

## DE LA SUCESION DEL FISCO.

§. DCCLXV y DCCLXVI. El último heredero es el fisco, el cual sin embargo solo es admitido subsidiariamente, pudiendo ocupar la herencia dentro del cuadrinio, si están vacantes los bienes, esto es, si ningún cognado aparece. Y aún hai algunos extraños que son preferidos al fisco, cuales son, 1º los cónyuges, de quienes se ha hablado en la seccion anterior. 2º Los socios ó compartícipes de la liberalidad del emperador. Por ejemplo, si á mí y á Ticio nos hubiese el príncipe dado un predio, y Ticio muriese sin cognacion, yo seré su heredero abintestato en este predio, en términos de ser preferido al mismo fisco. 3º La iglesia en los bienes de un clérigo, por considerarse que el difunto la amó sobre todas las cosas. 4º El regimiento (*vexillatio*) en los bienes del soldado, que no hizo testamento ni dejó cognados, aunque es costumbre que el centurion tome para sí de esta herencia el mejor caballo ó las mejores armas. 5º Todos los colegios ó corporaciones lícitas, si un miembro de ellos muriese sin cognacion. No obstante cualquiera echa de ver con facilidad, que todos estos casos son rarísimos (1).

(1) Bien sabido es que la mujer tiene derecho á la mitad de los gananciales, y á que se le pague su dote, arras, donaciones esponsalicias, etc.; pero cesa la disposicion de la lei de Partida, por la cual, no habiendo pariente por línea trasversal hasta el décimo grado, llamaba el marido á su mujer, pues

## TÍTULO XIV.

## DE LAS OBLIGACIONES.

§. DCCLXVII. Cuanto hasta aquí llevamos explicado, pertenece á las especies de *derecho en la cosa*; pues

hoi ademas de que no pasa del cuarto grado, tampoco puede el marido llamar á su mujer, *L. 7. tit. 20. lib. 10. de la Nov. Recop.*: Así es que en este caso entra el fisco, aunque es dudoso si este grado se deberá computar canónica ó civilmente. Viene aquí mui bien, para complemento de la materia, decir algo de la cuarta marital, de que no hace mencion Heineccio. Esta no es otra cosa que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual debe tomar para sí la viuda, si quedare tan pobre que no tenga con que subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta no debe exceder del valor de cien libras de oro, como dispone la *L. 7. tit. 13. Part. 6.* Y aunque la lei solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender á los padres pobres en su caso. Véase Febrero, *Librer. De esrib. cap. 1. §. 2. n. 239.* Hoi dia en vista de la *L. 1. tit. 8. lib. 5.*, que es la *6. de Toro*, hai bastante razon para dudar que pudiese tener lugar tal parte: fuera de que sin ella, y con los gananciales que le toquen, podria la madre proporcionarse la congrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre que debiera administrar los bienes de sus hijos. Con todo hai algunos ejemplos de haberla declarado el Consejo en algunos recursos que se siguieron ante él en juicio contradictorio.

Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento, está dispuesto que el juez del lugar donde fallezcan, inventarie sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para el entierro y funerales, dando cuenta á la real Au-

hemos visto los modos de adquirir el *dominio*, lib. II. tit. 4. y sig.; hemos visto cuáles sean las *servidumbres*, lib. II. tit. 3-5.; hemos también considerado prolijamente el *derecho hereditario*, que compete bien por testamento, bien abintestato, lib. II. tit. 10.—lib. III. tit. 43. Ahora debiera hablarse del *derecho de prenda*; mas no sé por qué casualidad ha omitido enteramente Justiniano esta especie en su *Instituta*, sin decir mas que algunas cosas pertenecientes al contrato

diencia del distrito, para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los haya, no recaen los bienes en el fisco, L. 31. tit. 1. Part. 6.

