

regulares sobre fincas rústicas, ó urbanas, vease al Señor Beleña pág. 7. 3. foliage.

Tocante á los oficios de anotadores de hipotecas mandados por la real cédula de 7 de julio de 1778, está mandado por bando de la Real Audiencia de 8 de noviembre de 1784, que tambien se establezcan en las ciudades, y villas de esta Nueva España, para anotar cuantas escrituras se otorgaren con hipotecas expresas y especiales, sin excepcion, con arreglo á la inscripcion, declaraciones, y modificaciones, que contiene el bando dicho, y la declaracion núm. 55. del Señor Beleña.

De todo expediente sobre depósitos debe dar cuenta el relator, que fuere de los autos, ante los Ministros de la Sala, donde tocara el negocio, de suerte que por auto formal, y no por decreto ni en otra forma, salga la resolucion, que en ellos se diere; y esto se entienda sobre toda clase de depósito. *Acord. de 16 de octubre de 1756.*

TITULO XV. DE LA COMPAÑIA, O SOCIEDAD, Y DEL MANDATO.

Titt. 10. y 12. P. 5. (1).

1. 2. 3. *Qué sea compañía, y sus especies.*
4. *Cómo se parte la ganancia ó la pérdida.*
5. 6. *De las compañías, en que alguno pone por caudal su trabajo ó industria.*
7. 8. 9. 10. *De los modos de atabarse la compañía.*
11. *Diligencia que deben prestar los compañeros, y su obligacion en resulta de su culpa ó dolo, y efecto notable de la buena fe, que debe observarse en este contrato.*
12. *Las resultas de la compañía alcanzan á los herederos.*
13. 14. *Qué sea mandato, y sus especies.*
15. *De la mutua obligacion entre mandante y mandatario.*
16. *Mandatos que no valen.*
17. *Modos de fenecer el mandato.*

I **E**L tercer contrato consensual es el de compañía ó sociedad, la cual es:

(1) Titt. 26. et 27. lib. 3. Inst.

190. LIBRO II. TITULO XV.
Ayuntamiento de dos ó mas hombres hecho con intencion de ganar algo. Nace de ella grande utilidad quando se hace entre hombres buenos y leales, que se socorren los unos á los otros, como si fuesen hermanos. Y se puede hacer, ayuntando los que la contraen, su haber ó caudal, y á las veces poniendo el uno solamente su industria ó trabajos (*L. 7. pro soo.*) Y se contrae por el solo consentimiento ú otorgamiento de los que quieren ser compañeros, *princ. y ley 1. tit. 10 P. 5.* Y la puede hacer cualquiera que no sea mentecato ó menor de 14. años, *d. l. 1.* Pero solo de cosas buenas y honestas, porque de malas, que sean contra las buenas costumbres, no puede haber compañía, *l. 2. d. tit. 10. (L. 57. cod.)*

2 Se puede contraer hasta cierto tiempo, ó por toda la vida, *d. l. 1. y de dos maneras* La una quando la hacen de modo que todas las cosas, que han los contrayentes quando la hacen, y las que ganaren de allí en adelante sean comunes, y tambien la ganancia como la pérdida. La otra es quando la hacen sobre una cosa señaladamente, como vender vino, paño, ú otra cosa semejante, *l. 3.*

d. tit. 10. (Princ. Inst. de societ.) El efecto de la primera es hacerse comunes todos los bienes que tienen al tiempo del contrato, sin ser necesaria verdadera tradicion ú ocupacion en el uno de lo que ántes era del otro, *l. 47. tit. 28. P. 3.* que lo pone por otro de los exemplos de la fingida; y los que despues les vinieren en cualquiera manera que sea, aunque fuese peculio castrense ó cuasi castrense, con todas sus ganancias. Y de ahí es, que cada uno de los compañeros puede usar de estos bienes, y hacer demanda sobre ellos. Pero si alguno tuviere señorío, jurisdiccion ó derecho de cobrar de sus deudores, los otros no lo pueden demandar, ni usar de la jurisdiccion, si señaladamente no les fuere otorgado del otro poderlo hacer, *l. 6. d. tit. 10.* cuyo poder le deberá otorgar, y lo que cobraron ó percibiéron será comunamente de todos, *d. l. 47.*

