



FONDO
ABECARDO A. LEAL LEAL

KB 145

H4
1847
V. 3



CONTINUACION

DEL

LIBRO TERCERO.

TÍTULO XVI.

DE LAS OBLIGACIONES VERBALES.

§. DCCCXXVII y DCCCXXVIII. Habiendo ya tratado de los contratos reales, siguen ahora los verbales (1),

(1) Aunque por el Derecho romano las obligaciones no se podían contraer de otra suerte que mediante estipulación, la cual era un contrato verbal que debía estar acompañado de varias solemnidades, como eran pregunta y respuesta, congrua presencia de los contrayentes, y otras aún más escrupulosas; nuestro Derecho ha simplificado estos contratos, estableciendo que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulación, y que derivándose semejantes obligaciones, y tomando su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca quiso obligarse, sin que pueda oponerse, que no intervino estipulación, ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano, *L. 2. tit. 16. lib. 5. de la Novísima*, que corrige la *L. 2. tit. 11. Part. 5.* De aquí se colige

TOM. III.

1

en los cuales para producir obligacion nada se requiere mas que palabras solemnes. Sabido es que por Derecho nuevo no hai mas que un contrato de esta clase, y que por el antiguo habia tres : estipulacion , señalamiento de dote, y la promesa jurada de obras ó servicios hecha al patrono. Despues hablaremos de la estipulacion , y ántes diremos, que *señalamiento de dote* era la soemne declaracion del suegro en que manifestaba cuánta dote habia de dar; á la que se seguia la aceptacion del yerno. Esto se colige del pasaje de Terencio en su *Andria, act. V. scen. VI. v. 47.*, cuando habiendo dicho Crêmes : la dote, Pánfilo, asciende á diez talentos;

que el pacto ó promesa es un contrato, por el cual una persona promete á otra hacer alguna cosa, en que convienen con intencion de obligarse, *L. 1. tit. 11. Part. 5.* Para que el prometedor quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aún atendido nuestro Derecho, se requiere que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se espese con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion; lo que no induce obligacion, por faltar la voluntad de obligarse. No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes y que parezca que quiso obligarse, y así aún la *L. 2. tit. 11. Part. 5.*, que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma que si uno siendo preguntado, si qui ere dar ó hacer alguna cosa, responde de un modo indeterminado, ó solo moviendo la cabeza ó haciendo otra señal, no queda obligado, como si dijese *prometo.*

á que responde Pánfilo : la recibo ; añade el escoliasta : *si no hubiera dicho, la recibo, no habria dote. La donacion se confirma por la aceptacion, y no puede parecer dado aquello que no ha sido aceptado.* De donde se deduce la diferencia que hai entre la dición ó el señalamiento de dote, y la donacion y la promesa, pues la dote se daba, cuando se depositaba en poder de los áugures, y se prometia por una verdadera estipulacion (1). Véanse nuestras *Ant. rom. lib. 2. tit. 8.*

(1) Así como en la mayor parte de las naciones los hijos permanecian en la casa paterna, siendo dueños y herederos de los bienes que hubiesen de heredar de sus padres, y las hijas solteras debian ser alimentadas de los mismos bienes, las casadas despues de las bodas salian de ella, recibiendo dote, para no privarlas de la herencia paterna. Sin embargo en casi todas las naciones el marido dotaba á la mujer, no la mujer al marido. Esta costumbre estuvo vigente entre los germanos, asirios, babilonios, armenios y hebreos; pero permaneció por mas tiempo entre los germanos y las naciones que han traído su origen de los mismos. No obstante ser esta costumbre tan general, no se observó entre los romanos, los cuales dotaban á sus hijas, aunque al mismo tiempo las admitiesen á recibir parte igual de la herencia con el resto de sus hijos; pues la dote se consideraba como el complemento del precio, por el cual las mujeres compraban á sus maridos, á diferencia de los germanos, entre los cuales los maridos compraban á sus mujeres. Y se consideraron en Roma tan necesarias las dotes, como que ellas solas diferenciaban á las concubinas de las mujeres legítimas. Pero posteriormente, habiéndose dado la lei voconia, las mujeres romanas recibieron únicamente su dote, y fueron escluidas del resto de la herencia paterna. Aquellas fueron mui espléndidas, pues la segunda mujer de Lucio Pau-

§. 4. *La promesa jurada de obras* consistia en no ser el siervo manumitido ántes de prometer con juramento, contribuir despues de la manumision al patrono con

lo llevó en dote veinte y cinco talentos; y el Africano el mayor prometió á ambas hijas bajo titulo de dote cincuenta talentos; pero no siempre consistia la dote en dinero contante, sino tambien en fundos y predios, tanto urbanos como rústicos, en esclavos y en esclavas, y en otras cosas que admittian estimacion, y podian servir al marido á sostener las cargas del matrimonio.