Por reales órdenes de 29 de noviembre de 1796 y otra de 1804, á los religiosos de las órdenes que podían poseer bienes, les estaba permitido ser herederos por testamento; pero se les prohibía suceder abintestato á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su solemne profesion, en que renuncian al mundo y á todos sus derechos temporales, con arreglo á la real pragmática de 6 de julio de 1792. Esta *pragmática* se halla derogada ahora por el *decreto de 26 de junio de 1822, restablecido en 27 de enero de 1837*, en el que se dispone, que « todos los regulares secularizados de uno y otro sexo están habilitados para adquirir bienes de cualquiera clase, tanto por título de legítima, como por cualquier otro de sucesion, bien sea *ex-testamento*, ó bien *abintestato*; entendiéndose esta habilitacion desde la fecha de la secularizacion, sin que tenga efecto retroactivo con relacion á las legítimas y sucesiones adjudicadas ó adquiridas por otros parientes ó personas ántes de la época espresada; cuya disposicion deberá tener lugar no obstante cualesquiera renunciaciones ó cesiones que hubiesen he-

de prenda, lib. III. tit. 45. Ya tomaremos nosotros de las Pandectas lo necesario para llenar en su lugar oportuno este vacío: pasemos ahora á hablar de los *derechos á la cosa*, que son la otra especie del derecho de las cosas, §. 531. Mas como todo derecho á la cosa nazca de una obligacion, se trata solo de las obligaciones en esta última parte del lib. III. y en el principio del lib. IV.

cho los interesados en favor de sus propias comunidades ó de sus familias, cuando entraron en religion.» Y el artículo 38 de la *lei de 29 de julio de 1837* sobre estincion de regulares concede igual facultad á las monjas que permanezcan en sus conventos desde el 8 de marzo de 1836.

Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles del modo y en el orden sabido; pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones trasversales de bienes libres, sin distincion de grados, el dos por ciento para la real Hacienda, por la real cédula de 12 de junio de 1801; y segun el decreto de 30 de diciembre de 1820 hai otras diferentes deducciones, que el mismo espresa.

Los parientes que suceden abintestato, no por eso están esentos de invertir algunos bienes en favor del alma del difunto. Mas para que se sepa cuánto debe ser, diremos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y herederos. Estos ó son legítimos y forzosos, ó trasversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados á hacerle las exequias funerales y demas sufragios que se acostumbren en el país, con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias; pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de ha-

§. DCCLXVIII. Se pregunta pues, qué cosa sea obligacion? Y se responde, que es *un vínculo del Derecho que nos constituye en la necesidad de pagar alguna cosa*, es decir, de hacerla ó prestarla. Pero esta definición la miran por lo regular con desprecio los presumidos sin fundamento de entendidos, y reprenden prin-

cer el juez inventario de los bienes, *L. 14. tit. 20. lib. 10. Nov. Recop.* Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo prefinido por la lei ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion de invertir todo el quinto, segun el argumento de dicha *L. 14* del referido código de la *Nov. Recop.* Lo mismo se debe decir de los herederos trasversales del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario por no poder ó no querer, no hizo el testamento, en este caso solamente estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun ordena la *L. 13.* del mismo título, que dice así: « Cuando el comisario no fizo testamento ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque no quiso, ó porque murió sin facerlo, los tales bienes vengán derechamente á los parientes del que le dió el poder, que hubiesen de heredar sus bienes abintestato; los cuales en el caso que no sean hijos, ni descendientes, ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes, por su ánima del testador: lo cual si dentro del año, contado desde la muerte del testador, no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquiera del pueblo. » La razon de esta disposicion es, porque se presume que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplía á otros casos, porque solo habla del que últimamente se ha explicado.

cialmente que definamos la cosa por medio de una simple traslacion ó metáfora; y aún se dejan decir, llevados de la gran sutileza de su ingenio, que vínculo del Derecho es el lazo con que se ahorca á los ladrones. Lindamente! el reparo es gracioso y la objecion está muy bien discurrida! Las cosas morales tan léjos están de poder espresarse con vocablos propios, que la misma voz *obligacion* es una palabra metafórica. Y ¿qué adelantamos, pregunto yo, con la definicion que recomiendan ellos como verdaderamente filosófica, de que la obligacion es una cualidad moral pasiva, por la cual se impone la necesidad de dar ó hacer alguna cosa? ¡ Como si esta definicion no fuese mas oscura que la cosa definida! Quede pues sentada la nuestra, de la cual se deriva desde luego el axioma de que *la obligacion no sale de la persona*; y así nunca se puede intentar accion contra un tercero, sino solo contra el que se ha obligado; que es en lo que consiste la diferencia entre el derecho á la cosa, y el derecho en la cosa, de que hemos hablado arriba en el §. 333. 2.

