se ha verificado en el pueblo del registro: *cuarenta*, si en otro diferente.

Despues de todo, puede decirse, que, si bien incurriendo en las multas fiscales, el tiempo para tomar razon es indefinido, como demostramos mas adelante.

La novísima ley hipotecaria, no fija término. Véase sobre esto la subdivision 4.ª, sobre los *efectos de la no toma de razon*.

3.º *Clase de instrumento*. No es esta cuestion la de qué género de escritura ha de intervenir en la compra-venta, esto es, si *pública*, ó *privada*, la cual ya dejamos esplanada anteriormente; sino si á la toma de razon ha de presentarse la escritura *original*, precisamente, ó si podrá ser tambien una copia, ó *concuerda*, etc.

Lo indicado en este caso por la buena razon es que se observe en el mismo, lo establecido de siempre para hacer valer en juicio los derechos escriturados: esto es, por la escritura original ó *primera saca*, cuando así es posible; por copia, ó *concuerda*, cuando por necesidad, y sin dolo, no haya otro arbitrio que el de recurrir á ella, por haberse quemado, estraviado, ó inculpablemente destruido en cualquier otra forma, la *original*, y en su caso el *protocolo*.

Y todavía en los casos de trasmision de dominio, y toma de razon, hay un motivo especial, una razon mas: en los casos de otro género, ó en que se apele para otros fines á la presentacion de escrituras, se trata solo de la perpetuidad del contrato ó transaccion social, ó de la comprobacion de derechos; pero en la toma de razon se trata de eso mismo, y además del *impuesto fiscal*, cuya liquidacion y pago se dificultarian, haciendo difícil, en vez de facilitar, la presentacion de escritura.

Y así la cuestion ha sido comprendida y resuelta por las leyes. «Si acaeciese, dice la ley 2.ª, ya citada, tít. 16, lib. 10 de la Novísima Recopilacion, como cada dia sucede, perderse los *protocolos*, y *registros*, y los *originales*, *que se tenga por original*, cualquiera *copia auténtica*, que de dicho registro se sacase, á fin de que se evite el grave daño que en esta parte se esperimente.» El daño es, por supuesto, el de no admision á registro.

«El instrumento que se ha de exhibir en el oficio de hipotecas, dice la ley 3 del propio título y libro, art. 3, ha de ser la *primera copia* que diere el escribano, que la hubiese otorgado, que es el que se llama *original*; escepto, cuando por pérdida ó estravío de algun instrumento antiguo, se hubiere sacado otra *copia*, con autoridad de juez competente, que en tal caso *se tomará de ella razon, espresándolo así*.» La ley consigna justamente la circunstancia de que se esprese así, ya para salvar el principio y regla general de que la

original es la que debe presentarse, de ordinario, ya para prevenir cabilaciones.

El Real decreto de 23 de mayo de 1845, en su artículo 5.° prescribe se presente para el registro *copia auténtica* de los contratos.

Ya antes queda insinuado que este mismo Real decreto, en su art. 21, ordena la presentacion á registro de los *contratos particulares, en que no intervenga escribano.*

En las ventas judiciales es claro que lo que ha de presentarse á la toma de razon ha de ser la *escritura* judicial.

Esto en cuanto al 2.° período de la legislacion hipotecaria, y parte del 3.° Mas en cuanto á este, la novísima ley hipotecaria, facilita como era justo, la contratacion, declarando aptos para la toma de razon, con las escrituras *públicas*, las *ejecutorias* de los tribunales, y los *documentos auténticos*, espedidos por el Gobierno ó sus agentes, en la forma que prescriban los reglamentos (Arts. 3.° y 5.°). Véase aun lo que dispone la propia ley, sobre *anotacion preventiva*, en su artículo 42 y siguientes.

4.° *Efectos de la no toma de razon.* Este punto es de la mayor importancia, y se dá en un todo la mano con lo espuesto en el párrafo 7.° de este artículo *sobre otorgamiento de escritura.* En ambos casos se trata de determinar, si es lo mismo la *eficacia* de la escritura, que la *validez del contrato*, y por tanto, si siendo la escritura *ineficaz*, por la no *toma de razon*, lo es el contrato tambien, ó al revés. En el citado párrafo 7.° hemos adelantado la solucion negativa, ó sea, que, aun siendo *ineficaz* la escritura, *subsiste siempre el contrato*; y en este lo acabaremos de esplanar. La importancia, en fin, de la presente subdivision es tal, que en ella se resume cuanto hasta aquí queda espuesto, y se resuelve el valor del contrato por parte del registro, el de los términos para registrar, y por último, el de la escritura, y de la toma de razon. Requiere todo una reseña de legislacion del caso, la que hacemos por tanto. La claridad, exije, asimismo, que dividamos el período legislativo y la compleja legislacion, que abarca, en dos épocas: una desde la legislacion recopilada hasta la ley novísima de hipotecas de 1860; y otro el que constituye esta misma ley.

Epoca 1.ª

Establecido el registro de hipotecas en 1768 (Ley I. tít. 16, lib. 10, Nov. Recop.), y toda vez que la toma de razon recaía sobre una escritura, ordinariamente pública, fué sucesivamente esplicándose y ampliándose la necesidad de esta, y su presentacion á registro, prescribiéndose en el particular lo conveniente, no solo á los contrayentes y constituyentes, etc ; sino tambien á los escribanos: prescripciones, en las cuales se contenia y contiene lo relativo á la *eficacia*, ó no eficacia de la escritura, caso de omitirse la toma de razon en forma.

En cuanto á los escribanos, la ley 3.ª, título 16, lib. 10, Nov. Recop. estableció ya en su art. 10: «Todos los escribanos de estos reinos serán obligados á hacer en los instrumentos, de que trata la ley 2.ª la advertencia de que se ha de tomar la razon...:» y en el artículo 16, que en los títulos de escribano, que se espidan, se consigne la misma obligacion, de advertir en los instrumentos, y á las partes, la obligacion de registrar... espresando al «fio de aquellos *que no han de hacer fé contra las hipotecas, ni usar las partes judicialmente* (de ellos) *para perseguirlas*, sin que preceda dicho requisito y toma de razon, *dentro del término prevenido en la ley*, previniendo que esta ha de ser cláusula general y *precisa en los instrumentos cuyo defecto vicie la sustancia del acto, para el efecto de que dichas hipotecas se entiendan constituidas.*» La misma advertencia debia hacerse en las comisiones para residencias y visita de escribanos.

Por la Real Instruccion de 29 de julio de 1830, se dispone, en su artículo 14, que los escribanos de número, reales y notarios de reinos, que autorizasen el contrato, adviertan á los contrayentes de la obligacion en que están de pago del impuesto y toma de razon, consignando aun en el instrumento la siguiente cláusula: «Y de este instrumento público se ha de tomar razon dentro de.....

dias, en el oficio de hipotecas de este partido (y de los demás, si hay fincas en varios), sin cuyo requisito, á que ha de preceder el pago del derecho, señalado en el Real decreto de 31 de diciembre de 1829, *no tendrá valor ni efecto.*» Y tal es hoy el derecho constituido, y en otras disposiciones repetido, en cuanto al deber de los escribanos, el cual es conforme la práctica en el otorgamiento de las escrituras de su razon.

En lo relativo á la eficácia de la *escritura*, ó su valor legal, por carecer de la toma de razon, sobre la prescripcion contenida en la cláusula anterior, el derecho constituido es como sigue:

«Y que no se registrando *dentro de los seis dias desque fuesen fechos* (los instrumentos) *no hagan fé, ni se juzgue conforme á ellos, ni sea obligado á cosa alguna ningun tercer poseedor.*» (Ley 1.ª, tít. 16, lib. 10, Nov. Recop.)

En 1713 se reiteró el cumplimiento de la ley anterior. (Ley 2.ª, id., id , id.)

«Bien entendido que, sin preceder la circunstancia del registro, *ningun juez podrá juzgar* por tales instrumentos, *ni harán fé* para dicho efecto, *aunque la hagan para otros fines, diversos de la persecucion de las hipotecas*, ó verificacion del gravámen de las fincas....» (Ley 3.ª, id., id., art. 1.º, y es la Pragmática de 1768.)

«Y no cumpliendo con el registro... *no hagan fé* dichos instrumentos *en juicio, ni fuera de él, para el efecto de perseguir las hipotecas*.... ni para que se entiendan gravadas las fincas en el instrumento; y que los jueces y ministros, que contravengan, incurran en las penas de *privacion de oficio y daños*, con el *cuatrotanto*, que previene la ley 2.ª» (La misma ley 3.ª art. 10.)

Hasta aquí la legislacion versaba, como se vé, y es sabido, únicamente sobre hipotecas y gravámenes de la propiedad raíz: desde los citados decreto de 1829 y Real Instruccion de 1830, ya se trata de la venta y trasmisiones de la misma propiedad. Y hé aquí la legislacion del caso.

«No serán *admitidos en juicio*, ni producirán *efecto alguno legal* todos aquellos documentos, etc....» (Instruccion de 29 de julio de 1830, art. 16.)

»Todas las escrituras destinadas, á formalizar cualquiera de los contratos, especificados en este mi Real decreto, contendrán la cláusula de *nulidad*, si *dentro de los plazos* fijados no se presentan al registro copias autorizadas. (Real decreto de 23 de mayo de 1845, artículo 2.º)

»Todo título ó documento, que, estando sujeto al registro de hipotecas, aparezca (sin toma de razon), *será nulo, de ningun valor en juicio, y fuera de él.* (Id. art. 40.)

«Los Jueces ó autoridades, que, en juicio ó fuera de él, admitan un documento no registrado, cuando sea de los sujetos á esta formalidad, incurrirán, por la primera vez, en la pena de *suspension de empleo por dos meses*, y en la *multa del duplo* del derecho defraudado; y *en la misma multa y destitucion de empleo, si reincidiesen.*» (Id. art. 43.)

«En iguales penas incurrirán los escribanos que actúen diligencias de cualquiera especie, por virtud de un documento sujeto á registro, y no registrado.» (Id. art. 44.)

Lo propio se reiteró en Real decreto de 11 de junio de 1847.

2.ª época.

En este estado de la legislacion, se ha promulgado la Ley de hipotecas de 1860, cuyos pormenores, en cuanto á este punto, dejamos espuestos en el párrafo 7.º No es ley fiscal, como allí hemos dicho, y deja, por tanto, en su fuerza las leyes fiscales, en todo lo que no sea contrario á ella.

Y ahora, en vista de la legislacion de las dos épocas, antes notadas, es indispensable preguntar, repitiéndolo: ¿Cuál es la verdadera sancion penal, en cuanto á la escritura, por la no toma de razon? ¿Cuál es el valor del contrato supuesta la sancion penal?

Ciertamente que la jurisprudencia, aun de los tribunales de mayor categoría, vacila alguna vez, y motivos tiene para ello. Sin hablar de las leyes recopiladas, cuyo efecto era limitado, aun cuando no sea para perdido de vista, que si la escritura, no hacia fé en cuan-

to á las hipotecas, si sobre otros pormenores, que pudiera comprender; por la legislacion posterior, y que es realmente la de la cuestion, tenemos que la escritura, en el caso supuesto, y resumiendo cronológicamente: *no será admitida en juicio, ni producirá efecto alguno legal: adolecerá de nulidad: será nula y de ningun efecto en juicio.*

Mientras se dijo que *no hiciese fé* en juicio, la locucion estuvo en su lugar; la escritura no quedaba anulada, y podia presentarse otra vez, removido el obstáculo. Pero la inculcada *nulidad* despues, no por vicio en las formas, y en el acto de su otorgamiento, sino por omision de *una circunstancia posterior*, y que cae fuera de la escritura, es una locucion viciosa, que la tecnología y el rigor del derecho repelen y obligan á reducir á mera *ineficacia*, ó segun las leyes recopiladas, á *no hacer fé en juicio*, y eso, repetimos, por aquella vez.

Aun con esta rectificacion quedan en pié los vicios del sistema fiscal, que se ha seguido, degenerando cada dia mas. Porque, si el impuesto es una renta del Estado, y lo que interesa á la Hacienda es asegurarla y recaudarla á todo trance, á eso solo debieron encaminarse las prescripciones fiscales, sin embarazar la contratacion é inducir una lamentable perplegidad en los derechos contratados y en el órden de la justicia.

¿Se dijo que la finca trasmitida se entienda *siempre obligada*, y *especialmente hipotecada al pago*? (Instruccion de 29 de julio de 1850, art. 7.°) ¿Se estableció además, que los agentes de la Hacienda pudieran perseguir el pago y las multas, ya en vía gubernativa, ya judicial, ante los tribunales del ramo? (Instruccion de 1850, arts. 18, 34, 39 y 40.)

¿Se habia ordenado á este efecto, y ordenado bien, que los escribanos otorgantes pasasen notas y estados de escrituras á los agentes de la Hacienda, para realizar esta persecucion? (Ley 3.ª, tít. 16, lib. 10. Nov. Recopilacion, art. 11: Instruccion de 29 de diciembre de 1850, artículos 16, 17, y 34.)

¿Se habia establecido que los tribunales y autoridades no admitiesen instrumentos no registrados, y eso bajo severas penas, caso de contravencion, como ya hemos visto, y sobre lo cual, no ya las disposiciones ulteriores; sino aun las leyes recopiladas establecieron que «los tribunales, jueces, ó ministros que contra el tenor, forma y modo prevenidos para el caso, fueren ó viniereu, *por el propio hecho*, y *sin ninguna otra prueba*, *sean privados de oficio*, y paguen *los daños con el cuatro tanto*, aplicada la tercera parte *para el denunciador*,» *etc...*? ¿Se habia prevenido, por último, que aun de oficio castigasen la contravencion, hasta los tribunales ordinarios? (Ley 3.ª recopilada, título y libro citados, art. 13.)

Pues bastaba, y sobraba, para que la Hacienda no aventurase su cobro, sin meterse á trastornar el órden escriturario, y con él la contratacion. Bastaba tambien, en parte, para asegurar la perpetuidad de los contratos, y la suerte de la propiedad raiz, supliendo lo que faltase con multas al contrayente moroso, ó fraudulento, y con perjuicio indirecto, cuyo medio ensaya por último la Ley hipotecaria de 1860; facilitando, en vez de dificultar, la documentacion y titulacion de derechos reales, y no embarazándose en fijacion taxativa y perentoria de plazos.

Resultado de todo, que la fijacion de plazos, toda vez que, á pesar de ellos ha de llegarse á la compulsion, ya administrativa, ya judicial, es un embarazo ocioso: y la fijacion de plazos, como causa *estricta* de nulidad de la escritura, pues alguna vez se impone así la nulidad, como hemos visto, es, mas que una traba odiosa; es una injusticia contra el comprador, porque queda siempre obligado á pagar el impuesto, y obligado con hipoteca especial por parte de la Hacienda; y del vendedor, porque, sin culpa ni intervencion suya, se turba para él un contrato, en que tenia interés, y mas si la poco meditada y mal aplicada sancion de *nulidad* de la escritura, pudiera haberse encubierto así, y hubiera llegado á ser una verdad, no ya ante los tribunales; pero, lo que es mas, ni siquiera ante la administracion. Ni ¿qué nulidad es la que de mil modos se rehabilita despues, como veremos se rehabilita la escritura no registrada, y por eso rechazada en juicio?

Pero hemos dicho que la *nulidad* no era tal, sino que se traducia, y no podia menos de traducirse, en *ineficacia*; é ineficacia, no *absoluta*; sino *relativa*, *casuística* é *hipotética*.

Relativa, porque no alcanzaba, ni podia, y lo contrario seria una insigne injusticia, á los varios contratos, convenciones, transacciones, etc., que, además del de gravámen ó trasmision de inmuebles, podia contener la escritura: contratos no sujetos á registro: que podrian muy bien celebrarse sin escritura: contratos y derechos de ninguna manera sujetos á la jurisdiccion fiscal, ni á las prescripciones de las leyes del fisco; y respecto de los que, ya las leyes recopiladas hicieron la conveniente escepcion. Así, en buenos principios de justicia, no ya la *ineficacia*; pero ni aun la *nulidad* podia ser absoluta, sino *relativa* y ceñida al contrato, ó contratos sujetos á registro.

La *ineficacia* es tambien *casuística*, porque no tiene lugar sino en el caso, para el cual se presenta la escritura no registrada; pues esa misma escritura puede volver á presentarse hábilmente, removiendo el óbice, esto es, tomándose la razon, por uno de los multiplicados medios legales, por los que luego veremos, podia y puede hacerse, ya *directa*, ya *indirectamente*.

Era, por último, y es hoy, ya publicada, y luego que se ponga en vigor la ley hipotecaria de 1860, *hipotética*; esto es, salvo que no se removiese, ó mientras no se remueva el obstáculo de la eficacia, que es la no toma de razon: remocion de obstáculo, que puede verificarse, y viene verificándose por multiplicados medios legales, ya *ordinarios* ya *estraordinarios*: y como todas nacen de la ley, segun queda insinuado, y los mas de las mismas leyes, que consignan la sancion, la gravísima pena de la *ineficacia* y aun de la *nulidad*, si tal hubiera de entenderse la espresada, así por dichas leyes y disposiciones fiscales; he aquí por qué aquella es, y no puede ser sino *hipotética*, y *relativa*: so pena de encerrar la ley una insoportable contradiccion, ya que no puede justificarse su tecnología; causa, por incorrecta, como se vé, de no pocos, ni leves inconvenientes.

Pero hemos dicho que los términos, al parecer *perentorios*, para registrar, y la omision del registro pueden rehabilitarse de varios modos, todos legales; y es lo que tenemos que demostrar, como que de ellos depende la exactitud de nuestras anteriores observaciones. Son, pues, estos medios; y no hablando de aquellos documentos, que al tenor de las leyes recopiladas, basta registrar para presentarlos en juicio, cuando quiera que este se instaure:

1.° Acudiendo *espontáneamente* los interesados fuera de término á pagar el derecho, sujetándose á las multas que se hallen establecidas. Así por el art. 41 del Real decreto de 23 de mayo de 1845, los que acuden fuera de término, pagarán la multa de un *doble derecho*: si se presentan en otro igual al ya vencido: escediendo de este término, la multa se elevará al *cuádruplo*. En este segundo caso el término de presentacion es *indefinido*. Y nótese que este decreto es el que en términos mas absolutos declara la *nulidad* de los instrumentos, no presentados á registro *en los plazos ordinarios*. (Art. 20.)

Lo mismo previene el Real decreto de 26 de noviembre de 1832, en su art. 20, sin fijar tampoco término en el caso del *cuádruplo*.

2.° Acudiendo el comprador *apremiado* por la Hacienda, fuera del término ordinario: caso previsto en el citado art. 41 del espreado Real decreto de 1845.

3.° *Acudiendo* al llamamiento de la Corona, del Consejo, ó del Gobierno, que infinitas veces han rehabilitado, ó abierto los términos, espontánea ó indefinidamente, y como medida general. Así se hizo ya por el Consejo en 1774 (Nota 4, al tít. 16, lib, 10, Nov. Recop.): en el propio año, segunda vez tambien por el Consejo (Nota 2, id., id.). Y sin contar otros multiplicados casos, es notable la disposicion del Real decreto citado de 1833, en su art. 8.°, por el cual se llamaron al pago del impuesto y toma de razon indefinidamente á todos los que hubie en dejado pasar los términos sin hacerlo, con la notable circunstancia de que, si acudian en el término de *ocho meses*, quedaban *relevados del pago de multas*; los que no acudiesen dentro de los ocho meses, pagarian las multas. Donde

son de notar tres cosas: 1.ª, que, como ya hemos indicado antes, en el caso segundo, la Hacienda puede apremiar, no ya pasados los términos ordinarios; sino en los estraordinarios; y que entonces, obtemperando á la equidad y á la justicia, pagado el impuesto, se toma razon: 2.ª, que, segun el tenor de dicho artículo 8.º, todos los compradores, hasta la fecha del citado Real decreto, tenian tiempo indefinido para cumplir con la toma de razon, pagando las multas: y 3.ª, muy reparable, cual es, en vista de la declaracion del citado art. 4.º, el valor de los *términos*, al parecer *perentorios*, y el de la *nulidad* de las escrituras por dejar pasar aquellos.

4.º *Acudiendo los contrayentes á la Corona.* Siempre se puede acudir á ella, pidiendo gracia, no mediando perjuicio cierto de tercero; y aquí puede no mediar ni aun el del fisco, sometiéndose los reclamantes á pagar las multas y derechos. Pero todavía es especial para el caso la declaracion de que los compradores puedan acudir á la Corona, pidiendo gracia y nuevos términos, segun se consigna en Real órden de 26 de noviembre de 1849, y en el art. 39 del citado Real decreto de 1852. Sobre esto es notable la ya mencionada Real órden de 26 de junio de 1832, sin otros infinitos casos prácticos de iguales gracias de la Corona.

Sucedia antes mas, y es que hasta las autoridades de provincia ampliaban los términos y aun remitian en este caso las multas. Y ciertamente el primer estremo era un sistema racional. El interés del fisco está en cobrar su adeudo. Para él no debian nunca correr los términos, porque es cerrarse él mismo el camino. Se dirá que siempre queda abierto á la Hacienda el de perseguir la hipoteca; pero, si en este caso no podia tampoco tomarse razon, ya una vez satisfecho el fisco, no se dirá, sino se quiere, que este, coartando los términos, se cierre el camino para su cobro; pero si hay que decir, que, negando en tal caso la toma de razon, se abre el camino á la injusticia, con irreparables daños además para la contratacion. Como quiera que sea, por la Real órden citada de 26 de noviembre de 1847, se prohibió á los gefes provinciales de Hacienda rehabilitar los términos, ni remitir las multas, quedando á los interesados, como ya se ha dicho, el recurso á la Corona.

5.º caso en fin. El comprador debe *acudir* á tomar razon; pero el vendedor *puede*, por convenir á su interés perjudicado, ó que amenaza serlo, acudir al juez pidiendo se le provea de copia ó concuerda, si ya no pudiese ser escritura *original*; y ninguna ley prohibe que pueda hacerlo, ni ninguna podria prohibirlo con justicia, el que presente la escritura, asi obtenida, al pago de derechos. Los términos para él empezarán á correr desde la fecha de la espedicion del instrumento. La Hacienda no se negará á recibir un derecho que se le ofrece. Con la carta de pago despues, ningun escribano de *hipotecas* le negará tampoco, ni puede, la toma de razon: ni ningun juez rechazará la escritura, asi presentada en juicio. El juez no es agente del fisco, ni juez de éste, para desestimar una carta de pago, espedida por él; y de que es consecuencia la toma de razon. Lo que las leyes y órdenes le prohiben es admitir en juicio escrituras no registradas; pero estándolo, no le toca examinar mas para la admision. De paso añadiremos que, si esta doctrina pareciese estraña, es tan justa y fundada, que precisamente la consigna la nueva ley de hipotecas de 1860, como mas ámpliamente diremos en el punto 5.º Cierto que en principio, y por la Instruccion de 1839, es el comprador el que debe el impuesto, y que la cosa vendida queda especialmente hipotecada al pago: pero no obsta nada de esto, pues luego el juez, condenando al comprador, si hay razon para ello, le condenará tambien á la indemnizacion, que dejó de pagar, y ha hecho que pague el vendedor.

Y ahora, es fundado preguntar: ¿Cómo es *ineficaz absolutamente*, ni menos *nula*, una escritura, que por tantos medios legales se rehabilita, despues de pasados los términos *ordinarios* y aun los *estraordinarios* para tomar razon? Lo nulo no convalece. ¿Y cómo será ineficaz, ni dejará de subsistir el contrato, de que no hay hablado ni aun las disposiciones *fiscales*, que han fulminado la *nu-*

lidad contra la escritura; pero solo contra la escritura? Es que el contrato queda íntegro, salvo que haya que comprobarlo judicialmente por escritura, no registrada, segun la razon lo persuade, y lo hemos visto consignado en la jurisprudencia causada por el Tribunal Supremo de Justicia; y es que la escritura no registrada, no es *nula*, sino *ineficaz*, y eso solo *casuística*, ó *hipotéticamente*, como dejamos espuesto.

Tal es el estado de cosas, y del derecho constituido, desde las leyes recopiladas, hasta hoy (diciembre de 1861) en que, aunque ya promulgada, todavía no rige la novísima Ley de hipotecas de 1860. Esta no es fiscal: deja á las leyes fiscales el arreglar los derechos del fisco; pero siendo, por una parte, ley, mientras las mas de las disposiciones fiscales son reales órdenes ó decretos; siendo además ley posterior, y ley de tan inmensa trascendencia, no dejará prevalecer sobre ella las disposiciones fiscales. En vano hubiera hasta conmovido la vieja sociedad, y modificado hondamente los derechos de la familia, y todo para dar estabilidad y realce á los derechos de la propiedad; si su letra, ni su espíritu permitieran que esos mismos derechos de la propiedad fueran fácil y frecuentemente perturbados, y hasta sacrificados, por el interés del fisco. Parece, pues, que las disposiciones fiscales deberán, en caso de duda, y en buena jurisprudencia, subordinarse á la ley de hipotecas, y que mas bien debiera llamarse ley de la propiedad española.

En tal supuesto, es un hecho que la citada ley hipotecaria no prefija términos *perentorios* para el registro. Siempre puede presentarse un instrumento á registro; salvo el perjuicio que el particular se haya irrogado así mismo con la morosidad, ya sea culpable, ya inculpable. Cuanto queda dicho, por tanto, sobre términos *perentorios*, angustiosos además, de la legislacion fiscal, debe, decimos, subordinarse al tenor, al espíritu y al término indefinido de la novísima Ley del registro de la propiedad. El fisco puede continuar cobrando el impuesto; pero deberá modificar el pago en el *tiempo*, y seria muy de desear que en el *modo*, dejando libre el registro: medida de la mayor importancia y ya iniciada por la ley hipotecaria. Porque, adviértase que esta ley, corrigiendo el rigor del fisco, deja libre la *anotacion preventiva*, que puede tener lugar antes de pagarse el impuesto, si bien á calidad de pagarlo. Esta es, sin duda, la médida del valor que dicha ley dá justamente al tiempo: puede decirse que tan importante disposicion encierra y esplica el espíritu de la ley, que será una fatalidad sea apagado, ó contrariado, en vez de ser favorecido, por medidas fiscales.

Es preciso advertir aquí, que mientras estas disposiciones, se prohibe á los jueces admitir escritura no registrada, y mientras tambien lo prohibe la novísima Ley de hipotecas (art. 396); hay un caso, sin embargo, en que conforme á la misma pueden y deben admitirse. Tal es, el contenido en los artículos 42, número 8.°, 67, 74 y 96 de la ley, y 62, 63, en que podria ser presentada y surtirá efecto; y es cuando, denegada la *anotacion* preventiva de una escritura, *cuya inscripcion no puede hacerse definitivamente por falta de algun requisito subsanable*, y por tanto de una escritura de venta, hay que acudir al juez para que declare la procedencia de la anotacion. (Art. 42, núm. 8, 67, 74 y 96 de la ley, y 62 y siguientes del Reglamento.) La razon, es, porque en este caso, la escritura se presentará, no para probar el contrato ó perseguir sus consecuencias; sino para el fin únicamente de la *anotacion*, la cual envuelve la hipótesis de haber de pagar el impuesto y tomar la razon en forma.

Como casos prácticos, notarémos, en fin, que el comprador, aun cuando no haya presentado la escritura de registro, puede, teniendo posesion de *año y dia*, intentar los interdictos de *retener* y de *recobrar*; siendo la razon que no tiene que hacer uso de la escritura, por cuanto no se trata de la existencia y validez del contrato; sino del *hecho* de la posesion, la cual podia haber ganado por otros títulos que el del contrato.

5.° *¿Quién debe y quién puede procurar la toma de razon?* *Debe* el comprador, ó adquirente de la finca ó propiedad, al tenor del art. 6.° de la Real Instruccion de 29 de

julio de 1830. Y sobre esta obligacion espresa, interesa además directamente al mismo, pues la finca, segun el art. 7.° de la propia Instruccion, queda siempre obligada y especialmente hipotecada al pago; si bien esta *hipoteca legal*, habrá de variar de carácter, luego que empiece á regir la nueva Ley Hipotecaria. Véase esta ley.

Podria en el contrato estipularse otra cosa, esto es, que la obligacion fuese del vendedor, que fuese á medias, etc.; mas esta estipulacion seria para los contrayentes entre sí; pero no en cuanto á la Hacienda. Esta tiene su responsable directo por la ley, y nadie puede sustituirlo, ni relevar al mismo de su obligacion legal.

Nada de esto se opone á que el vendedor, consultando su interés, supla la negligencia del comprador, sin perjuicio de reclamacion contra este, segun dejamos antes espuesto: derecho de que *puede* usar, sin duda, lo uno porque cualquiera puede por medios legales prevenir el daño que le amenaza: lo otro porque ningun perjuicio resulta en ello á la Hacienda, pues que el comprador se presenta, pagando á esta su adeudo: y porque esta, al cobrarlo, no tiene que examinar quien se presenta á la liquidacion y pago; sino si alguien se presenta: y porque esto supuesto, la Hacienda no tiene mas que reclamar, ni reclamará.

En buenos principios es sostenible esta doctrina, y por el derecho constituido hasta la nueva Ley de Hipotecas; pero todavía esta, como no podia menos, lo ordena terminantemente. Dice así su art. 6.°: «La inscripcion de los títulos en el registro podrá pedirse *indistintamente, por el que trasmite el derecho: por el que le adquiere: por quien tenga la representacion legítima de cualquiera de ellos: por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.*» Y como no puede pedirse, ni hacerse registro sin presentar la carta de pago del impuesto, es claro que cualquiera de las personas y clases, antes mencionadas, pueden presentarse á liquidar y pagar el impuesto. La esfera, pues, de personas que *pueden*, y que *deben* solicitar hoy el registro, es dilatadísima: los contrayentes, los terceros interesados de resultas de contrato, ó contratos, el marido, el padre, el tutor y curador, el administrador judicial, etc. Véanse sobre esto los arts. 182 al 184; 188 al 194; 204 al 211 de la Ley Hipotecaria; y el 11 del Reglamento para la aplicacion de la misma.

Hay todavía una cuestion práctica, que embaraza, y embarazará no poco á los tribunales: cuestion, que no admite hoy una solucion absoluta: que la espera de leyes posteriores, y en su caso, de la jurisprudencia, y de las nuevas leyes y disposiciones que pongan en armonía los intereses del fisco con los de la contratacion; de la jurisprudencia, que realice lo mismo en su esfera de accion, y á eso se encaminan nuestras observaciones.

Ya hemos visto antes que la *nulidad* de la escritura de venta, traducida, por necesidad legal, y por el rigor de los principios, en mera *ineficacia*, y ésta solo *relativa*, *casuística* é *hipotética*, no invalida el contrato á que la escritura se refiere, por la no toma de razon; y que aun declarada aquella inadmisible, no probatoria, *ineficaz*, no por eso se declara *nulo* el contrato; el cual, no obstante, será *ineficaz* tambien, cuando haya cuestion sobre su existencia, y haya de probarse ésta, por la escritura de venta, no registrada.

Parece, por tanto, que si el contrato subsiste, si es válido, y si solo es ineficaz, cuando ha de probarse en juicio su existencia por la dicha escritura, podrá deducirse demanda en juicio sobre la existencia y efectos del mismo, por prueba testifical y otras que no sean la precitada escritura.

En el rigor de los principios; constituido, como está, por las leyes, y autorizado por la práctica y doctrina general, y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, que el contrato de venta es esencialmente *consensual*; si la *esencia*, en fin, de un contrato no puede dejar de ser lo que es, mientras legalmente no se varíe, la solucion parece incontestable: la demanda, en el caso propuesto, podrá deducirse, y los tribunales admitirla y decidir por prueba testifical, y otras pruebas legales, que no sean la escritura, no registrada. Esta doctrina es tanto

mas sólida, cuanto que ninguna ley fiscal, ni comun; ninguna ley, ora *sustantiva*, ora *adjetiva* de las relativas al caso, declara directamente *nulo* é *ineficaz* el contrato por falta de toma de razon de la escritura; ninguna prohibe la prueba de testigos en el contrato de venta; ninguna, en fin, prohibe á los tribunales admitir una demanda, como la que queda insinuada.

La ley de Enjuiciamiento civil ordena ciertamente que la demanda haya de documentarse en su caso, ya por documentos adjuntos, ya en referencia (art. 223); pero esto dice relacion al derecho de las partes, no bajo el punto de vista de la procedencia ni de la demanda; sino bajo el concepto y especie de sancion penal, de que despues para la prueba no se admitan los documentos no presentados con la demanda ó relacionados en ella, salvo el caso de juramento de no haber antes de la presentacion, mas ó menos tardía, tenido conocimiento de ellos el que haya de presentarlos. El demandado tiene derecho á saber *qué se le pide* y *por qué se le pide*: á saber de qué tiene que defenderse, como á su vez el demandante; pero, cuando la demanda no se haya de fundar en documentos, ó cuando desde luego se anuncie así, ó que la prueba será testifical, jurada, etc., nada mas queda que saber al demandado.

Cierto tambien que la propia ley (art. 226) autoriza á los jueces para repeler de oficio las demandas no *formuladas con claridad* y que no se *acomoden á las reglas establecidas*; pero ese no será tampoco el caso, toda vez que la demanda en él en cuestion se presente clara y conforme á derecho, segun su naturaleza.

No parece, pues, que pueda ni aun dudarse de que el contrato de venta, en el caso propuesto, puede deducirse en juicio por otros medios, que por la escritura de su razon, registrada. Y con todo hay dos circunstancias, legales ambas, que perturban mas ó menos esta doctrina y la naturaleza *consensual* del contrato y sus consecuencias.

Es la primera de estas circonstancias el que, segun las leyes y disposicions vigentes, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, el contrato de venta *ha de ser otorgado por escritura pública*. Ya hemos establecido y demostrado antes que la escritura, cuyo otorgamiento se impone hasta ahora por la ley, no es *condicion esencial*, sino *consecuencia, formalidad esterna* del contrato. El decreto citado de 26 de diciembre de 1852, dice en su art. 17, segun ya hemos visto: «En todo acto, sujeto á la inscripcion del documento, *debe exigirse* necesariamente el otorgamiento de escritura pública.» No dice que el acto ó contrato *se efectuará necesariamente* por medio de escritura pública; sinó que *deberá exigirse el otorgamiento*, y como este puede exigirse cuando ya existe el acto, como *consecuencia* y no como *esencia* del mismo; como lo propio se realiza la *exigencia antes del juicio*, que por sentencia; como el decreto y las demás disposiciones, que establecen lo propio, son *fiscales*, y tienen por objeto, no la ritualidad de los juicios comunes, sino el pago del impuesto; debiendo por tanto entenderse que, mas bien que á los tribunales, encarga la *exigencia* de la escritura á las autoridades administrativas; por todo ello el óbice que proviene de dicha exigencia de escritura pública, ni altera la esencia del contrato, ni introduce un veto, á lo menos absoluto, en el terreno del procedimiento judicial comun.

Otras legislaciones son en el particular esplícitas. Segun vemos en la reseña, que de ellas hacemos anteriormente, unas, terminantemente declaran que el contrato de venta no se *perfecciona* sino por el registro público de la escritura: alteran, como se vé, la esencia cardinal del contrato; pero esto dice relacion, aun así, á las consecuencias legales y jurídicas del mismo; mas no á que no puede, ni aun así, deducirse demanda, á la que enhorabuena siga una condenacion del demandante, ó absolucion del demandado. Estas serán justas; están indicadas; pero serán resultado de un juicio, ó por lo menos no hay declaracion de que no puedan serlo, ó, lo que es lo mismo, de que aun en este caso esplícito y escepcional, respecto de la legislacion general, y aun especial de otras naciones, no pueda deducirse demanda sobre el

contrato, sobre obligaciones reales, ó existimadas, anteriores á la *perfeccion* del contrato, que aquí es, como se vé, el *otorgamiento* de la escritura.

Hay todavía entre esas legislaciones alguna mas terminante y severa: el Código de la Luisiana. Segun él (art. 2415), la venta de inmuebles ha de ser hecha por *acta pública*, ó escritura *privada*. La puramente verbal es *nula*, y sobre ella *no se admitirá prueba* de testigos. Pero en nuestro derecho no hay una declaracion así; y por tanto no es evidente que no pueda admitirse y sustanciarse demanda sobre contrato de venta, sino acompañando la escritura registrada, si bien habrá de sentenciarse en la forma *que despues espresarémos*.

La segunda circunstancia es la prohibicion reiterada á los tribunales de no admitir en juicio escritura no registrada. Pero ¿es esto prohibirles admitir demanda sobre compra-venta, si no acompaña escritura? Sin duda que no, y que no se dirá que se escede un tribunal que se limite, en punto á dicha prohibicion, á lo que ella espresa; á no admitir escritura no registrada.

No habiendo, pues, como no hay, prohibicion absoluta, ni de ley, ni de reales disposiciones, para que los tribunales *no admitan* demandas sobre compra-venta, cuando no se acompañe escritura del contrato: no habiendo precepto terminante para que los tribunales ordinarios exijan de oficio el otorgamiento, ó la presentacion de escritura; parece fundada la jurisprudencia de que admitan toda demanda sobre compra-venta, sin perjuicio, empero, del derecho del demandado, y en su caso de uno y otro contraviente, á pedir se reduzca á escritura el contrato, como á su vez pueden hacerlo, ya administrativa, ya judicialmente, los agentes de la Hacienda, en aplicacion, que directamente les incumbe, de las leyes y disposiciones fiscales.

Cierto que, segun el art. 15 de la pragmática de 1768 (ley 3, tít. 16, lib. 10, Novísima Recopilacion), y no obstante la accion de los agentes de la Hacienda, «á prevencion serán jueces para castigar las contravenciones á la ley y á esta instruccion (la de hipotecas), la justicia ordinaria del pueblo, el corregidor ó alcalde mayor del partido, y el *juez, en cuya audiencia se presente el instrumento.*» Por las leyes Recopiladas tambien hemos visto impuesta á los jueces, que falten ó permitan faltar á las disposiciones sobre el registro, la pena de privacion de oficio, y el dos, ó cuatro tanto de multa del interés defraudado; pero sobre la esencial modificacion, que estas leyes recopiladas han sufrido, se vé que, tratándose del órden contencioso, la obligacion y la responsabilidad de los jueces se concreta al caso de que les sea presentada en juicio una escritura no registrada, respecto de la que, ni ponemos, ni puede ponerse en duda, que deben rechazarla.

Con vista ya de cuanto queda espuesto, pueden asentarse, como seguras, las siguientes conclusiones:

1.ª La escritura no es de *esencia* del contrato de venta, sino cuando así lo estipulan las partes.

2.ª No mediando esta estipulacion, la escritura es solo *consecuencia* del contrato; esto es, cualquiera de los contrayentes puede pedir, y los agentes de la Hacienda hacer por apremio, ó en vía judicial, que se reduzca el contrato á escritura pública, para los respectivos fines del derecho fiscal vigente.

3.ª El contrato, por tanto, continúa siendo, como lo es por ley, que no puede ser modificada ni menos derogada por meras Reales órdenes, *esencialmente consensual*: y, salvo estipulaciones en contrario, los contrayentes pueden deducir en juicio las acciones del contrato, aun cuando no se presente escritura; sin perjuicio, empero, del derecho de las mismas á pedir en el propio juicio, ó en otro, que se cumpla con esta *formalidad*, por hoy *esterna*, del contrato.

4.ª Los tribunales ordinarios cumplen con rechazar, en el caso de la cuestion, toda escritura no registrada, y admitir en los demás casos la reclamacion fiscal, ó de particulares, con derecho á ello, para que el contrato se reduzca á escritura pública.

5.ª Las prescripciones oficiales, en fin, sobre pago del impuesto, y otorgamiento del

instrumento público, incumben directamente á los agentes de la Hacienda.

La doctrina consignada en las anteriores conclusiones, sobre ser conforme á principios, y, como queda dicho, al rigor del derecho, se halla elevada á jurisprudencia, segun, entre otras ya insertas, lo demuestran las siguientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia, para cuya apreciacion ha de tenerse presente que están dictadas con posterioridad á todas las disposiciones fiscales vigentes, y aun promulgada ya la novísima Ley hipotecaria, y la primera de ellas, sobre contrato, no otorgado por escritura pública; sino *verbalmente*, y formalizando sobre otorgamiento de escritura un papel privado.

«Considerando que el contrato de compra-venta, *esencialmente consensual, queda perfecto y obligatorio por el simple consentimiento* en la cosa, precio y circunstancias propias del mismo, *porque el precepto legal de haber de elevarse á escritura pública para la trasmision del dominio de cosas inmuebles no varia la naturaleza del contrato, ni establece una condicion esencial al mismo; sino una forma en interés público, independiente de la voluntad de los contrayentes, envolviendo como consecuencia necesaria el reciproco é indeclinable deber de estos d prestarse al otorgamiento de la escrituva pública, como tiene decidido este Supremo Tribunal:*

»Considerando que *las bases acordadas* para la venta de las dos pertenencias de la mina *Antoñita*, y *consignadas en el escrito de 11 de junio de 1859*, autorizado en doble ejemplar *con las firmas* del propietario y del Ingeniero de la Sociedad general de Crédito mobiliario español, con la espresion de contraer para aquella, *son un contrato perfecto* de compra-venta, porque en ellas se fijan definitivamente la cosa, precio, plazos y accidentes propios de la cosa vendida:

»Considerando que el contenido de las cartas, con espresiones, mas ó menos exactas, en nada desvirtúan el testo claro y espreso del citado documento, el cual no contiene otra condicion suspensiva que la de aprobacion de la Sociedad; y que habiendo tenido efecto esta, se verificó aquella, única á que se refiere la base 14:

»Considerando que no se ha estipulado por los contrayentes bajo una ú otra forma que hasta el otorgamiento de escritura pública no se entendiese perfecto el contrato, único caso en que puede tener lugar lo dispuesto en la ley 6.ª, tít. 5.° de la Partida 5.ª, como tambien tiene ya declarado este Supremo Tribunal:

»Considerando, por último, que segun lo espuesto en los precedentes fundamentos, la sentencia infringe la citada ley 6.ª, tít. 5 de la Partida 5.ª, que trata de la manera en que debe hacerse la venta; y la 1.ª, tít. 1.°, libro 10 de la Novísima Recopilacion, acerca de la eficacia de la obligacion en la forma que aparezca haber querido obligarse, alegadas en el recurso,» etc. (1).

»Considerando que lo acordado respecto á que *se otorgara escritura pública, luego que se verificase el pago del precio* de la venta no se puede estimar en el caso presente *como una condicion suspensiva de su validez* y *necesaria para su eficacia*, y que por lo tanto no se han infringido las leyes 6.ª y 58, título 5.° de la Partida 5.ª:

»Considerando que las disposiciones de la ley 14, tít. 12, libro 10 de la Novísima Recopilacion, de la Real instruccion de 29 de julio de 1850, y del Real decreto de 23 de mayo de 1845, que se refieren al establecimiento y cobranza de impuestos fiscales sobre las ventas y el registro de hipotecas, *no afectan al fondo de la cuestion, y dejándola íntegra en su esencia, por no haber llegado el caso de otorgarse la escritura*, no se han podido invocar oportunamente para motivar el recurso (2).»

Suele practicarse, y es procedente y adecuado que, cuando en un juicio se vé que resultan perjudicados los intereses de la Hacienda, como si en la trasmision de inmuebles se omite el otorgamiento de escritura, ó de otro modo se lastiman los derechos del Estado, en la sentencia definitiva, ó se hace reserva so-

(1) Sent. de 13 de dic. de 1861, *n.*° 297, *C. t.*
(2) Sent. de 14 de dic. de 1861, *n.*° 299, *id.*

bre tales derechos, ó para lo que haya lugar se manda dar conocimiento, con copia á veces de la sentencia, al Ministerio fiscal.

SECCION IV.

QUIENES PUEDEN VENDER Y COMPRAR.

Todos los que tienen capacidad para obligarse, pueden compar y vender; salvo en aquellos casos determinados, en que la ley les impone prohibicion ó restriccion. Quienes tengan aquella capacidad legal, esto es, para obligarse, y por tanto para contratar, lo decimos en su artículo correspondiente. El objeto, por tanto, de la presente seccion es solo reseñar, ó esponer sucintamente los casos determinados ó escepcionales, en que no pueden, ora *comprar*, ora *vender*, ó bien *ni uno ni otro*, los que por otra parte tienen capacidad general para comprar y vender, pues que la tienen genérica para contratar.

La idea es clara, y, sin embargo, los autores, y aun las leyes, la enuncian á veces en tal forma, que, no solo puede inducir á error; sino que lo contiene.

Asi, por ejemplo, segun el Febrero, reformado por Tapia, «*el que no tiene prohibicion legal de hacer contratos, puede comprar y vender.*» Querria decir que puede comprar y vender todo el que puede contratar; lo cual es de todo punto inexacto. Un platero, en plena capacidad legal de contratar, no puede, sin embargo, comprar á un ladron plata robada. En la misma plenitud de capacidad de contratacion, un platero, un joyero, un longista no pueden, sin embargo, vender al fiado para bodas, como ni tampoco á estudiantes, ni á hijos de familia, etc.

La misma ley de Partida (2.ª tit. 5.°, Partida 5.ª) no presenta sobre la cuestion una idea, unánimodamente exacta. «Aquellos homes decimos que pueden comprar é vender, *que son atales, que se pueden obligar cada uno de ellos, el uno al otro:*» en lo cual, repetimos, no hay exactitud. El platero, el joyero, el longista pueden vender alhajas y efectos para bodas á cuantos se los compren, *pagándoselos*, teniendo capacidad legal para obligarse: se trata, por tanto, de personas que pueden obligarse, entre sí, ó *cada uno de ellos el uno al otro*; y sin embargo, á esas mismas personas no pueden dichos plateros, longistas, etc., venderles los propios efectos al fiado, para el citado fin.

La falta de precision, y de exactitud, inductivas á error, como se vé, así en la ley, como en los autores, á que nos referimos, están en no discernir bien entre la facultad general de obligarse unos á otros, y la prohibicion, ó restriccion para hacerlo en casos dados; pues que es una verdad que todos los que pueden contratar, y obligarse unos á otros, por regla general, ó en la mayoría de los casos; no siempre pueden hacerlo en casos dados: y el determinar, repetimos, estas escepciones, el fijar los casos particulares de *prohibicion* ó *restriccion* para *comprar* ó para *vender*, ó para *las dos cosas*, respecto de aquellos, que por otra parte tienen capacidad en general para contratar, es la solucion que se busca.

La solucion, pues, á la cuestion, contenida en el epígrafe, es la que consignamos á la cabeza de esta seccion: nos parece tambien exacta, diciendo con Gomez de la Serna (1), que *pueden comprar y vender cuantos no tienen prohibicion legal de hacerlo*: en cuya definicion quedan eliminados los que no tienen capacidad legal para obligarse, ni por tanto, para contratar: y los que, aun teniendo esta, y pudiendo, por lo mismo y por regla general, comprar y vender, no pueden hacerlo, sin embargo, en aquellos casos determinados, en que la ley lo prohibe; ó pueden solo hacerlo con la restriccion ó prohibicion hipotética, que la ley establece.

Hay tambien exactitud, diciendo con el proyecto del Código civil de España (artículo 1379), que pueden «*celebrar el contrato de compra y venta todas las personas, á quienes la ley permite obligarse, salvas las modificaciones siguientes.*

Espresa á continuacion el proyecto los casos de prohibicion, ó restriccion, y por tanto, la cuestion se plantea y resuelve, como lo

(1) Elementos de Derecho civil y penal de España.

dejamos indicado á la cabeza de esta seccion.

La idea, sin embargo, se presenta aun un tanto compleja. La prohibicion, en casos determinados, no es siempre *absoluta*, y estensiva á todos los casos del contrato, como parece, al enunciarse: no se prohibe siempre *comprar* y *vender*, concretando el doble efecto, como parece hay que entender, á una misma persona; sino que unas veces, y segun insinuamos arriba, solo se prohibe *vender*, otras solo *comprar*, otras *ambas cosas*. Así han prohibido algunas leyes, por ejemplo, *vender bienes raices á estranjeros*; pero no el comprar de estos: el platero no puede *comprar* del ladron plata labrada; pero puede venderla al mismo: la mujer casada no puede ni *vender, ni comprar*, sio licencia de su marido; pero puede con ella, etc.

Ultimamente la *prohibicion* legal de comprar y vender en casos dados, no es siempre *rigurosa prohibicion*, ó prohibicion *absoluta*; sino que algunas veces no es sino *restriccion*, ó, lo que es lo mismo, *prohibicion hipotética*. Así la prohibicion al platero de comprar del ladron plata labrada, la general de comprar ciertas cosas á criados de servicio, la de vender fiado para bodas, etc., es *absoluta* y rigurosamente tal prohibicion: nada hay que la debilite, que la modifique, que la remueva: la mujer casada, por el contrario, no puede vender, ni comprar sin licencia de su marido; pero puede con ella, y aun suplida por el juez: no puede tampoco vender ni comprar el menor sin intervencion del guardador; pero puede interviniendo este, y aun sin intervenir se sostiene la compra ó la venta, celebrada con un mayor de edad, toda vez que no sea dañosa para el menor, etc.

Quiere todo decir que la legislacion sobre prohibicion escepcional de comprar, ó de vender, ó de ambas cosas, es de todo punto *casuística*, en cuyo sentido vamos á recorrerla.

Antes notarémos que las limitaciones en este punto, ó sean, ya la *prohibicion*, ya la *restriccion*, segun las dejamos espuestas, nacen ordinariamente:

1.° De la *correlacion civil entre vendedor y comprador*. Así no pueden vender, por regla general, el padre al hijo, el hijo al padre, el marido á la mujer, la mujer al marido, etc. Decimos *por regla general*, pues en algun caso pueden, segun esplicamos mas adelante.

2.° Del *estado civil* de las personas. Así el menor y la mujer casada no pueden vender á estraños, ni comprar de ellos: así no pueden comprarse cosas al criado, doméstico, etc.

3.° De cierta *cualidad inherente á la persona*, aun *sui juris*. Así no se pueden, ó no podian venderse bienes raices á *estranjeros*; ni puede comprarse á los *ladrones* plata labrada, etc.

4.° Por razon del *cargo* ú *oficio*: de donde proceden, en su caso, la prohibicion ó restriccion relativas, al padre, como administrador de la persona y bienes de sus hijos; al tutor, al curador, al administrador, ya judicial, ya convencional; á los empleados públicos en general, á los jueces en su distrito jurisdiccional, á los curiales en el negocio que patrocinan, etc.

5.° Del *fin* y del *modo* del contrato, como sucedia respecto de los buhoneros, y sucede con las ventas al fiado á estudiantes, para bodas, etc.

6.° De la *cualidad*, en fin, de la cosa, segun que esta es *vendible*, ó que está ó no en el comercio de los hombres, etc., sobre lo cual véase el párrafo 1.° de la seccion 8.ª

Quedan ya indicadas casi todas las clases y personas que, pudiendo obligarse, y por tanto contratar, y en su consecuencia comprar y vender, por regla general, tienen, sin embargo, prohibicion ó restriccion legal para verificarlo en determinados casos.

Cuáles sean estos, y de qué índole la prohibicion, ó restriccion, lo reseñarémos para mayor claridad en la enumeracion subsiguiente, indispensable en la presente seccion, aun cuando por otra parte no pueda ser sino muy lacónica, pues las clases y objetos que comprende, y que así lo requieren, tienen, en su lugar oportuno, su artículo especial.

Abogados. Algunos Códigos estranjeros prohiben espresamente, como verémos despues, que los abogados, y los curiales en general, puedan comprar las cosas litigiosas, aquellos de sus clientes; estos de los pleitos en

que intervienen. Entre nosotros no hay disposicion legal, general y espresa; y en su caso la cuestion podria ser *cuestion de tribunales*, esto es, tales podrian ser las circunstancias del caso, la culpabilidad y connivencia de la curia, que hubiera que anular la compra. Pero respecto de los abogados, hay dos casos especiales de prohibicion de compra: el uno por medio del pacto llamado de *quota litis* (véase su artículo); y el otro como asesores (véase tambien **ASESORES, EMPLEADOS.**)

Actuarios, en cuanto á las cosas litigiosas. Sobre lo dicho anteriormente, véase *curiales*.

Administradores. La administracion entre particulares es un *mandato*: entre empleados y el gobierno un *empleo* ó *cargo público*; y todavía, como luego verémos, la administracion se diversifica de otros muchos modos. Todos entre sí tienen algo de comun: cada uno, sin embargo, y como está en la naturaleza de las cosas, tiene su especialidad. De todo darémos razon sucesivamente, y ahora nos limitamos á la administracion propiamente tal, y, segun el lenguaje legal y comun, entre particulares.

En este sentido la administracion no es, por regla general, ni mas ni menos que uno de los infinitos casos del *mandato*. El mandato tiene sus leyes, que prefijan el uso, y ocurren al abuso. Por estas leyes están reglados los derechos y los deberes del dueño y del administrador. ¿Qué necesidad habia, ocurre preguntar, de dictar otras, como la ley 1.ª, tít. 12, lib. 10, Nov. Rec.? ¿Revela esta circunstancia un abuso, que, advertido, se fué precaviendo y corrigiendo; ó bien que en el particular media alguno, que no entra en los abusos generales del mandato? Pudo ser lo primero: y lo segundo es indudable. Vender un administrador, que esté solo autorizado para administrar, es un abuso del poder, un abuso general del mandato; pero venderse á sí mismo, directa, ó simuladamente por interpuesta persona, las cosas administradas, es un abuso especial, aun en el caso de estar autorizado el administrador para administrar y vender; y es un doble abuso, si solo lo estaba para administrar; pues no es natural, ni está en práctica comprender en la facultad de vender, la de venderse el administrador las cosas á sí mismo; ni esta singularidad puede suponerse, cuando el poder es solo para administrar, y no tambien para vender; y aun menos si el poder contiene prohibicion de vender. Caben, sin embargo, en la cuestion casos singulares, y despues descenderémos á ellos.

Pero todavía hay que preguntar: la administracion es, como hemos dicho, un *mandato*: lo que se hace contra el mandato, como hecho sin poder, es nulo: ¿qué necesidad habia de constituir esta nulidad por una ley especial; y eso con sancion penal, cual es la multa *del cuatrotanto*, segun verémos? ¿Sería solo esta pena el motivo de la ley especial, pues que la nulidad ya subsistia por las leyes del mandato? Y entonces tenemos que la pena del cuatro tanto ya no se exije, ni puede, publicado el Código penal; quedando así reducido el efecto civil, pues de asunto civil se trata, á la nulidad, con daños y perjuicios; en cuyo supuesto la anterior ley especial deja de tener aplicacion.

No procede ciertamente esta conclusion. No habria repugnancia en sostener que el legislador, por lo odioso y peligroso del abuso, habia acumulado la doble sancion, como el legislador romano autorizó la doble accion conocida en caso de hurto, *in odium furum*; pero todavía hay que notar que el vender un administrador, que no tiene poderes para ello, es una estralimitacion comun del mandato, y la nulidad que eso induce es la general de esta estralimitacion; pero en venderse á sí mismo el que está autorizado para vender, no hay en rigor estralimitacion, si en el mandato no se consignó esa restriccion; sino abuso de un género especial. Por las leyes del mandato se autorizaria solo la accion de daños y perjuicios, sobre todo si la venta se habia hecho en interpuesta persona, ó *testaférreo*; pero la ley especial en este caso, especial tambien, sin suprimir la accion de daños y perjuicios, si los ha habido, delara la *nulidad* y la multa; si bien como queda dicho, esta no puede ya tener efecto.

La ley recopilada, pues, tiene en dicho sentido justa aplicacion: y viniendo á ella, y repitiendo que ceñimos ahora nuestras observaciones al administrador de un particular, dirémos que pueden darse tres casos: que el propio dueño venda los bienes administrados: que el administrador se los venda á sí mismo, directa ó indirectamente en venta privada: que él mismo los compre en subasta ó venta pública.

En el primer caso no hay prohibicion legal. El dueño, en uso de su derecho de tal, vende á su administrador, como podria vender á cualquier otro. Es verdad que los términos de la ley recopilada no pueden ser mas genéricos... «*hombre ó mujer no puede, ni debe comprar ninguna cosa de los bienes de aquel ó aquellos que administrare:..*» y sin embargo, si estas palabras tuvieran el sentido que parecen presentar, con aplicacion al primero de los tres casos, la prohibicion de la ley no seria solo de que el administrador no pudiera comprar; sino de que el dueño no pudiera vender al mismo, lo cual repugna al buen sentido ¿Qué mal tenia la ley que precaver de que el dueño venda á su administrador, ó á quien quiera? La prohibicion, pues, de la ley versa absolutamente, y sin género de duda, sobre el segundo y tercer caso de los espresados, y muy principalmente sobre el segundo.

En este, ciertamente, es donde hay que temer el abuso. En él, no solo se alteran las condiciones y formas esenciales del contrato; sino que es imposible dejar de percibir tambien repugnancias naturales, no ya de moralidad; sino aun de decoro; y hasta un género de indefension del dueño perjudicado, por la suma dificultad, si ya no fuese imposibilidad, de precaver todos los abusos, que, guarecidos, como la codicia y perfidia que los causa, con la confianza y el secreto, pueden darse en el particular. Y decimos perfidia, porque no siendo así, nada absolutamente impide al administrador dirigirse al dueño, proponerle la venta en su favor, y hacer las cosas segun ley: punto de vista que es sin duda el fundamento y la clave de la ley especial del caso.

Así, con efecto, y atendiendo á las condiciones y formalidades naturales y usuales del contrato, se requieren en el mismo cuatro cosas: *vendedor, comprador, cosa y precio*; y todo se trastorna cuando el administrador se vende á sí propio, ó es comprador de lo propio que él vende. El consentimiento ha de ser de dos ó mas, con intereses opuestos: el precio ha de fijarse por estipulacion en la propia forma; y, sin embargo, en el caso en cuestion hay para todo una sola persona: el administrador acumula en sí el doble concepto de vendedor y comprador. El se ofrece la cosa á sí mismo, y consigo mismo conviene en ella y en el precio. Tiene interés en que este sea módico, y lo será. Hay una persona que gana siempre: el administrador: y hay una que siempre pierde, sacrificada siempre sin defensa, si la ley no viniera en la suya: el dueño.

Sin duda que el administrador tomará precauciones, y no comprometerá su cálculo, vendiendo materialmente el mismo á sí mismo, quedando así descubierto: se valdrá de persona interpuesta; pero esto no es sino un medio de paliar el fraude.

La reprobacion, pues, del abuso, en este segundo caso, sería siempre justa y fundada en principios de derecho, así como en consideraciones de moralidad y de decoro; pero todavía es, como hemos dicho, de derecho terminante: «hombre ó mujer cualquiera que sea, dice la ley (despues de haber mencionado á los cabezaleros y guardadores de huérfanos), *no puede ni debe* comprar ninguna cosa de los bienes de aquel ó aquellos, que administrare; y si los comprare, *pública ó secretamente*, pudiéndose probar la compra..... *non vala*, y *sea desfecha*, y torne el cuatro tanto..... para nuestra Cámara (1).»

La ley equipara el caso de los *cabezaleros y guardadores de huérfanos* con el de los administradores, cuando son realmente muy diversos. Véase mas abajo *Guardadores de huérfanos*.

Ya queda dicho que el cuatro tanto no está hoy en práctica, ni puede estarlo, y tampoco la Real Cámara subsiste, y menos con el antiguo concepto fiscal.

(1) La ley Recopilada, citada al principio.

Es por demás advertir, que si de algun modo, anterior ó posterior, interviene en la venta el asentimiento ó la aprobacion del dueño, este caso segundo variará, y podrá llegar hasta identificarse con el primero de los tres que venimos esponiendo: es decir, que la mencionada circunstancia, segun que se pruebe, y segun su valor legal, judicialmente apreciado, es la ley del caso.

Y ciertamente que este se presenta posible bajo multiplicados puntos de vista. Podria el administrador, haciendo tal vez ese esfuerzo de lealtad, sacrificar ó violentar sus propios intereses para impedir que la cosa administrada saliese judicialmente del dominio de su dueño, el cual, por su industria, podria apreciarla para hacerla producir de un modo singularmente ventajoso: podria este apreciarla con valor de estimacion familiar ó de otro género: podrian sufrir su fama, ó su crédito con una venta pública para pago de deudas, y el administrador, con un esfuerzo propio, librarla de subasta, negociando una venta privada con un *testaférreo*: podria del mismo modo tomarla ó retraerla en una subasta, que no habia podido evitar, etc.; y bien se vé que en estos casos, y otros análogos, si bien aparecia fraude material, no lo habia en realidad, y podria el hecho, no solo inducir la aprobacion, ya espresa y ya interpretativa del dueño; sino aun ser plausible: lo cual ciertamente es obra de la prudencia judicial, segun las circunstancias del caso; á salvo siempre el principio absoluto de que, sin consentimiento, sin aprobacion espresa ó tácita del dueño, la compra es nula.

Mas una ley de Partida (4, tit. 5, Part. 5.ª) coincidiendo en cierto modo con lo dicho, esceptúa de nulidad el caso, como vemos luego, de que, tratándose de menores, la venta pública haya sido útil para éstos: y no hay que decir, si el derecho prohibitivo es de mas estricta interpretacion tratándose de cosas de menores, que de los que no lo son: y con todo, la ley de Partida, admite la indicada escepcion, dando lugar á la cuestion que insinuamos despues.

Pero la ley aplica la escepcion solo á la subasta; y no á la venta privada; y hay aun que examinar, si la ley de Partida está vigente, despues de la recopilada, sobre la cual véase luego *Guardadores de menores*. Y lo que hay de cierto y seguro en el particular, es, que la venta no ha de declararse nula de oficio, como que es en materia civil: que se sostendrá, por tanto, mientras no reclame el dueño: que no es verosímil que este reclame, cuando tenga mas utilidad en lo contrario, segun los casos supuestos: que si no reclama, consiente; pero que si, á pesar de todo, reclama el principio absoluto y tenor literal de la ley, es inevitable la nulidad de la venta; si bien el dueño no podrá á un tiempo invocar este derecho absoluto, y estar á la utilidad, que le resulte del hecho de la administracion, en evitar que la cosa pase á un tercero, ó salga á subasta con perjuicio del propio dueño. Es fácil en este punto fijar una regla segura: si el administrador ha comprado con las miras indicadas de evitar perjuicios ó consultar los intereses del dueño, y este lo reconoce, la compra queda consolidada por su consentimiento. Sucederá lo mismo, si el administrador le ofrece la cosa comprada, y no la acepta, pues renuncia en el hecho á la nulidad. Empero, si el dueño, ó no reconoce las ventajas, ó no las acepta, el derecho absoluto de la nulidad de la compra por el administrador le favorece; pero la oferta del administrador podria justificarle de la presuncion de fraude; y si, en efecto, han mediado ventajas para el dueño, los tribunales lo tomarán todo en cuenta para la declaracion, y en su caso compensacion debida, sobre todo si el dueño, además de reclamar la nulidad, demanda sobre daños y perjuicios.

El tercer caso es el de venta pública, ó en subasta. Parece que esta remueve toda presuncion de fraude, y así viene á suponerlo la citada ley de Partida, cuyo valor, segun dejamos insinuado, examinarémos luego en *guardadores*. Pero con todo eso, siempre habria que apurar si el administrador habia omitido algo para prevenir la necesidad de venta pública: si, por el contrario, habia dado lugar á ella, buscando en la venta pública la garantía del fraude, que no le ofrecia la venta privada: si habia precavido, ó por el contrario procurado

que la cosa se deteriorára, para aminorarse así el precio de la subasta: como se habia conducido en el nombramiento de perito, etc. Mas aun, sin nada de eso, la ley recopilada es absoluta: prohibe la compra pública, como la compra privada, por el administrador, y á eso hay que atenerse.

Podrá ser, ó no, correctoria de la ley de Partida: podrá su tenor absoluto admitir la escepcion que la ley de Partida establece respecto de los menores, lo cual esponemos luego; pero la ley de Partida no habla de *administradores* de particulares: y no seria, aun estando vigente, aplicable á estos. La razon es clara: un menor no puede apreciar por sí, si la subasta le es ventajosa, ó gravosa: tiene que hacerlo el juez por él, juzgando lo hecho por su guardador: pero en la subasta de bienes de un mayor de edad no es así. Este juzga de su interés. Si lo reconoce, no pedirá la nulidad.

Ahora, despues de todo, observarémos aun que el administrador puede serlo de bienes del Estado, y entonces el abuso, que venimos esponiendo, no como quiera dá lugar á nulidad en lo civil, sino que constituye delito. Véase mas adelante **EMPLEADOS PUBLICOS.**

Además, toda vez que medie realmente administracion de bienes ajenos, no importa, para la aplicacion del derecho y anterior doctrina, la denominacion del encargado: así que, para los efectos de la presente seccion, se hallan en el mismo caso género que el *administrador*, propiamente tal, segun sus poderes y el lenguaje comun y del foro, el *tutor*, el *curador* de menores, el *curador ejemplar*, el *administrador de un concurso*, el *de un secuestro judicial*, el *administrador testamentario*, el *albacea*, el *apoderado* para vender, el *comisionado* para lo mismo, el *gestor de cosa ajena*, ó *negotiorum gestor*, *etc.*, por lo cual en sus epígrafes los referirémos al presente párrafo, salvo lo que sea especial á cada una de dichas clases.

Agrimensores. Véase *Empleados.*

Albaceas. Son administradores de los bienes que han de vender para los fines piadosos de su cargo. Son lo propio que *cabezaleros*, y les prohibe espresamente comprar las cosas administradas, ni secreta, ni públicamente, la citada ley 1, tit. 12, lib. 10, Novísima Recop. Son castigados además por el artículo 315 del Código penal. Véase *Empleados.*

Alcaldes de córte. En las almonedas que se hiciesen por su mandado, no podian comprar cosa alguna, ni otra persona en su nombre (1).

Apoderados. Véase *Administradores.*

Arbitradores. Siendo jueces, como son, les alcanza en su caso la prohibicion que á estos.

Arbitros. Por la propia consideracion que los anteriores, y con mayor razon aun. Son castigados además por el Código penal. Véase *Empleados.*

Asesores. Si lo son *oficiales*, tienen, para los efectos de esta seccion, el concepto de *empleados públicos*, y puede haber lugar hasta á accion penal. Véase *Empleados.* Si son asesores, ó consultores de particulares, podrá haber lugar á la nulidad de la compra, ó á mera demanda civil de daños, segun el caso.

Autoridades. Ninguno puede comprar lo que esté obligado á administrar, ó de cualquier modo beneficiar en favor del Estado. Véase *Empleados.*

Behetría. El labrador de behetría no podrá vender su heredad en cualquier parte, sino al pié de la misma (2). Y podia vender al divisero cuanto tenia: «Fueras ende sacado *un solar*, que haya cinco cabnadas de casa, é sua *era* é suo *muradal* é suo *gueito*.....(3)»

Buhoneros. No podian vender por las calles en su tráfico ó género de comercio ambulante. En el dia ha cesado esta prohibicion, y autorizádose por el contrario el libre tráfico. Véase **COMERCIO POR MAYOR Y MENOR** y **COMPRA-VENTA EN LO MERCANTIL.** En cuanto al *libre tráfico* por un estranjero, y libertad de industria, hay ade-

(1) Ley 4, tit. 14, lib. 5, Nov. Recop.
(2) Ley 7, t. 1, lib. 4, Fuero Viejo de Castilla.
(3) Ley 10, id., id.

mas tratados especiales, como el reciente entre España y Francia de 7 de enero del corriente año de 1862.

Bodas... «Mando que los mercaderes, plateros de oro y plata, longistas, ni otro género de personas, por sí, ni por interposicion de otras, puedan en tiempo alguno pedir, demandar ó deducir en juicio las mercaderías y géneros, que diesen *al fiado para bodas* á cualquiera personas, de cualquier estado, calidad y condicion» (1).

Esta ley puede referirse sin violencia á las llamadas *suntuarias*, que el giro de los tiempos, el desarrollo del tráfico, y el modo de ser de la sociedad, han hecho mirar como leyes de *circunstancias*, y en desuso.

Aunque así no fuera, rara vez tendria, ni podria tener aplicacion, pues para eludirla, basta disimular, lo cual es tan fácil, que se pide *para bodas*. La penalidad misma de la ley avisa al comerciante, y al que pide el género, para que palíen la causa y eludir así la pena.

Por otra parte, el que pide siempre disimulará: y ¿qué medio queda entonces al comerciante para asegurarse y procurarse una prueba para en un caso? ¿Es tan fácil, y ni aun posible siempre, y menos conveniente, penetrar en los secretos domésticos ajenos?

Fuera de eso ¡qué traba para el tráfico y despacho diario, con frecuencia urgente, y aun momentáneo! ¿Cómo aplicarle, por otra parte, en ferias y mercados?

La ley, además, se dió, sin duda, contra el abuso; pero su tenor absoluto y general condena lo mismo el *abuso*, que el *uso*: condena lo mismo la *saca* de un millon al fiado en una familia de mediana fortuna, que el de algun millon de reales en una familia encumbrada y de grandes bienes y recursos, aunque no disponibles por el momento. En el primer caso el abuso arruina; en el segundo ni siquiera hay abuso.

Ni ¿cómo desconocer la inmoralidad de que pierda solo el comerciante, que sabe menos para qué prestó, y que quede impune de todo punto el que pide fiado, y sabe mejor para qué lo pide?

Hay tambien que el cáncer suntuario de la sociedad ha variado de formas y casos: mas frecuente y ruinoso es hoy el sacar fiado para lujo, para trenes, para bailes, que no para bodas; lo cual hace no proporcional, ni oportuna la justicia de la ley.

Con todo, en la ley está escrito. Si se diera un caso estricto é ineludible en su sentido, los tribunales no tendrian mas medio que el de aplicarla; pero, sin duda, ese caso no se dá, pues en nuestra práctica no hemos conocido ni un solo caso de aplicacion.

Cabezaleros. Véase *Albaceas*.

Clérigos. Al clérigo le está prohibido comprar y vender por vía de *negociacion* (1). Entiéndese esto del clérigo, individual ó personalmente considerado. Aun así hay que tener presente que esta prohibicion es de puro efecto canónico, esto es, se encamina á la mayor perfeccion del individuo eclesiástico, y le desembaraza de negocios mundanales para responder por completo á los fines de su estado: y es relativa en el foro esterno á la correccion, y para que pueda imponerla su legítimo superior: pues en lo que hace al efecto civil, la sociedad no castiga lo que no le incumbe, y por esta causa, ó porque así lo haya traido la accion de los tiempos, el clérigo trafica, compra y vende, y sus tratos son deducibles y amparables en los tribunales comunes, como los de los legos. En cuanto al efecto canónico, véase nuestro artículo CLERIGO.

Pero el clérigo representa con frecuencia mas que los fueros y deberes individuales: representa los de clases, por el cargo que ejerce, ó destino que cumple en los fines sagrados de la Iglesia: puede ser párroco, obispo, abad: puede así representar derechos corporativos; y la acepcion *clérigo*, es equivalente en el efecto á la de *eclesiásticos*, *clero*, *monasterios*, etc.; y todos, para el caso

(1) Ley 2.ª, t. 8.º, lib. 10, Nov. Recop.

(1) Concil. Tridentin. ses. 22 *De reformat.*: Benedicto XIV. Const. *Apostolicæ servitutis*: ley 46, tit. 6, Part. 1: Acevedo, á la ley 7, tit. 18, lib. 9, Nov. Recop.

en cuestion, á *manos muertas*: y entonces la cuestion entra en el terreno del derecho político, y del derecho eclesiástico, y muy especialmente en el ioternacional, hasta cierto punto, de los Concordatos. Véanse, pues, los artículos AMORTIZACION: IGLESIA: MANOS MUERTAS.

Comisionados. Véase *Administradores, Empleados.*

Contadores. Segun que sean particulares, ú oficiales, véase *Administradores, Empleados.*

Cónyuje supérstite. No puede vender los bienes que se llaman *reservables*; pero la venta, si bien es revocable, ó anulable en sí y para en su dia, no desde luego; pues no es cierto que haya de morir antes dicho cónyuje, que los hijos del primer matrimonio, para quienes debe reservar la propiedad. Véase el artículo BIENES RESERVABLES y VIUDEDAD FORAL, ó por fuero de Aragon. Hoy el derecho moderno ofrece una nueva garantía. Por la ley hipotecaria (art. 191), el cónyuje, para disfrutar de los bienes reservables, debe otorgar hipoteca especial, aun con ellos, á falta de otros bienes.

Corredores. No pueden comprar aquello, cuya venta han de autorizar (1); pero véase el artículo COMPRA-VENTA (*en lo mercantil*).

Corregidores. Véase *Jueces, Empleados.*

Cosa propia. Nadie puede comprar, ó no se entiende que compra, sino por error, lo que es suyo; y es por tanto nula la venta, pudiendo reclamar el precio. Si la cosa no es toda propia, vale la compra-venta, en la parte que no lo es, como, por ejemplo, el usufructo, uso, habitacion, etc. (2).

Criados domésticos. Nadie puede comprarles artículos de comer ó beber, paja, cebada, leña, ni otras cosas de uso, ó servicio doméstico, como ni tampoco alhajas; pena de ser considerado el comprador como encubridor de hurto. Pero hay aquí dos cosas. Por lo que hace á la nulidad de la venta, si se prueba la cualidad furtiva de las cosas y su dueño, es claro que se devolverán á éste, y la venta queda sin efecto Y en cuanto al efecto penal, hoy se rige este por el Código penal, no obstante el tenor de la ley recopilada (1).

Los domésticos y aprendices, ú oficiales, y ni los hijos de los artífices, no pueden vender, ni nadie puede comprarles, oro, plata, piedras finas, ó falsas, obras ejecutadas, ni nada perteneciente al arte del profesor, pena de multa y comiso (2).

Curadores de menores, curadores ejemplares. Véase *Administradores, Guardadores.*

Curiales. La razon resiste que puedan comprar los bienes, cuya defensa se les encomienda, ó acerca de la cual ejercen su cargo. El Código penal prohibe que puedan hacerlo los que desempeñan *cargo público,* en cuyo caso se hallan para este efecto los curiales (art. 524). Algunos códigos estranjeros lo prohiben terminantemente, como vemos despues. Véase tambien *Abogado, Empleados.*

Defensores judiciales. Véase *Abogados, Curiales, Empleados.*

Divisero. Podia comprar al *solariego* toda la heredad, salvo determinadas cosas. Véase mas arriba *Behetría.*

Empleados. Para los efectos de la presente seccion, la enunciativa *empleados* se usa en un sentido tan lato, que comprende á todos los que revisten, en la gestion de que se trata, carácter público, ó ejercen un oficio ó cargo público, aunque no tengan real nombramiento. A todos se les prohibe comprar los bienes que administran, ó acerca de los que ejercen su cargo.

Y ahora bien: muchos empleados, no como quiera administrativos, sino aun los mismos jueces, pueden y deben á veces vender y comprar en desempeño de su cargo, y para fines del público servicio. En este punto pueden faltar, escediendo las reglas de su cometido, y faltar de tal modo, que sea nula la

(1) Leyes 5.ª, tít. 6, lib. 9, y 8.ª, tít. 12, libro 10, Nov. Recop.
(2) Ley 18, tít. 5, Part. 5.

(1) Ley 6.ª, tít. 12, lib. 10, Nov. Rec..
(2) Ley 8.ª, tít. 12, lib. 10, Nov. Recop,

venta ó la compra; pero no porque ellos hayan vendido ó comprado; sino porque han faltado en ello á las reglas que debian observar, incurriendo, además de la nulidad, en su caso, en responsabilidad de daños y perjuicios. Pero no es esa la cuestion presente.

En cuanto á esto, hay dos cosas que no pueden hacer, sin cometer delito, además de todo lo dicho; y es comprar ellos por sí, ó por interpuesta persona, lo que venden, *oficio oficiando*, ó de otro modo interesarse, y el ejercitar tráfico ó negociacion en su distrito.

En lo primero la sancion de la ley es mas lata, como debia serlo, y segun vemos á continuacion. En razon de ello, nuestros Códigos penales han estado justamente severos, y el de 1822 mas aun que el de 1850. Aquel en su art. 479 ordenaba que «cualquier funcionario ó comisionado en nombre del Gobierno, que directamente, ó por acto simulado, ó por persona interpuesta, tomase para sí, en todo ó en parte, la finca ó efecto, en cuya subasta, arriendo, adjudicacion, embargo, secuestro, particion judicial, depósito ó administracion interviniera por razon de su cargo ú oficio, perderia su cargo, quedando inhabilitado para obtener otro en un espacio de dos á seis años: el Juez no ejerceria mas la judicatura: incurrian en la multa del 6 al 20 por 100 de la venta ó negociacion, y esta seria nula.» No se comprendian en esta disposicion los comerciantes que, siéndolo, obtuviesen nombramiento de tesoreros de provincia, ó depositarios de partido, si hubiesen dado la correspondiente fianza.

Las prohibiciones y penas antedichas eran aplicables á los que intervenian en los actos espresados, como *peritos, tasadores, agrimensores, partidores, contadores* ó *defensores judiciales*: y asimismo los *tutores, curadores*, y *albaceas* ó *testamentarios* con respecto á los bienes de sus pupilos ó testamentarías (1).

El Código penal vigente es mas lacónico, pero sin duda ha querido espresar y espresa lo mismo. «El empleado público, dice, que directa ó indirectamente se interese en cualquiera clase de contrato ú operacion, en que deba intervenir por razon de su cargo, será castigado con las penas de inhabilitacion temporal especial, y multa del 10 al 50 por 100 del valor del interés que hubiese tomado en el negocio.»

«Esta disposicion es aplicable á los *peritos*, árbitros y *contadores particulares*, respecto de los bienes ó cosas, en cuya tasacion, adjudicacion ó particion interviniesen; y á los *tutores, curadores* y *albaceas*, respecto de los pertenecientes á sus pupilos ó testamentarías» (1).

La antedicha incapacitacion de los empleados no se limitaba, ni limita, á las cosas y efectos peculiares de su administracion ó cargo; sino á toda especie de negociacion en el distrito de su mando ó autoridad. El Código penal de 1822 comprendia en la prohibicion á los *gefes políticos, comandantes militares, intendentes, magistrados, jueces de primera instancia, jueces eclesiásticos, párrocos, administradores, contadores* y *tesoreros de rentas, comandantes* y *cabos del resguardo, secretarios de gefes políticos, capitanes* y *comandantes generales*, los cuales todos perderian sus oficios y cargos, cayendo en comiso el objeto de la contratacion, ya fuese esta directa, ya indirecta ó por interpuesta persona, no comprendiéndose en la prohibicion y sancion general los productos de las propias haciendas (2).

El Código penal vigente es menos ámplio y menos enérgico en la penalidad; pero no ha rehusado del todo su sancion al abuso inmoral del tráfico por parte de los empleado, segun se vé por los siguientes artículos.

Art. 329. «Los *jueces*, los *empleados en el ministerio fiscal*, los *gefes militares, gubernativos ó económicos de una provincia* ó distrito, que durante el ejercicio de sus cargos se mezclaren directa ó indirectamente en operaciones de ágio, tráfico ó granjería dentro de los límites de su jurisdiccion ó mando, sobre objetos, que no fueren producto de

(1) Art. 480, Cód. penal de 1822.

(1) Art. 324 del Cód. penal vigente.
(2) Art. 484 del Cód. penal de 1822.

sus bienes propios, serán castigados con las penas de suspension y multa de 50 á 500 duros.»

«Esta disposicion no es aplicable á los que impusiesen sus fondos en acciones de banco, ó de cualquiera empresa ó compañía, con tal que no ejerzan en ellas cargo ni intervencion directa, administrativa ó económica.»

Art. 330. No están comprendidos en las disposiciones del art. anterior los *empleados en el ministerio fiscal*, á quienes está permitido el ejercicio de la abogacía, *los jueces de los tribunales de Comercio*, ni los *alcaldes*.»

Esclavos. Véase *Siervos.*

Escribanos. Véase *Empleados.*

Estranjeros. «Defendemos que ningunos, ni algunos de nuestros súbditos y naturales no sean osados de dar, ni vender, ni trocar villas, ni lugares, ni castillos, tierras, ni heredamientos, ni islas de nuestros Reinos, á Rey, ni Señor, ni otra persona estranjera de fuera de nuestros Reinos, pena de la nuestra merced (1).»

Por la primera parte de esta ley, y por la anterior del mismo título, que es la famosa del Ordenamiento de Alcalá, sobre enajenamiento de la Real jurisdiccion, se consigna igual prohibicion en cuanto á los Reyes. Esta prohibicion á los Reyes de vender, ni de otro modo enajenar á Soberanos ó súbditos estranjeros la jurisdiccion, porcion del territorio, ni nada del dominio de la Corona, es hoy por la Constitucion política del Estado mas eficaz que lo era por dichas leyes, y aun es de todo punto eficaz, pues ya el Rey nada puede enajenar en el sentido antedicho; sino por una ley (2).

En cuanto á los particulares, nadie enajenará á Reyes, ni súbditos estranjeros, jurisdiccion, pueblos, ni territorios con señorío de vasallos, por que nadie los tiene ya, despues de las leyes constitucionales.

Mas por lo que hace á heredamiento, ó bienes raices de dominio privado, podian antes, no obstante el tenor de las citadas leyes recopiladas, si los estranjeros obtenian carta de naturaleza: y pueden hoy, en virtud de los tratados recíprocos ó derecho internacional vigente, así como los españoles pueden comprar en países estranjeros. Véase **AUBANA, COMERCIO** (*Tratados de*).

Estudiantes. No puede reclamarse por lo que sin anuencia de sus padres ó personas, de quienes depeoden, se les vende *al fiado*, mientras están en sus estudios (1).

Fiscales. Véase *Empleados.*

Guardadores de huérfanos. No pueden enajenar los bienes raices de los menores ó pupilos sin autoridad judicicial, prévia informacion de utilidad ó necesidad (2). Ni tampoco pueden comprarlos (3).

Esta ley, sin embargo, concede que puedan comprar los bienes de sus menores, cuando se venden con autoridad judicial, ó por la de otro guardador del propio menor, toda vez que la venta en ambos casos sea útil á éste.

Lo propio autorizaban las leyes romanas (4).

Pothier dice en esta razon: «Como el objeto de la ley, al declarar la nulidad de las compras por los *guardadores*, fué impedir los fraudes, por los cuales los administradores de cosas ajenas procurarían comprar por precio muy bajo, ó hacer que se vendiesen cosas que el interés de sus administrados exigia se conservaseo, *cesa el efecto de la ley, cuando no cabe sospecha de fraude.* Así es como un tutor puede comprar en pública almoneda los bienes ejecutados á instancia del acreedor del menor (5).

Una ley recopilada, con todo, la 1.ª, título 12, lib. 10, Nov. Recop., prohibe en términos absolutos que puedan comprarlos, «y si los compraren *pública* ó *secretamente*, pu-

(1) Ley 7, tit. 5, lib. 3, Nov. Recop.
(2) Const. de 1845, art. 46.

(1) Ley 1.ª, tít. 8.º, lib. 10, Nov. Recop.
(1) Ley 4.ª, tit. 5.º, Partida 5.ª: 59 y 60, título 18, Partida 3.ª: 18, tít. 16, Partida 6.ª: 17, tít. 1.º, lib. 10, Nov. Recop.; arts. 1401 al 1413 de la ley de Enjuiciamiento civil.
(3) Ley 4.ª, tit. 5.º, Partida 5.ª
(4) Ley 5.ª, párr. 5.º del Digesto, *De auctoritate tutorum*; y ley 5.ª del Código, *De contrahenda emptione.*
(5) *De la compra-venta*, art. 1.º párr. 13.

diéndose probar la compra, que ansí fué fecha, *non vale é sea desfecha.....*» (Véase *Administradores.*) Los términos son absolutos, y no parece dudoso que esta ley sea correctoria de la de Partida. Gregorio Lopez, en la glosa á la misma, es de contraria opinion, sin dar razones para ello; cuando se necesitaban, y muy fuertes. Matienzo, glosa á la ley recopilada, viene á opinar lo mismo, pues admite hasta seis escepciones á su tenor absoluto.

Con todo, es menester observar, que la ley de Partida, bajo la enunciativa *guardadores*, habla solo de los tutores, que segun ella se dan á los menores de 14 años. Hay la misma razon, sin embargo, para los *curadores*, que para los *tutores*.

La ley recopilada habla solo de la venta pública, ó con autoridad judicial; y no de la hecha por otro guardador del menor, y en esto al menos corregiria á la citada de Partida: además de que hoy, sobre su tenor absoluto, tenemos que, segun la Ley de procedimiento civil, los bienes de los menores no pueden ser vendidos por un guardador á otro; sino siempre judicialmente.

Pero ahora hay que preguntar. Cuando el tutor ó curador, que ha pedido la venta de bienes y dado lugar á la subasta, no es el que compra los bienes, sino otro de los co-guardadores ¿será nula la venta? ¿Es este, tal vez, el caso de la ley de Partida? No ciertamente, porque segun ella, uno era el caso en que vendia el juez y otro el en que vendia otro guardador. Y sea de ello lo que quiera, es lo cierto, que si los dos no administran de hecho; si están nombrados *in solidum*, y el uno por cualquier razon, ó hecho, por no haber otorgado la fianza, por ejemplo, aunque con el cargo discernido, no habia entrado en la administracion, comprando este y vendiéndose á gestion del otro, no probándose connivencia, no hay razon para invalidar la venta.

Lo propio sucede, y así opinan los autores, si al tutor ó curador, aunque nombrados, no se les ha discernido el cargo todavía. La razon es clara: no administran todavía; y por ello, ni en este, ni en el caso anterior, se puede dar ni temer el fraude, que es la causa de la prohibicion.

Menos hay que temerlo, cuando evidentemente la compra en subasta pública por el guardador es útil al menor. Este es el caso de la ley de Partida. Si en este caso no vale la venta, quien pierde es el menor; y lejos de ser en su provecho el rigorismo de la ley recopilada, es en su daño. En esta grave razon fundan algunos la opinion de que dicha ley no ha corregido la de Partida: y fúndanlo en que, no habiendo en la ley recopilada esclusion espresa del caso, no hay ilegalidad en acudir al derecho supletorio, cual es el de las Partidas.

Despues de tan graves razones, parécenos que no es violenta, sino racional, la opinion de Gregorio Lopez, y que el caso, por tanto, es de tribunales, que habrán de decidir consultando las circunstancias del mismo, esto es, la utilidad del menor, y la imposibilidad absoluta de fraude. Conviene no perder de vista que el fin de ambas leyes en este punto es evitar el fraude, y que es evidente que desaparece el recelo y la razon de la ley, cuando es evidente tambien la utilidad del menor, así como su perjuicio, si se desecha no obstante su utilidad, de todo punto indudable y cierta. Es un caso genuino de interpretacion doctrinal; y por eso hemos dicho que no es violenta la opinion de Gregorio Lopez, y que la cuestion es *de tribunales*.

Hijos de familia. Como que forman una misma persona con sus padres, no pueden hacer con estos contratos de compra-venta; salvo de bienes *castrenses* ó *cuasi-castrenses*; respecto de los que, es sabido que los hijos son *sui juris*. (1) Tampoco sin licencia de sus padres pueden vender á estraños ningun otro género de bienes, ni aun los *adventicios*, no obstante que tengan en ellos la propiedad; pues tiene el padre el usufructo. La venta en este caso es nula, aunque intervenga juramento. Tampoco, aun cuando sean mayores de edad los hijos, es-

(1) Ley 2, tít. 5, Part. 5.

tando en poder del padre, pueden comprar de otro *al fiado* (1).

Jueces. No pueden comprar por sí, ni por interpuesta persona lo que se vende por su mandado en público remate (2). Ni arraigarse en el distrito de su jurisdiccion; aunque pueden vender las fincas que tienen en él, y usar en el mismo del retractro gentilicio (3).

Hay que notar, sin embargo, que los tiempos y las nuevas leyes han templado mucho el rigor de las antíguas. Por estas los jueces en general, no solo ejercian funciones judiciales; sino administrativas, lo que complicaba mas sus relaciones con los administrados, y hacia mas fácil el abuso. Hoy además, no solo no se observa con rigor el que los jueces no puedan serlo en los pueblos de su naturaleza, ó donde tienen su hacienda y familias; sino que se les nombre para ellos. Se fia mucho, en fin, de las nuevas garantías de responsabilidad en las funciones judiciales, y no parece es de temer el abuso de funciones sino en las subastas públicas, en las que, si el juez comprara lo que vende, habia verdadero prevaricato, pudiendo haber tambien una espoliacion. El rigor legal es con todo, que los jueces no compren bienes raíces, ni por contrato privado, en sus distritos. Véase *Empleados*.

Ladron. El que, á sabiendas, compra al ladron las cosas hurtadas ó robadas, se hace *encubridor*, y aun puede ser *cómplice* segun el Código penal. Aun pudiera ser *coautor*, si una estipulacion prévia de recepcion ú ocultacion determina el robo de tal manera, que sin ello no se hubiera aquel realizado.

Nuestra antígua legislacion fué tambien inexorable en este punto. Atenta á evitar el fraude, lo quiso precaver hasta en la posibilidad de cometerse, y por eso prohibió que nadie comprase á persona *desconocida*, quedando obligado, en su caso, el comprador á probar con juramento y testigos que compró de buena fé. (1). Otras prevenian la posibilidad, y cierto género de presuncion á un tiempo, y prohibian que nadie comprase alhajas, comestibles, efectos domésticos, piedras preciosas y materiales de taller de plateros, y otros artífices, al esclavo, al aprendiz, ú oficial, y al hijo de artífice, al criado doméstico. (Véanse los respectivos epígrafes).

Mandatario. Véase *Administradores*.

Manos-muertas. Véase *Clérigos*, y además las leyes 5.ª, tít. 1.°, lib. 1.°, y 5.ª, título 1.°, lib. 4.° del Fuero Viejo: y 3.ª, tít. 5.°, libro 1.° del Fuero Real.

Marido y mujer. ¿Pueden entre sí celebrar contratos de venta? A primera vista parece que no. ¿Qué precauciones bastan á neutralizar la preponderancia del marido? Algunos autores, sin embargo, opinan que sí, aunque con la justa restriccion de que no medie *fraude*, ni *donacion* (2). Todavía añadirémos que habria mas seguridad en que no contrataran entre sí: pero en todo caso los tribunales examinarán con estricto rigor la legalidad del contrato. No hay que decir que en este caso el contrato mismo lleva implícita la licencia, que necesita la mujer casada. El fundamento de la opinion afirmativa está en las leyes romanas 5, párrafo 5.°: 33, §. 3: y 52 del tít. 1.°, lib. 24 del Digesto; y en la ley 4.ª, título 11, Part. 4.ª, que no prohibe entre marido y mujer sino la donacion. El Proyecto de Código civil, y la legislacion estranjera son mas esclusivos. Véanse mas adelante. Debe tenerse presente, sin embargo, que la cuestion, y el peligro de fraude son otra cosa si el marido y mujer están judicialmente separados; y tambien cuando no hay comunidad de bienes, como en los países estranjeros.

Menores. Estando bajo la pátria potestad, no pueden comprar, ni tampoco vender, sin licencia de su padre, salvo bienes castrenses y cuasicastrenses á este, segun ya queda espuesto. En tutela ó curatela no pueden tampoco, sin autoridad del tutor ni curador, y aun

(1) Leyes 17, tít. 5, y 8, tít. 12, lib. 10, Novísima Recop.
(2) Ley 5, tít. 3, Part. 5.
(3) Ley 4, tít. 14, lib. 5, de la Nov. Rec. Gomez, á la ley 70 de Toro, núm. 12: Hermosilla, á la ley 5, tít. 5, Part. 5.

(1) Ley 8, tít. 2, lib. 7, Fuero Juzgo.
(2) Gomez, *Variarum*, lib. 2.°, cap. 2.° número 2.°

así, si se trata de bienes raíces, no puede venderse sin intervencion judicial. Sabido es, sin embargo, que el contrato de un menor con un mayor se sostiene, cuando en él no es aquel perjudicado. Véase *Guardadores* de menores, y como doctrina todavía, las leyes 2.ª y 3.ª, tít. 4.°, lib. 5.° del Fuero-Viejo, y 25, tít. 13, Part. 5.ª

Mujer casada. No puede vender, ni comprar á estraños, sin licencia de su marido, espresa, ó suplida por el juez, en su caso. Aun sin ella, el contrato se sostiene con aprobacion posterior del marido. Véase *Marido y mujer*, y el artículo particular.

Negotiorum gestor, ó administrador oficioso de negocios ajenos. Es un administrador, y por tanto, véase *Administradores*.

Padre. No puede vender los bienes raíces de la hijuela materna del hijo (1). En cuanto á venta recíproca con el hijo, véase *Hijos de familia*.

Personero, ó apoderado. Véase *Administradores*.

Plateros, joyeros, etc. Pierden lo que venden al fiado para *bodas*. Véase *Bodas*. Les alcanza, aun mas que á otros particulares, el no poder comprar alhajas á esclavos, hijos de familia, criados domésticos, aprendices y oficiales de taller (2). Esta ley era parte de la Ordenanza de plateros. Tenia por escepcion si el esclavo era traficante con licencia de su señor.

Peritos. Véase *Empleados*.

Persona desconocida. Nuestras antiguas leyes no querian que se pudiese comprar á persona desconocida, por el recelo de que vendiese lo que no era suyo. Las ferias, mercados, y desarrollo del tráfico hacen impracticable esta disposicion, y hasta que la persona que vende no sea ladron conocido, ó sospechoso. Véase *Ladrones*.

Privados en la córte. Si estaban obligados á dar caballos ú otras cosas al Rey, no podian enajenar sus bienes. Es porque estos se miraban como garantía (3).

(1) Ley 24, tít. 13, Part. 5.ª
(2) Ley 16, tít. 1.°, lib. 10, Nov. Recop.
(3) Ley 20, tít. 4. lib. 5.°. Fuero Juzgo.

Procuradores de tribunales. Véase *Empleados*.

Reyes. No podian enajenar á estranjeros jurisdiccion, territorio, ni nada del dominio de la Corona, ni hoy pueden ni aun á los naturales. Véase *Estranjeros*.

Ropavejeros. No podian comprar en almonedas (1), ni vender las ropas, ni piezas compradas, sin tenerlas diez dias al público (2). Hoy con la libertad del tráfico ha desaparecido esta prohibicion; y de intervenir fraude, se juzga por el Código penal.

Siervos. No siendo traficantes con licencia de su señor, no podrán vender alhajas ó cosas domésticas (3). Véase *Criados, Ladron, Plateros*.

Solariegos. No podian vender la heredad, sino con restricciones, hoy desusadas. Véase *Behetría*, y las leyes 7.ª, tít. 1.°, lib. 4.° Fuero Viejo: 3, tít. 25, Part. 3.ª: 13, título 33, Ordenamiento de Alcalá: 20, tít. 4.°, libro 5.°, Fuero Juzgo: y 2.ª, tít. 10, lib. 6.°, Novísima Recopilacion.

Testamentarios. Véase *Administradores*.

Tutores. Véase *Guardadores*.

PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL.

«Art. 1379. Pueden celebrar el contrato de compra y venta todas las personas á quienes la ley permite obligarse, salvas las modificaciones contenidas en los artículos siguientes:

»Art. 1380. El marido y la mujer no pueden venderse recíprocamente bienes, sino cuando hubiese separacion judicial de estos, con arreglo al capítulo 5.°, título 6.° de este libro.

»Art. 1381. Se prohibe adquirir por compra, aunque sea en subasta pública y judicial, por sí, ni por interpuesta persona:

1.° Al *tutor* y al *curador*, los bienes de la persona que tenga en guarda.

(1) Ley 4.ª, tít. 12, lib. 10, Nov. Recop.
(2) Ley 3.°, id. id.
(3) Leyes 16, tít. 1.°, lib. 10, Nov. Recopilacion: 14, tít. 4.°, lib 5.°, Fuero Juzgo: 9, título 10, lib. 3.°, Fuero Real.

2.° A los *mandatarios*, los bienes, cuya administracion ó venta se les hubiese encargado.

3.° A los *albaceas*, los bienes confiados á su cargo.

4.° A los *empleados* públicos, los bienes del Estado, de los pueblos, ó establecimientos públicos, de cuya administracion ó venta estuvieren encargados.

Esta disposicion es aplicable á los *asesores* y *peritos*, que de cualquier modo, intervengan en la venta.

5.° A los *magistrados, jueces, individuos del ministerio fiscal, secretarios* de los tribunales y juzgados, y *oficiales de justicia*, los bienes y derechos que estuviesen en litigio ante el tribunal en cuyo territorio ejercieren su respectivo ministerio ó cargo, estendiéndose esta prohibicion al acto de adquirir por cesion.

Se esceptúa de esta regla el caso, en que se trate de acciones hereditarias entre coherederos, ó de cesion en pago de créditos, ó de garantía de los bienes que ellos poseen.

La prohibicion, de que se trata en este número, comprende á los *abogados* y *procuradores*, en cuanto á los bienes y derechos, que sean objeto de un litigio, en que intervengan por su profesion.»

LEGISLACION ESTRANJERA.

Derecho romano. Entre el padre y el hijo no puede haber venta, sino de bienes castrenses (1).

Los *tutores, curadores*, y *gestores de negocios* ajenos, no pueden comprar las cosas que administran (2).

Así como el tutor no puede comprar los bienes del menor, tampoco su mujer (3).

Códigos estranjeros. *Francia.* No puede haber contrato de venta entre marido y mujer, salvo para mútuo pago.

No pueden constituirse adjudicatarios en los bienes que administran ó defienden, pena de nulidad, daños y perjuicios, y ni directa, ni indirectamente, los *tutores, mandatarios, administradores* de bienes públicos, *jueces, suplentes, magistrados, fiscales, grefieres, hugieres, procuradores, abogados, notarios.* (Arts. 1595, 1596 y 1597.)

Cerdeña. Tampoco se dá contrato de compra-venta entre marido y mujer, sino para mútua indemnizacion, en division de bienes hereditarios, y en casos de hipoteca, ó garantía de algunos bienes.

No pueden comprar los que defienden el *abogado*, ni el *procurador*. (Arts. 1601, 1602 y 1603.)

Dos Sicilias. Como el Código francés. (Arts. 1439 á 1445.)

Haiti. Como el francés. (Arts. 1567 á 1582.)

Holanda. Como el francés; pero el *tutor* puede comprar en subasta los bienes del menor, y el Rey puede autorizar á los *administradores* á comprar los bienes administrados. (Arts. 1503, 1504 y 1505.)

Luisiana. Como el francés, solo que no habla de los *tutores, mandatarios*, ni *administradores*. (Arts. 1420, 1421 y 1422.)

Prusia. El *administrador* no puede comprar las cosas administradas, ni sus frutos, ni aun con espreso consentimiento del propietario. (Tít. 10, parte 1.ª, núm. 20.)

Canton de Vaud. Como el francés, salvo que en ningun caso se dá contrato de venta entre marido y mujer. (Arts. 1124, 1125, 1126 y 1127.)

Véanse los artículos citados de los códigos respectivos en la *parte legislativa* del presente artículo.

SECCION V.

DEL CONSENTIMIENTO Y DE LA PERFECCION DEL CONTRATO.

Hemos establecido ya el orígen *etimológico* é *histórico* del contrato de venta. (Introduccion al artículo y seccion I.)

(1) Ley 2.ª, tít. 1.°, lib. 18 del Digesto.
(2) Ley 34, id., id., id.
(3) Ley 5.ª, tít. 2.°, lib. 18 del Código.

Hemos fijado su naturaleza *legal* y *jurídica* (seccion II); derivando de la circunstancia de ser *consensual*, el ser *bilateral*; pues tratándose de *convencion*, nadie hace convencion consigo mismo: el ser *sinalagmático*, ó recíproco, en las obligaciones y derechos correlativos; pues la ley no puede autorizar sino una convencion justa, y no una estipulacion leonina; correspondiendo el desenvolver la *reciprocidad* á esta y las sucesivas secciones. Derívase del mismo principio el ser el contrato *conmutativo*, ó en que cada uno de los contrayentes se propone adquirir en utilidad tanto como trasmite, lo cual desenvolvemos al tratar del precio: y derívase, asimismo, que si se trata de una convencion legítima, y además especial, los contrayentes han de tener, no solo capacidad legal para contratar en gegeneral y obligarse; sino especial tambien para comprar y vender.

Hemos reseñado las formas legales y diversas de realizarse la compra-venta, ya como *convencion*, ya como acto *administrativo*, ó *judicial* (seccion III), lo cual aun habrá de ampliarse, al tratar de las condiciones, *retro-venta* y otros pactos (secciones XI y XII); de las convenciones de naturaleza dudosa de venta (seccion XVII), y de la promesa de vender, de no vender, ó de no vender sino en cierta forma (seccion XVIII).

Hemos espuesto, por último, quiénes pueden vender y comprar (sec. IV): y todo así ya, en el caso de formalizarse un contrato de venta por los que tienen capacidad legal para hacerlo, corresponde el tratar de los constitutivos esenciales del contrato, á saber: *cosa*, *precio* y *consentimiento*: de éste, con sus efectos, en la presente seccion; de aquellos en sus secciones respectivas.

§ 1.° *Del consentimiento.*

Empezamos por él, como, sin género de duda, preeminente entre los constitutivos del contrato. Los autores empiezan por el de *cosa*, por una razon de aparente *precedencia* en el tiempo, que confunde la filosofía real de los elementos del contrato.

Ciertamente, si se atiende á que en el de compra-venta el consentimiento ha de recaer sobre la *cosa* y sobre el *precio*; éste y aquella son en el contrato antes que el *consentimiento*; lo cual, sin embargo, no es así. Antes de haber de consentir en la cosa y en el precio, hay que consentir en el *contrato*, como en breve verémos: antes, que se realiza ó ha de realizar *compra-venta*, y no otra convencion. La cosa misma y el precio, antes del consentimiento, acerca de cada uno, no son sino *materia inmediata de contratacion*, y no pasarán á la categoría ya de cosas *contratadas* ó *convenidas*, sin que para ello *preceda* el respectivo consentimiento.

El *precio* y la *cosa* son, por otra parte, entidades aisladas en el contrato; el consentimiento es, por la inversa, una entidad general, que domina en todo él: circunstancia, que formulada en doctrina, autoriza á decir que el *consentimiento* en la compra-venta es *inicial*, *sucesivo* y *definitivo*. *Inicial*, porque ante todo fija, y ha de fijar tan en forma, que claramente resulte y pueda probarse, que se trata de compra-venta, y no de locacion, donacion paliada ú otro contrato. *Sucesivo*, porque tiene que ir recayendo respectiva y separadamente sobre la *cosa*, con las multiplicadas circunstancias de *especie*, *cantidad*, *calidad*, etc., que le son ó pueden ser anejas y objeto del contrato: sobre el *precio* y sus requisitos en igual forma: sobre pactos y condiciones, si las hubiere. *Definitivo*, por último, sobre el conjunto y sobre términos de ejecucion, ya perentoria, ya diferida, del contrato, segun que el consentimiento sea en esta parte *absoluto* ó *condicionado*.

Sobre todo esto hay aun que, el *consentimiento*, y no ninguno otro de los constitutivos del contrato, es el que dá á este forma ó *perfeccion*, y dále tambien *naturaleza* y *denominacion*: por ello el contrato de compra-venta es *consensual*, y no de otra clase. ¿De qué lado está, pues, en la realidad de las cosas, la razon de *precedencia* en el tiempo? Sin confundir la filosofía y accion de los elementos constitutivos del contrato, ¿cómo no reconocer, ni cómo postergar entre ellos la *preeminencia*, y *precedencia* del *consentimiento*?

Queda espuesta, y parécenos que justificada, la razon de nuestro método. No negamos la apariencia lógica, ni menos la autoridad del método opuesto de los autores; pero la razon y la filosofía están siempre donde están la precision y la verdad.

Dirémos ahora que el *consentimiento* recíproco, *la conformidad de las partes, legalmente espresadas, sobre todos y cada uno de los pormenores del contrato*, ha de recaer sobre la *clase de este*, sobre la *cosa*, sobre el *precio*, sobre la *ejecucion* ó cumplimiento del contrato, sobre los *pactos y condiciones*, que en su caso son inherentes á cada uno de los objetos antedichos. Y pues que hablamos del consentimiento sobre los pormenores del contrato, es visto que aquí tratamos solo de la *venta convencional*; dejando para despues el hacerlo de la *venta oficial*, ó sea *judicial*, ó *administrativa*, al tenor de lo que dejamos espuesto en la seccion 3.ª

Consentimiento sobre la clase del contrato. Como las acciones que nacen de una convencion, son análogas á la naturaleza de ésta: como las leyes no favorecen al dolo; y como para cometer éste impunemente, se palía, y se adoptan con estudiado artificio las formas legales de un contrato, de aquí el que haya de ser cierta y sostenible en juicio la clase de éste: y debe ser conocida y convenida desde el principio, porque así solo puede resultar al fin la legal y necesaria conformidad acerca de todos y cada uno de los pormenores del contrato.

A esta conformidad ó consentimiento mútuo sobre la clase de convencion que se ha de realizar, es el que hemos llamado, como lo es en realidad, *consentimiento inicial*. No entendemos por eso que haya de mediar precisamente en este punto una convencion ó estipulacion espresa y formal. Basta la tácita, pero demostrable conformidad: hasta que se desprenda necesaria, ó naturalmente, de las palabras con que se inicia el contrato. ¿Quieres *venderme* tu casa? ¿En cuánto me *vendes* tu caballo alazan, tu quinta, tu palacio? Aquí, sin estipulacion espresa, y sin mas que una respuesta afirmativa análoga, el concepto es evidente: el contrato de *venta* está *iniciado* y hay acerca de ello *consentimiento;* antes que de nada.

Si en vista de este ejemplo, y á propósito de la insinuada cuestion de método y análisis del contrato, se pretendiese aun que de los tres constitutivos del mismo *precede* el de *cosa*, y es visto empezarse por él, la equivocacion es evidente. Nada precede á la palabra *vender*, la cual sola encierra y determina la clase del contrato. La *casa*, el *caballo*, el *palacio* pueden ser pedidos en *venta*, en *permuta*, en *arriendo*, etc.: si no precede y queda entendido ante todo el concepto en que se piden, es imposible que la estipulacion proceda con mútua inteligencia y conformidad. Otras veces la iniciativa del contrato es indefinida: ¿quieres *vender* trigo, vino, aceite, uno de tus caballos? Lo único que aquí es ya cierto es que se trata de *compra-venta*: la *cosa* es aun *incierta*, ó no determinada en concreto. Se menciona el género; pero lo que en su caso ha de *ajustarse* es la *especie* ó el *individuo*, despues de vistos, pues no se trata de cualquier trigo, cualquier aceite, ó cualquier vino; sino del que acomode, visto ó gustado, segun el caso y la especie. El dueño responde afirmativamente, y adquiere el concepto de *vendedor*: se reconocen los géneros pedidos, y no acomoda la *especie*: no llega á haber cosa *ajustable* ni *ajustada*; pero es indudable que se trató de *compra-venta*: que hubo conformidad, *consentimiento inicial*, en revestir, uno el concepto de *comprador*, y otro el de *vendedor*; en realizar dicho contrato, y no otro.

Claro es que el consentimiento *inicial* no es mas que lo que esprese, y que es menester que el *sucesivo* y el *definitivo* correspondan, para que resulte el contrato *perfecto* y sostenible. Si la iniciativa y los trámites no fueren sino simulados, resultará una estipulacion sostenible, ó insostenible, punible tal vez; pero no un contrato de *venta*, que es de lo que tratamos. Los autores llevan en este punto el rigor de los principios hasta el estremo. Uno cede una cosa en mil reales, entendiendo que es en *venta*: el otro se conforma con la cantidad, suponiendo que es en arriendo: no hay ni *arriendo* ni *venta*. En

vano se dirá que el que daba mil en arriendo, mejor los dará en venta: no se ha tratado de eso. La obligacion, las acciones compulsivas en los contratos *consensuales* han de nacer del mútuo consentimiento, y está visto que no lo hay, ni podrá haberlo, procediendo cada uno en diverso propósito. Nadie sabe por qué puede convenir á uno *arrendar*, mas bien que *comprar*; y no hay ley ni razon para hacerle, tratándose de un caso convencional, comprador á la fuerza (1).

Aun sin intencion puede resultar duda, ú oscuridad, no solo sobre la naturaleza del contrato, sino aun de si se trata realmente de celebrar el que se anuncia. Los autores debaten la cuestion de si habria compra venta, diciendo uno, *yo quiero vender tal cosa en tal cantidad*; y respondiendo otro, *yo quiero comprarla en ese precio*: *yo quiero dar por ella esa cantidad*: *yo quiero pagarla en lo que se vende*. Unos autores sostienen que hay *venta*; otros *que no*. Desde luego no es posible reconocer en el caso la formalidad debida. El lenguaje comun, como el técnico, tienen sus formas usuales, ciertas, de valor entendido para todos; y el apartarse de ellas, para lanzarse á fórmulas rebuscadas y notoriamente afectadas, parece mas bien un pasatiempo, una conversacion, que no un contrato, que debe ser sério y solemne. Por otra parte *quiero vender*, no es realmente una fórmula de todo punto absoluta y perentoria en cuanto al *tiempo*, y respecto de *personas*.

Por no dirigirse á nadie, se dirige á todos; pero no puede sostenerse que á *todos y á cada uno*. Puede ser el que conteste un tramposo habitual, un fallido, un acreedor insolvente del mismo dueño, un detractor suyo y de su familia, un rematado, ó pregonado por los tribunales, un mendigo, un intervenido en sus bienes, etc.; y en estos casos á lo menos la enunciativa *quiero vender*, admite sin violencia la ampliacion y aplicacion sobre la respuesta, *quiero vender*; *pero no en este momento precisamente*: *quiero vender*; *pero no á ti*. Es lo que haria todo vendedor prudente; y nace de ello por tanto una razon moral incontestable. ¿Qué tribunal será el que en tal hipótesis deseche la restriccion, y condene al dueño?

Y aun sin esa segunda enunciativa del mismo, ¿qué tribunal puede ver un contrato perfecto entre personas, que no se han entendido realmente una con otra, pues las dos enunciaciones parecen mas bien lanzadas al aire, que en concreto de persona á persona? ¿Cómo, si el supuesto aceptante en el caso antedicho se hallase confundido con otros, puede moral y racionalmente suponerse que el vendedor, á sabiendas, se dirigiese á él; ni estando solo, que quiere entablar con él un contrato formal? Lo que nos estraña es que autores de recto criterio, como Pothier, en las dos solas enunciaciones, sin distincion de casos, sin exigir ningun otro indicante de mútua inteligencia, y pleno consentimiento de una y otra parte, vean un contrato sério, y exequible. En cuanto á nosotros, tenemos por mas seguro en todo evento, mas conforme á la seriedad del derecho y al modo ordinario de conducirse los hombres, que si no precedió, ni subsiguió á las dos espresadas enunciaciones ninguna otra manifestacion, signo, ó motivo de conviccion y reciproca inteligencia, algo, en fin, parecido al bien entendido *buen provecho* del vulgo, no hay contrato sostenible. La obscuridad, lo inadecuado ó perplejo de las formas debe perjudicar á los que las emplean, en convenciones, sobre todo, que las tienen claras, y conocidas, y hasta técnicas, en vez de poner en tortura la conciencia del juzgador, y en riesgo voluntario la verdad y la justicia.

Consentimiento sobre la cosa. Hemos dicho que el *consentimiento* no es en el contrato una entidad aislada, *individual*, como la *cosa*, el *precio* y cualquier *condicion* ó *pacto*; sino que es una entidad *dividua*, una cualidad trascendental, que abarca todo el contrato, todas las partes y pormenores de este, aunque con distintos tiempos; y que es, por tanto, como lo hemos indicado, *inicial*, *sucesivo* y *definitivo*: lo cual se vé bien pasando sucesivamente, como se verifica de la *clase del contrato* á la *cosa*, de ésta al *precio*, de

(1) Pothier, antes citado.

cada uno de ellos á sus respectivas condiciones ó pactos, etc.

Por lo demás, la *cosa* ha de ser *cierta* y *demostrable*, en el sentido en que la filosofía enseña *que es idea clara* la que presenta *todos los datos ó requisitos necesarios para conocerla y distinguirla de cualquiera otra*; y el consentimiento recíproco acerca de ella ha de ser tal, que sea jurídicamente demostrable que, *lo que el uno vendió es precisamente lo que el otro quería y entendía comprar*, ó *vice-versa*. Así, si uno compra como oro, y se le ofrece y ajusta como tal, lo que luego resulta otro metal ó aligacion, no hay consentimiento recíproco en la *cosa*, no hay contrato, pues que la *cosa* es uno de sus constitutivos esenciales. El resultado es el mismo, ya provenga de error disculpable en el vendedor, ya de dolo. Y siempre la responsabilidad, los daños y perjuicios son en este caso á cargo del vendedor, porque el que vende debe saber lo que vende.

Otra cosa será si la venta es en este punto hipotética en cuanto á la clase y calidad de la cosa. El riesgo es comun, como supuesto y calculado por una y otra parte: y hay contrato, pues así es cierto y demostrable que el *uno vende lo mismo que el otro quería y entendía comprar*: *le vendo esta caja, que tengo por de oro; pero no respondo de que lo sea*: *yo la compro en ese concepto, y todo lo hará el precio*, etc.