3 Esta ley 6. y la 3. solo ponen las dos especies de compañía, que acabamos de referir al tenor de las Instituciones de Justiniano donde se hizo así (*Dict. princ. Inst.*) Pero atendidas las leyes 7. y 12. del mismo *tit. 10.* debemos decir para mayor claridad
Tom. II. 25

de la materia, que la compañía que no es universal de todos los bienes de los contrayentes, se ha de subdividir en tres especies, á saber, ó para un solo negocio, como se explica *d. l. 6. ó* simplemente sin expresar bienes sobre que se hace, segun la *l. 7. d. tit. 10. ó* sobre las ganancias que hicieron segun la *12. del mismo tit.* En la primera de estas tres especies claro está, que únicamente debe atenderse á las ganancias ó pérdidas en aquel negocio: las ganancias que por otro respecto hiciere otro de los compañeros no son comunes, sino propias del que las hizo. En la segunda se han de partir aquellas ganancias, que provinieren de aquel menester ó mercadería que usaren, *d. l. 7. de modo* que solo pertenecen á ella las ganancias cuestuarias, que salen de la industria ó trabajo, como advierte bien Gregor. Lop. en la *glos. 1. de d. l. (L. 7. pro soc.)* En la tercera entran todas las ganancias, tomada latamente esta voz, de manera que comprehenda todo lo adquirido, aunque no fuese por trabajo ó industria, sino por herencia ú otro título semejante, *l. 12. d. tit. 10.* Es pues esta compañía media entre la universal de todos los bie-

nes y la cuestuaria. En el derecho romano no la hemos advertido.

4 En cuanto á las partes de ganancia y pérdida, se guardará lo que los contrayentes hayan expresado, como sea cosa guisada ó justa; y si nada expresáron deberán ser iguales. Si expresaren las de la ganancia, y no las de pérdida, se partirán estas como se expresó en la ganancia, y al contrario, de modo que la expresion de una sirve para la otra, *l. 3. d. tit. 10. (§§. 1. et 3. Instit. de societ.)* Y adviértase, que la igualdad no ha de ser aritmética, sino geométrica ó proporcional al caudal que cada uno ha puesto, es decir, que si el caudal de uno fueren 300. y el del otro 200. y la ganancia importare 10. tendrá 6. el de 300. y 4. el de 200. porque la misma equidad dicta, que cada uno saque á proporcion de lo que ha puesto. Si sucediere que por ser uno de los compañeros mas perito en la negociacion, ó poner mas trabajo, ó aventurarse á mas peligros que los otros, se le señalare mas porcion de la ganancia, será válida esta convencion. Asimismo valdria el pacto de que uno no tuviese parte en la pérdida, y sí en la ganancia. Pero no

si el pacto fuere de que uno no tuviese parte en la ganancia, sino que toda esta fuese del otro: cuya compañía llaman las leyes leonina, *l. 4. d. tit. 10. (§. 2. eod. l. 29. §. 2. pro soc.)* tomando la denominacion de la Fábula de Esopo, en que toda la ganancia ó presa fué para el Leon, sin tener parte alguna sus compañeros en la caza el Asno y la Zorra. Puede pónese la division de partes en el arbitrio de un tercero señalado, y si este las hiciere justas, se habrán de guardar; pero si las hiciere injustas, señalando mas á uno que á otro, sin mostrar razon alguna, debe regularse su arbitrio por el dictámen de hombres buenos, que exáminen y decidan bien la cosa, *l. 5. d. tit. 10. (L. 6. pro soc.)*

5 Pudiendo contraérse compañía de modo, que uno solo ponga su industria y trabajo, y el otro el caudal, como diximos en el *n. 1. princ. d. tit. 10. (L. 7. eod. §. 2. Inst. de societ.)* y siendo harto frecuente esta manera de contraérla entre ganaderos y pastores, queremos manifestar aquí la diversidad que en esto puede haber; pues aunque no hemos hallado mencion de ella en nuestras leyes, se encuentra en

nuestros autores, y hacen preciso su conocimiento las muchas ocurrencias en que es necesario. Le facilitamos en la manera siguiente. Unas veces por ser el trabajo corto, y el caudal de buena calidad, se coteja ó compara aquel con solo el uso de este, y el peligro de perderle; y otras por ser contrarias las circunstancias con el dominio. Cuando sucede lo primero, el que puso el trabajo no se hace partícipe del caudal que puso el otro; y de consiguiente para este solo, que es su único dueño, queda salvo ó parece sin que tenga parte alguna el que puso el trabajo: todo lo cual sucede al contrario en el caso segundo. Si en el contrato se explicó cual de estos dos modos quisieron los contrayentes que debia observarse, ese se observará.

