

La razon de esta disposicion es, por que en este caso 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 amplia á otros casos porque solo habla del que ultimamente he esplicado.

Para el buen cobro, y administracion de los bienes de los que mueren *ab intestato* sin dejar notoriamente ascendientes, descendientes ó colaterales, dentro del grado que por derecho deben heredar; ó *ex testamento* dejando herederos ó legatarios dentro ó fuera del distrito de cada audiencia, se estableció en América un juzgado general llamado *de bienes de difuntos*. De su ereccion y facultades, se trata largamente en el tit. 32. lib. 2. Rec. de Indias, y para el arreglo de conocer y proceder en las causas correspondientes, se aprobaron en auto de 22 de julio de 1805. por la audiencia de México las *nuevas instrucciones* que por su encargo formó el Oidor D. Guillermo de Aguirre.

Para mayor instruccion en esta materia de intestados pueden verse los autos acordados 8. y 9. del ultimo foliage de Montemayor y Beleña que ya quedan citados al fin del titulo de testamentos; y desde el 119 hasta el 133 del mismo foliage.

TITULO XIV.

De las obligaciones.

Todo lo que se ha esplicado desde el principio del libro segundo hasta aqui, pertenece á las especies de *derecho en la cosa*. Hemos visto los modos de adquirir el dominio: que cosa sean las servidumbres; y como se adquiera por herencia, ya en virtud de testamento, ya *ab intestato*. Ahora pues, parece que debía tratarse del derecho de prenda, que es la ultima especie de derecho en la cosa; pero habiendo de seguir el orden de las instituciones de Justiniano, pasaremos á tratar del *derecho á la cosa*, el cual como siempre

nace de obligacion, verémos primera-
mente: que cosa sea obligacion y cuan-
tas sus especies.

Por obligacion entendemos: *una ne-
cesidad moral, que nos impone el derecho,
de dar ó de hacer alguna cosa.* (1) De
esta definicion, que es bastante cla-
ra, se deduce el siguiente axioma, *La
obligacion no pasa de la persona que la
contrae:* de suerte que en virtud de
ella, nunca se tiene accion contra un
tercero, sino solamente contra aquel
que se nos obligó, y en esto consiste
una de las principales diferencias en-
tre el derecho *en la cosa,* y á la cosa
que dimos en el tit. 1. del lib. 2.

De la definicion pasemos á sus
divisiones. La primera de ellas es, que
las obligaciones son, ó puramente na-
turales ó puramente civiles ó mistas.
(2) Como el fundamento de toda obli-
gacion es la ley, si la obligacion na-
ce del derecho natural, pero no
la auxilia ó asiste el derecho civil,
se llama *puramente natural* v. g. la

(1) Arg. de la l. 5. tit. 12. P. 5.

(2) L. 5. tit. 12. P. 5.

obligacion que nace el dia de hoy
de los esponsales contraidos sin es-
critura pública. (1) Si el derecho ci-
vil ha impuesto la obligacion, pero el
derecho natural no la auxilia, se llama
puramente civil: v. g. la que nace del
contrato literal. Finalmente si ambos
derechos, natural y civil asisten á la
obligacion, será obligado por dere-
cho civil y natural á pagar el precio
prometido; y así se puede decir *mis-
ta* esta obligacion. (2) Hablando en
rigor, solo estas son verdaderamente
obligaciones, porque producen todo su
efecto: las civiles puramente, por lo res-
gular no producen alguno, pues se re-
cinden por la restitucion *in integrum:*
las naturales finalmente, solo produ-
cen escepcion, y no accion.

Otra division de las obligaciones
es, que unas nacen inmediatamente de
la equidad natural, y otras mediante
algun hecho que produce la obliga-
cion. Nacen inmediatamente de la equi-
dad, siempre que se exige alguna co-

(1) Decreto de 28 de abril de 1803.

