

ADAD AU
CIÓN GE

KD3930

A4

V.3

NO.1

NO.1

RAISED



1080047334.

José Angel Benavides.

8#5 B#114

343 (46)



INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DR. D. JOSE MARIA ALVAREZ,

CATEDRATICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA UNIVERSIDAD DE GUATEMALA.

OBRA NUEVAMENTE REVISTA, CORREGIDA Y AUMENTADA CON ARREGLO A LA ACTUAL LEGISLACION.

TOMO III



GUATEMALA 1819

Capilla Alcazar

Biblioteca Universitaria

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA MEXICO:

REIMPRESA EN LA OFICINA A CARGO DE RIVERA.

AD 1826
54024 23207

3 de L.

KD 3930



Vir bonus et prudens.....
..... patum claris lucem dare coget:
Arguet ambiguae dictum: mutanda notabit.

Horat. De Art. Poet.



FONDO BIBLIOTECA PUBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEON

LIBRO III.

DE LAS INSTITUCIONES
DE DERECHO REAL
DE CASTILLA Y DE INDIAS.



TITULO I. AL XIII.

DE LA SUCESION AB INTESTATO.

HABIENDO tratado ya en los títulos
anteriores del modo de suceder por
voluntad espresa del difunto declara-
da en el testamento, se sigue ahora tra-
tar del orden con que se sucede por
voluntad tácita ó presunta cuando al-
guno muere intestado. (1)
Intestado se dice aquel que, ó no hi-
zo testamento ó no lo hizo arreglado à de-
recho, de suerte que no produjo efecto. (2)
Veamos pues, quienes son los que deben
suceder al que muere de esta manera.

(1) Prologo del tit. 13. P. 6.
(2) L. 1. tit. 13. P. 6.

Es constante por derecho natural que el fin é intencion de los que adquieren bienes, no es el dejarlos abandonados despues de su muerte y que sean del primero que los ocupe; (1) sino que desean que aprovechen y hagan felices à todos aquellos en cuya felicidad se complacen. (*)

Fundados en este principio los legisladores han puesto por fundamento de la sucesion *ab intestato* al amor: de suerte que en este supuesto deben ser próximos à la sucesion aquellos que presume el derecho fueron mas amados del difunto. Los filósofos antiguos observaron, (2) que el amor baja primeramente: si no tiene donde bajar sube, y si ni aun por ahì tiene lugar, se estiende àcia los Indos. En confirmacion de esto nos enseña la esperiencia, que los hijos son los mas amados para cada uno:

(1) Hein. lib. 1. de Jur. Nat. cap. 11. nùm. 295.

(*) En los padres para con sus hijos y en estos para con sus padres, no solo tiene lugar preferente esta presuncion, sino que tambien tienen mútua obligacion de dejarse sus bienes los unos à los otros, de suerte que por esto se llaman herederos forzosos.

(2) Aristot. Ethic. lib. 8. cap. 12.

que despues de los hijos se siguen los padres, y despues de estos los parientes colaterales. Bien es verdad que el amor de los padres àcia sus hijos escede tanto al de estos para con sus padres, que es proloquio comun y muy verdadero, que es mas facil que un padre sustente à veinte hijos, que no veinte hijos à un padre.

Sobre este principio se han establecido tres órdenes en la sucesion *ab intestato*. En el primer orden entran los descendientes: no habiendo estos, se admiten en el segundo los ascendientes, y faltando aun estos, siguen en el tercero los colaterales. (1) En defecto de todos tiene lugar el fisco.

§. I.

De la sucesion de los descendientes.

Hemos dicho que en primer lugar son llamados à la herencia los descendientes del difunto si los tiene. Por descendientes entendemos aquí todos aquellos que son hijos ó vienen de nosotros, ya

(1) L. 2. tit. 13. P. 8.

sea esta filiacion por la naturaleza ó por las leyes civiles. Tratarémos pues, con distincion, 1.º De la sucesion de los hijos legítimos; 2.º de los legitimados; 3.º de los adoptivos; y 4.º de los ilegítimos.

De los hijos legítimos es regla general, que *todos suceden indistintamente á sus padres*. (1) No hay pues, diferencia entre los grados, pues tanto los que son del primero como los de segundo y tercero &c. serán herederos; y así el nieto y bisnieto son llamados á la herencia con tal que no tengan padre que esté mas prócsimo que ellos. Tampoco hay diferencia en el secso, y así las mugeres tambien son herederas de su padre *ab intestato*. (2) Finalmente, no se conoce ya diferencia entre hijos emancipados ó no, ni entre sucesion paterna ni materna. (3)

Aunque como va dicho todos los descendientes que no tienen padre vivo que les preceda suceden *ab intestato*.

(1) L. 3. del mismo tit.

(2) L. 3. ya citada.

(3) L. 3. tit. 13. P. 6.

tato, con todo no reciben todos igual porcion de la herencia, y así se deben distinguir tres casos. 1.º *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas*, [*in capita*] esto es, se hacen tantas partes de la herencia cuantos son los hijos que heredan: v. g. si un padre ó madre que tiene euatro hijos deja cuarenta mil pesos, cada uno de los hijos percibirá diez mil, porque todos son de primer grado, y así suceden por cabezas. 2.º *Si solo hay hijos de los demas grados, como nietos ó bisnietos, todos suceden por linage* [*in stirpem*] esto es, vienen todos los hijos de cada padre á llevar la parte que le tocaría á él; y la dividen entre sí; de suerte que de la herencia no se hacen tantas partes como son las cabezas, sino tantas como son los linages y familias. Esto se hará mas claro continuando el ejemplo ya puesto. Supongamos que los cuatro hijos que habian de heredar de su padre diez mil pesos, murieron antes dejando cada uno dos hijos; entonces estos, muerto el abuelo, entrarán representando á su respectivo padre,

y percibirà cada familia diez mil pesos, que divididos entre los dos hijos de que se compone, les tocarà á cinco mil pesos á cada uno.

3.º Si concurren hijos del primero y de los demas grados, entonces los que sean del primer grado suceden por cabezas, y los del segundo y tercero por linages, del modo que hemos explicado ya. (1)

De esta suerte es la sucesion quando todos los hijos son nacidos de un solo matrimonio; pero si hay diversos, cada hijo sucede á su ascendiente solo, y del comun parten entre sí igualmente la herencia.

Esto es por lo que hace á los hijos legitimos; siguense los legitimados. La legitimacion hoy se hace solamente, ó por subsiguiente matrimonio ó por rescripto del soberano Si se ha hecho del primer modo, es regla general, que los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden del mismo modo que los legitimos. (2) Si la legitimacion es del segundo

(1) L. 3. tit. 13. P. 6.

(2) Cap. 6. Qui filii sint legit. y L. 1. tit. 13. P. 4. L. 10. tit. 8. lib. 5. de la Rec. de Cast.

modo, esto es por rescripto del soberano, se debe distinguir si es para el fin de suceder ó no: en este segundo caso no hay duda que nada recibirán de la herencia paterna; mas en el primero se admiten si son solos; pero si hay otros hijos legitimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, no pueden entrar con ellos á la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes. (1)

Siguense hablar de los hijos adoptivos: la adopcion como ya se ha dicho (2) puede hacerse, ó en un hombre libre del poder de su padre y con autoridad soberana, ó en uno que es hijo de familia y con autoridad del juez. (3) Quando se hace del primer modo se llama *arrogacion*, y quando del segundo *adopcion propia*. Esto supuesto, el hijo arrogado segun nuestro derecho, heredará del arrogante la cuarta parte de sus bienes, y el adoptivo sucederá á su padre adoptante en

(1) Vease la citada ley 10 tit. 8. lib. 5. de la Rec.

(2) Lib. 1. tit. 11.

(3) L. 7. tit. 7. P. 4.

todos, (1) siempre que ni uno ni otro tengan hijos legítimos, pues si los tuvieran en nada les sucederán. (2)

Resta hablar finalmente de los hijos ilegítimos: estos, según hemos dicho en otra parte, se dividen en naturales y espurios. Los primeros cuando su padre natural no tiene hijos legítimos, heredarán las dos duodecimas partes de sus bienes (*) que dividirán con su madre: y no siendo estas suficientes para mantenerse, tienen tales hijos acción á lo necesario para sus alimentos; (3) pero los espurios ninguna cosa heredarán de su padre *ab intestato*, tenga ó no descendientes legítimos. Por lo que hace á la madre si no los tiene, serán sus herederos los naturales ó espurios que tenga, si no es que sean de dañado y pu-

(1) L. 3. §. 9. y 10. tit. 16. P. 4.

(2) L. 5. tit. 6. lib. 3. y 1. y 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

(*) Según la L. 3. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast., los hijos ilegítimos heredarán el quinto, que es lo que los padres pueden darles en vida ó dejarles por muerte por razón de alimentos. Febr. Refor. Part. 1. cap. 5. §. 1. núm. 70.

(3) L. 8. tit. 13. P. 6.

nible ayuntamiento, ó habidos de clérigo de orden sagrado ó de fraile, ó por monja profesa, en cuyos casos son escludidos de toda sucesion. (1) La razon de esta diferencia que hace el derecho entre el padre y la madre, es porque esta siempre es cierta y conocida, lo cual no sucede en el padre.

§ II.

De la sucesion de los ascendientes.

HEMOS dicho arriba, que no habiendo hijos no tiene el amor como bajar, y así sube: de donde se infiere, que la sucesion ordinariamente es reciproca, por lo cual aquellos padres á quienes suceden sus hijos, pueden suceder á sus hijos. Mas como el derecho de representacion no tiene lugar entre los ascendientes, es necesario observar varias reglas.

1. *En la sucesion ab intestato los ascendientes mas cercanos eschuyen á los mas remotos, y siendo de una misma linea, dividen*

(1) L. 7. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

entre sí la herencia por cabezas, y si de distintas la dividen por líneas, (1) y así v. g. muriendo intestado uno que tenga abuelos y bisabuelos paternos, los primeros solamente serán herederos, y nada percibirán los segundos; y si concurrieren dos abuelos por una línea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, llevando los de la una la mitad, y otra mitad los de la otra, que dividirán entre sí. Pero si concurren solamente uno por una línea, y dos por la otra no la dividirán por terceras partes, sino que el uno heredará la mitad, y los dos la otra mitad. (2) (*)

(1) L. 4. tit. 13. P. 6. y l. tit. 8. lib. 5. de la Rec. que es la 6. de Toro.

(2) L. 4. tit. 13. P. 6.

(*) Se advierte que este modo de suceder no es ni *in capita* ni *in stirpes*, sino por líneas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes habiendolos de ambas líneas, de suerte que aunque haya muchos por una línea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta división debe ser, sin hacer distinción de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes de parte de padre, y los maternos á los de parte de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente la mitad para cada línea. Véase la ley 4. tit. 13. P. 6. Sino es que en alguna parte haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el ascendiente intestado como lo dispone la ley 1. al fin tit. 3. lib. 5. de la Rec. de Cast.

11. Cuando suceden los ascendientes, aunque haya tambien colaterales no concurren con ellos. v. g. muerto un hermano que tiene padres, hermanos y sobrinos, solo heredarán sus padres. (1) Y la razon es porque la línea recta es de naturaleza mas privilegiada que la transversal, y muy distinta en el grado.

III. Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legítimos sucederá del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espurios á sus padres, madres y demas ascendientes. (2) Pero de esta regla se exceptúan los adoptivos, pues de estos no son herederos *ab intestato* sus padres adoptantes, sino sus parientes mas cercanos. (3)

(1) L. 4. tit. 8. lib. 5. de la Rec. y es la 7. de Toro que deroga á la ley 4. tit. 13. P. 6. que dispone lo contrario.

(2) L. 8. al fin tit. 13. P. 6.

(3) L. 5. tit. 22. lib. 4. del Pácro Real

De la sucesion de los colaterales ó transversales.

No habiendo descendientes ni ascendientes se siguen como ya hemos dicho los colaterales, en cuya sucesion se observan las reglas siguientes.

I. Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres y sus hijos, excluyen á todos los demas colaterales, y suceden los hermanos in capita, y los hijos de estos in stirpes. (1)

II. Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos de difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán con igualdad entre sí la herencia de su tio. (1) La razon es, porque todos los sobrinos estan en igual grado, y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es, cuando está vivo algun hermano de este que tambien concurre á heredar, y les sirve de forma y causa para que tenga lugar

(1) L. 5. tit. 8. lib de la Rec. y la 5. tit. 13. P. 6.

(1) L. 5, tit. 13. P. 6. y 13. tit. 6. lib. 3. de. Fuero Real

la representacion, pues de otra suerte serian excluidos por ser parientes mas remotos, y asi solo en este caso le tiene y en el se estingue; mas cuando son solos sobrinos falta el motivo y fomento para la representacion, por lo qual entran por su propio derecho á heredar como parientes mas cercanos que están en igual grado.

III. Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una linea, estos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la linea paterna heredarán los bienes paternos, y los que fueren de parte de madre, heredarán los maternos; (1) y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ú oficio ó de otro cualquier modo. (2)

Lo que hemos dicho de la sucesion de los parientes transversales, se debe entender cuando el parentesco es legitimo, pues si fuere, ó el difunto ó el pariente natural, se observarán estas reglas.

(1) Ll. 5. y 6. tit. 13. P. 6.

(2) L. 6. tit. 13. P. 6.

I. Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tenga, hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente. (1)

La razon es, porque los hermanos que le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte del padre son dudosos.

II. Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, le serán herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiere alguno legitimo, este solo será preferente á todos. (2)

III. Si un legitimo muere no dejando parientes algunos legitimos, sino solo naturales, le heredaran los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán escuidos. (3)

La sucesion por linea transversal que hemos explicado ya, no pasa el

(1) L. 12. del mismo tit.

(2) En sentir de algunos preferirá aun á los hermanos por parte de madre. Véase la L. 12. tit. 13. P. 6

(3) Dah. l. 12. al fin

dia de hoy del cuarto grado; (1) (*) y asi los bienes del que no dejare parientes hasta dicho grado, recaen en el fisco, (2) sin que tenga lugar ya la sucesion de la muger al marido, ni de este á su muger, pues no se hace mencion de ellos. (3) Cesa desde luego el dia de hoy la disposicion de la ley de Partida que estendia esta sucesion hasta el decimo grado, y despues de él llamaba al marido á la herencia de la muger, y esta á la del marido. (*)

(1) Ll. 3. tit. 9. y 9. tit. 10. lib. 1. de la Rec. de Cast. de las que se hace argumento para creer derogada la l. 6. tit. 13. P. 6. que estendia la sucesion transversal hasta el decimo grado.

(*) Es dudoso si este cuarto grado se deberá contar por derecho canonico ó civil.

(2) Real instr. de 27 de nov. do 1785. y de 27 de agosto de 1786.

(3) L. 12. tit. 8. lib. 5 Rec. de Cast. y la Real instr. ya cit.

(*) No será fuera del caso para complemento de esta materia decir aqui algo de la cuarta marital. Esta no es otra cosa que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual puede tomar para sí la muger viuda, si quedare tan pobre que no tenga como subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta parte no debe exceder del valor de cien libras de oro, ce-

Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento está dispuesto, que el juez del lugar en donde fallecieron, inventarie sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para su entierro y funerales, y hecho, dé cuenta á la audiencia del distrito para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los tengan no recaen en el fisco, (1)

Finalmente, aunque por derecho novísimo á los religiosos de ordenes que pueden poseer bienes les está permitido ser herederos por testamento;

mo dispone la ley 7. tit. 13. P. 6. Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender tambien á los padres en su caso. Vease á Febrero librería de escribanos cap. 1. 6. 21. núm. 239. El día de hoy en vista de la ley 1. tit. 3. lib. 5. de la Recopilacion, que es la 6.^a de Toro, hay bastante motivo para dudar, que pudiese tener lugar tal cuarta 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 debería administrar los bienes de sus hijos.

(1) L. 31. tit. 1. P. 6. y 5. tit. 12. lib. 1. de la Rec. de Cast.

(1) se les prohíbe espresamente suceder *ab intestato* 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 todos sus derechos temporales. (2)

Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles, del modo, y con el orden explicado, pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales de bienes libres sin distincion de grados, el dos por ciento para la Hacienda publica (3) pues se hallan espresamente esceptuadas las sucesiones entre ascendientes, y descendientes. (4)

Los parientes que suceden *ab intestato* no por eso estan desobligados de invertir algunos bienes en favor de la alma del difunto. Mas para que se

(1) Cedi. de 29 de novicmb. de 1796. y de 29 de abril de 1801.

(2) Pragm. de 6 de julio de 1792.

(3) Cedula de 11 de junio de 1801. art. 5. del Reglam. inserto.

(4) Art. 1. de dho. reglam.

sepa enanto debe ser, diremos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y de herederos. Estos ó son legitimos y forzosos, ó transversales; 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 pais con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias; pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes. (1) Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo prefinido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion á invertir todo el quinto, y cumplirán con solo lo dicho. (2) Lo mismo se debe decir de los transversales,

(1) L. 16. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Arg. de la L. 10. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

herederos del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario ó por no poder, ó por no querer no hizo el testamento, en este caso solamente, estarán obligados á la distribucion del quinto integro dentro del año, segun ordena una ley de Recopilacion (1) que dice asi. „Cuando el comisario no „hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque passó el tiempo, ó porque murió sin hacerlo; los tales bienes vengán derechamente á los parientes del que le dió el poder que uviessen de heredar sus bienes „ab intestato, los cuales en caso que no sean hijos ni descendientes ó ascendientes legitimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su anima 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 cualquier del pueblo.“

(1) L. 10. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

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 explicado.

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.

Tomo lo que se ha explicado 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

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 explicado.

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.

Tomo lo que se ha explicado 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 asi 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 excepcion, 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 23 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 nuestro 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 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 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 así producen accion del mismo nombre. Mas los innominados solo tienen causa, pero no nombre, y así 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 así, 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, *consensuales*, como la compra, venta, locacion conduccion, 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 rigoroso (*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 rigoroso 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 quando no se haya pactado espresamente, v. g. del mutuo no se piden usuras, si no es que se prometan, porque es contrato de rigoroso 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 obligación 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 así 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 ejecución del mandato: y así la acción 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 acción contraria se da para indemnizarse.*

Resta decir alguna cosa sobre la

obligación 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 intención 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 así 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 sí los contrayentes que no se prestase, no valdria este pacto, porque convidaria á *pegar*. 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 execrable 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 á 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 á 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 depona 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 exigir 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.

aquel presta hasta la culpa levisima, y este solamente la lata v. g. en el deposito, el que depona 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 exigir 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.

El primer contrato que se perfecciona por la tradicion de la cosa es el *mútuo*, y se llama así, un contrato por el cual una cosa fungible ó de las que consisten en número, peso y medida se dá á otro para que use de ella como dueño, con obligacion de volver otro tanto en el mismo género. (1) Se dice que este contrato se versa en cosas fungibles, porque si no fueren de las que se consumen por el uso no será *mútuo* sino *comodato*. Se dice que usa de la cosa como dueño el que la recibe, y esta es otra distincion entre el *mútuo* y *comodato*, pues en este se dá solo el uso y no el dominio. Finalmente se añade, que el deudor puede restituir otro tanto en el mismo género, y en esto se distingue el *mútuo* de todos los demas contratos reales, conviene á saber, del *comodato*, *depósito* y *prenda* en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

Con lo dicho se entenderán facilmente dos axiomas acerca de esta materia. I.^o No se dá *mútuo* si no se verifica tradicion de moneda ó de otra cosa, de las

(1) L. 1. tit. 4. P. 5.

que se llaman fungibles. (1) II.^o El *mútuo* es especie de enagenacion, y el dominio de la cosa fungible pasa al deudor. (2)

De estos dos axiomas se deducen todos los derechos que hay acerca del *mútuo*; y así, de ellos se infiere. 1.^o Que puede dar á *mútuo* todo aquel que puede enagenar y así de ninguna suerte lo puede hacer el pupilo ni el menor, (3) (*) y si solo aquel que tiene facultad

(1) L. 1. tit. 1. P. 5.

(2) Ll. 2. y 10. tit. 1. P. 5.

(3) Ll. 17. tit. 16. P. 6. y 4. tit. 11. P. 5.

(*) Acerca de las personas á quien se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, consejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar á *mútuo*, no se podrá demandar lo dado, si no se prueba que se convirtió en su utilidad. (L. 3. tit. 1. P. 5.) Y así para que el que da á *mútuo* quede asegurado, debe probarse la utilidad antes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez á quien corresponda darla, con cuya diligencia será bien hecho. (Febr. lib. de escrib. cap. 4. §. 2. núm. 11.)

De ninguna manera se puede dar á *mútuo* á ningún hijo de familia, sea mayor ó menor de veinte y cinco años estando bajo la patria potestad, y si lo recibe no está obligado á su restitucion ni se le puede demandar judicial, ni estra judicialmente, ni á sus fiadores ni padres, y el contrato que sobre ello se hiciere es nulo, si no es en seis casos. 1.^o Cuando el hijo es soldado. 2.^o Cuando obtiene empleo público del rey ó consejo. 3.^o Cuando niega que es hijo de familia y el acreedor tiene justa causa para creerlo. 4.^o Cuando lo prestado se

de contraer. 2.º Que por ser este contrato unilateral solo queda obligado el deudor á volver la cosa que recibió en el mismo género que se le dio. (1)

Resta hablar de la acción que nace del mutuo. Como este contrato es de los nominados, la acción que produce es del mismo nombre, y se llama *acción de mutuo*. Se da esta al acreedor contra el deudor á efecto de recibir la cosa prestada en el mismo género, la que se le debe restituir al plazo estipulado, y si no se prefiere plazo diez dias despues de prestada á voluntad de su dueño. (2)

convirtió en utilidad de su padre, ó este le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entonces ambos quedan obligados. 5.º Cuando está repudiado comúnmente por libre de la patria potestad, ó su padre lo tiene puesto en este ejercicio, y con su orden contrata. 6.º Cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado y su padre á pagarlo, pues se presume su consentimiento. (L. 4. y 6. tit. 1. P. 5. Véase la ley 22. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.)

Si el factor de algun mercader ó cambiante toma algo prestado con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo éste; pero si no le dió orden para tomarlo, ni le convirtió en beneficio de su amo, no está obligado éste, sino el factor á su solución. (L. 7. tit. 1. P. 5.)

(1) L. 2. tit. 1. P. 5.

(2) L. 2. del mismo tit.

A mas de esto el que recibe alguna cosa á mutuo, si no la vuelve al plazo estipulado debe pagar la pena que se haya impuesto al tiempo del contrato; pero si no se impuso pena alguna, pagará los daños y perjuicios que haya recibido el mutuante así en la demora, como en la demanda, á lo cual está obligado así el que recibió el mutuo como sus herederos. (1)

El segundo contrato que se perfecciona por la entrega de la cosa es el comodato por el cual entendemos: *un contrato real por el cual una cosa no fungible se dá graciosamente para cierto uso, con obligación de que concluido este, se vuelva la misma cosa en especie*. (2) Se diferencia del mutuo, parte en que aquí se dá una cosa *no fungible*, y en el mutuo fungible, y parte que aquí se trasfiere solamente el uso, y allí tambien el dominio. Del precario se distingue en que en el comodato se dá la cosa para cierto uso, y en el precario para incierto é indefinido, y así siempre es revocable.

(1) L. 10. tit. 1. Part. 5.

(2) L. 1. tit. 2. P. 5.

Entendida esta definicion facilmente se entienden los siguientes axiomas. I. *El comodatario recibe la cosa ajena para hacer un cierto y definido uso; de otra suerte seria precario.* (1) II. *En este contrato no es igual la utilidad de los contrayentes sino que toda es para el comodatario, y ninguna para el comodante; de otra suerte seria locacion conduccion.* (2)

Del primer axioma nacen dos conclusiones. 1. Que la cosa comodada no se puede pedir antes de acabarse de hacer el uso de ella. (3) Pero esto se debe entender de rigor de derecho, pues la equidad persuade que si el comodante necesita de su cosa, debe ser preferido al comodatario. 2. Que el que usa de la cosa por mas tiempo ó de otro modo del que consintió el comodante, comete hurto de uso, porque se sirve de ella contra la voluntad de su dueño. (4)

Del segundo axioma se infiere: 1. que este contrato no admite paga, porque en el instante degenerará en loca-

(1) Dicha ley 1.

(2) La misma L. 1. del tit. 2. al fin.

(3) Arg. de la L. 9. del mismo tit.

(4) L. 3. tit. 2. P. 5. al fin. y L. 3. tit. 14. P. 7.

cion conduccion (1) siendo hecha en dinero y si en otra cosa, en contrato *do ut des*. 2. Que el comodatario ordinariamente está obligado à la culpa levísima, (2) pues lo comun es que solo ceda en utilidad del que recibe; pero si cediese en utilidad de ambos, ó de solo el que dá, como puede acontecer, se prestará la leve ó lata conforme à las reglas ya dadas. (3) 3. Que el caso fortuito no daña al comodatario sino al comodante. (4) La razon es, porque la cosa perece para su dueño; à que se agrega que el comodatario es deudor de cierta especie, el cual queda libre siempre que esta perece. Se exceptúan de estas reglas varios casos en los cuales es de cargo del comodatario el caso fortuito. 1. Cuando este sucede por su culpa. (5) 2. Cuando no vuelve la cosa en el dia ó tiempo señalado, pues desde el instan-

(1) L. 1. tit. 2. P. 5.

