

CAPITULO III

PRESUNCIONES LEGALES EN GENERAL

Sumario.

- 75.—Génesis lógica, función judicial, fin judicial de las presunciones legales.
76.—Las presunciones legales son verdaderas pruebas.
77.—Las presunciones legales dispensan de la necesidad de la prueba.
78.—La presunción legal no existe *sine lege*.
79.—No existe siempre presunción legal cuando la ley usa la locución presumir; la presunción de ausencia.
80.—Otros ejemplos: arts. 21, 22, 27, 859, 1494, 1532 y 829 del Código civil.
81.—Consecuencias del principio de que no hay presunción legal *sine lege*; la máxima *Alius ergo heres*.
82.—Presunción *Muciana*.
83.—Presunción de la *lex Procula*.
84.—Presunción en materia de *denuntiatio litis*.
85.—Presunciones legales de vida ó muerte del ausente; reseña histórica.
86.—Derecho italiano; jurisprudencia.
87.—Opinión de **Bianchi**.
88.—Opinión de **Masucci**.
89.—Nuestra opinión.
90.—Presunciones legales de los alimentos suministrados con ánimo de liberalidad.
91.—La presunción de título obligatorio y continuativo en las prestaciones de culto.
92.—Continuación.
93.—Continuación.
94.—El precepto de la ley de que ciertos hechos no se presumen; la fianza no se presume.
95.—La solidaridad pasiva convencional no se presume en materia civil; el art. 40 del Código de Comercio y sus consecuencias respecto á la condena; el art. 1196 del Código civil.
96.—El art. 1280 y la restitución de la prenda.
97.—La renuncia á una herencia no se presume.
98.—La novación no se presume.
99.—La máxima forense: las renunciaciones no se presumen.
100.—Presunciones legales y disposiciones supletorias de la ley: la sucesión legítima.
101.—Otros ejemplos de disposiciones supletorias en el Código civil: propiedad, servidumbre y sucesiones.
102.—Disposiciones supletorias en materia de obligaciones.
103.—Disposiciones supletorias en materia mercantil.

75.—Acerca de las presunciones legales en general debemos hacer pocas observaciones, puesto que las tres clases de tales presun-

ciones son entre sí tan profundamente diversas, que las normas comunes á las tres se reducen á muy pocas.

En su *génesis lógica* todas las presunciones son idénticas; todas, en efecto, son consecuencias que la ley deduce de un hecho conocido para alcanzar uno ignorado (art. 1349, Códigos civiles francés é italiano). Pero en su *función judicial* son distintas respecto á la prueba contraria.

A pesar de tan esencial diferencia, el *fin judicial* de todas las presunciones legales es único: disminuir el arbitrio del juez en la apreciación de las pruebas, facilitándole la decisión de las cuestiones de hecho (1). Manifiéstase en esto un hecho singular: las presunciones simples dan al juez el arbitrio que las presunciones legales en ciertos casos le han quitado, y lo dan oportunamente para hacer fácil la decisión de algunas cuestiones de hecho que de otro modo serían irresolubles.

76.—La cuestión de si las presunciones legales son pruebas ó dispensa de la necesidad de la prueba, como algunos juristas, aun desligados de preconceptos académicos, sostienen (2), está á nuestro parecer resuelta por sí misma. Dado el amplio concepto de prueba de que hemos partido (3); dado el concepto de que también las pruebas legales, á más de las morales, son pruebas (4) en virtud de las relaciones ya establecidas entre prueba y presunción (5), para nosotros la pregunta es ociosa. Las presunciones legales son una especie de prueba preconstituída por el legislador, como son pruebas las presunciones simples.

77.—Otro carácter común á toda clase de presunciones legales está indicado en el art. 1352 del Código civil (núm. 1.º, art. 1352, Cód. civ. fr.), por el cual «la presunción legal dispensa de toda prueba á aquél á cuyo favor tenga lugar.»

Tanto en las presunciones *juris et de jure* como en las *juris tantum*, quien invoca la presunción legal no debe probar el hecho que está presumido por la ley.

Pero esta regla no debe ser sacada de su cauce ó mal entendida.

(1) Es, con relación á este fin, como se puede aceptar la observación de **Bonalex**, *op. cit.*, n. 836, según el cual las presunciones legales son una tutela del interés social.

(2) Por ejemplo **Pisaxeil**, I, n. 889, pág. 140.

(3) Véase vol. I, números 2 y 6.

(4) Véase vol. I, n. 828.

(5) Véase más arriba n. 58.

Quien invoca la presunción legal, debe probar que existen los hechos sobre los que la ley funda la presunción (a).

Explicaremos estas dos reglas:

A. impugna la disposición testamentaria hecha á favor de B., porque éste es padre de C., persona incapaz en el sentido del art. 767 del Código civil. A. no debe probar que B. es una persona intermedia, porque el art. 773, último párrafo, la presume tal, con presunción *juris et de jure*. Pero debe probar que B. es padre de C., porque éste es el hecho sobre el que la ley funda la presunción.

(a) En nuestra legislación, los arts. 1249, 1250 y 1251 del Código civil resuelven el problema planteado en el párrafo que examinamos.

La regla general se halla consignada en el segundo de ellos, en el que terminantemente se previene que «las presunciones que la ley establece dispensan de toda prueba á los favorecidos por ellas.»

Esta disposición, por la generalidad de su precepto, comprende á todos los que son parte en el litigio, sin excepción alguna, y, por lo tanto, lo mismo el actor en cuanto á su demanda que el demandado respecto de sus excepciones, estarán exentos de la obligación de probar si sus pretensiones se fundan en presunciones establecidas por la ley.

Pero dicha regla no debe entenderse en términos tan absolutos que no tengan limitación alguna, pues, por el contrario, el precepto del art. 1250 del indicado Código, que literalmente hemos transcrito antes, se halla condicionado por el 1249 y por el 1251, los cuales determinan los límites de la dispensa concedida en aquél respecto de la prueba.

Según el primero de dichos artículos, en relación con los cuales ha de entenderse el alcance del 1250, no son admisibles las presunciones sino cuando esté completamente acreditado el hecho de que han de deducirse. Por consiguiente, es indispensable que el hecho *base* de la presunción esté plenamente probado, y así lo exige, no sólo el precepto del artículo 1249 antes citado, sino también la esencia y fundamento de las presunciones, porque éstas, cualquiera que sea su clase, necesitan partir de un hecho conocido, es decir, de un hecho *probado*, del cual pueda inducirse el hecho desconocido tenido como cierto por la presunción.

Si, pues, el hecho *base* tiene que ser probado, no puede caber duda alguna de que su prueba correspondo al favorecido por la presunción, toda vez que para utilizarla en su beneficio tiene que alegar el indicado hecho; y si no llegara á probarse, no podría admitirse la presunción según dicho art. 1249.

Ahora bien: si al favorecido por ella incumbe la prueba del hecho *base*, hay que reconocer al perjudicado por la presunción la facultad para articular prueba en contra de la existencia de ese hecho, pues de lo contrario no existiría la igualdad entre los litigantes en cuanto á sus respectivos medios de defensa, que debe ser la condición primordial de todo buen procedimiento. Y á esto no puede oponerse el que la presunción legal de que se trate pertenezca á la clase de las denominadas por los tratadistas *juris et de jure*, porque, como ha dicho un autor, á lo que éstas se oponen es á que se intente contrariar la deducción que la ley ha formulado y atribuir otra significación al hecho *base*; pero no impiden que se afirme y se acredite la falta de realidad de éste.

En su virtud, aunque las presunciones establecidas por la ley dispensan de toda prueba al favorecido por ellas, es indudable que existe una prueba *necesaria* á cargo de éste, porque está obligado á probar el hecho *base*, y además puede haber otra prueba *potestativa* que corresponde aducirla al perjudicado por la presunción que quiere hacer uso de dicha facultad.

Otra limitación tiene la regla general consignada en el art. 1250 de nuestro Código civil,

A. afirma en juicio su cualidad de poseedor; atestiguando que esta cualidad no la tenía un año antes, prueba que la tenía dos años antes: no deberá hacer más prueba de la posesión atestiguándola, porque esto está presumido *juris tantum*; pero ha debido, para invocar la presunción, probar haber poseído en tiempo más remoto (artículo 691, Cód. civ.)

78.—Un último carácter común á toda clase de presunciones se deduce del art. 1350 del Código civil, según el que no existe presunción legal sin que «una ley especial» la atribuya á ciertos actos ó á ciertos hechos. Cuando á la locución equívoca «ley especial» se sustituya esta otra «disposición especial de la ley,» se tendrá una regla exacta y común á toda clase de presunciones. Sólo BONNIER (1) pretendió decir que tal regla se aplica bien á las presunciones *juris et de jure*; pero no á las *juris tantum*, las que, en su sentir, *peuvent fort bien ressortir de l'ensemble des dispositions de la loi*. Pero es fácil responder á esta consideración diciendo que el art. 1350 es común á toda presunción legal, y es precisamente este artículo el que prohíbe se reconozca una presunción legal *sine lege*, y que la locución de tal artículo «ciertos actos, ciertos hechos» impide crear presunciones *juris*, con la analogía ó con los principios generales del derecho. Además, la presunción, contradiciendo la máxima de derecho común de que toda prueba admite otra en contrario, no puede crearse sin una expresa voluntad del legislador, no debiendo exigirse, sin em-

y ésta surge de la disposición del art. 1251 de dicho cuerpo legal, con arreglo al cual pueden destruirse las presunciones indicadas por la prueba en contrario siempre que no estuviere expresamente prohibido; y como es un axioma jurídico que lo que no está vedado por la ley debe estimarse permitido, es de todo punto evidente que siempre que no exista una expresa prohibición en aquélla, habrá de permitirse al perjudicado por la presunción la prueba contraria á ella, con lo que ha venido á modificarse notablemente la antigua teoría sobre las presunciones legales.

Repetiendo la misma consideración hecha respecto del hecho *base*, debemos decir que si al perjudicado se le permite por la ley la prueba en contra del hecho *consecuencia* ó desconocido, para destruir la presunción legal según el art. 1251 del Código civil, hay que reconocer al favorecido por ella la facultad de articular á su vez prueba en contra de la propuesta por aquél para que exista la debida igualdad entre las partes litigantes; y por lo tanto, á pesar de la dispensa de toda prueba otorgada al mismo por el art. 1250, puede verse en la necesidad de hacerla para que prospere la presunción establecida por la ley á su favor.

Además, según el autor antes mencionado, la dispensa de prueba en cuanto al hecho *consecuencia* es tan sólo una ventaja ó beneficio concedido al favorecido y no una prohibición de que refuerce la presunción legal con otros elementos probatorios; y en conformidad con esta acertadísima opinión, hay que reconocer en aquél la facultad de probar la presunción á pesar de la indicada dispensa.

(1) *Op. cit.*, n. 887, pág. 675.

bargo, para reconocer una presunción, el que la ley use esta palabra, pues basta que exprese el concepto, y de ello veremos varios ejemplos (1).

79.—Por el contrario, podemos declarar que no existe siempre el concepto de una presunción legal siempre que la ley usa la palabra presumir (2).

Así, la presunción de ausencia (arts. 20, 22, 32, 46 y 47, Cód. civ.) no se refiere á la teoría de las presunciones legales (a). No tiene razón

(1) Véase además cap. V.

(2) Veremos (en los núms. 100 á 103) que á menudo las leyes, para dictar una norma supletoria, emplean impropriamente la palabra presumir.

(a) Nuestro Código civil, en el título 8.º de su libro 1.º, se ocupa de la ausencia, no en el concepto de una verdadera y propia presunción, sino como un estado de hecho cierto que requiere la adopción de determinadas medidas de seguridad; pero á la vez admite la presunción de muerte por el transcurso del tiempo, ó sea por la larga duración de la ausencia.

Varias eran las leyes que en la legislación antigua determinaban los efectos de la ausencia, ya con relación á las demandas deducidas contra los ausentes y á la firmeza y ejecutoriedad de las sentencias dictadas á consecuencia de ellas, ya en cuanto á la prescripción de sus bienes y aun á la presunción de su muerte; y en prueba de ello, podemos citar las leyes 12 título 2.º, 14 título 14, 10 título 23, 28 título 29, 26 título 31, todas de la partida 3.ª; la 8.ª título 1.º y 8.ª título 9.º, de la partida 4.ª; la 5.ª título 17, de la partida 7.ª, y la 4.ª título 11 libro 3.º del Fuero Real. Pero las disposiciones de dichas leyes y de algunas otras relacionadas con esta materia que podrían enumerarse, no constituían un cuerpo de doctrina completo que pudiera dar solución á todos los problemas jurídicos derivados de la ausencia, estando limitadas algunas de dichas disposiciones á un interés puramente procesal.

Y es que la ausencia, como estado jurídico de las personas, es una institución organizada en los Códigos modernos, á pesar de que han debido sentirse en todos los tiempos la necesidad social á que responde y la razón filosófica en que se inspira. Por eso, ni la legislación romana ni el Derecho civil patrio vigente á la publicación del Código regularon la ausencia, ni menos establecieron un organismo completo, como hemos dicho, con principios y reglas fijas, que ordenase dicha institución.

Esta necesidad hubo de sentirse con el transcurso del tiempo, y al tratarse de codificar nuestro Derecho en el proyecto de 1851, sus autores consagraron un título especial á esta materia, y dividiendo la ausencia, á semejanza del Código francés, en los tres periodos de prevención ó simple presunción, de ausencia propiamente dicha y de presunción de muerte, establecieron en los seis capítulos en que dividieron dicho título las bases para el más perfecto desarrollo de dicha institución.

No prosperó aquel proyecto, digno realmente de mayor consideración de la que mereció, é igual suerte tuvo el de 1882, hijo más bien de un buen deseo y de una legítima aspiración que de una voluntad decidida por parte del legislador; y en todo el tiempo transcurrido desde las antiguas leyes antes citadas, sólo podemos registrar, como tendencia propia para subsanar la falta sentida y la deficiencia indicada, algunas disposiciones llevadas á la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 para la efectividad de los derechos hereditarios y para la representación en juicio de los ausentes, y algunas otras de la ley de Matrimonio civil relativas á la potestad del cónyuge ausente y á la presunción de muerte; y, por último, el título especial consagrado por primera vez en la ley procesal vigente á la administración de los bienes de aquéllos, materia que con la de presunción de muerte del ausente ha pasado al Código civil con arreglo á la base 6.ª de la ley de 11 de Mayo de 1888, suprimiéndose en él la parte ritual propia de la ley de Enjuiciamiento, cuyas disposiciones se modifican además

al pensar lo contrario RAMPONI (1), cuando refiriéndose al citado art. 20 del Código civil dice que la persona en él indicada «podría tener buenas razones para abandonar su domicilio ó su residencia y eventualmente para permanecer escondida á los ojos de todos: la ausencia es, pues, solamente presunta.» Porque también aquél cuya ausencia se declara puede tener buenas razones para haber abandonado su domicilio y residencia y permanecer escondido. La locución «ausencia presunta» no se refiere á una presunción legal, puesto que en todos los estados de la ausencia sin distinción, existe sólo y siempre la incertidumbre sobre la existencia de la persona, y cuando la ley presume esta incertidumbre, ó sea cuando presume la ausencia, declara un estado de hecho, es decir, que es cierta la incertidumbre

distinguiéndose la simple ausencia, que sólo justifica la adopción de medidas provisionales de seguridad y previsión, de la que, prolongada durante cierto tiempo, afecta á los bienes, derechos y acciones de los ausentes, de sus representantes ó causahabientes, y de la que sirve de fundamento á la presunción de muerte, pues separándose dicho Código de aquéllos que no establecen distinción alguna en cuanto al tiempo de la ausencia, como sucede en los de Baviera, Portugal, Guatemala, Uruguay, Méjico, Dinamarca, Holanda, Prusia y algunos otros, y de los que sólo admiten en ella dos estados, uno de presunción de existencia y otro de presunción de muerte, ha reconocido tres períodos distintos en la ausencia como los de Francia, Italia y Bolivia: el primero, que podemos llamar de administración interina; el segundo, de administración definitiva, y el tercero, de presunción de muerte.

En todos ellos se parte del estado incierto de la existencia del ausente cuyo paradero es ignorado, pues el ausente conocido, es decir, aquél cuya existencia y paradero constan aunque esté fuera de su habitual residencia, no puede caer dentro de las disposiciones del título indicado, porque no existe la razón legal de la necesidad de la protección social; y si por efecto de su no presencia quedan en abandono sus bienes ó sus derechos, éstos caerán bajo la acción de las leyes de la prescripción, pero no estará sometida á las especiales disposiciones que regulan la ausencia.

En la ausencia conocida y cierta, ó sea en la mera no presencia, pártese siempre de la certidumbre de la vida, y los derechos del ausente no caminan á su extinción personalísima, y no es obstáculo alguno para el ejercicio de los mismos la ausencia, ni puede ésta justificar en ningún caso la presunción de muerte, cualquiera que sea su duración, porque ha de reputarsele siempre presente en razón á ser conocida su existencia.

El ausente, en el sentido jurídico en que lo aprecia el Código civil, viene á ser un individuo incierto, como dijo ya D. Lorenzo Arrazola en su *Enciclopedia del Derecho*, y esa incertidumbre le da el carácter de duda y de inseguridad que lo distingue capitalmente de la ausencia conocida ó no presencia antes citada. Durante cierto tiempo, la ley lo reputa vivo; pero cuando la duración de la ausencia toma tales proporciones que no se concibe en lo humano un abandono tan grande de sus bienes y derechos, ó el transcurso de la edad traspasa los límites prudenciales de la vida humana, lo considera muerto, dando lugar á la presunción que constituye el tercero de los estados ó períodos expresados; presunción que prácticamente establece, aunque con el carácter de *juris tantum*, y, por lo tanto, quedará sin efecto si el ausente se presentare ó se probare su existencia según el art. 194 del Código civil.

De los efectos de dichos estados y de las disposiciones que los regulan nos ocuparemos más adelante.

(1) *Op. cit.*, pág. 324.

de la existencia. La locución «ausencia presunta» es impropia y viene á representar la tenuidad de los efectos de la ausencia en su primer período, ó más bien la simple probabilidad de la ausencia viene á representar un estado de hecho cierto, si bien no declarado por el juez, porque la ausencia, en efecto, es cierta aun en la fase que engendra menores efectos jurídicos (1) (a).

80.—Del mismo modo la locución *presuntos herederos* usada en los arts. 21, 22, 27 y 859 del Código civil, no se refiere precisamente al concepto de la presunción legal; significa exclusivamente aquéllos

(1) Fr. Bianchi, *Corso di Cod. civ.*, IV (2.ª ed.), pág. 488, demuestra claramente la tesis que nosotros seguimos. «Reputaremos errónea la idea que con ello (con el art. 20) se hubiera pretendido establecer una verdadera *presunción legal*. Las presunciones en general son consecuencias que se deducen de hechos conocidos para acertar hechos ignorados (art. 1339, Cód. civ.) Ahora bien: cómo podría concebirse una presunción en este caso, en el cual, bien distinto de tenerse el conocimiento de un hecho ignorado cualquiera, no se tiene más que un estado de completa incertidumbre de la vida ó de la muerte de la persona desaparecida? Tanto menos, pues, podría tratarse de una presunción legal, puesto que no es la ley la que atribuye á los hechos de haberse alejado alguno del lugar de su último domicilio ó de su última residencia y de no tenerse noticias suyas la presunción que su existencia actual se convierta en dudosa, sino que ha dejado á la prudencia de los jueces el reconocer si la circunstancia de aquel alejamiento son tales á inducir incertidumbre acerca de la existencia de la persona. La diferencia característica entre los dos períodos más principales de la ausencia (presunta y declarada) no podría, pues, hacerse consistir en existir en el primero una *presunción legal*, sino que más bien consiste en deber abrirse el segundo período con una *declaración judicial*, que en el primero, no sólo no es necesaria, sino que no podría pronunciarse.»

(a) Ya hemos dicho que en nuestro derecho civil no existe la presunción de ausencia. Esta en sus dos primeros períodos es un estado cierto de hecho, y en tanto producirá sus efectos en cuanto se prueba la existencia de la ausencia en ignorado paradero, pues la ausencia cierta y conocida no cae bajo la acción de las disposiciones especiales que regulan dicho estado.

La primera de sus fases ó el primero de los períodos reconocidos por la ley en dicho estado, es el que hemos llamado de administración interina, en el que por razón del corto tiempo de duración de la ausencia, se adoptan tan sólo medidas provisionales de seguridad que, sin embargo, se consideran precisas en razón á la incertidumbre de la existencia del ausente; pero como se le reputa vivo, se le nombra un representante que en su nombre é interinamente pueda ejercer las facultades correspondientes al mismo hasta que deba cesar dicho estado.

Según el art. 181 del Código civil, cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre sus bienes, podrá el Juez, á instancia de parte legítima ó del Ministerio fiscal, nombrar quien le represente en todo lo que fuere necesario; y esto mismo se observará cuando en iguales circunstancias caduque el poder conferido por el ausente.

Verificado este nombramiento, el Juez acordará, con arreglo al art. 182, las diligencias necesarias para asegurar los derechos é intereses del ausente, y señalará las facultades, obligaciones y remuneración de su representante, regulándolas según las circunstancias, por lo que está dispuesto respecto de los tutores.

