

tes, §. 520, en aquel tiempo á la verdad eran dignos de conmiseracion. En quanto á los que renunciaban la herencia paterna, es evidente que no serian tan necios que la rehusaran, á no tener mas deudas que bienes; y no habrá persona de sano juicio que niegue que tambien en este caso es digno de conmiseracion el hijo.

a

TÍTULO VII.

DE LOS QUE NEGOCIAN CON LOS QUE ESTÁN BAJO DE
POTESTAD AJENA.

§. MCCIV — MCCVI. Hemos concluido el prolijo título de las Instituciones, en que se esplican cinco divisiones de acciones. En este y los dos siguientes continúa la sesta division de las acciones.

Todas las acciones ó nacen *de un hecho nuestro*, ó *de un hecho ajeno*, y este, ó de un siervo, ó de un hijo de familias, ó de nuestros animales. Por tanto (a) se trata en este título VII. de las acciones que se dan contra el padre ó dueño por los contratos de los hijos de familia, ó de los siervos; (b) de las acciones que se dan contra el dueño, ó poseedor de los siervos por los delitos de estos, título VIII; y (c) de las acciones que se conceden contra el poseedor por el daño causado por sus ganados, título IX. En este título pues se habla de las acciones que nacen de los contratos de nuestros hijos de familias y siervos, donde se pregunta, (a) de qué naturaleza son estas acciones, y (b) por qué puede ser reconvenido el padre por los hechos del hijo, el señor por los de su siervo.

I.º Á la primera pregunta respondemos, que todas las acciones de que se trata en este título, son de cualidad añadida (*qualitatis adjectivæ*), esto es, una especie de género máximo, bajo el que se comprenden varias especies de acciones; y ciertamente tantas, cuantos son los

contratos y cuasi contratos. Por ejemplo, la *accion de peculio* es el género; si el hijo de Pedro me debe por mutuo, tengo contra el padre la condicion del mutuo de peculio; si debe por compra, entablo la accion de lo vendido de peculio; si debe por haber tomado en arriendo, tengo la accion de arrendamiento (*locati*) de peculio. Luego *de peculio* es solo una cualidad añadida (*adjectitia*), que se agrega á todas las acciones del contrato, con el fin de que se diferencien. Y lo mismo sucede en las demas acciones de este título.

II.º Á la segunda pregunta, por qué quedan obligados el padre y el señor por los contratos de los hijos y de los siervos, respondemos que hai dos razones, una *remota* y otra *próxima*. La mas remota es, porque el vínculo de potestad induce la unidad de persona; y de aquí es que el padre y el hijo, el señor y el siervo se tienen por una persona, y por tanto se entiende que lo que hicieron el hijo ó el siervo, lo han hecho el padre y el señor. Pero esta razon es mui lejana, porque de aquí tambien podria colegirse que el padre puede ser reconvenido por el delito del hijo. Tambien esto podia suceder antiguamente, §. 7. *Inst. De nox. act.*; pero despues que esto se ha mudado, debe buscarse otra razon mas inmediata. Esta es de cuatro maneras: 1ª si el padre manda contraer al hijo, y el dueño al siervo: 2ª si el padre ó dueño encargan al hijo ó siervo un negocio: 3ª si el padre ó dueño dan el peculio al hijo ó siervo, con el fin de que negocien con él: 4ª si se ha invertido en las cosas del padre ó dueño lo que han adquirido el hijo ó siervo por el contrato. Y con esto se dará ahora razon de todas las acciones de que se trata en este título, cuyas partes son seis. Se trata pues, 1º de la accion *de lo ordenado* (*quod jussu*) §. 1181 y sig.; 2º de la accion *perteneciente al patron de barco y factor de comercio* (*exercitoria é institoria*), §. 1183-1189.; 3º de la accion *tributoria*, §. 1190-1192.; 4º de la accion *de peculio*,

§. 4. 193. y sig.; 5.º de la accion *de lo que se ha invertido en la cosa (de in rem verso)*, §. 4195 y sig.; y 6.º del senado-consulto *macedoniano*, §. 4197-4201.