De tres modos se constituia la dote, pues ó se *daba*, ó se *prometia*, ó se *decia*; cuyas tres palabras se juntaban siempre en el Derecho antiguo, aunque por Triboniano se quitaron la mayor parte de las vezes estos vocablos solemnes, y se sustituyeron otros. *Darse* la dote se decia, si, estando presentes, se ofrecia al marido; lo que se hacia comunmente con la ceremonia de consignar el dinero en poder de los ángures, en la víspera de la boda, para entregárselo al marido al dia siguiente de celebrada esta. *Se prometia* la dote, interpuesta estipulacion, con tal que la persona interrogada respondiese y prometiese al estipulante; y solia pagarse la dote prometida en tres plazos, esto es, al primer año uno, al segundo otro, y al tercero el último. Finalmente la *dicción de dote* se hacia con ciertas palabras solemnes, y consistia en que el que la habia de decir ó *señalar*, nombraba la suma, y el esposo la recibia, sin mediar estipulacion.

Decir la dote podia la misma mujer, ó su tutor, ó su padre, abuelo y otros parientes por agnacion. Pero *darla* y *prometerla* se permitia á todos, aunque no fuesen parientes. Mas la mujer nada podia hacer en estos casos sin autoridad del tutor: de aquí es, que si no le tenia, se le debia dar por el pretor urbano, segun la lei papia popea, para *dar la dote*, *decirla* ó *prometerla*.

ciertos trabajos fabriles, atenciones y regalos. Promettian con juramento, porque entre el señor y el siervo

Cualquiera cosa que daba el padre de la novia al yerno ó al padre de este, para sostener las cargas del matrimonio, se llamaba dote *profecticia*; y *adventicia* las cosas que cualquiera otro le ofrecia. Antiguamente ambas dotes pertenecian al marido; pero desusándose posteriormente el que las mujeres entrasen en su patria potestad, y siendo por otra parte muy frecuentes los divorcios, se empezó á distinguir entre la dote *profecticia* y *adventicia*. La *profecticia*, muerta la mujer durante el matrimonio, volvía toda al padre, ya fuese hija de familias, ya estuviese emancipada; y si moría ántes el padre que ella, permanecía toda en poder del marido. La *adventicia* siempre la adquiría el marido, á escepcion del caso en que aquel que la habia dado, estipulase volviera á él: cuya dote se llamaba con el nombre especial de *recepticia*.

Mas como fuesen muy frecuentes en Roma los divorcios, con objeto de precaver que no echasen los maridos á las mujeres de su casa despues de disipada la dote, no solamente se concedió á la repudiada, que repitiese la dote por la accion dotal, la cual convirtió Justiniano en la accion de lo estipulado, sino tambien se mandó en el reinado de Augusto, que el marido no pudiese enajenar el fundo itálico dotal sin consentimiento de la mujer, ni obligarlo, aunque consintiese. La razon por que se limitó esta lei á los predios itálicos, es porque solos ellos podian ser usucapidos, y no los provinciales. De aquí es que no se necesitaba prohibir al marido la enajenacion del predio dotal provincial, porque la mujer podia fácilmente vindicarlo disuelto el matrimonio, sin podersele oponer la escepcion de usucapion; pero desde que Justiniano estendió el derecho de usucapion á los predios provinciales, no pudo ménos de prohibir tambien la enajenacion de los predios dotaes sitos en las provincias, y al marido su enajenacion, aún consintiendo la mujer.

no podia mediar estipulacion; y entónces el pretor no declaraba libre al siervo por vindicta, á no ser que de nuevo prometiese. Pero así la dición de la dote, como la promesa de obras, no están ya en uso; por lo cual hablaremos solamente de la estipulacion.

§. DCCCXXIX. La palabra estipulacion viene del verbo latino *stipulare*, estipular, es decir, confirmar, por ser un modo comun de dar valor á todas las obligaciones. Su definicion que se enseña en este §. ofrece poca dificultad. Es *un contrato verbal, por el cual uno preguntando á otro que responde al caso, obliga á este á dar ó hacer alguna cosa*. De esta definicion se infiere, que la esencia de este contrato consiste en preguntar y responder. Del que pregunta, se dice que *estipula*, y del que responde, que *promete*; y de aquí las palabras *estipulante* y *prometedor*, y el llamarse tambien *promesa* el mismo contrato.

