

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,

para que des ó hagas, ó hago, para que des ó hagas. Luego es claro que se funda en una cosa.

§. DCCXCII. El primero es el *mutuo*, que en las Pandectas se llama *res credita*, por lo cual hai un tít. *De rebus creditis*; no obstante que el mismo Ulpiano advierte que todos los contratos pueden llamarse cosas entregadas, *L. 1. ff. De reb. cred.* El mutuo es fácil de definir, diciendo que es un contrato, por el cual se da á alguno una cosa consumible, de modo que se haga suya, y haya de restituir dentro de cierto tiempo otro tanto en el mismo género. Decimos que este contrato versa sobre *cosas consumibles*, que es lo mismo que decir, sobre cosas que constan de peso, número ó medida, esto es, que se venden; porque si la cosa que se entrega, no es consumible, entónces no será mutuo, sino comodato. Decimos que en este contrato *la cosa entregada se hace del que la recibe*, pues en esto se diferencia tambien el mutuo del comodato, en el cual solo se trasfiere el uso; y del depósito, porque en este tampoco se trasfiere mas que la custodia. Por último añadimos que el deudor ha de restituir *otro tanto* en el mismo género, porque de esta manera se distingue de los demas contratos reales, á saber, del comodato, depósito y prenda, en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

§. DCCXCIII. Con esto ya podrán entenderse fácilmente los siguientes axiomas: 1º *no hai mutuo, á no ser que se entregue ó se finja entregar dinero ú otra cosa consumible*; porque sin la tradicion no se puede

concebir ningun contrato real; y decimos que la cosa debe entregarse á lo ménos ficticiamente; de lo cual hai en la *L. 10. ff. De verb. obl.* el ejemplo de uno que depositó dinero, permitiendo al mismo tiempo que, si se queria, se usase de él; y dice el juriconsulto que se hacia mutuo al instante que se tocase al dinero. 2º *El mutuo es una enajenacion, y el dominio de la cosa consumible se trasfiere al deudor.* Esta cuestion ha sido fuertemente controvertida entre Claudio Salmasio y los juriconsultos de su tiempo, especialmente Regner, Cipriano de Oesberga y J. Wisembach. Aquel decia que el mutuo no era enajenacion, porque el dinero respecto del deudor se hace deuda. Pero estos sostienen con razon que el dominio pasa enteramente al deudor, pues este recibe una facultad del todo libre de disponer de las cosas entregadas; tiene tambien el derecho de vindicar de cualquier poseedor, y ademas, si perece la cosa, perece para el deudor como dueño de ella. Sobre este punto hai leyes terminantes. *L. 16. ff. De rebus cred. L. 44. ff. eod. L. 9. ff. pr. De auct. tut. et curat.*

§. DCCXCIV y DCCXCV. De los dos axiomas arriba esplicados podemos ya sacar toda la doctrina del contrato de mutuo. 4º Si se pregunta, quien puede dar en mutuo; diremos que cualquiera que puede enajenar, y por consiguiente no puede el pupilo, porque ni tiene facultad para dar dinero, ni para cobrarlo, una vez dado. Ni aún era permitido dar en mutuo una cosa ajena, por no ser permitido tampoco enajenarla, *L. 11.*

ff. De reb. cred. 2º Si se pregunta, qué obligacion nace del mutuo; ello mismo está diciendo, que pues el contrato es unilateral, solo el deudor está obligado á restituir en el mismo género la cosa que recibió. Tambien 3º es fácil de resolver la cuestión, de si puede ser obligado á pagar mas de aquello que dió. Se niega, porque la obligacion nace de una cosa; por lo cual el jurisculto Paulo en la *L. 17. pr. ff. De pactis*, dijo con elegancia: *re non potest obligatio contrahi, nisi quantum datum est*; y no obsta el que se pueda convenir volver ménos de lo que se dió, porque cada uno puede dar lo que es suyo. 4º De lo mismo se infiere lo que debe observarse si varía el valor de la moneda. Entónces se ha de mirar al tiempo del contrato; y por consiguiente se deberá volver lo que vale en la actualidad aquello que se recibió. Si, por ejemplo, se dieron cien florines de Misnia, que en el dia valen diez y ocho gruesos, por cada uno se pagarán al presente diez y ocho (1).