(2) L. 2. del mismo tit.

(3) Dicha ley al medio en donde pone ejemplos de estos dos casos.

(4) La misma ley 3.

(5) Véase la ley 3. que pone ejemplos con que se prueba esta excepcion.

te en que es moroso queda obligado á pagar de cualquier modo que peresca. (1) 3. Cuando el comodatario se quiso obligar al peligro. (2)

Las acciones que nacen de este contrato son dos, y como es de los nominados, se llaman *de comodato*. Como el comodatario se obliga desde el principio, y el comodante hasta despues; se sigue, que al comodante compete la acción directa y al comodatario la contraria: aquella para que se restituya la cosa y se presté la culpa, y esta como todas las demas acciones contrarias, para indemnizarse.

El tercer contrato real se llama *depósito*, y es un contrato por el cual una cosa mueble se dá á guardar á otro gratuitamente para que la restituya en especie cuando la pida el deponente. (3) Es digno de notarse que en la definición se habla de cosa mueble, porque aunque las raices puedan estar de alguna manera en depósito, pero propiamente solo las mue-

(1) L. 3. al fin.

(2) La misma ley.

(3) L. 1. tit. 3. P. 5. y la 2. en el princ.

bles son su materia. (1) En este contrato ni el dominio ni el uso se trasfiere, sino solamente la guarda, y asi si se concede al depositario que use de la cosa que se le dá siendo fungible, y que vuelva otro tanto en el mismo género, el depósito degenerará en mutuo.

El depósito se divide en simple, miserable y saquestro. El primero se verifica cuando alguno voluntariamente y sin necesidad deposita la cosa. El segundo cuando lo hace por necesidad urgente á fin de salvarla de algun incendio, naufragio &c. y el tercero cuando por razon de pleito se deposita la cosa por el poseedor. (2)

Acerca del depósito simple se establecen los siguientes axiomas. I. *El depósito es un contrato gratuito, de otra suerte degenerará en locacion, ó en contrato de útiles.* (3) II. *Por el depósito solo se trasfiere la custodia de la cosa, de otra suerte se convertirá en mutuo ó comodato.* (4) III. *La utilidad en este contrato es solo para el deponente.*

(1) L. 2. en el princ. tit. 3. P. 5.

(2) L. 1. tit. 3. P. 5.

(3) L. 2. tit. 3. P. 5.

(4) Dicha ley 2. al fin.

te, porque de su naturaleza es gratuito. (1)

Del primer axioma se deduce lo 1.º Que este contrato sin mudar su esencia no admite paga. (2) 2.º Que como este contrato solo se hace entre amigos, el dolo del depositario se castiga con infamia, (3) y si no quien sin ser oprimido de una urgente necesidad, encomendaria sus cosas à otro que à un amigo en cuya fidelidad tiene mucha confianza? Es pues, una cosa muy detestable que un amigo sea engañado por otro.

Del segundo axioma en que se asienta que solo se trasfiere la guarda, se deduce: 1.º Que el depositario cometerá hurto si usa de la cosa depositada contra la voluntad de su dueño. 2.º Pero puede el depósito volverse mutuo ó comodato, expresa ó tácitamente. Espresamente, si se pacta que el depositario pueda usar de la cosa, y tácitamente si una cosa fungible se entrega sin guarda, ni cerradura alguna, (4) pues entonces

(1) Arg. de la ley 2.

(2) Dicha ley 2.

(3) L. 3. tit. 3. P. 5.

(4) L. 2. de este tit. ya cit.

se infiere con razon, que el deponente se contentará con recibir otro tanto en el mismo género.

Finalmente del tercer axioma inferimos: 1.º Que el depositario solamente está obligado á la culpa lata, hablando en general. (1) Dije, hablando en general; porque hay varios casos en que se obliga á mas: 1. Si se pactó lo contrario. 2. Cuando el depositario se ofrece y ruega para que le den la cosa en guarda, y 3. Cuando recibe precio por guardarla; pues en tales casos debe prestar la culpa leve. (2) 2.º Que mucho menos se entenderá obligado al caso fortuito, si no es que se pacte así; ó que el depositario sea moroso en la entrega, ó que venga el caso fortuito por dolo ó culpa lata del depositario, ó si se hiciese el depósito por utilidad solamente del que lo recibe. (3)

Hemos dicho ya, que el depósito miserable se llama aquel que se hace por motivo de incendio, ruina, naufragio ó de otra urgente necesidad. Ahora pues

(1) Ley 3.

(2) L. 3. al fin.

(3) L. 4. tit. 3. P. 5.

como es una cosa otro tanto mas detestable que lo comun el añadir afliccion al afligido, al que en semejante depósito comete dolo lo condenan las leyes en el duplo de la cosa perdida. (1)

El depósito judicial ó secuestro se distingue de los otros, en que se hace por lo regular invito dueño, y que solo tiene lugar en las cosas litigiosas. (2) Tampoco lo debe entregar el depositario hasta que se haya dado la sentencia y finalizado el pleito. (3)

Resta explicar la accion que nace de este contrato: esta tiene el mismo nombre, y se llama *accion de deposito*, directa ó contraria. La directa compete al deponente para que se le devuelva la cosa depositada: la contraria se dá al depositario para indemnizarse; y del mismo modo se procede en el secuestro. Lo singular que tiene la accion de deposito, es que no se puede oponer escepcion, ni con titulo de retencion ó compensacion, es, pensas ni otro alguno, sino que se de-

(1) L. 3. del mismo tit.

(2) L. 5. en el med.

(3) L. 5. tit. 3. P. 5.

be volver la cosa luego que se pida al depositario, usando este despues de su derecho. (1) Con todo la ley de Partida asigna cuatro casos en los cuales puede tenerse el deposito: 1. cuando la cosa depositada es espada, cuchillo ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio. 2. Cuando al dueño se le confiscan los bienes. 3. Cuando un ladrón da en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no lo entregue hasta que judicialmente se le mande, y 4. Cuando se le entregase en deposito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como señor que es. (2)

Resta explicar el ultimo contrato real, y es el que se llama *prenda*, y tambien *hipoteca*, (*) cuya diferen-

(1) L. 5. tit. 3. P. 5.

(2) L. 6. del mismo tit.

(*) La palabra *prenda* puede tener varias significaciones: unas veces entendemos por ella la misma cosa dada en prenda: otras veces el contrato por el cual se constituye la prenda; y otras finalmente el *derecho en la cosa* dada en prenda ó hipotecada, que corresponde al acreedor despues de la tradicion y aun sin ella, en la hipoteca. Si la

cia y naturaleza explicaremos primeramente. Para la seguridad de las obligaciones que contraen los hombres entre sí, se inventó un contrato por el cual el que quiere asegurar los intereses de otro, obliga á su responsabilidad, ó todos ó una parte de sus bienes. Estos, según ya hemos explicado en otra parte, (1) ó son raíces ó muebles y semovientes, ó incorporeales como derechos y acciones. Cuando estos bienes se entregan al acreedor para su seguridad, se llama *prenda*; y cuando solo se gravan al cumplimiento de alguna obligación, se llama *hipoteca*; y aunque ambas convienen en que quedan ligados y sujetos los bienes á la obligación constituida, se diferencian en que la *prenda* se entrega al acreedor, y la *hipoteca* permanece en poder del deudor. Tratarémos primeramente de la *prenda*, y luego de la *hipoteca*.

La prenda es, un contrato real por

prenda se considera de este último modo, nacen de allí acciones reales. Si como contrato, nace acción personal, y así vamos á tratar de ella.

(1) Tit. 2. lib. 2. de estas instit.

el cual la cosa se entrega por el deudor á su acreedor para seguridad de la deuda con la condición de que pagada esta, se le restituya su misma cosa en especie, (1)

Esta definición se aclarará con los axiomas siguientes: I. *Se pueden dar en prenda todas aquellas cosas que prestan seguridad: producen este efecto todas las que tienen precio. (2)* De donde se infiere claramente que las cosas sagradas, y demas que están fuera del comercio no pueden ser dadas en prendas. (3) II. *En este contrato solo se trasfiere la posesion natural, ó la nuda detencion de la cosa. (4)* III. *Ambos contrayentes son utilizados en este contrato: el acreedor porque asegura su deuda, y el deudor porque halla quien le dé lo que ha menester. (5)*

Del primer axioma se infiere: que todas las cosas así corporales como incorporeales pueden ser dadas en prenda.

(1) L. 1. tit. 13. P. 5.

(2) L. 2. tit. 13. Part. 5.

(3) Ll. 3. tit. 13. P. 5. y 10: tit. 2. lib. 1. Rec. de Cast.

(4) Arg. de la l. 20. tit. 13. P. 5. V. E para esto ser bien guardado.

(5) Dna. l. 20.

das, con tal que estén en el comercio, (1) y que el que las dá tenga derecho de enagenarlas; (2) ó si la cosa es agena la dé en prendas con consentimiento espreso ó tacito de su dueño, ó que á lo menos haya rati-habicion. (3)

Del segundo se infiere, que el acreedor no puede usar de la prenda, sino es con consentimiento del deudor, (4) ó si interviene pacto de que el acreedor use de la prenda en lugar de las usuras, á que llaman *antichresis*. Pero este pacto trae bastante molestia al acreedor, porque queda obligado á dar cuentas de los frutos y utilidades percibidas, y á restituir todo lo que esceda de las usuras legítimas; de otra suerte no será lícito, por usurario. Del mismo axioma sale la distincion entre la prenda y la hipoteca que ya hemos insinuado.

Finalmente, del tercer axioma sale una conclusion solamente, esta es:

- (1) L. 2. tit. 13. P. 5.
 (2) L. 7. del mismo tit.
 (3) L. 9.
 (4) L. 20.

que ambos contrayentes están mútuamente obligados á la culpa leve; (1) y asi si la cosa se perdiere ó empeorare por culpa levisima del depositario ó por caso fortuito, no estará obligado á resarcir el daño.

Las acciones que nacen de este contrato son dos: una se llama *pignoratitia* directa y la otra contraria. La primera se dá al deudor, pero hasta que ha pagado la deuda; (2) la segunda se dá al acreedor, restituida la prenda. Con la directa se pide la prenda y todos los daños causados á ella por dolo, culpa lata ó leve del acreedor; y con la contraria se indemniza el acreedor de todos los gastos ó menoscabos que haya tenido en la conservacion y guarda de la prenda. (3)

ADICION.

Los números 18, 19, 20, 21 y 22 del 3.º folio y el 300 del último de los autos acordados de Montemayor y Belna tratan

- (1) L. 20. tit. 5. P. 5.
 (2) L. 21. tit. 13. P. 5.
 (3) La misma ley 21

de los depósitos y empeño de alhajas: pueden verse para mayor instrucción en esta materia.

APENDICE

de la hipoteca.

LA hipoteca según hemos dicho, es un pacto por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para seguridad y cumplimiento de algún contrato. Se divide primeramente en universal ó general, y en 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 enagenación. La segunda es aquella por la cual alguno ó algunos bienes se ligan expresa y determinadamente, y siempre están sujetos á la responsabilidad del débito y obligación contraída, aunque pasen á tercero poseedor, hasta que se estingue. (1)

(1) L. 1. y 5. tit. 13. P. 5.

La hipoteca, ya sea general ó especial, se divide también en otras cuatro maneras. La primera es *convencional expresa*, y se llama así por que se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancias del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfacción de la deuda y cumplimiento del contrato. La segunda es la *legal ó tacita*, y se verifica cuando aunque el deudor no obligue sus bienes espresamente, quedan tacitamente hipotecados por ministerio y disposición de la ley, de lo cual daremos después los principales casos. La tercera se llama *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. (*) La cuarta es la *judicial*, y se da cuando por

(*) Asentamiento se llama la posesión ó tenencia que da el juez al demandador de algunos bienes del demandado, por la rebeldía de este para comparecer, ó para responder á la demanda. Véase el tit. 8. de la Part. 3. y el tit. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast.

deuda se hace ejecucion en los bienes del deudor. (1)

Entre las hipotecas que hemos explicado, se encuentra bastante diferencia. Cuando la hipoteca es *expresa* ó *tácita*, desde que es constituida quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es *pretoria* ó *judicial*, hasta que la haya, ó se entreguen, ó se haga la ejecucion en ellos, no quedan obligados; y asi antes de esto y despues de mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar é hipotecar á otro; pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar. (2) Se diferencian entre si la hipoteca *pretoria* y la *judicial*, en que en la *pretoria* siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y asi todos tienen igual antelacion ó preferencia. Mas siendo la hipoteca *judicial*, el primero que es metido en posesion de los bienes ó que ejecuta en

(1) L. 1. y 23. tit. 13. P. 5. y 1. tit. 3. P. 3. L. 2. y 3. tit. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(2) Cur. Filip. lib. 2. Comer. terr. cap. 3.

ellos, se prefiere á los demas que no lo han hecho.

Visto ya que cosa es hipoteca y como se divide, resta explicar que bienes se entienden hipotecados en la general, y quienes son los que la tienen *tácita*. En la hipoteca general y obligacion de todos los bienes, no solo se comprenden los presentes que el deudor tenia al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiere, aunque no se espresase; (1) como tambien las deudas, derechos y acciones que tuviere á su favor; pero si la obligacion se hiciese espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raices, sin hacer mencion de las deudas &c. no se comprenderian en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes, que no comprende el nombre de muebles y raices. (1) (*)

Mas no vienen en la obligacion general de los bienes, el siervo ó sierva

(1) Cur. Fil. cap. 3. ya citado.

(*) Empeñándose ó hipotecándose el título ó escritura de la cosa, se tiene esta en derecho por empeñada ó hipotecada, aunque no se espresase. L. 14. tit. 13. P. 5.

que tuviere 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 enagenar. (1)

Los que tienen tácita hipoteca 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 la alcabala y derechos reales que por razon de ello le son debidos; (2) y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, ahora sea el tributo ó derecho, real ó personal. (3) Asimismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él, ó cobran y arriendan los derechos reales ó administran sus cosas, desde el dia del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion; pero no en los bienes de las mugeres de ellos ni en su dote. (4)

La iglesia tiene tácita hipoteca por

(1) L. 5. tit. 13. P. 5.

(2) L. 8. tit. 18. lib. 9. Rec. de Cast.

(3) L. 25. tit. 13. P. 5.

(4) LL. 23. y 25. tit. 13. P. 5.

los diezmos en las cosas de que se deben; (1) 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. (2) La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores, desde que comenzaren á administrar sus rentas.

El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes, tiene tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos y personas que por ellos administraren la tutela; y tiene lugar aun 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 bienes del magistrado que nombró el curador. Ni en los bienes del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas necesarias que haga. (3)

Si la muger viuda siendo tutora ó curadora de sus hijos y de su difunto

(1) L. 26. tit. 20. P. 1.

(2) Cur. Fil. cap. 3. ya cit.

(3) L. 23. tit. 13. P. 5. l. 8. tit. 16. P. 6.

marido, se casare otra vez, desde entonces los bienes de ella y los del con quien casare, quedan obligados tácitamente á sus hijos, por los suyos, hasta que se les dé tutor ó curador rindiendo cuentas de la administracion: (1) y así para evadirse de esta obligacion el segundo marido, antes de casarse haga que se les dé curador y se les dé cuenta con pago de sus bienes.

Tambien tienen tácita hipoteca el marido de la muger por la dote que le es prometida con ella, en los bienes del que la promete desde que hace la promesa, y la misma tiene la muger por su dote en los bienes del marido desde que la recibe; (2) y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella. (3) Del mismo modo, tiene tácita hipoteca la muger en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido ó la muger muriere, si el que de los dos queda vivo se vuel-

(1) L. 26. tit. 13. P. 5.

(2) L. 23. tit. 13. P. 5.

(3) L. 17. tit. 11. P. 4.

ve á casar, desde entonces sus bienes quedan obligados tácitamente á los hijos del primer matrimonio por los bienes que conforme á derecho debe reservarles. (1)

El legatario por el legado ó manda que le es dejado tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia; y asimismo la tiene el que dá alguna cantidad para faccion, armason ó refaccion de nave, casa ú otro edificio convirtiendose en esto, y constando de ello. (2)

Finalmente, tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa ó daño hecho en ella, en los bienes del alquilador. (3)

ADICION.

El autor ha tratado la materia de hipotecas con el método, concision y claridad que tanto le distinguen; solo le agregaremos la remision á los autos acordados 552 y 553 del último foliage del primer tomo de Mon-

(1) L. 26. tit. 13. P. 5.

(2) La misma ley 26.

(3) L. 5. tit. 4. P. 5.

temayor y Beña, viendo tambien la providencia núm. 55 del segundo.

TITULO XVI.

De las promesas ù obligaciones de palabras.

Aunque por derecho de los romanos las obligaciones de palabras no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un contrato verbal que debia estar acompañado de varias solemnidades: como eran, pregunta y respuesta cóngrua, presencia de los contrayentes y otras aun mas escrupulosas; nuestro derecho ha simplificado estos contratos estableciendo, que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, 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 que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano. (1)

(1) L. 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. que corrige y deroga la 2. tit. 11. P. 5.

Es pues, el pacto ó promesa: un contrato por el cual una persona promete á otra, que le ha de dar ó hacer alguna cosa, en que convienen, con intencion de obligarse. (1) Para que el comitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere, que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quedé 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, la que no induce obligacion por faltar la voluntad de obligacion. (*)

Segun lo dicho, puede hacerse la promesa estando presentes promitente y aceptante, aunque no hablen un mis-

(1) L. 1. tit. 11. P. 5.

(*) No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que bastan que sean equivalentes, y que parezca que quiso obligarse; y asi aun la ley 2. tit. 11. P. 5. que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma que si uno siendo preguntado, si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde: *por qué no?* queda obligado como si dijese: *prometo.*

temayor y Belaña, viendo tambien la providencia núm. 55 del segundo.

TITULO XVI.

De las promesas ù obligaciones de palabras.

Aunque por derecho de los romanos las obligaciones de palabras no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un contrato verbal que debia estar acompañado de varias solemnidades: como eran, pregunta y respuesta cóngrua, presencia de los contrayentes y otras aun mas escrupulosas; nuestro derecho ha simplificado estos contratos estableciendo, que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, 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 que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano. (1)

(1) L. 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. que corrige y deroga la 2. tit. 11. P. 5.

Es pues, el pacto ó promesa: un contrato por el cual una persona promete á otra, que le ha de dar ó hacer alguna cosa, en que convienen, con intencion de obligarse. (1) Para que el comitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere, que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quedé 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, la que no induce obligacion por faltar la voluntad de obligacion. (*)

Segun lo dicho, puede hacerse la promesa estando presentes promitente y aceptante, aunque no hablen un mis-

(1) L. 1. tit. 11. P. 5.

(*) No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que bastan que sean equivalentes, y que parezca que quiso obligarse; y asi aun la ley 2. tit. 11. P. 5. que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma que si uno siendo preguntado, si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde: *por qué no?* queda obligado como si dijese: *prometo.*

mo idioma, con tal que se entiendan; y si no están presentes, con tal que el promitente se obligue por carta firmada ó por mensajero cierto: y siempre valdrá aunque sea por deuda agena, y estará obligado à pagarla. (1)

Las promesas pueden hacerse puramente, bajo de condicion ó á dia cierto; la cual division es clara segun lo ya explicado en el titulo de los legados, y de las instituciones de herederos. (2)

Veamos ahora los axiomas que nacen de esta diversidad de promesas.

I. *Cuando se promete puramente, se debe y se puede pedir lo prometido luego al punto; pero si la promesa se hiziere bajo de condicion, no se podrá pedir, ni habrá obligacion de pagar, hasta que se cumpla la condicion puesta.* (3) La razon es clara, porque la condicion suspende el cumplimiento de lo pactado hasta cierto evento, y asi donde no hay condicion tampoco se puede suspender el efecto de la

(1) L. 1. 2. y 3. tit. 11. P. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 12. tit. 11. P. 5.

(3) L. 12. V. La tercera manera de promission y L. 14. del mismo tit.

promesa. Con todo, la primera parte del axioma se debe entender civilmente, y asi queda al arbitrio del juez señalar hasta quando podrá cumplir su promesa el que la hizo puramente, pues la razon dicta que se le debe dar algun tiempo para que busque la cosa que ha de entregar. (1)

II. *La condicion imposible vicia la estipulacion.* (2) La razon ya la hemos dado en otra parte: porque el que consiente en semejante condicion, ó está loco ó se burla.

III. *Si la condicion imposible fuere negativa v. g. te prometo cien pesos si no tocares el cielo con la mano, la promesa se resuelve en pura, y se debe cumplir como tal.* (3) La razon es, porque semejante condicion es imaginaria, pues atendido lo que naturalmente sucede ningun hombre puede llegar al cielo con la mano, y asi es lo mismo que si se hubiese prometido sin condicion.

IV. *Cuando se promete à dia cierto, ni*

(1) L. 13. al princ. tit. 11. P. 5.

(2) Véase á Greg. Lopez en la ley 17. tit. 11. P. 5. V. si no tangeres núm. 2.

(3) L. 17. tit. 11. P. 5.

Para que la promesa sea válida la ha de hacer el promitente de su libre y espontánea voluntad, sin que incluya vicio de usura, ni por otra parte sea contra derecho, ó buenas costumbres, porque si lo fuere ó intervinere dolo, fuerza, miedo grave ú obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe, no valdrá aunque en ella interponga pena ó juramento. (1) Mas si el promitente practica voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza ni engaño para hacerlo, antes bien por el mismo hecho pierde la accion que á ello tenia. (2)

Siempre que se hacen promesas ó pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser, ó convencional ó judicial. Convencional se llama 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 pa-

(1) Ll. 28. y 31. tit. 11. P. 5. 1. tit. 10. y 7. tit. 33. P. 7. y 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(2) L. 28. tit. 11. P. 5.

saño todo aquel que se juzgue suficiente para que el promitente pudiese cumplir si quisiere: pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor, ó escigir la pena, ó el cumplimiento de la promesa. (1) La pena judicial es la que se impone sobre promesa hecha en juicio: v. g. cuando uno fia á otro ante el juez que estará á derecho con su contrario, ó que lo hará comparecer en juicio bajo de cierta pena. (2)

Aunque la promesa no valga se debe pagar la pena impuesta segun derecho, (3) si no es que la nulidad de la promesa ó su defecto de valor, provenga de ser hecha contra ley ó buenas costumbres, (4) ó sobre matrimonio, (5) ó por ser usuraria, (6) ó por ser hecha por miedo, fuerza ó engaño. (7)

(1) L. 35. tit. 11. P. 5.

(2) L. 36. tit. 11. P. 5.

(3) L. 38. al princ. tit. 11. P. 5.

(4) Dha. l. 38.

(5) L. 39.

(6) L. 40.

(7) L. 28. tit. 11. P. 5.

TITULO XVII.

De la obligacion correal.

No solo uno, sino tambien muchos pueden recibir promesas hechas á su favor, ó hacerlas ellos á otro: de suerte, que hay casos en que dos ó mas, prometen á uno, ó este uno promete á dos ó mas, y esta es la que llamamos obligacion *correal*.

Esta materia, que parece bastante oscura, se hará clara si atendemos á una regla, y consiguientemente á su escepcion.

La regla es esta. *Cuando dos ó mas personas se obligan, cada una queda obligada prorata: y si se promete á dos ó mas, á cada uno se le debe.* (1) V. g. si Ticio y yo prometimos cien pesos, cada uno debemos cincuenta: y si á Ticio y á mí se nos promete la misma cantidad, á cada uno se nos deben cincuenta. Es decir: que la obligacion hecha á muchos, se tiene por dividida. (2)

(1) L. 1. en el princ. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 10. tit. 12. P. 5.

(2) Dichas leyes.

De esta regla se exceptúa la obligacion correal, y así si dos prometen la misma cosa á uno ó á muchos de tal suerte que cada uno consienta en quedar obligado por el todo, será legitima la obligacion, y se llamaran *correos de prometer*. Del mismo modo, si se promete á muchos á un tiempo una misma cosa, de tal suerte que el promitente se obligue á cada uno por el todo, valdrá tambien su obligacion y se llamaran *correos de estipular*. (1)

Veamos ahora los efectos que produce semejante obligacion. El 1.^o es que cada uno de los correos queda obligado por toda la cantidad prometida, de suerte que no tiene necesidad el acreedor de reconvenirlos á todos, sino que tiene arbitrio para dirigir su accion contra cualquiera de ellos y hacer que le pague toda la cantidad. (2) El 2.^o efecto es, que pagando el uno de ellos se libran los demas aunque cada uno deba el todo: (3) la razon es, porque habiendo conseguido el acreedor todo

(1) L. 1. en el med. tit. 16. lib. Rec. de Cast.

(2) Dicha. L. 1.

(3) L. 8. tit. 12. P. 5

lo que se le debía, no tiene ya acción para cobrar otra cosa. 3.º Que semejantes *correos* no gozan del beneficio de división, aun cuando no lo hayan renunciado espresamente, ni las leyes que favorecen á los deudores. (1)

TITULO XVIII.