Declara el art. 183 que el cónyuge que se ausente será representado por el que se halle presente cuando no estuvieren legalmente separados. Si éste fuere menor, se le proveyerá

que serían herederos si el ausente hubiese muerto (a) (arts. 21, 22 y 27), y aquéllos que serían herederos legítimos si no existiera el heredero testamentario instituído bajo condición suspensiva (art. 859) (b).

También en el art. 1494 del Código civil, la palabra presumir está usada en el sentido vulgar y no en el técnico, al declarar que si el fundo vendido está gravado con servidumbres no aparentes, sin que se haya hecho declaración de ellas, y éstas son de tal entidad que hagan *presumir* que el comprador, de haber estado advertido, no lo

de tutor en la forma ordinaria, y, á falta de cónyuge, representarán al ausente los padres, hijos y abuelos por el orden que establece el art. 220.

Para decretar dicho estado es, por lo tanto, preciso que se ignore el paradero del que ha desaparecido de su domicilio, y éste es el carácter distintivo de la ausencia. Será parte legítima para pedir el nombramiento de representantes y la adopción de todas las demás medidas provisionales que hemos indicado, todo aquél á quien asista un derecho cierto que pueda ser objeto de acción contra el ausente y cualquiera de las mencionadas en el art. 183. La competencia para tomar tales acuerdos corresponde al Juez del último domicilio que aquél hubiere tenido en territorio español, conforme á la regla 24 del art. 68 de la ley de Enjuiciamiento civil; y en cuanto á la parte procesal, los mismos términos de los artículos que antes hemos citado presuponen la necesidad de una sumaria información, cuando menos, que ilustre el criterio judicial acerca de la persona del ausente, de su falta de representación y de la entidad, clase y situación de sus bienes para que dichos extremos puedan servir de base para la adopción de los acuerdos necesarios.

(c) Según el art. 198 de nuestro Código civil, declarada firme la sentencia de presunción de muerte (la cual no puede ser dictada hasta pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó noventa desde su nacimiento, ni ejecutarse hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales), se abre la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria ó abintestato, según los casos.

Nuestra legislación no emplea la locución de presuntos herederos al designar los que han de entrar en la sucesión de los bienes del ausente, sino que, por consecuencia de la declaración de la presunción de la muerte, estimando fallecido al causante llama á sucederle á los que deban heredarle por testamento ó por la ley.

Esa sucesión no es definitiva, pues, con arreglo al art. 194, si el ausente se presentare, ó sin presentarse se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tuvieron, y el precio de los enajenados ó los adquiridos, si bien no podrá reclamar frutos ni rentas.

Para los efectos de la ausencia con relación á los derechos eventuales del ausente, véanse los arts. 195 al 198, ambos inclusive, del Código antes citado.

(b) La condición suspensiva puesta en la institución de herederos no impide en nuestro derecho al heredero ó legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos á sus herederos aun antes de que se verifique su cumplimiento, según se establece en el art. 799 del Código civil; y, por lo tanto, la muerte de dicho heredero antes que el testador no da lugar á la sucesión intestada, como sucedería en otro caso.

El art. 808 emplea la locución *heredero presunto* en el mismo sentido indicado por el autor, es decir, no en el concepto de una verdadera presunción legal, sino en el de aquél en quien recaería la herencia por ministerio de la ley en el caso de que no llegase á ser heredero el instituído bajo condición suspensiva.

En efecto: dispone el art. 801 que si el heredero fuere instituído en dicha forma se pondrán los bienes de la herencia en administración hasta que la condición se realice ó haya certeza de que no podrá cumplirse.

hubiera comprado, puede éste pedir la rescisión del contrato cuando no prefiera contentarse con una indemnización (a); y aquí la voz *presumir* significa deducir, pues el juez debe juzgar, deduciendo por las circunstancias del hecho cuál hubiera sido la decisión del comprador, y se tiene una inducción de voluntad extraña á la necesidad de la prueba.

Así también en el art. 1532 del Código civil, que declara que la prueba de la lesión no puede ser admitida más que en el caso en que los hechos denunciados sean bastantes verosímiles y graves para hacer *presumir* la lesión, la locución *hacer presumir* está usada en el sentido de «hacer probable» ó «hacer creíble;» lo que da á la palabra *presumir* un sentido restringido y especial, extraño al concepto de las presunciones legales y aun al mismo concepto técnico de la presunción. El mismo sentido tiene la locución *hacer presumir* del artículo 829 del Código civil y la de *presumirse* del art. 1583 del mismo cuerpo legal.

81.—Examinemos algunas aplicaciones hechas en la jurisprudencia de la regla que establecemos que no existe presunción legal *sine lege*.

Se halla decidido por ella que la antigua máxima *filius ergo heres* no está admitida en la moderna legislación, y no dispensa de la obligación de probar la cualidad de heredero en el demandado contra quien, como heredero del deudor, se entabla la acción cuando no está

Esa administración, según el art. 803, se conferirá al instituido en dicha forma cuando no tuviere coherederos instituidos sin condición, ó en el caso de tenerlos si no existiese entre ellos derecho de acrecer, y para entrar en ella deberá dar fianza. Pero si no la diere, se concederá la administración al heredero presunto, también bajo fianza; y si ni uno ni otro acauzaron, los Tribunales nombrarán tercera persona que se hará cargo de ella también bajo fianza, la cual se prestará con intención del heredero.

Ese heredero presunto, de que habla el art. 803 citado, es el llamado por la ley á la sucesión legítima, á la cual habría de darse lugar, con arreglo al núm. 3 del art. 912, cuando renunciare la herencia el instituido, con las limitaciones impuestas en el art. 1001 y en algunos otros del Código civil.

(a) Nuestro Código civil emplea también, en el sentido vulgar y no en el técnico, la palabra *presumir* en análogo caso.

En efecto: el art. 1488, uno de los que regulan el saneamiento en el caso de evicción, dice textualmente: «Si la finca vendida estuviese gravada, sin mencionarlo la escritura, con alguna carga ó servidumbre no aparente, de tal naturaleza que deba *presumirse* no la habría adquirido el comprador si la hubiera conocido, podrá pedir la rescisión del contrato, ó no ser que prefiera la indemnización correspondiente.»

Durante un año, á contar desde el otorgamiento de la escritura, podrá el comprador ejercer la acción rescisoria ó solicitar la indemnización.

Transcurrido el año, sólo podrá reclamar la indemnización dentro de un período igual á contar desde el día en que haya descubierto la carga ó servidumbre.

en posesión real de la herencia (1). Y en efecto: por derecho romano valía la máxima que el hijo, como *heres suus et necessarius*, no podía reuñciar á la herencia, y aun el mismo *beneficium abstinendi* no hacía perder el nombre de heredero (2), mientras que por nuestro derecho civil el hijo puede renunciar la herencia.

82.—Del mismo modo la presunción Muciana no es ya una presunción legal, porque el Código civil no la ha conservado: podrá ser una presunción simple. El frag. 51, D. *De donat. inter virum et uxorem*, que contiene un texto de Quinto Mucius Scævola referido por Pomponio, encierra una presunción en virtud de la cual en la duda se debe admitir que lo que la mujer posee lo habrá recibido del marido, para apartar de ella la sospecha de que lo haya adquirido por ilícito comercio. Tal presunción fué confirmada en la ley 6, C. *De donat. inter virum et uxorem*. (3). Pero no ha sido reconocida como presunción legal por la ley italiana (4), aunque se deriva de ella la hipótesis de los arts. 782, 783 y 787 del Código de Comercio, en los cuales se ha conservado como presunción *juris tantum* (5).

83.—Tampoco la presunción de la ley Procula es ya una presunción legal, pero puede ser una presunción simple (6). Como es sabido, en el frag. 26, D. *De probat. et pres.* (XXII, 3), se dice: «Procula magna quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis sæpe in rationem fratris pecunias ratio Proculæ solvisset: Divus Commodus, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.»

Ahora bien: esta presunción, que tal vez sin razón se elevó á presunción *juris tantum* del derecho común, porque el mismo derecho romano lo presenta como una decisión especial, es evidente que no

(1) Apelación de Casal, 29 Junio 1871 (*Giur. Tr.*, VIII, 403).

(2) *Serafini*, *Instit. di dir. rom.* (6.ª ed.). II, § 198, pág. 824.

(3) *Glück*, *Comm. alle Pandect.* Lib. XXIV, tit. I, § 1268, pág. 196; Lib. XXIII, tit. II, §§ 1238-1236, pág. 604, ed. ital.

(4) Conf. *Mattirolo*, III (4.ª ed.), pág. 355, nota 1; *Ramponi*, *op. cit.*, página 140, y *Bianchi* & C., *Tratt. dei rapp. patrim. fra coniugi*, pág. 496, y la mucha correspondencia allí citada. Contra: *Tafano*, en *Gazz. proc.*, XVIII, 23.

(5) Casación de Turín, 18 Mayo 1888 (*Giur. Tr.*, XX, 852), y ver además cap. V.

(6) Véase *Bonaeo*, *op. cit.*, n. 817, pág. 802; *Giorgi*, *Obbligaz.*, I (5.ª edición), n. 426, pág. 600; *Mattirolo*, vol. ed. cit., pág. 869, nota 3; *Ramponi*, *op. cit.*, pág. 141; Casación Florencia, 8 Agosto 1878 (*Loggo*, 1878, I, 816); Apelación Trani, 22 Agosto 1881 (*Rev. giur. Tr.*, 1882, pág. 40.)

es una presunción legal, sino, por el contrario, una posible presunción simple (1).

84.—Es opinión que prevaleció en el derecho romano que el comprador, para conservar la acción de evicción contra el vendedor cuando se ha omitido la notificación de la demanda, debe probar el defecto de derecho del propio actor, y que por tal defecto se siguió la pérdida de la *litis* sostenida con el tercero que ha de eviccionar (2).

Substancialmente la ley presume que la notificación de la *litis* al vendedor habría asegurado la victoria contra el tercero, quedando á salvo al comprador la prueba contraria en la forma ya indicada (a).

Esta presunción está claramente rechazada por muchas leyes modernas, las cuales siguen la opinión de la minoría de los intérpretes del derecho romano (3).

(1) La conversión en presunciones simples de antiguas presunciones legales, se encuentra también en la evolución del derecho romano. Véase, por ejemplo, L. 8, C. *De novat. et delegat.*, y además n. 98.

(2) Véase Glück, *Pand.* Lib. XXI, tit. II, § 1124, nota 4, en la pág. 311 de la ed. ital. Entre las leyes modernas, el Código civil español (art. 1481) se inspira en este concepto.

(3) Entre ellos Windscheid, *Pand.*, II, § 309, n. 12.

(a) En nuestro antiguo derecho, la ley 32, título 5.º de la partida 5.ª declaró que el vendedor había de entregar al comprador la cosa objeto del contrato, y que si alguien tratara de embargarla ó de promover litigio estuviera obligado á sanarla; pero para que el comprador pudiera hacer efectivo el derecho correlativo á esa obligación, tenía que avisar al vendedor la existencia del pleito al promoversele éste ó al abrirse el período de probanza, previéndose además que, si notificado el vendedor no quisiera ó no pudiera ayudar al comprador en la defensa de su derecho, habría de devolver el precio ó indemnizar los daños y perjuicios; y además, la ley 36 del mismo título y partida, al determinar los casos en que dicha obligación se extinguía, precisando más aún la necesidad del pronto aviso de la existencia del pleito, estableció que la obligación citada no existía, entre otros casos, cuando el comprador avisara al vendedor después de llegado el juicio al período de probanza.

Esa necesidad del previo aviso pasó al Código civil, el cual, en su art. 1481, dice que el vendedor estará obligado al saneamiento «siempre que resulte probado que se le notificó la demanda de evicción á instancia del comprador.» Y añade, á mayor abundamiento, que, «faltando la notificación, el vendedor no estará obligado al saneamiento.»

Para no perder el derecho á dicho saneamiento, el comprador demandado deberá solicitar, como previene el art. 1482 de dicho Código, dentro del término señalado por la ley de Enjuiciamiento civil para contestar á la demanda, que ésta se notifique al vendedor ó vendedores en el plazo más breve posible.

La notificación se hará en la forma establecida para el emplazamiento á los demandados, y por consecuencia de ella quedará en suspenso el término de contestación para el comprador, interin no espiren los que, para comparecer y contestar á la demanda, se señalen al vendedor ó vendedores, que serán los mismos plazos que determina para todos los demandados la expresada ley de Enjuiciamiento, contados desde la notificación establecida por el párrafo 1.º de dicho art. 1482. Si los citados de evicción no comparecieran en tiempo y forma, continuará respecto del comprador el término para contestar á la demanda.

El Código civil austriaco impone al vendedor la obligación de probar que sus excepciones, oportunamente hechas, habrían contribuido á la derrota del tercero (art. 931, y art. XXXI, ley de introducción 1.º de Agosto de 1895 al Reglamento de Enjuiciamiento civil), y el sistema es acogido por el Código civil francés (art. 1.640) y por los Códigos que en él se inspiraron (art. 1.486, Cód. napolit.; 1.456, Cód. pames.; 1.647, albert.; 1.594 Cód. est.)

Entre éstos se encuentra también el Código civil italiano, por el cual (art. 1.497) la garantía por causa de evicción cesa cuando el comprador se ha dejado condenar por una sentencia firme, sin llamar al juicio al vendedor, si éste prueba que existían suficientes motivos para hacer que se rechazase la demanda (a).

85.—En materia de ausencia, nuestro Código ha rechazado antiguas presunciones legales (1).

Dos sistemas existen en cuanto á este particular. El primero, en el que por la ausencia, acompañada de ciertas condiciones, se deduce la presunción de la muerte; y el segundo, que rechaza toda presunción de muerte fundada en la ausencia (b).

En el derecho romano falta un sistema general de la ausencia, y

(1) Véase *MASUCCI, Assenza* (en la *Encic. giur.*); *TAMASSIA, Svólgim. storico dell' Assenza* (En el *Arch. giur.*, vol. XXXVI, pág. 474 y siguientes).

(a) Esta es la misma doctrina sostenida por nuestro Código.

(b) Por lo que hemos dicho en anteriores notas, se comprende fácilmente que la ausencia puede producir dos efectos distintos: uno que modifica la capacidad del sujeto del derecho, y otro que puede llegar hasta extinguirla. Por virtud de la ausencia, el legislador se encuentra con una familia y unos bienes abandonados, cuya situación ó estado no puede conservar, porque sería lo mismo que consentir que se perdiesen los bienes, y que la familia no pudiera practicar acto alguno legal, sin saber si tenía ó no capacidad para efectuarlo. La ley no podía prescindir de la vida del ausente cuya muerte no era cierta, y abrir la sucesión testamentaria ó abintestato del mismo; y ante esta dificultad, optó, como el remedio más oportuno, por crear un estado de derecho especial equiparando al ausente con el incapacitado, y nombrándole un guardador de sus bienes que los administro hasta que él se presente ó se tengan noticias suyas, ó hasta que transcurra tanto tiempo que haya lugar á suponer, con algún fundamento, que pueda haber fallecido.

En el primer caso, esto es, cuando la ausencia no traspasa un período largo, sólo produce el efecto de modificar la capacidad del ausente, haciendo necesario que otra persona venga á suplir su incapacidad; y, por el contrario, cuando su duración es tanta que excede de los límites probables de la vida del hombre, entonces llega hasta á extinguir la capacidad de aquél, y abre su sucesión como si hubiere fallecido, aunque dependa la subsistencia de ésta de que el ausente se presente ó se prueba su existencia.

Tal es la esencia de las disposiciones del título 8.º del libro 1.º de nuestro Código civil, el cual establece, como hemos dicho ya, tres períodos ó estados distintos dentro de la ausencia.

Del primero de ellos, designado como de administración interina, nos hemos ocupado con anterioridad, viendo que está reducido á la adopción de medidas interinas ó provisionales de seguridad para la salvaguardia de los derechos y de los bienes del ausente.

las reglas más antiguas sobre la facultad de contraer matrimonio el cónyuge del ausente no son suficientes para la hipótesis de la muerte de éste.

JUSTINIANO parece excluir que la ausencia sea presunción de muerte cuando dispone en la Nov. CXVII, cap. XI, que las mujeres de aquéllos *qui in expeditionibus sunt et in militiis constituti* no pueden contraer matrimonio *quantoscunque annos in expeditione manserint, licet nec literas, nec responsum aliquod a suis maritis susceperint*. Es, pues, necesaria la prueba de la muerte. Además la exclusión de una presunción legal de muerte del ausente es evidente por otros fundamen-

El segundo, que hemos llamado de administración definitiva, comienza á los dos años sin haberse tenido noticia del ausente ó desde que se recibieron las últimas, ó á los cinco años en el caso de que el ausente hubiere dejado persona encargada de la administración de sus bienes.

Transcurridos dichos términos, podrá declararse la ausencia y podrán solicitar dicha declaración, según el art. 185 del Código:

- 1.º El cónyuge presente.
- 2.º Los herederos, instituidos en testamento, que presentaren copia fehaciente del mismo.
- 3.º Los parientes que hubieren de heredar abintestato.
- 4.º Los que tuvieren sobre los bienes del ausente algún derecho subordinado á la condición de su muerte.

La declaración judicial de ausencia no surtirá, sin embargo, sus efectos hasta seis meses después de su publicación en los periódicos oficiales.

La administración de los bienes del ausente se conferirá, por el orden que establece el artículo 220 del expresado Código, á las personas mencionadas en dicho artículo.

La mujer del ausente, si fuere mayor de edad, podrá disponer libremente de los bienes de cualquiera clase que le pertenezcan; pero no podrá enajenar, permutar ni hipotecar los bienes propios del marido, ni los de la sociedad conyugal, sino con autorización judicial.

Cuando la administración corresponda á los hijos del ausente y éstos sean menores, se les proveerá de tutor, el cual se hará cargo de los bienes con las formalidades de la ley.

La administración concedida á las personas citadas cesará en cualquiera de los casos siguientes:

- 1.º Cuando comparezca el ausente por sí ó por medio de apoderado.
- 2.º Cuando se acredite la defunción del ausente y comparezcan sus herederos testamentarios ó abintestato.
- 3.º Cuando se presenta un tercero acreditando, con el correspondiente documento, haber adquirido por compra ú otro título los bienes del ausente.

En todos estos casos cesará el administrador en el desempeño de su cargo y los bienes quedarán á disposición de los que á ellos tengan derecho.

El tercer estado, ó sea el de presunción de muerte, se halla regulado por los arts. 191 á 194, ambos inclusivo.

Según ellos, pasados treinta años desde que desapareció el ausente ó se recibieron las últimas noticias de él, ó noventa desde su nacimiento, el Juez, á instancia de parte interesada, declarará la presunción de muerte.

La sentencia en que ésta se declare no se ejecutará hasta después de seis meses, contados desde su publicación en los periódicos oficiales, y declarada firme se abrirá la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria ó abintestato, según los casos; pero si el ausente se presenta ó, sin presen-

tos que aquí es superfluo el recordar (1). Sólo fué admitida esta presunción por GLOSSA, en el caso de que hubieran transcurrido cien años desde el nacimiento: *quilibet presumitur vivere et usque ad centum annos nisi probetur mortuus*, y esto tomando por base varios textos (2).

El derecho germánico se inspira en un principio opuesto. Mientras el derecho romano presume legalmente vivo al ausente, el derecho germánico, después de un cierto tiempo de ausencia, presume muerto al ausente y autoriza una declaración judicial apropiada á ello (3) (a).

La doctrina italiana pone en vigor los principios del derecho romano y resuelve la máxima que cualquiera que sea la duración de la ausencia, no puede constituir por sí sola una presunción legal de muerte del ausente, salvo que éste hubiera llegado al término máximo de la vida (4).

Pero por el influjo de la legislación estatutaria, que por lo general declaraba muerto al ausente después de un cierto período de tiempo (5), la doctrina trató de acoger este principio esforzándose en demostrar que estaba el mismo conforme con el derecho romano.

86.—Dejando aparte en esta reseña, hecha puramente por vía de ejemplo, toda noción de derecho comparado, limitémonos á indagar qué presunciones de vida ó de muerte tiene establecidas nuestro Código civil.

En Francia, según la doctrina que prevalece, no existen presunciones de esta especie. La ausencia se considera caracterizada por la incertidumbre de la existencia (6).

tarse, se prueba su existencia, recobrará sus bienes en el estado que tengan, y el precio de los enajenados ó los adquiridos con él; pero no podrá reclamar frutos ni rentas.

Para los efectos de la ausencia, con relación á los derechos eventuales del ausente, véanse los arts. 196 á 198, ambos inclusive, del Código civil.

(1) Véase FADDA y PENSA, nota á WINDSCHILD, lib. II, pág. 720, nota 2; SACCHI, *L'assenza in dir. rom.* (en el *Arch. giur.*, LI, 498).

(2) Fr. 66, D. *De usufr.* (VII, 1) y otros.

(3) Véase, por ejemplo, Cód. civ. alemán, arts. 6-24; Ley Enf. civ. alemana, 1806, §§ 690 y siguientes; Ley austriaca, 16 Febrero 1883 considerada vigente por la Norma Jurisdiccional del 1896, n. VIII, 7.

(4) TAMASSIA, *op. cit.*, pág. 510.

(5) MASUCCI, *loc. cit.*, n. 81.