(1) Acerca de las personas á quienes se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, concejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar á mutuo, no se puede demandar lo dado, si no se prueba que se convirtió en su utilidad, *L. 3. tit. 1. Part. 5.*; y así para que quede asegurado el que da á mutuo, debe probarse la utilidad ántes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez, á quien corresponda, con cuya diligencia será bien hecho. Así lo espresa el *Febrero reformado, cap. 4. núm. 11.*

De ninguna manera se puede dar á mutuo á un hijo de familia, estando bajo la patria potestad, sea mayor ó menor de 25 años; ni está obligado á la restitucion, ni se le puede obligar

§. DCCXCVI. Falta hablar de la accion que nace de este contrato: por quanto el mutuo es un contrato nominado, la accion tiene el mismo nombre y se llama *accion de mutuo* en la *L. 5. C. Quibus non obi. long. temp. præscr.*, ó tambien *condicion cierta por el mutuo*, como se dice en las Pandactas. Se da al acreedor contra el deudor, para recibir la cosa en el mismo género. Se dará tambien, para que se paguen usuras? Por Derecho romano no se da, porque ó se han

judicial ni estrajudicialmente, ni á él, ni á su padre, ni á sus fiadores; y el contrato que sobre ello hicieren, es nulo, fuera de seis casos: 1º cuando el hijo es soldado: 2º cuando obtiene empleo público del rei ó concejo: 3º cuando niega que es hijo de familias, y el acreedor tiene justa causa para creerlo: 4º cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó este le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entónces ambos quedan obligados. 5º Cuando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra contratar públicamente, ó su padre le tiene puesto en este ejercicio, y con su órden contrata: 6º cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado, y su padre á pagarlo; pues se presume su consentimiento. Así lo dispone terminantemente la *L. 4 y 6. tit. 1. Part. 5.* Si es factor de algun comerciante con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarle este; pero si no le dió órden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no está obligado este, sino el factor, á su solucion, *L. 7. tit. 1. Part. 5.*

Segun las leyes civiles y canónicas, en el mutuo no se puede exigir nada, (á no incurrir en el feo vicio de usura, reprobada por todos los Derechos) y cuando mas un tanto por ciento; pero en este caso ya degeneraria el contrato de mutuo en préstamo.

prometido ó no. Si se han prometido, no se piden por *la condicion por el mutuo*, sino por *lo estipulado*. Si no se han prometido, absolutamente no pueden pedirse, por ser el mutuo un contrato *de estricto derecho*, por el cual no puede pedirse mas de lo que espresamente se ha prometido. Y aún cuando al contrato de mutuo se haya añadido el pacto de pagar usuras, tampoco obliga este, por la razon de que los pactos añadidos á contratos de buena fe producen accion; mas no los que se añaden á contratos *de estricto derecho*, *L. 7. ff. De pactis*. Pero en el dia nadie duda que se deben pagar las usuras, aunque no se hayan prometido, si hubo morosidad; porque la diferencia entre los contratos de buena fe y *de estricto derecho*, bien que muy útil en la teórica, es poco atendida en la práctica.