§. DCCLXIX. De la definicion pasamos á las divisiones; la primera de las cuales es que las obligaciones son ó *meramente naturales*, ó *meramente civiles*, ó *mistas*. El fundamento de toda obligacion es la lei: por consiguiente si la obligacion nace del Derecho natural, sin que concurra el Derecho civil, será meramente natural. Por ejemplo, el Derecho natural dicta que los pactos se deben cumplir; mas como el Derecho civil no hace obligatorios los simples pactos, por eso so-

dice que la obligacion que resulta, es meramente natural. Si por el contrario introduce el Derecho civil una obligacion, á la cual se opondrá, ó que no admite el Derecho natural, se llamará meramente civil. Por ejemplo, lo que se ha prometido por miedo, segun el Derecho civil estricto se debe cumplir, porque la voluntad forzada al fin es voluntad, conforme á los principios de los jurisconsultos estoicos, *L. 21. §. 5. ff. Quod met. caus.* Mas por quanto el Derecho natural no admite una obligacion arrancada así por la fuerza y por el miedo, se dirá que esta obligacion, es meramente civil. Por último si ambos Derechos, el natural y el civil, prescriben cierta obligacion, esta será mista. Por ejemplo, el comprador está obligado por Derecho civil y natural á pagar el precio prometido, y por eso se puede llamar mista esta obligacion. Las mistas son verdaderas obligaciones, como que producen todo el efecto de tales: las civiles no tienen ningun efecto, pues se rescinden por la restitucion *in integrum*; y por último las naturales aprovechan para oponer escepcion, mas no para intentar accion.

§. DCCLXX. Otra division, ó por mejor decir subdivision, es que unas son *civiles* y otras *pretorias* (1). Son civiles las que se derivan del Derecho civil, esto es,

(1) En España no se conocen las acciones pretorias, porque no hai esta clase de magistrados; pero en su lugar habrá aquellas que se deducen de los edictos que los jefes políticos, capitanes generales, alcaldes constitucionales y demas autoridades dan para el buen gobierno de su provincia.

de las leyes, plebiscitos, senadosconsultos, constituciones de los príncipes, y respuestas de los jurisconsultos. Y por el contrario, pretorias son aquellas que vienen del edicto del pretor ú otros magistrados; pues en general se llama pretorio todo lo que trae su origen de los magistrados, aún de los procónsules y ediles, porque en los primeros tiempos de la república todos los magistrados romanos se llamaban pretores, de *præ-undo*, ir delante, porque iban precedidos de los lictores. La obligacion, por ejemplo, del vendedor y del comprador de tomar sobre sí la culpa leve, es civil, porque procede del Derecho civil; pero la obligacion del vendedor de volver á tomar la cosa viciosa y restituir el precio, es pretoria, porque se deriva de un edicto edilicio.

§. DCCLXXI. Sigue la tercera division, de que unas obligaciones nacen *inmediatamente* de la equidad natural, y otras *mediatamente* de algun hecho obligatorio. Nacen inmediatamente de la equidad, siempre que exija algo por este principio: *estás obligado á hacer lo que no te daña y aprovecha á otro*; y tambien *estás obligado á lo que exige la recta razon*. Por eso, v. gr. el poseedor está obligado por la regla primera á exhibir la cosa al dueño; y por la última lo está el padre á alimentar al hijo, aunque no haya mediado hecho alguno obligatorio. Cuando la obligacion nace de un hecho, ó este es *licito* ó *ilicito*: el licito consiste en el consentimiento, y el ilicito en un delito. De aquí una nueva division de la obligacion, esto es, que unas na-

cen *de convencion*, y otras *de delito*. De los delitos hablaremos en el libro IV.; ahora tratemos solamente de las convenciones.

§. DCCLXXII y DCCLXXIII. Convencion, que en nuestro Derecho tambien se llama pacto, es *el consentimiento de dos ó mas personas que se avienen sobre alguna cosa que deben prestar ó hacer*. Decimos 1º que es *consentimiento*, porque de otra manera no habria ningun hecho obligatorio. Decimos 2º que es *consentimiento de dos ó mas*, porque v. gr. en el contrato de sociedad, pueden pactar ó convenirse ciento ó mas personas. Decimos ademas 3º *que se avienen*, porque mientras no convienen en una misma cosa los contratantes, no se puede decir que hai verdadera convencion. Y finalmente añadimos *sobre alguna cosa que deben prestar ó hacer*; acerca de lo cual advertimos, que bajo la afirmacion se comprende asimismo la negacion, pues tambien hai pactos de no prestar ó no hacer, los cuales se llaman *remisorios*.

