

diferencia, por el motivo de que la obligacion de reservar debe tener lugar con mas facilidad y amplitud en los bienes que van al cónyuge por respecto del otro cónyuge, que por el de sus hijos, á causa de que contrayendo segundo matrimonio el cónyuge sobreviviente, parece que hace alguna injuria al otro difunto, que debe compensarse con esta estrecha obligacion. Y tal vez por esta razon solo alcanza la obligacion de reservar los bienes habidos de la sucesion del hijo, á los que este heredó de su padre ó madre, Góm. en *dicho n. 2. (1)*. Para seguridad de la obligacion de reservar están hipotecados los bienes de la madre á favor de los hijos, *l. 26. tit. 13. P. 5.*, y si de hecho enajenare los que debe reservar, se sostendrá intretanto la enajenacion, y se revocará despues de su muerte; porque podria suceder, que sus hijos muriesen ántes que ella, y entónces subsistiria la enajenacion, Góm. en *d. l. 15. n. 5*. Lo que hubieren dado á la mujer los parientes ó amigos del marido, entra tambien en la reservacion, como lamente lo prueba el mismo Góm. en el *n. 7.*, soltando las objeciones. Los bienes reservados deben dividirse entre los hijos con igualdad, sin que pueda el padre dar mas á uno que á otro, Góm. *al fin del n. 3. (2)*.

16 Como la necesidad de la reservacion está introducida en favor de los hijos, cesará si estos no existieren, cuando muere el cónyuge que sobrevivió al otro, si no es que hubiere descendientes de dichos hijos, á cuyo favor subsistiria la reservacion, Azeved. *d. l. 7. tit. 4. lib. 40. de la Nov. Rec. n. ult.* Cesará tambien en el caso de que el cónyuge premuerto hubiese concedido al sobreviviente licencia ó su beneplácito para contraer segundo matrimonio; y si lo contrajese de consentimiento de sus mismos hijos á quienes habia de aprovechar la reservacion, como lo prueban Gómez al *n. 6. de d. l. 14.* y Azeved. en *d. l. 7. n. 36.*, en donde disputa si bastará que el consentimiento sea tácito, inclinándose á la afirmativa en el caso de que estuviere comprobado por algun hecho. En estos casos la mujer, que por haber contraido el segundo matrimonio se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gómez *d. n. 3.* Azeved. en *d. l. 7. n. 36. (3)*. Y conservará el usu-

(1) D. Authent. (2) Auth. C. Lucrum de secund. nupl.

(3) Auth. Sed. ut si ead.

fructo, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados velados, como lo prueba Azeved. en *d. l. 7. n. 35*. Si la mujer, sin haber contraido segundo matrimonio, viviera despues de viuda lujuriosamente, es cuestion si tenia ó no lugar la reservacion. Antonio Gómez en *d. l. 14. n. 16.* está por la negativa; pero inclinamos algo mas á la afirmativa, que detiene Azeved. en *d. l. 7. n. 40. y siguientes*. Uno y otro alegan sus razones.

TÍTULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN GENERAL, Y TRANSACCIONES.

Tít. 4. lib. 40. de la Nov. Rec. (4).

1. *Qué sea obligacion, y su subdivision en tres especies.*
2. *3. Qué sea nudo pacto, qué sea contrato, y tres divisiones de contratos.*
4. *De los pactos reprobados.*
5. *Qué sea transaccion, y cuándo puede tener lugar.*
6. *7. Quiénes pueden transigir, y de qué cosas no se puede.*
8. *De la transaccion sobre delitos.*
9. *La transaccion es de interpretacion estrecha.*
10. *Causas por las cuales puede rescindirse la transaccion, y si lo es la lesion enorme ó la enormísima.*

