

tuvo encargo de él para afianzar, tiene la accion de *mandato*. Si el deudor no supo que otro salia fiador por él, puede ser reconvenido por la accion de los *negocios hechos*. El que afianza por otro contra la voluntad del afianzado, es claro que no tiene ninguna accion, y por tanto se entiende que hace donacion de aquella cantidad. ¿Qué utilidad pues prestan al fiador las acciones cedidas? Se responde que en dos casos le son mui provechosas: 1º cuando uno salió fiador contra la voluntad del deudor principal; pues entónces no tiene contra este la accion directa, y por tanto puede obrar en virtud del derecho cedido. 2º Si es obligado uno de los fiadores á pagar *en el todo*; pues entónces no tiene ninguna accion contra los demas fiadores, porque no negoció con ellos. Luego tiene que obrar en virtud del derecho cedido por el acreedor. De donde se infiere juntamente que no puede renunciarse á este beneficio, pues no resulta interes al acreedor, que es á quien se hace la renuncia. Por tanto, si dijese: renuncio el beneficio de division, no estipularia para sí, sino para los fiadores; y se ha demostrado en el §. 865., que no puede uno estipular para otro.

TÍTULO XXII.

DE LAS OBLIGACIONES LITERALES.

§. DCCCLXXXVII y DCCCLXXXVIII. Hemos tratado tambien del otro género de contratos nominados, á saber, de los contratos verbales. Sigue el tercer género, el contrato *literal*, el cual se apoya solamente en las letras, de modo que el que las escribe, queda obligado, aunque nada haya recibido. No se hace mencion de este contrato en las *Pandectas*; y aún cuando se enemuran los contra-

tos, casi siempre se cuentan solamente tres especies, omitiéndose el contrato literal. Véase la *L. 1. §. 1. L. 4. ff. De O. et A. L. 8 §. 1. ff. De fidei. L. 1. §. 1. ff. De novat.* De aquí es que Duareno, Wissembaquo y otros inferen que Justiniano inventó últimamente este contrato, y que en lo antiguo solo se contaban tres especies de contratos. Aún cuando tengamos que confesar que Justiniano manifiestamente dió nueva forma á las obligacion literal, es antigua la division de contratos en reales, literales, verbales y consensuales; porque ya se hace mencion de ella en las *Instituciones* de Cayo, conservadas por Aniano. Por tanto tambien antiguamente hubo obligacion literal, pero distinta de la de hoy, establecida por las constituciones de Justiniano. No indagaremos cuál fuese en lo antiguo: ya lo hizo Cayo en las *Instit.*, hizolo Teófilo en la *Paraphr. h. t.*, y nosotros mismos lo hicimos en otro lugar, á saber, en las *Antiq. rom. h. t.* Ahora veremos solamente en qué consiste hoy dia la obligacion literal. Decimos que es un contrato, por el cual uno que confiesa por escrito ser deudor por causa de mutuo, y no se retracta dentro de dos años, queda obligado por el mismo escrito, y puede ser reconvenido, aunque no haya recibido el dinero contante. Así pues Justiniano distingue, si el vale es mas antiguo de dos años, ó ménos. Cuando todavía no han pasado los dos años, tiene el deudor la escepcion del dinero no contado (*non numeratæ pecuniæ*); mas despues de corrido aquel tiempo, está obligado al pago, y no se le oye, aunque repita cien veces al juez, que nunca ha recibido el dinero que espresa el recibo (1).

(1) Aunque nuestro Derecho, conforme en esta parte con el romano, dice que pasados los dos años sin quejarse el mutuario ni pedir su recibo, queda obligado á pagar la cantidad de que se da por entregado en él; con todo en la práctica, atendida la equidad, se admite todavia la escepcion de *non numerata pecunia*, siempre que el reo se

§. DCCCLXXXIX. Esta materia se reduce á tres axiomas que esplicaremos brevemente. 1º El fundamento de esta obligacion son solo las letras ó escrito no retractado dentro de dos años. Acerca de este fundamento disputan con calor los jurisconsultos : unos dicen que el fundamento de este contrato es el presunto mutuo, cuya presuncion nace del trascurso de los dos años; y otros juzgan