§. DCCLXXIV, DCCLXXV y DCCLXXVI. La convencion se divide en *contrato* y en *pacto*: el origen de esta division se debe traer solo del Derecho romano, como que segun él no producian acciones los pactos, sino los contratos. Estrañan esto algunos, y acusan la perfidia de los romanos, por haber contra el Derecho natural quitado á los pactos toda obligacion. Pero en esto agravan su prudencia, porque ellos no enseñaban que los pactos no debiesen observarse, ántes tenian por un pèrfido y un malvado á aquel que no los guardaba.

A propósito de esto dijo con elegancia Séneca *De benef. lib. 5. c. 21.*: *Que lex ad id præstandum nos, quod alicui promissimus, alligat? Quæras tu cum eo, qui non præstat, et fidem datam nec servatam indignabor*. Si por los pactos no concedian accion, esto consiste en que las mas de las vezes aseguran los hombres no haber pactado seriamente: por lo cual Euclion en la *Aulul. de Plauto, act. II. scen. 2.*, dice:

*At scio quo vos pacto soleatis perplexarier:  
Pactum non pactum est non pactum autem pactum, quod  
vobis lubet.*

Pues para que los hombres no anduviesen perplejos y cavilosos, establecieron los romanos que la confianza de los ciudadanos se fundase, no en los pactos, sino en los contratos; que es lo mismo que decir, que para que los hombres no pudieran alegar que no habian consentido seriamente, introdujeron la estipulacion solemne, mediante la cual naciese plena obligacion. Esto ha espresado mui bien Edm. Merilio, en la *Obs. LVII. c. 39. Del simple pacto*, dice, *no resultaba accion entre los ciudadanos romanos, porque ellos habian obligado la palabra en los contratos de los negocios, no en los pactos puros; y así es que no habian fijado fórmula alguna en que se hablase de los simples pactos, cuando por el contrario su manera vulgar de quedar obligados, se hacia por medio de una estipulacion espresada con ciertas palabras determi-*

*nadas*, L. 2. De oblig. et act. *Y si la omitian los que pactaban, se creía que lo habian hecho, mas bien por divertirse que para obligarse.* Pues ¿en qué se diferencian los pactos y los contratos? Esto ya lo enseñó en su tiempo Cujacio, l. 44. Obs. c. 45, cuando observa que la verdadera y genuina definicion está virtualmente contenida en la L. 7. §. 1, 2. ff. De pactis; á saber, que *contrato es la convencion que tiene ó nombre ó causa.* Luego *pacto* será la *convencion que ni tiene nombre ni causa.* Para la inteligencia de estas definiciones debe saberse, qué cosa sea nombre, y qué causa. Por *nombre* entendemos aquí la palabra que produce una accion del mismo nombre; y por *causa* se entiende alguna cosa presente, de la cual nace obligacion segun las leyes. Así, por ejemplo, la venta tiene nombre, porque de ella nace la accion de *compra y venta.* La estipulacion tiene nombre y causa: nombre, porque de ella nace la accion *de lo estipulado*; y causa, porque medió la solemnidad de palabras, á que dieron las leyes fuerza de obligar. Por el contrario la donacion no tiene nombre ni causa, porque ni se da accion *de lo dado*, ni hai cosa alguna presente, sino que tansolo se promete para lo futuro, sin que intervengan solemnidades.