§. DCCXCVII y DCCXCVIII. Sigue otro de los contratos que toman su esencia de la cosa, á saber, el *comodato*, que en la mayor parte de los idiomas se confunde con el mutuo. Estos contratos los distinguen cuidadosamente los romanos, entre los cuales el comodato es un contrato real, *por el que se da grátis una cosa no consumible, para que se use en términos que, concluido el uso, se haya de restituir la misma especie*. Se diferencia pues del mutuo en que aquí la cosa no es consumible, y lo es en el mutuo; y en que el comodato trasfiere el uso, y el mutuo el dominio. Del *precario* se diferencia en que el comodato trasfiere la cosa para un uso cierto, y el precario para uno incierto é indefinido, y por eso el precario es siempre re-

vocable. Tambien se distingue fácilmente de la locacion y conduccion, la cual ni toma su esencia de una cosa, sino de consentimiento, ni es gratuita. Con esta definicion pues no son difíciles de entender los axiomas: 1º *El comodatario recibe una cosa ajena para un uso cierto y determinado*, pues de otra manera seria *precario*. 2º *En este contrato no es igual la ventaja y desventaja de entrambos, sino que toda la ventaja está á favor del comodatario*.

§. DCCXCIX. Del primer axioma se derivan dos conclusiones que no deben olvidarse: 1ª que la cosa dada en comodato no se puede revocar ántes de concluirse el uso; aunque esto ha de entenderse del derecho estricto, porque la equidad dicta ciertamente que si el mismo comodante necesita de su cosa, sea preferido al comodatario. 2ª Que aquel que de otra manera ó por mas tiempo del que quiere el comodante, usa de la cosa, comete hurto de uso, §. 6, 7. *Inst. De obl. quæ ex delict*. Sobre esto refieren Gelio, *lib. 7. c. 15.* y Val. Max. *l. 8. c. 2*, el notable ejemplo de severidad, de que un amigo citado á juicio por haber llevado hasta un monte inmediato un caballo, que habia recibido en comodato, fué sentenciado como ladron.

§. DCCC. Finalmente de la misma definicion (§. 797.) inferimos 3º que este contrato no admite recompensa ó merced, porque de esta manera degeneraria en locacion-conduccion, si el uso se concediese por dinero, ó en el contrato innominado *doi para que des*, si se concediese por otra cosa. No obstante, en atencion á que

el honorario (1) no es merced, por no acostumbrarse á dar por estipulacion ó pacto, subsiste el comodato, aún cuando terminado el contrato, se dé un honorario, segun se colige de la *L. 6. pr. ff. Mand.*

§. DCCCI y DCCCII. Del otro axioma se deduce, 4º que el comodatario presta ó paga la culpa levísima, y el comodante solo la culpa lata, §. 788. Sin embargo puede suceder de otra manera, porque si el comodato se hace con ventaja de ambos, v. gr. si doi en comodato dinero para hospedar á un amigo comun, los contrayentes estarán obligados á la culpa leve. Si este contrato se hace en favor del comodante, el comodatario entónces prestará la culpa lata; como sucederia, por ejemplo, si diese en comodato joyas á su esposa para que anduviese mas engalanada. El primer caso se halla en la *L. 48. pr. ff.*, y el último en la *L. 5. §. 10. ff. De commodato.* 5º El caso fortuito no lo sufre el comodatario sino el comodante, tanto porque la cosa perece para su dueño, como porque el comodatario es deudor de la especie, y queda libre de devolverla, así que perece esta. Esceptuase con todo el caso de que esto se verifique por culpa del comodatario, ó por su morosidad en restituir; y tambien paga el comodatario los da-

(1) Diferénciase el *honorario* de la *merced*, en que el honorario es la satisfaccion de los servicios prestados en las artes liberales, y la merced en las mecánicas; por ejemplo, los derechos del abogado por sus escritos se llaman honorario, y la satisfaccion del trabajo del sastre por hacer un vestido se llama merced.

ños provenidos de caso fortuito, si recibió tasada ó estimada la cosa.

§. DCCCIII, DCCCIV y DCCCIV. Falta tratar de las acciones que competen por este contrato. Como este es nominado, la accion será *de comodato*, para que sea del mismo nombre. Y por cuanto el comodatario se obliga desde el principio, se sigue que al comodante compete la accion directa, y al comodatario la accion contraria; aquella para que se restituya y se pague la culpa, esta, como todas las acciones contrarias, para la indemnizacion.