De las promesas de los siervos.

En este título no se trata cosa, que no se haya explicado ya en otra parte. Por derecho de Partidas todo lo que el siervo adquiría de cualquier manera que fuese, lo adquiría para su señor como una accesion ó aumento de su cosa, en cuya clase se contaban los siervos por derecho civil. (2) Mas como por derecho de Indias pueden tener peculio, y aumentarlo con lo que adquieran para sí; (3) se sigue que en lo tocante á él pueden

(1) L. 1. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. y ley 10. tit. 12. P. 6.

(2) L. 7. tit. 21. P. 4.

(3) Arg. de la Real ced. de 31. de mayo de 1789.

prometer y pactar libremente, quedando en todo lo demas obligados al servicio de su señor, para quien adquieren como antiguamente estaba establecido, (1) pues solo se ha hecho en esta parte la mutacion de darles algun tiempo para que trabajen para sí.

TITULO XIX.

De la division de las estipulaciones.

A este título nada corresponde por nuestro derecho, y lo que se le podía substituir está ya explicado en los títulos antecedentes, ó se explicará en el siguiente. Hemos dividido ya las promesas en puras, á dia cierto ó bajo de condicion: estas ó son validas, de las que hemos tratado, ó inútiles, las que veremos luego.

(1) L. 3. tit. 29. P. 3. y 7. tit. 21. P. 4.

TITULO XX.

De las promesas inútiles.

Las promesas ó pactos serán inútiles ó carecerán de efecto por tres causas. 1.^a Por las personas de los contrayentes, si estas no se pueden obligar. 2.^a Por razon de las cosas acerca de las cuales se versa la promesa ó pacto, como si estas v. g. están fuera del comercio ó no están sujetas á la disposicion de los contrayentes. 3.^a Por el modo ó forma del pacto.

Por razon de las personas entre quienes se pacta ó se hace la promesa, sirva de regla el aesioma siguiente. *Todos aquellos que no pueden consentir son incapaces de pactar ó prometer.* De aqui se infiere. 1.^o Que no vale la promesa hecha por los infantes, furiosos, locos ó mentecatos, ni por los sordos y mudos juntamente, (1) todos los cuales ni pueden hacer promesas, ni re-

(1) Regla 4. tit. 34. Part. 7.

ibir las de otro por falta de consentimiento. 2.^o Los pupilos mayores de siete años pueden aceptar promesas sin autoridad del tutor ó curador; pero no prometer. (1) La razon es, por qué cuando prometen se obligan y asi hacen peor su condicion. Por el contrario, cuando aceptan promesas obligan á otros, por lo cual hacen mejor su condicion. 3.^o Tampoco vale la promesa hecha por el pródigo á quien se ha prohibido la administracion de sus bienes, por estar equiparado en derecho al furioso. (2) Finalmente, no vale pacto alguno celebrado por la muger casada sin licencia de su marido ó del juez por su falta ó renuencia, ni entre padre y hijo, á no ser que se haga de los bienes castrenses ó cuasi castrenses. (3)

Por razon de las cosas no es valida la promesa cuando se hace: 1.^o De todo aquello que no está en e comercio, v. g. los templos, las plazas

(1) L. 4. tit. 11. P. 5.

(2) L. 5. tit. 11. P. 5.

(3) Ll. 2. 3. 4. y 5. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast.
v 6. tit. 11. P. 5.

publicas &c. 2.º Cuando es cosa que ni existe ni puede existir; pero si se prometen los frutos de una heredad que están todavía por nacer, es válida la promesa. (1) 3.º La cosa que es ya nuestra inutilmente se nos prometerá, pues ya no se nos puede dar ni hacerse mas nuestra. 4.º Es inutil la promesa de cosa torpe, ó contra ley ó buenas costumbres, ó de otra manera imposible. (2) 5.º Por lo que hace á la promesa de hecho ageno, valdrá segun parezca que quiso obligarse el promitente, esto es: á dar ó hacer en defecto del otro, ó solamente á procurar que el otro dé ó haga. (3)

Por razon del modo de contraerse la obligacion no teniendo consideracion por nuestro derecho a otra cosa que á la voluntad de obligarse, valdrá aunque sea en favor de otro ó entre ausentes, y aunque se responda por mayor ó menor cantidad de la que

(1) L. 20. tit. 11. P. 5.

(2) L. 38.

(3) L. 11. tit. 11. P. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

se pide: y solo será inutil por ambigüedad de las palabras ó por otro motivo por el cual no parezca la voluntad de obligarse. (1)

TITULO XXI.

De las fianzas y fiadores.

LA fianza es un contrato por el cual una persona se obliga á pagar la deuda ó á cumplir la obligacion de otra; y fiador se llama aquel que dá su fe y seguridad prometiendo á otro hacer ó pagar alguna cosa por ruego ó mandato del que le mete en la fianza. (2)

De las definiciones dadas nacen los siguientes axiomas, que aclaran casi quanto hay que decir sobre esta materia. I *La fianza es un contrato que se perfecciona por el consentimiento.* (3) II. *La fianza es un negocio civil y propio de solos los hombres.* (4) III. *La*

(1) L. 2. tit. 11. P. 5.

(2) L. 1. tit. 12. P. 5.

(3) Arg. de la ley 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

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

fianza es un contrato accesorio, pues ha sido inventado para seguridad del acreedor, el que no queda defraudado en el caso de que el deudor principal no tenga con que pagar. (1)

Veamos ahora quienes pueden ser ò no fiadores. Segun el primer axioma pueden serlo todos los que pueden prometer, y por la promesa quedar natural y civilmente obligados. Se sigue pues, que son incapaces los infantes, furiosos, mentecatos, sordos y mudos que no entienden lo que hacen, los prodigos que se equiparan á los furiosos, los pupilos y demas menores sin licencia de su padre ó curador. (2)

Atendido el segundo axioma no pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clerigos reglars, ni los caballeros ó soldados que están en el servicio público, especialmente de recaudadores de rentas de la hacienda pública, ni los siervos, á menos que tengan peculio, y en este caso podrán

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

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

serlo hasta en su importe y nada mas. (1) Los clerigos seculares ordenados *in sacris* solo pueden fiar á otros clerigos, á iglesias ó á personas miserables. (2) Del mismo axioma se deduce, que las mugeres no pueden ser fiadoras, y se le prohíbe espresamente el derecho, así en consideracion al decoro de su sexo, como tambien al peligro á que se espondrían de verse reducidas á pobreza por algunas fianzas incautas. (3) Mas si la muger otorgare la fianza, será valida en los casos siguientes. 1. Por causa de libertad, v. g. fiando á un esclavo por el precio de su rescate. 2. Por razon de dote, v. g. al que la ofrece á otra muger para casarse. 3. Si sabiendo que la está prohibido ser fiadora y estando cerciorada del auxilio del derecho fia no obstante, renunciandolo de su espontanea voluntad. 4. Si subsiste en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renueva, ó entrega prenda al acreedor

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

(2) L. 45. tit. 6. P. 1.

(3) L. 2. tit. 12. P. 5. al fin.

para la seguridad del débito. (1) 5. Si recibe precio por ser fiadora. 6. Si se viste de varon ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon. 7. Si fia por su hecho propio, v. g. á quien la fió, ó por su utilidad, ó en otra manera semejante. 8. Si es instituida por heredera de los bienes del que fió. (2) 9. Por rentas de la hacienda pública, y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene en los bienes de su marido, (3) pues como la dote y fisco corren parejas en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho.

Aunque hemos dicho que vale la fianza hecha por la muger cuando renuncia espresamente su privilegio, es-

(1) En este caso se presume que la fianza ce-
de en su utilidad.

(2) Vease la ley 3. tit. 12. P. 5.

(3) L. 27. t. 5. tit. 11. lib. 9. de la Rec. de
Cast.

to no se entiende para que pueda ser fiadora por su marido si fuere casada; ni juntamente con él, pues se declara nula semejante obligacion. (1)

Segun el tercer axioma pueden darse fiadores para toda especie de contratos y obligaciones, aunque sean puramente naturales y destituidas de todo efecto civil. De esta suerte, puede acontecer que el principal deudor no quede obligado civilmente y si el fiador, v. g. si uno se constituyó fiador por un siervo que no tiene peculio. (2) Se exceptúa el caso en que las leyes anulan la obligacion del deudor principal, como sucede en la fianza de las mugeres, y así si uno saliese de fiador por una muger que otorgase fianza fuera de los casos permitidos por derecho no quedaria obligado, por estar dicha fianza reprobada por las leyes. Con mayor razon no valdria la obligacion que hiciese el fiador de un hijo de familias ó menor, que comprase ó sacase al fiado algu-

(1) L. 2. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast. que es
a 61. de Toro.

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

na cantidad sin licencia de su padre ó curador, pues está declarada por de ningun valor semejante obligacion y cualesquier contratos, fianzas, seguridad y mancomunidad que sobre ella se hiciere, con cualesquiera clausulas y firmezas. (1)

Del mismo axioma se deduce, que el fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal, (*) pues sería cosa ridicula que yo debiese cien pesos y mi fiador quedase obligado por doscientos, siendo constante que lo accesorio debe seguir en todo á lo principal. Segun lo dicho será nula la fianza en que el fiador se obligue á mas que el principal; pero no en todo, sino solo en el exceso. Este puede ser de cuatro maneras: por cantidad, por razon de lugar, por tiempo, y por razon de algun nuevo gra-

(1) L. 22. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(*) Esto no impide que el fiador pueda obligarse mas que el deudor principal, ó quedar mas fuertemente obligado, y así segun deciamos poco antes, el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente: puede yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad.

vamen añadido á la obligacion. Se obligará en mas del primer modo, quando se obligue el fiador á pagar mas cantidad que la que debe el principal. Del segundo, quando estando obligado el deudor á pagar en lugar determinado el fiador se obligase en otro que le fuese mas gravoso. Del tercer modo, quando el fiador se obligase á pagar dentro de mas breve tiempo que el que debía el principal. Y el cuarto, quando el fiador prometière pagar puramente debiendo el principal bajo de condicion. (1) Verdad es que atendida la ley de la Recopilacion que establece, que quede uno obligado de cualquier modo que parezca que intentó obligarse, (2) no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabia y entendia que se obligaba á mas que el principal y así fue su voluntad otorgar la fianza, valdrá la obligacion y tendrá fuerza en todo aquello que parezca que quiso obligarse; pero no si por ignorancia ó equivoco se obligó á mas.

(1) L. 7. tit. 12. P. 5.

(2) L. 2. tit. 16. ib. 5. Rec. de Cast.

Resta hablar de los efectos de la fianza. El principal de ellos es quedar el fiador obligado á pagar no haciéndolo el deudor en el tiempo que debía. (1) Pero para proceder con claridad en este punto, es menester distinguir varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligación simplemente, esto es, prorata, ó cada uno por el todo; como fiadores, ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar á proporción la parte que les toque; y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su acción contra el que quisiere, por el todo, ó á prorata á su elección, y pagándole uno íntegramente su débito, quedan libres para con él los demás; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solución de la deuda. (2)

Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio

(1) L. 8. tit. 12. P. 5.

(2) L. 8. y 10. tit. 12. P. 5.

de la division, que consiste en que la satisfacción de la deuda se divida entre todos á prorata, quedarán obligados por el todo como si espresamente se hubieran obligado así. (1) Pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podrán ser reconvenidos antes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1.º Cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion, pues entonces no necesita el acreedor hacer constar para demandarlos, que el deudor no tiene bienes. 2.º Cuando este es notoriamente pobre, pues entonces deben absolutamente pagar por él. 3.º Cuando el deudor está fuera del lugar: pero en este caso si piden término al juez para presentarlo se les concederá; y no presentándolo dentro de él, pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado. 4.º Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5.º Cuando no oponen la escepcion de la escusion antes de la contestacion. 6.º Cuando el deu-

(1) Greg. Lopez en la ley 8. tit. 12. P. 5. Febr. Libreria cap. 4. §. 6. núm. 127.

dor principal no puede ser reconvenido facilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio, y algunos otros que trae Febrero. (1)

Si se obligan como principales pagadores haciendo suya propia la deuda agena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal y renunciando el beneficio de la escusion en sus bienes, pueden ser reconvenidos prorata antes que él, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomun por el todo *in solidum*, pues el pacto se ha de observar no habiendo dolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres, y el hombre á quanto se obliga á tanto queda obligado. (2)

Los beneficios que competen á los fiadores y de que ya hemos hecho mencion son tres. 1.º El beneficio de *division*. 2.º *El de orden ó de escusion*, y 3.º *El de cesion de acciones*. El de la division tiene

(1) L. 9. tit. 12. P. 5. Febr. libreria de escr. cap. 4. §. 5. núm. 127.

(2) L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

lugar, cuando muchos se constituyeron fiadores por uno: entonces si todos tienen con que pagar, no estará obligado uno solo á pagar el todo, sino que cada uno pagará prorata la parte que le toque. (1) El beneficio de orden ó de escusion se diferencia bastante del anterior, pues con este intentan los fiadores no ser reconvenidos sin que se haya hecho escusion en los bienes del deudor, esto es, sin que primero se embarguen, y vendan sus bienes, y se vea que no alcanzan á pagar la deuda.

El tercer beneficio es, que el fiador no esté obligado á pagar sin que primero el acreedor le ceda los derechos y acciones que le competen contra el deudor. Debe pues el acreedor ceder sus derechos y acciones, ya sean personales, reales ó hipotecarias; y así mismo dar poder al fiador para escisir del deudor principal y demas fiadores lo que pagó por ellos, á lo cual llaman *carta de lasto*; (2) y tambien entregarle todos los titulos de legitimidad del cré-

(1) L. 10. tit. 12. P. 5.

(2) L. 11. tit. 12. P. 5.

dito, para que con ellos se haga dueño de él, y quede subrogado en las acciones, y en su prelación y seguridades; porque si no lo hace, no podrá repetir contra los otros fiadores, por obstarle la escepcion de la falta de cesion. No debe pues el fiador ser compelido à pagar, hasta que se le dé el lasto, no obstante que esté condenado al pago por ejecutoria. Pero no aprovechará este beneficio al que lo renuncia, y asi solo podrá repetir contra el deudor principal, como que paga por él, é hizo su negocio.

Para que se entienda mejor el tiempo y modo con que el fiador ha de pedir el lasto al acreedor, es menester distinguir tres diversas maneras con que se puede hacer la paga. La primera es, satisfaciendo el fiador simplemente la deuda sin espresar por quien la satisface; si por el deudor principal, ó por fiador. Si hace la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entonces no lo hace, no puede pedírselo despues, sino es que antes pactasen que se lo ha-

bia de dar. Y la razon es, porque en este caso se infiere que pagó por el principal, y asi solo tendrá contra este el regreso por la accion *negotiorum gestorum*. Si hace la paga por el deudor principal, le competirá unicamente contra él la accion, por la razon espuesta; y asi en este caso no debe el acreedor darle lasto contra los demas fiadores, porque por la paga espira todo el derecho que contra ellos tiene, y es lo mismo que si el deudor pagara por su mano. Finalmente, si la hace por sí como tal fiador, puede compeler al acreedor á que le dé el lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, ó prorata á los demas fiadores de la misma cantidad, á su arbitrio, porque en virtud del lasto sucede en el lugar y prelación del acreedor, y adquiere la deuda como casi comprador de ella. Si dirige su accion contra los otros fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, y pagando de esta manera puede en todos tiempos compeler al acreedor á que le dé el lasto, porque mientras no está reintegrado, no se es-

tingue ni espira la obligación principal, y así debe gozar del beneficio de la cesión de acciones. (1)

ADICION.

Sobre el modo con que deben darse las fianzas cuando son mandadas dar por los tribunales, y lo que en esto deben observar los escribanos, puede verse el auto acordado núm. 32 del tercer foliage de Montemayor y Beleña.

TITULO XXII.

De las obligaciones de letras.

HEMOS explicado ya todo lo perteneciente á los contratos que antiguamente se perfeccionaban por palabras: si guese ahora el que se llama *de letras*, por tomar su fuerza de solas ellas, aunque el que las escribió nada haya recibido. Esta obligación decimos es, *un contrato por el cual el que confiesa por medio de un vale ú otro instrumento, que ha recibido cierta cantidad por causa de mutuo, y no*

(1) LL. 11. tit. 12. y 45. tit. 13. P. 5.

lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago, aunque no haya recibido el dinero que se menciona. (1)

Podemos pues, reducir esta materia á tres axiomas. I. *El fundamento de esta obligación son solas las letras no retractadas dentro de dos años.* La razon es, porque no es creible que haya hombre tan descuidado que deje en manos del acreedor por tanto tiempo el vale ó recibo, que le habia otorgado con la esperanza de que le entregaria el dinero que necesitaba. Si se verificare pues, una tan larga negligencia, justamente debe dañar al deudor, por haber presuncion vehemente de que recibió el dinero.

II. *Esta obligación solo tiene lugar en causa de mutuo.* La razon es muy clara. El hombre que busca dinero á mutuo, por lo comun se haya urgido de la necesidad y procura por todos medios dar gusto al acreedor, para inducirlo al préstamo, lo cual no sucede en los demas contratos: es pues muy fácil que el mu-

(1) L. 9. tit. 1. P. 5.

tingue ni espira la obligación principal, y así debe gozar del beneficio de la cesion de acciones. (1)

ADICION.

Sobre el modo con que deben darse las fianzas cuando son mandadas dar por los tribunales, y lo que en esto deben observar los escribanos, puede verse el auto acordado núm. 32 del tercer foliage de Montemayor y Beleña.

TITULO XXII.

De las obligaciones de letras.

HEMOS explicado ya todo lo perteneciente á los contratos que antiguamente se perfeccionaban por palabras: si guese ahora el que se llama *de letras*, por tomar su fuerza de solas ellas, aunque el que las escribió nada haya recibido. Esta obligación decimos es, *un contrato por el cual el que confiesa por medio de un vale ú otro instrumento, que ha recibido cierta cantidad por causa de mutuo, y no*

(1) LL. 11. tit. 12. y 45. tit. 13. P. 5.

lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago, aunque no haya recibido el dinero que se menciona. (1)

Podemos pues, reducir esta materia á tres axiomas. I. *El fundamento de esta obligación son solas las letras no retractadas dentro de dos años.* La razon es, porque no es creible que haya hombre tan descuidado que deje en manos del acreedor por tanto tiempo el vale ó recibo, que le habia otorgado con la esperanza de que le entregaria el dinero que necesitaba. Si se verificare pues, una tan larga negligencia, justamente debe dañar al deudor, por haber presuncion vehemente de que recibió el dinero.

II. *Esta obligación solo tiene lugar en causa de mutuo.* La razon es muy clara. El hombre que busca dinero á mutuo, por lo comun se haya urgido de la necesidad y procura por todos medios dar gusto al acreedor, para inducirlo al préstamo, lo cual no sucede en los demas contratos: es pues muy fácil que el mu-

(1) L. 9. tit. 1. P. 5.

mutuario se deje persuadir á dar el recibo ó instrumento, antes de recibir la cantidad que solicita.

III. *Del instrumento ó vale, dado y no retractado, nace la accion de este contrato; aunque el autor de las letras no haya recibido la cantidad de que se hace relacion, por tener lugar la presuncion ya dicha.*

Del primer axioma se colige: 1.º Que antes de los dos años no nace la accion de este contrato en virtud de las letras dadas. Nace si, accion de mutuo; pero entonces debe probar el actor que lo dió. Nace tambien accion en virtud del instrumento; pero esta la destruye el reo facilmente, oponiendo la escepcion de la *non numerata pecunia*. Pero la verdadera accion del contrato de letras que escluye toda escepcion, no compete, sino hasta pasados los dos años. 2.º Que el autor del instrumento, puede y debe repetirlo dentro de los dos años siguientes al dia de su otorgamiento. Esto lo debe hacer presentándose al juez, pidiéndole mano al que tiene sus letras de recibo se las devuelva, en atencion á que no le quiere entregar la can-

tidad de que en ellas se daba por recibido. (1) Mas esta queja y cualesquiera protestas del reo no tendrán lugar, siempre que de otro modo aparezca que verdaderamente se hizo la entrega, como si el acreedor mostrase alguna carta posterior al instrumento en que el acreedor asegura que recibió el dinero, ó si la entrega se hizo ante testigos.

Aunque nuestro derecho dice, que pasados los dos años sin quejarse el mutuario ni pedir sus letras, queda obligado á pagar la cantidad de que se dá por entregado en ellas; con todo en la practica, atendida la equidad, se admite todavia la escepcion de la *non numerata pecunia*, siempre que el reo se obligue á probarla. Y de aqui infieren nuestros autores practicos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la clausula garantigia, (*) pues

(1) L. 9. en el med. tit. 1. P. 6.

(*) Esta voz *guarentigia* es italiana, y significa firmeza, seguridad. Se reduce pues la clausula llamada *guarentigia* á dar el otorgante poder á todos los jueces, que del contrato que se habla, deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta clausula tie-

trae aparejada ejecucion, no obstante, si no han pasado los dos años preñidos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, oponiendola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él.

¶ Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la ejecucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se deberia decir cuando confesase llanamente la deuda, y despues del acto de reconocimiento quisiese oponer la escepcion, pues no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la ejecucion; y tambien cuan-

ne tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera, y así queda el obligado sin recurso alguno temporal que le esima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido á ello.

do en el vale la renunció espresamente, aunque lo reconozca antes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque la ejecucion se lleve adelante, no se seguirá perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por derecho en el juicio ejecutivo: (1) y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y probandola en esta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido. (2)

ADICION.

Véase el auto acordado núm. 151. del primer foliage de Montemayor y Beleña.

TITULO XXIII.

De los contratos consensuales.

La ultima especie de contratos nominados es de los que se llaman consensuales, los cuales no tienen este nom-

(1) Ll. 2. 3. y 19. tit. 21. lib. 4. de la Rec. de Cast.

(2) Véase sobre este punto á Febrer. juicio ejec. lib. 3. cap. 2. t. 1. núm. 21. y sig. y á 4. núm. 269. y 270. Ant. Gomez tom. 2. Var. resol. cap. 6. núm. 3.

bre porque en ellos se requiere el consentimiento de los contrayentes; de esta suerte deberíamos decir, que todos los contratos eran consensuales, pues ninguno se puede verificar sin consentimiento. Llamanse pues así, porque subsisten y tienen todo su vigor por solo el mutuo consentimiento, y así en ellos nace la obligación luego al punto que se convinieron las partes. V. g. entre el comprador y vendedor luego que convienen en la cosa, y en el precio, nace la acción de compra y venta, porque este contrato se perfecciona por solo el consentimiento. Por el contrario: entre el mutuante y mutuatario, mientras no se entrega la cosa fungible no nace la acción de mutuo aunque aquel haya prometido darla, porque este contrato es de los que se perfeccionan por la tradición de la cosa.

Estos contratos tienen algunas cosas particulares. Primeramente todos son bilaterales, y así producen acción por una y otra parte: v. g. de compra y venta, de locación, conducción, de mandato &c. ambas directas, ó una directa

y otra contraria. 2. Todos estos contratos son de buena fe por lo mismo que son bilaterales, pues en ellos están obligados los contrayentes á prestarse mutuamente varios oficios. Según esto se puede inferir, que todos los contratos consensuales son de buena fe; pero no que todos los contratos de buena fe sean consensuales, porque el comodato, depósito y prenda son de buena fe siendo reales. 3. Todos estos contratos se pueden celebrar entre ausentes, y de cualquier modo que se pueda manifestar el mutuo consentimiento.

Los contratos de esta naturaleza son, la compra y venta, locación conducción, enfiteusis, sociedad y mandato.

TITULO XXIV.

De la compra y venta.

Et primero de los contratos que se perfeccionan por el consentimiento es la compra y venta, la cual es un contrato consensual por el que convienen entre sí los contrayentes de entregar una cosa determi-

bre porque en ellos se requiere el consentimiento de los contrayentes; de esta suerte deberíamos decir, que todos los contratos eran consensuales, pues ninguno se puede verificar sin consentimiento. Llamanse pues así, porque subsisten y tienen todo su vigor por solo el mutuo consentimiento, y así en ellos nace la obligación luego al punto que se convinieron las partes. V. g. entre el comprador y vendedor luego que convienen en la cosa, y en el precio, nace la acción de compra y venta, porque este contrato se perfecciona por solo el consentimiento. Por el contrario: entre el mutuante y mutuatario, mientras no se entrega la cosa fungible no nace la acción de mutuo aunque aquel haya prometido darla, porque este contrato es de los que se perfeccionan por la tradición de la cosa.

Estos contratos tienen algunas cosas particulares. Primeramente todos son bilaterales, y así producen acción por una y otra parte: v. g. de compra y venta, de locación, conducción, de mandato &c. ambas directas, ó una directa

y otra contraria. 2. Todos estos contratos son de buena fe por lo mismo que son bilaterales, pues en ellos están obligados los contrayentes á prestarse mutuamente varios oficios. Según esto se puede inferir, que todos los contratos consensuales son de buena fé; pero no que todos los contratos de buena fé sean consensuales, porque el comodato, depósito y prenda son de buena fé siendo reales. 3. Todos estos contratos se pueden celebrar entre ausentes, y de cualquier modo que se pueda manifestar el mutuo consentimiento.