4 La *l. 5. tit. 12. P. 5.* nos pone una division de obligaciones en civil y natural juntamente, y en natural solo ó meramente, diciendo, que por la primera quedamos obligados de manera que podemos ser apremiados á cumplirla, aunque no queramos; y por lo contrario no podemos ser apremiados en juicio al cumplimiento de la segunda, aunque naturalmente debemos hacerlo. Puede ademas considerarse otra especie de obligacion meramente civil, á la que le falta la equidad, y por ello no se le puede acomodar

(4) Tit. 44. lib. 5. Inst. et tit. 45. lib. 2. Diges.

el nombre de natural, cual es la que nace de un contrato celebrado con fuerza, de la que habla la *ley 56. tit. 5. P. 5.* Esplicaremos los efectos de las tres; y advertimos desde luego, que cuando se pone simplemente el nombre *obligacion*, se entiende la primera, por la debilidad de las otras dos, y por ser la del uso frecuente en los tratos y negocios de los hombres, y se puede definir diciendo ser *Vínculo del derecho que nos tiene ligados á dar ó hacer alguna cosa, de manera que podamos ser eficazmente apremiados á cumplirlo* (1). La natural puede tambien llamarse *vínculo*, pero de sola equidad, sin que produzca apremio ó accion contra el obligado, y solo impide alguna vez la repeticion de lo que se paga debiéndose naturalmente, como veremos en su lugar. La meramente civil produce accion, atendido el rigor del Derecho; pero tan débil que lo que se hace en su virtud, se deshace con facilidad, *d. l. 56.*, y de ahí es, que puede considerarse que no la produce. Nace la obligacion natural de los contratos que celebran personas, que sin embargo de tener algun juicio, son de circunstancias tan débiles, que el Derecho no ha querido darles fuerza obligatoria, cuales son los que hacen por sí sin autoridad del tutor los pupilos próximos á la pubertad, los de fiadores que otorgan las mujeres, y de préstamo los hijos que están en la patria potestad, segun de ello hablaremos mas adelante. Y nace tambien de los beneficios recibidos, pues quien les recibe tiene obligacion natural y de equidad de ser agradecido, si quiere ser tenido por hombre de bien y de honor.

2 Segun las leyes romanas, la principal fuente de estas obligaciones naturales eran los nudos pactos, á los cuales no concedian fuerza de producir accion (2), si solo obligacion natural. Pero segun las nuestras, de todo pacto serio nace obligacion civil y accion, *l. 4. tit. 4. lib. 10. de la Nov. Rec.*, á escepcion de algunos reprobados, que luego espresaremos. Tienen pues entre nosotros la misma fuerza que las famosas estipulaciones de los romanos, de lo que trataremos hablando de las obligaciones verbales, notando la notable diversidad que nace de su diferente modo de contraerse, aplicable á toda la especie de contratos. Pacto en

(1) Princ. Inst. de oblig. (2) L. 10. C. de pact.

general es *Convencion ó consentimiento de dos ó mas de dar ó hacer alguna cosa* (1); y se divide en nudo y no nudo. Nudo es aquel *Que se contiene en los limites de convencion, sin pasar á ser contrato*; y no nudo, ó por un solo nombre *contrato*, es *Convencion que tiene nombre cierto, ó faltando este, causa civil de obligar*; y de ahí es que los contratos se dividen en nominados é innominados; y sea esta la I. division. Nominados son los que tienen nombre propio, como venta, compañía; é innominados los que no lo tienen, y son de cuatro especies, *doy para que des, doy para que hagas, hago para que des, hago para que hagas, l. 5. tit. 6. P. 5.* (2); y este dar ó hacer es la causa de obligar que hemos espresado en la definicion. En estos contratos el que cumplió por su parte, tiene derecho de escoger, ó bien apremiar al otro que lo cumpla por la suya, ó que pague los perjuicios que le ha ocasionado de no cumplirlo, y debe ser creído por su juramento con la tasa del juez, *d. l. 5.*