Hemos indicado mas de una vez que la filología de las leyes romanas, sobre todo la del Digesto, es científicamente incorrecta, produciendo fácilmente oscuridad y aun error, como sucede en la presente cuestion con las voces *cuerpo*, *sustancia*, *materia*, así como es corriente, aunque no filosófico, tomar la *especie* por el *individuo*. El resultado necesario es, repetimos, en la práctica, la oscuridad, ó el error, de lo cual presenta ejemplo la ley 9, tít. 1, lib. 18 del Digesto, y aun la 10, que son en la presente cuestion el fundamento de la doctrina de los tratadistas. Segun dicha ley 9, nada importa el error en el nombre, como haya conformidad sobre el *cuerpo*: *nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat*. Lo propio establece la ley 4 del Código, tít. *De testam.*: lo propio el derecho Canónico, y es en fin doctrina comun. Y véase ahora la aplicacion. «Si no se yerra *en cuanto al cuerpo mismo*; sino en cuanto *á la sustancia*, como, por ejemplo, si vende *vinagre por vino*, *bronce* por *oro*, *plomo* por *plata*..., *hay compra-venta*, segun Marcello, lib. 6.°, *Digestorum*, porque *hay consentimiento en cuanto al cuerpo*, aun cuando se haya errado en *la materia*.» (Dicha ley 9.ª) ¡Consentimiento y contrato en este caso! Si se pidió un *cuerpo metálico*, sin mas espresion, lo cual no es verosímil, aunque sí posible, será así. En el modo ordinario de comprar, y en el supuesto caso, ésta sería una escepcion, y no el principio y regla comun, como se propone. Pero si se pidió metal determinado, como así fué; si se pidió, segun espresa la ley, *oro* y *plata*, y se dió bronce y plomo, ¿dónde está el consentimiento *en el cuerpo*? Ulpiano, en la misma ley, advierte el error y lo corrije, y dice con mejor fundamento: «si no es que el vino *se agrió*; sino que era *vinagre* desde el principio, *es visto venderse en este caso una cosa por otra*: en el caso de los metales opino que *no hay venta, pues se ha errado en la materia*.» *Si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit*, aliud pro alio venisse videtur: in cæteris autem *nullam esse venditionem puto, quoties in materia erratur*.» La ley consigna las dos opiniones opuestas, y no decide entre ellas.

Pero aparta el equívoco, á que se prestan las voces *cuerpo*, *sustancia*, *materia*, pasándolas del órden *físico* al órden legal: y sabiendo, como se sabe, lo que son *cuerpo* y *materia* en el órden físico, y *sustancia* en el órden *físico* y en el *metafísico* ¿qué es *cuerpo* en la cuestion presente? Si la compra es de cosas materiales, es el *género*, la *especie*, ó la *individualidad* material que se pide, segun los términos del contrato: si se trata de cosas inmateriales, no puede entenderse por *cuerpo*, en aplicacion del relacionado principio, *nihil facit error nominis, cum de corpore constat*; sino el derecho, el crédito, el patronato, la prerogativa, etc., que es objeto del contrato. Así solo es posible, y se entiende que dicho principio se aplique y pueda apli-

carse con valor entendido, no solo á la compra-venta, sino en su caso á todo género de transacciones, á los actos *mortis causa*, como por ejemplo en los legados; y aun en lo canónico, al *error* como causa dirimente del matrimonio, etc. Por *cuerpo*, pues, en todos estos casos ha de entenderse la *cosa* ú *objeto* que se vende, ó de que se trata, sea ó no material, orgáoica, ó inorgánica, animada ó inanimada. ¿Se pide *metal*, sin mas espresion? El pedido es de *género*: cualquier *metal* es *la cosa* ú *objeto* del contrato, y es por tanto y á un tiempo el *cuerpo*, la *sustancia* y la *materia* pedidas. ¿Se pide *plata*, sin mas aditamento ni espresion? El pedido es de *especie*. *Plata*, y solo plata, es la *cosa* ú *objeto* del contrato; y ella es tambien el *cuerpo*, la *sustancia* y la *materia* del contrato. ¿Se pide, sin mas espresion tambien, la plata, que tienes sobre tu mano, sobre tu mesa, sobre tu mostrador, *esta*, *esa*, *aquella* plata? El pedido es de individualidad, ó singular; y esa individualidad, esa plata *determinada* y *circunscrita*, por tanto, es el *cuerpo* del contrato, y es al mismo tiempo la *sustancia* y la *materia contratada*. En todo lo cual se vé con evidencia cuan equívoca es la filología de la ley 9, citada, como lo es la de otras. No hay, pues, seguridad, no hay principio que en el particular merezca ese nombre, no hay verdad legal, concretándonos ahora á la compra-venta, sino diciendo, que *cuerpo* en ella es *la cosa que se pide*, y *del modo que se pide, es lo es, género, especie, individuo: es la cantidad y cualidad material ó inmaterial; actual ó potencial*, ó en *esperanza*, etc.

Aplicando el principio, tendrémos los cánones ó reglas fundamentales siguientes:

1.ª Si genérica, ó específicamente se pide una cosa en venta; ú ofrecida, se acepta, como objeto del contrato, sin mas espresion ni condicion; por ejemplo, *un cafz de trigo*, bastará que este reuna las circunstancias ó cualidades ordinarias de la especie: lo que se llama trigo *de recibo*, de lo que *se dá* y *recibe* en el comercio; de *dar* y *tomar*, ó de recibir, segun la espresion del vulgo.

2.ª Si se espresan y exigen *cualidades*, aun que sean *accidentales*, estas forman tambien el *cuerpo* del contrato: por ejemplo, trigo *de un año*, *de dos*, de noventa libras de peso fanega, *lustroso*, no *acanalado*, etc.

3.ª No obstante el principio general sobre el error de nombre, cuando el *nombre* se estipuló como indispensable, el error acerca de él impide el mútuo consentimiento, y por consiguiente el contrato. Por ejemplo: no conozco tus caballerizas, pero tienes un caballo que se llama Ciro: ¿me lo vendes? *Ha de ser ese y no otro*. Luego le venden otro, suplantado el nombre: no hay contrato. La razon es por que las condiciones, como los pactos, dan ley á los contratos; y aquí, en virtud de la propuesta *sine qua non*, el nombre importa el *individuo*, *el cuerpo* del contrato: el caballo vendido fué realmente otro que el que se pidió.

Parécenos erróneo, por tanto, el modo con que autores, por otra parte respetables, aplican y esplican la teoría romana. «Si el error fuese únicamente en *calidad accidental* de la cosa, como si se vendiese por *buena* una tela *mala*, este error no impide el consentimiento, y por consiguiente habrá contrato. Menos todavía impide el consentimiento la equivocacion en el nombre (1).» Esta doctrina no es cierta, sino cuando no se haya estipulado como circunstancia necesaria la *cualidad* ó *el nombre*, segun queda dicho: además de que no es sostenible como regla absoluta.

Además, en el primer caso se dice que se vendió por *buena* una tela *mala*. La enunciacion *buena*, pudo ser solo una jactancia del vendedor; ó por el contrario una condicion, ó exigencia necesaria del comprador. En este caso, si se le dá una tela mala, y mas á sabiendas, son cosas diversas *lo que se compra y lo que se vende*, y no hay contrato segun la ley 9. Mas aún: si, como parece, se estipuló una tela buena, y sino *plata* de ley; y á sabiendas se dá una tela *mala*, ó plata no de ley, hasta hay dolo. Apóyase el citado autor en la ley 10 del Digesto. «*Si aurum quidém fuerit* (lo comprado), *deterius autem*,

(1) Pothier, *De la compra-venta*, núm. 35, §. 2, art. 3, secc. 2.ª

quam auctor existimaret..... emptio valet. Aquí no resulta que se estipulara *la ley del oro*; sino que esta era de *ley inferior*, que la que creyó el comprador, lo cual no es lo mismo.

Consentimiento sobre el precio. Cuanto hemos dicho respecto del consentimiento respecto á la *cosa*, es proporcionalmente aplicable al *precio*. La cantidad, las especies en que ha de consistir, los plazos en su caso, el lugar del pago, cuantas circunstancias, pactos y condiciones crean necesarias las partes en este punto, todo forma el elemento constitutivo *precio*, bajo el punto de vista del consentimiento relativo al mismo. Cuando los contrayentes se hallen de acuerdo sobre las *cantidades* y demás pormenores espresados, hay *consentimiento* en cuanto al *precio*. De las circunstancia de este, ó que han de ser objeto del consentimiento, acerca del mismo, hablamos mas adelante.

Pactos y condiciones. Pueden unos y otras afectar á la *cosa*, al *precio*, á la *perfeccion* del contrato, á su *consumacion*, etc. Respecto de todo y cada uno ha de recaer la conformidad de los contrayentes, si han de ser parte del contrato. Sobre su naturaleza y efectos, tambien tratamos mas adelante.

Consentimiento definitivo. No basta haber convenido parcialmente en cada uno de los pormenores del contrato, segun queda dicho. Todavía al abarcarlos todos, al declarar *cerrado* el trato, cuando á eso se llega, puede modificarse, y aun sustituirse algo de lo parcialmente consentido. Cuando, recorrido todo y abarcado el conjunto, se declara el trato *cerrado*, ese es el consentimiento *definitivo*: esa es, en su caso, la *perfeccion* del contrato. Es, por tanto, el consentimiento definitivo como la confirmacion del que sucesiva y parcialmente se ha venido dando á cada uno de los objetos, parciales tambien, condiciones y pactos del contrato. No es necesario que para este consentimiento definitivo, que *cierra* el contrato, haya una declaracion espresa; basta la tácita, que consistirá en no alterar nada de cuanto parcial y sucesivamente se ha convenido. A veces se pacta que las partes no podrán retroceder, y no puede darse señal mas cierta de *perfeccion*.

No hay que decir que en la compra-venta el consentimiento, ya parcial y sucesivo, ya definitivo, ha de ser, como en las demás transacciones sociales, *libre de miedo, de fuerza mayor, de dolo*, que dé ocasion al contrato, segun estas circunstancias se esponen en sus respectivos artículos y lugares.

De lo dicho se deja entender, que, pues venimos hablando del consentimiento en un contrato entre partes, tratamos de la compra-venta *convencional*. Como y cuando recaiga el consentimiento en la *venta oficial*, ora judicial, ora administrativa, lo indicamos en el párrafo subsiguiente.

§. 2.° *De la perfeccion del contrato*

Perfeccion y *perfecto* espresan aquí negociacion ó convencion *acabada, cerrada, concluida*. Vienen, como es sabido, y decimos en su lugar, de *perficio* (*perfeci, perfectum*) *hacer una cosa acabadamente*, ó sin que nada le falte para lo que deba ser; y de ahí la sinonimia en este punto, de ser *perfecto* el contrato *acabado, cerrado, concluido*; y cerrado, concluido, acabado el contrato *perfecto*.

Pero *perfeccion* y *perfecto*, en la compra-venta y otras convenciones, son voces técnicas, de valor entendido, y no absoluto, sobre todo en la compra-venta; sino relativo. No espresan que ya nada falta á la compra-venta, tomada en toda su estension y efectos; que nada haya que hacer ya para que queden satisfechos todos los fines del que vende y del que compra; sino meramente que la negociacion ha llegado á un punto, en que hay obligacion recíproca, irrevocable, salvo por mútuo disenso, de la cual nacen acciones para realizar, aun jurídicamente, todos los fines del vendedor y comprador, ó la subsidiaria responsabilidad.

Por eso, segun la doctrina de algunos autores, la *perfeccion* en la compra-venta tiene dos acepciones: una genérica, ya parcial, ya absoluta; y otra específica, técnica y restricta. Dicen, en su consecuencia, que el contrato de venta puede decirse *perfecto*; 1.°, por razon de su *existencia*, y en cuanto ya nada le falta para decirse *cerrado, acaba-*

do; cuando ya hay contrato y obligaciones recíprocas: 2.°, por razon de la *sustancia*, que es cuando se ha practicado cuanto es *sustancial* y de *forma* al contrato: 3.°, en cuanto á su *ejecucion*, pues una es esta en el contrato *absoluto*, ó contraido sin condicion; y otra en el *condicional*; y 4.°, en cuanto á lo que llamamos su *consumacion* (1).

Ciertamente que la verdadera *perfeccion* de la compra-venta está en todo lo dicho, y sobre todo en el caso 4.° El fin capital de los contrayentes es hacerse uno con la *cosa* que compra, y el otro con el *precio*. Esta es la mira, digámoslo asi, terminativa; á cuya realizacion no siempre se llega.

Nadie se propone, como fin principal, únicamente tener *una accion para litigar*, que es lo que dá el contrato, solo técnicamente *perfecto*. Y ¿cuántas veces, despues de litigios y gastos no se llega á la *consumacion*? Si al principio de la convencion se tuviera seguridad de que el contrato no habia de tener mas efecto que un litigio, no se pensaria en celebrarlo.

Todo esto es verdad; pero tambien lo es que la ley, por fines que se comprenden, vá por otro camino; y que, en virtud de sus prescripciones, y como hemos dicho ya, las voces *perfeccion* y *perfecto* son aquí técnicas, tienen una significacion estricta y parcial, y un valor entendido: espresan que sobre la adquisicion de la cosa ajustada y percibo del precio convenido hay ya una convencion *formal* y *concluida* en su clase, que admite compulsion, y dá acciones recíprocas para llegar jurídicamente á ella.

Y ¿cuándo se dá este momento? La *perfeccion* del contrato ¿tiene fórmulas legales estrictas, ó son sino convencionales? Son uno y otro, segun los casos, y segun las legislaciones.

Hasta las leyes fiscales hipotecarias, la cuestion no ofrecia ninguna dificultad. Despues de dichas leyes, alguna vez se ofrecen dificultades, mas ó menos fundadas. Y sin embargo, esplicadas estas leyes por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, la solucion es fácil, absoluta y segura: todas las fórmulas son convencionales, con tal que espresen la *conformidad* de las partes. Pero la conformidad y las fórmulas convencionales son un hecho, y como tal susceptible de prueba, y la cuestion, por tanto, es de tribunales. De cualquier modo legal que se pruebe la conformidad ó consentimiento definitivo de las partes, sobre todo, el que constituye el contrato, quede probada la *perfeccion*. Siempre la *perfeccion* se realiza en el momento en que se prueba haber recaido el consentimiento mútuo y definitivo: en los contratos *simples* ó absolutos, desde ese momento: en los condicionados, desde que se realiza la condicion *suspensiva*, pues que si fuese rescisoria, queda sin efecto positivo la convencion. ¿Es condicion suspensiva el otorgamiento de escritura? ¿el pesar, medir, gustar la cosa ajustada, etc.? Pues en realizándose lo pactado se perfecciona el contrato.

Vamos haciéndolo pender todo del consentimiento, y es porque, segun la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, y á pesar de las prescripciones de las leyes hipotecarias, el contrato de compra-venta conserva entre nosotros su naturaleza de *consensual*, y solo con el consentimiento se *perfecciona*; salvo estipulacion en contrario, como si al tenor de la ley de Partida se estipula que no se perfeccione el contrato, sino mediando otorgamiento de escritura pública. No mediando esa estipulacion, la escritura pública es solo *consecuencia* y formalidad subsiguiente del contrato *perfecto*; pero no condicion esencial, ni suspensiva.

Hemos dicho que en los contratos condicionados la realizacion de la condicion *suspensiva* determina la *perfeccion* del contrato, lo cual ha de entenderse, si es suspensiva de la *perfeccion*, y no de otra circunstancia, como por ejemplo, de la entrega de la cosa, del pago, etc.

En los contratos verbales, ó que se realizan sin escrito, é *inter presentes*, la práctica, y aun el uso local, tiene autorizadas ciertas

(1) Matienzo, á la ley 7.ª, tit. 11, lib. 5.°, Recopilacion, glos. 6.ª, n. 11.

fórmulas y enunciaciones, que revelan la conclusion, ó perfeccion del contrato: como, *queda por mia*: *la viña, caballo, etc. es tuyo*: *buen provecho me haga*: *que te haga buen provecho*, y otras al modo, las cuales en el criterio judicial tienen y deben tener mas valor que cualquiera otra locucion no usual.

En las ventas *per nuncium*, por *apoderado*, *comisionado*; *etc.*, sus poderes ó credencia son la medida de sus facultades, y de si en un todo sustituyen al poderdante.

Mas dificultad ofrecen las ventas *per epistolam*, ó celebradas por medio de cartas. Parece preciso decir que el contrato se perfecciona en el momento *en que coinciden las voluntades*: en que una voluntad responde á la otra por algun hecho que así lo acredite. Así, por ejemplo, uno escribe de Madrid á un comerciante de Valencia, diciéndole necesitar cierta cantidad de determinado género: que el precio á que lo puede pagar es á tanto: y que si le acomoda, espera que sin dilacion lo remita á su consignacion. El comerciante requerido hace cargar los géneros en el acto: ó mas ó menos pronto le contesta al pedidor que está conforme. El momento de la perfeccion es sin duda, en el primer caso la primer órden que dá, ó hecho que practicó para el envale y envío de los géneros, no revocado, ó hecho dudoso en nada: en el segundo, el acto de poner la carta en el buzon, que es cuando no pende ya de su voluntad el que llegue á manos del pedidor. Otra cosa será, si de parte de éste ha habido carta revocatoria, que fué recibida antes del primer paso, no revocado, ó no revocable, de conformidad ó de ejecucion; pues entonces falta una de las voluntades, no hay peticion, y no hay contrato: el acto del remitente es arbitrario, y es todo á su riesgo.

En la *licitacion voluntaria*, si no se ha establecido de antemano algun signo ó circunstancia de terminacion de las pujas, se estará á las reglas antes indicadas para la compra-venta comun: en otro caso la regla será el signo ó circunstancia establecidos, como por ejemplo: el tañido de una campanilla, tal hora, señalada por la mano del reloj, ó dada por la campana: la estincion natural de una candela, un golpe de campana, ó de *martillo*, como en las almonedas que, hoy llevan este último nombre, etc.

Lo propio ha de decirse en la licitacion *oficial*, ora *judicial*, hora *administrativa*, en las que, sobre los signos de conclusion, ó perfeccion indicados, suele emplearse con frecuencia la tercera voz de *buen provecho*, dada por el *pregonero*, ó persona para ello nombrada; y ora el acto oficial no teoga mas que un trance, ora tenga dos, como cuando estuvo en uso la *cuarta puja* en ventas de menores y comunes.

No es necesario notar que en estas ventas oficiales, cualquiera que sea su forma, el juez, ó autoridad administrativa representan al vendedor, como que, no concurriendo este, como en la espropiacion forzosa y otras ventas oficiales, mal puede consentir personalmente.

En la *compra forzosa*, por una razon análoga, la autoridad representaba al vendedor y al comprador, pues que no hay mas consentimiento que el suyo, y su autoridad para todo.

En las ventas *administrativas*, por último, y en las celebradas por administrador, ó apoderado, es comun el que las mismas dependan de aprobacion superior, en cuyo caso no pueden considerarse *perfectas*, hasta que esta aprobacion recae. Es menester que en las primeras esté así mandado, y que en las segundas se advierta al celebrar el contrato; pues de lo contrario la venta queda perfeccionada por el consentimiento mútuo entre el administrador y el comprador, ó bien en su caso al realizarse la circunstancia, ó signo de conclusion, que se hubiere adoptado, ó mandado para la venta pública.

Diremos, en conclusion, que el consentimiento definitivo, que constituye la perfeccion de la venta, ha de ser realmente de *compra-venta*; pues si este fuera tal en la apariencia, siendo otro en su esencia íntima, el contrato, claro es que no hay venta. Así sucede en la celebrada con *testaferreo*, para fraude de acreedores (salvando de ordinario el resultado en contraventa secreta), simulacion de adeudos, etc.: y así tambien en la convencion fraudulenta, y mas bien detesta-

ble espoliacion, llamada **MOHATRA** (véase su artículo), en la que mediando dos ventas materiales, ninguno de los contrayentes ha tenido intencion de vender, ni de comprar sériamente y con verdad legal; sino de aparentar para encubrir, el uno el desarreglo, ó una necesidad abogante, el otro la rapiña. «*Nuda et imaginaria venditio pro non facta est.* (1).»

Es muy posible que se simule una venta por causa inocente; pero lo inofensivo de la causa no destruye la realidad de que ninguna de las partes se propone venta, ni consiente en ella. Por otro lado es una presuncion racional que el que á sabiendas se aparte de la legalidad, es por algo que no es legal, ya que no sea doloso y punible. Es tambien evidente en este caso que ninguna de las partes trata realmente de compra-venta; y lo es por consecuencia que no hay venta en la venta simulada; lo cual es un cánon de legislacion universal. Por nuestro derecho, no ya la venta paliada; sino aun la paliativa meramente de usuras, es nula. (Ley 2.ª, tít. 22, lib. 12, Nov. Rec.: leyes 4.ª y 5.ª, tít. 7.°, lib. 10, id.) Si se simula venta, y lo que hay realmente es donacion, no vale el contrato. (Leyes 36, 37 y 38; tít. 1.°. lib. 18 del Digesto.) Si para ocultar una donacion, se simula venta, no hay venta, aunque podrá haber otro género de obligacion. (Ley 3.ª, tít. 28; lib. 4.° del Código.) Toda venta simulada es nula. (Código de Baviera, art. 6,°, cap. 2.°, lib. 4.°)

Es cánon tambien de legislacion universal que la compra-venta, segun dejamos espuesto y demostrado en la seccion 2.ª y §. 8.° de la 3.ª, se perfeccione por el consentimiento, salvo estipulacion en contrario. En algunas legislaciones, sin embargo, por disposicion de las mismas y aunque no medie pacto para ello, la *perfeccion* del contrato pende de otra circunstancia que el mero consentimiento; ó bien se anula la venta. «Toda venta *verbal* de inmuebles es *nula*.» (Código de la Luisiana, arts. 2415 y 2417.) La venta de raices no se perfecciona sino recayendo aprobacion del contrato por la autoridad, despues de tres publicaciones de la venta. (Código de Suecia, art. 1.°, cap. 4.° *De la propiedad raiz.*) La venta de inmuebles *no se perfecciona* sino por *escritura pública*: hasta tanto no hay entre el comprador y vendedor sino *promesa de venta*. (Código del Canton de Vaud, art. 1313.)

Verificándose al fin la *perfeccion* del contrato, si es, como en general sucede, segun hemos visto, por solo el mútuo consentimiento, su efecto es que desde luego la cosa, con sus ventajas y riesgos, corre de cuenta del comprador, no obstante que no se hayan entregado ni la misma ni el precio. Si se ha estipulado lo contrario, ha de estarse al pacto: si la ley es la que lo dispone, como sucede en algunos países, á la ley. (Leyes 24, 25, 26 y 67, tít. y lib. citado del Dig.: Instituciones de Justiniano, tít. 24, lib. 3.°: Código civil francés, art. 1583: de Holanda, 1496: Luisiana, 2442.)

Por el contrario, el dominio de la cosa no pasa al comprador hasta la entrega, ya real, ya simbólica, por la del acta, ó escritura, ó las llaves, segun otras legislaciones. (Códigos: de Austria, art. 1053: Baden, 1583: Luisiana, 2415: Prusia, 97, 98, y 99, tít. 8.°, Part. 1.ª: Suecia, art. 1.°, cap. 4.°: y Vaud, 1113 y 1156.) Debe notarse que las legislaciones que se separan de la romana, en punto á la perfeccion del contrato, y efectos de ella, relativamente al dominio de la cosa comprada, es en las ventas de inmuebles: en las de bienes muebles se está, en general, como en España, á la legislacion romana, salvo estipulacion en contrario.

El género de dominio, en fin, que pasa por la perfeccion del contrato, al comprador no es aun la propiedad omnímoda, la cual pende de la tradicion ó entrega *real* ó *simbólica*, segun queda dicho; sino un dominio restricto y de efecto limitado. No puede aun reivindicar; pero tiene derecho á pedir la entrega, solventado el prédio: son de su cuenta desde luego las utilidades y perjuicios de la cosa, hasta la entrega: el vendedor no puede legalmente venderla á otro, ni de ningun modo enajenarla, y responde de su custodia, culpa,

(1) Ley 25, tít. 1, lib. 18 del Digesto.

y dolo en conservarla. Todo se encierra en el siguiente principio universal de derecho: *Commodum, atque periculum rei venditæ, et nondum traditæ, ad emptorem, non ad venditorem pertinet.*

§ 3.° *Acciones que nacen del contrato.*

Entre los romanos las dos acciones *directas*, que se llamaban *empti*, ó *ex empto*, y *venditi*, ó *ex vendito*, esto es, de *compra* y de *venta*: esta en favor del *vendedor*, aquella del *comprador*, nacian por la ley, ó sin necesidad de estipulacion, del mútuo y definitivo consentimiento: por lo cual, llegada la convencion á ese punto, se decia *perfecta*, como si se dijera *cerrada, formalizada, acabada*. Se llamaban *directas*, porque nacian á un tiempo y de una misma circunstancia, y no de actos diversos y sucesivos, para el comprador y el vendedor; á la inversa de las acciones *contrarias* y de las *útiles*. En virtud de la accion *empti*, el comprador reclamaba ó podia reclamar judicialmente la *entrega de la cosa*, con frutos y daños, en su caso: por la accion *venditi* pedia en igual forma el vendedor el *pago* del precio y réditos, caso de *mora*. Las acciones directas y de la denominacion del contrato, procedian siempre de los contratos *bilaterales* y de buena fé. Por estas acciones habia derecho á reclamar, no solo lo dicho; sino todo cuanto autoriza á reclamar la *buena fé*, en materia de daños, perjuicios, frutos, etc.; mas no por causa de *dolo*, ó *fraude*, lo cual tenia su accion particular, *ex dolo*; siendo *acumulativas* y no *esclusivas* unas de otras estas acciones.

Entre nosotros la denominacion de las acciones no tiene hoy ninguna importancia; porque, segun el tenor de la ley Recopilada, *si de cualquier modo que se pruebe que un hombre quiso obligarse, resulta obligado*, toda convencion formal produce accion para llevarla á su cumplido efecto. Lleva realmente la denominacion de la convencion ó contrato; pero sin necesidad de denominarla, al deducirla, ni mas que enunciar y probar la convencion. *Pedro me ha vendido tal casa, segun probaré: pido que en su consecuencia se le condene á entregármela, solventado el precio*, etc.

Por lo demás, esta accion, sin fórmula estricta, es recíprocamente igual en su eficacia y efectos á las mencionadas acciones de los romanos. El comprador puede pedir la entrega y cumplimiento omnímodo del contrato al vendedor y sus causa-habientes: pedir daños y perjuicios en caso de mora: frutos *producidos*, si no ha habido *mora* ni *dolo*; pero *producidos* y *debidos producir*, si este ó aquella han mediado: puede sucesivamente pedir de *eviccion* y *saneamiento*, y ejercitar las acciones *quanti minoris* y *redibitorias*: pedir el cumplimiento de todos los pactos accesorios y condiciones; y sostener, por último, su mejor derecho contra un segundo comprador ó adquirente, á quien con dolo haya el vendedor traspasado la *cosa*: para *reivindicar*, sin embargo, es menester que el contrato se haya *consumado*, ó mediado entrega.

El vendedor tiene, á su vez, como ya hemos dicho, la accion mas ámplia y eficaz para reclamar el pago, y en su caso usuras, costas, perjuicios, daños, é impensas, del vendedor y sus causa-habientes.

Si la cosa perece, sin culpa del vendedor, perece para el comprador: si por culpa de aquel, para éste, y tiene que resarcir.

¿Qué le falta, pues, al comprador, para ser dueño omnímodamente, en virtud de la *perfeccion* del contrato? El poder *reivindicar*, ó poder perseguir la cosa contra cualquier poseedor, con quien no haya contratado. Es decir, en términos de doctrina, que tiene *jus ad rem*, ó accion para perseguir la cosa, y demás que á su derecho convenga en sus casos, segun lo primeramente espuesto, contra el vendedor, y sus causa-habientes, en virtud de la *obligacion* del contrato, y por accion *personal*; pero que no tiene *jus in re*, ó accion, no *personal*, sino meramente *real* contra un tercero; por cuanto sin la entrega, no tiene aun la propiedad omnímoda de la cosa, ni se entiende, ó no se entendia, por el estricto derecho, que el dueño ó vendedor le habia *cedido todas sus acciones*, y entre ellas la de reivindicar: doctrina que, aunque no en su fórmu-

la, en sus efectos, se sostiene en nuestro derecho y jurisprudencia. Ni, ¿cómo la pura perfeccion del contrato implicaria, ó llevaria en sí estas acciones en toda su amplitud, cuando puede venderse, y muchas veces se vende, una cosa ajena? ¿Cómo en este caso cederia el vendedor derecho, que no tiene, y menos si intervenia, ó interviene dolo? Véase aún esta materia en la seccion siguiente.

Nada hay que hablar cuando coinciden la *perfeccion* y la *consumacion*, como suele verificarse en la venta de muebles: alguna vez, mediando entrega *simbólica*, por la de las *llaves*, titulacion, etc. al tiempo de la perfeccion: y en los casos, en que el contrato se perfeccione por escritura pública, cuando en esta se consigna, como es frecuente, que ella sirva de *entrega* y *toma de posesion*. Sobre lo ya dicho, aplicable á estos casos, véase *Consumacion del contrato*.

Nos es preciso llamar aqui tambien la atencion sobre las prescripciones y efectos de la nueva Ley hipotecaria. Sin la *toma de razon* ó *anotacion preventiva*, no hay prelacion de derecho real contra un tercero, ó de otro modo, los derechos y ventajas del contrato perfecto por el mero consentimiento, y en su caso por escritura, de que no se toma razon, se limitan al vendedor y sus causa-habientes; y ni aun á estos, ni á aquel, en el último caso, si la prueba del contrato pende esclusivamente de la escritura. Véase, sobre el artículo particular **HIPOTECA**, y el de **REGISTRO PUBLICO** el §. 8.° de la seccion 3.ª del presente.

En cuanto á la naturaleza *consensual* del contrato y *perfeccion* del mismo, á las sentencias del Tribunal Supremo, antes insertos, hay que añadir otras posteriores en el propio sentido, y que pueden verse en los tomos anuales de sentencias.

SECCION VI.

DE LAS COSAS VENDIBLES Y DE LA COSA VENDIDA.

Despues de la conformidad de las partes, espresa ó tácita, sobre la calidad del contrato, pero tan cierta, y demostrable en juicio, como hemos espuesto en la seccion anterior, se sigue el convenio *en la cosa*; de ella en sí misma, en su individualidad, ó especie, cualidades, dependencias, precio, pactos y condiciones en su caso, etc., hasta llegar á la entrega.

Cosa en los contratos es aquello, sobre que versan, y por tanto en la compro-venta lo que, corpóreo ó incorpóreo, actual, ó en esperanza, se trata de que pase, mediante el precio, del vendedor al comprador. *Cosa* entre nosotros, como *res* entre los romanos, son uno de los que en *ontología* se llaman *géneros supremos*: todo lo abarcan: el Universo no es en este sentido sino un conjunto de cosas, y él mismo es una *cosa*.

Pero toda esa universalidad no es, ni puede ser objeto de la contratacion; porque no todo sirve inmediamente á la utilidad del hombre, ni está á su alcance: lo son solo algunas cosas, y entre las que lo son, no lo son todas del mismo modo. Hay, segun los casos, *esclusiones* y *restricciones*, provenientes, ya de la naturaleza, ya de la ley, y relativas, unas veces á las personas, como hemos visto en la seccion 3.ª; otras á las cosas mismas, como esponemos en la presente.

Y desde luego, por la fuerza de las cosas, hay que examinar estas con respecto á la contratacion, bajo dos puntos de vista muy diferentes: 1.°, segun que pueden, ó no, ser objeto de contratacion, y la forma en que, en su caso, pueden serlo; y 2.°, segun el carácter y condiciones, que á las que pueden serlo y llegan á serlo, les imprime el contrato. Lo primero, y contrayéndonos á la compra-venta, constituye la categoría de *cosas vendibles*, ó que pueden, ó no, ser objeto del contrato; y lo segundo, la de *cosas vendidas*: lo cual, con todo lo demás que es relativo á las cosas, hasta la *entrega* de ellas, esponemos en los párrafos subsiguientes.

§. 1.° *De las cosas vendibles.*

Para que una cosa sea legalmente objeto de la venta, es indispensable que sea *vendible*, esto es, que esté *en el comercio de los hombres*, ó lo que es lo mismo, que válida y

legalmente sea *objeto de contratacion*, ó de *transacciones sociales*. Y como hay cosas, que, aun prestando *utilidad* al hombre, y siéndole *necesarias*; ó por la *naturaleza*, ó *por la ley* no están en el comercio humano, ó no lo están libremente, y para todos, y en todos los casos, de aquí la necesidad de diferenciar entre la cosa *vendida* y la cosa *vendible*; ya para no confundir el derecho, confundiendo su objeto, ya para poder apreciar debidamente, y con todo el rigor del criterio jurídico, la *verdad* y *seriedad* del contrato. Porque, ¿cómo reconocer, ni la una, ni la otra, y ni aun contrato, cuando, á sabiendas de ambas partes, se celebrára éste sobre *cosa* que por la *naturaleza*, ó *por la ley*, evidentemente no está en el comercio humano?

Pero, ¿cuál es aquí el límite del *comercio humano*, pues que no en todos los ramos de la legislacion de un Estado tiene la misma estension; y antes, segun las diversas especies del derecho, lo que no está en ese comercio para unos, lo está para otros, segun es sabido?

La índole de nuestra obra requiere en este punto una aclaracion. Los institucionistas de derecho civil limitan sus esplicaciones y doctrinas, segun suelen espresarlo, ya al tratar *de las cosas*, como uno de los objetos del derecho, ya al hacerlo de la compra-venta, al *derecho civil privado*. El *comercio humano* entonces se limita á la *contratacion* y *transacciones sociales*, que tienen lugar *entre particulares*: lo cual reduce en demasía la materia y esfera legal de la compra-venta, y puede inducir á error. En punto á transacciones sociales, el derecho civil privado está íntimamente ligado al derecho público y administrativo. Venden y compran los particulares entre sí; pero tambien los particulares con personas *corporativas*, con personas morales, ordinariamente de índole, ya administrativa, ya política, ya eclesiástica.

Pero como quiera que sea, nuestra obra es *enciclopédica*, y enciclopédica *de derecho* y *administracion*. Tratamos la compra-venta segun todos los derechos: el derecho civil privado, el administrativo, el político, el internacional, el eclesiástico: de todo pueden ocurrir casos y cuestiones al jurisconsulto y al juzgador; y ciertamente que la compra-venta en su esencia es siempre la misma: siempre *cosa* y *precio*; y siempre *consentimiento*, esplícito ó interpretado, segun que esto último sucede en casos de violenta escepcion, como, por ejemplo, la *espropiacion forzosa* y la *adjudicacion* ó *compra forzosa* (véase la seccion 3.ª): siempre, repetimos, los mismos principios cardinales, ya sea *un pueblo*, *una provincia*, *el Estado*, *la Iglesia*, el que vende á un particular; ya estas personas morales vendan entre sí mismas.

Pero las ventas en estos casos no son, ciertamente, de cosas que estén en el comercio *ordinario* de los hombres. Así *el comercio entre los hombres*, *el comercio humano*, al efecto de la compra-venta, tiene una esfera en el derecho civil privado y otra mas ámplia, segun los demás derechos, administrativo, político, eclesiástico, etc., á que nos referimos; siendo el resultado que la significacion de esa fórmula y enunciativa capital, *el comercio de los hombres*, de la que depende el que la *cosa*, en un caso dado, sea ó no *vendible*, y válido, ó no válido, el contrato, varía, segun la especie de derecho que haya de aplicarse.

Parécenos, por todo, que en el sentido enciclopédico de nuestra obra, y aun en todos los sentidos, mas *fundamental* y *precisa* que la enunciativa *lo que está en el comercio de los hombres*, seria esta otra: es vendible *lo que, segun la naturaleza y la ley, puede ser apropiado y transferido*: ó alguna de sus equivalentes, á saber, *lo que es susceptible de dominio*: *lo que puede constituir el patrimonio de los hombres*. Precisamente esto es *cosa* en el derecho: así habia mas analogía con los principios del mismo.

Por que, ciertamente, el estar las cosas *en el comercio de los hombres*, es porque estén en la *propiedad*, *dominio* ó *patrimonio* del que ha de transmitirlas. Si no, segun el principio filosófico, *nemo dat*, *quod non habet*, y segun los principios legales, *tantum est jus accipientis*, *quantum est dantis*: *nemo plus juris transferre potest*, *quam ipse habet* (ley 54 del Digesto, *De regulis juris*), no se transmitirá; sea lo que quiera de la *venta de cosa ajena*, de que despues hablamos, en el §. 5.

Así la *propiedad*, el *dominio* preexisten á la contratacion, al *comercio humano*: este es consecuencia de aquellos: la propiedad, en fin, es *causa necesaria* y *radical* de la transmision, que es el medio y el fin del *comercio entre los hombres*. Despues veremos qué aplicacion tiene esta doctrina, aun á las cosas *universales* ó *comunes*, que por tanto, por la *naturaleza* misma, no son *vendibles*, ni objeto directo de contratacion, y mas claro se vé en el artículo **cosas**.

Viniendo ahora á los casos, diremos, que hay cosas que no están *en el comercio de los hombres*, porque, por la naturaleza misma, no son *apropiables*; otras porque no lo permite la ley, ya en principio general, ya como escepcion; y ya directa, ya indirectamente: que la ley autoriza algunas veces la contratacion y por tanto la venta, contra las prescripciones de la naturaleza y aun de la moral, como la venta de un hijo: que como ya queda espuesto, las cosas mismas esceptuadas del comercio *ordinario* de los hombres por el derecho civil privado, están en el *estraordinario*, ó son objeto de *contratacion* por el derecho administrativo, por el político, por el internacional, y por el eclesiástico: y por último, que aun las cosas escluidas del comercio humano, puedan indirectamente ser, y son objeto de él *indirectamente*; y no solo del comercio humano, que puede reputarse y hemos llamado *ordinario*; sino aun del que, por contraposicion de los respectivos derechos, puede llamarse *estraordinario*.

Los números subsiguientes pondrán en claro cuanto queda espuesto, y en evidencia lo que es *ó* no, *vendible*, en qué forma, y en qué casos.

Antes conduce adelantar á ellos algunas consideraciones sobre la clasificacion, ó *division de las cosas* materiales del universo, con relacion al uso de ellas, por el hombre, y por la sociedad, ó, lo que es lo mismo, *con relacion al derecho*; cualquiera que sea por otra parte la naturaleza peculiar de cada cosa.

Sabido es que, segun el jurisconsulto Marciano, y mas bien, segun la doctrina y antiguas leyes romanas, las cosas son: 1.°, *comunes á todos*: 2.°, de *universidad*, ó corporativas; y 3.°, *de nadie* ó *nullius* (1). Segun Justiniano, son *comunes*, *públicas*, *de universidad*, ó comparativas, de *particulares* y *de derecho divino*, y en este sentido *in nullius dominio* (2). Segun las leyes de Partida, por último, son: 1.°, *comunes á los hombres y á los brutos*: 2.°, que *pertenecen á solo los hombres*: 3.°, *de algun comun*: 4.°, *de cada uno*: y 5.°, y que *no están en dominio de nadie* (3).

No es este el lugar de tratar de la exactitud de estas clasificaciones, sobre lo cual véanse los artículos **cosa** y **cosas**, y á La Serna y Montalvan, *Derecho civil y penal* de España (tít. 1, lib. 2). Pero trayendo ahora todas estas clasificaciones á la denominacion doctrinal recibida, las cosas, son *comunes*: *públicas*: de *universidad*: de *particulares*: y *divini juris* ó *eclesiásticas*: cuyas clases vamos á recorrer, bajo el punto de vista del presente párrafo, aunque invirtiendo algun tanto el órden.

1.° *Cosas comunes*. Son estas, segun el derecho romano, en las leyes citadas, el *aire*, *las corrientes de agua*, el *mar*, y por causa de este, *las playas*. (*Aër*, *aqua profluens*, *mare*, et, per hoc, *litora maris*). Segun la ley 5, tambien citada, de la Partida, son: «el *aire*, ó *las aguas de la lluvia*, é *la mar*, é su *rivera*.»

No se comprende porque la Partida, al *agua profluens*, esto es, *aguas corrientes*, ó *corrientes de agua* de los romanos, sustituyó *las aguas de la lluvia*. La Serna y Montalvan notan bien que, no obstante el tenor literal de la Partida, por *aguas de la lluvia*, habrá de entenderse, como entre los romanos, los *rios*, las corrientes permanentes (*aquæ profluens*).

Otras tres diferencias notables se echan de ver entre uno y otro derecho: 1.°, segun las Partidas, la *rivera del mar* es *comun* absolutamente, ó por sí; segun el derecho romano, no lo es por sí; sino á causa del mar,

(1) Ley 2, tít. 8, lib. 1 del Digesto, *De divisione rerum*.
(2) Instituciones, tít. 1, lib. 2.
(3) Leyes 2, 3 y sigs., tít. 28, Part. 3.ª

(«*mare, et per hoc litora maris*»): 2.ª Segun el derecho romano las cuatro cosas son *comunes* á todos los hombres (*communia omnium*); por las leyes de Partida, lo han de ser «*á las aves, é á las bestias, é á todas las otras creaturas, que viven, para poder usar de ellas,* tambien *como los homes*;» y 3.ª la causa de ser *comunes*, segun el derecho romano, es el *derecho natural* (*naturali jure*); pero segun la Partida es, *porque los demás vivientes pueden usar de ellas tambien como el home*.

Notable es la diferencia, y digna de atencion por cierto, pues de ella dependerá el que las cosas *comunes* sean, ó no, *objeto de contratacion*, y por tanto *vendibles*: pero además, la razon de la ley de Partida no es del todo precisa. ¡*Por qué dichas cosas, dice, pertenecen en el uso á las bestias, tambien como al hombre!* Y ¿para qué el hombre, criado por la Providencia para la sociedad, tiene que contar directamente con las bestias para constituirse en ella? El hombre no está nunca en relacion de derecho con los animales no racionales. Es verdad que el hombre se sirve de estos; pero no de todos: solo de los domesticables; y aun así, lo que se toma por base y fundamento, por razon filosófica, del derecho, es *la utilidad del hombre*; no la de los animales.

Por otra parte ¿de qué uso inmediato sirven, ni á los irracionales, ni al hombre, las capas superiores de la atmósfera, por ejemplo, los mares inmensos, indefinidos ó indefinibles de hecho, por tantos siglos ignorados, y los muchos todavía aun no surcados por el hombre, y que rara vez, ó que jamás lo serán?

Y es que la razon no es la que se dá. La razon es porque la Providencia no ha querido que esas cosas, y las que están en el mismo caso, sean *apropiables*; y ya hemos dicho arriba, que lo que no es *apropiable*, no puede estar en el *comercio de los hombres*. Para ser apropiable una cosa *corpórea*, es menester que pueda ser *identificada* en juicio y fuera de él, *administrada*, y *defendible*; para lo cual ha de poder ser *circunscripta* y *conterminada, acotada ó cerrada, valuada y valorable*; y para eso determinada en sus casos *por peso, número ó medida*, etc. ¿Podrian subdividirse y ocuparse con estas circunstancias, la atmósfera en general, el océano, ó los altos mares, la luz, y todavía tantos otros elementos naturales y generales de vida y bienestar para el género humano, que jamás el hombre podrá, por apreciacion general, y ni aun parcial directa, convertir en su patrimonio? Esta es la razon cardinal, radical, porque no están en el comercio de los hombres; y no porque sean ó no comunes al hombre y al bruto; que cosas hay comunes al hombre y al bruto; y sin embargo, están, como dirémos, en el comercio humano: esto es, se venden, se donan, se permutan, etc.

Ni tampoco dejan las cosas *comunes* de estar en el comercio humano, *por derecho natural* (*jure naturali*), como espresa *la ley* romana, si aquí el derecho natural es la ley *moral y primordial del hombre*; y mucho menos, si se toma por el *derecho de gentes*, pues entonces las náciones, con acierto ó con error, con violencia ó con justicia, hubieran podido ó podrian ordenarlo de otro modo, lo cual no es así, ni lo será, porque no puede serlo. Dejan, sí, de ser *apropiables por la naturaleza* de las mismas cosas, por *ley física* del mundo: porque la Providencia, que no quiere poner en arbitrio de nadie lo que es condicion absoluta de existencia del género humano, crió así, *inapropiables* en general, las cosas llamadas *comunes*, y no de otra naturaleza. El *derecho de gentes*, el mas violento, ó erróneo, si así podia llamarse derecho, no sería capaz de alterar la condicion y destino natural de ellas.

La mayor prueba de todo lo dicho nos la suministra, nada menos que lo que, segun las actuales sociedades, y aun las sociedades políticas desde su orígen, es la base del sistema social del mundo civilizado: el *suelo, la superficie firme* del globo terráqueo. ¿Es acaso el *suelo* menos usual y disfrutado por el hombre y por los brutos, y de estos los mas útiles y necesarios para el servicio del hombre, es menos usual, decimos, á *racionales é irracionales* respectivamente, que la at-

mósfera ó el mar? Lo es mucho mas, sobre todo que el mar: y sin embargo, no es *comun* en el sentido legal general de no hallarse en el comercio; y antes es *apropiable*: y porque es *apropiable*, está en su mayor parte apropiado, en el *comercio humano*, y es respectivamente *público*, *de universidad*, *de particulares*, *nullius*, *divinus juris*. Sobre este gran elemento de la vida del género humano, ha tenido imperio el *derecho de gentes*. ¿Por qué? Por una razon inversa á la del mar y el aire, y ya está dicho: porque es *apropiable* en los términos arriba indicados, y Dios lo ha creado así, con admirable designio. Sin ello, ó lo que es lo mismo, *sin propiedad raiz*, no era posible la *asociacion* y *civilizacion*, *bien cimentada*, del género humano, digan lo que quieran las utopias; pero sin el apropiamento del mar, del aire, de la luz, etc., sí.

El aire, pues, y los altos mares *no son vendibles*, en tésis general; pero no por virtud de alguna ley humana, ni por el *derecho natural*, tomado este, no en el sentido de la *ley moral* primigenia del género humano; sino por su naturaleza, por *ley natural física* del mundo terráqueo, y por el modo limitado con que es dado al género humano dominar y poseer las cosas.

En caso particular *indirecto*, sí lo son; por causa de que el caso entonces es *mixto*: esto es, si el mar es *mediterráneo*, ó lo que es lo propio, *ceñido*, *circuido*, ó mas ó menos *limitado por tierras*, como sucede en los puertos, bahías, ensenadas, golfos, etc., es apropiable en aquella parte, *porque lo son las tierras que lo limitan*. El pueblo, Estado, ó nacion, á quien estas pertenezcan, pueden cederlas con esta parte, mínima por cierto, de mar, permutarlas, venderlas: está el mar así con ellas en el *comercio humano estraordinario*; ó de derecho público, político, internacional, etc.: y en esa forma *mista* y singular, en esa parte mínima, el mar es *vendible*.

En el mismo concepto, y aun caso ordinario de humano comercio, ó entre particulares, lo es el aire, ó lo que podríamos llamar *atmósfera mediterránea*, ó *limitada* por cercas, setos, artefactos de aire, etc. Directamente se dan, permutan, venden los artefactos, cercas, jardinería, plantaciones acotadas ó cerradas, etc.; pero indirectamente vá con ellas la masa de atmósfera que encierran, que impulsa los artefactos, etc., y á la cual, por caso *mixto*, alcanza el *uso esclusivo*, y por tanto el dominio ó señorío de los fundos.

Por eso en la propia forma *mista* ó *indirecta*, es *apropiable* y por tanto *vendible*, la *luz*: el derecho reconoce y defiende la *servidumbre de luces*; y nadie, sin causar despojo, puede embarazar el uso esclusivo, ó privar de ellas al predio dominante; como ni del aire al artefacto.

En la propia forma, en fin, aunque con mayor amplitud, son *vendibles*, caso de estar apropiados, los rios y las playas; pero siempre por la repetida razon, de que son *apropiables*, pues que son *limitables* y *limitados*, *circunscriptos* por las tierras.

Si de hecho hay ó no, en un caso dado, dominio particular ó público, ó soberanía sobre el suelo, esa es otra cuestion, que pende, no de la naturaleza del mar, del rio, de la atmósfera; sino del derecho del que enajena, y de lo que el *derecho de gentes secundario*, el *internacional* á su vez, y el local, subordinado á ellos, tengan recibido sobre el particular, acerca de lo que no hay ciertamente una regla fija, universal y uniforme. En general está recibido que las playas, entendiendo por tales para el efecto, la parte de tierra firme de la isla ó continente, que cubren las aguas del mar en su mayor subida ó derrame, son libres á todos los que arriben para guarecerse, reparar sus averías, tender sus redes, etc. En escala menor se dice lo mismo de las riberas de los rios; pero la seguridad y verdad de ese derecho, pende con frecuencia del grado de civilizacion de cada pueblo ó Estado, de su fuerza, del respectivo derecho internacional, y del derecho ó costumbre local, como se espone en sus artículos particulares.

2.° *Cosas públicas*, *cosas de universidad*. Ya en parte están esplicadas. No están en el comercio humano *ordinario*; pero sí en el *estraordinario*. El dominio de ellas está en una persona *moral* ó *corporativa*: esta sola ena-

jena, en la forma que tenga establecido, ó recibido el derecho administrativo, el derecho constitucional, el derecho internacional, segun el caso, y segun que sea un colegio, un municipio, una diputacion provincial, una nacion la que enajena: y en esa sola forma, las *cosas públicas* y *de universidad* son *vendibles*.

3.° Cosas *divini juris*, que nosotros podemos bien decir *eclesiásticas*. La Iglesia, como corporacion, ó *sociedad lícita*, tiene entre nosotros *personalidad legal* para adquirir toda clase de bienes, y su propiedad será respetada, como la de los ciudadanos particulares. La tiene en su consecuencia para enajenar. El dominio eminente está en la Iglesia universal, representada en esto por su cabeza visible. El ejercicio de ese dominio está cometido á prelados y cuerpos, á autoridades, ya individuales, ya corporativas: y segun los cánones, los concordatos, y las leyes civiles dadas en su apoyo y ejecucion, los bienes eclesiásticos ó *divini juris*, son *vendibles*. Entre nosotros, son sobre esto el derecho dominante el Concordato de 1851, y el de 1860.

Además de eso, y aun por el derecho antiguo, ignorando las dos partes que la cosa era *divini juris*, habia contrato de venta, en el sentido en que lo espondrémos al hablar de la *venta de cosa ajena*: y lo hay con que solo lo ignore el comprador, el cual, por tanto tenia accion *ex empto*, y hoy la tiene *ex estipulato*, *prescriptis verbis*, de la convencion, para lo que conviniera, ó convenga á su resarcimiento y justa indemnidad (1).

Ultimamente, de un modo *indirecto*, como parte, ó inherencia de fundos profanos ó seculares, pueden venderse (2): *cum universitate*, dicen los autores, *vendi possunt* (3). Así con un palacio se vende el oratorio público que tiene, con un pueblo, villa ó ciudad, sus iglesias y cementerios.

Hoy sucede mas con algunas cosas *religiosas*, y es que directamente se venden, aun por los particulares. Tal sucede con los *cementerios*, construidos á espensas de particulares, empresas, *ayuntamientos*, sacramentales, etc. Ellas venden los nichos y los panteones de familia. Nace todo de las nuevas formas y nuevo modo de ser, que han recibido muchas cosas, y la sociedad misma. Antes los enterramientos eran parte de los templos; hoy son otra cosa: son hasta cosa de empresa.

Algunos autores quieren que en estas ventas indirectas no se fije precio peculiar á los lugares sacros ó religiosos. El deseo es plausible y religiosamente delicado; pero no salva el principio, si al cabo en el precio del palacio, villa ó ciudad vá sobreentendido el valor. Supongamos un caserío reducido y pobrísimo, cuyo núcleo es una colegiata ó abadía suntuosa; ¿cómo el precio dejará de ser proporcionado, aunque nada se diversifique, no á los cuatro ó cinco humildes edificios de pobres colonos, ó de dependientes de monasterio ó abadía, que no son mas que un accesorio, ó dependencias de aquella; sino al conjunto que se vende? Lo que hay es que no se vende, ni se compra la *bendicion* ó *consagracion*, el *quid sacrum*; sino lo que es material y estimatorio.

Así en tésis general no es exacta, y puede inducir á error, la opinion absoluta y general de los autores, de que una vez vendida una cosa *divini juris* (*sacra*, *sancta*, *religiosa*) á un profano, se hace *profana* y entra *en el comercio humano*. Ya estaba en el comercio humano *estraordinario*; pues que en su caso se vendió por quien podia con arreglo á los cánones; pero aun se vé bien que los lugares sacros, vendidos á un profano, pueden á veces continuar y continúan sacros. En cada caso jurídico, pues, se examinará la ley canónica, y la disciplina canónica, general y local.

Descendemos ahora á las *cosas de particulares*, y por tanto á las del *comercio humano ordinario*, salvo prohibicion ó restriccion legal: la ley misma puede retirar su prohibicion, ó modificarla: la jurisprudencia introduce justas escepciones, y en ambos casos

(1) Instituciones de Justiniano, tít. 24, lib. 3.
(2) Ley 15, tít. 5, Part. 5.
(3) Gregorio Lopez, glosa á dicha ley de Partida.

las cosas, no vendibles antes, se hacen *vendibles*, vienen al comercio humano ordinario, como todo se observa en los casos subsiguientes.

4.° *Mayorazgos, vínculos, patronatos reales de legos.* Los bienes que los constituian, eran, por la ley de fundacion, y por las del reino, *inenajenables*. El fundador, sin embargo, podia hacer no perpétua la fundacion, como en los fideicomisos romanos: las fundaciones se anulaban alguna vez, abriendo la puerta al abintestato: alguna vez tambien se estinguian las líneas llamadas, y sucedia lo propio, ó por falta de parientes, venian los bienes al fisco: el Rey daba licencia para enajenar, permutar, subrogar los bienes vinculares; y en todos estos casos, *suelto el vínculo*, los bienes liberados venian al *comercio ordinario* de los hombres; y en el caso del fisco, al *estraordinario*.

Recientemente, las leyes de desvinculacion han *roto el vínculo*, absolutamente para la mitad de los bienes; relativamente respecto del poseedor, en cuanto á la mitad, que debe reservar para el inmediato.

5.° *Monopolio, estancos.* A veces los gobiernos se reservan la facultad de espender por sus agentes, con esclusion de los súbditos particulares, determinados artículos, los cuales, por tanto, no son *vendibles* por aquellos. Los géneros monopolizados, ó estancados, se llaman de *ilícito* comercio: caso que no ha de confundirse con la prohibicion de vender los particulares, sin prévio pago de ciertos derechos. En estos, en pagando el derecho, es vendible, ó de lícito comercio la *mercancía*; en aquellos el comercio es *ilícito*, y no hay derecho que pagar. En ambos casos, sin embargo, mediando contravencion, se paga la pena, de que es parte el *comiso* de la mercancía.

6.° *Contrabando.* Se vé en el segundo caso del número anterior. En el contrabando comun, algunas veces se salva del *comiso* el comprador, convirtiendo en uso propio los géneros. En el contrabando de *guerra*, y en el de géneros *estancados*, y muy especialmente en aquel, siempre sigue el *comiso*, y por tanto la ineficacia de la venta. Véanse los artículos **CONTRABANDO: COMISO: FRAUDE** (*contra la Hacienda pública*).

7.° *Cosa propia.* Nadie puede comprar lo que ya es suyo enteramente. Falta entonces uno de los constitutivos esenciales del contrato; *la cosa*, y es nulo por tanto. Pero es *comprable*, en lo que en ella no sea nuestro, como el derecho de *superficie* ú otra servidumbre, que otro tenga sobre la misma: tambien lo es condicionalmente, por si llego á perderla, por ejemplo, en un pleito que me amenace. Ha de comprarse algo, en fin, y en aquello se sostiene el contrato (1).

8.° *Cosa ajena.* En tésis general, no es *vendible* la cosa ajena; pero véase esta materia en el §. 5.° de esta seccion.

9.° *Cosas no existentes*, ni por otra parte en *potencia próxima*, y menos aun *imposibles de existir*, como los frutos de lo que no se ha sembrado, los que á ciencia cierta no lleva el pais, *lo que caiga de la luna*, etc., no son *vendibles*. Falta la *seriedad* propia de un contrato formal, y falta *cosa* además: no hay, pues, contrato. Véase el §. 6.°

10. *Condueños.* Promovido ya el juicio divisorio, no puede el condueño vender su parte indivisa á un estraño, sin consentimiento de los demás condueños. La ley exige que medie ya juicio. ¿Será la prohibicion por cosa litigiosa? De cualquier modo, y como esponemos en su artículo correspondiente, no hay ninguna razon sólida que apoye semejante determinacion; pero es de ley terminante (2). El proyecto de Código civil, sin determinar espresamente acerca de ello, viene á autorizar estas ventas, como la de créditos *litigiosos*. Por otra parte, véase **CONDUEÑO: PROINDIVISO: COSA LITIGIOSA.**

Aunque tambien de ley (3), es aun mas violenta la determinacion de que, cuando el Rey, y segun el lenguaje de los autores, el fisco, es condueño, aun cuando solo tenga una parte mínima en la cosa, puede vender

(1) Ley 18, tít. 5.°, Part. 5.ª: sentencia de casacion de 19 de abril de 1861, núm. 108 de la *Coleccion de sentencias* de dicho año.
(2) Ley 55, tít. 5.°, Part. 5.ª
(3) Ley 53, id., id.

ó dar toda la cosa indivisa á quien quisiere, pagando á los demás conduceños sus cuotas respectivas. Hay en esto una especie de *confisco*, que podia sostenerse cuando el confisco era ley comun del reino; pero hoy las nuevas instituciones políticas, y la jurisprudencia del dia, lo hacen insostenible. Hoy el fisco no tiene derechos que no tenga un particular, salvo los de tuicion, como menor en sus casos.

11. *Cosa litigiosa.* Véase el §. 10 de esta seccion.

12. *Mutacion del juicio.* Tratándose de juicios, los romanos no querian que por el hecho malicioso de una de las partes se embarazase la sentencia, ó el debate judicial para la otra, como sucedia, cuando una de ellas enajenaba, con tal designio, la cosa objeto del pleito, ya iniciado, ó que habria de iniciarse, ó bien la accion deducida ya, ó que habria de deducirse, á persona mas poderosa que su contrario, de otro fuero, etc. La teoría en su fondo encierra un gran principio de equidad, pues choca abiertamente en la mayoría de los casos con derechos tan sagrados, como la libertad, é igualdad de condiciones de las partes en el debate jurídico: y al mismo tiempo la libertad de la contratacion, la que es inherente al dominio, para que cada uno disponga de sus cosas como crea mas oportuno y útil, etc.

Las leyes de Partida adoptan, como era de suponer, la teoría; pero llevado el legislador de un santo celo contra el dolo, haciéndola mas compleja; ya por dividir la unidad de la misma, ya por la diversidad de resultados en su aplicacion; ya, en fin, por ser dudosa á veces la aplicacion y procedencia de ella. Nosotros esplanamos esta cuestion en su artículo particular, y allí ha de verse.

En el presente nos limitarémos á decir, que por punto general no es enajenable, ni por tanto *vendible* la cosa ó derecho que es, ó ha de ser objeto del litigio. Antes se decia, por una y otra legislacion, que cuando la enajenacion se verificaba á persona mas poderosa, ó mas temible; pero hoy no hay entre nosotros personas *mas poderosas* que otras ante la ley; y habria que decir, que la enajenacion no procede cuando media *dolo*, por cuanto el dolo no merece nunca el favor, y sí siempre la reprobacion de la ley. Y consignamos de intento que *habria* que decir; porque, ¿puede sostenerse hoy que á tal enajenacion siga siempre la *nulidad*? La jurisprudencia tiene recibido que, al actor por lo menos, se le tenga *por separado del litigio con las costas*, y en su caso daños y perjuicios. Algunas de nuestras leyes consignan espresamente en unos casos, que procede la reclamacion de *daños y perjuicios*, mientras en otros callan sobre el particular, ó parece sustituir estos por una multa en favor del fisco, y alguna vez en favor tambien del demandante; mientras hoy, como en su artículo esponemos, la multa no podria sostenerse, y por el contrario la reclamacion de *daños y perjuicios* procede y debe proceder en todos los casos. Nos parece, en fin, que hoy no puede tampoco sostenerse que el que en dicha forma enajena su *accion*, aun *antes del juicio*, pierde por ello todo el derecho que pudiera tener a la cosa.

Y decimos *aun antes del juicio*, porque en efecto algunas de nuestras leyes aplican su grave sancion al caso, en que uno, *recelando que le van á demandar*, enajena la cosa; ó cuando el que ha de demandar, enajena, antes de hacerlo, su accion ó acciones á personas mas poderosas.

Concluirémos indicando, que el juez ó jurisconsulto que se hallen en el caso, no lo resolverán con acierto y seguridad, sin tener presente y comparar entre sí el derecho romano sobre el particular (1) y el de Partida, y sin subordinar este, como es de necesidad, á la legislacion vigente, y á la actual jurisprudencia.

Son notables y han de compararse en el derecho de Partidas: la ley 55, tit. 3, Part. 5 que prohibe al conduceño vender á estraños su parte, sin consentimiento de los demás, una vez iniciado ya el juicio *communi dividundo*; respecto de cuya prohibicion acurre

(1) Véanse los artículos COSA LITIGIOSA y JUICIO (*mutacion de*).

la duda fundada, segun en su artículo espresamos, de si la razon es la de cosa *litigiosa*; y si la razon de cosa litigiosa es la *mutacion del juicio*. Las leyes 13 y 14, tít. 7.°, Part. 3.ª que prohibeo, segun tambien allí esponemos, hacer novedad, *lite-pendente*, en punto á *acciones reales*: la 30, tít. 2.°; y la 16, tít. 7.° de dicha Partida 3.ª que prohiben al actor enajenar sus acciones, *antes del juicio*, y tambien ya iniciado el juicio por emplazamiento: y la 15 del mismo título y Partida, que prohibe al poseedor, ó llevador de una cosa, enajenarla, *por recelo de que se la van á demandar*, eludiendo por tal medio, ó aspirando á eludir, la accion del demandante, y véanse los artículos citados en la nota anterior.

13. *Herencia.* Véase el §. 7.° de esta seccion.

14. *Oficios públicos.* El buen sentido, los instintos de moralidad y de decoro público presentan como repulsiva la idea de *enajenacion*; pero sobre todo de *venta* de los *oficios*, como tambien de los *cargos*, y *honores públicos*, de lo cual tratamos en los párrafos subsiguientes. La cuestion de enajenacion de oficios públicos ha de mirarse de parte del Estado, ó de la Corona; de los *cuerpos electivos*, y de los *particulares*. Nuestra legislacion presenta la antítesis mas notable entre el *principio* y el *abuso*. El principio es el de la no enajenacion; sino la *provision personal*, que permite buscar y apreciar los *méritos*, la *capacidad* y la *moralidad* de la persona; el abuso es la enajenacion en todos sentidos, aun en el mas repugnante, que es el de *venta*.

En efecto: el Estado profesó muy de antiguo el buen principio de que los oficios, cargos, y honores públicos no son *enajenables*, porque no deben serlo. Las necesidades públicas, sin embargo, obligaron á relajar el principio, y los oficios (y hablamos solo de puros oficios, ú oficios rigurosamente tales, como *escribanías, notarías, receptorías, procuradurías* en el foro, *agencias, cancillerías, etc.*); estos oficios, rigurosamente tales, decimos, fueron enajenados á corporaciones y particulares. En los primeros tiempos se salvaron, el princio, en cuanto á la necesaria aptitud legal y moral, reservándose la Corona la facultad de examinarlas en cada sucesion personal; y la repugnancia de la *venta*, denominando á la cantidad que mediaba, como condicion indispensable para la concesion, ó enajenacion, *servicio*, y no *precio*, y para determinarlo, en vez de *ajuste*, habia *tarifa*; que para alejar mas y mas la idea de *venta*, se denominó, y aun se denomina para los casos en que aun se aplica, *de gracias al sacar*, ó de gracias que se obtienen ordinariamente de la Corona, mediante *un servicio* pecuniario en favor del Estado. (Véase GRACIAS AL SACAR).

Con el tiempo, la exigencia y comprobacion de la aptitud legal, se limitó no poco, sobre todo, en cuanto á algunos de los oficios; y en punto al concepto de *venta* se impuso en algunos casos el pago del *valimiento*, que tanto se acerca al *precio computado*, y en otros á la *subasta*, que era el modo ordinario, con que á fin del siglo pasado, y muy entrado ya el presente, se proveían las escribanías de nombramiento del Estado.

Hoy el espíritu de la legislacion y del siglo no permiten la *enajenacion* por el Estado, en ningun concepto; sino la provision *personal, casuística, gratuita*, y *reglamentada* de los oficios públicos. Además por vía de reforma se han hecho *reverter* á la Corona, despojando á sus propietarios, infinidad de oficios enajenados, proveyéndolos libremente el Gobierno, sin perjuicio de la indemnizacion por el Estado; y del género de amparo, ó manutencion provisoria, acordada en favor de los dueños particulares de oficios, en las equitativas reales disposiciones de 1839, y 1840, sobre preferencia á los despojados, y sorteo sucesorio en las Audiencias; y en la novísima *Ley del Notariado*. En ésta además, se ordena la sucesiva *reincorporacion* de los oficios enajenados, lo que convierte mas y mas, no ya en *práctica*; sino aun en *legalidad existente*, la no enajenacion de oficios por la Corona, ó sea mas bien hoy por el Gobierno supremo.

Alguna vez en lo antiguo la enajenacion era por título, ya *gratuito*, ya *remuneratorio*, lo que señaladamente tenia lugar en *alcaldías, cancillerías*; y oficios análogos; hoy

ni aun eso. El Rey, segun el art. 45 de la vigente Constitucion del Estado, no *enajena*, ni por título oneroso, ni por título *gratuito*, los *cargos* y *oficios públicos*; sino que *nombra* para ellos: y si bien ha de ser conforme á las leyes, todas las leyes é instrucciones, y reglamentos vijentes, prefijan las cualidades, y organizan el ejercicio de la Real prerogativa en esta parte, bajo el punto de vista de *nombramiento*, y no de enajenacion, salvos en ciertos casos los derechos adquiridos; lo cual es respetar lo que con soberana autoridad se hizo; pero no autorizar á que se continúe haciendo.

Sobre la enajenacion por *corporaciones* propietarias ó concesionarias, véase en seguida el núm. 15.

Respecto, en fin, de particulares, la Corona, salvando mas ó menos la prerogativa de exámen de calidades, enajenó los oficios, unas veces por *juro de heredad*; otros solo como *renunciables*; con la restriccion, además, de ser renunciables los oficios, únicamente por *una*, ó por *segunda renunciacion*; y seria muy singular el caso de que se autorizase la tercera, y menos la facultad indefinida de renunciar. Sabido es que la renunciacion habia de hacerse por acto *inter vivos*; y siempre 20 dias antes de la muerte del poseedor; pues, muriendo sin haber renunciado, esto es, dádose *sucesor*, ó verificándolo dentro de los 20 dias anteriores á su fallecimiento, el oficio revertia á la Corona, sin ninguna indemnizacion.

En tales supuestos, los oficios obtenidos por *juro de heredad*, se *vendian*, *gravaban*, *donaban*, se *enajenaban* de todos modos; los *renunciables*, solo se *renunciaban*. Entre el *renunciante* y el *adquirente* mediaba realmente *venta*, *arriendo*, *permuta*: la fórmula, sin embargo, era de *renuncia*, y el Gobierno no examinaba otra cosa.

Hoy sucede lo mismo, cuando en los casos de *prelacion equitativa*, concedida por las disposiones conocidas de 1839 y 1840, se traspasa el oficio, por recaer en muger, en menor, ó en persona, por otras causas, sin aptitud legal. La Grandeza está vendiendo diariamente los oficios, especialmente de escribanías, de que era propietaria: el Gobierno, hasta la promulgacion de la *Ley del Notariado*, ha admitido la cesion ó renuncia en favor del Estado de un oficio en propiedad, por la provision personal de alguna escribanía, por *una* ó por *dos vidas*, *segun el valor* del oficio cedido; y nada se opone á que el Gobierno siga favoreciendo este género de reversion. No hay en ello ciertamente una *venta*; pero hay de seguro una *permuta*.

Es notable la disposicion de la Ley hipotecaria vigente, art. 4.°, en el cual se declara que los oficios públicos no se reputan *bienes inmuebles* para los efectos de la propia ley: esto es, para haber de registrarse la escritura de su transmision. Por otra parte esta declaracion espresa evidentemente que el legislador supone que los oficios públicos son objeto de contratacion, pues el registro es una consecuencia de esta. Pero la contratacion ¿será de parte del Estado, ó de los particulares, segun lo dejamos espuesto? Es seguramente esto último, porque por lo dicho arriba, no puede ser otra cosa.

Y en conclusion ahora, pueden establecerse estas tres reglas incontestables: 1.° los oficios públicos no son hoy vendibles por el Estado: 2.°, los enajenados ya por la Corona, y como tales apropiados, con mas ó menos amplitud, segun queda antes espuesto, han venido siendo y son vendibles entre particulares y cedibles al Estado, ora por causa onerosa, ora gratuita: 3.°, en virtud de la facultad del Gobierno de examinar la aptitud legal de los propietarios de oficios enajenados, ó sus presentados, ó renunciatarios, en la enajenacion de dichos oficios de particular á particular se transmite solo el *derecho hipotético á ejercer el oficio*; pero no el *ejercicio*, que pende siempre de la concesion del Gobierno; antes obligatoriamente, pues el Gobierno, en virtud del contrato en la egresion, dada la aptitud legal, no podia rensar la cédula de ejercicio; hoy la espedicion de cédula es potestativa en el Gobierno: y 4.°, hoy en la venta de oficios enajenados por los propietarios particulares, se vende, sí, la propiedad; pero la propiedad, segun la tiene el vendedor, dado el principio de que nadie

transmite mas derecho que el que tiene; y hoy, en el efecto, la propiedad de los poseedores de oficios enajenados se resuelve en un derecho absoluto y otro hipotético, esto es, el derecho de ser indemnizados por el Estado; y el hipotético de que el Gobierno quiera admitir la cesion por la provision libre y personal del mismo oficio, ú otro análogo, como una escribanía por otra; una escribanía por una procura, portería de tribunal, etc., ó al revés. Esta es hoy la índole y estado de la propiedad de los oficios enajenados, y este es el efecto posible de las mencionadas ventas, lo cual ha de tenerse muy presente en las escrituras, y para el efecto de la eviccion y saneamiento.

13. *Cargos públicos.* No es de este lugar el esplicarlos; pero se comprende fácilmente su diferencia esencial de los meros *oficios*. Llevan siempre aneja *autoridad*, y á veces *jurisdiccion*. Nunca, por tanto, debieron enajenarse; y sin embargo, vemos enajenadas por el Estado las *regidurías*, el *voto en Córtes* de las ciudades y villas, y otros análogos. El Estado, sin embargo, que, por causas apremiantes ciertamente, llegó á ser tan indulgente consigo mismo, fué inexorable con los cuerpos que tenian entre sus prerogativas la de elegir ó nombrar para cargos *jurisdiccionales*, tales como las propias regidurías. Así las ciudades, villas y lugares, que tenian esta facultad electiva, no podian *vender*, ni de otro modo *enajenar*, ó beneficiar dichos cargos, pena de nulidad de la eleccion, y *comiso del precio* ó *dádiva*. Todos los nombrados, al tomar posesion, debian jurar no haber mediado *venta*, ni otro interés; y sin este juramento no podrán ejercer. Los escribanos que intervenian en la posesion, debian dar cuenta al ajente fiscal de los casos de abuso (1). Y todavía los que *compraban* y *vendian* estos oficios, quedaban *infamados* é *inhabilitados* para ejercer otro cargo público (2).

Hoy, por las razones espuestas, hablando de los *oficios públicos*, y aun con mayoría muy superior de razon, los *cargos públicos* no son enajenables, ni por tanto vendibles por el Estado, ni menos por los particulares que habian obtenido algunos; sin que les quede mas derecho que su justa indemnizacion por el Estado. Hoy el Rey, segun el citado art. 45 de la Constitucion política, no *enajena*; sino que meramente *nombra para todos los empleos*.

16. *Honores públicos.* Su naturaleza, su empleo legítimo en los Estados, es para premiar méritos y servicios, y para estimular ó contraer aquellos y prestar estos. Es casi anunciar una prevaricacion política y social el hablar de posibilidad de beneficiar, y enajenar por tanto, aun por título no oneroso, los honores públicos. Y sin embargo, la necesidad, que es en los Estados ley tan apremiante como á su vez, y aunque en menor escala, en los particulares, lo ha autorizado así. No importa, que, para salvar decorosamente el principio, la causa *onerosa* se llame *gratuita*; mientras la enajenacion es de tal manera necesaria, que sin ella no se obtendrá la llamada *gracia al sacar*. En el caso supuesto se encuentran los títulos de Castilla y otros honoríficos, como el de poder un artífice denominarse *platero*, *joyero*, *etc. de S. M.*, con el privilegio además de poder colocar sobre su puerta las *armas reales*. Hasta 1846, la Corona fijaba en cada caso la cantidad, con que por la concesion *habia de servirse al Estado*, y era, por tanto, potestativa; *no fija*: en 1845, sin embargo, por la ley de presupuestos se autorizó al Gobierno para dar una norma fija á la concesion y *servicio* de los títulos de Castilla y cédulas sucesorias para los mismos; y por Real decreto de 28 de de diciembre de 1848 se fijaron los servicios. Por otras leyes y disposiciones se fijaron los que han de exigirse en la concesion de Grandes Cruces. El Patrimonio real, en fin, arregla las cartas relativas á las gracias de la Real Casa, como las ya mencionadas, y las de llave de *gentil hombre*, etc. En virtud de lo dicho, no se puede enunciar que los oficios públicos son *vendibles* por el Estado; pero sí que son beneficiables. Por los agraciados no

(1) Ley 8, tit. 4, lib. 7, Nov. Recop.
(2) Ley 9, tit. 5, del propio título y libro, Novísima Recopilacion.

son vendibles; no porque no tengan acerca de ellos un derecho que no les puede revocar el Estado, una vez cubierto el *servicio* impuesto; sino porque el derecho es *personal*, como decimos en el número que subsigue.

17. *Derechos privativos, personalísimos.* Llámanse así, como es sabido, los que de tal suerte corresponden al que los tiene, que solo él puede disfrutarlos, y no admiten *trasmision personal*; y si los trasmite, *los pierde*. No son por tanto, *vendibles*, ni de otro modo transmisibles por acto *puramente personal*.

Son infinitos y muy diversos los derechos, que están en este caso, como *honores, títulos, prerogativas, pensiones, servidumbres*; tales, como el *usufructo, uso, habitacion*, y las llamadas de *tránsito, entradas*, y *salidas*, cuando son puramente personales; correspondiendo á esta última clase, en su caso, las ordinarias de *senda, camino, carril* (*iter actus, via*).

No hay que notar que los enunciados derechos, como muchos otros, lo mismo pueden ser *individuales*, que *reales*, de *clase*, de *familias*, y *corporativos* en cualquier otro sentido. La *persona* puede ser *individual*, ó *moral*, ó sea *colectiva* ó *corporativa*: y la regla sentada procede cuando los derechos son *absolutamente privativos*, ó que pueden y deban llamarse *personalísimos*. Y el caso no es sino el de aplicacion de un principio general de derecho. Porque, si *ninguno trasmite derecho que no tiene*, ó lo que es lo mismo, *mas derecho que el qué tiene, la persona, familia, clase*, ó *corporacion* que no tiene sino un derecho *absolutamente privativo*, y por tanto *intransmisible*, nada tiene en tal derecho que transmitir, ni puede transmitir á un tercero; salvo los frutos ó emolumentos. «Otro sí decimos, que si aquel, á quien fuese otorgado el usufructo, ó uso en la cosa, otorgase despues á otro alguno *el derecho que habia en ella*, que *se desata por ende el usofructo*, ó el *uso*, é *tornase por ende al señor de la propiedad*, é de allí enadelante *non lo debe haber, nin el otro á quien lo otorgó*. Ca como quiera que este atal que ha el usofructo en la cosa *lo podria vender á otri*, si quisiere, con todo eso *el derecho* que en ello habia, *non lo puede enagenar*.» (Ley 24, tít. 31, Part. 3.) Lo mismo establecieron las leyes romanas (§. *Finitur*, *Institut. De usufructo*). Es bien notable por cierto esta pena de la ley. Porque si la venta del derecho de usufructo, ó de uso, es nula, y por tanto el vendedor no traspasa el citado derecho, ni el comprador lo adquiere ¿cómo el usufructuario se queda sin él, pues, repetimos, no lo trasmitió, y segun la Ley, ni aun momentáneamente lo adquirió el comprador, y por tanto, ni por un momento dejó el derecho de permanecer en el usufructuario? Pero todos los derechos ó *personalísimos*, ó *privativos*, que quedan mencionados, tienen su artículo particular, y en él ha de verse.

18. *Materiales unidos á un edificio.* «Mármol, ó otra piedra, ó madera, ó otra cosa cualquiera, que estoviere fincada en alguna casa, *por pro*, ó *por apostura desta*, non la deben tirar ende *para vender*: é si alguno la tira, *non debe valer la vendida*. Pero si alguno ficiere contra esto..... si aquella cosa que así vendiese, *pasase á poder del comprador, debe fincar en él*..... mas tenudo es..... de dar *el precio.... á la córte del Rey, con otro tanto de lo suyo*: E, *si el precio oviere dado el* comprador, *debe gelo tornar*, é el que la vendió *debe otro si pechar otro tanto de lo suyo*, cuanto era el precio porque vendió la cosa.....» (Ley 16, tít. 5, Partida 5.).

Despréndese del tenor literal de esta ley singular: 1.°, que la venta de los materiales de que trata, es *nula* y *válida* á la vez; esto es, *nula* la meramente *perfecta*; *válida* la *consumada*, pues que, si los materiales vendidos han sido *entregados, quedan en poder del comprador*: y á lo menos en esto la venta produce un efecto, y por tanto no es del todo nula: 2.°, que cuando es *nula*, no hay mas pena para vendedor y comprador que la *nulidad* del contrato: 3.°, que cuando es *válida*, en la forma espuesta, si el precio no fué entregado al vendedor, debe el comprador entregarlo al fisco, con otro tanto de

lo suyo; que es decir, que el vendedor tiene por pena la *pérdida del precio*; y el comprador *el tanto del precio*: 4.°, que si el precio fué entregado al vendedor, debe éste devolverlo al comprador, pagando *otro tanto* al fisco por pena; siendo el resultado necesario que en este caso, el vendedor pierde, la cosa, que queda en poder del comprador; el precio, porque, segun la ley, *debe gelo tornar*; y paga además otro tanto por multa; mientras el vendedor, sin pagar multa alguna en este caso, se queda con la cosa y con el precio que le devuelve el vendedor. Esto dice la ley. El legislador debió de querer, sin duda, decir otra cosa. Es posible fuese su mente que el vendedor, cuando al cabo se verificaba el derribo, sin haberse entregado la cosa, pagase por multa un tanto del precio: cuando se habia entregado, perdia la cosa, que quedaba en poder del comprador, y el precio, que ya éste, sino lo habia pagado, ya el vendedor si lo habia recibido, debian entregar al fisco: y que el comprador pagase al fisco por multa, si el derribo se verificaba, otro tanto del precio.

Pero, despues de todo ¿qué criminalidad se trataba de castigar con pena tan grave, y tan anómala además? En suma, una contravencion á las reglas de policía urbana; oi nunca pudo atribuirse á la ley otro carácter. Y por otra parte, ¿con qué conveniencia, y con qué justicia además, se eleva á *ley general*, una disposicion, cuya aplicacion en los pueblos y aldeas, sin que nadie pudiera evitarlo, tocaría en lo ridículo?

Y que la ley es de policía lo manifiesta en sí misma, y se convence por su orígen histórico. La disposicion romana de que fué tomada, fué primero un senadoconsulto: se incorporó despues, segun es de colegir, al *Edicto perpétuo*, y por último, como doctrina esplicada de Paulo, fué ley del Digesto, y es la 22, tit. 1.°, lib. 18 del mismo.

Sin duda, al darla el Senado, fué ley de circunstancias, y tuvo conducencia; pero no podia existir la misma al convertirla en ley de Partida: y menos se comprende porque se alteró y agravó. Segun el senadoconsulto nadie podia *demoler, para lucrar mas*, su casa, ni su quinta; ni enajenar, por causa de lucro cosa alguna de ellas. («Senatus censuit *ne quis domum, villamve diruere quod plus sibi adquireretur*; nevo quis, negotiandi causa *eorum quid emeret, venderetve.*») La pena del comprador era el duplo del precio para el fisco: del vendedor solo el declarar írrito el contrato; y vése la agravacion de la ley de Partida.

Ahora hay que preguntar todavía: una y otra disposicion parecen serlo de policía urbana, para evitar ruinas, y el afeamiento del aspecto público: pero la deformacion se seguia, cualquiera que fuese el motivo de realizarla: ¿por qué la pena procedia solo, segun el tenor de la ley, cuando el motivo de realizarla era la *venta* de los materiales? Por qué no en los demás casos?

Es notable que los autores, en general, reproducen esta ley sin comentarios, y el mismo Gregorio Lopez limita el suyo á decir, que la pena de la ley no procede, cuando los materiales se venden por estar el edificio ruinoso.

Y parécenos por todo lo dicho que la ley, limitando su sancion al caso de *venta* de materiales; dejó desde luego á las ordenanzas y reglas de policía y buen gobierno, el ocurrir á los demás casos de deformacion, así como á la reposicion, ó reparacion del edificio deformado, ó demolido, á lo cual tampoco ocurre la ley: que de este modo dicha ley empezó cediendo á las reglas de policía y buen gobierno; y que estas, que tienen siempre por norma *las localidades y los tiempos*, han sido las que se han venido aplicando y se aplican: y que, si lo que no es verosímil, alguna vez hubiera de recurrirse á la ley, sería como supletoria, y con el temperamento que reclama la índole del asunto y de los tiempos.

19. *Venenos: cosas nocivas.* La ley 17, título 5, Part. 5, prohibe por principio general la venta de venenos y sustancias nocivas, de las que por su naturaleza pueden causar la muerte del hombre: las leyes penales convierten en delito el abuso criminal de estas sentencias: los reglamentos de salud pública determinan quiénes y en qué forma pueden venderse las sustancias venenosas, y á ellos

ha de estarse en cada caso. Véanse en esta delicada materia, y hoy mas que nunca, por los adelantos científicos en *toxicologia*, y por el tráfico útil, y uso frecuente de los venenos en el comercio y en la industria, los artículos particulares y análogos, como VENENO: PONZOÑA: TOXICOLOGIA: DROGUERÍA, etc.

20. *Hombre libre.* Despues de la abominacion general, del ultraje mas irritante á la humanidad, de la *esclavitud*, en fin, admitida por todos los derechos, parece un sarcasmo, y sino una cuestion estraña, la de *si es vendible el hombre libre*: y mas estraña, aunque constantemente plausible, la conclusion general de que *no es vendible*; y bien que esta conclusion, aunque general, no sea absoluta, pues las leyes antíguas daban eficacia a la venta, cuando era consentida por el mismo hombre libre vendido, con el propósito de hacer lucro de su persona, ó participar del precio.

Pero la venta del hombre libre puede considerarse como *delito*, y como *contrato*: punto de vista, bajo el cual principalmente la consideramos, dejando el delito para sus artículos particulares, como los de *esclavitud*, *rapto*, etc.; si bien en uno de los dos casos del contrato, apenas este es separable del delito, y es cuando el hombre libre es vendido sin su consentimiento, ó sin adecuado consentimiento, cual sucedia en la venta de un menor.

Las leyes romanas, que, mas que ningunas, generalizaron, y bajo tales formas convirtieron en institucion la esclavitud, prohibian al mismo tiempo la venta del hombre libre; siendo notables en esta parte su laconismo, y tenor absoluto, como puede verse en las Instituciones de Justiniano, tit. 24; y en las leyes 4, 6, 34 y 70, tit. 1, lib. 18 del Digesto.

Nuestras leyes, que tambien admitian la *esclavitud*, prohibian la venta del hombre libre, desplegando sobre ello un notable rigor, muy señaladamente en la venta sin consentimiento del vendido, por la sencilla razon de que entonces al contrato se unia el delito.

En este caso, por la ley 12, tít. 4, lib. 5 del Fuero Juzgo, la venta de hombre ó mujer libre era *nula*, quedando en libertad el vendido: el vendedor pagaria *cien sueldos de oro* por pena: si era insolvente, sufriria *cien azotes*, y *quedaria por siervo* del vendido. Si el que vendia al hombre libre era siervo, sobre la *nulidad* de la venta, sufriria *doscientos azotes*, seria *marcado en la frente*, y quedaria *por siervo del vendido*.

El Fuero Real prohibia tambien la venta, en el caso que vamos esponiendo (1): el vendedor y el comprador incurrian en *pena de muerte* (2). Lo propio repitieron las leyes del Estilo (3). Por el Fuero Real, aun el proyecto, el consejo, la retencion para vender, atraian la *pena de muerte* (4).

Las leyes de Partida sostuvieron la misma prohibicion (5), y el mismo rigor. Segun ellas, si el vendedor era hidalgo, debia ser *echado en fierros*, y condenado *á trabajar toda su vida en obras del Rey*: si era hombre llano, incurria en pena de *muerte*: si esclavo seria *echado á las bestias*. El comprador á sabiendas, incurria respectivamente en las mismas penas (6).

Pero este rigor cedia, cuando el hombre libre, siendo mayor de edad, consentia en su venta: y ciertamente que, si la sociedad y las leyes fueran capaces de pesimismo, el que, solo por motivos de *lucro*, consentia en ser vendido, merecia serlo. No hay mas, sino que á la sociedad, y á las leyes en su caso, corresponde librar á la humanidad, á la libertad y á los derechos naturales, por mas ámplios y sagrados que se supongan, de sus propios escesos. El hombre, y mas el hombre en sociedad, no debe tener nunca la libertad de envilecerse; y menos con el concurso de la ley. Y sin embargo, así sucedió, atenta solo la ley á castigar á quien no podia sentir el castigo; que por otra parte no era otro que el de confirmar la venta, y por tanto la esclavitud del que queria, por meros motivos de *lucro*, hacerse esclavo.

Las leyes romanas citadas consentian es-

(1) Ley 8.ª, tít. 10, lib. 3.º y 1.ª, tít. 11, libro 4.º
(2) Ley 1.ª, tít. 14 citada.
(3) Ley 80.
(4) Ley 2.ª, tít. 14 y lib. 4.º citados.
(5) Ley 15, tít. 5.º, Part. 5.ª
(6) Ley 22, tít. 14, Part. 7.ª

tas ventas, ya que el hombre libre se vendiese á sí mismo, ya consintiera en que le vendieran. Las leyes del Fuero Juzgo daban tambien efecto á las mismas, salvo el derecho del hombre vendido y de sus padres á redimirse, ó redimirlo, devolviendo el precio(1). Lo mismo establecian las leyes del Fuero Real, entendiéndose en todos los casos antedichos, que la venta valía, cuando el hombre libre se vendia, ó consentia en su venta para *participar del precio*. Por dichas leyes del Fuero Real habia tambien lugar al rescate, aunque fuera un tercero el que aprontase el precio (2). Las leyes del Estilo autorizaban igualmente la venta consentida (3). La ley 15, tít. 5, Part. 5, prohibe la venta del hombre libre; pero otras leyes del propio código la autorizaban esplícitamente, como las romanas, cuando el hombre libre la consentia para *participar del precio* (4).

A pesar de todo, abolida hoy la esclavitud entre nosotros (véase dicho artículo), ni las leyes, ni las costumbres consienten la venta del hombre libre, en ningun concepto; aunque sea notable que el Código penal no haga un delito especial, ó espreso, de la venta del hombre libre, como esponemos en su artículo correspondiente: y con todo dicha venta está hoy reprobada, como contrato, y como delito. Cierto que el hombre contrata por largo tiempo sus servicios personales, ó para ellos se sustituye por precio en lugar de otro. Así sucede, por ejemplo, en cuanto al servicio militar, y alguna vez, por abuso del lenguaje, que lleva sin embargo un valor entendido, al sustituido se le llama *vendido*; pero ni este cae por semejante contrato en la *esclavitud*, que es el caso en cuestion; ni hay en ello otra cosa que un contrato *de obras*, y *facio, ut des*. Otro tanto hay que decir del contrato, vitalicio á veces, de chinos é indios, y de colonos europeos en nuestras Antillas, y otros puntos de América. Y de todos modos, cualquiera que sea en esta parte el uso ó el abuso, hoy debe sostenerse, como inconcuso, que en los dominios españoles no es vendible el hombre libre, ni por medio de contrato, ni sin delito.

Una cuestion salta aquí á la vista. ¿Cómo, segun las leyes, es válida la venta de *cosa ajena*; y no lo es la del hombre libre? La razon pareceria ser de alta dignidad; pero esta razon desaparece, cuando vemos, que segun las propias leyes, era nula tambien la venta del esclavo ajeno. Seria una razon tambien la de que el hombre libre no era cosa que estaba en el comercio de los hombres; pero, en primer lugar, estaba en dicho comercio, ó era *vendible*, cuando él lo consentia para participar del precio; y en segundo, el esclavo estaba, por desgracia, en el comercio humano; y sin embargo, la venta del mismo, por otro que su señor, era nula. Parece ser la razon, en parte de dignidad humana, aunque tan poco atendida en multiplicados casos: y además, el que realmente, y por principio general, el hombre libre no estaba en el comercio humano, como otras cosas; y si se autorizaba su venta, era como un castigo y escepcion odiosa, cuando queria participar de su precio; ó por institucion de derecho público, y aun de gentes, en el caso de los cautivos y prisioneros de guerra.

En la venta ilícita del hombre libre, ni aun servia de escepcion el que hubiese sido hipotética, y á prevencion, por si llegaba á ser esclavo (1).

21. *Hijos*. Por repulsiva que, en la dignidad humana, y ante los fueros sagrados de la humanidad, sea la venta del hombre libre, lo es aun mas la de los propios hijos. Y, sin embargo, esta venta ha sido, hasta con profusion, autorizada por las leyes. Esto no podia estrañarse en una legislacion como la antigua romana, que atribuyó á los padres sobre los hijos el terrible derecho *de vida* y *de muerte* (*vitæ et necis*). Verdad es que á nadie debia recelarse menos en atribuir este derecho que á los padres; pero tambien es verdad que, efecto de lo falso de aquella civilizacion, en la

(1) Ley 11, tit. 4.°, lib. 5.°
(2) Leyes 8.ª, tit. 10, lib. 3.° y 1.ª, tít. 14, libro 4.°
(3) Ley 80.
(4) Leyes 1.ª, tit. 6.° y 1.ª, tit. 21, Part. 4.ª

(1) Ley 34, citada del Digesto.

parte moral, hubo que retirarla. Pero los hijos continuaron todavia por muchos siglos en peor situacion en este punto que los esclavos. Estos recobraban la libertad á la primera emancipacion; los hijos hasta la segunda, inclusive, volvian á recaer en la potestad del padre, que ya los habia vendido dos veces. Aun podian venderlos una vez mas; y solo entonces, si encontraban un dueño mas humano que el propio padre, adquirian la libertad. ¡Terrible y abatida era por cierto la condicion de los hijos! Por errores de legislacion, la humanidad y la familia natural no podian estar mas escarnecidas, que aqui, en las personas de aquellos, y eso con el concurso de la ley y de la autoridad de los padres. ¡Lamentable ejemplo y leccion de las civilizaciones, aun las mas ponderadas y ponderables en su género, cuando carecen de una base moral, de todo punto filosófica y sólida! Agólpase espontáneamente una reflexion, por demás atendible, en este punto: las civilizaciones, en que mas se ha proclamado, y en que mas ilimitada se creía profesar la libertad; allí es donde esta, por la causa dicha, se ha visto sometida á los mas sangrientos ultrajes.

Al fin, bajo el imperio, se modificó la legislacion romana, y se prohibió que los hijos pudieran *venderse*, *donarse*, *darse* en prenda, ni *de ningun otro modo enajenarse* (1). Despues se ordenó que por *estrema pobreza* ó necesidad podian venderse los hijos; pero solo los *sanguinolentos*, ó recien nacidos. Aun en este caso el comprador no adquiria mas que el *servicio personal*; y podian ser rescatados (2). La circunstancia de *sanguinolentos* es notable. El sentimiento seria menor, ciertamente, por la regla filosófica, *ignoti nulla cupido*: de cosa no conocida, no hay ódio, ni amor; pero era mayor la inclemencia, pues nunca el hombre necesita mas de todo, y de todos, que en ese estado; y mas de parte de los padres, que, dándole el ser, le han dado las necesidades. En otro lugar esplicamos, si los hijos podian darse en prenda.

(1) Ley 1.ª, tit. 43, lib. 4.º del Código.
(2) Ley 2.ª, id., id., id.

Entre nosotros, en unos códigos se siguió el derecho romano, prohibitivo en esta parte; ó sea la citada ley 1.ª, tit. 43, lib. 4.º del Digesto: en otros el permisivo, ya de venta, ya de prenda. El Fuero Juzgo consignó la prohibicion absoluta. «Los padres non puedan *vender* los fiios, ni *dar*, ni *empennar*: ni aquel que los recibiere, non debe haber *ningun poder sobre ellos*. Mas el que comprar los fiios del padre, *pierda el precio*: é si fueren empennados, pierda lo que dió sobre ellos (1).»

No era menos terminante el Fuero Real. «E maguer que el padre haya gran poder sobre los fijos, non queremos que los pueda *vender*, ni *empeñar*, ni *dar*: é quien contra esto los comprare, ó los recibiere en peños, *pierda el precio*, é los fijos *no hayan ningun daño*: é si fuere dado, *el donadio no vala* (2).»

Muy otro fué el derecho de Partidas: y ciertamente que, cuando por ellas se permitia al padre *comer al hijo*, en cierto caso de estrema necesidad, no era sino muy lógico, aunque ni uno, ni otro plausible, que lo pudiera vender y empeñar. No hay esplicacion, ni justificacion en que las Partidas, el racionalísimo autor del admirable código, renovasen la abolida legislacion romana sobre la venta y empeño de los hijos, y aun la agravaran. Y en efecto, por la ley 8.ª, tít. 17, Part. 4.ª, «Vejado seyendo el padre de *gran fambre*, é habiendo *tan grand pobreza, que non se podiere acorrer dotra cosa*, entonces *puede vender, é empeñar sus fijos*, porque haya de que comprar que coma.» Y como los falsos principios no están, porque no pueden estar, á prueba de raciocinio, la ley dá por razon, que con la venta del hijo pueden librarse de la muerte el hijo y el padre: y que si segun fuero antiguo de España, el padre, que está encargado por el Rey de la guarda de un castillo, puede *comerse* al hijo en caso de hambre, antes que rendir aquel al enemigo, mejor podrá vender al hijo. La ley añade aun, que la madre no puede en esto lo que puede el pa-

(1) Ley 11, tit. 4.º, lib. 5.º
(2) Ley 8.ª, tit. 10, lib. 3.º

dre. ¡Difícil sería hallar el fundamento filosófico de estas razones! Gregorio Lopez reconoce que en el homicidio del hijo hay violencia hasta de la ley del Decalogo; y que, si bien en el caso propuesto de la defensa del castillo, el padre puede matar al hijo, nunca por causa de hambre meramente. Segun la ley 2 del propio título y Partida, el padre podrá redimir siempre al hijo vendido, ó empeñado, habiendo de abonar en su caso, al comprador, ó prestamista las mejoras de haber enseñado al hijo algun oficio.

La base general, sin embargo, en que descansaba la legislacion romana para la venta y empeño del hijo, ha variado; y mas bien desaparecido, hace siglos. Era *la pátria potestad romana:* género de soberanía doméstica, tan peculiar de los romanos, que ningun otro pueblo la tuvo antes, ni la tenia en su tiempo, segun ellos mismos se gloriaban en proclamar: y si despues algunos pueblos continuaron con las leyes romanas, ó las adoptaron, cuando ya el pueblo Rey dejó de serlo, aun bajo la sombra y últimos destellos del imperio, fué mas ó menos atenuada. Los hijos, por tanto, recobrando sus fueros naturales, fueron *personas;* dejando de ser meramente *cosas,* respecto de los padres y de todos. Hay además, que ni por la moral, ni por la ciencia legislativa, ni por las leyes, los hijos, ni *sanguinolentos,* ni en otro estado, pueden ser *vendidos, empeñados,* ni mucho menos *muertos,* por ningun género de necesidad, ni de deberes políticos, que de hecho no serian otra cosa que una conculcacion de los deberes, y de los derechos naturales.

Notarémos, en conclusion, que en virtud de los progresos de la ciencia legislativa, y del nuevo sistema de codificacion, las multiplicadas disposiciones, que constituirian delito, y se hallaban interpoladas en la legislacion civil, como la venta de hijos, del hombre libre y otras, han de buscarse hoy en los códigos penales: y si en ellos no se encuentran, es que tales hechos están hoy de otro modo apreciados, salvo la pena civil, á que, como hechos coincidentes en los contratos, y otros actos obligatorios, puede haber lugar.

22. *Comestibles, y otros artículos de consumo diario: primeras materias: efectos de artes y manufacturas.* Son innumerables las leyes recopiladas, y disposiciones posteriores aunque anteriores al año de 1854, que, en cuanto á las especies indicadas y otras análogas, como en punto á *higiene y salud pública,* á *reventa* y *logrería, leyes suntuarias,* etc., establecen prohibiciones, ya absolutas, ya temporales: las cuales todas han de considerarse derogadas ó reformadas y refundidas por las modernas disposiciones, que han de examinarse en cada caso, como nosotros las examinamos en los artículos particulares correspondientes.

23. *Beneficios eclesiásticos: cosas espirituales.* No han de confundirse con los *bienes eclesiásticos,* en el sentido legal y usual de la palabra, de que ya antes hemos hablado, suponiéndolos alguna vez *vendibles,* en la forma y por la autoridad establecida por los cánones. Los *bienes eclesiásticos,* en el sentido dicho, son cosas temporales *espiritualizadas;* los *beneficios eclesiásticos,* propiamente tales, son esencialmente *cosas espirituales.* En su venta, fuera por la autoridad que quisiera, habria siempre *simonía,* lo que demuestra que de ninguna manera son vendibles. En ese concepto son tambien invendibles todas las demás cosas espirituales. En los beneficios, sin embargo, hay que distinguir dos cosas, á saber: el *quid spirituale,* ó como hemos dicho en el usufructo, el *derecho;* y los *frutos* ó *emolumentos,* ó sea el disfrute material de los fundos: aquel *derecho* es el *inenagenable;* estos pueden *beneficiarse,* como todas las *rentas eclesiásticas.* Véanse **COSAS ESPIRITUALES: ESPIRITUALIZAR: BIENES ECLESIASTICOS: BENEFICIOS: CAPELLANIAS: PATRONATO** y demás análogos.

APÉNDICE 1.°

Derecho moderno comparado.

De las legislaciones modernas, por lo que hace á la clasificacion general de las *cosas,* unas siguen á la romana: otras las consideran de un modo totalmente práctico, empezando la division por la de *muebles é inmuebles:* otras, en fin, adoptan un término me-

dio, que coincide con nuestra opinion en este punto, estableciendo que son *enagenables* las que son *apropiables*, ó *que pueden constituir propiedad*, sobre todo lo cual véanse nuestros artículos **cosas**: **enajenacion**.

En punto mas concreto al presente párrafo, hé aquí el resúmen comparativo.

Código francés. Todos los bienes son *muebles* ó *inmuebles* (art. 516). Puede ser *vendido* lo que está en el comercio de los hombres, si por leyes particulares no está prohibida su enajenacion (1598). «Solo las cosas, *que están en el comercio*, pueden ser objeto de las convenciones» (1128).

De Baviera. La venta de cosas, que no están *en el comercio de los hombres*, es *nula*: si el no estar la cosa en este comercio proviene, no de su naturaleza; sino de una ley, y el comprador ignora esta ley, tiene derecho á reclamar daños y perjuicios (cap. 4, libro 4). Pueden ser objeto de venta todas las cosas no prohibidas de serlo (art. 1, cap, 2, lib. 4).

De Cerdeña. Como el francés.

Dos Sicilias. Todas las cosas, que *pueden ser objeto de propiedad pública, ó privada*, son muebles, ó inmuebles (439). Solo pueden ser objeto de contratacion las que están en el comercio humano (1082).

Haiti. Como el francés.

Holanda. «La ley comprende bajo la denominacion de bienes *todo lo que puede ser objeto de propiedad*» (153). No es enajenable lo que no está en el comercio humano (1568).

Luisiana. «La palabra *bienes* espresa *todo lo que constituye la fortuna de los particulares*» (439). «Las cosas son comunes ó públicas» (440). Las cosas comunes son aquellas de que todo el mundo se puede servir, conforme á la costumbre, como el aire, el agua, la mar y los rios» (441). «Las disposiciones de las antiguas leyes, relativas á la distincion de las cosas, en *cosas santas, sagradas*, y *religiosas*, y á la *inalienabilidad* de estas cosas, *quedan abolidas*; y nada impide que los cuerpos ó *congregaciones, á que pertenezcan, puedan enajenarlas*, con tal que sea con sujecion á la forma y restricciones prescriptas en los títulos respectivos de incorporacion» (416).

Vaud. Como el francés.

APÉNDICE 2.°

Proyecto de Código civil.

»Las cosas, *que pueden ser objeto de propiedad*, son bienes muebles é inmuebles» (art. 379).

»Pueden ser objeto de los contratos todas las cosas *que no estén fuera del comercio de los hombres*, aunque sean futuras» (944).

§. 2. *De la cosa vendida.*

En el supuesto ya de que la cosa, objeto de la compra venta, *sea vendible*, al tenor de lo manifestado en el párrafo anterior, desde que hay conformidad acerca de ella y del precio, y puede, por tanto, decirse que hay *cosa ajustada*, el contrato está realizado, ó *perfecto*, y ya hay *cosa vendida*: estado, en que, respecto de ella, surgen nuevas y peculiares cuestiones, sobre su naturaleza, calidad, cantidad, identidad, efectos legales del contrato en cuanto á la misma, usufructo etc. Las que hemos creido merecer mayor esplanacion, las tratamos, ya en párrafos, ya en secciones particulares, como se vé en el sumario de esta parte doctrinal; las demás en el párrafo presente y sucesiva numeracion.

1.° Si sola la cosa *vendible* puede ser objeto del contrato; y si al tenor de lo espuesto en el párrafo anterior, no es *vendible* lo que *por la naturaleza*, ó *por la ley* no está *en el comercio humano*, ó no lo está *libremente*; y por consecuencia no lo está para todos, ni en todos los casos; quiere decir que la cosa *vendida*, para el efecto de la legalidad de la venta, ha de ser examinada bajo todos estos conceptos: de donde nacerá que el contrato sea *válido* ó *nulo*; *lícito* ó *ilícito*, y aun *punible*. Así la cosa *imposible* está fuera del comercio humano, *por la naturaleza*: la de *ilícito comercio, por la ley civil*: la que contituye un objeto y contratacion *inmoral, por las leyes* asimismo, y además por la *moral*, y las *buenas costumbres*.

«*Omnium rerum, quas quis habere*, vel *possidére*, vel *persequi* potest, *venditio rectè fit*: quas verò *natura*, vel *gentium jus*, vel *mores civitatis, commercio exueruni, earum nulla venditio est.*» (Ley 54, tít. 1, libro 18 del Digesto.)

2.° Por hallarse la cosa *en el comercio humano*, no ha de entenderse, sin embargo, que, como parece á primera vista, y segun el tenor literal de las palabras, siempre la *cosa vendida* ha de ser *conocida en sí*, y *en el mercado*, ó en las transacciones sociales. Por el contrario, puede tratarse de un objeto, ó producto *de todo punto nuevo*, respecto al ménos de las personas, ó del mercado, en que se ofrece: de lo que cada dia suministran ejemplo, con nuevos productos, las ciencias, las artes, los viajes. Y ciertamente, todas las cosas enajenables, conocidas hoy, vinieron al comercio humano por la primera vez. Muchas, por tanto, se hallan y hallarán cada dia en el propio caso: y con tal que no haya, respecto de ellas, prohibicion legal; no individual, pues esa no puede ser tratándose de un producto, ó sustancia antes no conocidos; pero, ni prohibicion *genérica*, ni *específica*, la nueva mercancía, para los efectos de la contratacion, y por tanto del presente artículo, está *en el comercio de los hombres*. Así viene sucediendo en nuestros dias con infinidad de sustancias, nuevamente conocidas, y ofrecidas por primera vez al tráfico; como en los últimos años, los metales, y metalóides; *platino*, *nikel*, *yodo*, y mas recientemente, y por medios bien singulares, son ya, ó serán ofrecidos, el *cesio*, el *rubidio*, el *thalio*, etc.

Empero, si al presentarse por primera vez á la contratacion la nueva sustancia, constaba ya al *oferente* y *adquirente*, ó por lo ménos al uno de ellos, por ciencia, por esperiencia, de oidas al inventor, compañeros de viajes, etc., que aquella estaba dotada de alguna cualidad nociva, la enajenacion está prohibida, porque *genéricamente* lo está la de *venenos* y sustancias *nocivas*, que solo de cierto modo, y no libremente, pueden enajenarse.

3.° La cosa vendida ha de ser *propia* del vendedor: lo cual, siendo una verdad, necesita, sin embargo, esplicacion. Los autores establecen y resuelven así la presente cuestion: «La alhaja ha de ser propia del vendedor; y no siéndolo, ha de tener poder de su dueño para enajenarla; pues de lo contrario, aunque vale la venta, habiendo buena fé en el comprador, y puede con el tiempo prescribirla; no obstante, tiene accion su dueño para reivindicarla y demandarla en el término legal, donde quiera que estuviese (1).» Ciertamente aquí se reproduce la idea, consignada por nosotros en la definicion de la compra-venta, relativamente al efecto pleno, ó mas completo del contrato, que es la adquisicion incuestionable y segura de la cosa comprada; y que solo es tal desde luego, y salvo incidentes posibles en todo contrato, cuando el vendedor es dueño de lo que vende.

Pero además, aquí la circunstancia de que la cosa haya de ser *propia*, se trae á propósito de la diferencia entre la venta de *cosa propia* y la de *cosa ajena*; siendo el resultado en doctrina, que, así como, cuando en concepto de *propia* se vende una cosa que lo es, el contrato no adolece de vicio en este punto, ó sea por parte de las facultades del vendedor; así, por el contrario, si se vende como *propia* una cosa que realmente es *ajena*; ó espresamente *como ajena*, pero sin presentar poder del dueño, ó bien en virtud de facultades no completas, ni expeditas para vender, como las de un tutor ó curador, si no interviniere además la autoridad judicial; si se vende, en fin, como *furtiva* la cosa *furtiva*; siempre la venta es de *cosa ajena*, y véase luego el §. 3, y los artículos **COSA AGENA** y **COSA FURTIVA**. No hay que decir que en estos casos el verdadero dueño á nada queda obligado: la cuestion será entre los contrayentes; y en todo caso, al comprador interesa examinar lo que compra, y con quién y cómo contrae.

4.° La cosa ha de ser *cierta* ó *determinada*. Y como solo así puede darse el adecuado consentimiento acerca de ella, la *cer-*

(1) Febrero, por Tapia, lib. 2, tít. 1, capítulo 2, núm. 5.

teza de la cosa y el *consentimiento* se ligan íntimamente, sobre lo cual véase el §. 1.° de la seccion 5, fól. 581, donde hemos tratado del consentimiento en la cosa.

Ahora diremos que la cosa ha de ser *cierta*, ó *determinada*, en el sentido y para los fines de la contratacion; ó, lo que es lo mismo, ha de ser *susceptible de ser entregada*, ó *trasmitida*, segun que sea material ó inmaterial: y para estos fines ha de ser *demostrable* ó *identificable*, en caso de cuestion, por los medios probatorios del comercio humano y del derecho.

Desde luego se vé que es tal la importancia del requisito espresado, que de él pende, en su caso, que el contrato sea eficaz ó ilusorio. *Te vendo una cosa, un animal, un mineral, lo que tú sabes, lo que sabemos los dos*, etc. No espresando mas, ni la cosa es *susceptible de entrega*, ni *identificable* en caso de cuestion. ¿Qué medio habria de identificar lo que el vendedor tenia en su pensamiento íntimo, cuando trataba; y lo mismo lo que tenia el comprador; y que lo que el uno entrega para consumar el contrato, y el otro se resiste á recibir, negando que eso sea lo ajustado, es, sin embargo, lo ofrecido y lo convenido? Semejante convencion, lejos de ser séria y formal, para merecer el favor de la ley, es informal é imaginaria; siendo aplicable á la misma la sentencia de la ley romana: *Nuda, et imaginaria venditio, pro non facta est.* (Ley 53, tít. 1, lib. 18 del Digesto.) Y aun, por parte del resultado, *las cosas*, segun otro principio del propio derecho, *recaen en un caso en que no hubieran podido empezar*: en el de falta radical de cosa, siendo, por tanto, aplicable así mismo la prescripcion romana, y que lo es de todos los derechos: *Nec emptio, nec venditio, sine re, quæ veneat, potest intelligi.* (Ley 8, tit., lib. y Código antes citados.) Dura es la consecuencia; pero, ¿qué tribunal podria llevar á efecto un contrato así? ¿Qué tribunal declararia que tal contrato habia sido realizado con la seriedad, ritualidad y demás requisitos de la ley? Y ciertamente: siendo base cardinal de la compra-venta que la *cosa*, el *precio* y el *consentimiento* son de esencia del contrato, no es sino una consecuencia inflexible de este principio, el que falte el contrato, cuando *originaria* y *cardinalmente* falta alguno de estos tres requisitos. Y decimos *originaria* y *cardinalmente*, ó sea en la forma espuesta en el presente número, porque no es lo mismo faltar ó no ser posible la entrega por accidente, v. g., por haber perecido despues de la *perfeccion* del contrato; por ser ajena la cosa, y no haberla podido adquirir el vendedor para entregarla, etc.; que faltar natural, ó legalmente, al tiempo de la *perfeccion*, como falta, cuando es indeterminada, incierta ó imaginaria (*nuda, et imaginaria venditio*), al tenor de lo que queda espuesto. De todo ello se deducen, y son para muy tenidas en cuenta las reglas siguientes:

Primera: no siendo susceptibles de entrega, como queda manifestado, los *géneros* y las *especies*, nudamente tales, sin enunciativa, ni circunstancia, espresa, ó subentendida, que los traiga al individualismo, la cosa vendida no ha de ser nudamente *genérica*, ó nudamente *específica*; sino *individua*, segun lo ya insinuado, ó *individualizable*. Sucede lo primero, cuando nada ulterior se necesita para determinar la cosa, como, por ejemplo, en los casos *demonstrativos* ó de cosa presente: te vendo *este, ese, aquel caballo*: cuando la cosa es única en su clase, como el *diamante Regente, las termas de Neron, el soto de Roma*: cuando de su clase no tiene otra el vendedor, como *mi quinta, mi caballo, mi lagar*: y últimamente, cuando interviene nombre propio, como *mi caballo Céfiro, mi yegua Zoraya.*

Sucede lo segundo, ó la cosa es *individualizable*, cuando, no obstante los datos ó enunciativas particulares, ó de individualidad, espresadas al ajustar, hay algo aun que practicar para completar lo *cierto* ó *determinado* de la cosa; pero algo realizable y previsto, embebido, ó tácitamente contenido en el contrato, por ser cosa comprendida en las formas usuales y acostumbradas en el tráfico: por ejemplo: te vendo *cien fanegas de trigo de primera calidad*; *de trigo de recibo*, ó *de dar y tomar*: *el mejor de mis caballos, etc.*

«La *medida* en el trigo, y el *juicio pericial*, en caso de contienda, completan aquí la *determinacion*, *individualizan* la cosa.

A veces es aun mas lacónica la forma del contrato, en las cosas que se cuentan, pesan ó miden: se espresa solamente el número, ó la medida; pero la calidad *ordinaria*, ó *comun* de la cosa se subentiende. ¿Me vendes, se dice á un cosechero, *cien fanegas de trigo á tal precio*? Te las vendo. Así tambien se hacen con frecuencia los arriendos de tierras: te arriendo mi heredad *á carga de trigo por carga de tierra*: *me conformo*. Sin mas espresion, y por una condicion tácita, *moral* y *legal* de todos los contratos, el trigo habrá aquí de ser *de recibo*, esto es, *seco*, *limpio y de buena calidad*, como si espresamente se hubiera estipulado así.

Alguna ley romana pareceria contrariar esta doctrina: «Hácese la estipulacion de dar »*trigo*, dice la 94, tit. 1, lib. 45 del Digesto. »La cuestion es de hecho, no de derecho. Si »se estipuló la *calidad*, esto es, el *género* y la »*medida*, así se tendrá por espresamente es»tipulado; pero si, siendo la mente del estipu»lante espresar el género y la medida, no lo »espresó, *nada se ha estipulado, ni siquiera »un celemin de trigo*.»

Pero, en primer lugar, se trata en esta ley de la estipulacion con una *fórmula estricta* de términos recíprocos, cosa no vigente entre nosotros; y en segundo, ni aun entre nosotros habria en dicho caso compraventa, ni estipulacion exequible. Nosotros hemos dicho, que, habida consideracion á las circunstancias respectivas de comprador y vendedor, propuesta por un traficante en granos á un cosechero la venta de trigo, la costumbre del tráfico, las leyes tácitas de legalidad y moralidad, que se subentienden en todo contrato de buena fé, como son todos ya entre nosotros, suple, en casos dados, la espresion de la *cualidad* de la cosa: pero no hemos dicho que supla la *medida*, única circunstancia que en tales casos hace *individualizable* la cosa; no habiendo, por tanto, contradiccion alguna entre la doctrina asentada, y la ley romana. El trigo será aquí *de recibo*, y la medida individualiza la cosa, separando así el grano comprado, del acervo indefinido, que encerraba el granero.

Por lo demás, las leyes romanas entendian y aplicaban la cualidad de *individua* ó *individualizable* de la cosa, del propio modo que la dejamos espuesta: «Certum es, cujus *species*, vel *quantitas*, quæ in obligatione versatur, aut *nómine suo*, aut *demonstratione*, quæ nóminis vice fungitur, *qualis quantaque* sit, ostenditur. Nam et Pedius... nihil referre ait, *proprio nómine* res apelletur, an *digito ostendatur*, aut *vocábulis quibusdam* demonstretur, quatenus mutua vice fungantur, *quæ tantundem præstent*.» (Ley 6, tit. 1, lib. 12 del Digesto.)