Los contratos de esta naturaleza son, la compra y venta, locación conducción, enfiteusis, sociedad y mandato.

TITULO XXIV.

De la compra y venta.

Et primero de los contratos que se perfeccionan por el consentimiento es la compra y venta, la cual es un contrato consensual por el que convienen entre sí los contrayentes de entregar una cosa determi-

nada. (1) Este contrato pues, se perfecciona por el nudo consentimiento de ambas partes, y se consuma por la tradicion de la cosa: pero si se trasfiere ó no el dominio, no es del caso en la compra y venta.

De esta definicion se infiere claramente cuales sean los requisitos esenciales de este contrato. Observese que en todo contrato se deben distinguir unas cosas que son *esenciales*: otras que se llaman *naturales*; y otras puramente *accidentales*. Cosas esenciales á un contrato se llaman aquellas sin las cuales no puede subsistir sin pasar á ser otra especie de negocio. V. g. sin precio no subsiste la compra, y asi no habiéndolo pasa á ser donacion: la locacion no subsiste sin paga, y si falta esta, de locacion se vuelve comodato. Luego el precio para la compra, y la paga para la locacion son esenciales, porque constituyen su esencia. Naturales á los contratos son aquellas cosas que segun las leyes debe haber en cada uno, pero por pactos de los contrayentes pueden mu-

(1) L. 1. tit. 5. P. 5.

darse sin perjuicio de la esencia del contrato: v. g. en la compra quieren las leyes que el vendedor esté obligado al comprador á la eviccion; (1) con todo se puede pactar lo contrario por los contrayentes. Accidental en los contratos se dice aquello, que ni está mandado por las leyes que se ponga, ni tampoco hay inconveniente en que se omita por estar dejado enteramente á la voluntad de los contrayentes: v. g. que el precio consista en monedas de oro ó de plata, que se pague de una vez ó por plazos: acerca de esto nada disponen las leyes, y asi en estos particulares se guardará lo pactado por los contrayentes, por ser cosas accidentales á los contratos.

Con lo explicado hasta aqui se viene en conocimiento, que tres son las cosas que constituyen la esencia de este contrato. La 1.^a el consentimiento: la 2.^a una cosa vendible; y la 3.^a el precio. Cualquiera de estas cosas que faltase, dejaria de ser contrato de compra y ven-

(1) L. 32. y 33. tit. 5. P. 5.

ta. (1) De estos tres requisitos trataremos en este título.

El primero es el consentimiento, el cual solo, es bastante para producir obligación, porque este contrato es consensual. Mas como en los contratos de esta naturaleza no se requiere otra cosa para su perfeccion á mas del consentimiento, de aqui es, que la compra y venta estará perfecta luego que los contrayentes hayan convenido en el precio y en la cosa; (2) y asi, no se requieren palabras solemnes, escritura, ni aun tradicion de la cosa; (3) por lo qual este contrato se puede celebrar entre ausentes, por cartas, ó procuradores. (4) Es verdad que el fin de la compra y venta es la tradicion de la cosa, pero esta no es la que perfecciona el contrato, pues aun antes de que se verifique están obligados los contrayentes, y asi la entrega es una parte de la obligación del vendedor y un efecto de la compra. En una palabra: no diremos

(1) L. 1. tit. 5. P. 5.

(2) L. 6. del mismo tit.

(3) Arg. de las leyes 6. y 8. del dho. tit.

(4) Ley 8.

que hemos comprado una cosa porque se nos ha entregado, sino que la mira que hemos tenido en comprar ha sido el que se nos entregue. Mas este primer consecretario admite algunas escepciones, y se dan varios casos en que con solo el consentimiento no está perfecta la compra: v. g. si los contrayentes pactan que se haga escritura: en este caso no se tiene por perfecta la compra y venta hasta que se otorga el instrumento, y se firma por ambos. (1) Si se celebra la venta bajo de alguna condicion suspensiva: v. g. te vendo mi casa en mil pesos, si dentro de un año no hallare quien me ofresca mas: no se perfeccionará esta venta hasta que se cumpla el año sin que resulte mejor postor. (2) Si la cosa vendida es de las fungibles y todavia no se ha contado, pesado ó medido. (3) Finalmente, si fuere de algunas cosas que se acostumbran gustar antes de comprarse, no se perfeccionará la compra antes de que se guste. (4)

F (1) L. 6. tit. 5. P. 5. y ley 3. tit. 10. lib. 3. del uero Real.

(2) L. 40. del mismo tit.

(3) Ley 24.

(4) La misma ley.

El segundo consecutario que se deduce de lo dicho, es que antes de perfeccionarse el contrato, será lícito à los contrayentes arrepentirse, mas estando ya perfecto de ninguna suerte, si no es por mutuo disentiimiento. (1) Con todo, si han intervenido arras, en el caso de que el contrato no esté perfecto, si el comprador se arrepiente, perderá las arras en castigo de su inconstancia; y si el vendedor, las restituirá dobladas por la misma causa. (2)

Mas estando ya perfecto el contrato, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir de él, siempre que estas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfeccion del contrato: (3) pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al que fuese inconstante, no habrá dificultad en que perdiéndolas, desista el que no quiera estar à lo pactado. (*)

(1) L. 6. tit. 5. P. 5.

(2) L. 7. tit. 5. P. 5. y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(3) L. 7. tit. 5. P. 5. V. Pero si quando el comprador.

(*) Con la esplicacion dada se concilian las leyes 7.

Todo lo dicho se deduce de la naturaleza de los contratos consensuales; pero hay otros consecutarios que nacen de la naturaleza del consentimiento mismo. Por consentimiento entendemos un acto de la voluntad con el cual aprueba una cosa cuya bondad el entendimiento conoce, y en virtud de este conocimiento se inclina la voluntad à conseguirla. De donde se deduce que impiden el consentimiento, el miedo y la fuerza, el engaño y el error. Por lo que hace al miedo y fuerza, es constante en nuestro derecho, que en estos casos no vale la venta ó compra, (1) pues no aprobamos libremen-

tit. 5. P. 5. y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real, que parece convenir en que se disuelva el contrato aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho, se puede responder à esta ley 10. 1.º que habla del caso en que no está perfecta la compra à lo cual da margen la glosa de Montalvo en la letra c. Lo 2.º que si se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir, que las arras serian dadas como para que sirviesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra, ó parte del precio. Véase à Hermosilla en las adiciones à la glosa 1. y especialmente de la 3. sobre la ley 7. tit. 5. P. 5. fol. 55. Véase tambien la glosa de Alfonso Diaz de Montalvo en la ley 2. tit. 10. del Fuero Real ya citada, principalmente en las palabras: *pierda la señal que dió.*

(1) Véanse las leyes 3. 56. y 57. tit. 6. P. 6.

te aquello á que por fuerza ó miedo somos compelidos. Esto no obstante, hay algunos casos en los cuales pueden ser compelidos los ciudadanos á vender sus cosas por interesarse ó la pública utilidad ó alguna otra causa favorable.

1.º En caso de hambre puede compe- lerse al poseedor de granos á que los venda por un precio justo. (1) 2.º En favor de la religion: v. g. si una heredad es necesaria para la construccion de un templo ó monasterio. El 3.º en favor de la libertad, v. g. cuando dos tienen un siervo y uno de ellos lo quiere manumitir: en este caso el otro está obligado á vender su parte. (2) Tam- bien puede ser compelido á vender su siervo el señor, cuando lo trata con demasiado rigor ó no le dá los alimentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon. (3) Hay tambien otros casos que no añado por no ser largo.

(1) Vase á Febrer, cap. 7. de la libreria de Escrib. 4. 1. núm. 17. y á Hermos, en la ley 3. tit. 5. P. 6. los. 1.

(2) Ll. 2. tit. 22. P. 4. y 3. tit. 5. P. 5.

(3) Ll. 6. tit. 21. P. 4. y 3. tit. 5. P. 5.

Acerca del dolo ó engaño, que efectos producirá en la venta, se debe distinguir; si el engañado estaba determina- do á vender ó no: si lo estaba y solo padeció engaño en el valor ó estima- cion de la cosa, subsistirá la venta con tal que no sea en mas de la mitad del justo precio, pues si lo fuere, ten- drá accion el vendedor á que se le restituya la cosa ó se le complete el precio. (1) Mas si el que padeció en- gaño no pensaba vender ni conocia lo que vendia é ignoraba su estimacion, y solo vendió movido de las razones fal- sas que le sugirió el que deseaba com- prar, en este caso se podrá rescindir la venta, aunque no haya sido hecha por menos de lo que vale la cosa. (2)

Finalmente, el error tambien im- pide el consentimiento, pues si yerro en la cosa, no consiento en aquella, si- no en otra que entonces se presentaba á mi imaginacion. Pero el error no es solamente de un modo: unas veces es *esencial* y otras *accidental*. Si es *esencial*

(1) L. 5. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(2) Vase la ley 57. tit. 6. P. 5. y la ley 2. tit. 11 lib. 5. Rec. de Cast.

el contrato es nulo: (1) si accidental subsiste la compra y se dá al que erró accion para que se le restituya todo aquello que vale menos la cosa. (2) Llamaremos error esencial cuando erramos en la cosa misma: v. g. comprando laton por oro: (3) ó en el cuerpo de la cosa: v. g. por comprar á Pedro siervo comprar á Juan. (4) Será tambien sustancial el error que se versare acerca de los principales atributos de una cosa, que careciendo de ellos nos es enteramente inútil: v. g. si compramos por sano un siervo que es loco ó tullido. Será finalmente, accidental el error cuando erraremos en otras circunstancias de la cosa que no son de tanta entidad. (5)

Hemos visto ya el primer requisito esencial para la compra y venta, que es el consentimiento: siguese el segundo, que es *la cosa vendible*. Acerca de esto sea I. Axioma To-

(1) L. 21. tit. 5. P. 5.

(2) Dicha ley 21.

(3) Dicha ley 21.

(4) L. 20. del mismo tit.

(5) L. 21. tit. 5. P. 5.

Las las cosas que están en el comercio se pueden vender, ahora existan ó haya esperanza de que existirán. (1) Segun esto se pueden vender las cosas futuras: v. g. los frutos ó caza del año venidero, (2) las cosas incorporales: v. g. el derecho à una herencia; (3) y aun las cosas ajenas por razon de estar en el comercio pueden ser vendidas. (4) No se quiere decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda su derecho á salvo para vindicar su cosa en donde quiera que la encuentre; sino porque de este contrato nace accion y obligacion, entre el comprador y vendedor. (*)

(1) L. 11. tit. 5. P. 5.

(2) Ll. 11. y 12. del mismo titulo.

(3) L. 13.

(4) L. 19. tit. 5. P. 5. L. 6. tit. 10 lib. 3. del Fuero Real.

(*) Acerca de este caso dispone la ley 19. tit. 5. P. 5. que si el comprador sabe que la cosa es ajena cuando la compra, no está el vendedor obligado á restituírle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fe; si no es que se hubiese obligado á ello espresamente. Pero si compró con buena fe, esto es, creyendo que

Puede tambien venderse la cosa que se tiene en comun con otro, satisfaciendosele el valor de su parte, à no ser que se haya comenzado el juicio de division. (1)

II. Axioma. *No pueden venderse las cosas que estan fuera del comercio.* De aqui se deduce la razon por que no pueden venderse las cosas sagradas, sino es que se vendan como accesorias à algun territorio ó señorío, (2) ó por causa de necesidad, ó utilidad de la iglesia: (3) ni las cosas publicas, como las calles ó plazas, (4) ni tampoco el hombre libre. (5)

III. Axioma. *Tampoco se puede vender ni comprar todo lo que por las leyes se haya especialmente prohibido.* Por esta razon no se pueden vender armas,

compraba à su verdadero dueño, esta obligado el ~~comprador~~ no solo à restituírle el precio sino tambien à resarcirle todos los daños y perjuicios que le hayan venido por su causa. Vease tambien la ley 6. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

- (1) L. 55. tit. 5. P. 5.
 (2) L. 15. del mism. tit. y P.
 (3) LL. 2. tit. 14. P. 1.
 (4) Dha. l. 15. tit. 5. P. 5.
 (5) La mism. l. 15. y la 8. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

* *Vendedora*

municiones ni viveres à los enemigos del reino: (1) las cosas venenosas, sino es que se vendan para formar de ellas medicamentos. (2) Tampoco se puede comprar de esclavos ni criados de servicio alhajas, joyas, trastos de casa ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado el comprador con pena de encubridor de hurto. (3)

Resta tratar del tercer requisito esencial de este contrato, que es *el precio*, sin el cual no se hace compra ni venta. Aunque tomada latamente la palabra *precio*, se pueda llamar asi todo aquello que se dá por otra cosa: con todo en su rigurosa significacion, se entiende solamente *dinero contado*, ó moneda acuñada corriente, que se debe pagar en la compra por la cosa que se recibe. (4) De aqui sacamos la diferencia que hay entre la compra y el cambio ó permuta: si se

- (1) L. 22. tit. 5. P. 5.
 (2) L. 17.
 (3) Ll. 16. tit. 11. lib. 5. y 5. tit. 20. lib. 6. de la Rec. de Cast.
 (4) Prologo y ley 1. tit. 6. P. 5.

dá dinero contado por la cosa, será compra, y si se dá una cosa por otra, será cambio ó permuta. (1)

A mas de consistir en moneda el precio para que se llame este contrato compra y venta, ha de tener tres condiciones: esto es, ha de ser verdadero, justo y cierto. Por verdadero tendremos á aquel precio que es real, y no imaginario ó simulado; como sería si una cosa de mucho valor se diese por una pequeña moneda: lo cual no se debería llamar venta, sino donacion. Dijimos tambien, que el precio debe ser *justo*. Es verdad que cuando este no está determinado por las leyes, admite bastante latitud; pero siempre debe ser de algun modo equivalente á la cosa vendida. Si no lo fuere, y el vendedor alegare que ha sido dañado, se rescindiré ó no el contrato, segun fuere la lesion. Si se probare haber sido en mas de la mitad del justo precio, como si lo que valia diez se vendió por menos de cin-

(1) El mism. prolog. y ley 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.

co pesos, estará obligado el comprador á una de dos, ó á suplir el precio justo que valia la cosa al tiempo que la compró, ó á volversela al vendedor, tornandole el precio que recibió. (1) La cual alternativa tiene lugar, aunque la compra haya sido en almoneda, hasta cuatro años despues. (2) Pero si la lesion no fuere en mas de la mitad del justo precio, no compete accion alguna, ni al comprador ni al vendedor para rescindir el contrato, no habiendo dolo ni mala fe en su celebracion, (3) y siendo los contrayentes mayores de veinte y cinco años. (*)

(1) L. 53. tit. 5. P. 5. y ley 1. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(2) La mism. ley de Rec. al fin.

(3) L. 2. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(*) Para mejor inteligencia de lo dicho se advierte, que el justo precio, es de dos maneras, uno legitimo y otro natural: legitimo es él que por ley, principe ó república es determinado, y asi consiste en punto indivisible. Natural es el que tienen las cosas con atencion á la estimacion que de ellas se hace y á otras circunstancias, y por consiguiente admite bastante latitud.

Este precio natural se divide en medio, supremo, é infimo: v. g. el medio será diez, el supremo once, y el infimo nueve. Para graduar en-

Esta lesion en mas de la mitad del justo precio no se puede alegar por los que son peritos en sus artes; (1) ni cuando la venta se hace contra la voluntad del vendedor, y el comprador es apremiado à comprar; (2) como tampoco en las cosas que se venden por deudas fiscales. (3) Pero en estos casos tendrà lugar la lesion enormísima, aun cuando se hubiese renunciado; y se llama así, cuando el precio es de dos ó tres tantos menos de la mitad del justo, à diferencia de la enorme, que es aquella en que por la cosa se dá poco menos de la mitad del justo precio. (4) (*)

tos precios, no se ha de considerar lo que costó al vendedor la cosa, ni los gastos ó trabajos que en ella tuvo, sino la comun estimacion del precio, que al tiempo de la venta corriere en el lugar donde se hiciese, ahora se gane ó pierda mucho.

(1) L. 3. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(2) L. 6. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) Ll. 18. y 20. tit. 7. lib. 9. Rec. de Cast.

(4) Ll. 16. al fin tit. 11. Part. 4. y 56. tit. 5.

P. 5. Vease la Curia Filipica lib. 1. comere. terrestre cap. 12. núm. 28. 29. 32. 33. y 34.

(*) Hay otra diferencia entre la lesion enorme y enormísima, y es que para remediar la primera solo hay accion hasta quatro años despues, conforme à la ley 1. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

Finalmente, debe ser cierto el precio, ó por convenio de las partes, ó con relacion à otro modo de certificarse, y así: 1. Serà cierto el precio de la cosa si se deja à arbitrio de un tercero y este lo señala, à cuya decision se debe estar; sino es que fuese desproporcionado, en cuyo caso se debe enmendar à juicio de hombres buenos. (1) 2. Tambien será valida la venta si el vendedor se conviniere à recibir por precio el dinero que se hallare en tal arca, saco &c. si alli se encontrase alguno; pero no, si nada hubiese. (2) 3. Serà ademas de esto cierto el precio si se vendiere la cosa en cuanto se compró, habiendose verdaderamente comprado por algun dinero. (3) Pero 4. no valdrá la venta en el caso de que el precio se deje a arbitrio de una de las partes, ó de un sugeto incierto. (4)

pero para la segunda no hay hasta 20 años, como accion personal que es, segun la ley 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

(1) L. 9. tit. 5. P. 5.

(2) L. 10. del mismo tit.

(3) Dicha ley ya cit.

(4) Dicha ley 9.

Restan todavía varias cosas dignas de saberse acerca de este contrato.

1.º Quienes puedan comprar y vender.
 2.º Que obligacion nace de la compra y venta. 3.º A quien pertenece el peligro de la cosa vendida. 4.º Que acciones nacen de dicho contrato.

I. Como segun hemos dicho, la compra y venta se perfecciona por el consentimiento, es evidente que todos aquellos pueden comprar y vender, que pueden consentir libremente (1) ya sea por palabra, por carta ó mensagero. (2) Por falta de esta cualidad los hijos de familia y los menores no pueden comprar ni los mercaderes venderles: (3) como tampoco á los estudiantes, si no interviene permiso del que los tiene en el estudio. (4) Se exceptua el contrato que el padre hiciese con el hijo de los bienes castrenses ó quasi castrenses, que valdria por haberse en estos como padre de familias. Los administradores, tutores, curadores ni otro alguno, no

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

(2) Ll. 8. y 48. del mismo tit.

(3) L. 22. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) L. 4. tit. 7. lib. 1. de la Rec. de Cast.

pueden comprar ni vender los bienes de los menores sin autoridad judicial; (1) y aun de esta suerte ha de redundar la venta en su utilidad, pues si no, pueden reclamarla dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad, y si dichos tutores &c. los compran pública ó privadamente, estan obligados á restituirlos con el cuatro tanto, y es nula la venta. (2)

Los clerigos estan privados de comprar y vender por via de negociacion, ya sea por sí mismos ó por medio de otro, tanto por derecho canónico, (3) como por civil. (4) El adelantado y juez tampoco puede comprar por sí ni por medio de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandado, (5) ni casa, heredad ú otra alhaja raiz en el lugar en que ejercen jurisdiccion; pero sí vender las que tienen en él.

(1) Entiendose de los raices y muebles preciosos.

(2) L. 4. tit. 5. P. 5. y ley 23. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) Concil. Trid. sess. 22. de refor. cap. 1. y la *Bul. Apostolicae servitutis* de Bened. XIV.

(4) L. 46. tit. 6. P. 1.

(5) L. 5. tit. 5. P. 5. y 22. tit. 8. lib. 2. Rec. de C.

II. La obligacion que nace de este contrato es, de parte del comprador pagar el precio contratado, y por parte del vendedor entregar la cosa en que se ha consentido. Veamos mas de cerca una y otra obligacion. El comprador debe el precio para satisfacer con él al vendedor: esto lo puede hacer de dos modos, ó pagandolo efectivamente, ó persuadiendo al vendedor que se fie de él. De aqui es, que si ni el comprador paga de contado, ni el vendedor quiere fiarse de él, no se trasfiere el dominio aunque haya intervenido tradicion; (1) y asi no tiene accion para compeler al vendedor á que le entregue la cosa.

El vendedor está obligado á entregar la cosa, y mientras que no la entrega no tiene accion para pedir el precio. La razon es, porque no es justo que uno pueda obligar á otro á un contrato que reusa él mismo cumplir por su parte. De lo dicho se infiere, que en este contrato es igual la comodidad para ambos contrayentes, pues aunque el

(1) L. 46. tit. 23. P. 3.

comprador recibe la cosa, paga el justo precio de ella, y el vendedor aunque recibe el precio, pero se deshace de su cosa. Ahora pues, siendo regla constante que cuando es igual la utilidad de ambos contrayentes se prestan mutuamente hasta la culpa leve, se sigue, que en este contrato estarán obligados el comprador y el vendedor al dolo, culpa lata y leve. (1)

III. Veamos ahora á quien pertenece el peligro y utilidad de la cosa vendida. Por peligro entendemos un acontecimiento por el cual perece la cosa. (2) Por utilidad todas aquellas ventajas ó aumentos que nazcan de la cosa vendida. (3) El sentido pues, de la cuestion es este: ¿si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y en este intermedio perece por acaso ó se empeora, á quien pertenece este daño? Mas: si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y esta misma recibe algun aumento ó mejora: v. g. si en la

(1) L. 23. tit. 5. P. 5.

(2) L. 3 tit. 2 P. V. 5 E por ocision.

(3) L. 24 tit. 5 P. 5. V. Otrosi dezimos.

cosa vendida se encontrase un tesoro, ¿á quien pertenecerá esta utilidad, al comprador, ó al vendedor? Nuestras leyes responden terminantemente, que luego que la compra y venta está perfecta, aunque no se haya verificado la entrega, pasa al comprador el peligro y utilidad de la cosa comprada. (1) Pero se exceptúan cuatro casos. 1.º Si pereciere por dolo, culpa lata ó leve del vendedor. (2) 2.º Si se pactase que el peligro sea del vendedor. (3) 3.º Si la cosa fuese de las que se venden contadas, pesadas ó medidas, y de las que se acostumbra gustar previamente, pues antes de practicarse esta diligencia no se tiene por perfecto el contrato, (4) aunque hayan consentido en la cosa, y convenido en el precio. (*) 4.º Si el vendedor fuere mo-

(1) L. 23 tit. 5. P. 5.

(2) Arg. de dolo. l. 23.

(3) L. 39 tit. 5. P. 5.

(4) L. 24 del mismo tit.

(*) Acerca de este tercer caso se debe advertir, que si habiéndose señalado día para gustar, medir, ó pesar la cosa, el comprador no viniere, desde entonces es de su cuenta el peligro; y no señalándose día, el vendedor pasará este peligro al compra-

roso en entregar la cosa al comprador, siendo reconvenido por este ante testigos. (1)

De esta suerte dispone nuestro derecho acerca del peligro y utilidad de la cosa vendida. Mas no sin fundamento podría alguno objetar ser esto manifiestamente contrario á los principios del mismo derecho. Estos establecen: que la cosa perece para su dueño; que antes de la tradición pertenece el dominio de la cosa al vendedor; y que este no pasa al comprador hasta verificarse la entrega: ¿como, pues, ha de perecer la cosa para el comprador no siendo todavía este dueño de ella? Fuera de esto, los aumentos y utilidades de la cosa son accesiones de ella, y es constante que del dueño de la cosa son tambien todos los aumentos que produce, siendo pues del vendedor la dor siempre que habiendole citado ante testigos no comparezca á medirla, pesarla &c. A mas de esto tiene derecho para vender á otro la cosa, y el comprador será siempre responsable de los daños y perjuicios de la tardanza. Vease la ley 24 del mismo título,

(1) L. 37 tit. 5 P. 5.

cosa antes de la tradicion, cómo ha de ser verdad, salvos los principios de derecho, que las utilidades pertenezcan al comprador luego al punto, y sin que haya sido apoderado de la cosa? Pero se responde, que el peligro y comodidad pasan al comprador atendido otro principio igualmente constante en derecho: este es, que al instante que la venta está perfecta, el vendedor es deudor de cierta especie, conviene á saber; de la cosa vendida. Ahora pues, como el deudor de cierta especie pereciendo esta, se libra de toda obligacion y nada mas debe, (1) se sigue, que el vendedor si perece la cosa vendida, que era la que debia entregar, se libra al instante, y así el peligro no es de él, sino del comprador. Por otra parte, siendo justo que aquel á quien pertenecen los daños, pertenezcan las utilidades, infirieron legitimamente los jurisconsultos, que debian ser del comprador cuantas hubiese. (2)

(1) Arg. de la ley 41 tit. 9 P. 6.

(2) L. 23 tit. 5. P. 5.