§. DCCCVI. El tercer contrato real es el *depósito*, que es un contrato de los que toman su esencia de una cosa, por el cual uno da á otro una cosa mueble, para que la custodie grátis, debiendo este restituirla en especie al depositante, siempre que este quiera. Debe en primer lugar notarse que hablamos señaladamente de una cosa mueble, porque las inmuebles no las depositamos en poder de otro, como se dice vulgarmente, sino que las encomendamos ó encargamos á otro para que cuide de su custodia. Aquí pertenece la *L. 486. ff. De V. S.*, donde se dice que en este contrato no se trasfiere el dominio ni el uso, sino lo custodia ó guarda de la cosa. Por lo cual si se concede al depositario que consuma la cosa fungible que se ha depositado en favor suyo, debiendo restituir otro tanto en el mismo género, el depósito degenerará en mutuo.

§. DCCCVII. Los axiomas que rigen en este contrato son facilísimos. 4º El depósito es un contrato gratuito,

porque de otro modo pasaria á ser locacion, ó el contrato innominado *doi para que des*. 2º Por el depósito solo se trasfiere la custodia; de otra manera seria, ó mutuo ó comodato. 3º La ventaja por este contrato es solamente en favor del depositante, porque es gratuito.

§. DCCCVIII y DCCCIX. Del primer axioma se deducen las siguientes conclusiones: 4º que este contrato no admite merced, pero sí honorario. Entre la merced y honorario hai dos diferencias; la una, que este no se determina por pacto, y la otra, que se suele dar por obras liberales; y ninguna de estas dos cosas tiene lugar en la merced. 2º Que este contrato no se entabla sino con amigos, por cuya razon el dolo del depositario produce la nota de infamia. Efectivamente ¿quién confía sus cosas sino á uno, en cuya virtud y amistad ha puesto su mayor confianza? ¿Habrà pues cosa mas fea y vergonzosa que engañar á un amigo? Semejante amigo, dice Ciceron *pro Roscio*, c. 39, rompe la amistad, y hace traicion al que, por fiarse de él, fué perjudicado. En este punto eran tan escrupulosos los antiguos, que creían que hasta la intencion era castigada por los dioses, y que Glauco con toda su familia habia sido destruído, por haber pensado en negar un depósito, aunque despues lo habia restituído. Encuéntrase esta historia en Herodoto, *l. VII*, donde tambien vemos este oráculo de Apolo:

*Glauce Epicydides, equidem expedit ad breve tempus,
Si Orco vicisse invertisseque nummos,
Dejera et evorcum, quoniam manet exitus idem.*

*Ast Orco natus, qui nomine, qui manibus, qui
Nullis est pedibus, rapide advenit, usque adeo dum
Convolvens omnem perdat prolemque domumque.*

Por el contrario, Plinio, *lib. 40. Ep. 97*, alaba á los primeros cristianos, *porque se reunian por las mañanas, entonaban alabanzas á Cristo Dios, y se obligaban con juramento, no á hacer males, sino á cumplir su palabra, y á no negar interpelados el depósito que se les hubiese confiado*. No debe por último pasarse en silencio la singular observacion de Casaubono en sus *Lectiones ad Theocritum*, cuando dice en la pág. 83, *que creían los antiguos que se le caian los dientes al que negaba el depósito*. No debe pues estrañarse que fuese considerado como digno de infamia el que renunciaba á la buena fe, hasta el punto de negar un depósito.

§. DCCCX. Del otro axioma, en que se dice que solo se trasfiere la custodia de la cosa, se infiere claramente, 4º que se hace reo de hurto de uso el depositario que contra la voluntad del dueño usa de la cosa depositada: 2º que sin embargo puede hacerse del depósito, ya expresa, ya tácitamente, un mutuo ó un comodato. Espresamente, si se convienen en que el depositario pueda, si quiere, usar de la cosa; tácitamente, si se entrega una cosa consumible sin que vaya cerrada ni sellada, porque entónces es claro que el depositante debe contentarse con recibir otro tanto en el mismo género, en atencion á que las cosas consumibles por su naturaleza no suelen admitir precio de afeccion.