(2) L. 5. tit. 12. P. 5.

sa en virtud de alguno de estos dos principios: I. *Todo hombre está obligado á hacer en favor de otro una cosa, que ningun daño le trae á él, y aprovecha al otro.* II. *Todo hombre está obligado á hacer lo que la recta razon dicta que debe.* Por ejemplo: en virtud del primer principio está obligado el poseedor de una cosa á mostrarla al que se la pide para investigar, si es la suya que el ha perdido: en virtud del segundo el padre está obligado á alimentar al hijo, sin que en ninguno de entrambos casos intervenga hecho alguno, que induzca la obligacion.

Por el contrario, quando la obligacion nace de hecho, este será ó lícito ó ilícito. El hecho lícito consiste en el consentimiento y el ilícito es todo delito; y de aqui se saca otra nueva division de la obligacion, en una que nace de convencion, y otra del delito. De los delitos hablaremos en el libro 4. y así ahora solo pertenece tratar de las convenciones.

La convencion, que en derecho es lo mismo que pacto, no es otra cosa que

aquel consentimiento por el cual dos ó mas convienen en dar ó hacer alguna cosa. Se dice que la convencion es consentimiento, porque faltando este no hay hecho obligatorio lícito: ha de ser de dos ó de mas, porque uno solo no se puede obligar á si mismo, y en una compañía se obligan hasta ciento, y aun mas hombres: finalmente, se ha de convenir en dar ó hacer algo, y en esta afirmacion tambien se incluye negacion, y así hay convenciones de no dar ó de no hacer, que se llaman *pactos remisorios*.

La convencion se divide en contrato y pacto: el contrato: es una convencion, que tiene nombre y causa, y el pacto que ni tiene nombre ni causa. Para entender estas definiciones es necesario saber, que es nombre, y que es causa. *Por nombre* entendemos: un vocablo que significa el contrato de que se habla y del cual toma nombre la accion que produce. *Por causa* se entiende una cosa presente de la cual segun decreto nace obligacion. Así v. g. la venta, tiene nombre y de allí nace la accion de compra y venta, y causa que es el consentimiento: por

el contrario una promesa de donar alguna cosa ni tiene nombre porque no hay accion de este nombre en derecho, ni hay cosa alguna presente, sino que solo se promete para lo por venir (*)

Los contratos unos son *verdaderos* ó rigurosamente tales, y otros se llaman *cuasi contratos*. Todo contrato por ser convencion, requiere precisamente consentimiento, y este puede ser ó verdadero ó espreso, ó ficto, que tambien se llama presunto: del verdadero y espreso nacen los contratos verdaderos, y del ficto ó presunto los cuasi contratos. Mas para que no se piense que las leyes sin razon alguna fingen que uno consintió, hay tres reglas de equidad natural de las cuales se deduce el dicho consentimiento.

(*) Se advierte que ya por nues tro derecho en virtud de la ley 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. no se conoce distincion entre pacto nudo y vestido como la habia entre los romanos; y asi 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 en virtud de dicha ley no se necesita alguna.

I. Ninguno se presume que sin razon alguna quiera enriquecerse con daño de otro.

II. El que quiere lo que antecede, no debe reusar lo que se sigue.

III. Cualquiera se presume, que ha de aprobar lo que redundá en utilidad suya.

Los verdaderos contratos unos son nominados y otros innominados. Los nominados tienen nombre y causa, y asi producen accion del mismo nombre. Mas los innominados solo tienen causa, pero no nombre, y asi no producen accion especial. Tales son estos cuatro que comunmente se asignan: *te doy porque me hagas, te doy porque me des, te hago porque me des, y te hago porque me hagas*. Es verdad que pudiera decirse que aun los contratos nominados pueden incluirse bajo estas cuatro formas, pues la compra y venta v. g. no es otra cosa que *te doy porque me des*; pero realmente no es asi, pues en los contratos nominados interviene moneda precisamente, y en los innominados, ó no interviene, sino otra cosa, ó si se quiere que intervenga no es necesario que esté definido por pacto. Hemos dicho ya que todos los con-

tratos deben tener causa: esto es, alguna cosa presente de la cual segun las leyes nace obligacion. Estas causas no son mas que la tradicion de la cosa, las letras y el consentimiento, pues ya no hay necesidad de palabras solemnes en alguno. Los contratos que se perfeccionan por la tradicion se llaman *reales*, como el mutuo, comodato, prenda y depósito. Los que por solo el consentimiento, *consensualés*, como la compra, venta, locacion conduction, enfiteusis, sociedad y mandato; y el que se perfecciona por letras solemnes, se llama *literal*.