obligue á probarla. De aquí infieren nuestros autores prácticos, que lo mismo debe entenderse, aún cuando média el recomendable instrumento de la cláusula *guarentigia*, (voz italiana que significa *seguridad ó firmeza*) á pesar de que por ella da el otorgante poder á todos los juezes que del contrato deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento, como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta cláusula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera; y así queda el obligado sin recurso alguno temporal que le exima de cumplir la obligacion contraída, y por lo mismo debe ser compelido á ello. No obstante, si no han prefijado los dos años prefijos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale ó de hecho el préstamo, oponiéndola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él. Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la ejecucion, aunque en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del trascurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se deberá decir, cuando confiesa llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quiere oponer la escepcion, pues ninguna es admisible contra lo confesion judicial pura, sino que se debe despachar la ejecucion; y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque la reconozca ántes de los dos años. Mas en dichos casos, por mas que la ejecucion se lleve adelante, no se seguirá perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por el Derecho en juicio ejecutivo, y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probándola en esta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido. Véase sobre esta punto á Febrero, *Juicio ejec. lib. 3. §. 1. núm. 22 y 24. núm. 269 y 270.*, Gómez, *tom. II. cap. 2. Variar. resol. cap. 6. núm. 6.*

que el acto de contar el dinero es el fundamento de este contrato. Ni una ni otra opinion es acertada. Así como el fundamento del contrato verbal son las palabras solemnes, de los reales la tradicion de la cosa, de los consensuales el consentimiento; así de los literales no puede ser otro el fundamento que las letras ó escrito. Y en verdad, no siendo creible que ninguno sea tan necio que habiendo dado el recibo en que consta habersele entregado el dinero, lo deje en poder de los acreedores mas de dos años; hizo bien en establecer Juitiano que esta negligencia de dos años debia perjudicar con razon al acreedor, y dar fuertisima presuncion de haber recibido el dinero. 2º Esta obligacion solo tiene lugar en el mutuo. La razon está á la vista, pues viéndose el deudor apurado en este contrato, nada deja por hacer para inducir con dulces palabras al acreedor á que le preste el dinero; y en los demas contratos no hai motivo para que uno sea lisonjeado por otro. Por tanto en el mutuo es mui fácil sacar el recibo al que pide el dinero, ántes que lo perciba; mas ninguno será tan tonto que dé un recibo de cosas depositadas en su poder, por ejemplo, no habiéndose depositado nada todavia. 3º Despues de dos años nace la accion del vale, aunque el autor de este no recibiese el dinero, por la presuncion dicha poco há; pues esta presuncion es *de derecho y por derecho*, como la llaman los jurisconsultos, y por tanto no admite prueba en contrario.

§. DCCCXC. Del primer axioma colegimos 1º que no nace del vale esta accion ántes de pasar dos años. Mas esto ha de entenderse bien : nace ciertamente la accion del mutuo; pero entónces debe probar que entregó este mutuo. Nace tambien la accion del vale; pero fácilmente se elude esta con la escepcion del dinero no recibido. Así que la verdadera accion del vale que escluye toda accion del dinero no entregado, no

competente hasta dos años después de la fecha del vale. 2º El suscriptor del vale puede reclamarlo durante dos años; y esto por varios medios. Pues (a) puede entablar en juicio la acción de *causa dada, causa no seguida, ó sin causa*, para que se le vuelva el recibo. (b) Ante el mismo juez puede interponer la protesta de que el acreedor posee el recibo sin razón, y por tanto que no debe parar en su poder, *L. 8. L. 9. L. 44. §. 4. C. De N. N. P.* Sin embargo se ha de observar que no hai lugar á esta acción y queja, si por otra parte aparece que se contó y entregó el dinero; como (a) si además del vale tuviese el acreedor en su poder otra carta de pago, en la que confiese el deudor haber tomado el dinero, con tal que esta carta sea algo más reciente que el vale, pues de otro modo, con igual facilidad pudo ser inducido el deudor á escribir la carta de pago que á dar el vale. (b) Si el deudor reconociese posteriormente el débito, como pagando réditos, ó pidiendo dilación para el pago. (c) Si el heredero niega el recibo del dinero, que el testador confesó deber en su testamento. (d) Si obra en juicio en virtud del vale un banquero ó cambista; pues á esta clase de personas se les da mayor crédito, porque negocian á dinero contante, y no dan ni reciben los vales, sino cuando se paga *incontingenti*, *N. 126. 5.*

§. DCCCXCI — DCCCXCIII. Del segundo axioma se deriva naturalmente, 1º que esta excepción *del dinero no entregado* no pertenece al depósito; pues absurda y pérfidamente obraría el depositario, si presentando el depositante el vale en que confiesa el depositario haber tomado las cosas en depósito, opusiese la excepción *del dinero no recibido*, *L. . . L. 6. C. De N. N. P.*, á no ser que con esta excepción pueda probarse aquella evidentemente. Ya vimos arriba la razón, á saber, porque no hai motivo para que al verificarse el depósito, sea inducido el depositario