(6) PISANEL, I, n. 688. «*L'absent n'est jamais considéré comme mort; Aubry y Rau, I (5.ª ed.), § 148, pág. 807. «A aucune époque de l'absence le loi ne considère d'une manière absolue, l'absent soit comme vivant, soit comme mort; elle voit en lui un homme dont l'existence ou la durée sont plus ou moins incertaines.» Conf. DEMOLOMBE, II, n. 11; LAURENT, II, n. 122.*

(a) Esto es el sistema seguido por nuestro Código, según hemos indicado en anteriores notas.

En el sistema de nuestro Código creemos que prevalezca el mismo principio. «En esta materia el proyecto no ha hecho más que reproducir las sabias reglas introducidas por el Código de Napoleón» (1), dijo la Comisión del Senado en su dictamen; sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia están conformes con ello.

Así encontramos decidido que *la ley presume vivo al ausente* hasta que la ausencia sea continuada por espacio de treinta años después del acuerdo de la posesión temporal ó hayan transcurrido cien años desde su nacimiento y sus últimas noticias se refieran á lo menos á tres años atrás (2), y que transcurridos cien años desde el nacimiento del ausente éste *debe tenérselo por muerto* (3), y también que *la presunción de muerte del ausente* surge por el solo transcurso del término marcado en el art. 22 del Código civil, sin necesidad de que sea declarada la ausencia (4) (a).

Por el contrario, se decide que para nuestra legislación la incerteza sobre la existencia de la persona desaparecida del lugar de su último domicilio ó residencia sin dar señales de vida, constituye el carácter distintivo de la ausencia en cada uno de sus períodos, que es

(1) *Relación Com. Senado* (en *Gianzana*, I, n. 26, pág. 170).

(2) Apelación de Casal, 10 Noviembre 1882 (*Giur. Cas.*, III, 41).

(3) Casación de Turín, 13 Agosto 1888 (*Giur. Tor.*, XX, 1035).

(4) Apelación de Turín, 29 Abril 1892 (*Giur. Tor.*, 1892, 569).

(a) Nuestro Código adoptó, para la declaración de la presunción de la muerte, el mismo sistema, ó sea el transcurso de cierto tiempo á contar desde la desaparición del ausente, en las condiciones establecidas por el art. 181, y, por lo tanto, desde la adopción de las medidas provisionales que, como consecuencia de dicha desaparición, deben adoptarse con arreglo á dicho artículo, ó la edad avanzada de aquél.

El primero de dichos términos es igual al indicado en la sentencia á que se refiere el autor, ó sea el de treinta años después de la desaparición, ó de que se recibieron las últimas noticias del ausente; y en cuanto al segundo, difiere no sólo con relación á la legislación italiana, sino aun dentro de nuestro mismo derecho, pues en él se han seguido distintos criterios.

En efecto: la ley 14, título 14 de la partida 8.^a, estableciendo la forma en que podía probarse tal contienda como está, decía que si había muerto en extraña y lejana tierra, y que había pasado tanto tiempo, «así como diez años arriba,» y se probase que esto era fama entre los de aquel lugar, y que públicamente dijeran todos que era muerto, pudiera estimarse probado dicho extremo; pero si estimaran que era muerto de poco tiempo, «así como de cinco años ayuso, ó en tal tierra de que se pudiera ligeramente probar y saber la verdad,» entonces era preciso, para tenerlo por muerto, que se probase la muerte por testigos que lo vieran muerto y enterrar, y no bastaría que fuese probado por fama pública solamente.

La ley de Matrimonio civil, en su art. 90, al tratar de la disolución del matrimonio, disponía que la ausencia prolongada de uno de ellos con ignorancia de su paradero, no sería causa de presunción de su muerte, á no ser que durase hasta que tuviese cien años de edad, en cuyo caso se le tendría por fallecido. Este mismo tipo de cien años era el apreciado por la ley 26, título 31 de la Partida 8.^a como máximo de la duración de la vida. El Código civil, como hemos dicho ya en otra ocasión, estableció el de noventa años.

precisamente el concepto fundamental dado de ella por el juriscónsulto romano cuando, hablando de las relaciones matrimoniales de aquél, *qui ita absit, ut ignoretur ubi sit et an sit* (L. 10, D. *De ritu nupt.*)

La presunción de vida del ausente mientras no hayan transcurrido cien años desde su nacimiento ó la de su muerte después de aquel término, acogida por la antigua jurisprudencia francesa, fué, en efecto, desechada por nuestro Código, que por consecuencia de ello rechazó la institución de la declaración judicial de la muerte del ausente del Código civil austriaco. Por eso no es cierto que la cesación de la ausencia por *presunción de muerte* del desaparecido haya sido establecida por el art. 36 del Código civil, porque la declaración de ausencia no implica apertura de la sucesión (α), como no es petición de herencia la demanda que hacen los interesados á los efectos del mismo artículo. El acuerdo respecto á la posesión de sus bienes aun siendo ésta definitiva, es, por el contrario, una institución de naturaleza completamente especial que puede en algunos puntos asimilarse á los caracteres de la sucesión sin confundirse jamás con ella (1).

87.—Esta última sentencia recuerda la teoría sostenida por FRANCISCO BIANCHI, que estudió con su acostumbrada genial profundidad la materia de la ausencia (2).

El ilustre civilista se pregunta si en el derecho italiano subsiste la máxima de la antigua jurisprudencia francesa que presume vivo al ausente mientras no hayan transcurrido cien años desde su nacimiento, y que á partir de este punto presume su muerte; y establecido antes que la cuestión tiene razón de ser, si se pregunta si existen *verdaderas presunciones legales* (porque en cuanto á *simples probabilidades* de la muerte del ausente, éstas existen y van poco á poco creciendo), responde «que en ningún estado de la ausencia hay jamás presunción legal de vida ó de muerte del ausente; que la ley considera siempre como incierta su existencia; que sólo las probabilidad-

(α) Ya hemos visto que en nuestra legislación, declarada firme la sentencia de presunción de muerte, se abre la sucesión en los bienes del ausente, procediéndose á su adjudicación por los trámites de los juicios de testamentaria ó abintestato, como si hubiese fallecido, si bien dicha adjudicación está sujeta á efecto resolutorio en los casos del art. 194 del Código civil, aunque con la limitación en él establecida de no poder reclamar el ausente frutos y rentas.

(1) Apelación de Bolonia, 27 Marzo 1896 (*Foro ital.*, 1896, I, 1105).

(2) *Corso di Cod. civ.*, IV (2.ª ed.), n. 184, pág. 488 y siguientes, Conf. **Ramponi**, *op. cit.*, pág. 224.

des de muerte crecientes de hecho en razón del tiempo durante el que continúa la ausencia, y de las otras circunstancias tenidas en cuenta por la ley, dan lugar á diversas determinaciones establecidas por la misma ley para los varios períodos de la ausencia; determinaciones que cada vez se aproximan más, pero que no llegan nunca á aquel estado de cosas al que daría lugar la muerte del ausente que fuere cierta.»

88.—MASUCCI (1) ha combatido estas conclusiones, sosteniendo:

a) Que durante la presunción de ausencia, el ausente está vivo presunto legalmente.

b) Que durante el período de ausencia declarada con determinación de posesión temporal de los bienes del ausente, *la incertezu de la existencia del ausente se eleva á principio de ley.*

c) Que durante el período de ausencia con declaración de la posesión definitiva de los bienes del ausente, éste está para la ley *presunto muerto.*

89.—Frente á esta opinión nos asociamos á la atinada observación de FADDA y BENZA, según los cuales «cuando en la doctrina civilista se pone la cuestión de si, y dentro de qué límites, nuestro sistema presume la vida ó la muerte del ausente, parece que se sufre una equivocación palmaria al fijar los términos de la cuestión. Es necesario, á nuestro entender, indagar si las disposiciones dadas por el legislador para cada estado particular se informan en la preponderancia de la probabilidad de vida ó en la preponderancia de la probabilidad de muerte (2).»

En estos términos, resulta evidente que nuestro derecho no reconoce ya verdaderas presunciones legales de vida ó de muerte, y se inspira en las necesidades sociales que podrán ser, á nosotros no nos interesa el decidirlo, inspiradas siempre en el estado de incerteza ó sucesivamente en la probabilidad de vida, en el estado de incerteza ó, en fin, en la probabilidad de muerte.

90.—También en materia de *alimentos* una presunción legal, establecida por leyes precedentes y erróneamente reconocida por algunas sentencias, no existe ya como tal presunción.

Sin decidir la cuestión de si por derecho romano los alimentos prestados á un pariente sin obligación legal debían reputarse por presunción legal suministrados con ánimo de no reclamarlos ni del

(1) *Op. cit.*, números 81 y siguientes.

(2) *Notas á Windscheid*, lib. II, pág. 724.

alimentado ni de quien tuviera la obligación legal de los alimentos (1), es lo cierto que los escritores de derecho común presumían en la prestación de alimentos hecha en dichas circunstancias el ánimo de liberalidad (2) (a).

Esta presunción no está escrita en la ley, y, por lo tanto, como *presunción legal* no existe ya. Podrá sólo deducirse una *presunción*

(1) Los textos sobre los cuales se apoyaría la solución afirmativa—que nos parece discutible,—son los siguientes:

Fr. 27, § 1, D. *De negot. gest.* (III, 5): *Titium, si pietatis respectu eorum alius filiam, actionem huc nomine contra eam non habere respondit.* Ahora bien: es cierto que si existió el *respectus pietatis*, no es acción; pero el Fr. no presume tal *respectus*, sino más bien lo supone como hecho existente.

Una presunción legal, por el contrario, nos parece establecida claramente por la ley II, C. *De negot. gest.* (II, 19): *Alimenta quidem, quae filio tui praestitisti, tibi, reddi non iusta ratione postulas, cum id exigente materna pietate feceris* (presunción «*jura et de jure*»). *Si quis autem in rebus eorum utiliter, et probabili more impendisset, si non et hoc materna liberalitate, sed recipiendi animo fecisset te ostenderis: id negotiorum gestorum actione consequi potes* (presunción «*juris tantum*»).

Una presunción «*juris tantum*» parece existe en la L. 15, C., *hoc tit.*, «*Si paterno affectu privignos tuos aluisti, seu mercedes pro his aliquot magistris expendisti, eius erogationis tibi nulla repetitio est. Quod si repetiturus ea, quae in sumptum misisti, aliquid erogasti: negotiorum gestorum tibi intentanda est actio.*»

(2) **Cicagione, Alimenti** (en la *Encic. jur.*, números 106 y 21).

(a) El mismo criterio han sostenido nuestros tratadistas y la antigua jurisprudencia, la cual consideraba como dados por efecto de piedad los alimentos prestados sin obligación para ello, cuando no era manifiesta la intención de reclamarlos, y, por lo tanto, para que pudieran ser exigibles por el que los suministró, era preciso que por los actos del mismo ó en alguna otra forma apareciera su propósito de exigirlos.

El Código civil sólo se ocupa de los alimentos prestados en virtud de una obligación, consagrando el título 6.º de su libro primero á la materia relativa á los alimentos entre parientes; pero aunque éste sea el objeto de dicho título especial, ha dado carácter general y supletorio á sus disposiciones por el precepto terminante del art. 153, según el que los que le preceden son aplicables á los demás casos en que por la ley, por testamento ó por pacto se tenga derecho á alimentos, salvo lo dispuesto expresamente para el caso de que se trata.

Con dichas disposiciones, el Código citado ha venido á suplir deficiencias de la legislación antigua y aun de la misma ley de Matrimonio civil, última palabra en el estado de derecho anterior á la publicación del mismo, cuya ley incurria en la inconsecuencia de comprender la obligación de prestar alimentos, y, por lo tanto, el derecho á exigirlos, entre los efectos generales del matrimonio, como si no existiesen otros nacidos de títulos distintos que merecieran igualmente ser regulados por el testador.

En efecto: es por demás sabido que si en el curso de la historia de todos los países se manifiesta originariamente el derecho á los alimentos en el seno de la familia como un deber altamente social, que no depende de la voluntad del que le tiene, sino que se impone á todos como una de las condiciones necesarias de la vida progresiva de la humanidad, según ha dicho un autor, es lo cierto que después lo ha ido consagrando la ley fuera de aquélla en algunos casos por motivos diversos, siendo ya doctrina corriente, entre los modernos escritores, que la obligación de prestar alimentos puede provenir de la ley ó de la voluntad, y por eso, en razón á su origen, los dividen en legales y voluntarios; pero en este último caso, la voluntad de que depende la obligación indicada puede ser manifiesta por la convención

simple de liberalidad del hecho por el que los alimentos son prestados por el pariente al pariente, por el amigo al amigo (1).

Pero no siempre la jurisprudencia se ha contenido en estos límites legales.

Así encontramos admitida, ora una presunción *juris et de jure* (2), ora una presunción *juris tantum* (3) de liberalidad por los alimentos prestados sin obligación entre parientes ó íntimos amigos (a).

Huelga demostrar que esta jurisprudencia tiende á crear presun-

ó por cualquier otro acto unpersonal, *inter vivos ó mortis causa*, ó presunta en virtud de los principios de la equidad, ó por oficios de piedad natural en el hombre.

A estos últimos casos, en que la voluntad de que traen su origen los alimentos es presunta, se refiere la cuestión propuesta por el autor en el presente párrafo, la cual tiene aplicación también en nuestro derecho, puesto que el Código civil no ha traído á las disposiciones preceptivas del mismo la presunción autorizada por la anterior jurisprudencia, que atribuya á oficios de piedad los alimentos prestados sin un título que impusiera la obligación de darlos, mientras no apareciera que se habían facilitado con intención de reclamarlos, ó dejando expresamente á salvo el derecho para hacerlo, ó demostrando dicha intención con los actos propios del alimentante, ó por cualquier otro medio que demostrase su voluntad en dicho sentido.

(1) A esta idea parece se adhiere, aunque no de un modo claro, **Ciccaglione**, *loc. cit.*, n. 332.

(2) Apelación de Palermo, 30 Enero 1874 (*Giur. ital.*, XXVI, 2, 312); Apelación de Roma, 11 Junio 1887 (*Legge*, 1887, II, 510).

(3) Apelación de Venecia, 22 Julio 1875 (*Giur. ital.*, XXVII, I, 876); Apelación de Casal, 14 Mayo 1881 (*Giur. Cas.*, I, 263); Apelación de Génova, 5 Mayo 1898 (*Tem. Gen.*, 1898, 314); Casación de Roma, 3 Enero 1892 (*Legge*, 1892, II, 656). Esta última sentencia reprueba expresamente la presunción *juris et de jure* de liberalidad.

(a) En los alimentos entre parientes que se hallan en grado próximo, no es posible la presunción de liberalidad indicada, porque en la generalidad de los Códigos, y entre ellos en el nuestro, esos alimentos se prestan y se deben por expresa disposición de la ley, que ha dado sanción al deber moral ó á la obligación natural en que se funda el derecho á tales alimentos.

Según nuestro Código, están obligados recíprocamente á darse alimentos:

- 1.º Los cónyuges.
- 2.º Los ascendientes y descendientes legítimos.
- 3.º Los padres y los hijos legitimados por concesión real y los descendientes legítimos de éstos.
- 4.º Los padres y los hijos naturales reconocidos y los descendientes legítimos de éstos.
- 5.º Los padres y los hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición legal de naturales, aunque en este caso los alimentos que mutuamente se deben están limitados á los auxilios necesarios para su subsistencia; pero los padres están obligados además á costear á dichos hijos la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.
- 6.º Los hermanos legítimos, aunque sólo sean uterinos ó consanguíneos; pero en este caso los alimentos debidos se reducen á los auxilios necesarios para la vida cuando por un defecto físico ó moral, ó por cualquiera otra causa que no sea imputable al alimentista, no pueda éste procurarse su subsistencia, en cuyos auxilios están comprendidos los gastos indispensables para costear la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio.

Algunos autores discuten si los tíos debieran dar alimentos á los sobrinos, toda vez que respecto de ellos vienen á suplir en los oficios de piedad á los padres y á los abuelos, cog-

ciones *sine lege*. Sólo para atenuar el error en que se incurre, observaremos que en algunas sentencias en realidad se llama presunción *iuris* la que después, en efecto, se considera en el texto mismo de la decisión como presunción simple.

Por lo demás, no faltan sentencias que rechazan absolutamente toda idea de presunción legal de liberalidad (1).

teniendo algunos la afirmativa, sobre todo en determinados casos, como, por ejemplo, en el de quedar de tierna edad sin padres y sin recursos, en los que consideran que si no por ley, por humanidad siquiera, debería obligárseles á que los recogieran y los alimentaran; pero la generalidad de los tratadistas y comentadores de nuestro Código, que de esa cuestión se han ocupado, opinan por la negativa.

También se ha discutido si debían extenderse los alimentos entre parientes á los colaterales de grado más remoto aún, y algunos Códigos han llegado á entenderlo así, como sucede en el de Portugal, en el que se impone dicha obligación, á falta de padres, abuelos y hermanos, á cualquier otro pariente, hasta el décimo grado, excluyendo el más próximo al más remoto; pero en dicho caso el derecho á los alimentos se extingue al llegar el alimentista á la edad de diez años. Véase, en prueba de ello, el art. 117 del mismo.

Nuestro Código no ha impuesto dicha obligación más allá de los hermanos en la línea colateral, por estimar, sin duda, que después de dicho límite los vínculos de familia no son tan poderosos y eficaces que autoricen la imposición de dicho deber con probabilidades de que sea cumplido; y, en su virtud, fuera de los seis casos antes citados, los alimentos prestados á los parientes no son debidos por la ley, sino dados por efectos de piedad, cuando no tienen su origen en el pacto ó en algún otro acto de distinto orden, aunque dependiente también de la voluntad.

Por razón distinta del parentesco son debidos también los alimentos en algunos otros casos expresamente consignados por la ley, siendo distintas en ellos las causas en que se funda dicha obligación.

En efecto: con arreglo al art. 176 del Código tantas veces citado, tienen obligación de darse alimentos recíprocamente el adoptante y el adoptado. Y además están obligados á prestar alimentos por diverso título:

1.º El tutor al menor ó incapacitado por cuenta del caudal de éstos y en proporción á su cuantía, como previenen los arts. 264 y 288 de dicho Código.

2.º El donatario al donante; y si se negare á ello, su negativa á prestarlos será causa bastante para la revocación de la donación, según el caso 3.º del art. 648 del mismo Cuerpo legal.

3.º El heredero al legatario de alimentos á que se refiere el art. 879 del mismo Código.

4.º El usufructuario de bienes hereditarios, el cual debe pagar alimentos en la forma establecida en el art. 508, ó sea satisfaciendo la totalidad de la pensión si el usufructuario fuere universal, y si sólo lo fuere de una parte alícuota de la herencia, sólo debe satisfacerlos en proporción á su cuota; y por último, el usufructuario de una ó más cosas particulares sólo tendrá obligación de pagar los alimentos cuando la pensión estuviere constituida determinadamente sobre las cosas usufrutuadas por el mismo.

En todos estos casos, y lo mismo cuando los alimentos se deben por pacto ó por testamento, no es posible la presunción citada, toda vez que en ellos no se dan por un efecto de piedad ó por un sentimiento de humanidad, sino por un título distinto que, con independencia de dichas causas, impone al alimentante la obligación de prestarlos, siendo perfectamente exigible el cumplimiento de dicha obligación con arreglo á la ley por virtud de dicho título.

(1) Apelación de Luca, 12 Febrero 1884 (*Foro Ital.*, IX, 1, 865); Apelación de Casal, 24 Mayo 1884 (*Giur. Cas.*, IV, 276).

91.—Un punto que merecería un amplio examen, pero que sólo debemos indicar por vía de ejemplo, se refiere á la presunción legal de la existencia de un título nacido del hecho de una larguísima prestación de cantidades para gastos del culto hecha por un Municipio ó una mayordomía de fábrica á una parroquia.

Tal cuestión ha sido decidida de varios modos:

a) Una primera opinión sostiene que debe resolverse la cuestión con arreglo á las *leyes antiguas* que por entonces regulasen la materia. Poniéndose desde este punto de vista, la casación de Roma decidió que, así como según el derecho canónico y las máximas mantenidas en vigor por la legislación pontificia, mientras ésta imperó, la prescripción fundada por el transcurso del tiempo *ab inmemorable* tiene valor de prescripción adquisitiva aun en materia de derechos personales, y no crea respecto á ellos simplemente una presunción *juris tantum* de la obligación de la prestación, así si una iglesia parroquial está en posesión *ab inmemorable*, antes que cesase de estar vigente la legislación pontificia, del derecho de exigir del Municipio una suma anual para gastos del culto, esto establece irrevocablemente la obligación en el Municipio de continuar dicha prestación (1).

b) Con esta solución tiene afinidad otra que dice debe juzgarse debidas las asignaciones para gastos del culto, si las leyes especiales en la materia—las cuales deben considerarse vigentes—las imponen á los Municipios (2).

Contra este modo de presentar la cuestión se ha formulado una importantísima objeción (3), que nos parece tiene un valor absoluto. Se trata según ella, en este caso, de una cuestión, no de derecho privado, sino de derecho público.