§. DCCCXXX y DCCCXXXI. Pasemos ahora á las divisiones. La estipulacion ó es *cierta* ó *incierta*, puesto que se dice que promete cosa cierta el que promete especie ó cantidad, y cosa incierta el que promete en tales términos, que no aparece cuánto es lo que entra en la estipulacion, *L. 75. pr. ff. De verb. obl.*; lo cual sucede, siempre que se ha prometido algun género ó hecho. Ademas las estipulaciones ó se hacen *puramente*, ó *bajo condicion*, ó *hasta cierto dia*. Pero como ya se ha tratado de esto, cuando hablámos de los legados, no hai para qué repetirlo aquí.

§. DCCCXXXII y DCCCXXXIII. Pasemos mas bien á los

axiomas acerca de las estipulaciones, que vamos á esponer en estos dos párrafos. 1º Cuando se ha añadido una condicion posible, el dia no empieza ni viene sino existiendo la condicion; cuando se ha prometido puramente, el dia empieza y viene al instante. Este axioma es fácil en sí mismo. La condicion suspende el negocio; pero donde no existe condicion, el efecto de la condicion no puede suspenderse. No obstante la última parte del axioma debe entenderse civilmente, de suerte que al prometedor le quede el espacio de tiempo necesario para proporcionar la cosa. 2º La condicion imposible vicia la estipulacion. La razon de este axioma la dimos en el §. 549., y es, que del que consiente en semejante condicion, se debe creer ó que está loco, ó que se chancea. 3º En la promesa desde cierto dia, el dia ha empezado ya, pero no se cumple hasta que llega el dia. Y sin embargo no por eso se deben intereses por razon de la morosidad, á no haberse prometido especialmente, porque este es un contrato de derecho estricto. 4º Si se ha prometido hasta cierto dia, por ejemplo hasta diez años, la obligacion es perpetua por derecho estricto; pero no obstante se destruye con la escepcion de dolo malo; y la razon es, porque en los contratos de derecho estricto los pactos añadidos no entran en la naturaleza del contrato, sino que solo producen escepcion. 5º El dia incierto que no sabemos si llegará, se tiene por condicion; porque la cosa se suspende lo mismo por un suceso incierto que si fuese prometida bajo condicion. ¿Qué importa en efecto que

yo diga en estos términos : te daré ciento el dia que fueres cónsul ; ó en estos otros : te daré ciento , si llegas á ser cónsul? 6º En los contratos la condicion existente se retrotrae al principio ; lo cual sucede al contrario en los legados : por ejemplo , si uno prometiére ciento á un hijo de familia para cuando se casare , estos ciento , en cuanto al usufructo , se adquieren para el padre , aún cuando el hijo al casarse haya sido emancipado. 7º En la estipulacion se requiere una respuesta que guarde proporcion y correspondencia con la pregunta. Por lo mismo no vale si se respondió una cosa distinta de la pregunta , ó si en la respuesta se añadió algo que no estaba contenido en la pregunta. 8º La condicion negativa suspende lo prometido hasta la muerte : v. gr. si uno ha estipulado para sí mil en el caso de que no mude de religion , nada recibirá en tanto que viviere , porque hasta la muerte no consta que no la mudará , §. 4. *Inst. h. t.* En los legados sucedia al reves á causa de la caucion muciana , que se exigia del heredero ó legatario ; pero esta caucion solo pertenece á las últimas voluntades. 9º La esperanza fundada en la estipulacion pasa tambien á los herederos. De aquí es que habiéndoseme prometido algo para el caso de que una nave volviere de la India , muerto yo ántes de que se cumpla esta condicion , en cumpliéndose pueden pedirlo mis herederos. Y por qué en los legados sucede lo contrario? Porque ántes de la muerte del testador no tiene el legatario derecho adquirido que pueda trasmitirse á sus herederos ; pero el estipulante tiene por el consenti-

miento este derecho. Así es de poca fuerza la razon que en contra dan algunos , fundándose en que el afecto para con el heredero , no es menor que el afecto para con el estipulante. 40º Nadie puede obligar á otro con su promesa , ó estipular para otro , §. 15. *Inst. De inutil. stipul.* La razon es el haberse inventado la estipulacion para confirmar las obligaciones , §. 829. ; y ninguna estipulacion ni obligacion pasa de la persona , ni produce obligacion ni accion respecto de un tercero , §. 768.