Hay que notar que los romanos tomaban alguna vez, ó parecian tomar, el género por la especie, y la *especie* por el *individuo*. Así tenian *legados de especie*: así era para ellos un principio, *debitor speciei*, *re peremta liberatur*, etc. Y como, segun lo espuesto, no puede perecer lo que no tiene existencia *individual*, es claro que aquí la *especie* habrá de tener tal existencia; y no la tenia, siendo *nuda especie*; sino *especie determinada*, esto es, una cosa *individua*, ó *individualizable*. Así no pereceria, *animal*, que es *nudo género*: no pereceria *caballo*, que es *nuda especie*; pero *mi caballo Céfiro*, *el mejor de mis caballos*, aquel individuo omnímodamente y desde luego; y este *individualizable*, pueden perecer, como pueden entregarse, *en especie*; pero en especie *determinada*, en especie *en concreto*, y por tanto *individualizada*.

Hay que notar asimismo que, en las últimas voluntades, la doctrina tiene mas ámplia aplicacion. No se trata allí originariamente, sino de la conformidad de una voluntad, que es la del testador; en la compraventa, por el contrario, de dos voluntades, que han de coincidir, en el acto de la perfeccion, en *la misma cosa*, y bajo *el mismo punto de vista* (*consensus in idem placitum*): solo así puede comprenderse, publicarse, y sostenerse jurídicamente el *asentimiento legal*, que, como esencia del contrato, ha de ser *en la cosa* y *en el precio*.

Es la *segunda regla*: que lo *cierto* y *determinado* en el órden puramente filosófico, no

es lo cierto y determinado en el órden de la contratacion. Allí comprende cuanto existe en el universo, corpóreo ó incorpóreo, apropiable ó no; en la contratacion solo las cosas que están, ó pueden llegar á estar, en el comercio de los hombres.

Tercera regla: la certeza, acerca de la cosa, ha de ser *recíproca*, y *correlativa* á todas las personas que hayan, en su caso, de intervenir legalmente para el cumplido efecto del contrato. Será, pues, mútua, *ó recíproca* entre comprador y vendedor; y *correlativa*, ó estensiva, á su vez, al *juez*, á los *testigos*, y á los *peritos*.

Cuarta, en fin. Cuanto queda espuesto sobre que la cosa haya de ser cierta y determinada, es para en el caso de cuestion sobre el cumplimiento del contrato; pues, si las partes no dudan; si, aunque duden, no deducen su reclamacion, sino que se entienden, su conformidad recíproca es ley entre ellos. La razon es clara: si las partes se entienden, sin promover cuestion judicial, nada hay que decidir; no hay que hacer aplicacion del derecho que nadie reclama.

Puede así suceder que un contrato, en que la cosa no fuese cierta, ó determinada al contraer, lo cual lo haria nulo, convalezca, sin embargo, concertándose las partes al tiempo de la entrega. Para la sociedad, para la ley, para los tribúnales, es lo mismo. Las partes lo quieren: se han entendido, repetimos, no reclaman, y es aplicable el principio general, *scienti ac volenti nulla fit injuria*.

Pero ¿sucederá por la inversa, que, aun cuando la cosa haya sido cierta, ó determinada al contraer; si despues, al haber de perfeccionar el contrato, disiente el comprador, sosteniendo que la cosa que se le entrega no es la ajustada, ó que él entendió ajustar otra, falle el contrato, ó, sin mas, haya de declararse *nulo*? Si hubiéramos de estar al tenor de la ley del caso (ley 20, tit. 5.°, Part. 5.ª, así sería: pero seguramente esta dijo mas de lo que queria decir, á menos de no desconocerse para esta cuestion todos los buenos principios de derecho, y aun todos los derechos.

«Otrosí decimos, que si *desacordassen* en la cosa sobre que fué fecha la vendida, *non valdria*. E eso seria, como si el vendedor dijese le habia vendido una viña, ó una pieza de tierra, que era en algun lugar, señalándole; é el comprador dijese que non habia entendido de aquella, mas de otra que señalase en otro lugar; ó si dijese que le habia vendido un siervo, señalándolo por su nome; é el comprador dijese que non entendiera de aquel, mas de otro que habia otro nome.» Gregorio Lopez no hace comentario alguno á esta ley. Por tanto basta, segun su tenor literal, el *desacordar* los contrayentes, despues de la perfeccion del contrato, para que el contrato sea *nulo*: y bien puede tenerse por cierto, que en una gran parte de los contratos *desacordaria* el que tuviera interés en ello. Despues de eso, la negativa del uno valdrá tanto como la del otro: ¿por qué razon valdria la del comprador para anular el contrato, y no la del vendedor para tenerlo por válido? Pero la verdad es que la negativa recíproca no puede dar desde luego la nulidad; sino presentar cuestion, que el criterio judicial resolverá. Los dos contrayentes alegan un hecho susceptible de prueba: un hecho que no es *simple* é *interno* meramente; sino tambien complejo y esterno. Si la cosa se determinó por el *nombre*, *clase*, y *radicacion*, como en el ejemplo de la *viña*, ó de la tierra labrantía de la ley, la apreciacion jurídica de estos hechos, y de las manifestaciones correlativas y actos simultáneos y subsiguientes de las partes, dará su verdadero valor legal. Como se pruebe que quisieron obligarse, así se entenderán obligados. Si todo ello no obstante, la duda fuese insoluble, aun en juicio; únicamente en ese caso será nulo el contrato: no por la mera manifestacion ó desacuerdo de las partes, cerrado ya el ajuste; sino por declaracion del tribunal; y declaracion inevitable, por el principio que dejamos sentado y espuesto en este número, esto es, por que la cosa no es realmente *individua*, ó *individualizable*; ó lo que es lo mismo, *cierta*, ó *determinada*. Bien podrá suceder que las partes no deduzcan su accion en juicio: entonces sin duda ninguna que queda ineficaz el contrato, desaparece, no hay contrato sosteni-

ble; pero no precisamente porque sea radicalmente *nulo*; pues puede serlo, y no serlo, segun las circunstancias del caso, lo cual solo puede apreciarlo legalmente, y declararlo el criterio judicial; sino porque las partes, no obstante discordar, en cuyo supuesto es evidente que no podrá realizarse la entrega, han desistido, dejando de recurrir á los tribunales.

El rigor del derecho autoriza todavía á proponer una cuestion. Siendo esencial la *cosa* en la compra-venta, no hay duda, que por esta razon, cuando omnímodamente faltase cosa, tampoco habria compra-venta. Queda así evidenciado; y aun añadiremos la terminante prescripcion de nuestras leyes: *Non se puede vender la cosa que non es*, (Ley 14, tít. 3, Part. 5.). Pero ¿falta lo mismo la cosa, cuando no se espresa siquiera en el contrato; cuando, aunque se esprese, no existe *in rerum natura*, ni se espresa que exista; cuando no es *determinada*, ni por tanto *demostrable*, é *identificable*, en caso de cuestion; y cuando, aun espresándose, determinándose, existiendo realmente, se prueba en juicio que el vendedor entendia de una cosa, y el comprador de otra, por lo cual falta el *consentimiento* sobre una cosa misma, que es el que se requiere, y es esencial al contrato? Por parte del resultado es lo mismo, y del resultado se trata: y como en tales casos la cosa no es *estimable*, no solo no será posible entregarla ó hacerla entregar; pero ni aun su *estimacion*. Así, la falta absoluta del efecto legal evidencia la falta absoluta de contrato exequible; resultado legal necesario de faltar, en algunos de los casos espresados, el requisito esencial de *cosa*, y en otros el de *cosa*, y *consentimiento mútuo*.

Diremos aun en conclusion que, si siempre lo *cierto*, ó *determinado* de la cosa, que se vende, ha sido requisito indispensable del contrato, en la manera, en que queda espuesto, hoy lo es mucho mas, en cuanto á *inmuebles*, cuando en virtud de la legislacion hipotecaria, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el contrato ha de reducirse á escritura pública; y cuando en este punto son tan estrictas y de tal trascendencia las prescripciones de la ley vigente hipotecaria de 1861.

Porque, en efecto, segun ella, y ha de tenerse muy presente en las ventas, y sus escrituras, se inscribirán en el Registro «los títulos traslativos del dominio de los inmuebles, ó de los derechos reales, impuestos sobre los mismos» (art. 2.°), y ya las ventas se realicen en el reino; ya en el estranjero (artículo 3.°).

Toda inscripcion espresará: «la naturaleza, situacion, medida superficial, linderos, nombre y número, si constaren, de los inmuebles: la naturaleza, valor, estension, condiciones y cargas de cualquier especie del derecho que se inscriba: la naturaleza, estension, condiciones y cargas del derecho sobre el cual se constituya el que sea objeto de la inscripcion...» (art. 9.)

Los instrumentos públicos, que deban inscribirse «espresarán, por lo menos, todas las circunstancias, que bajo *pena de nulidad*, debe contener la inscripcion, y sean relativas á... las fincas, y á los derechos inscriptos.» (Art. 21.)

«Las inscripciones de los títulos, espresados en los arts. 2 y 5, á escepcion de la hipoteca, *serán nulas*, cuando carezcan de las circunstancias comprendidas en los números 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 8 del artículo 9...» (Artículo 30.)

Y se entiende que carece la inscripcion de alguna de aquellas circunstancias, no solo «cuando *se omita* hacer mencion en ella de todos los requisitos, espresados en cada uno de los mismos artículos ó números; sino tambien cuando se espreseu con tal *inexactitud*, que *pueda ser por ello el tercero inducido á error sobre el objeto de la circunstancia misma*, y perjudicado además en su consecuencia... Cuando la inexactitud no fuere *sustancial*, conforme á lo prevenido en el párrafo anterior, ó la omision no fuere de todas las circunstancias, comprendidas en algunos de los referidos números ó artículos, no se declara la nulidad, sino en el caso, en que llegue á *producir el error*, y el *perjuicio*.» (Art. 32.)

Preciso es ahora notar que en virtud de tales disposiciones, es poco consignar que la cosa vendida haya de ser *cierta* ó *determinada*, en los términos que siempre se entendió; sino que hoy ha de serlo en la forma precisa que detalla la Ley hipotecaria. La antígua doctrina, sin embargo, tiene todavía aplicacion en el pacto, ó promesa de venta; y en la venta puramente consensual, que ha de consignarse en escritura, y que por tanto precede á ésta.

Ha de notarse, por último, que á la cabeza del presente número hemos espresado en disyuntiva; y no copulativamente, como otros escritores, las circunstancias de haber de ser la cosa *cierta* ó *determinada*; por que, respecto de las personas, que juzgan de una cosa, lo que es cierto es determinado; y lo que es determinado, es cierto. Cualquiera de las dos enunciativas espresa lo mismo. Pero como no es infrecuente espresar los dos conceptos copulativamente, véanse sobre el particular los artículos **CERTEZA**: **CIERTO**: **DETERMINADO**. Véanse tambien, en cuanto á todo el número, los de **GENERO**: **ESPECIE**: **INDIVIDUO**.

Puede aun ocurrir una objecion práctica. En el saneamiento ha de darse *otra cosa, tal y tan buena*, y que no se designó al contraer, ni por tanto es conocida antes del caso: y mal podrá ser *cierta* ó *determinada* en el contrato. Cierto que no lo fué directamente; pero lo fué en referencia, ó relacion á la cosa contratada, pues con relacion y comparacion á esta, ha de ser estimada la del saneamiento *tal*, y *tan buena*, ya por conformidad de las partes, lo que basta en principios, ya por decision judicial, prévio juicio pericial, en tal caso, y siempre se salva el principio. Véase **SANEAMIENTO**, y la seccion 13 del presente artículo.

3.° Si la cosa vendida deja de existir, antes de la *perfeccion* del contrato, será éste nulo, ó válido, segun que la cosa haya perecido toda, ó solo una parte, y segun que los contrayentes lo supiesen, ó no. Trata del caso la ley 14, tít. 5, Part. 5, tomada, casi á la letra, de la 57 y 58 del tít. 1, lib. 18 del Digesto. La síntesis de la ley era sencilla; y sin embargo, dá lugar á multiplicadas cuestiones, que, en la importancia que tiene, y que nos hemos propuesto dar al artículo **COMPRA-VENTA**, no podemos menos de recorrer, ciñéndolas, para mayor precision, al texto de la ley, en los seis casos que la misma contiene.

Primer caso de la ley «Vendiendo un home á otro, dice la misma, *casa, molino* ó *otro edificio* cualquier, si lo que así vendiese fuese *derribado*, ó *quemado*, ó *destruido en alguna otra manera, non lo sabiendo el comprador, non valdria la vendida*, magüer aquel que lo vendiese, cuydase que era sano *cuando lo vendiese, ó non supiese* que era quemado, ó derribado. Eso mesmo decimos que sería, si le vendiese algunos árboles, que fuesen en esta misma manera, que fuesen en otro logar; que *non valdria la vendida*, si los árboles fuesen *cortados*, ó *quemados*, ó *arrancados, en la sazon que los vendió.*»

En primer lugar se vé claro, cuál es el tiempo, en que ha de desaparecer la cosa: *antes* ó *durante* la *perfeccion* del contrato. Así lo requieren los principios, y así lo indican las palabras de la ley, *cuando los vendiese*, y *en la sazon que los vendió*. Y por otra parte, si la destruccion tuviese lugar despues de la *perfeccion* del contrato, es sabido que entonces ya, el daño, como el provecho, relativo á la cosa comprada, son del comprador. Nada importará para el efecto legal, que medie mucho ó poco tiempo, desde la perfeccion del contrato, hasta que se sepa la destruccion ó desaparicion de la cosa, como puede suceder cuando ésta radique en otro lugar, que el del contrato, pudiendo ser hasta en Ultramar: se computarán los tiempos, hasta cronológica y astronómicamente, si tal fuese el caso; y el fallo judicial, si no lo hiciese el mútuo consentimiento de las partes, decidirá, si el daño ocurrió, antes, ó al tiempo de la perfeccion del contrato; ó si ya fué despues. No se pierda de vista que hablamos de la computacion astronómica, indispensable para este caso. Las *diez* en Ultramar serian las *once*, ú otra hora en España.

En segundo lugar: no obstante que la ley menciona solo *casa, molino* y *árboles*, ha de

entenderse que en ello fija la misma un ejemplo, y no un caso especial, ó una enumeracion taxativa de especies: lo uno porque media en cualquier, y cualquiera que sea la cosa ajustada, la misma razon; lo otro, porque la ley no es especial; sino comun en materia de compra-venta. Ha de entenderse, pues, que las disposiciones de la ley tienen aplicacion, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa ajustada, ya por las razones dichas, ya porque, resolviéndose el caso en *falta de cosa*, si en todos los casos, en que esto suceda, no tuviese aplicacion la ley, se contradirian por ella todas las leyes y principios generales sobre la materia; segun los cuales, siendo la *cosa*, como el *precio*, y el *consentimiento*, esenciales al contrato, falta este, cuando falta alguno de dichos requisitos: y no podrá ponerse en duda que la *cosa* faltaria, pereciendo antes de la *perfeccion*, ó al tiempo de ella, aunque no fuese *casa*, *molino*, ni *árboles*.

En tercer lugar, parece que lo esencial para la nulidad es que no lo sepa el vendedor; y sin embargo, en el rigor de los principios, habrá *nulidad*, ó lo que es lo mismo, no habrá venta, ya lo sepan, ó ya lo ignoren el uno y el otro; pues falta el *requisito esencial de cosa*, la cual no se suple aunque lo sepan ó no las partes. Y es mayor aun la repugnancia, si sabiéndolo las partes, aun se sostuviese que habia contrato. La venta en este caso seria *imaginaria*, ó una simulacion de donacion del precio, y en ninguno de los dos casos hay venta, segun la terminante disposicion de derecho: *Nuda, et imaginaria venditio pro non facta est.* (Ley 35, tit. 1, lib. 18 del Digesto.) Y aunque solo nos fijemos en que realmente falta en el contrato el requisito de *cosa*, no es el derecho menos terminante: *Neque emptio, neque venditio, potest intelligi sine re, quæ veneat.* (Ley 8, id. id.) *Non se puede vender la cosa que non es*, dice la ley misma, que estamos esponiendo.

Pero al cabo la ley menciona la circunstancia de saberlo ó no el comprador y el vendedor, y es para algo; y aun para tanto, que, segun su tenor, de ello pende la nulidad, ó validez del contrato. Ya hemos demostrado, que en esto la ley no seria sostenible, ni hay precision en su lenguaje. La nesciencia del comprador servirá para que no se le haga responsable de un contrato nulo, á sabiendas, imposibilitándose así de reclamar daños y perjuicios, segun el principio general en este caso, *scienti et volenti nulla fit injuria*; como la ciencia ó nesciencia del vendedor servirá para hacerle ó no responsable, aun por *dolo*; mas no para hacer que sea válido, sin que intervenga *cosa*, el contrato de venta.

La doctrina antedicha, sin embargo, es solo incontestable en el caso que se supone, y es cuando omnimodamente falta la *cosa*, objeto del contrato; pero hay casos, y aun en algunos de los espresados por la ley, en que aquella puede faltar toda, en la apreciacion comun; pero no faltar de todo punto. Si, por ejemplo, la *casa*, el *molino*, perecen por un terremoto, hundiéndose la tierra, nada queda de la cosa ajustada; mas si perecen por incendio, por huracan, por avenida, que deja intacto el suelo, queda el *área*: el *área* es materia de contrato, y era parte del edificio: si sobre ella sola podria establecerse válidamente el de venta, tambien puede salvarse el celebrado sobre el edificio íntegro; si bien *servatis servandis*; esto es, moderando el precio, y devolviendo el esceso proporcional.

Ciertamente que el raciocinio tiene fuerza. Los jurisconsultos romanos, sin embargo (*Nerva*, *Sabino* y *Cassio*, ley 37, antes citada, del Digesto), opinaban que sobre el área no podia sostenerse el contrato. Nuestra opinion es la misma. No ha de atenderse solo á si el *área*, aislada y sola, es, y puede ser materia de contrato, lo cual nadie puede negar; sino *si lo fué* del de la cuestion; y no lo fué ciertamente, aislada y sola; sino en conjunto y como parte integrante de la *unidad* ajustada. Se ajustó la casa, el molino; y nunca el área sola será el molino, ó la casa ajustada, y destruida; y su existencia es tal, que, no por la fuerza de las cosas, sino de la del lenguaje de contratacion, no impide en este caso, que se repute que la cosa ha perecido *toda*.

¿Pero, y si al comprador le acomodase *ex-post-facto*, sostener el contrato sobre el área

sola? Podria ciertamente, no equivaliendo á simulacion de donacion; pero eso no seria en virtud del contrato; sino de la segunda manifestacion de su voluntad. Aun en este caso habria que atender á si consintió en ello, ó no el vendedor; que ciertamente convendria, porque fácilmente convenimos en lo que nos es legalmente provechoso, si el vendedor no pedia reduccion de precio; pero si la pedia, el vendedor podria en este concepto resistir el contrato, pues le favoreceria el tenor riguroso de la ley, que en el caso, con tal de que *non supiese* el comprador la destruccion o desaparicion de la cosa, lo declara nulo.

Pero, ¿y si el comprador lo sabia cuando trataba, y no el vendedor? En este caso se sostendria el contrato, porque él queria, y pareceria querer, por el hecho solo de no reclamar de nulidad: pero si lo resistia, no habria contrato.

Segundo caso de la ley. Hasta aquí la ley, cuando perece ó desaparece todo el fundo; pero su disposicion es muy otra, cuando solo desaparece en parte. «Otro tal decimos que seria, añade la misma, si aquella cosa que asi fuese vendida, fuese quemada, ó derribada la *mayor parte* della. Mas si fuese *la menor*... estonce *valdria la vendida*. Pero deben facer sacar del precio cuanto asmaren que *vale la cosa menos*, por razon de aquello que era quemado ó derribado, *á la sazon que fuese fecha la compra*...»

A muchas consideraciones y cuestiones dá lugar la presente disposicion de la ley. Es de notar que ésta parte del supuesto, antes sentado, de que el comprador ignore la desaparicion de la cosa; y que el vendedor, ó lo ignora tambien, ó lo disimula, segun arriba dejamos espuesto; pero no asegura lo contrario, lo cual constituiria el caso de *dolo*, de que despues habla la ley. En tal supuesto la disposicion de la misma, en cuanto al comprador, es bien dura. Le impone una compra, que no entró en su cálculo. A pesar del principio de que *la cosa perece para su dueño*, y que del dueño deben ser las consecuencias perjudiciales de la destruccion ó deterioro; aquí no son para el dueño. ¿Qué mas puede él apetecer que vender un edificio deformado, y en estado, tal vez, que de poco, ó de nada le serviria, y que de seguro hallaria difícilmente quien le comprara; mientras la ley le asegura aquí la venta, cargando así las consecuencias del siniestro al comprador? Lo que parecia, no solo mas equitativo; sino aun mas justo, es que al comprador se le concediese en este caso, al menos, accion *redibitoria*. ¿Qué mayores fundamentos de justicia tiene la accion que en el derecho lleva especificamente este nombre? Allí ignoraba el comprador los vicios de la cosa; aquí tambien la destruccion parcial, que es mayor vicio. Allí, á pesar de los vicios, la cosa subsiste íntegra; aquí en virtud del suceso, no existe sino en parte; existe deformada, destruida en toda realidad la *unidad* que se ajustó. Si el vendedor ignoraba el siniestro, tambien lo ignoraba el comprador. La disposicion de la ley es todavía mas dura, si el vendedor *sabia*, y solo disimulaba la destruccion parcial.

Con todo eso, la ley dispone otra cosa. En vez de una accion *redibitoria*, deja al comprador defraudado en su cálculo de cosa íntegra, y le deja en suma una accion *quanti minoris*; no obstante que la *unidad* calculada, apetecida y ajustada ha desaparecido; en vez que en la accion especifica *quanti minoris*, admitida en su caso por el derecho, subsiste la *unidad*, aunque con sus vicios: razones todas que deben influir hasta donde sea justo, no para infringir la ley; sino para interpretarla con toda la posible equidad en los casos de que vamos á hacernos cargo.

Los autores agravan todavía mas la suerte del comprador. La ley de Partida declara la nulidad de la venta, cuando ha desaparecido *la mayor parte* de la cosa; y la sostiene cuando solo ha perecido ó desaparecido *la parte menor*. La ley no ofrece duda alguna en este punto. No la ofrece tampoco, en que la parte menor de una cosa no es, ni puede ser, su *mitad*; ó lo que es lo mismo, que la *mitad* de una cosa, ni lógica, ni jurídica, ni filológicamente, es *parte menor* de ella. Gregorio Lopez, sin embargo, en su glosa á la antedicha ley, asienta que ésta procede, en el caso que vamos esponiendo, cuando la parte destruida es la *mitad*. (*Idem, si esset dimidia pars:*

glos. 3.) Fúndase sin duda, en que así lo dice la ley romana. (*Sin vero vel dimidia pars, vel minus, quam dimidia, exusta fuerit*: ley 57 citada, tít. 1, lib. 18 del Digesto.) Pero nuestra ley, fundándose sobre la romana, tomó de ésta lo que tuvo por conveniente: su contesto es claro, y terminante: no necesita interpretacion, que destruye su sentido; y es por tanto inaceptable, y los tribunales deben desechar la interpretacion de Gregorio Lopez.

Pero la cuestion mas grave en el particular es la de determinar la correlacion, ó proporcion cuantitativa entre la parte, que perece, y la que subsiste. ¿Ha de atenderse en ello á una razon *geométrica*; ó mas bien á una razon *estimatoria de valores*, y *de fines del comprador*? El tenor de las leyes, en uno y otro derecho, y aun el de la doctrina, parece inclinarse á lo primero. La *mayor parte*, la *menor*, la *mitad* son enunciativas *geométricas*, y constituyen *correlacion geométrica* tambien: y pueden constituir asimismo, division y proporciones *aritméticas*.

Y ciertamente: ¿se trata de un crédito de *mil pesos*, que antes de la *perfeccion* del contrato de cesion ó venta de él, redujo una sentencia de grados á 500, á 250, esto es, á la mitad, á una cuarta parte? La correlacion es *aritmética*. ¿De un coto redondo, de *cien* fanegas de sembradura, de *mil* estadales cuadrados, etc.; que un terremoto ha reducido á la *mitad*, á la *tercera*, ó á la *cuarta* parte? La razon y correlacion es *geométrica*.

La cuestion en ambos casos es óbvia y fácil; no ofrece ninguna dificultad. ¿Pero suceden siempre las cosas así? Era lo ajustado un edificio: se queman varias piezas; pero las principales: sin ellas casi no tienen estimacion las demás. Las quemadas ocupaban en el espacio 4,000 piés cuadrados; las subsistentes 8,000. Aquellas sin embargo, tenian, por su importancia, estucados, etc., triple valor que estas: ¿se decidirá la cuestion por correlacion *aritmética*, ni *geométrica*? No habria en ello justicia. La razon de decidir habria de ser *compuesta*, esto es, *geométrica* y *estimatoria de valores*. Podria suceder sino que hubiera que devolver al comprador la mitad, ó la mayor parte del precio; y no habria injusticia mayor que sostener el contrato y hacerle cargar todavía con la compra.

Lo ajustado es, en fin, un acreditado establecimiento de baños minerales, con uno ó mas hoteles, jardinería y otras dependencias. Durante el ajuste, un terremoto deforma el terreno, y desaparecen las aguas, sin esperanza de poderlas hallar, ni utilizar en lo sucesivo. Todo lo demás ha quedado en pié y servible: todo ocupa un espacio diez veces mayor que los baños: ¿se determinará aquí la correlacion de partes, destruidas y subsistentes, por solo razon *geométrica*; y ni aun *geométrica* y *estimatoria de valores*? No, ciertamente, sin riesgo evidente de la justicia. La razon única de decidir con seguridad en este caso, es la *estimatoria de fines* del comprador. Este compró, y á subido precio tal vez, un establecimiento de baños, y no hoteles, que habra que cerrar, ni jardines que ya no habrá quien disfrute.

Resulta de todo lo dicho que, no obstante el tenor de la ley, y salvo siempre los términos del contrato, ó estipulacion en contrario, la razon de decidir será unas veces puramente *geométrica*; otras *aritmética*: otras *estimatoria de valores*: otras *estimatoria de los fines del contrato*: y otras, en fin, *compuesta*, ya de algunas de ellas, ya de todas, segun el caso.

Debe admitirse tambien que, aun cuando nada se estipule, si aplicadas las reglas de buena interpretacion, se deduce que el comprador no hubiera comprado sino la cosa íntegra, se invalidará el contrato. Tal es la doctrina comun de los autores, y ya se vé en cuán sólidos fundamentos se apoya. En virtud de ella, aun debemos avanzar mas; y es que, pues la cosa, segun el derecho, medra ó se deteriora para su dueño, por lo cual las consecuencias del deterioro deben ser suyas, antes que de otro; en caso de duda, antes se ha de suponer y juzgar que el comprador, que ajustó la cosa *íntegra*, la queria así, que no semi-destruida.

En lo dicho queda tambien reseñada, aunque no espuesta, otra cuestion; y es que, cuando la parte que subsiste de la cosa comprada, aunque la *mayor*, por deformacion del

terreno, en virtud de terremoto, ó por otras causas, es de todo punto inútil, y no puede reconstruirse el edificio, sino demoliendo la parte subsistente, y tal vez, habiendo de edificar en su caso sobre nueva área, por haber sido tambien ésta destruida, mas, ó menos, es, en justicia y en equidad, insostenible el contrato. Lo contrario es hacer cargar al comprador de buena fé con la *desgracia* del vendedor, que aunque lo sea de buena fé tambien, se trata de un contratiempo en una cosa suya propia, y no en cosa del comprador.

Ultimamente: hemos visto que la existencia del *área*, en el primer caso de la ley, no impide que se repute que la cosa ha perecido toda, para los efectos del contrato en dicho caso. Pero, ¿bastará ella por sí sola para constituir la *parte menor*, que, conservándose, basta, por sí sola, segun la ley, para que se sostenga el contrato? Parécenos que no, y la razon queda ya indicada. En la fuerza de las cosas, el área es seguramente parte del edificio; pero en la del lenguaje de contratacion, y para el efecto de esta ley, cuando decimos que ha perecido la casa, el molino, etc., entendemos de haber perecido el *edificio*, la obra de mano, todo *el vuelo*: y de la misma manera, cuando decimos, que se ha salvado una parte, lo entendemos de una parte del *vuelo*, del edificio, de lo *edificado*; siendo cierto que el área no está nunca en este caso; pues no es *edificada* nunca, ó nunca es *obra de mano*.

Otra cosa es para la *estimacion de valores*, al devolver al vendedor la parte de precio correspondiente á la *parte menor* de la cosa, que ha perecido; y es que el área no es parte de un edificio, antes que éste sea construido, ó despues que ya lo construido no subsiste: pero valor, siempre lo tiene.

Esto, si la cosa ajustada es *edificio*; pero, si fuese un fundo raso, como una tierra labrantía; un prado, etc., es claro que entonces desaparece la cuestion de *área*; y como que entonces el suelo no es *parte integrante* de la cosa ajustada; sino la cosa misma y *toda*, con relacion á él se apreciará si la *cosa* ha perecido en *todo*, ó parte.

Tercer caso de la ley. La *mala fé* de los contrayentes puede inducir novedad en las consecuencias, y de eso trata en seguida la ley. «Pero, *si á sabiendas* vendiese un home á otro alguna cosa, que era quemada..... *diciendo* el que la vendia *que era sana, non vale la vendida*, porque *non se puede vender la cosa que non es*; pero este que la vendió así, es tenudo de pechar al comprador *todos los daños* quel vinieren por esta razon, *por engaño que fizo á sabiendas*, vendiendo *lo que sabia que non era*.»

En este tercer caso, como en el primero, la venta es *nula*, y siempre por la misma razon: porque no hay *cosa*: *porque non se vende la cosa que non es*: cardinal y última razon, que confirma muchas observaciones antes consignadas, sobre que la nulidad del contrato proviene de este principio; y no de que las partes lo supieran ó no: circunstancia que conduce á otros fines: á los de la responsabilidad, ó no responsabilidad de ellas, como allí esponemos, y ahora se vé claro en este tercer caso.

Cuarto caso de la ley. Aun mediando dolo espreso, no que dá ocasion al contrato, como si el vendedor, sabiendo la destruccion de la cosa, asegura lo contrario; sino *incidente*, como si lo calla, sabiéndolo; si la cosa no ha perecido toda, sino en su *menor parte*, el contrato se sostiene; si bien, y salvo el menoscabo ó reduccion del precio, el dolo se castiga con los daños y perjuicios. Esto es justo, y corriente. En cuanto á la validez de la venta y apreciacion de la parte que ha perecido y la que subsiste, véase lo que dejamos espuesto en el caso segundo.

Sobre valoracion de los daños y perjuicios la ley quiere en este caso, y lo mismo habria que decir en el anterior por la propia razon, que el comprador *sea creido por su jura, con estimacion del juzgador*; lo cual no puede entenderse sino del *juramento decisorio*, y por tanto del asentimiento del perjudicado, que podrá tambien no apelar al juramento. Llégase á todo la novedad inducida en este punto por los tiempos, y por la jurisprudencia universal, de no recurrir en este, ni en otros casos al *juramento decisorio*, prefiriendo con

razon la prueba, y á su vez la valoracion judicial.

Quinto caso de la ley. «Otrosí decimos que si algun home vendiese á otro alguna cosa que fuese quemada ó derribada, *della, é non toda*; é el comprador *sopiese que era atal, é non lo sopiese el vendedor*, que estonce tenudo seria el comprador de pagar *el precio todo*.»

Limita la ley su determinacion al caso de destruccion parcial de la cosa: *de ella, é non toda*; y es que, si hubiera perecido toda, que lo supiera ó no el comprador, y que lo supieran ó lo ignoraran ambos contrayentes, no habria contrato, porque en el hecho no habia cosa, y *non se vende la cosa que non es*.

Aun en el caso de la desaparicion parcial, si tambien lo sabia el vendedor, tampoco se sostendria el contrato, por cuanto el dolo del uno, segun la espresion del derecho, se compensa con el del otro. *Si uterque sciret rem venditam pro parte esse destructam, compensaretur dolus ex utraque parte, et non daretur actio ex empto* (Gregorio Lopez, glosa 6.).

Pero lo que esplicaria bastante la pena de los dos, no parece esplicar lo suficiente la que la ley impone al comprador, de pagar *el precio todo*. Hay, sin embargo, una doble razon para ello, y es que no se concibe que calle con absoluta buena fé, y que además ofrezca á sabiendas todo el precio: por lo cual la ley no le obliga á nada que no haya ofrecido, ni querido. Además, sobre estas ó sobre otras razones, la ley lo determina.

Sesto caso. La ley, en este último caso, establece que, si la cosa se vende á la aventura, y *tal cual esté*, estipulándolo así, aunque resulte que habia desaparecido total ó parcialmente, vale la venta. Y justamente, pues que el precio habrá sido proporcional á la *aventura*, ó sea al riesgo y esperanza que entraron como parte en el contrato.

6. *Integridad de la cosa vendida: dependencias y accesorios de presente.* Siendo la cosa cierta y determinada, segun dejamos espuesto en el número anterior, no ofrecerá ya dificultad el diferenciarla de cualquiera otra; pero puede ofrecerla todavía, y la ofrece con frecuencia, el determinar la integridad ó complemento de lo ajustado: no ciertamente cuando la cosa es única, y en el supuesto de que, aun así, carezca de todo accesorio, como *este libro, esa espada, un cais de trigo, el vino que contiene esta tenaja*, etc. Tampoco, cuando, aun siendo *múltiple* ó *colectiva* la cosa, se especifican en el contrato todas las partes, ya materiales, ya inmateriales que la componen; ó el principal con todas sus dependencias ó accesorios; pero sí, cuando el conjunto se anuncia *colectivamente*, como *mi hacienda, mi herencia, mi fábrica, mi administracion de tal parte, mi villa de Villalpando y su tierra, mi lugar de Trevia con todos sus pertenecidos, mi estado de Castilnovo*, etc.

Segun ya se insinúa en el párrafo anterior, unas veces en las cosas colectivas hay una que es *principal*, ó hace veces de tal, y las demás son ó se reputan *dependencias* ó *accesorios*, como *tal villa y su alfoz, los caseríos* y sus dependencias, *tal monte* ó *finca* y *sus agregados*. Otras veces todas las partes componentes son ó se reputan principales, ó no dependencias unas de las otras; como *mis tierras, mis viñas, mis heredades de tal parte*.

Las cosas componentes del todo ajustado son además, ó materiales, como en la mayor parte de los ejemplos, antes espresados, ó *incorpóreas*, como los derechos; esto es, servidumbres, pastos, abrevaderos, derechos, en fin, de cualquier género.

Sucede en ocasiones que las dependencias ó accesorios están unidos al principal *por la fuerza de las cosas*, esto es, por *necesidad de uso*, ó de *fin industrial* ó *social*, y en términos que el principal seria inútil, sin aquellas, para su destino ó servicio, como *las presas de un molino, los establos de un parador* de tragineros, las *paneras* de un almacen de granos. Nada importa para la cuestion el que dichas dependencias, las *presas*, por ejemplo, sean varias, en vez de una sola; que estén próximas, ó á largas distancias entre sí, y del fundo principal; que se construyeran en un principio y coetáneamente con éste; ó en tiempos sucesivos.

Otras veces, por el contrario, las depen-

dencias ó agregados lo son por lujo, recreo ó comodidad meramente, como un jardin, una alberca ó estanque para pesca ó navegacion de recreo.

Otras, en fin, por economía ó fines domésticos, como una huerta; y el comprender mas ó menos fincas, aunque sin dependencia entre sí, bajo una sola administracion, cuando la enunciativa ó título de la venta es la de *tal administracion*.

Todos estos casos y sus análogos, se prestan á infinitas cuestiones, que no basta siempre á prevenir la estipulacion mas calculada, ni siempre á resolver con seguridad, y menos aun con facilidad, el criterio judicial.

Hay reglas comunes, sin embargo, que lo ilustran y auxilian eficazmente para la resolucion. Las principales y mas usuales, segun los casos, son: 1.°, el testo, ante todo, ó términos del contrato, como ley especial del caso: 2.°, las leyes especiales de la materia: 3.°, las leyes generales y principios de derecho, como los que mencionamos despues: 4.°, el fin de los contrayentes, y muy especialmente el del comprador. El que ajusta un *potril*, no puede quererlo, ni entenderse que lo quiere, sin los pastos y abrevaderos, aunque no se especifiquen: ni se compra *un establecimiento de baños* minerales, por solo los paradores, jardines, y otras dependencias, por suntuosas que sean, sin las aguas, aunque de estas no se haga espresa mencion: 5.°, la denominacion del fundo, pago, empresa, ó derechos vendidos, y la significacion y amplitud de ella en el pais: 6.° el juicio de espertos: 7.°, los usos y costumbres del pais: 8.°, el uso, ya contínuo, ya descontínuo de lo principal y accesorios, ó dependencias, hecho por el vendedor, y sus causantes; y muy señaladamente por aquel, ya en los últimos tiempos, ya muy especialmente en el tiempo en que vendia: 9.°, la vista ocular.

El uso por el vendedor, en los últimos tiempos, incluso en el que vendió, es razon sobremanera atendible, pues la presuncion mas racional que se ofrece es la de que esa circunstancia entró en la mente del comprador y en la del vendedor. Si cada uno de ellos, en tal estado de cosas, quiso estipular y no estipuló, imputeselo á sí mismo. Si con mala fé calculó sacar utilidad del silencio, la ley no patrocina el dolo.

No hay que decir que si el derecho sobre alguno de los accesorios, ó dependencias, aun de las que lo son *por la fuerza de las cosas*, segun lo hemos espuesto, hubiere prescrito legalmente contra el vendedor, no habrá entrado en su cálculo el venderlo. Si sabiéndolo, lo vendió, sin embargo, como poseido y corriente, el juzgador apreciará, si hay dolo, ó venta de cosa agena: en ambos casos responde el vendedor de los daños y perjuicios; y si de tal suerte fuera necesario el accesorio, que, sin él, lo principal fuera inútil, aun habria lugar á la rescision, y por supuesto, con daños y perjuicios.

Es ocioso prevenir que en todo caso el vendedor, no mediando dolo, ni otra causa que vicie el contrato, enagena sus cosas y derechos en el estado legal, en que los posee: si seguros, seguros; si ventilables, amenazados de prescripcion, de litigio, etc., de la misma manera. En todo caso de buena fé, y sobre todo, estipulado, el comprador se sustituye en su lugar, salva la eviccion y saneamiento, no estipulando lo contrario.

Por lo demás, no es para ponderado, por cuanto entra el criterio judicial en tales cuestiones, auxiliado por los medios prácticos espresados, por lo mismo que domina en ellas hasta tal punto la cuestion de derecho.

Así, es ciertamente un principio de derecho que, *accessorium sequitur principale*; pero quedan dos cuestiones de hecho que resolver, esto es, si tal fundo, derecho, etc., es accesorio, y si ha entrado en el contrato.

En el otorgamiento de escrituras de venta, es práctica espresar, hasta con redundancia, que el fundo se enajena *con todas sus anexidades y conexidades, entradas y salidas, usos y costumbres, derechos y servidumbres*; pero siempre hay que resolver las dos cuestiones de hecho, antes indicadas.

Por lo demás, las leyes, en uno y otro derecho, y lo propio eo el derecho estranjero, como veremos despues, han sido bastante previsoras, y aun minuciosas en el particular. En las romanas conviene consultar en

su caso, entre otras, las 76, 77, 78 y 80 del tít. I, lib. 18 del Digesto, y el importante título I, libro 19 del mismo, *De actionibus empti, et venditi.*

De nuestras leyes de Partida, que en el particular casi copian á las romanas, la 28, tít. 5.°, Part. 5.ª, establece: «que si un ome vende á otro alguna casa, que non se entienda que le vende la casa tan solamente; mas aun los pozos, é las canales, é los caños, é los aguaduchos, *é todas las otras cosas, que solian ser acostumbradas para servicio de aquella casa, quier sean dentro en ella, ó de fuera.*»

Los materiales *unidos* á un edificio, son constituyentes de él, y con él se entienden vendidos. Lo mismo las piezas usuales mecánicas de manufactos unidos á él, de un modo fijo, como las tenajas enterradas. Y aun las cosas no fijas; pero sí destinadas al fundo para *uso perpétuo*. Se entienden *fijos* las cosas, cuando por su magnitud ó peso pueden apenas moverse ó trasportarse, lo cual parece revelar que se han hecho para allí, en *uso perpétuo*. La ley pone el ejemplo en un *horreo*, ó alfolí de madera. (Ley 29, tít. y Partida citados). Por uso perpétuo no se entiende el *contínuo* precisamente: y basta que sea *periódico*. La ley pone el ejemplo en los puntales ó *rodrigones*, que se ponen en las viñas. Una vez puestos, aunque se quiten á su tiempo para ponerlos otro año, se entienden de uso perpétuo, y van con el edificio. (Ley 31, id., id). Así las prensas del lagar, aunque movibles, las canales para conducir el mosto cada año, y cosas al modo, son accesorios, y van con lo principal. *Et quæ perpetui usus causâ in edificiis sunt, edificii sunt: quæ vero ad præsens, non sunt edificii.* (Ley 17. tít. I, lib. 17 del Digesto.)

Si las hembras de animales se venden en estado de preñez, la cria se entiende vendida con la madre. En los partos recientes se sigue, en parte, otra regla. Segun el Paborde Sala, las crias no van en ese caso con la madre, en los contratos en que se trasfiere el dominio de la cosa; y sí en aquellos, en que no se trasfiere: es decir, no en la venta, y demás análogos; pero sí en el arriendo, por ejemplo. Ciertamente que lo que en este caso vá con la madre, es un grande engorro para el alquilador, y no otra cosa (1). Sala modificó su opinion, asentando que, si la cria es animal que se come, tambien pasa con la madre, aun en los contratos traslativos de dominio (2). Tenemos por mas espedita y fundada la opinion de otros autores (3), á saber, que mientras la cria está mamando, y no puede subsistir de otro modo, vá siempre con la madre; pero si ya come y puede por sí subsistir, no vá, si no se estipula. No hacemos mencion especial de la esclava, porque no queremos suponer que la esclavitud subsiste en ninguna parte, y sobre todo no existe en España.

Los animales domésticos, como gallinas, palomas, conejos, son del vendedor. Los peces, y por supuesto los de las piscinas fijas, ó cabadas en la tierra, pues de las movibles no podrá haber cuestion, siguen la misma ley (Ley 30, tít. 5, Part. 5: ley 15, tít. y lib. citados del Digesto). Introducida hoy en la industria la *piscicultura*, podria suceder que un establecimiento ó fundo se comprase solo por eso, y por tanto con crias y gérmenes en incubacion, en cuyo caso la doctrina y la solucion de derecho sería la contraria.

Sobre materiales de construccion, en fin, no están del todo acordes los dos derechos. Segun la citada ley 28, tít. 5, Part. 5, si se han apeado, ó quitado de la casa misma, *non los puede llevar el vendedor*: si los hubiese éste traido de fuera para hacer obra, entonces son suyos. En esto segundo no hay razon que lo repugne. No llegaron á emplearse, no son parte del fundo, ni pueden ir con él: *quæ parata sunt, ut imponantur, non sunt ædificii.* (Ley 17 tít. 1, lib. 19 del Digesto).

En cuanto á los materiales apeados de la casa misma, si se conservan allí para volverlos á colocar, segun uno y otro derecho, son del comprador. Pero si no están con ese fin, porque son el resultado de una demo-

(1) Sala, Digesto romano-hispano, lib. 19, tít. 1, núm. 8.

(2) Sala, Derecho Real, lib. 2, tít. 10, número 24.

(3) Gomez, *Variæ resol.*, cap. 2, núm. 14.

licion para siempre; como tambien, si hubiesen sido reemplazados por otros, traidos de fuera, en cuyo caso están allí para estraerlos, no son ya del edificio: y tal es la acertada disposicion de la ley romana; *ea, quæ ex ædificio detracta sunt, ut reponantur, ædificii sunt*; resultando la sentencia opuesta, *á contrario sensu*. (Ley 17 citada del Digesto.)

Diremos, en conclusion, que en las enagenaciones *inter vivos*, y por tanto en la venta, la cuestion de accesorios es de mas estricta interpretacion, que en las *mortis causa*. La razon es, sin duda, que en estas la causa eficiente es la *voluntad espontánea*; en aquellas *la estipulacion*: el motivo y la razon inductiva en las últimas, *la generosidad*; en las primeras *el interés* recíproco, la estricta *conmutacion* de la cosa por su precio ó merced. Así se vé, por ejemplo, en la ley 5, tít. 55, Part. 7, que si uno *manda* todas sus aves á otro, las debe este llevar *con las jaulas, é con las lonjas, é con las prisiones con que las tiene presas*. De la misma manera: «Si el testador, dice la propia ley, oviese sus vinos encerrados en cubas, ó tinajas, é dijese: mando *todo mi vino á Fulano*, que se entiende que gelo manda *con sus vasos, en que está encerrado*.» Aun en este caso, se comprende bien que si las cubas, ó tinajas no son movibles, sino fijas en el suelo, y formando así parte del edificio, no se entenderán legadas, si no lo es la casa ó bodega; pero en la compra-venta es indudable que no se podrá llevar tan allá la solucion en punto á accesorios. No hay cosa mas comun que el que un tragioero ajuste *todo el vino de una cuba*, ó de una bodega, *todo el trigo* de una panera; todas las aves de un corral; y ciertamente no lleva mas que lo que ajusta, ó no lleva las cubas, jaulas, etc. Alguna vez las llevarán; pero pende de las circunstancias especiales del caso: si de camino, en una féria ó mercado se vende uo animal bravo, enjaulado, por supuesto, un lebrel con cadena y bozo; salvo estipulacion en contrario, habrá de entenderse vendido con la jaula, y cadena, pues no siendo éstas cosas que se improvisan, y mezclándose en ello hasta la seguridad pública y bandos de buen gobierno, nada mas natural que el apreciar que bajo esos supuestos giró el contrato.

7.° *Accesorios de futuro*. Las leyes y los autores tratan, por lo comun, de los accesorios *de presente*, ó *presente* y *pasado*; pero no determinadameote de los de futuro. El caso puede suceder; y en el dia hasta con frecuencia, cuando, entre las nuevas formas de la industria, es una la de construir edificios, ajustados de antemano. La razon de derecho, en caso de cuestion, es la misma que en los accesorios y dependencias de presente; con sola esta diferencia: en los accesorios de presente, ó de presente y pasado, se atiende á lo que para *uso perpétuo* se habia destioado ó ligado á lo principal; en los accesorios de futuro, á lo que *debe acompañar* ó ligarse á lo ajustado, préviameote á su construccion, bajo el mismo concepto. El que ajusta á prevencion una casa para habitar, ó un edificio para cualquier otro servicio determinado, por ejemplo, para fábrica, parador de tragineros, quinta de recreo, establecimiento de baños, etc., ha de recibirlo con todas las servidumbres, dependencias y accesorios, que aseguren, ó hagan realizable el fin, servicio, ó destino estipulado. En caso de contienda, las mismas reglas para resolver que hemos consignado en el número anterior.

8.° *Arreos*. Los arreos, jaeces, atalajes, sillas de montar, etc., con que pueden presentarse en venta los animales, constituirian uno de tantos casos, en la cuestion de *accesorios*, y por eso tal vez, no han hablado de ello especialmente nuestras leyes. Pero habló una ley romana; y habló, no en el título de compra-venta, y de acciones de este contrato, en los cuales precisamente se trata de los accesorios; sino en otros, como diremos: y habló para establecer un derecho, en cierto modo opuesto al general de accesorios; pues veremos que en el punto de *atalajes, arreos*, etc., no prevalece el principio de agregacion á lo principal *para uso perpétuo*: sino mas bien para uso *accidental*.

Y efectivamente: por la ley 38, tít. 1, lib. 21 del Digesto, *De ædilitio edicto*, si una caballería se adorna ó enjaeza para venderla, los arreos, ó jaeces, pasan con ella al com-

prador: *quæ optimé ornata (jumenta), vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur.* El edicto adilicio no puede ser aquí mas terminante. Esplicándolo Ulpiano y Celio opinaron que, si la caballería en venta no lleva los arreos, *vendendi causâ*, como espresa el edicto; sino *itineris causa*, y sobre todo, si para este último efecto los ha llevado algun dia antes del contrato (*non, si sub tempus venditionis, hoc est, biduo ante venditionem, ornatum sit*), no pasan aquellos al comprador. Así se ha fijado entre nosotros la opinion de los autores (1). Algunos adelantan aun, y con razon, al caso, en que los arreos no los lleve la caballería; sino que se muestren ó pongan á la vista para la venta. Y ciertamente: ¿para qué otro fin, no espresándolo, se pondrian á la vista?

Volveremos á decir que á pesar de las reglas asentadas, las circunstancias especiales del caso, ó sea el caso en concreto, serán razon fundada y determinante, aun para decidir contra aquellas. Si de marcha, por ejemplo, el comprador y el vendedor, este ajusta á aquel una caballería con su carga, los aparejos y demás arreos, que no se han puesto á la caballería para venderla; sino *itineris causa*, y que además podrian ser del uso comun de la caballería, pasarán con esta y la carga al comprador, pues comprando de marcha y para seguirla, no puede presumirse sino que piense en los aparejos, sin los cuales no podia trasportar la carga.

9.° *Venta de todos los bienes.* Las leyes prohiben hacer donacion de todos los bienes; pero no hay igual prohibicion respecto de la venta. Es válida por tanto la venta, no solo de *todos* los bienes presentes, ó habidos; sino la de los *habidos* y *por haber*, entendidos éstos en términos de derecho. Sobre la razon dicha de no haber prohibicion legal, hay la de que el que vende todos sus bienes, se queda en lugar de estos con el precio.

(1) Gomez, *Var.* núm. 14. cap. 2, lib. 2: Gutierrez, *Pract. qüest*, lib. 7. cuestion 77, número 15: Sala, ya citado, en su Derecho Real, y Digesto romano-hispano: Febrero, por Tapia, tomo 2, cap. 2, núm. 12.

§. 3.° *Venta alternativa, ó disyuntiva de cosas.*

Aunque infrecuente, y en general con mas inconvenientes que ventajas, ocurre alguna vez la venta *alternativa*. Puede ser alternativa respecto de las *cosas*, del *lugar* de la *entrega*, ó del *pago*, y de las *especies de este*: pero limitamos aquí nuestras observaciones al primer concepto, por cuanto el párrafo, que esponemos, es solo la *cosa vendida*.

Como en todo acto obligatorio de *dar* ó *hacer*, ya provenga de contrato, ya de última voluntad, puede haber *obligacion alternativa*; y como en ninguno de los casos ofrezca mayores dificultades que en la compra-venta; de aquí sin duda el que las legislaciones, en general, no tratan especialmente y en título particular de la *venta alternativa;* y que comprendan todas las obligaciones alternativas en el tratado general *de las obligaciones*. Hemos dicho que las legislaciones en general, porque la romana, por el contrario, trata particularmente de la alternativa en todos los actos *inter-vivos*, y *mortis-causâ*; y aunque no en todos sus casos, habla tambien determinadamente de la *venta alternativa* en el título especial de la compra-venta. La de Partidas hace solo una ligera indicacion de esta alternativa, y eso en el título general *De las promisiones é pleitos*.

Resulta de todo que, si en otra obra de derecho se tratara de las obligaciones en general, antes que de la compra-venta, lo cual facilitaria la aplicacion del principio general á la obligacion alternativa, en la Enciclopedia, por su método alfabético, es preciso invertir el órden, hablando aquí de las obligaciones alternativas, para no detener á nuestros lectores hasta ese artículo. Y resulta además, que la cuestion del presente párrafo, no estando adecuadamente desenvuelta por nuestras leyes, es preciso resolverla por principios generales, y doctrina legal, aduciendo en tal concepto, como lo haremos, despues de nuestra legislacion de Partidas, el Derecho romano, el Derecho europeo, y el proyecto de Código civil español.

Diremos ahora que entonces hay *venta alternativa, cuando la cosa ó cosas, que se ajustan, han de salir para la entrega, y por eleccion, ya del vendedor, ya del comprador, segun el caso, de un conjunto de mayor número de ellas, que tambien, para dicho efecto, se menciona y determina.* Por ejemplo, *¿me vendes tu caballo ó tu mula? ¿dos de tus cinco caballos?* La teoría, y la doctrina de los autores se presentan mas en concreto, y como gráficamente, en esta espresion sintética: *duo, aut plura in propositione: unum, vel aliqua tantum, in solutione:* varias cosas para el ajuste; solo algunas para la entrega (1).

La alternativa puede presentarse bajo diversas formas. Puede versar sobre cosas, desde luego *individuas: tres mil reales te doy por tu caballo Céfiro, ó por tu caballo Tigre;* y tambien sobre cosas solo *individualizables: tres mil reales te doy por cualquiera de tus caballos.* Despues veremos los diversos resultados prácticos de estas fórmulas.

Como mas fácil en la esposicion y aplicacion, las leyes y los autores establecen en general la alternativa sobre solo dos cosas: *uno de tus dos caballos: tu caballo, ó tu mula.* Pero puede establecerse sobre mayor número de ellas: *¿me vendes uno de tus cinco caballos?: dos, tres, cuatro de tus cinco caballos?* La aplicacion práctica es ciertamente mas difícil en este caso; pero se resuelve, como veremos, por los mismos principios. Desde luego se comprende que el conjunto ha de esceder, por lo menos, en una unidad, al número de cosas ajustadas; pues en otro caso, la venta no es alternativa; sino comun, y *simple*, y habrá, ó una venta en conjunto, ó tantas ventas, como cosas, si á cada una se fija precio.

Aunque con dificultad, puede darse una especie de venta, que se confunda con la alternativa: es la *potestativa.* Y en efecto: en todos los actos *inter-vivos* y *mortis-causá*, se diferencian bien las obligaciones *alternativas* de las *potestativas.* En la compra venta difícilmente; y, sin embargo, puede darse la venta *potestativa;* la cual conviene diferenciar bien de la venta alternativa. *Lego á Pedro mi caballo, á menos que á mi heredero plazca mas entregarle mi mula: arriendo mis viñas á Juan, en tal cantidad metálica; salvo que prefiera pagarme en frutos apreciados: vendo á Juan mi mula, salvo que me acomode mas entregarle mi caballo* (1): *le vendo mi caballo, ó mi mula.*

En los tres primeros casos hay obligacion solo potestativa, en cuanto al segundo objeto: en el cuarto, alternativa, respecto de los dos. En este se *debe* alternativamente, y *desde luego*, una de las dos cosas; en aquellos solo la *primera* nombrada, esto es, el *caballo*, la *renta metálica*, la *mula.* Cierto que en los cuatro casos, salvo estipulacion en contrario, pende de la voluntad, ó eleccion del deudor, entregar una cosa ú otra; pero de distinta manera, y con distintos efectos: en el cuarto la alternativa es *estipulada*, y la eleccion por parte del vendedor admite *compulsion;* en los tres casos primeros, por la inversa, la eleccion es puramente potestativa: el entregar el segundo de los objetos pende en un todo de que quiera el deudor; y no hay términos de derecho para *obligarle á querer;* y antes, segun los principios del mismo, él puede renunciar á la disyuntiva, ordenada solo en su favor. La demanda, por tanto, en el cuarto caso, será *disyuntiva*, para que el vendedor entregue *la una cosa ó la otra;* en los tres casos primeros *singular y directa*, para que entregue *el primero de los dos objetos* mencionados; y en manos del demandado está, el usar ó no, de la escepcion personal de entregar el segundo.

Hay contra lo dicho una dificultad, al parecer sin solucion. Tanto en la venta alternativa, como en la potestativa, debe fijarse precio á las dos cosas. En la alternativa no hay duda, pues de no hacerlo, á lo menos en referencia, no hay venta. Y si se fija á una de las cosas, y á las otras no, reservándolo, respecto de estas, para en el caso de ser elegidas para la entrega, esta seria una segunda

(1) Gregorio Lopez, glosa 2, á la ley 24, título 11, Part. 5.

(1) Pothier, *De las obligaciones*, números 248 al 257: Goyena, al art. 1054 del *Proyecto de Código civil.*

venta; y por otra parte la facultad de elegir, y por tanto la alternativa, quedaban destruidas, por la libertad que en ese caso tenia el comprador de no conformarse con el precio. En cuanto á la venta potestativa, si no se fija precio, puede por el mismo medio indicado quedar ilusoria la reserva que se hace el vendedor; y si se fija, hay consentimiento recíproco, y la venta se resuelve en alternativa.

Sin duda podria ser así, y hallar tales el juzgador los términos del contrato, que tuviera que declararlo alternativo. Se comprende, sin embargo, que el precio se fije, consignando que es solo para el efecto potestativo. Este es el punto de mayor dificultad que ofrece la venta potestativa.

Entre tanto, y cuando sea preciso reconocer venta potestativa, hé aquí la diferencia esencial entre ella y la venta alternativa: en esta, cuando es entre dos solas cosas, la primera de ellas, que perece antes de la eleccion, cuando esta, como siempre que no se estipula lo contrario, corresponde al vendedor, perece para el mismo; la segunda, en el propio caso, para el comprador. En la venta potestativa, por la inversa, la primera siempre para el comprador; la segunda siempre para al vendedor, como que solo la primera es la obligada en el contrato.

Respecto de la venta alternativa, dejamos ya consignada la regla sintética que la presenta de relieve: *plura* (todas las del conjunto espresado en la estipulacion) *in promissione; unum tantum, aut aliqua, in solutione.* Hé aquí la que con igual precision espresa sintéticamente la índole de la venta potestativa: la cosa, sobre la cual se hace la reserva el vendedor, *non est in obligatione; sed tantum in facultate solutionis* (1).

Es el resultado necesario, y tambien otra diferencia esencial, que, como ya hemos indicado, en la venta alternativa admite *compulsion* la eleccion, y para ello la demanda, en su caso, ha de ser disyuntiva, y comprender así todas las cosas del conjunto; en la potestativa la eleccion no admite *compulsion*, no se puede esta pedir; ni, por tanto, mas que la cosa principal, como si fuera la única de la estipulacion.

Puede, ciertamente, ocurrir duda. El caso es entonces de tribunales, los cuales resolverán segun los términos y circunstancias del mismo. Parece que en la duda, habrá de estarse á lo que mas se acerque á la venta comun y normal, en cuyo caso se halla sin duda la venta potestativa, por cuanto desde luego se debe una cosa, que directa y simplemente puede demandarse, y sin tener que arrostrar un pleito sobre compeler al vendedor á elegir.

No se opone á ello el que, lo mismo la venta alternativa, que la potestativa, se resuelvan al cabo en ventas hipotéticas, ó condicionales, como así es; pero en realidad con efecto diferente, como es diferente la estipulacion de que nace. En la venta alternativa, la disyuntiva es radical, nace desde luego: por eso la demanda ha de ser disyuntiva tambien, como que no hay cosa determinada que desde luego pueda pedirse: en la venta potestativa, por el contrario, hay cosa determinada desde luego; y el vendedor podrá no hacer uso de su reserva, á la cual, ya lo hemos dicho, no puede ser compelido. Y todavía hay otra circunstancia esencial, que diferencia entre sí las dos ventas, aunque ambas hipotéticas: en la alternativa no hay mas que una condicion; la de la eleccion del que tenga ese derecho: en la venta potestativa hay dos condiciones; primera, que el vendedor se resuelva á usar ó no de su derecho de elegir; y segunda, la eleccion misma, como en la venta alternativa.

Ahora, las principales cuestiones, que pueden ocurrir en la venta alternativa, son: á quién compete el derecho de elegir: cuándo se dirá estinguido este derecho: á quién corresponde el daño y provecho de la cosa ajustada.

En cuanto á la primera, si se estipula quién ha de elegir, esa es la ley del caso: de otro modo, por todos los derechos corresponde al vendedor, y le corresponde tambien por todos los principios. En principio general, siempre paga el que debe; y entonces paga bien, cuando paga en la especie que debe: paga,

(1) Pothier, *De las obligaciones*, núm. 214.

entregando la cosa: y paga en la especie que debe, eligiendo en uso de la disyuntiva. Por otra parte es vendedor, y al vendedor incumbe la entrega.

El derecho á elegir se estingue:

1.° Ejercitándolo en debida forma, esto es, sin vicio legal, que haga rescindible la eleccion ó designacion. Tal sucederia, si uno comprase á otro *el mejor de sus caballos*; y el vendedor presentase para la eleccion solo algunos de ellos, creyendo el comprador que lo eran todos. En este caso, que la no presentacion de todos los caballos provenga de dolo, de inadvertencia, ó de cualquier otra causa, y ya provenga esta del vendedor, ya del mismo comprador, la eleccion es rescindible, si lo quiere el comprador.

2.° Si hubo error, ó dolo, d *priori*, en el conjunto calculado: por ejemplo, versaba la alternativa sobre dos cosas, y una era ya del comprador, pero no lo sabia; ó una habia perecido al tiempo de la compra, sabiéndolo, ó sin saberlo el vendedor.

3.° Si asimismo el conjunto, por una causa d *posteriori*, se reduce al número de cosas ajustadas: por ejemplo, eran dos, y una la hereda el comprador, la adquiere por el juego, ó por contrato, etc.; si perece, en fin, de cualquier modo, por culpa y sin ella. Pero con esta diferencia: si la eleccion era del vendedor, reducido el conjunto á la segunda cosa como vá espuesto, debe quedar este sin eleccion: si la eleccion era del comprador, tiene opcion entre la segunda cosa y el precio de la primera, si esta pereció por culpa del vendedor. La razon es porque, si existiendo las dos podria elegir entre ellas la que quisiese, tambien entre la cosa segunda y el precio de la primera; pues el que tiene derecho á la cosa, lo tiene á su estimacion, que siempre se contiene en ella; aunque no al revés. En conclusion, cuando, por cualquier causa, el conjunto para elegir se reduzca al número de cosas ajustado, la venta alternativa, que siempre es *hipotética*, ó condicional, se hace *simple*, ó *absoluta*.

Queda al mismo tiempo demostrado ya, á cargo de quién es el daño y provecho de la cosa comprada, en la venta alternativa. Ahora veremos la conformidad del derecho y de la doctrina con las anteriores indicaciones.

Leyes de Partida. Sucede, dice la ley, que uno tiene dos siervos, de un mismo nombre. Manda uno de ellos, por solo el nombre, y sin mas señas para diferenciarlos, á un tercero. «E cuando tal promision como esta, fuere fecha, decimos, que *en su escogencia es, del que fizo la promision*, de darle cualquier de todos aquellos que han un nome. Eso mismo decimos que seria, si un home prometiese á otro, diciendo... prometo que vos dé *tal cosa, ó tal*: ca *en su escogencia* es darle *cualquiera de ellas*, mientras que fueren vivas. Mas, *si muriere la una, estonce tenudo seria de darle la que fincase* viva (1).»

«*O* y *E* son dos letras que facen gran departimiento en los pleitos, é en las promisiones, que son puestas. Ca la *O* departe, é desayunta las cosas... E esto seria, como si aquel que face la promision dijese á otro... prometo vos de dar *un caballo*, ó *un mulo*: ca estonce es tenudo de darle uno de ellos, *cual el quisiere mas* (2).»

Derecho romano. Si al que debe se le pide judicialmente juramento, está obligado á jurar, ó pagar; pero la eleccion es suya (3).

«Qui Stichum aut Pamphilum promittit, *eligere potest, quod solvat*, quandiu ambo vivunt: *cæterum ubi alter decessit, extingui ejus electionem* (4).

Si en el depósito se estipula, sin mas espresion, que el depositario podrá entregar la cosa en alguno de varios lugares, que se nombren, la eleccion de lugar es suya: *in arbitrio ejus est, quo loci exhibeat* (5).

De la misma manera, si el marido se obligaba á entregar la dote en especie ó en dinero, salva estipulacion en contrario, era suya la eleccion. *Nam et cum illa, aut illa res promittitur, rei electio est, utram præstet. Sed, si res non extet, æstimationem omnimodò maritus præstabit* (6).

(1) Ley 23, tít. 11, Part. 5.
(2) Ley 24, id., id., id.
(3) Ley 34, §. 6, tít. 2, lib. 12 del Digesto.
(4) Ley 2, §. 3, tít. 4, lib. 13, id.
(5) Ley 5, §. 1.°, tít. 3, lib. 16, id.
(6) Ley 10, §. 6, tít. 3, lib. 23, id.

Si á un legatario se le dá opcion de elegir entre varias cosas, y verifica la eleccion, sin que todas se le hayan exhibido por el heredero, provenga la no exhibicion de dolo, ó de cualquier otra causa, la eleccion es rescindible, y puede por tanto repelerse, salvo que eligiera á sabiendas: *integram ei electionem manere placet, nisi ex his dumtaxat eligere voluisset, cum sciret et alios esse. Nec solum si fraude hæredis, sed etiam si alia qualibet causa id evenerit* (1).

No se entiende que nadie compra ni estipula lo que ya es suyo: *quod meum est, amplius meum esse neqit* (2). Si *Stichum, aut Pamphilum mihi debeas, et alter ex eis meus, factus est ex aliqua causa, reliquum debetur mihi á te* (3). *Nemo rem suam utiliter stipulatur; sed prætium rei suæ non inutiliter* (4).

Despues de ese sistema general y constante del derecho romano, en todo género de obligaciones alternativas, y en que todavía deberá consultarse, aunque tan especial, el título de los legados, véanse sus disposiciones concretas en la venta alternativa.

Si se vende tal cosa ó tal otra, la que elije el vendedor para entregar, esa es la comprada. «Si ita distrahatur: *illa aut illa res, utram eliget venditor*, hæc erit empta» (5).

«Si la venta se hace en esta forma, compro á *Estico* ó *Pánfilo*, está en la potestad del vendedor entregar *el que quiera de los dos* (*in potestate est venditoris, quem velit, dare*), como sucede en las estipulaciones, que, muerto el uno, *ha de entregarse el que sobrevive*. Por lo mismo, el peligro, respecto del primero que perece, *corresponde al vendedor; el del segundo al comprador*. Si perecen *los dos, se debe el precio del uno; porque siempre uno de los dos perece de cuenta del comprador*. Lo mismo ha de decirse, aun cuando la eleccion corresponda al comprador, salvo estipulacion en otro sentido (1).»

Proyecto de Código civil español. Artículo 1040. «Cuando las obligaciones se hayan contraido bajo condicion *suspensiva*, y pendiente ésta, se perdiere, deteriorare, ó bien se mejorare la cosa, que fuere objeto del contrato, se observarán las disposiciones siguientes:

»Si la cosa se perdió sin culpa del deudor, se estingue la obligacion.

»Si se perdió por culpa del deudor, éste queda obligado al resarcimiento de daños y perjuicios.

»Entiéndese que la cosa se pierde, cuando perece, queda fuera del comercio, ó desaparece, de modo que se ignora su existencia, ó no se puede recobrar.

»Cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor.

»Deteriorándose por culpa del deudor, podrá el arrendador optar entre la indemnizacion de daños y perjuicios, ó la rescision del contrato.

»Si la cosa se mejora por su naturaleza ó por el tiempo, las mejoras ceden en favor del acreedor.

»Si se mejora á espensas del deudor, no tendrá éste otro derecho que el concedido al usufructuario en el art. 447.»

Art. 1051..... «El obligado á diversas cosas *alternativamente*, no lo está sino á cumplir una de ellas; pero no puede, contra la voluntad del acreedor, cumplir parte de la una y parte de la otra.

1052. »En las obligaciones alternativas, la eleccion corresponde *al deudor*, si no se ha pactado lo contrario.

1053. »Cuando se hayan prometido dos cosas alternativamente, y una de las dos no podia ser objeto de la obligacion, deberá entregarse la otra.

1054. »En el caso de perderse, por cualquier causa, una de las cosas prometidas, el deudor debe entregar la que hubiere queda-

(1) Leyes 4 y 5, tít. 5, lib. 33, id.
(2) Instituc. §. 10, lib. 3.
(3) Ley 16, tít. 1, lib. 45, id.
(4) Ley 82, id., id., id. Véase tambien la ley 72, §. 4., lib. 46, id.
(5) Ley 25, tít. 1, lib. 18 del Digesto.

(1) Ley 34, §. 8, id., id., id.

do, sin que, ni él cumpla con ofrecer, ni el acreedor pueda exigirle, el precio de la otra.

»Si las dos se han perdido, y la una lo ha sido por culpa del deudor, éste tiene la obligacion de pagar el precio de la última, que se perdió.

1033. »En los casos del artículo precedente, si el acreedor tuviera la eleccion, por haberse así pactado en el contrato, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Si una de las cosas se ha perdido sin culpa del deudor, éste cumple con entregar al acreedor la que haya quedado.

2.ª Si se perdió por culpa del deudor, el acreedor podrá reclamar, á su eleccion, la cosa, que haya quedado, ó el precio de la que se perdió.

3.ª Si se han perdido las dos cosas por culpa del deudor, el acreedor puede reclamar á su eleccion, el precio de la una ó de la otra.

Las mismas reglas son aplicables al caso en que sean mas de dos las cosas comprendidas en la obligacion alternativa.»

Código francés. Artículo 1189. «El deudor de una obligacion alternativa se libra por la entrega de una de las dos cosas, comprendidas en la obligacion.

1190. »La eleccion corresponde *al deudor*, si espresamente no se ha pactado que al acreedor.

1191. »El deudor puede librarse, entregando una de las dos cosas prometidas; pero no puede obligar al acreedor á recibir parte de la una, y parte de la otra.

1192. »La obligacion es *pura* y *simple*, aunque contraida en forma alternativa, si una de las dos cosas, comprendidas en ella, no podia ser objeto de la obligacion.

1195. »La obligacion alternativa se convierte en obligacion *pura* y *simple*, si una de las dos cosas prometidas perece, y no puede ya ser entregada, aun cuando perezca por culpa del deudor. No puede ser ofrecido el valor de la cosa perdida, en lugar de ella.

»Si las dos cosas han perecido, una de ellas por culpa del deudor, debe éste pagar el precio de la que ha perecido la última.

1194. »En el caso previsto en el artículo precedente, cuando la eleccion corresponde, por pacto, al acreedor, si una sola de las dos cosas perece, y es sin culpa del deudor, el acreedor puede reclamar la que resta, ó el precio de la que ha perecido: si las dos perecen, y ambas por culpa del deudor, ó por lo menos ha tenido culpa respecto de una de ellas, el acreedor puede reclamar, á su eleccion, el valor de cualquiera de las dos.

1193. »Si las dos cosas perecen, sin culpa del deudor, y antes que se haya constituido en *mora*, se estingue la obligacion.

1196. »Los mismos principios se aplican, cuando la obligacion alternativa se estiende á mas de dos cosas.

1584. »Pueden ser objeto de la venta, dos ó mas cosas alternativamente.»

Otros Códigos estranjeros. Coinciden con las disposiciones del Código francés; los artículos 2062 al 2069 del de Luisiana: 1142 á 1149 del napolitano: 1280 al 1286, sardo: 885 al 892 del Canton de Vaud: 1310 al 1315, holandés: 274, tít. 5.°, parte primera, prusiano.

Véase á Pothier, ya citado, núm. 253 y siguientes del tratado *De obligaciones*.

§. 4.° *Venta sucesiva de una misma cosa á dos ó mas compradores.*

Decimos venta sucesiva, ó verificada *en tiempos departidos*, porque esos son los términos de la ley; aunque la cuestion se estiende á otros muchos casos, de que habremos de hacernos cargo.

Desde luego hay que notar la radical alteracion, introducida recientemente en el derecho, en cuanto á bienes *inmuebles*, por la nueva ley hipotecaria. Por el antiguo derecho, entre los dos ó mas compradores, á quienes se hubiese vendido sucesivamente la misma cosa, tenia preferencia aquel, á quien primero habia sido *entregada*; aun cuando no fuese el primero; y antes, aun cuando en una série prolongada de compradores sucesivos, hubiese sido el último, que habia ajustado: hoy por la ley hipotecaria, de 8 de febrero de 1861, tiene preferencia el primero, que haya *inscrito* su título, ó escritura de compra, en

el rogistro público, aun cuando la cosa haya sido antes entregada á otro de los compradores de ella.

Diríase que en este punto están contrariados los principios del derecho. Es uno de ellos, y tan general y fundado, que no parece podia admitir escepcion, el que determina el valor jurídico de las *prelaciones*, en concurrencia de derechos personales, á saber: *qui prior est tempore, potior est jure*: el que primero adquiere un derecho, tiene preferencia sobre los que alegan el mismo derecho; pero adquirido despues. Y ahora bien: segun este principio, y puesto que del contrato *perfecto* nacen accion y *derecho ad rem*, el primero que *ajusta*, y de este modo perfecciona y *cierra* un contrato, deberia tener preferencia en la cosa, sobre los que ajustan despues la misma cosa, aunque la reciban antes que aquel; y así mismo, el que la reciba antes que otro *inscriba* su título. Y, sin embargo, las cosas, segun la disposicion de las leyes, no suceden así, y antes puede prevalecer un derecho posterior sobre todos los anteriores.

A pesar de todo, no hay contradiccion. Los principios jurídicos, ó de derecho *positivo*, no son omnimodamente absolutos; sino relativos: no tienen mas estencion que la que en cada caso permiten las leyes; y solo no habiéndolas especiales, es mas ó menos indefinida la estension de los mismos, hasta el punto de suplir la falta de estas. Pero en la presente materia hay leyes especiales. En virtud de ellas, la *prelacion*, en los diversos casos, que abarca la cuestion, no es absoluta; sino *relativa* y *gradual*, dentro de la esfera de cada uno de los trámites sucesivos del contrato. Así la prelacion, que nace de la mera *perfeccion* del contrato, es relativa ó circunscrita al *jus ad rem*, que pueda alegarse por meros *perfeccionamientos* posteriores: la de la *entrega*, ó el *jus in re*, que nace de la *consumacion* del contrato, es, asimismo, relativa á la de entrega posterior de la cosa á otro ú otros de los compradores, y á las que deriven de la mera *perfeccion* del contrato: la de la *inscripcion*, en fin, á la de *inscripciones* posteriores, y á las anteriores, ya de mera *perfeccion*, ya de consumacion del contrato. Así el principio, aplicado en cada uno de los trámites sucesivos del contrato, esto es, la *perfeccion*, la *consumacion*, y la *inscripcion*, y no en conjunto respecto de todos tres, tiene sentido lógico y legal, sin dar en contradiccion.

Notaremos, por último, antes de bajar la mano á la esposicion comparada del derecho, que las prelaciones respectivas, que nacen, ya de la *perfeccion*, ya de la *consumacion*, proceden de la naturaleza íntima del contrato; pero la relativa á la *inscripcion*, nace puramente de la *conveniencia pública*, del fin político de procurar mayores garantías á la *propiedad raiz*. Hé aquí ahora el derecho, con sus vicisitudes.

Derecho romano. Una cosa puede ser vendida á dos, ó mas compradores, sucesivamente, ó por el dueño, ó por el que no lo es: ó de otro modo, la venta puede ser de cosa *propia*, y de cosa *agena*. En el primer caso cabe transmitir el dominio; en el segundo no, pues nadie dá lo que no tiene, y dicho se está que el que no es dueño, ó el que vende cosa *agena*, no tiene dominio. De ordinario no tiene tampoco posesion, pero puede tenerla; y en este caso trasmite solo *posesion*. Aun sin tenerla, el comprador de buena fé, con justo título, adquiere posesion, ó tenencia posesoria, por virtud de los hechos, y títulos mencionados, pues que es incontestable que el contrato en este caso le da derecho para prescribir, lo que es sabido no puede realizarse sin *posesion*, *justo título* y *buena fé*. Hay, pues, que distinguir, para la cuestion propuesta, entre la venta de cosa *propia*, á dos ó mas compradores, y la de cosa agena, y que en su caso dá lugar á la accion *publiciana*. De ésta trataremos al esplanar el párrafo siguiente, de *la venta de cosa agena*: y el presente lo limitamos á la venta de cosa propia.

En razon de ella, decia la ley romana: «Cuando un *predio* se vende á dos, *in solidum* (esto es, todo, y por separado, á cada uno), es incontestable en el derecho que es preferido en el dominio aquel, á quien primero se ha entregado la cosa. .» (Ley *Quoticns*, 15, tít. 32, lib. 3.° del Código.)

No parece puede concebirse la doble ó tri-

ple venta sucesiva, sin *dolo*, que á su vez puede, en la realidad de las cosas tambien, ser triple, esto es: dolo en la especie de *estelionato*, de vender la misma cosa á varios sucesivamente: dolo en recibir precio de mas de uno de ellos: dolo, en fin, en no entregar la cosa al que primero ajustó, y que además pagó primero ó estuvo pronto á pagar; sino á otro; siendo muy de notar, que, mientras las leyes castigaban, hasta escesivamente, el dolo en el primer caso, ó sea el simple estelionato; lo autorizaban, en parte, en el segundo y tercero, segun espondremos mas adelante. Lo cual no obstante, era siempre, como debe ser, reato del dolo la devolucion del precio mal retenido, con resarcimiento además de daños y perjuicios.

Esto en cuanto á la pena civil: y todavía la criminal era severísima. «*Qui duobus in solidum eamdem rem, diversis contractibus*, vendidit, pœna *falsi* coercetur...» (Ley 21, título 10, lib. 48, del Digesto). Y la pena de *falso* no era menos que la *confiscacion* de todos bienes, y la *deportacion*; y en el siervo la pena de *muerte* (ley 1.ª, §. 13, id., id., id.).

Leyes de Partida. Sobre las antedichas leyes se formularon las nuestras de las Partidas; aunque con alguna diferencia, que notaremos. «Una *cosa*, dice la 50, tít. 5.°, Partida 5.ª, vendiendo un ome dos veces á dos omes, *en tiempos departidos*, si aquel, á quien la vendió primeramente, pasa á la *tenencia* de la cosa *é paga el precio*, ese la debe haber é non el otro. Pero tenudo es el vendedor de tornar el precio á aquel, que la compró á postremas, si lo habia recibido, con todos los daños é los menoscabos, que le vinieron por razon de tal vendida, porque la fizo *engañosamente*. Otrosí decimos, que si el postrimero comprador pasase á la tenencia é á la posesion, *é pagase* el precio, que él la debe haber, é non el primero...»

En punto á penalidad, la ley 1.ª, tit. 1.°, Partida 7.ª, mucho mas suave que la ley romana, ordena, así bien: «Otrosí decimos, que face *falsedad* el que vende *á sabiendas una cosa dos veces* á dos omes, *é toma precio por ella de amos á dos*: debe el vendedor tornar el precio á aquel, que la compró *á postre* dél, é la cosa debe finear en aquel, que primero la compró dél, é ser *desterrado* por tiempo cierto en alguna isla, *por la falsedad que fizo*.»

Algunos autores suponen que nuestra ley de Partida indujo una novedad sobre la romana por cuanto en esta se habla solo, dicen, de *predio*, y por tanto solo de bienes inmuebles; y en la de Partida, de *cosa*, comprendiendo, por tanto, en su determinacion, lo mismo los bienes muebles que los inmuebles. La observacion no es fundada; pues si en la primera de las leyes romanas, antes indicadas, se habla en efecto de *predio*; en la segunda se consigna testualmente la palabra *cosa* (*eandem rem*); denominacion comun, como en la ley de Partida, y como siempre, de cosas y de bienes.

Lo que sí hay que notar, es:

1.° Unas y otras leyes se pronuncian justamente contra el *dolo*; pero no lo hacen consistir en los mismos hechos, ó, por lo menos, no aplican á los mismos hechos, y en idénticos casos, la sancion penal. La ley romana citada *Qui duobus*, encuentra el *dolo*, y lo castiga en el contrato, meramente *perfecto*; pero que él basta para constituir venta; las leyes de Partida quieren que el contrato se haya *consumado*, ó casi *consumado*, pues solo aplican la pena de *deportacion*, cuando el vendedor *toma precio de amos á dos* compradores. Si se pretendiera que la ley, aunque tan clara, ha de entenderse del contrato perfecto, lo cual es contra el tenor de la misma; aun en ese caso se daria esta diferencia, esencial entre la legislacion romana y la española; y es, que por aquella, se podria pasar, en tal supuesto, aplicando la penalidad, desde el contrato meramente *perfecto*, al consumado, castigando así el dolo en los dos; pero en la española, no podrá desconderse de la entrega del precio al contrato meramente *perfecto*, sin contravenir á la ley, que no habla espresamente de éste, sino ya de un hecho posterior, de haber mediado precio.

2.° Es un hecho constante, que si la buena fé ha de observarse, lo mismo en el contrato *consumado*, que en el *perfecto*; así habrá dolo, segun ya notamos arriba, en vender ó ajustar sucesivamente con varios, que

en recibir precio de dos ó más, y en entregar la cosa, no al primero que la ajustó, estando pronto á pagar; ó que la *ajustó* y *pagó*. Y, sin embargo, no solo las leyes de Partida no castigaban criminalmente el primer caso aislado, segun ya hemos visto; sino que solo castigan el segundo y tercero, cuando se ha recibido precio de los dos. Y decimos castigar criminalmente, por que no ha de confundirse esta peoalidad con la civil, que justamente se impone siempre.

Y 3.° Que despues de pronunciarse ambas legislaciones contra el dolo, y castigarlo, en las formas espresadas, le dán, hasta cierto punto, sio embargo, efectos legales; pues no es otra cosa confirmar el dominio, en el que, en el caso supuesto, recibió la cosa, y precisamente por el fraude del acreedor.

Cierto que no ha de suponerse fraude en el que recibió la cosa; pero tampoco lo hay en el que ajustó y pagó primero; mientras es cierto que hubo dolo en el vendedor, y que por el dolo de éste, el adquirente posterior resulta beneficiado; mientras queda defraudado y burlado el primer comprador. Todo cuanto puede decirse en favor de la fijacion del dominio, una vez adquirido, es insuficiente para justificar un sistema que dá al traste con la formalidad y legalidad de los contratos, deja defraudada la buena fé, y abre la puerta al frande, toda vez que se sepa disimular. Y todavía seria tolerable este sistema en los muebles, y sobre todo en las cosas fungibles, por su propia naturaleza; pero no en los inmuebles, que no perecen al primer uso, ni en muchos mas, ni se corrompen. La pena civil, es verdad, repara el daño; pero no reemplaza al dominio, al cual aspiraba, y tenia derecho prévio el primer comprador; y sin el cual se queda, sin su culpa, á pesar de su buena fé, y por el dolo del vendedor.

Debe suponerse, y es lo comun, que el vendedor se lanza al fraude, por mejor precio ó condiciones en la segunda ó ulteriores ventas: mejoras de precio, y condiciones, que ceden en su provecho, recibiendo así, alguna vez al menos, utilidad del dolo, en vez de ser siempre castigado por él.

Quiere decir, que cuanto mas se examina el sistema de ambas legislaciones, en el punto que queda espuesto, mas violento é incoherente se le encuentra. Se funda principalmente, en que el segundo ó tercer comprador, que adquiere el dominio, ajusta y compra de buena fé, y hasta puede ignorar, ó hay que admitir que ignora el contrato con los compradores anteriores. Aun concediendo todo eso, que no es conceder poco, siempre es una verdad que el dominio, que adquiere, no es de todo punto libre de todo derecho de tercero, pues hay quien, con prelacion, tuvo, respecto de él, *jus ad rem*: y así como el estar el fundo empeñado, ó ser litigioso, impide la libre traslacion de su dominio, lo propio debia ser con el *jus ad rem*, obligacion sagrada, nacida de un contrato anterior. Hay mas: adoptado este sistema, serian muy raras, ciertamente, las ventas sucesivas de una misma, que siempre son por la una parte, y siempre debian reputarse, fraudulentas.

Fúndase tambien dicho sistema, en que no conviene que el dominio esté en incierto. No lo estaria tampoco, atribuyéndolo al primer comprador, que se halla dispuesto á pagar: con el mismo hecho que el vendedor lo entrega al segundo, podrá entregarlo al primero; y de todos modos, sino conviene que el dominio esté en incierto; tampoco conviene que lo estén los derechos, y menos, que estos hayan de ceder al dolo. Véase aun lo que decimos sobre el particular, al tratar de la venta de cosa ajena.

Y todavía este sistema se agravó con la práctica de los tribunales, y aun, en su caso, con la publicacion del Código penal, por virtud de los cuales, ya el vendedor doloso no tuvo, ni tiene que temer la deportacion, que aquellos no le imponian, ni éste le impone.

Derecho moderno: *Ley hipotecaria*. Iláse, por último, agravado el referido inconveniente con el derecho novísimo hipotecario, segun el que, como ya queda insinuado, el dominio, ni aun radicará ya siempre en el primer comprador, á quien es entegrada la cusa; sino, en su caso, en el primero que *registre* su escritura. Y decimos en su caso, porque el registro es *potestativo*: es decir, que se dá

esa preferencia en el supuesto de que medie registro, la cual supone además que el contrato se ha reducido á escritura pública. En su consecuencia, si no ha mediado escritura, y si, aunque haya mediado, no se ha presentado á registro, rige entonces el derecho anterior á la ley hipotecaria; y por tanto el dominio radica en el primero de los compradores, á quien se haya entregado la cosa.

Por lo demás, las disposiciones de la ley hipotecaria son en este punto terminantes: los tribunales no admitirán escritura, que no esté registrada. Se someterán á registro los títulos traslativos de dominio (art. 3.°). «Inscrito en el registro cualquier título, traslativo de dominio de los inmuebles, *no podrá inscribirse ninguno otro de fecha anterior*, por el cual se trasmita, ó grave la propiedad del mismo inmueble (art. 17).» «Las acciones *rescisorias*, y resolutorias *no se darán contra tercero*, que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta ley (art. 36).» «En consecuencia de lo dispuesto en el art. 36, *no se anularán, ni rescindirán* los contratos, *en perjuicio de tercero, que haya inscrito su derecho*, por ninguna de las causas siguientes... 4.° *por la doble venta de una misma cosa, cuando algunas de ellas* (*de las ventas*) *no hubiere sido inscrita* (art. 38).

Como la entrega puede hacerse *realmente*, ó *brevi manu*, como en su caso *simbólicamente*, podria resultar de ello, antes de llegar al registro, una triple cuestion de prelacion de tiempo, en cuanto al dominio, ó sea á la entrega: pero teniendo el derecho reconocidas estas tres formas de transmitir el dominio, la dificultad, por el derecho antiguo se resolvia, y todavia en los casos de su aplicacion se resuelve, en rigorosa prelacion de tiempo, dominando en la triple cuestion ó duple, en su caso, la que de ellas hubiere precedido á las demás, en aplicacion del principio sabido: *qui prior est tempore, potior est jure*.

Pero en el derecho novísimo, tratándose de que haya mediado registro, ya es otra cosa: la prelacion del registro, hábil y en forma, y no vicioso, ó doloso, como esplicamos á continuacion, prevalece sobre toda otra prelacion de entrega.

En ambas situaciones legales, esto es, en el derecho antiguo, y en el novísimo, podrian presentarse como hechas *á un tiempo*, ó de un modo confuso ó indiscernible, en cuanto al tiempo, la entrega real, por ejemplo, y la simbólica; y lo propio el registro de dos ó mas escrituras. La cuestion es entonces de criterio judicial. Si aun así se presentase indiscernible el momento de la doble entrega, es consideracion, que debe estimarse, la de haber ajustado, y aun pagado antes; pues en caso de duda, no puede perder su justa eficacia el antedicho principio de la prelacion de *tiempo* para la prelacion de *derecho*.

En la duda sobre *simultaneidad* de registros, la cuestion tiene términos un tanto mas precisos. Para determinar la preferencia, dice la ley, entre dos ó mas inscripciones de una misma fecha, relativas á una misma finca, se atenderá á *la hora de la presentacion* en el registro de los títulos respectivos (artículo 26). «Se considera como fecha de la inscripcion, para todos los efectos, que esta debe producir, *la fecha del asiento de presentacion*, que deberá constar en la inscripcion misma (art. 28).» Si aun así apareciesen indiscernibles los dos tiempos del registro, la cuestion es igualmente de criterio jurídico, con daño y perjuicio contra quienes aparezca, en su caso, haber lugar, como por ejemplo, si la culpa y oscuridad proviene de omision del registrador.

Si el registro resultare nulo, la cuestion, en cuanto á los contrayentes, queda en el antiguo derecho, como si no hubiera mediado registro. En cuanto á un tercero, que hubiera registrado su título por compra, por ejemplo, al que registró, aunque mal, conservará su derecho, toda vez que el registro no se anule por falta de aptitud legal en el primer vendedor (arts. 33 y 34).

Por supuesto que la inscripcion no convalida los actos ó contratos inscriptos, que sean nulos, con arreglo á las leyes (art. 33). Y ya en el párrafo anterior, citando el art. 30 y sus referidos, hemos indicado cuándo son

nulas en sí las inscripciones. (Véase REGISTRO.)

No hay que advertir que, limitándose la formalidad del registro á los inmuebles, las ventas, y, por tanto, la prelacion de entrega de muebles y semovientes se rigen por el derecho anterior al novísimo hipotecario; como ni tampoco que, cuanto se dice sobre prelacion del registro, se entiende respecto de *terceros*, que son aquí los que no hayan intervenido directamente en el acto ó contrato inscripto (art. 27).

Resta aun una cuestion que puede ofrecer alguna dificultad, porque es nueva, y por el rigorismo de la novísima legislacion hipotecaria sobre el registro. Segun el art. 6 de la ley hipotecaria, «la inscripcion de los títulos en el registro podrá pedirse indistintamente:

Por el que trasmita el derecho:

Por el que lo adquiera:

Por quien tenga la representacion legítima de cualquiera de ellos:

Por quien tenga interés en asegurar este derecho, que se debe inscribir.»

Están comprendidos en el tercer caso el marido, el padre, el tutor, el curador, el mandatario, y en general todo representante legal de intereses agenos (art. 11 del reglamento). Y lo está en el cuarto todo el que por derecho propio, ó por derecho ageno, como en el caso 3.°, tenga interés, y deber en su caso, de registrar. Pedro vende á Juan una heredad, con la condicion de que respete el arriendo de la misma, que por mas de seis años tiene hecho á Diego. Este no ha entrado en la venta; pero tiene noticia de ella: no tenia registrado su arriendo: le conviene afirmarlo; y en virtud del cuarto caso del artículo citado, *por el interés que tiene en asegurar el derecho*, pide registro.

La duda propuesta es, si el registro es igual en sus efectos, cualquiera que lo haga de los interesados comprendidos en los cuatro casos. La resolucion es fácil, si se tiene en cuenta que el registro tiene dos estados y efectos: registro *indirecto* y *preventivo*; y registro *especial*, *directo* y *definitivo*. El registro que pida cualquiera de los contenidos en los cuatro casos del art. 6, es especial, directo y definitivo, en cuanto al derecho, que *especial y directamente* registre; y solo *indirecto* y *preventivo*, respecto de los derechos reales que, sin mencionarlos, sin ser esa su intencion, ni su interés, se contienen en el acto ó escritura del que pide registro. En el ejemplo anterior, si el arrendatario pide registro, como que lo pide solo por su interés y derecho, éste queda *especial* y *definitivamente* registrado; el contrato de venta, de que el arriendo es solo incidencia ó condicion, lo queda únicamente de un modo *indirecto* y *preventivo*; y *vice-versa*, si antes registrase los contenidos en el primero y segundo caso del art. 6.°

Todo parece así resultar del estricto sistema del registro público, y del tenor del artículo 29 de la ley, segun el que «*todo derecho real*, de que se *haga mencion espresa* en las inscripciones, ó anotaciones preventiva, *aunque no esté consignado en el registro, por medio de una inscripcion separada y especial, surtirá efecto* contra tercero *desde la fecha del asiento de presentacion* del título respectivo. Esceptúase únicamente la *hipoteca*, la cual no surtirá efecto contra tercero, sino se inscribe por separado. Lo dispuesto en el párrafo 1.° de este artículo se entenderá *sin perjuicio* de la eficacia *de la obligacion* de *inscribir especialmente* los derechos reales, *mencionados en otras inscripciones*, y de la responsabilidad, en que pueda incurrir el que debe pedir la inscripcion en casos determinados.» No parece pueda haber duda en que el término para pedir el registro especial y directo ha de ser el prefijado por la ley para este caso, y como si no mediase el indicado registro indirecto y solo preventivo.

La *anotacion preventiva* de la escritura de venta, verificada en los casos que previene el párrafo 8.° del art. 42 de la ley, produce, *desde su fecha*, para el objeto del presente párrafo, esto es, para fijar la preferencia entre los compradores, los mismos efectos que el registro especial, hecho este á su tiempo (art. 70). Véase ANOTACION PREVENTIVA.

Debe tenerse presente que, no obstante lo dicho, el efecto del registro indirecto, el del especial, y el de la anotacion preventiva, se-

gun quedan espuestos y aplicados á la compra-venta, no es absoluto; sino localizado al distrito de radicacion. Establecido por la ley que, aunque un mismo instrumento comprenda muchas fincas, el registro ha de ser singular de cada una de ellos (arts. 8 de la ley, 18 del Reg.): que de cada una se ha de pedir registro en el partido judicial, en que radique: y que el registro surtirá su efecto, desde su fecha; síguese necesariamente, que, si un comprador, en el caso propuesto, registra primero su título, tan solo en uno de los partidos judiciales, y otro antes que él, en otro ú otros partidos; cada uno adquirirá prelacion relativa, segun la fecha precedente de su registro en cada partido, respecto de las fincas radicadas en él. Así parece desprenderse del sistema de la ley, y es espreso en el art. 18 del Reglamento. «Si *en un mismo título*, dice, se enagenaren, ó gravaren, diferentes bienes, *situados en distintos partidos* judiciales, *se inscribirá cada uno de ellos en los registros respectivos, surtiendo efecto cada inscripcion desde su fecha en cuanto á los bienes en ella comprendidos.*»

La misma disposicion tiene lugar, si la finca, aunque sea única en el instrumento, radica á la vez en dos ó mas partidos. «Si la finca, añade el citado artículo, *radicase en territorio de dos ó mas partidos* judiales, se hará la inscrion *en los registros de todos ellos*, incluyendo *en cada uno*, tan *solo la parte* de la misma, que en él estuviere situada.»

Proyecto de Código civil español. «Art. 982. Cuando por diversos contratos se haya uno obligado á entregar la misma cosa á diferentes personas, la propiedad se trasfiere á la persona que *primero haya tomado posesion* de la cosa, *con buena fé*, si fuere *mueble*: siendo *inmueble* se estará á lo dispuesto en el art. 1359; salvo en ambos casos al *adquirente de buena fé* el derecho que le corresponda, segun lo dispuesto en la seccion 3, cap. 3 de este título.» Alude á la reclamacion de daños y perjuicios, que siempre acompañan al *dolo*, *culpa lata*, y contravencion á lo pactado.

1859. (Fija el tiempo desde que el registro surte efecto, lo cual ya queda subordinado á la Ley hipotecaria.)

1859. «Cuando el propietario enagena unos mismos bienes *inmuebles* á diferentes personas, por actos distintos, pertenece la propiedad al adquirente, que haya inscrito antes su título.»

Códigos europeos. *Francés.* Art. 1140. En cuanto á *inmuebles*, como nuestra Ley hipotecaria.

1141. «Si la cosa que uno se ha obligado á dar, ó entregar sucesivamente á dos personas, es absolutamente *mueble*, es preferido y queda propietario de ella el que primero ha sido puesto en posesion *real*, aun cuando su título sea posterior en fecha, con tal, sin embargo, de que la posesion haya sido *de buena fé.*»

Dos Sicilias. Arts. 1094 y 1095, *como* 1140 y 1141. C. f.

Luisiana. «Art. 1916. Si el vendedor de un *mueble* queda *en posesion* de él, y por un segundo contrato transfiere la propiedad del mismo á otro comprador, que adquiere la posesion, antes que el primero, será aquel considerado como propietario, con tal que de su parte haya habido *buena fé* en el contrato.»

Sardo. Art. 1231 y 1232, *como* 1140 y 1141. C. f.

Del Canton de Vaud. Art. 881 y 882, *como* 1140 y 1141. C. f.

Habiendo antes sentado que contra la doble venta no proceden las acciones rescisorias; y habiendo sentado tambien que nunca las leyes favorecen, ni ha de suponerse que, ni aun por su silencio, favorecen el *dolo*, diremos en conclusion: que todavía, aun las modernas legislaciones, y á pesar del rigorismo y privilegios del registro público de *inmuebles*, exigen testualmente la buena fé en el comprador, segundo, ó posterior, que adquiere la posesion, sin embargo, antes que el primero, ó los que le han precedido. Es verdad que para escluir la accion rescisoria, la requieren solo de parte *del adquirente*; y en cuanto á él, nada mas conforme á los principios: pero respecto de la mala fé del vendedor, siempre repetiremos que queda premiada, segun arriba dejamos espuesto.

En cuanto á la del comprador favorecido,

no obstante, el favor de la ley, todavía establece la misma respecto de vendedor y comprador, y despues de haber ordenado, en su art. 36, que no proceden dichas acciones contra tercero, que haya registrado su título, (artículo 33). «Se esceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: 1.° las *acciones rescisorias* y resolutorias, que deben su orígen á causas, que consten esplícitamente en el registro: 2.° las acciones *rescisorias* de enagenaciones, *hechas en fraude de acreedores*, en los casos siguientes: cuando la segunda enagenacion haya sido hecha *por título gratuito*: cuando el tercero haya sido *cómplice en el fraude*. En ambos casos prescribirá la accion al año, contado desde el dia de la enagenacion fraudulenta.»

Réstanos aun una observacion importante. Era máxima del derecho romano, que el dominio no se transferia sino por *tradicion*, ó por *usucapion*: *Traditionibus, et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferlur* (ley 20, tit. 3, lib. 2 del Código: §. 40, tit. 1, lib. 2, Instituc.). Lo propio vinieron á adoptar las legislaciones posteriores, que, como la nuestra, se fundaron sobre aquel derecho, aunque, en rigor lógico, y aun jurídico, contrariando en parte el mencionado principio, con el no menos general, y de derecho rigoroso, de que la cosa vendida, desde la perfeccion del contrato, y por tanto, antes de la *tradicion*, queda á riesgo del comprador, en el provecho y en los daños, y que, de perecer, sin culpa del vendedor, *perece para él*, no incumbiendo ya al vendedor sino la *custodia*, hasta la entrega: efectos necesarios todos del dominio. Algo vino á atenuar el principio de la *tradicion* necesaria, la llamada tradicion *brevi manu*, que no era á veces sino un pacto, ó condicion, esplicados en el contrato. Pero hoy la mayor parte de los Códigos europeos abandonan aquel principio, y adoptan la *transmision del dominio* por la *perfeccion del contrato*. El proyecto de Código civil español adopta la misma disposicion (art. 981). El dia, en que sea ley, que lo será en esta parte, pues eso es lo lógico, si bien pendiente del pago, será mas violenta la preferencia de entrega, para adquirir el dominio, entre dos ó mas compradores de la misma cosa, como igualmente lo será la preferencia del registro: todo lo cual induce mas y mas modificaciones sobre el principio general y forma romana de la transmision del dominio. (Véase en la seccion 7.ª el §. 3.° de la *perfeccion* del contrato: y véanse **DOMINIO** y **TITULO TRASLATIVO DE DOMINIO**.

§. 5.° *Venta de cosa agena.*

La venta de *cosa agena*, admitida por unas legislaciones, rechazada por otras, castigada, ya civil, ya criminalmente, por varias, como espondremos, ha merecido siempre, y hoy mas que nunca, por las novedades que vienen induciendo en el particular las modernas legislaciones, el exámen, y la atencion especial del legislador y del juzgador. Aun en la enunciativa usual, que sirve de epígrafe al presente párrafo, y eso, examinada en el rigorismo romano, de cuya legislacion trae orígen, es escepcional, y contiene falta de exactitud. Porque, en efecto, *venta de cosa agena*, parece suponer que la cosa agena *es vendible*, y que por el contrato queda *vendida*; y sin embargo, nada es menos cierto. La cosa agena puede *ajustarse* en contrato de compra-venta: aparece como *cosa* en el contrato: procediendo en ello por error, ó por malicia, aparece que se vende, y se *entrega*; pero es la verdad que nunca queda *vendida*: siempre queda *propia de su dueño*, que si, con ocasion del contrato, llega á perderla, no será por sola la eficacia de éste; que no atribuye *propiedad*, no transmite el *dominio*, y sí, cuando mas, *posesion*, y título para prescribir; y solo la perderá por *hecho propio*, traslativo de dominio, ó por negligencia en reclamar, dejándola prescribir.

Y efectivamente, y sin perjuicio de volver sobre este asunto, hay una especie de venta que produce al comprador, *desde luego, por la eficacia del contrato*, y *con seguridad legal*, la plenitud de ventajas, á que la ley permite aspirar por la compra-venta: hay otra, que, por el contrario, no asegura, sino algunas, y esas, no todas desde luego, y además con riesgo de litigios, pérdidas y gastos, y

á veces, hasta con responsabilidad criminal, como hoy sucede entre nosotros por el Código criminal. Aquella transmite *siempre la propiedad de la cosa*, como demostraremos despues; esta rarísima vez, y de un modo por demás eventual, como si el vendedor llega á ser lícitamente dueño de la cosa agena, que vendió. Aquella venta, es, y ha sido admitida por todas las legislaciones, y siempre; esta solo por algunas. Aquella, en fin, ha merecido siempre el favor de la ley; ésta muchas veces el castigo. La primera de las especies de venta, de que hablamos, es la de cosa *propia*, por su dueño, ó con su poder, ya *espreso* y *directo*, como en el *mandato*, *comision*, etc.; ya indirecto, y *suplido por la ley*, como *en la venta judicial*, y en el caso del *tutor*, *curador*, etc.; la segunda la venta de cosa *agena* por *particulares*, ora con *buena fé*, ora con *dolo*. La venta de *cosa* propia, pues, segun queda espresada, es la *normal*, la venta por *autonomasia*; la de *cosa agena*, en las legislaciones, que reconocen su validez, *anormal*, y en parte, *escepcional*.

Por tan fundadas razones basamos el presente artículo, como se vé en su cabeza, sobre la *venta de cosa propia;* si bien admitiendo la de *cosa agena*, como *escepcional*, como caso especial; que no se esplica cumplidamente por las leyes y prescripciones generales y comunes de la venta, sino en parte por las suyas peculiares. Espuesta la índole de la primera en todo el artículo, corresponde hacerlo especialmente respecto de la segunda en el presente párrafo.

Y es preciso empezar reconociendo que la idea de *venta de cosa agena* es, á primera vista, repulsiva, y como que lleva en sí la de *inmoralidad* é *ilegalidad*. Sobre estar así en la naturaleza de las cosas, por el santo predominio que en todos ejerce la idea de la *propiedad*, no se esplican de otro modo los opuestos conceptos, con que ha sido apreciada y juzgada por los legisladores. Y por otra parte, desenvolviendo el párrafo, vemos demostrado, no solo que ella dió ocasion á teorías, lógicamente insostenibles, y racionalmente absurdas, dando leyes á la venta normal, en vez de tomarlas de ella; sino que tambiem hizo antitéticas en sí propias las legislaciones; pues las mismas que la rechazan, y aun la castigan, admiten la *eviccion* y *saneamiento*, lo cual supone de necesidad la enagenacion de cosa agena.

Además, la legislacion romana admite, como corriente, la venta de cosa agena: las leyes del Fuero Juzgo, imponian, al vendedor la pena de pagar *el duplo del precio al dueño*, y *el precio sencillo, con las mejoras* al comprador (ley 9, tit. 4, lib. 5.); lo cual supone que el citado comprador lo era de buena fé, pues sino, no habria abono de mejoras: y las mismas leyes castigaban al comprador, á sabiendas, con el *tres tanto* del precio *en favor del dueño*: si el comprador era liberto, el *duplo*; y siendo esclavo, sobre la restitucion, 200 *azotes* (ley 7, id. id.).

Por las del Fuero Real la venta era *nula* (ley 9, tit. 10, lib. 3.). El vendedor, si lo era á sabiendas (y lo propio el comprador), sobre restituir la cosa á su legítimo dueño, pagaria *cada uno* al mismo *un tanto del precio* (ley 6, id., id.).

Las leyes de Partida, por el contrario, introduciendo novedad sobre las anteriormente citadas, y aun sobre el derecho romano, establecieron la validez de la venta: y si el comprador lo sabia, le castigaban, sin derecho á reclamar el precio.

Algunos Códigos estranjeros declaran *nula* la venta: y nuestro Código penal, en fin, castiga como delito el vender cosa agena *como propia*, segun todo lo esplanamos mas adelante.

Y no obstante lo dicho, no solo la venta de cosa agena es válida entre nosotros, en los casos prevenidos por las leyes; sino que es inevitable, en cualquier sociedad, y por principio general, sino ha de perturbarse hondamente *la contratacion*, y sino ha de castigarse alguna vez la buena fé como el dolo. Porque, la venta de inmuebles admite de suyo dilacion y trámites: estrechando mas el origen del *registro público*, podria escluirse, y aun hacerse imposible la venta de cosa agena: aun sin aumentar su rigor, dentro de diez años no comprará entre nosotros cosa agena, sino el que quiera, omitiendo recurrir á los datos del

registro. Pero en los bienes *muebles*, en los *fungibles* sobre todo, en los *comestibles* y de consumo diario, en la perentoriedad de ferias y mercados, y en mil otros casos análogos, ¿es posible la seguridad? ¿Que género de prueba ó documentacion se establecerá, que sufrague; que alguna vez no importára mas que la mercancía y su precio; que no entorpezca, y aun que, en multiplicadas ocasiones, no llegue á hacer imposible de hecho el *comercio al por menor*, el de consumo diario, de suyo *perentorio*, y de necesidad social?

Por otro lado, hasta el establecimiento del *registro* público, la mayor parte de la propiedad raiz viene poseida á buena fé, de padres á hijos, sin titulacion; y aun lo será alguna vez, despues de establecido el registro, puesto que es *potestativo*: en cuyo supuesto infinitas veces se ha dado y comprado, y aun se venderá, en la buena fé, de que es nuestro lo que vendemos, comprando en el mismo concepto y seguridad, cuando es posible que en las fincas haya vicio de orígen; y vicio, no siempre por dolo, ó crímen; sino por error, y confianza.

Se vé, pues, que la venta de cosa agena, por *particulares*, que es de la que tratamos, es y tiene que ser, en muchas ocasiones, *inevitable*. En algunos casos, en los de buena fé recíproca, por ejemplo, si no lleva plena seguridad, no lleva escándalo; en los casos opuestos, el escándalo es asimismo inevitable. Las leyes han precavido siempre los efectos del *dolo*, que *dá ocasion al contrato*, con la nulidad de éste; pero no así cuando el dolo es *incidente*. En conclusion: mientras la venta de cosa agena es, en ocasiones, una *necesidad ineludible* por condiciones de la vida civil y del tráfico, son *inevitables* tambien el *abuso* y el *dolo*, lo cual no obstante, siempre se debe procurar prevenirlos, y corregirlos.

En tal supuesto, no es posible estrañar, ni condenar, la vacilacion, la no conformidad de las legislaciones, en materia tan grave, y eso, cuando han condenado unánimes el dolo y el abuso.

Uno de dos partidos podia tomar únicamente el legislador: declarar la *nulidad radical* de las ventas de cosa agena; ó rodear estas de *restricciones*, y aun *sanciones penales*. Unas legislaciones adoptaron este segundo partido, como la romana y la de Partidas; otras el primero como el Fuero Real, y hoy el Código civil francés; y ambos sistemas con inconvenientes especiales. Las legislaciones mismas, que declaran la nulidad radical y *á priori*, admiten, sin embargo, como ya hemos indicado, la teoría de la *eviccion* y saneamiento, lo cual supone que se vendió ó transmitió cosa *no propia*: y admiten la *prescripcion*, que es claro no puede ser sino de *cosa agena*; y á la cual no se llega ordinariamente sin *justo título, traslativo de dominio*. Cierto que no hay precision de que éste lo sea de venta precisamente; pero lo será *hereditario*, de *donacion*, de *permuta*, etc., que en principio es lo mismo para el derecho constituyente: hay transmision válida.

Hay además que no siempre es conocida la cualidad de cosa agena al principio: que puede tardar mucho tiempo en reclamar el verdadero dueño, y aun puede no reclamar nunca, no habiendo entonces términos hábiles para aplicar la nulidad *radical*, para declarar en materia civil lo que nadie pide, y por tanto de oficio. Y despues de todo, ¿con qué éxito se reclamaria, especialmente en las cosas *fungibles*, que se consumen al primer uso?

Esto por lo que hace al sistema de la *nulidad radical*: en cuanto al de *restricciones precautorias*, y *sanciones penales*, hé aquí las principales que han solido adoptarse:

1.° El verdadero dueño de la cosa continúa siempre señor de ella, dentro del período de la *eviccion*, ó de no *prescripcion*. Ni podria ser de otro modo. ¿Cómo, ya que el órden público no lo rechaza, quedaria ligado en un contrato, en que no interviene; y antes, con error, ó con dolo, se hace en su daño? Pueden además perseguir su mejor derecho aun el poseedor, y tenedor legal, como espondremos.

2.° Responsabilidad de eviccion y saneamiento en el vendedor, ya de buena, ya de mala fé.

3.° Pena del *dolo* contra él, con devolu-

cion de precio, y resarcimiento de daños, y perjuicios, mejoras y costas.

4.ª Pérdida del precio en el comprador de mala fé, y pérdida de frutos percibidos, abono de los debidos percibir, pérdida de mejoras, y reintegro tambien de todo género de daños.

5.ª Prohibicion de comprar á personas desconocidas, no dando garantía; y responsabilidad civil, y penal, en su caso.

6.ª Prohibicion de comprar ciertos efectos á hijos de familia, oficiales de artistas, y criados domésticos; ni cosa ninguna á esclavo, no autorizado por su señor, pena de perder la cosa y su precio (ley 14, tít. 4, lib. 5, Fuero-Juzgo).

7.ª Penas pecuniarias y aun corporales, de todo lo cual tenemos ya hecha mencion en esta y secciones anteriores, y aun ampliamos mas adelante.

8.ª Últimamente, el *registro* público para inmuebles.

Ahora, los casos de venta de cosa agena, en cuanto á la base de legalidad ó ilegalidad, y en cuanto á responsabilidades, pueden reducirse á cinco:

1.º *Que*, siendo la cosa, no *furtiva*, sino meramente *agena*, *ignoren la circunstancia*, y, por tanto, *que procedan de buena fé, vendedor y comprador*. Esta puede llamarse la venta *normal* de cosa agena. Es la mas inofensiva, la totalmente lícita.

2.º Que lo sepan los dos.

3.º Que lo sepa solo el vendedor.

4.º Que lo sepa solo el comprador.

5.º Venta de cosa *furtiva*, en la cual pueden ocurrir los cuatro casos anteriores; esto es, que lo sepan los dos, que los dos lo ignoren, por hacerse la venta por otro que el ladron ó el encubridor, etc.

Hay todavía un caso, que, á primera vista, parece de venta de cosa agena: y es, cuando el acreedor hipotecario, que no es pagado al plazo convenido, vende por sí, estando autorizado por el contrato, la hipoteca. Pero aquí, no hay abuso: la cosa se vende con consentimiento, y por tanto, con autorizacion del dueño, por virtud del pacto; y no hay, por lo mismo, venta de cosa agena, esto es, por un *particular*, y *de propia autoridad*.

Ligamos, como esencial á la venta de cosa agena, el que haya de ser hecha por *particulares* y *de propia autoridad*; pues si vendiese una autoridad, como en los remates públicos; ó un particular autorizado, como el tutor, curador, administrador de secuestro, albacea, etc.; la ley, en tales casos, por razones de pública conveniencia, representa y suple al dueño. Por representacion de éste vende tambien el apoderado, comisionado, etc. En tales casos, por tanto, aunque no se vende cosa propia, sino agena, no hay venta de cosa agena, en el sentido del presente párrafo; pues no se vende *por particulares* y *de propia autoridad*; siendo consecuencia inseparable de este principio, que el vendedor no queda sujeto en tales casos á la responsabilidad de *eviccion*, *saneamiento* y demás; sino que, ó no lo queda nadie, como *en el remate por autoridad pública*, ó lo queda el dueño, como en los demás casos, del tutor, curador, etc.

Todo ello supuesto, reseñaremos, por su órden, las principales cuestiones, ya de derecho, ya prácticas, á que dá lugar, la que propiamente se llama *venta de cosa agena*:

1.ª Hemos dicho que nuestras leyes, como las romanas, reconocen la *validez* de la *venta de cosa agena*. «*Rem alienam distrahere quem posse nulla est dubitatio, nam emptio est, et venditio: sed res emptori auferri potest*» (Ulpiano, Ley 28, tít. 1, lib 18, Digesto). Esta ley es la cardinal, la mas esplícita de la legislacion romana, y base despues de las de Partida, en sus tres notables estremos, á saber: que se puede enagenar la cosa agena: que el contrato que la tiene por objeto es, ó constituye *compra-venta*: y que, todo ello no obstante, la cosa enagenada puede quitarse al comprador: y puede serlo, ciertamente, por el *dueño*, *reivindicando*; ó por un *poseedor* ó tenedor de mejor derecho, en todo caso, que el vendedor, ó el comprador, segun espondremos.

El que compra al que cree que es dueño, *compra de buena fé* (ley 27, id., id., id).

«*Res, bona fide vendita, propter minimam*

causam inemptam fieri non debet» (ley 54, idem, idem, idem).

Son todavía numerosas las leyes romanas, que hacen supuesto de la venta de cosa agena, y se refieren á ella, muchas de las cuales citaremos aun. Las de eviccion, saneamiento, reivindicacion, mejoras, percepcion de frutos, prescripcion, la tienen por una de sus bases, y aun por su base, y su puesto principal.

Ya hemos visto que las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real la rechazaban, y castigaban.

Las de Partida, por el contrario, siguieron á la legislacion romana. «*Cosa ogena*, dice la 9, tít. 5, Part. 5, *vendiendo un ome á otro, valdrá la vendida.*» Despues veremos las muchas que se refieren á esta clase de venta.