6 Pero si esto no apareciese, interpretaremos su voluntad á favor del primero, si el trabajo fué poco, y el caudal de calidad buena, fácil de tener aumento, y dar frutos pingües; y por el segundo, si mereciese tanta estimacion el trabajo, como valia el caudal, por ser aquel mucho, y este de mala calidad, como lo prueban bien Covarrubias *3. var. cap. 2. n. 2.* Escobar *com-*

put. 22. Vin. lib. 1. select. quæst. cap. 54.
 Pongámos dos exemplos, para que se vea con claridad esta doctrina: I. Pedro puso caudal que valia mil pesos en la compañía, y tú prometiste poner, y pusiste tanto trabajo, que os pareció igualar el trabajo con el valor del caudal: disuelta la compañía se dividirá en partes iguales lo que se hallare, sin tener cuenta de si hubo ganancia ó pérdida. II. El trabajo que se habia de poner era tan corto, que solo quisisteis igualarle con el beneficio que podia producir el uso del caudal: el valor de lo que quedare hasta mil pesos todo será de Pedro; y tú solo tendrás la mitad del sobrante si lo hubiere, y la otra mitad será para Pedro. Si en este segundo exemplo hay pérdida en el caudal, se suele decir, que todo el daño es de Pedro, y ninguno del que puso el trabajo: y de consiguiente, que es válido pactar, que uno de los compañeros tenga parte de la ganancia, y no de la pérdida, como hemos dicho al n. 4. Pero claro es, que el no tenerla de esta, se entiende solamente respecto del caudal, del que nada pierde, porque nada puso ni tuvo: mas en realidad pierde el trabajo

que puso, y de ahí lo válido y lícito de esta convencion.

7 Los modos de acabarse la compañía referidos en la l. 10. d. tit. 10. son: I. La muerte natural de alguno de los compañeros, y en tanto grado, que siendo muchos los compañeros, se acaba por la muerte de uno solo, sino es que hubieren pactado de que muerto uno, siguiesen los demas en la compañía. (§. 5. Inst. de societ.) Pero no valdria el pacto de que muerto un compañero, hubiese de durar la compañía en sus herederos, sino es que lo fuesen de arrendamiento de cosas del Rey ó de algun comun, l. 1. d. tit. 10. (L. 59. de pro soc.) II. Si alguno de los compañeros fuese desterrado para siempre, porque nunca ha de salir del destierro, y pierde sus bienes (§. 7. eod.) III. La cesion de bienes de alguno de los compañeros (§. 8. eod.) IV. Morirse ó perderse la cosa, por la cual fué hecha la compañía, (§. 6. eod.) ó porque mudase de estado haciéndose sagrada.

8 Tambien se acaba por otro modo, que refiere la l. 11. del mismo tit. 10. que es la renuncia (§. 4. eod.). Si esta no es dolosa ó intempestiva, nada mas hay que

advertir sobre ella. Pero sí, cuando tuviere alguna de estas malas calidades. La que se hizo con dolo ó engañosamente, al paso que no libra al renunciante de sus compañeros, liberta á estos del que renunció. Si por exemplo pues, viendo el renunciante que le venia por herencia ú otro título, alguna ganancia, hiciere la renuncia, serán sus compañeros partícipes de esta ganancia: pero por lo contrario, si viniere alguna á los otros despues de la renuncia, nada participará de ella el que renunció, *d. tit. 10. l. 12. (L. 14. pro soc.)* De la renuncia intempestiva, que se hace antes de acabarse el negocio sobre que se hizo, ó el tiempo que habia de durar, dice la *l. 11. d. tit. 10.* que debe pagar el que la hiciere á los otros todo el daño ó menoscabo, que les viniere por esta razon; salvo si se hubiere pactado, cuando se otorgó la compañía, que la pudiese desamparar cualquiera, siempre que quisiere ántes ó despues del tiempo expresado.

9 La doctrina de esta *ley* ha de entenderse, cuando el renunciante no tiene justa causa para renunciar; porque si la tuviere podrá hacerlo impunemente. La *l. 14. d.*

tit. 10. señala quatro: I. Cuando uno de los compañeros es tan bravo ó de tan mala índole, que los demas compañeros no le pudiesen sufrir, ó vivir con él en buena manera. II. Si algun compañero es enviado por el Rey, ó el comun de alguna ciudad ó villa con poderes, ó le dan algun oficio, ó le mandan hacer algun servicio ó cosa que sea á beneficio del Rey, ó del comun del lugar. III. Cuando no guardan á algun compañero la condicion, que se puso al contraerse la compañía. IV. Cuando aquella cosa por la cual se hizo la compañía, es embargada de manera, que no pueden usar de ella. Esta IV, razon de que pone exemplos la ley, puede referirse al modo IV. de acabarse la compañía que acabamos de notar.

