

al sobreviviente licencia ó su beneplácito para contraér segundo matrimonio. Y si lo contraxese de consentimiento de sus mismos hijos, á quienes habia de aprovechar la reservacion, como prueba Gomez al *n. 6. de d. l. 14.* Azevedo en *d. l. 4. n. 36.*, en donde disputa si bastará que el consentimiento sea tácito, inclinando á la afirmativa en el caso de que estuviere comprobado por algun hecho. En estos casos la muger, que por haber contraído el segundo matrimonio, se consideraba fructuaria de estos bienes, adquirirá su propiedad, Gomez *d. n. 3.* Azevedo en *d. l. 4. n. 36. (1)*. Y conservará el usufruto, aunque sus hijos del primer matrimonio sean casados y velados, como lo prueba Azevedo en *d. l. 4. n. 35.* Si la muger sin haber contraído segundo matrimonio, viviera después de viuda luxuriosamente, es cuestion si tenia ó no lugar la reservacion. Antonio Gomez en *d. l. 14. n. 16.* está por la negativa; pero inclinamos algo mas á la afirmativa que defiende Azevedo en *d. l. 4. n. 10.* y siguientes. Uno y otro alegan sus razones.

(1) *Auth. Sed et si eod. lib. 2. Digest.*

TITULO IX.

DE LAS OBLIGACIONES

Y CONTRATOS EN GENERAL,

Y TRANSACCIONES.

Tit. 16. lib. 5. de la Recop. (1).

1. Qué sea obligacion, y su division en tres especies.
2. 3. Qué sea nudo pacto: qué sea contrato, y tres divisiones de contratos.
4. De los pactos reprobados.
5. Qué sea transaccion, y cuándo puede tener lugar.
6. 7. Quiénes pueden transigir, y de qué cosas no se puede.
8. De la transaccion sobre delitos.
9. La transaccion es de interpretacion estrecha.
10. Causas por las cuales puede rescindirse la transaccion, y si lo es la lesion enorme ó la enormísima.

(1) *Tit. 14. lib. 3. Inst. et tit. 15.*

LA l. 5. tit. 12. P. 5. nos pone una division de obligaciones en civil y natural juntamente, y en natural sola ó meramente, diciendo, que por la primera quedamos obligados de manera, que podemos ser apremiados á cumplirla, aunque no queramos; y por lo contrario no podemos ser apremiados en juicio al cumplimiento de la segunda, aunque naturalmente debemos hacerlo. Puede ademas considerarse otra especie de obligacion meramente civil, á la que le falta la equidad, y por ello no se le puede acomodar el nombre de natural, cual es la que nace de un contrato celebrado con fuerza, de la que habla la ley 56. tit. 5. P. 5. Explicaremos los efectos de las tres; y advertimos desde luego, que cuando se pone simplemente el nombre *obligacion*, se entiende la primera, por la debilidad de las otras dos, y por ser la del uso frecuente en los tratos y negocios de los hombres, y se puede definir diciendo ser: *Vínculo del derecho que nos tiene ligados, á dar ó hacer alguna cosa, de manera que podamos ser eficazmente apremiados á cumplirlo* (1). La natural puede tambien lla-

(1) *Princ. Inst. de oblig.*

marse *vínculo*, pero de sola equidad, sin que produzca apremio ó accion contra el obligado, y solo impide alguna vez la repeticion de lo que se paga, debiéndose naturalmente, como veremos en su lugar. La meramente civil produce accion, atendido el rigor del derecho; pero tan débil, que lo que se hace en su virtud, se deshace con facilidad, d. l. 56, y de ahí es, que puede considerarse que no la produce. Nace la obligacion natural de los contratos que celebran personas, que sin embargo de tener algun juicio, son de circunstancias tan débiles, que el derecho no ha querido darles fuerza obligatoria: cuales son los que hacen por sí sin autoridad del tutor los pupilos próximos á la pubertad, los de fianzas que otorgan las mugeres, y de préstamo los hijos que están en la patria potestad, segun de ello hablaremos mas adelante. Y nace tambien de los beneficios recibidos, pues quien les recibe tiene obligacion natural y de equidad de ser agradecido, si quiere ser tenido por hombre de bien y de honor.