§. DCCLXXVII. Los pactos, distintos de los contratos, se subdividen en *simples* y en *calificados* (1), ó

(1) Se advierte que por nuestro Derecho en virtud de la L. 1. tit. 1. lib. 10. Nov. Recop. no se conoce distincion entre pactos simples y calificados, como la habia entre los romanos.

como llaman bárbaramente los glosadores, *vestidos.* Los *simples*, que son aquellos que subsisten dentro de los puros limites de la convencion ó consentimiento, no producen obligacion civil, ni accion alguna; los *calificados* son los que ya producen accion, aunque no son contratos, v. gr. los esponsales contraídos sin estipulacion eran un pacto *simple*, porque no resultaba de ellos ninguna obligacion ni accion. Pero el que algunos pactos sean *calificados*, y produzcan obligacion y accion, proviene de que á unos les asiste la lei, á otros el pretor, y á otros los contratos á que han sido añadidos incontinenti. Aquellos á los cuales asiste la lei, se llaman *legítimos*, y de ellos nace la condicion *de la lei*, segun aparece por la L. 35. C. De donat. Aquellos á que asiste el pretor, se llaman pactos *pretorios*, cuales son la *hipoteca* y el *dinero prometido* (*constituta pecunia*), que producen acciones del mismo nombre; á saber, la accion *hipotecaria*, que tambien se llama *cuasi serviana*, y la accion *de lo prometido.* Finalmente los pactos á que asisten contratos, se llaman *adjuntos.* Si se añaden incontinenti á contratos de buena fe ó bilaterales, producen la misma accion que por otra parte nace de aquel contrato. Por ejemplo, si el vendedor añadió incontinenti al contrato de compra y venta el pacto de retrovendo convencional

Así entre nosotros todo pacto que sea conforme á Derecho, produce obligacion, siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues no se necesita alguna en virtud de dicha lei.

(*protimiseos*), de la lei comisoria, *addictionis in diem* y otros semejantes; por todos estos pactos tendrá la accion de venta. Pero, ¿y si el pacto fué añadido á un contrato de estricto derecho, ó no ha sido añadido incontinenti? Entónces solo produce escepcion, no accion, *L. 7. §. 5, 6. ff. L. 43. C. h. t.*

§. DCCLXXVIII. Esto por lo que hace á los pactos. Los contratos, que se diferencian de ellos, se dividen en *verdaderos* y en *cuasi contratos*; y el fundamento de esta division pocos jurisconsultos lo examinan atentamente. Unos dicen que los cuasi contratos nacen del consentimiento tácito, como si los contratos tácitos no fuesen verdaderos contratos. Otros los hacen derivar de las varias figuras de causas; pero estas palabras que se encuentran en la *L. 1. ff. De obl. act.*, son tan oscuras, que de ninguna manera pueden servir para la definicion. Algunos, y entre ellos Pagenstechero en sus *Aphor. lib. 3. §. 145*, definen el cuasi contrato, diciendo que es la obligacion que ni nace de contrato, ni de delito, ni de cuasi delito. Pero fuera de que esta definicion, tomada del principio de las *Inst. De oblig. quæ quasi ex contr. nasc.*, es negativa, y por lo mismo tan oscura como la cosa definida, se sigue manifestamente de ella el absurdo de que todos los pactos legitimos son cuasi contratos. Vestenbergio en el *tit. De pactis. §. 54* lo define de este modo: cuasi contrato es un hecho no torpe, del cual nace obligacion, sin que medie convencion alguna. Pero aún envuelve oscuridad esto de que la obligacion puede nacer sin convencion; y así

nosotros discurremos de esta manera: todo contrato está fundado en el *consentimiento*: el consentimiento ó es *verdadero* ó *fingido*, es decir, *presunto*: del verdadero nacen los verdaderos contratos, y del presunto, ó de un hecho, los cuasi contratos. Mas no se ha de creer que sin ninguna razon fingen las leyes que alguno ha consentido, no habiendo prestado su consentimiento; ántes bien hai principalmente tres reglas de equidad natural, de las que se infiere este consentimiento: 1<sup>a</sup> *nadie sin razon mui poderosa debe querer enriquecerse con perjuicio de tercero.* 2<sup>a</sup> *Quien quiere lo antecedente, debe querer lo consiguiente.* 3<sup>a</sup> *Cualquiera parece aprobar aquello que promueve su utilidad.* Véanse nuestras *ff. part. I. §. 362.*