Admitido como evidente que las condiciones sociales vinieron á hacer en determinados casos como de servicio público los gastos del culto de los Municipios, es necesario advertir que las circunstancias han cambiado, y, por tanto, no tiene el carácter de vínculo civil la obligación entonces formada bajo el imperio de las antiguas leyes,

(1) Casación de Roma, 9 Mayo 1898, est. Bandini (*Giur. ital.*, 1898, I, 1, 1024). Esta tesis algunos la enuncian diciendo debe admitirse una presunción *juris et de jure* de la existencia del título. Véanse, por ejemplo, los estudios de Giustiniani en la *Rivista dir. eccles.*, III, pág. 138, n. 10, V, pág. 6, n. 9 y siguientes. Corazzini, primer fautor de la teoría de la presunción legal *juris tantum* (véase además n. 92), acogió posteriormente esta enseñanza (*Legge*, 1898, II, 638).

(2) Apelación de Catanzaro, 24 Agosto 1897 (*Tom. Calabr.*, 1897, 285); Apelación de Trani, 11 Junio 1898, est. D'Errico (*Legge*, 1898, II, 628).

(3) Nota en la *Giur. ital.*, 98, I, 1, 1026.

ni la obligación misma debe reputarse existente porque las antiguas leyes lo establecieran. Por esto es por lo que «la realización de los servicios de interés general no puede convertirse nunca en una razón de exigir, ni considerarse invariablemente en formas determinadas, puesto que únicamente estas formas fueron de oportunidad, y, por tanto, prácticas durante un período de tiempo aunque sea larguísimo. Pero la soberanía de los órganos del poder público imprescriptible é inalienable á perpetuidad, determina libremente, elevándose por cima de los horizontes limitados del derecho privado, cuáles servicios públicos satisfacen las necesidades de un determinado período de vida civil, y cuáles han perdido aptitudes para ello y cuándo nuevos fines se sustituyen á los antiguos que caen en la actividad económica, política y administrativa de los poderes públicos (1).»

Presentada así la cuestión, es evidente que no se trata de presumir más ó menos un título, sino que se trata, por el contrario, de determinar si existe ó no un derecho, no fundado en títulos privados, sino teniendo por base leyes que concedan ese derecho. Nosotros pensamos que así y no de otra manera debe presentarse la cuestión cuando no se trate de cargas puramente contractuales. Creemos que se debe distinguir también aun cuando nos encontremos frente á un contrato, por ejemplo, entre el Municipio y el párroco. Si este contrato no es más que un modo práctico de ejecutar la ley antigua que imponía al Municipio ciertas obligaciones, cesadas éstas con las nuevas leyes, cesa también la eficacia del contrato. Si, por el contrario,

(1) Concuerda con estos conceptos la tesis de aquéllos que consideran tiene el mandamiento de un gasto de culto el carácter no obligatorio, por cuanto se mantiene por otros treinta años, y es, por tanto, revocable á voluntad de la Administración municipal. Véase en este sentido: *Asterzo*, (en *Man. Ann.*, 1888, 316); *Catala*, (en *Riv. di dir. pubbl.*, III, 37). La casación de Roma—contradiciendo su sentencia de 9 de Mayo de 1898—acogió sencillamente la tesis que nosotros preferimos en una notable sentencia de 7 de Julio de 1900, est. *Alaggia* (*Riv. dir. eccless.*, X, 404). He aquí la parte esencial de los considerandos:

«Los gastos con miras de cultos destinados á la predicación y fiestas religiosas, son puros actos de liberalidad, menos cuando tienen por base un contrato ó presuponen una correspondencia y son simples donativos y efectos espontáneos, hechos para satisfacer un sentimiento religioso propio ó de la generalidad. Y tales prestaciones pueden, en efecto, hacerse obligatorias por efecto de una ley que imponga á determinadas entidades morales el soportarlas en los límites y en las formas prescritas; pero la ley no cambia la naturaleza jurídica de las mismas ni crea un vínculo civil y un derecho perfecto á favor de los beneficiados, si bien provee á un interés de orden general, que una ley sucesiva podría también considerar olvidable y ya no existente y que podría desconocer ó modificar. Tratándose aquí de actos meramente facultativos y variables, aunque generalmente continuados, no pueden nunca transformarse en una obligación civil ni constituir materia de una posesión legítima susceptible de una prescripción cualquiera.»

se tratase de un contrato verdadero y propio, teniendo causa autónoma, cualquiera que sea la época de su estipulación, conservará entera y continua su validez (1).

92.—Sin embargo, éste no es el modo general de presentar la cuestión, y es precisamente con relación á otro modo de concebirla por lo que se ha preguntado si puede admitirse una presunción legal de título constituyendo vínculo continuativo. Partiendo de la hipótesis de que la existencia de un título antiguo (ley ó contrato) que impone al Municipio ciertos gastos del culto conserva siempre firme y viva la obligación correlativa, se ha preguntado si puede constituir presunción legal de la existencia de título el hecho de haber satisfecho el Municipio por largo tiempo sin interrupción (2), y sin reservas ó restricciones, aquella obligación.

Esto sentado, las soluciones que luchan son dos:

a) El hecho del pago por varios años de los gastos del culto hace surgir una presunción *juris tantum* de la existencia de un título obligatorio continuativo (3). Esta presunción tendría su fundamento

(1) Véase á este propósito: Apelación de Casal, 30 Junio 1898, est. Fantoni; Casación de Turín, 12 Mayo 1899, est. Mussita (*Giur. ital.*, 1898, I, 2, 577; 1899, I, 1, 957); Apelación de Turín, 10 Abril 1899, est. Degiovannini (*Legge*, 1898, I, 767); Apelación de Casal, 22 Marzo 1892; Casación de Roma, 4 Junio 1892, Sen. unid. (*Riv. dir. ecclies.*, I, 44; III, 29). También la casación de Roma, 25 Marzo 1895, est. Mosca (*Giur. ital.*, 1895, I, 1, 264) deja á salvo el derecho del párroco «cuando haya intervenido un vínculo obligatorio.»

(2) Si hubo interrupción—y especialmente si á ésta no siguieron protestas del interesado,—es jurisprudencia ya establecida que no puede hablarse de presunción alguna de título. Véase Consejo de Estado, IV sesión, 10 Junio 1898 (*Man. Ann.*, 1898, 287); 3 Junio 1898, est. Imperatrice (*Giur. ital.*, 1898, III, 242; 10 Abril 1896, est. Astengo (*ibid.*, 1896, III, 177); 27 Junio 1896, est. Imperatrice (*ibid.*, 1896, III, 201); Casación de Roma, 25 Marzo 1895, est. Mosca (*Giur. ital.*, 1895, I, 1, 264). En la segunda de las citadas decisiones se lee: «La jurisprudencia del Consejo de Estado, así en vía consultiva como contenciosa, en su primer período dió valor de presunción de título en el terreno administrativo al pago no interrumpido por más de treinta años de gastos de culto para cera, aceite, misas de fiesta, inscritas en los presupuestos municipales como usos inveterados, subrogándose el estado de posesión aparente en la menor cifra correspondiente á la ignorancia ó desaparición del título hasta una demostración en contrario. Pero en su posterior y ya prevaliente período que figura el estado actual de la cuestión, se ha considerado suficiente para dejar la presunción arriba indicada, sin la simple interrupción actual de posesión para erigir, aun cuando sea inferior á treinta años, con silenciosa aquiescencia contraria, sin el concurso de otras valorables circunstancias, que por lo menos admitan la duda sobre la disputabilidad y naturaleza jurídica de la posesión anterior, subrogativa del título originario, no siendo hecho en sede administrativa el determinar sobre el estado aparente de hecho, para inmiscuirse en una disquisición petitoria acerca de una verdadera y propia existencia y adquisición de derecho, deferida por el Magistrado ordinario.»

(3) Sardo, *Comm. legge com. e prov.*, n. 10635; Corazzini, en *Legge*, 1893, II, 623; Girolodi, *Il Comune nel dir. civ.*, números 575, 576; Apelación de Bolonia, 18 Febrero 1894, est. Barzacano (*Foro it.*, 1894, I, 1006); Casación de Roma, 25 Marzo 1890, est.

«en las reglas ó principios generales del derecho común invocables en cuanto no perjudiquen al sentido del art. 3.º de las disposiciones preliminares al Código civil» (Casación de Florencia, 28 de Febrero de 1895), ó en el principio de «que la admisibilidad y el valor jurídico de las presunciones, como asimismo sus efectos, deben examinarse en consideración á las reglas de derecho vigentes en la época en que tuvo vida la relación jurídica controvertida» (Casación de Florencia, 21 de Noviembre de 1898).

b) * Que tal hecho no constituye una presunción legal, ni absoluta, ni relativa; á lo más puede constituir una presunción simple (1).

No creemos que esta segunda opinión sea exacta (2).

Si la prestación se funda sobre leyes vigentes aún, es absurdo hablar de presunciones, sino que es necesario hablar de disposiciones.

Nosotros, por las razones aducidas, no creemos en la vida actual de aquellas leyes; pero si se cree en dicha vigencia, entonces no se puede hablar de presunciones de título, sino más bien de verdadero título.

Si la prestación se funda, no sobre leyes vigentes que la impongan, sino sobre las leyes ó doctrinas que establecieron, aun para estas prestaciones, la máxima de que el largo reconocimiento hace presumir el título, pensamos que tal enseñanza y tal doctrina ó tal precepto legislativo no tendría ya autoridad alguna, y la demostración no es difícil.

Mosca (*Giur. it.*, 1895, I, 1, 254); Casación de Florencia, 28 Febrero 1895.—dos sentencias.—est. Tomasi (*Giur. it.*, 1895, I, 1, 200-847); 21 Noviembre 1898, est. Cianci di Sanceverino (*ivi*, 1898, I, 1, 1030); Apelación de Casal, 5 Diciembre 1899, est. Fantoni (*ivi*, 1900, I, 2, 52) Casación de Nápoles, 13 Septiembre 1869, est. Abatemarco (*Riv. dir. eccl. sc.*, X, 422); Apelación de Florencia, 20 Marzo 1894 (*Legge*, 1894, I, 624); Consejo de Estado, sección IV, 17 Junio 1892, est. Tiepolo; 8 Agosto 1893, est. Schanser (*Foro it.*, 1892 III, 100; 1893, III, 177); 5 Octubre 1894 (*Legge*, 1894, II 541) 19 Enero 1900, rel. Racioppi (*Giur. it.*, 1900, III, 91); Sec. unidas, 6 Junio 1891 (*Legge*, 92, I, 28); 11 Julio 1894 (*ivi*, 1894, II, 786); Sec. internas, 10 Abril 1890; 21 Junio 1889; 26 Febrero 1891 (*ivi*, 1890, I, 819; 1889, II, 137; 1891, II, 843; 31 Mayo, 11 y 18 Abril, 2 y 30 Mayo, 2, 18, 20 Junio y 22 Agosto 1890 (*Riv. dir. eccl. sc.*, I, 855, 856). Giova admite con Giustiniani, *Delle prestaz. ottrentennali dei Comuni a favore dell parrochie* (en la *Riv. di dir. eccl. sc.*, I, pág. 11 n. 21) que el Consejo de Estado no se pronuncia decididamente sobre el punto de que la presunción sea *juris et de jure* ó *juris tantum*, por no prejuzgar la competencia judicial. Sin embargo, en las decisiones más recientes aparece clara la preferencia á favor de la presunción *juris tantum*.

(1) Apelación de Génova, 25 Noviembre 1895, est. Ottono (*Foro it.*, 1895, I, 1265).

(2) Conf., Bianchi B., nota en *Giur. ital.*, 1895, I, 1, col. 190 y siguientes; Alberti, en *Riv. ann.*, 1894, pág. 806; 1895, pág. 823; Forcella, nota en *Foro ital.*, 1895, I, col. 1265; Bacci, nota en *Giur. ital.*, 1885, I, 522; Pugliese, *Prescrip. acquisit.*, números 38, 106; Schiappell, *Le congrue e i supplém. di congrua*, cap. III, § 10, número 180.

Supongamos que se trata de prestaciones que se remontan á la época en que era presunción legal que la larga prestación hiciera presumir el título. ¿Esta presunción legal está aún vigente?

No dudamos en responder negativamente en virtud de la lógica aplicación de la doctrina en otro lugar expuesta y demostrada de que los medios de prueba son siempre regulados por la ley nueva (1). Las presunciones legales son medios de prueba (2); luego si la ley nueva no las consagra, el juez no las puede reconocer.

Pero se dice (3): la ley vigente no desconoce el principio de que quien ha pagado deberá pagar, principio derivado del derecho romano (Frag. 25, D., *De probat.*, XXII, 3) y constantemente acogido bajo el imperio del derecho común (4).

No lo desconoce porque la ley se limita á callar, y el art. 3.º de las disposiciones preliminares, en el silencio de la ley, acude á la razón de *analogía*. Ahora bien: el art. 5.º de la ley de 24 de Enero de 1864, sobre la liberación del canon, censos, décimas y otras prestaciones debidas á personas morales, dice textualmente: «La posesión continuada sin interrupción por treinta años, pacífica, pública y no equívoca, del derecho de exigir un canon anual ú otra prestación, dará lugar á título; y si se quiere rechazar la analogía, quedan *los principios generales del derecho* (cit. art. 3.º, disp. prelim.), que son precisamente las máximas del derecho común, ó quedan *los usos* observados como derecho público con relación á las personas morales (art. 2.º, Código civil.)

En fin, la presunción legal existe en el art. 1.237, Cód. civ., según el cual *todo pago presupone un débito*: lo que se ha pagado sin ser debido, es repetible. De esto deriva, se dice, que quien desea sustraerse á ulteriores pagos debe demostrar la inexistencia del débito, y el principio es aplicable con toda su fuerza en el caso que el pago se haya repetido por larga serie de años, y quien pagó fué una administración pública á quien no están consentidos actos de liberalidad.

93.—Respondamos brevemente á estas objeciones.

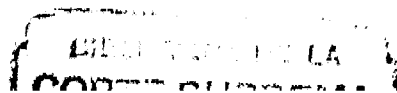
Se podría demostrar con fundamento que el Frag. 25 citado consagra una presunción simple y se refiere al hecho de que quien pagó

(1) Véase vol. I, n. 82.

(2) Véase más arriba, n. 78.

(3) Véase especialmente *Giustiniani* en *Riv. di dir. eccl.*, III, n. 10, pág. 188 y siguientes; *Cianci di Sanseverino* en *Legge*, 1899, I, pág. 468 y siguientes.

(4) Véanse las muchas autoridades citadas en la *Riv. di dir. eccl.*, n. 14-20.



se presume *debía pagar*, lo que no quiere decir que quien pagó *deba continuar pagando*, conclusión, como ve todo el mundo, muy diferente.

Pero nosotros admitimos, sin más, que por derecho común rigiese de modo absoluto la máxima que quien ha pagado por largo tiempo debe por esto únicamente continuar pagando.

Lo que negamos es que tal máxima haya sido reconocida por las leyes vigentes.

En cuanto á la analogía, podemos contestar que todos los tratadistas sobre presunciones están conformes en afirmar que éstas, exigiendo para su vida una especial disposición de ley, no pueden crearse por interpretación de analogía (1).

En cuanto á los principios generales del derecho, no es cierto que ni los del derecho romano ni del común sean los principios del derecho natural ó los principios informadores de toda la legislación; nos basta recordar haber ya demostrado que no son ni el derecho romano ni el derecho común (2).

En cuanto recurrir á los usos observados como derecho público, hemos demostrado ya que desde el punto de vista del derecho público la cuestión científicamente está resuelta contra las prestaciones del culto.

La invocación del primer párrafo del art. 1.237 del Código civil no es oportuna. Todo pago presupone una deuda, lo que quiere decir que quien reclama lo pagado como indebido, debe probar lo indebido; pero no quiere decir que quien ha pagado debe continuar pagando: quien ha pagado se presume *debía pagar*, no que *deba continuar pagando*.

94.—La máxima que no hay presunción legal *sine lege*, demuestra también el error de la ley cuando en determinados casos se declara que ciertos hechos no se presumen (3).

Este método puede justificarse únicamente por razones históricas: el legislador, con decir que ciertos hechos no se presumen, no parte del supuesto de que puedan existir presunciones legales *sine lege*; no

(1) Véase por todos Laurent, XXIX, n. 807; Ramponi, *op. cit.*, pág. 145.

(2) Véase Fadda y Bensa, notas á Windscheid, Lib. I, nota letra e, página 124.

(3) El art. 845 del Cód. civ. emplea la fórmula «no se presume» para establecer una disposición supletoria. Véase además n. 101. El art. 1189 usa la misma fórmula para recomendar al juez busque la verdadera voluntad de las partes. Véase Giorgi, *Obbligaz.*, IV, pág. 196.

contradice la máxima de que no existe presunción legal *sine lege*, sino que está movida por otras razones.

Con ello quiere repetir, ó puramente expresiones usadas por DOMAT y POTHIER, que lógicos en un tratado doctrinal están fuera de lugar en una ley; ora quiere declarar que no reconoce ya presunciones legales de la existencia de aquellos hechos reconocidos, por el contrario, por sistemas jurídicos anteriores; ora también este método se explica por la idea del legislador de no querer se admita por el juez la existencia de aquellos hechos sino con el concurso de formas ó de pruebas especiales por su cualidad ó especiales por razón particular de convencimiento. Así, cuando el art. 1.902 del Código civil dice que la fianza no se presume, sino que debe ser expresa, quiere indicar que la fianza exige una forma especial de declaración de la voluntad. Esta debe ser expresa; pero la prueba de la voluntad expresa del fiador podrá resultar—como todo otro consentimiento expreso (1)—de presunciones simples cuando éstas sean medios de prueba lícitos de por sí (2).

95.—En el mismo concepto se inspira el art. 1.188 del Código civil, según el que «la obligación *in solidum* no se presume, sino que debe ser estipulada expresamente.» Aunque aquí podemos repetir todas las observaciones precedentes, sólo recordaremos la contraposición que resulta entre dicho artículo y lo preceptuado en el 40 del Código de Comercio, por el que «en las obligaciones mercantiles los codeudores se presumen obligados *in solidum* si no existe convención contraria.» Sin embargo, no son inoportunas algunas consideraciones, aunque sean generales.

En primer lugar, no parece exacta á los pandectistas modernos la afirmación general de que la responsabilidad solidaria de los demás deudores contrayentes deba establecerse expresamente. Esta afirmación derivase de una errónea interpretación de la Nov. 99, c. 1 (3).

Cualquiera que sea el fundamento de dicha doctrina, es lo cierto que la misma afirmación fué hecha por DOMAT (4) y POTHIER (5),

(1) Véase más arriba, n. 68.

(2) CAMPOGRANDE (*Fideiucions en el Digesto ital.*, n. 11) declara preclaramente que un consentimiento tácito no puede ser constitutivo de fianza. Y se asocia á FALCOPPA (*op. cit.*, pág. 294) al considerar inútil la expresión «no se presume» que se lee en el art. 1902 del Cód. civ.

(3) BELLAVITE, *Delle obbligaz. condiz. a tempo determ. alternat. in solido, ecc.* (Padua, 1876), nota 3; WINDSCHEID, *Pand.*, § 297, nota 8 (ed. ital.).

(4) *Loix civil.*, lib. III, sec. I, n. 21.

(5) *Obbligaz.* (ed. Foramiti, Venecia, 1834, t. 463).

y por ello se incluyó en el Código francés (art. 1.202), en el italiano y en el español (1.137) (a).

Pero la necesidad de una estipulación expresa no equivale á exigir fórmulas sacramentales; basta que conste lo que quieren las par-

(a) Contrastando con las vacilaciones y aun con la diversidad de criterio que en la teoría y aun en el tecnicismo se observan en cuanto á la materia de las obligaciones solidarias y mancomunadas, aparece desde luego y especialmente en los tratadistas y Códigos una completa conformidad respecto á la doctrina que sostiene la presunción de que, á falta de una declaración explícita en contrario, debe estimarse como simplemente mancomunada la obligación en que concurren varios sujetos activos ó pasivos de la misma, ó á la vez varios acreedores y deudores. La *solidaridad*, pues, no se presume, sino que ha de resultar de los términos de la convención ó del pacto.

Esto ha sido también el criterio seguido en nuestro Código, como puede verse en los artículos 1137 y 1138 del mismo. Apenas desenvuelta esta materia en las antiguas leyes, se regía principalmente por las doctrinas de los tratadistas y por la jurisprudencia de los Tribunales, que venían á suplir las deficiencias de la legislación, siendo recogido y ordenado sustancialmente en el nuevo cuerpo legal el espíritu de unas y otra, aceptando el principio que esencialmente informaba desde los orígenes de nuestro Derecho la distinción entre obligaciones solidarias y simplemente mancomunadas.

Por su naturaleza, unas y otras tienen una misma esencia ó un elemento primordíal común, ó sea la concurrencia de dos ó más acreedores ó de dos ó más deudores, ó de ambas cosas á la vez, siendo en tal concepto mancomunadas ambas, como se las llama en el tecnicismo usado por el Código argentino y por algunos escritores, si bien distinguiendo dentro de ellas dos especies distintas correspondientes á la clasificación generalmente usada; pero en cuanto á sus efectos difieren esencialmente con relación á las responsabilidades y á los derechos de los sujetos pasivos y activos de dichas obligaciones, y exigen, por lo tanto, una radical distinción, aun cuando no siempre haya sido seguida por la ley la misma norma.