2 Segun las leyes romanas la principal fuente de estas obligaciones naturales

438. NOTA LIBRO II. TITULO IX. DE PACTIS
eran los nudos pactos, á los cuales no con-
cedian fuerza de producir accion (1), si
solo obligacion natural. Pero segun las
nuestras, de todo pacto serio nace obliga-
cion civil y accion, l. 2. tit. 16. lib. 5. de
la Recop, á excepcion de algunos reprobados,
que luego expresaremos. Tienen pues
entre nosotros la misma fuerza que las fa-
mosas estipulaciones de los romanos, de lo
que trataremos, hablando de las obligacio-
nes verbales, notando la notable diversidad,
que nace de su diferente modo de con-
traerse, aplicable á toda la especie de con-
tratos. Pacto en general es: *Convencion ó con-*
sentimiento de dos ó mas, de dar ó hacer al-
guna cosa (2), y se divide en nudo y no
nudo. Nudo es aquel: *Que se contiene en los*
límites de convencion, sin pasar á ser contrato;
y no nudo, ó por un solo nombre contra-
to es: *Convencion que tiene nombre cierto, ó*
faltando este, causa civil de obligar; y de ahí
es, que los contratos se dividen en nomi-
nados é innominados; y sea esta la I. divi-
sion. Nominados son los que tienen nom-

(1) L. 10. C. de pact. (2) L. 1. §.
2. de pact.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 439.
bre propio, como venta, compañía; é in-
nominados los que no lo tienen, y son de
cuatro especies, *doy para que des, doy para*
que hagas, hago para que des, hago para que
hagas, l. 5. tit. 6. P. 5. (1); y este dar,
ó hacer es la causa de obligar, que hemos
expresado en la definición. En estos con-
tratos el que cumplió por su parte, tiene
derecho de escoger, ó bien apremiar al
otro, que lo cumpla por la suya, ó que pa-
gue los perjuicios que le ha ocasionado de
no cumplirlo, y debe ser creído por su ju-
ramento con la tasa del Juez, d. l. 5.

3 II. division de contratos en unilaterales
y bilaterales. Se llaman unilaterales
aquellos, en que uno solo de los contrayen-
tes queda obligado, cual es el préstamo ó
mutuo, en que solo se obliga el que lo re-
cibe; y bilaterales, en que ambos lo es-
tán, como la compra, locacion ó arrenda-
miento; y adviértase haber algunos, que
al principio solo se obliga uno, y despues
por incidencias se obliga otro, como el co-
modato y depósito, segun explicaremos ha-
blando de ellos. III. division, que nace del

(1) L. 5. de prescript. verb. (1)

440. NOTA LIBRO II. TITULO IX. DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS.
diferente modo de contraerse ó perfeccionarse en consensuales, verbales, reales y literales, segun se perfecciona por nudo consentimiento, palabras, entrega de cosa ó escritura, como lo irémos notando, cuando hablémos de cada uno de ellos. De todos los contratos nace obligacion (entenderémos siempre la civil y natural), porque las causas ó fuentes principales y regulares de esta son contrato, quasi contrato, delito, ó quasi delito, y en nuestra España el pacto serio y deliberado, porque segun la famosa ley 2. tit. 16. lib. 5. de la Recop, queda obligado el que de cualquier manera parezca que se quiso obligar á otro, aun entre ausentes. Ademas hay otras causas irregulares, que las dicta la equidad ó algun respecto hácia el bien público. De estas nace la obligacion que tenemos de exhibir la cosa que alguno pide como suya, y la que tiene de pagar el duplo de los materiales agenos, el que los puso en su edificio. El célebre Jurisconsulto romano Cayo dixo, que estas nacia de varias figuras de causas (1).

(1) L. 1. de oblig.

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 441.

4. Es menester advertir aquí, que hay algunos pactos reprobados por el derecho, y que por lo mismo están muy léjos de poder producir obligacion, como son: I. El que suele llamarse con el nombre latino de *quota litis*, esto es, el que hace el que ha de litigar con su Abogado, de darle cierta parte de la cosa que ha de ser asunto del pleyto: el cual ademas de no valer, imposibilita al Abogado de poder abogar por otro como á infame, l. 14. tit. 6. P. 3. (1). II. El que llaman *antichreseos*, esto es, el que se hace para que el acreedor, que tiene alguna cosa del deudor á peños, perciba sus frutos miéntras la tuviere, porque todos deben ser del deudor, l. 2. tit. 13. P. 5. El derecho canónico tambien lo ha reprobado como usurario, capp. 1. y 2. de usur. capp. 4. y 6. de pignor. en las Decretales de Gregor. IX. III. Generalmente los que se hacen con dolo ó por fuerza, y contra las leyes y buenas costumbres, l. 28. l. 38. tit. 11. P. 5. (2), á los cuales creemos pueden referirse algunos, que expre-

(1) L. 53. de pact. l. 5. C. de postul.