§. DCCCXXIV y DCCCXXV. Pregúntase ya , cuál es la accion de este contrato? Respondo. Siendo este contrato de la clase de los nominados , la accion que produce , deberá llamarse *de lo estipulado*. Por entenderse mal el *princ. Inst. h. t.* se dice comunmente , que si se trata de una cosa cierta , la accion se llama *condicion de lo cierto* , y si de una cosa incierta , *condicion de lo estipulado*. Pero cualquiera conoce que la accion que se entabla , viene á ser *de lo estipulado* , ya sea que se trate de una cosa cierta , ya de una incierta , y que estas añadiduras solo tienen por objeto el fijar la diferencia. Por consiguiente quien deduce esta accion es el estipulante ó su heredero contra el prometedor ó el heredero de este , para que presten la cosa ó el hecho , pero no los intereses , en atencion á que estos , segun dejamos dicho , no se deben por un contrato de derecho estricto , á no ser que se hayan prometido especialmente (1).

(1) En España , siempre que se hacen promesas ó pactos ,

§. DCCCXXXVI y DCCCXXXVII. Como esta acción se da tambien para prestar un hecho, se suscita aquí la cuestion, de si es cierto lo que se dice vulgarmente, que el prometedor de un hecho no puede ser obligado á prestarlo, y que queda libre satisfaciendo lo que importe. Tal es la opinion del vulgo de los juriscultos; pero son del parecer contrario algunos pocos, mui distinguidos, á saber, Cujacio, Corasio, Hubero y Tomasio, que publicó una disertacion particular sobre este punto. Comunmente se fundan en la *L. 72. De V. O. L. 73. §. fin. De re jud. L. 72. §. 2. De cond. et demonstr.* y en la *L. 2. ff. De lib. hom. exhibend.* Pero el que consultare estos testos, al instante echará de ver,

puede ponerse por los contrayentes alguna pena, para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser ó convencional ó judicial. Convencional es la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse, si no se cumple la promesa al tiempo que se señaló; y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente, para que el prometedor pudiese cumplir si quisiere; pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor, ó exigir la pena ó el cumplimiento de la promesa, *L. 35. tit. 11. Part. 5.* La pena judicial es la que se pone sobre promesa hecha en juicio, v. gr. cuando uno fia á otro ante el juez que estará á derecho con su contrario, ó que le hará comparecer en juicio bajo cierta pena, *L. 36. tit. 11. Part. 5.* Aunque la promesa no valga, se debe pagar la pena impuesta segun Derecho, *L. 38. tit. 21. Part. 5.*, si no es que la nulidad de la promesa, ó su defecto de valor, provenga de ser opuesta á las buenas costumbres, ó de ser usuraria, *L. 40. tit. 11. Part. 5.*, ó de estar hecha por medio de fuerza ó engaño, *L. 28. tit. 11. Part. 5.*

que en ellos no se concede al prometedor la facultad de librarse de la obligacion prestando el importe, sino que se da al estipulante el arbitrio de obligar á que se preste el hecho, ó pedir su importe. Objetan ademas, que Justiniano en el §. *últ. Inst. h. t.* recomienda al estipulante de un hecho el que al mismo tiempo estipule una pena convencional. Pero esto no se funda en que nadie puede ser obligado al hecho, sino en que las mas vezes es incierta la estimacion de este hecho, y la prueba por consiguiente difícil, si se quiere pedir el importe.

§. DCCCXXXVIII. [Segun lo manifestado en las notas á los párrafos anteriores, en España no hai diferencia entre pactos, promesas y estipulaciones por la *L. 4. tit. 1. lib. 40. Nov. Rec.*, la cual previene quede obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca que quiso obligarse, de cualquier modo que fuere.]

TÍTULO XVII.

DE LO QUE SUCEDE, CUANDO HAI DOS REOS DE ESTIPULAR Y PROMETER.

§. DCCCXXXIX. La doctrina que ahora sigue, es mas sutil, y sin embargo mui usada en el foro. Tratamos de la obligacion de los *co-reos*; la cual se entenderá fácilmente, si consideramos primero la regla, y en seguida las escepciones.

1º La regla es esta : *cuando dos ó mas se obligan, cada uno de ellos se obliga á prorata; y si se promete á dos ó mas, á cada uno se debe á prorata.* De aquí es, por ejemplo, que si yo y mi hermano prometemos ciento, cada uno de nosotros debe cincuenta; y si á mi hermano y á mí se nos ha prometido ciento, tambien se nos debe á cada uno cincuenta, pues la obligacion entre muchos prometedores y estipulantes se divide entre ellos *ipso jure*. En esto consiste la regla.