10 Por lo que hemos manifestado se vé acabarse la compañía, por dos modos que no tienen lugar en los otros contratos, á excepcion del de mandato, en que tambien lo tienen en parte, como luego veremos, y son la muerte y la renuncia, sin embargo que tienen contra sí dos axiomas ó reglas capitales, á saber: *El que contrae, contrae para sí y para su heredero, l. 11. tit. Tom. II.* 26

14. P. 3. (*l. 9. de probat.*), y el otro: *De la obligacion una vez contraida, no puede apartarse uno de los contrayentes contra la voluntad del otro.* (*l. 5. C. de obl. et act.*). La razon de no obstar el I. es, porque en contraer la compañía, tienen los contrayentes respeto y consideracion á la industria ó habilidad de la persona, y á las veces el heredero de hombre muy hábil, es un bolo. Y el II. para mantener la tranquilidad de las gentes; porque el mantenerse en comun los que no tienen voluntad de ello, produce desacuerdos y discordias, *l. 11. tit.*

15. P. 6. (*l. 77. §. 20. de legat. 2.*)

¶ Para concluir este asunto, falta que digamos algo de las obligaciones que tienen entre sí los compañeros, y modo en que deben portarse en la administracion de las cosas comunes. Las debe gobernar el compañero que las administra con el mismo cuidado y diligencia, que si fuesen cosas propias: de suerte, que deberá prestar la culpa leve, segun la regla del *tit. 10. n. 38.* Si lo hiciere así, los daños y menoscabos que haya en ellas serán comunes á todos; pero si sucedieren por dolo suyo de no haber puesto cuidado, serán todos de su

cuenta, debiendo resarcir á los otros los perjuicios que les hubiere causado, *l. 7. d. tit. 10. (§. 9. Inst. de societ.)*, sin que le sirva decir, que por otra parte hizo tantas ganancias que podia ser mejorada la pérdida; y si algun otro hubiere procedido tambien con dolo, deberán los dolosos repartirse entre sí el resarcimiento de perjuicios á favor de los demas, *l. 13. d. tit. 10.* Por la exhuberancia de buena fe é igualdad que debe reynar en este contrato (*l. 3. C. pro soc.*), establece la *l. 15. d. tit. 10.* que si el que administra los bienes hubiese dado á uno ó á los dos de sus compañeros alguna porcion sin noticia de los otros, y despues no le quedase parte igual para estos, sin cuya noticia la dió, la han de volver á la compañía los que la recibieron, para hacerse con igualdad, segun corresponda, la division entre todos; sino es que habiendo sabido, los que no la recibieron, que se habia dado á los otros, callaron por pereza, y entretanto se hizo pobre el administrador sin poderla dar á ellos; en cuyo caso sufrirán este perjuicio por su culpa (*l. 63. §. 5. pro soc.*)

12 Aunque segun hemos visto se aca-

ba la compañía por la muerte del compañero, sus resultas de cuentas, tanto activas como pasivas, respectivas al tiempo que duró, pasan á los herederos, *l. ult. d. tit. 10.* Y últimamente advertimos, que al compañero le compete el beneficio que llaman de competencia, que consiste en no poder ser reconvenido en mas de lo que pudiere hacer, *d. l. 15. d. tit. 10. (§. 38. Inst. de action)*, de cuyo beneficio hablaremos en su lugar.

13 El cuarto y último contrato de los que se contraen por solo el consentimiento de ambos es el mandato ó mandamiento, y es: *Encargo que uno hace á otro, que le recibe con obligacion de cumplirle.* Y se puede hacer entre presentes, ó por cartas ó mensajeros entre ausentes; y tambien á dia cierto, ó so condicion. A dia cierto, como si uno dixera á Pedro: *Te mando ó quiero des de comer á Juan hasta el dia primero del año 1804. ó si quedare viudo, si lo quisiere hacer so condicion.* Y bastan para contraerse cualesquiera palabras que manifiesten la intencion de obligarse, *l. 24. tit. 12. P. 5.* Y se puede tambien contraer tácita ó calladamente, *l. 12. d. tit. 12.*

14 Por razon del fin se puede contraer de cinco maneras referidas con exemplos en las *leyes 20. 21. y 22. d. tit. 12.* á saber: I. Por utilidad de solo el mandante. II. Por la de un tercero solamente. III. Por la del mismo mandante y la de un tercero. IV. Por la del mandante y la del mandatario. V. Por la del mandatario y la de un tercero. No juzgamos ser necesario poner los exemplos, porque ademas de estar referidos en *dd. 11.* es tan fácil formarles, que lo puede hacer cualquiera con muy poca meditacion (*Princ. et §§. 1. 2. 3. 4. et 5. Inst. de mandar.*). Pero si se hiciera por sola la utilidad del que le recibe, no tanto seria mandato como consejo, sin producir obligacion en el mandante, sino es que le hubiese dado maliciosamente ó con engaño, en cuyo caso deberia pagar todo el daño que recibió por esta razon aquel á quien le dió, *l. 23. d. tit. 12. (§. 6. Inst. eod. junc. l. 47. de div. reg. jur.)*

