

cesar la comunión que en el caso antecedente servía de impedimento, sin que pueda repetir cosa alguna de los herederos con respecto á sus porciones hereditarias, si se le hizo la adjudicación con el cargo de la servidumbre prometida; mas habiéndosele hecho con su ignorancia, aunque está obligado á constituirla, hay lugar á la repetición dicha (*dic. núm. vers. Secunda conclusio.*).

17. La tercera conclusión es, que uno de los herederos puede constituir la servidumbre en el fundo comun hereditario, no para que valga al punto ó se adquiriera el derecho real de servidumbre en todo ó en parte, sino para que la constitución ó cuasi tradición esté pendiente hasta que los demás consientan, en cuyo entretanto el constituyente, como que queda obligado personalmente, no podrá impedir el uso de la servidumbre, según acontece en otros cualesquiera señores particulares de algun fundo (*dic. núm. vers. Tertia ley 10, tit. 31, part. 3.*).

18. La cuarta conclusión es, que si uno de los herederos no constituye la dicha servidumbre, ó aunque la quiera constituir, el acreedor se resiste á admitirla, mediante á que no se constituye por todos, podrá éste pedir á aquel la servidumbre *in solidum*, y será condenado en ella haciéndose la ejecución en todo el interés. No obsta que el interés en las obligaciones de hecho se reputa dividuo, porque esto acontece cuando el acreedor pide principalmente el interés, pero no si solicita servidumbre ó cosa individua, y después por vía de ejecución consigue el interés (*dic. núm. vers. Quarta*).

19. En orden á los segundos es la primera conclusión, que si el fundo dominante se adjudica á uno de los herederos en la división de la herencia, éste puede reivindicar la servidumbre *in solidum* y se le debe constituir, pagándosele de lo contrario la estimación de la servidumbre. La segunda, que si

muerto el acreedor, el fundo dominante se divide entre los herederos, cada uno puede reconvenir al deudor con el fin de que se le constituya *in solidum* para su parte. La tercera, que si el fundo dominante es todavía comun por no haberse dividido la herencia, uno de los herederos puede pedir la servidumbre *in solidum*, y si el deudor la constituye, estará pendiente hasta que los demás consientan, mas aquel solo podrá usar de ella, sin que éste pueda perturbarlo. Y la cuarta conclusión, que si uno de los herederos pide la servidumbre y en la ejecución se le satisface el interés por no consentirlo los demás, lo conseguirá solamente por su parte (*núm. 17.*).

20. En tercer lugar es individua la servidumbre respecto de la solución, porque no se puede pagar en parte; y por tanto si el promitente de la servidumbre pagándola con la tradición ó cuasi, dice que paga en parte, ni aun en cuanto á ésta vale la solución. Y en cuarto lugar es individua respecto de la liberación, pues haciéndose la paga en parte, tampoco se verifica aquella en orden á ésta (*dic. n. vers. Similiter etiam & tertio*).

21. El usufructo, servidumbre mista es dividuo por todos respectos. Respecto del contrato y obligación, porque así como todo puede prometerse, así también una parte quotitativa *pro indiviso* en algun fundo, y por tanto hecha la tradición, adquiere el usufructuario el derecho del usufructo en cuanto á la parte, consiguiendo sus frutos y teniendo por ella todos los remedios é interdictos que competen al que tiene todo el usufructo. También respecto de la división entre los herederos del promitente, no de los del acreedor, porque el usufructo se extingue con la muerte y no pasa á los herederos. Y últimamente respecto de la solución y liberación, por las razones espuestas en otros casos (*núm. 18.*).

22. La servidumbre de uso, aunque también mista, es indi-

vidua por todo respecto, en atencion á que se debe por la cosa á la persona con arreglo á su indigencia y necesidad que es indivisible; pues si á la persona acreedora le faltase la mitad de sus alimentos necesarios, no podria vivir, y de consiguiente la parte no traeria tanta utilidad respecto de la parte como el todo respecto del todo (*núm. 19*); pero sin embargo de que la servidumbre de uso que se deja en alguna cosa ó fundo es individua, no lo es la promesa y obligacion personal ó legado de alguna parte de los alimentos por via de cuota, de número ó cantidad sin asignacion de fundo, en cuyo caso no hay servidumbre de uso. Estriba la razon de diferencia, en que en el primer caso la servidumbre de uso prometida ó legada se refiere á los alimentos que ha de percibir la persona en cuyo favor se constituye, y es individua naturalmente por el fundamento arriba espresado: y en el segundo la obligacion personal ó legado se refiere al dinero ó cantidad que se atiende y deduce principalmente en el contrato, la cual es dividua; bien se espanda en alimentos, bien en otra cualquiera cosa: pudiendo inferirse de toda la doctrina espuesta que si aquel á quien se prometió la servidumbre de uso por sí y sus herederos, falta dejando muchos de éstos, cada uno tendrá entera la servidumbre de uso, segun la cualidad de su persona, y percibirá para sí *in solidum* lo necesario (*número 20*).