(2) L. 7. §. 7. l. 28. de pact.

samente reprobáron las leyes romanas, y no hallamos expresados en las nuestras, como el que hace el enfermo con el médico de pagarle mas de lo que le corresponde (1), y los de la futura sucesion de uno que vive, sin su consentimiento (2). De cuyos pactos trata lata y pesadamente Antonio Gomez en la *ley 22. de Toro.*

5 Transaccion ó concordia es una especie de contrato innominado, como lo reconoció Gregor. Lop. en la *glosa 1. de la ley 5. tit. 6. P. 5.* y lo prueba latamente Valeron *de transact. tit. 1. quæst. 3. y 4.* porque no puede haberla sin que los transigentes se den, reciban, ó remitan mutuamente alguna cosa (3). Es: *Decision convenida, no gratuita de cosa dudosa.* Se dice *decision*, porque decide ó termina los pleytos, y por ello la recomiendan mucho las leyes y sus intérpretes: *convenida*, porque se hace por convencion de las partes: *no gratuita*, por lo que hemos dicho, que no se hace sin dar y recibir: *de cosa dudosa*, esto es, de cosa de que ya hay pleyto ó amenaza,

(1) *L. 9. C. de Profes. et Med.* (2) *L. ult. C. de pact.* (3) *L. 38. C. de transact.*

ó puede haberlo. No solo puede hacerse especial de la cosa que se litiga, sino tambien con ocasion de esta disputa, generalmente con extension á todos los pleytos ó desavenencias, que puedan tener entre sí los litigantes (1). Pero sino hubiese controversia alguna, no podrá hacerse con esta generalidad, para evitar que se finjan pleytos que no puede haber, y con este motivo se saque dinero á los incautos, Valeron *tit. 2. quæst. 1. n. 22. (2).*

6 Como la transaccion es especie de enagenacion, claro está, que no pueden hacerla aquellos que no pueden enagenar, como los furiosos, pródigos, mentecatos, infantes, impúberes sin autoridad de sus tutores. De los procuradores dice expresamente la *ley 19. tit. 5. P. 3.* que puede transigir el que tuviere poder especial para ello; y tambien el que le tenga general, libre y lleno, para hacer cumplidamente todas las cosas en el pleyto, que el mismo otorgante podria hacer, ó como suele decirse, el que le tuviere concedido con li-

(1) *L. 9. l. 12. de transact.* (2) *L. 8. §. 20. eod.*

bre, franca y general administracion. Pero advierte bien Gregor. Lop. en las *glosas* 8. y 9. de esta ley, que aunque concede indistintamente esta facultad á tales procuradores generales, no debe entenderse en aquellas cosas, que serian muy perjudiciales á los otorgantes, por el abuso de los escribanos que suelen poner estas palabras de su bolsillo, segun su estilo, ignorándolo los otorgantes; y de esta misma opinion son Covarrub. 1. *var. resol. cap. 6. n. 3.* y Valeron de *transact. tit. 4. quæst. 5. nn. 27. y 28.*, citando á otros muchos. Y con efecto vemos, que en la práctica para evitar esta duda y peligro, ninguno quiere transigir con procurador, que no tenga poder especial.