á dar el vale antes de recibir las cosas, siendo así que no entra en el depósito por su utilidad, sino por la del depositante. 2º Tampoco hai lugar á la excepción del dinero no entregado en las cartas de pago. De aquí es que nuestras leyes distinguen, si son judiciales ó privadas: en el primer caso están esentas de toda excepción; en el último se concede la excepción *del dinero no entregado*, pero solamente dentro de treinta días, *L. 14. §. 2. C. De except. N. N. P.* Ni pertenece á este lugar la carta dotal, aunque en cierto modo favorecen las leyes al que la dió. Es sabido que sucede á veces que el suegro promete dote al yerno futuro: celebradas las nupcias, pide el último la dote; el suegro dice que está pronto á ello, como aquel le dé recibo; se lo da el yerno por la confianza que tiene en el suegro; este vuelve á dar esperanza, retiene el recibo que se le ha dado, y nada paga: contenido el yerno por timidez y respeto, no estrecha al pago: entretanto muere la mujer y reclama el suegro la dote. Se pregunta, ¿puede el yerno oponer al recibo que presenta el suegro, la excepción *de la dote no entregada*? El fundamento de esta doctrina se halla en la *Auth. Quod locum C. De dot. caut. non numer.*, donde se distingue, *si el matrimonio se disuelve dentro de dos años, ó dentro de diez, ó pasado este tiempo.* Si dentro de dos años, tiene el yerno la excepción *de la dote no recibida* por un año, pasado el cual no se le oye más. Si después de dos años, pero dentro de diez, tiene la misma excepción por tres meses desde que se disolvió el matrimonio, y corridos aquellos, tampoco se le oye. Últimamente después de diez años de disuelto el matrimonio, está obligado precisamente á restituir la dote, aunque no la haya recibido; porque apenas es creíble que uno sea tan tonto, que deje al suegro por diez años el recibo sin contradicción ni protesta.

§. DCCCXCIV. Resta tratar de la acción. La llamamos

accion del vale, parte por el argumento del §. *in Inst. h. t.*, y parte porque este contrato es tambien nominado, y debe producir la accion del mismo nombre. Esta accion pues se da á aquel á quien se entregó el vale, (pues si otro lo posee, debe legitimarse en la causa por medio de la cesion que se le haya hecho) contra el que lo dió hace mas de dos años, y no lo retractó en aquel tiempo, para que pague lo que en el vale confiesa haber recibido, aunque á la verdad nada recibiese. Mas se pregunta, si trascurridos dos años el suscriptor del recibo opone la escepcion *del dinero no recibido*, y ofrece probar que nada se le entregó, deberá ser oído? Lo afirma Hartmano en sus *Elementos*, c. 4, y tal práctica se observa tambien en muchos lugares, siendo ademas digno de saberse que el jurisconsulto Herm. Zolio ha defendido en un mal centon, que siempre debe probar el acreedor que no se le entregó el dinero. Pero en nuestras leyes nada se halla de esto, y vemos manifiestamente lo contrario en el §. *un Inst. h. t. L. 8. y L. 14. pr. §. 3. C. De except. non numer. pecunia.*

TÍTULO XXIII.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL
CONSENTIMIENTO.

§. DCCCXCV. Resta el último género de contratos nominados, á saber, *los contratos consensuales*, los cuales á la verdad no toman el nombre de que requieran el consentimiento, pues entónces todos los contratos serian consensuales, no concibiéndose ningun contrato sin consentimiento; sino porque subsisten por solo el consentimiento; y de aquí es que la obligacion nace inmediatamente que se convinieron las partes. Así, por ejemplo, entre el comprador y vendedor nace la accion al punto que existe el consentimiento en el precio; y por tanto la compra y

venta es un contrato consensual. Mas entre el acreedor y el deudor no nace ninguna accion del mutuo, aunque se hayan convenido en él, hasta que se cuente el dinero y se entregue la cosa; luego es un contrato real, no consensual. Igualmente la estipulacion no produce accion, aunque ya ántes hayan consentido en ella los contrayentes, á no ser que la sigan una pregunta y respuesta conformes entre sí: luego este contrato no es consensual, sino verbal. Pero en los consensuales, para producir obligacion y accion, no se requiere mas que el consentimiento, aunque no se agregue ni estipulacion, ni entrega, ni documento escrito, y esto es lo que se dice en el §. *in Inst. h. t.*, por las palabras, *que la esencia de tales contratos es solamente el consentimiento.*