§. DCCCXL y DCCCXLI. 2º Pero esta regla tiene una escepcion, á saber, si la obligacion es co-real, porque entónces cada uno de ellos debe el todo, y á cada uno se le debe el todo. Si pues preguntamos quiénes son *reos ó co-reos*, se responderá : todos los que prometen *en el todo*, ó estipulan *el todo* de otro para sí. Si prometen *en el todo*, se llaman *reos de prometer* : por ejemplo, nosotros, Ticio y Seyo, prometemos los dos por uno, y el uno por los dos, y por tanto cada uno *en el todo*, que pagaremos ciento. Si dos estipulan para sí la misma cosa *en el todo*, se llaman *reos de estipular* : por ejemplo, prometo á Ticio y Seyo, á los dos como al uno y al uno como á los dos, y por tanto á cada uno de ellos *en el todo*, que yo daré ciento. Suele preguntarse, ¿por qué se llama aquí reo á uno y otro, siendo así que nada se pide al estipulante, sino al prometedor? Mas respondo, que aquí no se llama reo aquel á quien se pide, sino la persona contrayente; y el estipulante y prometedor contraen. El origen del vocablo viene de la palabra *res*, cosa, como observó Festo

en la voz *reus*; y de aquí se infiere por qué los contrayentes se llaman reos, y es porque consintieron en prestar y entregar la misma cosa.

§. DCCCXLII — DCCCXLIV. Hemos visto cuáles son los reos, ahora se ha de examinar, cómo contraen la obligacion. Como por Derecho romano no producian obligacion los pactos simples, de ningun modo podian obligarse los reos sino por la estipulacion. Por tanto eran co-reos de prometer los que respondian congruentemente á la misma pregunta, y dos reos de estipular los que hacian la misma pregunta. En Plauto, *Trin. act. V. esc. 2. v. 39.* tenemos un ejemplo oportuno del primer caso. Un jóven estipula para sí la esposa y dote, y pregunta, ¿prometes darme tu hija por mujer con esta condicion? Y responden dos; primero Calicles : prometo; y despues Charmidas dice : tambien yo prometo lo mismo. Luego Calicles y Charmidas eran reos de prometer. Ahora supongamos que el esposo pregunta al suegro : prometes la dote de mil áureos? (1) y que este responde : prometo; y que luego el padre del esposo pregunta tambien : me darás estos mil áureos? y que responde este : los daré. Entónces el padre y el hijo son co-reos de estipular.

§. DCCCXLV y DCCCXLVI. Esto acerca de las definiciones de los co-reos, y de los modos de introducir su obligacion. Ahora toca ver sus efectos. El 4º de ellos es

(1) Moneda de oro : en España se llamaba así la que hoi dia conocemos con el nombre de escudo.

que cada uno se obligue *en el todo*, esto es, que no sea necesario demandar á uno y otro, sino que haya el arbitrio de intentar accion contra cualquiera de ellos, y pedirle toda la suma. 2º Que pagando el uno, se libre el otro, pues aunque ambos deben *el todo*, sin embargo no se debe á uno dos veces el todo, y por tanto, consiguiendo una vez lo que se debe, no queda ya mas derecho. 3º Que no gozan los co-reos del beneficio de division. Se ha de tener bien presente esta proposicion, porque vulgarmente disienten los juriconsultos, y entre ellos Ludovico en su *Doctrina de las Pandectas, h. t.* En su apoyo traen violentamente el testo de la *Nov. XCIX. cap. 4.*, donde se dice que tambien los co-reos tienen el beneficio de division. Pero si lo examinamos, allí se trata del caso en que los co-reos salieron al mismo tiempo fiadores unos por otros. Entónces tienen este beneficio como fiadores, y no como co-reos; pues la obligacion co-real se introdujo con el fin de que no se dividiese la obligacion entre los prometedores. Así esplicó esto, despues de Cujacio y otros, Hubero en sus *Prael. Instit. ad h. t.* 4º Que cada uno de los co-reos de estipular puede exigir el todo. Luego si á mí y á mi hermano nos deben ciento *en el todo*, y yo pido toda esta suma, no puede el otro poner la escepcion de que no me debe tanto, puesto que me es deudor *en el todo*. 5º Que entre los co-reos de estipular hai el derecho de prevencion, de manera que si uno lo exige primero, no puede repetirlo luego el otro, porque el prometedor lo debe solo una vez.