15 Este contrato del mandato ó mandamiento es tambien bilateral, en que se obligan mutuamente los contrayentes. La obligacion del mandante es, haber de pagar al mandatario lo que hubiere gastado

ó expendido en cumplir el mandamiento; y el de este, haberlo de cumplir de manera, que si en no cumplirlo, ó cumplirlo mal comete engaño ó culpa, ha de satisfacer al mandante el daño que le haya ocasionado, *d. l. 20.* que da la razon de que los mandamientos se hacen por hacer amor, y no para hacer daño. Gregorio Lop. interpretando la palabra *culpa*, que expresa la ley, dice en su *glosa 5.* que debe entenderse de toda *culpa*, de modo que comprehenda tambien la levisima, apoyado en el derecho romano, (*l. 13. l. 21. C. mand. v. contr.*) que es su ídolo. No lo respetamos tanto; pero no dexamos de conocer, despues de haberle estudiado medianamente, que á excepcion de algunas escrupulosidades y formalidades de las que ya quitó muchas Justiniano, casi todas sus leyes contienen una excelente doctrina y buena moralidad.

16 Para que valga el mandato y produzca las obligaciones que acabamos de referir, es menester que no sea contra las buenas costumbres; pues si lo fuere, no vale ni aprovecha para cosa alguna, como si por exemplo mandarás á Pedro que robe, hiciera algun homicidio, ó incendia-

re alguna casa; y por ello aunque Pedro lo executara gastando en ello algun dinero, nada te podia pedir en su razon; pero tanto tú como él estariais obligados á las malas resultas de este ímprobo cumplimiento, por ser los dos reos del delito. Por ser de esta misma clase, no valdria tampoco el mandamiento que hiciere un menor de 25. años, de que alguno saliese fiador de una barragana, ú otra mala muger, *l. 25. d. tit. 12. (S. 7. Inst. eod. l. 12. S. 1. mand. vel cont.)*

17 En quanto á fenecer el mandato por la renunciacion ó por la muerte, no hemos hallado ley alguna nuestra que lo diga; aunque lo dixeron afirmativamente las romanas (§§. 10. et 11. *Inst. eod.*) Solo encontramos, que Gregor. Lop. comentando aquellas palabras de *d. l. 20.* en que hablando del mandatario, dice simplemente sin añadidura alguna: *Tenido es de cumplirlo*, quiere inferir que en España, ni aun estando las cosas enteras, podrá el mandatario renunciar. De la muerte decimos nosotros, que de las últimas palabras de la misma *l. 20. por facertes amor*, podrá decirse que al mandato se le considera

personal, y de consiguiente no pasa á los herederos. El docto lector hará de estas dos especies el juicio que le pareciere mejor. Y advertimos últimamente, que por razon del objeto, se divide el mandato en extrajudicial y en judicial; y que aquí solamente hemos hablado del primero, dexando el segundo para quando tratemos de lo perteneciente á los juicios en el libro III.

TITULO XVI.

DEL CONTRATO VERBAL,

O DE PALABRAS.

1. Estado del derecho Romano en el contrato verbal.
2. 3. Se explica la famosa l. 2. tit. 16. lib. 5. de la Recop. á favor de las obligaciones.
4. Cómo se hace este contrato, y quiénes pueden hacerle.
5. De qué cosas no vale la promesa.
6. De la congruencia entre pregunta y respuesta.
7. 8. 9. Se explican los tres modos de contraer esta obligación.

10. Qué sucede, quando hay dos reos de prometer ó de estipular.

FUÉ muy famoso entre los romanos el contrato verbal, al que con un solo nombre llamaron *estipulacion* (*stipulatio*) y para cuya legítima constitucion requerian al principio varias solemnidades escrupulosas: de las cuales han quedado todavía algunas en el derecho reformado por Justiniano, aunque este y su antecesor Leon cuidáron de abolir las que les parecieron mas embarazosas. Las palabras formales y solemnes, que eran necesarias ántes del Emperador Leon, que las quitó, la hacian distinguir clarísimamente del nudo pacto; despues es difícil alguna vez de conocer, si la promesa queda en la clase de pacto, ó pasa á ser estipulacion, aunque siempre han quedado muchas diferencias en quanto á los efectos con la principal, que aquellos no producen accion, y ésta sí.