En Derecho romano, y consiguientemente en las Partidas, la *solidaridad* era la regla general; pero en la Novísima Recopilación se siguió criterio distinto, estableciéndose en la ley 10, título 1.º de su libro 10 el principio de la mancomunidad ó divisibilidad de la obligación entre los diversos obligados, siendo también éste el sistema adoptado por el Código civil, pues según el art. 1137, citado por el autor, la concurrencia de dos ó más acreedores ó de dos ó más deudores no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho á pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma, y sólo habrá lugar á esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria; añadiéndose en el art. 1138 que si del texto de las obligaciones á que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito ó la deuda se *presumirá* divididos en tantas partes como acreedores ó deudores haya, reputándose créditos ó deudas distintos unos de otros.

Esta es la solución unánime, y aunque dicha doctrina ha sido objeto de críticas y de controversia, tiene un fundamento racional digno de atención y fácilmente perceptible, pues como ha dicho un autorizado comentarista de dicho Código, «la solidaridad entre los deudores, aun cuando luego quede al que paga su derecho de repetición, supone un aumento de su responsabilidad propia, agravada por la ajena; y si aquella solidaridad existe entre los acreedores, hace posible, no sólo la defensa, sino también el desquite por cualquiera de los intereses de todos.»

Tal es el fundamento de la presunción de mancomunidad establecida como norma y regla general en nuestro Código. Sin embargo, dicha regla ó dicha presunción tiene sus excepciones, lo mismo en el derecho civil que en el mercantil, como sucede con la responsabilidad que los artículos 516 y siguientes del Código de Comercio establecen en favor del tenedor ó portador de una letra de cambio respecto del aceptante, del librador y de todos los endosan-

tés (1) (a). Del mismo modo, el que sea expresa la declaración de solidaridad puede probarse con presunciones: esto no contradice al art. 1.188, que sólo desea la prueba de la solidaridad pasiva, y esta prueba puede muy bien obtenerse con presunciones simples cuando éstas sean pruebas por sí mismo lícitas (2).

En cuanto á la disposición del art. 40 del Código de Comercio (3), nace como presunción *juris tantum* creada—por un error hecho necesario por las exigencias del comercio—en la jurispruden-

tes de la misma, y aun también se encuentran en el orden criminal, según resulta de los artículos 127 y 128 del Código penal.

De los términos claros y precisos de los artículos 1187 y 1138 del Código civil, antes citados, resulta que para tener por solidaria una obligación, es preciso que ésta lo determine ó que de ella resulte que no es mancomunada; pero aunque el principio en que dichos preceptos se fundan es generalmente admitido, se han suscitado dudas sobre si el carácter solidario de la obligación ha de demostrarse siempre necesariamente por declaración de la misma ó de la ley, ó si, por el contrario, puede también demostrarse por presunciones fundadas en actos de los deudores de ella que revelen su voluntad de obligarse en tal concepto ó en dicha forma.

Según vemos en el autor antes citado, la jurisprudencia anterior al Código había admitido en sentencia de 30 de Enero de 1864 la afirmativa; pero después de las disposiciones de la nueva ley, carece de aplicación dicha jurisprudencia.

(1) **Giorgi**, *Obbl.*, I (5.ª ed.), n. 88, pág. 108; **Melucco**, *La teoria delle obbligaz. solid.* (Turín, 1884), n. 17, pág. 38, y la doctrina francesa allí citada. Para la jurisprudencia, véase conf. Casación de Florencia, 2 Junio 1892, *Giur. ital.*, 1892, 548; Apelación de Roma, 24 Febrero 1887, *Mon. Mil.*, 1887, 988.

(a) En nuestro antiguo derecho, la ley 1.ª, título 10, libro 10 de la Novísima Recopilación sancionó la máxima corriente entre los juristas de que, de cualquier modo que apareciera que el hombre quiso obligarse, quedase obligado, con lo que vino á libertarse á la contratación de las trabas y solemnidades que antes la dificultaban. Por lo tanto, si de los actos de las partes contratantes ó contrayentes de la obligación resultaba su voluntad de obligarse solidariamente, debía bastar esto para quedar obligados en dicha forma, aunque en la convención ó en el pacto no se determinara la solidaridad de los deudores ó acreedores de dicha obligación. Sin embargo, á tal inteligencia se oponía en cierto modo el precepto terminante de la ley 10 del mismo título y libro, la cual disponía que no se entendiera solidaria la obligación, á no ser que en el contrato se dijera que cada uno quedase obligado *in solidum* ó «entre sí en otra forma fuere convenido ó igualado,» pues si bien con los términos transcritos autorizaba la posibilidad de la admisión de la solidaridad en el caso de que no se hubiese pactado expresamente, exigía, sin embargo, determinadas garantías para ello, hasta el punto que casi equivalía á la convención la forma en que se hubiere establecido dicha responsabilidad.

El Fuero Juzgo era también favorable á la presunción del carácter solidario por razones no derivadas de la obligación misma, como puede comprobarse por la ley 4.ª, título 18 de su libro 3.º; pero el derecho vigente, si bien concuerda en lo sustancial con la ley recopilada, es más restrictivo, como hemos dicho en otra ocasión, y, según él, hay que aceptar el principio de la no presunción de la solidaridad.

(2) **Pianol**, *op. cit.*, II n. 771, pág. 228. El Tribunal de apelación de Turín (17 Septiembre 1890, *Giur. Tor.*, 1891, 79) parece profesa una opinión contraria; pero se trata de una decisión especial, en la que las pruebas presuntivas resultaron ineficaces.

(3) Véase **Bucca**, *Fondam. della solidarietà delle obbligaz. commere.* (Messina, 1894) y además 109.

cia establecida en Italia bajo el imperio del Código de Comercio albertino y de las leyes de excepción de las Dos Sicilias (1), que tampoco tenían una disposición correspondiente á los arts. 90 del Código de Comercio, 1.865 y 40 del vigente.

Cierto es que el art. 40 del Código de Comercio contiene un precepto que señala efectos particulares á la sentencia del juez.

Frente al art. 40 del Código de Comercio, según el cual «en las obligaciones mercantiles los codeudores se presumen solidarios si no existe una convención contraria,» puede suceder:

1.º Que la mayoría de los codeudores ó uno de ellos excepcionen la existencia de una convención contraria á la presunción *juris* de que trata el art. 40. En tal caso, esta excepción y su prueba dan lugar á una controversia, que debe ser decidida por el juez con la precedente motivación.

2.º Que la mayoría de los deudores ó uno de ellos excepcionen que la obligación no es mercantil, y que, por tanto, debe regularse por el § 1.º del art. 1.188 del Código civil, y no por el 40 del mercantil. También en este caso la aplicación del art. 40 no puede hacerse sin una especial motivación, haciendo constar el carácter mercantil de la obligación.

3.º Que no se controvertan ni la presunción establecida por el citado art. 40 ni el carácter mercantil de la obligación. Entonces pueden darse los casos siguientes:

a) Que el acreedor pida expresamente la condena solidaria de los codeudores, y basta en tal hipótesis que el juez se limite á invocar sencillamente el art. 40 para admitir la demanda.

b) Que el acreedor pida él mismo expresamente la condena *pro diviso*. En tal hipótesis, la condena solidaria no puede tener lugar porque la parte la renuncia, ó porque confiesa la existencia del pacto que excluye la presunta solidaridad.

c) Que el acreedor pida sencillamente la condena de los codeudores, y entonces, sin necesidad de exponer los motivos ó los fundamentos de su resolución, debe el juez presumir que se ha referido al art. 40 del Código de Comercio, y, por tanto, con la sola invocación de este artículo, debe condenarles solidariamente (2).

(1) Relac. de Mancini al Senado (én *Bolaffio, Comm. al Cod. comm.*, vol. I, parte I, sobre el art. 40, n. 277).

(2) Vidari, *Corso* (8.ª ed.), III, n. 1947; Giorgi, *Obblig.* (8.ª ed.), I, pág. 155; Apelación de Luca, 29 Diciembre 1869, est. Faoni, motivos (*Ann.*, III, 2, pág. 170); Apelación de Turín, 23 Mayo 1867 (*Giur. Tor.*, IV, 469); Apelación de Génova, 15 Diciembre 1894,

Decidiendo de otro modo, vendría á presumirse la renuncia ó la solidaridad por sólo un posible olvido del defensor del acreedor, á pesar de que es sabido y notorio que esta renuncia, para surtir efecto, debe ser cierta y surgir de hechos absolutamente inequívocos (1).

4.º Que la sentencia condene á los codeudores sin indicar la solidaridad ni la divisibilidad de la condena. La condena en dicho caso debe entenderse solidaria, siempre que tal debiera ser según las distinciones antes supuestas.

Estas distinciones nos parecen esenciales y exactas, y nos ha inducido á formularlas el que, si no estamos equivocados, no habían sido hasta ahora señaladas.

Declarar siempre solidaria la condena por el silencio de la parte dispositiva de la sentencia sobre ello, como dicen algunos (2), no nos parece posible; tampoco nos parece posible decir que nunca la expresa condena solidaria exige motivación, ni justo el obligar al acreedor á reproducir la tesis de la condena solidaria en nuevo juicio, como alguna sentencia lo considera (3), puesto que el nuevo juicio no sería más que un juicio interpretativo de la sentencia, no admitido por la ley italiana (4).

Aun en materia de solidaridad, el art. 1.196, § 1.º y 2.º, declara «no se presume que el acreedor haya librado al deudor de la obligación *in solidum*: a), cuando ha recibido de éste una suma igual á su parte si el finiquito no declara que la recibe por su participación; b), por la simple demanda hecha contra uno de los deudores por su parte, si éste no se hubiera allanado ó no se hubiese pronunciado una sentencia de condena.» Pero aquí la ley no usa inútilmente la locución «no se presume,» y, por el contrario, sería necesario por decirlo así cambiar la frase para ello, y entonces se vería que la ley examina dos casos de renuncia parcial á la solidaridad; renuncia dispuesta por la ley, la cual negará la acción solidaria si se comprueban hechos

En contra: **Bolaffo**, *Com. sobre el art. 40*, I, pág. 501; Casación de Turín 5 Julio 1893, est. Cuneo (*Giur. Tor.*, 1893, 481); 30 Diciembre 1899 (*Il dir. com.*, XVIII, 252); Casación de Nápoles, 30 Agosto 1898 (*Dir. e giur.*, XIV, 123); Trib. Cagliari, 16 Diciembre 1895; (*Giur. Sarda*, 1896, 224); Apelación de Turín, 28 Enero 1896 (*Giur. Tor.*, 1896, 272).

(1) **Giorgi**, *Obbligaz.* I (5.ª ed.), n. 211, pág. 229 y siguientes; Apelación de Bolonia, 5 Agosto 1878 (*Legge*, XIV, I, 216); Apelación de Casal, 20 Julio 1883 (*Giur. Cuo.*, III, 323). Véase además n. 99.

(2) **Castagnola**, *Comm.*, I, n. 886, pág. 379; **Ottolenghi**, *Comm.*, I, pág. 532 y siguientes.

(3) Véase, por ejemplo, Apelación de Turín, 29 Diciembre 1891, est. Sacco-Suardo (*Giur. Tor.*, 1892 286).

(4) Véase vol. IV, n. 64.

que constituyeran ante la ley una renuncia de la solidaridad. En resumen, el art. 1.196, aparte de la forma, tiene un precepto análogo al 1.197 del Código civil. Se trata, pudiéramos decir, de presunciones *juris et de jure* en las cuales se niega en juicio la acción judicial solidaria (1).

96.—El art. 1.280 del Código civil presenta un ejemplo de los casos en que la ley declara que ciertos hechos no se presumen, únicamente en consideración á la tradición histórica. Quien restituye la prenda, renuncia á un derecho real de garantía, pero no al derecho ó al crédito (a): por tanto, el art. 1.280 del Código civil, en una ley, por decirlo así, virgen de precedentes, sería superfluo. Pero así como el derecho romano había consagrado, en el sentir común de los intér-

(1) Conf. *Georgi, Obligat.*, 1 (5.ª ed.), n. 218, pág. 235; *Melucci, op. cit.*, n. 87, pág. 102, y véase además n. 110.

(a) Nuestro Código civil establece la misma doctrina en los artículos 1190 y 1191.

Según el primero de ellos, «la condonación de la deuda principal extingue las obligaciones accesorias; pero la de éstas dejará subsistente la primera,» disponiéndose además en el segundo de dichos artículos que «se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor.» Es decir, que el acreedor que restituye la prenda—y lo mismo el que por cualquier otro medio condona ó remite la obligación accesoria—renuncia sólo al derecho de garantía constituido por la prenda ó por la obligación accesoria, pero no á la principal ó al crédito asegurado con ella.

La doctrina consignada en el Código concuerda con la ley 40, título 13 de la Partida 5.ª, la cual, por lo que respecta á la obligación accesoria en caso de prenda, la estimaba remitida tácitamente cuando el acreedor rompía ó entregaba al deudor la carta expresiva de la obligación, ó si le restituía la cosa pignorada, y también, como dice el vigente Código en su art. 1191, cuando ésta, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor.

Excesado es decir que para surtir dicho efecto la tenencia por el deudor de la cosa dada antes en prenda al acreedor, es preciso que obre en su poder por un modo legítimo, pues, por el contrario, si la tuviera ilegítimamente por haberla sustraído del acreedor ó de cualquiera persona en cuyo poder estuviere por el mismo título ó por algún otro admitido en derecho, aparte de la nulidad ó ineficacia jurídica de dicho acto, su tenencia sería debida á un delito penado en el núm. 1.º del art. 551 del Código penal, y, por lo tanto, no podría legitimar la posesión en que estuviere de la prenda la remisión de la obligación accesoria constituida por la misma.

Que la condonación ó remisión de la obligación principal extinga la accesoria, se comprende fácilmente, puesto que sin la primera carece de objeto la segunda; pero no sucede lo mismo con la remisión de la prenda, porque allí ella puede subsistir la deuda principal, aunque con menor garantía para su cumplimiento, y no existe, por lo tanto, una voluntad expresa de la remisión de dicha deuda ni base para presumirla extinguida, sino que, por el contrario, tiene que considerarse subsistente la obligación asegurada antes con la prenda, el bien con la modificación que para su eficacia definitiva y práctica supone la pérdida de la garantía especial que aseguraba su cumplimiento.

Esto no se opone, como ha dicho el Sr. Manresa, á que en algún caso, unida dicha devolución á otros elementos probatorios, pueda aducirse la devolución de la cosa dada en prenda como una presunción *ad hominem*, apoyada en los demás datos que concadyeren á la demostración de que la obligación principal quedó extinguida también; pero la regla gene-

protes (frag. 3, D. *De pactis*, II, 14), la máxima que la remisión de la prenda no lleva consigo la remisión de la deuda, del mismo modo se creyó oportuno por el legislador francés (art. 1.286, Cód. civ.), por el nuestro y por el español (art. 1.190) (a) consagrar dicha doctrina: el silencio hubiera podido hacer creer en la existencia de una innovación.

97.—El art. 944 del Código civil declara que la renuncia á una herencia no se presume (b).

ral es que la misma subsiste, sin que sea obstáculo para ello la sola remisión de la prenda, porque ésta en sí no contiene los elementos propios de la donación, ni puede ser equiparada á ella.

Casi todos los Códigos extranjeros establecen el mismo precepto, como puede verse en el art. 2076 del de Francia, en el 1198 del de Italia, en el 1317 del de Venezuela y en el 1664 del de Chile.

Réstanos indicar que siempre que la cosa dada en prenda se halle en poder del deudor, después de haber sido entregada al acreedor, se ha de presumir que le fué devuelta voluntariamente. Así lo establece el art. 1180 del Código civil respecto del documento privado justificativo de la deuda ú obligación principal; y como el fundamento de la presunción que sirve de base á dicho precepto es idéntico en dicho caso y en el de la tenencia por el deudor de la cosa dada en prenda, debe aplicarse al mismo la doctrina consignada en el citado art. 1180, pues, de lo contrario, resultaría ineficaz el precepto del 1191 si hubiera de quedar obligado el deudor á justificar que le fué devuelta voluntariamente la prenda.

(a) El art. 1180 de nuestro Código civil dice literalmente lo siguiente:

«La condonación de la deuda principal extinguirá las obligaciones accesorias; pero la de ésta dejará subsistente la primera.»

Como hemos dicho antes, el precepto de dicho artículo tiene su complemento en el siguiente, según el que se presumirá remita la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor.

La devolución de la prenda, en cuanto implica un desampoderamiento de la cosa pignorada, constituye una condonación tácita de la obligación accesoria, y, como tal condonación, requiere capacidad para hacerla y está sujeta á las reglas establecidas para las donaciones.

(b) En nuestro derecho tampoco se presume la renuncia de la herencia por el hecho de no aceptarla expresa ó tácitamente, sino que, por el contrario, es precisa la ejecución de algún acto que revele la intención de repudiarla.

Dicha repudiación debe ser hecha en instrumento público ó auténtico ó por escrito presentado ante el Juez competente para conocer de la testamentaria ó del abintestato, según previene el art. 1003 del Código civil; pero si el llamado á una misma herencia por testamento y abintestato la repudiase por el primer título, se entiendo haberla renunciado por los dos, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1009 de dicho Cuerpo legal, siendo éste el único caso en que la ley permite la presunción de la renuncia, hallándose apoyada dicha presunción por el principio del conocimiento obligatorio de la ley, según el que ha de entenderse que el heredero testamentario en dicho caso no podía ignorar que era llamado también á la sucesión legítima en el caso de no prosperar la institución testamentaria, y, por lo tanto, habría que suponer que el que no quiso aceptar dicha institución, demostró con su repudiación su voluntad de no ser heredero. No sucede lo mismo si el favorecido con la herencia por ambos títulos la repudiase como heredero *ab intestato* sin noticia de la institución testamentaria, pues en dicho caso podría aceptarla luego que tuviera conocimiento de ella.

Según queda dicho antes, nuestro Código no establece plazo alguno para aceptar la he-

Aquí está bien manifiesta la inutilidad del precepto, porque el artículo 944, en resumen, quiere decir que la renuncia á la herencia no puede hacerse más que por un acto público judicial prescrito en el mismo art. 944, último párrafo (1). Este es el precepto: la primera parte del art. 944 es una teórica negación, del todo inútil, de la contraria doctrina romana.

98.—Merecedora de un examen especial es la disposición del artículo 1.269 del Código civil, según el que «la novación no se presume, sino que se necesita que del acto resulte claramente la voluntad de efectuarla.» La disposición está traducida del art. 1.273 del Código civil francés: *la novation ne se presume point; il faut que la volonté de l'operer resulte clairement de l'acte*, y ha sido acogida por el Código civil español (art. 1.204) (a). El concepto del legislador tiene

renuncia fuera del caso á que se refiere el art. 1005, y, por lo tanto, falta la base para presumir la repudiación por la falta de gestión del presunto heredero.

No ocurre esto en cuanto á la aceptación, pues mediante determinados actos del heredero, se presume dicha aceptación, la cual, según el art. 979, puede ser expresa ó tácita, reputándose por tal la que se hace por actos que suponen necesariamente la voluntad de aceptar, ó que no habría derecho á ejecutar sino con la cualidad de heredero.

En tal concepto, dispone el art. 1000 que se entiende aceptada la herencia en los casos siguientes:

1.º Cuando el heredero vende, dona ó cede su derecho á un extraño, á todos sus coherederos ó á alguno de ellos.

2.º Cuando el heredero la renuncia, aunque sea gratuitamente, á beneficio de uno ó más de sus coherederos.

3.º Cuando la renuncia por precio ó favor de todos sus coherederos indistintamente; pero si esta renuncia fuere gratuita y los coherederos á cuyo favor se haga son aquellos á quienes debe acrecer la porción renunciada, no se entenderá aceptada la herencia.

Para terminar estas indicaciones, réstanos exponer que los actos de mera conservación ó administración provisional no implican la aceptación de la herencia, según precepto expreso del párrafo 2.º del art. 979, antes citado, si con ellos no se ha tomado el título ó la cualidad de heredero, y, por lo tanto, no puede estimarse en dicho caso aceptada tácitamente la misma, pues con tales actos no aparece manifiesta ni aun presunta la voluntad de aceptar.

(1) Véase vol. III, n. 147.

(a) Nuestro Código civil no contiene análoga declaración; pero es la misma la doctrina establecida por él, pues la novación que, conforme al art. 1168, es una de las causas de la extinción de las obligaciones, no puede surtir tal efecto, sin que conste de una manera indubitada, expresa ó presunta la voluntad de las partes en dicho sentido.

En efecto: según el art. 1204, para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, ó que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles. En el primer caso, la voluntad y la intención de novar es expresa y claramente resulta del acto mismo, como dice el art. 1278 del Código francés; y en el segundo, dicha voluntad no puede menos de presumirse de los actos de las partes, pues al establecer una nueva obligación totalmente incompatible con la anterior, demuestran con ello su intención deliberada de dejar sin efecto la primera, puesto que ambas no pueden coexistir.

su fundamento en el sentido dado á la reforma justiniana con la L. últ., C. *De novat. et delegat.*, VIII, 42, é Inst. (§ 3.º, *Quibus modis tollitur oblig.*, III, 29).