§. DCCCXCVI. Por lo demas estos contratos tienen algo de singular, pues 1º todos son bilaterales, y por tanto siempre tienen reciproca accion, por ejemplo, *de compra y venta, de locacion y conduccion, enfitéutica y de mandato*, directas y contrarias: la de sociedad es por una y otra parte directa. 2º Todos estos contratos son de buena fe, y por lo mismo ambas partes tienen que prestar mutuamente alguna cosa, porque son bilaterales. Con razon se dice pues que todos los contratos consensuales son de buena fe; pero falsamente se diria que todos los contratos de buena fe son consensuales, pues tambien el comodato, el depósito y la prenda son de buena fe, no obstante que son reales. 3º Todos estos contratos pueden celebrarse aún entre ausentes, por señas y tácitamente. En lo que se diferencian de los verbales y literales, los cuales se celebran solamente por palabras y por escrito, y entre presentes, como ya observámos ántes de los verbales, §. 871.

§. DCCCXCVII. Si se pregunta, cuántos son los contratos consensuales, se responderá, que debe distinguirse la época anterior al emperador Zenon y la que siguió á

este. Antes de él eran cuatro solamente : *compra y venta, locacion y conduccion, sociedad y mandato*. Pues aunque ya hacia mucho tiempo que se habia introducido el contrato enfitéutico, sin embargo unos lo referian á la compra y venta, y otros á la locacion y conduccion. De aquí es que el mismo Justiniano sigue en las *Instituciones* el antiguo uso, y no trata del contrato de enfitéusis en un título particular, porque tampoco lo habia hecho Cayo. Pero Zenon estableció el primero que la enfitéusis tuviese naturaleza singular y distinta de los demás contratos, y por tanto que no se refiriese ni á la locacion y conduccion, ni á la compra y venta. Desde este tiempo son cinco los contratos consensuales; *compra y venta, locacion y conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato*; de todos los cuales trataremos ahora por su orden.

TÍTULO XXIV.

DE LA COMPRA Y VENTA.

§. DCCCXCVIII. El primero de los contratos consensuales es la *compra y venta*, cuya definicion han puesto en claro varones doctísimos, como Cujacio y Merilio, *Observ.* III. 28. Antiguamente juzgaba la mayor parte que la compra era un contrato consensual con el fin de trasferir el dominio de alguna cosa por cierto precio. Pero claramente demostró el célebre Merilio que se equivocaron en esto, pues el vendedor no está obligado á trasladar el dominio, sino que basta que entregue la cosa, y en el caso de ser reclamada esta, que esté dispuesto á prestar la eviccion. Sucede á vezes que no puede trasferir el dominio, aunque quiera; pues si el que no es dueño, sino solo poseedor de buena fe, vende una cosa, por la naturaleza misma de las cosas no puede trasferir al comprador

mas derecho que el que tenia él mismo. Así mejor se definirá la *compra y venta* diciendo, que es un contrato consensual por el que se entrega una cosa por cierto precio. Luego este contrato se perfecciona por el consentimiento, y se consuma por la entrega de la cosa. Mas no se pregunta en este contrato, si se trasfiere ó no el dominio.

§. DCCCXCIX. De esta definicion pues fácilmente se infiere, cuáles son los requisitos esenciales de este contrato. Es de saber que para la mas acertada inteligencia de él, se ha de distinguir en todo contrato lo que es *esencial, natural y accidental*; y por esta razon suele ponderarse el tratado de Mozzio sobre los contratos, por distinguir diligentemente aquellos requisitos. Llamamos *esencial* en un contrato aquello sin lo cual no puede existir el contrato, sin que al instante pase á otro género: por ejemplo, sin precio no existe compra, pues no interviniendo precio, no habria compra, sino donacion. La locacion no puede existir sin merced, porque si esta falta, se hace aquella comodato. Luego el precio pertenece á la esencia de la compra, y la merced á la de la locacion. Es *natural* á los contratos aquello que suelen exigir las leyes: pero que sin embargo puede mudarse por los pactos: por ejemplo, las leyes quieren que el comprador se obligue al vendedor á la eviccion; y no obstante, si se conviniesen en otra cosa los contrayentes, á saber, en que no se preste la eviccion, será válida esta voluntad de los contrayentes; luego la eviccion es natural en la compra y venta. Es *accidental* lo que ni exigen las leyes ni lo prohiben, y por tanto se deja á la voluntad de los contrayentes: así, por ejemplo, que el precio de la compra deba ser en monedas de oro, ó de plata, que se haya de pagar junto y de una vez, ó por plazos, no lo disponen las leyes; y por tanto queda al arbitrio de las partes, como que pertenece á los requisitos accidentales de este con-