2 Permítaseme esta digresion ó correría hácia el derecho romano, para celebrar mas la dicha que tenemos en nuestra España, de no haber la menor diferencia entre un pacto serio promisorio, y la estipulacion.
Tom. II. 27

lacion; y todavía hay mas en la famosísima l. 2. tit. 16. lib. 5. de la Recop. cuyas palabras queremos notar aquí: *Pareciendo, dice, que alguno se quiso obligar á otro, por promision, ó por algun contrato, ó en otra manera, sea tenido de cumplir aquello que se obligó, y no pueda poner excepcion, que no fué hecha estipulacion, que quiere decir prometimiento con cierta solemnidad de derecho, ó que fué hecho el contrato ú obligacion entre ausentes, ó que no fué hecho ante escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada á nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daria otro, ó haria alguna cosa: mandamos que todavía vala dicha obligacion y contrato que fuere hecho en cualquiera manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.* Esta ley constituye un modo de producir obligacion y accion tan desnudo de solemnidades, y distante de ser estipulacion, que ni aun es nudo pacto, como que consiste en que solo conste de la voluntad de quererse uno obligar, sin ser necesario para su valor que consienta otro, sin lo cual no puede haber pacto. La explica latamente Azev. y lo bastante con la solidez que acostumbra Covarrub. lib. 1. var. cap. 14. n. 3. pro-

bando, que si uno manifiesta querer dar, ú obligarse á dar á un ausente, vale desde luego la donacion ó promesa revocablemente hasta que el otro la sepa y acepte, y despues de la aceptacion irrevocablemente. Es pues un modo de producir obligacion anómalo ó extraordinario, que destruye muchos vestigios de las estipulaciones, que se leen en el tit. 11. P. 5. que habla de las promisiones. Si le hubiéramos de referir á alguna clase de contratos, mas seria á la de los consensuales, que á la de los verbales. Sin embargo le ponemos en el título de estos, porque el fin principal de establecer esta ley, creemos fué el que se despreciase toda la escrupulosidad y solemnidad de palabras.

3 Y con este desprecio apenas se puede decir que tenemos en España contrato verbal, que no esté refundido en d. l. 2. y que por ello es en gran parte inútil, sin poder servir el citado tit. 11. de la P. 5. que consta de 40. leyes. El tit. 1. del lib. 45. del Digesto Romano, á quien corresponde, tiene 141. lo que hace ver lo mucho que degolló la referida ley 2. No obstante lo que llevamos dicho, no hay prohibicion

ni reparo, de que estando presentes, pregunté el uno al otro si le promete dar alguna cosa, ó hacerla por él, y responda que sí el preguntado: lo que sucede lo bastante, y en estos términos no puede negarse que hay un contrato verbal, llano y regular, *l. 1. d. tit. 11.* No quiso *d. l. 2.* destruir esto, quiso no hacerlo necesario, y purgar este contrato, cuando se haga, de muchísimas escrupulosidades, que copiadas de las leyes romanas, fuéron establecidas en el expresado *tit. 11. de la P. 5.* las cuales deberán considerarse derogadas por *d. l. 2.* en lo que no sean conformes á su sencillez y espíritu. Baxo de este supuesto, pasamos á hablar brevemente de él en quanto queda subsistente despues de *d. l.*

4 En este contrato, al que llaman las leyes de la Partida *promision, l. 1. d. tit. 11.* el uno pregunta al otro pidiendo que le dé ó haga por él alguna cosa, y este le responde otorgándose lo, quedando por ello obligado á cumplirlo. Pueden prometer todos los que no están prohibidos, y para que se sepa los que lo están, les refieren las leyes 4. 5. y 6. *d. tit. 11.* y son, el loco ó desmemoriado, el infante ó menor de siete

años, el pupilo que es mayor de siete y menor de catorce, sino en quanto le sea útil la promesa, y en los mismos términos el mayor de 14. años, y menor de 25. que teniendo curador, se quisiere obligar sin su consentimiento; pero si no tuviere curador, vale su promesa, bien que con sujecion á la restitucion *in integrum*; y en los propios términos que el pupilo, el pródigo ó desgastador de sus bienes. Ni puede tampoco prometer el padre á su hijo, que tiene en su patria potestad, ni el hijo al tal padre, sino es en razon del peculio castrense ó cuasi castrense. Exceptuáanse las promesas de mejorar, al tenor de lo que diximos arriba *tit. 6. n. 3.*