IV. Falta tratar de las acciones que nacen de este contrato. Ya hemos dicho que es bilateral, y así se obliga uno y otro contrayente. Nacen pues, de él dos acciones. La obligacion de ambos contrayentes nace desde el principio, y de la naturaleza misma del contrato: de aqui se sigue, que ambas acciones son directas. Mas como este contrato es nominado, las dos acciones deben tener su nombre, y así se llamarán *accion de compra o venta*. Estas acciones se distinguen por el actor: si el comprador entabla la suya para conseguir la cosa, se llamará *accion de compra*; y si el vendedor solicita que se le pague el precio, se llamará *accion de venta*. Veamos una y otra separadamente. La accion de compra se dá al comprador ó á su heredero, con tal que haya pagado el precio, contra el vendedor ó su heredero; pero no contra un tercer poseedor, porque es personal. Se dá á efecto de conseguir todo lo que se le debe en virtud de este contrato. Se le debe la tradicion de la cosa, la posesion y los frutos, y aumen-

tos que haya tenido desde el día del contrato; y si por culpa del vendedor no se verifica la entrega, estará obligado á satisfacer al comprador los intereses, y todos los daños y perjuicios que le hayan sobrevenido, aunque sea por culpa leve. La acción de venta se dá al vendedor que ya entregó la cosa ó á su heredero, contra el comprador ó su heredero, á efecto de conseguir todo lo que se le debe por este contrato. Se le debe el precio pactado, las usuras, si hubiere tardanza en la paga, y la restitucion de todos los daños que le hayan acaecido, aunque sea por solo culpa leve del comprador.

A mas de las dos acciones ya esplicadas, hay otras dos peculiares del comprador, y son la *redhibitoria* y *estimatoria*. La primera tiene lugar quando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raíces v. g. heredad ó campo que cria malas yerbas, casa ú otro edificio que debe servidumbre, ó tributo; ó muebles v. g. mercaderías, libros; ó semovie-

tes como esclavos, caballos, mulas y otros semejantes que tengan daño ó maldad oculta, lo cual no habiendosele manifestado al comprador puede intentar contra el vendedor, dentro de los seis meses primeros siguientes al día de la celebracion de la venta, dicha acción llamada *redhibitoria*, á efecto de que se rescinda el contrato, restituyendosele el precio y volviendo él la cosa. (1)

No intentandose en el tiempo establecido la primera acción, puede usar el comprador en los seis meses restantes de la segunda, que se llama *estimatoria* ó *quantum minoris*, á efecto de que el vendedor le devuelva el menos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio que le ocultó; de suerte que en el preciso término de un año, contado desde la fecha del contrato, ha de usar de ellas, y pasado ninguna puede intentar. (2) Mas si el vendedor manifestare el vicio de su cosa, ó el comprador renunciare estas ac-

(1) L. 63. tit. 5. P. 5.

(2) L. 65. tit. 5. P. 5.

ciones, no podrá despues pretender cosa alguna. (1) (*)

§. L.

De las condiciones ó pactos que se pueden poner en la celebracion de la compra y venta.

No solo se puede celebrar la venta puramente, sino tambien con condicion, esto es, dando el uno ó el otro de los contrayentes su consentimiento bajo de ciertas calidades, que podemos llamar pactos añadidos.

Los mas solemnes que se pueden poner, y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados *de retrovendendo, comisorio y additionis in diem*.

(2) Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion

(1) L. 66. del mismo tit.

(*) Si el vendedor ignorando el vicio, tacha ó defecto de su cosa la vendiere con buena fe, no estará obligado á los daños seguidos al comprador; pero si á volver el mas valor que recibió por la cosa, y que no se le hubiera dado á saberse el defecto.

Febr. lib. de escr. cap. 7. t. 1. núm. 56.

(2) Ll. 38. 40 y 42. tit. 5. P. 5.

de que para cierto dia, mes y año, ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que la vende ó á sus herederos en la forma que la recibe, sin deterioro alguno, volviendosele el precio, y que con ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquier otro modo enagenar, hasta que pase el tiempo preñuido, y si lo hiciere sea nulo. Ordenada en estos términos la venta es licito el contrato (1) y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enagenarla, hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor.

Por el pacto *comisorio* se obliga el comprador á que si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta; se tiene por trasferido el dominio, y puede el vendedor quedarse con la señal que haya dado. Cuyo pacto es

(2) L. 42 tit. 5. P. 5.

tan lícito y válido, que no cumpliendo el comprador con la satisfacción del precio al plazo estipulado, verdaderamente se rescinde y anula el contrato. (1) y no se le trasfiere el dominio de la alhaja ni sus acreedores adquieren derecho à ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ó señal, bien que puede elegir uno de dos medios; que son, ó pedir todo el precio y que entonces subsista el contrato: ó no querer que este valga y retener la arra, pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion. (2)

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto *comisorio*, debe entregarlos al vendedor, devolviendole este la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las expensas hechas en sus labores y colleccion de ellos: pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó, está obligado à reintegrar al vendedor su decremento. (3)

(1) L. 36. del mism. tit.

(2) Dha. ley. 33.

(3) L. 38 al fin.

Cuando se añade el pacto de *adicion* ó señalamiento de día, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor ó à su heredero mas precio por ella, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que más le diere y compeler al primer comprador à que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, volviendosele el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga, mas no las precisas para su conservacion. Mas si pasare el tiempo prefinido, se trasfiere el dominio de la cosa en el comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion. (1)

Este pacto será válido concurriendo las circunstancias siguientes. 1.^a Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado. 2.^a Que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por

(1) L. 40. del mismo tit.

la alhaja, y le reconenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido. 3.º Que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Con cualquiera de estas circunstancias que falte no se rescindirá el contrato. (1)

§. II.

Del retracto ó tanteo.

El retracto en general se puede decir que es: *un derecho que por ley, costumbre ó pacto compete á alguno para rescindir la venta y atraer á sí por el mismo precio, dentro del termino prefinido por derecho, la finca ó posesion vendida á otro.*

Conocemos cuatro géneros de retracto, á que en castellano se llama tanteo. El primero es convencional, y se verifica cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto termino ó cuando quiera, restituyendole el precio referido: y este es el pacto

(2) Dicha ley 40 tit. 5. P. 5. al fin.

de *retroviendo* de que hablamos poco ha. El segundo tiene lugar cuando el que posee algun castillo ó fortaleza intenta venderlo ó permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del rey é informarle del comprador y precio que él dá, para que si lo quiere lo retraiga por el tanto. (1) El tercero se llama de comunión ó sociedad, y le está concedido al sócio ó participe en el dominio de algun bien raiz. (2) El cuarto finalmente, es el de consanguinidad ó gentilicio, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legitimos por su órden, dentro del cuarto grado civil recto y trasversal del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder especial. (3) La razon de permitir el derecho

(1) Ll. 1. tit. 13. P. 2. y 2. tit. 10. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(2) L. 55. tit. 5. P. 5.

(3) L. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real, y Ll. 6. y 7. tit. 7. lib. 5. del Ordenam. y 230 del estilo.

á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la afición que por lo común profesan todos á los bienes de sus mayores; ya sea por la utilidad que experimentan en conservarlos en sí, ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede pues, el derecho esta facultad, no solo á los hijos legítimos, sino también á los naturales, por militar en ellos la misma razón; pero no á los espurios por no reputarse por conocidos sus padres.

En virtud del derecho que hemos explicado, queriendo el dueño de alguna finca ó alhaja inmueble patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á extraño, y algún pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive contando por derecho civil, poseerla; es preferido por el tanto al comprador extraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo antes que la finca se vendiese, todavía puede apoderarse de ella si ocurre dentro de los nueve días primeros siguientes al de la celebración de la venta; pero con la condición precisa de que pague el mismo precio que el

comprador extraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto por dolo ni con fraude. Y si entonces no ecsiste en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el derecho que la partan entre sí, y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano. (1)

Por lo que hace al retracto de comunión ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó participe en la finca, justificando serlo, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte á extraño; sino también después de vendida esta, acudiendo dentro de los mismos nueve días concedidos al pariente, y no después; con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude ni dolo. (2) Mas esto se entiende cuando ambos poseen la cosa pro indiviso, pues si está dividida real y demostrativamente y cada uno

(1) L. 7. tit. 11. lib. de la Rec. de Cast. que es la misma ley 13. tit. 10. lib. 2. del Fuero Real

(1) L. 55. tit. 5. P. 5.

posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, pues en este caso ya no son socios ni tienen comunion en ella.

Siendo muchos los socios puede cada uno *in solidum* retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á extraño, y si todos la quieren, debenser admitidos proporcionalmente á su tanteo, segun la parte que en ella les corresponda, no con igualdad. Pero si el socio vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla, ni quitarla, por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

Tienen tambien este mismo derecho de retracto por comunion, el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al de este, y el enfiteuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfiteutico algun fundo para cultivarlo y percibir sus frutos, con la obligacion de pagar al que se lo dió, y á sus sucesores cierto rédito ó pension anual. Aho-

ra pues, si el señor del dominio directo, ó de la area ó suelo lo vende á extraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfiteuta como dueños el útil, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil, puede retraerlo aquel, dentro del mismo término en caso que ninguna pension anual le paguen, pues si la pagan, deben para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues es preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderlo y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, y si solo al laudemio, que por la venta se cause.

Si el señor y el superficiario ó enfiteuta, concurren con el consanguineo ó con el socio ó con ambos, preferirán aquellos tres á estos dos, llevando siempre la antelacion al superficiario y al enfiteuta el señor del dominio directo, por razon del mayor derecho que como dueño del suelo le compete en la finca;

y al sócio, el superficiario y el enfiteuta. Y si estos tres, y el señor concurren con el consanguineo, le preferirán por el orden con que quedan nominados: de modo que el consanguineo tiene el último lugar respecto de los otros, ya concorra con todos juntos ó con cada uno solo: el sócio cede al superficiario y al enfiteuta, y estos dos al señor del suelo. (1)

§. III.

Del trueque ó cambio.

El trueque ó cambio, que tambien se llama permuta, es un contrato por el cual se da una cosa cierta por otra tambien cierta. (2) Se diferencia de la venta en que por esta se dá precio en dinero contado y por el cambio, siendo una cosa por otra; (3) y en que la venta es válida aunque sea de cosa agena, lo que no sucede en el cambio. (4)

Este contrato puede celebrarse de

- (1) L. 13. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.
- (2) Prol. y ley 1. tit. 6. P. 5.
- (3) L. 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.
- (4) Leyes 1. y 4. tit. 6. P. 5.

tres maneras: la primera por palabras simples sin otorgamiento ni promesa: la segunda, por palabras reciprocas de ambos contrayentes que contengan promesa de verificar el cambio; y la tercera, es cuando se hace el cambio por palabras y la cumple uno de los dos ó ambos: y de la misma manera que los que venden, estan obligados los que cambian á la eviccion y saneamiento de lo que truecan.

Todos los que tienen potestad de comprar y vender, la tienen tambien de hacer trueques, y todas las cosas que pueden ser vendidas se pueden trocar, y al contrario. Pero para que se pueda verificar este contrato en las cosas eclesiásticas ha de intervenir licencia del prelado eclesiástico, en cuya diócesi están. (1)

No se perfecciona el trueque hecho con palabras simples hasta que ambos contrayentes se apoderan reciprocamente de las cosas que permutan, y aunque uno lo esté de la que le toca, si no entrega al otro la suya no que-

- (1) L. 63 al fin tit. 5. P. 1. y 2. tit. 6. P. 5.

da perfecto y puede disolverse, y por no entregarla no incurre en pena á menos que en la escritura se la impongan ó que el otro contrayente haya sido dañado. (1)

Si el trueque se hace con palabras y promesa, y uno de los contrayentes comenzó á cumplir por su parte, está en su eleccion hacer que se efectúe el trueque, ó que el otro le pague los daños que se le irroguen, pues este contrato produce accion y obligacion civil: lo que no sucede cuando solamente se hace con palabras simples. (2)

ADICION.

1.º Ya en otra parte (tom. 1. pág. 233) se ha hablado de los pretendidos favores de la antigua legislacion acia los indios; tratándose ahora de la compra y venta no es fuera del caso traer á la memoria las circunstancias que las leyes requerian para que fuesen válidos sus contratos en este punto. La dis-

(1) Ll. 2. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real y 3. tit. 6. P. 5.

(2) Ll. 3. tit. 6. P. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

tinacion que hacen de si son bienes muebles ó raíces y de su valor ó cantidad, los pregones de más ó menos dias que cesijen se hagan de ellos, la intervencion judicial, y otras mil trabas que tenian estos infelices, los ponian en el estado mas deplorable y mas abyecto, reduciéndolos á un estado de nulidad mas completo que el que tenian los menores é hijos de familia. Hombres virtuosos, llenos de familia y encanécidos en el trabajo, pasaban por mil humillaciones y tenian que llenar mil despreciables condiciones para deshacerse de una cosa mueble del valor de treinta pesos.

En el dia siendo ciudadanos mexicanos y con iguales derechos á los que goza cualquiera otro mexicano, pueden disponer libremente y del modo que mas gusten de sus propiedades sea cual fuere su valor.

Bendigamos nuestras actuales instituciones, detestemos toda dominacion estrangera, y viendo con el respeto que se merecen á los descendientes de los antiguos mexicanos, hagamosles olvidar la antigua dominacion y su abatimiento, tratándoles con la fraternidad y consideracion que les son debidas.

2.º Dice el autor que hay algunos casos en los que pueden ser compelidos los ciu-

dadanos à vender sus cosas por interesarse ó la pública utilidad ó alguna otra causa favorable. Sigue despues especificando varios de ellos en los que se dá lugar para esto por la antigua legislacion.

Vease la restriccion 3.^a seccion 4. tit. 4. de nuestra constitucion que literalmente dice: „El presidente no podrá ocupar la propiedad de ningun particular ni corporacion, ni turbarlo en la posesion, uso ó aprovechamiento de ella; y si en algun caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad general tomar la propiedad de un particular ó corporacion, no lo podrá hacer sin previa aprobacion del senado, y en sus recessos del consejo de gobierno, indemnizando siempre á la parte interesada à juicio de hombres buenos elegidos por ella y el gobierno.”

Pueden tambien verse el capitulo 11 de las ordenanzas de Bilbao y los autos acordados [ya citados] números 299 y 300 del último foliage de Montemayor y Beleña, que tratan de la compra ó empeño de municiones de guerra, alhajas, &c.

TITULO XXV.

De la locacion conduccion.

El segundo contrato consensual es la locacion conduccion: por él se dá el uso de alguna cosa por cierto tiempo, ó las obras por una cantidad determinada que sirve de paga. (1) Decimos que la locacion es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento: se añade que por él solo se concede el uso, porque aqui no se trata de trasferir el dominio como en la venta, ni que el otro contrayente reciba la cosa en guarda como en el depósito, sino de que el conductor use de la cosa por algun tiempo ó se aproveche de las obras. Finalmente, se dice que debe intervenir alquiler ó paga determinada, porque si no es así no será locacion conduccion, sino comodato ú otro contrato innominado. (2)

Por lo que hace á la division, es-

(1) L. 1. tit. 3. P. 5.

(2) La misma ley en el medie.

daños à vender sus cosas por interesarse ó la pública utilidad ó alguna otra causa favorable. Sigue despues especificando varios de ellos en los que se dá lugar para esto por la antigua legislacion.

Vease la restriccion 3.^a seccion 4. tit. 4. de nuestra constitucion que literalmente dice: „El presidente no podrá ocupar la propiedad de ningun particular ni corporacion, ni turbarlo en la posesion, uso ó aprovechamiento de ella; y si en algun caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad general tomar la propiedad de un particular ó corporacion, no lo podrá hacer sin previa aprobacion del senado, y en sus recessos del consejo de gobierno, indemnizando siempre á la parte interesada à juicio de hombres buenos elegidos por ella y el gobierno.”

Pueden tambien verse el capitulo 11 de las ordenanzas de Bilbao y los autos acordados [ya citados] números 299 y 300 del último foliage de Montemayor y Beña, que tratan de la compra ó empeño de municiones de guerra, alhajas, &c.

TITULO XXV.

De la locacion conduccion.

El segundo contrato consensual es la locacion conduccion: por él se dá el uso de alguna cosa por cierto tiempo, ó las obras por una cantidad determinada que sirve de paga. (1) Decimos que la locacion es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento: se añade que por él solo se concede el uso, porque aqui no se trata de trasferir el dominio como en la venta, ni que el otro contrayente reciba la cosa en guarda como en el depósito, sino de que el conductor use de la cosa por algun tiempo ó se aproveche de las obras. Finalmente, se dice que debe intervenir alquiler ó paga determinada, porque si no es así no será locacion conduccion, sino comodato ú otro contrato innominado. (2)

Por lo que hace á la division, es-

(1) L. 1. tit. 3. P. 5.

(2) La misma ley en el medie.

te contrato se divide en locacion con-
duccion de cosa, y se verifica cuando
se concede el uso de alguna por cier-
ta merced, y, g. una casa, un vestido:
de obras, cuando se hacen algunas me-
cánicas conviniéndose en el estipendio:
como cuando un sastre cose un vesti-
do por tantos reales en que se convi-
nó: ó de obra, cuando se promete ha-
cer alguna por cierta merced: v. g. si
la república contrata con un arquitecto
que le haga un puente por tantos
pesos. Mas en estas especies de loca-
cion se debe observar que las perso-
nas de los que conducen ó alquilan tie-
nen diversos nombres: asi el que toma
alquilada una casa se llama *inquilino*, el
que un campo se llama *colono* ó *arrend-*
atorio, el que tributos ó alcabalas *pu-*
blicano, y el que obras *redentor*.

A mas de esto nuestras leyes dis-
tinguen *arrendamiento*, *flete* y *alquiler*. *Ar-*
rendamiento se dice la paga que se dá
por el uso de una heredad: *flete*, la que
se dá al dueño de un navio por traspor-
tar algunos bienes en el, de un lugar á
otro; y *alquiler*, la paga que se dá por

el uso de cualquiera otra cosa. (1) Ge-
neralmente hablando en este contrato
el que da la paga se llama *conductor*, y
el que la recibe *locador*.

Pasemos á los requisitos esencia-
les de este contrato, que son del todo
semejantes á los de la compra y venta.
Asi pues, como para ella eran necesari-
as tres cosas, á saber: consentimiento
de las partes, cosa cierta, y precio;
del mismo modo para la locacion con-
duccion se requiere consentimiento, co-
sa ú obras que se presten, y alquiler ó
merced. Para mayor claridad tratare-
mos separadamente de cada uno de es-
tos requisitos.

El primero es el consentimiento:
porque como hemos dicho, este contra-
to es consensual que recibe su perfec-
cion por solo el mútuo consentimiento,
de donde nacen los consecutarios si-
guientes: 1.º que nace la obligacion y
accion de este contrato al momento que
convienen entre sí las partes acerca de
la cosa y de la merced ó alquiler: 2.º
que pueden celebrar este contrato to-

(1) L. 1. ya citada.

dos aquellos que pueden comprar y vender, porque pueden disponer libremente de sus cosas. (1) Pero á los caballeros y oficiales de la córte está prohibido tomar en arrendamiento heredades ajenas, (2) porque no se aparten del servicio público á que estan destinados. Asimismo los consejeros, oidores, alcaldes de córte, contadores mayores, sus oficiales y los de la real casa, comendadores, alcaldes, regidores, alguaciles, oficiales del consejo y otras personas poderosas, no pueden ser conductores ni recaudadores de rentas reales ni concejiles de las ciudades en que ejercen sus oficios. (3)

Otro requisito esencial para la locacion, es la cosa y obra que se alquila. Tales son todas las que estan en el comercio, sean muebles ó raices. y aun mas las cosas eclesiásticas, y las que pertenecen al patrimonio de la ciudad. 2.º Pero las cosas que han de servir de materia á este contrato no deben ser

(1) L. 2. tit. 8. P. 5.

(2) Dicha ley 2.

(3) Ll. 12. tit. 4. lib. 3. y 4. tit. 5. lib. 7. y 4. 5. 7. y 9. tit. 10. lib. 9. Rec. de Cast.

fungibles, pues entonces no será el uso el que se concede solamente, sino tambien el dominio. 3. Pueden darse en locacion toda especie de obras con tal que sean honestas; (1) pero no las liberales ó que se ejercitan con el ingenio porque estas no admiten estimacion, y asi no se dice que alquilan su trabajo los profesores de ciencias ni los abogados.

El tercer requisito esencial de este contrato, es la merced ó alquiler. Mas asi como deciamos tratando de la compra y venta, que el precio de ella debe consistir en dinero contado; del mismo modo el alquiler en la locacion conduccion. De suerte, que conviniendose los contrayentes en que la paga se haga en otra cosa que no sea dinero efectivo; v. g. en frutos ó en ganado, ya no será locacion, sino contrato innominado, que podrá ser *do ut des*, ó *do ut facias*. (1) Pero si lo seria si despues de haberse tratado y concertado la paga que se habia de hacer en di-

L. (1) 3. tit. 8. P. 5.

L. (1) ey 1. de esto titulo.

nero, quisiese recibir otra cosa el locador, pues entonces no se variaria la naturaleza del contrato. Del mismo modo, asi como en la compra y venta el precio debe ser verdadero, justo y cierto, asi tambien el alquiler en la locacion-conduccion debe ser verdadero, por que si no degenerará en donacion ó comodato. Debe ser justo, porque si no habrá accion para rescindir el contrato. (1) Finalmente, debe ser cierto, ó por sí ó por relacion á otra cosa: v. g. te alquilo por la paga que Ticio estimare justa. (2) La razon es, porque de otra suerte no convendrian los contrayentes en una misma cosa.

Para que el importe del alquiler ó paga sea justo, se debe arreglar á las leyes ó costumbre del lugar, y si no la hubiere se deberá hacer una convencion equitativa entre las partes. (3) Y por lo que hace á los jornales de los obreros está dispuesto que se tasen por

(1) L. 1. tit. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 4. tit. 8. P. 5.

(3) L. 4. tit. 8. P. 5.

los concejos y que se paguen cada dia, si ellos los pitiesen. (1)

Pasemos ahora á la obligacion que nace de este contrato, lo que trataremos en varias conclusiones. 1.^a *El locador debe dar el uso de la cosa prometida.* 2.^a *El conductor debe pagar el alquiler ó pension al tiempo señalado, y no habiendolo, al fin del año.* (2) 3.^a *No pagando al plazo tratado, puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hallare en la cosa ó fundo arrendado.* (3) Mas siendo puntual en pagar no puede ser desposeido de la casa alquilada si no es en cuatro casos. 1.^o Cuando al locador se le cae la casa en que mora y no tiene otra, ó está enemistado en aquella vecindad, ó si casase alguno de sus hijos ó los hiciere caballeros. 2.^o Si despues de alquilada apareciere que amenazaba ruina si no se reparaba. Pero en estos dos casos debe el dueño de la casa dar al alquilador

(1) Ll. 3. y 4. tit. 11. lib. 7. Rec. de Cast.

(2) L. 4. tit. 8. Part. 5.

(3) L. 5. tit. 8. Part. 5.

otra en que more, ó descontarle del alquiler tanta parte cuanta importe el tiempo que deje de habitar en ella. El 3.º cuando el alquilador usase mal de la casa con perjuicio de la vecindad. 4.º Cuando hubiese sido en contrato para cuatro ó cinco años con condicion de dar la paga determinada cada año y pasaren dos sin pagarla. (1) 4.º. *Ambos contrayentes están obligados à la culpa leve por ser este un contrato que cede en utilidad de los dos.* (2) Pero estará obligado à la culpa levisima el que se ofreciese à trasportar de un lugar à otro alguna cosa fácil de derramarse como vino, aceite; ó de quebrarse, como cristales ó mármoles, y asi deberá poner para el trasporte todo aquel cuidado y diligencia que pondria un hombre ecsactísimo. (3)

5.º. *Al caso fortuito nunca estará obligado el conductor, si no es que lo quiera tomar en sí, ó venga por su culpa.* (4)

(1) L. 6. tit. 8. P. 5.

(2) L. 7. tit. 8. P. 5.

(3) L. 3. del mismo tit.

(4) Dha. ley 8.

Si los frutos se destruyeren ó perdieren por caso fortuito como son lluvias excesivas, gran sequedad, avenidas de rios, granizo &c. ó por otra causa semejante, nada debe pagar el conductor por el arrendamiento de aquel año; pero si coje algunos frutos, está en su eleccion dar al locador todo su importe, ó si no entregarle los frutos que haya logrado, deducidas las espensas hechas en sus labores. Mas si la perdida viniese por su culpa como si fuese por labrar ó custodiar mal la heredad, ó por espinas ó malas yerbas que en ellas nacieren, ó porque dió causa à que algun enemigo suyo los quemase por venganza, ó los talase y robase, debe satisfacerlo enteramente, y el peligro y daño será de su cuenta y no de la del locador. (1)

A mas del caso dicho deberá el conductor pagar el arrendamiento aunque no se logren los frutos, si de dos años v. g. por los que tomó el fundo, en el uno de ellos cojiese tan abundantemente, que alcanzase para satisfacer

(1) L. 22. tit. 8. P. 5.

las expensas hechas en los dos; lo cual se debe entender cuando la abundancia viniese por acaso, y no por industria extraordinaria del conductor.