§. DCCCXLVII. Podria alguno preguntar, si uno de los co-reos ha conseguido el todo, ¿qué accion tiene entónces el otro para lograr su parte? Se responde que se ha de distinguir, si estos co-reos de estipular son ó no socios. En el primer caso interponen entre sí la accion de sociedad, porque esta compete para comunicar el daño y el lucro: en el último no tienen ninguna accion. No *la de mandato*, porque aquel á quien se le debe el todo, no obra por otro sino por sí mismo, no *la de agencia de negocios*, porque no maneja negocios de otro, sino los suyos; ni tampoco tienen la *accion de lo estipulado*, porque aquella estipulacion no se verifica entre los co-reos, sino entre estos y el deudor. De lo que se deduce que por Derecho romano no les resta ninguna accion, sin embargo de que les quedaba el amparo del oficio del juez, para que uno no se enriqueciese con perjuicio de otro. Y así se decidió esto espresamente en la *L. 62. pr. ff. Ad L. falcid.*

TÍTULO XVIII.

DE LAS ESTIPULACIONES DE LOS ESCLAVOS.

§. DCCCXLVIII y DCCCXLIX. Nada ocurre aquí, que no debamos saber por lo dicho en el título *por medio de qué personas adquirimos*. Allí sentámos el principio de que se adquiere por medio de nuestras cosas: estando pues tambien los siervos en la clase de cosas

nuestras, es consiguiente que tampoco por la estipulación adquieren nada para sí, sino todo para el señor. De este fundamento nacen ahora las siguientes conclusiones: 1ª estipulando el siervo, adquiere para su señor ya estipule para sí, ó para aquel, ó impersonalmente, ó con algun siervo. Impersonalmente se estipula si dice: se darán ciento? Siempre es para el dueño el lucro de lo que se ha prometido así, porque el siervo no puede tener nada propio. 2ª Estipulando un siervo comun, adquiere para todos los dueños á prorata del dominio; y por tanto, si uno tiene el sestante del dominio y otro el deunce, con la misma proporcion se dividirá tambien entre ellos la suma prometida. Sin embargo se exceptúa el caso en que el siervo estipule para uno de los dueños especialmente y por su mandato. 3ª El siervo hereditario adquiere para la herencia; pues aunque la herencia yacente no tiene dueño, se finge no obstante que representa la persona del difunto, y por tanto tambien se adquiere para ella por medio de los siervos.

§. DCCCL. Esta es la regla: sigue la escepcion que es única; es decir, si el siervo ha estipulado para sí un hecho, pues entónces no se debe al dueño, sino al siervo, §. 2. *Inst. h. t.* Y por tanto, si alguno promete que afeitará siempre al siervo, no por eso puede exigir el dueño que se le afeite á él. La razon es, porque aquí se trata de las ganancias, esto es, del lucro que viene al dueño por el siervo; y el que estipula que se haga alguna cosa, no percibe ganancia, sino comodidad. Luego no puede resultar esto en beneficio del dueño.

§. DCCCLI. [Queda sin aplicacion en España la doctrina de este título, por haber desaparecido la esclavitud.]

TÍTULO XIX.

DE LA DIVISION DE LAS ESTIPULACIONES.

§. DCCCLII y DCCCLIII. Arriba vimos varias divisiones de las estipulaciones, §. 850 y sig.; pero resta ahora una, que se examina particularmente en este título. De las estipulaciones unas son *pretorias*, que se celebran ante el pretor de oficio; otras *judiciales*, que provienen del oficio del juez pedáneo; otras *comunes*, que puede exigir bien el pretor, bien el juez pedáneo; otras últimamente *convencionales*, que intervienen entre los particulares á su arbitrio. De las convencionales pueden ser innumerables las especies, pues como arriba dijimos, no se verificaba ningun negocio de compra, de locacion, de dote, ni otro alguno, á que no se acostumbrase agregar la estipulación, como el principal fundamento de las demas obligaciones. Lo que demostró con mil ejemplos Brissonio *De formulis rom.* Las tres primeras toman un nombre singular, y se llaman *cauciones*, de que se tratará ahora de propósito.

§. DCCCLIV. La primera caucion pretoria es la del *daño no hecho*. Se dice daño no hecho, porque aún

no se ha causado. En este sentido tiene lugar esta caucion, si el edificio del vecino amenaza ruina, y por tanto es de temer que me sobrevenga daño. Entónces á la verdad no tengo aún accion, porque no me ha resultado daño; sin embargo puedo exigir la caucion de que si dentro de cierto tiempo se sigue ruina, el vecino me resarcirá todo el daño. Se ha de observar pues aquí, 1.º que siempre se ha de señalar cierto tiempo, por ejemplo, diez años, para que no se mande asegurar hasta el infinito, y se grave á otro sin razon. No obstante, si pasado el tiempo pareciese que aún amenaza peligro, se repetirá la estipulacion. 2.º Si el otro no quiere afianzar, se puede embargar su casa en virtud de un primer decreto, hasta que afianze dentro de cierto tiempo. 3.º Si tambien se escusa entónces, hai lugar al embargo en virtud de segundo decreto, y puede venderse la casa, entregando el precio al dueño.