7 Se puede transigir de todas las cosas dudosas, á excepcion de algunas, de las que absolutamente no se puede, ó solo se permite baxo ciertas limitaciones. En primer lugar no puede transigirse, ni vale la transaccion que se hiciere sobre lo que se manda en algun testamento; sin abrirse y verse este; porque podria acaecer que recibiesen engaño los otorgantes en la composicion que hicieren ántes, *l. 1. tit. 2. P. 6.* Y creemos tener lugar esta doctrina tam-

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 445.
bien en el caso, que los otorgantes renunciaran la vista del testamento; porque la ley prohibitiva no se puede renunciar, y esta prohibicion se ha establecido para evitar engaños. Tampoco puede transigirse de los alimentos futuros, que se deben por testamento, sin autoridad del Juez. Varias leyes romanas lo establecieron expresamente, fundadas en diferentes razones, siendo la principal el precaver que fuese engañado el alimentario, cediendo los alimentos de alguna consideracion, por un muy pequeño don de presente, y viéndose sin poder comer, contra la voluntad de quien los dexó (1). Y aunque no hallamos establecida en las nuestras esta sentencia, nos ha parecido notarla aquí, por defenderla todos nuestros autores, y estar recibida en la práctica, por las equitativas razones que la persuaden, Valeron de *transac. tit. 3. quæst. 3.* Castillo de *alimentis cap. ult.* en donde citan á otros muchos. No pertenece á los alimentos pasados, ni á los debidos por contrato, por cesar en ellos las razones que ocurren en los presentes (2), los mismos

(1) *L. 8. de transact.* (2) *L. 8. C. eod.*

Val. y Castillo en los lugares citados. Y el Juez no debe conceder su permiso sin conocimiento de causa (1).

8 En cuanto á delitos, es cosa cierta que sobre futuros no puede transigirse, ni hacerse pacto alguno (2); porque se presentaría asa ú ocasion para delinquir. Sobre los pasados, se ha de distinguir si se trata de ellos civil ó criminalmente. Si lo primero, puede otorgarse transaccion, porque tratándose entónces solamente de intereses pecuniario, no aparece razon que pueda impedir la (3): pero podrá el Juez imponer al reo que transigió, la pena que corresponde al delito, porque lo confiesa transigiendo, *l. 22. tit. 1. P. 7*, que exceptúa el delito de falsedad, el cual no se entiende confesar el que transige sobre él. Y añade, que si el que transigió, pagando algo á su contendor ó acusador, lo hizo sabiendo no tener culpa, para libertarse de la vexacion de seguir el pleyto, y esto lo pudiese probar, no debe pena alguna, ni se entiende que confesó el delito; antes bien deberá

(1) *D. 1. 8. de transact.* (2) *L. 54. §. ult. de furt.* (3) *L. 38. tit. II. P. 5.*

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 447.
pagar el acusador el cuádruplo de lo que recibió, si se lo piden dentro de un año, y si despues del año el duplo. Si se trata criminalmente del delito, de ninguna suerte se podrá transigir; porque (segun hemos dicho) no puede impedir el pacto de los particulares la pública coercicion ó castigo de los delitos (1), ni permite el vigor de la pública disciplina que los delitos queden sin castigo (2). Si el delito fuese tal, que mereciese el reo pena de muerte ó perdimiento de miembro, y por medio de ella quisiere transigir con su acusador, dándole algo, le es permitido; porque es cosa justa que cada cual pueda redimir su sangre, á excepcion del adulterio, que no admite transaccion en que se reciba dinero; pero pueda el marido remitir ó perdonar el delito sin precio alguno, *d. l. 22. Gregor. Lop. en la glosa 11. de esta ley*, y *Anton. Gom. 3. var. cap. 3. n. 55. y sigg.* exáminan latamente los efectos, que produce la transaccion de estos delitos. Nos ha parecido omitirlo, porque ademas de no ser

(1) *L. 5. de pact. dotal.* (2) *L. 51. §. 2. ad leg. Aquil.*

conforme á nuestro instituto difundirnos tanto en los asuntos, no son acomodables á la práctica que en el dia se observa en este particular, de tratarse siempre criminalmente estos asuntos á instancia del Fiscal, sin intervencion de acusador particular, ó privada.

9 La transaccion es, como suele decirse, *stricti juris*, esto es, de estrecha interpretacion, y por ello solo se entiende y tiene su efecto en lo que expresa, sin extenderse de cosa á cosa, ni de persona á persona, como unánimemente lo sientan los autores, Castillo *tomo 4. controvers. cap. 42.* Valeron *de transact. tit. 5. quæst. 2.*, citando muchísimas leyes romanas y varios doctores (1). El efecto de la transaccion es terminar el pleyto sobre que se interpone, debiéndose conformar con ella los litigantes, *l. 34. tit. 14. P. 5. (2)*; de suerte, que tiene tanta fuerza como la cosa juzgada, y produce la excepcion de pleyto acabado, como lo veremos más latamente al tratar de las excepciones. Y se conside-

(1) *L. 5. l. 9. §§. 1. et 3. de transact.*

(2) *L. 20. C. eod.*

DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS. 449.
ra muy favorable, por inventada para el beneficio público de poner fin á los pleytos, Castillo *lib. 8. contro. cap. 36. §. 2. n. 32. (1)*.