3 II. Division de contratos en unilaterales y bilaterales. Se llaman unilaterales aquellos en que uno solo de los contrayentes queda obligado, cual es el préstamo ó mutuo, en que solo se obliga el que lo recibe; y bilaterales, en que ambos lo están, como la compra, locacion ó arrendamiento; y adviértase haber algunos, que al principio solo se obliga uno, y despues por incidencia se obliga otro, como el comodato y depósito, segun esplicaremos hablando de ellos. III. Division, que nace del diferente modo de contraerse ó perficionarse, en consensuales, verbales, reales y literales, segun se perficionan por nudo consentimiento, palabras, entrega de cosa ó escritura, como lo iremos notando, cuando hablemos de cada uno de ellos. Dé todos los contratos nace obligacion (entenderemos siempre la civil y natural), porque las causas ó fuentes principales y regulares de esta son contrato, cuasi contrato, delito ó cuasi delito, y en nuestra España el pacto serio y deliberado, porque segun la famosa *ley 1. tit. 40. de la Nov. Rec.*, queda obligado el que de cualquier manera parezca que se quiso obligar á otro, aun entre ausentes. Ademas hay otras causas irregulares, que las dicta la equidad ó algun respeto hácia el bien público.

(1) L. 4. § 2. de pact. (2) L. 5. de præscript. verb.

De estas nace la obligacion que tenemos de exhibir la cosa que alguno pide como suya, y la que tiene de pagar el duplo de los materiales ajenos el que los puso en su edificio. El célebre juriconsulto romano Cayo dijo, que estas nacia de varias figuras de causas (1).

4 Es menester advertir aquí, que hay algunos pactos reprobados por el Derecho, y que por lo mismo están muy léjos de poder producir obligacion como son: I. El que suele llamarse con el nombre latino de *quota litis*, esto es, el que hace el que ha de litigar con su abogado de darle cierta parte de la cosa que ha de ser asunto del pleito: el cual ademas de no valer, imposibilita al abogado á poder abogar por otro, como á infame, *l. 44. tit. 6. Part. 3. (2)*. II. El que llaman *antichreseos*, esto es, el que se hace para que el acreedor que tiene alguna cosa del deudor á peños, perciba sus frutos mientras la tuviere, porque todos deben ser del deudor, *l. 2. tit. 13. P. 5*. El Derecho canónico tambien lo ha reprobado como á usurario, *cap. 1. y 2. de usur. cap. 4. y 6. de pignor. en las Decretales de Gregor. IX*. III. Generalmente los que se hacen con dolo ó por fuerza, y contra las leyes y buenas costumbres, *l. 28. l. 38. tit. 11. P. 3. (3)*, á los cuales creemos pueden referirse algunos que espresamente reprobaron las leyes romanas, y no hallamos espresados en las nuestras, como el que hace el enfermo con el médico de pagarle mas de lo que le corresponde (4), y los de la futura sucesion de uno que vive sin su consentimiento (5). De cuyos pactos trata lata y pesadamente Antonio Gómez en la *l. 22. de Toro*.

5 Transaccion ó concordia es una especie de contrato innominado, como lo reconoció Gregor. Lóp. en la *glosa 1. de la ley 5. tit. 6. P. 5.*, y lo prueba latamente Valeron de *transact. tit. 1. quest. 3. y 4.*, porque no puede haberla sin que los transigentes se den, reciban, ó remitan mutuamente alguna cosa (6). Es *Decision convenida*, no *gratuita de cosa dudosa*. Se dice *decision*, porque decide ó termina los pleitos, y por ello la recomiendan mucho las leyes y sus intérpretes: *convenida*, porque se hace por convencion de las partes: *no gratuita*, por lo que hemos

(1) L. 4. de oblig. (2) L. 35 de pact. l. 5. C. de postul.
(3) L. 7. s. 7. l. 28. de pact. (4) L. 9. C. de Prof. et Med.
(5) L. ult. C. de pact. (6) L. 58. de transact.