§. DCCCLV. Ahora sigue la caucion *por conservar legados*, que es necesaria siempre que el testador deja á alguno legados ó fideicomisos para cierto dia ó bajo de condicion. Pues no habiendo llegado todavía el dia ni en uno ni en otro caso, y no debiéndose siquiera en el primero, fácilmente podria suceder que el heredero consumiese entretanto los bienes, ó discurriese otros medios para no entregar el legado. Por tanto, para que el legatario y fideicomisario estén seguros respecto del legado y fideicomiso que se les debe, pueden exigir del heredero caucion de que prestará los legados ó fideicomisos, cuando llegue el dia; y el pretor mandaba pres-

tar esta caucion. Por lo que esta caucion *por conservar legados* es pretoria, *L. 114. §. 12. ff. De legat.* y todo el *tit. ff. Ut leg. nom. cav.*

§. DCCCLVI. Estas eran las estipulaciones pretorias: siguen las judiciales, que antiguamente mandaba prestar el juez pedáneo, no el pretor ni otro magistrado. Tal es la caucion de *dolo malo*, que se hace necesaria, cuando se litiga sobre la restitucion de alguna cosa, por ejemplo, entablada la vindicacion de la cosa, ó la condicion furtiva; pues entónces, si durante el juicio aparece que el poseedor usa mal de la cosa, deteriorándola de tal modo que perezca, y que no la podrá restituir íntegra, sino como en esqueleto; el juez pedáneo, pidiéndolo el actor, manda afianzar que el poseedor entregará la cosa sin dolo ni detrimento, si se le condena en la sentencia, *L. 20. L. 34. ff. De rei vind.*, *L. 45. ff. De pign. act.*

§. DCCCLVII. Del mismo género es la caucion de *perseguir al siervo que se ha fugado*; la cual tiene tres usos: 1.º si uno quita por fuerza á otro un hombre, y mandando el juez que lo restituya, dice que se fugó; no solo se le condena á prestar su valor, sino que tambien tiene que afianzar que le perseguirá diligentemente *L. 14. §. 15. ff. Quod met. causá.* 2.º Si uno niega al legatario el siervo que se le habia legado, diciendo que se ha fugado, pues entónces manda el juez al heredero, que persiga al siervo á sus espensas, y que afianze que así lo hará, *L. 39. L. 69. §. ult. ff. De leg. 1.* 3.º Si el marido recibe de la mujer un siervo dotal, y al resti-

tuirle, disuelto el matrimonio, dice que se ha fugado; pues entónces debe afianzar el marido, que le perseguirá á fe de buen varon, y le entregará, *L. 25. §. 3. ff. Solut. matr.*

§. DCCCLVIII. Últimamente es judicial la caucion de *restituír el precio*, la cual se ha de interponer, siempre que no puede entregarse la misma cosa, y no se presenta en el momento la estimacion ó precio, *L. 25. §. 10. ff. Fam. ercisc.* Tambien hai otras, como de adquirir la cosa ausente y presentarla, *L. 18. ff. Ad exhib.*; de prestar la indemnizacion, *L. 19. L. 58. ff. De rei vind.*; de verificar el pago en cierto lugar y tiempo, *L. 4. §. 1. ff. De eo quod certo loco.*

§. DCCCLIX. Dijimos que eran *comunes* las estipulaciones, que se mandaban interponer igualmente por el pretor que por el juez, y de estas se refieren dos en este párrafo: 1^a *la caucion de que se conservarán salvas las cosas del pupilo*; la cual prestan los tutores legítimos y los dados por los magistrados menores; no los testamentarios, cuya con fianza aprobó el testador, ni los dados por los magistrados mayores, porque la pesquisa de estos tenia el valor de caucion: de este asunto se trató en el §. 279. Mas se pregunta ahora, ¿cuándo exige esta caucion el pretor, y cuándo el juez? El pretor la exige, siempre que se constituye el tutor al principio, aunque no se suscite pleito sobre ello. Mas el juez pedáneo manda afianzar, si, por ejemplo, el tutor reconviene al pupilo por la accion contraria de *tutela*, y el pupilo le pone la objecion de que nunca