§. DCCCXI. Finalmente del tercer axioma deducimos 1º que por lo regular el depositante presta la culpa levisima, y el depositario la lata. Decimos por lo regular, porque no tiene duda que sucede de otra manera, si el depositario se ofrece espontáneamente, §. 788. 3, ó si el depósito se convierte en mutuo. En efecto, el mutuo es una enajenacion; el deudor se hace dueño, y el dueño debe tomar sobre sí el caso fortuito; por consiguiente lo mismo sucederá, cuando del depósito se hace un mutuo. 2º Con razon tambien deberá prestar mayor culpa el depositario que es moroso en restituir, y aún puede entónces suceder que cargue sobre él el caso fortuito.

§. DCCCXII y DCCCXIII. Vamos ahora despues de estas esplicaciones á indicar algunas divisiones del depósito. Uno es *simple* y otro *miserable*; aquel es el que hemos explicado arriba; este será, cuando alguno por incendio, ruína, naufragio, y en fin por alguna calamidad urgente, pública ó privada, deposita alguna cosa. Efectivamente, como es mucho mas criminal el que agrava los males de un desgraciado, por eso las leyes en este depósito conceden la accion del duplo, si en alguna manera aparece dolo en el depositario. Tambien es singular el género de depósito llamado *secuestro*, el cual se diferencia de los otros, 1º en que en los demas depósitos depositamos con nuestro consentimiento y voluntad, al paso que la secuestracion se hace contra nuestra voluntad: 2º en que el depósito tiene lugar en todas las cosas muebles, y el secuestro solo en las litigio-

sas (1) y tambien en las inmuebles, y á vezes en los mismos hombres. Efectivamente se debe notar el caso, que en el *cap. 14. X. De sponsalibus* se halla, de una desposada que contrajo dos esponsales, la cual, persistiendo el primer esposo y durante el pleito, fué secuestrada en un monasterio ó en casa de una matrona honesta, para evitar que el segundo armase lazos á su honor. 3º Se diferencia tambien de los demas depósitos el secuestro en que aquellos son gratuitos, y el secuestro, por estar aneja á él la carga de la administracion, admite recompensa; pero ya se deja conocer que por lo regular no hai lugar á este secuestro, pues de este modo sucederia que el reo no gozaria del beneficio de posesion, la cual le corresponde hasta que recaiga la sentencia judicial. Solo pues se debe admitir en tres casos, ademas del que ya hemos visto por el *cap. 14. X. De sponsal.*; á saber, (a) si amenaza peligro de fuga y la cosa es mueble; (b) si hai miedo de armas, ó (c) de

(1) El depósito judicial ó secuestro se distingue de los demas, en que se hace contra la voluntad del dueño, y no se entrega, hasta que se haya finalizado el pleito, *L. 5. tit. 3. Part. 5.* La *L. 6. tit. 3. Part. 5.* asigna cuatro casos, en los cuales puede retenerse el depósito: 1º cuando la cosa depositada es espada, cuchillo ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio. 2º Cuando al dueño se le confiscan los bienes. 3º Cuando un ladrón da en guarda lo que hurtó, y su dueño previene al depositario, que no lo entregue hasta que judicialmente se le mande. 4º Cuando se le entregase en depósito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como que es su dueño.

dilapidacion de bienes. Por esta razon aún en el Derecho público se reputa por sumamente odioso el que un emperador secuestre las provincias de sucesion dudosa, como consta por el ejemplo de la sucesion del ducado de Juliers, cuya historia es bastante conocida.