dicho, que no se hace sin dar y recibir: *de cosa dudosa*, esto es, de cosa de que ya hay pleito ó amenaza, ó puede haberlo. No solo puede hacerse especial de la cosa que se litiga, sino tambien con ocasion de esta disputa, generalmente con estension á todos los pleitos ó desavenencias que puedan tener entre sí los litigantes (1). Pero si no hubiese controversia alguna, no podrá hacerse con esta generalidad, para evitar que se finjan pleitos que no puede haber, y con este motivo se saque dinero á los incautos, Valeron, *titulo 2. quest. 1. n. 22. (2)*.

6 Como la transaccion es especie de enajenacion, claro está, que no pueden hacerla aquellos que no pueden enajenar, como los furiosos, pródigos, mentecatos, infantes, impúberes sin autoridad de sus tutores. De los procuradores dice espresamente la *ley 49. tit. 5. P. 3.*, que puede transigir el que tuviere poder especial para ello; y tambien el que le tenga general, libre y llenero para hacer cumplidamente todas las cosas en el pleito que el mismo otorgante podria hacer, ó como suele decirse, el que le tuviere concedido con libre, franca y general administracion. Pero advierte bien Gregor. Lóp. en las *glosas 8. y 9. de esta ley*, que aunque concede indistintamente esta facultad á tales procuradores generales, no debe entenderse en aquellas cosas que serian muy perjudiciales á los otorgantes, por el abuso de los escribanos, que suelen poner estas palabras de su bolsillo, segun su estilo, ignorándolo los otorgantes; y de esta misma opinion son Covarrúb. *4. var. resol. cap. 6. n. 3.* y Valeron de *transact. tit. 4. quest. 5. nn. 27. y 28.*, citando á otros muchos. Y con efecto vemos, que en la práctica, para evitar esta duda y peligro, ninguno quiere transigir con procurador que no tenga poder especial.

7 Se puede transigir de todas las cosas dudosas, á escepcion de algunas, de las que absolutamente no se puede, ó solo se permite bajo ciertas limitaciones. En primer lugar, no puede transigirse, ni vale la transaccion que se hiciere sobre lo que se manda en algun testamento, sin abrirse y verse este; porque podria acaecer que recibiesen engaño los otorgantes en la composicion que hicieran ántes, *l. 4. tit. 2. P. 6*. Y creemos tener lugar esta doctrina tambien

(1) L. 9. 1. 12. de transact. (2) L. 8. s. 20. eod.

en el caso que los otorgantes renunciaran la vista del testamento; porque la ley prohibitiva no se puede renunciar, y esta prohibicion se ha establecido para evitar engaños. Tampoco puede transigirse de los alimentos futuros que se deben por testamento, sin autoridad del juez. Varias leyes romanas lo establecieron espresamente, fundadas en diferentes razones, siendo la principal el precaver que fuese engañado el alimentario, cediendo los alimentos de alguna consideracion, por un muy pequeño don de presente, y viéndose sin poder comer, contra la voluntad de quien los dejó (1). Y aunque no hallamos establecida en las nuestras esta sentencia, nos ha parecido notarla aquí, por defenderla todos nuestros autores, y estar recibida en la práctica, por las equitativas razones que la persuaden, Valeron *de transact. tit. 3. quæst. 3. Castillo de alimentis cap. ult.* en donde citan á otros muchos. No pertenece á los alimentos pasados, ni á los debidos por contrato, por cesar en ellos las razones que ocurren en los presentes (2), los mismos Val. y Castillo en los lugares citados. Y el juez no debe conceder su permiso sin conocimiento de causa (3).