Resta la última division de los contratos por la cual, unos son unilaterales y otros bilaterales; pero es de advertir que no tienen este nombre por las personas que se obligan. Si una y otra queda obligada, el contrato es bilateral; si una solamente unilateral: en la compra y venta v. g. uno y otro contrayente se obliga, y en el mutuo uno solo. Los unilaterales se llaman tambien de derecho riguroso (*stricti juris*) y los bilaterales de buena fe; pero por esto

no se quiere decir que la buena fe no sea necesaria en los contratos de riguroso derecho, sino que en estos, nada mas se puede pedir, que lo que espresamente se prometió: por el contrario en los llamados de buena fe, se debe todo aquello que dicta la equidad, aun cuando no se haya pactado espresamente, v. g. del mutuo no se piden usuras, si no es que se prometan, porque es contrato de riguroso derecho: mas en la compra y venta por sola la tardanza en verificar el pago, está el comprador obligado á las usuras, por ser este contrato de buena fe.

De lo dicho se deduce muy facilmente porque razon ciertos contratos producen dos acciones y otros una. Como en los bilaterales ambos contrayentes estan obligados, necesariamente debe haber dos acciones por medio de las cuales uno y otro sea compelido á cumplir lo que debe. Por el contrario, como en el mutuo v. g. á nada está obligado el acreedor, sino solo el deudor, de aqui es, que solamente se da una accion. Las dos acciones que nacen de los

bilaterales, ó son ambas directas ó la una es directa; y la otra se llama contraria. Son ambas directas, siempre que la obligacion de los dos contrayentes nace desde el principio del contrato: y es la una directa y la otra contraria siempre que el uno de los contrayentes queda obligado desde el principio, y el otro despues: v. g. en la compra y venta, uno y otro contrayente desde el principio se obligan en virtud del mismo contrato, y asi nacen las dos acciones llamadas *de compra y venta*, que ambas son directas. Mas en el mandato, solamente el mandatario queda obligado desde el principio, y en virtud del contrato; pero el mandante no está obligado, sino hasta despues en el caso de que el mandatario hiciese algunos gastos por él ó recibiese daño por causa de la ejecucion del mandato: y asi la accion contra el mandatario es directa y la que se da contra el que mandó, contraria. En materia de acciones contrarias, sirva de regla general que: *toda accion contraria se da para indemnizarse.*

Resta decir alguna cosa sobre la

obligacion de resarcir el daño en los contratos. Daño llamamos: *todo aquello que disminuye nuestro patrimonio.* Esto puede suceder, ó por *dolo* ó por *culpa* ó por *caso fortuito*. Dolo se dice que hay, siempre que se verifica propósito ó intencion en el que daña. (1) Culpa cuando se falta por negligencia ó descuido. (2) Finalmente, caso fortuito se llama cuando el daño viene de la providencia divina que asi lo dispone, y á la que no se puede resistir. (3) Acerca del dolo solo hay una regla que observar: esta es, *el dolo siempre se presta en todo contrato*: lo cual es tan cierto, que aun cuando hubiesen pactado entre si los contrayentes que no se prestase, no valdria este pacto, porque convidaria á *pagar*. Aun hay ciertos contratos en los cuales no solo se presta el dolo, sino que tambien se hace infame el que lo comete, tales son la tutela, el depósito, la sociedad y el mandato. (4) Y la razon que tienen para esto las leyes es,

(1) L. 1. tit. 16. y 11. tit. 33. P. 7.

(2) L. 11. tit. 33. P. 7.

(3) Dicha ley 11.