§. DCCCXIV—DCCCXVII. No será pues ya difícil entender las acciones que nacen de estos negocios. La accion se llama *de depósito*, por ser de contrato nominado: la accion *directa* compete al depositante para recibir la cosa, la *contraria* para la indemnizacion. Así tambien la accion *secuestraria* que nace del secuestro, compete al vencedor en el litigio contra el depositario del secuestro, para que este dé cuentas y restituya la cosa: y la *contraria* al último contra el vencedor para la indemnizacion. Pero la accion de depósito tiene de particular, que ni la escepcion de dominio, ni el derecho de retencion, ni la compensacion tienen lugar contra ella, excepto el único caso de que se hubiesen hecho gastos en la cosa depositada, pues entónces se puede retener hasta que los gastos hayan sido satisfechos. Esta es, segun los eruditos, la razon por que en el Digesto ántes del título de depósito se trata la materia de compensaciones, por tener estas lugar en todos los contratos anteriores, mas no en el depósito.

§. DCCCXVIII y DCCCXIX. Falta el último contrato real, á saber, la *prenda*. Esta palabra tiene tres significaciones en el Derecho; unas veces denota *la misma cosa dada en prenda*; otras *el contrato* por el cual se constituye la prenda, y otras *el derecho á la cosa em-*

peñada que tiene el acreedor despues de la tradicion. Si se considera la prenda como derecho en la cosa, nacen de ella las acciones reales *serviana* y *cuasi serviana ó hipotecaria*, que se da contra cualquier poseedor para recibir la posesion de esta prenda; y en este sentido se habla de la prenda en la *L. 20. ff.* Pero si se mira como contrato, como se hace en el *lib. XIII. ff.*, nace de él la accion *pignoratitia*, que solamente el deudor y el acreedor tienen entre sí. Nosotros la tomamos aquí en este último sentido, y decimos que es *un contrato real por el que da el deudor al acreedor en seguridad del crédito una cosa, con la obligacion de que pagada la deuda, le restituya la cosa en especie.*

§. DCCCXX. Esta definicion será ilustrada por los siguientes axiomas: 1º se pueden dar en prenda todas las cosas que prestan seguridad, y se hallan en tal caso todas las que tienen precio. De donde se infiere fácilmente, que las cosas sagradas y otras que están fuera del comercio, no pueden empeñarse. 2º Por este contrato solo se trasfiere la posesion natural. 3º Este contrato se hace en utilidad de ambos; del acreedor, porque recibe una seguridad; y del deudor, porque mas fácilmente halla dinero.

§. DCCCXXI. Del primer axioma deducimos, que todas las cosas pueden empeñarse, así las *incorporales* como las *corporales*, con tal que estén en el comercio y no sean litigiosas. El empeño es una especie de enajenacion, y las cosas litigiosas no pueden enajenarse.

De aquí se infiere fácilmente, por qué el marido no puede empeñar el fundo dotal, aunque consienta en ello su mujer, por cuanto tampoco puede enajenar ni aún con consentimiento de esta, *pr. Inst. Quibus alien. lic. vel non.* Podrá acaso parecer que también las cosas ajenas pueden darse en prenda; pero esto se debe entender, si el dueño consiente, pues á no ser así, siempre tendrá derecho este para vindicar la cosa de cualquiera poseedor.

§. DCCCXXII. Del segundo axioma inferimos, 1º que no puede usar de la prenda el acreedor, á no mediar el *pacto anticrético*; que es el pacto por el cual se concede al acreedor por vía de interes el uso de la prenda. Pero este pacto añadido es gravoso al acreedor, en atención á que queda obligado á dar cuentas y restituir los frutos que ha recibido escedentes del interes legal, para que de esta manera no se introduzca el desórden usurario. Esta es la razon por que algunos aconsejan, que es mejor trasferir el dominio al acreedor con pacto de retroventa. De este modo es verdad que se libra de la carga de dar cuentas, pero tiene sobre sí otra mayor, porque es responsable del caso fortuito. Lo que sí debe tenerse presente es, que no de todos los frutos hai obligación de dar cuenta, sino tansolo de los ciertos, cuya cantidad es la misma todos los años. 2º El mismo axioma nos enseña la diferencia que hai entre la prenda y la hipoteca. La prenda es un contrato, hipoteca un pacto pretorio; aquella lleva consigo la tradicion; esta

subsiste sin ella. Por lo demas así de la prenda como de la hipoteca nace derecho en la cosa.