§. MCCVII y MCCVIII. I.ª La primera accion es *de lo ordenado*, que se llama así de las palabras con que empieza el edicto del pretor. La órden (*jussum*) se diferencia del mandato, pues es este un contrato que requiere el consentimiento de dos; y no siendo el padre y el hijo, y el dueño y el siervo dos personas, sino una sola, no puede tener lugar el mandato entre ellos. Por tanto se llama *jussum* el precepto que los padres dan á los hijos, ó los dueños á los siervos. Ahora, como si el padre manda al hijo contraer, ó el dueño al siervo negociar, es lo mismo que si contrajese el padre ó negociase el dueño, el pretor da por esta razon la accion de lo ordenado. La entablan aquellos que contrajeron con el hijo ó siervo por órden del padre ó dueño contra el padre ó dueño que dió la órden, ó contra sus herederos, para que cumplan por entero el contrato que mandaron celebrar, §. 4. *Inst. h. t.*

§. MCCIX — MCCXV. II.ª y III.ª Siguen las acciones *exercitoria* é *institoria*, á cuya inteligencia ayuda el explicar ántes algunas palabras. Llámase armador (*exercitor*) aquel que arma una nave, propia ó fletada á su riesgo, y la echa al mar, de modo que son de su cuenta los gastos diarios, y le pertenecen las ganancias. Aquel á quien este armador da el mando de la nave, para que dirija la negociacion marítima, ó aquel á quien sustituye en su lugar el encargado de la nave, se llama en nuestro Derecho *capitan* ó *patron del buque (magister navis)*, ya sea padre de familias, ya sea hijo de familias, bien libre ó siervo, propio ó ajeno, menor ó de mayor edad, L. 1. §. 3. 4. 5. *ff. De exerc. act.* Aquel á quien el comerciante encarga su tienda de comercio, para que á nombre suyo dirija los negocios mercantiles, se llama *factor de comer-*

cio (institor), del vocablo latino *instare*, que significa ejercitarse en el comercio, negociar. Véase á Vosio, *Etymol. v. Institor*. Ni importa que sea padre de familias, ó hijo de familias, siervo ó libre, propio ó ajeno, menor de edad ó mayor, L. 18. *ff. De inst. act.* Últimamente las condiciones que se fijan al capitan del buque ó institor, y que deben observar negociando, se llaman *condiciones* ó *instrucciones (lex præpositionis)*. Si, por ejemplo, un comerciante de Amsterdam, que envía á España una nave, la encarga al cuidado de un capitan, y los comerciantes españoles contratan con este; por Derecho civil no tienen los españoles ninguna accion contra el comerciante de Amsterdam, porque no contrajeron con él, sino con el capitan. Pero el pretor, siguiendo la equidad, les concedia la *exercitoria*, y por tanto compete á aquellos que contrajeron con el patron de la nave segun las instrucciones del armador, contra este; ó si los armadores son muchos, contra cada uno de ellos en el todo (*in solidum*), para que cumplan el contrato celebrado con el capitan de la nave, §. 2. *Inst. h. t.* De la misma naturaleza es la accion *institoria*. Aquel pues que contrajo con el factor encargado del almacén, con tal que contrajese segun las condiciones de su comision, entabla esta accion contra el comerciante que encargó á aquel la direccion; ó si son muchos contra cada uno de ellos en el todo, ó contra sus herederos, para que cumplan el contrato celebrado con el factor, §. 2. *Inst. h. t.* Añadimos algunas observaciones sobre una y otra accion. 4.º Que está en el arbitrio del actor obrar, si quiere, contra el capitan ó factor, ó contra el dueño del buque ó comerciante, pues la accion concedida por el pretor no destruye las acciones directas que cada uno tiene contra aquel con quien contrajo. No obstante los que quieren obrar contra el patron del buque ó factor, deben hacerlo, mientras aquellos ejerzan todavía el cargo,

pues concluido este, no pueden ser ya reconvenidos, *L. ult. ff. De inst. act.*, porque entregadas las cuentas y los instrumentos, no podrian ya defenderse. 2º Estas acciones han sido introducidas en favor de los que contrataron con el capitan ó factor, no en favor de los dueños de buques ó comerciantes; y así aquellos pueden obrar contra estos, mas no estos contra aquellos, á no ser que de otro modo no puedan conservar sus cosas, *L. 1. L. 2. ff. De inst. act.* 3º No se conceden estas acciones por delito del patron ó del factor, ni por los contratos que no pertenecen á su oficio, porque los encargantes solo quedan obligados segun las instrucciones de la comision.