5 No vale la promision de las cosas, que están fuera del comercio de los hombres, como son las que llamamos de derecho divino; y en tanto está reprobada, que no valdria ni aun en el caso que despues se hiciesen profanas, *l. 22. d. tit. 11. (§. 2. de inut. stipul.)*. Ni vale tampoco la promesa de cosa que ni es, ni pudiese ser (*§. 1. eod.*): ó de cosa cierta, que fuese ya muerta, como de un caballo, sin que tenga el que la hizo obligación de dar cosa

alguna en razon de ella, *l. 21. d. tit. 11.* Mas si la matare sin justa causa, habria de pagar su importe, *l. 19. d. tit. 11.* Pero si que vale la promesa de las cosas, que aun no han nacido, como los frutos de este año, de tal campo, ó el parto de tal caballería; y tendrá obligación de cumplirla el promisor luego que la cosa nacida estuviere en estado de poderse dar. Y si nada naciere de la cosa que señaló, nada tendria obligación de dar, salvo si hiciere alguna cosa maliciosamente, porque no naciese, que entónces habria de pagar lo que importare, por el engaño, *l. 20. d. tit. 11.*

6 Para que valga este contrato es preciso que haya congruencia ó conformidad entre la pregunta y la respuesta; porque sin convenir los que tratan en una misma cosa, es imposible que resulte contrato alguno. Por ello no le habria verbal, si preguntado Pedro si daba un buey, respondia que daba un caballo. Y lo mismo sucederia, si siendo la pregunta pura, la respuesta fuese condicional, ó al contrario, aunque fuese de una misma cosa. Seria del todo inútil el contrato en estos dos casos, por ser total la incongruencia; pero si esta

fué parcial, solo seria de ningun valor el contrato, en la parte en que hubiese incongruencia, y válido en la que habia congruencia; como si preguntado uno si queria dar 40, respondia que daba 10, ó al contrario, en cuyos casos valdria la promesa en 10. porque en esta cantidad los dos convenian; no en los 30. de mas; porque en este exceso no estaban concordados; así lo dispone la *l. 26. d. tit. 11. (§. 5. Inst. de inut. stipul. l. 1. §. 4. de verb. oblig.)* y bien establecido, si la cosa se hubiese de mirar á la sombra del contrato verbal. Pero creemos que toda la doctrina de esta ley está corregida por la citada memorable *2. tit. 16. lib. 5. de la Recop.* segun la cual debe estar el promisor obligado á cuanto le salió de la boca; y de este sentir es Antonio Gom. *2. var. cap. 9. n. 4.* discrepando solo en el caso en que la incongruencia fuese en el modo de ser pura la pregunta, y la respuesta condicional, ó al contrario, de cuya discrepancia no llamamos razon sólida.

7 Tres son los modos de constituirse este contrato, á saber, puramente, á dia cierto, y so condicion. Será pura la pro-

mision, cuando en ella ni hay dia señalado, ni condicion, como si preguntándote: *Me prometes 10. pesos*, respondieras: *Los prometo*: á dia cierto, si se le añadiera en la pregunta, como *el dia 1. de enero*; y lo mismo sería si fuere cierto, que el dia habia de venir, sin poderse señalar el cuándo, como lo es el dia de la muerte. Y por último so condicion, si estuviere puesta en la pregunta, como si Pedro te dixera: *Me prometes 50. pesos, si me casare*, *l. 12. d. tit. 11. P. 5.* Estos tres modos tienen tambien lugar en todos los otros contratos, en las donaciones, y en su manera en las obligaciones que produce la referida *l. 2.* sus efectos son dignos de saberse. Cuando la promision es pura, pende del arbitrio del Juez señalar el dia en que debe cumplirla el que la hizo: y si fuese expresado el lugar en que el promisor la habia de cumplir, y maliciosamente no quisiere ir allá, habiendo pasado tanto tiempo que podia haber ido, le puede apremiar á que la cumpla donde la hizo, con los daños y menoscabos que recibió el otro, *l. 13. d. tit. 11.* Los romanos en este caso, por falta de accion civil, tenían la pretoria de

eo quod certo loco. Las promisiones á dia cierto señalado, y so condicion convienen en que no puede pedirse la cosa hasta que venga el dia, ó se cumpla la condicion. Convienen igualmente en que si muriere antes de este tiempo uno de los contrayentes, quedan los efectos de la promision en sus herederos de la misma manera, que estaban en el que murió, *l. 14. d. tit. 11.* En lo demas hay algunas diferencias y particularidades que deben explicarse con separacion. *l. 8.* Examinémos pues primero lo perteneciente á las promisiones hechas á dia señalado, y despues hablaremos de las condicionales. Si alguno prometiére dar alguna cosa el dia primero del mes, sin expresar cuál, se debe entender del mes primero que viniere despues de hecha la promision. Si dixere, que prometia 20. pesos cada año, no podria pedir el otro hasta el fin del año los pertenecientes á aquel año; pero si dixera, que los prometia en todos los años de su vida, se le podrian pedir al principio de cada año los de aquel año; *l. 15. d. tit. 11. P. 5.* Lo que se promete á dia cierto, que se sabe con seguridad