Hemos hecho ya mencion de que el Código penal castiga la venta de cosa agena; pero solamente en uno de los casos de ella. Castiga el dolo y abuso en la suplantacion de autoridad y representacion de dueño; pero sin que eso se oponga á la validez de la venta. Por ello, volvemos á repetirlo, la *venta de cosa agena*, en el sentido romano, es hoy un cánon de la legislacion entre nosotros.

2.ª Pero ¿cuál es el verdadero sentido, la verdad lógica, legal y jurídica, que encierra la antedicha locucion, *venta de cosa agena*? Ya lo hemos insinuado: la cosa agena no es en sí *vendible*, ni por *error*, ni por *dolo* de *particulares*. Se ajusta: es *cosa* en el contrato de *compra-venta*: se *paga* y se *entrega*; pero no queda *vendida*: se entrega, cuando mas, la *posesion*: tal vez, únicamente la *tenencia*; pero la cosa queda siempre del *dueño*; y el mejor derecho *posesorio*, del que *con mejor derecho poseia*.

No habria exajeracion en decir que aquí *es válida, no la venta; sino el contrato*: es decir, la *convencion* no era nula en sí: producia las acciones de su nombre, las acciones *empti et venditi*, para la eviccion y saneamiento; pero no para la *plenitud del contrato*, como en la venta, que hemos llamado *normal*: la cosa no queda vendida. Así es como era válida *en sentido romano*, y y así la han aceptado, no todas nuestras leyes, como ya hemos visto, sino las de Partida: eso, en fin, y no mas que eso, es, y significa el ser válida la *venta de cosa agena*.

Y en efecto, esta validez restrictn, aunque disonante, de la venta de cosa agena, fué entre los ramanos una necesidad, no racional, sino *sistemática*, hija de su *rigorismo formulario*. Entre los romanos nadie podia pedir, en juicio, sin accion *formularia*, ó de fórmula legal. Los *pactos mudos*, no la producian: el contrato de venta de cosa agena, no era pacto nudo: no era tampoco pacto *aditicio*; era *contrato nominado*, el cual producia, por tanto, *acciones de su nombre*. Si el contrato se declaraba nulo, *no las podria producir, ni ninguna*.

Pero habia habido *pago del precio*, y *entrega de la cosa*: podia ser todo de buena fé, y tambien de mala: sobrevenia *eviccion*: faltaban la *cosa* y el *contrato*. Si habia mediado dolo, que diera ocasion al contrato, aun podia utilizarse la accion de *dolo*. Pero no procedia ésta: no, habia, no intervenido dolo: ¿con qué accion se reclamaria el *precio*, los posibles daños y perjuicios, frutos, mejoras, etc., el *quantum interest* de la ley? Todo se allanó dando, *para esto*, validez *al contrato*.

Pero es la verdad, que cuando se fueron conociendo las multiplicadas acciones subsidiarias, las de contratos *innominados, prescriptis verbis, ex lege, condictio sine causa*, etc., tal rigorismo no fué necesario. Y despues de todo, los romanos, en otras cosas nimiamente lógicos, cohonestaban ó subsanaban con su célebre *quasi*, la falta de exactitud, y pudieron, mejor que *venta de cosa agena*, llamar al contrato, que es objeto del presente párrafo, *quasi-emptio, quasi venditio*, y tambien, sin atenuativo, contrato *do, ut des*.

De todos modos, se vé con evidencia cuál es, y no otra, la validez de la venta de cosa agena, *en sentido romano*. Entre nosotros, despues, de la ley del fuero, ni aun nada de eso era necesario, pues la convencion dá accion para todos los derechos, y solo habria que declarar que esa *quasi-empcion*, constituia título legítimo para prescribir.

Nada importa en contrario que Ulpiano hubiera dicho que el espresado contrato era *válido, porque habia compra-venta* (*nam est emptio, et venditio*: ley 28, citada, tít. 1, libro 18, del Digesto.) Eso era, por decontado, resolver la dificultad con la dificultad misma: y tambien, sentando en ello *un principio fundamental*, á los cuales han de subordinarse todas las aplicaciones, habia dicho la ley que, *Neque emptio, neque venditio, sine re quæ veneat, potest intelligi*: «*que no es posible reconocer ni compra, ni venta,* » *donde no hay cosa vendida*, y es de toda evidencia, que la cosa agena *no queda vendida*, en la llamada venta de cosa agena (ley 8, dichos, título y libro del Digesto).

3.ª Si lo dicho es exacto, si con efecto, no obstante la validez del *contrato*, de la convencion, la cosa agena no queda vendida, quiere decir que el dueño continúa en la plenitud de su dominio y derechos que emanen del mismo; y que podrá siempre reivindicar, salvo que, por ignorancia ó abandono, deje transcurrir el tiempo legal para perder la cosa por prescripcion.

Y todo es así en efecto. *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est..... sed res emptori potest auferri* (ley, citada, 28, tít. 1, lib. 18 del Digesto).» «Nemo *res, ad te pertinentes*, non obligatas sibi, neque ex officio vendendi potestatem habens, distrahendo, *quidquam tibi nocere potuit*. (ley 6, tít. 51, lib. 4 del Código).» *El dueño puede reivindicar* sus cosas *del comprador de buena fé, que compró al de mala* (ley 4, tít. 32, lib. 3, id.): ley casuística, pues por principio general, el dueño reivindica *siempre*. Aquí ha de entenderse que puede reivindicar, *aun del comprador de buena fé: en todas guisas*, como dice la ley de Partida. El que vende siervos agenos *nihil domino diminuere potest* (ley 6, tít. 2, lib. 6, id.). «Magüer que (el comprador) la torne despues en juicio *á aquel cuya es* (ley 19, tít. 5.°, Partida 5.ª). «*Cosa agena* vendiendo un home á otro, aquel *cuya fué, puédela demandar al comprador*, á quien la falló (ley 33, id., id.).» Dícese *al comprador*, porque es lo que de ordinario hay que suponer, y suele suceder; pues por lo demás el dueño puede siempre reivindicar contra cualquier poseedor, ó detentador de la cosa. La frase, *cuya fué*, parecería indicar que por la venta de cosa agena, la cosa, *dejó de ser del dueño*; lo que no es así, y la misma ley, y otras de ambos derechos lo asientan y confirman. «..... decimos (espresa la ley 54, tít. y Part. citadas, y empleando locucion opuesta y mas exacta) que aquel, *cuya es*, que *la puede demandar, é la debe cobrar, en todas guisas..*:»

4.ª Hay justas escepciones; pero en que siempre es el *hecho propio* del dueño, y no el *ageno*, no *la venta de cosa agena*, la que cierra el camino de recobrar *en todas guisas*: como si el dueño ratifica la venta, mediando ó no precio: pues la *ratihabicion* afirma el hecho, ó convencion viciosa: si por morosidad ú otra causa, deja correr el tiempo, y la cosa prescribió contra él: si llega á ser heredero del vendedor, ligado, por tanto, con las obligaciones de éste: si lo es del comprador, por la confusion de acciones y conceptos: si enagena la cosa al vendedor, ó comprador, pues entonces cede sus acciones: si de cualquier otro modo legal embaraza él propio su libre accion de dominio; pues la ley le salva sus cosas de la venta, ó hecho ageno; pero no de su hecho propio.

5.ª Y no es solo el dueño, ó el señor del dominio, ya directo, ya útil, el que puede reclamar contra la venta, ora por accion real, ora porque dicho contrato le sea perjudicial: y no ya entre nosotros, en que sin accion *nominada*, ó *específica*, precisamente, puede todo el que se siente perjudicado reclamar en juicio á nombre de su propio agravio, ó cualquier género de obligacion lícita, ó no inmoral; sino aun entre los romanos. Así, por ejemplo, podia reclamar contra el contrato, ó sus efectos, el acreedor, en cuyo perjuicio se enagenaba la cosa (accion *pauliana*): el condueño en cosa *indivisa*, por su parte alícuota: el dueño de fundo rústico, ó urbano, arrendados, por la enagenacion ó distraccion de las cosas introducidas en los mismos, ó fijas en ellos, como hipotecadas al adeudo principal (accion *serviana*): el acreedor prendario, ó hipotecario, por la prenda, y por la hipoteca y sus

frutos, aun vendidos por su dueño (accion *cuasi-serviana*).

Podia, por último, todo adquirente de buena fé, por justo título, *traslativo de dominio*, como venta, permuta, donacion, dacion en pago, herencia, particion, adjudicacion testamentaria, venta, ó sentencia judicial, aun posesoria, como en el juicio plenario de posesion, etc. Todos pueden perseguir la enajenacion por agena persona, *como dueños*; si bien con las leyes y restricciones que éstos, como el que no haya prescrito la cosa (accion *publiciana*). *Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. . In publiciana actione omnia eadem erunt, quæ in rei vindicatione diximus* (ley 7.ª, tít. 2.°, lib. 6.° Digesto, *De publiciana in rem actione*). La accion, sin embargo, aunque tan favorecida por la ley, no era, sino sobre mejor derecho *posesorio*, y para retener la cosa, pudiendo así llegar á prescribirla; pero hasta este caso, subordinada siempre al mejor derecho del señor. «Publiciana actio non ideo comparata est, *ut res domino auferatur*; *sed ut is*, qui bona fide emit, possessionemque ex ea causa nactus est, *potius rem habeat* (ley 17, id., id). *Exceptio justi dominii Publicianæ objicienda est* (ley 16, id., id.).

5.ª La ley romana autorizaba á perseguir la cosa, «como *dueño*, por accion *publiciana*, al que, demandado en justicia sobre ella, la obtenia por juramento *decisorio* y *deferido*; pero tenia accion únicamente contra el que habia *deferido* el juramento decisorio: *ei enim soli nocere debet jusjurandum, qui detulit*, (ley 7, id., id.). Pero la ley 13, tít. 11, Partida 3.ª atribuye reivindicacion al que así ha obtenido, en términos generales, contra todo poseedor; salvos siempre, sin embargo, y como es propio de la accion publiciana, los derechos del verdadero dueño.» Otro si decimos, que si despues que fuere entregado, (el comprador) perdió *la tenencia* de aquella cosa, que la puede demandar, *como suya*, á quien quiera que falle tenedor de ella..... fueras ende, si viniese aquella cosa en poder de otro alguno, que razonase, *é mostrase, que era verdaderamente suya.*» Y la ley de Partida es mas lógica: porque si la decision judicial es título justo, si atribuye, por lo menos, posesion legal ¿por qué no ha de poder defenderla el poseedor contra cualquier otro que tenga *inferior derecho*, como es de la índole de la accion publiciana?

6.ª La *eviccion*, y el *sanamiento* en su caso, y para que respectivamente tengan efecto, la *citacion de eviccion*, son cuestiones inherentes á toda *transmision*, por causa onerosa, de *cosas* ó *derechos*, y del *uso*, ó *disfrute* de los mismos, cualquiera que sea la forma de derecho, por la cual se verifique, y ora sea traslativa de dominio, de posesion, de uso, ó de mero disfrute. La venta, la permuta, el arriendo, la dacion y adjudicacion en pago, la particion hereditaria, donacion remuneratoria, cesion de crédito y de acciones, y demás transmisiones análogas, están justamente en el mismo caso.

7.ª Y ahora bien: todo adquiriente, por cualquiera de estos medios, puede ser inquietado, ya con razon, ya con pretesto: y ya *estrajudicialmente*, y de puro hecho, como en el *despojo*; ya sobre el *derecho*, y por tanto *judicialmente*, como *reivindicando*, y en los casos de las antiguas acciones *pauliana*, *publiciana*, *serviana*, *cuasi serviana*, etc.; y entre nosotros por la accion del pacto, contrato, ú otro acto legal obligatorio, siempre eficaces, probando la obligacion. Promovida demanda, nada mas justo y natural que el que enagenó sostenga su contrato, para lo cual es lógico y justo tambien avisarle, *citarlo* con oportunidad. Vencer en el juicio el demandante ha recibido el nombre técnico de *eviccion*.

8.ª *Citado de eviccion*, el que enagena, esto es, avisado de la demanda, y para en el caso que venza, ó eviccione el demandante, puede venir ó no al juicio; pero uno y otro bajo su responsabilidad. Si comparece y vence, vindicando la cosa ó derecho trasmitido, deja al adquirente en posesion, dominio, ó goce de él, segun el caso: si es vencido, tiene que *sanear*, ó resarcir al adquirente el precio, y todo perjuicio ó desembolso subseguidos, no por *acto propio* de éste; sino precisamente por causa del contrato.

9.ª Cuantos derechos y obligaciones quedan espuestos, se sintetizan en las enuncia-

tivas *técnicas* y de valor entendido, *citacion de eviccion, eviccion, y saneamiento*. Son inherentes naturalmente á toda trasmision, dándose el caso: no hay por tanto que estipularlas; y solo dejan de proceder por estipulacion en contrario. Asi se desprende de la obligacion de *sanear*, que imponen nuestras leyes, como las romanas, y asi el tenor literal de ellas. *Non dubitatur, etsi specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta, ex empto competere actionem* (ley 6, tít. 45, lib. 8, Código).

10. Pero lo que es comun á toda enagenacion, cesion, ó transmision de cosas ó derechos, es como antonomástico en la compraventa, ya ésta sea de cosa *propia*, ya de cosa *agena*. Es cierto, y de notar asimismo, que si el caso de las responsabilidades ha de llegar, ó sea el de el *saneamiento*, es menester que venza el demandante; lo cual no sucederá en ley y en justicia, sino cuando se enagenó ó cedió *cosa agena*, ó en que otro tenia *mejor derecho*: y es la razon por que tratamos del *saneamiento*, y de la *eviccion*, que le precede, al hacerlo de la venta de cosa *agena*, y no en otro párrafo, ó seccion, sin perjuicio de su artículo particular.

Por lo demás, el que enagena, y por tanto, el que vende, por todos los derechos responde, esto es, *defiende* y *evicciona*, ó *sanea*. «Quita, é libre de todo embargo debe ser entregada la cosa vendida al comprador, de manera, que si otro alguno gela quisiere embargar, ó moverle pleito sobre ella, que gela debe facer *sana*» (ley 32, tít. 5, Partida 5).

11. Haciendo ahora especial aplicacion de las anteriores bases y doctrinas á la compra-venta, ya de cosa *propia*, ya de cosa *agena*; pero muy señaladamente de esta última, hé aquí, mas en concreto, su desenvolvimiento práctico y de derecho, aunque sumario, sin perjuicio de mayor ampliacion en los artículos correspondientes.

Un comprador, puede ser ioquietado, ó con absoluta *independencia del contrato*, ó acto legal de transmision; ó bien *afectando al contrato*, ya en sí, ya en sus efectos. Lo primero sucederá, por ejemplo, y como ya queda indicado, en el *despojo*, sobre todo, teniendo ya el adquirente posesion de *año* y *dia*. En este caso y en cualquier otro análogo, no procede la *citacion de eviccion* al vendedor, el cual, si fuera citado, podria contestar que, no afectando el *hecho al contrato*, no tenia por qué defenderle; y antes el comprador debia defenderse, en virtud de su derecho propio de tenencia y disfrute legal. Entre nosotros sucede así en el arriendo, particion hereditaria, adjudicacion, etc.: el poseedor ó llevador *despojado*, apela al correspondiente *interdicto*, sin citar al arrendador, etc., para que sosteoga un contrato, que nadie ataca por entonces, pues el ataque no es al *derecho*; sino al *hecho*.

12. Si de resultas, ó desde luego, se entrase en el juicio *posesorio*, ó en el *petitorio*, ó de otro modo se atacase el contrato; como por este medio puede el demandante llegar á vencer en juicio, ó sea á la *eviccion*, cuyo resultado seria quedar anulado, ó roto el contrato, segun el caso, y el comprador sin la cosa comprada; para poder, en tal supuesto, demandar el *saneamiento*, esto es, otra cosa tal y tan buena, y sino el precio al vendedor, y lo demás que proceda, segun diremos, debe pedir, *en el tribunal que conoce*, que se *cite* á *aquel de eviccion*, esto es, que se le haga saber el juicio promovido, por si gusta salir á él; ó en otro caso, que la eviccion, si se verifica, le pare perjuicio.

Nada mas racional. Nadie mas interesado que él en defender su contrato. Se trata de su perjuicio, no está obligado á saberlo, y nada mas equitativo y justo que el demandado le avise de su riesgo, si luego ha de poder reclamar contra él, quedando vencido. En ello convienen ambos derechos, y en cuanto á la eviccion en general, ó como principio, todos los derechos.

13. Y tambien en la pena. Si el comprador demandado omite la citacion de eviccion, no puede, siendo vencido, reclamar del vendedor, *ni aun el precio*; y menos por lo mismo, daños y perjuicios. *Emptor fundi, nisi auctori* (al vendedor), *aut heredi ejus, denunciaverit, evicto prædio, neque ex stipulatu, neque ex duplo, neque ex empto, actionem*

contra venditorem, velfidejusorem ejus habet (ley 8, tít. 45, lib. 8, Código).» Pero *luego* que moviere ende pleito, *tenudo* es el comprador de facerlo saber al que se gela vendió, ó *á lo mas tarde ante que sean abiertos los testigos*, que fueren aduchos sobre aquella cosa en juicio contra él (ley 32, tít. 5, Partida 5).»

14. La ley quiere y asienta como regla general, que *luego* que se inicie el pleito, se cite de eviccion. Y justamente: al vendedor no debe defraudársele ni de un momento, que pueda utilizar, y que pierde, tal vez, por la dilacion, para defender su derecho, si á eso se resuelve; y de seguro será justo oir su reclamacion de perjuicios si espusiese, y atenderla, si probase, que se le habian irrogado por la demora en la citacion. Y que pueden irrogarse, no hay duda, cuando tan considerable tiempo puede mediar entre la demanda y la recepcion á prueba; y mas aun si esta se intentase en Ultramar; ó sino se intentase prueba hasta la segunda instancia, en cuyo intermedio puede fallecer el vendedor, mas en aptitud para defender su hecho, que sus herederos. Pueden tambien en dicho intermedio morir, ó ausentarse los testigos, de que hubiera de valerse mas útil, y acaso únicamente. La justicia, por tanto, la conveniencia recíproca, la buena fé, la regularidad de los juicios y hasta la ley, quieren que la citacion se haga *desde luego*. Es verdad que la misma autoriza tambien la citacion, fijada ya la cuestion judicialmente, y por tanto avanzado el juicio: *antes que sean abiertos los testigos*; pero esto es *á lo mas tarde*, como escepcion, y siempre bajo la responsabilidad del que, pudiendo haber aprovechado el primer término, el término comun, retardó la citacion hasta el segundo, hasta el *escepcional*, si de ello resultasen perjuicios al vendedor.

13. Los autores admiten que, sino hay prueba hasta la segunda sentencia, aun hasta ella podrá diferirse la citacion; pero salva, como decimos, la responsabilidad del demandado (Gregorio Lopez, glosa 3.ª á la citada ley). Es justo tambien entender en la locucion, *abiertos los testigos, abertura á prueba*, de cualquiera clase que ésta sea; pues no pueden irrogarse menos perjuicios al vendedor en la prueba de testigos, que en la escrituraria, y en cualesquiera otras diligencias de prueba, como juicio pericial, vista ocular, posiciones, etc.

16. Las leyes romanas parecian relevar de la citacion, cuando el vendedor estaba *ausente*, declarando su responsabilidad tambien, si estando presente, no podia por culpa suya ser citado. «*Præsenti* autem venditori *denuntiandum est*: sive autem *absit*, sive *præsens sit*, et per eum fiat, *quominus denuncietur*, committetur stipulatio (ley 35, tít. 3, libro 32, Digesto). El precepto de la ley de Partida, sin embargo, es general, y la jurisprudencia y nuestro órden de enjuiciar tienen recibido que al ausente en este, como en todos los casos, se le cite por exhorto, etc.; aunque siempre será á su cargo el que, por causas provenientes de él, estando presente, no pueda realizarse la citacion, segun disponia para esos casos la ley romana.

17. Nada se opone á que el vendedor, aun sin ser citado, tome parte en el juicio. Se trata de su perjuicio y eso basta. El comprador no puede, por tanto, rechazarlo, á menos de tomar sobre sí las resultas, de quedar vencido; y aun venciendo, no podria reclamar las costas y gastos del juicio, en su caso, por la doble razon de que de hecho no solo no habia pedido citacion de eviccion, y eso intencionadamente, sino que resistió la concurrencia espontánea; y además, por lo que significaria en sí la resistencia, si bien es de suponer que ningun tribunal deferiria á ella. El demandado no podria resistir la intervencion espontánea, como coadyuvante, del vendedor; ni menos el que éste haga suyo el pleito en todo caso, estando, como está, obligado á la *eviccion*, *saneamiento* y *resarcimiento*; á menos de no relevarle de ello el comprador.

18. Citado el vendedor, todavía puede no concurrir al juicio; pero no por eso queda menos obligado á las resultas. Quédalo tambien concurriendo y siendo vencido; no á todas las responsabilidades romanas, de lo cual, y de otras cuestiones de ampliacion, hablamos en su artículo particular; pero sí á la devolucion del precio, con resarcimiento

de daños y perjuicios, y á la pena estipulada, si la hubiere habido (ley 32, tít. 5, Partida 5).

19. Presentándose el vendedor, debe el demandante *dejar en paz* al comprador, y entenderse con aquel. Por la misma razon, esto es, por el espíritu de la ley, no podria resistirse que el demandante se dirigiese desde luego contra el vendedor, sin tocar con el comprador. Véase, sin embargo, y por lo que á él toca, la cuestion 24.

20. Aun en esos casos, ni el vendedor, ni el demandante pueden impedir que el comprador asista al juicio, como coadyuvante del primero; lo uno, porque no lo prohibe la ley; lo otro, porque tiene interés, y teniéndolo, la ley concede á todos el derecho de sostener su interés en juicio, ora directamente, ó como principales; ora como terceros, ya coadyuvantes, ya escluyentes: y casos puede haber, en que el comprador deba esperar mas de su gestion y defensa, que de la del vendedor, al cual la insolvencia, y otras causas podrian hacer negligente, ó menos eficaz en la defensa.

21. Viniendo al derecho: «*Mota quæstione, interim, non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam, venditor conveniri potest*» (ley 74, tít. 2.°, lib. 21, Digesto).» *Evicta re, ex empto actio, non ad pretium dumtaxat recipiendum, se ad id, quod interest, competit*» (ley 70, id., id).» «*Non dubitatur, et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta, ex empto competere actionem*» (ley 6.ª, tít. 43, lib. 8.° del Código).

En cuanto á nuestro derecho, supuesta la obligacion de *facer sana* la cosa en todo vendedor, y la obligacion de citar de eviccion por parte del comprador, si ha de tener derecho á reclamar, como ya hemos visto, añade la propia ley 32 de Partida, antes citada: «E si alguno assi *non lo ficiese saber* al vendedor, si despues fuese vencido en juicio, *non podria demandar el precio* á aquel, que le la vendió, nin á sus herederos. Mas si *gelo ficiese saber*, é *non quisiese* el vendedor amparar al comprador; *ó non lo puede defender á derecho, estonce* el vendedor *tenudo es de tornarle el precio, que recibió* por aquella cosa que le vendió, *con todos los daños é menoscabos*, que le vinieron por esta razon.» Añade la ley que le pagará la pena del *doblo*, si así se estipuló, entendiéndose, no el *doblo* del precio; sino *del valor de la cosa*, si al perderla por la eviccion, vale mas (ley 32, título 5.°, Part. 5.ª). En todo caso, y tratándose en esto, no de la accion *ex empto*; sino *ex estipulatu*, ha de estarse en ello á lo que se haya estipulado.

No cabe duda que en los *daños é menoscabos* de la ley de Partida, y en el *quantum interest* de la ley romana, se comprende la completa indemnizacion del comprador (de buena fé, como espondrémos), ni mas ni menos que, como si no hubiese hecho tal compra; y por lo tanto, aun las erogaciones para *mejorar* la cosa, en la confianza de que era suya: y no digamos de las *necesarias*, pues es sabido que estas las ha de abonar el dueño.

22. No puede dudarse tampoco que en la completa indemnizacion de perjuicios están comprendidas las costas del litigio, que haya tenido que sostener el comprador de buena fé. ¿Y cómo no?, si son un desembolso, uno de tantos perjuicios que vienen al comprador de habérsele vendido cosa agena, ó cosa reclamable en juicio? (Así la glosa, en la ley 17, tít. 45, lib. 8 del Código. *El sie tenebitur* (el vendedor) *etiam ad sumptus litis*: Gregorio Lopez, glosa 6 á la ley 32, tít. 5, Part. 5). No hay que decir que si el demandante ha sido condenado en las costas, ya no tiene que reclamarlas del vendedor, pues no ha de cobrarlas dobles.

En principio general la cuestion no tiene duda. Pero, y si, citado de eviccion el vendedor, sale al pleito, y eso no obstante el comprador quiere seguir litigando, ¿tendrá despues derecho á reclamar por las costas y gastos, por sí causados? Esta es una cuestion judicial, que ha de apreciar y resolver la prudencia del juez. Si por las circunstancias, desvalimiento del vendedor, por tener tal vez que litigar por pobre, careciendo así de energía, y acaso de medios costosos de prueba, etc., se evidencia la necesidad de continuar litigando el comprador, las costas son sin duda un perjuicio reclamable: perjuicio

que le proviene precisamente de la compra.

Si condenado en costas el demandante, resulta insolvente, está en el rigor del *saneamiento* que este perjuicio, que, independientemente de la voluntad del comprador, viene de la compra, sea á cargo del vendedor.

Y lo que en punto á saneamiento y resarcimiento completo persuade la razon, lo establece terminantemente el derecho. *Sive tota res evincatur, sive pars, habet regressum emptor in venditorem»* (ley 1, título 2, lib. 21, Digesto). «*Evicta re vendita, ex empto erit agendum de eo, quod accessit*» (ley 16, id. id). «*Sed, et si stipulatio nulla fuisset interposita, de ex empto actione idem dicemus....*» (ley 19, id. id.). Non dubitatur, et si specialiter venditor evictionem non promiserit, re evicta, ex empto competere actionem» (ley 6, tit. 45, lib. 8, Código). «*Si autem evictum fuerit, á venditore, sucessoreve ejus, consequeris* (por supuesto, citados de eviccion, como lo espresa antes la misma ley) *quanti tua interest, in quo continetur etiam eorum persecutio, quæ in rem emptam, d te, ut meliorem fieret, erogata sunt*» (ley 9, ya citada, id. id.).

23. Y ciertamente: no importa, para la accion de eviccion, que se haya perdido en juicio toda la cosa vendida, ó solo una parte, principal ó accesoria, de ella. La accion que se entable se concretará á la parte evicionada, si la cosa vendida era una sola: si era un conjunto, y de ellas una sola se eviciona, ó la parte de una de ellas, á esto únicamente se concretará la accion de eviccion.

24. Ya hemos dicho antes, refiriéndonos á la ley 33, tít. 5, Part. 5, que el dueño puede reivindicar la cosa de su propiedad, vendida en su caso como agena; y añade aun dicha ley: «Pero si el comprador digere á aquel que ge la vendió, que la venga á defender en juicio aquella cosa que le vendió, é á responder sobre ella á aquel que ge la demanda; si el vendedor quisiere entrar con el demandador en juicio, para ampararla, obligándose á facer derecho sobre ella, bien así como si él la toviere, estonce el demandador *non ha razon de la demandar al comprador*; ante decimos que la debe demandar al que la vendió, é *dejar estar en paz al que la compró*. E si el vendedor *non quisiere entrar en pleito* con el demandador sobre la cosa, estonce *puédela demandar al comprador*; pero en salvo finca su derecho al comprador de afincar por juicio al vendedor, que *le faga sana* la cosa que le vendió.»

25. Siempre tendremos por mas útil la accion *real*, dirigida contra el comprador ó tenedor de la cosa, por cualquier título que sea, que no dirigirse el dueño contra el vendedor, dejando al comprador, ó tenedor; pues ninguna accion escede en eficácia á la *reivindicatoria*, ó *de dominio*. La finca se hace asi desde luego *litigiosa*, y se asegura mas en sí, y en sus accesorios, como trasmision, destruccion, desaparicion, ó deterioro doloso. Así la accion es evidentemente *reivindicatoria:* la dirigida *contra el vendedor*, parece mas bien *accion personal*. ¿Cómo se le pedirá que deje á disposicion de su dueño una cosa que no lleva? ¿Cómo se asegurará la cosa contra todo fraude, por secuestro, como cosa litigiosa, si el comprador ó tercero llevador de ella no es parte en el pleito, y por ello no hay términos hábiles para turbarlo en la posesion y disfrute?

Pero como las circunstancias dan ley á los casos y reglas á la prudencia, casos habrá en que sea mas útil al dueño dirigirse desde luego al vendedor, sin perjuicio de las responsabilidades del comprador ó tercero llevador; como sucederá si la cosa ha perecido por culpa ó sin culpa de éstos, si son además insolventes, si han desaparecido y se ignora su paradero, si han fallecido insolventes, etc.

23. El *saneamiento*, sin embargo, no tiene lugar, cuando así se ha estipulado. Los contrayentes examinarán sus intereses, y buscarán compensacion en las condiciones del contrato. Desde luego asentamos lo dicho como regla general. Algunos autores no quieren que pueda estipularse la *no devolucion del precio* en caso de eviccion; pero de ello volveremos á tratar en el artículo **EVICCION**.

26. Y consiguiente á lo que hemos dicho, de que el vendedor *sanea* al comprador, no de daños imputables á éste; sino solo de las resultas legales del contrato, no tiene lugar

tampoco el saneamiento, ni por tanto la obligacion de salir á la eviccion, si el comprador somete el juicio sobre la cosa al de avenidores, sin noticia y asentimiento del vendedor, caso que el fallo de estos sea perjudicial: si por su culpa pierde, como ya hemos insinuado, la posesion ó tenencia: si la pierde por su desgracia, como si le es arrebatada por fuerza mayor, incendiada ó de otro modo destruida: si deja perder, estraviarse ó desaparecer la cosa, ó la abandona *pro dere licta*: si prostituye en casa pública sierva comprada, pues por el hecho se hace esta libre: si no asiste el comprador al juicio, caso de no presentarse el vendedor, citado de eviccion: si en rebeldía ó no, se dicta sentencia ejecutoria contraria, y deja de apelar, ó alzarse: si por propio derecho podia ya defender la cosa, como por prescripcion, y no lo hizo: si consintió en que la cosa se hiciese sagrada. Y, aunque por diversa razon, no tiene lugar el saneamiento, si la cosa era ganada al juego, y se vendió en el juego: tampoco si, aun defendida en juicio, se perdió por *sentencia injusta*, en cuyo caso es el juez, y no el vendedor, el que responde (ley 36, §. 1.°, ley 29, §. 1.°, leyes 54, 56 y 63, tít. 2, lib. 22, Digesto: y leyes 22, tít. 4, Part. 4.ª y 36, tít. 5.ª, Part. 5.ª). Véase además el §. 7.°

27. El dueño, á su vez, tiene justas restricciones para poder reivindicar. El que despues de vender una cosa agena, llega á ser heredero del dueño de ella, no solo no puede reivindicarla (ley 1.ª, título 3.°, libro 21, Digesto); sino que está obligado á consumar ó complementar el contrato (ley 46, tít. 1.°, libro 19, id.). Lo propio, si llega á ser dueño por cualquier otro título legal. En este caso «*improbe rem, á se distractam, evincere conatur*», dice la ley 17, tít. 2.°, libro 21, id., la cual daba en el mismo al comprador la escepcion de *dolo*. No hay que decir que en España el espíritu de nuestras leyes, y la jurisprudencia general y constante lo tienen recibido de la misma manera. Es la razon por que, así las cosas, esto es, la reclamacion de eviccion *recae*, segun el principio de derecho, *en un caso, en que no hubiera podido empezar*.

28. No puede tampoco reivindicar el dueño, cuando el Rey es el que *vende*, ó *dá* la cosa agena; teniendo derecho únicamente á reclamar el precio del Rey hasta cuatro años (leyes 37 y 53, tít. 5.°, Part. 5.ª): pero ya antes hemos notado que hoy el Rey no puede tomar así lo ageno, y ni aun por causa de pública utilidad, ó enagenacion forzosa, sin *prévia* indemnizacion.

29. Citado de eviccion, en tiempo y forma, el vendedor, y á su vez sus herederos, (*todos*, y no alguno solo, si fuesen varios,) puede en su caso reclamarse contra el *fiador*, sin haber citado á éste de eviccion. «*Auctore laudato* (citado el vendedor), *si evicta res est, fidejussorem, etiam si causam ignoraverit, convenire evictionis nomine posse non ambigitur*» (ley 7.ª, título 45, lib. 8.° Código).

30. Es doctrina corriente que el vendedor puede ceder al comprador el *derecho de eviccion*, que él tenga contra otro ú otros, de quienes hubo la cosa. Ni hay en ello dificultad de derecho; pues aunque es verdad que los citados vendedores, ó transmitentes de otro modo, no trataron ó tuvieron negocio con el último comprador, no ejercitaria este el derecho de eviccion por haber tenido negocio con ellos; sino por *cesion de acciones* del que lo tuvo; y siendo de derecho comun la *cesion de acciones*, no hay prohibicion de que lo sea la de eviccion. En tal supuesto es indudable que el comprador, para ejercitar el derecho cedido de eviccion, habrá de empezar citando de eviccion tambien á los que trataron con el vendedor, como éste, en cuyo lugar sucede, tendria que citarlos, en su caso.

Pero ¿no bastaría la citacion, que ya hace á su vendedor, y que éste, avisado así de su perjuicio posible, cite á sus transmitentes? Todo penderá de los términos de la cesion de la accion. Si fué absoluta, y el cedente se desprendió en un todo de ella, ninguna puede ejercitar en el particular, y es todo á cargo del cesionario, que por tanto habrá de citar al vendedor, y á los causadantes de este. Nada se opone, sin embargo, á que, citado el cedente, éste, por lo que hace á su interés cite á sus causadantes, á pre-

vencion, ó precautoriamente, por si se hiciere cuestion de la validez, ó efectos de la cesion, que hizo á su comprador.

31. Aun sin cesiones especiales, las leyes romanas autorizaban al comprador para ayudarse con todos los derechos del vendedor: y la equidad no lo resiste, aunque si en cierto caso el rigor del derecho. Podia el vendedor desentenderse de ejercitarlos por sí mismo, quedar vencido el comprador, y luego resultar aquel insolvente: ¿qué habria adelantado el comprador con la inútil citacion de eviccion? Si la cosa habia prescrito en favor del vendedor; si despues de la venta de la cosa agena, habia sucedido en ella por derecho singular ó universal, etc., ¿qué razon habria para que en tales casos el *dolo* ó la mala fé, la negligencia culpable, favoreciesen al doloso, ó negligente, con perjuicio del comprador de buena fé? «*Emptori etiam venditoris jura prodesse, non ambigitur. Si igitur vobis, propter rei proprietatem, mota fuerit quæstio, tam propiis, quam venditoris defensionibus, uti poteris.*» (ley 28, tít. 45, lib. 8. Código).

32. A pesar de lo termioante de la ley, y de la equidad que encierra, el rigor del derecho opone alguna dificultad, y fundados en ella los autores, no quieren que el vendedor pueda usar, sin cesion, de la accion *personal ex empto*, que el vendedor tuviera contra otros (Gomez, Var., lib. 2.°, cap. 4.°). En principio general los autores tienen razon; pero el caso es bien árduo, y la equidad clama, cuanto puede hacerlo, si el vendedor es de todo punto insolvente, y no tiene otros bienes, ni derechos que los de eviccion, contra los que trataron con él, y de quienes trae orígen la cosa vendida. El comprador, pues, puede pedir, hasta judicialmente, *cesion* de esas acciones: son un derecho del vendedor, no tiene otra cosa, constituyen todo su patrimonio, y debe responder con él.

33. No podia dudarse; pero de seguro han dudado algunos, si el dueño, que reivindica, estará obligado, alguna vez al menos, á reintegrar el precio, no al doloso; sino al comprador de buena fé. Las leyes han tenido que hacer declaracion sobre ello en sentido negativo: «*Rem tuam á possessore vindicare, etiam non oblato pretio, poteris*» (ley 3, título 52, lib. 3, del Código). «*Vindicanti tibi dominium, solvendi pretii nulla necessitas irrogatur*» (id. 25, id., id.: ley 16, tít. 45, libro 8, id.). Véanse las subsiguientes cuestiones.

Tal es tambien la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia: «Considerando, que..... declarada la *nulidad* de las enajenaciones hechas por N., *sin tener autorizacion alguna para ello*, ha debido reputársela como *vendedora de cosa agena*, y ser por consiguiente entregados los bienes á..... (al dueño), *sin obligacion de devolver á los compradores el precio que dieron por ellos*, en conformidad á lo que dispone la ley 19, título 5, Part. 5:—Considerando, por lo tanto, que no habiéndolo mandado así la Sala primera de la Audiencia de..... ha infringido la espresada la ley invocada en el recurso; fallamos haber lugar al interpuesto, etc.» (Sentencia de 6 de octubre de 1862, número 227, de la *Colec. legisl.*)

Cierto que es bien desventajosa en este caso la condicion del que compra de buena fé; pero él tiene su repeticion contra el que le vendió, y en todo caso á él incumbe examinar bien de quien compra. Ya hemos visto que nuestras leyes antiguas prohibian comprar á vendedor desconocido, sin exigir garantía.

34. Pero, por mas que parezca increible, la cuestion se ha planteado, y resuelto por algunos autores, en contrario sentido, aun en favor del comprador de cosa *furtiva*. «Y para que el comprador (dice Febrero, reformado por Tapia, tomo 2, pág. 143, siguiendo la opinion del Hostiense, y tratando precisamente de la compra de cosa robada, *si emit rem depredatam*, que *sabe es agena*,) *no esté obligado á restituirla* al dueño, escepto que *se le pague el precio*, ha de protestar en la escritura de venta, *que la compra en nombre del legítimo dueño*, y que está pronto á restituírsela, *entregándole éste antes su precio, intereses, y menoscabos*, que se le irroguen.»

No haríamos mérito de esta opinion, si no fuera de tal manera absurda, sobre lo general y absoluta, y si no pudiera dar ocasion á error. ¿En qué ley, ni razon cabe, que el dueño legítimo esté sujeto, para recobrar lo que es suyo, y criminalmente se le ha arrebatado, á los mismos gravámenes que el vendedor de mala fé, y aun que el mismo robador? Ni ¿en qué ley tampoco, que el comprador, *á sabiendas*, de cosa *furtiva*, cohoneste hasta su complicidad con una escritura y una fórmula escogida al caso, burlando así el justo derecho del dueño, y asegurando el suyo, su impunidad tal vez; pues si el dueño no reclama, hace propia la cosa furtiva; y si reclama, se indemniza del precio, y otras erogaciones? Véanse luego las cuestiones 55 y 37.

Por lo demás, el dueño reivindica libremente, porque solo eso es lo justo. De otro modo quien quedaba obligado á la eviccion, y en el peor caso de la venta de cosa agena, no era el *vendedor*, sino *el dueño*: porque, en efecto, despues de obtener del dueño el comprador el *precio*, *intereses* y *menoscabos*, ¿qué tiene que reclamar, por eviccion, del vendedor?

Y si, acumulando falsas inducciones, se dijese, que sin perjuicio el vendedor queda obligado tambien á la eviccion, resultarian otros absurdos en derecho, esto es: que habia en tal caso dos evicciones: que el dueño queda obligado á la eviccion: y que tiene derecho, no ya al *precio*, sino á la eviccion y saneamiento el comprador de mala fé, contra el tenor de las leyes, como verémos despues.

Pero lo que es cierto en derecho es que el comprador, á sabiendas, de cosa hurtada ó robada es por lo menos receptador, ó encubridor, y queda criminalmente responsable, sobre ser nula la venta; y eso por todos los derechos. Conocidas son las disposiciones del Código penal, en este punto, y no son menos terminantes, gráficas y dignas de atencion las romanas. «*Incivilem rem desideratis, ut agnitas res furtivas, non prius reddatis, quam pretium fuerit solutum á dominis. Curate, igitur, cautius negotiari, ne, non tantum in damna hujusmodi; sed etiam in criminis suspicionem incidatis.*» (Ley 2, tít. 2, lib. 6, Código: véase tambien la ley 23, tít. 32, lib. 3, idem.) Negociad con cautela, dice oportunamente la ley, ved lo que comprais, no sea que, además de quedar sujetos á la pérdida de la cosa, por eviccion de su dueño, y á los daños y perjuicios consiguientes, todavía os hagais sospechosos de crímen. Es verdad que en cierto modo dá lugar á esta opinion la disposicion de las leyes, pero solo en cierto modo; y sobre ello véanse las observaciones 27, 36 y siguientes.

35. Pero el testo de la ley, aunque tan gráfico y oportuno, puede dar lugar á una duda. Es *incivil*, dice, esto es, contra el derecho civil, vuestra pretension de que no bayais de restituir las cosas agenas compradas, una vez reconocidas como furtivas, sin que antes se os reintegre del precio que pagásteis por ellas: *Ut agnitas res furtivas*, etc. ¿Habla la ley de que la cosa fuese conocida como *furtiva* al tiempo de comprarla, en cuyo caso hubo culpa y dolo en el que compró; ó de que lo sean al tiempo de reivindicarlas, en cuyo supuesto el comprador pudo serlo de buena fé; y al principio no habria razon de castigarle por dolo en que no incurrió? Parece probable que la ley hable de este segundo caso, porque es el que podria ofrecer alguna dificultad, á causa de la buena fé del comprador. Ninguna dificultad ofrece el primer caso, pues el dolo no merece nunca el favor de la ley: ni tampoco el segundo la ofrece; pues no es por dolo por lo que se niega al comprador accion contra el verdadero dueño; sino por el libre derecho de éste á reivindicar sus cosas, que no puede perder por acto ó maleficio ageno, y que donde quiera que están, *domino suo clamant*. No puede haber en esto mas escepcion que la que consignamos en la siguiente observacion 36.

36. Hemos sentado que, en principio general, la opinion de que el dueño no puede reivindicar sus cosas, aun las enagenadas, no furtiva ó criminalmente; sino con buena fé, sin que tenga que solventar el precio, es insostenible; pero no por eso decimos que siempre sea absurdo, que el dueño haya de solventar lo que en casos singulares, estraordinarios,

aciagos, costó el *salvdrselas*, ó *rescatarlas*, y despues el *conservarlas*. En un acto de guerra van á ser incendiadas por el enemigo las casas, destruidas las fábricas, etc., de un ausente, ó sustraido (y aun podrian correr ese riesgo los edificios con sus moradores y ganados, para mas terror), si no hay quien las compre ó redima, y tal vez por exígua cantidad: en un acto de latrocinio van á ser destruidos los ganados, que no pueden trasportarse, incendiadas las mieses, inutilizadas, trasportadas al estranjero las pinturas, la librería, archivos, ó alhajas de un ausente: en un mercado estranjero, ó mas ó menos lejaoo, se ven puestos en venta ganados, alhajas, efectos de valía ó de singular estimacion de una familia, de un particular espoliado, acaso sin saberlo, aunque pueden recobrarse por módico precio: en una plaza, en fin, ó mercado estranjero, así bien efecto de un rapto, de piratería, se ven puestos en venta para la esclavitud la hija, la esposa, el padre, etc., de un particular, que desolado lamenta su pérdida, que tal vez ignora su paradero, que carece de medios, ó de material posibilidad de salvar á tiempo la honra, ó la existencia de prendas tan queridas. Los casos, en los azares de la vida y de la humana depravacion, pueden aun multiplicarse y diversificarse; y cuando en ellos la utilidad y el beneficio, recibido por el dueño, sea evidente y de tal manera plausible la intencion y generosidad del adquirente, aun en forma de compra y mediando precio; no solo no será injusto que aquel solvente el *rescate*, *y los gastos de conservacion*, *trasporte*, *etc.*, de lo así adquirido, ó salvado, si quiere recobrarlo; sino que lo injusto seria lo contrario. Y es porque en tales casos no procedió el adquirente *por fines de tráfico y personal utilidad*, ni menos *con mala fé*, y bien al contrario: no hay en su caso compra-venta mas que en la forma; y sí en realidad, un acto plausible y de alta humanidad tal vez; hay, en suma, un *rescate*; practica uo estraño lo mismo que, pudiendo, practicaría el dueño, el padre, etc.: hay *una negotiorum gestion*; y son, por tanto, las leyes de esta, y no las de la ordinaria, y tal vez punible compra de cosa agena las que deben aplicarse, segun la prudente apreciacion jurídica del caso (1).

El acto del adquirente, sin embargo, no induce obligacion en el dueño; sino en el supuesto de que espontáneamente quiera recobrar sus cosas *rescatadas*; pero sí en este caso, porque ni la justicia, ni la equidad consienten que esté á lo favorable y no á lo gravoso, cuando estos estremos, por la fuerza de las cosas, sean inseparables.

Dicho se está que si se trata de una cosa no *vendible*, por ser persona libre, aun cuando el padre, esposo, etc., no la reclame, esto es, no apronte el precio por que fué rescatada, no por eso pierde su libertad, ni puede continuar en poder del comprador, ó rescatante; sino que éste tendrá accion á pedir su justo reintegro ó indemnizacion, ya al padre ó persona, en cuyo poder, patria potestad, ó sociedad conyugal estuviesen, ya á las personas mismas que han recibido el singular beneficio de la libertad y rescate.

37. Hasta ahora procedemos en el supuesto de que es válida la venta de *cosa agena*, indistintamente de que sea mueble, ó *raiz*. Y por absoluto que haya sido nuestro lenguaje, no lo es menos el de la ley. *Rem alienam distrahere quem posse, nulla dubitatio est*, dice la ley romana. *Cosa agena vendiendo un home á otro, valdrá la vendida*, dice la ley de Partida, una y otra citadas anteriormente.

Y con todo, en la naturaleza de las cosas hay una diferencia tan esencial y legal entre las *muebles* é *inmuebles*, para el efecto de la venta, como para todos los de derecho, que seria de estrañar no mereciese tal diferencia la atencion de la ley. Las cosas *inmuebles*, de existencia duradera, de forma fija, é identificable al través de largo tiempo, indestructible unas veces, difícilmente destructible otras, no siendo por fuerza mayor, por acontecimientos naturales estraordinarios, no pudiendo consumirse, ocultarse, ni transportarse, dificultan la prescripcion, y por largos años la hacen difícil, y posible su reco-

(1) Gomez, Var., lib. 2.°, cap. 2.°

bro: las muebles, por la inversa, fácilmente perecederas, destructibles á voluntad, ocultables, transportables, consumibles muchas aun al primer uso, facilitan la prescripcion, y de mil modos dificultan su recobro.

La ley, pues, debia diferenciar, y ha diferenciado, acomodando su sancion penal al grado del peligro contra la propiedad y la buena fé. La venta y compra de cosa agena inmueble, á sabiendas, ya del vendedor, ya del comprador, ya de ambos, es siempre en sus efectos, un *asunto civil*; pues en este caso civiles son, aun los efectos del dolo, que es el mayor grado de malicia á que puede llegarse; la venta de cosa mueble, por la inversa, es de ordinario un *delito*. Y decimos de ordinario, porque, á pesar de la generalidad y términos absolutos de las leyes y de la doctrina, todavía veremos que no siempre la venta, ó compra, á sabiendas, de cosa ageoa mueble, constituye *hurto*. «*Alienum servum*, sine voluntate domini qui *sciens* vendiderit, *seu* donaverit, vel alio modo alienaverit, nihil domino diminuere potest. Et, *si contrectet*, vel *apud se retinuerit*, *etiam furtum facit*» (ley 6, tit. 2, lib. 6, del Código.) «Si servum vestrum nutriendum, qui susceperat, venumdedit, *furtum committit*» (ley 16, idem, id.). «Unde *in rebus movilibus* non facile procedit, ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui *sciens alienam rem vendiderit*, vel ex alia causa *tradiderit*, *furtum committit*» (Instituciones, §. 3, título 6, lib. 2. Véanse, entre otros, á Gomez, Var. lib. 2, cap. 2, núm. 8: Hermosilla, á la ley 19, tit. 5, Part. 5: Gregorio Lopez, á la citada ley 19, y á la 4, tit. 14, Part. 7.)

38. Las leyes y la doctrina citadas requieren algunas observaciones; y á pesar de la disposicion terminante de las primeras y de la conformidad de la segunda, la regla que consignan no es absoluta en el órden práctico; y sí solo constituye un caso judicial, en que la prudencia del juzgador ha de caracterizar el caso, examinando todas sus circunstancias, la malicia del agente, etc., y segun la jurisprudencia, la legislacion respectiva sobre el hurto.

Porque en efecto: alguna vez podrán coincidir de tal modo el hurto, y la venta de la cosa hurtada, que no parezca posible diferenciar físicamente estos dos actos; y sin embargo en general, en la fuerza de las cosas y en el rigor del derecho, cuando la cosa furtiva se vende, ya estaba hurtada, pues el hurto lo constituye el *tomarla* con el fin de lucrarse, contra la voluntad de su dueño, ó para privar á éste de ella; y véndase ó no despues. Si se vende, la venta no es sino un hecho mas, que comprueba, y caracteriza el hurto, pues revela con evidencia el fin de apropiarse lo ageno, el de utilizarse en tomarlo. De otro modo habria dos delitos de hurto; uno el hurtar la cosa, y otro el venderla.

Puede no obstante suceder que uno tenga en depósito, en prenda, olvidada por el dueño en su poder, etc. la cosa agena. Si entonces se resuelve á venderla, la venta determina y constituye efectivamente el hurto, y es el caso directo de las leyes citadas.

Estas espresan solo, que el vendedor á sabiendas de cosa agena mueble, comete hurto; pero no por eso ha de inferirse que el comprador á sabiendas, deja de incurrir en el mismo delito, hora como *receptador*, hora como *cómplice*; y si el hurto no se hubiese cometido sin la receptacion antes convenida, aun como autor, segun el Código penal.

La doctrina anterior puede segun el caso y sus circunstancias tener aplicacion, no solo en el hurto; sino aun en el robo, respecto del comprador.

Los autores, para que la venta constituya hurto, requieren que haya *tradicion real*. Alguno, como Gomez (en el lugar citado), asientan que basta la ficta ó simbólica; pero uno y otro habrá de entenderse en el caso únicamente, antes mencionado, de que el hurto empiece en la venta y tradicion; pero no, si la cosa habia sido antes hurtada. En el primer caso es claro que la tradicion caracteriza el hurto, pues hasta allí la cosa agena existia inofensiva, y aun legalmente, en poder del que al fin, vendiendo ó enagenando, cambia el estado de la cosa, muda de concepto, y se constituye ladron.

La razon de constituir hurto en su caso la venta de cosa mueble agena, y no la de cosa inmueble, es el que en aquella, y no en esta, cabe lo que las leyes y la jurisprudencia llamaban *contrectacion*, esto es, el poder tomarla á mano y trasportarla, ocultarla, etc. Lo mismo espresa en el órden moral y filosófico el *ablatio rei alienæ*, etc. Pero ¿cómo se realizará la *contrectacion*, la *ablacion*, cuando la cosa agena vendida es de gran cuantía, ó de *multitud*, como *todo el vino de esta bodega, todo el trigo de este granero, toda la cosecha que hay sobre esta era, etc.*? La contrectacion entonces empieza en la tradicion ficta del depositario, del fingido dueño, y se completa ó consuma al trasportar, ó mudar de lugar el conjunto vendido, el comprador, con culpa suya, ó sin ella, segun que compre, ó no á sabiendas de que es ageno.

No comete hurto el hijo de familias, el nieto, la consorte, el siervo que venden las cosas muebles del padre, del abuelo, del marido, ó del señor; y sin embargo las cosas así enageoadas, á sabiendas del comprador, son *furtivas*, y pueden ser recobradas, con castigo, ó resarcimiento de los compradores, ó adquirentes, segun el caso (ley 4, tít. 14, Part. 7).

No cometen hurto tampoco comprando á sabiendas la cosa mueble furtiva, los comprendidos en la observacion anterior, número 36, por las razones óbvias allí espresadas.

Y se vé claro, por tanto, que la venta de cosa agena mueble en estos supuestos, no es un caso absoluto y sin escepcion de hurto, como parecen consignarlo las leyes romanas antes insertas; sino, como ya dejamos insinuado, un caso judicial, en el que la prudencia del juzgador ha de calificar el hecho, segun todas sus circunstancias, la legislacion penal y la jurisprudencia.

38. Admitida y demostrada en tésis general la procedencia legal de la venta de *cosa agena*, resta ahora indicar lo relativo á la validez ó nulidad de aquella, y las responsabilidades y riesgos de los compradores y vendedores, segun los casos.

En cuanto á las cosas muebles, que merezcan la calificacion de furtivas (ya porque el hurto ó el robo precedieron á la venta, ya porque la venta misma lo constituya, al tenor de lo espuesto, dice la ley romana: «Si el comprador y el vendedor saben que la cosa, objeto del contrato, es furtiva, *por ninguno de ellos se contrae obligacion* (*á neutra parte obligatio contrahitur*). Si lo sabe solo el comprador, *no queda obligado el vendedor*; el cual, sin embargo, ni la tampoco puede reclamar *ex empto*, salvo que voluntariamente quiera pagar lo que se estipulase. Si, en fin, lo sabe el vendedor; pero el comprador lo ignora, los dos se obligan» (ley 34, tít. 1, lib. 18 del Digesto, etc., 55, 3.°).

La obligacion, de que aquí se habla, es la civil del contrato, la cual es muy diversa de la responsabilidad criminal por delito de hurto. Así en el primer caso, vendedor y comprador se hacen reos de hurto, uno en el concepto de autor, otro de receptador, por lo mismo; pero no quedan obligados entre sí por las acciones del contrato, porque éste es nulo, y porque en todo caso el dolo del uno se compensa con el del otro.

Esta es la razon por que no queda obligado el vendedor en el segundo caso, en castigo del dolo del comprador, que á causa del delito responde del hurto; y á causa del dolo no puede reclamar el precio, ni daños y perjuicios del vendedor, por la accion de eviccion. Pero ¿con qué razon queda con el precio el vendedor? La ley sin duda se lo condona ó adjudica, privando de la eviccion al comprador, en castigo de su mala fé, y como un mal que voluntariamente quiso atraerse. Despues veremos que esto vino á ser adoptado por la ley de Partida.

Mayor dificultad parece ofrecer el tercer caso. Si el vendedor lo sabe, y lo ignora el comprador, los dos, dice la ley, quedan obligados. Y ciertamente: el comprador, así como debe entregar el precio, así debe tener derecho de eviccion y poder prescribir en su caso, todo por su buena fé. Pero si él tiene derecho de eviccion, no puede ser sino quedando el vendedor obligado á ella. Así este, sobre la responsabilidad criminal, en que incurra, queda justamente obligado á la eviccion y saneamiento, porque así lo exigen su

mala fé, y la buena fé del comprador. De otro modo su mala fé, y lo que es mas, su dolo, le era provechoso; mientras la suya buena seria perjudicial al comprador.

Hemos visto que la venta de cosas muebles del padre, del abuelo, del marido, ó del señor por el hijo, nieto, mujer, ó siervo, no constituye hurto en cuanto á estos; pero los que compran, ayudan ó persuaden al hecho punible, incurren en responsabilidad, aun como de hurto ó de estafa, segun el caso; y aun cuando ni ayuden, ni persuadan, si compran á sabiendas las cosas sustraidas, tienen que devolverlas, sin derecho de eviccion, y ni aun al precio que dieron: si compran de buena fé, el caso es el ordinario de eviccion (ley 4, tít. 14, Part. 7: art. 479, Cód. pen.).

No está tan esplícito el derecho en cuanto á las ventas de cosas muebles, no furtivas, y en cuanto á las de inmuebles; porque si ha de aplicarse la misma regla, no se esplica el haber tratado la ley de un modo especial de las cosas muebles furtivas, como haciendo caso aparte. Hé aquí, sin embargo, lo que parece procedente en las dos clases de ventas. Si comprador y vendedor ignoran la calidad de la cosa, esto es, la de ser agena, el contrato es válido y produce las acciones *empti et venditi*. Si lo saben los dos, vale la venta, y el dolo del uno se compensa con el del otro, salvo que el comprador no puede prescribir, pues le falta buena fé. Y no hay que decir que si las circunstancias del caso hacen que la venta de cosa mueble agena deba reputarse hurto, como queda antes espuesto, no hay contrato, con lo demas allí consignado. Si solo lo sabe el vendedor, hay contrato, y queda obligado, pues así se dispone cuando la cosa es furtiva, que es el peor y mas odioso caso que puede suponerse, quedando obligados ambos en todo el rigor de la eviccion y saneamiento. Si, en fin, lo sabe solo el comprador, puede decirse que no vale el contrato, pues por la mala fé no puede prescribir, y por el dolo nada puede reclamar del vendedor, salvo si se estipula la vuelta del precio, el cual reclama entonces, no por la accion del contrato, sino *ex stipulatu* (ley 27, tít. 45, lib. 8 del Código).

Nuestro derecho parece no fijar su atencion mas que en la buena ó mala fé del comprador; y hé aquí el testo de la ley de Partida. «Cosa agena vendiendo un home á otro, *valdrá la vendida*. Pero aquel que tal compra face, ó sabe que aquella cosa... no es de aquel que ge la vende, ó creia que es suya. E *si sabe que es agena*, magüer que la torne despues por juicio á aquel, cuya es, *no es tenudo al vendedor de tornarle el precio*; fuera, si cuando ge la vendió, *se obligó que lo tornase*, si aquel, cuya era la cosa la demandase é cobrase. Mas, *si non supiere el comprador* que era la cosa agena, cuando la compró, estonce non seria el vendedor tenudo tan solamente de pechar el precio, mas todos los daños, é menoscabos que le viniesen por razon de aquella vendida...» (ley 19, tít. 5, Part. 5).

39. Al reivindicar el señor, pueden presentarse las cuestiones de *frutos*, *plantacion*, *edificacion*, *mejoras necesarias*, *accesiones*, *disminucion del fundo en su estension* ó *sustancia etc.* En este punto sabido es que el poseedor de *mala fé* no hace suyos los frutos: no hace suyo tampoco lo que planta ó edifica en suelo ageno; pierde las mejoras meramente útiles, ó de recreo, si bien puede separarlas, si es posible realizarlo sin destruir ni deteriorar el fundo; y por el contrario tiene derecho al abono de las mejoras necesarias: y restituye, no solo los frutos producidos; sino aun los debidos producir, si bien deduciendo las impensas en la produccion. Por lo inversa el poseedor de buena fé hace suyos los frutos percibidos hasta la *litis contestacion*, en su caso, y tiene derecho al abono de lo edificado y plantado. Pero estas importantes cuestiones han de verse en sus artículos particulares, ya directos, ya conexos, como ACCESION: BUENA FE: FRUTOS: POSEEDOR: REIVINDICACION, etc. Sobre ello conduce consultar, entre otros, el tít. 1, libro 2 de las Instituciones de Justiniano, §. 35 y 36: leyes 25, 45 y 46, tít. 1, lib. 22; y 48, tít. 1, lib. 52 del Digesto: leyes 3 y 5, 17 y 22, tít. 32, lib. 3, del Código: y leyes 38 á la 43, inclusives, tít. 28, Partida 3, y 54, título 5, Part. 5.ª

40. Anteriormente hemos visto que el dueño, decidido á recobrar su propiedad, puede dirigirse al comprador, como en su caso á un tercero, llevador de la cosa; ó contra el vendedor, dejando en paz en este caso al comprador. No hay duda que entonces, entendiéndose solo con el vendedor, puede llevar su accion á todos sus perjuicios, al *quantum interest*, como lo haria el comprador contra el vendedor por la eviccion. Puede suceder que el comprador lo fuera de buena fé, en cuyo caso hizo suyos los frutos, y nada puede pedirle en ese sentido el reivindicante. ¿Podrá éste en tal caso reclamar este perjuicio del vendedor? ¿Podrá, aun en el caso de que el vendedor lo fuese de buena fé? ¿Podrá reclamar asimismo una indemnizacion omnimoda, en caso de que la cosa haya perecido por culpa del comprador, y que éste, para esa y para cualquiera otra indemnizacion, sea, ya en parte, ya de todo punto insolvente? La equidad, el texto de la ley de Partida, antes citada, y el principio moral y jurídico de que el que *est causa causæ, est causa causati*, nos haria decir que sí; y así opinamos en tésis general, si el vendedor lo ha sido de mala fé, y de buena el comprador. El segundo estremo ofrece ya mas dificultad, y todo merece discutirse detenidamente. Y no siendo la accion *venditi* la que en tal caso ejercitaria el dueño, ni tampoco la de eviccion y saneamiento; pues que no es comprador, sino dueño expropiado y tal vez expoliado, la trataremos en su lugar mas adecuado, que será en los artículos **EVICCION**: **REIVINDICACION**.

41. Hemos visto que la diferencia *cardinal* entre la venta de cosa *propia* y la de cosa *agena* consiste en que aquella, la que por tanto hemos calificado de venta *normal*, es la venta por *antonomasia*. El comprador adquiere desde luego y por cuenta de ella el dominio, que es la aspiracion natural y legal de todo comprador; mientras que en la venta de cosa agena adquiere solo título *para prescribir*, por lo que la hemos calificado de *venta escepcional*. Y es fácil comprender que ni aun este efecto consigue el comprador, sino lo es de buena fé, pues que sin buena fé no se prescribe. Y esto, que está en los principios generales del derecho, es tambien de ley terminante.

Ni el ladron, ni ningun otro adquirente, dice la ley romana, pueden prescribir las cosas hurtadas ó robadas; no por aquella cualidad; sino porque «*alia ratione usucapio non competit, quia, scilicet, mala fide possident*» (Instit. lib. 2, tít. 6, §. 3). «Mas si aquel que la compra (la cosa agena) sabe que non es la cosa de aquel que la vende, estonce non pasa á él el señorío della; *nin la puede ganar por tiempo*: ante decimos que aquel, cuya es, que la puede demandar, *é la puede cobrar en todas guisas*» (ley 54, tít. 5, Partida 5). «E sabiendo que era de furto, *non la puede ganar por tiempo*» (ley 4, título 14, Part. 7).

42. Hemos asentado, y es constante, que el comprador de cosa agena puede prescribirla, si compra de buena fé. Y con todo la nueva Ley Hipotecaria introduce en este punto una novedad, que es para tenida en cuenta por los compradores. «La prescripcion, dice su art. 35, no perjudicará á tercero, si requiriendo justo título, no se hallare este inscrito en el registro. El término de la prescripcion empezará á correr, en tal caso, y para dicho efecto, desde la fecha de la inscripcion. En cuanto al dueño legítimo del inmueble, ó derecho que se esté prescribiendo, se calificará el título, y se contará el tiempo con arreglo á la legislacion comun.»

Si requiriendo justo título, etc., dice el período primero del artículo. *Justo título* se necesita siempre para prescribir, y sin él no se prescribe. La ley, por tanto, ha querido decir otra cosa, y parece que en vez de *justo título*, debe leerse *título inscriptible*, ó sugeto á registro, como lo está toda *escritura pública, ejecutoria, documento auténtico*, etc.

Ha de notarse aun que el precepto de la ley, como penal, se entiende, no con los *dueños legítimos*; sino con los *terceros*, esto es, con los que no hayan intervenido en el acto, ó contrato inscrito (art. 27); pues en cuanto á los *dueños legítimos* ya se vé la escepcion que se hace en el mismo artículo: y es decir que un tercero no podrá alegar pres-

cripcion contra otro tercero ó estraño, que alegue mejor derecho, tal vez con título inscrito, aunque de fecha posterior al otorgamiento del no inscrito. Resuélvese todo en lo que es el principio cardinal de la ley, y es que siempre, entre dos ó mas compradores de la misma cosa en contratos diversos, adquiere, ora el dominio, ora la posesion, esto es, el derecho que tiene, y por tanto el único que puede trasmitir el vendedor ó trasmitente, el *primero que registra, ó inscribe su título*, toda vez que cesan las acciones rescisorias, entre otros casos que la ley espresa, *por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no se hubiese inscrito* (artículos 36 y 38, núm. 4).

Ultima consecuencia, es, en fin, que al dueño legítimo no le perjudica para defender de prescripcion sus cosas, el no tener inscrito su título; pues que segun el art. 35, para ellos rige en este punto la *legislacion comun*.

43. La cosa agena, como la propia, puede sin duda ser vendida tambien, ya de buena, ya de mala fé, á dos ó mas. Y como nadie trasmite derecho que no tiene, es claro que en el supuesto de que se venda cosa agena, el vendedor no trasmite el *dominio*, que no tiene; y sí solo posesion, y eso como la tenga. Y así en cuanto á esta, solamente ha de entenderse lo que en el párrafo 4.° decimos del dominio: es decir, segun el derecho comun, el primero á quien se entrega la cosa, adquiere la posesion, aunque sea el último que ha comprado; segun la Ley Hipotecaria, el primero que inscribe su título, aunque tambien sea el último comprador.

Y en efecto: es sabido que por el derecho romano el pretor, y luego la ley, amparaban al poseedor contra otros poseedores por derecho; en cuyo caso se ejercitaba la llamada *accion publiciana*. «*Ait Prætor: si quis id, quod traditur ex justa causa a non domino et nondum usucaptum, petet, judicium dabo*» (ley 1, tít. 2, lib. 6 del Digesto, *De publiciana in rem actionem*). «Uno y otro compramos la misma cosa del que no es su dueño: la venta se ha verificado sin dolo malo, y la cosa ha sido entregada; pero, ya sea que hayamos comprado de uno mismo, ya de otro, ú otros, *aquel debe ser amparado, que primero tomó posesion de la cosa*; esto es, *á quien primero fué entregada*. Si alguno de nosotros compró *del dueño, este ha de ser amparado á todo trance*» (ley 31, tít. 1, libro 19 del Digesto). El amparo con preferencia nace aquí de que, entregándole la cosa, se le ha trasmitido el dominio, por comprar del dueño; mientras comprando cosa agena, no se le trasmite en el mismo caso, sino, á lo mas, la posesion. (Véanse aun las leyes 72, tít. 1, libro 6: 11, tít. 1, lib. 15: 9 y 14, tít. 4, libro 20 del Digesto..... «Si alguno vendiese á dos homes cosa agena en tiempos departidos..... cualquier dellos que oviere primeramente la posesion, aquel ha mayor derecho en ella... magüer non oviere pagado el precio» (ley 51, tít. 5, Part. 5).

Este es el derecho antiguo; pero véase, repetimos, la novedad indicada por la nueva Ley Hipotecaria, segun, en cuanto *al dominio*, dejamos espuesto en el §. 4.

44. La ley establece tambien el caso de que un estraño vende á uno la cosa agena, y el dueño legítimo la vende á otro posteriormente, resolviendo, como es justo, en favor de la legalidad. «Mas si algun ome vendiese á otro alguna cosa, que non fuese suya, é aquella cosa misma vendiese el señor della á otro despues, este postrimero comprador que la compró del que ha mejor derecho en ella, este la debe haber» (ley 52, id., id.).

Esto es racional y justo. Pero si el primero registró primeramente su título, y no el segundo, y de todos modos, si lo ha registrado despues, como es necesario, ¿cuál será el resultado jurídico por el derecho moderno? No tiene duda que el que en este caso compra del dueño, es un *tercero* respecto del que compró al estraño, pues que aquel no intervino en el contrato inscrito (art. 27): y pues este ha inscrito su título, antes que aquel comprase, el rigor del derecho hipotecario nos obliga á decir, que, mientras la cuestion sea entre los dos compradores, prevalecerá el derecho, aunque solo posesorio, del comprador de cosa agena, en razon á que «las acciones rescisorias y resolutorias no se dan

contra terceros, que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta ley» (art. 56): y en su consecuencia «no se anularán, ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero, que haya inscrito su derecho, ...*por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no haya sido inscrita* (art. 38, §. 4.°).»

Si la lucha se entabla entre el comprador de cosa agena y el dueño legítimo, y éste comparece, ora citado de eviccion por su comprador, ora reivindicando, el dueño prevalecerá, y en su consecuencia el dominio adquirido por su comprador; pero venciendo en juicio al comprador de cosa agena, y manteniendo éste el estado posesorio que le dá su título inscrito, el dueño reclamará daños y perjuicios contra el estraño que vendió cosa agena, y será atendido (art. 38, §. último).

45. Puede suceder que la cosa agena perezca en poder del comprador, ya por culpa, ya sin culpa de éste; pero no por vicio que trajera la cosa. En ninguno de los dos casos puede citar ni demandar de eviccion, pues que estas acciones se ciñen sucesivamente al caso de demanda por el dueño, y de vencimiento judicial. Tampoco puede entablar en ese caso, aun siendo comprador de buena fé, demanda civil de daños contra el vendedor.

Pero es mas digna de atencion la suerte del dueño legítimo. No puede entablar la reivindicacion, porque no hay que reivindicar. Tiene que ceñirse á la demanda de los daños y perjuicios, salvo que la cosa fuera mueble, en cuyo caso, y al tenor de lo antes espuesto, podrá demandar y perseguir criminalmente. Entablará, pues, demanda de daños contra el comprador, salvo que la cosa haya evidentemente perecido por tal causa que tambien hubiera perecido en poder de su dueño. Puede tambien dirigirse contra el vendedor, ya lo haya sido de buena, ó de mala fé, por un hecho que le ha sido perjudicial y cada uno responde de sus hechos voluntarios. Y todavía en este punto la ley de Partida establece un caso singular. «Otrosí decimos, que vendiendo home cosa agena, como suya, si despues que la vendida es fecha, se pierde la cosa, ó se muere, puede el señor de la cosa *haver la vendida por firme é demandar el precio della al* vendedor...» (ley 54, tít. 5, Partida 5). Claro es que en este caso no puede reclamar de daños ni contra el comprador, ni contra el vendedor, pues el hecho se retrotrae al momento de la venta, y entonces el precio lo cubre todo. Véase EVICCION: INSCRIPCION: REIVINDICACION: SANEAMIENTO.

46. Concluiremos con una cuestion, que ya teórica, ya prácticamente, en uno de sus casos á lo menos, resuelven en opuesto sentido el derecho romano y el español, y en oposicion ambos tambien al derecho general europeo.

Hablamos del derecho de pedir rescision de la venta de cosa agena, ó de otro modo reclamar contra ella, alguno de los contrayentes. Por de contado que, si en la venta de cosa agena de ordinario interviene mala fé de parte de alguno de los contrayentes; si las leyes no favorecen ni deben favorecerla, y si en todo caso la demanda de rescision, si no era temeraria, revelaria inquietud justa ó arrepentimiento, siendo éste plausible y digno del apoyo de la ley, no parece podria ofrecer duda, en principio general, la solucion en sentido afirmativo; y con todo, por el derecho romano, y en la opinion de los que en la solucion de las dudas aun le sobreponen al español, la *negativa* es en algun caso la cierta. La cuestion es compleja y es preciso dividir.

Desde luego hay notables diferencias entre las cosas muebles y las inmuebles. En aquellas, porque fácilmente desaparecen ó se destruyen, porque se prescriben en menos tiempo, y porque tan fácilmente la cosa resulta furtiva, y es nula la venta si hay delincuencia de uno y otro lado; la demanda de rescisiones infrecuente; y frecuente, por el contrario, la de nulidad, la civil de daños, y el procedimiento criminal en su caso. Si alguna vez ocurre, sin embargo, demandar de rescision, las reglas son las procedentes en la venta de inmueble ageno.

En esta última clase de bienes las cosas suceden á la inversa. Por lo mismo que son

estables, dan lugar á que el comprador y vendedor de buena fé adquieran en tiempo noticia que no tuvieron, y á que los de mala fé entren en recelo, y ya por estímulo moral, ya por temor, sientan arrepentimiento; por todo ello se vé que las demandas de rescision serán, ó habrian de ser mas frecuentes.

Las leyes no han prohibido espresamente que los vendedores puedan entablarlas, ni podian. Si el vendedor lo habia sido de mala fé, la demanda revelaria plausible arrepentimiento: si de buena, habiendo despues adquirido conocimiento de su error, la reclamacion revelaria probidad, y el justo y loable deseo de respetar derechos de otro, y de evitarse perjuicios y evitarlos al comprador. El caso es de tribunales, y el resultado será segun el fundamento de la demanda, que si podrá ser de buena fé; tambien podria serlo de mala, como asi bien fundada, ó infundada. Nada obligará, sin embargo, al comprador á deferir sin litigio á la rescision. Pero como en el hecho se abraza con las resultas, la demanda habrá de ser disyuntiva: para la rescision; ó que, de resistirlo infundadamente el comprador, se declare relevado al demandante de daños y perjuicios, por la venta de cosa ajena. Todavía esta declaracion se reputará limitada en sus efectos al comprador y vendedor, quedando siempre á salvo los derechos del dueño.

Respecto de este, ni la equidad, ni la justicia pueden impedir que un vendedor, inquieto en su conciencia, le escite á reivindicar, advirtiéndole de su daño. No es de presumir que el dueño se desentienda; pero en todo caso la demanda será para que reivindique; y si no, apruebe la venta, con las indemnizaciones y efectos legales consiguientes; y en otro caso se declare al vendedor exento de responsabilidad en cuanto al espresado dueño.

En cuanto al comprador es otra cosa. El derecho romano relevaba espresamente al vendedor de responder de rescision, y hé aquí el fundamento. Como nadie trasmite derecho que no tiene, es claro que el vendedor de cosa agena, sabiéndolo, ó sin saberlo, nunca trasmitia el *dominio* que no tenia. Trasmitia solo la posesion, cuando más: esto era lo comprado y lo vendido. En su consecuencia, mientras en ella no fuese inquietado el comprador, no tenia para qué reclamar; y la obligacion del acreedor estaba limitada, en este punto, á hacer mantener al comprador en la quieta y pacífica posesion. El raciocinio parece concluyente, si no fuera falso. Pudiera ser concluyente respecto al comprador de mala fé. Pero, ¿y el de buena, que creyó *comprar la propiedad* y *la pagó*? ¿Por qué razon de equidad, ni de justicia estará obligado á sufrir sin reclamacion un daño que *ex post facto* ha llegado á conocer? ¿Su daño, que vé aumentarse con el tiempo, si viniese la reclamacion cuando el vendedor haya desaparecido, ó muerto insolvente, cuando él se halle en situacion mas desventajosa para su defensa, cuando sea tal vez su hijo huérfano, ó su viuda los que tengan que litigar y reclamar? No obstantes razones tan evidentes, el vendedor no estaba obligado á responder al comprador, sino cuando éste fuese inquietado por el dueño, ó por poseedor de mejor derecho anterior, por la llamada accion *pauliana*. Hé aquí la disposicion terminante del derecho: «*Venditor hactenus tenetur, ut rem emptori haberi liceat...*» (ley 30, §. 1, tít. 1, lib. 19, Digesto). Sobre esta base la jurisprudencia y la doctrina formularon los deberes del vendedor en esta máxima; de estar solo obligado *prestare emptorem rem habere licere*.

Nuestra legislacion de Partidas es en este punto mas abierta. Declaró tambien válida la venta de cosa agena; pero no copió el derecho romano al determinar restrictivamente las obligaciones del vendedor y derechos del comprador. Así, éste, como todo español, ha podido, y puede en todo tiempo, y como es justo, prevenir su perjuicio, repetir por su daño. Nada importa el nombre de la accion. Seria la directa *ex empto*, la de dolo, la *civil de daños*, todas en conjunto, y concurriendo al mismo efecto: el caso es judicial, y el juez decidirá lo racional y legal de los fundamentos. Todavía no puede disputarse al comprador, al de buena fé sobre todo, el dere-

cho de instruir al dueño, y escitarle en último estremo á reivindicar, con las protestas útiles para el caso opuesto.

Hemos dicho que en este punto el derecho romano y el español son opuestos al derecho general europeo. Y en efecto, en el *apéndice* siguiente vemos que la mayor parte de las legislaciones de Europa, sobre todo las modernas, declaran *nula* la venta de cosa agena: razon sólida y potísima para justificar entre nosotros toda jurisprudencia ámplia y favorable al arrepentimiento, en caso de mala fé, á la prevencion y justa reclamacion, de perjuicios, ya presentes, ya *inminentes*, por parte, sobre todo, del comprador. Desde luego en aquellos países ya no hay que hablar de rescision, sino de *nulidad* del contrato. Los publicistas creen que la diferencia inducida sobre el derecho romano por la declaracion legislativa de la *nulidad* de la venta, es que por derecho romano no podia reclamarse contra aquella, segun hemos espuesto, hasta la eviccion; y ahora puede reclamarse desde luego (Rogron, al art. 1599, del Código civil francés). Hay que fijarse en que esa accion desde luego es de *nulidad* del contrato.

Nota. En la columna 1.ª fól. 532, al final de su §. 2.º, ha de leerse así: «Atenta, sin embargo, la ley á evitar dolo y perjuicios, declaró válida la venta de cosa agena, pero solo con las restricciones que esplanamos en el §. *de la cosa vendida*, segun que sepan ó ignoren la cualidad de agena el vendedor y el comprador.»

En la columna 2.ª, fól. 635, al final del §. 2.º, despues de la palabra *nadie*, añádase la omitida *á daños y perjuicios*. Véase **venta judicial.**

APÉNDICE.

Proyecto de Código Civil.—Artículo 982. Entre dos ó mas adquirentes de una misma cosa, en los muebles, corresponde la cosa al que primero entre en posesion de ella de buena fé; en los inmuebles al que primero inscribió su título. Véase inserto en el §. 4 de esta seccion.

1820. «No se hará ninguna inscripcion, cuando no conste en el registro que la persona, de quien procede el derecho que se trata de inscribir, es el *actual propietario* de los bienes, sobre que recaerá la inscripcion. (Se esceptúan los bienes de herencias y legados).

»1839. Cuando *el propietario* enagena unos *mismos* bienes inmuebles á diferentes personas, por actos distintos, pertenece *la propiedad* al adquirente, que haya inscrito antes su título.»

1860. Establece lo mismo en cuanto á hipotecas, y cualesquiera otros derechos reales.

Hemos notado arriba que el registro público, llevado á su perfeccion y rigor, tiende á dificultar, y aun á hacer imposible la venta, y, sobre todo, la compra de *cosa agena* inmueble, no queriéndolo el comprador. Fúndase en que nadie querrá dejar de asegurar sus derechos inscribiendo; y en que no puede inscribirse, sin hacer constar por registro anterior, ó por documentos auténticos de posesion, el derecho del que vende.

El proyecto de Código civil, instituyendo en forma conveniente el registro, tiende á lo mismo. No habla especial y directamente de la venta de cosa agena; y antes parece prohibirla implícitamente, cuando establece que no se hará ninguna inscripcion, cuando no conste del registro que el vendedor, ó trasmitente *es el actual propietario* (art. 1820). Establece así mismo, que cuando *el propietario* enagena unos mismos bienes inmuebles á diferentes personas, pertenece *la propiedad* al adquirente que primero haya inscrito su título (art. 1839). Siempre *el propietario*: siempre la prelacion sobre *la propiedad*. El vendedor de cosa agena no trasmite aquella, porque no la tiene: trasmite, cuando más, posesion. Al parecer el proyecto de Código civil ni aun supone la venta de cosa agena; y con todo habla de la *eviccion* y del *saneamiento*, lo cual la supone de necesidad.

Código civil francés. «Art. 1141. Si la cosa que uno se obliga á dar ó entregar á dos personas sucesivamente, es puramente mueble, el primero que ha sido puesto

en posesion real, tiene preferencia y queda *propietario*, aunque su título sea posterior, y con tal que haya buena fé.

»Idem 1599. La venta de *cosa agena* es *nula*, y puede dar lugar á indemnizacion de daños y perjucios, si el comprador no lo ignoraba.

»Idem 1626. Aunque en la venta no se haya estipulado nada sobre garantía, el vendedor queda obligado de derecho á responder al camprador si le es eviccionada en todo ó parte la cosa.....»

Luisiana. Idem 2427. *Como* el 1539 del Código francés.

Idem 2477. *Como* el 1626, C. f.

Vaud. Idem 1128. *Como* el 1599, C. f.

Idem 1186. *Como* el 1626, C. f.

Dos-Sicilias. Idem 1439 á 1443. *Como* 1394 á 1600, C. f.

Cerdeña. Idem 1605 á 1508. *Como* 1598 á 1601, C. f.

Holanda. Idem 1307. *Como* el 1599, C. f.

Suecia. Toda venta de finca rural será por escritura, la cual se presentará al tribunal de la radicacion de la finca, en el que se publicará en tres audiencias públicas sucesivas. Si pasado un año y un dia nadie reclama contra la venta, se ratifica por el tribunal. Donde no haya mas que una audiencia pública judicial por año, bastará esa única publicacion. (Código civil: tít. de la propiedad raiz, §. 1. cap. 4.) Los contratantes no pueden renunciar á estas solemnidades. (Ley de 13 de junio de 1800.)

Si la finca ó fincas radican en mas de un juzgado, en todos se hará la publicacion.

La venta de prédios urbanos se publicará en la casa consistorial tres veces, de mes en mes: pasados doce meses sin reclamacion, la ratificará el Consejo de Villa, ó cuerpo municipal. (§ 2, id.)

Si la cosa se ha vendido á dos ó mas, la primera venta es la que vale. El vendedor queda obligado en tales casos á daños y perjuicios, y por multa una sesta parte del precio. (§. 4, id.)

Toda venta, bipoteca, ó cambio de cosa agena, sin poder del dueño, es *nula*. El que la haya consentido, aun verificadas las publicaciones judiciales, sobre quedar responsable en daños y perjuicios, pagará una multa de 40 dalers. (Cap. 10, id.)

§. 6.° *Venta de cosas aun no existentes: de cosas y derechos contingentes: de la esperanza.*

El presente párrafo contiene ciertamente un caso especial de la compra-venta; y con todo, parece contradecirla en sus bases esenciales, y contradecir tambien en un estremo importante la doctrina general de los contratos.

Porque en efecto, como principio y regla general, repruébanse en estos las convenciones *aleatorias*, verdaderos juegos de *suerte y azár*; y sin embargo, veremos en breve que es válida la venta *aleatoria*, ó *al azár*, la venta de la *mera esperanza*; y menos aun, pues la esperanza, como vemos en el §. siguiente, para decirse tal, ha de ser fundada en motivos de hecho; sino aun de la mera *contingencia*, de la mera *posibilidad*; y todo por disposicion terminante de la ley.

Asimismo hemos enumerado entre los requisitos esenciales de la compra-venta, *la cosa*; y con todo la ley misma nos dirá en breve, como vamos á ver, y nos lo dirá terminantemente, que *sin que intervenga cosa*, puede legalmente darse *venta*. Véase, no obstante, el número final del presente párrafo.

Mientras hemos hablado, en fin, de la compra-venta en general, y entre sus requisitos esenciales, de *la cosa*, se suponia, y la ley supone esta, y así es en general, *real*, *efectiva*, como *presente*, ó *presentable* con seguridad; así como debia ser *cierta*, ó lo que es lo mismo, *determinada* ó *determinable*: todo encaminado, primero, á que el precio pueda fijarse debidamente; y segundo, á que pueda ser consumado el contrato, ó realizada la entrega. Ahora la ley nos vá á decir que la cosa puede ser *futura* y por tanto *no presente*, no siempre *efectiva*; y antes solo en *potencia*; y no ya en *potencia próxima*; sino aun en *potencia remota*, meramente *posible*, y por tanto

eventual. Por este medio, en fin, en vez de *cosa real y positiva, será base del contrato la mera esperanza de ella*, y como ya hemos dicho, *aun la eventualidad*.

Y hé aquí de lleno la especialidad del presente párrafo en materia de compra-venta. Por ello, al consignar, como regla general, en el §. 1.° de esta seccion, que la cosa, para reputarse *vendible*, ha de ser *existente*, ó por lo menos en *potencia próxima*, nos referiamos para la escepcion, y más bien caso especial, que ahora suponemos, al presente párrafo 6.°

Ni se opone á lo dicho lo que hemos espresado en el §. 2.° de que la cosa *vendida* ha de ser *identificable*: porque esa circunstancia se realiza, aun en el caso del *azár*, ó de la *mera esperanza*, y lo propio en el caso *hipotético*, cuando la cosa llega á existir; pues siendo *la que se esperaba*, en virtud de la convencion anterior, llega al fin á ser cierta, y no puede confundirse con otra. Por ejemplo: *lo que ganes al juego; lo que paran tus yeguas en los dos años siguientes; lo que pesques á la primera redada*, etc.

En tales casos, si la *cosa* llega á existir, es ya *individual*, no puede confundirse con otra, es *cierta* en fin.

Y como todo lo espuesto parece demasiado, como ofrece una contradiccion, en parte aparente y en parte real, segun espondremos, á la doctrina fundamental de la compra-venta, hé aquí, sin embargo, las leyes, que terminantemente lo consignan así.

Y ciertamente, la misma ley que habia dicho: «*Neque emptio, neque venditio, sine re, quæ veneat, potest intelligi...*» (8, tít. 1.°, libro 18, Dig.), esa misma añade: «Atamen *fructus et partus futuri* recté emuntur, ut, *cum editus esset partus*, jam tunc (cum contractum esset negotium) venditio facta intelligatur... *Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur, veluti cum quasi alea emitur*, quod fit cum *captus piscium, vel avium, vel missilium* emitur; *emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est....*»

La doctrina de Ulpiano era en esto idéntica á la espresada de Pomponio. «Cum futurum *jactum retis*, dice, *á piscatore emimus, aut indaginem, plagis positis, á venatore...., nam, etiam si nihil capit, nihilominus emptor pretium prestare necesse habebit.....*» (ley 11, §. final, tít. 1.°, lib. 19 Digesto).

Esa era tambien la opinion de Celso, y de otros jurisconsultos, segun se vé en diferentes leyes romanas.

Aun como hipoteca, segun Gayo, pueden darse las cosas aun no existentes: «*Et quæ nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecæ dari possunt, ut partus ancillæ, fœtus pecorum*; ut ea, quæ nascuntur, sint hypothecæ obligata» (ley 14, tit. 1.°, lib. 20 Digesto.)

Las leyes de Partida copian en este punto las romanas. «Compra ó vendida pueden los omes facer, tambien de las cosas que *non son nin parescen*, como de las que son é se pueden mostrar...»

«Otrosí decimos que podria ome comprar la cosa *que non fuese aun cierta*: esto seria, como si algun ome *pescase ó cazase*, é dijese otro alguno: *darte he tanto precio por la primera cosa que pescares ó cazares*; ca si el otro se lo otorga, *como quier que non sabe lo que es aquello que vende, valdria la vendida*. Otrosí decimos, que si el comprador dijese *que quiere atender á su ventura, si sacase alguna cosa el pescador de la primera vez, si prisiese, ó matase el cazador alguna cosa fasta hora cierta del dia, ó en todo el dia, estonce, magüer non prenda ninguna cosa, tenudo es el comprador de darle el precio quel prometió*» (ley 11, tít. 5.°, Part. 5.ª).

Resulta, pues, que, si como ley ordinaria, pueden ser objeto del contrato de venta las cosas *presentes*, y las *futuras*, hasta al *azár*, á la *aventura*; por ley estraordinaria pueden serlo tambien aun las *meramente posibles*.

De propósito diferenciamos entre las cosas *futuras*, y las meramente *posibles*, lo cual, para la recta aplicacion de las leyes, requiere una esplicacion. La filosofía y el comun sentido dividen la *potencia* de existir, en *próxima* y *remota*. Reputan en *potencia próxima* de existir en el órden físico aquellas cosas, á *cuya produccion* ó futura existencia *contribuyan ya*, ó, segun el curso natural de las cosas, han de contribuir próximamente y con certeza física, *las causas naturales*: en *po-*

tencia remota las *meramente posibles*, las que pueden llegar á existir, solo *porque no son imposibles*. De donde necesariamente se desprende que tales cosas son, respecto del hombre, y de la ciencia humana, de todo punto *eventuales*.

Para apreciar la mayor ó menor seguridad sobre la existencia de aquellas, el hombre conoce y aprecia las leyes físicas ordinarias de la reproduccion de las mismas: respecto de las segundas, de las omnímodamente *eventuales*, el hombre no comprende, en punto á su efectiva existencia, sino *que no son imposibles*; y que, por tanto, pueden ser.

Las cosas, pues, cuya existencia depende del curso ordinario de las leyes naturales; y aquellas tambien, en que, con las garantías del órden social, por las reglas y precauciones de la industria y contratacion, hay seguridad moral de que existirán, son las que propiamente se llaman *futuras*, dado que técnica y filológicamente, *futuro* es *lo que ha de ser*, lo que ha de venir: *Quæ nondum sunt, futura tamen sunt.* Las cosas, que no *existen*, por tanto, es posible que sucedan alguna, ó algunas veces; pero es posible tambien que no sucedan nunca, mayormente si, aunque posibles, nunca han sucedido.

La misma teoria es aplicable, en un caso, al órden moral y al social, en los cuales las razones y probabilidades han de tomarse del modo con que en el mismo, segun dicho órden, segun el corazon del hombre, segun la humana prudencia, y hasta la humana malicia, suceden ó no suceden las cosas: porque en todos los órdenes tiene aplicacion el axioma conocido: *De regulariter contingentibus judicium ferendum est*: que no existen, dice la ley romana, *pero que existirán*.

Las cosas, que, no siendo *imposibles*, no se hallan en ese caso de *potencia próxima*; sino en *potencia remota* de existir, se comprenden en dos categorías remotas: en *posibilidad menos remota*, y en posibilidad *de todo punto remota*. Son las primeras, las que, pendiendo más del hombre, que de la naturaleza; más del arte y sagacidad, que de las leyes físicas; *suceden y no suceden*, sin regla fija y cierta, como al *azár*, *á la aventura*, en cuyo caso se encuentran la pesca y la caza, lo que se espera encontrar, lo que se espera coger del dinero arrojado en bautizos ó solemnidades (*missilium*); de todo lo cual, alguna vez se dá el caso. Y son las segundas, las que nunca, ó rarísima vez, han sucedido; aunque no es absolutamente imposible que sucedan. Así no es imposible una *lluvia de oro*. El viento, el huracan depositan en alguna parte lo que en otra han arrebatado; las trombas, ó sifones lo que han absorvido. Así se han visto lluvias de *cereales*, de *peces*, los productos de una parte del mundo en otra, como en Europa del caolin de Africa. No es imposible, en efecto, que una manga, un huracan, barriendo un placer de oro, lo depositen en otra parte, más ó menos remota: pero á pesar de la posibilidad, nunca ha sucedido, y no es sério, por lo tanto, admitir su eventualidad, como materia de un contrato. Bajo de este punto de vista, más que en lo verosímil y aun probable, raya tal suceso en lo *imaginario*, si no lo fuera ya desde luego; y es sabido, y dejamos sentado, que, segun la ley, *nuda et imaginaria venditio pro non facta est.*

Descendiendo ahora al terreno práctico, la venta en cualquiera de los casos antedichos, será, ó absoluta ó condicional; lo cual, pendiendo de los términos del contrato, recomienda, que éstos sean cuidadosamente claros y precisos. La venta será absoluta, cuando el ajuste sea alzado, en globo y desde luego á la *aventura*, ó de cuenta y riesgo del comprador: *te compro los frutos, que en los dos años siguientes traiga tu viña: las crias de tus rebaños en este año y el que viene; te los pago en tanto, y desde luego corren de mi cuenta.* En este caso, que el fruto llegue, ó no, á existir y á estado de sazon; que las crias se malogren, ó no; que el pescador pesque alguna cosa ó nada, y lo mismo á su vez el cazador, el contrato quedó cerrado, y el vendedor tiene derecho al precio. Aun en el peor caso, *etiam si nihil capit* (el pescador ó cazador, etc.) *nihilominus emptor pretium prestare necesse habebit* (ley 11 citada del Digesto). *Emptio... contrahitur* (en el propio caso), *etiam si nihil incideret* (ley 8, Di-

gesto). «*Si aquella cosa... non diere fruto ninguno de sí, estonce non seria tenudo el comprador de darle el precio; fueras ende si la oviere comprado á su oventura*» (ley 11 citada de la Partida).

Por las mismas leyes se vé que es otra cosa, si el contrato es realmente hipotético. *Te compro en tanto el potro que para tu yegua: desde ahora para cuando lo para, te compro en tanto el ternero que llegue á parir tu vaca*: se entiende, y es preciso subentender, *si lo pare: dado que llegue á parirlo*. Si el contrato pende de esa condicion, es claro que falta, si ésta no se realiza.

La venta, en los casos del presente párrafo, lo propio que en la de venta comun, puede ser en *globo* ó *distributiva*. La primera ya la hemos visto. La segunda será, asignando precio á cada medida, individuo ó unidad de la especie comprada: *te compro tu cosecha de cereales del año entrante, á tanto la fanega: la cria de tu rebaño, en el año inmediato, á tanto el cordero*: todos y cada uno se entienden vendidos *para cuando nazcan*, ó los granos se colecten; pero no se pagarán sino los corderos que nazcan, las fanegas que se coleccionen; y por tanto, si nada se coje, si ningun cordero nace, nada hay que pagar.

Si la cosa, de que ha de proceder lo comprado, es infructífera, ó no lo produce por su naturaleza, el error, ó la informalidad no pueden ser sino voluntarios, y la venta es en suma de cosa *imposible*, y por tanto *imaginaria y nula*. ¿Quién compraria sériamente, y sin error voluntario, *las peras de tus olmos*?

Si la cosa productora puede por su naturaleza llevar aquel fruto, ó crias; pero, sin llevarlas de hecho, el vendedor supone maliciosamente que lo lleva, el caso es realmente de *dolo*; y sin embargo nuestra ley de Partida declara *válida la venta*. «*Engañosamente* queriendo vender un ome á otro el fruto de alguna sierva ó yegua, ó de otra cosa semejante, diciendo que *era preñada*, sabiendo que era *mañera, valdrá la vendida, como quiera que es fecha con engaño.....*» (ley 12, título 5, Partida 5.ª). Pero ¿cómo vale una venta, fundada en dolo, y dolo *que dá ocasion á la misma*, pues es claro que sin el supuesto engaño el comprador no contrataria? Y ¿para qué es válida, si nunca podrá entregarse lo que no existe, ni ha de existir?

No es parificable el caso á la compra de *cosa ajena*, con buena fé en el comprador; porque allí valia por derecho romano, y vale el contrato, para que de él nazcan, como antes dejamos espuesto, la accion *ex empto*, y la accion de *eviccion*, y para la prescripcion en su caso. Aquí la eviccion no ha de llegar, ni tampoco la prescripcion. La accion *ex empto* llegará para la reclamacion de daños y perjuicios, para el *quantum interest*; pero eso lo tenia el comprador engañado, por la accion de *dolo*; y no habrá la disonancia de declarar *válido* un contrato *doloso*, y tratándose de dolo inductivo del contrato; y sin embargo ya hemos visto el texto de la ley. Es preciso decir, en vista de todo, que aquí la ley de Partida declara válida la venta en el sentido estrictamente romano en el caso de enajenacion de cosa ajena, únicamente para producir la accion del contrato, y reclamar con ella *daños* y *perjuicios*, lo cual se reclamaria lo mismo con la accion de *dolo*.

Como era consiguiente, dado el principio, la ley se implica aún más. «Pero el vendedor, dice, *tenuda es de dar al comprador la estimacion que podria valer el fruto de la sierva, ó de la yegua*, é de refacer todos los daños, que le vinieron por esta razon.» Mas ¿cómo se valora *el fruto de la sierva*, lo que no ha existido, lo que por tanto no se ha conocido, ni por lo mismo ofrece dato alguno para la apreciacion legal?

Por otra parte, recibiendo el comprador la *estimacion*, que en derecho representa *la cosa*, no podria reclamar el precio, si lo habia entregado. Si no lo habia entregado, tendria que entregarlo, por que la entrega de la estimacion equivale á la entrega de la cosa. Pero ¿y si la estimacion era inferior al precio? ¿Quedaria este beneficio en favor del vendedor doloso, con perjuicio del comprador engañado? Habria que decir que éste, en rigorosa justicia, tendria derecho en tal caso á demandar el esceso, como parte de los daños y perjuicios que puede reclamar; pero, ¿á qué el enojoso y costoso rodeo?: *frustra*

fit per plura, quod fieri potest per pauciora. La ley no lo previene; habria que improvisar la solucion; y es forzoso repetir que la ley se implica. Todo estaba más fácil y espeditamente conseguido, con la nulidad del contrato, por *dolo inductivo*, y sus efectos consiguientes, esto es, devolucion del precio en su caso, y resarcimiento de daños y perjuicios.

Sigue la ley implicándose más. «Eso mismo decimos que seria si vendiese el fruto de alguna viña, ó de algunos árboles, ó de otra cosa semejante, sabiendo que non levahan fruto, *ó faciendo maliciosamente algun engaño por que non lo levasen*: ca tenudo es de dar la estimacion de los frutos, con los daños que le vinieren por ende.» La misma dificultad en estimar frutos que tal vez no llegaron ni aun á *mostrarse*, con los demás antes indicados. La ley romana, cuyo tenor, ó cuyo espíritu se quiso ó creyó tal vez adoptar, lo disponia de otro modo. «Si jactum retis emero, et jactare retem piscator noluit, *incertum ejus rei* existimandum est.» Si compro una redada, lo que resulte de arrojar una vez la red, y luego el pescador *no quiso echarla*, ha de apreciarse *lo incierto* de aquella cosa (ley 12, tít. 1.°, libro 19 del Digesto). Se estimaba lo incierto de la cosa, el daño causado por no echar la red; pero como *daño* y *perjuicio*; no como valoracion; más la ley de Partida establece terminantemente *la estimacion de los frutos*. La verdad es que ésta nunca podrá ser, ni ordenarse en perjuicio del reembolso, en su caso, de la integridad del precio entregado; ni menos que á un tiempo haya de recibir el comprador engañado, el *precio*, y en su caso la *estimacion* de la cosa, que equivale á la cosa.

Aunque por incidencia, habremos de notar aquí una importante cuestion á que dá lugar, y más bien resuelve la ley romana citada. «*Si quod extraxit piscium*, dice, *redere mihi noluit* (el pescador), *id æstimari debet, quod extraxit*» (ley 12 citada). *Redere mihi noluit*; *si no quiere entregarme lo que pescó*, es decir, la *cosa* ajustada: concepto que no fué bien trasladado á la ley de Partida, y de ahí vienen los antedichos inconvenientes.

Tan lacónicas palabras encierran, sin embargo, no solo una cuestion; sino una grave teoría, de la cual proviene la dificultad de aquella. «Si el pescador *se niega* á *entregar la pesca que sacó* (en la redada del ajuste), entonces debe aquella *tasarse*. Pero ¿no quedó cerrado el trato á la *aventura*; la cual ha sido favorable al comprador? ¿Por qué se defraudan sus esperanzas y su derecho, á capricho del vendedor? ¿No era ya en tal caso del comprador lo que se pescara, como lo era tambien el riesgo? Y si la cosa existe, si no ha desaparecido, ó se ha consumido, si no es imposible *entregarla*; sino que *no quiere* el vendedor, ¿por qué *la misma* no se entrega al comprador; y sí la *estimacion* en lugar de ella? Esta es la cuestion. La teoría de que nace es sin duda la de algunos jurisconsultos romanos, en cierto modo adoptada por aquellas leyes, y segun la que, en la compra-venta no creían obligatoria *la entrega de la cosa*; sino disyuntivamente esta, ó su estimacion; y eso aun cuando la cosa pudiera ser entregada: teoría no admitida por nuestro derecho, ni por los buenos principios, y de que hablamos despues en el párrafo 12.

En la venta de cosas *futuras*, y sobre todo en la *de la esperanza*, si de los términos del contrato no resultase otra cosa, ha de entenderse que éste se ciñe á lo que es natural esperar de las causas productoras, ora naturales, ora industriales, porque no es lógico suponer que las partes pensasen en otra cosa, cuando, siendo estraordinaria, no la espresaron: y es dado esperar en el indicado sentido lo que dichas causas producen, por su naturaleza, lo que llevan ó producen de ordinario; pero no lo contrario. Así, si con un pescador se ajusta, sin más espresion, una redada, ó lo que *pesque* en una redada; y saca *otra cosa que pesca*, como un fardo ú otro despojo de un naufragio, no podrá reclamarlo el comprador: en eso no pudieron pensar las partes. Otra cosa será, si lo contrario se entiende ó puede entenderse por los términos del contrato, *lo que pesques de una redada*, no comprende lo que no sea *pesca*: *lo que saques con la red, sea lo que*

quiera, ya comprende más que pesca; cualquier cosa que salga; pero es menester que resulte del pacto.

Es bien conocida en el particular la contienda de los de Mileto con los pescadores de Cos. Aquellos ajustaron con éstos *lo que pescaren en una rrdada*. En vez de pesca, sacó la red *una trípode de oro*. Los compradores la reclamaban como suya: los pescadores lo negaban, y con razon, pues ni unos ni otros, al contratar, pudieron pensar en semejante resultado. Sometida la cuestion al oráculo, dió éste una solucion como suya, una solucion, que, si no fuera otra cosa peor, seria un dislate: declaró, como es sabido, que la trípode correspondia al más sábio de los mortales. Un Tribunal de justicia hubiera declarado, ó por lo menos declararia hoy, que la trípode pertenecia á los que *por azar* y con sorpresa la habian estraido. El precio convenido seria otro comprobante de si unos entendian comprar y otros vender una trípode de oro.

Ultimamente, parece desprenderse de todo lo dicho, *que puede haber compra-venta sin cosa comprada*: y aun lo dice materialmente la ley: *Aliquando tamen et sine re venditio intelligitur*. Y sin embargo, la consecuencia absoluta no seria legítima, ni el testo de la ley puede tomarse sino por cosa *presente* ó *presentable*, lo cual no hay, ó no hay siempre, como en la venta de la *esperanza*; pero no puede sostenerse que en la esperanza no hay cosa absolutamente, pues lo es la *esperanza misma*, que, para llamarse tal, no ha de ser un *imposible*, ni una cosa *imaginaria*, como decimos en su artículo y tambien en el párrafo siguiente.

Y con efecto: cuando se dice que la *cosa* es un requisito esencial de la compra-venta, cuando repetimos con la ley, *Neque emptio, neque venditio sine re, quæ veneat, potest intelligi*, se enuncia solo *un género*; y *género supremo* de entidades, que por tanto encierra en sí infinitas especies. ¿Qué hay, ó puede haber en el Universo, que no sea cosa? Y no decimos en ese caso, ni dice la ley, si la *cosa*, que en su inmensa estension genérica abarca el género supremo, ha de ser precisamente *física* ó *inmaterial*, *presente* ó *futura*; *real* ó *calculada*, *verdadera* ó solo *verosímil*: puede ser de cualquiera de estas especies: lo que no puede ser es *imposible*, física ó moralmente, ni de ningun otro modo *imaginaria*: lo que no es posible, no se espera: sobre lo que no se espera, no cabe esperanza, ni es formal suponerlo, ni contratar acerca de ello.

Si la esperanza es de herencia, ó bienes de otro, corresponde hablar de ella en el párrafo siguiente. Véase.

§. 7.° *Venta de una herencia.*

Las leyes y los autores han dado tan particular importancia á la venta de una herencia, y aquellos la han presentado y tratado de tal modo, segun luego esponemos, que ha llegado á parecer una especialidad en el derecho; lo cual no es así ciertamente. Porque, ó se trata de una herencia *deferida*, y tal vez ya *adida*, ó de una herencia que se espera, con mayor ó menor fundamento: ó de otro modo, de la herencia de un *fallecido*, ó de la de *viviente determinado*. En el primer caso, la herencia constituye ya nuestro patrimonio: los bienes, que fueron de otro, son ya nuestros; y su venta, donacion, etc., constituyen por lo mismo una venta ó enajenacion comun, que se rige, como veremos, por los principios comunes del derecho, pues que no es sino la venta de un *derecho sucesorio*, y con él, en su caso, de una colectividad de bienes, de que podemos disponer como de cualesquiera otros de nuestra pertenencia. La venta, empero, puede verificarse, ó sin hacer mencion alguna de haber heredado los bienes, ni menos hacer de esta circunstancia una condicion del contrato, en cuyo supuesto es simple ó absoluto; ó bien haciendo condicion necesaria de dicha circunstancia, y entonces el contrato es condicionado; pero en ambos supuestos comun: se vende el derecho sucesorio, con todas sus consecuencias.

En el segundo caso, esto es, en el de herencia *futura*, la venta es nula unas veces, y no hay que hablar entonces de si es especial ó comun: y en los casos, en que es válida, es venta comun, porque no es otra cosa que la

venta de la *esperanza*. Una cosa sí, es singular en esta venta, y es la *nulidad* en un caso dado, de lo cual hablamos mas adelante.

De lo dicho se infiere, sin embargo, que la cuestion exige ser examinada con detencion, bajo sus diferentes aspectos. Para realizarlo con mayor facilidad y utilidad, conviene tratar con separacion de la herencia *deferida* y de la herencia *esperada*, y por lo tanto *futura*, en *esperanza* más ó menos fundada, acaso de pura *eventualidad*, y así lo verificaremos.

Herencia deferida, ó de persona *difunta*. Los autores presentan la libre facultad del heredero para vender la herencia que ha recibido, como una tésis resolutiva de una duda, como una concesion especial del derecho; y citan á propósito las leyes romanas, que en su concepto, autorizan y corroboran su aserción. «*Potest quis vendere hæreditatem universalem, sibi delatam ex testamento, vel ab intestato.*» (Gomez, Var., tom. 1, cap. 2, núm. 8). Pero ¿qué necesidad legal habia de fijar esa tésis como resolutiva, y á manera de un principio de derecho? ¿Habia antes prohibicion? ¿Podia haberla? Como hemos dicho ya, ¿no han pasado á bienes propios los de la herencia, y no es dado á cada uno disponer de sus bienes propios y enagenarlos, ora en particular, ora colectivamente? Pues no hay más en la venta de la herencia; y la restriccion intrínseca, que importa consigo la procedencia hereditaria, que es vender el derecho sucesorio, con todas sus consecuencias; pero *ni más ni menos que lo que se recibe y como se recibe* por derecho hereditario: condicion que se puede imponer y estipular en cualquier otra venta colectiva.

Por otra parte, es fácil notar que las leyes, que se citan al caso, no *establecen* la facultad de vender, donar, hipotecar, etc., la herencia recibida; sino que la *suponen*, y legislan en consecuencia, con prolijidad, por las muchas cuestiones á que de necesidad se prestan tales enagenaciones. Si alguna duda ocurriese, seria sobre la trasmision de la sucesion: pero sabido es que ésta no atribuye al comprador derechos de familia; sino puramente económicos.

La más capital de las cuestiones en este punto es que la venta de una herencia no está sujeta á eviccion. «*Venditor hereditatis satisdare de evictione non debet.*» (Digesto, libro 18, tít. 4, ley 2.)

Por estraña que parezca esta regla, en tésis general es incontestable; pero no tan absoluta como parece, lo cual hace indispensable esponerla y determinarla con completa precision. Puede suceder que uno no tenga más bienes que los que acaba de heredar, de una ó de varias personas. Si vende los bienes, acciones y derechos de alguna de las herencias ó de todas, sin espresion siquiera de que han sido heredados, esto es, sin hacer condicion esencial de esta circunstancia; la venta lleva en sí todas las responsabilidades de eviccion y saneamiento, que cualquier otra venta. Si por el contrario vende aislada y precisamente *la herencia*, como tal, esto es, el derecho sucesorio, y en su consecuencia, *lo heredado*, y *como lo ha heredado*, y por lo tanto, lo cierto como cierto, lo dudoso y disputable, como tal, es el caso de la ley. La razon es, que, radicado ya el derecho universal sucesorio en el heredero por la muerte de su causante; la venta es una omnímoda sustitucion de persona entre el vendedor y el comprador. El heredero vendedor trasmite todo el derecho que tiene; pero no más que el que tiene, y como lo ha recibido. Vende la sucesion, el conjunto, no cada cosa del cuerpo de bienes.

¿Qué puede suceder despues? Que reivindiquen, ó de cualquier otro modo eviccionen alguna finca ó derecho de la herencia vendida? Pues será por una de tres causas: porque no perteneciera á la herencia, como por ejemplo, un depósito en poder del difunto, y es claro que no era parte de la herencia, ni se vendió con ella: que el tribunal fallase con injusticia; y entonces la responsabilidad es del juzgador, y no del vendedor: y por último, que fuese dudosa su pertenencia en el finado; pero así se vendió, y por tanto, de responsabilidad del comprador, pues se vendia lo cierto como cierto, y lo dudoso, como dudoso. Además, la herencia, el derecho cardinal vendido, subsiste. El derecho romano era ter-

minante en el particular. «Evictio quoque non præstatur in singulis rebus, cum hæreditatem jure venisse constet.» (Cód. p., ley 1, §. 1, *De evictione.*)

No es menos terminante el derecho español. «Si alguno que fuese establecido por heredero, vendiese á otro todo el derecho que avia en los bienes, é en la heredad de aquel que le estableció por su heredero, maguer acaezca despues que á tal comprador como este venzan por juyzio alguna cosa señalada de los bienes, con todo ello tal vendedor non es tenudo de fazerle sana aquella cosa señalada de los bienes que le vencieron. Mas si por toda la heredad le vencieren, tenudo seria estonces de fazer sana la heredad, ó de pecharle el precio que rescibió por ella, con todos los daños, é los menoscabos. Eso mesmo dezimos que seria si algun ome comprase todas las rentas de algun almoxarifadgo, ó de alguna heredad, que maguer lo venciesen en juyzio por alguna cosa señalada que saliese de aquellas rentas, que non seria tenudo el vendor de la sanear, nin de la descontar. Pero si por todas las rentas le vencieren, ó por la mayor parte dellas, estonce tenudo seria de gela sanar ó de tornarle el precio, con todos los daños é los menoscabos que ende vinieron» (ley 34, tít. 5, Part. 5).

Algunos autores dan por razon fundamental la ya indicada, de que, como lo que se vende es el *derecho universal hereditario*, éste siempre queda intacto, por más que se desmembre alguna cosa singular de la herencia; lo cual siendo, como es sin duda, una razon, no satisface omnímodamente. El derecho universal hereditario no se compra en este caso en abstracto: se compra, más ó menos, en concreto; pero en concreto, con conocimiento ó esperanza de lo que vá anejo á él; á los bienes, derechos y acciones que ya se conocen, y los que se esperan ó pueden esperarse. ¿Sobre qué, si no, recaeria el precio? ¿Por qué regla se determinaria, así en la mente del comprador, como en la del vendedor? La razon complementaria, sobre la antedicha es, pues, que todas y cada una de las cosas de la herencia entrán en la venta, ni más ni menos que como venian en aquella; las ciertas como ciertas, las dudosas como dudosas, y todo á la responsabilidad del que las compra así. La circunstancia esencial y restrictiva de venderse simplemente lo heredado, se resuelve, como ya hemos dicho, en la condicion *de no entenderse vendido más ni menos que lo heredado, ni de otro modo que como se heredó.* Lo cual, en su caso, traslada todo el riesgo y responsabjlidad al comprador, equivaliendo este valor, entendido, ó espresado, al pacto *de no responder de eviccion* al vendedor.

Hay aun otra razon. En la venta de la herencia, como la veoimos esponiendo, sin reserva ni pacto en contrario, pasan al comprador todos los bienes, acciones y derechos que correspondiesen al finado, como despues á su heredero, y por la trasmision de éste al comprador. Cualquiera que fuera en esto el rigorismo formulario de los romanos, es entre nosotros indudable que por nuestro derecho, hay en el caso supuesto *cesion de acciones*: de lo cual es resultado necesario que el vendedor no tiene ya despues accion activa que ejercitar para defender al comprador: que éste tiene ya como propias las que correspondieron al vendedor, y es sabido que no há lugar á la eviccion, cuando el comprador tiene accion y derecho propio con que defenderse; y si no lo tuviese, si no lo hubiera recibido con la herencia, será porque en ésta no lo habia.

No habrá que repetir que la venta de la herencia, para que proceda todo lo dicho, ha de ser tan restricta, que, no solo no medie pacto en contrario; sino que ni aun pueda interpretarse. El hombre responde siempre de su hecho, y siempre el pacto dá ley al contrato. *Planè de facto suo*, dice la ley romana, *venditor* (el de la herencia) *satisdare cogendus est.* (Ley citada del Digesto.) *Nisi aliud nominatim inter contrahentes* (el vendedor y el comprador de la herencia) *convenit.* (Ley citada del Código.) Y así es por todos los derechos.

Lo dicho hasta aquí tiene dos escepciones Primera, si no hubiese fallecido aquel, de cuya herencia se trata. Se vende entonces como herencia de un muerto la de un vivo,

cuya venta es *nula*; salvo que aquel hubiera prestado su consentimiento para ella, segun todo lo esponemos despues.

La segunda escepcion es, si el vendedor no es tal heredero, ni *ex-testamento*, ni *ab-intestato*, y claro es que entonces no tiene herencia que vender.

Una y otra escepcion pueden tener lugar por error del vendedor, ó por dolo. En ambos casos responde: en el primero de eviccion; en el segundo de dolo.

Es fácil conocer que en el supuesto de que el vendedor no es heredero, la cuestion se resuelve en el mejor caso, esto es, no habiendo dolo, en venta de cosa ajena, cuyas consecuencias y efectos dejamos espuestos en su lugar.

Hemos dicho que para que en la venta de una herencia no haya lugar á la eviccion, ni á reclamacion de daños y perjuicios, es menester que, además de los dos casos antes notados, así como los de dolo y de culpa lata, á su vez no ha de mediar en la venta pacto en contrario, ni espreso, ni interpretable. En el primer caso no hay que decir que se estará á lo pactado; en el segundo la solucion corresponderá al valor de los motivos de la interpretacion. Si sobre ellos funda el comprador la citacion de eviccion, el vendedor pensará bien si debe, ó no, dar la cara, y en la responsabilidad que podrá arrostrar. De todos modos á lo que no podrá negarse es á facilitar al comprador los documentos, é instrucciones, que de sí dependan, como tal heredero.