Si el arrendador ó arrendatario murieren dentro del tiempo que debe durar el contrato, las obligaciones reciprocas pasan á los herederos de entrambos, si no es que fuese locacion conduccion de obras, ó si la cosa arrendada fuese el usufructo de una heredad: pues todo lo que es personal espira con la persona (1)

Resta tratar de las acciones que nacen de este contrato, las cuales se llaman como él, *de locacion conduccion*. Una y otra es directa, porque tanto el locador como el conductor se obligan desde el principio por la misma naturaleza del contrato; el primero á dar el uso de la cosa ó á practicar las obras prometidas, y el segundo á pagar la pension ó alquiler.

(1) Ll. 2. y 3. tit. 8 P. 5.

ADICION.

Deberá tenerse presente en esta materia el decreto de las cortes españolas de fecha de 8 de junio de 1813 que fue dado para el fomento de la agricultura y ganadería, y por esto trata de los arrendamientos de fincas rústicas.

Se hace de desear un arreglo sobre los arriendos y sub-arriendos de las fincas urbanas; el aumento de poblacion en las grandes ciudades y otras muchas circunstancias hacen presentar mil casos en los que el fraude y la opulencia oprimen al ignorante y desvalido. Vease para mayor instruccion el cap. 10 de la parte primera del Febrero reformado.

APENDICE.

De los censos.

Aunque esta palabra *censo*, tiene diversos significados, aquí se toma por un derecho de percibir cierta pension ó rédito anual procedente de la traslacion del dominio de alguna cosa, hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito.

las expensas hechas en los dos; lo cual se debe entender cuando la abundancia viniese por acaso, y no por industria extraordinaria del conductor.

Si el arrendador ó arrendatario murieren dentro del tiempo que debe durar el contrato, las obligaciones reciprocas pasan á los herederos de entrambos, si no es que fuese locacion conduccion de obras, ó si la cosa arrendada fuese el usufructo de una heredad: pues todo lo que es personal espira con la persona (1)

Resta tratar de las acciones que nacen de este contrato, las cuales se llaman como él, *de locacion conduccion*. Una y otra es directa, porque tanto el locador como el conductor se obligan desde el principio por la misma naturaleza del contrato; el primero á dar el uso de la cosa ó á practicar las obras prometidas, y el segundo á pagar la pension ó alquiler.

(1) Ll. 2. y 3. tit. 8 P. 5.

ADICION.

Deberá tenerse presente en esta materia el decreto de las cortes españolas de fecha de 8 de junio de 1813 que fue dado para el fomento de la agricultura y ganadería, y por esto trata de los arrendamientos de fincas rústicas.

Se hace de desear un arreglo sobre los arriendos y sub-arriendos de las fincas urbanas; el aumento de poblacion en las grandes ciudades y otras muchas circunstancias hacen presentar mil casos en los que el fraude y la opulencia oprimen al ignorante y desvalido. Vease para mayor instruccion el cap. 10 de la parte primera del Febrero reformado.

APENDICE.

De los censos.

Aunque esta palabra *censo*, tiene diversos significados, aquí se toma por un derecho de percibir cierta pension ó rédito anual procedente de la traslacion del dominio de alguna cosa, hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito.

El censo así definido en general, se divide en enfiteutico, consignativo y reservativo, y de cada uno trataremos separadamente.

§. I.

Del censo enfiteutico.

CENSO enfiteutico ó enfiteusis es: un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar á otro perpetuamente ó para largo tiempo, el dominio útil de alguna alhaja raíz por cierta pensión anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo que queda siempre en el que concede enfiteusis. (1) Decimos que es un contrato consensual, porque por solo el consentimiento está perfecto, y así aunque se requiere escritura es como una condición necesaria para la constancia del contrato y sin la cual no vale por nuestro derecho; pero no porque sea contrato literal. (2) Decimos que es un contrato por el cual se promete entregar el dominio útil, porque no nace el domi-

(1) L. 28. tit. 8. P. 5.

(2) Dha. ley 28. tit. 8. P. 5.

nio de solo el contrato, sino que el enfiteuta se hace señor por la subsiguiente tradición. Finalmente, se añade en la definición, que se debe pagar cierta pensión en reconocimiento del dominio útil: en las cuales palabras se debe notar la diferencia que hay entre la locacion, conduccion y el enfiteusis. El conductor paga alquiler y el enfiteuta pensión. El alquiler debe ser proporcional á los frutos y utilidades que produce la cosa: la pensión por lo regular es bien corta. (*) El primero se paga por el uso de una cosa ajena; y la segunda se da de una cosa propia y en reconocimiento del dominio superior, ó directo que reside en el que concede el enfiteusis.

Hemos visto que es el enfiteusis: veamos ahora cuales son los derechos del enfiteuta. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enagenarla, y parte en percibir los fru-

(*) El Febrero refiere que en Madrid cada solar que tiene cincuenta pies de frente, y ciento de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una area plana de cinco mil pies cuadrados ó superficiales, se da á censo enfiteutico por dos dueños y dos gallinas.

tos y vindicarla. Sea pues, el 1.º que el enfiteuta percibe todos los frutos basta los estraordinarios como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2.º. El enfiteuta puede enagenar y vender la cosa, pero con la condicion de que antes de venderla lo avise al señor del fundo. (1) Mas esta noticia no se le da porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro alguno, y asi si no declara su voluntad entre dos meses puede el enfiteuta venderla à quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el primer enfiteuta; pero en ese caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuenta parte del precio por el cual se vende la cosa, ó menos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento del enfiteusis (2). 3.º. Asi como el enfiteuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, asi debe sufrir sus cargas y pagar los tributos que ten-

(1) L. 20. tit. 8. P. 5.

(2) Dha. ley 20. tit. 8. P. 5.

ga impuestos. 4.º. Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio que el señor pueda vindicar la cosa de cualquiera poseedor, se sigue, que el enfiteuta tiene el mismo derecho, y asi puede vindicar el fundo aun del mismo señor del enfiteusis, en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil, del señor del dominio directo á quien no pertenece.

Las obligaciones del enfiteuta consisten lo 1.º en pagar el canon ó pension anual en el tiempo y modo pactado. (1) De otra suerte perderá su derecho: con esta diferencia, que si el señor del enfiteusis es iglesia, monasterio ú orden, bastan dos años para que pueda ser privado de su derecho, y si fuere lego se requiere que en tres años continuos no pague la pension: pero si el enfiteuta ocurre á satisfacerla dentro de diez dias, está obligado el señor del dominio directo á recibirla y no debe ni puede tomarle la alhaja con pretesto de comiso en este caso. 2.º. Debe el enfiteuta pagar la pension aun-

(1) L. 23. tit. 8. P. 5.

que por esterilidad, fuego, ó por otra causa no perciba frutos de la heredad, al contrario de lo que dijimos tratando de la locacion conduccion. La razon de la diferencia consiste, en que el alquiler en la locacion conduccion se paga por el uso de una cosa agena el cual cesando debe tambien cesar el alquiler: mas el canon ó pension, se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer, perciba frutos ó no; luego en todo caso debe pagar la pension. De aqui mismo se infiere, que pereciendo todo el fundo por terremoto ó por inundacion, cesa la obligacion de pagar la pension, pues de una cosa que ya no existe no hay señor ni tampoco dominio que reconocer; (1) pero permanecerá la obligacion, segun nuestro derecho, con solo que quede salva la octava parte del fundo en que consista el enfiteusis.

Los modos por los cuales se acaba este contrato se deducen de su misma naturaleza. El 1º. es la perdida to-

(1) L. 28 al med.

tal de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2º. es la consolidacion, y asi, sea que el señor directo adquiriera el dominio útil, sea que el señor de este, adquiriera el directo, se acaba el enfiteusis por consolidarse ó unirse en una sola persona ambos dominios. El 3º. por prescripcion, de suerte que si el enfiteuta no paga la pension ó canon el tiempo de diez años estando presente el señor y no reconviniendolo, ó veinte estando ausente, adquirió el dominio por prescripcion. El 4º. es la tardanza en pagar el canon ó pension, en cuyo caso pasando el tiempo prefijado por derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, segun hemos dicho ya. (1) El 5º. es por enagenacion de la finca sin noticia del señor, por cuyo motivo cae en comiso y el señor directo puede retraerla dentro de los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta. (2)

Las acciones que nacen de este

(1) Vease la cit. ley 28. tit. 8. P. 5.

(2) L. 29. tit. 8. P. 5. y ley 13. tit. 11. lib. 5. R. de C. y á Feb. libreria Cap. 5. §. 1. núm. 11.

contrato son dos, y ambas directas, porque uno y otro contrayente queda obligado desde el principio por la naturaleza del contrato; el señor á entregar el fundo, y el enfiteuta á pagar la pension. A mas de esto, como es contrato nominado las acciones tienen su mismo nombre.

§. II.

Del censo reservativo.

Este censo se verifica cuando uno dá á otro una cosa raíz transfiriendo en él, todo el derecho que tiene á ella, esto es, el dominio directo y útil, reservándose una pension anual en frutos ó en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, á quien llaman censatario.

Entre este censo y el enfiteutico hay varias diferencias. La 1.^a que por este se transfieren ambos dominios, directo y útil, y por el enfiteutis solo el útil pasa al enfiteuta, quedando el directo en el concedente. La 2.^a diferencia es, que en el enfiteutis si en dos ó tres años no paga la pension el enfiteuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio

útil al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede asi aunque no se pague la pension en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condicion de que no pagando el censatario en algunos años caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme á derecho. (1) La 3.^a diferencia entre el enfiteutis y censo reservativo es, que en el primero no puede el enfiteuta vender la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso, y á mas de esto está obligado á pagar laudemio del precio de la venta, todo lo cual falta en el censo.

Aunque las tres diferencias ya esplicadas aclaran bastante la naturaleza de ambos contratos, sucede algunas veces que se dude si el contrato celebrado es de censo reservativo ó de enfiteutis. En este caso se deberá decidir la cuestion haciendo una diligente observacion de las circunstancias, y atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato que á las palabras de la escritura, que suelen estar puestas con equivocacion por ignorancia del escribano.

(1) L. 1. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

domino asi útil como directo que tenia antes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo lícito ó ilícito de este censo como veremos despues.

Acerea del modo de fundarse, lo regular es que se concede por cierto precio consistente en dinero contado, y entonces es una verdadera compra y venta, que causa alcabala desde que se celebra. Puede tambien concederse por otros títulos como permutacion, donacion ó en compensacion de algunas obras ó por última voluntad y segun varie el título, variará mas ó menos de naturaleza. Por ahora trataremos de él como fundado mediante compra y venta, asi porque de esta manera es mas frecuente, como porque esplicada su naturaleza bajo de este título facilmente se entenderá lo que se debe decir cuando la fundacion se haga de otro modo.

Se define pues el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias como nuestras leyes, diciendo que es: *una compra por la cual uno dando cierto precio sobre los bienes raices de otro, adquiere derecho de percibir una pension anual*

ó otro rédito semejante, permaneciendo el vendedor del rédito señor de todos sus bienes como antes lo era. Se dice que el derecho se compra dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion como las demas compras, sino que se requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya sea verdadera ó ficta. (1)

En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un rédito ó pension anual, mas no la misma pension, y asi aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se dà dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra, pues no es la pension lo comprado sino el derecho á percibirla.

Se divide este censo por razon de la cosa que se paga, en pecuniario, cuya pension consiste en dinero, y en fructuario, que consiste en frutos como trigo, vino, aceite &c. Pero este censo consistente la paga en frutos, está

(1) En el censo vitalicio la esije verdadera la ley. 8. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

espresamente prohibido por nuestro derecho. (1) Por razon del tiempo en que se hace la solucion, se divide en censo cuya pension se debe pagar cada año ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente, por razon de la duracion se divide en perpetuo y temporal. Estas dos especies se subdividen; el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, por lo cual se le da este nombre, y en redimible que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo al quitar, el cual tambien se llama perpetuo, porque no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que dura cierto número de años: v. g. diez, veinte ó treinta, y en otro que se celebra para un número indeterminado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende, ó de otro alguno, y se llama vitalicio.

Otra division traen algunos del censo consignativo, en personal y real: personal llaman á aquel en que se obliga solamente la persona á pagarlo, sin que se funde ni se deba de cosa alguna. Pe-

(1) L. 4. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

ro esta division es sospechosa, por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion de censo en solo persona y no en cosa, y aunque algunos opinan que el día de hoy están aprobados los tales censos personales por una cédula (1) espedida á consulta de los cinco grémios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de esta cédula solo es aprobar los contratos por los cuales algunas personas principalmente las ineptas para la negociacion daban su dinero á los mercaderes para cierto tiempo en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia. (*) Pero estos

(1) Céd. de 10. de julio de 1784.

(*) Para mayor claridad insertaremos aquí lo dispositivo de dicha cédula de 10 de julio del año de 1784 que dice así. Por los diputados de los cinco grémios mayores de Madrid se representó á S. M. que acostumbraban recibir en la caja comun de la diputacion destinada para el giro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos &c. y otros que destituidos de propia industria lograban por este medio valerse de la de los grémios, obligándose estos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el interm el interés de un tres ó dos y medio por ciento, que en esta posesion y buena fe habian estado muchos años así los grémios como los particulares, con notición.

contratos en realidad no son de censo sino de una cierta especie de compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion dando una pequeña parte de él al que dió el dinero, y tomando para sí lo restante el mercader; por lo que es evidente la justicia de semejante convencion.

En el censo consignativo se deben atender tres cosas que son las principales. La 1.^a es la suerte, ó el precio por el cual se compra, á que llaman *capital*. La 2.^a la pension ó rédito que se paga, y la 3.^a la cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el Papa S

y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza. hasta que modernamente se introdujo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su carácter, y sana doctrina merecien su satisfaccion, para que examinasen muy seriamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiéndolo ejecutado, conformandose con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y sana doctrina, por decreto de 4 de julio de 1764 señalado de su real mano, vino en declarar, para cortar todo motivo de duda, que son legítimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en sus tribunales.

Pío V. por un *motu proprio* espedido el año de 1569, mandó espresamente que consista en dinero contado. Mas aunque este no se recibió en España segun una ley de la Recopilacion, (1) con todo es mas conforme á nuestras leyes que debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son frequentisimos en esta especie de contratos. (2)

Se requiere tambien en el precio que sea justo: esto es que la pension que se ha de pagar sea correspondiente al capital que se entrega y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado con variedad segun los tiempos, y circunstancias de los lugares. En España se ha regulado el tres por ciento y en América el cinco, (3) siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser en el mayor

(1) L. 10. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) La ley 3. del mismo tit. 15. lib. 5. Rec. de donde se saca argumento para probar que debe ser el precio de todo censo en dinero contado.

(3) Ll. 15. y 16. tit. 15. lib. 5. de la Rec. de Cast. y para América la céd. de 13. de marzo de 1786.

el precio, es decir, debe ser menor la pensión, y señalarse con atención á los tiempos y provincias en que se funde.

Por lo que hace á la pensión ó rédito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe consistir tambien en dinero, (1) y aunque en algunos lugares de España se habian fundado en fraude de la ley citada muchos censos con nombre de perpetuos ó irredimibles, en los cuales la pensión no consistía en dinero sino en trigo, vino, ú otros frutos, se mandó por otra ley, (2) que todos estos se reputasen redimibles y así los comprende la citada ley, la que aunque solo habla de los redimibles ó al quitar, parece deberse entender tambien de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir, son tan frecuentes y aun mas graves en ellos.

Mas aunque esta disposicion es utilísima al público y tan general que comprende aun á los censos fundados antes de su publicacion, con todo se halla permitida por otra ley (3) la costumbre de

(1) L. 4. del mismo tit.

(2) L. 7. del mismo tit. 15.

(3) L. 16. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la hubiere, lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

Hay varias condiciones ó pactos que están declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que esplicaremos aqui para mayor inteligencia de esta materia. El 1.º es que el censo se constituya, y funde sobre cosa mueble ó semoviente; y así debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructiferos y permanentes, como son las raices, (1) los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censalista tenga contra quien repetir directamente y sea preferido en ellos á otro acreedor. El 2.º pacto reprobado es, que el censatario deba pagar los réditos anticipados: el cual se prohíbe porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraudes y sospecha de usura, y así cumple el censatario con satisfacerlos luego que esten devengados. El 3.º es, que el impone-

(1) Ll. 1. y 2. tit. 15. lib. 5. Rec. de Cast.

dor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte que aunque la alhaja perezca deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual, y así si la finca perece total ó parcialmente, debe perecer con igual proporcion la renta y extinguirse su capital, y si en parte es infructifera ir en disminucion; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona pertenece al comprador, que es el censualista, el daño que sobrevenga en la cosa. (1)

Otro pacto que se reprueba en este contrato es, el de que no se pueda enagenar la cosa sobre que se impone el censo, y así no se puede quitar ni restringir al censatario la facultad de vender ni enagenar por contrato entre vivos ó última voluntad la cosa siempre que quiera, sin que tenga obligacion de pagar mas pension, sino solamente el mismo rédito; pero si será justo que se ponga la clausula de que no se pueda vender la cosa sin la carga

(1) *Motu propr. de S. Pio V. l. 10.*

del censo, pues de otra suerte el nuevo comprador no tendria obligacion de pagarlo.

La condicion de retracto por la cual el censatario queda con obligacion de avisar un mes antes al censualista que quiere vender la alhaja y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso, porque esta no tiene lugar en el censo enfiteutico. (1)

Falta ahora tratar de los modos por los cuales se extinguen los censos. El 1.º es por destruccion de la cosa, al cual es semejante el 2.º que es por volverse la cosa del todo y perpetuamente infructifera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de ella; pero si la cosa pereciere ó se hiciere infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se extingue el censo por defecto de la cosa, con todo puede el señor del censo repetir el precio y los daños ó perjuicios que se le hayan

(1) l. 6. de la bula de Pio V.

seguido por el descuido ó dolo del poseedor.

Se estingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo. La razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa: porque como el censo sea una carga pegada á la cosa á manera de la servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posee, se sigue que se librárá luego que suelte la posesion de ella. El 4.º modo de acabarse el censo es por proscricion de treinta años, esto es, cuando el poseedor de una cosa sujeta á censo la tiene todo ese tiempo con buena fe, como libre de to la carga, lo que es conforme á la ley de Recopilacion (1) que pide todo ese tiempo para prescribir ó estinguir las deudas que no nacen de mera obligacion personal, sino de mista ó con hipoteca, como es la de censo. Se ecsige á mas de esto la buena fe, porque esta en el día parece necesaria aun en la prescripcion de treinta años.

Esta prescripcion que estingue el

(1). L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

censo, comienza á correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga de los réditos ó pensión: esto es, desde que el acreedor, de ninguno los recibió; porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrato con el acreedor ú otro en su nombre no se podrá decir ni aun comenzada la prescripcion. Ahora, si estinguido el censo por prescripcion, se entienden estinguidas tambien todas las pensiones no solo del primer año, sino de los demas desde que no se pagó; ó si es necesario una prescripcion para cada pensión, es cuestion de grande dificultad: puede decirse á ella, que por la misma prescripcion por la cual se estinguió el censo, se prescribieron tambien las pensiones. La razon es, porque el censo es lo principal ó la raiz y origen de toda la obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que del todo son dependientes de él, y es constante que faltando lo principal falta lo accesorio.

Finalmente, los censos redimibles se acaban por redencion: esto es, cuan-

do el acreedor vuelve ó paga la suerte, capital ó precio que recibió al tiempo de la fundacion, el qual modo es el mas sencillo y natural, pues lo es el que cada cada cosa se disuelva del mismo modo que se contrajo. Es libre pues, el deudor de algun censo redimible para volver el precio que recibió al acreedor, y de este modo extinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino tambien por partes, aun quando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores; y la razon que tienen es, porque las extravagantes de Martino V. y Calisto III. que son muy recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que dieron forma á estos contratos, establecen que se pueda hacer la redencion por partes. Mas porque por el nombre de parte que usan dichas extravagantes se significa la mitad, y la facultad de redimir el censo por partes es contraria á la doctrina comunmente recibida en materia de pagas, en donde se asienta que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del

acreedor, es muy probable, como opinan algunos, que no es licito al deudor de censo redimir parte menor que la mitad del capital.

A mas de esto asientan varios autores, que no solo se puede hacer la redencion del censo por partes, sino que ni aun valdria el pacto de lo contrario, si no es que este gravamen se recompense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razon que tienen es, porque semejante pacto como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio dado, lo qual prohiben severamente nuestras leyes: cuya razon, como que es de bastante peso, debe servir para improbar todos aquellos pactos que por ser demasidamente molestos y gravosos producen el mismo efecto de disminuir el precio, lo que se deberá tener presente en esta materia para que no se haga algun contrato ilicito ó usurario.

Finalmente, se debe advertir que la naturaleza del censo no permite que al acreedor se conceda facultad de obligar al deudor á redimir el censo cuan-

do se le antoje pedirselo, pues admitido esto, el censo degeneraria sin duda alguna en contrato de mútuo, en el qual pasado algun tiempo se puede pedir la cantidad dada para cierto uso, de que resultaria, que las pensiones que se pagasen serian usurarias por no provenir de censo sino de mútuo, en el qual está rigorosamente prohibido llevar algo sobre la suerte principal.

ADICION.

En ninguna parte de la jurisprudencia reina mas confusion que en la presente de censos. Muchas circunstancias han contribuido à sumirla en el caos mas profundo de absurdos y contrariedades; las preocupaciones, las decisiones y cuestiones de los casuistas, y mas que todo las opiniones de los que se han llamado economistas.

En el dia habiendo puesto Smít Say y los demas economistas modernos en su verdadero punto de vista la acepcion de la palabra moneda (pecunia) y habiendo tambien hechoso cargo de lo que se llamaba su esterilidad, es muy facil poner un arreglo en

esta materia, y mas cuando lo reclaman altamente los dueños de fincas à quienes exigen los censualistas el pago puntual de réditos actuales y atrasados, à pesar de que estas tal vez hayan sido destruidas del todo y hayan estado en tiempo de la revolucion en manos ajenas.

La cédula de 11 de marzo de 1819. espedita espresamente para América, ordenaba que se hiciese una junta de hacendados y dueños de censos los que discutiesen y consultasen las medidas convenientes para el caso, diciendo tambien que entretanto se observe la cédula de 31 de mayo de 1815 dada para la peninsula.

La república de Colombia ha dado ya una ley arreglando este asunto, y es de esperar que nuestro congreso se haga cargo de él y de la urgente necesidad de su arreglo.

Siempre deberemos abominar à los hombres que faltando à la humanidad y valiendose de las necesidades extremas de sus semejantes, los sacrifican dandoles dinero por un écorbitante interes; pero no por eso debemos sostener aun esa esterilidad que han dicho de la moneda, y fundar en ella su criminalidad. El dinero es la materia mas

productiva en unas manos industriosas, y por eso segun las doctrinas modernas debemos decir que se dá en arrendamiento como cualquiera otra cosa.

Pueden verse los autos acordados ya citados 18, 19, 20, 21, y 22 del tercer folio de Montemayor y Beleña.

TITULO XXVI.

De la compañía.

El cuarto contrato consensual es la compañía. Pero antes de que veamos su definición, es menester distinguirla de la comunicacion de cosas que tiene alguna semejanza con ella. Se distinguen pues, en que la compañía es contrato, y la comunicacion de cosas *cuasi contrato*, y así para aquella se requiere consentimiento verdadero, y esta puede acaecer aun invitas las partes: v. g. si se dona á Ticio y á mi una casa. Del contrato de compañía nace accion de su mismo nombre, que es meramente personal; mas de la comunicacion de cosas nace la accion llamada *communis*

dividendo, que es mista de real y personal. Supuesta esta distincion, veamos ahora la definicion de este contrato.

Es pues, la compañía un contrato consensual por el cual convienen entre sí los contrayentes en comunicarse sus bienes ó sus obras para utilidad comun. (1) Decimos que es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento, sin que sea necesaria escritura ni otra cosa, de suerte que habrá compañía luego que dos ó mas personas convengan en juntar su dinero, industria, trabajo ú otra cosa precio estimable para su comun lucro, aun quando no se haya verificado la tradicion.

La compañía se divide en universal, general y singular. La primera se verifica quando los sócios convienen en comunicarse todos sus bienes, tanto los presentes como los futuros por cualquier titulo que sean adquiridos. Tal era la sociedad establecida entre los primeros cristianos que habia hecho comunes todos sus bienes, de suerte que ninguno tenia cosa que fuese

(1) L. 1. tit. 10. P. 5.

productiva en unas manos industriosas, y por eso segun las doctrinas modernas debemos decir que se dá en arrendamiento como cualquiera otra cosa.

Pueden verse los autos acordados ya citados 18, 19, 20, 21, y 22 del tercer folio de Montemayor y Beña.

TITULO XXVI.

De la compañía.