§. MCCXVI — MCCXVIII. IV.^a Sigue la accion *tributoria*, en el dia de ningun uso. Entre los romanos si el hijo de familias, negociando con el peculio profecticio, contraía deudas y estrechaban al pago los acreedores, no se nombraba mas juez que el padre, como juez doméstico de los hijos. Estaba este pues obligado á distribuir á prorrata entre los acreedores las rentas del peculio, no el mismo peculio; y á esto llamaban *tribuere*, distribuir. Sucedia muchas veces que el padre era injusto, y no observaba igualdad en la distribucion, dando á uno de mas y á otro de ménos; en cuyo caso se concedia la accion *tributoria* á los acreedores, á quienes se habian distribuido mal las rentas peculiares, del hijo ó siervo, contra el padre ó dueño que distribuyó injustamente, §. 3. *Inst. h. t.*

§. MCCXIX y MCCXX. V.^a La quinta es la accion de *peculio*. Llámase peculio todo lo que el hijo de familias ó siervo tienen separado del haber del padre, §. 473. Mas siendo respecto del hijo de muchas maneras, y dividiéndose en *militar* y *pagano*, aquel en *castrense* y *cuasi castrense*, y este (*el pagano*) en *profecticio* y *adventicio*, aquí solamente se habla del *profecticio*, esto es, del que se separa para el hijo de las cosas paternas. Si pues el padre da

algun peculio al hijo, ó el dueño al siervo, para que negocien con él, y el hijo de familias contrae deudas, entónces todos los acreedores, á quienes se debe algo por contrato del hijo ó siervo, tienen la accion de peculio contra el padre ó dueño, ó sus herederos, hasta lo que alcance el peculio, §. 4. *Inst. h. t.* Están de consiguiente obligados el padre y el dueño hasta el peculio, y si en él hai poco ó nada, tambien pagan poco ó nada. De donde se manifiesta fácilmente, por qué arriba en el párrafo 1197. numerámos esta accion entre aquellas, por las que conseguimos ménos que el todo.

§. MCCXXI y MCCXXII. VI.^a La última accion, perteneciente á este lugar, es la *de lo invertido en la cosa* (*de in rem verso*). *In rem verti* es invertir en utilidad de alguno; esto tiene lugar, cuando el padre ó dueño no mandan en verdad contraer al hijo ó siervo; pero sin embargo estos contratan de modo que han aumentado el patrimonio del padre ó dueño, ya tomasen la cosa por contrato, por ejemplo, si el hijo ó siervo comprasen libros y los trasmitiesen al padre ó dueño; ó ya haciendo que el padre economize su dinero, por ejemplo, si el hijo tomase dinero prestado y lo emplease en obsequiar á los huéspedes, ó pagar á los maestros de los colegios, etc. Siendo entónces injusto que uno se haga rico en daño de otro, movido el pretor por la equidad, concede la accion de lo invertido en la cosa que compete al acreedor contra el padre ó dueño, en todo lo que se ha invertido en utilidad de estos, §. 4. *Inst. h. t.* Si pues toda la suma del crédito se ha invertido en su utilidad, se concede esta accion en el todo, si se ha invertido en parte, solo por lo tocante á esta: cuya accion es claro ser en el dia de grande utilidad, porque estriba en el fundamento nacido de la equidad natural, que ninguno debe enriquecerse con daño de otro.