Pudiera ser tambien que el vendedor le reclamase, judicial, ó estrajudicialmente, esplicaciones sobre los términos y condiciones del contrato de venta; y aun ratificacion en punto á la omnímoda cesion de acciones, no solo hereditarias, sino personales, que él pueda haber adquirido despues que la herencia le fué *deferida*; como por ejemplo, si la venta ha sido de herencia *adida*, y ha mediado tiempo, más ó menos considerable, desde la adquisicion de la herencia hasta la venta, en cuyo intermedio ha podido terminar la prescripcion de bienes ó acciones, consumarse y asegurarse la posesion de año y dia, etc.: la equidad, como la justicia, exijen que el vendedor deliera, y en otro caso sea compelido á tan fundada reclamacion.

Nada hace, para la responsabilidad del vendedor, que la herencia, en lo que toca al cuerpo de ella, á los bienes y derechos que se esperaban, haya fallado, toda vez que haya sido sin culpa del heredero; sino por motivos y causas inherentes á la herencia misma; y con tal que sea efectivo el derecho sucesorio del heredero: por ejemplo, si la aparente, ó calculada fortuna del finado, ha resultado por último inferior á sus deudas. La venta no ha sido específicamente de bienes, sino del derecho y título universal hereditario, que suponemos es efectivo. Si luego falla el cálculo del comprador, él debió mirarlo en un contrato en que, comprando solo la *herencia*, esto es, el *derecho sucesorio universal*, solo, y como en abstracto, por la fuerza de las cosas, se compra con todas sus contingencias.

La espresion de los autores «potest quis vendere hereditatem *universalem*, sibi delatam», como vemos arriba, puede dar lugar á varias equivocaciones. Lo *universal* ha de tomarse aquí, por la índole del derecho hereditario; no siempre por la parte, ó cuota. Así, si uno instituye ó deja *ab-intestato* un solo heredero universal, entonces coinciden el derecho y la *cuota*; si los herederos son varios, para el efecto de la presente cuestion, es herencia universal la respectiva de cada uno, aun cuando la sucesion sea por necesidad solo de una parte de la herencia, pues se atiende al título por que recibe su parte.

Tampoco es sola la herencia *deferida* (*delatam*), esto es, la meramente confirmada por la muerte del testador, ó *decedente*, sin acto alguno todavía del heredero, la que puede venderse; sino tambien la *adida*; aquella en que ya hay admision, y actos de heredero.

No obsta que la admision haya sido absoluta, ó ya á *beneficio de inventario*. Los casos son ciertamente diversos; pero todo lo harán los pactos, y éstos serán entonces la ley del contrato.

No hay inconveniente legal en que, en vez de toda la herencia recibida, se venda solo la mitad, un tercio, ú otra seccion de ella, á

la cual se aplicarán respectivamente las reglas establecidas para el todo en su caso.

Despues de lo dicho, se vé claro, como hemos manifestado, que la venta de la herencia no es una especialidad; y por consecuencia, que cualquiera puede vender, ya todos, ya parte de sus bienes, y aun cualquiera cosa singular de ellos con las leyes de la venta de la herencia, esto es, tal como le pertenecen; y ni con más, ni con menos derecho; trasmitiendo al comprador *todas sus acciones*, lo cual equivale á estipular la no eviccion.

No obstante la universalidad del derecho hereditario, y por tanto de la herencia que se vende, nunca se entenderá que en ella, como ni en ninguna otra venta, se enagena lo que por la ley, ó por el hombre no es vendible, en cuyo caso se encuentran los derechos *personalísimos*; como los títulos nobiliarios y prerogativas de familia; el usufructo, por lo que hace al derecho, no al disfrute, con arreglo á las leyes; los mayorazgos, los derechos mayestáticos, el patronato eclesiástico personal; pues el *real*, ó que siendo anejo á las cosas ó localidades poseidas, vá siempre con ellas, etc.: ni nada, en fin, en perjuicio de tercero, ó perjudicando derechos esclusivos de un tercero.

De este principio nace una cuestion. Hemos visto que con la venta de la herencia, se trasmiten las acciones *activas*: ¿se trasmiten tambien las pasivas? En principio general, es preciso responder que no. La accion pasiva es una obligacion en el que debe, y á nadie es dado renunciar á las obligaciones; y es, por la inversa, un derecho ajeno, que no se puede novar, ni embarazar, ni menos destruir, sin la voluntad é intervencion del que goza de él; al paso que trasmitiéndose este derecho con la herencia, tal vez á persona *más poderosa*, podria verificarse esta novedad y perjuicio, no ya sin consentimiento; sino hasta sin noticia del acreedor. Sobre persona *más poderosa* véase el §. 9.

Esta solucion negativa, en el rigor de las leyes y de los principios es incontestable por todos los derechos; pero perjudicial en algun caso para el acreedor, si la equidad y la prudencia de los tribunales, no viene en su apoyo. Porque si el acreedor conserva su accion contra el heredero; si por tanto es á él á quien debe demandar, y no al comprador de la herencia, con quien no ha tratado; y con quien puede suceder además que nada haya estipulado el vendedor en favor del acreedor, ¿cuál es la suerte de éste, si por la venta queda el vendedor insolvente? Si la accion era real ó mista, aun tiene el recurso de dirigirla contra la cosa, cualquiera que sea su poseedor. Pero, ¿y si solo era puramente personal? Seis son los casos, que, bajo el punto de vista de la presente cuestion, pueden ocurrir, á saber:

1.° Que el vendedor, no teniendo más bienes que la herencia, la venda toda y quede insolvente.

2.° Que no quede insolvente.

3.° Que estipule con el comprador, y éste convenga en que sean de su cuenta las deudas pasivas.

4.° Que no estipule nada sobre el particular.

5.° Que estipule, por la inversa, que las deudas pasivas quedan de su cargo.

6.° Que el comprador de la herencia la haya trasmitido, y quedado tambien insolvente, antes que reclame el acreedor.

En el primer caso, como que él, menos que nadie, puede ignorar la situacion en que queda, si nada ha estipulado en favor de sus acreedores, ó ha estipulado que el comprador no les quede obligado, el acreedor conserva dos acciones: una directa contra el vendedor, que podrá mejorar de fortuna; y otra subsidiaria, persiguiendo la venta como ejecutada *in fraudem creditorum*.

En el segundo conserva su accion espedita contra el vendedor, que luego podrá ó no dirigirse contra el comprador, segun los términos de la venta.

En el tercer caso tiene dos acciones: la directa contra el vendedor, la cual no ha podido ser trasmitida sin su consentimiento, y á no ser que la consienta despues; y la que nace contra el comprador *por su propio hecho*, y utilizando el principio de que *puede cualquiera estipular á favor de un tercero*; siendo éste árbitro, sin embargo, en aceptar

ó no la estipulacion. Nace de lo dicho, que el acreedor podrá dirigirse contra el vendedor ó contra el comprador, siendo la opinion de los autores que, dirigiéndose contra éste, no tiene luego recurso contra el vendedor, ni há lugar al arrepentimiento, por que el hecho de haberse dirigido contra el vendedor, implica por necesidad el consentimiento y aprobacion del pacto del vendedor con el comprador. Ya se deja entender que el comprador no habrá quedado insolvente, cuando se supone que el acreedor se ha dirigido contra él. Véase el sesto caso.

En el cuarto caso nada hay que decir, si el vendedor no ha quedado insolvente: el acreedor conserva espedita su accion contra él, y no habria razon para que inquietase al comprador. Otra cosa es si el vendedor queda insolvente: el caso entonces es idéntico al primero. Y aun podrá reforzar su demanda con consideraciones, cuya fuerza no es posible desconocer. Es indudable que si la acepcion técnica y jurídica de herencia es *el patrimonio del finado con sus cargas*; así la recibe el heredero; y si así la enagena, sin estipular nada en contrario, el sentido natural no puede comprender sino que en ese caso las cargas van con ella, lo propio que los derechos. Necesariamente unidos por la ley los derechos y las cargas, no se comprende que se separen, ni entiendan separados, sino en virtud de estipulacion, ó de hechos contrarios, que lo hagan entender necesariamente. Y siendo todo ello un supuesto, fundado en el derecho, el comprador debió estipular para separar de sí lo que el derecho ha unido: en otro caso es justo suponer que compró la *herencia*, como ella es por el derecho. No es esta la opinion general; pero es de recto y buen sentido, y de equitativa jurisprudencia, que debe merecer el favor de los tribunales. Así el acreedor defraudado deberá presentar su demanda disyuntiva contra el comprador, para que, en virtud del pacto tácito, le pague, y de no prestarse á ello, se declare nula la venta, como realizada *en perjuicio de acreedores*. Si recayese ejecutoria en este segundo concepto, la accion del comprador contra el vendedor es indudable, salvo complicidad recíproca: si recayese en el primero, la regla de decidir entre vendedor y comprador serán los términos, y circunstancias del contrato. Si nada se hubiese estipulado, ó fuese necesario interpretar, entonces, si el precio fué módico, cuantiosa la herencia, y pocas las deudas, lo justo y equitativo será el comprender que la venta se entendió con el cargo de solventar las deudas.

En el quinto caso, si el vendedor no ha quedado insolvente, nada hay que hacer, pues el acreedor conserva su accion directa contra él: si queda insolvente, segun lo dicho ya en los casos 1.° y 4.°, la venta se ha verificado en perjuicio de acreedores, pudiendo el acreedor perseguirla en ese concepto.

El sesto caso, en fin, queda resuelto en los anteriores, en cuanto al vendedor. En cuanto al comprador, si se cargó con pagar las deudas, hay contra él la accion del pacto con el vendedor, y en su caso puede haber contra la venta la de enagenacion en perjuicio de acreedores.

Si el heredero aceptó la herencia á beneficio de inventario, y así la vende, es claro que el comprador la adquiere con ese gravámen, y que podrá ser demandado por los acreedores.

Puede suceder que el heredero vendedor fuera acreedor del testador ó *decedente*. Los autores opinan que reserva ese derecho y concepto contra el comprador. Sin embargo, la verdad es que por la aceptacion de la herencia hay confusion de acciones: las obligaciones del finado se hacen ya propias del heredero; y como nadie es deudor de sí mismo, es más lógico y legal entender, que si al vender la herencia nada estipula, nada podrá reclamar como acreedor particular contra el comprador. Repetimos, sin embargo, que la opinion comun es la contraria.

Puede suceder tambien que el vendedor fuera deudor del finado. En este caso, como que la deuda es uno de los derechos hereditarios que constituian el haber del finado, se entiende vendida con la herencia, si no se estipula lo contrario, y el comprador podrá reclamar de él, como de cualquier otro deudor testamentario.

Del contrato resultará si vende la herencia en el estado de la misma, esto es, del cuerpo de bienes y derechos, al tiempo de la venta, ó como la recibió. En este segundo caso, si hubiese desmembrado ó comprometido alguna parte de ella, tiene que reintegrarla al comprador.

En el mismo caso corresponden al comprador, y son de su cargo, los aumentos naturales, y las pérdidas del mismo género que haya sufrido el cuerpo de bienes. Las mejoras ó aumentos industriales son del vendedor, si otra cosa no se estipula; así como los perjuicios y deterioros provenientes tambien de hechos del mismo, si no se estipula lo contrario.

La herencia, dice la ley romana, puede considerarse, en cuanto á su integridad y cuantía, en uno de tres estados: segun era al ser *deferida*, al ser *adida*, ó al ser *vendida*: y en las dudas, á que esto puede dar lugar, respecto de lo vendido, «*verius est*, dice, *hoc esse servandum, quod actum est. Plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate, pervenit, in id tempus, quo venditio fit, id videatur venisse.*» (ley 2, tít. 4, lib. 18 del Digesto).

Segun la misma ley, no solo se comprende en la herencia vendida lo que el vendedor haya recibido, y haya tenido ó tenga derecho de recibir, como tal heredero; sino lo que del mismo modo haya recibido, ó espere el heredero del mismo; lo cual habrá de entenderse, si no es por título hereditario peculiar, y particular; porque entonces, lo que recibe ó espera, v. g. un legado, no era herencia del vendedor, sino suya propia.

Si la herencia se vende tal cual fué *deferida*, el vendedor, segun la ley citada, puede reclamar del comprador el abono del funeral, si lo habia pagado, y es lógico inferir tambien que los gastos necesarios, como los de conservacion, tributos ó censos pagados, etc.

Muchas más cuestiones pueden todavía ocurrir en la venta de la herencia; pero todas pueden ya resolverse por los principios asentados.

Herencia esperada. La herencia esperada es la *no deferida*. La regla de derecho es que la venta de la herencia no deferida, y por tanto, *en esperanza*, es válida, si es indefinida, sin denominacion de la persona de que ha de provenir; pero *nula*, si se espresa ó subentiende la persona; salvo que ésta consienta, y persevere en su asentimiento hasta la muerte.

El motivo de esta singular determinacion del derecho es, porque tal enajenacion es por su naturaleza inductiva al crímen: porque es *contra bonos mores*; porque *hujusmodi pactiones odiosæ esse videntur, et plenæ tristissimi et periculosi eventus*, dice la ley romana (ley 30, tít. 3, lib. 2 del Código): porque el comprador podria maquinar para la muerte del causante de la herencia, á fin de asegurar su compra, dice la ley de Partida: porque es *captatoria mortis*, dicen los autores, convirtiendo en axioma la determinacion y la razon de las leyes.

Sancimus, dice con efecto la ley romana, *hujusmodi pacta, quæ contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil ex his pactionibus observari* (la ley citada).

«*Esperanza* han los homes á las vegadas de heredar los unos los bienes de los otros. E esa esperanza puede ser en *dos maneras*. La una es cuando alguno *ha fiuzia* de heredar los bienes de algun *su pariente*, seyendo *tan propinco*, que haya de heredarle, si acaesciese *que fine sin testamento, todo* lo suyo. La otra es cuando *ha fiuzia que le establecerá alguno por heredero*. Y porque y a algunos homes, que quieren vender *tal esperanza...*, decimos que *non lo pueden facer, si nombrasen la persona* de aquellos que han fiuzia de heredar. Fueras ende, si fuere la vendida *con otorgamiento* é con placer dellos mismos, é *que duren todavia en este placer fasta que mueran*. Más *si non los nombrassen*, poderlo y an vender en esta manera, diciendo asi: que *venden todas las ganancias é derechos, que les han de venir por razon de heredamiento, onde quier que les vengan...* E defendemos, que non vala tal vendida, *en que fuessen nombradas* las personas de aquellos que oviesen fiuzia de heredar, porque *los compradores* de tal esperanza... non hayan razon *de se trabajar de la muerte* de aquellos,

cuyos son los bienes, *por cobdicia de los aver*» (ley 13, tít. 5, Part. 5.).

Hemos calificado de singular la determinacion de las leyes en la cuestion presente, porque hay otros muchos actos, aun mas ocasionados al crímen, que se teme; y en los cuales el derecho no lo ha recelado, ni ha adoptado, en cuanto á ellos, la misma precaucion. Hállanse en ese caso, el sistema de herencias y sucesion *necesaria*, ya *ex-testamento*, ya *ab-intestato*, de descendientes y ascendientes; y en su caso de los colaterales, dentro del grado de consanguinidad prefijado por la ley: la sustitucion pupilar: la institucion testamentaria recíproca de herederos entre marido y mujer, y otras personas: los fideicomisos familiares de los romanos: los vínculos y mayorazgos de las legislaciones posteriores: el usufructo vitalicio: y en el derecho público, la sucesion hereditaria dinástica. Y, á decir verdad, más son los crímenes que han ensangrentado la historia, y la moral reprueba, en algunos de los casos antedichos; y, lo que no pareceria posible, y es doblemente lamentable, más frecuentes son en el foro el parricidio, y el fratricidio, para adelantar la herencia y sucesion; que no el homicidio, para asegurar la compra de la herencia *en esperanza*. Pasa un siglo sin que se vea uno de estos casos; mientras en los demás sucede desgraciadamente lo contrario. Querria esto decir, que el ser ó no inductivo de crímen, y en aquel caso nula la venta de herencia esperada, deberia ser cuestion de apreciacion y prudencia judicial; y no *á priori* por la ley un caso inflexible de nulidad; pero la ley así está escrita.

Es singular tambien la razon de *inmoralidad*, ó sea la de ser contra *bonos mores*, alegada por la ley para la nulidad de estas ventas, cuando uno y otro derecho autorizan la *venta de cosa agena*, y no ya sabiéndolo uno de los contrayentes; sino aun sabiéndolo los dos. La nulidad absoluta de la venta de herencia se comprenderia en la legislacion francesa, que prohibe la venta de cosa agena; y que, lógicamente obrando, prohibe una y otra clase de venta. (Véase nuestro artículo ESCUELAS DE DERECHO.)

Salva la antedicha anomalía, la legislacion romana, lógica en este punto dentro de su sistema, declaraba inmorales y nulas, así como la venta de la herencia, las demás enajenaciones de los bienes de un vivo, en que pudiera temerse el mismo peligro; como la donacion de dichos bienes, y la dacion en hipoteca, por el que esperaba ser heredero. «*Jubemus, etenim, neque donationes, neque hypotechas esse admitendas, neque alium quemquam contractum, cum in alienibus rebus contra domini voluntatem aliquid fieri, vel pacisci recta temporum non patiatur*» (ley antes citada). «Donatione quidem partis bonorum proximæ cognatæ viventis, nullam fuisse constabat» (ley 29, tít. 5, libro 39 del Digesto). Supuesto, pues, el sistema restricto de nuestra ley de Partida, los tribunales no harán mal en aplicar en estos casos, y apreciando las circunstancias, las leyes romanas, ya porque de ordinario el derecho romano es una buena razon, y ya por el principio general de que *á la misma razon debe corresponder idéntico derecho*.

La ley no sospecha que pueda procurar la muerte del causante de la herencia vendida, sino el *comprador*; pero, es la verdad, y está en la fuerza de las cosas, que en casos dados pueda recelarse lo mismo del vendedor; sobre todo, en la venta que no ha de consumarse hasta ser deferida la herencia, ó si en igual forma se tomó dinero sobre ella, dándola en hipoteca, etc.

Nuestras leyes no castigan la venta de la herencia en esperanza, sino con la *nulidad*; pero las romanas declaraban al vendedor indigno de la herencia, y le privaban de ella. «*Quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset, actiones hereditarias in totum negandas respondit*» (ley 29, tít. 5, lib. 39 del Digesto). «*Nam ei, ut indigno, aufertur hæreditas*» (ley 30. id., id.). Nuestras leyes no privan, en tal caso, de la herencia, como pena; ni enumeran la venta entre las causas de desheredacion.

No se dá, pues, entre nosotros sino la accion de nulidad. Pero ¿quién puede entablarla? El que por sí, ó por razon de su cargo ó representacion, el guardador de menores,

por ejemplo, tenga representacion, ó interés legítimo, lo cual es cuestion de tribunales. El coheredero no tiene utilidad, pues aun declarada la nulidad, la herencia respectiva queda del que la vendió, por no anularse, como entre los romanos, el derecho hereditario.

La ley de Partida parece restringir, ó reducir á límites la *esperanza*, ó *fuzia* del vendedor, y no es así, ni puede ser, segun la fórmula que la misma establece para la venta indefinida, ó sin espresion de persona. La esperanza de la ley es restrictiva, en efecto, cuando su fundamento es el parentesco que dá derecho á heredar *ab-intestato*. Eso está determinado por las leyes, y es por tanto indudable é inalterable. Pero en el segundo caso de la ley, la *fuzia* es ilimitada, pues la ley no prefija circunstancias que la determinen, y así, en cuanto al vendedor, la hace pender de su apreciacion. Y ¡cuántos pueden ser los motivos de confiar y esperar en la munificencia, en la humanidad, en la gratitud, y hasta en la caridad agena! Puede suceder tambien que el comprador sepa ó calcule mejor los motivos por que compra, y por que el vendedor podria esperar alguna herencia, que no el vendedor por los que vende. Por otra parte la fórmula de la ley en la venta indefinida, en la que es válida de suyo, sin depender de más voluntad que la de los contrayentes, no puede ser más absoluta: «que venden todas las ganancias é derechos que les han de venir por razon de heredamiento, onde quier que les vengan.» *Onde quier que les vengan*: no hay espresion de persona: mal pueden apreciarse los motivos de esperanza que medien entre ella y el vendedor. Al comprador toca cerciorarse y apreciar el fundamento de la esperanza actual y futura. Si algo estipula sobre ello, á eso habrá de estarse: en otro caso el contrato es á su riesgo y ventura, en cuyo caso la *esperanza* puede ser el *azar*.

Si se estipulase que la esperanza *ha de ser fundada*, el vendedor tendria que demostrarlo, y á su vez lo apreciarán los tribunales. En este caso tiene aplicacion la doctrina de los autores de que la esperanza no fundada en motivos racionales *no es esperanza*. (Gregorio Lopez, á la ley de Partida, antes inserta.)

Aun estipulando que la esperanza ha de ser fundada, si no se hace tambien de que haya de ser tal hasta la muerte del causante de la herencia, bastará que lo sea al tiempo de perfeccionarse el contrato.

Puede suceder que se venda en esperanza la herencia de persona que se supone viva, y que, sin embargo, haya fallecido, navegando, por ejemplo, en Ultramar, en la guerra, etc., sin que haya llegado á noticia del vendedor, ni del comprador.

Falta en realidad el fundamento de la nulidad. Pero podrá suceder una de tres cosas: que en efecto sea heredero el vendedor, en cuyo caso la herencia es del comprador: que, aun resultando heredero el vendedor, no haya que heredar; el contrato queda firme, y el resultado es á cargo del comprador, segun lo dejamos ya resuelto al hablar de la venta de herencia deferida: y por último que no resulte heredero, *ni ex testamento, ni ab-intestato*, el vendedor, en cuyo caso el contrato es nulo por faltar la cosa vendida, y há lugar á la devolucion del precio con daños y perjuicios, y en su caso á la accion de *dolo*.

Vemos en la ley que la venta de la herencia de persona viviente es válida, si ésta consiente en ella y mantiene su asentimiento hasta su muerte. El proyecto de Código civil la declara nula, aun en este caso. Alguna legislacion europea la declara válida en todo caso, como se vé en el APÉNDICE. (Véase á Gomez, antes citado, y Hermosilla, y su adicionador, Aher, á la ley 13, tít. 5.°, Partida 5.ª)

APÉNDICE.

Proyecto de Código civil. «Artículo 994. Se esceptúa (de poder ser objeto de contrato) la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier pacto, aunque se celebre con el asentimiento de la persona, de cuya sucesion se trate.»

»Idem 1462. El que vende una herencia sin enumerar las cosas de que se compone,

está solo obligado á responder de su cualidad de heredero.

»Idem 1664. Si el vendedor se hubiere aprovechado de algunos frutos, ó percibido alguna cosa de la herencia que vendiese, debe abonarlos al comprador, si no se hubiese pactado cosa en contrario.

»Idem 1665. El comprador debe por su parte abonar al vendedor todo lo que éste haya pagado de las deudas y cargas de la herencia y sus propios créditos contra la misma, salvo pacto en contrario.

Francés. «Art. 791. Ni aun por contrato de matrimonio se puede renunciar á la sucesion de un hombre vivo, ni enagenar los derechos eventuales á esta sucesion.

»Idem 1130. No puede renunciarse á una sucesion, todavía no abierta (no deferida), ni formalizar ninguna estipulacion acerca de ella, ni aun con el consentimiento de la persona, de cuya sucesion se trata.

»Idem 1600. No puede venderse la sucesion de una persona viva, ni aun con su consentimiento.»

»Idem 1696. El que vende una herencia sin especificar los objetos, no queda obligado sino á acreditar su cualidad de heredero.

»Idem 1697. Si habia recogido los frutos de algun fundo, ó cobrado alguna deuda, perteneciente á la herencia, ó vendido algunos efectos de ésta, está obligado á reembolsar todo ello al comprador, si espresamente no se ha esceptuado de la venta.

»Idem 1698. El comprador debe á su vez abonar al vendedor lo que éste haya pagado por gastos y cargas de la sucesion, y darle razon de todo aquello á que el mismo es acreedor, salvo estipulacion en contrario.

Holandés (Nuevo.) «Art. 1569 á 1576 *como* 1692 á 1698 del Código francés.

Dos Sicilias. Idem 1054 y 1445, *como* 1130 y 1600, C. fr.

»Idem 1528 á 1541, *como* 1682 á 1701, Código francés.

Luisiana. Idem 1881 y 1429, *como* 1130 y 1600, C. fr.

«Idem 1882. La sucesion futura puede ser objeto del contrato de matrimonio.»

Cerdeña. Idem 1220, *como* 1130, Código francés.

Idem 1607, *como* 1600 id.

»Idem 1702 á 1704, *como* 1692 á 1694, Código francés.

Baviera. «Art. 7.° (Lib. 4, cap. 4.) La sucesion, aun no deferida, puede ser objeto de la venta. En esta no tiene lugar la accion por lesion enorme: el vendedor no responde de eviccion, sino cuando ella es total.»

Austria. «Idem 879. Es nulo el contrato, en que uno enajena la sucesion de una persona viva.»

§. 8.° *Venta de cosechas pendientes.*

La venta de frutos y cosechas pendientes no es más que un caso de la venta general y de cosas *futuras*, y aun de la mera *esperanza*, de que ya hemos hablado en el párrafo 6.° y anteriores. Nuestras leyes no se oponen á esta venta; y si hacemos mérito de ella, es por mayor complemento del artículo, con algunas indicaciones, ya de derecho constituido, ya del constituyente y administrativo, y de derecho estranjero.

Y con efecto: si la libertad del tráfico no permitiria oponer ni trabas, ni prohibicion á la venta de cosechas pendientes, pues podria el labrador abrumado no tener otro medio de ocurrir á su penosa situacion; el bien de la agricultura exigiria, sin duda, que se rodeasen de garantías este género de ventas, de ordinario frecuentes; y más frecuentes aun, cuanto más difícil hacen la situacion del labrador las estaciones, y los tiempos. No es dado poner en duda que el labrador, que vende así, esté por el hecho, y en el supuesto de que no haya para él ni banco agrícola, ni otro recurso, libre de abuso, sometido á la ley del comprador, siempre dura en tales circunstancias: y no hay que esperar que en tal estado el labrador pueda esforzar los beneficios y el perfeccionamiento del cultivo. Llégase á todo que, en el órden necesario de las cosas, no es el labrador en grande el que siente la precision de sacrificar el porvenir al presente; sino el de reducidos medios, y, por lo mismo, más espuesto á arruinarse.

Algunas legislaciones europeas establecen limitadas restricciones en la venta de cosechas pendientes: la nuestra no opone ninguna dificultad, y menos habia que esperar que la opusiera la romana, inspirada de otro espíritu que el administrativo, y de fomento de la agricultura. Era, pues, libre por las leyes romanas la venta de frutos y cosechas pendientes (leyes, entre otras, 8 y 34, tít. 1, libro 17, y ley 73, tít. 1, lib. 45 del Digesto): como lo es por las nuestras (leyes 11 y 14, título 5, Part. 5).

Pero si el derecho creyó dejar libres estas ventas, no por eso la Administracion dejó de pensar alguna vez en prevenirlas, adelantándose á las necesidades y situaciones difíciles del labrador. A este plausible fin tendia en tiempos anteriores la institucion de los pósitos: al mismo conducen, con más eficacia aun, los *bancos agrícolas*, establecidos, con indecibles ventajas, en muchos Estados de Europa, y que aun se esperan en España; si bien la necesidad, y la fuerza del ejemplo, han empezado ya á sugerir y á acojer con favor la idea de su institucion, que al cabo prevalecerá.

Otro recurso idearon y acogieron nuestras leyes, adelantándose así, aun sin pensarlo, á un caso de abuso, á que, en el terreno del derecho constituido, se presta la venta de cosechas pendientes, á saber: á un préstamo disimulado, á pagar en granos. La venta, siempre con peligro de abuso, puede ser estensiva tambien al fiado, no en todo, porque entonces no se remediaria el labrador; sino en parte, como puede serlo asimismo á pagar, ó pagando desde luego en géneros, ó especies apreciadas. En todos estos casos el labrador podrá acojerse al beneficio de las leyes recopiladas, que no deben reputarse derogadas en este punto por la libertad del tráfico, cual es el de reducir todo contrato de granos al fiado, ó á pagar en efectos, á pago metálico, y en que el precio se corrija en su caso, y determine por el que tengan en el mercado público los granos en los 15 dias anteriores ó posteriores al 8 de setiembre, segun convengan las partes.

Hemos llamado *beneficio* á esta determinacion de las leyes, porque así la denominan ellas mismas; y porque puede serlo en la venta, á pagar, total, ó *parcialmente*, en efectos apreciados, que el abrumado labrador tendrá que recibir, y de ordinario recibirá con posible desventaja en el precio y calidad. Mas por otra parte, fácil es conocer que en setiembre, precisamente al acabar la recoleccion, cuando no hay escasez, y es menor la demanda; y por la inversa, mayor la oferta; pues los pequeños cosecheros tienen, por lo comun, necesidad de vender para los atrasos del año, y perentorios gastos de la reciente recoleccion, es más bajo, que en todo el año, el precio de los granos: mientras es de todos sabido, que el precio más alto, en circunstancias ordinarias, es el de los meses, llamados mayores á este propósito, esto es, abril, mayo y junio. De este modo, el que como favor, fué otorgado á los cosecheros, lo parece más bien de los compradores, que así pagarán á más bajos precios. De todos modos, este es punto que merece sériamente la consideracion de la Administracion pública. (Véanse las leyes 1 y 11, núm. 8, título 19, lib. 7; y 5, tít. 8, lib. 10, Nov. Recop.)

Por el Código de las *Dos Sicilias* «se prohibe la venta de frutos y cosechas pendientes de sus raíces, cuando la entrega haya de verificarse por peso, número, ó medida... y cuando el precio se determine desde luego, á menos que se refiera al dia de la recoleccion.» (Art. 1446.)

La *ley francesa* de 6 Mésidor, año III, prohibe la venta de frutos y cosechas en verde, ó pendientes de sus raíces.

Por el Código de *Berna*, en fin, la venta de frutos, pendientes de sus raíces, no puede oponerse á los acreedores hipotecarios de un inmueble, mientras aquellos no hayan sido colectados: y es nula, si el vendedor quiebra en el intermedio de la venta á la recoleccion. (Art. 800.)

§. 9.° *Venta de créditos y otros derechos incorporales.*

Los créditos y acciones, ó, de otro modo, los derechos incorporales, forman parte de

nuesto patrimonio, lo propio que las cosas corpóreas. Pueden, pues, enajenarse, lo mismo que estas. Como puedo vender, donar, hipotecar, legar, etc., mi casa, así tambien puedo vender, donar, dar en garantía, etc. mis créditos, ó deudas activas, mi garantía de fianza y los demás derechos inmateriales. La enajenacion, pues, de estos, y por lo tanto, la venta, no es sino un caso particular de la facultad general, que todos tenemos, de disponer de lo que nos pertenece, *inter vivos* y *mortis causa*.

Pero entonces, hay que preguntar: ¿por qué se hace un caso especial de la enajenacion, y por lo mismo de la venta de los derechos inmateriales, en vez de reputarlos comprendidos en el capítulo de enajenacion, y, en su caso, en el general de venta? Porque hay ciertamente dos razones especiales. En la enajenacion, en general, como á su vez en la venta comun, el negocio versa entre dos personalidades, la vendedora y la compradora. En definiendo y esplicando los deberes y derechos de una y otra, como las circunstancias de la cosa, del precio, etc., ya el negocio está concluido. Pero en la venta, donacion etc. de los créditos no es siempre así. Hay aun un tercero, de cuyos derechos y obligacion, relativamente al caso, hay que tratar. Hay en estas ventas vendedor y comprador, como en la venta general; pero hay tambien el *deudor;* un tercero, que no interviene en la venta ó cesion del crédito, y hay que examinar si le alcanzan los efectos del contrato, en que no interviene, y que puede muy bien ignorar, y de ordinario ignora, y aun puede resistirla.

Hay casos, sin embargo, en que no lo ignora del todo, en que puede saberlo con certeza, en que sabe á lo menos que la ley no dá intervencion á su voluntad: en la sucesion hereditaria, y sobre todo en la sucesion necesaria. Los bienes, y por tanto las acciones y derechos del *decedente* pasarán á sus herederos, y aun más estrícta y ciertamente pasarán á los descendientes y ascendientes en sus casos, sin que tenga que intervenir para la eficacia de la trasmision la voluntad de los deudores. En la trasmision voluntaria, ó convencional de créditos y otras acciones, no es así. El acreedor vende un crédito; el comprador lo adquiere; pero todavía, si el deudor no ha intervenido, consintiendo préviamente, no será eficaz la venta, mientras no se notifique al deudor, que alguna vez podrá oponerse hasta contenciosamente, como, por ejemplo, si la enajenacion se hubiera verificado á *persona más poderosa* (de cuya cuestion tratamos despues); si se han alterado la forma y las condiciones del pago, etc.

La segunda razon es la diferencia misma natural que existe entre lo material ó corpóreo y lo incorpóreo. Aquel cae bajo la accion de los sentidos, y se presta á la *entrega*, y á la garantía, de un modo que no es realizable en los derechos puramente tales, y en este concepto incorporales.

Así no es estraño, y antes necesario, el que la enajenacion, y en consecuencia la venta de créditos y otros derechos incorporales, se trate como caso especial: ni es estraño, antes natural y necesario, el que, siendo un principio general de derecho que no pueden obligar los efectos personales de un contrato sino á los contrayentes y sus causahabientes, se dedujese, y más aun, que se tuviese como un principio de derecho entre los romanos, que el deudor, el tercero que no contrataba, no quedase obligado por el contrato de cesion, en que no intervenia, y que hasta podia ignorar.

Y con todo, la legislacion romana sancionó la venta convencional de créditos. «*Nominis venditio, etiam ignorante, vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet*» (ley 3, tít. 39, lib. 4 del Código). «*Nomina eorum, qui sub conditione, vel in diem debent, et emere, et vendere solemus; ea enim res est, quæ emi, et venire potest*» (ley 17, tít. 4, lib. 18 del Digesto).

Pero en medio de la aparentemente absoluta sancion de la venta de créditos, pues que, segun la primera de estas leyes, pueden venderse, no ya ignorándolo, sino resistiéndolo el deudor (*etiam ignorante vel invito*), se vé que vá inherente á la misma la limitacion; pues que establece conjuntamente, como supuesto legal y por tanto necesario, la *dele-*

gacion de acciones (adversus quem actiones mandantur). Lo cual es lo mismo que declarar que el comprador, meramente por la compra, no adquiria el derecho y accion necesaria para exigir del deudor el pago de la deuda vendida; sino que tenia que hacerlo como poder habiente del vendedor; como procurador de éste; si bien, segun la espresion formularia, *procurator in rem suam*, como procurador ajeno para cosa propia.

De este modo el deudor ya no podia escusarse. Se le demandaba en nombre y con poder de su acreedor, de aquel, con el que, ó su causadante habia contraido.

Esta jurisprudencia fué acogida despues por las legislaciones posteriores; y aun hoy entre nosotros en las escrituras de venta de créditos no se descuida por lo comun la cláusula de hacer al comprador *procurador en cosa propia*, con la cesion de acciones, que es lo que se llamaba entre los romanos *mandare actiones, præstare, cedere actiones*.

No es para descuidada esa cautela; pero aun sin ella, noticiada al deudor la venta del crédito estrajudicialmente, si se conforma, ya no podrá resistir, y ya entonces no cede ante la novacion de persona del acreedor, verificada sin su intervencion; sino de su hecho propio, de su asentimiento, *ex post facto*, que le liga á la obligacion anterior. Si estrajudicialmente no se conforma, el caso será contencioso, y no tendrá otra defensa que la de no deber, de haber pagado, de dolo, ó perjuicios, que se le irroguen indebidamente. La verdad es, en su caso, que debe, que se le pide, tan en forma legal, que puede pagar válida y lícitamente, que no se le pide sino lo que debe, y que, pagando así, queda libre de su obligacion. Por otra parte, y si aun se quisiere aplicar el desusado rigorismo del antiguo derecho, no es posible dejar de conocer que en la venta sin restricciones, sin reservas, en que el vendedor trasmite al comprador todo su derecho, vá necesariamente trasmitido el de hacer exequible la deuda, y por tanto la cesion de acciones.

No hay que decir ya que el contrato se sujeta, respectivamente en su caso, á las leyes de la venta en general. Así en la venta de una cosa inmueble, el vendedor debe espresar los vicios y calidades; y aquí las circunstancias y condiciones del crédito: queda obligado, en su caso, á la eviccion: debe realizar la entrega de títulos ó documentos, etc. Si despues de la venta y antes de la notificacion, el cedente ha cobrado el crédito, debe entregarlo al comprador, etc. Las leyes para el comprador son las ordinarias de la venta.

Si antes de la notificacion el deudor paga al acreedor y no al cesionario, á quien puede aun no conocer, y legalmente no conoce, paga bien; y el acreedor deberá responder al comprador. Lo mismo en el caso de vender cosa ajena, ó supuesta. El primer caso es de venta de cosa ajena; el segundo, y tal vez todos, segun las circunstancias, de dolo.

Con la venta del crédito, sin pacto en contrario, el comprador se sustituye al vendedor, y adquiere todos los derechos accesorios del crédito, como por ejemplo, el de fianza, por lo menos hasta que el fiador no reclame en contrario, en caso que la novacion de la persona del acreedor agrave su condicion. Lo propio hay que decir respectivamente en la trasmision de otros derechos incorporales, como los hay de ordinario en toda herencia. «*Emptor hereditatis, actionibus mandatis, eo jure uti debet, quo is cujus persona fungitur; quamvis utiles etiam adversus debitores hereditarios actiones emptori tribui placuit*» (ley 5, tít. 39, lib. 4, Código). «*Ex nominis emptione dominium rerum obligatarum ad emptorem non transit; sed, vel in rem suam procuratore facto, vel utilis, secundum ea, quæ pridem constituta sunt, exemplo creditoris persecutio tribuitur.*» (ley 8, idem, idem). «*Venditor actionis, quam adversus rerum principalem habet, omne jus, quod ex ea causa ei competit, tam adversus ipsum reum, quam adversus intercesores hujus debiti cedere debet, nisi aliud actum est. Nominis venditor, quidquid, vel compensatione, vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur*» (ley 23, título 4, libro 18, Digesto).

Tratamos con mayor estension de la cuestion presente en el artículo **CESION DE ACCIONES**. Véase. Allí iniciamos la cuestion

de lo que hoy podrá entenderse por *persona más poderosa*, en el sentido de herir de nulidad una enajenacion: pero véanse los artículos ENAJENACION EN FRAUDE DE ACREEDORES, y PERSONA MAS PODEROSA.

APÉNDICE.

Proyecto del Código civil. «Artículo 1457. La cesion de un crédito, derecho, ó accion, no surte efecto contra un tercero, sino desde que su fecha debe tenerse por cierta, en conformidad á los arts. 1201 y 1209.

»Idem 1458. El deudor, que, antes de tener conocimiento de la cesion, satisface al acreedor, queda libre de la obligacion.

»Idem 1459. La venta, ó cesion de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda, ó privilegio.»

(Véanse los artículos siguientes 1460 al 1465 en nuestro artículo citado CESION DE ACCIONES.)

Código francés. «Art. 1689. En el traspaso de un crédito, de un derecho, ó de una accion á un tercero, la entrega se realiza entre el cedente y el cesionario, entregando á éste el título ó documento que justifica el crédito.

»Idem 1690. El cesionario no se afirma en el derecho, respecto de un tercero, sino por la notificacion al deudor de la cesion hecha por el acreedor.

»Idem 1691. Si antes de la notificacion al deudor por el cedente, ó el cesionario, ha pagado la deuda al acreedor, queda legalmente libre.

»Idem 1692. La venta ó cesion de un crédito, comprende los accesorios del mismo, como la caucion, el privilegio y la hipoteca.

»Idem 1693. El que vende un crédito, ú otro derecho incorporal, responde de la existencia del mismo al tiempo de la cesion, aunque no se haya estipulado.

»Idem 1694. El cedente no responde de la solvencia del deudor, si no se ha pactado; y solo en la cantidad concurrente con la que haya recibido del cesionario.»

De las Dos Sicilias. Idem 1536 á 1543, *como* 1689 á 1701, C. fr.

De la Luisiana. Idem 2612 á 2616, *como* 1689 á 1693, C. fr.

Idem 2617, *como* 1694 (en su primera parte), idem.

Idem 2618, *como* 1693, id.

»Idem 2619. Si se prueba que el cedente, que no ha pactado responder de la solvencia del deudor, sabia, ó tenia fuertes razones, para recelar que éste se hallaba insolvente al tiempo de la cesion, podrá rescindirse el contrato, y el cedente ser condenado á restituir el precio de la cesion.»

Idem 2620 á 2624, *como* 1696 á 1701, Código francés.

Sardo. Idem 1694, *como* 1689, C. fr.

»Idem 1695. En esta especie de venta, ó cesion, se observarán las reglas establecidas sobre las obligaciones en el tít. 6, cap. 6, seccion 1.ª de este libro.

Idem 1696 á 1698, *como* 1690 á 1692, id.: y se añade: «En la venta de créditos no se comprenden las rentas y los intereses vencidos, salvo pacto en contrario.»

Idem 1699 y 1700, *como* 1693 y 1694, Código francés.

«Idem 1701. Cuando el cedente ha garantizado la solvencia del deudor, sin estipular hasta cuando, se entiende ésta por un año, á contar desde el dia de la cesion, si ha espirado ya el término del pago de la deuda. Si no ha espirado el término, la responsabilidad cesa un año despues del crédito. Si el crédito consiste en rentas perpétuas, la responsabilidad del cedente dura por diez años.»

Idem 1702 á 1707, *como* 1696 á 1705, Código francés.

De Vaud.—«Idem 1192. La cesion de un crédito no puede hacerse sino por documento auténtico, ó privado.

Idem 1193. Si la cesion se ha hecho por documento auténtico, el cesionario queda asegurado, respecto de terceros, desde la fecha de la cesion. Si por documento privado, desde que se dá conocimiento de la cesion á los terceros ó al deudor; ó desde la fecha de

la aceptacion de éste por documento auténtico: y así bien, desde que la aceptacion se ha hecho cierta, conforme al art. 983.» (1690 Código francés.)

Idem 1194 y 1195, *como* 1691 y 1692, Código francés.

Idem 1196 y 1197, *como* 1693 y 1694, Código francés. Y se añade: «El que vende un crédito, no mantiene las hipotecas, si no se estipula.»

«Idem 1198. El que asegura la solvencia del deudor, si no se estipula otra cosa sobre el término, responde por un año, desde la fecha de la cesion, si el término para el pago de la deuda habia vencido: por término de un año, si no habia vencido el pago. Si se trata de rentas perpétuas, responde por diez años. Estas disposiciones se aplican á la garantía de la hipoteca.»

Idem 1199 á 1201, *como* 1699 á 1701, Código francés.

Prusiano. — «Art. 380. La simple asignacion de un crédito, no es cesion.

»Idem 382. Se pueden enajenar todos los derechos, que no son personalísimos.

»Idem 390 á 392. La rescision por causa de lesion, no tiene lugar en la cesion de un crédito; pero el dolo ó el fraude producen accion criminal.

»Idem 393. Se entiende hecha la entrega por la notificacion espresa de la cesion al deudor y por la aceptacion de parte del cesionario.

»Idem 394 y 395. Si el crédito ó derecho incorporal descansa en un título escrito, la cesion debe ser por escrito; y el deudor no se considera legalmente libre, sino respecto del cesionario, que produce el título originario y el de cesion.

»Idem 400 y 401. Esta regla no se aplica, ni á las letras de cambio, ni á las hipotecas, ni á los títulos al portador, que se rigen por disposiciones especiales.

»Idem 403 á 412. La conformidad del deudor con la cesion, no es necesaria, pues su posicion no puede agravarse más. Sin embargo, puede pedir caucion, si tiene temor fundado de no poder oponer al cesionario las escepciones que opondria al cedente.»

§. 10. *Venta de derechos y cosas litigiosas.*

Siendo los juicios la más solemne y eficaz garantía de todos nuestros derechos, dos cosas podian suceder, y efectivamente sucedieron: que el interés y la suspicacia del litigante esforzasen todos sus recursos para contrariarlos; y que el legislador, por lo mismo previniese, y reprimiese con mano fuerte todo lo que podia turbar su solemnidad, y hacer ilusoria su eficacia. Así, uno de los medios empleados de más antiguo por la malicia, fué la enajenacion, tal vez á persona más poderosa, durante el juicio, ó ya avocado, ó iniciado, de los derechos ó cosas que se litigaban, ó se habian de litigar, causando así una novacion por lo comun perjudicial al juicio y al adversario; y la represion por parte del legislador fué la de prohibir semejantes enajenaciones, castigándolas con adecuadas, y á veces con severas penas.

Y con ser el abuso y el remedio tan antíguos, que ya habian de ellos los primeros jurisconsultos romanos, y los primeros emperadores, todavía hoy es cuestion, y se disputa qué cosas pueden ser *litigiosas* y cuándo se dicen tales, y cuándo se reputa persona más poderosa el adquirente.

El novísimo documento legal, que puede citarse, es sin duda el Proyecto de Código civil; y sin embargo deja en pié, si es que no crea, como luego veremos, algunas dificultades del caso.

Para dar á todas plena solucion, si así es dado á la doctrina, mientras calla la ley sobre envejecidas controversias, examinaremos con separacion:

1.° ¿Qué cosas pueden llegar á ser litigiosas?

2.° ¿Cuándo se dicen litigiosas, para la sancion de la ley?

3.° Pena de la enajenacion de cosas litigiosas.

4.° Escepciones.

5.° Racional y genuina aplicacion de la teoría penal.

Dicho se está, que, aunque una cosa litigiosa puede traspasarse por todos los medios

de enajenacion, que reconoce el derecho, en el párrafo presente nos limitamos á la venta.

1.° *¿Qué cosas pueden llegar á ser litigiosas?* Mentira parece que sobre ello se suscite, ni haya podido suscitarse cuestion. Ciertamente que todas las que pueden litigarse, y no hay duda que pueden serlo, lo mismo las cosas *incorpóreas*, que las *corpóreas*. En ese caso, lo mismo respecto de unas, que de otras puede ser defraudado el juicio y vejado ó burlado el adversario; y necesario y legal es el favor del legislador y la sancion penal de la ley, lo mismo en el uno, que en otro caso.

Y con todo, los autores, y aun los legisladores, tratan á veces de tal modo la cuestion, que parece no alcanzar la teoría penal sino á los *derechos* y *acciones*, á las cosas *incorporales*. Queda ya indicada la razon incontestable de que la teoría abarca, y debe abarcar, lo mismo éstas, que las *corporales*; y la razon más incontestable será el que así lo consignen y hayan consignado siempre las leyes, lo cual es así ciertamente.

De las leyes romanas, la 22, 23 y 24, título 33, libro 4 del Código, y que son las célebres constituciones de Anastasio y Justiniano, éstas, esplicando aquella, hablan de *débitos* y de *acciones*, es decir, de cosas incorpóreas; las demás de los títulos respectivos, *De litigiosis*, del Código y del Digesto, usan de la enunciacion genérica *rem*, que es aplicable á lo corpóreo é incorpóreo. Algunas de ellas refieren la enunciativa *rem* al *dominio* y á la *posesion*. La 4 del dicho título del Código habla de cosas corporales y de derechos: «Si quis, lite pendente, vel *actiones*, vel *res*, *quas possidet*, ad alium quemdam transtulerit.» Justiniano, por último, en la Novela 112 (Coll. 8.ª, tít. 13, cap. 1.°), » para cortar, dice, las controversias, que sobre la inteligencia de las constituciones, y de la jurisprudencia acerca de cosas litigiosas, agitan á los tribunales, «sancimus litigiosam dici, et intelligi *rem movilem*, et *inmovilem*, *seseque movenlem*, de cujus dominio causa inter petitorem et possidentem movetur, etc.»

Es muy de notar que Justiniano, en una disposicion de tal índole y dada con tal propósito, no haga mencion sino de cosas reales, y no de créditos y acciones: es la razon por que acerca de esto no habia controversia, ni podia, en vista de las leyes y constituciones que sobre cosas litigiosas dejamos mencionadas. Lo que por ellas no aparecia del todo claro era, cuando las cosas, ya corpóreas, ya incorpóreas, sobre que se movia litigio, recibian el verdadero carácter de litigiosas, y en razon de esto resuelve que, cuando la lucha se ha promovido entre demandante y demandado, *inter petitorem et possidentem*, de lo cual volvemos á hablar más adelante, la cosa es litigiosa. Entre tanto queda sentado que por las leyes romanas podian ser litigiosos, no ya los *débitos* y *acciones*, á que se concretaban la Constitucion de Anastasio, y la de Justiniano, esplicatoria de la misma; sino igualmente las cosas corpóreas, ó como hemos asentado más arriba, *todo lo que puede llegar á litigarse*.

Las leyes del Fuero Juzgo hablan genéricamente de *cosa*, si bien alguna de ellas con aplicacion á cosas corpóreas, mas bien que incorpóreas (leyes 10 y 21, tít. 4, lib. 5.)

Las del Fuero Real, especialmente la 1.ª y 2.ª, tít. 12, lib. 1.°, sobre cosas litigiosas, usan de la locucion genérica *cosa*.

Las leyes de Partida, en fin, lo propio que las romanas, hablan, unas de *cosa* (ley 30, título 2, y 12, 13 y 14, tít. 7, Part. 3): otras de *derechos* (leyes 16 y 17, id. idem.)

En medio de todo el proyecto de Código civil, como veremos en el apéndice, sin dar razon de la especialidad, si bien siguiendo en ello á los Códigos estranjeros modernos, al hablar de la venta de cosa litigiosa, lo hace solo de *créditos* y de *derechos*, invocando para ello las precitadas constituciones de Anastasio, y primera de Justiniano, prescindiendo de todas las demás leyes, y hasta de la Novela. Mucho respeto nos merecen los autores del proyecto; pero, eso no obstante, nuestra opinion es la ya antes consignada.

Cierto que no tenemos posesion, ó dominio sobre una cosa corpórea, sin que esto suponga un derecho: pero tambien es verdad que, cuando vendemos, cambiamos, arrendamos, damos en hipoteca nuestras cosas inmuebles

ó muebles, lo hacemos espresamente de éstas; y no afectadamente del derecho que las hace nuestras, por más que, como inseparable, vaya con la cosa.

El proyecto, pues, de Código civil, no comprende entre las cosas que pueden ser litigiosas, para el efecto de la penalidad de la ley, sino las incorpóreas, los derechos: y si sobre ello se quiere la mayor demostracion, no hay más que ver los motivos y comentarios de dicho proyecto por uno de sus respectables autores, el Sr. García Goyena.

2.° *¿Cuándo la cosa se dice litigiosa para la sancion de la ley?* Las leyes romanas, anteriores á la Novela 112, hablan siempre en este punto de *lite pendente*... de *controversia*, ya formalizada (*res de qua controversia est*), lo que parece suponer siempre *demanda contestada*. Habia dudas, sin embargo, pues así lo consigna Justiniano en el preámbulo de la precitada Novela 112: y las dudas las resolvió estableciendo que ya no era necesario, para decirse la cosa litigiosa, que hubiese demanda contestada; sino iniciacion de juicio, y aun mero anuncio de emprenderlo; si bien anuncio en forma al Juez, al Príncipe, ó á la parte. «Establecemos que se dice y se entiende litigiosa aquella cosa inmueble, mueble, ó semoviente, de cuyo dominio se promueve causa entre el reclamante y el poseedor; ó que se dan á conocer por medio de reconvencion judicial, por preces dirigidas al Príncipe, ó insinuadas al Juez, y por éste al adversario del interpelante...» (La citada Novela.)

Nada dice Justiniano de acciones, créditos y otros derechos incorporales, y ya hemos insinuado que es sin duda porque acerca de ellas no habia controversia, porque mediaba la misma razon; y porque se proponia resolver, no qué cosas pueden ser litigiosas; sino cuándo son tales.

Como quiera que sea, lo que se vé claro es que Justiniano, atendiendo más á la verdad, que á las formas; más al fin de la ley, que es no solo reprimir, sino prevenir el abuso; que á contemplaciones, favorables solo al que ha de abusar; quiso prevenir el abuso desde que habia una manifestacion, que podia tomarse como indicante de él. Y ¿cómo dudar que hay este indicante, esta presuncion fundada, desde que se presenta la demanda, más aun si esta se notifica; si algun hecho esterior en fin revela, que el que enajena la cosa, tenia ya noticia, ó en términos prácticos podia tenerla de la iniciada contienda, ó de que ésta ameazaba?

En breve veremos si esta teoria precautoria se refleja en nuestra legislacion de Partidas, combinada con una fórmula restrictiva, cuyo legal supuesto es el dolo.

Segun el Fuero Juzgo, desde que una cosa se *comienza* á demandar «*ó si la pudiere el* (demandante) *demandar con razon*, es ya materia litigiosa.» (Ley 10 citada.)

Las leyes del Fuero Real hablan tambien de la *cosa metida en contienda*, esto es, metida en juicio (leyes 1 y 2, tít. 12, lib. 1). Su comentador, Montalvo, supone, aunque ellas no lo digan, que si la cosa es real, se hace litigiosa desde la notificacion de la demanda; y si personal, desde la contestacion, fundando la diferencia en que la accion real no puede intentarse sino por demanda escrita, por cuanto hay que describir la cosa, bastando por lo tanto, para venir en conocimiento de ella, la notificacion de la demanda; y que la accion personal puede ser introducida por mera convencion verbal. La razon no es de ninguna manera convincente. A veces una accion personal puede ofrecer más dificultad en ser adecuadamente espuesta que una accion real. Llégase á esto que hoy, no siendo en los juicios verbales, la demanda por accion personal debe ser escrita, documentada y razonada, en hecho y en derecho, como cualquier otra. Hay tambien hoy el acto ó juicio de conciliacion, en que todas las acciones se intentan verbalmente, y en la misma forma. Montalvo, por último se funda en dos leyes del Código (título citado *De Litigiosis*); y si bien es verdad que una habla de acciones reales y otra de acciones personales; tambien lo es que ambas usan el mismo lenguaje, la misma fórmula, á saber, *lite pendente*; y es de todo punto arbitrario el suponer que esta misma fórmula, en una de dichas leyes signifique solo demanda notificada,

y en otra demanda contestada. Obsta, en fin, á dicha inteligencia la regla de derecho, de que «la palabra *litis* significa lo mismo accion real, que personal.» (Ley 36 *De regulis juris.*)

Otra cosa sería que en el demandante debiese bastar la notificacion de la demanda; mientras en el demandado se requiriese la contestacion, para incurrir en la pena de la ley, de lo cual hablamos despues; pero eso será lo mismo en las acciones reales, que en las personales.

Las leyes de Partida, por último, son casuísticas, como lo fueron las romanas hasta la Novela de Justiniano, pues ni en unas ni en otras se vé, salvo dicha Novela, declaracion especial y á propósito de cuando la cosa se dice litigiosa, y si se requieren las mismas circunstancias y requisitos en el demandante que en el demandado; sino que todas hacen supuesto de lo litigioso.

Era derecho público entre los romanos el que á nadie, que tuviera que litigar, se le privase de las garantías del juicio por la malicia de su contrario. Atajaron este mal por multiplicados medios, y con aplicacion de los remedios que creyeron saludables, no ya trabado el juicio; sino iniciado, y aun cuando solo habia noticia, y hasta sospecha racional de él: y lo propio veremos observado por nuestras leyes de Partida.

«Otrosí decimos que si alguno, *temiendo que le demandaran en juicio* alguna cosa que tiene, la enajenara á otro *más poderoso* que sí, *ó que sea de otro fuero, por fuer mas trabajar al que entiende que le quier mover pleito* sobre ella, que puede el demandador demandar al que la tuviere. Otrosí, puede demandar al que la enajenó, cuanto daño le vino por razon de aquel enajenamiento. Pero si non quisiere facer la demanda á aquel, que tiene la cosa, bien puede demandar la valía de ella á aquel que la enajenó. Mas despues que este precio, que digimos, lleuare del enajenador, non puede despues demandar al que la cosa tiene.» (Ley 30, tít. 2, Part. 3.)

Como se vé en este primer caso de las leyes de Partida, no hay todavía pleito, ni aun iniciado por demanda: hay solo temor, recelo de que se promueva. No hay tampoco nulidad de la enajenacion; pues, si bien el temido demandador puede dirigirse contra el adquirente de la cosa, será por la accion *in re*, que puede asistirle, y el triunfo penderá de la fuerza de su derecho; pues es claro que á anularse la venta, no sería con el adquirente con quien tendria que litigar; sino con el enajenante, á quien, caso de anulacion, se devolveria aquella. La ley provee de estas acciones al demandante, y es á él á quien toca apreciar su más seguro derecho y su conveniencia en el ejercicio de las mismas.

Lo mismo viene á determinar en este punto la ley 15, tít. 7 de la misma Partida: «Si algund ome, *sospechando* que algun otro lo *queria emplazar* por razon de alguna cosa, de que él era tenedor, la *enajenase, ante que fuere emplazado* sobre ella, etc.»

La ley 13 del mismo título habla del juicio iniciado. «Muchas vegadas acaece que los *emplazados* venden ó enajenan... las cosas sobre que los emplazan: é cuando vienen *ante* el juzgador, para facer derecho á aquellos que las demandan por suyas, dicen que non son tenidos de responderles, porque non son tenedores de aquellas cosas. Por ende nos... mandamos que todo ome, *despues que fuese emplazado*, si enajenase la cosa...»

Resulta, pues, que segun esta ley, la cosa se hace litigiosa desde el emplazamiento, y por tanto desde la notificacion de la demanda, y antes de la contestacion.

La ley 14 reproduce la misma disposicion. Es de notar que hasta ahora las leyes mencionadas hablan solo de cosas corpóreas, y solo tambien de los demandados. La 16 del mismo título lo hace de la enajenacion de de derechos y de los demandantes. «Vuscan carreras, dice, non solo los demandados, *para facer engaño*, así como decimos en la ley ante desta; más aun *los demandadores*... Onde decimos, que si algun demandador, *ante que emplace á juicio* á su contendor, ó *depues*, enajenase aquel derecho, que él ha contra él...»

Es decir, que segun las leyes de Partida, la cosa corpórea se hace litigiosa desde el emplazamiento, por parte del demandado: por la del demandante, y en cuanto á su

accion ó derecho, desde el emplazamiento tambien, y aun *antes*, dice la ley. Ciertamente que en enajenar antes sus acciones, no parece podia haber inconveniente, ni motivo para hacerse la cosa litigiosa. Y sin embargo no es así, ni debia ser de un modo absoluto. Ello es cierto que tarde, ó pronto, el llevador de la cosa, en que otro pretende tener derecho, podrá ser demandado. Si no llega á serlo por nadie, nada puede importarle que el supuesto demandador enajene ó no sus acciones. Pero si las cede, y lo hace en persona *más poderosa*, ó que agrave su suerte, caso de litigio, ya no le es indiferente, ni lo es al legislador, que para este caso reputa litigiosas las acciones enajenadas antes de demandar, con la penalidad que luego veremos, en el punto 3.°

Resta aun una cuestion importante. Por parte del demandado las leyes de Partida no hablan sino de la enagenacion de cosas corpóreas. Pero ¿no pueden ser tambien litigiosas las incorpóreas? ¿Un crédito por ejemplo? Sin duda; y la razon del derecho en la misma; el no defraudar el juicio; cerrar la puerta al dolo; impedir que por hecho ajeno se agrave la suerte de los contendentes. Por eso las leyes romanas hacian general la teoría. Es singular que los Códigos estranjeros, como á su vez el Proyecto de Código civil, al hablar de la cosa litigiosa, lo hacen solo de *créditos* y *derechos incorporales*. En medio de todo, debe tenerse por cierto que, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa en litigio, ora corpórea, ora incorpórea, procede la sancion penal de la ley. Véanse los números siguientes.

3.° *Pena de la enajenacion de cosas litigiosas.*—La penalidad ha seguido la misma vaguedad de las legislaciones, en cuanto á las cosas litigiosas. Hoy todas las legislaciones podian reducirse á un artículo; pero aun no lo ha sido ninguna; y aun las más simplificadas dejan mucho que suplir á la jurisprudencia.

Por la constitucion citada de Anastasio, el comprador de un crédito litigioso, en menos precio que el importe debido, perdia la diferencia; pues el acreedor tenia derecho de librarse de su deuda pagando lo que ésta habia costado y las usuras.

Por las leyes del Código era nula la venta ó enajenacion (ley 2, tít. 37, lib. 8, de id.) Por la ley 4 del mismo título, el comprador, que á sabiendas compraba cosa litigiosa, debia devolverla, sin derecho al precio; y pagando además otro tanto al fisco. Si no lo sabia, era nulo el contrato; pero tenia derecho á la devolucion del precio, y una tercera parte más. Si la cosa se donaba, entonces sobre la nulidad, se estimaba el precio, y se daba la estimacion al donatario.

El Fuero Juzgo dispuso, respecto del demandante, que enajenaba la cosa antes que hubiera sentencia firme, ó que la mandase tomar por fuerza, que en castigo la perdiese y fuese devuelta al demandado, con otra igual además, ó si no, su precio (ley 2 citada).

Por las leyes del Fuero Real (tít. 12, libro 1.°), el demandado era multado en la tercera parte del valor de la cosa demandada, la mitad de la multa para el Rey, y la otra mitad para el Alcalde; y pagaba además las costas y los daños y perjuicios. No espresa la ley la nulidad del contrato; pero se deja entender, pues era contrario á la ley (1 de dicho tít.). Si el demandante vendia, cedia, ó hacia quitar á la fuerza la cosa que demandaba, la venta era nula, pues la cosa habia de devolverse al espoliado; y el vendedor perdia el derecho que tuviera á ella; y el comprador era relevado de responder del precio. Si no tenia derecho en la cosa, debia dar al demandado otra tal y tan buena, ó el precio de ella. Los autores suponen que para todo era necesario que la cosa hubiera sido entregada de hecho al tercer adquirente (ley 2 id.).

La ley 50, tít 2, Part. 3, nos ha hablado del que enajena la cosa que posee, porque teme que van á demandar sobre ella. En tal caso «puede el demandador demandarla al que la tuviere. Otrosí puede demandar al que la enajenó cuanto daño le vino.» Puede tambien en vez de esto demandar la valía de ella al que la enajenó. Es decir, que la ley pone en su mano la validez de la enajenacion, segun el medio que elija. Adoptado el último medio, no puede ya perseguir al comprador. No hay que decir que la reclamacion de daños y perjuicios es y debe ser parte de la demanda,

ya persiga la cosa en el comprador, ya reclame su importe del vendedor. Dejamos antes insinuado que en el primer caso no intenta la nulidad del juicio, pues entonces no podria pedir la cosa para él; y si que fuese devuelta al vendedor; sino que traslada el juicio, y lo sigue con el comprador, ejercitando la accion real ó reipersecutoria, que habria ejercitado contra el vendedor.

Otra cosa es ya cuando media emplazamiento. «Tenemos por bien é mandamos, dice la antes citada ley 13 (tít. 7, Part. 3)... que tal enajenamiento non vala, é que sea tornada aquella cosa en poder de aquel que la enajenó, é que sea él tenudo de facer derecho sobre ella. E demás, que aquel que la compró, si fuere sabedor de aquel engaño, que pierda el precio que dió por ella. E otro si el vendedor que peche otro tanto de lo suyo, por el engaño que fizo, é sea todo para la Cámara del Rey. Mas si el comprador non fuese sabidor del engaño, é oviese comprado..... á buena fé, debe cobrar el precio que habia dado..... é aun demás debe darle el vendedor, por pena..... la tercera parte del precio que valia la cosa: é las otras dos partes del precio..... debe el vendedor pechar al Rey.» En las mismas penas incurren relativamente el demandante, que despues del emplazamiento vendia la cosa demandada, y el comprador de ella.

Si el que teme ser demandado por una cosa que posee, la enajena á persona más poderosa, «ó de otro señorío, ó ome que fuese muy escatimoso, é revoltoso... puede el sospechado demandador reclamarla al comprador, ó tambien al vendedor, con los daños y perjuicios.» (Ley 15, id. id. id.)

Si el demandante, en fin, antes ó despues de emplazar, vende su derecho á hombre más poderoso, no vale la venta, y el demandado, que ya es, ó hubiese de ser, «non sea tenudo de responder á ninguno de ellos sobre esta razon. E demás que el que lo enajenó, pierda cuanto derecho habia contra el otro, en aquel pleito que enajenó.» Si antes de demandar y emplazar la enajenó á persona no más poderosa, vale la venta. Despues del emplazamiento no puede ya enajenar ni aun á persona menos poderosa. (Ley 16, id. idem idem.)

Hoy no está en práctica el multar á los vendedores, ni en favor de la Cámara del Rey, ni de otro modo. Cabe solo perseguir el hecho conforme á la ley, con la reclamacion de daños y perjuicios además.

4.° *Escepciones.*—Por las leyes romanas no se incurria en pena enajenando las cosas litigiosas, á saber: un coheredero á otro, en cosas de la herencia: un deudor á su acreedor: las recibidas en depósito ó guarda (ley 22, tít. 33, lib. 4, del Código): si el acreedor vendia la hipoteca, aunque se opusiera el deudor (ley 1, tít. 37, lib. 8 id.): la dacion en dote: donacion ante nupcias: en transaccion: en la division de la herencia: por vía de legado ó fideicomiso (ley 4, id. id.): instituyendo heredero (ley 8, tít. 7, lib. 4, del Digesto.)

Por las leyes de Partida se esceptúan en el antedicho sentido, las cosas dadas en razon de casamiento: la parte proindivisa entre condueños; pero aquel, á quien pase la parte cedida, tiene que responder de ella en juicio al demandador: y por manda testamentaria, entendiéndose que el heredero ó legatario tiene que sostener el juicio que puede haber sobre aquella cosa. Si lo gana, cede la cosa al legatario ó coheredero; si lo pierde por sentencia, lo pierden estos, los cuales pueden salir tambien al pleito, si ven convenirles. (Leyes 14 y 17, tít. 7, id. id.)

5.° *Racional y genuina aplicacion de la teoría penal.*—Hemos visto las muchas escepciones, que tiene la prohibicion de enajenar lo litigioso. Pero en los casos no esceptuados específicamente, ¿es absoluta, en efecto, la prohibicion? O de otro modo: ¿basta la sola circunstancia de que la cosa sea litigiosa, para que por ella, y solo por ella, se sigan la nulidad de la enajenacion y la pena? Si fuera así, la penalidad seria aun mas dura de lo hasta aquí espresado, pues se castigaria muchas veces la necesidad ó el conflicto; se negaria el remedio al infortunio personal ó de familia; se opondria un embarazo no justificado al libre tráfico. Pero esta materia requiere ser tratada con mayor estension en su ar-

tículo particular, **cosa litigiosa**; y, como relacionado con él, en el de **persona poderosa**, y entre tanto, como hemos dado ya cierto desenvolvimiento á esta cuestion en el artículo **cesion de acciones**, y muy especialmente en su seccion 5.ª: véase allí.

En el derecho canónico, la cosa es litigiosa, ó lo que es lo mismo, bajo este punto de vista la *litis* se supone trabada y pendiente, «postquam è judice competenti *citacio emanavit, et ad partem citatam pervenit*; vel per eam factum fuit, quominus ad ejus notitiam per veniret; dum tamen in citatione predicta talia sint expressa, per quæ plenè possit instrui super quibus in juditio convenitur.» (*Clementinarum*, lib. 2, tít. 5, cap. 2.) Desde éste estado rije ya el principio sabido, *Lite pendente, nihil innovetur*: principio rigorosamente canónico, que de ordinario se aplica en lo civil; pero debiendo hacerse con parsimonia y como regla general, pues tiene en lo canónico especiales aplicaciones, como decimos en su lugar. Contraido á lo civil tiene las aplicaciones de éste derecho, pues sabido es que, en lo canónico, el procedimiento en materias civiles es el del derecho civil.

APÉNDICE.

Proyecto de Código civil. «Artículo 1466. Vendiéndose un *crédito* litigioso, el deudor tiene derecho á estinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado, y los intereses del precio, desde el dia en que éste fué satisfecho. Entiéndese *litigioso* un crédito, desde que *se contesta á la demanda* relativa al mismo. El deudor tendrá nueve dias para usar de su derecho, desde que el cesionario le reclame el pago.»

«Idem 1467. Se esceptuan del artículo anterior la cesion ó venta hechas: 1.º, á un coheredero, ó condueño del derecho cedido: 2.º, á un acreedor en pago de un crédito: 3.º, al poseedor de una finca, sujeta al derecho litigioso que se cede.»

Código francés. Véase en la parte *legislativa*, art. 1699, 1700 y 1701 (pág. 500 de este tomo.)

De Cerdeña. Art. 1701 á 1705, *como* 1699 á 1701, C. fr.

De las Dos Sicilias. «Art. 1545 á 1543, *como* 1699 á 1701, id.

De la Luisiana. Art. 1621 á 1624, *como* 1699 á 1701, id.

De Prusia. Art. 383 á 385. *Se pueden ceder*, y por tanto vender *derechos litigiosos*, salvo á personas del tribunal ó dependientes del mismo.

De Vaud. Art. 1199 á 1201, *como* 1699 á 1701, C. fr.

§. 11. *Empeño de la cosa vendida.*

No solo el comprador; sino todo el que en forma legal adquiere una cosa por cualquier otro de los medios traslativos de dominio, que autoriza el derecho, puede reputarse dueño de ella, y en este concepto disponer de la misma, como es dado á cada uno, siendo por otra parte *sui juris*, hacer de lo suyo.

No hay duda tampoco en que, como nadie trasmite, despues de todo, más derecho que el que tiene; si despues de enajenada, ú obligada la cosa adquirida, por motivos necesarios, anteriores á la adquisicion, é independientes de su voluntad, aquella se rescinde, y desfallece su derecho; se han de rescindir en el mismo concepto las trasmisiones, que, suponiéndose dueño absoluto de aquella cosa, ó derecho, hubiese realizado.

Está todo lo espuesto hasta aquí tan en los principios de derecho, que no es necesaria declaracion legislativa especial para que así tenga lugar una adecuada reparacion, llegado el caso de rescision del contrato primitivo, y caducando, en su consecuencia, los derechos que provinieron de él. De ser necesaria declaracion legislativa especial, deberia comprender todos los casos, en que un comprador de buena fé, donatario, cesionario, etc., hubiese enajenado, gravado ú obligado en forma legal, lo adquirido por él, de buena fé, y con título reputado justo.

Y, sin embargo, nuestras leyes de Partida consignaron una disposicion peculiar, ceñida á uno de los casos posibles de enajenacion, que es por lo que hemos agregado á la sec-

cion 6.ª el presente párrafo. Establecieron, pues, que, si el comprador *empeña* la cosa comprada, y luego, por causas legales anteriores, se rescinde el contrato de venta, el prendario tendrá que devolver la cosa al comprador.

«Si el comprador, despues que oviere la cosa comprada, en alguna de las maneras que dijimos en las leyes ante desta, la *empeñase* á otro, é despues desso se desatase la vendida, por alguna de las razones que desuso dijimos, estonce el que toma la cosa á peños, tenudo es de la tornar al vendedor, cuya fué, é puede demandar al que la empeñó, que pague lo que dió sobre ella á peños.» (Ley 67, tít. 5, Part. 5.)

No hay que suponer que el prendario devuelva espontáneamente la cosa al vendedor, *cuya fué*. Tendrá éste que reclamarla. Como él no habia tratado con el prendario, no ejercitará contra él ni accion rescisoria, ni resolutoria: será la reivindicatoria. Alguna de aquellas la habrá ejercitado contra el comprador, puesto que se ha rescindido, ó declarado nula la venta; pero ahora, para reintegrarse en el dominio de la cosa, ejercita la reivindicacion; por lo cual, no le obstará la supresion de las acciones rescisoria y resolutoria, introducida por la ley Hipotecaria; aun cuando el prendario, que respecto del contrato de venta es un *tercero*, hubiese registrado su título, como más por estenso esplanamos en su lugar.

Si uno empeña una cosa, con pacto de no enajenarla, durante el empeño; y sin embargo la vende ó enajena, es nula la venta. (La propia ley 67.)

§. 12. *De la entrega de la cosa vendida.*

Para los fines de la compra-venta, no basta que por la *perfeccion* del contrato el comprador adquiera, segun unos, *un derecho á la cosa*; segun otros, *un derecho en la cosa*; segun otros, en fin, solo un derecho á poder disfrutar de la cosa sin ser inquietado (cuya cuestion tratamos en la seccion inmediata); sino que en cualquiera de los casos pertenece al complemento del contrato el poseerla, pasando á su poder de mano del vendedor; y adquiriendo por tanto la *tenencia* de la misma: y esta traslacion, verificada en alguna de las formas de la ley y de la jurisprudencia, es la *entrega*. Hasta entonces, la cosa vendida ha continuado en poder del vendedor; segun unos, en *dominio*, hasta la entrega del precio: segun otros, solo *en custodia* y *administracion*, en *precario*, como en *depósito*, en nombre del comprador, en *garantía del precio*; pues aunque ya, desde la perfeccion del contrato, se reputa del comprador y corre de su cuenta, no está obligado á entregarla, mientras no reciba el precio, salvo pacto en contrario, como sucede en la venta á plazos ó al fiado. Así, la entrega de la cosa y del precio, las dos coincidiendo, conjuntamente, y no cada una de ellas, salvo pacto en otro sentido, constituyen la *consumacion* del contrato.

Habiendo cosas, que pueden real y materialmente entregarse de mano á mano, como las muebles y semovientes; y otras no, como los inmuebles; habria sido preciso autorizar alguna fórmula, para que se entienda realizada la entrega; y las hay, en efecto. Los autores dicen con este motivo, que la entrega es *verdadera* y *fingida*; lo cual envuelve un concepto, por lo menos inadecuado. La entrega ha de ser considerada en sus *efectos* y en su *forma*. Si esta es de las que tienen autorizadas la ley y la jurisprudencia, es, como todas las demás, eficaz en los efectos; es siempre verdadera; y no hay en ese punto entrega fingida. Lo de *verdadera* y *fingida*, pues, ha de referirse á la forma en sí; porque no es lo mismo pasar de mano á mano la propia cosa comprada; que demostrarla de lejos, representarla por otro cuerpo simbólico, como unas llaves, una escritura, ú otro título de propiedad, etc.: pero como la ficcion la autoriza la ley, es eficaz, lo mismo que la tradicion ó entrega real. Seria, sin embargo, lenguaje más adecuado el decir que la entrega es *real* ó *material*, *formal* y *convencional*.

La primera clase es simple; como reducida á trasladar de mano á mano la propia cosa: un relox, una caja, un baston comprado.

La segunda comprende determinadas especies, autorizadas por las leyes ó la jurisprudencia. La tecnología del derecho las denomina tradicion *longa manu*, *brevi manu*, y

simbolica. Tiene lugar la primera, si mostrando desde lejos, ó á mayor ó menor distancia, al comprador la cosa ajustada, refiriéndose á ella, por serle ya conocida; tocándola con la mano, ó poniendo en ella los piés, como en la *posesion* material, se da por entregado de ella: la segunda, dándose por entregado de la cosa, que por depósito, prenda ó por otro título legal tiene ya en su poder: la tercera, entregando, en vez de la cosa, y como signo ó representacion simbólica de ella, un cuerpo, más ó menos conexionado con la misma, como la llave del relox, la escritura del contrato, la titulacion de la propiedad, etc.; y tambien practicando actos que se reputan de dominio ó señorío, como tirar una piedra sobre la heredad, lanzar de ella á alguna persona, res, ganados, etc.

La convencional es indefinida, pues la ley autoriza sobre ella todo medio ritual, que tengan las partes por conveniente, incluso el mero asentimiento de darse por entregado de la cosa el comprador, consignándolo en debida forma; como el vendedor se dá á veces por satisfecho del precio, aunque no parece de presente, y confesando haberlo recibido.

La cosa que se entregue ha de ser la misma que se ajustó; y no otra equivalente, ó su estimacion, á voluntad del vendedor, segun algunos han sostenido (véase la seccion siguiente); á no ser que aquella haya perecido por culpa del vendedor, ó que la hayan evicionado, lo cual es ya el caso del *saneamiento*.

Siendo un axioma constante de derecho que desde la perfeccion del contrato, si este es absoluto, el peligro, así como el mejoramiento y utilidades de la cosa vendida, son á cargo del comprador, hasta la entrega, la cosa ajustada ha de entregarse en el estado en que se encuentre por sus vicisitudes naturales. Si en virtud de estas se ha deteriorado, ha perecido en parte, ha caido en depreciacion; ó por la inversa ha aumentado, por aluvion, por ejemplo, han subido los precios en venta ó renta, etc., así se entregará.

El vendedor no responderá sino de los desperfectos que haya sufrido la cosa por negligencia ó dolo del mismo, por no haberla cuidado y conservado como hace de sus cosas un buen padre de familia. La jurisprudencia venia fijando de muy antiguo que en los contratos bilaterales, por cuanto media la utilidad de una y otra parte, por ambas se presta en sus casos respectivos la *culpa leve*. Los autores del proyecto de Código civil, sin embargo, desechan la clasificacion conocida de culpa *lata*, *leve* y *levísima*, y admiten solamente dolo y *negligencia considerable*, ó *no considerable*, sin gran utilidad práctica, ni menos técnica, como espresamos en el artículo CULPA. (Leyes 23, tít. 5, Part. 5: 1, 4 y 5, tít. 48, lib. 4 del Código: 3, 7 y 8. título 6, lib. 18 del Digesto.)

Si se fijó término para entregar la cosa, entonces deberá entregarse, si tambien se entrega el precio, ó de convenio se aplaza el pago. Si no se fijó término para la entrega, el vendedor la reclamará ante testigos; y de no ser entregada, y sin perjuicio de acudir al auxilio judicial, las pérdidas ó menoscabos que ocurran en la cosa desde entonces hasta que sea entregada, son de cargo del vendedor. Si á su vez el comprador es remiso en recibirla, cuando despues de la *mora* el vendedor quiere entregarla, vuelven á ser á su cargo la pérdida ó menoscabos de la cosa. (Ley 27, título y Partida citadas.)

Si se estipula sobre el lugar, en que se ha de entregar la cosa, así se cumplirá. Si para ello hubiera que trasladarla, los gastos de traslacion son de cuenta del vendedor; y no los riesgos naturales, pues desde la perfeccion del contrato son, como se ha dicho, de cuenta del comprador. Si no se estipula dónde se ha de entregar la cosa, se entiende donde está, ó donde el vendedor acostumbre por razon de oficio ó profesion á entregar otras de igual género: el comprador debe imputarse el no haber estipulado.

Si se vendió libre de cargas, y resultase con ellas, es de cuenta del vendedor el liberarla ó responderá de eviccion.

Como lo accesorio sigue á lo principal, la cosa se entregará con todos sus accesorios, titulacion, etc., como ya hemos dicho anteriormente, y salvo estipulacion en contrario.

Por virtud de este principio y del ya men-

cionado de que el daño y el provecho son de cuenta del comprador, perfeccionado el contrato, se entregarán con la cosa los frutos percibidos, si no hay culpa en el vendedor; los percibidos y debidos percibir si la hubiese habido.

Si la cosa es de las que se acostumbran á *gustar*, *pesar* ó *medir*, y si muy principalmente el ajuste se hace á calidad de gustarlas, pesarlas ó medirlas, como que basta que así se realice no ha acabado de convenirse sobre la cosa, y tampoco el contrato ha acabado de perfeccionarse; el daño y el provecho de las mismas continúa siendo de cuenta del vendedor; y lo contrario despues de gustadas, pesadas, etc., quedando conforme el comprador en la calidad, peso y medida.

Si se señaló dia para gustar, pesar, etc., el peligro es á cargo del que se constituya en mora. Si no se señaló, puede el vendedor requerir ante testigos al comprador para que concurra á realizarlo: si no se presta, el peligro es de su cuenta. Eso, si el vendedor prefiere estar al contrato; pues si no, puede desde entonces vender á otro libremente la cosa ajustada. Si en la venta sufre perjuicios, son á cargo del comprador. Más aun: desde aquel dia, si el vendedor necesita las vasijas, trojes, etc., en que tiene lo vendido, puede alquilar otros para conservarlo, por cuenta del comprador: y si le urgiere la necesidad de acomodar una nueva cosecha de lo mismo, no hallando vasijas en arriendo, puede *echar en la calle ó en la carrera pública aquello que así oviese vendido*, pesándolo y midiéndolo antes. La ley no habla aquí de gustar los líquidos, antes de verterlos, ni de dejar evidenciada la calidad y estado de lo que se pesa ó mide; pues podrian ser de otra calidad que la ajustada, vinagre por ejemplo, en vez de vino, ó haberse averiado ó degenerado ya desde el ajuste y aun antes; escepcion que no podrá desecharse al comprador.

Si la cosa, en fin, no es de las que se gustan; sino de las que se pesan ó miden, como oro, plata, trigo, si antes que sean pesadas ó medidas, se pierden ó desmejoran, es á cargo del vendedor; si solo desmerecen en el precio, es de cuenta del comprador. (Ley 24, título 5, Partida 5: 2, tít. 48, lib. 4 del Código: 1 á la 6, tít. 6, lib. 18 del Digesto.)

Si esas mismas cosas que se gustan, pesan ó miden, se ajustan *ayuntadamente á la vista*, esto es, en globo, sin que hayan de gustarse, pesarse ó medirse; v. g., el vino de esta cuba, el trigo de esta troje, como desde luego se conviene omnímodamente sobre la cosa y el contrato queda perfecto, las cosas corren de cuenta del comprador. (Ley 25, idem, id., id.)

Si la cosa se vende bajo condiciones, y perece antes que la condicion se cumpla, perece para el vendedor: si solo se deteriora ó desmerece, es á cargo del comprador, caso que la condicion se cumpla: desde que se cumple, todo es á cargo del comprador.

Si el vendedor ó el comprador, ó ambos, mueren antes que la condicion se cumpla, el contrato continúa en sus herederos. (Ley 26, título y Partida citadas: 8, título y libro citados del Digesto.)

Los autores han debatido con empeño la cuestion de si el comprador puede apoderarse *por la fuerza* de la cosa, que el vendedor se niega sin razon á entregar. Pothier (*Tratado de la compra venta*), tiene por más segura la opinion negativa; y entre nosotros lo es de todo punto, pues por nuestras leyes y prácticas á nadie es permitido, segun tenemos espuesto en su lugar, hacerse justicia por su mano, con menosprecio de los tribunales que están para administrarla. Algun caso estraordinario se concibe en que impunemente podria el comprador hacerlo: como si pagada ya la cosa, el vendedor, por malignidad, quisiese destruirla ó hacerla desaparecer. Podria suceder aun que el vendedor, destruida ó trasportada la cosa, quedase insolvente. Habria que tener en cuenta además en este caso, que el comprador libraba de destruccion una cosa como propia ya, desde la perfeccion del contrato; y que trataba solo de evitar un daño irreparable, salva luego la accion de la justicia. Deberia dar cuenta inmediatamente á la autoridad, y no habria tribunal que le condenase, así como no hay leyes que patrocinen el dolo.

Si la cosa se vende á calidad de pesarla ó

medirla, pero bajo el supuesto de un peso, ó medida fija, una heredad, por ejemplo, de cien fanegas de tierra, á tanto fanega, se pagan las fanegas, arrobas, etc., que resulten más de las supuestas, y se descuenten las que resulten de menos, sin que por eso se altere la venta. Si el esceso ó disminucion fuese tan considerable, que altere notablemente el supuesto de la venta, será oido el vendedor que escepcione, que él no hubiera comprado en ese caso, por no convenir á sus fines: compró un área, por ejemplo, calculada en cincuenta fanegas, para establecer una fábrica; y luego resulta solo de veinte fanegas, estension insuficiente para su fin.

El vendedor, está obligado á manifestar los vicios de la cosa, si los sabe, salvo que se compre á todo riesgo y ventura. Véase sobre este punto la seccion 15, §§. 4 y 5.

El vendedor no responde, mientras custodia la cosa, de caso fortuito, ni de fuerza mayor, á no ser que se haya estipulado lo contrario.

Siendo el punto de partida para todo lo espuesto la *perfeccion* del contrato, y habiendo variado tanto por las nuevas legislaciones la romana y de Partidas, véase sobre ello la seccion 3.ª del presente artículo (pág. 577).

APÉNDICE.

Proyecto de Código civil. «Artículo 981. La entrega de la cosa no es necesaria para la traslacion de la propiedad; lo cual se entiende sin perjuicio de tercero para el caso previsto en los arts. 1859 y siguientes del tít. 20, lib. 3 de este Código.

La propiedad pasa al acreedor y la cosa está á su riesgo, desde que el deudor queda obligado á su entrega, salvo lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 1006.

El que tiene á su cargo el riesgo de la cosa, debe sufrir su pérdida ó deterioro; pero se aprovechará tambien de su aumento ó mejora.

»Idem 1005. El obligado á dar alguna cosa, lo está á conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y á entregarla bajo la responsabilidad establecida en la seccion 3.ª de este capítulo.

»Idem 1006. Desde que el contrato se perfecciona por el consentimiento de las partes, el riesgo de la cosa corre á cargo del comprador.

»Cuando el obligado se haya constituido en mora ó se haya comprometido sucesivamente á entregar una misma cosa á dos ó más personas diversas, será de su cuenta el peligro de la cosa hasta que se verifique la entrega.

»Idem 1007. Para que el obligado á entregar una cosa incurra en mora, debe mediar requirimiento por parte del acreedor, escepto en los casos siguientes: 1.º Cuando en el contrato se haya estipulado espresamente, que el solo vencimiento del plazo lo produzca, sin necesidad del requirimiento: 2.º Cuando de la naturaleza y circunstancias del contrato, resulte que la designacion de la época en que debia entregarse la cosa, fué un motivo determinante, por parte del que habia de recibirla, para celebrarlo.

»En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple ó no se allana á cumplir debidamente la obligacion que le es respectiva.

»Cuando hay mora por parte de los dos contratantes, perjudica la posterior.

»Idem 1013. Se reputan daños y perjuicios, el valor de la pérdida que haya esperimentado, y el de la utilidad que haya dejado de percibir el acreedor, salvas las disposiciones contenidas en los artículos siguientes de esta seccion.

»Idem 1160. Cuando la deuda consistiere en una cosa cierta y determinada y se perdiere sin culpa del deudor, y antes de constituirse éste en mora, la obligacion queda estinguida.

»Habiendo culpa ó mora por parte del deudor, estará éste obligado á la indemnizacion con arreglo á lo que se prescribe en la seccion 3.ª, cap. 3.º de este título.

»Lo mismo sucederá cuando se hubiera obligado á la prestacion de caso fortuito, aunque no haya culpa ni mora por parte del deudor.

»Aun cuando el deudor se haya constituido en mora, si no se ha obligado á responder de los casos fortuitos, la obligacion se estingue siempre que se pruebe que la cosa se hubiera perdido igualmente en poder del acreedor, si se le hubiere hecho su entrega; pero esta escepcion no aprovechará al deudor que se halle en el segundo caso previsto en el párrafo 2.° del art. 1006.

»Idem 1374. El daño ó provecho de la cosa vendida, despues de perfecto el contrato, se regula por lo dispuesto en los artículos 981, 1006 y 1160.

»Esta regla es aplicable á la venta de cosas fungibles, hecha alzadamente y por un solo precio, ó sin consideracion al peso, número ó medida.

»Si las cosas fungibles se vendiesen por un precio relativo al peso, número ó medida, no se trasferirá el peligro al comprador, hasta que se hayan contado, pesado ó medido, á no ser que se hubiere constituido en mora.

»Idem 1373. La venta hecha con sujecion al ensayo ó prueba de la cosa vendida, y la venta de las cosas que es costumbre gustar ó probar antes de recibirlas, se presumen hechas siempre bajo condicion suspensiva.

»Idem 1384. Se hace entrega de la cosa vendida, poniéndola en poder y posesion del comprador.

»Idem 1385. Cuando por disposicion de la ley ó por la voluntad de las partes se haga la venta en escritura pública, el otorgamiento de ésta equivale á la entrega de la cosa, si de la misma escritura no resultare ó se dedujere claramente lo contrario.

»Idem 1386. Fuera de los casos del artículo anterior, la entrega de los bienes muebles se efectúa por el hecho material de ponerlos en poder del comprador: por la entrega de las llaves del lugar ó sitio donde se hallen guardadas: por el solo consentimiento de las partes, si la cosa vendida no puede trasladarse en el momento de la venta, ó si el comprador la tenía ya en su poder, por algun otro motivo.

»Idem 1387. En cuanto á los bienes incorporales, regirá lo dispuesto en el artículo 1385: en cualquier otro caso en que esto no tenga aplicacion, se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia, ó el uso que él haga de su derecho, consintiéndolo el vendedor.

»Idem 1388. Los gastos de la entrega de la cosa vendida son de cuenta del vendedor; y los de su trasporte ó traslacion de cargo del comprador, como otra cosa no se hubiere estipulado.

»Idem 1389. El vendedor no está obligado á entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, ó no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.

»Idem 1390. Tampoco está obligado á la entrega, cuando haya concedido un término para el pago, si despues de la venta se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio; salvo si el comprador le dá fianza de pagar en el plazo convenido.

»Idem 1391. El vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato.

»Desde este dia todos los frutos pertenecen al comprador.

»Idem 1392. La obligacion de entregar la cosa vendida, comprende la de todo el contenido espresado en el contrato, bajo las modificaciones siguientes:

»Si la venta de bienes inmuebles se ha hecho con espresion de su cabida, á razon de tanto por medida, tiene obligacion el vendedor de entregar al comprador, si éste lo exige, todo cuanto se haya espresado en el contrato.

»Si esto no es posible, ó si el comprador no lo exige, puede éste rebajar proporcionalmente el precio.

»Lo mismo se observará, aunque resulte igual cabida, si alguna parte de ella no es de la bondad ó calidad espresada en el contrato.

»Idem 1393. Si por el contrario, en el caso del precedente artículo se encuentra mayor cabida que la espresada en el contrato, el comprador tiene la facultad de suplir el precio ó de desistir del contrato, si el esceso

pasa de la décima parte de la cabida espresada en él.

»Idem 1394. Cuando la venta de un inmueble se hubiere hecho por un precio alzado, y no á razon de tanto la medida ó número, no tiene lugar el aumento ó disminucion del precio, aunque se encuentre mayor ó menor cabida ó número que lo espresado en el contrato.

»Esto mismo tendrá lugar cuando sean dos ó más fincas las vendidas por un solo precio; pero si además de espresarse la cabida, se han designado los linderos, el vendedor está obligado á entregar todo lo que se comprenda en ellos, aun cuando esceda de la cabida ó número espresado en el contrato; y si no pudiere, debe sufrir una disminucion proporcional en el precio.»

En cuanto á los Códigos estranjeros, véanse en la parte legislativa, pág. 500.

SECCION VII.

DEL PRECIO Y DEL PAGO: CONSUMACION DEL CONTRATO.

De cualquier modo que se inicie el contrato de venta, ya sea que el que quiera ser comprador invite á vender; ya que el que luego ha de ser vendedor escite á comprar, siempre *la cosa* viene en el contrato antes que el precio, como que sin conocerla y convenir acerca de ella, no hay términos hábiles para determinar el precio. Esta es la razon lógica que hemos tenido para hablar antes de la cosa y de su entrega, que del precio; lo cual no quiere decir que aquella se entregue, ni deba entregarse, salvo pacto especial, antes que éste, y lo lógico y lo legal es lo contrario, en lo cual responde, no ya la naturaleza de las cosas, en la traslacion omnímoda y definitiva del dominio, lo cual no se concebiria sin el precio, salvo aplazamiento convenido; sino aun la definicion del contrato, en que se trata de *re pro pretio tradendâ*. Esto supuesto, y pues hemos hablado ya de *la cosa* y de *su entrega*, ahora lo haremos *del precio* y *del pago*, de que es ya secuela natural la *consumacion* del contrato. Y como el ajuste y el pago pueden ser con dinero ajeno, hacemos mérito de ello en la presente seccion.

§. 1.° *Del precio.*

Hemos dicho en su lugar que son requisitos esenciales, y por tanto imprescindibles, de la compra-venta, la *cosa*, el *precio* y el *consentimiento*. Ninguno de ellos puede faltar en la celebracion del contrato, sin que falte el contrato, «porque la vendida non se puede facer sin precio» (ley 10, tít. 5, Part. 5). *Pretium autem constitui oportet, nam nulla emptio sine pretio esse potest.* (Inst. lib. 3, tít. 24, §. 1.)

La doctrina legal, respecto al precio, es que ha de ser *verdadero, cierto, justo* y *en dinero*.

Verdadero: esto es, *real*, propiamente tal, y no simulado. Es menester que se fije precio, y que se fije de modo que el vendedor quede con derecho á exigirlo, y el comprador á pagarlo. *Sine pretio nulla venditio est.* (Leyes 2, tít. 1, lib. 18, Digesto; y 9, título 36, lib. 4, Código.) Así es que, si al celebrar el contrato, se fija el precio; pero simultáneamente se estipula que no se cobrará, que el vendedor hace gracia de él al comprador; si de cualquier otro modo, en fin, el precio resultase desde luego ilusorio, ó lo que es lo mismo, que la cosa ajustada se vá á trasmitir sin pago de precio alguno, el contrato será donacion; será lo que resulte, segun sus términos y condiciones, legalmente apreciadas; pero no será venta. *Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causâ non exacturus, non videtur vendere.* (Ley 36, tít. 1, lib. citado del Digesto.)

Cierto. Sobre ser verdadero el precio, ha de ser cierto, esto es, definido pecuniariamente; determinado desde luego, ó ya en relacion, como espondremos.

Para la consumacion del contrato es menester la numeracion y entrega, ó que se estipule el aplazamiento del pago; para la perfeccion basta que se fije de comun acuerdo. *Non enim pretij numeratio; sed conventio perficit emptionem.* (Leyes 2, título y libro citados del Digesto; y 9, tít. 44, lib. 4 del Có-

digo.) «*Cierto* debe ser el precio, en que se avienen el comprador y el vendedor, para valer la vendida. (Ley 9, tít. 5, Pal. 5.)

Estableciendo así la ley, que el precio ha de fijarse por avenencia de ambas partes, añade todavía: «Ca si el vendedor dijere, véndote tal cosa por cuanto tú quisieres, ó por cuanto yo quisiere, la vendida, que en tal manera fuese fecha, non valdria.»

La razon de la nulidad es que aquí no hay *precio cierto*, esto es, no se fija precio en el acto de perfeccionarse el contrato. El precio se conoceria, cuando al tratar de la entrega de la cosa y del pago, manifestase su voluntad aquel, en cuyo arbitrio se habia dejado, y que podria ser tal, que fuese inadmisible por diminuto, y hasta podria no fijarse precio alguno: no habria venta en este caso, porque no habia habido avenencia; ni habria donacion, porque no habia habido voluntad de donar. En resúmen, pues, segun la ley, el precio ha de ser *cierto* y *convenido* al haber de perfeccionarse el contrato: no puede éste pasar de ese trámite, sin que concurra la *cosa*, el *precio cierto* y el *consentimiento*.

Nuestras leyes han copiado en esto las romanas. «Si quis ita vendiderit, *si voluerit*: vel stipulanti sic spondeat, *si voluero decem dabo*, non valet: neque enim debet in arbitrum rei conferri, an sit obstrictus.» (Leyes 7 y 35, tít. 1, lib. 18 del Digesto; y 13, tit. 38 lib. 4 del Código. En términos generales ordenan lo mismo las leyes 17, 48, 63 y 108, tít. 1, lib. 43, Digesto, y 8, tít. 7, lib. 44; y 17, 48, 63 y 108, lib. 4 del Código.)

La ley, no obstante, establece á continuacion que el precio puede dejarse al arbitrio de un tercero. Aquí es preciso ver un precio cierto, no desde luego, sino en referencia, de lo cual hablamos despues. El caso implica tambien una condicion tácita, á saber: *si el tercero fija precio*. Si no lo fija, porque no quiere, ó fallece sin haberlo fijado, falta la condicion, falta el supuesto, no hay precio, en fin, y no hay contrato, segun las leyes.

En el primer caso de la ley de Partida, es menester no confundir la realidad con las apariencias, y desechar por ello un contrato, en que haya realmente precio y consentimiento mútuo. *Vendo tal cosa por lo que quisieres darme por ella: por lo que tú digas: doy ciento*, dice el interpelado: *desde luego es tuya*, contesta el dueño. Aquí se ha dejado en apariencia la designacion del precio al arbitrio de una de las partes; y sin embargo hay precio cierto, y consentimiento, y por tanto contrato en el rigor de las leyes. Puede aun el vendedor no contestar nada; sino entregar la cosa en el acto; en cuyo caso no hay espresion testual de aceptacion del precio; pero hay aceptacion real, y espresiva, cuanto puede ser. Se realiza un hecho voluntario, potestativo; que segun las leyes, es espresivo de asentimiento; y que por lo menos dá lugar á un caso, muy fundado, de tribunales.

Si el tercero fijaba el precio, aun cuando se concibe bien que, queriendo ó sin querer, el precio podia no ser justo, ó por escesivo, ó por diminuto, las leyes romanas parecian negar toda reclamacion sobre lesion. *Omnimodo secundum ejus æstimationem pretium persolvatur* (ley 13, tit. 38, lib. 4 del Código, y lib. 3, tít. 24, §. 1 de las Instituciones.) La práctica, sin embargo, templó el testual rigor de la ley, é interpretó que su letra se ceñia al precio que fuese justo, y se dió lugar en su caso á la reclamacion por lesion.

El precio, en fin, puede ser cierto por referencia á cosa que sea evidenciable: al dinero, por ejemplo, que el comprador, ú otro tengan en su arca: á lo que la cosa costó al vendedor ó su causa-dante: al precio que cosas iguales tengan á fecha determinada, ó hayan tenido en el mercado público, etc. En este último caso se estará á lo que resulte de certificaciones autorizadas, ú oficiales; y de ser varios los precios, al término medio. En los casos anteriores, si resulta cantidad, á ella se estará; si no resulta, porque no hubiese dinero alguno en el arca ó caja mencionadas, ó porque el vendedor, ó su causante hubiesen adquirido la cosa por donacion, ó herencia, no hay precio, y por consiguiente es nula la venta (leyes 10, título y Partidas citadas: y 7, tít. 1, lib. 18 del Digesto).

Justo. Nada mejor sonante en el órden

moral y legal que esta enunciacion. ¿Quién levanta objeciones contra lo justo? Pero en este punto ¿cuál es lo justo? ¿Hay en el particular algun tipo fijo, algun criterio inalterable á *priori*, á qué atenerse? Más aun: ¿conviene que lo haya? El que lo haya ¿conviene á la libertad de la contratacion? Es conforme á los fueros, á la índole de la propiedad? Puede el dueño de las cosas donarlas, y hasta destruirlas impúnemente, ¿y no podrá darlas en un precio módico, ni desprenderse de ellas sino en un precio tan ventajoso, como pueda procurarse? Puede el obrero poner precio á su trabajo, ¿y no podrá ponerlo el propietario á las cosas de su propiedad, procuradas con el trabajo del obrero, y que vende tal vez al mismo? Y ¿en favor de quién se impone esa traba á la propiedad? ¿Quién la impone?

La economía política no halla solucion satisfactoria á estas cuestiones; pero el gravámen, la restriccion á la propiedad se impone en favor del órden moral y social. Lo imponen á su vez la moral, porque no hay derecho tan santo, de que no se abuse: la administracion, que debe prevenir los males de la escasez y del monopolio: la política, que debe consultar el bienestar general, é impedir que unos súbditos sufran por las ventajas de otros; la ley, en fin, que es la garantía de todos los derechos, y poder coercitivo contra todos los escesos.

De aquí han venido, segun las situaciones y la índole de las cosas, la *tasa*, la *postura* y *precios fijos* en artículos de primera necesidad: la institucion de la administracion de los espendedores de estos artículos, por medio de *pósitos*, *panaderías*, *abacerías*, *etc.*, del municipio: las comisiones y sistema de *abastos*; la *rescision*, en fin, de los contratos por *lesion enormísima*, y aun solamente *enorme*, y aun levísima, segun luego esponemos.

Así han corrido las cosas por muchos siglos, lo que parece probar que no es del todo infundada en este punto la intervencion tuitiva del legislador y de la administracion: y sin embargo, hace algunos tambien que legislaciones, como la de Aragon, no han querido, ni quieren que las cosas valgan más ni menos que aquello, en que libremente, y sin fraude se ajustan y se dan. El precio es así justo siempre, y no hay rescision.

De un siglo á esta parte, la ciencia económica ha inculcado así bien, y hecho adoptar en lo general la libertad del tráfico.

Por los mismos principios algunas legislaciones europeas relegan la accion rescisoria por lesion: el Proyecto del Código civil español la escluye igualmente: la novísima Ley Hipotecaria la escluye de la misma manera respecto de tercero, que ha registrado sus títulos de adquisicion.

En medio de todo, siempre habia que diferenciar en este punto entre cosas muebles é inmuebles; y respecto de aquellas, entre los artículos de primera necesidad, y los que no lo son. Porque en efecto, en cuanto á los artículos de primera necesidad, los temibles horrores de la escasez, la penuria de cosechas, el hambre, la guerra, hacen en muchas ocasiones que la administracion consulte más la salvacion de las clases, sobre todo las menesterosas y amenazadas de muerte, que los principios absolutos de la propiedad y del libre tráfico.

Hay que tener en cuenta además, que las leyes han considerado la lesion bajo el punto de vista de *engaño*. Todo en el supuesto de que ha de haber un precio justo. Y como tambien el apartarse del precio justo, podria no proceder de engaño; sino de quererlo así las partes, por motivos de conveniencia particular, que ellas sienten, y que nadie puede apreciar; la accion de lesion es potestativa, y la parte agraviada es dueña de entablarla, ó no.

Ahora, sea lo que quiera de la nueva teoría, y de las tendencias de las legislaciones; salvo el caso particular mencionado de la Ley hipotecaria, nuestras leyes sobre lesion subsisten, y es preciso atemperarse á ellas, mientras no sean derogadas.

Con ellas subsiste tambien una diametral diferencia, ya por las leyes, ya por la jurisprudencia, en fijar la cuantía de la lesion para autorizar la rescision. *Sufficit excessus in uno nummo, ut rescindatur contractus*, decian algunos autores (Gomez, Var, tom. 1, cap. 2, §. 42), fundados sin duda en que la

justicia, como la injusticia, no penden de la cuantía; y en lo indeterminado de la espresion de la citada ley 2 del Código, esto es; que si lo que vale más, se vende en menos: *Rem majoris pretij, si tu vel pater tuus minoris pretij distraxerit.* Pero la misma ley establece que entonces el precio parece ser diminuto, cuando no se paga ni aun la mitad de lo que es justo. (*Minoris autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretij soluta sit.*)

Otros opinan que la lesion habia de ser por lo menos de otro tanto del precio justo, y esta notable discordancia se traslada á muchas leyes, pues mientras la 5, tít. 10, libro 5 del Fuero Real, y la 16, tít. 11, Partida 4, establecen que la lesion, para ser reclamable, ha de ser del *doble precio*, ó en otro tanto del precio justo, la 56, tít. 5, Part. 5, que es la que se aplica, prefija que solo en *más de la mitad* del justo precio, lo propio que despues determina la ley del Ordenamiento de Alcalá, hoy 2, tít. 1, lib. 10, Novísima Recopilacion, y es lo corriente en derecho y en jurisprudencia.

Segun las dos últimas leyes, pero muy especialmente la recopilada, la lesion en más ó en menos de la mitad del justo precio produce accion alternativa para la reparacion del precio, ó para la rescision del contrato.

La ley de Partida añade aun: «E esto decimos que puede facer é demandar el comprador, non sevendo la cosa que se vendió perdida nin muerta, nin mucho empeorada, ca si alguna de estas cosas acaesciese, non podria despues desfacer tal demanda.»

Esta disposicion ha dado bastante que hacer á los intérpretes. El comprador y el vendedor tenian una doble accion: á la reparacion en el precio, y á la rescision. ¿Son las dos, las que quedan escluidas, caso de perderse, morir, ó deteriorarse considerablemente la cosa? Se comprende que en estos casos no queden términos hábiles para la rescision, pues no puede devolverse la cosa; pero siempre los hay para reparar el agravio en el precio.

Se comprende tambien que, perdida, ó muerta, ó deteriorada la cosa, sin culpa de nadie, sea á cargo del comprador, porque eso es de ley, desde que se perfecciona el contrato: pero sobre esta pérdida, ¿habrá justicia, ni equidad para que sufra tambien la de no poder reclamar una lesion, que puede ser, no ya enorme; sino aun enormísima? En el caso de lesion por ínfimo precio, es ya un perjuicio para el comprador la pérdida ó deterioro de la cosa; pero sobre que es de ley que perezca para él, él tambien disfrutaria solo los aumentos y ventajas; y no hay razon para no entregar el justo precio, á que debia esas ventajas. Parece, pues, equitativo, que, no obstante los términos absolutos de la ley, que sin embargo son un tanto oscuros, en tal caso subsiste la accion de lesion, reputando estinguida meramente la rescisoria; ó de otro modo queda estinguida la *alternativa*, pues desaparece uno de sus dos estremos; pero no el derecho de pedir reparacion del agravio, que es el mismo, perezca ó no la cosa.

La ley inducia aun otra novedad, y era la de que el contrayente mayor de 14 años, que renunciase á la accion de lesion con juramento, no pudiese ya entablarla; lo cual hoy no tiene aplicacion, y aun está mandado que no intervenga juramento en los contratos, aunque con otro motivo.

La ley recopilada dispone además que la accion rescisoria, que por el derecho romano duraba 30 años, y 20 entre nosotros, despues de las leyes de Toro prescribe á los cuatro años: que esta accion de lesion tenga lugar en las subastas, y no solo en la venta, sino en todo género de negocios entre partes; que no lo tiene, sin embargo, cuando los bienes se venden contra la voluntad del dueño, y media tasacion pericial.

Réstanos determinar qué es precio justo. No hablamos del precio, que puede decirse oficial, por cuanto se fija interviniendo la autoridad, como en la *postura*, en la *tasa*, en la apreciacion *pericial*. Como en estos casos se procede independientemente de la voluntad sola y omnímoda de las partes; como en estos contratos, ni se teme, ni se presume engaño, por ello no procede la lesion. Hablamos de precio convencional: de aquel, en que

la voluntad de las partes es el todo. Respecto de éste, lo justo legalmente es lo que fije la contratacion general; el valor que hayan tenido las mismas cosas, en el tiempo y lugar á que se refiere la venta, en la plaza, en el mercado, en la generalidad de las ventas de particulares. Si no hay un precio dominante, sino variable, se recurre al término medio, y en su caso el quinquenio. Las leyes no han fijado, ni podido fijar otro criterio: *Quo æstimari possit; quo æstimari debeat*, decian las leyes romanas. «Cuanto la cosa *estonce* podria valer: más de la mitad del derecho precio, que pudiera valer la cosa, *en aquella sazon que la compró*,» dice la ley de Partida.

Algunos autores quieren que el período de tiempo, para determinar el precio, sea el del año inmediatamente pasado. La ley de Partida, por el contrario, indicó el de la venta, ó el mas próximo á ella. Y la verdad es, que hasta el tiempo es estimatorio, segun la costumbre en cada país, y respecto de cada especie de cosas. Las hay que no se producen, ni espenden, sino en período determinado del año; otras que se venden en toda época, como los inmuebles. La base estimatoria son, en fin, las prácticas de la contratacion, y de los tribunales respectivos; y las especiales de los tiempos. Las leyes de Partida, sin embargo, se refieren al tiempo de la venta: «del derecho precio que pudiera valer (la cosa) *al tiempo que la ficieron*» (la venta). (Ley 56 citada.) «Nisi minus dimidia, justi pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset,» dice la ley romana (8, tít. 44, libro 4 del Código.) A pesar de todo, si la venta fué tan aislada que no hay otras para comparar los precios, sino retrocediendo algun tiempo, será preciso retroceder, ó de lo contrario el juicio pericial no tendrá en qué fundarse.

Otras veces, en vez de retroceder, hay que buscar el tipo tiempo adelante, segun la ley, como en las ventas de grano al fiado por labradores, y en que el precio justo será, no el del tiempo de la venta, ó anterior, sino el que tengan los granos al siguiente setiembre.

En dinero. Solo así será *cierto* el precio, como quieren las leyes; y no hay que repetir que hablamos del precio al ajustar, no al pagar; al tiempo de la perfeccion del contrato; no de la consumacion: y así hemos visto que lo determina espresamente la ley romana y otras; de que no la entrega del precio; sino la convencion sobre él es lo que perfecciona el contrato.

En su artículo correspondiente esplicamos lo relativo al dinero, y allí ha de verse. Las leyes romanas establecieron que el precio consistiese precisamente en *numerata pecunia*: esto es, en dinero contante, en metal acuñado, por autoridad soberana ó legal; para diferenciar así la venta de la permuta.

Las legislaciones posteriores han adoptado lo mismo. Pero nosotros, del *denario*, moneda romana, dijimos *dinero*, equivaliendo esta voz á la frase romana *numerata pecunia*.

Hoy, sin embargo, la espresion en dinero habria de modificarse, sustituyéndole tal vez la de *moneda corriente*; ó dar, por valor entendido, esta significacion á la espresion dinero. La razon es que ya *dinero* y *moneda* no significan siempre lo mismo, despues de la útil introduccion en las transacciones sociales del *papel moneda* y billetes de bancos.

El ajuste, sin embargo, ha de hacerse en *valor ó cantidad monetaria sonante*, si quiera se estipule que el pago ha de hacerse, en vez de dinero, de metal acuñado, en billetes de banco, ó del Tesoro. Hay siempre así un valor fijo oficial: siempre cien reales son cien reales, ya se paguen en dinero, ya en papel moneda; y queda así radical y esencialmente diferenciada la venta de la permuta, que es el fin de la ley.

Despues del ajuste, no se opone ya á la esencia de la compra-venta el que por nueva estipulacion se convenga en que el *pago* sea en especie.

Suele ocurrir que el precio se fija, desde luego, parte en dinero, parte en efectos. La verdad es que así resulta un contrato mixto; pero los autores, y aun las leyes romanas, fijan varias reglas, y son: 1.ª El contrato será venta ó permuta, segun manifiesten las partes. 2.ª Si nada dijeron, se reputará venta, si es mayor la parte del precio en metálico, que la de efectos; y permuta, en el caso in-

verso. 3.° Si el dinero y los efectos son de igual valor, y nada han dicho las partes, el contrato se reputa permuta.

Es muy de notar que, despues de haber fijado, como de esencia y sumo rigor del derecho, que no hay venta sin precio, y que éste haya de ser *verdadero, cierto, justo* y *en dinero*, las leyes romanas, entre otras, la 6, tít. 54 y 1, tít. 64, lib. 4 del Código, y 6, tít. 1, libro 18 del Digesto, y con ellas los autores, reconozcan venta donde parte del precio es en efectos, y es á voluntad de las partes, añadiendo alguno (Gomez, Var., tomo 2, capítulo 2, §. 10,) que el pacto, ó estipulacion de las partes se reputa en estos casos parte del precio: «Ille contractus *erit judicandus, quem verba partium demonstrent*; et *pactum appositum juxta illum censetur pars pretij*, vel pars accessoria ejus.»

Y si eso sucedia en el rigorismo formulario de los romanos y de sus expositores, hoy entre nosotros conviene tener presente que no es posible desechar, como nula, una estipulacion lícita, séria y formalmente contraida conforme á la ley del fuero. Tal estipulacion podrá no ser compra-venta, podrá no ser permuta; pero será un contrato obligatorio, segun se pruebe que cada uno quiso obligarse. Uno vende una cosa y ambas partes contrayentes convienen en que se pague en efectos, ó en servicios apreciados: el contrato obligará, segun se ha contraido; y será ocioso hacer cuestion de si es ó no compra-venta, ó permuta, etc.; sino si hay contrato en forma legal. Si no es nominado, será innominado. Entre los romanos las acciones deducidas en juicio tenian que tener un nombre; entre nosotros basta esponer y probar el género de obligacion que se ha contraido legalmente, y pedir, y con seguridad esperar su cumplimiento.

Ultimamente por la ley Hipotecaria, en la inscripcion del título se hará espresion del precio y de la forma en que se hubiese hecho, ó convenido el pago (art. 10.)

Se hará constar asimismo, si el precio se ha pagado al contado ó á plazos, y en el primer caso, si se ha pagado todo, ó solo parte de él: en el segundo la forma y los plazos en que se haya convenido el pago (art. 11.)

§. 2.° *Del pago.*

Del pago hay poco que hablar. Ya está dicho que, salvo estipulacion en contrario, es de necesidad, para poder pedir la entrega de la cosa: y en su caso se realizará, cómo, dónde, y cuándo se estipulara al contraer, y como despues se haya estipulado, incluso el aplazamiento y la trasformacion del dinero estipulado en efectos ó servicios, y hasta la renuncia ó donacion. Una vez hecho el ajuste en dinero, caso de tratarse de rigorosa venta, despues el pacto es la ley del contrato: si no se trata de venta, rigorosamente tal, el convenio lo es todo desde luego; y como se pruebe que los contrayentes se quisieron obligar, así quedarán obligados.

§. 3.° *Consumacion del contrato.*

Si las cosas han pasado como debian pasar; si no ha mediado dolo, ni mala fé; si la cosa vendida era del vendedor; si en su caso se han manifestado sus vicios ó cargas; si el contrato ha sido simple y no condicionado; entonces el pago del precio y la entrega de la cosa, en tiempo y forma, consuman el contrato: las cosas mudan de dueño: el precio pasa á manos del vendedor; la cosa al *poder*, y *posesion*; ó lo que es lo mismo, pasa definitiva y omnímodamente al *dominio* y *posesion* del comprador, y los fines del contrato se han realizado: todo está concluido.