§. DCCCXXIII. Finalmente del tercer axioma deducimos una conclusion facilísima, y es, que ambos contrayentes están recíprocamente obligados á prestarse la culpa leve. Antiguamente pareció obstar á esto la *L. 48. §. 1. ff. De pign. act.*, en que dice Ulpiano: *se responde pues en esta accion del dolo y la culpa, como en el comodato; se responde tambien de la custodia; sin que haya otra obligacion: Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato: venit et custodia; vis major non venit.* Pero á esta lei restituyó su genuino sentido el sabio Noodt, mudándole una letra. En lugar de *ut lee at*, y entónces querrá decir: *se responde en esta accion del dolo y la culpa; pero en el comodato se responde tambien de la custodia, sin que haya otra obligacion: Venit in hac actione et dolus et culpa; at in commodato venit et custodia; vis major non venit.* Solamente en el caso de haber el acreedor ocupado la cosa por su propia autoridad, estará obligado á prestar la culpa levisima, *L. 30 D. De pignorat. act.*

§. DCCCXXIV—DCCCXXVI. Resta hablar de las acciones que nacen de este contrato. Ambas se llaman *pignoraticias*, por ser este contrato de la clase de los nominados. La accion pignoraticia ó es directa ó contraria; aquella se da al deudor, mas no hasta haber pagado la deuda; esta se da al acreedor, pero no ántes de haber devuelto la prenda. Por aquella se pide la devolucion de la prenda y la satisfaccion de la culpa;

y por esta, lo mismo que por toda acción contraria, se pide la indemnización (1).

(1) La doctrina que Heineccio establece acerca del contrato de prenda, está adoptada por las leyes de la Partida, *L. 1. tit. 13. Part. 5., L. 23. tit. 13. Part. 5., L. 7. 9. 20. 21. tit. 13. Part. 5.*; pero como el autor habla muy poco ó casi nada de la hipoteca, es indispensable añadir alguna cosa. Es un pacto, por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para el cumplimiento de algún contrato. Se divide primeramente en universal ó general, y particular ó especial: la primera es aquella, en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino también los que adquiere después; pero por la obligación á que quedan afectos, no se impide su enajenación. La segunda es aquella, por la cual expresa y determinadamente se hipotecan algunos bienes, y siempre están sujetos á la responsabilidad del débito y obligación contraída, aunque pasen á tercer poseedor, hasta que se extingue, *L. 1. y 5. tit. 3. Part. 5.* La hipoteca, ya sea general ó particular, se divide en otras cuatro maneras: la primera es convencional y expresa, y se llama así, porque se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancia del acreedor, si bien voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfacción de la deuda y cumplimiento del contrato. La segunda es la legal ó tácita, y se verifica, cuando aunque el deudor no obligue sus bienes expresamente, quedan tácitamente hipotecados por disposición de la ley; de lo cual ya daremos los principales casos. La tercera se llamó pretoria, y es cuando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor, para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento (así se llama la posesión ó tenencia que da el juez al demandador de algunos bienes del demandado, por su rebeldía para comparecer y responder á la demanda), *tit. 8. Part. 3.* La cuarta es la judicial, y se da, cuando por deuda se hace ejecución en los bienes del deudor, *L. 1. 23. tit. 13.*

Part. 5. Entre estas hipotecas se encuentra bastante diferencia; cuando es expresa ó tácita, desde que es constituida, quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesión ó tradición de ellos; mas cuando es pretoria ó judicial, hasta que se entreguen, ó se haga la ejecución en ellos, no quedan obligados; y si antes de esto ó después fueren mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar á hipotecar á otro; pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar, *Curia Filipica, lib. 2.* Se diferencian entre sí la hipoteca pretoria y la judicial, en que en la pretoria, siendo uno de los acreedores metido en posesión de los bienes, por esto mismo lo son los demás, y así todos tienen igual antelación ó preferencia; mas siendo la hipoteca judicial, el primero que es metido en posesión de los bienes, ó que ejecuta en ellos, es preferido á los demás que no se hallan en igual caso.