Los pandectistas se hallan grandemente divididos sobre el alcance de la reforma justiniana. Algunos creen que en virtud de tal reforma se debe admitir la novación cuando, *faltando la expresa declaración de las partes*, existen conjeturas tan graves, relevantes y decisivas que impidan sobre la misma toda duda; otros dicen que la voluntad de las partes es más bien la que sólo puede decidir si existe ó no novación: *tal voluntad, sin embargo, debe ser expresa*, y donde las partes no han dicho nada, surge la nueva obligación, pero no destruye la precedente (1). Mas cualquiera que sea la verdadera doctrina romana, está admitido también, por los que impugnan la segunda opinión, que la primera sirvió de base al sistema adoptado por la generalidad de las modernas codificaciones (2): nos basta re-

Para evitar equivocadas inteligencias, conviene advertir que no toda modificación de las obligaciones constituye una novación de éstas, sino que tan sólo pueden estimarse como tal aquellas modificaciones á que se refieren los diversos números del art. 1203, ó sean las siguientes:

1.º Cuando se varíe el objeto ó las condiciones principales de la obligación primitiva como sucede, por ejemplo, si una obligación pura se convierte en condicional, ó viceversa; pero no cuando el acreedor proroga al deudor el término del cumplimiento, pues la mayoría de los autores entiende que en dicho caso no existe novación.

2.º Cuando se sustituya la persona del deudor; pero hay que tener en cuenta que si el nuevo deudor resultare insolvente y dicha insolvencia hubiera sido anterior á la novación y pública ó conocida del primitivo deudor al delegar su deuda, revivirá contra éste la acción del acreedor nacida de la primera obligación.

3.º Subrogando á un tercero en los derechos del acreedor.

La sustitución de otro deudor por el primitivo, puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el del acreedor. La subrogación de un acreedor por otro, es preciso que se establezca también con claridad; pero puede ser también presunta, y se presumirá que la hay en los siguientes casos:

1.º Cuando un acreedor pague á otro acreedor preferente, cuyo caso era el único de subrogación legal admitido por el Derecho romano y por nuestra antigua legislación.

2.º Cuando un tercero no interesado en la obligación pague con aprobación expresa ó tácita del deudor. Este caso, no previsto en el Código francés ni en otros modernos, envuelve, como ha dicho un autor, un mandato expreso ó tácito de parte del deudor.

3.º Cuando pague el que tenga interés en el cumplimiento de la obligación, salvo los efectos de la confusión en cuanto á la porción que le corresponda.

Además el deudor, según el art. 1211 del citado Código, puede hacer la subrogación sin consentimiento del acreedor, cuando para pagar la deuda haya tomado prestado el dinero por escritura pública, haciendo constar su propósito en ella, y expresando en la de pago la procedencia de la cantidad pagada.

(1) Véase sobre la materia *Fadda, Sulla dottrina nella novazione* (1880) pág. 115, nota 2. El ilustre romanista impugna la segunda opinión. La primera es impugnada por *Windscheid, Pand.*, § 854.

(2) *Fadda, op. cit.*, § 44, pág. 115.

cordar á POTHIER (1) y FABRO (2). Tal concepto está confirmado por los trabajos preparatorios del Código francés.

BIGOT PRÉAMENEU explica el concepto de la ley en los siguientes términos: «Toute novation étant un nouveau contrat substitué à l'ancien, il faut que la volonté de former ce contrat résulte clairement de l'acte. La renonciation aux droits que donnait la première obligation ne doit pas dépendre d'une présomption; et si on n'exige pas une déclaration en termes précis et formels il faut au moins que l'intention ne puisse être révoquée en doute (3).» Y JAUBERT confirma el concepto: «Faut-il que les parties déclarent explicitement qu'elles veulent faire novation. Une des dernières lois romaines l'avait ainsi prescrit (4), il nous semble que notre projet a adopté une disposition judicieuse en exigeant seulement que la volonté d'opérer la novation résulte clairement de l'acte. La loi ne pouvait consacrer une formule. Il ne serait pas raisonnable que l'absence d'un mot pût empêcher les juges de déclarer qu'il y a eu novation dans un acte, lors même que toutes les clauses de l'acte auraient fait éclater la volonté que les parties avaient eue de faire novation (5).»

La disposición de los arts. 1.269, Código civil italiano, y 1.273, Código civil francés, da lugar, dentro de los límites de nuestro asunto, á averiguar: 1.º Si la prueba por presunciones simples está admitida para demostrar la novación. 2.º Caso afirmativo, de qué fuentes pueden deducirse las presunciones relativas á dicho extremo.

Con relación al primer punto es cierto que, si el sistema del Código á propósito de las presunciones fuese rígidamente observado, parecería derivarse la negativa, puesto que así como es inútil declarar que la novación no se presume, no pudiendo existir presunción legal *sine lege*, el texto de la ley no puede—al decir «la novación no se presume»—significar más que la presunción es un medio de prueba inapropiado.

Mas este argumento se presenta con error. Ante todo, porque, á pesar del principio «no existe presunción legal *sine lege*,» el Código, en

(1) *Obbligaz.*, parte III, cap. II, art. 4, n. 2.

(2) *Codex*, Lib. VIII, tit. XXIX, def. XI. Conf. Voet, *Ad. Pand.* XLVI, II, n. 8; RICHIERI, *Instit.*, § 4303.

(3) LOCRÉ, VI, pág. 173, n. 146.

(4) Véase más arriba, n. 97.

(5) LOCRÉ, VI, pág. 214, n. 39. Los trabajos preparatorios del Cód. civ. ital. nada declaran acerca del art. 1369.

éstos casos (arts. 944, 1.188 y 1.902), declara que ciertos hechos no se presumen. Además, porque la segunda parte del art. 1.269 no excluye la prueba por presunciones, la cual es de derecho común si no está especialmente prohibida, y antes bien alude á hechos perfectamente susceptibles de prueba por presunciones.

Por ello la opinión general de los escritores estima que la ley ha querido decir á mayor abundamiento, ó mejor por razones puramente históricas (1), que la novación no se presume por disposición de ley, ó sea que la novación (ó por mejor decir la intención de novar) debe probarse, y que entre los medios de prueba idóneos para ello está prohibida la presunción (2).

¿Pero las presunciones deberán derivarse del acto mismo, ó con tal que sean graves, precisos y concordantes, podrán deducirse de otros actos que revelen claramente el *animus novandis*?

También en este punto prevalece la afirmativa, siendo esencial

(1) En efecto, es en **Domat** y en **Pothier** en donde se recurre al concepto que la novación no se presume: el primero escribe «la novation n'est pas présumée si elle ne paroit» (*Loix civ.*, Lib. IV, tit. III, Sec. I, n. 2), y el segundo «la novation ne doit pas facilement se presumer.»

(2) **Menocchio**, *op. cit.*, Lib. III, praes. 184, n. 39; **Ramponi**, *op. cit.*, páginas 294, 295; **Aubri e Rau**, IV (4.ª ed.), § 324, pág. 217, nota 29; **Demolombe**, XXVIII, n. 270, págs. 187; **Duranton**, VII (3.ª ed., Bruselas, 1834), n. 284, pág. 148; **Laurent**, XVIII, n. 261, pág. 230; **Marcadé**, art. 1273, n. 1; **Larombière**, art. 1273, n. 1; **Planiol**, II n. 571; **Lomonaco**, *Obbligaz.*, II, n. 187, pág. 208 y siguientes; **Mattei**, *Cod. civ. ann., sull'art. 1269*, IV, pág. 548; **Ricci**, *Corso di dir. civ.*, VI, n. 287; **Casini**, *Dell'elem. intenz. nella novazione* (en la *Temi Veneta*, 1866, pág. 501). Además de las sentencias citadas en la nota siguiente, véase en el mismo sentido: Casación de Roma, 27 Noviembre 1877, est. **Tosi** (*Legge*, 1878, I, 1); Apelación de Turín, 7 Diciembre 1878, est. **Massimo** (*Giur. Tor.*, 1879, 124). En contra: **T. V. Ciolla**, en la *Riv. univ.*, 1897, I, col. 74. No es verdad que la Casación de Turín (2 Diciembre 1881, est. **Salucci**, *Giur. it.*, XXXIV, I, 1, 201) hubiera decidido que con las presunciones no se pone de manifiesto la prueba de la novación. La máxima se redactó mal: el texto de la sentencia se refiere á una decisión especial. Contradice, por el contrario, la enseñanza acogida en el texto la sentencia de la casación de Milán, 1 Febrero 1865, est. **Pescatore** (*Giur. Tor.*, II, pág. 49), en la cual se lee: «Cuando se declara que la novación no se presume, que debo resultar claramente del acto, la ley desconfía de las partes que aspiran á ella para advertirla que no pudiendo conducir al otro contratante á una clara resolución de la cuestión que se discute, la novación no se opera por sí misma, y vemos más adelante las argumentaciones en vía de simples presunciones.» Así también la sentencia de 2 Agosto 1875, est. **Molinari** (*Giur. Tor.*, XII, 666) declara que no valen simples presunciones á inducir la novación, «porque se acredita que no puede de otro modo considerarse, interviniendo la novación, más que cuando la misma se haya estipulado expresamente ó la naturaleza especial de la nueva convención y los términos en que se haya manifestado lleven consigo la clara, implícita manifestación de los contratantes para efectuarla.» Los términos del art. 1309, el acto de confirmación ó ratificación, son evidentemente, no sólo no exigidos para la novación, sino incompatibles más bien con el concepto de la misma. Véase Apelación de Roma, 15, II, 79, est. **Massari** (*Ann.*, XIII, III, 142).

una sola cosa: que sea cierta la intención de novar. La palabra *acto* significa lo que las partes han dicho ó hecho, no una prueba escrita ni el solo contrato estipulado: el *acto* significa aquí el *quod actum est* del derecho romano. (Fr. C. § 1.º, D. XVIII, 1, etc.) (1).

El texto de la ley, el cual quiere que del acto resulte *claramente* la voluntad de efectuar la novación, indica, en fin, que el legislador ha querido aconsejar al juez que exija pruebas convincentes y seguras, consejo que no es nuevo en materia de valoración de pruebas (2). A dicho consejo se acomoda la jurisprudencia cuando exige que «del acto surjan estipulaciones que no se puedan conciliar más que con la intención de novar (3);» que «la novación tácita debe resultar de hechos que sin duda alguna la induzcan y que no sean susceptibles de diversa interpretación (4);» que «la novación exige una prueba rigurosa (5),» «una prueba que la haga evidente (6);» que «la prueba de la novación no puede derivarse de presunciones simples deducidas de hechos más ó menos equívocos y rayanos á veces á los límites de simples tentativas, sino que debe, por el contrario, emerger válidamente de la voluntad de los contrayentes que la quieran efectuar (7);» que «la liberación y consiguiente novación no se podrán nunca deducir de simples presunciones de naturaleza puramente indiciaria, y que no resulten en vía de consecuencia necesaria de la naturaleza [de los hechos establecidos en el contrato (8).»

99.—Si, pues, en general, no está con precisión manifiesto en la

(1) Demolombe, XXVIII, n. 270, pág. 187; Laurent, *loc. cit.*; Casini, *loc. cit.*; Casación de Turín, 21 Julio 1896, est. Marangoni (*Giur. Tor.*, 1896, col. 766); 9 Septiembre 1882, est. Cattaneo (*ivi*, 1882, 642); 23 Agosto 1882, est. Talico (*Mon. Mú.*, 1882, 1028); Apelación de Macerata, 31 Marzo 1892, est. Baudana-Vaccolini (*Foro it.*, 1892, I, col. 645); Casación de Roma, 13 Diciembre 1877, est. Elena (*Legge*, 1878, 1, 268); 2 Diciembre 1890, est. Troiso (*Giur. it.*, 1891, I, 1, 272).

(2) Véase, por ejemplo, art. 71, *Ord. comm.*, y vol. I, números 347 y 352.

(3) Apelación de Turín, 28 Septiembre 1886, est. Poli (*Giur. it.*, XVIII, II, col. 525); Apelación de Perugia, 1.º Abril 1880, est. Corsi (*ivi*, 1880, I, 2, 698); Apelación de Turín, 28 Septiembre 1865, est. Voli (*Giur. Tor.*, III, 490); Casación de Turín, 15 Abril 1864, est. Gervasoni (*ivi*, I, 185); Apelación de Roma, 16 Marzo 1895, est. Fivaroni (*Tem. Rom.*, 1895, 819).

(4) Casación de Turín, 18 Julio 1885, est. Donà (*Ann.*, XIX, I, 1, 610); Apelación de Turín, 1.º Febrero 1879, est. Saccarelli (*Giur. Tor.*, XVI, 541); Apelación de Casal, 16 Enero 1889, est. Giacosa (*ivi*, VI, 142).

(5) Apelación de Perugia, 20 Mayo 1879, est. Salucci, (*Giur. it.*, 1879, I, II, 521).

(6) Casación de Turín, 31 Julio 1888, est. Borsari (*Giur. Tor.*, V, 684); 30 Julio 1882, est. Montiglio (*La Cass. Tor.*, 1882, II, 241).

(7) Apelación de Cagliari, 18 Mayo 1882 (*Il Diritto di Cagliari*, 1882, 246).

(8) Apelación de Casal, 16 Marzo 1868, est. Carboneggi (*Giur. Tor.*, V, 326).

ley el concepto de que ciertos hechos no se presumen (1), debemos decir que tampoco están expresadas siempre claramente las máximas forenses, según las que ciertos hechos no se presumen.

Una de éstas, que, sin embargo, tiene mayor aceptación, si bien inmerecidamente, es la que dice: las renunciaciones no se presumen. Esta máxima contiene una verdad, pero la expresa con error.

Esta máxima, tal como es, no tiene sentido ninguno. Puesto que, ó significa que no existen presunciones *juris* de renunciación—y esto no ocurre declararlo si verdaderamente la ley no crea la presunción *juris* de renunciación,—ó significa que no está admitida la prueba de la renunciación por presunciones simples, y también en este caso se yerra, puesto que pudiendo ser tácita la renunciación y siendo un acto unilateral, la prueba por presunciones simples siempre está admitida.

Además, la máxima de que las renunciaciones no se presumen, no tiene base ni en el derecho romano ni según nuestro Código (2). En derecho romano, el Frag. 34, § 2.º, *De leg.*, II, 31, presenta la hipótesis de uno que, habiendo tenido en fideicomiso una cosa, concurre, sin embargo, como testigo á una división entre los herederos, la cual comprende también la cosa objeto del fideicomiso. ¿Se debe presumir la renunciación al fideicomiso?

MODESTINO responde que no: *nisi evidenter apparuerit amittendi fideicommissi hoc eum fecisse*. Lo que significa que el *evidenter apparere* exigirá presunciones graves, precisas y concordantes, pero que no excluye las presunciones simples.

Y éstas, ante todo, son medio de prueba sumamente empleado en los casos frecuentísimos de renunciación tácita (a).

(1) El art. 1116, último párrafo, del Cód. civ. francés, declara también que el dolo no se presume, y debe ser probado; el Cód. civ. italiano (art. 1116) y el español (art. 1270) no han reproducido la disposición, no ciertamente para decir que el dolo se presume, sino para no repetir un concepto superfluo.

(2) *Radda* y *Bensa*, notas á *Windscheid*, Lib. II, pág. 886. Conf. *Barracci*, *Teoria della ratiffoa* (1898), pág. 327.

(a) Nuestro Código civil, conforme con la legislación de Partidas y las leyes recopiladas, admitió el principio de la renunciación de los derechos concedidos por las leyes; pero impuso la condición de que no fuera dicha renunciación contra el interés ó el orden público ó en perjuicio de tercero, como puede verse en el párrafo 2.º del art. 4.º de dicho Cuerpo legal. Algunas otras excepciones establece la ley, como las consignadas en los arts. 151, 202 y otros, en cuyos casos no es posible la renunciación ni expresa ni tácitamente; pero éstas no obstan á la regla general antes indicada, que considera licita la renunciación de las leyes meramente permisivas, como lo son las declaratorias de beneficios, de derechos y solemnidades no esenciales, sin perjuicio siempre del interés público ó del derecho privado.

En cuanto al derecho civil, impropriamente se invocaría el artículo 944 del Código civil, porque esto conduciría á exigir siempre una renuncia escrita ó al menos expresa, lo que no puede en manera alguna admitirse.

También la jurisprudencia va de continuo repitiendo que las renunciaciones no se presumen. Pero esta persistencia en la máxima no es persistir en un error cuando se examina con cuidado el sentido que la jurisprudencia da á la misma.

Con ella se dice que la renuncia no puede ser admitida sino cuando resulte de pruebas seguras. No bastan indicios vagos é inciertos. Ahora bien: este principio es verdadero, y lo será cuantas veces concurra la prueba de un hecho, y no la simple prueba de su posibilidad ó verosimilitud. Y podrá igualmente calificarse de verdadero el principio que pide para admitir la renuncia pruebas particularmente eficaces, según los conceptos en otro lugar expuestos (1).

Que verdaderamente la jurisprudencia, cuando enuncia la máxima «las renunciaciones no se presumen,» entiende simplemente exigir prue-

Si bien el Código ha procurado esclarecer este punto alejando las dudas que respecto á la renuncia de derechos pudieran suscitarse, no encontramos en él, sin embargo, una norma precisa y fija respecto á la forma en que deba ser hecha, ni reglas que determinen, en todo caso ó con carácter general, cuándo deba entenderse presunta ó tácita dicha renuncia.

El art. 1280 exige la necesidad del otorgamiento de documento público en los actos y contratos que tengan por objeto la extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles, así como para la renuncia de los derechos hereditarios ó de la sociedad conyugal, y para la cesión ó renuncia de derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública. Además, aunque la renuncia no tenga por objeto los derechos antes indicados, sino cualesquiera otros no comprendidos en los casos expuestos, si la renuncia lo fué por título oneroso, deberá hacerse constar, según dicho artículo, por escrito, aunque éste sea privado, si la cuantía de la prestación de uno ú otro de los contratantes excediera de 1.500 pesetas.

En todos estos casos, como la renuncia ha de constar por escrito, es indudable que, para surtir los efectos jurídicos correspondientes, tiene que ser hecha expresamente, y por lo tanto no puede estimarse la renuncia tácita en ellos. Además, en cuanto á la renuncia de los derechos hereditarios ó de la herencia, el art. 1008 establece que debe hacerse también por escrito en alguna de las tres formas expuestas en el mismo, y, por lo tanto, tampoco sería posible la renuncia tácita, toda vez que tiene que constar de una manera expresa la voluntad ó la intención de renunciar.

Sin embargo, como tenemos ya dicho en otra ocasión, el mismo Código, en su art. 1009, admite la posibilidad de la renuncia tácita, puesto que la presume hecha por título hereditario y abintestato, cuando el llamado á la sucesión por ambos títulos sólo repudiare la herencia por el primero de ellos.

En el antiguo derecho, la ley 18, título 6.º de la Partida 3.ª establecía que la repudiación de la herencia pudiera hacerse expresa ó tácitamente, y la ley 19 del mismo título y Partida, previendo el caso de que el heredero legítimo lo fuera también testamentario, disponía que si no adía la herencia, teniendo conocimiento de esta circunstancia, se entendiese que la había renunciado.

(1) Véase vol. I, n. 353.

bas particularmente seguras de la renuncia, es fácil demostrarlo, reproduciendo algunas máximas entre las más autorizadas.

Así, la Casación de Turín (1), después de haber dicho que «la renuncia puede ser expresa ó tácita; que la primera resulta de aquellos actos que por necesidad lógica excluyen la conservación del derecho é inducen á su extinción ó inexistencia,» añade: «Es renuncia presunta la que se demuestra por indicios vagos é inciertos que hacen probable el abandono del derecho, pero que no excluyen la voluntad de conservar el derecho mismo.» Ahora bien: nosotros consideramos inexacto este concepto de la renuncia presunta. Si, en efecto, ésta fuese presunta por la ley, no sería criticable; pero si se habla de renuncia resultante de presunciones, éstas, para hacer prueba, deben ser graves, precisas y concordantes, y no vagas é inciertas. Pero aceptando el concepto que de la renuncia presunta da la Casación de Turín, lo que ésta viene á decir es que no se puede considerar probada por presunciones la renuncia si aquéllas resultan de indicios vagos é inciertos.

Además, las mismas sentencias que enuncian la máxima de que las renunciaciones no se presumen, tienen cuidado de explicarla en el sentido que nosotros conceptuamos exacto; y así como se admite la renuncia resultante por modo implícito de actos y hechos inequívocos (2), del mismo modo se admite la renuncia tácita que resulte de hechos incompatibles con el ánimo de conservar el derecho (3). Esto sentado, debe tenerse en cuenta que la tácita declaración de la voluntad puede probarse siempre con presunciones (4), lo cual está admitido por la misma jurisprudencia, que, sin embargo, repite que las renunciaciones no se presumen (5).

100.—Una investigación no intentada hasta ahora es la referente á las relaciones entre las disposiciones supletorias de la ley y las presunciones legales.

Son disposiciones supletorias de la ley, ó como otros dicen, leyes declarativas (6), «las normas jurídicas que toleran que la relativa

(1) 14 Diciembre 1882, est. Basteris (*La Cass. Tor.*, 1882, I, 660). En un todo conforme: Casación de Palermo, 24 Febrero 1866, est. Volpicella, *Legge*, VI, I, 573.