23. Ultimamente se dijo que en el contrato se deduce algun hecho, pero antes de tratar sobre si es ó no individuo, debe preceder alguna doctrina para su mejor comprension. La promesa de hecho propio es válida y de ella nace accion eficaz, sucediendo despues de la mora la obligacion al interes, de suerte que éste ó el hecho se puede pedir, ó uno y otro alternativamente, que es el mejor modo, y perteneciendo la eleccion al deudor en tales términos, que aunque el acreedor

pidia el hecho y el juez lo condene en él, satisfaciendo el interés, queda libre de la obligacion, porque ninguno puede ser compelido precisamente al hecho (*núm. 21*), en atencion á que de otro modo se ofenderia la libertad y se induciria cierta especie de servidumbre; bien que en algunos casos puede ser apremiado con precision al hecho, los cuales se omiten por la nota siguiente (*núm. 22, al princip. ley 5, tit. 27. Ley pen. tit. fin. part. 3, y ley 42, tit. 5, part. 5*).¹

24. La promesa de hecho ageno es de tal suerte inválida, que no nace de ella ni aun la obligacion al interés: entendiéndose esto aun despues de la citada *ley 2, tit. 16, lib. 5. de la Recop.*, pero esta doctrina se ha de limitar en el caso de que el hecho ageno prometido se haya de hacer por persona á quien puede compeler el promitente, v. gr. hijo ó siervo: como asimismo en el caso de que la promesa se haga con juramento, pues entónces tiene lugar la obligacion al interés, en atencion á que todo acto en donde interviene juramento vale en el modo mejor que pueda valer (*núm. 23*).²

¹ El Sr. Elizondo (*tom. 1. de su práct. pág. 4, núm. 10*), lleva que no se cumple por el obligado la obligacion á un hecho con prestar el interés, sino en los casos de que el promitente despues de constituirse en mora no puede hacer lo que prometió, ó aunque pueda, si ya no le acomoda al acreedor, por cuanto en pena de la morosidad sucede la obligacion al interes; siendo los modos de perfeccionarse la ejecucion en la obligacion al hecho la prision del obligado, el embargo de sus bienes ó denegacion de audiencia hasta que la cumpla, á no ser que proponga escepcion esclusiva de la accion, obligándose á probarla inmediatamente. El Sr. Gregorio López (*ley 3, tit. 14, part. 5*) juzga que la opinion de nuestro Gomez se derogó por las leyes de Partida. Finalmente con arreglo á nuestro derecho y aun al derecho comun, llevan la sentencia de los citados AA. el Sr. Castillo, el Sr. Vela, el Sr. Salgado, el Carleval y otros grandes varones (*Puede verse at Aillon, núms. 22 y 23, y al Suarez, letra L*).

² Es mas comun y verdadero que vale esta promesa en virtud de la ley

25. La promesa que haga alguno al tiempo de contraer matrimonio, de habitar perpetuamente con su muger en cierta ciudad ó lugar bajo cierta pena, es de ningun momento, á no ser que se pruebe interesa á la muger la observancia del pacto, pues entonces el marido está obligado á satisfacerle el interés: y si alguno es inducido con la promesa de cierta cantidad ó con algun legado á morar en determinada parte por favor de alguna persona, no cumpliendo la condicion pierde el lucro, y no puede ser compelido á vivir en el lugar señalado. Dije *por favor de alguna persona*, porque sin este respecto no valdrá la tal condicion, aunque se imponga con la esperanza de premio: siendo digno de advertir que en los casos que vale el pacto de que se habla y el promitente puede ser apremiado á cumplirlo, no tiene esto lugar sobreviniendo de nuevo alguna causa por la que no puede ni debe residir en el pueblo espresado (*número 24*).

26. Supuesta toda esta doctrina debe decirse que el hecho es regularmente individuo por todos respectos. Respecto de la obligacion, porque no puede deducirse en ella una parte indivisa cuotitativa, y así no se puede prometer la mitad, tercera ó cuarta parte de un hecho. Respecto de la division entre los herederos, porque muerto el deudor cada uno de ellos está obligado *in solidum*. Respecto de la solucion, porque no se puede pagar por parte divisa ó indivisa; y respecto de la liberacion, porque haciéndose la paga por parte divisa ó indivisa, aunque el acreedor la reciba, de ningun modo queda

2, ya citada, y así lo enseñan muchos regnícolas, entre ellos el Cavallos (*quaest.* 846), quien prueba que el promitente de hecho ageno se libra si hace lo que está de su parte, aunque el Pichardo resuelve que no se libra el que prometió hecho ageno y puso su diligencia para que se cumpliese, si no se sigue el efecto (*núm. 24, vers. Etiam de jure*).

libre el deudor. Entre otras razones por las cuales el hecho es individuo, es la principal que el hecho en parte respecto de la parte no trae tanta utilidad como el todo respecto del todo. Sirva de ejemplo una casa ó edificio. Este completo nos defiende de la lluvia y el viento, y en él puede el acreedor habitar ó servirse de él segun le parezca, lo cual no puede decirse de una parte del edificio; mas sin embargo de que no se pueda deducir en el contrato una parte indivisa cuotitativa del hecho, sí puede deducirse una parte divisa cierta y determinada, como si se prometen hacer los cimientos, el techo ú otra cualquiera parte cierta de algun edificio, por cesar aquí las razones impositivas; si bien es cierto que por concurrir estas despues, es individuo el tal hecho por todos respectos (*núm. 25*).