Si en algun caso no es así, será por no concurrir las circunstancias antes mencionadas: será por no ser dueño el vendedor, por dolo, mala fé, vicio, pacto, ó condicion en contrario. De ello provendrá el que haya de haber luego accion *rescisoria*, *redibitoria*, *quanti minoris*, *de eviccion*, *de saneamiento*, etc.; es decir, que en este segundo caso el contrato habrá llegado á su segundo y último estado, esto es, á la consumacion; pero ritualmente y nada mas; y antes, lejos de haber todo terminado, es preciso entrar en nuevas, odiosas, y gravosas reclamaciones. Si, por ejemplo, no es dueño el que vende, la cosa, como decimos en otro lugar, no queda

en realidad *vendida*; no es, ni puede llegar á ser del comprador, y antes, segun la ley, aun estando en posesion de ella, le puede ser quitada; *emptori potest auferri*. Se hablará ciertamente de consumacion, pero los fines del contrato, por parte del comprador, no se han realizado: lejos, en fin, de haberse consumado el contrato, podrá llegar á desaparecer por rescision.

Y si todo esto puede suceder en los casos que presuponemos, sucederá con mayoría de razon, en la doctrina y teoría de los que asientan que el contrato de venta *no implica, como esencial, la obligacion de traspasar el dominio*; ni otra más en este punto, que *la de hacer y procurar que el comprador pueda disfrutar la cosa*: infundada teoría, que otros llevan todavía, y eso es lógico, supuesto el precedente, á que el vendedor, *aun siendo dueño de la cosa*, era árbitro de entregarla al comprador; ó solo la estimacion de ella. Es decir, que estamos de lleno en la doble y grave cuestion que desde el principio del artículo venimos indicando y reprobando; si bien reservando para el §. 12 de la seccion anterior, y allí para la seccion presente.

Tenemos que reconocer que las dos mencionadas opiniones, por violentas que parezcan, están fundadas en las de respetables jurisconsultos romanos, transformadas despues en leyes. Por lo que hace á la primera, *Qui vendit*, decia Ulpiano, *necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit*. (Ley 23, tít. 1, libro 18, Digesto.) No era menos decisiva la opinion de Africano: *Quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat; non etiam ut ejus faciat*. (Ley 30, tít. 19, id.) No hay nada más terminante. Por virtud del contrato de venta en sus términos peculiares, no podrá el comprador reclamar el dominio de la cosa comprada, aunque lo tenga el vendedor: *Necesse non habet* (el vendedor) *fundum emptoris facere*. No tiene absolutamente el vendedor más obligacion, que la de defender al comprador en la posesion de la cosa: *hactenus tenetur, ut rem emptori habere liceat*. No cabe mayor decepcion para el comprador de buena fé, que por tanto ajusta y paga para *ser dueño* de la cosa; ni medio más directo de hacer ineficaz el contrato de venta.

Si cupiera mayor decepcion, sería en la segunda de las dos opiniones enunciadas, que sin embargo no descansa en leyes menos terminantes. *Si traditio rei venditæ pro-cacia venditoris non fiat*, si por resistencia y temeridad del vendedor, dice la ley 12, título 49, lib. 4 del Código, no se entrega la cosa vendida, entonces pagará los daños y perjuicios que haya lugar. No es que el vendedor no tenga el dominio de la cosa: no es que esta haya perecido ó desaparecido; es que con audacia no quiere el vendedor entregarla; y entonces, en vez de compelerle judicialmente, como entre nosotros se haria, se ceñia la accion judicial á los daños y perjuicios: *quantum interesse compleri emptionem*. Lo mismo establece la ley 12 del propio título. Y aun es más terminante, segun hemos antes notado, la ley 12, tít. 1, lib. 19, Digesto. Habla de la compra de la esperanza, comprando á un pescador lo que pueda sacar en una redada. Supone que aquel echa las redes al agua, y que saca pesca. No hay duda de que esa pesca está ya comprada y pagada, que es del comprador, y que la entrega admite entre nosotros compulsion judicial. Y sin embargo dice la mencionada ley: *Si quod extraxit piscium reddere noluit, id æstimari debet, quod extraxit*. *Si no quiere* entregar lo que ha pescado, pagará su estimacion. No fué la estimacion la que se compró, que fué lo que se pescase; y aunque irregular, sería más lógica la devolucion del precio y rescision del contrato, con daños y perjuicios, á eleccion del comprador.

Si no hubiera en el particular más leyes que las mencionadas, por violenta que fuere la teoría y la doctrina que sobre las mismas se ha fundado, no habria sino atenerse á ellas; pero afortunadamente, otras opiniones de jurisconsultos y otras leyes las contradicen. *Alienatio cum sit*, dice Pomponio, *cum sua causa dominium ad aliumt ransferimus... idque toto jure civili ita se habet; præterquam si aliud nominatim sit constitutum:*

(Ley 67, tít. 1, lib. 18 Dig.) Es decir, para que la obligacion de traspasar el dominio no sea inherente á la compra-venta, es menester pactar espresamente (*nominatim*) lo contrario. Y todavía Labeon lo espresara más terminantemente, si cabe, y lo sancionara Justiniano: *Nemo potest videri eam rem vendidisse, cujus dominium id agit, ne ad emptorem transeat; sed hoc aut locatio est, aut aliud genus contractus.* (Ley 80, id., id., id.) Tampoco en este punto las leyes pueden ser mas terminantes. No se puede pactar al contraer nada que impida entregar la cosa; y si se hace, seria otro cualquier contrato, pero no compra-venta.

Ahora se nos dirá: pero muchas veces el que de buena fé se cree dueño de la cosa que vende, no lo es en realidad: ¿cómo entonces trasmitirá el dominio que no tiene? Nadie puede pretenderlo. Pero no es esa la cuestion. No es la cuestion, si el que no tiene dominio ha de trasmitirlo; sino, si el que lo tiene, queda ó no obligado á trasmitirlo, por virtud del contrato de venta. En nuestra opinion, lo primero es de esencia del contrato, y sin más que la fórmula legal de éste; ó lo que es lo mismo, sin pacto especial de trasmitirlo: en la opinion contraria, no es inherente y esencial al contrato de venta la trasmision del dominio.

Y en cuanto á la trasmision de hecho, se realiza indefectiblemente, segun dichas leyes, y nuestra opinion, si el que vende lo tiene en realidad: y segun nuestras leyes, se realizará por el que, creyendo tenerlo, no es realmente dueño, si por herencia, prescripcion, ú otro título traslativo de dominio, llega á cooseguirlo: si no lo consigue, habrá eviccion; y la ley establece para ese caso los medios subsidiarios y reparativos que son posibles, en el saneamiento, devolucion, daños y perjuicios.

La cuestion en la teoria contraria es tal, que sus mismos patronos incurren en contradiccion. Pothier, por ejemplo, asienta dogmáticamente la no obligacion de trasmitir el dominio: lo funda en las mismas leyes que dejamos copiadas á este propósito: define, en consecuencia, la venta «un contrato por el cual uno de los contrayentes, que se llama vendedor, se obliga *á hacer que el otro*, que se llama comprador, *tenga la cosa, como dueño*, por cierto precio en dinero, que se obliga á pagar el vendedor» (Tratado de la compra-venta, artículo preliminar); y sin embargo, sienta despues rotundamente, que «*es en verdad de la esencia de la compra-venta, que el vendedor no retenga el derecho de propiedad de la cosa vendida, cuando sea su dueño; pues en tal caso, deberá trasferirla al comprador.*» A tales contradicciones é inconvenientes dá ocasion la teoría contraria á la nuestra.

Los mismos autores y las leyes romanas inculcan, que si el vendedor de cosa ajena llega despues á ser dueño de ella, está obligado á cumplir el contrato; lo cual, no puede realizarse, sino entregando la cosa y traspasando la propiedad; pues el haberla adquirido, es el motivo de haber de dar su último complemento al contrato.

Sostienen tambien, que en la estipulacion *de dar un fundo*, vá inherente la obligacion de trasmitir la propiedad; como si fuera, ni debiera ser más estricto un contrato unilateral, que uno bilateral, como la venta; un contrato por título lucrativo, que por título oneroso; á que hay que añadir, que entre nosotros todos los contratos, legalmente formalizados, tienen la misma fuerza que la estipulacion.

Convienen, como hemos visto, en que si el vendedor es dueño de lo que vendió, entonces es esencial al contrato la trasmision de la propiedad. Pero, ¿es por la fuerza legal del contrato, ó por alguna estipulacion especial simultánea ó posterior? Es, sin duda, por solo la fuerza legal del contrato, y entonces el contrato siempre es el mismo; y siempre lleva por tanto inherente la obligacion de trasmitir la propiedad, pudiendo, pues lo imposible no se manda, ni subentiende.

Y no hay acto, ni gestion legal ó judicial en materia de compra-venta, que no justifique lo mismo. Cuando peritos judicialmente nombrados, ó por eleccion ó compromiso de las partes, determinan el valor en venta de una finca, valoran ciertamente la propiedad

de ella; y no las facilidades que pueda tener el dueño, ó llevador para mantener al adquirente en la posesion y disfrute de la misma.

La voluntad, en fin, de los contrayentes, formalmente espresada y comprendida, es el justo criterio en los contratos; y no hay cosa más de comun sentido que el que compra aspira á hacer suyo lo que compra, y en ese concepto ajusta y paga; aspira á ser dueño, al *jus utendi*, *abutendique*, lo que se vé con mayor evidencia en las cosas fungibles, en las cuales es incomprensible la opuesta teoría.

Por todo ello, concluiremos con Caillet, en su celebrado comentario sobre la eviccion, que la mencionada teoría de los comentadores romanos carece de sólido fundamento y es contradictoria é insostenible en la práctica: añadiendo nosotros, que es de todo punto insostenible por nuestras leyes y por nuestra jurisprudencia, y que las leyes romanas que parecen espresarse en contrario sentido como hemos visto, han de entenderse del caso en que el vendedor no es dueño de la cosa vendida, ó en que de hecho no es posible la entrega de ella.

§. 4.° *De la compra con dinero ajeno.*

Habia establecido la ley 48, tít. 5.°, Partida 5.ª, que si uno con su dinero propio compra una cosa para otro, ó en nombre de otro, está en el arbitrio de éste aceptar ó no la compra. Y nada más natural, toda vez que el comprador no tuviese mandato, ni encargo para comprar á nombre de aquel. De otro modo habria el medio de obligar á uno sin su voluntad y hasta sin su noticia.

A continuacion la ley 49 del propio título y Partida, establece una cuestion, en cierto modo inversa, á saber, ¿á quién pertenece la cosa que uno compra para sí y paga con dinero ajeno. Tampoco esta cuestion, presentada así, puede ofrecer duda. En principio general, el que tiene en su poder dinero de otro, no es deudor sino de cantidad, y con ella paga.

Si en emplearlo hay abuso, de su cargo será tambien. No está en su mano hacer una novacion, que el tercero puede reputar gravosa. Se entiende, pues, que ha comprado para sí, y en esta duda lo resuelve la ley.

Pero hemos dicho que en principio general, y en ello no hay cuestion. La cuestion se ofrece si el comprador tiene á su cargo administracion ó tutela de la persona cuyo es el dinero: porque en efecto, si se prueba que con el dinero de los sugetos y clases que mencionaremos, y no con otro, se hizo la compra; si esta fuera tal, que estuviese indicada como útil, y aun como necesaria para el administrado dueño del dinero, de forma que todo buen administrador lo realizaria más bien para el dueño del dinero, que para sí: si por la compra, en fin, ha resultado tal vez perjuicio al mismo, malogrando ocasion de darle otra empleo con ventaja; tomando en cuenta, y probado este conjunto de circunstancias, y reducido el hecho á un caso judicial, razones de equidad y de justicia podria haber para decidir en favor del dueño del dinero; si bien para ello seria necesario que él reclamase, lo cual seria lo propio que obtar por la compra mejor que por el dinero.

Entre las circunstancias mencionadas, la prueba de ser el dinero ajeno, y precisamente del que puede alegar derecho á la compra, es de toda necesidad, pues esa es la razon cardinal; así como de gran dificultad la prueba, puesto que seria raro que el comprador no tuviese, ni suyo ni ajeno, otro dinero que aquel; y además se sabe que el dinero no se debe sino como cantidad, y en cuyo pago por tanto *tantumdem est idem*.

Todo lo dicho ha de entenderse en principio general; pues por lo demás la ley dispone que la cosa comprada sea para el dueño, «si tales dineros fuesen de caballero que estuviese en la córte del Rey, ó en otro logar en su servicio: ó si fuesen de menor de 25 años, e el que ficiese la compra lo toviese en guarda; ó si fuesen los dineros de alguna eglesia, é el perlado é el que fuese guardador á la sazon ficiese la compra; ó si fuesen los dineros de la dote de alguna muger, é su marido con voluntad de ella ficiese la compra... Pero en su escojencia es de cada uno de ellos (de los dueños del dinero) de tomar

la cosa comprada, ó los dineros, cual mas quisiere.»

La ley está apenas en práctica, en razon, sin duda, á que los dueños del dinero se miran mucho en lanzarse á la vía judicial, para dicho efecto, en vez de emplear en sus casos la accion de tutela, ó curatela, de administracion, de restitucion *in integrum*, dotal, etc.

APÉNDICE.

Proyecto de Código civil. «Artículo 1367. El contrato de compra y venta es aquel en que uno de los contrayentes se obliga á entregar una cosa, y el otro á pagar por ella un precio cierto y en dinero.

»Idem 1368. Si el precio consiste parte en dinero y parte en otra cosa, se calificará el contrato por la intencion manifiesta de los contrayentes: y no constando ésta, se tendrá por permuta, si es mayor el valor de la cosa, y por venta, en el caso contrario.

»Idem 1369. Para que el precio se tenga por cierto, basta que lo sea con referencia á otra cosa cierta, ó que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.

Si ésta no puede ó no quiere señalarlo, queda ineficaz el contrato.

»Idem 1370. Tambien basta para que el precio se tenga por cierto en la venta de granos, caldos y demás cosas fungibles, que se señale el que la cosa vendida tenga en tal dia ó mercado, ó un tanto mayor ó menor que éste, con tal que sea cierto.

»Idem 1371. El señalamiento del precio, no puede dejarse al arbitrio de uno de los contrayentes.

»Idem 1389. El vendedor no está obligado á entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, ó no se ha señalado en el contrato un plazo para el pago.

»Idem 1433. Aunque en la venta de bienes inmuebles se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolucion del contrato de pleno derecho, el comprador puede pagar aun despues de espirar el término, interin no haya sido puesto en demora por un requerimiento; pero si éste ha sido hecho, el Juez no puede concederle nuevo término.

Códigos extranjeros. Véase en la *parte legislativa*.

SECCION VIII.

DE LA ARRA Ó SEÑAL.

Hemos tratado ya de esta materia en todas sus aplicaciones, en el artículo **ARRAS**; y sin embargo, consignaremos aquí algunas indicaciones, que no serán sino una ampliacion, rectificando al paso algun error de imprenta allí no corregido, y por cuanto el proyecto de Código civil publicado despues, induce la novedad de alterar, si llega á ser ley, la de la Partida.

Arra, del hebreo *arabon*, y este de *arab*, y de aquí el griego *arrabon* (ἀρραβών) y luego el latin *arrha*, más frecuentemente *arrhæ*, en plural, ha venido siempre conservando su significacion, ya idéntica, ya en analogía con la del hebreo, que era *prometer, dar seguridades*.

En el sentido usual, moral y místico, no habria que precisar de todo punto la significacion, y sin dificultad se la ha venido tomando en él, á veces figurado, de *prenda, seguridad*.

En el sentido puramente civil, era ya otra cosa; pues que diversificando la acepcion, variaba tambien la obligacion que habia de resultar: y de aquí las diferencias casuísticas, espresando *arra*, unas veces, *seguridad de contratar* sobre caso determinado: y en la venta, por ejemplo, *garantía de la promesa de venta*: *seguridad otras veces para haber de consumar la venta perfeccionada*: demostracion y *prueba de la convencion*, con pacto ó no sobre ello: *anticipo, como parte del precio*, en caso de que las arras se hubiesen constituido en dinero: y *pena*, en fin, *de no llevarse adelante lo pactado*. Las leyes no han tomado todas el arra en los enunciados conceptos, y ni en un inverso sentido fijo y uniforme; sino, cada una en alguno de ellos sin uniformidad tampoco; y de aquí la divergencia de los autores, y el motivo porque creemos necesaria una reseña abreviada, pero exacta y comparada, del derecho.

Por el orígen etimológico de arra, vemos que su uso es anterior á las leyes romanas; y si fuera necesario descender á más prolijos pormenores, la hallaríamos coetánea de todas las civilizaciones.

Claro es que no se constituiria en dinero cuando este no era conocido; y sí lo sería en cosas estimables, y en objetos simbólicos, que merecieran aprecio ó respeto.

En los primeros tiempos de los romanos se daba á veces un anillo; á veces algunas monedas, á veces despues las dos cosas; y en esta última forma las ha admitido el ritual cristiano, en la celebracion del matrimonio.

En los actos de la contratacion, sobre todo desde que el dinero fué el signo universal de la riqueza, y en cuanto á la venta, desde su orígen, esto es, desde que debia mediar precio, y ser de necesidad en dinero, prevalecieron las dos prácticas, las de constituir el arra en dinero, ó en efectos; pero más comunmente en dinero.

Así empiezan ya las leyes romanas á legislar acerca de ella. Pero veamos para qué fines y con qué significacion.

A esto conduce la reseña comparada del derecho que hemos indicado. Una sola mirada bastará, así para ver y juzgar en conjunto ambas legislaciones, y aun todas; y apenas podrá comprenderse que despues de tantos siglos, y brillantes períodos legislativos; despues de los prolijos y esmerados trabajos de unos y otros comentadores, no hallemos sobre arras sino una incomprensible confusion: y veremos al paso que ilustrados comentadores, para conciliar las disposiciones de las leyes sobre arras con los principios cardinales sobre pactos y contratos, tienen que apartarse del tenor de las leyes.

Cuatro cuestiones principalmente convenia haber fijado y resuelto con precision en el particular: 1.ª, la fuerza probatoria del arra: 2.ª, si decidiéndose á perderla el que la dió, queda libre del convenio, y eso sin diferencia de que éste sea solo promesa de contraer, ó ya contrato empezado á realizarse, ó ya perfecto: 3.ª, si perdidas las arras, se libra la parte por ello de la indemnizacion de daños y perjuicios por no cumplir lo convenido: 4.ª, si condenada la parte en este caso en daños y perjuicios, puede recobrar el arra, ó ha de perderla tambien.

Ahora veremos si estas cuestiones se resuelven, ó si más bien se complican, por las leyes del caso.

Digesto. Las arras, dice Gayo, que con frecuencia se dán en la venta, no significan que sin ellas sea ésta ineficaz; sino que sirven para demostrar con mayor evidencia *que se ha convenido sobre el precio.* (Ley 35, título 1.º, libro 18). Que se ha convenido sobre el precio: pero como tambien se dán en la mera promesa de venta, no servirán siempre para demostrar la perfeccion del contrato. Y si por otra parte sirven solo para demostracion, no autorizan el arrepentimiento y rescision del contrato.

Segun las mismas leyes, si por convenio se deshace el contrato, ó si buenamente se consuma, en ambos casos se devuelve el arra (Ley 11, tít. 1.º, lib. 19).

Código. Asentó el Código el principio cardinal de que, perfecto el contrato de venta, no puede rescindirse sino en virtud de pacto, ó por mútuo convenio. «Así es, que, añade, si uno dá arras, como parte del precio, puede pedir *más bien* que el vendedor cumpla, que no que se le devuelvan aquellas (Ley 2, título 45, lib. 4.º). La solucion es por demás ambigua, y no se concilia con el principio cardinal enunciado. Si dió las arras como parte de precio, no solo el contrato era ya perfecto; sino que habia empezado á consumarse de mútuo convenio; pues si el comprador lo entregaba á calidad de precio, el vendedor lo recibia en el propio concepto. Y sin embargo, y pues que el comprador podrá pedir, no absolutamente que se lleve á término la consumacion; sino *más bien* esto, que el que se le devolviesen las arras, es decir, que tambien podrá optar por este medio, aunque fuese *menos bien.* Y de adoptar este estremo, ¿se rescindia el contrato? Hay que decir que no, pues la devolucion, en su caso, del arra, que era tambien parte del precio, parece no puede significar sino que, en tal caso, tendria que entregar el precio íntegro, ó sin descontar el arra.

Si las arras se han dado sobre promesa de venta, haya de ser esta por escritura ó no, aunque nada se pacte sobre lo que se hará de ellas, caso de no formalizarse el contrato, el que prometió comprar y lo rehusa, perderá el arra; el que prometió vender, perderá el arra y otro tanto en el mismo caso (Ley 17, tít. 2, lib. 4.°, id.).

Instituciones. El contrato de venta, dice Justiniano en sus Instituciones «queda perfecto, desde que se convienen en el precio, aunque no se haya pagado, ni dado arras, *pues las arras son solo argumentum emptionis et venditionis contractæ.* Si el contrato ha de ser por escrito, no se perfecciona hasta que se haya otorgado el instrumento ó firmado por las partes: *mientras falte alguno de dichos requisitos, permitimos á las partes separarse* (*recedere*) impunemente. Ita tamen *impuné eis recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum:* hoc enim subsecuto, sive in scriptis, sive sine scriptis *venditio celebrata est*, el que reuse consumar (*adimplere*) el contrato, si es el comprador, *perderá lo que dió*; *si el vendedor el duplo*, aunque nada se haya estipulado sobre lo que se ha de hacer de las arras.» (Instit., título 23, libro 3).

Vemos que en el contrato oral, las arras, si intervienen, son solo *argumentum emptionis contractæ*. Habremos de repetir nuestra observacion de que tambien se dan en la mera promesa de venta, en cuyo caso no serán siempre prueba de haberse perfeccionado el contrato: pero entre tanto nada de rescision del contrato por puro arrepentimiento de una parte, y resistiéndolo la otra.

Mas á continuacion dá lugar el legislador á la confusion que le imputan los autores. Habla del contrato que haya de ser *in scriptis*. Mientras falta la firma ú otro requisito, las partes pueden *impunemente arrepentirse*. Y lo comprendemos, aunque sin justificarlo: no hay todavía contrato perfecto; si bien hay ya convenio sobre haber de escriturar, y en España, en tal estado, se obliga judicialmente al resistente al otorgamiento de escritura. Así aparecen las partes obligadas, y así se hará cumplir la obligacion. Pero si han mediado arras, añade el legislador, ya no se *retirará impunemente* el que las dió, y antes, si es el comprador, perderá lo que dió; si el vendedor, el arra doblada. No era esto todavía del todo violento; en el supuesto caso de que aun estaba pendiente la perfeccion del contrato; y entonces, continúa la ley: «*pœnitentiæ locus est .... sive in scriptis, sive sine scriptis ven ditio celebrata est.*» Pero este no parece ya el contrato que pendia de perfeccion hasta el otorgamiento de la escritura; sino la venta, aun escriturada ya; *sive in scriptis venditio celebrata est*. Es sin duda violenta esta resolucion, pues un contrato, no ya perfecto; sino aun escriturado, será roto al arbitrio de una parte, sin más que perder el arra; y hay violencia y confusion en entenderlo de otro modo, pues sin riesgo y arbitrariedad no puede tomarse un contrato, ya escriturado, por el convenio de escriturar, y al cual parecia querer ceñirse la ley. Indicaremos despues el juicio de los autores sobre el particular.

Fuero Juzgo. «Quien toma sennal por alguna cosa, dice la ley 4, tít. 4, libro 5, *cumpla lo que prometió*. E si el comprador, por enfermedad, ó por otra grand coyta, *no pudiese pagar al plazo*, envíe otro cualquiera que pague por él: é si non fuere, ó *non quisiere enviar, reciba su sennal*, que dió, *é non vale la vendicion.*» El que *toma sennal*, cumpla lo que prometió. Y el que la dá ¿no debiera cumplirlo? Pero despues del escelente principio sentado, luego vemos que el comprador que dió señal, tiene en su mano recojerla y dejar sin efecto el contrato.

Fuero Real. «Si el comprador *no quiere pagar el precio, pierde la señal* que dió, *é no vale la vendida*. E si el comprador *no diere señal* por la vendida, é diere alguna partida del precio, no se puede desfacer la vendida, fuera por avenencia de amas las partes. (Ley 2, tít. 10, lib. 3). *Si no diere señal*, y si parte de precio: ¿y si no diere parte de precio y diere señal? Por la disyuntiva que pone la ley, y por lo determinado respecto del vendedor, hay que decir que podrá el comprador retirar la señal, y no valdrá el contrato.

Leyes de Partida. La ley 7, tít. 5, Parti-

da 5, hace supuesto de que vendedor y comprador *pueden arrepentirse*, perdiendo la señal: el comprador la que dió; el vendedor la señal doblada. Salvo si el comprador espresó que dá el arra *como señal* y en *parte de precio*, ó *por otorgamiento*, en cuyo caso ninguno de los contrayentes puede separarse, y se sostiene el contrato.

Por de contado que apenas se vé ya un contrato en que se observe esta ritualidad. No es claro por otra parte que significa dar la señal por otorgamiento; y el mismo Gregorio Lopez dice no haber visto esa fórmula en otra ley: y nos parece equivaler á dar señal, como *argumentum emptionis contractæ*: pero eso no se podia dudar, pues se habla de *precio* que hay que pagar, lo que evidencia que hay contrato perfecto.

Hemos visto ya que hasta las instituciones de Justiniano, las leyes romanas, sin interpretar las del Código con suma violencia, no autorizaban el arrepentimiento, rompiendo al arbitrio un contrato perfecto, con solo perder las arras. Las Instituciones indujeron, ó con su lenguaje dieron lugar á que se creyere inducida por ellas, la novedad del arrepentimiento potestativo, perdiendo el arra. Las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real, aunque oscuras y diminutas, parecen confirmarlo: y la ley de Partida, si no lo confirmó tambien, dejó un tanto perpleja la cuestion: pues, si, como escepcion, ordena que no haya lugar al arrepentimiento cuando el arra *espresamente* se dió *como señal y parte de precio*; ó *por otorgamiento*; parece queda establecido como regla general, que, cuando el arra no se dá espresamente bajo tales formas, tiene el concepto de *pena*, y ha lugar, perdiéndola, como la ley ordena, al arrepentimiento.

Que este es en rigor lógico, el sentido de la ley de Partida, no puede dudarse: pero no puede dudarse tampoco que tal sentido, en la primera parte de la ley, esto es, cuando no se espresa que el arra se dá como señal y parte de precio, ó por otorgamiento, es contraria á la seriedad de los contratos, y á la índole y esencia de los consensuales, que no se resciuden por las partes; sino por mútuo disenso, ó por pacto espreso, ya anterior ya posterior á la perfeccion de ellos.

Así han empezado á precaver tal inconveniente, el interés individual y el buen sentido, haciendo menos frecuente cada dia la dacion de arras, salvo en los casos, que despues indicamos; la jurisprudencia, interpretando siempre lo oscuro ó dudoso de la constitucion del arra, en favor del contrato. Jurisconsultos de los mas sensatos, como Vinnio y Pothier, interpretan las leyes romanas, de modo que siempre se entienda que únicamente dan lugar al arrepentimiento; salvo pacto espreso en contrario, en contratos *no perfectos*: y las legislaciones modernas, negando de todo punto la rescision al arbitrio solo de una de las partes; ó limitando sus sanciones á la mera promesa de venta, y de todos modos al contrato aun no perfecto.

Códigos estranjeros. Y con efecto, segun el Código civil francés (art. 1590), «Si la promesa de vender se ha hecho mediando arras, pueden las partes arrepentirse: el que las dió perdiéndolas; el que las recibió, restituyéndolas dobladas.» El Sardo (1696) el de las Dos Sicilias (1435), y el de Vaud (1122) como el francés. El Código novísimo de Holanda (1500): «Si en la venta han mediado arras, ninguna de las partes puede separarse, sea perdiéndolas, sea restituyéndolas.» El de Prusia (211 y 112, tít. 5, Part. 1): «Cuando median arras, se reputarán parte del precio, y en él se descontarán: las partes no pueden separarse, ni el que las dió, perdiéndolas, ni el que las recibió devolviéndolas.» Por las leyes inglesas, en fin, no solo no pueden arrepentirse ninguna de las partes, mediando arras; sino que ellas afirman irrevocablemente el contrato: y por estatuto de Cárlos II (Blackstone, lib, 2.°, cap. 30) cuando el valor de la cosa vendida esceda de 10 libras esterlinas, no vale el contrato, si el comprador no dá por arras una parte del precio, y el vendedor una parte de la mercancía, pudiendo ser.

Siguiendo la misma tendencia el Proyecto de Código civil, dice resueltamente en su artículo 1378: «Aunque hubieren mediado arras ó señal, no podrá rescindirse el con-

trato por el hecho de allanarse el comprador á perderlas, ó el vendedor á devolverlas duplicadas.»

Llama la atencion á primera vista la circunstancia, de que por todas las leyes, tratándose del perdimiento del arra, el vendedor la pierde doblada, y el comprador sencilla solamente. Las leyes se han fundado en lo que regularmente sucede, y es, que es el comprador el que de ordinario dá arras. Y como, en tal supuesto, es el vendedor el que la recibe, si no hiciera mas que devolverla, no queda castigado, pues devolvia únicamente lo que habia recibido: devolviéndola doblada, se iguala la condicion de las partes, pues un *simplo* del arra es el que recibió del vendedor, y el *otro* el que pierde por parte suya, con lo cual cada parte pierde igualmente una arra. La legislacion francesa y otros Códigos han rectificado muy adecuadamente la fórmula, diciendo en tal caso, en vez de comprador y vendedor, que pierde el arra *el que la dió*, y la restituye doble *el que la recibió*; es decir, que, siendo él el que se arrepiente, devuelve el arra que recibió, y en pena paga otro tanto.

Como lo pactado, dentro de lo autorizado, ó permitido por las leyes, es la primera ley del contrato, los tribunales, sobre la significacion y destino de las arras, habrán de estar á lo convenido por las partes. Ellas pueden convenir en que con la pérdida espontánea del arra, terminen todas las obligaciones recíprocas y efectos del contrato, en cuyo caso se vé que el arra es de todo punto penal y resolutiva del convenio. Pueden convenirse en que el arra se pierda, no obstante el derecho de la parte contraria para pedir que se lleve adelante el contrato: pueden convenir en que, llevándose adelante el contrato por compulsion judicial, se devuelva el arra: en que en este caso, perdiendo el arra, no haya condena en daños y perjuicios: pueden convenir en otras muchas combinaciones, y aquello en que se pruebe haber convenido en forma legal, eso es, repetimos, la ley del contrato: de donde se infiere cuanto es el interés de las partes en ser explícitos sobre la significacion y destino del arra. Si no lo fueren, será á riesgo en cada caso, del que debió ser esplícito en estipular y no lo fué.

Si nada se ha estipulado, si no hay mas que el nudo hecho de haberse entregado arras, está autorizada, como necesaria, la interpretacion judicial, de que en caso de duda, debe estarse por la eficacia y cumplimiento del contrato; pues que así está en los principios generales del derecho; y en los especiales de la compra-venta; y porque el arra, que de ordinario se dá para corroborar el contrato, no debe servir para hacerlo ineficaz, cuya consideracion tiene toda su fuerza, si las arras se entregaron, ya perfecto el contrato.

Debe tenerse presente que el arra tiene siempre una significacion fija, y otra relativa. La primera es la de señal y testimonio de que se ha convenido en algo: en el contrato ya perfecto es *argumentum emptionis*; en la mera promesa de compra-venta *argumentum promissionis*. Aun en este caso, si se ha convenido sobre la entrega del arra, ya esto mismo es un pacto formal. No es esto decir que la entrega del arra sea ya una prueba judicial de lo pactado: es solo un indicante muy atendible, cuyo valor probatorio deducirá el criterio judicial de las circunstancias del caso.

La segunda significacion de las arras es la de garantía de lo convenido; lo cual pende sin embargo de la cuantía ó valor de ellas, y por eso esta significacion es relativa. Si se dá como arras un mero símbolo, una llave, por ejemplo, no importará mucho á la parte el perderla, y será solo señal de que se ha convenido en algo; pero no garantía; ni nadie podria considerar su pérdida como pena. Así en la primera sigoificacion, el arra está sustituida en muchos pueblos por el hecho sencillo, pero significativo, de darse las partes las manos: y entre nosotros, entre las gentes del pueblo, por eso mismo y tambien por lo que se llama *robla ó alboroque*: medio á veces, eficaz de prueba, pues de ordinario pasa ante testigos.

Hemos indicado arriba que en los contratos la entrega de arras es cada dia más in-

frecuente: en los muebles, por la rapidez misma de la actual contratacion; en los inmuebles, porque el registro público viene haciendo casi inevitable el otorgamiento de escritura pública: y en todo por las contiendas judiciales, á que de ordinario daba lugar.

Hoy, sin embargo, es todavía practicado en las ventas de cereales, caldos, ganados y otros artículos de consumo, á tragineros, ó agentes de empresas que ajustan, y no recojen desde luego, sino habiendo de pasar mas ó menos tiempo, lo comprado. El vendedor puede malograr una ocasion, y precave el daño, exigiendo señal ó arra, cuya cuantía y pérdida en su caso, sea un estímulo para que el comprador no falte al contrato, como ni á su vez el vendedor.

Véase ahora el artículo ARRAS *en los contratos*: Véase á Pothier, Tratado de la compra venta, núm. 497.

SECCION IX.

DEL VENDEDOR: RESÚMEN DE SUS OBLIGACIONES Y DERECHOS.

Las obligaciones y derechos del vendedor, y los del comprador, abarcan casi en totalidad la compra venta, que podria desenvolverse bajo ese doble epígrafe, como lo verifican algunos autores, y varios Códigos modernos. Pero la necesaria division de materias, á que dá lugar el órden alfabético de la ENCICLOPEDIA, hace que cada artículo sea una monografía, y no un tratado colectivo: por lo que en la presente, y siguiente seccion, indicamos solo en resúmen las obligaciones y derechos del vendedor y del comprador, verificando su desenvolvimiento en las secciones respectivas y artículos particulares.

Los derechos del vendedor son correlativos á sus obligaciones y á las del comprador; como sus obligaciones lo son á sus derechos y á los del comprador tambien.

Sus obligaciones se derivan de tres principios: de la naturaleza del contrato, ceñido éste á sus propios términos, y tal cual sería sin la adicion de ningun pacto: de la moralidad y buena fé, que son y deben reputarse inherentes á todo contrato: de los pactos aditicios, ya simultáneos, ya sucesivos, hasta la entrega.

Las principales que se derivan del primer principio, son:

1.ª Presentar ó dar á conocer con claridad y verdad la cosa, manifestando sus cargas y los vicios, si los tuviere.

El faltar á esta obligacion podrá esponerle en su caso á la accion de dolo, y á las *quanti minoris* y *redibitoria*. La manifestacion de las cargas y demás circunstancias ha de ser tal, que responda á lo exigido por el art. 9 de la Ley Hipotecaria, para que el comprador pueda registrar convenientemente su título de adquision.

2.ª Entregar la cosa al comprador, con sus agregados y con sus aumentos y deterioros naturales, luego que le sea pagado el precio, ó dádose por satisfecho de él; salvo si la cosa ha perecido sin su culpa, en cuyo caso es sabido que perece para el comprador: y entregarla en la forma, tiempo y lugar que se estipuló.

3.ª Soportar los gastos de entrega, segun se haya pactado; y aunque no se haya pactado, todo lo necesario para desembarazar la cosa, y ponerla en estado de ser entregada, segun se estipuló.

4.ª Traspaso de todos los derechos que tenga en la cosa: si el dominio, el dominio; si solo la posesion, la posesion.

5.ª Conservarla hasta la entrega, cuidándola, como cuida sus cosas el buen padre de familia.

6.ª Salir á la defensa del comprador, siempre que éste sea judicialmente inquietado en la posesion y disfrute de la cosa, ó sobre la propiedad de la misma; salvo que el comprador tenga derecho propio que ejercitar en aquel caso, como si la cuestion es posesoria, y está ya en la quieta y pacífica de la cosa más de año y dia; ó si se trata de reivindicacion, y él la ha prescrito ya.

7.ª Responder de eviccion y saneamiento.

8.ª La debida responsabilidad por haber se constituido en *mora*.

9.ª Entregar la titulacion.

10.ª Estar á todas las consecuencias de la accion *ex empto*, que asiste al comprador, que ha cumplido con sus obligaciones como tal.

Del segundo principio nacen las obligaciones ya insinuadas en la primera de las anteriores; esto es, la de ser moral, evitando, así el dolo que dá ocasion al contrato, como el dolo incidente, la culpa lata y la leve, y todo género de fraude ó engaño.

Del tercer principio, en fin, las que proceden de todo pacto lícito, segun esponemos en la Seccion 12, y pues que en España todo pacto lícito produce obligacion, y de cualquiera manera que se pruebe que el hombre quiso obligarse, así queda obligado, y así será compelido.

SECCION X.

DEL COMPRADOR: RESÚMEN DE SUS OBLIGACIONES Y DERECHOS.

Por las propias razones, allí espresadas, damos aquí por reproducida la cabeza de la seccion anterior.

Los derechos del comprador son tambien correlativos á sus obligaciones, y á las del vendedor; como lo son sus obligaciones á sus derechos, y á los derechos de aquel. Sus obligaciones se derivan de los mismos tres principios que las del vendedor.

Las que se derivan del primer principio son:

1.ª Pagar el precio.

2.ª Recibir la cosa, lo cual es al propio tiempo derecho.

3.ª Estar á todas las resultas de haberse constituido en *mora*, así en el pago, como en recibir la cosa, lo cual esplicamos en la Seccion 8.ª

4.ª Abonar todos los gastos de conservacion de la cosa hasta la entrega.

5.ª Citar, en su caso, de eviccion, en tiempo y forma, al vendedor, si ha de poder reclamar contra él por eviccion y saneamiento.

6.ª Sufrir, hasta la entrega, los menoscabos y hasto la pérdida de la cosa, cuando una y otros provienen de motivos independientes de la voluntad del vendedor; así como ceden en su provecho los aumentos y demás ventajas.

7.ª Estar á todas las resultas de la accion *venditi*.

Las obligaciones que nacen del segundo principio, son respectivamente iguales á las del vendedor.

Las que nacen de los pactos, serán las que resulten de ellos, como respecto del vendedor dejamos indicado.

SECCION XI.

CONDICIONES.

El método de LA ENCICLOPEDIA nos impide esponer aquí la índole y efectos legales de las condiciones, lo cual ha de verse en el artículo particular **CONDICION** y las especies de esta.

Como además toda condicion se resuelve en un pacto, y pues que en la venta, como en todo negocio entre partes, pueden ponerse tantas condiciones, é intervenir tantos pactos, cuantos permiten la moral y las leyes, veánse tambien los artículos **CONVENIO: ESTIPULACION: PACTO.**

Hay convenios, sin embargo, que son peculiares de la compra-venta, ó más comunes en ella que en otras convenciones; sobre lo cual véase á continuacion la Seccion 12.

Entre las condiciones que pueden, y suelen intervenir en la compra-venta, merecen especial atencion las *suspensivas*, por la circunstancia de que tienen en suspenso los efectos del contrato, mientras no se realizan, y hasta entonces no se verifica la perfeccion del contrato, ni tienen lugar los efectos legales que son consiguientes á ella; como el pasar la propiedad de la cosa al comprador, en el sentido de que desde entonces los riesgos y ventajas de la cosa vendida son de su cuenta, con lo demás que dejamos espuesto en las secciones anteriores: y á su vez merecen igual atencion las condiciones *resolutorias*, por cuanto deciden de la subsistencia del contrato.

Debe tenerse presente de hoy más, que segun la Ley Hipotecaria, «el cumplimiento de las condiciones suspensivas y resolutorias, ó rescisorias de los actos ó contratos inscriptos, se hará constar en el registro, bien por medio de una nota marginal, si se consuma la adquisicion del derecho; ó bien por una nueva inscripcion á favor de quien corresponda, si la resolucion ó rescision llega á verificarse» (art. 16). En cierta correlacion con este artículo dispone el 36, que «las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra tercero, que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido por esta ley;» si bien, conforme al art. 37, se esceptúan de la regla contenida en el artículo anterior, las acciones rescisorias y resolutorias, que deban su origen á causas que consten esplícitamente en el registro, etc. Véanse las Secciones 12 y 15.

SECCION XII.

PACTOS.

Ya se comprenderá que no vamos á esplanar aquí la teoría de los pactos en general, lo cual tiene su artículo aparte; sino á hacer mencion de aquellos que se ligan mas al contrato de compra venta que á otro contrato.

§. 1.° *Pactos en general.*

Ha prevalecido justamente como un axioma general, que *los pactos dan ley á los contratos;* y mal podria esceptuarse de esta ley el contrato de venta.

A este, como á todos los demás, afectan los pactos, ya en general, ya especialmente. «Postura ó pleito que ponen entre sí el comprador y el vendedor, solo que non sea contra las leyes, nin contra buenas costumbres, debe ser guardado.» (Ley 38, tít. 5.°, Part. 5.ª) Y no solo los pactos simultáneos; sino aun los anteriores y los sucesivos, hasta que se consume el contrato, y dado que hoy todos producen accion, como es sabido. Podrán hacer degenerar el contrato, variando su esencia ó eficacia; pero regirán, no escediendo el límite de la ley, esto es, las leyes y las buenas costumbres, como si antes del contrato ó simultáneamente se estipulase que, aunque se fije el precio, no ha de ser obligatorio el pago; en cuyo caso, como hemos manifestado en las secciones anteriores, no habria venta, sino donacion ú otro contrato. *Los pactos*, pues, dan siempre *ley al contrato*; pero es menester, que sobre ser sérios y morales, sean además esplícitos y adecuados; pues en caso de duda, ésta se resolverá en favor del contrato, si consta y se prueba que el propósito formal de las partes fué el de compra venta: lo contrario será si resultase con evidencia que el fin principal de los contrayentes se encerraba en el pacto. Pudiera suceder que por un pacto posterior al contrato, se estipulase que no hubiera de solventarse el precio, por ejemplo. Esta es, seguramente, una nueva convencion, y por ser referente á un contrato anterior, una novacion; pero que no destruye la esencia del contrato al realizar éste, pues que entonces concurrieron las tres entidades esenciales, *cosa*, *precio* y *consentimiento*. Otros pactos son especiales en el contrato de compra-venta, y de ellos hacemos mencion en los párrafos subsiguientes.

§. 2.° *Pacto de la ley comisoria.*

Este es uno de los pactos lícitos que pueden acompañar á la venta. Consiste en estipular, siendo aquella al fiado, que si hasta un término convenido no se solventa el precio, se tiene la cosa *por no vendida*: *ut, si ad diem pecunia soluta non sit, fundus inemptus sit.* (Ley 2, Digesto, *De lege commissoria.*)

Lo que se llama aquí *ley comisoria* es el pacto mismo, en los términos que queda espresado, y por cuanto determinadamente recibió de la ley nombre y fuerza civil de obligar.

El pacto queda formulado, como lo formula la ley: esto es, en los términos mas absolutos que puede serlo, y sobre este supuesto recaerán nuestras observaciones; entendiéndose, sin embargo, que el mismo puede ampliarse ó modificarse mas ó menos: por ejemplo, si los frutos vencidos desde la venta á la resci-

sion han de ser del vendedor ó del comprador, y en qué forma; si para la rescision será indispensable la reclamacion del precio, ó si por el hecho de ser vencido el plazo sin pagar, quedará rescindido el contrato, etc., y como se formule, así habrá de estimarse y aplicarse.

Limitado el pacto á los términos absolutos, que en un principio quedan espuestos, parecia estar en el orígen del derecho romano, que el lapso de tiempo importaba necesariamente, y por sí solo la rescision.

No parecia prestarse á otro temperamento las palabras terminantes é imperativas de las leyes: *fundus inemptus sit*; y tal es la opinion de autores respetables, como Pothier (*de la compra-venta*), si bien reputándolo inconveniente.

Y con efecto, este sentido podia ser perjudicial para las dos partes; y las leyes mismas autorizaron una jurisprudencia mas adecuada y equitativa, justamente admitida por nuestros tribunales. Como la pena de la rescision se ha establecido en favor del vendedor, se ha dejado á su arbitrio el pedir su aplicacion, vencido el plazo, sin que se haya realizado el pago; y por tanto, si en este caso el vendedor no pide la declaracion de rescision, el contrato subsiste y debe subsistir.

La accion del vendedor entonces estará limitada á pedir el pago por los medios ordinarios; ó de otro modo, el vendedor puede entablar, en su caso, una de dos acciones: la de rescision ó la de pago, en el bien entendido de que entablada una, no puede abandonarla para ejercitar la otra.

En lo cual, sin embargo, es preciso reconocer un caso de escepcion. Si vencido el plazo, el vendedor prefiere deducir la accion de pago, y el comprador resulta insolvente, en el sentido de no poseer otros bienes que el fundo comprado, nada puede, ni debe impedir que entonces pida la rescision; ni por tanto que desde luego entable una demanda disyuntiva, para el pago, y caso de insolvencia, para la rescision del contrato. De otro modo el vendedor quedaria sin el precio, y la cosa vendida; y el comprador por el contrario vendria á disfrutar lo que no habia pagado.

La insolvencia podrá ser aun mas absoluta, si hubiese perecido el fundo, ó por haberlo enajenado. En el primer caso, el comprador es deudor siempre, y responderá, llegando á mejor fortuna: en el segundo, el vendedor, esto es, el verdadero dueño, lo cual no podia ser nunca el comprador, mientras no pagase, podrá perseguir la cosa contra cualquier poseedor, quedando siempre responsable por daños y perjuicios el primer comprador.

En cuanto á éste, son evidentes tambien las ventajas de la jurisprudencia que venimos esponiendo; pues no procediendo la rescision á todo trance y por solo el hecho del no pago, sino en virtud de peticion del vendedor, puede deducir y utilizar cuantas escepciones le suministre el derecho; como oferta de pago no aceptada, ó resistida por el vendedor, entrega de parte notable del precio, etc. Una cosa no puede nunca pedir, no siendo por otros fundamentos que el pacto absoluto, y es la rescision: derecho que es esclusivo del vendedor, y pendiente de su arbitrio. «*Legem commissoriam, quæ in venditionibus adjicitur, si volet venditor, exercebit; non etiam invitus.*» (Ley 3, título antes citado del Digesto.) Por otra parte, no podria hacerlo antes de vencer el plazo, porque su deber es pagar; y no despues, porque siempre el derecho es del vendedor; y si no se autorizara, todos los compradores apelarian á ese medio, *exusta villa*, como espresa la ley 2 del indicado título, esto es, cuando hubiese perecido la cosa, en cuyo caso les seria muy ventajosa la rescision, tanto como gravosa é injusta para el vendedor: era en realidad un ludibrio, quedando cuando mas al vendedor la accion de daños.

A otro abuso parecido dá lugar por su naturaleza el pacto mismo de la ley comisoria. Un comprador, que se siente descontento del contrato, tiene en su mano el librarse de él, dejando de pagar, aunque pueda, y haciendo necesaria la rescision; pero de eso debe el vendedor culparse á sí mismo; por que á él interesa el mirar con quien contrae, y porque además, solo queriendo él, puede establecerse el pacto.

Parece fundado que este no pueda tener lugar sino en la venta de inmuebles. Por lo menos las leyes hablan siempre de éstos, al hacerlo de la ley comisoria; y por otra parte, así parece estar en la naturaleza de las cosas, pues los no inmuebles, ó se consumen, ó desaparecen fácilmente, y entonces seria inútil la rescision, mientras ésta por otra parte pareceria impedir, é impediria en muchos casos, el uso de lo comprado. No hallamos, sin embargo, una repugnancia absoluta en la ley, y basta que esta no lo prohiba, para reputarlo permitido; y es del interés peculiar de las partes el examinar la posibilidad y la conveniencia del pacto en la venta de muebles, y las restricciones que habrian de asegurar el éxito.

En el rigor de los principios no ofrecia dificultad la cuestion de si, no realizado el pago dentro del tiempo convenido, el vendedor tiene un tiempo indefinido para pedir la rescision; por que al cabo su accion es indudable, y las acciones tienen su tiempo legal para prescribirse, que aquí, salvo estipulacion en contrario, no seria menor que el de 20 años, como accion personal; pero la equidad y la conveniencia social lo resisten. Porque ¿qué estado es el de una propiedad poseida así indefinidamente, observacion que habremos de repetir, y repiten los autores, al hablar de la retro-venta? Conviene fundar jurisprudencia en el sentido de que el vendedor debe hacer uso de una de sus acciones, luego que llega el término señalado; y si no lo verifica, ha de entenderse que se atiene á la personal de pago, que, como tal, durará 20 años. Coincide con esta opinion el sentir de Papiniano, convertido luego en ley (4, título citado del Digesto): *Statim atque commissa lex est, statuere debitorem debere, utrum commissoria velit exercere, an potius pretium petere.* Por dura que parezca esta jurisprudencia, no lo es menos el estado incierto de la propiedad por un tiempo indefinido: estado que el comprador puede prevenir, ya ofreciendo el precio, ya pidiendo que opte el vendedor entre hacerse cargo de la finca, ó por la accion personal de pago. De todos modos, estas observaciones persuaden la necesidad de que en la escritura de venta, al consignar el pacto, se prevengan esplícita y oportunamente todos los inconvenientes; y siendo los pactos y condiciones conformes á las leyes, así se observarán.

Las leyes todas hablan del pacto de la ley comisoria definida, ó por término limitado. Los autores, sin embargo, admiten como lícito el pacto indefinido, en cuyo supuesto, en cualquier tiempo, puede el vendedor pedir la rescision. El pacto en esta forma es tan duro y perjudicial á la propiedad, que por eso sin duda no lo hemos visto consignado en ningun caso; pero si se diese, no hay mas que decir para sostenerlo, que el que las partes, conocedora cada una de sus intereses, lo han querido así.

Contra la racional jurisprudencia que esponemos al principio, de no reputarse resciso y fenecido el contrato en el rigor del derecho, dado el caso de no pago, se vé en los antiguos formularios de escritores, consignada la cláusula terminante, de que, «pasado el término convenido, sin realizar el pago total, *quede por el mismo hecho nula la venta*:» cláusula exagerada que los tribunales reducirán á su verdadero valor; como opuesta, por otra parte, al texto equitativo y terminante de la ley de Partida (38, tít. 5.°, Partida 5.ª), que espresamente consigna la necesidad, ó por lo menos la posibilidad legal de demanda, y por tanto de declaracion judicial. «Pero con todo esto, en su *escogencia* es del vendedor de *demandar* todo el precio, *ó facer que vala la vendida; ó de revocarla.*»

Dada la rescision, el comprador devolverá la finca, subsanando los desperfectos que haya tenido por su culpa; y los frutos debidos producir, deducido el gasto de produccion y conservacion; «fueras ende si aquel que la vendió non quisiese tornar la señal, ó la parte del precio, que oviese rescivido; ca estonce non debe haber los frutos.» (Ley 38 citada.) Lo cual ha de entenderse, si la parte del precio recibida no escede del valor de los frutos; pues en este caso se hará la debida reduccion, abonando el esceso al comprador.

Como se vé, la ley hace potestativo en el vendedor el quedarse en el caso antedicho

con la señal, y la parte de precio, por los frutos; y es decir, por tanto, que puede preferir devolver la parte de precio y el arra, y pedir íntegros los frutos.

Las leyes romanas autorizan tambien el pacto de que, si en caso de rescision, el vendedor, vendiendo la cosa á un tercero, fuese en menor precio, este perjuicio será de cargo del primer comprador; lo cual es seguramente un caso de tribunales, que apreciarán en justicia la causa verdadera del menor precio en la segunda venta.

Si dentro del plazo convenido, el comprador ha intentado pagar, y por culpa del vendedor no se ha realizado el pago, no habrá lugar á la rescision.

Lo propio sucederá, si el comprador no ha tenido á quien ofrecer el pago, por muerte ó ausencia del vendedor.

Los autores reputan equitativo que, durante el pleito, ó diligencias para la rescision, pueda el comprador ofrecer el pago, y que habrá de serle recibido.

Aunque en otras jurisprudencias se confunden en la enumeracion, en la nuestra es cosa muy diversa el pacto *de la ley comisoria*, y el *pacto comisorio*. Aquel tiene aplicacion en la compra-venta, y es como queda espuesto; el pacto comisorio suele intervenir en el préstamo con hipoteca, y consiste en estipular que, si vencido el plazo no se redime la hipoteca, se entienda esta vendida por el hecho al prestamista. Cuando la cantidad prestada es inferior al valor de la hipoteca, el pacto seria inícuo; pues, como espresa la ley, nadie querria prestar sino así, y el pacto comisorio, por tanto, es reprobado, salvo que se estipule que en su caso, la venta se entenderá segun el justo valor de la hipoteca.

§. 3.° *Pacto de adicion in diem.*

Consiste en estipular, que si hasta cierto dia halla el vendedor quien ofrezca mayor precio ó mejores condiciones, podrá vender la cosa al segundo comprador, quedando sin efecto la primera venta.

Es menester, ante todo, que la oferta de mejora sea real, y exenta de todo fraude: si otra cosa no se hubiese estipulado, es menester que la nueva oferta haya sido aceptada por el vendedor, y es condicion indispensable que la nueva oferta se haga saber al primer comprador, pues si quiere, tiene preferencia por el tanto. Si no la aceptare, tiene que devolver la cosa con los frutos, deducidas espensas. (Ley 40, tít. 5.°, Part. 5.°)

Si dos ó mas vendieron colectivamente la finca, aunque algunos de ellos acepten las nuevas condiciones, se sostendrá la primera venta. Si por el contrario, cada uno de los condueños vendió su parte en precio determinado, cada uno puede aceptar las nuevas ventajas, y en cuanto á él, se resolverá la venta. Si se prueba que la mente del comprador fué comprar la cosa entera, y solo así, rescindido el contrato, podrá obligar á los que no acepten la mejor oferta, á que se carguen de nuevo con su parte respectiva, pues de otro modo, falseando el contrato, él resultaria comprador parcial, cuando habia sido absoluto.

Como la venta es afecta de una condicion resolutoria, la accion que nace de ella es personal y real, y el vendedor podrá ejercitarla contra un tercer poseedor, al cual podria haber pasado la cosa, en cuyo caso, el segundo comprador tendrá la misma preferencia por el tanto, que, á su vez, el primero. Las acciones y ventajas de este pacto, pasan á los herederos. (Véase el Digesto, *De adítione in diem*: Pothier, de la compra-venta; Hermosilla, á la citada ley de Partida.)

§. 4.° *Pacto de retro-venta.*

Dícese tambien pacto de *retró*, y de *retrovendendo*, todo del adverbio latino *retro*, que significa *atrás*, ó *hácia atrás*, y de ahí *retroventa*, como si se dijera venta á la inversa, pues que, dado el caso, en efecto, se invierten las posiciones: compra la misma cosa el vendedor, y se la vende el comprador. Y se vé claro que el pacto consiste en reservarse el vendedor el derecho de redimir la *cosa*, devolviendo el precio; y el comprador, á su vez, queda obligado á devolver ó revender la misma al vendedor, recobrando el precio; todo, segun las condiciones estipuladas.

El fundamento principal de la retroventa es el mismo que el del retracto gentilicio: la *afeccion*. Mézclanse otras veces miras y cálculos de lícita utilidad, de que el vendedor no tiene que dar razon á nadie. Tal seria, por ejemplo, la ventajosa situacion del edificio que enagena, para ejercer determinada clase de comercio, etc. Pero como quiera que sea, una cosa es cierta, y es, que en la region de los sentimientos el pacto es por demás plausible y digno de la proteccion de las leyes; pero en la industrial, en el movimiento social y para las apetecidas ventajas del tráfico, es de fatal efecto. Por que ¿cuál es la suerte de una propiedad, constantemente amenazada de retraccion, y cuyo dueño, por tanto, en el recelo, tal vez en la seguridad, de que no la mejora para sí, ni para sus causa-habientes, apenas puede sentir, y menos desplegar el estímulo de mejorarla? Esto hace desear que no sea frecuente el pacto: por eso, sin duda, lo es mucho menos cada dia, y de ahí se desprende una gran razon para la jurisprudencia y para el racional criterio de los tribunales, al haber de moderar la escesiva amplitud de la ley de Partida, segun la espondremos.

El pacto puede modificarse de infinitos modos: por ejemplo, si solo el vendedor podrá retraer, ó si, por el contrario, el derecho pasara á los herederos: si podrá trasmitir su derecho á un tercero: si podrá ejercitarse contra cualquier poseedor: si el término indefinido escluirá la prescripcion, etc.; pero no es necesario descender á cada uno de ellos, toda vez que se espresco, bastando observar que el escribano no cumplirá con su deber, si no es esplícito, y previene convenientemente á los contrayentes acerca de ello: y que segun el principio general de que *los pactos dan ley á los contratos*, como se hayan consignado, así se aplicarán, no siendo contrarios á las leyes y buenas costumbres.

La aplicacion de este principio ofrece mas dificultad cuando el pacto no es esplícito, y por tanto es necesario interpretarlo. La jurisprudencia, sin embargo, tiene ya reglas prácticas sobre la mayor parte de las cuestiones; y en todo caso, el criterio judicial hallará siempre un gran fundamento en la consideracion de que, tratándose aquí de un contrato *bilateral* y *conmutativo*, aquello será inmoral é ilegal, que perturbe ó destruya la recíproca y equitativa correlacion é igualdad en las obligaciones y derechos de las partes.

Hé aquí ahora los términos y alcance del contrato, segun nuestra ley de Partida. «.....Vendiendo un ome á otro alguna cosa, poniendo tal pleito entre sí..... que *cuando quiera* que el vendedor ó sus herederos tornasen el precio al comprador, ó á los suyos, fuesen tenudos de tornarle aquella cosa,..... decimos que si tal pleito fuese puesto..... debe ser guardado: *é si el comprador ó sus herederos non quisiesen guardar el pleito, nin tornar la cosa.....* si pena fuese puesta..... deben la pechar. E si el vendedor ó sus herederos quisiesen recebir la pena, débese partir de la cosa vendida; fueras ende si el pleito fuese puesto que tornase la cosa é pechase la pena. E si pena non fuese puesta..... el comprador *debe tornar la cosa en todas guisas, si es en su poder*. E si en su poder non es, debe pechar al vendedor todos los daños é menoscabos, que le vinieran porque no tornó aquella cosa ....» (Ley 42, tít. 5.°, Part. 5.°)

La ley romana hacia tambien el mismo supuesto. *Si fundum parentes tui ea lege venderint, ut sibi ipsi, sive heredes eorum pretium quandocumque, vel intra certa tempora, obtulissent, restitueretur*, etc. (Ley 2.ª, título 54, lib. 4.° del Código.)

La ley romana insinúa tambien tiempo definido, y la española no lo escluye; pero como se vé, el ideal de la una y de la otra es el tiempo indefinido: es decir, que la facultad de retraer podrá durar toda la vida del vendedor y de sus herederos. No puede consultarse mas el favor del contrato, ni menos las ventajas del movimiento y mejoramiento de la propiedad: uno y otro, consecuencia natural de los tiempos de que proceden ambas leyes. Si eso necesitara comprobacion, le suministraría la propia legislacion romana, que ordenaba que de estipularse que si al comprador no agradaba luego la cosa, tuviese perpétuamente el derecho de devolverla, el pacto era lícito. *Si vero convenerit, ut in perpetuum redibitio fiat, puto hanc conventionem valere.*

(Digesto, *De ædilitio edicto*, ley 31, §. 22.)

De aquí en tiempos posteriores, y conforme á la índole de éstos, el esfuerzo de los autores para neutralizar el pernicioso efecto del plazo indefinido, pretendiendo subordinarlo, no obstante el tenor decisivo de la ley de Partida, á la prescripcion. La ley de Toro, dicen, es posterior á las de Partida: es de preferente aplicacion, mientras las de Partida son supletorias: segun aquella, las acciones personales prescriben á los veinte años, como las reales á los treinta. Así, ya la accion que nace del pacto de *retro*, sea puramente personal; ya personal y real, el plazo indefinido de la ley de Partida ha de entenderse ceñido, cuando mas, á treinta años. Añaden todavía la eficacísima razon de que la prescripcion es de derecho público; y que no pudiendo ser este derogado por el convencional, ó convenios de particulares, segun el principio sabido de derecho, las leyes de Toro sobre la prescripcion no pueden ceder al pacto de *retro*, sino al revés. Fuerte es la razon, y así es preciso reconocerlo; aun cuando se escepcione que, en rigor lógico y jurídico, no es esa la cuestion. No es la cuestion de si el derecho público ha de ceder al convenio arbitrario, aunque lícito, de las partes; sino cuál de dos leyes terminantes cede á la otra; porque aquí el pacto no es, como otros, de mero arbitrio; sino la misma ley de Partida. Pero aun siendo esta la cuestion, la razon jurídica y la conveniencia social la deciden por la ley de Toro. Así no es posible hablar ya de pacto indefinido mas allá del término ordinario de la prescripcion: los Tribunales deben sostener jurisprudencia en este sentido; y los notarios deberán ilustrar eficazmente sobre ello la atencion de las partes, para que sean esplícitas y prevengan así cuestiones, mas ó menos embarazosas, y por ello mismo perjudiciales.

Las legislaciones estranjeras propenden tambien á la restriccion del término, contrastando notablemente con las antiguas legislaciones, y revelando bien á las claras el tiempo en que se han escrito.

Segun el código francés, la facultad de retraer no puede estipularse por mayor término que el de *cinco años*, y á él será reducido aunque se estipule otro mayor. (Art. 1660.)

«El término fijo es perentorio y no puede ser ampliado por ningun tribunal (1661).

»Si el vendedor no ejerce su derecho al término prefijado, el comprador queda irrevocablemente dueño de la propiedad (1662).

»El término corre aun contra los menores (1663).»

»El vendedor puede ejercer su derecho contra un tercer adquirente, aun cuando nada se haya pactado sobre el particular (1664).

Proceden sobre el mismo sistema los Códigos de Cerdeña, art. 1661 y siguientes: de la Luisiana, 1245: napolitano, 1505: y el de Vaud prohibe todo contrato de venta con condiciones resolutorias, ni retracto convencional (1117).

El proyecto de Código civil español es todavia mas restricto, pues limita el mayor término que puede fijarse para retraer á *cuatro* años, si es que no se ha estipulado otro mas corto (art. 1437).

No fué menos implicada, ni menos debatida la cuestion de si el vendedor con pacto de *retro* puede ejercer su accion contra un tercer poseedor, cuando nada se ha estipulado sobre el particular. Muchos autores estuvieron por la negativa, fundados en que del contrato de venta no resulta sino accion personal. Esta es una verdad en principio; pero la venta con pacto de *retro* no es una venta comun; sino muy singularmente circunstanciada. El vendedor no se desprende omnímodamente de su propiedad, como en la venta comun; sino que la trasmite *afecta* de *reversion*. Y si lo contrario pudo sostenerse, ceñidas las opiniones al primitivo rigorismo formulario del derecho romano; no despues que entre nosotros se mitigó ese rigor. Cuando por ley general del Reino, de cualquier modo que resulte que el hombre quiso obligarse, queda obligado, no se deriva la accion de la denominacion del contrato, ó de la índole formularia del pacto; sino de la obligacion espresada y convenida: han cesado los contratos y acciones de *estricto derecho*; y todos son de *buena fé*, produciendo una ac-

cion, que podrá no tener nombre técnico; pero siempre la eficacia jurídica de lo estipulado. Y á la verdad que no habria un ludibrio mayor en el órden de la contratacion de buena fé, como en el órden de la justicia, que el anunciar solemnemente el vendedor que no se desprende de su propiedad sino con calidad de reversion, conformarse en ello el comprador, no recibiendo así sino un dominio revertible, y luego defraudar de todo punto los fines del contrato, por el hecho voluntario, y tal vez doloso y punible, de pasar la cosa á un tercero. Cierto que responderá de los daños y perjuicios; pero estos no son la cosa vendida, objeto sagrado del contrato. Y como no por parte nadie trasmite mas derecho que el que tiene, siempre debió entenderse que aquí el vendedor no trasmitia sino lo que tenia, un dominio restricto, revertible, cualidad que es preciso reputar *in re scripta*.

La indemnizacion de daños y perjuicios, por otra parte, puede ser ilusoria, si tal vez por una enagenacion dolosa, punible, el comprador, ahora vendedor, ha quedado insolvente, en cuyo caso el favor de la ley á este hecho punible no puede revestir otro concepto que el de un escarnecimiento de la justicia y de la seriedad de los contratos.

Además: aun entre los romanos se habia templado, como es sabido, el rigorismo técnico de las acciones con la equitativa introduccion de las de *præscriptis verbis*, *é in factum* con las acciones *útiles*; y los jurisconsultos, combinando del mismo modo la equidad con el derecho, empezaron á ver en el caso en cuestion, no ciertamente *un jus in re*, en el vendedor; pero sí un *jus ad rem*; una accion mista de personal y real; la accion personal de la venta comun, y además, por la eficacia de la estipulacion, una accion *útil*, que Covarrubias (*Variarum*, lib. 3, cap. 8, número 5), llamó *actio in factum in re scripta*.

Ya hemos visto, como, segun las legislaciones modernas, han variado en este punto el derecho, y la jurisprudencia.

Siguiéndolos, como no podia menos, el Proyecto de Código civil de España, establece en su art. 1439: «El vendedor puede ejercer su derecho contra todo poseedor que traiga el suyo del comprador; aunque en el segundo contrato no se haya hecho mencion del retracto convencional, salvo lo dispuesto en el capítulo 20 de este libro.» (El cap. 20 es del Registro público.)

Pero en este punto la jurisprudencia, que procedia y venia consolidándose, ha sufrido una notable modificacion por la nueva ley del Registro hipotecario, relativamente á las acciones rescisorias y resolutorias. Véase la seccion XV.

Todo sirve para hacer mas y mas advertidas y diligentes á las partes, á los notarios y á los registradores. Por lo demás, como no se concibe hoy que la venta con el pacto de *retro* deje de otorgarse por escritura y registrarse, siempre la cláusula necesaria constará en el registro.

Puede ser cuestion, si para ello será necesario que en la escritura de la primera venta se haya consignado la nulidad de la venta á un tercero, ó si bastará la cualidad rescisoria *in re scripta*, que lleva en sí el pacto mismo. Sobre ello ya hemos espuesto nuestra doctrina y la de los autores; y en todo caso de duda los tribunales atenderán en sus fallos á que el registro no sirva nunca para favorecer el fraude conocido, ni para desvirtuar la seriedad y verdad de los contratos.

No cabe duda en que, en término absoluto, puedan ser objeto de la retro-venta, lo mismo las cosas inmuebles que las muebles; lo uno por la espresion genérica *cosa* consignada en la ley de Partida; lo otro por que las partes, advertidas de su interés, combinarán convenientemente las condiciones; si bien en el segundo *caso* la venta no se sujetará á registro, segun los arts. 1.° al 5.° de la Ley Hipotecaria; y por otra parte los términos para retraer habrán de acomodarse á la naturaleza de la cosa.

No cabe tampoco en buenos principios de derecho, que si en la venta á *retro* no se escluyen terminantemente los herederos del vendedor, éstos no puedan retraer como su causante.

Los autores han cuestionado tambien si

los frutos pendientes al hacer al vendedor su intimacion de retraer, corresponden á éste ó al comprador. El derecho no permite dudar de que, siendo los frutos aquí una consecuencia del dominio, hayan de prorratearse entre el dueño que cesa, y el que redime, como se hace en las herencias, cuando los herederos no son necesarios.

El derecho de retraer es trasmisible, pues que puede serlo con utilidad del vendedor y sin el menor perjuicio del comprador: en su consecuencia el vendedor puede venderlo, ó cederlo á un tercero.

Salvo pacto en contrario, el comprador, por la misma razon, puede vender, ó ceder el suyo; esto es, el dominio revertible que le corresponde; pero solo en ese concepto, y con la debida espresion en el segundo contrato: otra cosa es dolosa.

Si no se ha fijado término para retraer, no podrá evitarse el reconocer el de la prescripcion de las acciones personales.

Sobre mas pormenores, véase **RETRACTO**. Véase asimismo á Hermosilla y Gregorio Lopez, á la citada ley 42 de la Partida 5.ª: á Covarrubias, *Variarum*, lugar citado: *Febrero reformado*, de la venta y del retracto: á Pothier, de la compra venta, Part. 5.ª, capítulo 5, sec. 3.)

§. 5.º *Pacto de preempcion, ó preferencia por el tanto.*

Si es lícito el pacto de retroventa, con mayor motivo el de *preferencia por el tanto*, pues salvados todos los derechos y ventajas del vendedor, embaraza menos los del comprador. Es, pues, un pacto lícito, de los que suelen acompañar á la venta. Es en su caso, una compra anticipada; pues en la fuerza de las cosas, cuando quiera que por un tercero se formaliza otra compra de la misma cosa, aparece que aquella ha procedido, y hay comprador de preferente derecho, por lo que, con propiedad, las legislaciones estranjeras la llaman *preempcion*.

Es de dos maneras: legal, ó establecida por la ley; y convencional. La primera, es de tantas especies como son los retractos: la segunda, de tantas, cuantos pueden ser, los pactos lícitos, que quieran consignar los contrayentes. Véase **RETRACTO**.

SECCION XIII.

CONSECUENCIAS NATURALES DEL CONTRATO.

Consumado el contrato, nada mas natural que el que cada uno de los contrayentes responda en todo evento de lo que ha convenido, y aun, sin haberlo convenido espresamente, de lo que del contrato, ya con pactos, ya sin ellos, se derive por justicia, y por equidad. En ese caso están la responsabilidad, aun por *dolo bueno*, puramente por *mora* en el cumplimiento de lo debido, el interés del precio no solventado á tiempo, y la indemnizacion de daños y perjuicios.

En las secciones anteriores, hemos reseñado los derechos y deberes del vendedor y el comprador, y allí quedan indicadas, sobre todo lo dicho, dos de las principales consecuencias del contrato consumado: la de *eviccion y* el *saneamiento*. El método peculiar de la ENCICLOPEDIA, en virtud del que no forma parte de un artículo, lo que por su importancia ó estension debe ser objeto de artículo particular, hace que estas dos importantes cuestiones se traten en artículos separados. Véanse.

SECCION XIV.

NULIDAD DEL CONTRATO: VENTA DE COSA EMPEÑADA.

Despues de establecer las leyes cuidadosamente cuanto es necesario para la celebracion y eficacia de los contratos, no siempre estos son de efecto perpétuo, no siempre responden, en su celebracion, ó en su éxito, á los fines del legislador y de las partes; sino que por el contrario, unas veces por voluntad espresa de los contrayentes; otras por inadvertencia, y aun por culpa de los mismos, dejan de ser eficaces.

Y es lo que nos proponemos reseñar, aunque ligeramente, en la presente seccion; des-

cendiendo de paso á pormenores comparativos entre la nulidad y la rescision.

§. ÚNICO. *Fuerza, miedo, dolo: venta de la cosa empeñada.*

Tres son los medios capitales por que deja de ser, ya eficaz, ya de efecto perpétuo una convencion: por mútuo desistimiento, por nulidad, por rescision.

Poco hay que decir del caso, en que por mútuo convenio de las partes el contrato se deshace. Esto es lícito en sí, la ley lo favorece con razon, y si la primera convencion recibió su eficacia de aquella, de ella la recibe la segunda, y esta es en su caso, como antes lo habia sido la principal, la ley de las partes; habiendo por ello prevalecido justamente, como principio universal de derecho, que nada es tan natural en la contratacion, como el que las cosas se deshagan por los mismos medios por que se formalizaron.

Pero no siempre suceden las cosas así; y antes contra la voluntad, por lo menos de una de las partes, deja de ser eficaz y sostenible la convencion, como sucede en los casos de nulidad y rescision; si bien es siempre de notar la diferencia que en rigor jurídico media entre una y otra.

Y decimos rigor jurídico y no técnico, por que si bien en el uso y tecnicismo del foro las voces *nulidad*, *rescision*, *resolucion* de un contrato, tienen un valor entendido; no siempre responde á ello el rigor del derecho. En el título del Digesto, por ejemplo, *De rescindenda venditione*, se identifican en su efecto la *rescision* y la *resolucion*; y, como nota bien García Goyena en sus *Concordancias*, por las leyes romanas la rescision equivalia muchas veces á la nulidad, esto es, producia, como produce, una verdadera restitucion *in integrum*, como vemos en su artículo.

La nulidad, en efecto, proviene principalmente de faltar en el contrato alguno de los requisitos esenciales, como *cosa*, *precio*, *consentimiento*, segun en su lugar dejamos espuesto; ó de un pacto resolutorio, de lo cual podrian multiplicarse los ejemplos, y las leyes mismas nos presentan algunos, como en la venta de la cosa empeñada; la rescision, en general de vicios que dejan intacto el contrato en su esencia; de un pacto especial, ó condicion rescisoria convenida entre las partes, como en la retroventa; de vicios redibitorios; ó por virtud de una concesion de la ley, como en el retracto gentilicio: en la nulidad no ha existido contrato, y así se declara; en la rescision, por el contrario, es supuesto necesario la existencia del contrato, con vicio por parte de la forma, ó por pacto rescisorio, y por eso se rompe ó rescinde: la declaracion de nulidad se retrotrae en sus efectos al orígeo del contrato, como que nunca existió; la rescision, ora al orígen, ora á la demanda de ella, ó al vencimiento de un plazo, como en el de retroventa, caso de haber estipulado que así se entendiera al plazo: en la nulidad, en fin, no queda ningun efecto del dominio, que no pudo trasmitirse sin contrato, ó sea en un contrato nulo; en la rescision puede quedar hasta alguno de los principales, cual es la percepcion de frutos, segun sucede en la retroventa.

Hemos dicho que la nulidad puede tambien provenir de pacto, ó condicion. Así en la retroventa, por ejemplo, si se estipula que de vender la ensa el comprador á un tercero, sea nula esta venta, así será.

Las leyes de Partida establecen tambien, que «si un ome empeñase á otro alguna cosa, obligándose en tal manera, que la non pudiere vender, nin dar, nin enagenar en ninguna guisa, fasta que la oviese quito; si despues que la oviese empeñado así, la vendiese á otro, non valdria la vendida, é podria ser desfecha en esa razon.» (Ley 67, tít. 5.°, Partida 5.ª)

Habremos siempre de repetir que, cuando se trate de acciones rescisorias y resolutorias, no se pierda nunca de vista en este punto, respecto del tercer adquirente, que ha registrado su título, lo dispuesto por la ley hipotecaria, segun veremos en la seccion siguiente.

Entre las causas mas comunes, si ya no son las mas principales y frecuentes, que por vicio legal contribuyen á la ineficacia de los

contratos, es preciso enumerar la *fuerza* y el *miedo* en consecuencia, cuando recaen en varon constante: el *dolo* ó *engaño* que dan ocasion al contrato; y la *lesion*. Pero las mas de estas causas de ineficacia, lo son, mas ó menos, tambien de otros contratos, y no esclusivas de la compra-venta; y por ello véanse en sus artículos particulares; si bien la *lesion*, en el concepto de faltar en el contrato el justo precio, es peculiar de la compra-venta. Véase la Seccion XV.

SECCION XV.

RESCISION.

Empezarémos notando, que por un error de imprenta, no advertido á tiempo, lo que era párrafo único de la Seccion XIV en el sumario, apareció como 1.° en la presente, lo cual ahora queda corregido.

La rescision no es esclusiva de la compra-venta, sino en su caso comun tambien á otros contratos; por lo cual, véase su artículo particular.

En lo que es peculiar de la compra-venta, sobre lo dicho ya en la seccion que precede, y en otras anteriores, como en los casos de la ley *comisoria*, y de adicion *in diem*, restan aun los casos redibitorios, y ese es el objeto principal de esta seccion.

§. 1.° *Condiciones y acciones rescisorias y resolutorias.*

La nueva Ley Hipotecaria, no publicada cuando se escribian nuestros artículos de acciones, ha introducido una gran novedad sobre estas. Ora provinieran de un pacto; ora de un vicio en el contrato, como en la lesion, su accion era siempre eficaz, si bien pendiente de que la parte, á quien compete la accion, la dedujera; siempre eran eficaces, probando el vicio ó el pacto. Hoy ya no será así, dado el caso prescrito en la Ley Hipotecaria, la cual dispone:

«Art. 36. Las acciones rescisorias y resolutorias no se darán contra terceros que hayan inscrito los títulos de sus respectivos derechos, conforme á lo prevenido en esta ley.

»Art. 37. Se esceptúan de la regla contenida en el artículo anterior: 1.° las acciones rescisorias y resolutorias que consten esplícitamente en el registro: 2.° las acciones rescisorias de enagenaciones hechas en fraude de acreedores, en los casos siguientes: cuando la segunda enagenacion haya sido hecha por título gratuito: cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude. En ambos casos prescribirá la accion al año, contado desde el dia de la enagenacion fraudulenta.

»Art. 38. En consecuencia de lo dispuesto en el art. 36, no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero, que haya inscrito su derecho, por ninguna de las causas siguientes.....: 2.ª por causa de retracto legal en la venta, ó derecho de tanteo en la enfitéusis: 3.ª por no haberse pagado todo ó parte del precio de la cosa vendida, si no consta en la inscripcion haberse aplazado el pago: 4.ª por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita: 5.ª por causa de lesion enorme ó enormísima: 6.ª por efecto de la restitucion *in integrum* á favor de los que disfrutan este beneficio: 7.ª por enagenaciones verificadas en fraude de acreedores, con esclusion de las esceptuadas en el artículo anterior: 8.ª por efecto de cualesquiera otras acciones, que las leyes ó fueros especiales concedan á determinadas personas, para rescindir contratos, en virtud de causas que no consten espresamente en la inscripcion. En todo en que la accion resolutoria ó rescisoria no se pueda dirigir contra tercero, conforme á lo dispuesto en este artículo, se podrá ejercitar la personal correspondiente para la indemnizacion de daños y perjuicios, por el que los hubiere causado.»

Como se vé, la nueva legislacion modifica en gran parte el derecho existente; pero solo en el caso que menciona; esto es, como castigo al vendedor primero, y reclamante por accion rescisoria ó resolutoria, de no haber llenado en tiempo y en debida forma los requisitos de esplicitud y registro. La pena es grave, sin embargo; pero no es un caso

sin ejemplo en el derecho, y no es menor la pena de perder por prescripcion, y en su consecuencia, por negligencia, los bienes inmuebles y las acciones, ya personales, ya reales.

Otros atacan la disposicion de la Ley Hipotecaria por tímida y parcial, suponiendo era mejor haber suprimido en no todo la lesion, y la restitucion *in integrum*, de lo cual volvemos á hablar en el párrafo siguiente.

En todo caso de duda, y cualquiera que sea el estado de las legislaciones, ó de la jurisprudencia estrangera, reflejados, sin duda, en nuestra Ley Hipotecaria, y en el proyecto del Código civil de España, siempre ha de estarse al derecho existente; y como ya antes hemos inculcado, fundados en ello, los tribunales procurarán que en todo evento sean respetados el derecho constituido, y la santidad y seriedad de los contratos. Son bien de notar en este punto las restricciones y precauciones de la misma Ley Hipotecaria en los artículos citados, y todavía en el 39 y 40, que deben verse.

§. 2.° *Lesion.*

Dícese *lesion*, y tambien *daño* en los contratos, el perjuicio que resulta contra alguna de las partes, en cuanto al valor justo de la cosa, objeto de aquellos. Puede, por tanto, tener lugar en todos los contratos bilaterales, en que media valor conmutativo, ya estipulado y cierto, y por lo mismo precio, como en la venta y en el arrendamiento; ya estimatorio, como en la permuta.

Puede reclamar la reparacion cualquiera de las partes que haya sufrido daño ó lesion en mas de la mitad del justo precio, y en la venta por tanto, el vendedor y el comprador, si por ejemplo, aquel ha vendido por cinco lo que vale once, y si éste ha pagado en once lo que vale cinco. La lesion en su caso, esto es, no escediendo con esceso de la mitad del justo precio, se llama *enorme*; y el derecho de reclamar reparacion, ó en su defecto, rescision del contrato, prescribe á los cuatro años. Primeramente se ordenó que tenia lugar aun en las subastas; despues se limitó á solo aquellas en que los bienes se vendan contra la voluntad de las partes, y mediando apreciacion de peritos. (Leyes 56, tit. 5.°, Part. 5.ª, y 2, título 1.°, libro 10, Nov. Recop.)

Los peritos, en cosas de su arte no pueden decir que han sufrido lesion, ni por tanto reclamar, lo cual ha de entenderse de la *enorme*; y no así de la *enormísima*, pues de ella no habla la ley Recopilada (4.ª, tít. cit.); y en todo caso esto seria cuestion de tribunales.

Si la lesion no llega á la mitad del justo precio, no tienen derecho á reclamar por ella sino los menores de 25 años, salvo que haya mediado dolo. (Ley 62, título y Partida citados, y 5, dichos título y libro, Novísima.)

Es doctrina corriente que la reclamacion por lesion *enormísima*, denominándose así la que escede muy considerablemente de la mitad del justo precio, por ejemplo, en otro tanto de la mitad, no prescribe sino por 20 años, al tenor de la ley de Toro, y por cuanto de ella no habla la ley citada de la Novísima Recopilacion.

No hay que decir que nuestras leyes tomaron la teoría de la lesion ó daño de la legislacion romana. (Ley 2.ª, tít. 44, libro 4.° del Código.)

Antes de nuestras leyes de Partida, sin embargo, el Fuero Juzgo escluia la accion de lesion. *Nemo firmitatem venditionis irrumpat eo quod dicat rem quam vili pretio vendidisse*; pero el Fuero Real la autorizaba, *si la cosa valia mas de dos tanto de cuanto la dió*. (Ley 6.ª, tít. 11, libro 3.°)

Este es entre nosotros el derecho constituido; pero conviene advertir que la lesion, y este medio de invalidar los contratos, y muy señaladamente el de venta, por la doctrina, por las legislaciones estranjeras y por el proyecto de Código civil español, empiezan á ser mirados con poco favor, propendiendo mas bien á la máxima, ya muy de atrás, probijada por el Derecho Aragonés, de que las cosas no valen mas que aquello en que se ajustan: *res tantum valet, quantum vendi potest*. No conviene, sin embargo, confundir el *daño* con el *dolo*, siempre reprobado por todos los derechos, siendo en esto notable nuestra ley recopilada, citada arriba. (3, tít. 1.°, libro 10, Novísima.)

Todo se esplana con mayor amplitud como tema general, en sus artículos correspondiente: véase LESION: RESCISION: RESTITUCION IN INTEGRUM.

§. 3.° *Causas redibitorias.*

En el rigor del lenguaje serian todas aquellas, que por su eficacia legal den lugar á la devolucion de la cosa vendida, rescindiendo en su consecuencia, ó anulando el contrato; pero técnicamente, y tomado así de los romanos, son causas de rescision las que provienen de ocultar el vendedor las cargas, ó los vicios y defectos de la cosa.

Se llaman en este caso acciones y causas redibitorias, del efecto indicado de devolverse la cosa, espresando las propias leyes que *redhibitio* era lo mismo que *reditio*, ó devolucion. *Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit; et quia reddendo id fiebat, ideirco redhibitio est apellata, quasi reditio.* (Ley 21, tít. 1.°, libro 21, Digesto.)

Es de notar que aquí la rescision es omnímoda anulacion del contrato: *Facta redhibitione, omnia in integrum restituuntur, perinde ac si neque emptio, neque venditio intercessit.* (Ley 60, id., id.)

La anulacion se entendia, si el comprador lo queria así, pues estaba en su potestad pedirlo, ó limitar su pretension á la reintegracion del precio: *Emptor, aut redhibitorio, aut estimatorio, id est, quanti minoris, judicio agere potest.* (Ley 18, id., id.)

En un principio estas acciones se limitaban á las ventas de animales; luego se estendieron por identidad de razon á las cosas inanimadas, y á los inmuebles, con las no graves diferencias que notaremos.

Ya puede suponerse que nuestras leyes de Partida, mas ó menos íntegramente, adoptarian las disposiciones de las romanas.

Antes de esponerlas, es justo notar que hoy despues de la nueva ley hipotecaria, apenas se dará el caso de redibicion, en cuanto á bienes raices, por la precision del registro, y por las facilidades que ofrece para que el comprador se cerciore de cuanto le conviene, en términos que apenas podrá decirse engañado, sino por su culpa.

Con esta salvedad, hé aquí ahora las disposiciones de las leyes de Partida. Si la heredad vendida tiene alguna carga, ó servidumbre, y el vendedor, sabiéndolo, no la manifiesta, tiene lugar la accion redibitoria, con la consiguiente devolucion del precio, daños y perjuicios, y gastos. (Ley 63, título 5.°, Part. 5.ª). Si el vendedor no lo sabia, devolverá solo el precio, pero no abonará daños y perjuicios.

Si no lo sabia, ó aparece que no lo sabia, pero lo debia saber, responde, como si lo supiera, pues que *scire, et debere scire*, son una misma cosa en el derecho.

No hay que espresar las cargas notorias, y que por tanto están á la vista, ni las legales inherentes á toda finca, como en sus casos el diezmo, alumbrado, las contribuciones territoriales, arbitrios locales ó provinciales, por que equivalen á cargas notorias: *quæ palam apparent, venditorem non obligant* (Digesto, ley 73, tít. 1.°, lib. 18).

Vemos que nuestras leyes igualan para el caso redibitorio las cargas y la servidumbre. En cuanto á esta las leyes romanas no daban lugar á la redibicion; sino á la reduccion del precio. *Quoties de servitute agitur, victus tantum debet præstare, quanti minoris emisset emptor, si scisset hanc servitutem impositam.* (Digesto, ley 61, título 1.°, libro 21.)

Lo propio procedia ó procede por ambos derechos, si la cosa vendida es un campo que produce yerbas ponzoñosas y mortíferas para los animales, que han de pastarlas. (Partidas, ley 63 citada: Digesto, ley 48, tít. 1.°, lib. 21: Código, ley 4.ª, tít. 58).

Por uno y otro derecho tambien el que vende ganados mayores ó menores, está obligado á manifestar, los vicios ó defectos que les hacen desmerecer, y tal vez inútiles ó menos aptos para el fin á que se les destina. Lo contrario dá lugar á las acciones, de que habla el párrafo siguiente.

§. 4.° *Acciones redibitoria y quanti minoris.*

Nuestra legislacion de Partidas es cierta-

mente menos casuística y estensa en este punto, que la romana, porque los autores y la buena jurisprudencia tienen recibido que las primeras se espliquen por las segundas, y con razon. Por ejemplo: la citada ley 63, tít. 5.°, Partida 5.ª, habla solo de la devolucion del precio, cuando el vendedor de una caballeria calla los vicios, que conoce, y nada espresa sobre responder tambien de daños y perjuicios, como la ley 63 lo verifica al hablar de los gravámenes de las cosas, no manifestados en la venta, y parece dudoso, por lo tanto, si el vendedor en dicho caso abonará daños y perjuicios. Gregorio Lopez y Hermosilla, con la comun de los autores, decidieu, que sí, de conformidad con las leyes romanas. Sin duda es esta una gran razon: lo es tambien la que á su vez suministra la ley 63 de la Partida arriba citada: pero, aun sin nada de eso, es un principio general de derecho que toda persona, capaz de obligarse, responda de sus hechos; y si se prueba que estos irrogan daños y perjuicios, no hay ley, ni tribunal que absuelva de ello al autor de los hechos, aunque no pueda citarse ley que lo determine, bastando que ninguna lo prohiba.

Dado pues el caso, el comprador, durante los seis primeros meses, despues de advertir los vicios ó defectos no espresados, puede entablar la accion *redibitoria*, para que el vendedor le devuelva el precio y se rescinda, ó deshaga la venta, sin que éste pueda resistirlo: pasado dicho término, tiene otro igual de seis meses para deducir la accion *quanti minoris*, esto es, para que el vendedor le devuelva la parte de precio que, por los vicios ó defectos, se estime valer menos la cosa del precio en que se ajustó. (Dichas leyes 63, 64 y 65, tít. 5.°, Partida 5.ª: los Códigos, francés, art. 1638: sardo, 1645: holandés, 1538: prusiano, 185, tít. 9.°, parte 1.ª: de la Luisana, 2471: de Napoles, 1483: y de Vaud 1168: véase además el párrafo 3.°.)

La ley 63 de la Partida, dice en una parte que el término de los seis meses para intentar la accion empieza «si non lo dice el vendedor, luego que el comprador entendiese aquella enfermedad, ó tacha;» y en otra, que «el año sobredicho se debe comenzar á contar desde el dia que fue fecha la vendida.» Los autores opinan, y con razon, que esto se entenderá si desde el dia de la venta tiene noticia de los defectos el comprador; pues si no, como á los impedidos no les corre el término, se estará en todo caso á la primera disposicion de la ley, ó sea á la noticia ó convencimiento de los vicios de la cosa.

Hemos sentado antes, que el vendedor no responde de daños y perjuicios, cuando no conoce los defectos, que por tanto no calló, sino que no supo. Pero lo contrario será si debia saberlos, lo cual es en su caso cuestion de tribunales: como lo es asimismo al determinar si los vicios no sabidos, pero conocidos despues, son tales que hagan inútil la cosa para el uso ó destino por que se compra, constituyendo por consecuencia causa redibitoria.

Redibitoria lo es tambien en todo caso, si se prueba por el comprador, que con tales cargas, vicios ó defectos nunca hubiera comprado la cosa, habiendo procedido por error, y faltando así el verdadero consentimiento sobre la cosa.

Las acciones redibitoria y *quanti minoris*, se entienden sin perjuicio de las ordinarias de lesion, dolo, fuerza y miedo.

Segun una ley romana, si bien cualquier vicio dá lugar á la accion *quanti minoris*, no así á la redihitoria, si no es de consideracion: *non utique quodlibet, quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur, ut levis febricula, vulnusculum modicum; contemni enim hæc poluerunt.* (Digesto, ley 1.ª, §. 8.°, título 1.°, lib. 21.)

Si aunque los vicios de la cosa fueran ocultos, los conocia el comprador, carece de accion para reclamar, no siendo que aun así se hubiera obligado espresamente y á todo evento el vendedor. (Digesto, de *ædilit; edicto*, ley 48, §. 4.°: id. de dolo, ley 3.ª)

Si el vendedor, ignorando los vicios de la cosa, estipula que vendo á todo riesgo, sio responder de los que puedan aparecer, no responde de daños y perjuicios, porque hay buena fé; pero, si sabiendo los vicios ocultos, alega que no responderia, hay dolo, y res-

ponde por esta razon. (Digesto, ley 14, título citado.)

Si el vicio no existia al tiempo del contrato, sino que ha sobrevenido despues, nada puede reclamar el comprador, pues ya son de su cargo los aumentos y perjuicios de la cosa. (Ley 14, id., id.)

La accion redibitoria es indivisible por su naturaleza por parte del comprador. Así es que, si ha dejado mas de un heredero, no puede cada uno entablarla, pues así no se devolverá sino una parte, mínima tal vez, de la cosa, inutilizándola para el vendedor. (Ley 21, id., id.)

La propia doctrina se aplica, si son muchos los compradores colectivamente; pero no si cada uno ha ajustado en particular, pues entonces hay tantos contratos como compradores. (Id., ley 10.)

La accion redibitoria no puede entablarla mas que el comprador, que puede obligar á devolver el precio; pero el vendedor no puede obligarle á devolver la cosa, si él no quiere; salvo mediando devolucion del precio, á demanda del comprador. (Id., id., ley 27.)

La demanda de redibicion es de rescision ó anulacion del contrato, volviendo las cosas al sér y estado que tuvieron antes de empezar. (Leyes 23 y 60, Digesto, tít. *De ædilit. actione.*) En su consecuencia, el comprador pedirá la devolucion íntegra del precio, con los réditos, que deba producir, desde el dia del pago hasta el de la entrega, y los gastos del pleito. (Leyes 29 y 30, id.)

El demandante debe ofrecer, como realizar en su dia, la devolucion de la cosa con los frutos y todos los accesorios que recibió con ella. Si no se halla en disposicion de devolverla, como si la ha enagenado, no puede entablar la accion en que el mismo se imposibilitó. Lo contrario sucede si la cosa ha muerto del vicio no manifestado.

De la ley 31, §. 11 (dicho título), parece desprenderse que el comprador podrá entablar la accion, aunque la cosa haya muerto por culpa suya, y que entonces será solo para descontar del precio el que tendria, si no hubiera muerto por culpa suya, lo cual seria en su caso una árdua cuestion de tribunales, examinando el grado de culpa en la muerte, y por otra parte que el vendedor, de devolver el precio, es á calidad de recobrar la cosa, que no por su culpa, sino de la del reclamante, es imposible devolverle.

Pueden ocurrir aun otras cuestiones, pero que fácilmente se resuelven por los principios asentados.

Las legislaciones estranjeras y el proyecto de Código civil de España, establecen notables diferencias con nuestro derecho constituido; pero por esta razon no se consultaria, sino como doctrina legislativa. (Véanse las Concordancias de García Goyena, y á Pothier, obra citada.)

SECCION XVI.

RETRACTO.

El retracto, en todas sus especies, no afecta á la compra venta. Por otra parte, su importancia y su estension inevitable hacen que aun los autores institucionistas lo traten por separado. Véase, pues, su artículo.

SECCION XVII.

CONVENCIONES DE NATURALEZA DUDOSA DE VENTA: VENTA ESTIMATORIA.

Fijados por la ley los requisitos esenciales de la venta, solo será tal aquella convencion que los reuna. Pero nada se opone á que algunas convenciones bilaterales y conmutativas se le asimilen. El uso y lenguage de la contratacion tienen indicadas algunas, y son muchas mas las que puede formular la conveniencia, la situacion, y hasta el capricho de las partes.

Puede uno contratar con otros la venta de una cosa, mueble ó raiz, á pagar en frutos apreciados; cuya apreciacion puede hacerse desde luego, ó despues, al tiempo de la entrega. En el primer caso hay, ó parece haber, precio fijo al perfeccionarse el contrato; en el segundo, al consumarse; y solo desde luego en relacion.

Uno puede decir que vende sus servicios

personales, domésticos, ó de arte, por lo que á otro, que conviene en ello, toque á la primera lotería, ó herede del primero que le instituya, ó le deje un legado. Esto entra ya, segun hemos indicado, en el terreno del capricho; pero el capricho no tiene leyes fijas.

En el uso de la contratacion, se estiman en el caso de la seccion presente, la dacion en pago, la donacion remuneratoria, la donacion por título oneroso, la donacion á censo vitalicio, la permuta con apreciacion necesaria, las particiones, la licitacion entre condueños, algunas transacciones, etc.

Cada uno de estos actos y contratos tiene su artículo particular, y allí ha de verse. Aquí solo dirémos, que lo que en ello espedita y legalmente pueda traerse á las leyes de la compra-venta, se traiga; la contratacion gana en ello, y la práctica y la jurisprudencia habrán fijado reglas en el particular, que no convendrá despreciar; pero todo sin violentar por ello los términos de dichos contratos, en los cuales son siempre ley fija y segura del caso, aun queriendo traer las cosas al rigor y á la tecnología romana, las palabras de la convencion (*actio præscriptis verbis*), y el fin del contrato (*actio in factum*); lo convenido por las partes, por la fórmula sacramental y espedita de nuestro derecho, de que el hombre queda obligado á lo que se prueba que ha querido obligarse.

Otro tanto puede decirse, en su caso, de la venta llamada por algunas legislaciones, y algunas veces en el uso, *estimatoria*, que es cuando media la estimacion ó apreciacion, ya particular, ya pericial, de uno que no es contrayente.

Tal sucede, por ejemplo, cuando se ajusta en la compra-venta, que el precio lo ha de fijar un tercero. Si éste no puede, ó no quiere, y aun habiendo aceptado el encargo, muere sin efectuarlo, no hay venta, pues falta el precio cierto, que es requisito esencial. Pero pudieron decir las partes que en este caso la venta se entienda permuta, sin descender á otras soluciones; y lo que resulte estipulado, eso se cumplirá, sin embarazarse los tribunales en la denominacion equívoca, ó asimilacion existimada del contrato.

SECCION XVIII.

PROMESA DE VENTA: DE NO VENDER, Ó DE NO HACERLO SINO EN FORMA DETERMINADA.

La nuda promesa de venta puede ser un pacto sin resultado, sobre todo si no ha sido aceptado; pero aun habiéndolo sido, el valor del pacto penderá de sus términos: mas si ambas partes convienen en la cosa y en el precio, es un contrato *perfecto*, y lo que procede pedir es que, reputándolo tal, se consume.

Puede pedirse tambien, en vez de eso, la resolucion del contrato por la accion redibitoria, si el comprador alega y prueba que la cosa tiene cargas ó vicios que no se espresaron en la promesa, como queda espuesto.

Esta doctrina está en el rigor de los principios, y algunas legislaciones estranjeras la establecen así terminantemente. «La promesa de venta, dice el Código francés, vale venta, desde que hay consentimiento recíproco sobre la cosa, y sobre el precio. (Artículo 1589.)

Segun la ley 43, tít. 5.°, Part. 5.ª, es nula la condicion impuesta al comprador de no enajenar la cosa á persona, nominalmente determinada, y ni el vendedor, ni sus herederos podrán reclamar que se deshaga la venta, hecha contra la condicion, aunque sí la pena, en que por la contravencion á lo pactado se hubiese convenido. Y si es nula la condicion, es nula la aceptacion ó promesa del contrato.

Siempre será difícil hallar una razon sólida que persuada la utilidad de la prohibicion, cuando habria en muchos casos razones en contrario, como por motivos de afeccion, si la segunda venta hubiese de hacerse á persona que hubiera deshonrado al causante de la cosa vendida ó á su familia.

Por de contado es de notar que, si lo que no está prohibido, está permitido, no prohibiendo la ley enagenar sino á persona nominalmente determinada, será válida la condicion, si es genérica, ó á comprador no nombrado, en lo que ciertamente hay mayor inconveniencia, como contrario á la espedi-

cion del tráfico, y á situaciones de la vida, en que al comprador le fuera necesario enagenar, para salvar, por ejemplo, su vida, su libertad, ó la de los suyos. El inconveniente disminuye sin duda si la prohibicion de enagenar es de corta duracion, y hasta por motivos honestos, como por ejemplo, volver el vendedor á rescatar lo que tal vez vendió en una angustia de familia. Despues de lo dicho, esta podrá ser en algun caso y sin violencia alguna de derecho cuestion de tribunales.

Y de seguro lo será siempre hoy la prohibicion absoluta de enagenar la cosa comprada, y mucho mas por sí, y por sus herederos, pues seria desarrollar el gérmen vincular, ó de amayorazgamiento, contenido ya en la mencionada ley y en la siguiente, lo que hoy no es sostenible.

El pacto de no enagenar sino en forma determinada, podrá ser lícito, si en sus términos ó consecuencias no se contraviene á las leyes, como el de no enagenar sino á hijos del pueblo, á un gremio ó profesiones determinadas.

COMPRA-VENTA MERCANTIL. La compra-venta es el contrato mas importante y frecuente en el comercio, porque para hacer accesibles los productos del trabajo al consumidor, se necesita una série contínua de conmutaciones, que en su mayor parte se verifican por medio de la moneda.

Este contrato no es, ni puede ser diferente en su esencia, de la compra-venta conocida en el derecho comun. Los efectos jurídicos de uno y otro acto son en general los mismos, y cuando varian, suele ser en pormenores accidentales y de interés secundario. En ambos se exijen las mismas condiciones esenciales, y los derechos trasferidos y las obligaciones, que contraen recíprocamente compradores y vendedores, son muy semejantes.

La compra-venta mercantil, por consiguiente, puede definirse del mismo modo que se definió la comun en la página 485 de este tomo, suprimiendo las palabras *siendo justo*, porque la falta técnica de justicia en el precio no es motivo de rescision segun las leyes comerciales.

La semejanza que existe entre las compras mercantiles y las demás, ha sido causa de que en muchos pueblos se confundan las unas con las otras, y no haya una legislacion especial para las primeras. En nuestro pais, el Código de comercio de 1829, sin alterar la esencia de este contrato, lo modificó considerablemente, suplió los vacíos de la legislacion comun, la completó en lo que tenia de insuficiente, ó inspirándose en los principios jurídicos y económicos, que habian servido de base á los Códigos de otros pueblos, procuró formular los derechos y obligaciones de los compradores y vendedores, conforme á las nuevas exigencias del comercio en las sociedades actuales. Verdad es que no siempre acertó á conseguirlo; sin embargo, debe considerarse como un verdadero progreso para nuestra pátria, por mas que la crítica encuentre lunares, que desaparecerán con el tiempo y con el estudio detenido y concienzudo de las relaciones mercantiles.

La esposicion de la doctrina de ese Código sobre la compra-venta, será el principal objeto de este artículo, si bien siguiendo el método adoptado en otros de esta obra, insertaremos los textos legales españoles; y despues de un breve resúmen de la legislacion estranjera, examinaremos las cuestiones de algun interés que se han suscitado en la ciencia y en el foro.

PARTE LEGISLATIVA.

SUMARIO.

Sec. I. Derecho español.
Novísima Recopilacion.
Código de Comercio.
Disposiciones posteriores.
Sec. II. Legislacion estranjera.

SECCION I.

DERECHO ESPAÑOL.

Aunque en nuestra antigua legislacion no se encuentran disposiciones especiales para diferenciar la compra-venta comun de la

mercantil, se refieren principalmente á esta, tal como ha sido definida por el derecho moderno, la ley 18, tít. 2.°, lib. 12 del Fuero Juzgo; la 1.ª, tít. 10, lib. 3.° del Fuero Real; la 17, tit. 7, Partida 7.ª, y la ley única, título 24 del Ordenamiento de Alcalá, que se han insertado ya en la parte legislativa del artículo anterior.

Tambien se refieren mas ó menos directamente á la compra-venta mercantil, las leyes 6.ª, 7.ª, 8.ª, 9.ª, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19 del tít. 17, y todas las del 18 del libro 5.° de la Novísima Recopilacion; las 20 leyes del título 19 del libro 7.°, que tratan de la compra, venta y tasa del pan; las del tít. 5.° del lib. 9.°, que prohiben la reventa de ciertos artículos, y castigan á los revendedores, regatones y buhoneros; las leyes 3.ª y 4.ª del tit. 6.° y 5.ª y 6.ª del título 7.°; las del 9.° del mismo libro, que se ocupan de los pesos y medidas, y la 17 y 24, tít. 1.°; 2.ª, tit. 8.° y 2.ª, 3.ª, 4.ª, 5.ª, 7.ª y 8.ª del tít. 12 del libro 10. No estractamos estas disposiciones segun la costumbre de la Enciclopedia, porque unas se hallan insertas en el artículo precedente, y otras se incluirán con más oportunidad en los que tienen por objeto las tasas, los regatones ó revendedores, y los pesos y medidas.

Mas, atendida la gran importancia histórica de unas, y la íntima relacion en que se encuentran otras con el asunto en que nos ocupamos, creemos que nuestros lectores deben conocer las leyes siguientes:

NOVÍSIMA RECOPILACION.

LEY 1.ª, TÍT. 4.°, LIB. 9.°

D. Juan II en su cuaderno de leyes de 1449, cap. 61.

Se declaran salvos y seguros los naturales y estranjeros que, estando en paz con el Rey, vinieren con mercaderías y otras cosas á estos Reinos para venderlas, no siendo de las prohibidas, y tambien los que en ellos compraren las propias del pais para esportarlas. Se prohibe, bajo severas penas, á toda clase de personas, cualquiera que sea su condicion, impedir y embarazar este comercio.

LEY 2.ª, ID., ID.

D. Fernando y Doña Isabel, en Medina del Campo.

Se ordena y manda que los mercaderes no usen en las tiendas de paños, lienzos, tablas ú otras cosas que impidan ver con claridad las mercaderías y las hagan parecer mejores de lo que son. Con el mismo objeto se prescribe, que las ventanas y luces de las tiendas sean tales, que se vea distintivamente, y los compradores no sufran daño alguno. Los infractores por primera vez incurrian en la multa de dos mil maravedís, por segunda, en la de seis, y por tercera en la pena de inhabilitacion para ejercer el comercio.

LEY 3.ª, ID., ID.

D. Fernando y Doña Isabel en la dicha pragmática de 1494, capítulo 2.°

«Ordenamos y mandamos que los dichos mercaderes midan los brocados y sedas un dedo dentro de la orilla, so pena que pierdan lo que de otra manera vendieren la primera vez; y por la segunda, que lo pierdan con el cuatro tanto, y por la tercera vez que lo pierdan con las setenas.....»

LEY 4.ª, ID., ID., ID.

D. Juan II, en Madrid, año 1435, pet. 51; D. Fernando y Doña Isabel en el cap. 3.° de la referida pragmática; y D. Cárlos I, en Valladolid, año 1537, pet. 87, y año 48, pet. 154.

«Ordenamos y mandamos, que de aquí adelante todos los paños que se hobieren de vender á varas en nuestros reynos, de los que en ellos se hacen, los vendan tundidos y mojados á todo mojar; y que para los medir, los tiendan sobre una tabla, sin los tirar, poniendo la vara encima del paño un palmo debaxo del lomo, y señaleo con un xabon cada una; ya que de otra manera non los puedan vender ni vendan so la dicha pena: y las frisas midan como dicho es, y una mano dentro de la orilla.»

LEY 6.ª, ID., ID., ID.

D. Fernando y Doña Isabel, en Granada, por pragmática de 1501; D. Cárlos I, en Valladolid, año 1548, pet. 169, y Don Felipe II, en las Córtes de 1593, publicadas en 604, pet. 40.

Se manda que se vendan y midan los paños estranjeros en la misma forma que los de estos reinos, prescrita por la ley 4.ª de este título.

LEY 7.ª, ID., ID., ID.

Los mismos en Medina del Campo por la pragmática referida de 1494, cap. 4.

Los mercaderes, que vendan brocados ó sedas, están obligados á decir á los compradores el punto de su procedencia, y á conservar los sellos de las fábricas hasta que se despache toda la pieza, so pena de falsarios. Tambien tienen obligacion de manifestar cualquiera falta que hubiere en el género.

LEY 8.ª ID., ID., ID.

Cap. 6.º de la dicha pragmática.

Se prohibe vender paño engrasado, y se concede facultad al comprador para devolverlo, aunque esté hecho ropa.

LEY 9.ª ID., ID., ID.

Los mismos en Segovia por pragmática de 1494.

Los paños estranjeros deben venderse desliados, para que el comprador sepa lo que compra.

LEY 10, ID., ID., ID.

Los mismos en la dicha pragmática de Medina, cap. 7.º

Ningun tundidor ni sastre tenga tienda á par de los mercaderes.

LEY 17, ID., ID., ID.

D. Felipe V por el cap. 11 de las Ordenanzas del Consulado de Bilbao, insertas en provision de 2 de diciembre de 1737; y de D. Cárlos IV, por res. á cons. de 22 de mayo, comunicada en órden de 3 de junio de 1805.

1. «Todas las ventas, compras, ajustes ó contratas que se estipularen entre dos ó mas comerciantes al contado, á plazo, trueque ó de cualquier otra manera, se efectúen y cumplan segun las calidades y circunstancias del ajuste, á menos que de comun convenio de los contratantes se varíe en parte ó disuelva en todo lo contratado.

4. Y porque acontece, que al comprar y vender porcion de mercaderías hace cabeza y concluye el negocio uno, y despues se dividen los géneros en otros; en este caso se ordena y manda, que se haya de estar á la razon de los que de una y otra parte hicieron el tal negocio, para el cotejo, en caso de diferencia, con el libro del corredor, sin que sirva la de los demás interesados en la hacienda

6. En el caso de no reducirse á escrito el negocio, será del cargo del que vende dar al comprador un trasunto ó memorial del valor de la partida; y el comprador deberá volvérsela rubricada de su puño, con espresion de haberla pasado de acuerdo.

8. Siempre que se negociaren sobre muestras géneros que deban venir por mar ó tierra, estará el vendedor obligado á la entrega de los efectos dentro del tiempo en que se hubiere convenido, de la misma calidad de las muestras, que teodrán, una el vendedor, otra el comprador, y el corredor, si le hubiere, otra, para que en caso de diferencia se esté á lo que resultare del cotejo que de ellas se haga; entendiéndose, deberán ser los géneros contratados de las calidades y condiciones en que convengan dos de las referidas tres muestras.

9. Cuando se hiciere negocio sin muestras de algunos géneros á venir por mar ó tierra, y hubiere diferencia al tiempo de la entrega sobre su calidad y circunstancias, se estará á las que contenga la contrata de su

razon; y si todavia insistiere el comprador en que no son los géneros de la calidad contratada, se deberá estar á la declaracion de peritos, que se nombrarán para el reconocimiento por las partes, y en caso de no querlo hacer éstas, lo harán el Prior y Cónsules de oficio.

10. Todas las veces que se negociare sin muestras ó con ellas, tambien sobre géneros á venir por mar ó tierra, si al tiempo de entregarlos ó despues de haberlos recibido, se reconociere no corresponder en cantidad ó calidad á lo estipulado en materia sustancial, y este defecto no proviniere de fraude del comprador ó vendedor, quedará disuelta la negociacion, como si no se hubiese celebrado; y volviéndosele los géneros al vendedor, estará éste obligado á restituir al comprador el dinero ó géneros, que hubiere recibido de él para en pago del todo ó parte de dichos efectos negociados.

11. Pero si se reconociere, que la diferencia en la calidad ó cantidad de los géneros contratados en la forma arriba dicha resulta de fraude del vendedor, estará éste obligado á cumplir el ajuste segun sus circunstancias, y á indemnizar al comprador de todos los daños y perjuicios; así como si se hallase, que el fraude le cometió el comprador despues que recibió los géneros, deberá cumplir con aquello á que se obligó en la contrata ó ajuste; y uno y otro en caso de delito serán castigados segun su gravedad al arbitrio judicial.

12. En caso de que algun comerciante hiciere contrata ó negocio con otro, y antes de perfeccionarle con la entrega de los efectos contratados pasare á ejecutar segunda venta de ellos á otro, y le hiciere su entrega, será visto no tener accion el primero con quien habia contratado contra el segundo, cuya negociacion deberá subsistir por haberse perfeccionado y transferido el dominio en él con la entrega de los géneros; pero competerá al primer comprador accion contra el vendedor, para poderle pedir los daños y perjuicios que se le hubieran seguido, por no habérsele cumplido la contrata, en que será condenado, y además en las penas que le correspondieren á proporcion de la malicia que se le justificare haber tenido en haber faltado á la contrata primera, y entrega que le debió hacer de los efectos en cumplimiento de ella.

13. Siempre que en los instrumentos que se hicieren en razon de dichos contratos, hubiere alguna confusion por oscuridad de sus cláusulas, deberán interpretarse en todos tiempos contra el vendedor, á quien se ha de imputar la falta, por no haberse esplicado con la debida claridad.

14. Cuando entre vendedor y comprador no se hubiere estipulado plazo determinado para el pagamento, se deberá entender el de cuatro meses desde el dia de la entrega de los géneros.»

Lo prevenido en este capítulo de las Ordenanzas de Bilbáo se ordenó tambien en las del consulado de San Sebastian, confirmadas é insertas en Real provision del Consejo de 1.° de agosto de 1766.

CÓDIGO DE COMERCIO.

«Art. 88. En las ventas hechas con intervencion de corredores tienen estos obligacion de asistir á la entrega de los efectos vendidos si los interesados lo exigieren, ó alguno de ellos.

Art. 92. En las ventas espresarán (los corredores) la calidad, cantidad, precio de la cosa vendida, el lugar y época de la entrega, y la forma en que debe pagarse el precio.

Art. 104. Se prohibe á los corredores intervenir en contrato de venta de efectos pertenecientes á persona que haya suspendido sus pagos.

Art. 105. Asimismo no pueden los corredores salir al encuentro de los buques en las bahías y puertos, ni al de los carreteros y tragineros en las carreteras para solicitar que les encarguen la venta de lo que conducen y trasportan, ni á proponerles precio por ello; pero bien podrán pasar á los buques que estén aoclados, y en libre plática, é ir á las posadas despues que los tragineros hayan entrado en ellas con sus carros ó recuas.

106. Tampoco pueden los corredores adquirir para sí las cosas cuya venta les ha sido

encargada, ni las que se dieron á vender á otro corredor, aun cuando pretesten que compran unas ú otras para su consumo particular, bajo pena de confiscacion de lo que compraren en fraude de esta disposicion.

192. Los mancebos encargados de vender por menor en un almacen público, se reputan autorizados para cobrar el producto de las ventas que hacen; y sus recibos son válidos, espidiéndolos á nombre de sus principales.

Igual facultad tienen los mancebos, que venden en los almacenes por mayor, siempre que las ventas sean al contado, y el pago se verifique en el mismo almacen; pero cuando las cobranzas se hacen fuera de éste, ó proceden de ventas hechas á plazos, los recibos serán suscritos necesariamente por el principal, su factor ó legítimo apoderado constituido para cobrar.

194. Cuando un comerciante encarga á su mancebo la recepcion de las mercaderías que ha comprado, ó que por otro título deben entrar en su poder, y éste las recibe sin repugnancia ni reparo en su calidad y cantidad, se tiene por bien hecha la entrega á perjuicio del mismo principal; y no se admitirán sobre ella mas reclamaciones que las que podrian tener lugar si aquel en persona las hubiera recibido.»

TÍTULO TERCERO DEL LIBRO II.—DE LAS COMPRAS Y VENTAS MERCANTILES.

SECCION 1.ª—*De la calificacion de las compras y ventas mercantiles.*

«ART. 359. Pertenecen á la clase de mercantiles:

Las compras que se hacen de cosas muebles, con ánimo de adquirir sobre ellas algun lucro, revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron, ú otra diferente, y las reventas de estas mismas cosas.

Art. 360. No se considerarán mercantiles:

Las compras de bienes raices, y efectos accesorios á éstos, aunque sean muebles.

Las de objetos destinados al uso del comprador, ó de la persona por cuyo cargo se haga la adquisicion.

Las ventas que hagan los labradores y ganaderos de los frutos de sus cosechas y ganados.

Las que hagan los propietarios y cualquiera clase de personas, de los frutos ó efectos que perciban por razon de renta, dotacion, salario, emolumento ú otro cualquiera título remuneratorio ó gratuito.