8 En cuanto á delitos, es cosa cierta que sobre futuros no puede transigirse, ni hacerse pacto alguno (4), porque se presentaría asa ú ocasion para delinquir. Sobre pasados, se ha de distinguir en si se trata de ellos civil ó criminalmente. Si lo primero, puede otorgarse transaccion, porque tratándose entónces solamente de interes pecuniario, no aparece razon que pueda impedirla (5); pero podrá el juez imponer al reo que transigió, la pena que corresponde al delito, porque lo confiesa transigiendo, *l. 22. tit. 4. P. 6.*, que exceptúa el delito de falsedad, el cual no se entiende confesar el que transige sobre él. Y añade, que si el que transigió pagando algo á su contendor ó acusador, lo hizo sabiendo no tener culpa, para libertarse de la vejacion de seguir el pleito, y esto lo pudiese probar, no debe pena alguna, ni se entiende que confesó el delito; ántes bien deberá pagar el acusador el cuádruplo de lo que recibió, si se le piden dentro de un año, y si despues del año el duplo. Si se trata criminalmente del delito, de ninguna suerte se podrá transigir; porque (segun hemos dicho) no puede im-

(1) L. 8. de transact. (2) L. 8. C. eod. (3) D. 1. 8. de transact. (4) L. 54. § ult. de furt. (5) L. 58. tit. 44. P. 3.

pedir el pacto de los particulares la pública coercicion ó castigo de los delitos (1), ni permite el rigor de la pública disciplina que los delitos queden sin castigo (2). Si el delito fuese tal, que mereciese el reo las penas de muerte ó de perdimiento de miembro, y por miedo de ellas quisiere transigir con su acusador dándole algo, le es permitido, porque es cosa justa que cada cual pueda redimir su sangre, á escepcion del adulterio, que no admite transaccion en que se reciba dinero; pero puede el marido remitir ó perdonar el delito sin precio alguno, *d. l. 22. Gregor. Lóp. en la glosa 44. de esta ley*, y Ant. Góm. 3. *var. cap. 3. n. 55. sigg.* examinan latamente los efectos que produce la transaccion de estos delitos. Nos ha parecido omitirlo, porque ademas de no ser conforme á nuestro instituto derramarnos tanto en los asuntos, no son acomodables á la práctica que en el dia se observa en este particular, de tratarse siempre criminalmente estos asuntos á instancia del fiscal, sin intervencion de acusador particular ó privado.

9 La transaccion es, como suele decirse, *stricti juris*, esto es, de estrecha interpretacion, y por ello solo se entiende y tiene su efecto en lo que espresa, sin estenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, como unánimemente lo sientan los autores, Castillo *tomo 4. controvers. cap. 42. Valeron de transact. tit. 5. quæst. 2.*, citando muchísimas leyes romanas y varios doctores (3). El efecto de la transaccion es terminar el pleito sobre que se interpone, debiéndose conformar con ella los litigantes, *l. 34. tit. 44. P. 5. (4)*, de suerte que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la escepcion de pleito acabado, como lo veremos mas latamente al tratar de las escepciones. Y se considera muy favorable, por inventada para el beneficio público de poner fin á los pleitos, Castillo, *lib. 8. controvers. cap. 36. §. 2. n. 32. (5)*.

10 Sin embargo de la firmeza de las transacciones en utilidad del público, para que los pleitos no resuciten, se rescindirán, cuando se otorgaron en vista y con apoyo de falsos instrumentos; pero si los instrumentos solo dijieran relacion á alguno de los capítulos de la transaccion, solamente en cuanto á este obraría la rescision, y quedan fir-

(1) L. 51. de pact. dotal. (2) L. 21. § 2. ad. leg. Aquil. (3) L. 5. l. 9. ss. 4. et 5. de transact. (4) L. 20. eod. (5) L. 40. C. eod.