Viendo ya qué cosa es hipoteca, y cómo se divide, resta explicar, qué bienes se entienden hipotecados en la general, y cuáles son los que tienen la hipoteca tácita. En la general y obligación de todos los bienes no solo se comprenden los presentes, que el deudor tenía al tiempo del contrato, sino también los futuros, y son los que después de él adquiere, aunque no se espese; como también las deudas, derechos y acciones que tuviese á su favor, *L. 5. tit. 13. Part. 3.* Si la obligación se hiciese, expresando que se hipotecaban los bienes muebles y raíces, sin hacer mención de las deudas, no se comprenderían en dicha obligación, por ser en cierto modo tercera especie de bienes, que no comprende el nombre de muebles y raíces, *Curia Filipica, lugar cit.*; pero si se empeña el título ó escritura de la cosa, se tiene esta por hipotecada, aunque no se espese, *L. 11. tit. 13. Part. 5.*

Mas no vienen en obligación general de los bienes el sirvo ó sierva que tuviese señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario, y otras cosas de su casa necesarias al uso cotidiano, ni las armas, ni los libros,

ni las prohibidas de enajenar, *L. 5. tit. 13. Part. 5.* Los que tienen hipoteca tácita en los bienes de otros, son los siguientes: el fisco real en la cosa que se vende, ó que pasa de unas partes á otras, por alcabala y derechos reales, que por razon de ello le son debidos; y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, bien sea el tributo ó derecho real ó personal, *L. 33. tit. 13. Part. 5.* Asimismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él, ó cobran, ó arriendan los derechos reales, ó administran sus cosas, desde el día del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion; pero no en los bienes de las mujeres de ellos, ni en su dote, *L. 26. tit. 20. Part. 1.* La Iglesia tiene tácita hipoteca por los diezmos en las cosas que se deben, y tambien en los bienes de su administrador por la administracion de sus cosas, desde que la empezó á usar; mas no en los bienes de los que contraen. La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores, desde que comenzaron á administrar sus rentas.

El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes, tienen tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos, y las personas que por ellos administren su tutela; y tiene lugar aún en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*; mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los del magistrado que nombró el tutor. Ni en los bienes del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas que haga, *L. 23. tit. 13. Part. 5. y L. 8. tit. 16. Part. 6.* Si la mujer viuda, siendo tutora, ó curadora de sus hijos, se casare otra vez, desde entónces los bienes de ella y los del con quien se casare, quedan obligados tácitamente á sus hijos, por los suyos hasta que se les dé tutor ó curador, rindiendo cuentas de la administracion, *L. 26. tit. 13. Part. 5.*; y asi para evadirse de esta obligacion, el segundo marido, ántes de casarse, haga que se les de curador, y se les dé cuenta con pago de sus bienes. Tambien tiene tácita hipoteca el marido, por la dote que

le es prometida con la mujer, en los bienes del que la promete, desde que hace la promesa, y la misma tiene la mujer por su dote en los bienes del marido desde que la recibe, *L. 23. tit. 13. Part. 5.*; y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella, *L. 17. tit. 11. Part. 4.* Del mismo modo tiene tácita hipoteca la mujer en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido ó la mujer muriesen, y el que de los dos quedase vivo, se vuelve á casar, sus bienes quedan obligados tácitamente desde entónces á los hijos del primer matrimonio, por los bienes que conforme á Derecho debe conservarles, *L. 26. tit. 13. Part. 5.* El legatario, por el legado ó manda que se le han dejado, tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia; y asimismo la tiene el que da alguna cantidad para faccion, armazon ó refaccion de nave, casa ú otro edificio, invirtiéndose en esto, y constando de ello. Finalmente tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa, ó daño hecho en ella, sobre los bienes del alquilador, *L. 5. tit. 8. Part. 5.*