(4) L. 5. tit. 6. P. 7.

porque estos contratos solo se hacen entre amigos, cuando los demas se celebran con cualquiera, y no hay cosa mas escusable que un amigo sea burlado y engañado por su mismo amigo.

Acerca del caso fortuito se da tambien una regla solamente: esta es la siguiente.

Al caso fortuito, hablando en general, ninguno está obligado. (1) La razon es, porque à ninguno se puede imputar lo que no puede impedir, sino que depende de la providencia divina que gobierna todas las cosas. Con todo puede suceder que alguno preste el caso fortuito: esto será 1.º si voluntariamente se quiere obligar à él: 2.º si fuere moroso en entregar ó en restituir la cosa: y 3.º si por su culpa dió ocasion al caso fortuito. (2)

La culpa segun los juristas se divide en *lata, leve y levisima*. El fundamento de esta division es la diversidad que hay de padres de familia; entre estos hay algunos sumamente cuidadosos, que

(1) Arg. de la L. 3. tit. 2. P. 5. y L. 11. tit. 33. P. 7.
(2) Dicha ley 3.

parece tienen mil ojos para cuidar de todo, y que de noche no pueden tomar el sueño sin haber escudriñado todos los rincones de su casa. Ahora pues, el que no imita esta diligencia verdaderamente exactisima, se dice que comete *culpa levisima*. (1) Hay otros padres de familia descuidados y perezosos, que ni saben adelantar ni aun conservar la hacienda recibida: los que son tan negligentes ó mas que ellos, se dice que cometen culpa *lata*. (2) Finalmente hay otros exactos y medianamente cuidadosos, y el que no imita la diligencia de estos, es reo de culpa *leve*. (3)

Estas son las descripciones, las cuales entendidas facilmente, se entenderán las reglas que se han de observar en prestar las culpas. Es de advertir, que hay contratos que solo ceden en utilidad del que da, otros solo del que recibe, y otros que ceden en utilidad de ambos contrayentes.

Regla I. *Cuando toda la utilidad es para el que da y ninguna para el que recibe,*

(1) L. 11. tit. 33. P. 7.
(2) Dicha ley 11.
(3) La misma ley 11.

aquel presta hasta la culpa levisima, y este solamente la lata v. g. en el deposito, el que depone se obliga hasta la culpa levisima, porque él únicamente percibe la utilidad de este contrato; y el depositario solamente la culpa lata, porque el trabajo todo es para él.

II. *En los contratos que ceden en utilidad de ambos contrayentes cada uno está obligado à la culpa leve: v. g. la compra, venta, locacion, conduccion, compañía y prenda.*

III. *Cuando toda la utilidad es para el que recibe, este contrayente presta hasta la levisima: v. g. en el comodato.*

IV. *El que de su voluntad se ofrece à un contrato en que se requiere una diligencia muy grande, queda obligado hasta la culpa levisima, como en la administracion de negocios ajenos.*

V. *El que ofrece à otro su casa, no puede escigir sino la culpa lata: por ejemplo, en el precario.*

Hemos hablado ya de las obligaciones en general: siguese ahora tratar en particular de los contratos nominados; y como estos segun se ha dicho ar-

riba, se dividen en reales, literales y consensuales, el título siguiente habla de los reales.

TITULO XV.

De que modos se contrae obligacion por tradicion de la cosa, ó de los contratos reales.

AUNQUE todas las obligaciones producidas por los contratos innominados y aun por los delitos nacen de cosa: llamamos ahora *contratos reales* à aquellos que ni tienen su perfeccion esencial ni aun producen obligacion, si no es que se siga la tradicion de la cosa. Tales son entre los nominados estos cuatro: *mútuo, comodato, depósito y prenda*. Dije entre los nominados, porque los innominados todos esperan la tradicion de la cosa para producir obligacion, y asi no seria contrato si uno dijese: *te daré porque me des, te haré porque me des ó me hagas*, si no es que sea actualmente, *te doy porque me des ó hagas &c.* y asi se ve claramente que es necesario que todos los contratos innominados sean reales.