mes los otros (1); y lo mismo deberá decirse, si se probare haberse hecho con dolo, *l. 34. tit. 14. P. 5.*, ó por miedo que cae en varon constante (5), *Valer. tit. 6. de transact. quest. 3. n. 7.* El mismo Valeron en el *propio tit. 6. quest. 2.* y Castillo *lib. 8. controvers. ó de alimentis, cap. 36. desde el n. 84.* tratan latísimamente la cuestion de si se rescinde por las lesiones enorme ó enormísima. Convienen los dos, apoyados en varias razones, y soltando las objeciones, en que no se rescinde por la enorme; pero discuerdan en cuanto á la enormísima. El primero siente, que se rescinde por esta, y que no es contraria su opinion á *d. l. 34. tit. 14. P. 5.*, y Castillo prueba con fervor, que segun *esta ley*, ni aun por la enormísima se rescinde: rechazando varias modificaciones de otros celebérrimos intérpretes nuestros, que quieren templar de varios modos su doctrina. Inclinamos á la opinion de Castillo, que es lo mas que puede decir un institutista á la vista de una cuestion tan reñida y difícil, apoyada por ambas partes con grande multitud de razones de autores, como puede verse en los dos citados. Y solo queremos advertir en conclusion de este título, ser lesion enormísima la que escede notablemente á la mitad del justo precio. Las leyes no espresan la cantidad del esceso, y por ello juzgan los autores deber definirse por el arbitrio del juez. El Señor Covar. pone dos ejemplos prácticos en el *lib. 2. var. resol. cap. 4. n. 5.* y Parlador. *lib. 2. rer. quotidian. cap. 4. n. 51.* dice, que basta, si escede el duplo ó el triplo; y al mismo tiempo ser la enorme la que escede algun poco la mitad del justo precio.

TÍTULO X.

DE LAS VENTAS Y COMPRAS.

Tít. 5. P. 5. Tít. 42. lib. 10. de la Nov. Rec. (2).

1. *Cuáles son las fuentes ó causas ordinarias de las obligaciones; y la division de los contratos por el diferente modo de contraerse.*
2. *Qué cosa sea venta.*

(1) *L. 42. eod.* (2) *L. 45. eod.* (5) *Tít. 24. lib. 5. Inst.*

3. *El precio debe ser en dinero, y cierto, y cómo lo es.*
4. 5. *Este contrato se perficiona por el solo consentimiento; cuán estrecha es esta obligacion; y si se puede contraer por cartas ó procurador, y cómo.*
6. 7. *Deben concordar los contrayentes en la cosa y el precio; y cuándo hay discordancia.*
8. 9. 10. *Quiénes pueden comprar y vender, y quiénes están prohibidos.*
11. 12. *Cosas que no pueden venderse, y casos en que pueden.*
13. 14. 15. *Cosas que solo se pueden comprar ó vender con alguna limitacion.*
16. *Las demas cosas se pueden vender: y de las ventas de cosas no existentes, y de las herencias.*
17. *Ninguno puede ser precisado á vender sus cosas, y casos de escepcion.*
18. *De los que compran con dinero ajeno; y de cuando la cosa se vende á dos.*
19. *De las ventas en que interviene dolo, ó se hacen por miedo.*
20. *Valen los pactos que no son contra las leyes ó buenas costumbres.*
21. *Del pacto llamado adiccion en dia.*
22. *Del pacto llamado comisorio, y otro semejante.*
23. 24. *Qué cosas abraza la venta.*
25. 26. 27. *A quién pertenece el daño y provecho de la cosa vendida.*
28. 29. *Está obligado el vendedor á la eviccion, cuyos efectos se esplican.*
30. 31. *Casos en que no tiene lugar la obligacion de la eviccion.*
32. *Ademas del contrato de venta tiene lugar en otros la eviccion.*
33. *Si el vendedor no manifiesta el vicio de la cosa que vende, está tenido á las acciones dichas redibitoria, y quanti minoris, las que se esplican.*
34. *Casos en que cesan estas acciones.*
35. *Dos casos sobre ventas de cosas empeñadas, ó que se empeñaron despues de vendidas.*
36. *De las ventas en que hay engaño en mas de la mitad del justo precio.*