Tom. II. 28

que vendrá, aunque se ignore el cuándo, cual es el día de la muerte del promitente (ó cualquiera otro), si lo pagare este ántes de morir, no lo podría repetir; porque no podría dexar de venir el día en que habria derecho de exigirse; si no se hubiese pagado, *l. 32. tit. 14. d. P. 5.* que lo dice así, hablando en términos de condicion: bien que si se lee con cuidado, se advierte fácilmente, que el decirse só condicion, fué hablando impropriamente, atendiendo solo á la fórmula de las palabras; porque no puede haber condicion sin incertidumbre de si existirá ó no, la que no hay en el caso que propone; y con efecto en la parte primera de la *misma ley*, en que se habla de condicion propia, se dice lo contrario, como veremos luego.

9 En la promision condicional no hay deuda hasta que se cumpla la condicion; y de ahí es lo que acabamos de decir hallarse establecido en la primera parte de *d. l. 32.* que si uno paga lo que prometió só condicion, ántes de haber existido esta, lo puede repetir; porque puede suceder, que no llegue á deberse. Es pues el efecto de la condicion suspender el valor de la pro-

mesa mientras hay incertidumbre de si existirá ó no. Si se cumple, queda entonces obligado el que prometió; y si consta ya haber faltado no vale la promision, *l. 12. al fin, d. tit. 11. P. 5.* como lo advertimos ya en el *tit. 5. al n. 7.* en el cual y siguientes hemos hablado tan latamente de las condiciones, que queriendo tenerlo aquí por repetido, solo nos queda que decir para complemento de lo que tratamos, lo poco que se sigue.

10 Si alguno prometiére alguna cosa, y en el caso de no cumplir, cierta pena, estaria obligado á satisfacer lo uno ó lo otro, pasado el tiempo en que debió cumplirlo, sino es que hubiere prometido dar en tal caso ambas cosas; porque entonces deberia dar las dos. Y si al principio de esta promision pusiere una condicion de no hacer, diciendo: *Si no te diere ó hiciere tal cosa, te prometo dar 100. pesos,* no estaria obligado mientras viviere y existiere la cosa; porque hasta entonces lo pudo dar, y con ello evadir la obligacion de la promesa, *l. 15. d. tit. 11.* Cuya doctrina creemos entenderse generalmente en todas las promisiones de no hacer, tanto que se refie-

ran al promisor como al estipulador, pues siempre deberá esperarse la muerte de aquel á quien se refiere la condicion, para que esta pueda decirse cumplida por ser general y aplicable á todas, la sólida razon en que se funda dicha ley, sin que tenga jamas lugar aquí la caucion llamada *Muciana*, que lo tiene en los legados, como lo hemos explicado en el *tit. 5. al n. 9.*

11 Concluimos este título diciendo, que para haber dos reos de prometer, esto es, que los dos esten obligados *in solidum*, ó al todo de lo que prometiéron, es menester, que lo expresen así al tiempo de contraer la obligacion; porque si se obligaren simplemente por contrato ó de otra manera, se entienden obligados cada uno por la mitad, *l. 1. tit. 16. lib. 5. de la Recop. (Authen. Hoc. ita C. de duobus reis)*. Azev. en el comentario de esta ley prueba, que debe entenderse tanto de los fiadores como de los que se obligan, como principales; y que cuando se obligaren *in solidum*, puede cada uno de ellos ser reconvenido por el todo, sin que pueda oponer la excepcion ó beneficio de la division, aunque ambos hubiesen presenciado la obligacion, siendo

solventes. Y que no la necesitan para el caso en que se hubieren obligado simplemente; porque la *misma ley* quiere, que solo esten obligados por mitad; y de consiguiente bastará, que solo lo digan por via de defensa, que desde luego debe aquietar al acreedor y al Juez. Segun esta exposicion de Azev. que nos parece conforme, decimos estar corregida por esta ley la *l. 16. tit. 12. P. 5.* que habla de fiadores. Lo explicaremos en el título siguiente. Cuando hay dos reos de estipular, esto es, á quienes se haya prometido todo, se debe todo á cada uno de ellos; pero pagándolo á uno solo se extingue la deuda, como tambien si hay dos reos de prometer, y solo uno lo paga todo (*§. 1. Inst. de duob. reis*). Pueden tambien constituirse dos reos en otro contrato, ó en testamento.