§. MCCXXIII — MCCXXVII. En lugar de apéndice se añade la doctrina del *senadoconsulto macedoniano*, no por-

que de él nazca acción alguna, sino porque produce la escepcion con que pueden eludir el padre y el hijo la acción que contra ellos entabla el acreedor. Para tratar con orden esta utilísima materia, examinaremos (a) el origen de este senadoconsulto; (b) lo establecido por él; (c) qué axiomas han de observarse acerca de él; y (d) qué derechos nacen de él.

I. Sobre el origen del senadoconsulto disienten Suet. *Vesp. c. II.* y Tac. *Annal. lib. XI. XII.* Aquel lo refiere á Vespasiano, este á los tiempos de Claudio; mas puede conciliarse esto, pues ó se renovó bajo de Vespasiano lo que se determinó por Claudio, ó Vespasiano lo propuso al senado en su primer consulado, que sucedió en el imperio de Claudio; y así lo conjetura el P. Fabro, *Semestr. lib. 4. c. 25.* Pero aún es mayor la divergencia de opiniones sobre lo que dió ocasion al senadoconsulto. El comun sentir, que propuse también en el §. 4223., es que existía un bribon usurero llamado Macedon, que prestaba dinero á los hijos de familia con usuras crecidísimas: sucedió que viviendo algun padre mucho tiempo, y viendo el hijo que las usuras crecian tanto, que absorbían casi todo el patrimonio, dió veneno al padre; por cuyo fatal ejemplo se estableció este severo senadoconsulto. Pero Teófilo, *Paraphr. §. 7. Inst. h. t.*, dice que no era el malvado usurero el que se llamaba Meceдон, sino el hijo de familias. Ha habido un clamor general contra Teófilo por haberse explicado así, y no obstante, si examinamos las mismas palabras del senadoconsulto, en la *L. 4. ff. De senatusconsulto mac.*, no confirman poco el parecer de Teófilo. Dice el senado: *Quum inter cæteras causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam æs alienum adhibuisset, etc.* No se dicen deudas (*æs alienum*) respecto del acreedor, sino del deudor, *L. 213. §. 1. ff. de V. S.*: luego no era Macedon el usurero, sino el hijo deudor. En seguida se

añade otra razon que pertenece al usurero, y se halla en estos términos: *Et quum sæpe materiam peccandi malis moribus præstaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur, incertis nominibus, etc.* De donde se evidencia que Teófilo lo ha acertado.

2. La disposicion del senadoconsulto macedoniano consiste (a) en que el que haya prestado dinero al hijo de familias, no tenga viviendo el padre, ni muerto este, ninguna acción, ni contra el padre, ni contra el hijo. (b) Que si se ha prestado algun dinero, tengan el padre y el hijo la escepcion del senadoconsulto macedoniano, para eludir la acción. La misma disposicion tenemos en la *L. 4. pr. ff. de SC. maced.*

3. De aquí entenderemos fácilmente los tres axiomas que propusimos en el §. 4224. (a) Este senadoconsulto no se ha concedido en favor del hijo, sino del padre, pues el hijo que, sin saberlo el padre ó contra su voluntad, contrae deudas, no es digno de gracia, sino el padre en quien recaeria esta carga, si hubiesen de pagarse las deudas, porque el hijo nada tenia propio. (b) Este senadoconsulto concede escepcion, si no se ha pagado, no acción; pues si se paga, ni el padre ni el hijo pueden repetirlo como indebido. (c) El senadoconsulto tiene lugar en el mutuo; luego no en la compra, locacion y otros contratos, y ni aún en todo mutuo, como si uno prestase aceite, trigo, vino ú otras cosas fungibles, sino cuando se presta dinero.