§. DCCLXXIX. Los verdaderos contratos son *nominados* ó *innominados*. Los nominados tienen nombre y causa, y por eso siempre producen una accion del mismo nombre. Los innominados tienen causa, pero no nombre; y así es que no producen accion del mismo nombre, sino una accion general deducida *del hecho, ó de las palabras espresadas (in factum ó præscriptis verbis)*. Podráse objetar el contrato estimatorio, el cual, no obstante que es un contrato innominado, produce la accion estimatoria. *V. rubr. ff. De æstim.* Pero á esto se responde que tambien esta accion estimatoria es la misma accion *de las palabras espresadas (præscriptis verbis)*, y por esta razon en la *L. 1. pr. ff. ejusd. titul.* se la llama *accion estimatoria (præscriptis verbis)*. Dichos contratos innomina-

dos son cuatro: *doi para que des* (*do ut des*); que unas veces se llama permuta, y otras contrato estimatorio: *doi para que hagas* (*do ut facias*): *hago para que des* (*facio ut des*); y *hago para que hagas* (*facio ut facias*). Diráse que tambien se pudieran llamar todos los contratos nominados, *do ut des*; porque ¿qué otra cosa viene á ser la compra y venta sino un *doi para que des*? y ¿qué otra cosa el alquiler de los trabajos ó servicios, sino el contrato *hago para que des*? Á esto se satisface diciendo, que entre los contratos nominados y los innominados média tambien la diferencia de que en aquellos interviene dinero contado y en estos otra cosa distinta del dinero; ó si este se da no está determinado por la convencion, ó por lo ménos no es estipendio, sino honorario. Así pues, si por ejemplo digo: te doi dinero, para que me des un libro, es una compra y venta. Pero si nos convenimos en darte yo á ti este libro, para que tú me des á mí otro, este será el contrato innominado, *doi para que me des* (*do ut des*). Y así tambien, si dice un sastre: te haré un vestido por tanto dinero, será el salario por una obra; mas si dijere; te haré un vestido con tal que me des trigo; ó con tal que me hagas unos zapatos; ó si un profesor dijese que por el honorario explicaria públicamente en un colegio, estos serian contratos innominados.

§. DCCLXXX. Además, como todos los contratos deben tener causa, es decir, alguna cosa presente, de la cual nazca obligacion segun las leyes (§. 776), se pre-

gunta, cuántas y cuáles son estas causas. Á lo cual se responde que son cuatro; á saber, *entrega de la cosa, palabras solemnes, instrumentos y consentimiento*. Luego en esto se atiende siempre á lo que perfecciona el contrato y lo concluye; y así los que se perfeccionan con la entrega de la cosa, se llaman *reales*, cuales son el *mutuo, comodato, prenda y depósito*. Los que se perfeccionan por medio de palabras solemnes, se llaman obligaciones de palabras ó contratos *verbales*; de los cuales solo queda uno por Derecho nuevo, á saber, la *estipulacion*, porque por el antiguo, á mas de esta obligacion de palabras, habia la declaracion de la dote (*dictio dotis*), y la promesa jurada de servicios que solian hacer los libertos: *V. Cujac. Inst. lib. II. tit. 9.* §. 3. El que se termina por medio de instrumentos públicos, se llama contrato *literal*, y Justiniano fué el primero que lo redujo á la forma que hoi tiene. Finalmente los contratos que se perfeccionan con el solo consentimiento, se llaman *consensuales*, y son cinco, á saber, compra y venta, locacion-conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato.

§. DCCLXXXI. Réstanos la última division de los contratos, segun la cual unos son *unitales* y otros *bilaterales*. No se llaman así por las personas contrayentes, porque de esta manera todos los contratos serian bilaterales, sino por las personas que se obligan. Si se obligan ambas, el contrato es bilateral; si se obliga una sola, unilateral: así, por ejemplo, en la compra y venta se obligan ambos contrayentes, y en el mutuo tan-

solo uno. Los unilaterales se llaman tambien *de estricto derecho*, y los bilaterales *de buena fe*; lo cual no ha de entenderse como si se dijera, que en los contratos de derecho estricto no es necesaria la buena fe. El verdadero sentido es, que en los contratos de derecho estricto no se puede pedir nada mas de lo que espresamente se ha prometido, y que por el contrario en los contratos de buena fe se debe tambien lo que no se ha espresado, con tal que así lo exija la equidad. Por ejemplo, en el mutuo no se piden usuras, á no ser que se hayan prometido, porque es contrato *de estricto derecho*; pero en la compra y venta, el comprador solamente por su tardanza en dar el precio debe dar usuras, por ser *de buena fe*, este contrato.