27. Para conclusion de este capítulo se hará mencion de algunos actos individuos cuya cualidad deduce el autor de la doctrina que trae en el citado *núm. 25*. La obligacion de dar algun dinero para cierto hecho, como cuando se promete ó se lega á fin de que se haga alguna obra, es individua del mismo modo que el hecho por cuyo respecto se prometió ó legó el dinero, y por tanto, muriendo el deudor, cualquiera de sus herederos se halla obligado *in solidum*; bien que aquel que pague, podrá repetir de los demas las partes correspondientes (*dic. n. vers. Tertio infero*). Asimismo es individua la cantidad ó cosa puesta en la condicion de paga, por reputarse hecho, y así no puede pagarse en parte, ni muerto el deudor se divide entre los herederos, de los cuales cada uno está obligado *in solidum* en los casos que la obligacion de cumplir la condicion se transmite á ellos; pero esto se entiende cuando la dicha condicion se impone á uno, no sí á muchos, pues entonces cada uno podrá cumplirla por su parte y conseguirá en parte el emolumento. La cosa puesta en condicion

de paga se verifica en este ejemplo: *lego á Pedro tal fundo si diere diez*; en el cual si Pedro da solamente cinco no obtendrá la mitad del fundo (*vers. Quartó infero*).

28. Tambien si alguno vende cierta cosa por determinado precio con el pacto de *retrovendendo*, ni él ni sus herederos dando alguna parte del precio, podrán redimir parte de la cosa, lo cual se debe igualmente decir respecto de muchos que vendan con el referido pacto, porque dirigiéndose la cantidad á un hecho, es á saber, á la tradicion de la cosa, es individua la facultad de redimir, mayormente cuando habiéndose vendido la cosa por un precio, todo él se ha de volver para restituirla; pero si alguno de los vendedores ofrece todo el precio, podrá redimir toda la cosa, siempre que dé caucion de restituir la parte correspondiente al otro si despues quiere redimirla: como tambien si estotro renuncia de su derecho ó por alguna otra causa se halla escludido, porque se le acrece el derecho al compañero, quien de otra suerte sufriria el perjuicio de no poder redimir la cosa ni aun en parte (*vers. Quintó y vers. Septimo infero*).

29. Igualmente la obligacion de pagar la pensión el enfiteuta y el que tiene contra sí un censo, es individua, y así muertos éstos dejando muchos herederos, aunque uno pague por su parte, sino paga el otro pasado el trienio, cae en comiso la cosa enfiteutica ó censual como si ninguno hubiese pagado (*vers. Octavó*). Del mismo modo si el deudor entrega al acreedor alguna cosa en prenda por la deuda, y fallece con muchos herederos, ofreciendo alguno de ellos la parte de la deuda que le corresponde, no puede conseguir la cosa dada en prenda, para lo cual necesita de pagar en un todo. Y últimamente el mas próximo consanguíneo no podrá retraer en parte la cosa de patrimonio ó abolengo, lo cual se comprueba muy mucho con la *ley 71 de Toro*, en la que se dispone que

si se venden muchas cosas de patrimonio ó abolengo por un mismo precio, no se puede retraer la una sin la otra (*vers. Nonó y vers. Decimó*).

CAPITULO XI.

De las qualidades de los contratos.

1. En orden á las qualidades de los contratos hay contrato puro, contrato *in diem*, contrato condicional y contrato alternativo. El primero se celebra cuando alguno promete puramente dinero ú otra cosa sin asignar tiempo ó condicion, en cuyo caso nace al punto accion civil y natural, y se puede pedir la deuda (*núm. 1, ley 12, tit. 11, part. 5*); aunque el juez segun su arbitrio por equidad debe señalar algun tiempo para la paga. Este tiempo legal arbitrario se diferencia mucho del que adhiere á la obligacion por convenio de las partes; pues sin embargo de que aquel no se haya pasado, si el reo condenado pide ejecucion en virtud de otra sentencia contra el acreedor, se puede oponer la compensacion de la deuda, la cual no tiene entrada durante el tiempo convencional. Ademas de esto si el acreedor pide la deuda antes de haber corrido el término legal, no se duplica el tiempo, como acontece, pidiéndose antes de haberse pasado el término convenido: y últimamente el término legal no impide la prescripcion que empieza á correr desde la sentencia, como la impide el término convencional cuyo, trascurso es necesario para el principio de aquella (*núm. 2, ley 13, tit. 11, part. 5*).

2. Para que sea válido el contrato ó promesa es indispensable que intervenga causa suficiente y obligatoria, así porque la promesa sin causa es muy general que puede interponerse sobre causas ya justas, ya injustas, por lo cual es de apetecer la manifestacion de alguna, á fin de que se conozca