El cuarto contrato consensual es la compañía. Pero antes de que veamos su definición, es menester distinguirla de la comunicacion de cosas que tiene alguna semejanza con ella. Se distinguen pues, en que la compañía es contrato, y la comunicacion de cosas *cuasi contrato*, y así para aquella se requiere consentimiento verdadero, y esta puede acaecer aun invitas las partes: v. g. si se dona á Ticio y á mi una casa. Del contrato de compañía nace accion de su mismo nombre, que es meramente personal; mas de la comunicacion de cosas nace la accion llamada *communis*

dividendo, que es mista de real y personal. Supuesta esta distincion, veamos ahora la definicion de este contrato.

Es pues, la compañía un contrato consensual por el cual convienen entre sí los contrayentes en comunicarse sus bienes ó sus obras para utilidad comun. (1) Decimos que es un contrato consensual, porque se perfecciona por solo el consentimiento, sin que sea necesaria escritura ni otra cosa, de suerte que habrá compañía luego que dos ó mas personas convengan en juntar su dinero, industria, trabajo ú otra cosa precio estimable para su comun lucro, aun quando no se haya verificado la tradicion.

La compañía se divide en universal, general y singular. La primera se verifica quando los sócios convienen en comunicarse todos sus bienes, tanto los presentes como los futuros por cualquier titulo que sean adquiridos. Tal era la sociedad establecida entre los primeros cristianos que habia hecho comunes todos sus bienes, de suerte que ninguno tenia cosa que fuese

(1) L. 1. tit. 10. P. 5.

suya solamente. (1) General se llama la sociedad, cuando los socios se comunican entre sí todo lo que adquieren por el comercio, mas no lo que les venga de otra parte ó por beneficio de la fortuna. Tal es la sociedad conyugal. Finalmente, compañía singular es aquella que se reduce á bienes y negocios señalados: (2) y esta es frecuentísima entre los comerciantes.

La compañía se contrae por el consentimiento de los socios, segun hemos explicado ya. Infírese pues, de aquí lo 1.º que vale la compañía desigual: (3) y así v. g. si Ticio lleva á la compañía veinte mil pesos y Sempronio solo diez mil, será tan válida como si cada uno llevase partes iguales. De la misma manera será legítima la compañía aunque uno solo ponga el capital y el otro su trabajo ó industria solamente. Pero acerca de esto se debe advertir, que las obras á que se obligan el socio ó socios, han de ser licitas y ho-

(1) Act. Apost. cap. 4. V. 32.

(2) L. 3. tit. 10. P. 5.

(3) L. 4. tit. 10. P. 5.

estas, de otra suerte no valdrá la compañía: (1) y así, si uno de los socios promete emplearse en engañar a los compradores ó en defraudar los tributos ó alcabalas, aunque logre grandes aumentos de esta manera, no habrá contrato de compañía. (2) Finalmente, no es válida la sociedad llamada leonina, en la cual se pacta que toda la utilidad sea para uno y nada de pérdida, ó al contrario; (3) y se le dió este nombre con alusion á la fabula de Fédro (4) en la cual se cuenta que habiendo hecho compañía un leon con el asno y la zorra para cazar, se llevó él solo toda la presa.

No obstante lo dicho, si alguno ó algunos de los socios fueren mas hábiles ó estuvieren mas instruidos en el manejo y direccion de aquel negocio en que han de comerciar, ó tuvieren mayor trabajo, ó se espusieren á mayores riesgos que los consocios, podrán pactar que les toque mas parte

(1) L. 2. del mismo tit.

(2) Arg. de la ley ya citada.

(3) L. 4. al fin tit. 10. P. 5.

(4) Fab. de Pedr. lib. 1. Fab. 5.

en la utilidad, ó que si hubiere pérdida no les dañe, el cual pacto en estas circunstancias será válido. (1)

Siguese ver la obligacion que tienen los sócios, la cual se reduce á dos capítulos. 1.º Que un sócio para con otro está obligado à prestar cierta diligencia en el cuidado de la cosa comun. 2.º Que la utilidad y el daño, se divida con equidad entre todos los sócios. Por lo que hace á la primera obligacion, se debe notar que el sócio está obligado á la culpa leve; pero con esta advertencia, que para computar dicha culpa leve, no se considera la diligencia que suele poner un buen padre de familias cuidadoso de sus cosas, sino la que el sócio pone en sus propios negocios. (2) La razon es, porque á si mismo se debe imputar su daño ó perdida el sócio que contragere con un hombre descuidado ó negligente.

Es tanta la union que debe haber entre los sócios, que el derecho quiere se vean como hermanos, y asi les conce-

(1) L. 4. tit. 10. P. 5.

(2) L. 7. al fin tit. 10. P. 5.

de el beneficio de competencia: esto es, que por razon de deuda no pueda el uno reconvenir al otro, mas que en lo que pueda, quedándole lo preciso para mantenerse. (1) A mas de esto, si alguno de los sócios tomase alguna cosa de la compañía sin noticia de los demas, no debe ser reconvenido por razon de hurto, á no ser que hubiese pruebas evidentes de ello. (2)

La otra obligacion de los sócios consiste en la igual division de la utilidad y del daño. Pero esto no tiene lugar en la sociedad universal, en la cual no se requiere igualdad; y asi si Ticio tiene de caudal cincuenta mil pesos, y Mevio doce mil, y aquel necesita de gastar dos mil pesos todos los años para el sustento de su familia, y este tres mil, ninguno se puede quejar de la desigualdad del gasto habiendo contraido compañía universal. Mas en la sociedad singular sin duda alguna se debe guardar igualdad, con estas distinciones. 1.ª Que si al tiempo de celebrar el contra-

(1) L. 15. tit. 10. P. 5.

(2) Ley 17. del mismo tit.

to determinaron la parte de utilidad y de daño que les debe tocar, esto es lo que valdra, aunque las partes sean desiguales. (1) Mas si nada se pactó antes, se guardará proporcion geometrica, esto es; quanto mas de capital puso uno, tanto mas llevará de utilidad y de daño. (2) Esta proporcion la sacan los aritmeticos con la regla que llaman de compañia: v. g. si Ticio puso 180, Mevio 90, y Sempronio 30, y con toda esa suma ganaron 150, quanto le tocará á cada uno?

Si uno de los socios pone el dinero ó la materia, y otro el trabajo, participará de la ganancia segun el pacto que preceda, el cual deberá dar la ley; pero disuelta la sociedad nada tomará de la suerte principal, porque nada puso de suyo.

Hemos dicho de que modo se contrae la compañia, y las obligaciones de los socios; veamos ahora como se disuelve. Para esto hay muchos modos. 1.º Por muerte aunque sea de uno de los socios,

(1) L. 4. tit. 10. P. 5.

(2) L. 3. del dho. tit.

y ya sea natural ó civil. (1) 2.º Otro modo es el mutuo disentiemento, por ser cosa muy natural que se disuelva un contrato del mismo modo que se celebró. 3.º El tercer modo es la renuncia de alguno de los socios; pero si esta se hizo antes del tiempo convenido, ó antes de fenecerse el negocio para que se formó la compañia, debe satisfacer á los otros los daños y perjuicios ocasionados por este motivo. (2) (*)

Esta renuncia no debe ser dolosa, pues probada tal, se hacen comunes las ganancias desde aquel dia entre los otros, y las pérdidas son particulares al que renunció con engaño. (3) 4.º El cuarto modo es por acabarse el nego-

(1) L. 10. tit. 10. P. 5.

(2) L. 11. tit. 10. P. 5.

(*) Este modo de disolverse, es particular en el mandato y sociedad, en cuyos contratos puede uno apartarse de la obligacion invito el otro. En el mandato es la razon, porque se elige la industria de la persona, y si esta no se encuentra en la elegida, es necesario revocarlo. En la sociedad milita otra razon, y es porque este contrato es origen de muchas discordias, y asi las leyes favorecen la libertad de cada socio antes que dar ocasion á pleitos y mayores daños. A que se agrega que de ningun provecho seria á los demas de la compañia el tener un socio contra su voluntad.

(3) L. 12. tit. 10. P. 5.

cio á cuyo efecto se contrajo la sociedad, ó el tiempo por que se contrajo. 5.º El quinto es, por hacer cesion de bienes uno de los socios hallándose cargado de deudas. 6.º El sexto por destruccion de la cosa que era objeto de la compañía. (1) Y el último por mala condicion ó genio de uno de los socios, ó por no guardarse los pactos del contrato. (2)

La accion que nace de este contrato se llama *pro socio*, porque de un contrato nominado cual es la compañía debe nacer accion de su mismo nombre. Es directa por ambas partes, porque segun la naturaleza del contrato, desde el principio queda obligado un compañero al otro, y asi se dá esta accion á cada uno, á efecto de conseguir del otro todo aquello á que está obligado por razon de este contrato.

ADICION.

En ninguna parte se puede consultar mejor este contrato de compañía tan usado y

(1) L. 10. tit. 10. P. 5.

(2) Ley 14.

frecuente en el comercio, que en el capítulo 1.º de las ordenanzas de Bilbao; este es el único código de comercio que tenemos, y el aumento que hacemos diariamente de relaciones comerciales, manifiesta la urgente necesidad que hay de un código de leyes que arreglen este importante ramo de la prosperidad de un Estado.

APENDICE.

De la sociedad conyugal.

Esta compañía se introdujo con atencion á la union íntima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura y se estingue con él, sin que tenga lugar en otros, que entre el marido y muger legítimos.

Dicha compañía establecida por las leyes (1) hace que se comuniquen por mitad entre los dos conyuges, todos los bienes que adquieren ambos durante el matrimonio. (2) Diferenciase

(1) Todo el tit. 9. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Ll. 4. y 5. tit. 9. lib. 5. Rec. de Cast. y Ll. 1. y 3. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real.

esta compañía de las demas, por la causa que la produce, la cual no es la convencion, sino la ley. Fuera de esto, la sociedad conyugal á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los conyuges antes del matrimonio, sino solamente los que ganaren despues, y aun de estos se exceptúan algunos, como veremos despues.

En fuerza de esta sociedad todos los bienes que tuvieren y poseyeren marido y muger durante el matrimonio, son y deben reputarse de ambos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente. (1) A mas de esto, todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo bajo cualquier título, lo deben haber por mitad. (2) Tiene lugar esta particion de ganancias y utilidades aun en el caso de que el marido tenga mas bienes de patrimonio que la muger, ó esta mas que aquel: pero siempre quedará la propiedad de donde vinieren los

(1) L. 1. dho. tit. 9. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) Ley 2. dho. título.

frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos. (1)

Asimismo las mejoras que se contraren en cualesquiera bienes de marido ó muger, al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, asi industriales como naturales. (que son las que el tiempo les hubiere dado) son comunicables entre marido y muger, como bienes gananciales.

Pero hay varios casos en que no se comunican á los casados todos, ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El 1.º es por divorcio, pues en este caso el que hubiere dado motivo á él, nada participará de las ganancias. (2) El 2.º cuando cometen delito de lesa magestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos, ó se apartan de la religion católica; pero en estos casos solo el delincuente perderá su mitad, y se reputan por gananciales todos los aumentados hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aun-

(3) Ley 4.

(1) Gomez en la ley 50. de Toro núm. 72.

que este sea de tal calidad que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete. (1) Mas si la muger cometiere adulterio, ó se volviere mora ó judia ó de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su dote y arras. (2) Lo mismo se deberá decir en el caso de que contra la voluntad de su marido se vaya á la casa de algun hombre sospechoso, porque se presume adúltera. (3)

El 3.º cuando uno de los dos adquiere algunos bienes por donacion que separadamente se le haya hecho ó por sucesion por testamento ó *ab intestato* de sus parientes. (4) El 4.º cuando son castrenses ó provienen de salario ó estipulacion militar; pero si estos los adquirieren, ó sirvieren á espensas de ambos, serán comunes, porque son frutos suyos, y estos de cualquier calidad que sean

(1) Ll. 10. y 11. tit. 9. lib. 5. Rec. de Cast. y 6. tit. 26. P. 7.

(2) Ll. fin. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real. 23. tit. 11. P. 4. 5. tit. 17. 6. tit. 25. P. 7. y 11. tit. 9. lib. 5. de la Rec. de Cast.

(3) L. ult. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real y 15. tit. 17. P. 7.

(4) Ll. 1. y 3. tit. 9. lib. 5. Rec. de Cast.

se comunican entre los casados. (1) El 5.º cuando el marido enagena, constante el matrimonio, algunos de los gananciales ó todos, lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su muger, no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener esta uso de su dominio, hasta que su marido muere. (2) Mas si por la enagenacion se prueba que la hace con dolo por damnificarla, se la comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido.

El 6.º cuando la muger vive deshonestamente estando viuda, pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos á los herederos de su marido, y viene á ser lo mismo en efecto que si no los hubiera adquirido. (3) El 7.º cuando la muger renuncia los gananciales antes ó despues de haberse casado. (4) El 8.º cuando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas en las ciudades, villas, lugares ca-

(1) L. 5. de dho. tit.

(2) L. 5. tit. 9. lib. 5. Rec. de Cast.

(3) Ll. 5. y 11. tit. 9. lib. 5. Rec. de Cast.

(4) L. 9. del mismo tit.

sas y heredamientos de su mayorazgo, pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ellas, que como gananciales debia tocarles, ni el del mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. Y el 9.º cuando alguno de los conyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas fructíferas de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella; porque como trae la cosa en pretérito, proviene de la misma porque se adquirió la propiedad, y se consolida con esta; y así no tiene estimacion el usufructo adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro conyuge: pero los frutos que las tales alhajas produjeren, se comunican y deben servir para ayuda á superar las cargas del matrimonio. (1)

Puede tambien pertenecer de algun modo á esta sociedad que hay entre el marido y la muger, lo que disponen varias leyes de la Recopilacion,

(1) Ll. 4. y 5. tit. 9. lib. 5. Rec. de Cast.

pues arreglan el manejo de estos sócios. Lo 1.º que la muger no pueda sin licencia del marido aceptar ni repudiar herencia que le pertenezca sin beneficio de inventario. (1) 2.º Que tampoco pueda celebrar ningun contrato ni cuasi, ni apartarse del ya celebrado sin la dicha licencia, como tampoco presentarse en juicio, teniendose por nulo cuanto haga sin este requisito. (2) 3.º Que pueda el marido dar licencia á su muger para todas las cosas referidas, y que precediendo esta, ó siguiendose por ratihabicion, valga todo lo que hicierre. (3)

TITULO XXVII.

Del mandato.

LA última especie de contratos consensuales es el mandato, cuya naturaleza, divisiones y propiedades investigaremos en este título. Es pues el mandato un contrato consensual por el cual se

(1) Ll. 1. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast.

(2) L. 2. de dicho título.

(3) Ll. 3. y 5. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast.

obliga uno á tratar ó administrar gratis un negocio lícito y honesto que se le ha encomendado por otro. (1) Decimos que es contrato, aunque antiguamente no lo era sino solo un mero encargo que no producía una perfecta obligacion que se pudiese deducir en juicio; pero si era una obligacion imperfecta y hacia contra la honestidad y contra la ley de la amistad el que no cumplia lo prometido á su amigo. Asi se practicó en los principios como refieren algunos. (2) Pero despues aumentando mas y mas la mala fe entre los hombres, fue necesario dar al mandato la naturaleza de un verdadero contrato, y en su virtud conceder accion que se pudiese deducir en juicio. Es pues, un verdadero contrato consensual que requiere el consentimiento de ambos contrayentes, y así el que administra los negocios de otro ignorante no se dice que cumple un mandato ni que esto lo hace en virtud de un contrato, pues no hay con-

(1) Ll. 20. y 25. tit. 12. P. 5.

(2) Hein. en este tit. y en sus Antig. Rom. citan do á otros.

sentimiento sino que solamente interviene un cuasi contrato, á que llama el derecho *negotiorum gestio*. A mas de esto se dice: *que nos obligamos á administrar un negocio honesto que otro nos encomienda en confianza*: porque si no es de esta suerte, por estar el que obedece bajo la potestad del que manda, no será mandato del que hablamos, sino *precepto* que produce obligacion por otros principios. Si no se manda sino que solamente se procura persuadir á otro que haga alguna cosa dejandolo en libertad para hacerla ó no, será *consejo*, el cual no produce obligacion, como ni tampoco la *recomendacion* que se hace en favor de un tercero, no constando de la intencion de obligarse. Finalmente, se añade que ha de ser *gratis*, porque si el negocio ageno se administra por paga no será mandato sino locacion ú otro contrato innominado.

Hasta aquí hemos explicado lo que es el mandato: veamos ahora de quantas maneras puede ser. Uno se llama *expreso*, porque se hace con palabras, ó proferidas con la boca ó escritas, y

otro *tácito* que se colige por hechos que demuestran el consentimiento: v. g. si uno ve que otro administra sus negocios y calla, ó deja que prosiga, es lo mismo que si se lo mandase. Podemos añadir otro tercer miembro, este es el mandato *presunto*, que se colige de la union ó parentesco: v. g. si el marido administra los negocios de su muger, pues aunque no tenga mandato se presume que lo tiene. Pero en estos casos el derecho siempre exige caucion de que lo hecho se tendrá á bien. Se divide tambien el mandato en general, por el cual se cometen á otro todos los negocios que pueden ocurrir; y especial, cuando se comete uno solo. El primero suele darse con libre, franca y general administracion, y con facultad de poder hacer todo lo que el mandante por sí mismo haria ó podria hacer. (1) Puede ser tambien el poder *judicial*, por el cual se encomiendan negocios judiciales; ó *extrajudicial* si se encomendaren negocios domésticos ó extrajudiciales. Se da tambien mandato puro, á

(1) L. 19. tit. 5. P. 3.

ria cierto y bajo de condicion, lo cual es claro por sí mismo.

Ultimamente hay otras divisiones del mandato tomadas del fin que se tiene en él, y así se divide en mandato que solo cede en utilidad del que manda, ó en utilidad del que manda y del mandatario, ó en utilidad de un tercero solamente, ó del mandante y un tercero, ó del mandatario y un tercero.

El primer modo es el riguroso mandato, y es el que cede en utilidad de solo el mandante: v. g. si Ticio encomienda á Cayo que le siga un pleito en juicio. (1) El 2.º modo, cuando el mandato cede en utilidad del que manda, y del mandatario: v. g. si yo mando á alguno que dé mil pesos á usuras á mi, ó á mi mayordomo, para comerciar con ellos: en cuyo caso es manifiesta la utilidad de ambos. (2) El 3.º modo es, cuando el mandato solo se dirige á la utilidad de un tercero: como si yo mandase á uno que se encargue de los negocios de Ticio, ó que

(1) L. 20. tit. 12. P. 5.

(2) L. 22. al princip.

salga por su fiador. (1) El 4.º modo se verifica cuando el mandato cede en utilidad del que manda y de un tercero: como si yo mando á Cayo que compre una hacienda para Ticio y para mí. (2) El 5.º modo se dará si el mandato cediere en utilidad del mandatario y de un tercero: v. g. si yo mando á Ticio que dé á Cayo que intenta comerciar, alguna cantidad de dinero á usura. (3) Finalmente, suele añadirse otra especie de mandato, y es el que solamente se dirige á la utilidad del mandatario; pero este verdaderamente mas es consejo que mandato, el cual de ninguna manera produce accion, sino en el caso de que se dé con dolo: es decir, con la mira ó intencion de perjudicar al que recibe el consejo (4)

Vistas va las divisiones de este contrato, pide el orden, que tratémos varias conclusiones que se deducen de su naturaleza y muestran lo que es jus-

(1) L. 21.

(2) L. 21. cho. tit. 12. P. 5. V. *La tercera.*

(3) L. 22. del mism. tit. V. *La quinta.*

(4) L. 23. tit. 12. P. 5.

to acerca de él: sea pues la I. El mandato solo requiere el consentimiento de ambos contrayentes: y es la razon, porque como hemos dicho es contrato consensual. Pero es necesario añadir dos cosas: la una que regularmente se ecsije que el mandato esté reducido á escritura: mas no porque esto sea necesario para su valor, sino porque de otra suerte no constaría á la otra parte que uno era verdadero apoderado: la otra es, que la ratihabicion se tiene por consentimiento, y se retrotrae al principio del negocio que se practicó sin mandato.

II. El mandato no puede tener efecto sino en cosas licitas, y asi no producirá obligacion siempre que se verse sobre alguna cosa que sea contra las buenas costumbres. (1) V. g. si alguno mandase á un ladron que mate á Cayo: pues aunque este acepte el mandato, no quedará obligado á ejecutar la muerte. III. El mandato no admite paga estipulada, porque degeneraría en locacion: pero sí admite ho-

(1) L. 25. tit. 12. P. 5.

norario: y de aquí es que los procuradores del numero, que hay en los tribunales superiores, son verdaderos mandatarios, aunque no se encarguen de los asuntos gratis. IV. Nada vale lo que obra el mandatario que escede los terminos del mandato; pero sí tiene accion à todo aquello en que no hubo exceso. (1) V. El mandatario por lo regular no puede sustituir, si no es que se le conceda esta facultad. La razon es, porque el que manda escoge la industria de la persona, la cual no se encuentra siempre del mismo modo en el sustituto. VI. El mandatario está obligado à poner toda aquella diligencia que requiere el negocio de que se encomienda, y así deberá aun la exactísima, siempre que admita la administracion de un negocio que con menos diligencia no producirá el efecto que desea el mandante. (2)

El mandato acaba de varios modos, que facilmente se coligen de su

(1) Arg. de la ley 16. tit. 12. P. 5.

(2) L. 26. tit. 5. P. 3. y 20. tit. 12. P. 5. y en ella Greg. Lop. glos. 5.

naturaleza El 1.º es por mutuo disenti-
mimento, pues no hay cosa mas natural
que todo se disuelva del modo que se
figó. 2.º Por revocacion del mandato,
lo cual puede hacer el mandante sin
causa alguna antes de comenzarse
el negocio, y aun despues de comen-
zado; sino es en el caso de que, ó la
parte contraria ó el mandatario mismo
lo contradiga, reputandose infamado
por la revocacion; en cuyo caso, ó no
se deberá revocar, ó deberá alegarse
justa causa, cuales son las que asigna
la ley citada. (1) Mas para evitar plei-
tos con la manifestacion de las causas,
y toda sospecha de injuria, en la prac-
tica se hace la revocacion diciendo:
*que se revoca el poder dado á fulano, dejon-
dolo en su buena opinion y fama, y sin
ánimo de injuriarlo.* Con cuya cláusula
no puede alegar que se le agravia, ni
el mandante tiene necesidad de espres-
sar las causas. (2) 3.º Por renuncia he-
cha por el mandatario, para la cual se
requiere justa causa, aun quando se

(1) L. 24. tit. 5. P. 3.

(2) Febr. adición. P. I. cap. 14. t. 1. núm. 22.

haga antes de principiar el negocio; (1) 4.º Por muerte del mandante. Mas en los mandatarios ó procuradores establecidos para pleitos, está determinado que tanto por muerte del mandatario, como del que manda, se acaba el poder, siempre que la muerte acontezca antes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder antes que muera el poderdante, y la demanda está contestada no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado. (2) De donde se infiere, que despues de puesta ó contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie. Si el apoderado fallece antes de demandar ó contestar, se acaba el mandato; pero ya contestado deben sus herederos seguir el pleito, en caso de ser idóneos. (3)

(1) L. 24. tit. 5. P. 3.

(2) L. 23. tit. 5. P. 3.

(3) Dha. ley 23. en el medio.

Falta explicar las acciones que nacen de este contrato. Estas son dos, directa y contraria, por ser bilateral. La directa se da al mandante contra el mandatario, que es el que primeramente se obliga para que cumpla el negocio pactado, y dé cuentas de su administracion. La contraria se da al mandatario contra el que le mandó, como obligado despues, para indemnizarse de los gastos que haya tenido en la ejecucion del mandato.

TITULO XXVIII.

De las obligaciones que nacen de cuasi contrato.

HABIENDO tratado ya de los contratos verdaderos, siguese ahora tratar de los cuasi contratos. Estos son unos hechos licitos por los cuales quedan obligados aun los ignorantes, en virtud de un consentimiento que el derecho presume, atendida la equidad. Deben ser hechos licitos, porque de los torpes ó ilícitos no nace obligacion de esta naturaleza. Se

haga antes de principiar el negocio; (1) 4.º Por muerte del mandante. Mas en los mandatarios ó procuradores establecidos para pleitos, está determinado que tanto por muerte del mandatario, como del que manda, se acaba el poder, siempre que la muerte acontezca antes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder antes que muera el poderdante, y la demanda está contestada no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado. (2) De donde se infiere, que despues de puesta ó contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie. Si el apoderado fallece antes de demandar ó contestar, se acaba el mandato; pero ya contestado deben sus herederos seguir el pleito, en caso de ser idóneos. (3)

(1) L. 24. tit. 5. P. 3.

(2) L. 23. tit. 5. P. 3.

(3) Dha. ley 22. en el medio.

Falta explicar las acciones que nacen de este contrato. Estas son dos, directa y contraria, por ser bilateral. La directa se da al mandante contra el mandatario, que es el que primeramente se obliga para que cumpla el negocio pactado, y dé cuentas de su administracion. La contraria se da al mandatario contra el que le mandó, como obligado despues, para indemnizarse de los gastos que haya tenido en la ejecucion del mandato.