(2) Apelación de Bolonia, 12 Agosto 1898 (*Mon. giur. Bol.*, 1899, 183).

(3) Apelación de Génova, 14 Diciembre 1894 (*Temé Gen.*, 1895, 111); Apelación de Bolonia, 18 Diciembre 1898 (*Mon. giur. Bol.*, 1899, 204); Apelación de Nápoles, 21 Marzo 1878 (*Ann.*, VII, 98); Casación de Nápoles, 5 Abril 1869, *Legge*, X, I, 772.

(4) Véase más arriba, n. 67.

(5) Por ejemplo, la casación de Turín, 18 Julio 1866 (*Annali*, 1886, I, 182).

(6) *Manicci, Princ. gen. delle leggi* (Turín, 1886), n. 10.

relación jurídica sea regulada por modo distinto al del arbitrio privado, y se aplican únicamente cuando falta una regulación de la misma hecha por el arbitrio privado (1),» ó las leyes «cuyas disposiciones tienen por solo objeto determinar los derechos y las obligaciones derivables de los contratos ó de otros actos jurídicos para el caso en que las partes contrayentes ó estatuyentes no hayan establecido nada para regular aquellos derechos y aquellas obligaciones (2).»

Las normas declarativas están reputadas en general como presunciones de la voluntad no manifestada por las partes (3). Nosotros, por el contrario, llamamos á estas normas de semi-libertad. La ley es cierto que dispone, pero consiente también que las partes dispongan á su vez: si éstas no disponen, entonces la ley recobra su imperio; regula la relación jurídica, según normas de justicia que responden al deseo del legislador, el cual no se cuida de decir lo que las partes hubieran dicho, sino lo que hubieran debido decir, inspirándose en aquellas normas de justicia que el legislador ha tenido presentes.

En resumen: en las disposiciones supletorias, la ley, si no ha existido una manifestación de voluntad contraria (no por presunción, sino por disposición), no por lógica inducción, sino por su autoridad, dicta una norma supletoria. El no uso de la voluntad por parte del interesado autoriza á la ley para disponer.

La ley concede al particular la libertad de declarar su voluntad; si no lo declara, ella no presume tal voluntad, sino que dispone como cree. Frente á la renuncia á un derecho, dispone, no para interpretar una voluntad que no fué declarada, sino para declarar su propia voluntad.

Este concepto nuestro de las disposiciones supletorias merece una demostración que haremos con el examen de aquellas más importantes, para eliminar de las mismas todo carácter de presunción.

Tomemos, en primer lugar, como ejemplo típico la norma «no hay lugar á la sucesión legítima sino cuando falta en todo ó en parte la testamentaria» (art. 720, Cód. civ. ital., análogo al 658, Cód. civ. es-

(1) Windscheid, *Pand.*, § 30, ed. ital.

(2) Bianchi, *op. loc. cit.*

(3) «Esas leyes declarativas no son más que para representar la voluntad presunta de las partes.» (Bianchi, *op. y loc. cit.*) «Las leyes supletorias intervienen únicamente para suplir el silencio de las partes ó interpretar las voluntades individuales.» (SAROLO, *Tratt. delle leggi*, n. 377, pág. 313.)

pañol). Esta es una norma supletoria. Pero no se funda, como es opinión general, sobre la presunción de que el de *cujus*, no habiendo testado, ha querido ajustarse á las disposiciones de la ley. El no haber testado devolverá el imperio á la libre disposición de la ley. El art. 720 afirma el derecho de la ley á regular la sucesión á falta de testamento y de regularla según reglas reputadas justas, sin la pretensión absoluta de interpretar la voluntad del testador. La ley entonces sustituye su voluntad á la que falta del testador, no para hacer lo que éste querría, sino para hacer lo que quiere la ley, sin preocuparse de la conformidad mayor ó menor de la opinión de la ley con la opinión de él.

Este criterio está afirmado casi con igual decisión en la relación PISANELLI, en la que se lee: «No se desconoce que la ley, al desenvolver la sucesión, debe tener en cuenta las afecciones presuntas del hombre; pero no tiene el solo fin de suplir su silencio, porque esto supondría supeditar la voluntad pública á la privada.... Y son deberes sociales á los que la ley debe garantizar su realización (1).»

101.—El mismo espíritu domina en cualquiera otra disposición supletoria, como se podría demostrar caso por caso con un examen particular de ellas (2).

Nos limitaremos aquí á una enumeración que es necesaria para excluir del número de las presunciones legales normas que le son extrañas.

En materia de las *propiedades*, la ley regula los gastos de reparación ó construcción de los pisos enlosados en caso de condominio, salvo las estipulaciones particulares (art. 563) (a).

En materia de *servidumbres*, los arts. 476 y último párrafo del 616

(1) En *Gianzana*, I, pág. 57-58, n. 70.

(2) Varias disposiciones supletorias tienen por objeto evitar discusiones sobre la interpretación de la voluntad, no ya con declarar la voluntad presunta de las partes, sino más bien al establecer una, autónoma del legislador. El lector lo percibirá por sí mismo en los casos especiales enumerados en el texto. Hablando de las presunciones «juris», veremos existen presunciones «juris» de voluntad y cómo se diferencian de las disposiciones supletorias. Véase además cap. V.

(a) Los arts. 395 y 396 del Código civil regulan en nuestro derecho la obligación de contribuir á los gastos de reparación de las fincas poseídas *pro indiviso* ó en comunidad por diversos dueños á falta de pacto ó disposición expresa sobre ello.

En primer lugar, se estará á lo que dispongan los títulos respectivos de propiedad con arreglo á lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 302 de dicho Código, y después á lo estipulado por los condueños; y en el caso de que nada establezcan los títulos y no exista pacto especial sobre ello, se aplicarán entonces las reglas contenidas en los dos artículos al principio citados.

Según el primero de ellos, todo copropietario tiene derecho para obligar á los copartícipes

del Código civil declaran que la ley sólo suple, por lo regular, á cuanto no provee el título; y según el art. 633, dejando de pertenecer al mismo propietario los dos fundos de que se ocupa el 632, sin ninguna disposición relativa á la servidumbre que entre ellas existiera, ésta se entiende establecida activa y pasivamente á favor y sobre cada uno de los fundos separados (a). Puramente supletoria es la disposi-

á contribuir á los gastos de conservación de la cosa ó derecho común, y sólo podrá eximirse de esta obligación el que renuncie á la parte que le pertenece en el dominio.

Conforme al art. 396, cuando los diferentes pisos de una casa pertenezcan á distintos propietarios, si los títulos de propiedad no establecen los términos en que deban contribuir á las obras necesarias y no existe pacto sobre ello, se observarán las reglas siguientes:

1.ª Las paredes maestras y medianeras, el tejado y las demás cosas de uso común, estarán á cargo de todos los propietarios en proporción al valor de su piso.

2.ª Cada propietario costeará el suelo de su piso. El pavimento del portal, puerta de entrada, patio común y obras de policía, comunes á todos, se costearán á prorrata por todos los propietarios.

3.ª La escalera que desde el portal conduce al piso primero, se costeará á prorrata entre todos, excepto el dueño del piso bajo; la que desde el primer piso conduce al segundo, se costeará por todos, excepto los dueños de los pisos bajo y primero, y así sucesivamente.

En la anterior legislación, la ley 26, título 32 de la Partida 3.ª reconocía implícitamente la obligación de los copropietarios á contribuir á los gastos para conservar la cosa común; pero tanto dicha ley como la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de Mayo de 1867 y otras varias, ordenaban que las reparaciones habían de ser hechas dando conocimiento á todos los condueños; y si alguno de ellos las hacía sin previo aviso dado á los demás, perdía los gastos hechos y quedaba la obra en beneficio de todos. Como el Código civil no dispone nada en concreto acerca de ello, entienden los tratadistas que seguirá siendo requisito indispensable dicho aviso en esta clase de obras y reparaciones, pues de otro modo se autorizaría el fraude entre los condueños.

Dudan los autores si será necesario el consentimiento de todos los copartícipes para llevar á cabo las obras de reparación necesarias en la cosa común. Algunos estiman indispensable dicho consentimiento, haciendo aplicación á este caso del precepto del art. 397; pero la opinión mas corriente es que bastará se dé conocimiento á todos los condueños, y cumplido este requisito, todos podrán ser obligados á contribuir proporcionalmente á los gastos, según el art. 396; mas cuando las obras no sean de mera conservación, sino que hayan de dar por resultado una alteración en las mismas, entonces será necesario el consentimiento; y si éste no se pide ó no se concede, el que haga la obra perderá lo gastado en beneficio de todos, si resulta beneficio, ó estará obligado á indemnizar si la alteración es perjudicial.

(a) En nuestro Derecho, si bien no existe una declaración idéntica, precisa y concreta respecto de dicho extremo, la doctrina en que se inspiran, tanto el Código civil como la antigua legislación, es la misma que queda expuesta.

Según el art. 636 de dicho Código, las servidumbres se establecen por la ley ó por la voluntad de los propietarios, llamándose en el primer caso *legales*, y en el segundo *voluntarias*.

En cuanto á éstas, como nacidas del pacto, habrá de estarse, en primer término, para la regulación de las mismas, á las estipulaciones establecidas por los que las constituyeren, siempre que no sean contrarias á las leyes ni al orden público, puesto que ésta es la única limitación impuesta á la voluntad de las partes por el art. 694 del citado Código acerca del modo y forma en que pueden ser constituidas; y respecto de las servidumbres legales, es precepto expreso del art. 650 de dicho Cuerpo legal que todo lo concerniente á las servidumbres legales impuestas por razón de utilidad pública, ha de regirse por las leyes y re-

ción del art. 517, según el que el usufructo concedido hasta que una tercera persona llegue á una determinada edad, dura hasta aquel tiempo, aunque aquella persona hubiera muerto antes de la edad establecida. Dicha disposición, en efecto—derivada del derecho romano (ley 12, C. *De usufr.*, III, 33), y acogida por el Código francés (art. 620),—cesa según la doctrina uniforme (1), cuando aparece manifiesta una contraria voluntad del constituyente. Lo que se encuentra oportunamente expresado en el art. 516 del Código civil español (a.)

En materia de *sucesiones*, el art. 726 da carácter de norma supletoria á la indignidad para suceder, admitiendo á la sucesión á quien estuviese incurso en indignidad cuando la persona de cuya sucesión se trate lo haya expresamente rehabilitado por acto auténtico ó por testamento (b). El art. 832 concede á los pobres del lugar del domi-

giamientos especiales que las determinen, y en su defecto, por las disposiciones del título de dicho Código consagrado á la materia de servidumbres. Dichas disposiciones tienen en su virtud carácter supletorio, y sólo tienen aplicación en dicho concepto.

No sucede lo mismo con las servidumbres legales que impone la ley en interés de los particulares ó por causa de utilidad privada, pues éstas han de registrarse, según el art. 551, por las prescripciones del título 7.º del libro 2.º del citado Código, sin perjuicio de lo que dispongan las leyes, reglamentos y ordenanzas generales ó locales sobre policía urbana ó rural. Sin embargo, dichas servidumbres pueden ser modificadas por convenio de los interesados cuando no lo prohiba la ley ni resulte perjuicio á tercero, y entonces excusado es decir que habrá de estarse ante todo, en cuanto á los efectos de las mismas en todo lo relativo á dichas modificaciones, á las estipulaciones de las partes interesadas en dichas servidumbres, toda vez que adquirieron en dicha parte el carácter de voluntarias.

Conforme al núm. 1.º del art. 546 del mismo Código, se extinguen las servidumbres por reunirse en una misma persona la propiedad del predio dominante y la del sirviente; pero en el caso contrario, es decir, en el de que perteneciendo á un solo dueño dos fincos que para el servicio común de las mismas tuvieran algún signo aparente de servidumbre entre ambas establecido por el propietario de ellas y se enajenare alguna de dichas fincos, la existencia de dicho signo se considerará como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, á no ser que al tiempo de separarse la propiedad de las dos se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, ó se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura. Así lo dispone el art. 541 de dicho Código, y, por lo tanto, resulta idéntica la doctrina consignada en el mismo.

(1) *Serranís*, nota á *Clavic*, Lib. VII, tit. IV, § 640, pág. 320, nota 5; *Aubri y Rau*, II (6.ª ed.), pág. 720, y los muchos allí citados.

(a) En efecto: el Código civil, supliendo en este punto deficiencias de la legislación anterior, estableció el mismo principio que queda expuesto, disponiendo en su art. 516 que el usufructo concedido por el tiempo que tardé un tercero en llegar á cierta edad, subsistirá el número de años prefijado, aunque el tercero muera antes, salvo si dicho usufructo hubiese sido expresamente concedido sólo en atención á la existencia de dicha persona.

(b) Nuestro Código civil, en su art. 757, sanciona el mismo principio que el art. 720 del Código italiano, disponiendo «que las causas de indignidad dejan de surtir efecto si el testador las conoce al tiempo de hacer testamento, ó si, habiéndolas sabido después, las re- mitiere en documento público.»

cilio del testador al tiempo de su muerte, y otorga al establecimiento local de caridad, las disposiciones hechas á favor de los pobres ú otras semejantes expresadas genéricamente, sin que se haya determinado el uso, la obra piadosa ó el establecimiento público á cuyo favor estuvieran hechas, ó cuando la persona encargada por el testador para determinarlo no quiera ó no pueda aceptar el encargo (a). El art. 837 (véanse también los arts. 839 y 843, último párrafo) declara nulo el legado de cosa ajena, salvo el caso en que resulte expresamente del testamento que el testador sabía que era de otro la cosa legada (b). El art. 845 declara que no debe estimarse hecho

Dichas causas de indignidad consignadas se hallan en el art. 756 del expresado Código, en el que se ha reproducido la doctrina de las leyes 4.^a, 5.^a, 6.^a, 7.^a, 11, 12, 13, 16, 16 y 17 del título 7.^o de la Partida 6.^a, si bien prescindiendo de aquéllas que resultaban ya incompatibles con las costumbres y con el nuevo orden legal en cuanto á la condición social de los ciudadanos y á la tolerancia religiosa reconocida por la constitución del Estado.

(a) Preceptúa el art. 740 de nuestro Código civil que las disposiciones hechas á favor de los pobres en general, sin designación de personas ni de población, se entenderán limitadas á los del domicilio del testador en la época de su muerte si no constare claramente haber sido otra su voluntad. La calificación de los pobres y la distribución de los bienes se harán por la persona que haya designado el testador, en su defecto, por los albaceas, y, si no los hubiere, por el Párroco, el Alcalde y el Juez municipal, los cuales resolverán, por mayoría de votos, las dudas que ocurran. Esto mismo se hará cuando el testador haya dispuesto de sus bienes en favor de los pobres de una parroquia ó pueblo determinado.

Concuerda, pues, en lo sustancial dicho artículo con el 822 del Código italiano, teniendo el mismo carácter supletorio su precepto, toda vez que, en primer lugar, se ha de estar á la calificación y distribución hecha por la persona á quien el testador diere dicho encargo, ó por sus albaceas si dicha persona no pudiera ó quisiera aceptar dicho encargo, y sólo á falta de los albaceas será cuando podrán hacer la calificación y distribución las personas designadas en último término por la ley; pero tanto en uno como en otro de dichos casos, la disposición se entenderá hecha en favor de los pobres del domicilio del testador en la época de su muerte, y sólo á éstos alcanzará el beneficio de la misma.

Esta era también la doctrina sancionada por nuestra antigua legislación, pues la ley 20, título 3.^o de la Partida 6.^a declaraba que en el caso de que se estableciera por herederos á los pobres de una ciudad ó villa, se distribuyeran los bienes entre los que se hallasen en los hospitales de los indicados puntos, y especialmente los que por sus enfermedades no pudieran salir á implorar la caridad pública; pero que si no se designan los pobres de una ciudad determinada, debía repartirse la herencia entre los pobres del lugar en donde se hiciera el testamento.

Previene también el art. 747 del Código civil que si el testador dispusiera del todo ó parte de sus bienes para sufragios y obras piadosas en beneficio de su alma, haciéndolo indeterminadamente y sin especificar su aplicación, los albaceas venderán los bienes y distribuirán su importe, dando la mitad al Obispo para que lo destine á los indicados sufragios y á las atenciones y necesidades de la iglesia, y la otra mitad al Gobernador civil correspondiente para los establecimientos benéficos del domicilio del difunto, y en su defecto para los de la provincia.

(b) En nuestro antiguo Derecho, la ley 10, título 9.^o de la Partida 6.^a declaraba válido el legado de cosa ajena si el testador sabía que no era suya ni de su heredero; pero

para pagar al legatario el crédito que el testador le adeudare, el legado que éste ordenara á favor de su acreedor sin hacer mención de su débito (a). El art. 869 dispone que si fuere legada una cosa propia de un coheredero, el otro ó los otros coherederos están obligados á compensarle del valor de la misma con dinero ó con bienes hereditarios en proporción á su cuota hereditaria cuando no conste la voluntad en contrario del testador (b). El art. 874 presume dejada al heredero la facultad de elección en el legado alternativo (c). El art. 888, § 3.º excluye la revocación de derecho de las disposiciones á título universal ó particular, cuando el testador haya previsto el caso de existir ó sobrevenir hijos ó descendientes de aquéllos. El art. 890 hace entrar en la herencia ó en el legado, dejando sin efecto por la no supervivencia ó incapacidad del beneficiado, á los descendientes del heredero ó del legatario premuerto ó incapaz en los casos en que se hubiera admitido á su favor la representación si se trataba de sucesión intestada, excepto el caso en que el testador hubiera dispues-

le consideraba nulo si tenía la creencia de que la cosa legada le pertenecía á éste ó á él.

La misma doctrina ha venido á establecer el Código civil, pues según el art. 861 es válido dicho legado si el testador, al legarla, sabía que era ajena la cosa legada, y, por el contrario, conforme al art. 862, es nulo el legado si el testador ignoraba que la cosa que legaba era ajena. Sin embargo, será válido si la adquiriese dicho testador después de otorgado el testamento.

En el caso de que el testador, al hacer el legado, supiera que era ajena la cosa objeto del mismo, el heredero está obligado á adquirirla para entregarla al legatario, y, no siendo posible, á dar á éste su justa estimación.

(a) Concuérda dicha disposición con el art. 873 de nuestro Código civil, en el que terminantemente se declara que el legado hecho á un acreedor no se imputará en pago de su crédito, á no ser que el testador lo declare expresamente; y en el caso de que así lo declarara, tendrá derecho el acreedor á cobrar el exceso del crédito ó del legado.

(b) La legislación de Partidas tenía establecido que era válido el legado hecho, obligando al heredero del que lo fuera del testador, ó al heredero mismo, á entregar una manda cualquiera á otro; y si el heredero forzoso renunciaba la herencia, sucediendo otro pariente de igual grado, se traspasaba á éste la obligación citada. Véanse, en confirmación de lo expuesto, las leyes 4.ª y 5.ª del título 9.º de la Partida 6.ª

El Código civil, pesando aún más los términos del precepto y ampliándolo en términos más generales, dispone en sus arts. 863 y 864 que será válido el legado hecho á un tercero de una cosa propia del heredero ó de un legatario, los cuales, al aceptar la sucesión, deberán entregar la cosa legada ó su justa estimación, sin perjuicio de la legítima de los herederos forzosos; pero si el heredero ó legatario tuviesen sólo una parte ó un derecho en la cosa legada, se entenderá limitado el legado á esa parte ó derecho, á menos que el testador declare expresamente que lega la cosa por entero.

(c) La misma doctrina viene á establecer nuestro Código civil, pues en su art. 874 preceptúa que en los legados alternativos se observe lo dispuesto para las obligaciones de la misma especie, salvo las modificaciones que se deriven de la voluntad expresa del testador; y según el art. 1182, la elección en dicha clase de obligaciones corresponde al deudor, á menos que expresamente se hubiese concedido al acreedor.

to otra cosa (1) (a). El art. 896, si en la sustitución está únicamente expresado uno de los dos casos, que el primero llamado no pueda ó no quiera aceptar la herencia ó el legado, entendiéndose tácitamente incluido el otro caso, siempre que no conste la voluntad contraria del testador. El art. 897 impone á los sustitutos las cargas impuestas á los sustituidos, siempre que no aparezca ser la voluntad del testador la de limitar aquellas cargas á las personas llamadas en primer lugar (b). De igual modo las condiciones que hacen relación especialmente á la persona del heredero ó del legatario no se presumen repetidas con referencia al sustituto, si esto no se halla expresamente declarado (c). Por el art. 898, si entre varios herederos ó legatarios de partes desiguales está establecida una sustitución recíproca, la proporción fijada en la cuota de la primera distribución se presume repetida también en la sustitución (d).—Por el 1.001 la obligación (e)

(1) Con relación á la forma como debe interpretarse el inciso «de otro modo dispuesto», véase Casación de Turín, 4 Marzo 1895 (*Foro it.*, 1895, I, 942).

(a) Según el art. 761 de nuestro Código civil, si el excluido de la herencia por causa de incapacidad fuere hijo ó descendiente del testador y tuviere hijos ó descendientes, adquirirán éstos su derecho á la legítima, y el excluido no tendrá el usufructo y la administración de los bienes que por esta causa hereden sus hijos.