10 Sin embargo de la firmeza de las transacciones en utilidad del público, para que los pleytos no resuciten, se rescindirán, si fueron otorgadas en vista y con apoyo de falsos instrumentos; pero si los instrumentos solo dixeran relacion á alguno de los capítulos de la transaccion, solamente en cuanto este obrará la rescision, y quedarán firmes los otros (2), y lo mismo deberá decirse, si se probare haberse hecho con dolo, *l. 34. tit. 14. P. 5.* ó por miedo, que cae en varon constante (3), Valer. *tit. 6. de transact. quæst. 3. n. 7.* El mismo Valeron en el *propio tit. 6. quæst. 2.* y Castillo *lib. 8. controvers. ó de alimentis cap. 36. desde el n. 84.* tratan latísimamente la cuestion de si se rescinde por las lesiones enorme ó enormísima. Conviene los dos apoyados en varias razones, y soltando las objeciones, en que no se rescinde por la enorme; pero discuerdan en cuanto á la enor-

(1) *L. 10. C. eod.* (2) *L. 42. eod.*

(3) *L. 13. eod.*

misima. El primero siente, que se rescinde por esta, y que no es contraria su opinion a d. l. 34. tit. 14. P. 5, y Castillo prueba con fervor, que segun esta ley, ni aun por la enormísima se rescinde; rechazando varias modificaciones de otros celeberrimos intérpretes nuestros, que quieren templar de varios modos su doctrina. Inclinamos á la opinion de Castillo, que es lo mas que puede decir un institutista á la vista de una cuestion tan reñida y difícil, apoyada por ambas partes con grande multitud de razones de autores, como puede verse en los dos citados. Y solo queremos advertir en conclusion de este titulo, ser lesion enormísima la que excede notablemente á la mitad del justo precio. Las leyes no expresan la cantidad del exceso, y por ello juzgan los autores deber definirse por el arbitrio del Juez. El Señor Covar. pone dos exemplos prácticos en el lib. 2. var. resol. cap. 4. n. 5. y Parlador. lib. 2. rer. quotidian. cap. 4. n. 51. dice, que basta si excede el duplo ó el triplo; y al mismo tiempo ser la enorme la que excede algun poco la mitad del justo precio.

FIN DEL TOMO PRIMERO.

INDICE DE LOS TITULOS

CONTENIDOS EN ESTE PRIMER TOMO.

LIBRO I.

| | |
|---|---------|
| TITULO I. De la Justicia, y del Derecho. | Fol. 1. |
| TIT. II. Del estado de los hombres, y derecho que en su razon corresponde. | 14. |
| TIT. III. Del poder que tienen los padres sobre los hijos. | 39. |
| TIT. IV. De los Desposorios y Matrimonio. | 47. |
| TIT. V. De las Dotes, Donaciones, Arras, y otras Donaciones entre marido y muger. | 95. |
| TIT. VI. De la legitimacion, y del porfijamiento ó adopcion. | 118. |
| TIT. VII. De la tutela y curaduria. | 129. |
| TIT. VIII. De la Restitucion de los menores. | 172. |



LIBRO II.

| | |
|---|------|
| TIT. I. De las Cosas. | 184. |
| TIT. II. De las prescripciones y de la posesion. | 225. |
| TIT. III. De las Servidumbres reales, y personales. | 245. |
| TIT. IV. De los Testamentos. | 263. |
| TIT. V. De la Institucion de heredero, Substituciones, y Desheredaciones. | 283. |
| TIT. VI. De las mejoras de tercio y quinto, legados, fideicomisos, Ley falcidia y de los codicilos. | 336. |
| TIT. VII. De los Mayorazgos. | 378. |
| TIT. VIII. De las Sucesiones intestadas. | 411. |
| TIT. IX. De las obligaciones y contratos en general, y transacciones. | 435. |

En el tercer tomo se dará el índice general.