4. Ahora veremos qué conclusiones nacen de aquí: (a) habiéndose introducido este senadoconsulto segun el primer axioma, en favor del padre, y no del hijo, se sigue (a) que en vano renunciará á esta escepcion el hijo, *L. 29. C. De pact. L. 40. ff. De cond. ind.*, esto es, viviendo el padre, pues muerto, no tiene duda que espresa y tácitamente puede renunciar su derecho. (b) Que bien puede al contrario renunciar el padre espresa ó tácitamente,

pues cualquiera puede renunciar al derecho introducido en su favor. (c) Que cesa la escepcion por parte del padre, si se ha invertido el dinero en su utilidad, *L. 17. §. 12. ff. De SC. maced.*, porque seria injusto que el padre quisiese usar de este auxilio para enriquecerse con daño de otro. (d) Que el hijo no tiene esta escepcion, si tiene peculio castrense ó cuasi castrense, *L. 1. §. 2. ff. eod.*, pues este privilegio se ha concedido al hijo de familias, y en el peculio castrense y cuasi castrense se considera al hijo como padre de familias. (e) Que tampoco es digno de este privilegio el hijo que engañó á los acreedores, diciendo que era padre de familias, *L. 1. C. eod.*, pues las leyes jamas favorecen el dolo. (f) Que si el acreedor ignorase que era hijo de familias aquel con quien contrajo, con razon cesará este senadoconsulto, *L. pen. ff. eod.*, con tal que esta ignorancia no sea efecto de descuido ó afectada, porque ciertamente si el pueblo del deudor no está muy distante del lugar del contrato, apenas es probable que pueda ignorar el acreedor su condicion. (g) Que el hijo de familias mayor de edad no puede oponer esta escepcion al menor ó pupilo, *L. 3. §. 2. ff. De SC. maced.*; parte porque el privilegiado no goza de privilegio contra el igualmente privilegiado, y parte porque hai una justa presuncion en favor del menor ó pupilo, de que ignoraba que su deudor era hijo de familias; y ya vimos en la conclusion próxima anterior, que escusa la ignorancia. (b) Produciendo este senadoconsulto, segun el segundo axioma, solo escepcion, y no accion, se sigue de ahí, (h) que ni el padre ni el hijo tienen la condicion de lo indevido, si pagan, *L. 40. ff. De cond. ind. L. 40. ff. De SC. maced.* La razon es clara, pues (a) la condicion de lo indevido no tiene lugar, si el que paga debia naturalmente, §. 989. 4., y claro está que debia naturalmente el hijo que habia tomado dinero prestado. Ademas

(b) hai lugar á la condicion de lo indevido, cuando se ha pagado por error de hecho, §. 987. Mas al padre y al hijo que omiten la escepcion del senadoconsulto macedoniano, y pagan, no por error de hecho, sino de derecho, no se les socorre, §. 988. 2. (c) Últimamente, cesando esta escepcion segun el tercer axioma, si el contrato no es mutuo, ó no se ha prestado dinero, con razon inferimos de ahí, (i) que no puede oponerse esta escepcion, si se ha prestado el dinero para cosas útiles y de un modo legitimo, *L. 7. §. 13. ff. De SC. maced.*, pues entónces se entiende que se ha invertido el dinero en utilidad del padre. (j) Ni tiene lugar la escepcion, si no se ha prestado dinero, sino libros ú otra cosa, á no ser que haya sido en fraude del senadoconsulto, *L. 7. §. 3. ff. eod.* Pues á la verdad, si uno entrega libros al hijo de familias, que le pedia dinero, para que los venda, se entiende que lo hace en fraude de la lei, *L. 30. ff. De LL. L. 6. §. 1 ff. De V. S.*; y lo que se hace contra las leyes, es nulo, *L. 5. C. de LL.*

TÍTULO VIII.

DE LAS ACCIONES NOXALES.

§. MCCXXVIII — MCCXXXII. Las acciones esplicadas en el título anterior nacen de los contratos de los hijos de familia ó siervos: siguen las acciones que dimanen de sus delitos, las que se llaman *noxales*. Antiguamente se llamaban acciones *noxales*, si causaban daño delinquiendo el hijo ó hija de familia, ó los siervos, §. 138. 3. §. 7. *Inst. h. t.* Pero en el dia, despues que Justiniano prohibió que se diesen en *noxa* los hijos é hijas de familias, solo tienen lugar estas acciones en los delitos de los siervos. Veremos pues ahora 1º la naturaleza de las acciones no-