§. DCCLXXXII. De aquí se infiere fácilmente por qué algunos contratos producen dos acciones, y otros solo una. Efectivamente, como en los bilaterales están obligados ambos contrayentes, por precision debe haber dos acciones, por cuyo medio puedan compelerse recíprocamente á hacer aquello que es debido. Y por el contrario, en atencion á que en algunos contratos, como el mutuo, no está obligado á nada el acreedor, sino solo el deudor, de aquí es que no compete mas que una accion, á saber, *la condicion de lo cierto por el mutuo*. Las dos acciones que nacen de los bilaterales, ó son por ambas partes *directas*, ó se llama una de ellas *directa* y la otra *contraria*. Son ambas directas, siempre que la obligacion de entrambos contrayentes nace ya en el momento de celebrarse el contrato; y una di-

recta y otra contraria, siempre que uno de los contrayentes queda obligado por el mismo contrato, y el otro por lo hecho despues. En la compra y venta, v. gr. ambos contrayentes se obligan desde el principio por el mismo contrato, y la accion *de lo comprado* y la accion *de lo vendido* son directas. Mas en el mandato el mandatario se obliga, es verdad, por el mismo contrato y desde el principio; pero el mandante no está obligado sino por lo despues hecho, es decir, si el mandatario hiciese gastos por él, ó sufriese perjuicio por el mandato; por cuya razon es directa la accion contra el mandatario, y al revés, contraria la accion contra el mandante. Acerca de estas acciones contrarias hai una regla mui general, que es, *que toda accion contraria se da para indemnidad*.

§. DCCLXXXIII y DCCLXXXIV. En materia de contratos ocurre la célebre cuestion del resarcimiento de daños, acerca de la cual discurren con bastante sutileza los jurisconsultos romanos; razon por que alguna vez no los entienden nuestros doctores. Sin embargo aclaró muchísimo esta doctrina la escelente disertacion de Henr. Cocceyo *De culpis præstandis*. Nosotros entrando en materia, decimos, que *daño* es todo lo que disminuye nuestro patrimonio. Esto se verifica ó por *dolo*, ó por *culpa*, ó por *caso fortuito*: por *dolo*, si interviene engaño ó malicia; por *culpa*, si se peca por descuido ó imprudencia; y finalmente, por *caso fortuito*, si el daño procede de la divina Providencia, á la cual no puede resistirse.

§. DCCLXXXV. En cuanto al dolo, hai solamente una regla que observar, á saber, *que se debe pagar siempre y en todos los contratos*; lo cual es tan cierto, que aún cuando hayan pactado los contrayentes que no se responda del daño causado por dolo, este pacto no vale, porque incitaria á uno de los dos á pecar, *L. 23. ff. De reg. jur.* Y aún en algunos contratos no basta que el que ha pecado por dolo, lo pague, sino que además es infame: tales son *la tutela, el depósito, la sociedad y el mandato*, *L. 4. ff. De his qui not. infam.* Establécenlo así las leyes, porque estos cuatro contratos solo se hacen con amigos, al paso que los demas se entablan con cualquiera; y es la cosa mas vergonzosa que un amigo engañe á otro amigo bajo las apariencias de amistad. Á propósito de lo cual dijo elegantemente Ciceron, *pro Quinto Roscio, comædo, c. 6.: Si qua sunt privata judicia summæ existimationis, et pæne dicam, capitæ: fiduciæ* (bajo cuya palabra comprende el mandato y el depósito), *tutelæ, societatis. Æque enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere, quæ continet vitam, et pupillum fraudare, qui in tutelam pervenit, et socium fallere, qui se in negotio conjunxit.* No mas que una es la regla que hai acerca del *caso fortuito*: *nadie está obligado á responder del daño proveniente de caso fortuito*, *L. 23. ff. De R. J.*; porque ¿quién ha de imputar al hombre lo que dimana de la voluntad de Dios, por la que se gobiernan todas las cosas? Puede no obstante suceder que alguno tenga que pagar el caso fortuito, 1º si es-

pontáneamente lo ha tomado sobre sí; 2º si fuese moroso en entregar ó restituir; y 3º si su negligencia dió ocasion al caso fortuito. Estas son las escepciones que ponen los doctores, aunque si hemos de confesar la verdad, lo que en estos tres casos se paga, es la culpa, no el caso fortuito.