Y, finalmente, la reventa que haga cualquiera persona, que no profese habitualmente el comercio, del resíduo de los acopios que hizo para su propio consumo. Siendo mayor cantidad la que estos tales ponen en venta que la que hayan consumido, se presume que obraron en la compra con ánimo de vender, y se reputarán mercantiles la compra y la venta.»

SECCION 2.ª—*De los derechos y obligaciones que nacen de las compras y ventas mercantiles.*

Art. 361. En todas las compras que se hacen de géneros que no se tienen á la vista, ni pueden clasificarse por una calidad conocida y determinada en el comercio, se presume la reserva en el comprador de examinarlos, y rescindir libremente el contrato, si los géneros no le convinieren.

La misma facultad tendrá, si por condicion espresa se hubiere reservado ensayar el género contratado.

362. Cuando la venta se hubiere hecho sobre muestras, ó determinando una calidad conocida en los usos del comercio, no puede el comprador rehusar el recibo de los géneros contratados, siempre que sean conformes á las mismas muestras, ó á la calidad prefijada en el contrato.

En el caso de resistirse á recibirlos por falta de esta conformidad, se reconocerán los géneros por peritos, quienes, atendidos los términos del contrato, y confrontándolos con las muestras, si se hubieren tenido á la vista para su celebracion, calificarán si los géneros son ó no de recibo.

En el primer caso, se declarará consumada la venta, quedando desde luego los géneros por cuenta del comprador; y en el segundo, se rescindirá el contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones á que tenga derecho el comprador, por los pactos especiales que hu-

biere hecho con el vendedor, ó por disposicion de la ley.

363. Cuando el vendedor no entregare los efectos vendidos al plazo que convino con el comprador, podrá éste pedir la rescision del contrato, ó exigir reparacion de los daños que se le sigan por la tardanza, aun cuando ésta proceda de accidentes imprevistos.

364. El comprador que haya contratado en conjunto una cantidad determinada de géneros, sin hacer distincion de partes ó lotes con designacion de épocas distintas para su entrega, no puede ser obligado á recibir una porcion bajo promesa de entregarle posteriormente lo restante; pero si conviniere espontáneamente en ello, queda consumada é irrevocable la venta, en cuanto á los géneros que recibió, aun cuando el vendedor falte á entregar lo demás, quedándole su derecho á salvo contra éste para compelerle á cumplir íntegramente el contrato, ó indemnizarle de los perjuicios que se le irroguen por no hacerlo.

365. Cuando la falta de entrega de los efectos vendidos proceda de que hubieren perecido ó se hubieren deteriorado por accidentes imprevistos sin culpa del vendedor, cesa toda responsabilidad de parte de éste, y el contrato queda rescindido de derecho.

Si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos que compró, tendrá tambien el vendedor la facultad de pedir la rescision de la venta, ó de exigirle el precio, poniendo los efectos á disposicion de la autoridad judicial, para que provea su depósito por cuenta y riesgo del comprador.

El mismo depósito podrá solicitar el vendedor, siempre que haya por parte del comprador demora en entregarse de los géneros contratados; y los gastos de traslacion al depósito, y su conservacion en él, serán de cuenta del mismo comprador.

366. Los daños y menoscabos que sobrevinieren en las cosas vendidas, despues de haberse concluido irrevocablemente la venta en forma legal, y de tenerlas el vendedor á disposicion del comprador, hasta hacerle la entrega en el lugar y tiempo en que, por las condiciones del contrato, ó con arreglo al derecho se debiere verificar, son de cuenta del comprador, á menos que hayan ocurrido por fraude ó negligencia del mismo vendedor.

367. Corresponden al vendedor los daños que ocurran en las cosas vendidas y no entregadas al comprador, aunque provengan de caso fortuito:

1.° Cuando la cosa vendida no sea un objeto cierto y determinado con marcas y señales distintas de su identidad, que eviten su confusion con otras del mismo género.

2.° Cuando por pacto espreso del contrato, por uso del comercio, segun la naturaleza de la cosa vendida, ó por disposicion de la ley, competa al comprador la facultad de visitarla y examinarla, y darse por contento de ella antes que se tenga por concluso é irrevocable la compra.

3.° Si los efectos vendidos se hubieren de entregar por número, peso ó medida.

4.° Si la venta se hubiere hecho á condicion de no hacer la entrega hasta un plazo determinado, ó hasta que la cosa estuviera en disposicion de entregarse con arreglo á las estipulaciones de la venta.

368. Siempre que los efectos vendidos perezcan ó se deterioren á cargo del vendedor, segun las disposiciones del artículo precedente, devolverá al comprador la parte del precio que éste le hubiera anticipado.

369. El vendedor, que despues de hecha la venta alterase la cosa vendida, ó la enagenase y entregase á otro, sin haberse antes rescindido el contrato, entregará al comprador en el acto de reclamarla otra equivalente en especie, calidad y cantidad, ó en su defecto le abonará todo el valor que, á juicio de árbitros, se considere al objeto vendido, con relacion al uso que el comprador se propusiera hacer de él, y al lucro que le pudiera proporcionar, rebajándose el precio de la venta, si no lo hubiere percibido.

370. Despues de recibidos por el comprador los géneros que le fueron vendidos, no será oido sobre vicio ó defecto en su calidad, ni sobre falta en la cantidad, siempre que al recibirlos los hubiese examinado á su contento, y se le hubiesen entregado por número.

peso ó medida; pero cuando los géneros se entregaren en fardos ó bajo cubiertas, que impidan visitarlos y reconocerlos, podrá el comprador, en los ocho dias siguientes á su entrega, reclamar cualquiera perjuicio que haya sufrido, tanto por falta en la cantidad, como por vicio en la calidad, acreditando en el primer caso que los cabos están intactos; y en el segundo que las averías ó defectos, que reclamare, son de tal especie, que no han podido ocurrir en su almacen por caso fortuito, ni causarse fraudulentamente á los géneros sin que se conociera.

El vendedor puede exigir siempre en el acto de la entrega, que se haga el reconocimiento íntegro en cantidad y calidad de los géneros que el comprador reciba, y en este caso no habrá lugar á dicha reclamacion despues de entregados.

371. Las resultas de los vicios internos de la cosa vendida que no pudieren apercibirse por el reconocimiento que se haga al tiempo de la entrega, recaerán en el vendedor durante los seis meses siguientes á aquella, pasados los cuales queda libre de toda responsabilidad.

372. Cuando los contratantes no hubieren estipulado plazo para la entrega de los géneros vendidos y el pago de su precio, estará obligado el vendedor á tener á disposicion del comprador los efectos que le vendió, dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato.

El comprador gozará del término de diez dias para pagar el precio de los géneros; pero no podrá exigir su entrega, sin dar al vendedor el precio en el acto de hacérsela.

373. Los gastos de la entrega de los géneros en las ventas de comercio, hasta ponerlos, pesados y medidos, á la disposicion del comprador, son de cargo del vendedor.

Los de su recibo y estraccion fuera del lugar de la entrega son de cuenta del comprador, salvas en uno, como en otro caso, las estipulaciones hechas espresamente por los contratantes.

374. Desde que el vendedor pone la cosa vendida á disposicion del comprador, y éste se dá por satisfecho de su calidad, tiene éste obligacion de pagar el precio al contado, ó al término estipulado; y el vendedor se constituye depositario de los efectos que vendió, y queda obligado á su custodia y conservacion bajo las leyes del depósito.

375. La demora en el pago del precio de la cosa comprada desde que deba este verificarse, segun los términos del contrato, constituye al comprador en la obligacion de pagar el rédito legal de la cantidad que adeude al vendedor.

376. Mientras los géneros vendidos estén en poder del vendedor, aunque sea por vía de depósito, tiene éste preferencia sobre ellos á cualquier otro acreedor del comprador por el importe de su precio é intereses de la demora en su pago.

377. Ningun vendedor puede rehusar al comprador una factura de los géneros que le haya vendido y entregado con el recibo á su pié del precio, ó de la parte de éste que hubiere recibido.

378. Las ventas mercantiles no se rescinden por lesion enorme ni enormísima, y solo tiene lugar la repeticion de daños y perjuicios contra el contratante que procediere con dolo en el contrato ó en su cumplimiento.

379. Las cantidades que, con el nombre de señal ó arras, se suelen entregar en las ventas mercantiles, se entienden siempre como pago á cuenta del precio en signo de ratificacion del contrato, y no de condicion suspensiva para que los contrayentes puedan retractarse de él, perdiendo las arras.

Cuando el comprador y el vendedor convengan en que, mediante la pérdida de éstas, les sea lícito dejar de cumplir lo contratado, lo espresarán así por condicion especial del contrato.

380. En toda venta mercantil queda obligado de eviccion el vendedor en favor del comprador, aun cuando no se hubiere espresado en el contrato, como no se haya pactado lo contrario.

En virtud de esta obligacion, si el comprador fuere inquietado sobre la propiedad y tenencia de la cosa vendida, el vendedor saneará la venta, defendiendo á su costa la legitimidad de ésta; y en caso de sucumbir,

devolverá al comprador el precio recibido, y le abonará los gastos que haya espendido.

Tambien habrá lugar á la repeticion de daños y perjuicios cuando se pruebe al vendedor que procedió con mala fé en la venta.

381. El comprador que no haga citar de eviccion á su vendedor en el caso de movérsele pleito sobre las cosas que le vendió, pierde todos los efectos de aquella garantía.»

SECCION 3.ª—*De la venta de créditos no endosables.*

«Art. 382. Las ventas de créditos no endosables son ineficaces en cuanto al deudor, hasta que le sean notificadas en forma, ó éste las consienta estrajudicialmente, renovando su obligacion en favor del cesionario.

383. Cualquiera de ambas diligencias liga al deudor con el nuevo acreedor, y le impide que pague legalmente cantidad alguna á otra persona que no sea éste.

384. En la venta de créditos no endosable solo responde el cedente de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesion; pero no de la solvabilidad del deudor, á menos que no se haga estipulacion espresa en contrario.

385. Todo deudor de un crédito litigioso puede tantear la cesion de éste por el mismo precio y condiciones, en que ésta se hizo, dentro de un mes siguiente á la notificacion que se le haga de la cesion.

Esta facultad no tiene lugar cuando la cesion recaiga en un coheredero ó comunero de la cosa ó en un acreedor del cedente en pago de su crédito.»

TÍTULO PRIMERO DEL LIBRO TERCERO.—DE LAS NAVES.

«Art. 392. Las naves pueden enagenarse libremente por sus propietarios, no siendo á estranjeros que no estén naturalizados.

393. Los capitanes ó maestros de las naves no están autorizados por razon de sus oficios á venderlas, y, para hacerlo válidamente, se les ha de haber conferido al efecto poder especial y suficiente por el propietario; mas si estando la nave en viaje se inutilizare para la navegacion, acudirá su capitan ó maestre ante el tribunal de Comercio, ó caso de no haberlo, ante el juez ordinario del puerto, donde hiciere su primera arribada: y el tribunal, constando en forma suficiente el daño de la nave, y que no puede ser rehabilitada para continuar su viaje, decretará la venta en pública subasta, y con todas las solemnidades que se establecen en el art. 608.

394. En la venta de la nave se entienden comprendidos, aunque no se espresc, todos los aparejos pertenecientes á ella, que se hallen á la sazon bajo el dominio del vendedor, á menos que no se haga pacto espreso en contrario.

395. Si se enagenare una nave que se hallase á la sazon en viaje, corresponderán al comprador íntegramente los fletes que devengue en el mismo viaje, desde que recibió su último cargamento.

Pero, si al tiempo de hacerse la enagenacion hubiere llegado la nave al puerto de su destino, pertenecerán los fletes al vendedor; sin perjuicio de que, tanto en uno como en otro caso, puedan los interesados hacer sobre la materia las convenciones que tengan á bien.

608. Ninguna nave puede rematarse en venta judicial, sin que haya sido subastada y publicada por término de treinta dias, renovándose cada diez los carteles en que se anuncie la venta, y pregonándose por término de tres horas en cada uno de los dias primero, diez, veinte y treinta de la subasta.»

TÍTULO CUARTO DEL LIBRO TERCERO.—SECCION SEGUNDA.—*De las arribadas forzosas.*

«Art. 978. Se podrá vender, con intervencion judicial y en pública subasta, la parte de los efectos averiados que sea necesaria para cubrir los gastos que exija la conservacion de los restantes, en caso que el capitan no pudiere suplirlos de la caja del buque, ni hallare quien los prestare á la gruesa.

Tanto el capitan, como cualquiera otro que haga la anticipacion, tendrá derecho al rédito legal de la cantidad que anticipe, y á su reintegro, con el producto de los mismos géneros, con preferencia á los demás acreedores de cualquiera clase que sean sus créditos.

979. No pudiendo conservarse los géneros averiados, sin riesgo de perderse, ni permitiendo su estado que se dé lugar á que el cargador ó su consignatario dén por sí las disposiciones que mas les conviniesen, se procederá á venderlos con las mismas solemnidades prescritas en el artículo anterior, depositando su importe, deducidos los gastos y fletes, á disposicion de los cargadores.»

Seccion 4.ª—*De los naufragios.*

990. Cuando no se puedan conservar los efectos recogidos, por hallarse averiados, ó cuando en el término de un año no se puedan descubrir sus legítimos dueños, para darles aviso de su existencia, procederá el tribunal, á cuya órden se depositaron, á venderlos en pública subasta, depositando su producto, deducidos los gastos, para entregarlo á quien corresponda.

991. Tambien se podrá vender, aun fuera de los casos que prescribe el artículo anterior, y con las mismas formalidades, la parte de los efectos salvados que sea necesaria para satisfacer los fletes y gastos á que tenga derecho el capitan que los recogió, si no conviniese en anticiparlos el capitan náufrago ó algun corresponsal de los cargadores ó consignatarios.

Cualquiera que haga la anticipacion, gozará del mismo derecho de hipoteca que se establece en el artículo 978.»

CÓDIGO PENAL.

«Art. 329. Los jueces, los empleados en el ministerio fiscal, los gefes militares, gubernativos ó económicos de una provincia ó distrito, que, durante el ejercicio de sus cargos, se mezclaren, directa ó indirectamente, en operaciones de ágio, tráfico ó granjería, dentro de los límites de su jurisdiccion ó mando, sobre objetos que no fueren producto de sus bienes propios, serán castigados con las penas de suspension y multa de 50 á 500 duros.

459. El que defraudare á otro en la sustancia, cantidad ó calidad de las cosas que le entregare, en virtud de un título obligatorio, será castigado:

1.° Con la pena de arresto mayor, si la defraudacion no escediere de 20 duros.

2.° Con la de prision correccional, escediendo de 20 duros, y no pasando de 500.

3.° Con la de prision menor, escediendo de 500 duros.

461. Las penas señaladas en el artículo 449, se impondrán en su grado máximo:

1.° A los plateros y joyeros que cometieren defraudacion, alterando en su calidad, ley, ó peso, los objetos relativos á su arte ó comercio.

2.° A los traficantes que defraudaren, usando de pesos ó medidas falsas en el despacho de los objetos de su tráfico.

493. Incurrirá en la multa de medio duro á cuatro: .....

4.° El que se negare á recibir en pago moneda legítima y admisible.

Art. 502. Caerán siempre en comiso: .....

2.° Las bebidas y comestibles falsificados, adulterados ó pervertidos, siendo nocivos.

3.° Los efectos falsificados, adulterados ó averiados, que se vendieren como legítimos ó buenos.

4.° Los comestibles, en que se defraudare al público en cantidad ó calidad.

5.° Las medidas ó pesos falsos.

Art. 503. El comiso de los instrumentos y efectos de las faltas, espresadas en el artículo anterior, lo decretarán los tribunales á su prudente arbitrio, segun los casos y circunstancias.»

Se refieren tambien á la compra-venta mercantil, los arts. 455, 462, 463, 482 y 484 del Código penal, insertos en las páginas 484 y 485 de este tomo de la Enciclopedia.

DISPOSICIONES POSTERIORES.

REGLAMENTO PARA LA EJECUCION DE LA LEY DE PESAS Y MEDIDAS, APROBADO POR REAL DECRETO DE 27 DE MAYO DE 1868.

«Art. 1.° Es obligatorio el sistema métrico decimal, con arreglo á lo dispuesto en la ley de 19 de julio de 1849, cuando se haga uso

de pesas ó medidas:..... 2.° En los establecimientos industriales y de comercio de cualquiera especie, tiendas, almacenes, férias, mercados y puestos ambulantes.

Art. 6.° Cuando los comestibles y mercancías, fabricados por medio de moldes ó con formas determinadas, y que se venden por piezas ó paquetes, deban corresponder á un peso fijo, será éste precisamente del sistema métrico, sin que por esto se consideren los moldes como instrumento de peso ó medida, ni estén sujetos á la marca del contraste.

Art. 7.° No podrán venderse las bebidas ú otros líquidos al por menor, por botellas, frascos ó vasijas de otra clase, sino en cantidades de líquido, múltiplos ó partes alícuotas de la unidad métrica.

Esceptúanse de esta disposicion los líquidos estranjeros, que se introduzcan en el reino en vasijas marcadas ó selladas, ó acreditándose de otro modo su procedencia.

Las barricas, toneles ó cualesquiera recipientes de vinos ú otros caldos, no se reputarán medidas de capacidad ni de peso, y por lo tanto podrá hacerse su venta al por mayor por piezas ó cuerpos ciertos, con tal que no se determinen sus dimensiones ó contenidos, aunque estos no tengan relacion exacta con las medidas del sistema métrico.

Art. 8.° La leña y los demás combustibles no podrán venderse por medida, sino solo al peso, ó por cantidades ó cuerpos ciertos sin referencia á unidades de peso determinadas.

Art. 29. La pena señalada por el artículo 484 del Código penal, será aplicable con arreglo á lo dispuesto en el art. 17 de la ley de 19 de julio de 1859:.....

5.° A los comerciantes é industriales sujetos á la comprobacion periódica, que no se hallen provistos del surtido de pesas y medidas necesarias, con la marca de la última comprobacion periódica.

Art. 30. Incurrirán en la multa de 1 á 8 escudos, sin perjuicio de que las autoridades locales puedan imponerles otras penas conforme á sus facultades, si resultase defraudacion en la calidad ó en la cantidad de los objetos vendidos:

1.° Los que, contraviniendo á las disposiciones del art. 7.°, vendan bebidas ó cualesquiera otros líquidos al por menor, por botellas, frascos ó vasijas de otra especie, que no contengan cantidades, múltiplos ó partes alícuotas de la unidad métrica.

2.° Los que vendan por piezas ó paquetes comestibles ó mercancías de las que deban corresponder á un peso fijo, cuando éste no sea del sistema métrico.

3.° Los que vendan leña ú otros combustibles, faltando á lo prevenido en el art. 8.°

Disposicion transitoria 1.ª Lo prevenido en el artículo 7.° respecto á la venta de bebidas ú otros líquidos al por menor, y la disposicion penal del art. 30 en su núm. 1.°, no empezarán á regir hasta que trascurran dos años, desde la fecha de la publicacion de este reglamento.....»

R. D. de 17 de junio de 1868.

«Art. 1.° Se aplaza hasta 1.° de enero de 1869 el establecimiento del sistema métrico-décimal de pesas y medidas en las dependencias del Estado y de la Administracion provincial y municipal, así como para las particulares, establecimientos y corporaciones.»

SECCION II.

LEGISLACION ESTRANJERA.

Aunque en la antigua Roma no hubo una legislacion especial sobre la compra-venta mercantil, se encuentran en el Digesto y Código precedentes importantes de esta parte del derecho, que deben estudiarse para conocer bien el espíritu de las legislaciones modernas.

En las Pandectas merecen consultarse, principalmente el título 3.° del libro 14, que trata de la *accion institoria*: el 18 y el 19 del mismo libro, en que están espuestos con tanta riqueza, como precision y profundidad, los principios jurídicos de la compra-venta: el título 1.°, libro 21, *De ædilitio edicto, et redhibitione et quanti minoris*: el título 14,

libro 50, *De proxeneticis*, y las leyes 66, 185 y 207 del tít. 16 del mismo libro, en las que se escluyen del número de las mercaderías los bienes inmuebles y los esclavos, y se define lo que los latinos llamaban *taberna instructa*.

Son tambien interesantes en el libro 4.° del Código Justinianeo los títulos 40, 41, 44, 45, 48, 49, 54 y 59, en que se prohiben los monopolios, y se declaran hechos punibles los pactos, que tienen por objeto alterar artificialmente los precios de las cosas; el tít. 60, en que se veda molestar á los que venden en las ferias y mercados, ni aun con el pretesto de reclamar deudas particulares; y varias leyes del título 63.

La importancia que el comercio y la navegacion han adquirido progresivamente desde los siglos medios, ha hecho nacer esa legislacion escepcional, que en los tiempos modernos se llama mercantil. Se han publicado no pocos códigos para formular el nuevo derecho, y la compra venta comercial ha sido objeto de sérias discusiones entre los jurisconsultos, que han servido para señalar con exactitud sus caractéres distintivos, su naturaleza y sus límites. No obstante entre los pueblos civilizados, y no se tenga esto por inculpacion ó cargo, hay unos, que no han creido necesaria la codificacion mercantil; y otros, que, aunque tienen código de comercio, aplican las leyes civiles á toda clase de compras y ventas. Sin dejar de hacer algunas indicaciones sobre unos y otros en esta reseña de la legislacion estranjera, espondremos principalmente la de los pueblos que han dado á este contrato la forma y efectos especiales.

Portugal. *Código de comercio.* Título 9.° *De las compras y ventas mercantiles.*

Art. 453. La venta es un contrato, por el cual el vendedor se obliga á entregar una cosa y el comprador á pagarla, mediante un precio convenido.

Art. 454. Véase el art. 1583 del Código civil francés, inserto en la página 500 de este tomo.

455. La venta puede hacerse pura y simplemente, ó bajo una condicion suspensiva ó resolutoria. Puede tener por objeto dos ó mas cosas alternativas.

456. Se conocen en el comercio várias especies de ventas: 1.°, al contado; 2.°, al plazo de uso; 3.°, á crédito, á término, ó de confianza; 4.°, á crédito con descuento; 5.°, al precio que cueste, mediante un beneficio; y 6.° en subasta.

457. La venta puede ser tambien parte al contado y parte á crédito; á pagar en una feria; por cuenta propia y en comision; parte en billetes ó letras de cambio; parte en dinero; parte en promesas de pago, y parte en mercaderías, en cuyo caso se estimará el precio de estas.

458. Como el 1585 del Código civil francés.

459. Como el 1587 y 1588 del mismo.

460. Cuando se vende una cosa con sujecion á medida, pero se recibe sin medirla, el recibo se considera bien hecho y suple la falta de la medida.

461. Si el peso ó la medida convenidos resultan inexactos por falta del comprador, ó si éste difiere el recibo de la mercadería, le corresponden las pérdidas y ganancias.

463. Como el 1589 del Código civil francés.

464 y 465. Como los arts. 1591 y 1592 del mismo

466. Cuando en una venta se entrega la cosa, sin que haya habido convenio sobre el precio, se entiende hecha al precio corriente en el dia y lugar de la entrega, á juicio de peritos.

467. Como el 1593 del Código civil francés.

468. Como los arts. 1598 y 1599 del mismo.

469 á 471. Como el 1601 á 1604 de id.

472. Serán consideradas como tradicion, en materia comercial, la entrega de las llaves de los almacenes, tiendas ú otros locales, en que estén colocadas las mercancías vendidas; la facultad concedida al comprador de poner sus marcas en ellas; la entrega hecha al consignatario, conductor, factor ó comisionista del comprador, por órden de éste; la

remesa y aceptacion de la factura sin oposicion del comprador; la cláusula *por cuenta* puesta en el conocimiento ó la carta de porte.

473. La trasferencia de los créditos no endosables, y otras obligaciones, se verifica por la notificacion de la cesion, hecha al deudor, ó por la aceptacion de éste. En cuanto á las obligaciones al portador la simple entrega del título equivale á una tradicion.

474. Como el 1608 y 1609 del Cód. c. fr.

475. Como el 1611.

476 y 477. Como el 1613, 1614 y 1615.

478. Como el 1621.

479. Como el 1641.

480 á 482. Como el 1627 al 1630.

483. Como el 1631 al 1633.

484 á 488. Como el 1641 al 1647.

489 y 490. Como el 1649 á 1651.

491. Si el comprador es acreedor del vendedor, puede cobrar lo que éste le debe, dejando de pagar el precio de la venta y recibiendo la cosa comprada.

492. Si el comprador no paga, puede el vendedor pedir la rescision; mas si la venta se hubiese hecho á crédito ó al fiado, solo hay derecho para reclamar el precio, á no ser en los casos previstos en el título de las reivindicaciones. Tambien se rescinde la venta, sin necesidad de hacer notificacion alguna al vendedor, cuando éste no entrega la cosa vendida dentro del plazo convenido en el contrato.

493 y 494. Como el 377 y 378 del Código español.

495. Como el 1692 del Cód. c. fr.

496. Como el 384 del Cód. español.

497. El contrato de venta comercial puede hacerse por cuenta de personas, cuyo nombre no debe ser conocido hasta despues de la perfeccion del convenio.

498. Una venta hecha por correspondencia, entre ausentes, se entiende hecha en el lugar en que los interesados se han puesto de acuerdo, aunque la ratificacion se haga en otra parte.

499. Una compra hecha por un comerciante, á nombre de su corresponsal, se reputa convenida en el lugar, en que el comisionista se hace cargo de la mercadería y desde donde la remite á su comitente. Verificado este convenio, la compra-venta se reputa perfecta y la propiedad se trasfiere al comprador principal.

500. La accion para pedir la rescision de la venta por vicios preexistentes, ó por diferencia en la calidad de las mercancías llegadas por tierra y puestas en un lugar público á disposicion del comprador, debe intentarse en el término de ocho dias, contados desde la entrega de la carta de porte y antes que las mercaderías hayan salido de los almacenes públicos, en que están depositadas. Si arribasen por mar, se hará la reclamacion en el término de dos meses, que se contarán desde la entrega del conocimiento.

501. Los vicios y las diferencias en las calidades de las mercaderías y otros objetos comprados, cuando no hubiese conformidad por parte de los interesados, serán objeto de exámen pericial.

502. Si entre la época de la conclusion del contrato y la del pago, se alterase el valor de la moneda, se observarán las reglas establecidas en el art. 378.

503. Como el 109 del Cód. fr.

504. No se consideran como compras y ventas de comercio:

1.° Las de bienes raices y sus accesorios, aunque sean muebles por su naturaleza.

2.° Las de objetos destinados al consumo del comprador, ó de la persona, por cuyo encargo se haga la adquisicion.

3.° Las de los animales y productos derivados á la industria del labrador.

4.° Las que hagan los propietarios ú otras personas de los frutos ó efectos que reciban por razon de renta, dotacion, salario, emolumento ú otro cualquier título remuneratorio ó gratuito.

5.° Por último la reventa del sobrante de los objetos comprados para el consumo ordinario de uno que no sea comerciante. Mas si los objetos vendidos esceden de la cantidad empleada comunmente, se presume que la adquisicion se ha hecho con el fin de revender. En este caso la compra y la venta se consideran como mercantiles.

1287. Las naves se reputan bienes muebles.

1288. Todo el que tenga capacidad legal para adquirir, puede ser propietario de una nave.

1289. Como el 584 del C. Esp.

1290. Como el 585 del mismo. El portugués añade:

Una nave de mas de seis toneladas no puede venderse, sino por escrito.

1291. La propiedad de las naves que pertenecen á súbditos portugueses, vendidas en el extrangero á estrangeros, se trasmite segun las leyes del país en que se verifica la venta.

1294. Como el 590 del C. Esp.

1295. La nave vendida á un extrangero no desnaturalizado, cesa de ser portuguesa.

1296 y 1297. Como el 594 y el 595 del Cod. Esp.

1298. La venta voluntaria de una nave, en cualquier lugar y forma en que se haga, trasfiere la propiedad con todas sus cargas, salvo el derecho de los acreedores privilegiados.

Francia. *Código de Comercio.* Art. 632. La ley reputa acto de comercio toda compra de géneros y mercaderías para revenderlas en la misma forma ó en otra ó para alquilarlas;... las empresas de abastos... el establecimiento de ventas en subasta pública.

633. Tambien se reputan mercantiles las empresas de construccion, y todas las compras, ventas y reventas de buques para la navegacion interior y esterior, todas las espediciones marítimas, toda compra de aparejos, pertrechos y provisiones para las naves...

638. No serán de la competencia de los tribunales de comercio las acciones intentadas contra un propietario ó labrador, por la venta de los artículos procedentes de sus tierras ó cosechas, ni las que se proponen contra un comerciante reclamando el pago de las compradas para su consumo particular.

Libro 1.° Título 7.° *De las compras y ventas.*

109. Las compras y ventas se prueban: —por escritura pública;—por escritura privada—por certificacion ó notas de los corredores ó agentes de cambio, firmadas por las partes;—por una factura aceptada;—por la correspondencia;—por los libros de los interesados,—y por la prueba testimonial, en el caso en que el tribunal creyere que debia admitirla.

Estas son las principales disposiciones que contiene el Código de comercio del imperio francés sobre la compra-venta mercantil. Todo lo que se refiere á la manera de perfeccionarse y rescindirse este contrato, y á los derechos y obligaciones de los compradores y vendedores, se ha omitido en la legislacion comercial, y se rige por las leyes contenidas en el título 6.° del libro 3.° del Código civil, insertas en las páginas 500, 501, 502, 503 y 504 de este tomo.

Bélgica. En este país se observa la legislacion francesa sobre compra-venta.

Holanda. Los Paises-Bajos, aunque tienen leyes comerciales, aplican, como la Francia, las leyes comunes á las compras y ventas mercantiles. El Código de comercio, al enumerar en su artículo 4.° los actos que son objeto de sus disposiciones, habla de las compras y ventas, y comprende las mismas, de que hablan los artículos 632 y 633 del Código francés, insertos anteriormente.

Sobre la venta de buques contiene los artículos siguientes:

309. Las naves son cosas muebles;

Sin embargo, su propiedad no puede trasferirse, ni en todo ni en parte, sino por escrito, de que se tomará razon en el registro público correspondiente.

310. Si las naves, que pertenecen á holandeses, se vendeo á estrangeros en país estrangero, la propiedad se trasfiere, segun las leyes y costumbres del punto en que se haga la venta.

311. La propiedad de las naves, vendidas dentro ó fuera de Holanda, se trasfiere con todas sus cargas, salvo el derecho de los acreedores privilegiados.

319. El vendedor de una nave está obligado á manifestar al comprador todos los créditos privilegiados y á darle una lista firmada de ellos.

Gran Bretaña. Este pueblo, cuyas relaciones mercantiles son tan varias, activas y estensas, no tiene código de comercio; ni aun legislacion comercial propiamente dicha. A escepcion de algunos estatutos sobre las letras de cambio, las quiebras y el comercio marítimo, no hay mas que las leyes civiles y los precedentes para decidir las cuestiones, que se suscitan sobre la compra-venta y demás actos comerciales.

Dinamarca. Tambien carece de código de comercio; pero posee numerosas disposiciones relativas al derecho mercantil, de las que no pocas estuvieron ya en vigor durante la edad media.

Las compras y ventas se rigen por las leyes civiles, cuyos principios están tomados del Derecho romano.

Suecia. El Código civil sueco tiene un título sobre el comercio, en que se trata de la compra-venta y otros actos mercantiles.

Segun él el contratante, que no cumple sus obligaciones, es condenado á la multa de tres thalers, y á la indemnizacion de los daños y perjuicios causados á la otra parte.

El que vende una misma cosa á dos personas incurre en la multa de diez thalers y debe abonar los perjuicios que sufra el comprador, á quien no puede entregar el objeto vendido. Solo es válida la primera venta.

El que interviene en las compras con el fin de elevar el precio de las mercaderías, es condenado á una multa de tres thalers.

Los riesgos de las cosas, que se venden con sujecion á número, peso ó medida, corresponden al vendedor, hasta que se cuentan, pesan ó miden.

Se prohibe comprar ningun objeto de la mujer, de los hijos ó de los domésticos de un jefe de familia, sin autorizacion de éste; á no ser que fuesen comerciantes. Las ventas, hechas contra esta prohibicion, serán nulas, y el comprador pagará una multa de diez thalers.

El vendedor debe garantir al comprador la propiedad de la cosa vendida, so pena de una multa de tres thalers y de la indemnizacion de perjuicios.

El que, á sabiendas, vende una mercadería con vicios internos ó averiada, está obligado á quedarse con ella, ó tomarla de nuevo, si la hubiese entregado, restituir el precio y pagar una multa de diez thalers, sin perjuicio de la indemnizacion á que hubiere lugar. Si alguna de las partes ignora los vicios ocultos, se anula el contrato, el vendedor recobra la mercancía y el comprador el precio.

Cuando se vende un caballo, se conceden tres dias al comprador para examinar si tiene las condiciones debidas.

Noruega. Las compras y ventas se rigen por las leyes civiles, que han sido inspiradas, como las de Dinamarca, por el Derecho romano.

Rusia. El Código de comercio de este imperio declara actos mercantiles las compras y ventas y otros contratos análogos de las fábricas, talleres, tiendas, almacenes, bazares y demás establecimientos destinados al tráfico, y tambien la enajenacion y adquisicion de los buques y sus accesorios.

Todos los rusos tienen derecho para comprar y vender naves; pero solo los comerciantes autorizados pueden adquirir las que sean extranjeras.

Para vender una embarcacion rusa, en puerto estrangero, es necesaria la intervencion de los cónsules del Imperio. En los puertos en que no los haya, se puede hacer la venta con intervencion de las autoridades locales, notarios ó corredores, con obligacion de poner el acto en conocimiento del cónsul mas próximo, el cual lo comunicará al ministro encargado del comercio esterior.

En cuanto á la manera de celebrarse y perfeccionarse el contrato de compra-venta mercantil, las obligaciones que nacen de ella, la eviccion y saneamiento, la entrega de la cosa vendida y el pago del precio, se siguen las reglas establecidas en las leyes civiles. Los vicios redhibitorios se aprecian, prévio juicio pericial.

En Polonia se aplican tambien las leyes civiles á las compras y ventas. En Cracovia, que hace hoy parte del Imperio austriaco, rige el Código de comercio de Francia, con algunas modificaciones, desde 1808.

Suiza. La compra-venta mercantil no está sujeta á leyes especiales en la Confederacion helvética. Se rige por la legislacion civil, que en unos cantones ha sido inspirada por el espíritu reformista francés, y en otros por la escuela histórica alemana.

Italia. El mismo Código civil rige ya en todos los pueblos de esta Monarquía.

En *Cerdeña* se promulgó el Código de comercio en 30 de diciembre de 1842. Segun él, son actos de comercio las compras de géneros y mercaderías para revenderlas, en su estado natural ó en otra forma, ó para darlas en arrendamiento: no lo es la que se haga para el consumo doméstico y la reventa en especie de los artículos comprados con ese fin. Tambien son mercantiles toda venta y toda locacion que el comerciante haga, de los artículos ó mercaderías de su comercio, toda empresa de manufacturas y de abastos y todos los actos marítimos.

Las naves se reputan bienes muebles.

Su venta voluntaria debe hacerse por escritura pública, ante un notario, si se otorgase en los Estados del Rey; y ante los agentes consulares de éste, si se otorga en país estrangero: puede hacerse de la totalidad ó parte de los buques, se encuentren en el puerto ó fuera de él. Cuando la venta se hiciese en otra forma, será nula.

Respecto de la forma, requisitos, perfeccion, efectos y rescision de la compra-venta mercantil, rigen las leyes civiles.

La accion que resulta de los vicios redibitorios, debe intentarse por el adquirente en el término de cuarenta dias, á contar desde la entrega, si se trata de animales; y de tres meses, si de otros efectos muebles: sin embargo, se respetarán los usos particulares, que admitan plazos mas largos.

Si se venden géneros, ú otros efectos muebles, se rescinde la venta en provecho del vendedor, cuando el comprador no se presenta á hacerse cargo de ellos antes de que termine el plazo señalado para su entrega, ó cuando lo hace sin ofrecer simultáneamente el precio; á no ser que se hubiese fijado un término mas largo para el pago.

En el reino de las *Dos Sicilias* se promulgó en 26 de marzo de 1819 un Código de comercio que formaba una de las cinco partes del cuerpo general del derecho.

Cuenta entre los actos de comercio las compras y ventas, que son mercantiles, segun los artículos 632 y 633 del Código francés, añadiendo las de los efectos inscritos en el gran libro de la Deuda pública.

Tambien, como la legislacion mercantil francesa, aplica á este contrato las disposiciones civiles.

En *Toscana* se ha observado con algunas alteraciones el Código de comercio de Francia.

Lo mismo ha sucedido en los antiguos ducados de *Luca*, *Parma*, *Plasencia* y *Guastalla*.

En *Módena* se aplican las leyes civiles á las cuestiones comerciales.

Estados-Romanos. El Código de comercio de Francia estuvo en vigor en Roma, durante la ocupacion francesa, y dejó de estarlo al cesar ésta en 1814; pero Pio VII lo reprodujo con algunas modificaciones, poco importantes, en un edicto, publicado en 1.° de junio de 1821, con el título de reglamento provisional de comercio.

Alemania. La diversidad de leyes comerciales, que regian en los Estados alemanes, ha sido causa de entorpecimientos y limitaciones para su comercio, que no podian continuar en un pueblo tan entusiasta por su unidad. Por un decreto federal de 18 de diciembre de 1856, se mandó redactar un proyecto de Código de comercio que los Gobiernos confederados, en virtud de una escitacion de 31 de mayo de 1861, han publicado sucesivamente como ley en sus territorios con algunas modificaciones.

CÓDIGO DE COMERCIO ALEMAN. Libro 4.° Tít. 2.° *De la compra.*

Art. 337. La oferta de mercancías, hecha á varias personas, remitiéndoles notas de los precios corrientes, catálogos, muestras ó modelos, no se considera como obligatoria, si no va acompañada de una designacion precisa de la mercancía, de su precio ó de su cantidad.

338. Toda operacion de comercio, que

tenga por objeto el suministro de una cantidad de cosas fungibles, mediante un precio determinado, está sometida á las disposiciones que rigen, respecto de las compras.

339. Toda compra sobre muestras se considera hecha por el comprador con la reserva de examinar las mercaderías antes de recibirlas. En caso de duda esta condicion tiene un efecto suspensivo.

El comprador no se reputa obligado, hasta que no se dá por contento de ellas. El vendedor por su parte cesa de estar ligado, si el comprador no las acepta antes de que espire el término convenido ó determinado por las costumbres de cada localidad.

En defecto de término convencional ó de costumbre local, el vendedor puede, trascurrido un plazo suficiente segun las circunstancias, requerir al comprador para que examine y acepte las mercancías, y cesa de estar obligado, cuando éste no obra inmediatamente conforme al requerimiento.

Si la mercancía vendida sobre muestras ó á prueba, ha sido entregada para ser examinada ó ensayada, el silencio del comprador, despues de haber sido requerido, ó de haber dejado pasar el término prefijado, equivale á la aceptacion.

340. Toda compra sobre muestras ó modelos se entiende hecha con la obligacion de que la mercancía sea conforme á ellos.

341. Las compras á prueba no llevan implícita mas condicion que la de suspender sus efectos hasta que el ensayo se verifique.

342. Las disposiciones del primer párrafo del art. 324 (1) son aplicables á los compradores y vendedores en lo que se refiere al lugar del cumplimiento de sus obligaciones.

Cuando los contrayentes no hayan determinado otra cosa, la entrega de las mercaderías se hará en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento comercial, y en su defecto en el de su domicilio en el momento de la celebracion del contrato.

Si se tratase de la venta de una cosa determinada, que al celebrarse el contrato, se encontrara, sabiéndolo los contrayentes, en otro lugar, se hará la entrega donde se halle.

El precio de la venta se pagará cuando se entregue la mercancía, á no ser que lo impida la naturaleza de la operacion, ó que el contrato, ó el uso del comercio, disponga otra cosa.

343. El vendedor está obligado, mientras el comprador no se constituya en mora para la recepcion de la mercancía, á velar por su conservacion con toda la solicitud de un comerciante diligente.

Si el comprador es moroso en la recepcion de la cosa vendida, puede el vendedor, á riesgo y ventura de aquel, depositarla en un establecimiento público destinado al efecto, ó en casa de un tercero. Puede tambien, prévio aviso, hacer vender la mercancía en pública subasta; y si tuviese un precio de cotizacion en la bolsa, proceder á su venta, tambien prévio aviso, por medio de un corredor de comercio, ó en su defecto de un comisionista, que sea perito. Si la mercancía puede deteriorarse y hay peligro en conservarla, no es necesario el aviso prévio.

El vendedor, tan pronto como le sea posible, debe poner la venta en conocimiento del comprador, so pena de abonarle daños ó intereses.

344. Cuando la mercancía deba remitirse de un lugar á otro y no se hubiere estipulado nada acerca del modo de verificar el trasporte, el vendedor tiene obligacion de adoptar las disposiciones necesarias, para que se verifique convenientemente, y á designar á la persona que haya de efectuarlo.

345. Luego que la cosa vendida sea entregada al porteador ó al encargado de trasportarla, los riesgos son de cuenta del comprador. Sin embargo, si el comprador hubiese dado instrucciones sobre la manera de hacer el trasporte, y el vendedor se separa de ellas sin motivo urgente, queda sujeto á la indemnizacion.

Corren por cuenta del vendedor los riesgos del trasporte, cuando, segun los términos del

(1) 324. «Toda convencion comercial debe ser ejecutada en el lugar designado por el contrato ó en el que, segun la naturaleza de la operacion ó la intencion de los contrayentes, deba ser considerado como lugar propio para la ejecucion.»

contrato, deba entregar la cosa vendida en el lugar á que vá dirigida, porque este es para él el lugar de la ejecucion.

Las disposiciones del presente artículo no escluyen el derecho de los contrayentes para pactar que los riesgos corran por cuenta del vendedor desde una fecha anterior, dentro de los límites señalados por el derecho civil.

346. El comprador está obligado á recibir la mercancía, con tal que esté dentro de las condiciones determinadas en el contrato, ó en defecto de estas, de las que señalen las leyes.

La mercancía debe ser recibida sin dilacion, á no ser que se hubiese estipulado otra cosa ó no lo permitiesen los usos locales ó las circunstancias.

347. Recibida por el comprador una mercancía, procedente de otra plaza, debe examinarla tan pronto como lo permita la naturaleza de la operacion; y si no lo encuentra conforme á lo convenido, ó á la ley, ponerlo en conocimiento del vendedor.

En caso de no hacerlo, la mercancía se reputa aceptada, á no ser que los vicios ó defectos, que tenga, no puedan conocerse por el exámen inmediato, hecho en condiciones ordinarias.

Si desde luego se descubren, debe avisarse inmediatamente, so pena de considerarse aceptada la mercadería.

La disposicion anterior se aplica igualmente á la venta sobre muestras ó á prueba, cuando se trate de artículos, cuyos vicios no puedan descubrirse por el reconocimiento ordinario que suele hacerse de ellos.

348. Cuando el comprador tenga que hacer reclamaciones por el estado de una mercancía, que ha recibido procedente de otra plaza, está obligado á velar por su conservacion.

Si los vicios de la mercadería se descubren al tiempo de la entrega ó despues, el comprador puede hacer que se reconozca por espertos, y se declare el estado en que se encuentra. El vendedor está tambien autorizado para pedir el reconocimiento, cuando el comprador se resista á hacerse cargo de la cosa vendida, por los vicios descubiertos en ella.

Los espertos se nombrarán, á peticion del interesado, por el tribunal de comercio, ó en su defecto por el juez local, y darán su informe por escrito ó por declaracion verbal.

Si la mercancía es susceptible de pronto deterioro y hay peligro en conservarla, el vendedor puede hacerla vender conformándose con las disposiciones del art. 343.

349. El comprador no puede quejarse del estado de la mercancía, si han trascurrido seis meses desde la entrega: las acciones redhibitorias no duran mas que este tiempo.

Esta disposicion, sin embargo, no deroga las leyes especiales ó los usos del comercio que fijen plazos mas cortos para ciertas especies de mercaderías.

Se observará lo prescrito en el contrato, si se fijase un término mayor ó menor.

350. No pueden invocarse por el vendedor los arts. 347 y 349 en caso de fraude.

351. Siempre que no se opongan los usos locales ó las cláusulas del contrato, correrán por cuenta del vendedor los gastos de la entrega, principalmente los de medicion y peso, y por cuenta del comprador los de la recepcion.

352. Si el precio se regulase por el peso, se deducirá el del embalage; á no ser que se oponga el uso del lugar de la entrega ó se haya estipulado otra cosa.

353. Si se estipula en el contrato que el precio de la compra sea el de la bolsa ó mercado, se entiende el corriente que aparezca en los estados oficiales del lugar de la ejecucion ó de la plaza de comercio, que sirve á este de regulador. En defecto de precio corriente, ó si se justifica su inexactitud, debe considerarse como precio el medio que resulte de la comparacion de los contratos de compra, celebrados en el tiempo y lugar de la ejecucion.

354. Cuando el comprador sea moroso en el pago del precio, y la mercancía no haya sido aun entregada, el vendedor puede ó demandar la ejecucion del contrato, ó vender la cosa, objeto del contrato, por cuenta del comprador, observando las disposiciones del artículo 343: puede además pedir daños é intereses ó renunciar al contrato, como si nunca se hubiera celebrado.

355. Si el vendedor es moroso en la entrega de la cosa, el comprador puede pedir ó la ejecucion del contrato con la indemnizacion de daños y perjuicios, ó solo esta, ó renunciar á los derechos que procedan de aquel, como si no se hubiera celebrado.

356. Si uno de los contratantes quiere, conforme á los artículos anteriores, pedir daños y perjuicios por la falta de cumplimiento del contrato, ó renunciar á él, debe prevenir á la otra parte, concediéndola un plazo variable, segun las circunstancias, para purgar la mora.

357. El artículo precedente no es aplicable, cuando se haya estipulado la entrega de la mercancía en un dia fijo ó dentro de un plazo determinado. El comprador y el vendedor pueden entonces ejercitar, segun les convenga, los derechos que les confieren los artículos 354 y 353. Sin embargo, el que quiera reclamar la ejecucion del contrato, debe prevenir al otro contrayente cuando espire el término ó plazo: de lo contrario, no podrá despues hacer la reclamacion.

Si la mercancía tiene un precio que se cotice en la bolsa ó mercado, el vendedor que quiera venderla por cuenta del comprador moroso, debe proceder inmediatamente á la venta al espirar el término ó plazo. Toda venta posterior no se considera hecha por cuenta del comprador. No es necesario el aviso prévio; pero el vendedor debe hacer saber inmediatamente al comprador la venta celebrada.

Cuando el comprador no pide la ejecucion del contrato, sino los daños y perjuicios que se le han seguido por su falta de cumplimiento, el importe de la indemnizacion, que pagará el vendedor, si el precio de la mercancía se cotiza en la bolsa ó mercado, debe ser la diferencia entre el precio de compra y el del tiempo y lugar de la entrega, sin perjuicio del derecho que corresponde al comprador de reclamar daños y perjuicios.

358. En el caso del artículo anterior, todo contratante puede hacer constar por un documento público la mora del otro á espensas de éste.

359. En los casos previstos en los artículos 354, 353 y 357, si resulta de las circunstancias, y principalmente de la naturaleza del contrato ó de la mercadería, ó de la intencion de los contrayentes, que la ejecucion de lo contratado incumbe á las dos partes, ninguno de ellos puede renunciar al convenio mas que en lo que no ha sido ejecutado por el otro.

Hungría. Esta porcion importante del Imperio austriaco tiene leyes propias, y entre ellas un Código de Comercio, en el que no hay disposiciones especiales sobre las compras y ventas.

Grecia. El Código francés, que se habia adoptado por los comerciantes de este pais, antes de su revolucion, fué declarado despues ley del Estado, con algunas ligeras modificaciones.

Turquía. La coleccion de leyes, que goza de mas autoridad en el Imperio turco, fué redactada por órden de Suleyman II, desde el año 1520 al 1566, y se titula *Multeka-Ebbar*. El libro 7.° de este Código trata del comercio y contiene algunas disposiciones interesantes sobre las compras y ventas.

Segun él, las ventas se dividen en legales, ilegales, nulas, reprensibles y provisionales.

Son ventas legales las que se conforman con los principios de la equidad y reunen las cuatro condiciones siguientes:

1.° Un pacto claro entre las partes.

2.° Legalidad de la mercancía.

3.° Derecho de propiedad en el vendedor.

4.° La trasmision absoluta de este derecho al comprador.

El comprador debe pagar el precio antes de la entrega de la mercancía.

Los caractéres de la venta ilegal son: la ignorancia del tiempo en que ha tenido lugar, un precio no determinado, é incertidumbre en la calidad ó cantidad de la cosa vendida ú obligaciones accesorias, que la den el carácter de donacion. Se considera ilegal la venta del trigo verde, del fruto pendiente del árbol, de la leche no ordeñada, de la lana por esquilar, de la pesca futura, del producto anual de una tierra, y en general de todas

las cosas, cuya utilidad es incierta ó indeterminada.

Una venta á crédito es ilegal, cuando no se fija el término del pago.

Los contrayentes tienen facultad de rescindir las ventas ilegales, á no ser que haya actos de ejecucion por su parte. Si se rescinden, el precio debe restituirse antes que la mercancía.

Si esta no existe en poder del comprador, entregará un equivalente ó pagará su valor al precio corriente del dia. Si ha tenido ganancias con el objeto adquirido, la religion le ordena que las aplique á los pobres. La ganancia obtenida con el precio es legítima.

Es nula entre los mahometanos la venta de todo objeto, que no tenga ningun valor para el *Islamismo*, como el vino, el cerdo, la sangre y los cuerpos sin vida, de hombres y animales.

Es tambien nula la venta de leche de mujer, de cabellos humanos, de cerda de puerco, de cueros no curtidos, y de armas pertenecientes á rebeldes.

Hay tambien nulidad en la venta comun y proindiviso de dos objetos, de los cuales uno es lícito y otro ilícito.

Es de tal manera nula la venta de estos objetos, que ni aun se consideran como depositados en manos del pretendido comprador.

Las ventas reprensibles no son nulas: se llaman así las que se oponen á la piedad, como las hechas el viernes, durante el oficio divino, ó la venta del libro del Corán, ó de un esclavo musulman á un infiel.

La elevacion simulada del precio de una cosa, y el monopolio, principalmente de sustancias alimenticias, son tambien actos reprensibles.

Se llaman suspensivas las ventas hechas por personas inhábiles para contratar, como los menores y los mandatarios, que no tienen poder bastante: la validez de las hechas por estos depende de la ratificacion.

Conócense además ventas condicionales, facultativas, y que pueden rescindirse á la vista de la cosa vendida, ó por vicios redhibitorios.

Son condicionales aquellas en que los contrayentes se conceden un plazo de tres dias, para aceptarlas ó rescindirlas.

Este plazo, que no es lícito estender por mas tiempo, se puede renovar arbitrariamente antes de su conclusion, y concederse solo á una de las partes.

La venta se tiene por consumada, si durante el plazo, el comprador deteriora el objeto que se le ha entregado, usa de él ó lo enagena. Se consuma tambien, si muere una de las partes, ó ambas. El derecho á usar del plazo se trasmite á los herederos, segun el imán *Schafy*, pero no segun el imán *Maleki*.

Las ventas facultativas dan derecho al comprador para escoger, durante tres dias, entre dos ó tres objetos, cuyo precio se ha estipulado antes, uno de ellos. Este derecho del comprador pasa á los herederos.

Hay tambien otras ventas, que se rescinden, si al ver el comprador la cosa vendida, no satisface esta sus deseos. Este derecho no puede ejercerse, si el comprador ha dispuesto de ella ó la ha deteriorado. Es un derecho personal, que no se trasmite á los herederos.

Los vicios redhibitorios son igualmente causa de rescision de las ventas; mas no puede el comprador retener la cosa vendida, mediante un precio inferior al convenido.

Toda venta hecha con fraude, ó por sorpresa, puede rescindirse por el comprador.

Estos derechos son trasmisibles á los herederos.

Antigua. **Estados-Unidos.** El derecho comercial de los Estados-Unidos es en general el mismo que el de Inglaterra, modificado por la legislacion de cada uno de los Estados, y por las decisiones del Tribunal federal de la Union y de los tribunales de los Estados particulares.

A pesar de que cada Estado tiene un derecho mercantil diferente, la legislacion comercial es muy semejante en toda la Union. La compra-venta mercantil se rige, como en Inglaterra, por la ley civil y por los usos y precedentes.

Repúblicas hispano-americanas. Las Ordenanzas de Bilbao, vigentes

en estos paises, antes de su separacion de la madre pátria, han continuado despues de su independencia aplicándose á las transacciones mercantiles. Lo que contienen respecto de la compra-venta, queda ya inserto en la primera seccion de la parte legislativa de este artículo.

PARTE DOCTRINAL.

SUMARIO.

Sec. I. *Reseña histórico-jurídica.*
Sec. II. *Naturaleza de la compra-venta mercantil.*
Sec. III. *De la forma y clasificacion de la compra-venta mercantil.*
§. 1.° *De los diferentes modos de celebrarse este contrato.*
§. 2.° *De las clases, en que se divide la compra-venta mercantil.*
Sec. IV. *De los requisitos ó condiciones de la compra-venta mercantil.*
§. 1.° *De la capacidad para formalizar este contrato.*
§. 2.° *Del consentimiento.*
§. 3.° *De las cosas que son objeto de esta compra-venta.*
§. 4.° *Del precio.*
Sec. V. *De los derechos y obligaciones que nacen de la compra-venta mercantil.*
§. 1.° *De las obligaciones del vendedor.*
§. 2.° *De las obligaciones del comprador.*
§. 3.° *De los derechos del comprador y vendedor.*
Sec. VI. *Del cumplimiento y extincion de las obligaciones, nacidas de la compra-venta mercantil.*

SECCION I.

RESEÑA HISTÓRICO-JURÍDICA.

El cambio es una de las causas principales de los progresos humanos. Sin él cada hombre tendria que producir todo lo que necesita, la division del trabajo no existiria, y nuestras luchas incesantes con la naturaleza no servirian sino para dar testimonio de la impotencia de los esfuerzos del individuo, abandonado á sí mismo. El cambio, ha dicho muy bien un célebre economista, es la sociedad, porque si fuera posible suprimirlo, desaparecia uno de los motivos mas poderosos, que obligan á los hombres á buscarse mútuamente, y nuestro corazon alimentaria en el aislamiento el fuego de las pasiones antipáticas é insociales, que le dominan. El cambio no une solamente á los que viven en la misma pátria, hablan el mismo idioma, y tienen iguales instituciones, recuerdos é historia: es el lazo comun de todos los hombres, y cualesquiera que sean los obstáculos que los separen, las hace prescindir de sus diferencias de clima, de raza, de idioma, de leyes y de costumbres.

El cambio tiene por fin principal la satisfaccion de las necesidades humanas; pero no es posible que todos los hombres venzan las innumerables dificultades que se oponen y á la adquisicion de lo que necesitan. Ocupados los mas en trabajos penosos, en que no pueden menos de concentrar su espíritu y sus fuerzas, es indispensable que otros se dediquen esclusivamente á luchar con los obstáculos que impiden la accesibilidad de los productos al consumidor. El comercio es la industria importante, que lucha con esos obstáculos y los vence: la humanidad la debe grandes beneficios, y si por mucho tiempo se los ha pagado con desdenes, es porque no ha comprendido que sin el cambio la vida social seria imposible, y sin el comercio el cambio miserable é infecundo.

En los primeros tiempos del género humano, los hombres cambiaron entre sí directamente y sin intervencion de agentes intermedios; pero bien pronto debieron comprender, al aumentarse la poblacion y las riquezas, que la continuacion de semejante estado de cosas era imposible, y el comercio, aunque tímido y mezquino, nació espontáneamente. El origen de esta industria se remonta hasta los primeros tiempos de la vida social, sin que pueda puntualizarse el año de su nacimiento,

como acontece con casi todos los hechos que tienen su raíz en necesidades apremiantes y universales de la naturaleza humana. Anterior á la invencion de la moneda, adquirió con ella estension y pujanza, porque, merced á la facilidad y comodidad que recibieron los cambios, éstos se multiplicaron y pudieron celebrarse entre pueblos que antes se repelian y se inspiraban desconfianza.

Entonces nació, simultáneamente con la compra-venta general, la mercantil. Otra cosa fuera inconcebible, porque siendo anterior el comercio á la moneda, la invencion de ésta debió aprovechar principalmente á los que mas cambiaban y mayor interés tenian en hacer fáciles y rápidos los cambios. Así como habia una permuta mercantil antes de la moneda, tuvo que haber, despues de su descubrimiento, una compra-venta de igual naturaleza y con los mismos caractéres.

La historia de este acto de comercio, prescindiendo de las leyes que le han dado forma y efectos legales, es la misma que la de la industria á que corresponde, porque él principalmente la constituye. Los demás contratos y operaciones, ó son de un interés secundario, ó sirven para auxiliar, preparar ó ejecutar las compras y las ventas. Concretáronse estas al principio dentro de pequeños espacios y se redujeron á los artículos mas necesarios para la vida: pero, á medida que los pueblos se agrandan, que las necesidades crecen y que la eficacia del trabajo se aumenta, el comercio toma mayores proporciones, salva los montes y los rios, y no contento con el consumo de los habitantes que viven en el mismo contiente, se arroja á los mares y llama á las puertas de hombres de color, lengua, traje y costumbres diferentes. Pero no seguirémos el hecho de comprar y vender en sus vicisitudes, porque no es nuestro ánimo hacer la historia del comercio. Lo que cumple á nuestro propósito, siquiera sea ligeramente, es examinar el acto mercantil, objeto de este artículo, bajo el punto de vista histórico legal, y principalmente la importancia y consideracion que ha tenido en las varias colecciones legislativas de nuestro país.

Aunque desde los tiempos mas antiguos ha sido conocido con el carácter especial de la compra-venta mercantil y no se ha ocultado á los jurisconsultos y legisladores que no son idénticos el acto de comprar para consumir, y las compras hechas para revender y obtener lucro, no ha existido, sin embargo, una legislacion especial, que diera efectos diferentes á este contrato, segun fuera comun ó mercantil. Generalmente las leyes antiguas se han limitado á hacer algunas indicaciones sobre su naturaleza y las cosas que podian ser su objeto, y si se han ocupado en las compras y ventas mercantiles, no ha sido considerándolas bajo su aspecto jurídico, sino económica y políticamente. El desprecio con que se ha tratado al comercio por los pueblos, los gobiernos y hasta los sábios, el egoismo poco ilustrado de las naciones, sus luchas incesantes y las falsas ideas que han dominado en el mundo acerca de la naturaleza y funciones de la moneda, han sido las principales causas de que la historia legal de la contratacion comercial, sea una série, pocas veces interrumpida, de vejámenes, de limitaciones absurdas y de obstáculos puestos por los hombres á su rapidez y estension. Las tasas, los monopolios, la persecucion de los revendedores, los impuestos onerosos, una fiscalizacion odiosa, las aduanas interiores, los derechos elevados de importacion y esportacion, las prohibiciones, las leyes suntuarias y otras trabas funestas con que el legislador arrastrado por la opinion de los pueblos, ha puesto embarazos á las compras y ventas mercantiles, son los capítulos de la historia de las mortificaciones del comercio, que no han concluido con él, porque es imposible matar lo que tiene una existencia necesaria.

La legislacion romana no desconoció la naturaleza de los actos comerciales, ni la de la compra-venta mercantil. Ulpiano define el comercio *emendi, vendendique invicem jus*: y la tienda *tabernam, quà rebus et hominibus, ad negotiationem paratis, constant*. El mismo designa con el nombre de mercaderías solo las cosas muebles, y Africano escluye de ellas á los siervos.

A pesar de eso, la legislacion de las com-

pras ordinarias y las comerciales, era comun; y si alguna vez el Digesto y el Código Justinianeo se ocupen en ellas, es, ó para dar seguridad en las ferias á los compradores y vendedores y castigar los monopolios y á los que se valen de medios reprobados para elevar los precios, ó para prohibir la venta de ciertos artículos y la esportacion de otros.

En España el Código de Eurico no contiene ninguna ley sobre el comercio, y el de Alarico ó Breviario de Aniano y el Fuero Juzgo, que apenas tratan de él, guardan silencio sobre las compras y ventas mercantiles. Eran aquellos tiempos harto revueltos y bulliciosos para pensar sériamente en las artes de la paz, y estaba por otra parte muy decaido y vilipendiado el tráfico, para que los poderes públicos, casi siempre en guerra, cuidasen de alentarle y menos de enaltecerle.

En los fueros municipales se encuentran varias disposiciones sobre mercados y ferias; pero las rivalidades de los municipios, su carácter egoista é independiente y el aislamiento en que vivian, no eran apropósito para establecer un derecho mercantil en consonancia con las verdaderas necesidades del comercio. Pero, si esto acontecia generalmente en los pueblos del interior, durante la edad media, no así en muchos de los marítimos, cuyas relaciones fueron en rápido aumento desde el siglo XII. Su comercio en una prosperidad siempre creciente, y rodeado de peligros por todas partes, necesitaba leyes, que diesen seguridad á la contratacion, y uniformasen las prácticas desemejantes de los que estaban en tratos mas frecuentes. Esta necesidad reprodujo en el siglo XIII el *Consulado del mar*, redactado en Barcelona con anterioridad á las demás ordenanzas marítimas de Europa, el Código que se conoce con el título de Roles de Oleron (juicios de Oleron), y las leyes de Wisby. La liga Hanseática tuvo tambien sus leyes, que se publicaron por primera vez en 1591 con el título de Ordenanzas marítimas de la Hansa teutónica.

En el mismo siglo Alfonso X de Castilla mandó redactar el Fuero Real y el Espéculo, y poco despues las Partidas. Este famoso Código no estableció una legislacion especial para la compra-venta mercantil; pero, inspirado principalmente por las doctrinas jurídicas de los romanos, conoció su naturaleza. La ley 1.ª, tít. 7, pág. 5.ª, dice: *Propiamente son llamados mercaderes todos aquellos que venden é compran las cosas de otri, con la entencion de las vender á otri, por ganar en ellas.* Las leyes de Partida contienen limitaciones importantes del derecho de comprar y vender, y no se distinguen por el espíritu fiscalizador y restrictivo que se revela en la de los siglos posteriores.

Las restricciones, sin embargo, existian de hecho, como nos lo enseña la historia económica de nuestro país; y si las Partidas no las dan á conocer, consiste en que eran mas bien una obra doctrinal, que el reflejo exacto del estado social y político de Castilla en aquel tiempo.

Las leyes contenidas en las Ordenanzas Reales, Nueva y Novísima Recopilacion, producto de las opiniones y circunstancias dominantes en los tiempos de su publicacion, son la fuente, á que tenemos que acudir para conocer los estrechos límites, á que estaba reducida la libertad de comprar y vender en nuestro país.

Sin hablar de las innumerables prohibiciones de importar artículos estranjeros y esportar los nacionales, de las cuales todavia se conservan algunas, ni de las severas penas en que incurrian los infractores, ni de los obstáculos puestos al comercio de la moneda, ni de las alcabalas y otros gravámenes, ni de los derechos de retracto, y tanteo, tan prodigados, ni de otras muchas limitaciones, que seria prolijo enumerar; hay en los códigos citados trabas tales, que no podemos menos de indicar, siquiera sea ligeramente. El legislador no se contentó con tasar el pan y los artículos de primera necesidad: el Consejo de Castilla, de acuerdo con la Corona, llegó á hacer un arancel, en que señalaba precio á casi todos los artículos, que pueden ser objeto de compra-venta; y Cárlos III mandó tasar semanalmente las aves, pescados, legum-

bres, verduras, frutas y otros productos. Se castigó á los corredores de ganados y se prohibió á los labradores que revendieran los bueyes que habian comprado en las ferias, aunque no sirvieran para el uso á que los destinaban. Los huhoneros no podian vender por las calles, ni llevar á las casas sus mercancías. Se prohibió comprar paños para venderlos en las ferias, y seda cruda para revenderla en la misma especie. Los revendedores de seda, paños, lencería, cera, papel, hierro y pieles, eran castigados; la primera vez con la pena de 50,000 mrs. y dos años de destierro, y la tercera con la confiscacion de la mitad de los bienes, vergüenza pública y destierro por cuatro años. Los fundidores y sastres no podian tener tienda abierta junto á la de los mercaderes. Los que vendian paños debian medirlos mojados y tendidos en una tabla, y no les era lícito usar toldos ó cortinas, que quitaran claridad á las tiendas.

El lujo fué tambien fuente fecunda de prohibiciones y restricciones de las compras y ventas, porque, lo que no se podia usar, generalmente tampoco se podria comprar ni vender. Felipe II limitó el número de personas que habia de llevar lutos, y prohibió el uso de muebles, guarnecidos de plata batida. Felipe III dispuso que los Grandes de España no pudieran alumbrarse con mas de cuatro hachas; los que no lo fuesen, con mas de dos, y ninguno con hachas de cera blanca. Felipe IV prohibió las guarniciones en los trajes y vestidos, las capas y balandranes de seda, las basquiñas, que tuviesen mas de ocho varas, y los aderezos, de piedras falsas. Felipe V, los vestidos que tuviesen el fondo ó mezcla de oro, y á los artesanos los de seda: Cárlos III, los encajes en las mantillas, y Cárlos IV, las basquiñas, que no fuesen negras.

Estas leyes consideran la compra-venta mercantil, mas bien bajo su aspecto económico, que bajo el jurídico. Desde la edad media se publicaron tambien otras, aunque no en tanto número, que dieron al tráfico comercial el carácter excepcional, que le distingue hoy en la mayor parte de los pueblos modernos: y como entonces todo lo que tenia alguna importancia, aspiraba al privilegio; el comercio trabajó por conseguir derechos escepcionales, y principalmente la exencion de los tribunales ordinarios. Logró su propósito en una porcion de pueblos, y la contratacion mercantil quedó sometida á la jurisdiccion de los cónsules. Barcelona y Valencia fueron las primeras ciudades que en España gozaron de ese privilegio. Búrgos, á pesar de su famosa casa de *contratacion*, no le obtuvo hasta el año 1494. En 1553 se recopilaron sus Ordenanzas, con el título de *Ordenanzas hechas por el Prior y Cónsules de la Universidad de la contratacion de esta M. N. y M. L. ciudad de Búrgos, por sus majestades confirmadas, para los negocios y cosas tocantes á su jurisdiccion é juzgado.* D. Fernando el Católico, en 1511, concedió á Bilbao los mismos privilegios que contenia la pragmática dirigida á Búrgos, y sus sucesores los estendieron á San Sebastian y otros puertos. De todas las Ordenanzas que se publicaron en España, ningunas fueron tan célebres, ni tan dignas de serlo, como las de Bilbao, aprobadas en 1737, que no solamente eran respetadas en nuestro pais, sino tambien consultadas en toda Europa, y aun hoy mismo están, como indicamos antes, sirviendo de Código de comercio en las Repúblicas hispano americanas. Ese Código, además de determinar con claridad y distincion la competencia de los jueces consulares, se anticipó á los modernos de comercio, en la decision de cuestiones, antes indecisas, ó mal resueltas sobre la compra-venta mercantil.

En el siglo actual, á pesar de los esfuerzos de la escuela histórica, la codificacion se ha hecho casi general, y aun en el mismo pais en que aquella tenia sus mas sábios y ardientes campeones, despues de haberse publicado varios códigos particulares, se ha aceptado por la mayor parte de sus Estados un Código de comercio, general y uniforme. Francia es la que en este siglo ha precedido á las demás en la obra de la codificacion. En 1807 publicó Napoleon su Código de comercio, que despues ha servido de modelo á los varios que se han promulgado en Europa. Precedió

ronle las célebres Ordenanzas de los mercaderes y de la marina, publicadas por Colbert en 1673 y 1681: pero cualquiera que sea su mérito, los tiempos de su redaccion habian sido peores, y la obra de Bonaparte tiene sobre ella una indisputable superioridad. El Código francés, no solo por sus formas elegantes y precisas, sino tambien por las victorias de su autor, llegó á alcanzar una gran autoridad en Europa, sirviendo de libro de consulta en unos pueblos, y rigiendo como ley en otros. Ha tenido fuerza legal en Bélgica, Lombardía, los Estados romanos, Toscana, Baden, Provincias Rbinianas, Parma, Islas Jónicas, Grecia y varios Cantones suizos, si bien ha sufrido despues de su introduccion en estos paises, modificaciones importantes, y en algunos ha sido sustituido por leyes propias.

Siguiendo el ejemplo de la Francia, han promulgado Códigos de comercio, España, Portugal, Holanda, Cerdeña, Rusia, las Dos Sicilias, Alemania y otros pueblos europeos. De estos Códigos, los que tratan mas estensamente de las compras y ventas, son las de España, Portugal y Alemania. Los demás á inmitacion del francés, si bien suelen señalar los caractéres que distinguen este contrato, le someten á las disposiciones de la ley civil.

SECCION II.

NATURALEZA DE LA COMPRA-VENTA MERCANTIL.

Este contrato es bilateral y conmutativo: consta por consiguiente de dos actos, que aunque no pueden existir el uno sin el otro y forman una convencion única, son distintos y aun diferentes, pudiendo uno ser mercantil y el otro no. Para conocer, pues, la naturaleza de este contrato, es preciso examinar separadamente los actos de que se compone, sin olvidar las relaciones que los unen, ni el acto complejo que los comprende y sintetiza.

Pertenecen á la clase de mercantiles, segun el artículo 559 de nuestro Código de comercio y varias decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, las compras de cosas muebles, que se hacen con ánimo de adquirir sobre ellas algun lucro, revendiéndolas, bien sea en la misma forma que se compraron, ó otra diferente.

El Código español, de acuerdo con el francés y otros, ha escluido del número de los objetos del comercio los bienes inmuebles y sus accesorios; pero aunque la forma de su venta se diferencia de la de los muebles y semovientes, en la mayor parte de los pueblos, no hallamos suficientemente justificada esta resolucion. Donde quiera que haya una adquisicion, no para satisfacer las necesidades propias y de la familia; sino para revender, especular y obtener lucro, allí existe un acto de comercio, y el que le ejecuta habitualmente, se considera comerciante. Los que compran tierras y edificios, no para colocar en ellas su fortuna y vivir de su renta, ni para cultivar aquellas ó habitar estos; sino para revenderlos, viven, no solo de su capital; sino tambien de su trabajo, y ejercen una industria que no puede ser otra que la mercantil. Nada importa que los bienes raíces no puedan trasportarse: el trasporte no es la única operacion comercial, como falsamente han creido algunos economistas. Lejos de eso, debe tenerse por auxiliar del acto principal del comercio, que es la compra-venta, porque sirve en unos casos para hacerla posible, y en otros para ejecutarla, poniendo las cosas vendidas á disposicion del comprador. El fin del comercio consiste en hacer accesibles las mercaderías al consumidor ó adquiriendo en forma y fines de comercio, superando las dificultades que se opoden á la compra de lo que necesita, y que en la mayor parte de los casos no podrian vencer los que no se dedican habitualmente á la industria mercantil. Estas dificultades, aunque no tan ordinariamente, pueden existir para la compra de los bienes inmuebles, y es de gran importancia que haya personas que hagan el objeto único, ó por lo menos principal, de su atencion y sus esfuerzos, la adquisicion de esos bienes para revenderlos, y facilitar su circulacion.

Creen algunos que no son mercantiles las compras de inmuebles, porque hay que to-

mar razon del contrato en el registro de hipotecas; mas esto es dar mayor importancia á la forma que á la esencia de las cosas. El que la compra se haga, ó no, por medio de escritura pública, y que se registre ó deje de registrarse, no altera la naturaleza de aquella, si se hizo con ánimo de obtener lucro revendiendo la cosa comprada.

No nos ocupamos ahora en señalar los caractéres de las cosas inmuebles, ni en resolver las cuestiones que se suscitan sobre algunas de calificacion dudosa, porque creemos que es mas oportuno hacerlo, al tratar de las condiciones ó requisitos esenciales de la compra-venta.

Solo sí diremos, porque corresponde á este lugar, que aunque los minerales se consideran como accesorio de la mina que es inmueble, su compra hecha con el fin de beneficiarlos y revenderlos, es un acto de comercio, puesto que cuando se benefician y revenden, son ya indudablemente muebles.

Se necesita tambien, segun el art. 550, para que las compras sean mercantiles, que *se hagan con ánimo de obtener lucro, revendiéndolas*. Estas palabras espresan principalmente la naturaleza comercial del contrato, que estamos examinando, y señalan el carácter, que le distingue. De ellas se deduce que no basta el ánimo de obtener un lucro; sino de obtenerle volviendo á vender el objeto adquirido. Si la intencion del adquirente es realizar un aumento de valores por cualquiera otra operacion, que no sea la reventa, la compra no se reputa acto de comercio por el testo de nuestro Código.

El ánimo de lucrar ha de existir en el momento de la compra, y no basta, para convertirla en acto de comercio, el que se despierte en el adquirente despues de verificado el contrato. Tampoco bastará, segun las palabras de la ley, que despues de hecha la compra haya ánimo de lucrar por medio de la reventa, si al hacerla habia solo intencion de obtener un lucro, ejecutando una operacion diferente.

Tampoco será acto de comercio la compra, si el comprador, en el momento de celebrarla, tenia solo ánimo de revender; pero no de lucrar, aunque despues obtenga un lucro inesperado. El que compra un caballo para su uso, con intencion de venderle despues de haberle usado por algun tiempo, no hace una compra mercantil, á pesar de que por las circunstancias del mercado realice una gran ganancia, en vez de la pérdida que debia tener probablemente.

Si por el contrario existe en el comprador, al tiempo de comprar, ánimo de lucrar revendiendo, el acto será mercantil, aunque aquel varíe despues de intencion, y destine al consumo doméstico lo que habia adquirido para revenderlo.

El ánimo de ejecutar este acto de comercio, se conoce ordinariamente por los hechos posteriores á la compra y por las circunstancias del comprador, siendo difícil hacerle constar de una manera directa. Se presume su existencia en las compras de los comerciantes, y que no le ha habido en las de los que no lo son, mientras no se pruebe lo contrario, porque lo mas comun es que los primeros compren para comerciar, y los segundos para la satisfaccion inmediata de sus necesidades.

El Código francés, el holandés, el sardo y alguno otro, consideran como actos de comercio, no solo las compras, que se hacen para revender; sino tambien las hechas con el fin de alquilar las cosas compradas. Creemos preferible esta disposicion á la española. El arrendamiento puede ser, ó no, un acto comercial, segun la manera de ejecutarle y la intencion del que le ejecuta, y no hallamos ninguna razon suficiente para no tener por mercantil la compra, cuyo fin es especular alquilando. El que habitualmente se dedica á arrendar vestidos ó muebles, para lucrar con la série de operaciones, que ejecuta, y que constituyen su profesion, es un verdadero comerciante, y sus contratos actos mercantiles. A pesar de que la legislacion francesa lleva en ese punto ventajas á la nuestra, no nos satisface completamente: hubiera sido mejor llamar actos de comercio todas las compras, que se hacen para ejecutar una operacion comercial; y no limitar esa calificacion á las hechas con el fin de revender ó alquilar.

Síguese de la doctrina adoptada por el Código de Napoleon, que son actos de comercio las compras de muebles y otros artículos que alquilan, aunque sea por pocas horas, los empresarios de espectáculos, gabinetes de lectura, pompas fúnebres y carruages, y los que ceden por dinero habitaciones amuebladas.

Nuestro Código, siguiendo al francés, no exige que la reventa de las cosas compradas se haga en la misma forma en que se compraron: puede hacerse en cualquiera otra. Esta disposicion estiende considerablemente el círculo de la contratacion mercantil, y dá este carácter á la mayor parte de las compras necesarias en la industria manufacturera. Consistiendo esta en dar forma diferente á los productos de las industrias estractiva y agrícola, y aun á muchos ya manufacturados, casi todas sus compras son mercantiles, como las de los dedicados al comercio por mayor y por menor.

Deben, por consiguiente, reputarse tales las que los fabricantes de todas clases hacen de primeras materias para venderlas luego en otra forma. El que compra lana, lino, algodon, seda, cáñamo y otros productos análogos para convertirlos en hilados ó tegidos; sustancias tintóreas para teñirlos; maderas y minerales para construir máquinas y herramientas; y cualesquiera otros objetos para trasformarlos, ejecuta actos de comercio, siempre que haga la adquisicion con el propósito de revender lo comprado.

¿Serán tambien mercantiles las compras de las materias auxiliares de la fabricacion, que no quedan incorporados en el producto fabricado, y por tanto no se revenden, ni en la misma, ni en diferente forma, como el carbon mineral, que se emplea para producir el vapor, que pone en movimiento la maquinaria de una fábrica? Si hubiéramos de atenernos estrictamente á la letra del art. 359, contestariamos negativamente á esta pregunta; pero haciéndose estas compras con el mismo propósito que las de las materias de que se compone el producto fabricado, siendo necesarias en unos casos y de gran utilidad en otros para fabricarlo, y habiendo en ellas ánimo de obtener un lucro, creemos que no reputarlas actos de comercio, es desconocer la naturaleza de esta industria y de las operaciones que la constituyen.

Lo mismo decimos de las compras de máquinas y herramientas, cuando no se consideran como accesorio del edificio, en que se halla el establecimiento fábril, porque en este caso, siendo compras de inmuebles, no pueden tener legalmente la consideracion de mercantiles.

Las que sin dificultad deben tenerlo, son la de las subsistencias, dadas á los operarios de las fábricas, porque el empresario, que las compra y paga con ellas todo, ó parte, del salario, puede decirse sin violencia que las revende á los que las reciben.

Se ha puesto en cuestion por algunos escritores la cualidad de mercantiles, que generalmente se atribuye á las compras que hacen los dueños de fondas, cafés, tabernas y otros establecimientos análogos; pero indudablemente la tienen, puesto que los compradores no destinan los alimentos y bebidas á su propio consumo; sino á la reventa en la misma ó diferente forma. En el propio caso están los que dan hospedage retribuido, alimentando á los huéspedes, aunque reciban una cantidad por dias, ó por cualquier período de tiempo; porque, aunque no revendan directamente los alimentos, en la retribucion estipulada, se comprende, no solo el alquiler del servicio personal, de la habitacion y los muebles; sino tambien el precio de la comida.

Segun Roque, pertenecen á la misma clase las compras de los artículos, que los dueños de colegios ó establecimientos de educacion, dan á los alumnos, mediante una retribucion. Pardessus, Despreaux, Cabré, y otros escritores de Derecho comercial, opinan que, no siendo establecimientos mercantiles los colegios, tampoco deben serlo las compras que hagan sus dueños. Nouquier y MM. Subire y Carterel distinguen entre las casas de educacion, establecidas por un Doctor ó Licenciado, y la que funda una persona estraña á las ciencias y letras, y dan á estas el carácter de comerciales; y no á aquellas, no

viendo en las unas mas que el propósito de difundir la verdad, y en las otras el ánimo de lucrar. A pesar de que esta jurisprudencia se halla muy estendida en Francia, nos parece inspirada por el espíritu de clase, y no por el deseo del acierto. El que establece una casa de educacion, lo hace con ánimo de lucrarse, por mas que algunas veces tenga aspiraciones superiores; y desde el instante en que las ganancias desaparecen, desaparece con ella el colegio, como sucede en todo género de empresas. Esta ha sido y es constantemente la naturaleza humana, y los ejemplos de rara y heróica abnegacion, que puedan presentarse en contrario, confirman la regla general, en vez de desmentirla. Mas, así como hay escepciones en el órden de los hechos, no tenemos inconveniente en admitirlas en el derecho: si hubiese un colegio, fundado con verdadero propósito de caridad, por amor á la ciencia, y con el fin esclusivo de hacer bien y propagar la ilustracion, las compras de los alimentos, que diera á los alumnos, no serian mercantiles, porque no habria ánimo de lucrar revendiendo.

¿Deben considerarse como actos de comercio las compras de papel y demás materias, que los escritores y editores necesitan para publicar sus obras, y ponerlas á la venta? Pardessus, Vincen y otros jurisconsultos contestan negativamente á esta pregunta, respecto de los escritores, porque suponen que el autor de un libro no le publica con el fin de especular; sino de ilustrar á los hombres: mas no pudiendo suponer ese fin ni el propósito del que escribe, ni el librero editor, no estienden á este la inmunidad de aquel, y reputan actos de comercio sus compras. No estiende tampoco Pardessus la exencion de los escritores á los empresarios de periódicos, aunque los dirijan y escriban en ellos; porque, segun él, el periodista, que no hace mas que dar cuenta de los sucesos, que son del dominio público, no puede asemejarse al que compone una obra, verdaderamente literaria. Subire y Carteret refutan esta opinion, escluyendo solo del número de los escritores privilegiados á los autores de libros y guias, que contienen la indicacion de las calles y monumentos de una poblacion, ú otras noticias análogas. Nosotros, á pesar del respeto que nos inspiran los jurisconsultos citados, creemos que, siendo el móvil mas general y poderoso de las acciones humanas el amor de sí mismo, ó sea el interés personal, debe resolverse esta cuestion, contestando afirmativamente á la pregunta que encabeza este párrafo, ó lo que es lo mismo, reputando mercantiles las compras que tanto los editores, como los escritores de todas clases, hacen de las materias necesarias para la impresion de los libros que ponen á la venta pública. Aunque el ánimo de muchos sea ilustrar al género humano, y adquirir gloria literaria, casi todos necesitan vivir de su trabajo, y se proponen, sino como fin principal, por lo menos secundario, el logro de un lucro que haga posible la continuacion de sus afanes. Cuando este ánimo existe, aunque sea secundariamente, la compra es mercantil, porque la ley no exige mas que su existencia. Resolviendo esta cuestion de otro modo, se infiere una grave ofensa á las demás clases que viven de su trabajo; porque en todas debe suponerse, no solo el deseo del lucro; sino tambien el de ser útiles á sus semejantes, cada cual en la esfera de su accion y en sus particulares circunstancias. Unicamente se reputarán no mercantiles las compras, que hagan los escritores, cuando reparten sus libros entre sus amigos, ó destinan el producto de la venta á un objeto de caridad, ó se contentan con un precio que solo les indemniza de los gastos; en una palabra, cuando de un modo notorio no ha habido ánimo de lucrar revendiendo.

Consecuentes los que no consideran como acto de comercio la compra de papel para imprimir, tampoco dan ese carácter á la que un pintor hace de colores y telas para cuadros, que vende, ni á la de los mármoles, que el escultor trasforma en estátuas, con cuyo precio vive y mantiene sus inspiraciones. Consecuentes nosotros con la opinion, sostenida en el párrafo precedente, tenemos por mercantiles estas compras, lo mismo que las que un ebanista hace de maderas finas para convertirlas en muebles, llenos de belleza y ele-

gancia, y las del pino con que un carpintero de aldea ejecuta una mesa grosera y tosca. Pero, así como hemos admitido escepciones en la ciencia, la lógica nos obliga á admitirlas en el arte. El que pinta un cuadro ó forma una estátua con ánimo de hacer un regalo á un Museo, á un templo, al comprar los colores ó el mármol, no realiza una operacion comercial.

La misma cuestion se ha suscitado respecto de las compras de los farmacéuticos; porque si el escritor se propone la propagacion de la verdad, y el artista cultivar el sentimiento de lo bello, aquellos aspiran, trasformando báhilmente ciertas sustancias, á la conservacion de la salud ó á su restablecimiento, cuando se ha perdido. Si hubiera motivo para esceptuar á los unos, no hallamos razon suficiente para esceptuar á los otros; pero las consideraciones que hemos espuesto antes, nos inducen á afirmar, conforme á antiguas tradiciones, que ejecuta un acto de comercio el farmacéutico, que compra cualquiera clase de sustancias, con ánimo de revenderlas, en la misma forma, ú otra diferente.

Los médicos y cirujanos, no autorizados para la venta de medicamentos, lo están para tener enfermos en sus casas, cuidando de su asistencia y curacion, mediante el pago de cierta cantidad alzada ó de una pension. En este caso las compras de alimentos, y de los medios de curacion, están hechas con ánimo de lucrar, revendiéndolas, y por consiguiente son comerciales. Esta opinion se funda en la naturaleza de las cosas, por mas que el orgullo pretende sostener, con conceptos pretenciosos, distinciones, tan injustas, como frívolas.

Si un médico caritativo sostiene y asiste á los enfermos en su casa, gratuitamente, ó solo indemnizándose de los gastos, las compras que haga para servir á los infelices, que acoge bajo su amparo, no serán actos de comercio, sino obras de misericordia. En el mismo caso se hallan los establecimientos de beneficencia, sean privados ó públicos, generales, provinciales ó municipales; porque en ellos las compras no se hacen para lucrar, ni revender; sino con el fin de enjugar las lágrimas de los desgraciados.

Por razones análogas las compras, que se hacen por cuenta de la administracion pública para el desempeño de sus funciones, tampoco son mercantiles; porque, aunque en muchas hay ánimo de revender directa ó indirectamente, no hay ánimo de lucrar, sino de satisfacer las necesidades del Estado, de la provincia ó del municipio, contribuyendo al mejoramiento social é individual.

Lo que no se puede poner en duda, es el carácter mercantil de la compra de una casa ó empresa de comercio: porque, bien se haga con el fin de lucrar, revendiéndola, bien con el de vender sus efectos ó destruir una competencia temible, no puede menos de ser un acto comercial.

Las compras, que, segun la doctrina espuesta en los párrafos precedentes, son actos de comercio, no han dejado de serlo en virtud de la decision de 7 de octubre de 1858, en que el Tribunal Supremo de Justicia no reputa mercantil el contrato de compra-venta, cuando ninguno de los contratantes se propone el tráfico y negociacion lucrativa por medio de traspasos y reventas sucesivas y frecuentes. El fabricante, el fondista, el dueño de un colegio, el editor una obra científica ó literaria, el pintor, el escultor, el farmacéutico y todos los que se hallan en el mismo caso, se proponen negociaciones lucrativas, y revenden sucesivamente y con frecuencia los objetos comprados. Esta, y las demás sentencias de nuestro primer cuerpo judicial, conformes con las disposiciones del Código de comercio, lejos de contrariar, confirman las consecuencias, que hemos deducido de ellas.

Examinadas las compras, que deben considerarse como mercantiles, réstanos inquirir las ventas que tienen el mismo carácter.

Segun el artículo 359 del Código de comercio, no son mercantiles mas que las reventas de los objetos, que en la misma, ú otra forma, se hayan adquirido, en virtud de una compra que sea tambien mercantil. Ha sido censurada esta disposicion, y creemos que con justicia, porque no considera como

actos de comercio, una porcion de ventas, que la opinion general reputa tales, y en las que se descubre evidentemente el ánimo de especular y obtener lucro por medio de la contratacion. Contradice, en efecto, al sentido comun y al modo general de apreciar los actos mercantiles, el no dar esta calificacion á las ventas, que en almacen, ó tienda, hace un comerciante de los géneros y mercancías, que ha adquirido por legado, donacion, lotería ó cualquiera otro título análogo. Su intencion, al revender, no es solo realizar el capital adquirido; sino especular y llevar á cabo negociaciones lucrativas por medio de otras reventas sucesivas y frecuentes. Sin embargo, el artículo 359 no dá lugar á duda en este punto, y menos aun el 360 en que niega el concepto de mercantiles á las ventas, que *cualquiera clase de personas haga de los frutos ó efectos que perciban por razon de renta, dotacion, salario, emolumento, ú otro cualquiera título remuneratorio ó gratuito.* El Tribunal Supremo de Justicia no ha sido tan absoluto en su sentencia de 30 de setiembre de 1859, en la que establece la doctrina siguiente: *La venta de lo que se ha recibido, como donacion remuneratoria, entre personas no comerciantes, no es una operacion mercantil.*

Conforme el artículo 360 citado, con el que le precede y con las doctrinas generalmente profesadas por los jurisconsultos, no considera tampoco como actos de comercio *las* ventas *de los objetos destinados al consumo del comprador ó de la persona, por cuyo encargo se haga la adquisicion, ni la reventa que haga cualquiera persona, que no profese habitualmente el comercio, del residuo de los acopios que hizo para su consumo. Siendo mayor cantidad la que estos tales ponen en venta, que la que hayan consumido, se presume que obraron en la compra con ánimo de vender, y se reputarán mercantiles la compra y venta.*

Dícese además, en el artículo 360, que no son actos de comercio *las ventas*, que los propietarios hacen de los productos, en que consisten sus rentas, ni las que los labradores y ganaderos hagan de los frutos de sus cosechas y ganados. Ninguna dificultad hay respecto de los propietarios. En cuanto al labrador y ganadero opinan algunos escritores, que sus ventas se hallan en el mismo caso que las de los fabricantes, porque los frutos vendidos no son otra cosa que las semillas y crias que compraron con intencion de revender multiplicadas ó mejoradas en la misma forma, ú otra diferente; sin embargo, aunque económicamente considerado el trabajo de la agricultura no es más que un trabajo de trasformacion y multiplicacion, y que al comprar el labrador las semillas, lo hace, no con ánimo de consumirlas, sino de vender los productos obtenidos con ellas, la opinion general, la mayor parte de los jurisconsultos y las leyes de casi todos los pueblos, deciden esta cuestion de la misma manera que nuestro Código. En lo que más disienten los escritores de derecho comercial, es en el modo de calificar las ventas, que los ganaderos hacen de los ganados, que compran para cebarlos y revenderlos despues. En este caso existen indudablemente todos los caractéres de las ventas mercantiles, y las reses vendidas, no son frutos del ganado del vendedor.

Son tambien ventas mercantiles las que hacen los asentistas, que proveen de ciertos géneros al Estado, corporaciones y particulares, y la de buques de todas clases y sus accesorios. (Sent. del Tribunal Supremo de Justicia, 10 de setiembre de 1858).

Como hemos indicado al principio de esta seccion, el contrato de compra-venta es complejo, y los dos actos de que se compone, aunque inseparables, pueden ser de diferente naturaleza, aconteciendo con frecuencia que la compra sea mercantil y no la venta, ó mercantil ésta y no aquella. Esto dá lugar en la práctica á algunas dificultades de que debemos hacernos cargo.

En cuanto á los derechos y obligaciones de compradores y vendedores, cada cual estará sometido á las leyes, que regulan el acto que ejecuta, y si la compra es mercantil, y la venta no, el comprador tendrá los derechos y las obligaciones que le correspondan, segun el Código de comercio; y el vendedor estará sometido á las leyes civiles.

Respecto de la forma, siendo un solo acto la compra-venta, se guardarán las solemnidades, que establezcan el derecho civil y el comercial.

Las causas de nulidad y rescision tampoco ofrecen dificultad, porque todo lo que, segun las leyes respectivas, anule ó rescinda un acto, produce necesariamente el mismo efecto en el otro, puesto que son inseparables.

SECCION III.

DE LA FORMA Y CLASIFICACION DE LA COMPRA-VENTA MERCANTIL.

§. 1.° *De los diferentes modos de celebrarse este contrato.*

Los modos de celebrar la compra-venta mercantil constituyen su forma, porque la dan existencia visible y son la espresion del consentimiento.

La compra-venta mercantil se celebra de diversos modos que corresponden á las formas diferentes que, segun las leyes, deben servir de espresion al consentimiento.

Puede otorgarse:

1.° De palabra.

2.° Por contrata privada, escrita y firmada por los contratantes, ó algun testigo á su ruego y en su nombre.

3.° Por correspondencia epistolar.

4.° Por escritura pública.

5.° Con intervencion de corredor ó agente de cambio.

Los contrayentes pueden en ciertos casos emplear á su arbitrio cualquiera de los cinco medios indicados; pero en otros, las circunstancias ó las leyes les obligan á usar esclusivamente de alguno, ó algunos de ellos.

Segun el Derecho romano y nuestras leyes civiles, el contrato de compra venta es consensual, y los contratantes pueden espresar su consentimiento del modo que tengan por mas conveniente. Masé, en su Derecho comercial, opina que, á pesar de las formas obligatorias de este contrato en el comercio, no ha dejado de pertenecer á la clase de los consensuales, porque la ley las exige, mas como medios probatorios, que como requisitos esenciales para producir derechos y obligaciones entre las partes. Algunos Códigos de comercio, entre ellos el portugués, han seguido la misma opinion. Parecia, en efecto, conforme á la naturaleza de las cosas que, debiendo tener las leyes mercantiles por fin, no embarazar, sino facilitar la circulacion de la riqueza y la contratacion, no exigiesen en las compras y ventas formalidades, que no exigen las leyes civiles: sin embargo, no es así. Establecen ciertos requisitos puramente formales, como la escritura, sin los que una gran parte de las compras y ventas son nulas, no producen obligacion ninguna y se reputan como no hechas. No siendo válidas, es absurdo afirmar que se perfeccionan con solo el consentimiento y que son consensuales.

La forma mas antigua y sencilla de la compra-venta es la oral. Conforme al artículo 237 del Código, los comerciantes pueden contratar de palabra, y serán válidos sus contratos, aunque no se hayan redactado por escrito, siempre que el interés del contrato no esceda de mil reales de vellon, si bien en este caso no tendrá éste fuerza ejecutiva en juicio, hasta que por confesion de los obligados, ó en otra forma legal, se pruebe la existencia del contrato, y los términos en que éste se hizo.

Aunque la ley no menciona mas que á los comerciantes, si la compra, ó la venta, ó ambas tuviesen el carácter de mercantiles, los contrayentes, aunque no ejerzan el comercio, tendrán que someterse á la limitacion, establecida por la ley comercial.

En las ferias y mercados se estiende la cantidad indicada á la de tres mil reales, cuando estas reuniones no estuviesen autorizadas por el Gobierno, los concurrentes perderán cuanto hubiesen llevado á ellas.

En el caso de tratar *las partes de viva voz un negocio*, se entenderá perfecto el contrato, que de él resulte, y quedarán sujetas á su cumplimiento, desde que convinieren, en términos espresos y claros, sobre la cosa que fuere objeto del contrato, y las prestaciones que respectivamente deba hacer cada

contratante, determinando todas las circunstancias, que deberán guardarse en el modo de cumplirlas. (Cód. de com., art. 241.)

La disposicion de este artículo debe limitarse únicamente al caso en que las partes están autorizadas para contratar de palabra; porque, cuando es necesaria escritura, y no se redacta, el contrato no debe entenderse perfecto, puesto que no es válido, segun el artículo 237 del Código, ni tiene fuerza obligatoria civil segun el 238. Algunos jurisconsultos, de merecida reputacion, opinan que aunque la compra-venta no se considere perfecta, ni valga como tal, cuando se hace oralmente, la convencion sin embargo produce el efecto de que los contratantes puedan obligarse á reducir el contrato á escritura. La necesidad de que se respeten los pactos, y se faciliten las transacciones mercantiles, autoriza esta opinion: ya que la convencion oral que tiene por objeto una cantidad mayor de mil reales, no se considere como una compra-venta perfecta, podría considerarse como una promesa de verificarla, en cuya virtud los prometentes adquieren el derecho de compelerse uno á otro á su cumplimiento, ó lo que es lo mismo, á perfeccionar el contrato, redactándole por escrito. Esta manera de interpretar la ley ha sido tambien la del Tribunal Supremo de Justicia en las ventas de bienes inmuebles, que deben reducirse á escritura pública.

Se verifica, en segundo lugar, la compra-venta mercantil por contrata privada, escrita y firmada por los contrayentes, ó algun testigo á su ruego y en su nombre. (Art. 235.)

El derecho comun exige solo que los contratos, reducidos á escritura privada, se firmen por las partes ó algun testigo á su ruego: la ley mercantil exige además que la contrata sea escrita en los mismos términos en que ha de ser firmada.

Es doctrina bastante generalizada entre los jurisconsultos, que deben escribirse dos ejemplares de la contrata en la compra-venta, como en los demás contratos sinalagmáticos, para que conserve uno el comprador y otro el vendedor. Así lo previene el Código civil francés; pero guardan silencio sobre este punto los Códigos de comercio francés y español. En el caso en que se estiendan dos ejemplares, uno y otro deberán estar firmados por las partes.

¿Bastará, cuando el vendedor, ó el comprador ó ambos no sepan escribir, que pongan para suplir la firma, una cruz, ú otro signo análogo, como ha sido costumbre antigua? El artículo 253 no consiente semejante duda, puesto que requiere que la contrata haya de estar escrita y firmada por los contrayentes, ó algun testigo á su ruego y en su nombre.

Las escrituras, aunque sean privadas, de las compras y ventas celebradas en territorio español, se estenderán en el idioma vulgar del reino; y en otra forma no se les dará curso en juicio. (Cod. de com., art. 239.)

No obstante, para no dificultar las convenciones comerciales de los estranjeros, nos parece aceptable la opinion de los que, considerando esta compra-venta imperfecta, como una promesa de verificarla perfecta, creen que los contratantes tienen derecho para obligarse mútuamente á estender el contrato en castellano.

Los contratos celebrados en país estranjero, aunque su ejecucion haya de tener lugar en los dominios de España, pueden redactarse en idioma diferente del nuestro; pero no son admisibles en los Tribunales de comercio, si no se presentan legalizadas por los cónsules ó agentes consulares españoles, acreditados en el país de donde proceda el documento. (R. O. 31 de mayo de 1842.)

Tampoco será eficaz ningun documento de ventas y compras mercantiles, en que haya blanco, raspadura ó enmienda, que no estén salvadas por los contratantes bajo su firma. (Art. 240.)

Otro de los modos de celebrarse el contrato, objeto de este artículo de la Enciclopedia, es la correspondencia epistolar. (Artículo 235.)

En las compras y ventas que se verifiquen de este modo, se considerará concluido el contrato y surtirá efecto obligatorio, desde que el que recibió la propuesta, espida la carta de contestacion, aceptándola pura y simplemente, sin condicion ni reserva, y

hasta este dia está en libertad el proponente de retractar su propuesta, á menos que al hacerla no se hubiese comprometido á esperar contestacion, y á no disponer del objeto del contrato, sino despues de desechada su proposicion, ó hasta que hubiese trascurrido un término determinado. Las aceptaciones condicionales no son obligatorias hasta que el primer proponente dé aviso de haberse conformado con la condicion. (Art. 243.)

Puede suceder que, mientras se espera la contestacion, se incapacite ó muera el proponente. En este caso no llega á perfeccionarse el contrato, ni nacen las obligaciones propias de la compra-venta; pero al aceptante no se le puede privar del derecho de reclamar los gastos que se le hubiesen ocasionado.

¿Tiene la persona, á quien se hace por carta la propuesta de una compra-venta, término fijo para contestar? Nó: porque la contestacion no es obligatoria, y el vendedor, hasta que el contrato se perfecciona, se halla en completa libertad de retractarse y de disponer de la cosa ofrecida. Mas si trascurre mucho tiempo desde la propuesta, sin contestacion, aquel á quien se hizo, no tiene derecho para perfeccionar la venta, aceptando cuando lo crea conveniente. La situacion del mercado sufre alteraciones frecuentes, y un silencio prolongado debe equivaler á la no aceptacion del negocio propuesto. Cuando haya de ser el tiempo que trascurra sin contestar para que produzca este efecto, no es fácil determinarlo de una manera general y absoluta: las circunstancias son las que han de servir en cada caso especial para hacer esa apreciacion debidamente.

El silencio puede considerarse en algunos casos como una contestacion negativa, pero nunca como una aceptacion de la propuesta. En la compra-venta no hay obligacion de contestar al proponente, y del silencio de la persona á quien se escribe, no debe deducirse la conformidad de pareceres que se necesita para la perfeccion de los contratos. Ni aun cuando el que propone, diga en su carta que el silencio se tenga por contestacion afirmativa, surtirá este efecto, porque nadie tiene derecho para imponer á otro la obligacion de contestar ni para dar por prestado un consentimiento que no existe.

Los prospectos ó circulares con anuncios de géneros y sus precios no obligan á los firmantes, y los pedidos, que se hagan de mercaderías, se consideran no conclusion de un contrato, sino propuesta de verificarlo: *Litteræ commendatitiæ non obligant scribentem.*

La falta de fecha de una de las cartas, ó de ambas, no invalida la compra-venta, ni tampoco que estén escritas en lengua estranjera, aunque procedan de una plaza española.

Tampoco la invalida el que una ó ambas cartas no se hayan trasladado íntegramente, y á la letra, al libro copiador del comerciante respectivo, sin perjuicio de que éste incurra en la responsabilidad establecida en el Código de comercio.

Por correspondencia epistolar se pueden celebrar las compras y ventas mercantiles, cualquiera que sea el precio de las mercaderías vendidas, porque suele asimilarse ese medio de contratar los ausentes á la comunicacion oral entre los presentes, el contrato es escrito, y se cumple lo dispuesto en el artículo 238 del Código.

Dúdase, y no sin fundamento, si la correspondencia, por medio del telégrafo, produce los mismos efectos que la epistolar. Como medio de prueba puede dar lugar á sérias dificultades, por las frecuentes equivocaciones que suelen cometerse; pero habiendo conformidad entre los contrayentes, acerca del contenido de las comunicaciones, creemos que los partes telegráficos deben equipararse á las cartas y ser, como ellas, un modo de celebrarse la compra-venta mercantil.

Tambien se celebra, aunque con poca frecuencia, por escritura pública. Llámase así la otorgada ante un notario con todas las solemnidades prescritas en las leyes.

Segun el artículo 586 del Código, *toda traslacion de dominio de una nave, cualquiera que sea el modo en que se haga, ha de constar en escritura pública.* Lo mismo está

prescrito en el Código francés, y en la mayor parte de los códigos europeos.

La escritura no se exige para perfeccionar el contrato, sino como medio de prueba, y los contrayentes, una vez consentida la venta, tienen obligacion de hacerla constar en documento público. Esta escritura se otorgará ante el escribano de marina respectivo, si alguno de los contratantes goza de este fuero: si los dos están sometidos á la jurisdiccion ordinaria, hasta que se presente en la escribanía de marina, testimonio de la escritura autorizada en debida forma. Sin esta presentacion el documento no tiene valor legal, y el buque no podrá ser matriculado ni navegar.

Por último, puede otorgarse la compra-venta mercantil con intervencion de corredor ó agente de bolsa.

Cuando intervenga corredor, se otorgará estendiéndose póliza escrita del contrato, ó refiriéndose á la fé y asientos de aquel oficial público (Cod. de com., art. 325). Las pólizas se estenderán en el papel del sello correspondiente.

Dentro de las 24 horas siguientes, á la conclusion de un contrato de compra-venta, deben los corredores entregar á cada uno de los contratantes una minuta del asiento hecho en su registro, sobre el negocio concluido. En el asiento del registro constarán los nombres y domicilios de los contratantes, los pactos especiales que se hubiesen hecho en el contrato, la calidad, cantidad y precio de la cosa vendida, el lugar y época de la entrega, y la forma en que debe pagarse el precio. (Art. 91, 92 y 97.)

En los negocios en que por convenio de las partes, ó por disposicion de la ley haya de estenderse contrata escrita, tiene el corredor obligacion de hallarse presente al firmarla todos los contratantes, y certificar al pié que se hizo con su intervencion, recogiendo un ejemplar que custodiará bajo su responsabilidad. (Art. 98.)

En las ventas están obligados á asistir á la entrega de los efectos vendidos, si los interesados lo exigiesen á alguno de ellos. (Artículo 88.)

Es necesaria la intervencion de los corredores ó de los agentes de bolsa, en las ventas de cédulas ó títulos de crédito de las sociedades, cuyo capital está dividido en acciones, y de bienes correspondientes á quiebras, cuando se vendan donde los haya.

Las pólizas otorgadas con asistencia del corredor, y sus asientos en los libros, que tiene obligacion de llevar, no se consideran como escritura pública, porque ni las da ese carácter el artículo 255 del Código de comercio, ni producen los mismos efectos que la otorgada ante notario. Distínguense, no obstante, de las escrituras privadas, en que se hacen con intervencion de un funcionario que ejerce un oficio civil y público: por esta razon algunos escritores las llaman *oficiales*.

Las compras y ventas de efectos públicos se podrán hacer en la bolsa al contado ó á plazo, pero siempre con intervencion de los *agentes*. (Ley de 1851, art. 15.)

En el mismo dia en que los agentes hayan concertado entre sí la operacion, la sentarán en su libro manual, entregándose recíprocamente nota suscrita de la operacion concertada. (Art. 17.)

Los agentes entregarán á sus comitentes una nota firmada, espresando los términos y las condiciones de la negociacion, y el nombre de los interesados, si en ello consienten ó lo exige la naturaleza de la operacion. (Artículo 18.)

Las pólizas, que se estiendan de las operaciones á plazo, contendrán la numeracion de los títulos vendidos, firmándolas el vendedor y el comprador con el agente intermediario. Si las pólizas no contuviesen la numeracion de los títulos, no tendrán fuerza ninguna en juicio. (Art. 29.)

Los agentes intervienen tambien en la venta de metales preciosos, pero en concurrencia con los corredores. (Art. 47.)

Las compras y ventas, cuyos modos de celebrarse hemos esplicado en este párrafo, son las que se otorgan ordinaria y comunmente. Hay otras, que podemos considerar como estraordinarias y escepcionales, en cuyo exámen nos ocuparémos en el párrafo siguiente.

§. 2.° *De las clases, en que se divide la compra-venta mercantil.*

La compra-venta mercantil, aunque una en su esencia, se presenta bajo diferentes aspectos, que dan lugar á varias clasificaciones.

Puede dividirse por razon de su forma, de su objeto, de la cantidad, del tiempo del pago y de otras causas.

Segun la forma, se hacen de ella tantas clases, como modos se conocen de celebrar el contrato: segun el objeto, las compras y ventas son de mercaderías ó de efectos: y segun la cantidad, las hay por mayor y por menor. En las que se hacen por mayor se destinan los géneros comprados á la reventa, y en las por menor al consumo inmediato.

Por razon del tiempo, en que ha de verificarse el pago del precio, se divide este acto mercantil en compra-venta al *contado* y á *crédito* ó *plazo*. En la primera se entregan simultáneamente la cosa y el precio, y en la segunda se aplaza la entrega de éste por un tiempo determinado ó indeterminado. Generalmente en el comercio el comprador, al recibir las mercancías, entrega *un pagaré* al vendedor; pero bien puede hacerse constar el crédito en escritura pública ó privada, por correspondencia epistolar, ó de cualquiera otra manera legal. Las ventas á plazo se llaman vulgarmente *al fiado*.

Se dice que se hacen á *crédito con descuento*, cuando el vendedor rebaja un tanto por ciento de las cantidades, que el comprador paga, antes del plazo convenido en el contrato.

Las compras y ventas *al contado y letra*, ó *al contado y plazo*, son de naturaleza mista: el comprador entrega el precio, parte en dinero y parte en pagaré ó letra.

Si el pago del precio se verifica en dinero y géneros, la compra se llama *al contado y trueque*. Esta denominacion es inexacta, porque cuando el precio se paga en dicha forma, hay dos contratos diferentes, compra-venta y permuta.

Se llama compra *á cuenta corriente*, la que se verifica, recibiendo el comprador las mercaderías en diferentes tiempos, y acreditando su valor en la cuenta abierta al vendedor. Esta compra será *á crédito ó plazo*, en el caso en que el vendedor no deba al comprador el importe de la remesa; si se le debiese, se considerará como paga de la deuda.

Las compras *á papel*, son aquellas en que el comprador paga en efectos públicos, o sea papel de la deuda del Estado, el precio, que fijan los contrayentes, ó al corriente en la bolsa.

Las compras y ventas mercantiles se dividen además en perfectas é imperfectas. Las primeras producen todos los efectos propios de este contrato; y las segundas solo el derecho de obligarse mútuamente los contratantes á perfeccionar la convencion celebrada. A esta clase, segun opinion de algunos jurisconsultos, pertenece la que se hace de palabra, cuando el precio en que se estima la cosa vendida, pasa de mil reales.

Tambien deben considerarse como imperfectas aquellas, en que uno de los contrayentes queda perfectamente obligado, y el otro tiene facultad, por ley ó pacto, para apartarse de la obligacion contraida. En este caso, de que volverémos á tratar al ocuparnos en la rescision de la compra-venta, los derechos y obligaciones del segundo dependen de la voluntad propia y los del primero de la agena.

La promesa de comprar ó vender, que se considera por algunos como una compra-venta imperfecta, no debe tenerse por tal; porque si es aceptada y consienten el promitente y el aceptante en la cosa y el precio, es perfecta; y si no se acepta, ni perfecta ni imperfecta. Antes de ser aceptada se llama *policitacion*.

Las compras y ventas mercantiles son, como las comunes, puras y condicionales.

Las condiciones producen en los contratos comerciales los mismos efectos que en los que no lo son, y se clasifican de igual manera en unos y otros. Entre estas clasificaciones que omitimos, porque su esposicion no pertenece á este lugar, cuéntase una muy impor-

tante, á la que se refieren varios artículos del Código y que no debemos omitir. Hay condiciones espresas que las partes estipulan en el contrato, determinando sus límites y efectos; y tácitas que se deducen de la naturaleza de las cosas vendidas y de la de los hechos que han de realizarse para cumplir la voluntad de los contrayentes. Las condiciones tácitas, no por serlo dejan de producir los mismos derechos y obligaciones que las espresas; y si son suspensivas, deben cumplirse para que los contrayentes puedan ser compelidos á la ejecucion de los actos que son consecuencia del contrato.

Si las cosas, objeto de la compra-venta, no están determinadas individualmente y se necesita un acto para individualizarlas, el contrato no obliga á los contrayentes, hasta que se cumple la condicion de ejecutar el hecho que las individualiza.

Esto sucede cuando se compran cosas de un género determinado y en una cantidad fija, y es preciso contarlas, pesarlas ó medirlas para individualizarlas, porque hasta que esa operacion se verifica, aunque se sabe cuáles son la especie y cantidad vendidas, se desconocen los artículos que individualmente se han de entregar al comprador.

A veces se compra un conjunto de cosas, cuya totalidad constituye un individuo, estipulando un precio determinado por cada una de las unidades numéricas, de peso ó medida, que contenga. En este caso el individuo es cierto, pero se necesita determinar su cantidad, lo que no puede hacerse sin cumplir la condicion espresa ó tácita de contar, pesar ó medir. Si la venta del conjunto se hace por una cantidad que corresponda á todo él y no á cada una de las unidades que le componen, es pura; y si hubiese duda, se reputará de esta clase, mas bien que condicional.

La compra de géneros que no se tienen á la vista, ni pueden clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio, lleva implícita la condicion de que el comprador los ha de examinar, pudiendo rehusarlos, si no le convinieran. (Art. 361.)

Si los objetos vendidos deben por su naturaleza examinarse, gustarse ó ensayarse, tambien es condicion tácita, el que estos hechos hayan de verificarse.

No se entienda por eso que el comprador puede rehusar arbitrariamente los géneros, si tienen las condiciones debidas, segun las cláusulas del contrato; á no ser que se haya reservado espresamente esa facultad.

Es igualmente condicion tácita, cuando la venta se hubiere hecho sobre muestras ó determinando una calidad conocida en los usos del comercio, que los géneros sean conformes á las mismas muestras, ó á la calidad prefijada en el contrato.

Por último, debe contarse entre las condiciones tácitas de la compra-venta, cuando se hace de varios géneros en conjunto, la de que no se entreguen en épocas diferentes. (Art. 364.)

Ha sido muy importante en nuestra historia y en la de todos los pueblos, la division de las compras y ventas en voluntarias y forzosas. En las primeras el consentimiento de los contrayentes ha sido libre y se ha manifestado libremente; y en las segundas se ha compelido á los compradores ó vendedores, y á veces á ambos, á contratar contra su voluntad. Afortunadamente estos actos de violencia no pertenecen á nuestros tiempos: la Economía política ha demostrado que son tan funestos como inícuos, y las naciones civilizadas, suprimiéndolos, han rendido un tributo de respeto á la autoridad de la doctrina. Las compras y ventas forzosas no lo son, porque falta el requisito esencial del consentimiento, y mas que como contratos, deben considerarse como violaciones de la propiedad. A pesar de eso, en ciertos períodos escepcionales, ha habido gobiernos que en este siglo han atacado los derechos del comercio, obligándole á vender ciertos artículos, so color del bien público, como si pudiera haber escepciones para la verdad y la justicia.

La doctrina que hemos espuesto, no está en contradiccion con la necesidad que los tribunales tienen de hacer efectivas las obligaciones de los que se resisten á cumplirlas, vendiendo sus bienes. El dueño, en el hecho de imponer una obligacion, se somete á todos los actos necesarios para su cumplimien-

lo, y con su rebeldía se desapropia de lo suyo.

Por razones análogas y cediendo á una necesidad imperiosa, la ley autoriza al capitan de un buque, en que se hubiesen consumido las provisiones comunes, para que de acuerdo con los demás oficiales, obligue á los que tengan víveres á que los entreguen para el consumo de todos, abonando su importe en el acto ó á lo mas tarde en el primer puerto á que arribe. (Art. 633.)

Ha sido mas comun hacer forzosa las ventas, que las compras, porque generalmente se ha considerado como víctima al consumidor, y como verdugo al comerciante. ¡Política errada, que, separando los intereses solidarios de ambos, hacia tanto daño al uno como al otro! Cuando el vendedor ó comerciante ha sido el Estado, las cosas se han visto por otro prisma, y se ha impuesto al consumidor la obligacion de comprar, á veces sin necesidad y casi siempre contra su gusto. En el siglo pasado los empleados públicos tenian que proveerse de paños procedentes de las fábricas Reales, y todavía en nuestro tiempo hemos visto hacer repartimientos forzosos de sal entre los vecinos de los pueblos. Estas violencias han desaparecido, y solo queda en Europa un vestigio de lo antiguo en la necesidad de comprar ciertos artículos esclusivamente á la Administracion pública.