afianzó que le quedarian salvas sus cosas. Entónces todavía se le mandará afianzar, *L. 43. pr. ff. De tut. dat.* 2^a *La caucion de válido* la presta el procurador, pero no todos; por lo cual se ha de notar esta distincion: ó manifiestamente no tiene el procurador ningun mandato, ni verdadero ni presunto, (en cuyo caso es claro que no es admitido, aunque quiera prestar caucion, porque es un falso procurador, *tit. ff. De eo quod fals. tut. auct.*) ó el procurador tiene verdadero mandato, (en cuyo caso tambien es claro que no necesita caucion), ó tiene mandato verdadero, pero defectuoso, ó solamente presunto. Por ejemplo, si el marido obra en juicio por la mujer, ó el hijo por el padre, entónces se admite la caucion de que *el dueño dará la cosa por válida*, como puede verse en todo el *tit. ff. Rem. rat. hab.* Si esta caucion se exige ántes de la contestacion del pleito, será pretoria; si despues de contestado, será judicial, y por tanto con razon se cuenta entre las comunes.

§. DCCCLX y DCCCLXI. Últimamente siguen las cauciones ó estipulaciones *convencionales*, cuyas especies advertimos que eran casi innumerables. La estipulacion era el fundamento comun de todos los negocios: de aquí es que ni por acaso se celebraba ningun contrato sin que mediase estipulacion, y por esto se afirmaban las compras con las estipulaciones, *L. 7. §. ult. ff. De contr. empt.* Plauto, *Epid. act. 3. scen. 4.* A nadie son desconocidas las estipulaciones edilicias que se agregaban á todas las compras de las cosas; por ejem-

plo, que la cosa está sana; que el caballo come y bebe, como es conveniente, *L. 41. §. 4. ff. De act. empt.*; que el siervo está sano, que no es ladrón, loco, fugado, dado en pago con perjuicio de otro, etc. Del mismo modo se agregaban las estipulaciones á las locaciones, *L. 58. §. 4. Locat. ff.*; al mutuo sobre las usuras ó sobre el modo de prestar la pena convencional, *L. 3. C. De usur. L. 45. ff. De novat.*; últimamente acompañaban las estipulaciones á los esponsales, á las obligaciones literales, á las novaciones y á las aceptilaciones, como se ha advertido en otros lugares. Enseñó esto de propósito, y claramente mostró á los jurisconsultos ejemplos buscados de todas partes, con esquisita diligencia y trabajo casi admirable, el eruditísimo Brissonio en la mayor parte del *lib. 6. De form. rom.*

TÍTULO XX.

DE LAS ESTIPULACIONES INÚTILES.

§. DCCCLXII. Llámense estipulaciones inútiles las que no tienen efecto, así como en el mismo sentido se llaman también inútiles los legados y fideicomisos. Y esto sucede por tres causas: 1ª por las personas de los contrayentes, si no pueden obligarse prometiendo, §. 863-866. 2ª Por las cosas que entran en la estipulación, como si no están en el comercio, ó á nuestra disposición

y arbitrio, §. 867 y 868. 3ª Por no guardar la forma de la estipulación, §. 869-874.

§. DCCCLXIII y DCCCLXIV. Por la calidad de las personas no pueden ménos de ser inútiles algunas estipulaciones, pues 1º *los que no pueden consentir, tampoco pueden estipular ni prometer.* Porque, ¿cómo se ha de concebir contrato sin consentimiento? Y de aquí se deduce, (a) que ni los niños, ni los furiosos, ni los mentecatos, ni los sordomudos pueden estipular ni prometer, pues sin consentimiento no pueden concebirse ni estipulación ni promesa. (b) Que los pupilos salidos de la infancia pueden ciertamente estipular sin autoridad del tutor, pero no prometer, pues cuando prometen, se obligan, y por tanto hacen peor su condición. Al contrario, cuando estipulan, hacen mejor su condición, §. 254, pues otro se obliga á ellos. Aquí ocurre esta importante cuestión: ¿se obligan el pupilo y el menor, á lo ménos naturalmente? Los mas de los autores afirman que el pupilo y el menor solo se obligan naturalmente, y que uno y otro son incapaces de obligación civil; pero aún cuando esto sea muy cierto respecto del pupilo, con todo los menores también se obligan verdadera y civilmente, como hizo ver de propósito Zach. Hubero en su *Diss. phil. jurid. B. diss. de oblig. pub.*; y á la verdad, (a) cuando en la *L. 101. ff. De V. O.* se dice, *que los púberes pueden obligarse por medio de la estipulación sin el consentimiento de los curadores*, ¿quién negará que en este lugar no se entiende la obligación natural, sino la civil? Verdad es