TITULO XXVIII.

De las obligaciones que nacen de cuasi contrato.

HABIENDO tratado ya de los contratos verdaderos, siguese ahora tratar de los cuasi contratos. Estos son unos hechos licitos por los cuales quedan obligados aun los ignorantes, en virtud de un consentimiento que el derecho presume, atendida la equidad. Deben ser hechos licitos, porque de los torpes ó ilícitos no nace obligacion de esta naturaleza. Se

añade que la obligacion nace en virtud de un consentimiento presunto ó ficto, porque esta es la diferencia que hay entre los contratos verdaderos, y los cuasi contratos; que para aquellos se requiere consentimiento verdadero y estos nacen de presunto, ó fingido por el derecho. Mas como las leyes nada fiingen sin fundamento, esta ficcion lo tiene en la equidad y utilidad, y así daremos tres reglas de las cuales se infiere cuando el derecho puede fingir que alguno ha consentido.

I. *Todo hombre se presume que consiente en aquello que le trae utilidad.* De este fundamento nace la obligacion que el pupilo tiene de indemnizar al tutor de los gastos hechos en la tutela, aun no siendo capaz de consentir por ser infante.

II. *Ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.* De este fundamento nace la obligacion que tiene de restituir aquel á quien se ha pagado algo indebidamente.

III. *El que quiere lo que antecede, no debe dejar de querer lo que es consiguiente.*

Por esta regla queda obligado el maestro de un navio á pagarme el daño que se haya causado á mis cosas, habiendolas recibido para trasportarmelas.

Aunque son muchos los cuasi contratos, aqui solamente trataremos de los principales que son seis. 1.º La administracion de negocios agenos. 2.º La tutela. 3.º La herencia. 4.º La comunicacion de cosas. 5.º La aceptacion de la herencia. 6.º La paga indebida.

I. El primer cuasi contrato es la administracion de negocios agenos. Mas para que se entienda perfectamente que cosa es, darémos su definicion y la esplicarémos consecutivamente. Es pues, *un cuasi contrato por el cual uno recibe gratis la administracion de algun negocio extrajudicial de otro, ignorandolo él.* (1) Se dice que es un cuasi contrato, porque si interviniese consentimiento verdadero y efectivo de ambas partes, este que de su voluntad manejaba el negocio ageno se llamaría mandatario ó procurador, no

(1) L. 26. tit. 12. P. 5.

negotiorum gestor. Se dice que se toma la administracion de algun negocio de otro *ignorandolo él*, porque si el otro tiene noticia de lo que se hace y calla permitiendo que prosiga, será *mandato tacito*. Se añade que ha de ser *negocio estrajudicial*, porque si uno se ofrece à responder por otro en juicio se llama *defensor*; y de aqui es que la muger puede hacer este cuasi contrato, y no puede pedir en juicio por otro. Finalmente debe ser de *su voluntad y gratis*: de otra suerte será esta administracion un negocio inominado que ni será locacion ni contrato *do ut des* pues el ignorante no ha consentido en dar paga.

De este cuasi contrato nace una reciproca obligacion entre el administrador y el ausente: ó por decirlo mas bien, tiene sus peculiares obligaciones cada uno de los dos, las que veremos aqui.

Las obligaciones del administrador son tres. La 1.^a es administrar el negocio ageno utilmente, pues en tanto obliga al ausente é igorante en-

quanto le promueve su utilidad. (1) De aqui es que si uno hizo gastos en la cosa de otro que solo son para deleite y recreacion, no tendrá accion contra él para indemnizarse. (2) Pero si el *negotiorum gestor* hizo gastos que parecia que efectivamente promovian la utilidad del otro y despues no resultó ser asi, con todo eso tiene accion para recobrarlos. (3) 2.^o El administrador de negocios agenos por lo regular está obligado à prestar la culpa leve: esto es, à poner hasta la diligencia media. (4) Mas algunas veces estará obligado hasta la levisima, como en el caso de que hubiese otro mas diligente que se ofreciese à administrar el negocio. (5) Otras veces solo estará obligado à la culpa lata: como si administrase el negocio de otro que estaba del todo abandonado, de suerte que à no ha-

(1) L. 26. y 29. tit. 12. Part. 5.

(2) L. 26. V. E. por ende tit. 12. P. 5. y ley 29 del mism. tit.

(3) L. 23.

(4) Arg. de la ley 30. tit. 12. Part. 5.

(5) L. 24. del mism. tit.

cerlo él, se hubiera perdido. (1) Finalmente, puede quedar obligado aun al caso fortuito; y esto sería si el administrador se metiese en un negocio peligroso, de aquellos que no acostumbraba hacer el ausente: como si entablase comercio marítimo y pereciese la nave, ú otro semejante; pues en todo caso la pérdida será para solo el *negotiorum gestor*. (2) 3.º El administrador de cosas ajenas está obligado á dar cuentas al dueño de lo que haya producido el negocio, deducidas las expensas. (3)

Las obligaciones del ausente son otras tres. 1.ª El administrador de negocios obliga no solo al ignorante, sino aun al que ha de nacer, al furioso y aun en caso de errar en la persona, como si administrase un negocio de Cayo creyendo que era de su amigo Ticio. (4) La razon es, proque aqui no se requiere verdadero consentimiento, sino basta para obligar á otro que

(1) L. 30.

(2) L. 33. del mism. tit.

(3) L. 31.

(4) L. 31. tit. 12. P. 5.

se haya promovido su utilidad, y nadie duda que esta se puede promover en favor del ignorante, furioso, ó del que está por nacer. 2.º No cesa la obligacion del ausente si la utilidad promovida pereciere por caso fortuito: v. g. si yo reedifiqué, ó reparé la cosa de Ticio que amenazaba ruina, este queda obligado á pagarme los gastos hechos, aunque despues la dicha cosa perezca por un incendio. La razon es, porque en los contratos por lo regular no se presta el caso fortuito. 3.º Finalmente, el ausente queda obligado á indemnizar al administrador de los gastos hechos en su utilidad. (1) La razon es la segunda regla ya dada, que ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.

Las acciones que nacen de este cuasi contrato son dos: una directa y otra contraria. La primera se dá al ausente contra el que administró sus negocios, para que dé cuentas, resarza los daños si los hubiere causado,

(1) L. 23. tit. 12. P. 5.

y para todo lo demas á que hemos dicho está obligado el *negotiorum gestor*. La segunda compete al administrador contra el ausente, para que lo indemnice de las impensas necesarias y utiles. &c.

II. El segundo cuasi contrato es la tutela. Esta se puede considerar de diversos modos: respecto de la republica es cargo público: respecto del pupilo que está bajo de ella, es una cualidad de los hombres que no estan bajo de potestad, de los cuales unos estan bajo de tutela ó curatela y otros á nada de esto estan sujetos. Pero si consideramos la obligacion que resulta entre el tutor y el pupilo, veremos que nace de un cuasi contrato porque aunque el pupilo no se puede obligar directamente ni consentir en cosa alguna, con todo aquí se presume que consiente segun la regla 1.^a dada arriba: *todo hombre se presume que consiente en lo que le trae utilidad.*

La accion que nace de este cuasi contrato se llama accion de tutela; la cual es, ó directa ó contraria.

La primera intenta el pupilo y la segunda el tutor: aquel para que se le den cuentas de la administracion, y para que se le resarzan los daños, si los ha habido: este para que se le indemnice. Estas mismas acciones quando se intentan por el menor contra el curador, ó por el curador contra el menor, se llaman utiles: porque todas aquellas acciones que no nacen de las palabras literalmente tomadas de las leyes, sino de interpretacion sacada de su espiritu, se llaman utiles. Finalmente, estas acciones no se deben confundir con la que se da contra el tutor sospechoso, ni contra el que dió malas cuentas, pues aquellas nacen de cuasi contrato y estas de delito.

III. IV. El tercer cuasi contrato es la herencia, y el cuarto la comunion de cosas. Propiamente hablando, una y otra, son derecho en la cosa: esto es, un derecho hereditario y un dominio comun ó que pertenece á muchos: pero la administracion de una hacienda ó de otra cosa comun es cua-

si contrato, porque el que administra, se presume que consiente en dar cuentas con exactitud y en hacer á su tiempo la division, (1) siendo constante que quien quiere lo que antecede debe querer lo que es consiguiente. Asimismo aquel de quien es la herencia ó cosa que se administra, se finge que consiente y se obliga á indemnizar al administrador, porque ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro (2).

V. El quinto cuasi contrato es la aceptacion de la herencia. El heredero pues, por este acto cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios y se presume que se obliga á pagarles sus legados y fideicomisos. (3) Mas á los acreedores del difunto queda obligado en virtud del contrato mismo porque se obligó él, pues representa en todo su misma persona.

La accion que nace de este cuasi contrato se dá á los legatarios y fidei-

(1) Principio del tit. 15. P. 6. y L. 6. del dho. tit.

(2) Dha. ley 6. al fin,

(3) L. 3. tit. 9. P. 6.

comisarios y á todos aquellos á quienes se debe algo por el testamento, contra el heredero que aceptó la herencia, para que les pague qualquiera cosa que les toque en su virtud con sus frutos y acciones.

VI. El ultimo, es la paga indebida, la cual es un cuasi contrato por el cual uno que por error de hecho ha pagado algo que ni aun naturalmente debe, se presume que obliga al otro á la restitucion de lo que por ignorancia recibió. (1) Se dice que es un cuasi contrato, porque como ninguno se presume querer enriquecerse con detrimento de otro, el que recibe queda obligado á la restitucion de la misma manera que si hubiese recibido á mútuo.

Mas para que haya lugar á la repeticion de lo pagado indebidamente se requieren tres cosas, que se deducen de la definicion dada: estas son: 1.^a en el que paga ignorancia: 2.^a que lo pagado no se deba; y 3.^a en el que recibe buena fe. Por lo que hace á lo primero hemos dicho que en el que

(1) L. 28. tit. 14. P. 5.

paga se requiere ignorancia; porque si á sabiendas paga lo que no debe se presume que dona. (1) Mas la ignorancia puede ser de derecho ó de hecho: el que paga por ignorancia de derecho no puede repetir en castigo de faltar á la obligación que todos tienen de saber las leyes; sino es que sea soldado, muger, menor de 25 años ó labrador, que están escusados. (2) El que pagó por ignorancia de hecho tiene repetición, porque en esto puede cualquiera padecer engaño. (3)

Se requiere en segundo lugar que la paga sea indebida. Mas una cosa puede ser indebida, ó porque aunque se debe naturalmente no se debe por derecho civil; ó porque aunque se debe por este derecho, no se debe por el natural; ó porque de ningún modo se debe. En el primer caso no se puede repetir lo pagado, porque el que recibió tiene justo derecho de retención, (4) lo cual no su-

(1) L. 30. tit. 14. P. 5.

(2) L. 31. tit. 14. P. 5.

(3) Arg. de la ley 31. ya cit.

(4) Arg. de la ley 31. ya cit.

cede en los dos posteriores, y por eso se concede repetición.

Finalmente, en el que recibe ha de haber buena fé; pues si sabe que nada se le debe y con todo recibe, es ladrón; aunque por ser esto difícil de probar no se le reconvenirá con la acción de hurto, sino con la de este cuasi contrato, que se llama *condición* ó acción para cobrar lo pagado indebidamente.

TITULO XXIX.

Por medio de que personas se adquiere la obligación.

Este título es el mismo que el IX. del libro II. pues por las mismas personas por quienes adquirimos las cosas adquirimos las obligaciones; por lo cual se omite tratar de él por no haber otra cosa que añadir.

TITULO XXX.

De los modos de desatarse las obligaciones.

HEMOS concluido ya la materia de contratos; mas como no solo importa saber como se contraen las obligaciones sino tambien como se disuelven despues de contraidas; siguese ahora tratar de esto en el ultimo título de este libro.

Toda obligacion se quita, ó *ipso jure* ó mediante alguna escepcion. Se dice quitarse una obligacion *ipso jure*, quando el modo de disolverla surte su efecto desde el instante en que ecsiste, sin necesidad de que se oponga escepcion alguna: v. g. en la compensacion. Por el contrario: se quita la obligacion mediante escepcion, quando no se disuelve hasta el momento en que se opone: v. g. la deuda contraida por un hijo de familia que recibió á mutuo. En este título se trata de los modos de disolverse la obligacion *ipso jure*. Estos son de dos maneras: ó comunes á todos los contratos, ó propios peculiares de algunos:

v. g. la paga es comun á todos los contratos, y asi de este modo se acaba la obligacion del mutuo, comodato, compra &c. Por el contrario: por el mutuo disentiimiento solo se desatan los contratos consensuales: la razon es, porque no hay cosa mas natural como que todo se disuelva del modo que se unió. Los modos comunes de disolverse los contratos son seis. 1.º La solucion ó paga. 2.º La compensacion. 3.º La confusion. 4.º La oblacion y consignacion. 5.º La destruccion de la cosa; y el 6.º La novacion. (1) Entre los propios no contaremos mas que el mutuo disenso, porque el darse por recibido de la cosa que llamaban los antiguos *acceptilacion*, puede tener entre nosotros lugar en todos los contratos.

El primer modo de quitarse cualquiera obligacion, es la solucion ó paga, la cual es: *una verdadera entrega de aquello que se contiene en la obligacion.* (2) Se requiere una verdadera entrega, para que se distinga de la compensacion: porque

(1) L. 2. tit. 14. P. 5.

(2) L. 1. y 5. tit. 14. P. 5.

aunque dice un proloquio de derecho, que *compensar es pagar*, se entiende en cuanto al efecto, el cual es el mismo que cuando realmente se paga. Pero hablando en rigor la compensacion no es la paga de que aqui hablamos, porque no se presta materialmente lo que en virtud de la obligacion se debe.

Pueden pagar todos aquellos que tienen la libre administracion de sus bienes. De donde se sigue que el pupilo es incapaz de hacer paga. Mas para el valor de la paga importa poco que uno pague por sí ó por otro, ya sea ignorante ó iuvito, (1) pues siempre se estingue la obligacion. Es verdad que el que paga por uno que contradice no tiene accion contra él por la cantidad que paga; pero la tendrá si el acreedor le cede sus derechos. A mas de esto, la paga se debe hacer de aquello que precisamente se debe y no una cosa por otra, si no es que consienta el acreedor. (2) En tercer lugar se debe pagar toda la deuda de una vez, y ninguno de-

(1) L. 3. al fin V. E non tan solamente tit. 14. P. 5.
(2) Dicha ley 3. en el principio.

be ser forzado á recibir paga hecha por partes, por varios inconvenientes que traen estas pagas. Uno de ellos es la facilidad con que se disipa el dinero recibido en porciones menudas. Se debe tambien pagar en el lugar y tiempo que se trató, y el que paga mas tarde ó de otra suerte de como se convino, queda obligado á pagar á su acreedor los daños y perjuicios. (1)

Finalmente el efecto que produce la paga hecha como hemos insinuado, es estinguir al momento toda la obligacion del deudor para con su acreedor, y como cesando la obligacion principal deben tambien cesar las accesorias; se sigue que quedan tambien libres los fiadores, prendas é hipotecas si las hubiere. (2)

El 2.º modo comun á todas las obligaciones es la compensacion, la cual no es otra cosa que contrapesarse la obligacion del deudor con la del acreedor. (3) Veamos ahora sus requisitos y su

(1) Ll. 3. y 8. del mismo tit.
(2) L. 1. tit. 14. P. 5.
(3) L. 20 del mismo titulo.

efectos. Los requisitos son tres. 1.º Que una y otra deuda sea eficaz, líquida y pura: porque una deuda eficaz é innegable no se puede compensar con otra ineficaz ó acerca de la cual se pueden poner escepciones: como tampoco una líquida y determinada con otra ilíquida, ni una pura con otra condicional; porque en todos estos casos es incierto si se debe ó á lo menos quanto se debe. (1) El 2.º que una y otra deuda tengan estimacion determinada; por lo qual un genero con otro no se pueden compensar: v. g. Ticio me debe un libro, yo á él un caballo: en este caso no podrá tener lugar la compensacion. El 3.º que uno mismo sea deudor y acreedor; y asi, si mi hermano debe á Ticio cien pesos y yo le debo á él otros tantos, no podrá haber compensacion, porque no es uno mismo el deudor y acreedor. (2) El efecto de la compensacion es el mismo que el de la paga: pero si las deudas son de diversa cantidad, la deuda mayor se dis-

(1) Dicha ley 20. al fin.

(2) Ll. 21. tit. 14. P. 5.

minuye todo aquello que importa la menor: v. g. Ticio me debe mil pesos y yo á el seiscientos: en este caso por la compensacion se disminuye la deuda de Ticio á cuatrocientos pesos, los cuales solamente tendrá que pagarme.

El 3.º modo de quitarse la obligacion es la confusion, por la qual entendemos aqui, el caso en que se junten en una misma persona los derechos de acreedor y de deudor. Que en este supuesto se desata la obligacion, es claro: porque ¿quién podrá ser deudor y acreedor de sí mismo? Este caso se puede figurar en la herencia: v. g. Ticio me debe mil pesos: al tiempo de su muerte me instituye por heredero en su testamento: si yo acepto la herencia, por el mismo hecho me hago acreedor de mí mismo, porque como heredero sucedo en todos los derechos y obligaciones del difunto. Lo mismo puede suceder en la sociedad universal, y tambien se acabará la obligacion,

El 4.º modo por el qual se puede quitar toda obligacion, es la oblacion y consignacion de la deuda. Este ten-

drá lugar siempre que el acreedor sea moroso en recibir la cantidad adeudada, ó porque no quiere ó porque no puede: v. g. uno me vendió á mí una casa en diez mil pesos con calidad de reconocerlos á usura mientras no se los pagase: pasado algun tiempo le ofrezco el dinero, y el no lo quiere recibir por continuar percibiendo las usuras: en este caso puedo usar de la oblacion y consignacion. Esta pues es, un modo de quitarse la obligacion por presentar el deudor al juez y depositar toda la suma que debe á su acreedor, á quien la ha ofrecido en lugar y tiempo conveniente, y no ha querido ó no ha podido recibirsela. (1) Se requiere pues, que se haya ofrecido el dinero al acreedor en tiempo y lugar conveniente y que este no lo haya recibido: y que dicho acreedor sea citado por el juez para que vea depositar y guardar el dinero. El efecto que produce este acto es: 1.º que el deudor queda libre de toda obligacion como si hubiese pagado. 2.º Que cesan de correr las usuras. 3.º Que si

(1) L. 8. tit. 14. P. 5.

por algun caso se pierde el dinero en el dicho depósito, no se pierde para el deudor sino para el acreedor. (1)

Siguiese la destruccion de la cosa, por la cual se acaba toda obligacion indistintamente, proceda del contrato que procediere. Pero es menester hacer distincion en la cosa que se debe, para saber como y cuando se quitará la obligacion de este modo. La cosa adeudada puede ser género, v. g. un caballo: ó especie, v. g. tal caballo: ó cantidad v. g. cien pesos. Si se debe género ó cantidad, la pérdida ó destruccion de la cosa no libra, porque el género y la cantidad nunca perecen. Pero si se debe una determinada especie, v. g. esta casa, ó tal caballo de la caballeriza, pereciendo dicha especie se estinguió la obligacion. (2) La razon es, porque lo que ya no ecsiste es imposible entregarlo. Se exceptúa el caso de que la cosa pereciese por dolo ó culpa del deudor, ó si este fuese moroso en entregarla, pues

(1) L. 8. ya citada al fin.

(2) L. 9. tit. 14. P. 5.

entonces deberá pagar la estimacion de la cosa perdida. (1)

El 6.^a y último modo comun de quitarse las obligaciones es la novacion, que no es otra cosa que una trasfucion ó traslacion de la primera deuda y obligacion, en otra nueva obligacion, civil ó natural sin intervencion de nueva persona, de suerte que la primera queda estinguida, y libres la hipoteca y prendas ligadas á ella, y cesan ó dejan de correr los intereses en ella pactados, estando hecha legítimamente. (2)

La novacion es de dos maneras; una que se llama voluntaria y otra necesaria: la primera es la que se hace por voluntad de los contrayentes mediante alguna convencion: v. g. convenimos en que el dinero que tengo en depósito lo tenga á mutuo: aqui ninguno nos precisa á novar y asi esta novacion es voluntaria. La necesaria es la que se hace en juicio por la *litis contestacion*, la cual se llama *aumentativa ó cumulativa*, porque no estingue la obligacion prime-

(1) Dicha ley 9.

(2) L. 15. tit. 14. P. 5.

ra, antes bien la robustece y fortifica mas v. g. debo cien pesos en virtud de mutuo: se presenta el acreedor contra mi para que se le pague: se me manda contestar el pleito: contestandolo yo se hace novacion, y debiendo antes solamente por mutuo, comienzo ya á deber por el cuasi contrato de la *litis contestacion*; y asi cuando se me haya condenado á pagar no se me reconvendrá por el actor con la accion de mutuo, sino con la accion de cosa juzgada. (1)

Para que se entienda haber novacion, es menester que los contrayentes lo espresen claramente; y asi porque uno se obligue de nuevo á pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmarlo mas, añadiendo obligacion á obligacion. En consecuencia de esto, no se hace propiamente novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato á menos que se pacte espresamente. (*)

(1) Véase á Febr del Juic. Exec. lib. 3. cap. 2. §. 4. núm. 220. á 222.

(*) Esta especie de novacion se llama con delegacion. Comunmente dividen á la novacion en una

Siguense ahora los modos peculiares de disolverse algunos contratos. Entre estos ponian los antiguos la *acceptilacion*, y el mutuo disenso. Por *acceptilacion* entendian el darse uno por recibido de lo que se le debe y perdonarlo al deudor, el cual se puede tener en el dia por modo de disolverse qualquiera obligacion, no solo las verbales como querian los romanos: de suerte que entre nosotros lo habrá mas modo peculiar de quitarse algunas obligaciones que el mutuo disenso.

Este no es otra cosa, que una conque se hace sin delegacion y otra con ella. La primera se hace quando permanece el mismo deudor y acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion. La segunda es quando se muda la persona del deudor. La novacion sin delegacion se puede verificar de tres modos: 1. mudando la especie de obligacion, v. g. debia antes cien pesos por deposito y ya los debo por mutuo: 2. añadiendo, ó quitando alguna cosa á la primera obligacion, v. g. antes debia yo cien pesos sin usuras, ahora prometo los mismos con usuras: 3. si nada se muda sino solamente se remueva la primera obligacion. La novacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sí la obligacion, de suerte que queda enteramente libre el deudor principal, y esta es la que se llama *expressio*. Veanse algunos casos de novaciones menos propias que trae Febrero en el lugar ya citado número 223.

vencion contraria á la primera, que todavía no se habia cumplido por ninguna de las dos partes: v. g. habia yo convenido con Ticio en que le compraria tal cosa en dos mil pesos, y despues nos apartamos uno y otro del contrato celebrado, este será mutuo disentimiento. Todo esto es claro, y no hay mas que advertir sino que de este modo se desatan los contratos consensuales antes de cumplirse por ninguna de las dos partes, pues aunque pueden apartarse aun en el caso de haberse entregado la cosa y el precio, esto mas es hacer un nuevo contrato que disolver el primero.



INDICE

DE LO CONTENIDO

EN ESTE TOMO.

TITULO I. AL XIII. De la sucesion ab intestato.....	PAG. 3
§. I. De la sucesion de los descendientes.....	5
§. II. De la sucesion de los ascendientes.....	11
§. III. De la sucesion de los colaterales.....	14
Adicion.....	23
TIT. XIV. De las obligaciones.....	id.
TIT. XV. De los contratos reales.....	37
Adicion.....	53
Apéndice. De la hipoteca.....	54
Adicion.....	61
TIT. XVI. De las promesas ú obligaciones de palabras.....	62
TIT. XVII. De la obligacion correal.....	70

TIT. XVIII. De las promesas de los siervos.....	72
TIT. XIX. De la division de las estipulaciones.....	73
TIT. XX. De las promesas inútiles.....	74
TIT. XXI. De la fianza y fiadores.....	77
Adicion.....	90
TIT. XXII. De las obligaciones de letras.....	id.
Adicion.....	95
TIT. XXIII. De los contratos consensuales.....	id.
TIT. XXIV. De la compra y venta.....	97
§. I. De las condiciones ó pactos que se pueden poner en la celebracion de la compra y venta.....	124
§. II. Del retrácto ó tanteo.....	128
§. III. Del trueque ó cambio.....	134
Adicion.....	136
TIT. XXV. De la locacion conduccion.....	139
Adicion.....	149
Apéndice. De los censos.....	id.
§. I. Del censo enfiteutico.....	150
§. II. Del censo reservativo.....	156
§. III. Del censo consignativo.....	159
Adicion.....	174

TIT. XXVI. De la compañía.....	176
Adición.....	184
Apéndice. De la sociedad conyugal..	185
TIT. XXVII. Del mandato.....	191
TIT. XXVIII. De las obligaciones que nacen de cuasi contrato.....	201
TIT. XXIX. Por medio de que per- sonas se adquiere la obligación....	213
TIT. XXX. De los motivos de desa- tarse las obligaciones.....	214



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

U
E NUEV
BLIOTE