Las ventas judiciales no deben considerarse como forzosas, porque aunque el juez las hace por disposicion de la ley, y las celebra, no en la forma que quiere, sino en la legal, no puede decirse que deje de otorgarlas voluntariamente y de llenar sus condiciones esenciales. Cuando las ventas, sin ser obligatorias, no pueden hacerse á mayor precio que el señalado por el poder público, no tienen todos los caractéres de las forzosas; pero tampoco son libres. Como hemos indicado en la reseña histórica, pocas son las mercaderías á que no hayan alcanzado las tasas en España, siendo principalmente objeto de ellas los artículos de comer, beber y arder. Quedaron abolidas, menos la del pan, por el R. D. de 20 de enero de 1834, y por el de 8 de setiembre de 1836, que restableció el de las Córtes de 8 de junio de 1813, por el que se habia concedido una libertad completa. Siguió la del pan, á pesar de la última disposicion, en algunas poblaciones, entre ellas Madrid, hasta que su Ayuntamiento acordó suprimirla en 9 de febrero de 1838, y se aprobó su acuerdo por R. O. de 3 de abril del mismo año.

La fuerza en los casos anteriores procede de la ley. Si las ventas se hiciesen por violencia de un particular, son nulas, y no merecen el nombre de tales. Lo que la fuerza no logra, suelen conseguirlo las coaliciones y los falsos rumores. La ley penal ha previsto ese caso y castiga con las penas de arresto mayor y multa de 100 á 1,000 duros á los que esparciendo falsos rumores ó usando de cualquier otro artificio, consiguieran alterar los precios naturales que resultarian de la libre concurrencia en las mercancías, acciones, rentas públicas ó privadas ó cualesquiera otras cosas que fueran objeto de contratacion. (Cód. pen., art. 462.)

Cuando el fraude espresado recayere sobre mantenimientos ú otros objetos de primera necesidad, además de las penas señaladas en el mismo, se impondrá la del comiso de los géneros que fueren objeto del fraude. Para la imposicion de estas penas bastará que la coalicion haya comenzado á ejecutarse. (Artículo 463.)

Las ventas forzosas se han llamado *escepcionales* y *estraordinarias*, porque en el modo de contratarse se apartan de las reglas comunes: tambien se ha dado igual denominacion á las subastas por el mismo motivo, á las ventas aleatorias por sus efectos, y á las de crédito por sus efectos y forma.

Las subastas y licitaciones son voluntarias y necesarias: las primeras se verifican por voluntad del vendedor y las segundas por disposicion de la ley. Las voluntarias se dividen en judiciales y privadas. Las judiciales son poco frecuentes en el comercio.

La licitacion privada suele verificarse en los *martillos*. Se llaman así las tiendas ó almacenes que, prévias ciertas condiciones, autoriza el Gobierno para subastar los géner-

que contienen. Les viene el nombre de que un golpe de martillo es la señal de quedar hecha la venta y admitida la proposicion del último postor. En unos se venden los géneros propios del establecimiento, y en otros se admiten á la venta, aun los que proceden de almacenes ó tiendas agenas. La entrada es pública, y todos los concurrentes que estén habilitados para contratar, pueden tomar parte en la subasta. Las ventas se celebran por el que tiene á su cargo el establecimiento ó sus dependientes; pero aquel es el que responde del orígen legítimo de los efectos. Si estos no son propios del almacen ó tienda en que se hace la venta, el dueño de las mercancías, cuyo nombre no hay necesidad de publicar, es el responsable de los vicios ocultos de la cosa vendida. Estas subastas se hacen, ó al precio mayor que se ofrezca, ó á precios reservados: si se verifican del primer modo, se adjudica el objeto al mejor postor, y si del segundo, al que llegue al precio que se reserva, ó pase de él.

El director del *martillo* adoptará las disposiciones convenientes para que se conserve el órden en las subastas y se cumpla el reglamento que la autoridad haya aprobado ó dictado, al conceder el permiso de abrir la licitacion. En el mismo reglamento se fijará el tanto por ciento que habrá de percibir el encargado de la venta, cuando los géneros vendidos no sean de su pertenencia.

Estas subastas, aunque privadas por la calidad del vendedor y el fin que se propone, son públicas por el modo de hacerlas y por la intervencion que la autoridad ejerce en ellas. Por consiguiente, los que solicitaran dádiva ó promesa para no tomar parte en estas licitaciones, y los que intentaren alejar á los postores por medio de amenazas, dádivas, promesas ó cualquier otro artificio con el fin de alterar el precio del remate, serán castigados con una multa del 10 al 50 por 100 de la cosa subastada, á no merecerla mayor por la amenaza ú otros medios que emplearon. (Cod. pen. art. 460.)

Las subastas necesarias se verifican por la autoridad pública, en virtud de una disposicion legal. Unas tienen lugar ante las autoridades administrativas, y otras ante las judiciales. En asuntos de comercio hay varios casos en que las ventas deben hacerse judicialmente: omitimos su exámen en este lugar, porque será mas oportuno hacerlo cuando se trate del procedimiento civil y mercantil.

Las compras y ventas aleatorias, que como hemos indicado pertenecen á las escepcionales, son aquellas en que se dá el precio por un objeto que en todo ó en parte puede no existir, y que probablemente no existirá en muchos casos. Se oponen á las conmutativas, en las que las cosas existen ó han de existir necesariamente.

Hablando con exactitud, todas las ventas son conmutativas, porque lo que se compra en las aleatorias no es una cosa de existencia incierta, sino un derecho que existe realmente; sin embargo aceptamos esta clasificacion, no solo en consideracion á la opinion general, sino tambien porque hay en los contratos aleatorios cierto carácter especial, que los distingue mucho de los comunes.

La compra-venta *aleatoria*, aunque puede ser condicional; no lo es por su naturaleza. Los contratos condicionales no se reputan perfectos, si la condicion no se cumple; mas los aleatorios no dejan de ser válidos, aunque no llegue á existir la cosa que sería del comprador si existiese. Serán condicionales por voluntad de las partes, si se hace depender de una ó mas circunstancias la adquisicion del derecho á la cosa eventual, objeto de la convencion.

Las compras y ventas, que hemos definido, son aleatorias por su naturaleza. Hay otras que, aunque tienen la misma denominacion, son de muy diferente índole. En ellas el objeto de la venta no es de existencia incierta; sino que, en virtud de las cláusulas del contrato, se hacen eventuales las ganancias del comprador ó vendedor, por la eventualidad de los hechos de que dependen.

Son aleatorias por su naturaleza las ventas de esperanzas, de frutos futuros y de créditos, cuya realizacion no es completamente segura.

La esperanza no está en el comercio de

los hombres, ni es por consiguiente vendible. Nace segun las circunstancias y varía segun las disposiciones de espíritu de cada uno. Quién confia en todos y en todo, aunque sea irrealizable, y quién desespera de las cosas mas seguras y no confia ni en sí mismo. Pero hay esperanzas, que no se pueden concebir racionalmente sin tener derecho para ello: este derecho es el que se adquiere y pierde, como las demás cosas, y puede ser objeto de compras y ventas. El que no tenga billetes de una lotería, no esperará racionalmente sus ganancias; solo comprando uno de esos documentos, adquirirá el derecho á esperar, por mas que la esperanza no llegue á despertarse en su ánimo.

Las probabilidades de la esperanza varían segun los motivos en que se fundan. Cuando los hechos, que se esperan, se repiten con frecuencia, es posible que se realicen con mas facilidad que cuando acontecen raras veces, y serán mas ó menos probables en el órden natural de las cosas, segun sea mayor ó menor el número de veces que se hayan verificado. De los sucesos inciertos, unos dependen en todo ó en parte de la voluntad humana, otros están sometidos á leyes naturales desconocidas ó incompletamente conocidas, y los hay por último que se verifican de un modo casual, ó mas bien ignorado de todos los hombres. En todos casos es preciso que haya incertidumbre para los dos contrayentes, porque si ambos saben lo que ha de suceder, la venta deja de ser aleatoria, y si uno solo, es una estafa y no un contrato.

Las compra-ventas son tanto mas aleatorias, cuanto mayor es la incertidumbre de la existencia de la cosa, que tienen por objeto; por lo cual ocupan entre ellas el primer lugar las últimas de las antes mencionadas. Los hechos puramente casuales, cuya realizacion produce en estas la ganancia del comprador, no pueden preverse por la inteligencia mas previsora, y hacen del contrato un verdadero juego. Hay en él mayores ó menores probabilidades; mas siempre el éxito es incierto, ignorado y casual. En esta clase de ventas el precio que se dá por el derecho vendido, está en razon de las probabilidades que tiene el que compra ó juega.

La ley ha prohibido, por regla general, estos contratos conocidos con el nombre de *juegos de azar*. No ha querido que la pérdida inopinada de la fortuna sea fuente fecunda de suicidios y de crímenes; que los hábitos del jugador produzcan la ociosidad, el vicio y el abandono de las familias, ó que el enriquecimiento realizado de improviso, sea ocasion de gastos insensatos, de especulaciones temerarias y de pérdidas y quebrantos para las industrias útiles al país. Están, no obstante, permitidas las apuestas y, con algunas restricciones, las loterías y rifas. Estas se consienten por el Gobierno para fines piadosos y benéficos, recibiendo la Hacienda pública una parte considerable de las ganancias. La lotería por cuenta del Estado, que autorizan las leyes de presupuestos, no es mas que una série de ventas aleatorias, en que la Administracion pública es el vendedor, y los que juegan los compradores.

Tambien se reputa aleatoria la venta de los productos futuros de una heredad. La recoleccion de estos no es un hecho de la misma naturaleza que los puramente casuales, porque la produccion de la tierra está sometida á leyes naturales, de las que una gran parte es conocida, y depende además de la cantidad y calidad del trabajo y capital que se emplean en su cultivo. Su incertidumbre, por tanto, no puede compararse con la de las ganancias de un juego de azar: por eso no hay en la compra de los productos futuros la inmensa diferencia que suele haber en las loterías entre el precio y la cosa que se desea adquirir con el derecho que se compra.

La venta de los frutos venideros de una heredad puede hacerse de tres modos: ó determinando la cantidad de los productos que se venden, ó enagenándolos todos con la condicion espresa ó tácita de que se obtengan algunos, ó, por último, á todo riesgo y ventura y sin esa condicion.

Si se determina la cantidad de frutos que se vende, se entregará esta en el caso de obtenerse, y la que se obtenga, en el de no recolectarse toda, sin mas obligacion en el

comprador que pagar el precio estipulado de los productos que se le entreguen. La incertidumbre en esta venta existe únicamente en el valor de los frutos, que puede ser superior ó inferior á la estimacion que se les dió cuando se hizo el contrato.

Si se venden los productos futuros de un fundo, con la condicion de que se obtengan algunos, y sin determinar su cantidad, no se entiende que hay venta si no se coge ninguno; pero si hubiese cosecha grande ó pequeña, el comprador no está obligado á pagar mas precio que el estipulado. La condicion indicada se supone siempre cuando no se pacta nada en contrario. El precio en esta venta puede ser, ó una cantidad alzada, ó proporcional al número de unidades de peso ó medida que se recolectan: en el primer caso, los contrayentes corren el riesgo de que la cantidad y el precio de los productos no correspondan á sus esperanzas; y en el segundo las pérdidas ó ganancias proceden únicamente de las alteraciones de los precios.

Por último, puede estipularse que la venta de los frutos se entienda subsistente, aunque se pierdan todos. Este es el contrato mas aleatorio de los tres, porque en él hay mas riesgos ó incertidumbre. El precio naturalmente está en razon inversa de ésta, y será tanto menor, cuanto menores sean las esperanzas y probabilidades favorables del comprador.

En todos estos contratos va implícita una condicion de rigorosa justicia que debe reputarse, si no requisito esencial, por lo menos natural. No obteniéndose los frutos sin el trabajo del hombre, y creciendo en razon de su inteligencia, actividad y desvelos, el vendedor, aunque tiene que entregar los frutos de su heredad al comprador, no debe ser menos diligente en el cultivo que si trabajara por su cuenta y riesgo. Exige, pues, la justicia que se entienda hecha la venta de los productos futuros de una heredad con la condicion de que el vendedor continúe trabajando con el mismo esmero que antes, á no ser que se estipule que el comprador se encargue del cultivo.

Son igualmente aleatorias las ventas de toda clase de créditos, cuando, no estando suficientemente garantidos, no inspira el deudor á los contrayentes completa confianza. El precio varia segun las mayores ó menores probabilidades de la cobranza del crédito, y lo mismo es posible realizar grandes ganancias que sufrir pérdidas considerables.

No hemos limitado el carácter de aleatorias á las ventas de créditos no endosables, porque pueden serlo de la misma manera las de los á la órden y al portador. Hay letras de cambio y pagarés endosables, que se descuentan con gran quebranto y luego, por un cambio imprevisto de circunstancias, se cobran en su totalidad. Los títulos de la Deuda del Estado son al portador, y su venta, es casi siempre aleatoria por las frecuentes oscilaciones que sufre su precio. Tanto en los créditos á la órden, como en los al portador, se corre riesgo, no solo por su varia estimacion en diferentes tiempos, sino tambien porque pueden sobrevenir circunstancias tan difíciles para el deudor que hagan completamente imposible el cumplimiento de sus compromisos.

Los créditos no endosables, de que trata especialmente nuestro Código de Comercio, en el título de las compras y ventas, no dan á éstas, cuando son objeto de ellas, un carácter mas aleatorio, que los demás. Estos créditos, que no constan en documentos con cláusula de trasferibles á voluntad del acreedor, no son de realizacion mas ó menos segura que los otros, ni sus tenedores corren mas ó menos riesgos que los que poseen títulos de otras clases.

La diferencia entre unos y otros consiste en que la trasmision del derecho, que dan las no endosables, no se hace con la simple cesion del título, porque el acreedor no puede traspasar su crédito libremente á otra persona, á no ser que se haya estipulado espresa ó tácitamente al verificarse el préstamo, ó despues. El deudor, á quien no es indiferente cualquiera acreedor y que ha contratado con una persona determinada, no tiene obligacion de pagar al que no contrató con él. Para que el cambio de acreedor sea

válido se necesita una novacion, ó lo que es lo mismo, un nuevo pacto en que se verifique esa alteracion en el antiguo, á no ser que el traspaso del crédito se haga en virtud de un decreto judicial.

Por eso el Código de Comercio prescribe que las ventas de crédito no endosables, sean ineficaces en cuanto al deudor, hasta que le sean notificadas en forma, ó éste las consienta extrajudicialmente, renovando su obligacion en favor del cesionario. (Art. 382.)

Cualquiera de ambas diligencias liga al deudor con el nuevo acreedor, y le impide que pague legalmente cantidad alguna á otra persona que no sea éste. (Art. 383.)

Antes que se practique alguna de ellas, aunque el contrato produce obligaciones recíprocas para el cedente y cesionario, el deudor puede oponer á éste todas las escepciones que podia oponer á su acreedor; y los acreedores de éste embargar la deuda y aun anular la cesion en caso de quiebra, si prueban que se hizo en su perjuicio y con fraude.

En la venta de créditos no endosables solo responde el cedente de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesion; pero no de la solvencia del deudor, á menos que no se haya hecho estipulacion espresa en contrario. (Art. 384.)

Cuando se vende un crédito no endosable, por quien no tiene derecho para hacerlo, puede ser reivindicado, como cualquiera otra cosa, por su legítimo propietario. No están sujetos á reivindicacion los billetes de banco, á no ser que se pruebe la mala fé del poseedor, ni los efectos al portador espedidos por el Estado ó por las corporaciones administrativas ó por las compañías autorizadas para ello, siempre que hayan sido negociados en bolsa con las formalidades legales. Unicamente se esceptúa el caso de mala fé probada en el comprador. Quedan á salvo las demás acciones civiles y criminales que procedan contra la persona ó personas responsables de los actos, por los cuales haya sido el propietario desposeido de los espresados valores. (Ley de 30 de marzo de 1861, artículos 1.° y 3.°)

Con el fin de poner pronto término á los litigios, la ley autoriza á los deudores de un crédito litigioso, para que puedan tantear la cesion de éste por el mismo precio y condiciones en que ésta se hizo, dentro de un mes siguiente á la notificacion que se les haga de la cesion. Esta facultad no tiene lugar cuando la cesion recaiga en un coheredero ó comunero de la cosa, ó en un acreedor del cedente por pago de su crédito. (Cód. de Comercio art. 385.) El derecho de tanteo no existe en el endoso de los créditos á la órden.

Hemos indicado antes que además de las compras y ventas aleatorias por su naturaleza, hay otras cuyas ganancias y pérdidas son á veces muy inciertas por la eventualidad de los hechos de que dependen en virtud de las cláusulas del contrato. Su número puede ser muy considerable y sus formas admiten mucha variedad: las principales son las empresas de abastos y las ventas á provecho comun.

El empresario que toma á su cargo el abastecimiento de una casa de beneficencia, correccion, educacion ó de cualquiera otra clase, sea pública ó privada, y la suministra mediante cierto precio, todos ó parte de los artículos que necesita, celebra un contrato de venta con el establecimiento, que aunque no es aleatorio por su naturaleza, produce ganancias muy eventuales y aun puede producir pérdidas por las alteraciones que ocurren con frecuencia en el precio de los suministros. Consiste éste unas veces en una cantidad alzada por todo lo que consuma el establecimiento, y otras en un tanto por libra, arroba, racion, etc. En ambos casos la venta es aleatoria, porque la subida ó baja en los precios, si no fueran previstas por los contrayentes, hacen ilusorios sus cálculos, perdiendo el vendedor con la primera y el comprador con la segunda.

Cualesquiera que sean las pérdidas de los contratantes, la venta no se rescinde, y ellos no pueden pedir indemnizacion alguna. Ni cuando los precios bajan, tiene motivo legítimo de queja el establecimiento perjudicado, ni el asentista ó abastecedor, cuando suben. Si éste se quejase por un aumento inde-

bido en el personal de la casa que tiene que abastecer ó surgiesen dudas sobre la calidad de los artículos ó sobrevinieran sucesos que hicieran imposible ó difícil el suministro, los tribunales en vista de las cláusulas del contrato, y considerando los usos del país y las circunstancias, determinarán lo que crean mas justo, sin olvidar que estas ventas, como mercantiles, no se rescinden por lesion enorme ni enormísima. (Decision del Consejo de Estado, de 4 de marzo de 1837.)

Las ventas *á provecho comun* son las que se celebran con el pacto de que los beneficios de la reventa se dividan entre los contrayentes por igual, ó de la manera en que convengan.

Por este contrato el comprador queda obligado á revender, y si no se le ha señalado plazo para la reventa, puede hacerla cuando le parezca oportuno, siempre que no la dilate maliciosamente.

La venta *á provecho comun* es perfecta, desde que las partes prestan su consentimiento, y no deja de serlo, aunque no haya beneficios que partir.

Este contrato es muy diferente de la comision para vender con participacion en las ganancias. En aquel el dominio de la cosa vendida se trasfiere al comprador, el que la pierde si perece; mientras en la comision permanece dueño el comitente y sufre los riesgos que son consecuencia de su propiedad.

Aunque la venta *á provecho comun* no es condicional, suele otorgarse con varias condiciones, entre las que no deja de ser frecuente la de que si no se revende la mercancía en un plazo determinado, pueda el comprador devolverla al vendedor por el mismo precio. Diferénciase este pacto del de retroventa, en que por éste el vendedor adquiere el derecho de recobrar la cosa vendida, y por aquel es el comprador el que le tiene para devolverla.

Lo aleatorio de esta venta consiste en la incertidumbre de las ganancias de la reventa, que pueden ser mas ó menos de lo que se calculaba y tambien no existir y aun convertirse en pérdidas.

SECCION IV.

DE LOS REQUISITOS Ó CONDICIONES DE LA COMPRA-VENTA MERCANTIL.

Cada contrato tiene una naturaleza determinada, límites propios, y un fin esclusivamente suyo, que se derivan de sus condiciones esenciales. Estas existen tambien en la convencion, que examinamos, y sin ellas seria permuta, arrendamiento, mandato ó cualquiera otro acto legal, pero no compra-venta.

Además de las condiciones esenciales, suele haber en los contratos otras naturales y accidentales, sin las que pueden subsistir sin dejar de ser lo que su nombre significa: las naturales se suponen, cuando no se suprimen por los contrayentes y las accidentales son obra esclusiva de su voluntad.

Los requisitos ó condiciones esenciales de la compra-venta, segun las leyes civiles, son: capacidad para comprar y vender, consentimiento, cosa y precio. Los mismos se exigen en la mercantil, aunque con algunas diferencias de que debemos hacernos cargo en esta seccion.

§. 1.° *De la capacidad para formalizar el contrato de compra-venta mercantil.*

Escusamos decir que los que por la naturaleza ó disposicion de la ley civil se hallan inhabilitados para contratar, lo están del mismo modo para comprar y vender mercantilmente. Y no debe considerarse como escepcion de esta regla absoluta, el que niños de corta edad vendan en tiendas y almacenes, porque contratando de órden, á la vista y bajo la direccion de sus principales, no son ellos, sino éstos los que venden realmente, y si infieren algun perjuicio á sus jefes, cúlpense éstos á sí mismos por su falta de prudencia ó vigilancia.

Mas, ¿tendrá capacidad para otorgar una compra-venta mercantil cualquiera que, con arreglo á las leyes civiles, pueda comprar ó vender, ó será necesario que los contrayen-

tes sean comerciantes? Creemos que no puede limitarse á éstos semejante derecho, porque ni la ley lo hace, ni seria justo ni conveniente que lo hiciese. Pero si tenemos por inadmisible esta limitacion, y reputamos capaces de comprar y vender mercantilmente á los que, sin ser comerciantes, no tienen prohibicion de serlo, no concedemos la misma capacidad á aquellos, á quienes prohibe el ejercicio de la profesion mercantil el artículo 8.° del Código de Comercio. Si no fuese así, se eludiria fácilmente la ley que los inhabilita, porque, aunque no se llamaran comerciantes, podrian obrar como tales, y no se evitarian los inconvenientes de su intervencion en los actos de comercio. Se objetará que el art. 8.° les prohibe solo el ejercicio de la profesion mercantil; mas el 10 anula sus contratos mercantiles, los cuales pueden ser otorgados por personas que no son comerciantes.

Con arreglo á esta doctrina, carecen de capacidad legal para celebrar compras y ventas mercantiles:

1.° Las corporaciones eclesiásticas.

2.° Los clérigos, aunque no tengan mas que la tonsura, mientras vistan el traje clerical y gocen de fuero eclesiástico. Esta prohibicion no solo es civil, sino canónica.

3.° Los magistrados civiles y jueces en el territorio donde ejercen su autoridad ó jurisdiccion. (Cód. de C., art. 8.°)

4.° Los empleados en el ministerio fiscal.

5.° Los empleados en la recaudacion y administracion de las rentas del Estado en los pueblos, partidos ó provincias á donde se estiende el ejercicio de sus funciones; á menos que obtengan autorizacion especial del Gobierno.

6.° Los jefes militares, gubernativos y económicos, de una provincia ó distrito.

Si éstos, los jueces ó los empleados en el ministerio fiscal, durante el ejercicio de sus cargos, se mezclasen directa ó indirectamente en operaciones de agio, tráfico ó grangería, dentro de los límites de su jurisdiccion ó mando, sobre objetos que no fuesen producto de sus bienes propios, serán castigados con las penas de suspension y multa de 50 á 500 duros. Esta disposicion no es aplicable á los que impusieren sus fondos en acciones de banco ó de cualquiera empresa ó compañía, con tal que no ejerzan en ellas cargo ni intervencion directa, administrativa ó económica. (Cód. pen., art. 329.)

7.° Los corredores no pueden otorgar compras y ventas mercantiles, directa ó indirectamente, en nombre propio ó ageno. Si lo hiciesen, quedarán privados de su cargo y perderán en beneficio del Tesoro público el precio ó la cosa vendida, segun fueren compradores ó vendedores.

8.° Los agentes de cambio, ó bolsa, tampoco pueden directa ni indirectamente, bajo su mismo nombre ó el ageno, hacer negociaciones algunas por cuenta propia, ni tomar interés en ellas. (Ley de 8 de febrero de 1834, art. 50.)

9.° Los quebrados que no hayan obtenido rehabilitacion. (C. de C., art. 9.°)

Las compras y ventas celebradas por personas inhábiles para comerciar, cuya incapacidad fuese notoria por razon de la calidad ó empleo, serán nulas para los contraventes. Pero, si el inhábil ocultara su incapacidad al otro, y esta no fuese notoria, quedará obligado en su favor, sin adquirir derecho para compelerle en juicio al cumplimiento de las obligaciones que éste contrajere. (C. de C., art. 10.)

La capacidad debe existir en todos los que intervienen en este contrato, y si fuesen varios los que vendiesen ó comprasen de mancomun, no basta que uno de ellos la tenga.

Las compras y ventas se hacen ó directamente ó por medio de encargados ó apoderados: en este caso debe tener capacidad para comprar y vender mercantilmente, no solo la persona en cuyo interés se verifica el contrato, sino tambien la que le otorga, sea en su nombre, sea en el de su poderdante.

Compran y venden por cuenta agena los factores, mancebos, comisionistas y los capitanes de buques mercantes.

Se llaman factores de comercio los agentes auxiliares, encargados de dirigir por cuenta agena un establecimiento mercantil ó fabril.

Ninguno puede serlo si no tiene la capaci-

dad necesaria con arreglo á las leyes civiles para representar á otro, y obligarse por él. (C. de C., art. 173.)

Los factores deben tener un poder especial de la persona por cuya cuenta hagan el tráfico, del cual se tomará razon en el registro general de comercio de la provincia, y se fijará un estracto en la audiencia del juzgado de primera instancia. (Art. 174.)

Los constituidos con cláusulas generales se entienden autorizados para todos los actos que exige la direccion del establecimiento. El propietario que se proponga reducir estas facultades, deberá espresar en el poder las restricciones á que haya de sujetarse el factor. (Art. 175.)

Los factores no pueden comprar ó vender por su cuenta particular, ni tomar interés bajo nombre propio ó ageno, en negociaciones del mismo género que las que hacen por cuenta de sus comitentes, á menos que éstos los autoricen espresamente para ello; y en el caso de hacerlo, redundarán los beneficios que puedan traer dichas negociaciones, en provecho de aquellos sin ser de su cargo las pérdidas. (Art. 180.)

Todos los demás dependientes que los comerciantes acostumbran emplear con salario fijo, como auxiliares de su giro y tráfico, carecen de la facultad de contratar y obligarse por sus principales, á menos que no se la confieran éstos espresamente para las operaciones que les encarguen, teniendo los que la reciben la capacidad legal necesaria para contratar válidamente. (Art. 188.)

Los mancebos, encargados de vender por menor en un almacen público, sin necesidad de poder reducido á escritura, se reputan autorizados para cobrar el producto de las compras que hacen, y sus recibos son válidos, expidiéndolos á nombre de sus principales. Igual facultad tienen los que venden en los almacenes por mayor, siempre que las ventas sean al contado, y el pago se verifique en el mismo almacen. (Art. 192.)

El comerciante, que confiera á un mancebo de su casa el encargo esclusivo de una parte de su administracion de comercio, en que sea necesario que se suscriban documentos, que produzcan obligacion y accion, le dará, como á los factores, poder especial que se registrará y anotará segun lo dispuesto en el artículo 174. (Art. 189.)

Si por medio de una circular dirigida á sus corresponsales, diere un comerciante á reconocer á un mancebo de su casa, como autorizado para algunas operaciones de su tráfico, serán válidos y obligatorios los contratos que éste haga con las personas á quienes se comunicó la circular, siempre que estos sean relativos á la parte de administracion confiada á dicho subalterno. (Art. 190.)

Tambien los comisionistas compran y venden por cuenta de otra persona, si bien pueden hacerlo en nombre propio. (Art. 118.)

Para desempeñar por cuenta agena actos de comercio, en calidad de comisionista, no se necesita poder constituido en escritura solemne; sino que es suficiente recibir el encargo por escrito ó de palabra; pero cuando haya sido verbal, se ha de ratificar por escrito, antes que el negocio haya llegado á su conclusion. (Art. 117.)

Los comisionistas tienen prohibicion de comprar por sí, ni por medio de otra persona, los efectos, cuya enagenacion les haya sido confiada, sin consentimiento espreso del propietario. (Art. 161.)

Los capitanes de buques mercantes tienen derecho y obligacion de comprar lo que consideren de absoluta necesidad para mantenerlos pertrechados, provistos y municionados, cuando las circunstancias no les permitan solicitar préviamente las instrucciones del naviero. (Art. 642.)

En casos urgentes durante la navegacion pueden, haciendo las compras convenientes, disponer las reparaciones en la nave y sus pertrechos, que sean absolutamente precisas, para que pueda continuar y acabar su viaje, con tal que, si llegare á puerto donde haya consignatario de la misma nave, obre de acuerdo con él. (Art. 644.)

Los capitanes no están autorizados por razon de sus oficios para vender las naves. Para hacerlo válidamente, se les ha de haber conferido poder especial al efecto por el propietario; mas, si estando la nave en viaje, se

inutilizare para la navegacion, acudirá su capitan ó maestre ante el tribunal de comercio, ó caso de no haberlo, ante el juez ordinario del puerto, donde hiciere su primera arribada, y el juez, constando en forma suficiente el daño de la nave, y que no puede ser rehabilitada para continuar su viaje, decretará la venta en pública subasta y con todas las solemnidades legales. (Art. 593.)

Cuando el capitan se halle sin fondos pertenecientes á la nave ó sus propietarios para costear las reparaciones, rehabilitacion y aprovisionamiento que se necesiten, puede echar mano de la parte del cargamento que baste para cubrir las necesidades que sean de absoluta urgencia y perentoriedad, vendiéndola con autorizacion judicial y en subasta pública. Mas solo podrá acudir á este recurso, si habiendo acudido, en caso de arribada, á los corresponsales del naviero que se hallen en el mismo puerto, y en su defecto á los interesados en la carga, no le proporcionasen los fondos necesarios, ni encontrase quien se los prestara á riesgo marítimo ú obligacion á la gruesa, sobre el casco, quilla y aparejos. (Art. 644.)

Los factores, mancebos y comisionistas no pueden delegar la facultad de vender y comprar por cuenta de sus comitentes, á no ser que éstos les hubiesen concedido autorizacion para ello. (Art. 658.)

§. 2.° *Del consentimiento.*

La compra venta mercantil no existe, cuando falta el consentimiento de los contrayentes, ó lo que es lo mismo, su acuerdo ó conformidad de voluntades sobre la cosa, el precio, la naturaleza y las condiciones del contrato.

El consentimiento en este acto de comercio debe tener las circunstancias prevenidas por las leyes civiles, y se vicia por el error, la fuerza y el dolo en los términos que ellas prescriben y que quedan examinados en el artículo correspondiente.

El consentimiento puede ser espreso ó tácito. Este basta para perfeccionar el contrato, cuando la ley no exige escritura, y es mucho mas frecuente en el comercio que en las ventas comunes. Tácito debe reputarse en las que se celebran en las tiendas de precio fijo, y el que existe en las compras y ventas entre ausentes, en que fijando el vendedor el precio de las mercaderías, libre el importe á cargo del comprador y éste paga sin contestar. Tambien es tácito el que presta el vendedor, cuando despues de proponer una venta á cierto precio, y ofrecerlo otro mas bajo el camprador, remite á éste los géneros sin escribirle.

El Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 17 de abril de 1861, ha decidido que se entiende aprobada una compra-venta por el que percibe por sí ó su representante la parte del precio, que le corresponda, aunque no haya intervenido inmediatamente en su celebracion.

§. 3.° *De las cosas, que son objeto de la compra-venta mercantil.*

No todo lo que es materia de contratacion, segun las leyes civiles, puede serlo, segun las comerciales.

Como dejamos indicado en la seccion segunda de la parte doctrinal de este artículo, no se consideran como mercantiles las compras de bienes raíces y efectos accesorios á estos, aunque sean muebles. (C. de C., art. 360.) Hay por consiguiente una especie de cosas de gran valor y suma importancia que están escluidas del número de las vendibles en el comercio. El juicio que jurisconsultos eminentes han formado de esta disposicion, queda ya espuesto, y no hay para que repetirlo: nos limitaremos ahora á examinar algunas cuestiones no difíciles de resolver, que suelen suscitarse sobre la clase á que pertenecen algunos bienes de carácter dudoso.

Son inmuebles por su naturaleza los predios rústicos y urbanos, ó lo que es lo mismo, las tierras y los edificios.

Lo son igualmente las minas y canteras, con sus accesorios; pero no los minerales despues de estraidos de ellas, y aun antes de estraerlos, si se compran con ánimo de re-

venderlos, verificada que sea la estraccion.

Del mismo modo, aunque los montes son bienes raíces, las maderas y carbones están exactamente en el mismo caso que los minerales. Esta opinion, sostenida por Troplong, Hennequin y Merlin, se justifica fácilmente teniendo en consideracion que, aunque los árboles hagan parte del monte, la adquisicion se hace con el fin de cortarlos para revenderlos, y como si la corta se hubiese realizado.

Tampoco deben reputarse inmuebles los materiales de una casa que se compra para demolerla y revenderlos; á pesar de que lo adquirido es un predio urbano constituido por las piedras, maderas, etc., que se revenden. En la intencion del comprador no está el hacerse definitivamente dueño de un inmueble, sino de los materiales movilizados para especular y ejecutar actos de comercio con ellos.

Los accesorios de los bienes raíces son de la misma naturaleza que estos, aunque sean muebles, segun el art. 360 del Código. Esta disposicion, aunque parece sencilla, no deja de presentar dificultades graves en la práctica. Cuando los accesorios, muebles por su naturaleza, están unidos á la cosa principal, formando un solo todo con ella, vienen á inmovilizarse y tienen evidentemente el carácter de inmuebles. Mientras el dueño tenga el propósito de mantenerlos unidos á lo principal, conservarán el carácter de éste, y no podrán ser objeto de una compra-venta mercantil; pero si los vende para que el comprador los separe y venda, pierden su inmovilidad y pueden ser objeto de contratacion en el comercio.

Además de los muebles accesorios de los bienes raíces, porque están unidos á ellos, hay otros que lo son tambien, aunque se hallen separados. Pertenecen á esta clase los destinados al servicio ó cultivo de los inmuebles, como los animales que se emplean en las labores del campo, los instrumentos y aperos de la labranza, las simientes y los abonos.

Las palomas son accesorios de los palomares, los conejos de los vivares, las abejas y colmenas de los colmenares, y los peces de los estanques. En la industria fabril se reputan como accesorios de las fábricas, todas las máquinas y herramientas que se emplean en su servicio, estén ó no separadas de los edificios; y en los ferro-carriles el material destinado á su esplotacion.

Ninguna de estas cosas puede ser vendida mercantilmente, segun el artículo citado; pero basta el sentido comun para conocer que la prohibicion debe limitarse al caso en que hayan de permanecer destinadas al servicio de las inmuebles, haciendo en cierta manera parte de ellas. Seria absurdo suponer que cuando el dueño quiera apartarlas de su destino, y sustituirlas con otras, no pudieran ser compradas con ánimo de obtener un lucro revendiéndolas.

¿Se considerarán como accesorios de los inmuebles y participarán de su naturaleza los espejos, cuadros, relojes y demás moviliario destinado al servicio y comodidad de los moradores de los edificios? Segun la opinion mas comun, lo serán si se unen á los techos, suelos ó paredes, con el propósito de que hagan parte de las habitaciones, pero no en el caso contrario.

Se ha cuestionado tambien acerca de la naturaleza de las cosas incorporales, que constituyen una no escasa parte de las fortunas de los individuos. ¿Son muebles ó inmuebles? Generalmente se resuelve esta cuestion, segun la clase á que pertenece lo que sirve de objeto á los derechos, que se llaman cosas incorporales; y se consideran como inmuebles los establecidos sobre bienes raíces, como las servidumbres reales, el usufructo y uso de los prédios rústicos y urbanos, el derecho de habitacion, las acciones reivindicatorias de bienes raíces los censos, y el derecho de hipoteca.

Todos los bienes muebles, á no ser los esceptuados de que trataremos despues, son vendibles en el comercio y pueden tener el carácter de mercancías ó mercaderías. Y decimos *pueden tener*, porque si bien toda mercadería es cosa mueble, no toda cosa mueble es mercadería. Para que las cosas tomen ese nombre, se necesita que sean objeto de una

compra ó venta comercial. Pueden ser por consiguiente mercaderías, no solo los hilados, tejidos y otros artículos de vestir; sino tambien los alimentos de todas clases, las primeras materias y las auxiliares de las industrias, las naves, las máquinas y herramientas, los objetos necesarios para la edificacion y demás construcciones, los libros, los productos artísticos, los medios materiales que se emplean en la educacion y en el ejercicio de las profesiones, en una palabra, todos las cosas corporales muebles.

Y no solo las corporales: de muchas incorporales se forma el mismo concepto jurídico, pudiendo comprarse y venderse como mercaderías los derechos sobre cosas muebles, los personales alienables, las acciones derivadas de ellos, las acciones de sociedades, la propiedad literaria, la dramática y los privilegios de invencion.

Aunque por regla general todas las cosas muebles pueden ser objeto de contratacion en el comercio, hay algunas que las leyes esceptúan, unas veces por consideraciones sanitarias, y otras por motivos económicos, políticos, morales ó jurídicos.

Por razones sanitarias se prohibe á toda clase de personas la venta de frutas, carnes, pescados y demás sustancias alimenticias, que no tengan condiciones de salubridad y á los que no sean licenciados en Farmacia, la de venenos y medicamentos.

Por motivos económicos se reputan de ilícito comercio los artículos, cuya venta monopoliza el Estado.

Por causas morales y religiosas se veda el comercio de las estampas que ofenden el pudor y las buenas costumbres; por consideraciones políticas el de las armas de guerra, y por motivos jurídicos la venta de artículos, fabricados lastimando la propiedad industrial, ó de impresos sin autorizacion del que se halla en posesion de su propiedad literaria.

Además de ser de lícito comercio las cosas, que se ponen á la venta, es preciso que sean del comprador, y que existan ó puedan existir. Si se vende, por ejemplo, una nave que está en viaje, no se entenderá que hay verdadera venta, cuando aquella hubiese perecido al otorgarse esta.

Las mercaderías son determinadas ó indeterminadas. Las primeras se distinguen individualmente por márcas ó señales que no permiten confundirlas con otras; y las segundas se conocen solo genéricamente ó por grupos y pueden ser sustituidas por otras del mismo género ó grupo. Para que estas sean vendibles, es preciso que, aunque indeterminadas como individuos, sean determinables. Si no lo fuesen, la obligacion del vendedor seria de cumplimiento imposible, y el contrato, por consecuencia, nulo.

Cuando se venden uno ó varios individuos indeterminados de una especie ó grupo determinados, la determinacion individual se hará de diverso modo, segun que aquellos fuesen de iguales ó diferentes calidades. Si los individuos son de calidades diferentes, la determinacion se hará por eleccion del comprador ó vendedor con arreglo á las cláusulas convenidas; y no estando designado el que ha de elegir, elegirá el vendedor, aunque no lo peor, sino lo que fuere, por lo menos, de calidad regular. Siendo todos los individuos de la misma calidad, se designarán indiferentemente; pero el comprador podrá desechar los que se aparten del tipo comun. Cuando fuesen varios y en número cierto los comprados, es preciso contarlos, y si las unidades se limitan por peso ó medida, habrá que pesarlos ó medirlos. Tambien será necesaria esta operacion en el caso de venderse un grupo determinado de cosas, designando un tanto por unidad ó en la suposicion de contener un número cierto de unidades.

En la compra-venta mercantil, lo mismo que en la comun, lo accesorio se entiende vendido con lo principal, á no ser que los contrayentes pacten lo contrario.

Los accesorios de los bienes muebles vendibles mercantilmente son de varias clases.

Unos hacen parte de la cosa principal, formando un todo divisible, pero único, como las piedras de un anillo ú otra joya.

Otros, aunque separados del objeto de que dependen, no pueden existir sin él, como las crias recien nacidas.

Se consideran tambien como accesorios los que sirven para que la cosa principal desempeñe las funciones propias de su destino, como las llaves de los relojes;

Los que le hacen falta para no perder toda ó parte de su estimacion, como las botellas que contienen líquidos fáciles de deteriorarse al contacto del aire esterior;

Los que, segun costumbre del comercio, se venden en union con los objetos principales, como los fardos, cajones, cubiertas, pipas y toneles pequeños, á menos que se deduzca otra cosa de las cláusulas del contrato;

Y en general los que acompañan á las cosas, estén ó no adheridos á ellas, con el fin de darlas seguridad, utilidad ó belleza.

En la venta de las naves se entienden siempre comprendidos, aunque no se esprese, todos los aparejos pertenecientes á ella, que se hallen á la sazon bajo el dominio del vendedor, á menos que no se haga pacto en contrario. (C. de C., art. 344.) Por *aparejos* se entienden las lanchas, botes, cables, jarcias, palos, mástiles, velámen y todo lo que, sin ser parte de la nave, es preciso para la navegacion.

Son tambien accesorios del buque que se halle en viage cuando se venda, los fletes que devengue, desde que recibió su último cargamento, hasta que llegue al puerto de su destino; pero si hubiese llegado al hacerse la venta, pertenecerán los fletes al vendedor. (Art. 595.)

Los derechos ó cosas incorporales pueden ser accesorias de otras de igual clase, y tambien de las corporales.

Pertenecen á la primera especie las hipotecas y privilegios, que corresponden al dueño de ciertos créditos, y que al venderse estos se trasfieren al comprador; y á la segunda los derechos que produce el seguro, y que se entienden vendidos al hacerse la venta de los efectos asegurados.

§. 4.° *Del precio.*

La causa es tambien condicion necesaria de todo contrato, por que no puede suponerse que los hombres se impongan cargas ú obligaciones sin razon suficiente.

El vendedor se priva de sus derechos sobre la cosa vendida, porque estima mas el precio que le dá el comprador, y éste entrega su dinero porque es para él mas útil el objeto que adquiere. Son, pues, el precio para el vendedor y la cosa para el comprador, la causa del contrato que celebran y de las obligaciones que se imponen.

El precio consiste en la cantidad de moneda, que se dá por la cosa vendida.

Es absolutamente preciso que consista en moneda, dinero ó numerario, por que, si fuese otra cosa, el contrato seria permuta, y no compra-venta. Aunque muy semejantes estas convenciones y la una se ha inventado para facilitar y estender la otra, cada cual tiene su naturaleza jurídica propia, y debe distinguirse con el nombre que le corresponde.

La moneda ha de ser nacional ó extranjera, cuya circulacion esté autorizada por las leyes. Cuando no lo estuviese, se reducirá á moneda del país por convenio de las partes ó á juicio de peritos en caso de discordia, á menos que los contrayentes se hubiesen propuesto celebrar la permuta de mercaderías por metales preciosos, consistentes en dinero estranjero.

El precio no dejará de serlo, cualquiera que sea la cantidad, porque se estipule en monedas supletorias como la de bronce y la de plata de dos pesetas, ó menos; pues aunque su aceptacion no es obligatoria sino dentro de ciertos límites, son monedas legales y esto basta para que el precio pueda consistir en ellas.

Tampoco es dudosa la validez de una venta, en que el precio se señale en monedas imaginarias, como el céntimo de peseta ó de real; porque si bien no existen, ni por tanto sirven para hacer pagos, el precio realmente no consiste en ellas, sino en las monedas efectivas de oro ó plata á que equivalen. Lo mismo diríamos si las monedas imaginarias perteneciesen al sistema antiguo, como los ducados y maravedises, siempre que tengan su equivalente exacto en monedas efectivas del sistema que rige.

El precio, como hemos dicho, no puede

menos de consistir en dinero, porque aunque muchas veces se paga con documentos, estos no son mas que su signo ó representacion, y al realizarse se convierten en moneda.

Los documentos de crédito suelen ser espresion del precio en las ventas á plazo, y algunas veces en las que se verifican al contado.

Recíbense sin dificultad en estas los billetes de banco, porque la comodidad que ofrese su uso, y su fácil y pronta conversion en dinero los hace preferibles á éste.

Tambien se reciben en la misma clase de ventas en lugar de moneda, letras pagaderas á la vista, cuando el comprador necesita el dinero en lugar diferente del en que se hizo el contrato.

En las ventas á término, ó al fiado, el aplazamiento de la entrega del dinero, ó sea el precio, puede hacerse constar en toda clase de documentos; pero generalmente en el comercio expide el comprador un pagaré ó una letra de cambio á la órden del vendedor.

En los Estados, en que los billetes de banco ú otros documentos de crédito se hacen de circulacion forzosa, el papel se convierte en moneda y puede ser precio legal de las cosas vendidas. ¡Triste situacion, en que las oscilaciones del crédito producen una fluctuacion contínua en los precios, y en que es siempre difícil formar cálculos seguros sobre el éxito de los negocios!

Otra condicion esencial del precio es que sea verdadero, ó lo que es lo mismo, que exista realmente. Si así no fuera, la compra-venta se desnaturalizaria, trocándose en donacion. La doctrina de las leyes comerciales sobre este punto no puede ser diferente de la del derecho civil.

El precio además debe ser determinado ó determinable, por los medios que acuerden los contrayentes. De lo contrario la obligacion de entregarlo seria inexigible é ilusoria.

El precio es determinado ó cierto, si comprador y vendedor convienen, al otorgarse el contrato, en el número de unidades monetarias del país que aquel ha de entregar por la cosa vendida.

Será determinable, cuando se estipulan en la compra-venta medios capaces de determinarlo. Si los medios convenidos no sirven para llegar á ese resultado, no existe el precio con arreglo á las leyes civiles, y por regla general segun las comerciales.

Se reputará determinable, si los contrayentes convienen en el precio que tengan los géneros en cierto dia, en el que los vendan otros comerciantes ó en el que otro comprador ofrezca; en este último caso, no habiendo quien ofrezca nada, no habrá precio ni venta. Cuando lo ofrecido no satisface al vendedor ó comprador, tampoco se tiene esta por válida, porque se supone dependiente de la condicion de que la oferta les agrade. Es necesaria esta condicion para evitar el ofrecimiento de un precio desproporcionado, de acuerdo con el comprador ó vendedor.

Si se vendiese una cosa al precio corriente ó de costumbre, y al ejecutar el contrato, no se pusieran de acuerdo los contrayentes, harán el señalamiento los peritos que designen.

Se entenderá hecha una venta al precio corriente, no solo cuando las partes lo espresen; sino tambien aunque por las leyes civiles está dispuesta otra cosa, cuando habiéndose encomendado la determinacion del precio á un tercero, éste muriese, ó por otra causa no pudiere ó no quisiere hacerlo, principalmente si el comprador hubiese dispuesto de las mercaderías.

Las leyes civiles exigen tambien que el precio sea justo ó proporcionado al valor del objeto. Le falta esta condicion, cuando hay lesion enorme, ó en mas de la mitad de lo que vale la cosa vendida, como acontece si se vende una cosa por menos de diez ó mas de treinta, y vale veinte. La lesion para el vendedor ó el comprador es uno de los motivos legales porque se rescinde la compra-venta.

En el comercio no sucede así. Segun el artículo 378 del Código, las ventas mercantiles no se rescinden por lesion enorme, ni enormísima, y solo tiene lugar la repeticion de daños y perjuicios contra el contratante que procediere con dolo en el contrato ó su cumplimiento.

Ya desde muy antiguo se negó á los es-

pertos en las artes ú oficios el derecho de pedir la rescision de las ventas por lesion enorme ó enormísima, cuando el objeto vendido pertenecia á su profesion. En el mismo caso se encuentran los comerciantes que deben reputarse peritos en los precios de las mercaderías; pero hay consideraciones mas poderosas para justificar la disposicion de nuestro Código. El comercio no puede promover la produccion, estender la division del trabajo y estrechar los vínculos que unen á los hombres, si sus transacciones no son fáciles, frecuentes y rápidas. Los obstáculos que las dificultan elevan el precio de las mercaderías, disminuyen los consumos y esterilizan las fuerzas productivas de los pueblos. Si la lesion en mas del justo precio, fuera motivo bastante para rescindir la compra-venta mercantil, seria preciso rescindir en la mayor parte de los casos, no un solo acto, sino una série numerosa de ellos; teniendo que buscar á no pocos contrayentes en paises lejanos, y causando graves trastornos á los mas, y molestias y vejámenes á todos.

Pero si la ley no debe dar ocasion á tales quebrantos, tampoco autorizar el dolo y la mala fé. Cuando uno de los contrayentes se vale de malas artes para elevar ó deprimir los precios de las cosas, ó finge falsos supuestos para engañar al otro y hacerle consentir en un precio indebido, la justicia y el público interés exigen que se obligue al doloso á indemnizar á su víctima, sin perjuicio de la validez de la venta en que hubo engaño, y de la série de cambios que se hayan verificado despues.

SECCION V.

DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES, QUE NACEN DE LA COMPRA-VENTA MERCANTÍL.

En los contratos bilatares los contrayentes aspiran á un beneficio, que realizan por medio del derecho que adquieren, trasfiriendo para conseguirlo otro derecho. Hay por lo menos en todo contrato de esta especie dos derechos principales, y, por consiguiente, dos obligaciones principales tambien, puesto que no existe derecho sin obligacion, ni obligacion sin derecho.

En la compra venta estos dos derechos y obligaciones, nacen simultáneamente del consentimiento y por el consentimiento, espresado en forma legal; y mueren al mismo tiempo, sin que sea posible un solo instante su existencia separada. Aunque uno de los contrayentes pueda rescindir el contrato, y no el otro, las obligaciones y derechos principales no dejan de ser simultáneos é inseparables, porque al extinguir su obligacion y el derecho ageno el que rescinde, mata su propio derecho y la obligacion agena.

Además de las obligaciones principales, hay otras que tienen su raíz primera en el contrato; pero solo existen hipotéticamente, puesto que necesitan un hecho posterior para ser exigibles. Todas hacen surgir un derecho correlativo, é influyen mas ó menos en el cumplimiento de las principales. De los hechos que las producen, unos rescinden el contrato, y otros modifican solo la situacion respectiva de los contrayentes.

Tanto las obligaciones del vendedor como las del comprador, pueden ser puras ó condicionales, á término, alternativas, divisibles, ó indivisibles y con cláusula penal.

Las condicionales dependen de un hecho, mas ó menos incierto.

Las que son á término, no empiezan hasta el tiempo designado en el contrato ó que se deduzca de sus cláusulas. Tambien puede haberlas que tengan principio desde luego y no duren mas que hasta cierto dia.

Si el plazo fuere un número determinado de dias, no se cuenta en caso alguno el de la fecha del contrato, sino mediare pacto espreso para hacerlo; pero sí el de la espiracion del término. (C. de C., art. 237.)

Ninguna reclamacion judicial sobre la ejecucion de obligaciones á término es admisible hasta el dia despues del vencimiento (Art. 238.)

No se reconocerán términos de gracia, cortesía ó que bajo cualquiera otra denominacion difieran el cumplimiento de las obligaciones del comprador ó vendedor, sino el

que las partes hubieren prefijado en el contrato, ó se apoye en una disposicion terminante de derecho. (Art. 259.)

En todos los cómputos de dias, meses y años se entenderá el dia de 24 horas, los meses segun están designados en el calendario gregoriano, y el año de 365 dias. (Artículo 256.)

Las obligaciones alternativas consisten para los vendedores en entregar una cosa ú otra, y para los compradores en dar uno ú otro precio con condiciones diferentes.

Las divisibles tienen por objeto hechos distintos y separables.

Las solidarias suponen varios vendedores ó compradores, de los que cada uno puede ser compelido á entregar toda la cosa ó todo el precio.

La cláusula penal impone una pena á los contrayentes que infringen ó dejan de cumplir sus obligaciones. La parte perjudicada tiene en este caso derecho para exigir, ó bien el cumplimiento del contrato, por los medios de derecho, ó bien la pena prescrita; pero usando de una de estas dos acciones, queda estinguida la obra (art. 215), á menos que las partes hubiesen pactado lo contrario.

§. 1.° *De las obligaciones del vendedor.*

La primera de todas las obligaciones del vendedor es entregar la cosa vendida al comprador, en la forma, tiempo, lugar y circunstancias que se acordaron en el contrato, porque siendo el propósito final de los contrayentes el cambio de una cosa por dinero, se necesita trasferir el dominio de aquella y hacer por consiguiente su tradicion ó entrega.

Repútase esta legal, cuando se verifica con arreglo á la voluntad espresa ó presunta de los contrayentes, que debe tenerse por la primera ley en los contratos, cuando no está en contradiccion con las disposiciones del legislador.

Vendida una cosa determinada ó indeterminada, pero determinable, se entiende que las partes quieren que se entregue ella y no otra, íntegra, de la calidad y en la cantidad estipulada.

Cuando las cosas son determinadas individualmente, como el caballo A ó B, no hay posibilidad de sustituirlas con otras sin una novacion de contrato, y la entrega debe hacerse del mismo individuo vendido, y no de otro.

Si lo que se vende es indeterminado individualmente, pero hace parte de una cosa determinada, como veinte hectólitros de vino de una cuba, que designan los contrayentes; podrán entregarse cualesquiera partes del todo determinado en la cantidad que se estipuló; mas no partes de otro aunque sean de la misma especie.

En el caso de venderse una cosa determinada genéricamente, pero sin individualizarla, como cierto número de kilógramos de azúzar; la entrega se hace legalmente dando unidades del género y en la cantidad designados. Siendo todas las unidades de la misma calidad, podrán entregarse cualesquiera de ellas; mas si fuesen de calidad diferente, solo las que tuviesen la designada, y en defecto de designacion, la de calidad regular, es decir, ni las mejores ni las peores.

Se entenderá por consiguiente diversa la cosa entregada de la vendida y el vendedor habrá dejado de cumplir su obligacion principal, cuando sustituye un objeto con otro, le adultera mezclándole con otras sustancias ó produce en él cualquiera otra alteracion. En el caso de haber habido solo una sustitucion, si la cosa vendida permanece todavía en el dominio del vendedor, está éste obligado á entregarla; pero cuando la haya vendido y entregado á otro, ó la hubiese adulterado o alterado, deberá entregar al comprador en el acto de reclamarlo, otra equivalente en especie, cantidad y calidad, ó en su defecto le abonará todo el valor que, á juicio de árbitros, se considere al objeto vendido, con relacion al uso que el comprador se propusiera hacer de él, y al lucro que le pudiera proporcionar, rebajándose el precio de la venta si no lo hubiera percibido. (C. de C., art. 369.)

Tampoco se hace legalmente la etrega de las mercancías, si estas no están íntegras, ya por que se hayan mutilado las que forman un todo único por su naturaleza ó por el uso á

que se destinan, ya porque, siendo un conjunto de unidades numerables, mensurables ó ponderables, no se entrega mas que una parte de la cantidad estipulada, aunque se prometa entregar posteriormente lo restante; pero si el comprador conviniere en ello, queda consumada é irrevocable la venta en cuanto á los géneros que recibió, aun cuando el vendedor falte á entregar los demás, quedándole á salvo su derecho contra este para compelerle á cumplir íntegramente el contrato, ó indemnizarle de los perjuicios que se le irroguen por no hacerlo. (Art. 364.)

Las faltas en la calidad y cantidad de la cosa vendida no constituyen delito, á no ser que hubiese habido defraudacion. En este caso el vendedor incurre en la pena de arresto mayor, si la defraudacion no escediere de 20 duros; en la prision correccional, escediendo de 20 duros y no pasando de 500, y en la de prision menor escediendo de 500 duros. (C. pen., art. 449.)

Las penas citadas se impondrán en su grado máximo á los plateros y joyeros que cometieren defraudacion alterando en su calidad ley ó peso, los objetos relativos á su arte ó comercio, y á los traficantes que defraudaren usando de pesos ó medidas falsas en el despacho de los objetos de su tráfico. (Art. 451).

Incurre en las penas de uno á cinco dias de arresto, de uno á 10 duros de multa y reprension, el que defraudare al público en la venta de mantenimientos, ya sea en calidad, ya en cantidad por valor que no esceda de cinco duros. En este último caso se impondrá alternativamente el arresto ó la multa, y siempre la reprension: en el de reincidencia se aplicarán conjuntamente estas tres penas. Tambien se impondrán al traficante á quien se aprendieren mantenimientos que no tengan el peso, medida ó calidad que corresponda. (Art. 482.)

La entrega de las mercaderías compradas debe hacerse en el lugar y tiempo señalados en el contrato. Si no se hubiese dicho nada acerca de aquel, se guardarán las costumbres de cada localidad que se entienden consentidas tácitamente por los contratantes; y si tampoco pudiera invocarse la costumbre, ni se dedujera nada de los términos del convenio, se entiende que el lugar donde se hallan las cosas, es el designado para entregarlas, y el vendedor no podrá trasladarlas á otro sin consentimiento del comprador, á no ser que éste no pudiera prestarle, y aquellas estuviesen espuestas á perecer en el punto en que se encuentran.

Cuando tampoco se hubiese señalado el tiempo de la entrega por los contrayentes, estará obligado el vendedor á tener á disposicion del comprador los efectos que le vendió, dentro de las veinticuatro horas siguientes al contrato. (C. de C., art. 372.)

En el caso de venderse las maderas de un monte, las piedras de una cantera ó los productos no estraidos todavía de una mina, y en otros análogos, si las partes no han señalado plazo, debe presumirse que han convenido en el necesario para ejecutar, sin premia ni precipitacion, las operaciones que deben preceder á la entrega.

Si el vendedor no hace esta dentro del plazo convenido, y en su defecto del que establecen las leyes, podrá el comprador pedir la rescision del contrato, ó exigir reparacion de los perjuicios que se le sigan por la tardanza, aun cuando esta proceda de accidentes imprevistos. (Art. 365). ¿Bastará la dilacion para producir este resultado, ó será preciso que el comprador haya requerido al vendedor para que haga la entrega y éste no la hubiese verificado? Segun la opinion mas comun conforme con el artículo 261 del Código de Comercio, es necesario el requerimiento.

La entrega puede tener lugar poniendo el vendedor en manos del comprador la cosa vendida, ó simbólicamente ó de cualquiera otro de los modos reconocidos en el derecho civil. Tambien se verifica poniendo el vendedor á disposicion del comprador las mercancías que han sido objeto de la compra-venta.

La entrega material inmediata es la comun en el comercio por menor; y por el contrario en el por mayor es mas frecuente tener los géneros á disposicion del vendedor.

Sucede esto cuando las mercaderías están preparadas, de tal modo, que el comprador

puede trasportarlas á su tienda ó almacen en el momento que quiera; para lo cual, si están determinadas solo genéricamente, el vendedor debe individualizarlas, y ponerlas, lo mismo que las determinadas individualmente, en parajes francos para el comprador y sus encargados, donde aquel pueda tomar posesion de ellas. Si para individualizarlas fuese necesario contarlas, pesarlas ó medirlas, el vendedor ejecutará estas operaciones, y abonará los gastos que ocasionen y todos los que sean necesarios para poner el objeto de la venta á disposicion del comprador. Lo dicho no impide que éste adopte las precauciones que crea convenientes para asegurarse de la exactitud del número, peso y medida de las mercaderías que le entreguen. Cuando el embalaje se considere como accesorio de los géneros, correrá á cargo del vendedor el embalarlos debidamente.

Por regla general cumple éste la obligacion de entregar las cosas vendidas teniéndolas en su casa ó almacenes á disposicion del comprador, al cual corresponde ir á buscarlas por sí, ó por medio de otro, estén ó no en el pueblo de su residencia.

Frecuentemente el vendedor se compromete á remitir las mercancías á un lugar diferente del en que se encuentran, y algunas veces á ponerlas á disposicion del comprador en el punto en que reside ú otro. En el primer caso se entiende que queda hecha la entrega desde que el objeto vendido se halla en poder del porteador, procurando el vendedor si se hubiese señalado plazo, que dentro de él pueda hacerse el trasporte. En el segundo no basta la remision: se necesita que los géneros sean entregados al mismo comprador ó sus delegados.

En las ventas forzosas, la obligacion de entregar, aunque no nacida del consentimiento, es de la misma naturaleza que en las voluntarias; en las judiciales la entrega se hace por el juez; en las subastas particulares ó martillos por el director del establecimiento ó sus dependientes; y en las ventas de esperanzas, frutos futuros y créditos hay una cuasi tradicion del derecho, que es objeto del contrato, la cual se rige por las leyes civiles. Si los derechos constan en documentos, se hace la entrega material de estos. En las empresas de abastos los artículos se entregan sucesivamente segun las necesidades de los abastecidos; y en las ventas á provecho comun del mismo modo que en las ordinarias.

La obligacion de entregar, que tienen los vendedores, no cesa sino cuando deja de tener fuerza el contrato por alguna de las causas que espondremos en otra seccion; pero se suspende en los casos siguientes:

1.° Cuando el camprador no paga el precio, sin perjuicio de continuar teniendo las cosas á su disposicion hasta que el pago se verifique:

2.° En las ventas á plazo, si hay motivos graves para desconfiar de la solvencia del comprador. Siendo livianos los fundamentos de la desconfianza, no podrá escusarse la entrega:

3.° Si la perfeccion del contrato, ó la obligacion de entregar, dependen de una condicion suspensiva, espresa ó tácita, y esta no se ha cumplido todavía:

4.° En el caso de haberse comprometido el vendedor á remitir los géneros vendidos, podrá suspender la remesa, cuando hubiese un peligro inminente en el trasporte y no fuera posible obtener respuesta del comprador que autorice la suspension. El vendedor dará aviso á éste por el medio mas rápido que hubiere.

La tradicion del objeto trasfiere el dominio al comprador, siempre que éste pague el precio, á menos que la venta fuese á plazo. (Sent. del Tribunal Supremo de Justicia de 30 de noviembre de 1863.)

Si despues de perfecto el contrato, vende el vendedor á otro la cosa ya vendida, y se la entrega, el último es el verdadero dueño sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el que de ese modo se burla de lo pactado. (C. de C., art. 369.)

El acto de poner las mercancías á disposicion del comprador produce los mismos efectos, si éste se dá por satisfecho de su cantidad y calidad, y el vendedor se constituye depositario de los efectos que vendió.

En este caso el vendedor tiene la obligacion de custodiarlos y conservarlos bajo las leyes del depósito, si bien los gastos que ocasione su custodia y conservacion, correrán a cargo del comprador desde que adquirió su dominio.

Mientras los géneros vendidos están en poder del vendedor, aunque sea por vía de depósito, tiene éste preferencia sobre ellos á cualquiera otro acreedor del comprador, por el importe de su precio é intereses de la demora en su pago. (Art. 378.)

La obligacion de custodiar los géneros vendidos tiene un término, que variará segun las circunstancias, pasado el cual, podrá el vendedor ponerlos á disposicion de la autoridad judicial, para que provea su depósito por cuenta y riesgo del comprador. (Artículo 365.)

Está tambien obligado el vendedor á responder de los daños que ocurran por su culpa en las cosas vendidas y no entregadas. Si ocurriesen por caso fortuito lo estará en los casos siguientes:

1.° Cuando no las entrega ó pone á disposicion del comprador conforme á las cláusulas del contrato ó á lo prescrito en las leyes:

2.° Cuando la cosa vendida no sea un objeto cierto y determinado con marcas y señales distintivas de su identidad, que eviten su confusion con otras del mismo género. En este caso lo vendido, que no es un individuo determinado, no ha dejado de ser propiedad del vendedor: *res suo domino perit*. Además, segun decian los jurisconsultos romanos, la cosa perece para el deudor de género, á cuya clase pertenece el que vende un objeto indeterminado antes de individualizarlo:

3.° Cuando por pacto espreso del contrato, por uso del comercio segun la naturaleza de la cosa vendida, ó por disposicion de la ley, competa al comprador la facultad de visitarla y examinarla, y darse por contento de ella, antes que se tenga por conclusa é irrevocable la compra:

4.° Si los efectos vendidos se hubieren de entregar por número, peso ó medida, y no se han ejecutado todavía estas operaciones.

Debe ser así, porque unas veces se necesitan estos actos para individualizar las cosas, y otras porque sin ellos no se dá el comprador por contento de lo comprado, y el contrato no se reputa perfecto.

Si la venta se hubiere hecho á condicion de no hacer la entrega hasta un plazo determinado, ó hasta que la cosa estuviera en estado de entregarse, con arreglo á las *estipulaciones de la venta*. (Art. 367.)

Siempre que los efectos vendidos perezcan ó se deterioren á cargo del vendedor, devolverá al comprador la parte del precio, que éste le hubiere anticipado. (Art. 368.)

Responde además de las faltas en la cantidad y de los vicios en la calidad, que tuviesen los géneros entregados en fardos ó bajo cubiertas que impidan reconocerlos, si el comprador reclama en tiempo oportuno y hace las debidas justificaciones.

Responde igualmente de las resultas de los vicios internos de la cosa vendida, que no pudieren percibirse por el reconocimiento que se haga al tiempo de la entrega, durante los seis meses siguientes á aquella, pasados los cuales, queda libre de toda responsabilidad. (Art. 371.)

Estos vicios internos, llamados *redhibitorios*, no se manifiestan sino despues de algun tiempo, y á veces es necesario usar las cosas para conocerlos.

La responsabilidad del vendedor no se limita á los vicios de la cosa principal: se estiende tambien á los de las accesorias. En ambos casos es preciso que los vicios sean de los que se tienen segun las costumbres del país por redhibicatoria; que existan al tiempo del contrato; que no los conozca el comprador, y por último que las partes no hayan relevado al vendedor de la obligacion de responder de ellos.

Por el derecho civil, cuando hay alguno de estos vicios en la cosa vendida, se conceden dos acciones al comprador, la *redhibitoria*, por la cual se pide la rescision del contrato, y la *quanti minoris*, que sirve para reclamar la diferencia entre el precio de la cosa sana y el de la viciada. La primera dura seis meses, contados desde el dia, en que se descubre el

vicio y la segunda otros seis, á contar desde que concluyó el término de la redhibitoria. (Véase el artículo COMPRA-VENTA COMUN.)

El derecho mercantil, ya por la calidad de comerciantes que tienen de ordinario el comprador y vendedor, ya tambien y principalmente por la necesidad de facilitar y asegurar la contratacion en el comercio, ha reducido la responsabilidad del que vende, á seis meses, que no se cuentan desde el descubrimiento del vicio; sino desde la entrega del objeto. Dentro de ese término puede el comprador entablar indistintamente la accion *redhibitoria* ó la *cuanti minoris*, y aun abandonar la empezada á ejercitar, y usar de la otra.

Puede no solo pedir la rescision ó diferencias de precios; sino tambien los daños y perjuicios, que por razon de los vicios de la cosa se le hubieren seguido, aunque el vendedor los ignorase, si era comerciante; porque, considerándose éste como esperto ó perito en el conocimiento de mercaderías, no es admisible la escepcion de ignorancia. Si hubiese obrado de mala fé, y con noticia de los defectos de la cosa vendida, incurrirá además en responsabilidad criminal con arreglo al art. 449 del Cód. penal.

En la venta de animales no tiene lugar la rescision por enfermedades ú otros vicios redhibitorios, si el vendedor los ignoraba al tiempo de celebrarse el contrato, segun la ley 25, tit. 5.°, Partida 5.ª y Sent. del Tribunal Supremo de Justicia, de 7 de diciembre de 1859.

Tampoco se conceden las acciones *redhibitoria* y *quanti minoris*, cuando ocurren desperfectos en la cosa vendida en el tiempo que media, desde la tasacion, á la entrega. (Sent. del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1859.)

Es otra obligacion importante del vendedor defender al comprador, en el caso de que alguno le moviese pleito sobre la propiedad ó derechos trasferidos sobre la cosa vendida y devolverle el precio y obonarle los gastos que haya hecho sino le defendiese ó fuera vencido en el pleito. (Art. 380. Sent. del Tribunal Supremo de Justicia, de 10 de setiembre de 1863.)

Cesa esta obligacion en los casos siguientes:

1.° Cuando el comprador no cita de eviccion al vendedor.

2.° Cuando aquel, sin consentimiento de éste, somete el pleito á la decision de árbitros.

3.° Si el comprador pierde por su culpa la posesion de la cosa.

4.° Si se dá sentencia contra él y no apela, no estando presente el vendedor.

5.° Cuando en virtud del contrato se exime al vendedor de esta obligacion, que siendo natural y no esencial, cesa por la voluntad de los contrayentes.

En la venta de esperanzas y frutos futuros responde el vendedor de la legitimidad del derecho al aprovechamiento del suceso incierto, que es objeto del contrato; y en la de créditos no endosables de la legitimidad del crédito y de la personalidad con que hace la cesion. Cuando hubiese documentos, responde de su autenticidad.

Si en cualquiera especie de ventas, el vendedor supiese que no era propietario de la cosa ó derecho vendidos, y vendiese de mala fé con ánimo de defraudar al comprador, estará obligado á indemnizarle de todos los daños y perjuicios que sufra por la compra. Además con arreglo al art. 455 del Código penal, será castigado con una multa del tanto al triplo del importe del perjuicio, que hubiere irrogado. En la misma pena incurrirá el que dispusiere de una cosa como libre, sabiendo que estaba gravada.

Es otra obligacion del vendedor recibir el precio, que el comprador le entregue con arreglo á las cláusulas del contrato. Si se resistiese indebidamente á recibirlo, podrá el comprador consignarlo con autorizacion judicial, por cuenta y riesgo y á espensas del vendedor.

Tambien es obligacion de éste entregar al comprador una factura de los géneros que le haya vendido y entregado, con el recibo á su pié, del precio, ó de la parte de éste, que hubiere recibido. (Art. 377.) Se entiende por factura una especie de cuenta que contiene

un estado ó lista de las mercancías vendidas con sus precios, naturaleza, cantidad y calidad.

Por último está obligado el vendedor á indemnizar los daños irrogados al comprador en los casos que se espondrán en la última seccion.

Las obligaciones, que hasta ahora hemos examinado, son comunes á los que venden como dueños de las mercaderías, y á los que lo hacen por cuenta agena, si bien en este caso la responsabilidad, las pérdidas y ganancias serán para el comitente. Hay otras especiales de los segundos que espondremos brevemente.

El comisionista, que sin autorizacion espresa de su comitente, concierte una venta á precios y condiciones mas onerosas, que las que rijan corrientemente en la plaza á la época, en que la hizo, queda responsable al comitente del perjuicio, que por esta razon haya recibido, sin que le sirva de escusa que al mismo tiempo hizo ventas por su cuenta propia á iguales condiciones. (Art. 132.)

Si el comitente hubiese fijado el precio, á que se habia de hacer la venta, y el comisionista la concierta á otro inferior, abonará éste á aquel el perjuicio, que se le haya seguido por la diferencia de precio, subsistiendo no obstante el contrato. (Art. 135.)

El comisionista, que, sin autorizacion de su comitente, haga ventas al fiado, toma á su cargo todos los riesgos de la cobranza del precio, cuyo importe entregará al contado, si bien hará suyos los intereses ó beneficios del crédito acordado por él y desaprobado por el comitente. (Art. 134.)

Cuando esté autorizado para vender á plazos, no podrá efectuarlo á personas de insolvencia conocida, ni esponer los intereses de su comitente á un riesgo manifiesto y notorio. (Art. 135.)

Siempre que el comisionista venda á plazos, deberá espresar en las cuentas y avisos, que dé al comitente, los nombres de los compradores; y no haciéndolo, se entiende que las ventas fueron al contado. (Art. 136.)

Aunque por regla general no puede vender á plazos sin autorizacion, esto no se entiende con los de uso general, que suelen darse en algunas plazas de comercio, á menos que no haya recibido órden espresa de su comitente para lo contrario. (Art. 137.)

Cuando el comisionista percibe sobre una venta, además de la comision ordinaria, otra llamada de *garantía*, correrán de su cuenta los riesgos de la cobranza, quedando en la obligacion directa de satisfacer al comitente el producto de la venta á los mismos plazos pactados por el comprador. (Art. 138.)

Las obligaciones, que contraen los factores en las ventas, si las otorgan á nombre de sus comitentes y espresan en los documentos, que firman, que lo hacen con poder de la persona ó sociedad que representan, recaen sobre los principales. Cualquiera repeticion que se intente para el cumplimiento del contrato, se hará efectiva sobre los bienes del establecimiento, y no sobre los que sean propios del factor; á menos que no estén confundidos con aquellos en la misma localidad. (Artículo 177.) Si no hubiese mercaderías ó otros objetos en el establecimiento, se hará la repeticion contra los que tuviereo la persona ó sociedad, por cuya cuenta contrató el factor.

Las ventas hechas por el factor de un establecimiento de comercio ó fabril, que notoriamente pertenece á una persona ó sociedad conocida, se entienden celebradas por cuenta del propietario del establecimiento, aun cuando el factor no lo haya espresado al tiempo de celebrarlas, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, ó si, aun cuando sean de otra naturaleza, resulte que el factor obró con órden de su comitente, ó que éste aprobó su gestion, en términos espresos ó por hechos positivos, que induzcan presuncion legal. (Art. 178.)

Fuera de estos casos, toda venta, hecha por un factor en nombre propio, lo deja obligado directamente hácia la persona con quien la celebrare, sin perjuicio de que, si el contrato se hubiere hecho por cuenta del comitente del factor, y la otra parte contratante lo aprobase, tenga ésta la opcion de dirigir su accion contra el factor, ó contra su principal; pero no contra ambos. (Art. 179.)

§. 2.° *De las Obligaciones del comprador.*

Asi como la primera obligacion del vendedor es la de entregar la cosa vendida, no puede menos de ser la primera del comprador la de pagar el precio estipulado; puesto que la una es la causa de la otra.

La obligacion de pagar el precio nace del contrato en el mismo instante en que queda perfecto; pero no es exigible, hasta que el vendedor pone la cosa vendida á disposicion del comprador, éste se dá por satisfecho de su calidad y cantidad, y han trascurrido diez dias desde que se celebró la venta. No es necesaria esta condicion, si el comprador exige antes la entrega de lo que compró. (Artículos 372 y 374.)

La ley ha querido que los contrayentes cumplan sus respectivas obligaciones, si bien quedando garantidos los intereses de cada uno. Por eso no ha hecho exigible la obligacion de pagar el precio, hasta que la cosa vendida está á disposicion del comprador, si éste se dá por satisfecho de la calidad y cantidad del objeto vendido; de lo contrario, era posible que, á pesar de cumplir el comprador por su parte, no cumpliese el vendedor por la suya. El plazo de diez dias facilita las contrataciones, porque sin él no siempre el comprador tendria fondos disponibles; sin embargo, si exige la entrega de las mercaderías, la seguridad del vendedor y la igualdad que debe haber entre los contrayentes, hacen justo y útil que el pago del precio y la entrega de la cosa vendida se verifiquen simultáneamente.

El plazo de diez dias se empieza á contar desde el otorgamiento de la venta, y no como algunos han supuesto, desde que la cosa vendida está á disposicion del vendedor; porque, aunque el Código no dice espresamente lo primero, habla del término concedido al comprador, á continuacion del que concede al vendedor para tener disponibles las mercaderías, y ordena que éste se cuente desde el contrato.

En las ventas á plazo, si este no se establece en favor del vendedor, está autorizado el comprador para anticipar los pagos, porque el aplazamiento no debe considerarse para él como una obligacion, sino como un derecho renunciable.

Las partes están autorizadas para estipular el plazo que tengan por conveniente. En el caso de hacerlo así, el comprador no puede ser compelido al pago del precio, hasta que trascurra el término señalado. Para aplazar el pago del precio en las ventas al contado y señalar nuevos plazos en las á término, se necesita el consentimiento del comprador, porque le conviene muchas veces pagar en el dia convenido y no despues.

El pago del precio debe hacerse, si no se ha estipulado otra cosa, en moneda nacional ó estranjera, cuya circulacion esté autorizada en el país. Las monedas de bronce y las de plata de 2 pesetas ó menos, no se entregarán por las cajas públicas ni tendrán curso forzoso entre particulares, en cantidad que esceda de 50 pesetas en las de plata y de 5 en las de bronce. Tampoco se obligará al vendedor á que reciba en pago billetes de banco, acciones de sociedades, ni documentos de crédito público ó privado.

Las cantidades que con el nombre de señal ó arras, se suelen entregar en las ventas mercantiles, se entienden siempre como pago á cuenta de precio, en sigoo de ratificacion del contrato, y no de condicion suspensiva para que los contrayentes puedan retractarse de él, perdiendo las arras. Cuando el comprador y vendedor convengan en que mediante la pérdida de éstas, les sea lícito dejar de cumplir lo contratado, lo espresarán así por condicion especial del contrato. (Artículo 379.)

El comprador que demora el pago del precio, desde que deba éste verificarse, segun los términos del contrato, está obligado á pagar el rédito legal de la cantidad que adeude al vendedor. (Art. 375.) La demora, que produce esta obligacion, empieza desde que es exequible la de pagar el precio.

Es tambien obligacion del comprador recibir las cosas vendidas y hacerse cargo de ellas en el plazo convenido. Cuando no se hubiese señalado, se atenderá á la costum

bre y á lo que exijan las circunstancias en cada caso. No habiendo motivo que lo escuse, parece lo mas conforme á la ley que, teniendo el comprador diez dias para pagar los géneros, los reciba dentro del mismo plazo.

Esta obligacion está limitada por el derecho que el comprador tiene á asegurarse de que la cantidad, calidad y demás condiciones del objeto vendido, son iguales á las que se estipularon al hacerse la compra. Por consiguiente, antes de darse por contento de las cosas compradas y tenerlas por suyas, puede contarlas, medirlas, pesarlas, ensayarlas, gustarlas y examinarlas, de la manera mas conforme á su naturaleza y por todo el tiempo que sea necesario, para adquirir el convencimiento de que lo recibido es lo mismo que compró.

Cuando la venta se hubiere hecho sobre muestras, ó determinando una calidad conocida en los usos del comercio, no puede el comprador rehusar el recibo de los géneros contratados, siempre que sean conformes á las mismas muestras ó á la calidad prefijada en el contrato. En caso de resistirse á recibirlos por falta de esta conformidad, se reconocerán los géneros por peritos, quienes, atendidos los términos del contrato, y confrontando aquellos con las muestras si se hubieren tenido á la vista para su celebracion, calificarán si los géneros son ó no de recibo. En el primer caso se declarará consumada la venta, quedando desde luego los géneros por cuenta del comprador; y en el segundo se rescindirá el contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones á que tenga derecho el comprador, por los pactos especiales que hubiere hecho con el vendedor, ó por disposicion de la ley. (Art. 362.)

Si, como sucede algunas veces, la venta se hace sobre muestras, determinándose al mismo tiempo una calidad conocida en los usos del comercio, y al recibirse el género se encuentra que es conforme á aquellas, pero no de la calidad prefijada, la buena fé que debe haber en el comercio, exige que, cuando la diferente calidad produce gran diferencia en los precios, no se aproveche el vendedor de la imprudencia ó ignorancia del comprador. Verdad es que, siendo este comerciante y por tanto perito, y habiendo tenido á la vista las muestras, no puede escepcionar su ignorancia porque es esperto; mas tambien lo es que la ley no debe amparar la mala fé, que se revela bien á las claras en el acto del vendedor, que siempre, como todo hombre, responde del dolo.

El comprador tiene obligacion de encargarse de los géneros en el pueblo, donde se encuentreo, conducirlos al de su destino y satisfacer los gastos de su recibo y trasporte, y los que por su conservacion y custodia hubiese hecho el vendedor desde que se constituyó legalmente su depositario. Pagará ademas desde la misma fecha las contribuciones que correspondan á las cosas vendidas.

Despues de recibidos los géneros por el comprador, no será oido sobre vicio ó defecto en su calidad, ni sobre falta en la cantidad, siempre que al tiempo de recibirlos los hubiese examinado á su contento, y se le hubiesen entregado por número, peso ó medida; pero cuando los géneros se entregaren en fardos, ó bajo cubiertas, que impidan visitarlos y reconocerlos, podrá el comprador, en los ocho dias siguientes á su entrega, reclamar cualquiera perjuicio que haya sufrido, tanto por falta en la cantidad, como por vicio en la calidad, acreditando en el primer caso, que los cabos están intactos, y en el segundo que las averías ó defectos que reclamare, son de tal especie, que no han podido ocurrir en su almacen por caso fortuito, ni causarse fraudulentamente á los géneros sin que se conociera.

El vendedor puede exigir siempre en el acto de la entrega, que se haga el reconocimiento íntegro en calidad y cantidad de los géneros que el comprador reciba, y en este caso no habrá lugar á dicha reclamacion despues de entregados. (Art. 370.)

Si el comprador rehusa, sin justa causa, el recibo de los efectos que compró, tiene el vendedor la facultad de pedir la rescision de la venta, ó de exigirle el precio, poniendo los efectos á disposicion de la autoridad judicial, para que provea su depósito por cuenta y riesgo del comprador. El mismo depósito po-

drá solicitarse siempre que haya demora por parte del comprador en entregarse de los géneros contratados; y los gastos de la traslacion al depósito y su conservacion en él serán del mismo. (Art. 365.)

En estos casos el vendedor no tiene derecho para abandonar las cosas vendidas ó arrojarlas de su casa, aunque le estorben y le sean enojosos los cuidados de la conservacion y custodia: es depositario de ellas segun la ley, y no puede dejar de cumplir las obligaciones que le corresponden en este concepto, sino en virtud de decreto judicial. Si por no haber reclamado oportunamente sufre algun perjuicio, cúlpese á sí mismo; pero no adopte disposiciones que son de la competencia del poder público.

El comprador está tambien obligado á responder de los daños y menoscabos que sobrevinieren en las cosas vendidas despues de haberse concluido irrevocablemente la venta en forma legal, y de tenerlas á su disposicion el vendedor á menos que hayan ocurrido por fraude ó negligencia de éste. (Artículo 366.)

Debe ser así, porque aunque no se haya hecho la entrega de las mercaderías, el vendedor ha dejado de ser dueño del objeto que vendió, y como depositario y deudor de especie no tiene obligacion de responder de sus riesgos y deterioros.

Si estos ocurriesen, mientras las mercaderías están en viage, correrán ó no por cuenta del comprador, segun las cláusulas del contrato, como hemos dicho al tratar de las obligaciones del vendedor; pero aun cuando corran por cuenta de éste, estará obligado aquel á reclamar del porteador la indemnizacion de las averías, de que debe responder con arreglo al artículo 212 del Código de Comercio.

En el caso de que se susciten dudas y contestaciones entre el comprador y el porteador, sobre el estado en que se hallen las mercaderías al tiempo de hacerse la entrega, se reconocerán por peritos nombrados amigablemente por las partes, ó, en su defecto, por la autoridad judicial, haciéndose constar por escrito las resultas; y si en su vista no quedaren conformes los interesados en sus diferencias, se procederá al depósito de las mercaderías en almacen seguro, y aquellos usarán de su derecho como corresponda. (Artículo 218.)

Dentro de las 24 horas siguientes al recibo de las mercaderías, tendrá lugar la reclamacion del comprador contra el porteador por daño ó avería, que se encontrare en ellas al abrir los bultos, con tal que no se reconocieran en la parte esterior de éstos las señales del daño ó avería que se reclame. (Artículo 219.)

Por último, es obligacion del comprador citar de eviccion al vendedor antes de la publicacion de probanzas, cuando se le hubiese movido pleito sobre la pertenencia de los derechos que se le hayan trasferido por la venta.

Del mismo modo que los comisionistas tienen obligaciones especiales al vender, las tienen al comprar por cuenta agena.

Si se esceden del precio fijado por el comitente, queda á arbitrio de éste aceptar el contrato, tal como se hizo, ó dejarlo por cuenta del comisionista, á menos que éste no se conforme en percibir solamente el precio, que le estaba designado; en cuyo caso no podrá el comitente desechar la compra que se hizo de su órden. Si el esceso del comisionista estuviere en que la cosa no fuese de la calidad que se le habia encomendado, no tiene obligacion el comitente de hacerse cargo de ella. (Art. 135.)

El comisionista, que recibe fondos para hacer compras, está obligado á emplearlos en ellas: si los distragese, empleándolos en un negocio propio, abonará al comitente el interés legal del dinero, desde el dia en que entraron en su poder dichos fondos, y todos los perjuicios, que le resulten, por haber dejado de cumplir su encargo. (Artículo 141.)

Tampoco puede alterar las marcas de los géneros comprados, á menos que por el comitente se le den órdenes en contrario. (Artículo 152.)

Las obligaciones de los factores, que compran á nombre de sus principales, ó propio,

son semejantes á los que tienen en las ventas.

Respecto de los mancebos, debemos advertir que, cuando están encargados de la recepcion de las mercaderías compradas por su principal, y las reciben sin repugnancia, ni reparo en su calidad y cantidad, se tiene por bien hecha la entrega, y no se admiten mas reclamaciones que las que podrian tener lugar, si se hubiese hecho la recepcion por el gefe del establecimiento en persona. (Artículo 194.)

§. 3.° *De los derechos del comprador y del vendedor.*

Sabidas en la compra-venta las obligaciones de los contrayentes, se conocen de un modo lógico y necesario sus derechos.

Lo que uno debe, otro puede exigirlo, porque la obligacion del vendedor es derecho del comprador, y la obligacion de éste derecho de aquel.

Sin embargo, con el fin de dar mas claridad al asunto, y para que los derechos de ambos contratantes puedan estudiarse directa, sencilla y brevemente, los espondremos á continuacion en fórmulas concisas y diversificadas.

Los derechos del comprador son:

Reclamar la cosa vendida, y compeler al vendedor á la entrega en el lugar y tiempo estipulados, y en defecto de convenio sobre este punto, en los que quedan indicados en el §. 1.° de esta seccion.

Rescindir el contrato cuando la entrega no se verifica en el plazo señalado, ó exigir reparacion de los perjuicios que se sigan por la tardanza, aun cuando esta proceda de accidentes imprevistos.

Rehusar el recibo del objeto, que le entregue el vendedor, cuando no fuese la misma cosa vendida, si estaba determinada individualmente en el momento del contrato, ó no consistiese en unidades de un todo determinado, si se compraron partes de este, aun que sin determinarlas.

Rehusar la entrega de las mercancías vendidas genéricamente, cuando no sean del género y calidad pactados, ó pedir la indemnizacion correspondiente, si se conforma en recibirlas.

Pedir que se le entreguen artículos de regular calidad, cuando la compra se hizo genéricamente, son diversas las calidades de las especies, y no se determinó la de las mercancías vendidas.

Reclamar del vendedor, cuando éste ha adulterado ó vendido y entregado á un tercero la cosa vendida, otra equivalente en especie, cantidad y calidad, ó en su defecto todo el valor que tuviera á juicio de árbitros con relacion al uso á que se proponia destinarla el comprador.

Rehusar el recibo de los géneros vendidos, cuando se pretenda dar solo una parte de ellos, aunque se prometa entregar posteriormente el resto.

Contarlos, pesarlos ó medirlos antes de darse por contento de su cantidad.

Gustarlos ó ensayarlos, cuando sea necesario, y examinarlas suficientemente para asegurarse de que tienen las condiciones estipuladas.

Deberá hacer uso de este derecho dentro del término en que esté obligado á hacerse cargo de de ellos.

Rescindir la compra de géneros que no vió á la vista al celebrarse el contrato, ó que no pueden clasificarse por una calidad determinada y conocida en el comercio, cuando despues de examinados no le convinieren. La misma facultad tendrá, si por condicion espresa se hubiere reservado ensayar el género contratado.

Rehusar el recibo de las mercancías que le entrega el vendedor, cuando habiéndose hecho la venta sobre muestras ó determinando una calidad conocida en los usos del comercio, no fuesen aquellas conformes á estas ó á la calidad prefijada en el contratrato; y rescindir éste en el caso de declararse que no hay conformidad, sin perjuicio de las indemnizaciones á que tenga derecho el comprador por los pactos especiales que hubiere hecho con el vendedor ó por disposicion de la ley. (Art. 362.)

Exigir que el vendedor cumpla las leyes del depósito desde que se constituye depositario de las cosas vendidas, hasta que se verifique la entrega.

Reclamar el precio ó parte de él, que hubiese anticipado, cuando se pierdan las mercaderías por cuenta del vendedor, y las creces ó aumentos que tuvieron, en los casos en que corran por la suya los riesgos y deterioros.

Pedir dentro de los ocho dias siguientes á la entrega de los géneros vendidos, indemnizacion de los perjuicios que sufra por falta en la cantidad ó vicio en la calidad, cuando aquellos le hayan sido entregados en fardos ó bajo cubiertas que impidan reconocerlos, y el daño no haya ocurrido en sus almacenes.

Rescindir el contrato por la accion *redhibitoria* ó usar de la *quanti minoris* en los casos en que proceden estas acciones.

Exigir que el vendedor, si es comerciante, si obró de mala fé, le abone los daños que haya sufrido por los vicios redhibitorios de las mercancías compradas.

Compeler al vendedor, obligado á la eviccion y saneamiento, al cumplimiento de esta obligacion, y en el caso de que sucumba, á la devolucion del precio y abono de gastos hechos, y si obró de mala fé en la venta, á la indemnizacion de daños y perjuicios. (Artículo 381.)

Consignar el precio por cuenta y riesgo del vendedor, cuando éste se resista indebidamente á recibirlo.

Exigir del vendedor una factura de los géneros vendidos con el recibo del precio al pié.

Los derechos que corresponden al vendedor son los siguientes:

Exigir el precio convenido en el tiempo y lugar estipulados, y á falta de estipulacion sobre ellos, en los que se indicaron al tratar de las obligaciones del comprador.

Rehusar el pago anticipado del precio, cuando el plazo se señaló en beneficio suyo.

Rehusar el pago, hecho en monedas, cuya circulacion no esté autorizada en el país, billetes de banco ú otros documentos de crédito.

Cobrar el rédito legal del precio, cuando hubiese demora en el pago.

Tener preferencia sobre los bienes, vendidos á cualquiera otro acreedor del comprador, en la cobranza del precio y de los intereses de la demora en el pago, mientras aquellos estén en su poder, aunque sea por vía de depósito. Si la venta fuese al contado, conserva la preferencia, aun despues de la entrega, mientras se conserven en el estado en que esta se hizo ó embalados, y no confundidos con otros.

Reclamar los gastos que le ocasione el depósito desde que puso los géneros á disposicion del comprador.

Rescindir el contrato, si el comprador rehusa sin justa causa el recibo de los géneros vendidos, ó exigirle el precio poniendo los efectos á disposicion de la autoridad judicial para que provea su depósito por cuenta y riesgo de aquel.

Solicitar el mismo depósito, siempre que haya, por parte del comprador, demora en entregarse de los géneros contratados.

Exigir en el acto de la entrega, que se haga el reconocimiento de los efectos entregados, para evitar las reclamaciones que, por falta de cantidad ó vicio en la calidad, puede hacer el comprador cuando los recibe en fardos ó bajo cubiertas.

Eximirse de la obligacion á la eviccion y saneamiento, cuando el comprador no le cita oportunamente, ó deja de cumplir alguno de los deberes que la ley le impone para poder conservar su derecho.

Esto, por principio general: además, por parte de vendedor y comprador, lo que procede de estipulacion especial, ó pacto lícito.

SECCION VI.

DEL CUMPLIMIENTO Y EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES, NACIDAS DE LA COMPRA-VENTA MERCANTIL.

Perfecta la compra-venta mercantil por el consentimiento, espresado unas veces de palabra, otras en escritura pública ó privada, y otras por medio de correspondencia ó con in-

tervencion de corredor ó agente de cambio, es de cumplimiento obligatorio para los contrayentes. Ninguno de ellos, contra la voluntad del otro, puede dejar de ejecutar la parte que le corresponde, y ambos están obligados á *consumar* el contrato. Se dice que está *consumado*, cuando se hallan cumplidas las obligaciones que nacen de él, y se ha obtenido el fin de su celebracion. Consumado por una de las partes, debe consumarse por la otra; pero hay casos en que es imposible, y otros en que la que cumplió sus obligaciones, opta por rescindirlo.

No es comun negar la existencia de la compra-venta para rehusar su cumplimiento; si se niega, al actor, sea el cumprador ó el vendedor, incumbe la prueba, que se hará por alguno de los medios siguientes:

1.° Por escritura pública.

2.° Por certificacion ó notas firmadas de los corredores que intervinieran en el contrato, siempre que estén conformes con los asientos hechos en sus libros. (Sent. del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1866.)

3.° Por escritura privada.

4.° Por las facturas y minutas de la negociacion, aceptadas por la parte contra quien se producen.

5.° Por la correspondencia epistolar.

6.° Por los libros de comercio, que estén arreglados á derecho. Estos solo sirven de prueba entre los comerciantes: los que no lo sean, podrán alegar sus asientos contra éstos, si aceptan los que les desfavorecen.

7.° Por la prueba testimonial.

Las presunciones son tambien admisibles, calificándose, segun las reglas del derecho comun, el grado de prueba que les corresponda. (Art. 262.)

Además de estos medios de probar las obligaciones mercantiles, que establece el Código, la ley de Enjuiciamiento admite, en los asuntos de comercio, la confesion judicial, la extrajudicial con ciertas condiciones, el juramento decisorio, el juicio de espertos, el reconocimiento judicial y la inspeccion ocular.

Probada, ó no puesta en duda, la existencia de la compra-venta, debe cumplirse el contrato de buena fé, en los términos en que se hubiese otorgado, sin tergiversar el sentido de las palabras ni admitir oposiciones, fundadas en defectos accidentales de estas, que no alteran la sustancia de la convencion. (Artículos 247 y 248.)

Cuando las cláusulas del contrato no fuesen suficientemente claras, y las partes no convienen en la manera de entenderlas, se interpretarán por otras, en cuya inteligencia hubiese acuerdo, por los hechos subsiguientes de los interesados, por el uso comun y por el juicio de personas prácticas. Si se hubiesen omitido en la redaccion del contrato las cláusulas necesarias para llevarlo á efecto, se presume que las partes quisieron sugetarse á lo que en casos de igual especie se practicase en el punto donde haya de ejecutarse el contrato. (Arts. 249 y 250.)

Cuando las partes presentasen, para apoyar sus pretensiones, ejemplares de una misma contrata, entre los que haya divergencia, se esplicará la duda por lo que resulte de los asientos, hechos en los libros de corredor, si hubiese intervenido éste, y se encontrasen aquellos arreglados á derecho. En el caso en que la duda no pueda resolverse por ninguno de los modos indicados, se decidirá en favor del contrayente de quien se reclama el cumplimiento de la obligacion dudosa. (Artículos 251 y 252.)

No habiendo discordancia en el modo de entender y cumplir el contrato de compra-venta, el comprador y vendedor podrán ser compelidos á su cumplimiento, y sufrirán las consecuencias de la responsabilidad que contraen, negándose á cumplir su compromiso.

Solo cesará la necesidad legal de cumplir los contrayentes sus obligaciones respectivas, cuando estas se estingan ó modifiquen por cualquiera de los modos de estinguirlas ó modificarlas, que reconoce el derecho.

El mútuo disenso es tan libre y legítimo como el mútuo consentimiento, y así como las partes se ligaron por éste, pueden desligarse de la misma manera y deshacer una compra perfecta, despues de celebrada.

A veces, en el mismo momento de otorgar-

la y perfeccionarla ó despues, convienen en dar á uno de los contrayentes, ó ámbos, el derecho de deshacerla, y entonces, aunque uno solo disienta, puede decirse que hay mútuo disenso en virtud de las cláusulas del contrato.

Esta facultad que las partes se conceden de deshacer lo hecho, se confiere con cláusula penal y sin ella.

La pena tiene que ser precisamente pecuniaria, y su solucion libra de la obligacion de cumplir el contrato, si bien para que surta este efecto, es necesario que se estipule espresamente. Por eso las arras, si no se dice otra cosa, se consideran solo, en las compras mercantiles, como un adelanto del precio.

Pactado en una venta á plazos el derecho alternativo en favor del vendedor de pedir la rescision ó el cumplimiento del contrato, se entiende otorgado en cada uno de los plazos. (Sent. del Tribunal Supremo, de 18 de setiembre de 1860.)

El mútuo disenso es un modo de estinguirse las obligaciones, cuando no se han cumplido; porque si estando ejecutado el contrato, se vuelven las cosas por el consentimiento de las partes á su estado antiguo, se celebra una nueva compra-venta, y no se rescinde la celebrada.

La voluntad conforme de los contrayentes se limita muchas veces á rescindir parcialmente la compra-venta, estinguiendo unas obligaciones, y adicionando, sustituyendo ó modificando otras. En este caso se celebra un contrato nuevo, que con razon se ha llamado *novacion*, y que no solo puede alterar el antiguo en sus condiciones accidentales; sino tambien en las esenciales, haciéndole perder su naturaleza y nombre.

Si los contrayentes, ó uno de ellos, perseveran en la voluntad de quedar obligados por el contrato, es preciso cumplirlo, y su cumplimiento estingue las obligaciones que de él nacen. La *solucion* ó *paga* del precio termina la obligacion del comprador, así como la *entrega* de la cosa concluye la del vendedor.

La *compensacion* es una especie de solucion, y puede, no solo estinguir la obligacion del comprador; sino tambien la del vendedor, porque éste puede ser, como aquel, deudor de una cosa fungible, indeterminada individualmente, y compensable con otra de la misma especie y calidad.

La *remision*, que es otro de los modos de estinguirse la obligacion, suple la falta de cumplimiento del contrato por parte del deudor, y produce los efectos de la solucion ó paga. En la compra-venta el vendedor puede perdonar el precio al comprador, y éste dispensar á aquel de la obligacion de entregar la cosa. Para que haya remision, se necesita que el remitente haya cumplido por su parte el contrato ó esté dispuesto á cumplirlo; porque si no, habria una rescision por mútuo disenso.

La *prescripcion* termina tambien las obligaciones: el trascurso de cierto tiempo, sin reclamar su cumplimiento, estingue la accion que habia para exigirlo. Cuando el vendedor, en un largo período de años, no pide el pago del precio, ó el comprador la entrega de la cosa, se entiende ó supone, de ordinario, que ha habido una *remision* tácita ó *novacion*.

Los modos de estinguirse las obligaciones antes espuestos, pueden por consiguiente reducirse á dos: mútuo disenso, y solucion; ó cumplimiento verdadero ó supuesto del contrato.

Pero se estinguen tambien sin cumplirlas y sin disentimiento mútuo.

Es motivo legítimo de rescision del contrato la falta de su cumplimiento, unas veces porque esta se hace imposible, y otras porque la resistencia indebida de uno de los contrayentes á ejecutarlo dá derecho al otro para apartarse de la obligacion contraida.

Es imposible el cumplimiento del contrato, cuando hay *consolidacion* ó perece la cosa comprada.

La *consolidacion* ó *confusion* consiste en la reunion de los conceptos de vendedor y comprador en una misma persona. En este caso es imposible el mantenimiento de las obligaciones que proceden del contrato, porque la existencia de éstas y de los derechos

correlativos supone necesariamente dos personalidades distintas.

Pereciendo ó estinguiéndose la cosa comprada, se hace tambien imposible el cumplimiento del contrato; mas para que éste se rescinda sin responsabilidad del vendedor, es preciso que el hecho se verifique sin culpa suya. Tambien se rescindirá, si la cosa se deteriora por accidentes imprevistos, aunque no perezca. (Art. 363.)

La rescision anterior es *necesaria*, y la que se verifica por mútuo disenso *voluntaria*. Pertenece tambien á esta clase la que tiene lugar por voluntad de una de las partes, á quien la ley confiere ese derecho por la resistencia de la otra á cumplir lo pactado.

No es, sin embargo, cualquiera resistencia motivo bastante para que nazca el derecho de rescindir la compra-venta mercantil.

Puede verificarse la rescision por voluntad del comprador en los casos siguientes:

Cuando el vendedor no entregare los efectos vendidos al plazo convenido, aunque la tardanza proceda de accidentes imprevistos. (Art. 363.) Algunos han creido que hay contradiccion entre este artículo del Código de comercio, y el 365 que libra de responsabilidad al vendedor, si la cosa vendida perece por su culpa; mas indudablemente no existe, porque éste habla de la tardanza en la entrega, y aquel de su imposibilidad por haber perecido la cosa. Lo que sí creemos, es que hay poca justicia en hacer responsable al vendedor de la demora en la entrega, cuando ha sido producida por causas enteramente independientes de su voluntad. (Art. 365.)

Si los géneros no se tuvieran á la vista, al verificarse el contrato, ó son de aquellos que no pueden clasificarse por una calidad conocida y determinada en el comercio, y despues de examinados no convienen al comprador:

Cuando éste se hubiere reservado, por condicion espresa, el derecho de ensayar los géneros que compra:

En el caso de que las mercancías no fuesen conformes á las muestras sobre que se hizo la venta, ó á la calidad prefijada en el contrato:

Si la cosa vendida tiene vicios redhibitorios.

En el primer caso tiene tambien el comprador el derecho de exigir reparacion de los perjuicios, que haya sufrido por la tardanza; pero no podrá ejercerlo simultáneamente con el de rescision, debiendo optar por uno ú otro. En el cuarto la rescision se verifica sin perjuicio de las indemnizaciones, á que tenga derecho el comprador por pacto ó ley; y en el quinto puede usar la accion *quanti minoris* ó la rescisoria, y abandonar una para entablar otra.

El vendedor únicamente está facultado para pedir la rescision, cuando el comprador rehusa sin justa causa el recibo de los géneros vendidos. Si prefiere el cumplimiento del contrato, tiene derecho para exigir el precio, poniéndolos á disposicion de la autoridad judicial.

Tambien se rescinden á instancia de los acreedores las ventas, en que se pruebe que ha habido simulacion ó suposicion en fraude suyo, celebradas en los cuatro años precedentes á la quiebra del vendedor.

No siempre, como hemos visto, la falta voluntaria de cumplimiento del contrato produce su rescision. Sin embargo, la ley no ha querido que ciertas obligaciones dejen de cumplirse impunemente, y ha castigado á sus infractores, unas veces obligándolos á indemnizar al contrayente perjudicado, y otras con la pérdida de ciertos derechos.

El vendedor está obligado á la indemnizacion de daños y perjuicios en los casos numerados al tratar de la rescision, y además en los siguientes:

Cuando hayan ocurrido por su fraude y negligencia en las mercaderías vendidas, desde que las puso á disposicion del comprador hasta que se verifica la entrega:

Si debiendo remitirlas á éste, no lo hizo oportunamente y con las debidas precauciones:

Si recibiendo el comprador los géneros en fardos ó bajo cubiertas, que impidan reconocerlos, hubiese faltas en la cantidad ó vicios en la calidad, y se hiciese la reclamacion del perjuicio en el término de ocho dias:

Cuando el vendedor obra de mala fé y enajena lo que no le pertenece. Si hubiese vendido en la creencia de ser propietario de lo que vende, y es vencido en el pleito que suscita el verdadero dueño, solo tendrá que devolver el precio y los gastos que haya hecho el comprador. No puede decirse que esta venta se rescinde, sino que es nula.

En el caso de que el vendedor, citado oportunamente de eviccion, no se presente á defender la legitimidad del derecho trasferido al comprador.

Tambien este se halla obligado á indemnizar al vendedor, cuando demora el pago del precio; pero la ley, en vez de estimar los daños por juicio de expertos, los aprecia de un modo igual siempre, y condena al que compra y no paga, á abonar el interés legal de lo que adeuda, desde que el precio debió pagarse. Por regla general, los efectos de la morosidad en cumplimiento de las obligaciones mercantiles, no comienzan sino desde que el acreedor interpela judicialmente al deudor, ó le intima la protesta de daños y perjuicios hecha contra él ante un juez, escribano ú otro oficial público, autorizado para recibirla (Art. 261); mas en la compra-venta mercantil no se exige requerimiento alguno para que la demora en el pago del precio produzca la obligacion de pagar el interés legal.

Finalmente, debemos observar que en la compra-venta mercantil hay obligaciones que deben cumplirse para el ejercicio de ciertos derechos, y cuya infraccion produce la pérdida de estos. Tales son:

La que tiene el comprador de reclamar, dentro de los plazos que señala la ley, las faltas ó vicios de los géneros vendidos, y de acreditar, cuando los recibe en fardos ó bajo cubiertas, que los daños ó averías no han ocurrido en su almacen, para no perder el derecho á la indemnizacion:

La que tiene el mismo, de citar de eviccion al vendedor antes de la publicacion de probanzas, para conservar el derecho de que este le defienda, si le mueven pleito, ó en caso de sucumbir, le devuelva el precio y abone los gastos hechos. El Código de Comercio guarda silencio sobre el tiempo en que se ha de hacer esta citacion; pero debiendo suplirse los vacíos de la legislacion mercantil con lo que prescribe el derecho civil, creemos, en conformidad con él y la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (sent. de 12 de noviembre de 1863), que el comprador debe citar al vendedor antes que se publiquen las pruebas, si bien convendria que lo hiciese al ser citado y emplazado para comparecer en juicio. Tampoco está resuelta en la ley mercantil la cuestion de si, en el caso de no presentarse el vendedor á litigar, se hallará el comprador obligado á seguir el pleito hasta su terminacion para conservar el derecho al saneamiento. Nosotros opinamos que habiéndose resuelto afirmativamente por el Tribunal Supremo (sent. de 10 de junio de 1866), en los negocios civiles, debe resolverse de la misma manera, cuando se suscite en la compra-venta comercial.

COMPRA-VENTA (EN ULTRAMAR). Sabido es que la Recopilacion de Indias no tiene título especial de contratos, ni en consecuencia de compra-venta, cuando ésta habia de entrar por tanto en aquellos dominios. Y es que la Recopilacion era mas especial que comun, y por ello se ordenó en la misma que en defecto de leyes especiales de Indias, se aplicaran las de Castilla. (Ley 1, tít. 1, lib. 2, Recop. de Indias.)

Hablan, sí, aquellas de algun caso particular de venta, como el de tierras de realengo. (Tít. 12, lib. 4 de la citada Recop.) Eran estas las que quedaban libres á la Corona, despues de repartir tierras á los indios y dar á los nuevos pobladores; no sin el encargo reiterado del Soberano de que de ningun modo quedasen los indios sin las correspondientes.

Hablan tambien de las ventas de tierras que podian hacer los pobladores, despues de haber cultivado por cuatro años las que se les repartieron, lo cual ya era venta comun, y que habia de regirse por las leyes de Castilla.

En razon de todo, era notable, así como fundamental, la ley 1.ª del mencionado título, aplicable aun en aquellos dominios, en

que todavia hay tierras realengas por repartir. «Porque nuestro vasallos, dice, se alienten al descubrimiento y poblacion de las Indias, y puedan vivir con la comodidad y conveniencia que deseamos, es nuestra voluntad, que se puedan repartir y repartan casas, solares, tierras, *caballerias* y *peonias*, á todos los que fueren á poblar tierras nuevas, en los pueblos y lugares, que por el gobernador de la nueva poblacion les fueren señaladas, haciendo distincion entre escuderos y peones, y los que fueren de menos grado y merecimiento, y los aumenten y mejoren, atenta la calidad de sus servicios, para que cuiden de la labranza y crianza; y habiendo hecho en ellas su morada y labor, y residido en aquellos pueblos cuatro años, les concedemos facultad para que de allí adelante *las puedan vender*, y hacer de ellas, á su voluntad libremente, como cosa suya propia: y asimismo, conforme su calidad, el gobernador, ó quien tuviere nuestra facultad, les encomiende los indios en el repartimiento que hiciere, para que gocen de sus aprovechamientos y demoras, en conformidad de las tasas y de lo que está ordenado.

»Y porque podia suceder, que al repartir las tierras hubiese duda en las medidas, declaramos que una *peonia* es lugar de *cincuenta piés de ancho y ciento en largo*, cien fanegas de tierra de labor, de trigo ó cebada, diez de maíz, dos huebras de tierra para huerta, y ocho para plantas de otros árboles de secadal, tierras de pasto para diez puercas de vientre, veinte vacas y cinco yeguas, cien ovejas y veinte cabras. Una *caballeria*, es solar *de cien piés de ancho y doscientos de largo*; y de todo lo demás, *como cinco peonias, que serán, quinientas fanegas de labor para pan de trigo*, ó cebada, cincuenta de maíz, diez huebras de tierra para huertas, cuarenta para plantas de otros árboles de secadal, tierra de pasto para cincuenta puercas de vientre, cien vacas, veinte yeguas, quinientas ovejas y cien cabras. Y ordenamos, que se haga el repartimiento de forma que todos participen de lo bueno y mediano, y de lo que no fuera tal, en la parte que á cada uno se le debiere señalar.»

Todavía disponia la ley 4, que «si en lo descubierto de las Indias hubiese algunos sitios y comarcas tan buenas, que convenga fundar poblaciones, y algunas personas que se aplicaren á hacer asiento y vecindad en ellas; para que con mas utilidad y voluntad lo puedan hacer, los vireyes y presidentes les den en nuestro nombre tierras, solares y aguas, conforme á la disposicion de la tierra, con que no sea en perjuicio de tercero, y sea por el tiempo que fuere nuestra voluntad.»

El resto del título esplana el modo, casos y circunstancias en el repartimiento de tierras, siendo notable el constante encargo de que siempre sea sin perjuicio de los indios.

Por la ley 10 se disponia que los que obtuvieren repartimiento de tierras, no las puedan vender á iglesia, monasterio, ni á otra persona eclesiástica, pena de que las pierdan.

Las tierras realengas no se podian vender sin citacion y audiencia del fiscal, y además en almoneda pública. (Ley 16, id., id.)

Primitivamente, para vender tierras realengas y hacer composicion de ellas, era necesario en cada caso la autorizacion del Rey. Y siendo este recurso embarazoso y costoso, por cédula de 15 de octubre de 1745, se ordenó que, desde aquella fecha, quedaba privativamente á cargo de los vireyes y presidentes de las Reales Audiencias de aquellos dominios la facultad de nombrar ministros subdelegados que practiquen la venta y composicion de tierras, si bien dándose conocimiento de los nombramientos en la secretaría del despacho de Indias.

Como al vender las tierras realengas, ya la Hacienda pública, ya los poseedores de tierras repartidas, ó de otro modo obtenidas, eran frecuentes y por demás embarazosas las cuestiones sobre legitimidad de la adquisicion, con plausible é indisputable equidad se vinieron dictando multiplicadas resoluciones, y tambien para facilitar las *composiciones*, como la Ordenanza de Intendentes, Reales resoluciones de 16 de julio de 1819, Real órden de 1.° de marzo de 1854, y otras. Véase sobre ello á Zamora, *Legislacion ultrama-*

rina, artículo TIERRAS REALENGAS. Y como vendidas estas por los poseedores, la venta era y es de derecho comun, véase el artículo COMPRA-VENTA *por derecho comun*).

En cuanto á la compra-venta mercantil, rige en aquellos dominios el Código de Comercio, en virtud de las Reales cédulas siguientes:

Isla de Cuba. «... he venido en resolver que se ponga inmediatamente en observancia en dicha isla de Cuba el Código de Comercio y ley de Enjuiciamiento espresados, procediéndose desde luego á la instalacion del tribunal, con los nuevos jueces, que por esta vez nombrará el Capitan General sobre las propuestas que le dirija el Intendente: que se entiendan reales de plata del pais las cantidades que se fijan en reales de vellon, en los arts. 1210, 1212 y 1217 del Código, así como en el 427 de la ley de Enjuiciamiento: que se erija en la Habana un tribunal de apelaciones para los negocios y causas de comercio, presidido por el Capitan general, y compuesto de tres jueces letrados, que lo serán por razon de oficio, los dos asesores mas antiguos del gobierno y el de la intendencia, al cual competerá el conocimiento de la segunda instancia sobre los pleitos y negocios mercantiles, de que haya conocido el tribunal de comercio de la misma ciudad, bajo el órden de procedimientos prescritos en el Código y en la ley de Enjuiciamiento, reservándose el conocimiento de las terceras instancias, en el caso que tengan lugar, á la Real Audiencia del distrito.»

Para aminorar los perjuicios á las partes, se declaraba aun, que en vez de llevar el negocio en grado de súplica á la Audiencia, las sentencias que dictase el tribunal de la Habana, fuesen ejecutivas, mediante fianza, sin perjuicio del recurso. Y que en cuanto á la parte Oriental de la Isla, que comprendia las Intendencias de Cuba y Puerto-Príncipe, las apelaciones fuesen á la Audiencia. (Real Cédula de 1.° de febrero de 1832.)

El tribunal de comercio, creado en la Habana, cesó con la creacion de la Audiencia Pretorial en 1839.

Puerto-Rico. «... he tenido á bien mandar se proceda inmediatamente á la instalacion y organizacion en la citada Isla de Puerto-Rico, del tribunal de comercio, instituido por el Código, con las personas que esta vez elija mi Gobernador, Capitan General de ella, á propuesta del Intendente; y en lo sucesivo se verificará por Mí el nombramiento en la forma que el Código dispone..... Entiéndanse en reales de plata de Indias las asignaciones que hace el Código en reales vellon..... En su consecuencia mando á mi Gobernador Capitan General de Puerto-Rico, al presidente, regente y oidores de la Audiencia, que tengo resuelto se cree en aquella Isla, al intendente y jueces.... que guarden, cumplan y ejecuten, y hagan cumplir y observar el nuevo Código de Comercio, la ley de Enjuiciamiento y Real decreto de 7 de febrero de 1831...» (Real Cédula de 17 de febrero de 1852.)

Filipinas. «... he tenido á bien mandar se lleve á efecto en las islas Filipinas el mismo Código de Comercio...., delego en el Capitan General, presidente de la Audiencia, el nombramiento de los jueces del tribunal de comercio, que el art. 1189 reservó á mi soberano poder..... Los mestizos ó indios, llamados *sangleyes*, se inscribirán precisamente en la matrícula de comercio, si estuviesen dedicados á este ejercicio.» Deben entenderse en pesos fuertes las asignaciones que se designa en reales de vellon en el Real decreto de 7 de febrero de 1831. (Real Cédula de 26 de julio de 1852.)

Publicada la unificacion de fueros (decreto de 6 de diciembre de 1868), y hecha estensiva á las provincias de Ultramar por el de 1.° de febrero de 1869, sabido es que por ella quedó suprimido el de comercio, y devuelto el conocimiento en todas las instancias á los tribunales ordinarios.

ADVERTENCIA.

No ha sido posible incluir en este tomo el artículo **COMPRA-VENTA DE BIENES NACIONALES**, por su mucha estension: esta circunstancia nos ha obligado á reservarlo para el tomo siguiente, alterando aquí algun tanto, como se vé, el órden alfabético rigoroso, segun el cual dicho artículo debia preceder al de **COMPRA-VENTA MERCANTIL**.