§. DCCLXXXVI y DCCLXXXVII. Mas complicacion hai con respecto á pagar la *culpa*, porque los juriconsultos la miden y compasan, por decirlo así, y la dividen en *lata, leve y levisima*. El fundamento de esta division es la diversidad de diligencia que se observa en los padres de familia. Los hai sumamente avaros y vigilantes, que andan siempre con cien ojos, sin poder dormir ni estar tranquilos hasta registrar los mas ocultos rincones de su casa. Pues de los que no imitan la nimia diligencia de estos, se dice que cometen *culpa levisima*. Hai tambien padres de familia malbaratadores de su hacienda, á quienes no concedió la naturaleza ni adquirir, ni conservar lo adquirido, sino que son unos derrochadores sempiternos. De los que imitan su desidia ó los esceden en negligencia, se dice que cometen *culpa lata*. Hai finalmente padres de familia frugales, parcós, no avaros, liberales, no disipadores. Los que no imitan su diligencia, son reos de *culpa leve*.

§. DCCLXXXVIII. Estas definiciones facilitan bastante la inteligencia de las siguientes reglas que se observan en el resarcimiento de daños causados por culpa. 1º Cuando para el uno es la ventaja y para el otro solo

la molestia, aquel paga la culpa levisima, y este la lata. En el depósito, por ejemplo, el depositante paga la culpa levisima, porque percibe toda la utilidad; y el depositario la lata, porque á él solo se le sigue molestia. 2ª Cuando la utilidad de ambos contrayentes es igual, entónces se satisfacen recíprocamente la culpa leve; como se verifica en la compra y venta, locacion y conduccion, sociedad y prenda. 3ª El que voluntariamente se ofreció á un contrato en que se requiere muchísima diligencia, con razon debe pagar la culpa levisima en la agencia voluntaria (*in negotiorum gestione*). 4ª El que espontáneamente ofreció á otro una cosa, no puede exigir sino la culpa lata, como sucede en el género de liberalidad que se llama *precario* (1).

§. CCLXXXIX. Baste lo dicho acerca de las obligaciones en general: si se ha estudiado con atencion, todos los capítulos que quedan hasta el fin del libro, serán facilísimos de entender. No tratándose en la *Instituta* de los contratos innominados, hablaremos de los nominados; y como estos se dividen en reales, literales, verbales y consensuales, se esplicarán los primeros en el título inmediato.

(1) Nada tenemos que añadir á la doctrina que en esta parte sienta Heineccio, porque la misma, sin variacion alguna, está recibida en la *L. 5. tit. 6. Part. 7.*, el argumento de la *L. 3. tit. 2. Part. 5.* y la *L. 11. tit. 33. Part. 7.*

## TÍTULO XV.

DE QUÉ MODOS SE CONTRAE OBLIGACION POR LA COSA.

§. DCCXC. Habiendo ya considerado en general qué cosa sea obligacion, contrato y sus especies, pasamos ahora á hablar de la primera especie de contratos nominados, es decir, de los *reales*, aunque tambien todas las obligaciones resultantes de contratos innominados, y aún de delitos, dimanen de una cosa, *L. 4. ff. De obl. act.* Llamamos contratos reales á aquellos que no se perfeccionan ni producen obligacion sino despues de la entrega de la cosa. Este punto lo ilustra mui bien la *L. 6, 8. ff. De verb. obl.*, donde se pone el caso de que si uno hubiese prometido dar dinero prestado, de esta promesa no nacia la *condiccion por el mutuo*, por no haberse verificado aún la tradicion ó numeracion del dinero; sino la *condiccion por lo estipulado*.

§. DCCXCI. Entre estos contratos que dimanen de la tradicion de la cosa, hai cuatro de la clase de los nominados: *mutuo*, *comodato*, *depósito* y *prenda*. Digo de la clase de los nominados, porque, como ya he advertido, todos los innominados tienen tambien por fundamento una cosa: en efecto no habria contrato (sino pacto) si alguno dijese: daré, para que des: haré, para que des ó hagas; pero habria contrato, si dijese: doi,