Por el contrario, no transmite derecho alguno á sus herederos el heredero ó legatario que no llegare á entrar en la herencia por haber muerto antes de que se cumpliera la condición impuesta, aunque sobreviva al testador. Véase el art. 759 de dicho Código.

(b) La misma doctrina se establece en el art. 780 de nuestro Código civil, que por excepción declara que el sustituto quedará sujeto á las mismas cargas impuestas al instituido, á menos que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario ó que los gravámenes ó condiciones establecidas por el testador sean meramente personales del instituido.

(c) Véase lo expuesto en la nota que anteriormente hemos consignado respecto de la doctrina establecida en el art. 897 del Código civil italiano, concordante con el 780 del nuestro.

(d) Concuérda este artículo del Código civil italiano con el 779 del nuestro, según el que si los herederos instituidos en partes desiguales fueran sustituidos recíprocamente, tendrán en la sustitución las mismas partes que en la institución, á no ser que claramente aparezca haber sido otra la voluntad del testador.

(e) La misma doctrina se halla establecida en nuestro Código. En efecto: con arreglo á lo dispuesto en su art. 1035, todo heredero forzoso que concurra á una sucesión con otros que también lo sean deberá traer á la masa hereditaria los bienes ó valores que hubiese recibido del causante de la herencia en vida de éste, por dote, donación ú otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición.

Esta es la regla general; pero el art. 1036 subordina dicha obligación á la voluntad del donante, disponiendo que dicha colación no tendrá lugar si el donante así lo hubiese dispuesto expresamente ó si el donatario repudiare la herencia, salvo el caso en que la donación hubiera de reducirse por inoficiosa.

Ha de decir, que, como en la legislación italiana, la regla general es la obligación de colacionar, y sólo se exceptúa de dicha regla el caso en que el donante hubiere dispuesto otra cosa.

Otras excepciones se consignan en los arts. 1037, 1039, 1040 y 1041 de dicho Código; pero

de la colación es la regla general, exceptuándose sólo el caso en que el donante haya dispuesto otra cosa (1).

102.—En materia de *obligaciones*, se presume que cada uno ha contratado para sí y para sus herederos y causahabientes, cuando no se haya pactado expresamente lo contrario ó esto no resulte de la naturaleza del contrato (1.127) (a). La condición resolutoria se sobrentiende siempre en los contratos bilaterales para el caso en que una de las partes no satisfaga su obligación (art. 1.165, Cód. civ. (b); 1.184, Cód. civ. fr.; 1.124, Código civil español); pero las partes son

estas excepciones se refieren tan sólo á los bienes que no son colacionables por razón de su naturaleza ó circunstancias de la donación, y no afectan al principio relativo á la obligación de colacionar los bienes que son colacionables.

(1) En materia de colación, se cree generalmente que la ley, con preceptuarla como regla, presume interpretar la voluntad del donante; pero contra esta opinión alzanse justamente, á nuestro parecer, **Chironi**, *Della collazione* (Cagliari, 1881), *Istit. di dir. civ.*, § 451, y *Quest. di dir. civ.*, pág. 388, y **Abello** (en *Giur. it.*, 1896, VI, pág. 385 y siguientes). Este último escribe muy claramente: El art. 1001 no habla precisamente de presunción de voluntad: dispone textualmente (*segue el art. 1001*). Con este artículo se impone la obligación de la colación á los determinados herederos de que se hace mención; pero no se afirma para nada que dependa de la voluntad del *de cuius*, y tanto menos que esta voluntad se deba presumir en el *de cuius*, mientras no se pueda probar que tuvo otra intención. Sólo la última frase (*exceptuado el testamento, etc.*) puede inducir á esta opinión; pero si la examinamos atentamente, creo que no se pueda inferir el principio general de presunción de voluntad del difunto que se ha querido deducir. Sólo puede inducirnos á considerar que el difunto tiene facultad de dispensar á sus herederos de la obligación de la colación que, por regla general, la ley impone á los hijos y descendientes; pero no significa, ni mucho menos, que siempre exista tal obligación y que únicamente la dispensa expresa y tácita del difunto pueda eximir de tal deber. Véase, pues, la demostración de **Abello** en la pág. 411, § 20. Y **Chironi** declara: «Otras causas además de la dispensa existen, por las cuales la colación no puede ser pedida y prestada; y mejor que por el concepto de la dispensa presunta ó tácita, se debe deducir de la naturaleza jurídica de la colación.»

(a) Conforme al art. 1257 de nuestro Código civil, los contratos producen sus efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo el caso, en cuanto á éstos, de que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, ó por su naturaleza, ó por pacto, ó por disposición de la ley. Por lo tanto, con arreglo á la ley, se presume en nuestro derecho, como en la legislación italiana, que el que contrata lo hace para sí y para sus herederos ó causahabientes, excepto en los casos de excepción citados, lo cual constituye un principio de derecho y una regla de jurisprudencia universalmente aceptados.

(b) La misma doctrina se consigna en el art. 1124 de nuestro Código civil, en el que expresamente se establece que la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

El perjudicado en dicho caso podrá escoger entre exigir el cumplimiento ó la resolución de la obligación con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, á no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo á los arts. 1295 y 1298 y á las disposiciones de la ley Hipotecaria.

libres para establecer que el contrato no se resolverá en caso de inejecución, porque el art. 1.165 se funda en consideraciones de conveniencia (1). El término se presume siempre estipulado en favor del deudor, si no resulta de la estipulación ó de las circunstancias que se estipulase igualmente en favor del acreedor (art. 1.175) (a). Cuando el finiquito ó carta de pago no expresa alguna imputación, la ley la regula (art. 1.258) sin criterios presuntivos, pero inspirándose en el favor generalmente acordado al deudor (2) (b). Si el padre ó la madre que tienen bienes extradotales constituyen conjuntamente una dote sin distinguir la parte de cada uno, la dote se entiende constituida en partes iguales por ambos (art. 1.392 (Cód. civ.) (c).—Si el

(1) *Giorgi, Obligaz*, IV, n. 205, y *Godart*, ob. cit.

(a) En nuestro derecho, siempre que en las obligaciones se designa un término, se presume establecido en beneficio del acreedor y del deudor, á no ser que del tenor de dichas obligaciones ó de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno ó del otro.

(2) El art. 1258 es considerado generalmente por el contrario como una presunción. Véase *Ricci*, nota en *Giur. it.*, 1890, I, 1, col. 123. La disposición supletoria en sentencia civil no admite declaración de voluntad contraria que no conste por finiquito escrito. Véase Apelación de Génova, 7 Julio 1899 (*Legge*, II, 456; Casación de Palermo, 24 Noviembre 1896 (*Foro Sic.*, 1897, 5).

(b) El mismo criterio se ha seguido en nuestro Código civil, el cual siempre se ha inspirado, como casi todos, en una razón de conveniencia para el deudor, resolviendo en su favor las dudas que puedan suscitarse en los casos indicados y en otros análogos.

Conforme con dicho criterio, el art. 1110 establece que el recibo del capital por el acreedor, sin reserva alguna respecto á los intereses, extingue la obligación del deudor en cuanto á éstos. Por lo tanto, la carta de pago ó finiquito que el acreedor suministrare á su deudor sin reserva alguna, hay que estimarle en el sentido indicado, ó sea en favor del deudor, por los mismos fundamentos en que se inspira el precepto indicado, entendiéndose extinguida en su virtud la deuda, no sólo en cuanto al principal, sino también respecto de los intereses.

Por la misma razón dispone también dicho art. 1110, en su párrafo 2.º, que el recibo del último plazo de un débito, cuando el acreedor tampoco hiciera reservas en él, extinguirá la obligación en cuanto á los plazos posteriores.

(c) De acuerdo con dicho principio, nuestro Código civil dispone en su art. 1046 que la dote ó donación hecha por ambos cónyuges se colacionará por mitad en la herencia de cada uno de ellos. Sólo en el caso de que la dote fuere hecha por uno de ellos con bienes propios, haciéndolo constar así expresamente, será cuando habrá de colacionarse únicamente en su herencia.

La razón legal y el fundamento de dicho precepto consiste en el carácter especial que dentro de nuestra legislación tiene la dote. En efecto: según el art. 1400, es de cargo de la sociedad de gananciales lo donado ó prometido á los hijos comunes para su colación ó carrera, por el marido solamente ó por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que haya de satisfacerse con los bienes de la propiedad de uno de ellos en todo ó en parte; y constituyendo dicha obligación una carga del caudal ganancial, tiene que imputarse á cada uno de los cónyuges la mitad de dichas donaciones.

Así lo dispone expresamente el art. 1843 de dicho Código, el cual terminantemente declara que cuando el marido solo ó ambos cónyuges juntamente constituyeron dote á sus hijos se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; y si no los hubiere, se satisfará con los bienes propios de cada uno de ellos por mitad, ó en la proporción en que los padres se hubie-

marido hubiese usufructuado los bienes parafernales de la mujer con poder, pero sin obligación de rendir cuenta de los frutos, no responde de los consumidos (art. 1.429, Cód. civ.)—Se hará por los esposos antes del matrimonio una descripción auténtica de sus bienes muebles presentes, é igual descripción deberá hacerse de los que se devuelvan durante la comunidad; y á falta de tal descripción ó de título auténtico, dichos bienes muebles se consideran como adquiridos constante el matrimonio (art. 1.437, Cód. civ.) (a).—Se entiende hecha la venta en globo si las cosas han sido vendidas por un único y cierto precio, sin que haya habido consideración al peso, al número ó á la medida, ó cuando se hayan tenido en consideración dichas circunstancias al solo efecto de determinar el importe del precio mismo (art. 1.451, último párrafo, Cód. civ.) (b).—Los gastos de las escrituras y demás accesorios en la venta serán de cargo del comprador, salvo otras estipulaciones (art. 1.455, Cód. civ.) (c).—Los contrayen-

ten obligado respectivamente. Cuando la mujer dotare por sí sola, deberá imputarse á sus bienes propios lo que diere ó prometiére.

Siendo la dote una deuda legal que alcanza por igual á uno y otro cónyuge, es natural y justo que, prometiéndola el jefe de la sociedad matrimonial, salga de los bienes gananciales. Así también lo dispone la ley 4.ª, título 3.º, libro 10 de la Novísima Recopilación.

(a) El art. 1407 del Código civil, tantas veces citado, de acuerdo en un todo con lo que establecía la ley 4.ª, título 4.º, libro 10 de la Novísima Recopilación, dispone que se reputen gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido ó á la mujer.

(b) En la venta de un inmueble, hecha por precio alzado y no á razón de un tanto por unidad de medida ó número, no tendrá lugar el aumento ó disminución del mismo aunque resulte mayor ó menor cabida ó número de los expresados en el contrato. Así lo dispone el art. 1471 de nuestro Código civil, y la razón de dicho precepto es que se reputa hecha la venta en globo ó como cuerpo cierto, lo mismo que se establece en la legislación italiana.

Esto mismo tendrá lugar cuando sean dos ó más fincas vendidas por un solo precio; pero si además de expresarse los linderos indispensables en toda enajenación de inmuebles, se designara en el contrato su cabida ó número, el vendedor estará obligado á entregar todo lo que se comprenda dentro de los mismos linderos, aun cuando exceda de la cabida ó número expresados en el contrato; y si no pudiera, sufrirá una disminución en el precio proporcional á lo que falte de cabida ó número, á no ser que el contrato quede anulado por no conformarse el comprador con que se deje de entregar lo que se estipuló.

(c) Según previene el art. 1455 de nuestro Código civil, los gastos de otorgamiento de la escritura de venta serán de cuenta del vendedor, y los de la primera copia y los demás posteriores á la enajenación son de cargo del comprador, salvo pacto en contrario.

Por parte de algunos expositores y tratadistas ha sido objeto de censura dicha disposición, fundándose en que, favoreciendo el acto al comprador, debería obligarse á éste á satisfacer todos los gastos que fueren consecuencia del mismo, puesto que habrían de ceder en su beneficio; pero dicha consideración carece de sólido fundamento.

En efecto: es cierto que el otorgamiento de la escritura pública de la venta favorece principalmente al comprador, pues constituye el título de dominio, sin el que se vería imposibilitado de inscribir su derecho en el Registro de la propiedad; mas hay que tener en cuenta que, por virtud del contrato que ha de consignarse en la escritura, ambos contratantes se

tes pueden con pactos particulares aumentar ó disminuir el efecto de la obligación de garantía en el caso de evicción ó establecer asimismo que el vendedor no estará sujeto á garantía alguna (art. 1.483, Cód. civ.)—Cuando el cedente ha prometido la garantía de la solvencia del deudor y *no se ha establecido nada* sobre la duración de tal garantía, se entiende que se halla limitada al tiempo determinado por la ley (art. 1.544, Cód. civ.) (a).—El arrendatario tiene el derecho de subarrendar ó ceder el arrendamiento á otro si tal facultad no le ha sido prohibida (b). Dicha facultad puede ser prohibida en todo ó en parte; pero la prohibición no tiene lugar sin un pacto especial (1.573, Cód. civ.)—Si en el contrato de colación se hubiere convenido que

obligan recíprocamente: el comprador á entregar el precio estipulado, y el vendedor á poner al adquirente en condiciones para ejercer por completo su dominio sobre la finca enajenada, lo que no podría hacer si no se le proveyera de título. De dichas obligaciones nacen otros tantos derechos correlativos á favor de una y otra parte, y, por lo tanto, á ambas es beneficioso el otorgamiento; y atendiendo á esta sola razón, se demostrará fácilmente la justicia de que los dos contratantes contribuyan al levantamiento de la carga, correspondiendo al comprador los gastos de la primera copia, por ser éste el título de su dominio, y los posteriores, como el pago del impuesto de derechos reales, porque ésta es obligación especialmente impuesta por la ley al adquirente del derecho.

Sin embargo, como la voluntad de las partes es la principal base de la contratación, ellas pueden alterar dicha regla, y, ante todo, habrá de estarse respecto de este particular á lo que los contratantes hubieren pactado.

(a) Con arreglo al art. 1529 de nuestro Código, el cedente de buena fe de un crédito no responde de la solvencia del deudor, á no ser que se hubiere estipulado expresamente dicha responsabilidad, ó que la insolvencia fuese anterior á la cesión y pública, en cuyos casos responderá, aunque sólo del precio recibido y de los gastos del contrato, ó cualquier otro legítimo hecho para la venta. El cedente de mala fe es responsable siempre del pago de todos los gastos y de los daños y perjuicios.

Cuando el cedente de buena fe se hubiere obligado á responder de la solvencia del deudor (que es el caso á que se refiere el autor), y los contratantes no hubieran estipulado nada sobre la duración de la responsabilidad, durará ésta, según el art. 1530 de dicho Código, tan sólo un año, contado desde la cesión del crédito si estaba ya vencido el plazo; y si el crédito fuere pagadero en término ó plazo todavía no vencido, la responsabilidad cesará un año después del vencimiento.

Por último, si el crédito cedido consistiere en una renta perpetua, la responsabilidad del cedente que hubiere tomado á su cargo la garantía de la solvencia del deudor se extinguirá á los diez años, contados desde la fecha de la cesión.

(b) En nuestro antiguo derecho, la ley 8.ª, título 10, libro 10 de la Novísima Recopilación prohibía todo subarriendo ó traspaso que no se hubiera consentido expresamente por los dueños ó administradores. La negativa de la facultad de subarrendar era la regla general, y la permisón ó el consentimiento por parte del arrendador la excepción: Pero el Código civil cambió por completo en este punto el anterior régimen legal, consignando como norma copriente y general el reconocimiento de dicha facultad á favor del arrendatario, y como única excepción de la misma la voluntad en contrario del arrendador.

Véase, en confirmación de ello, el art. 1550 de dicho Código, el cual literalmente dispone lo siguiente: «Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar, en todo ó en parte, la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad para con el arrendador en cuanto al cumplimiento del contrato.»

en el caso de venta el comprador puede desahuciar al arrendatario, éste no tiene derecho á ninguna indemnización, ni del arrendador ni del comprador, salvo que se haya pactado lo contrario (1.599) (a).—La obligación del arrendatario de predios rústicos de sujetarse á los casos fortuitos, no se entiende establecida para los casos fortuitos extraordinarios, á no ser que el arrendatario se haya sujetado á todos los casos fortuitos, previstos é imprevistos (arts. 1.620, 1.621).—El arrendamiento de un predio rústico sin determinación de tiempo, se considera hecho por el que fuere necesario para que el arrendatario recolecte todos los frutos del predio arrendado. El arrendamiento de terrenos cultivados, cuando están divididos en parcelas cultivables alternativamente, se reputa hecho por tantos años cuantas son las parcelas (art. 1.622, Cód. civ. (b); véase el análogo 1.664, Cód. civ.) El contrato de aparcería está regulado por las costumbres ó por las leyes, si no existen convenciones expresas (art. 1.654, Cód. civ.) (c).—El contrato de sociedad está regulado por la ley cuando no existen pactos especiales (art. 1.668, Cód. civ.)—La duración de la sociedad y la manera de administrarla no existiendo pacto, serán reguladas por la ley (arts. 1.708, 1.723, Cód. civ.)—El mandato es gratuito si no existe pacto en contrario (art. 1.739, Cód. civ.) (d).

(a) En nuestro derecho es precepto expreso del art. 1571 del Código civil que el comprador de una finca arrendada tiene derecho á que termine el arriendo vigente al verificarse la venta, salvo pacto en contrario y lo dispuesto en la ley Hipotecaria.

Si el comprador usare de ese derecho, el arrendatario podrá exigir que se le deje recoger los frutos de la cosecha que corresponda al año agrícola corriente, y que el vendedor le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

(b) La misma doctrina se consigna en el art. 1577 de nuestro Código civil. Según él, el arrendamiento de un predio rústico, cuando se fija su duración, se entiende hecho por todo el tiempo necesario para la recolección de los frutos que toda la finca arrendada diere en un año ó pueda dar por una vez, aunque pasen dos ó más años para obtenerlos. El de tierras labrantías, divididas en dos ó más hojas, se entiende por tantos años cuantas sean éstas.

(c) Conforme al art. 1579 de nuestro Código civil, el arrendamiento por aparcería de tierras de labor, de ganados de cría ó de establecimientos fabriles é industriales, se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y en su defecto por la costumbre de la tierra.

En el antiguo derecho ocupábase del contrato de aparcería la ley 79, título 18 de la Partida 3.ª, que sirve de precedente á dicho precepto legal; pero las disposiciones de la ley citada carecen en la actualidad de interés práctico.

(d) Nuestro antiguo derecho y la jurisprudencia constante de nuestros Tribunales estableció el principio de que el mandato es gratuito por su naturaleza, á no pactarse lo contrario ó no deducirse esto de los términos en que el mandante se obligara.

El mismo criterio se ha seguido en el Código civil, cuyo art. 1711 dispone que, á falta de pacto en contrario, el mandato se supone gratuito. Sin embargo, si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie á que se refiera el mandato, se presume la obligación de retribuirlo.

103.—También en *materia mercantili* existen disposiciones supletorias diferentes de las presunciones. El art. 40 del Código de Comercio presume la solidaridad entre codeudores, si no existe una convención contraria (1) (a). Por el art. 64 del Código de Comercio, si no se estableció un término para la llegada de la nave, se entiende establecido el necesario para efectuar el viaje. Por el art. 112, último párrafo, se presume el consentimiento de los socios de una sociedad en nombre colectivo, en que un socio toma parte, como socio ilimitadamente responsable, en otra sociedad que tiene el mismo objeto y hace operaciones por cuenta propia ó por cuenta de terceros en el mismo comercio, si el interés ó las operaciones preexistían al contrato de sociedad y eran conocidas por los otros socios y éstos no establecieron que debían cesar en ellas. Por el art. 272, si no se indica la persona en favor de la cual tiene lugar la aceptación, ésta se reputa hecha en favor del tenedor. Por el art. 275, § 2.º, si no está indicada la persona para la que se ha dado el aval, éste se reputa establecido en las letras de cambio giradas para el aceptante; y si la letra de cambio aún no hubiera sido aceptada para el tenedor y en los pagarés ó vales de cambio, se considerará efectuado para la persona emitente (2). Por el art. 345 del Código de Comercio, la anotación en cuenta corriente de un efecto de comercio ó de otro título de crédito, *se presume* hecha, bajo la condición «salvo su cobro» (3). Por el art. 384, el comisionista *se presume* autorizado á conceder los términos de uso en la plaza donde opera, si el comitente no ha dispuesto otra cosa. Por el art. 399, párrafo último, á falta de declaración se presume que los conductores sucesivos han recibido las cosas á transportarse en buenas condiciones y conforme á las indicaciones de la hoja de ruta.

(1) Véase más arriba, n. 95.

(a) Véase lo que acerca de este particular tenemos dicho en anteriores notas.

(2) Véase sobre la materia *Vivante* (en *Giur. it.*, 1900, I, 1, col. 429 y siguientes). El ilustre autor llama—según el uso común—presunción al precepto del art. 275, § 2.º

(3) El carácter supletorio de la disposición es por todos reconocido, admitiéndose la estipulación del contrario hecha de modo expreso ó tácito. Véase por todos: *Paganí, Sull' art. 345 n. 12*, pág. 390 (en el *Nuovo Cod. di comm. comment.*); *Calucci, Sull' art. 345*, págs. 36 y 37 (en la obra *Il Cod. di comm. comment.*)