

39. En el contrato alternativo si la alternativa se pone en cosas que no tiene lugar la afeccion, v. gr., en el dinero ó en el tiempo, como si se prometen diez ó quince, ó se ofrece pagar dentro de un año ó de dos *ipso jure* no se halla obligado el deudor sino en la menor cantidad y en el mayor tiempo, ésto es, en los diez y dentro de un bienio, porque la ley siempre presume que pagará lo mínimo, en cuyo supuesto si elige y paga la mayor cantidad, el exceso será no por virtud del contrato sino por virtud de una donacion (núm. 38), mas si la alternativa se pone entre cosas que tiene lugar la afeccion, ambas se hallan deducidas en el contrato, y aunque éste se dice único respecto de las palabras y de la paga, se pueden decir muchas las obligaciones respecto de las cosas: y en el presente caso pertenece la eleccion al deudor, ya sea en contrato oneroso, ya en lucrativo. siempre que se haga llanamente la promesa alternativa, no si se dirigen las palabras al acreedor (n. 39 ley 24, tit. 11, part. 5).

40. Pereciendo alguna cosa de las debidas alternativamente, como que una no se debe por razon de la otra sino principalmente y de por sí, queda en la otra la obligacion y el deudor se halla obligado á pagarla, á no ser que pereciese por culpa ó mora del acreedor, como si le fué ofrecida y no quiso recibirla, porque pereciendo despues se libra del deudor absolutamente: bien que lo dicho debe entenderse cuando pereció la cosa mejor y queda la de menos precio pues si sucede lo contrario satisface el deudor con entregar el valor de la cosa perdida: infiriéndose de lo dicho que el acreedor alternativo no puede pedir una de las cosas debidas alternativamente, y debe concebir el libelo en un modo alternativo, segun la naturaleza del contrato, mediante á que de otra suerte será condenado en las costas y el actor absuelto de la instancia del nuncio (núm. 40, ley 23, tit. 11, part. 5, y ley 15, tit. 2, part. 3).

41. Muerto el deudor que debe elegir, ó el acreedor en el caso que le pertenece la eleccion, así en los contratos como en las últimas voluntades se trasmite este derecho á los herederos, pues pasando la obligacion principal tambien ha de pasar lo accesorio. No se opondrá el que el derecho y facultad de declarar no se trasfiere á los herederos, porque ésto procede cuando compete por disposicion de ley ó cuando compete para el cómodo de otro, no si compete por contrato y disposicion de las partes en utilidad del que elige ó declara. De esta doctrina se deduce que aquel á quien fué concedida la facultad de mejorar á uno de los hijos del testador, no la trasmite, aunque si el juez condena á alguno en la pena de destierro segun su arbitrio y voluntad, la tal declaracion pasa al sucesor en el oficio, por cuanto el juez impuso la pena como persona pública no comoprivada, y así el sucesor declarará el tiempo del destierro segun la cualidad del delito, de la persona y de la prueba (número 41).

42. En la alternativa de los remedios la eleccion pertenece al acreedor á quien competen, por entenderse concedidos en su favor y para su seguridad. En este supuesto si el deudor promete pagar en cierto término, ó dar fiadores ó hipotecas, puede el acreedor pedir la deuda llegando el término y no recibir ni los fiadores ni las prendas; pero si la alternativa se puso por favor del deudor, á él pertenece el elegir, y por tanto cuando alguno promete cierta dote para que su hija se case ó entre en monasterio, y tambien promete ínterin paga, cierta cantidad en cada año, está en laaj cultad del promitente el pagar la dote ó la cantidad que se espresó en cada año, sin que pueda exigírsele precisamente lo primero: con advertencia que tal promesa no es usuraria, por subrogarse la pension dicha en lugar de los frutos que pertenecerian al marido ó monasterio (núm. 42).

43. En las últimas voluntades si las palabras del legado ó disposición se dirigen al legatario, éste debe elegir, si al heredero, pertenece la elección á éste, y si á ninguno se refieren por proferirse genérica y absolutamente, en duda debe elegir el mismo legatario siendo ésto especial en las disposiciones finales (núm. 43).

44. En el caso que el acreedor ó legatario que tiene derecho de elegir, pida y elija la cosa de menos valor por error de hecho ó de derecho, creyendo que la tal facultad no le pertenece, no puede variar ni le compete la condición *indebiti* ni otro remedio alguno, en atención á que ambas cosas fueron deducidas en el contrato, y no hubo error en la cosa debida ni en causa sustancial, sino en la accesoria y estrínseca (*dic. n. vers. Item adde*).

45. Hay un contrato anual por el que se multiplica la obligación, como si se promete dar á otro cierta cantidad ó cosa en cada año, el cual es muy diverso del legado anual. En primer lugar se diferencian en que en el contrato es una y pura la promesa y una la acción que nace inmediatamente por todos los años futuros, y en el legado aunque al punto nace acción y obligación por el primer año, no por los siguientes á causa de ser condicional con respecto á éstos. En segundo lugar se diferencian en que en el primero no se contienen muchos contratos y promesas, y en el segundo se comprenden muchos legados, por cuyo motivo, como que la capacidad de la persona á quien se debe adquirir se mira en el contrato al tiempo de él, si en éste el acreedor á quien se hizo la promesa era hijo de familia ó siervo, aunque después se emancipe ó manumita, se adquiere al padre ó al señor: lo cual no acontece en el legado anual, pues conteniendo muchos, en cada año de por sí se considera la habilidad del legatario, y por tanto si en el primer año estaba en la potestad no en los demás, en

el primer año adquirirá el padre ó el señor, y en los siguientes el mismo legatario. Asimismo por la espresada diversidad en el contrato el lapso de cada año constituye al deudor en mora sin ninguna interpelación, no en el legado, porque comprendiendo muchos y condicionales, se causaría en un mismo tiempo la obligación y la mora (n. 44. Véase el n. 23 de este cap. al fin.). Igualmente por la dicha diferencia si el deudor por el contrato deja de pagar en el término de treinta años, se juzga prescripta la obligación y promesa por el primer año y siguientes, mediante á ser una y uniforme por todos; pero en el legado, por contener muchos y condicionales, solamente hay prescripción por el primer año no por los demás, y así después del transcurso de cada año, principia y se requiere una prescripción nueva (núm. 45).¹

46. En tercer lugar se diferencian en que el contrato anual celebrado llanamente, bien por causa onerosa, bien por causa lucrativa, por lo regular es perpetuo y transitorio á los herederos del acreedor *ipso jure* y con efecto; y el legado anual como que es puro por el primer año y condicional por los siguientes, muerto el legatario transmitirá á sus herederos solo la deuda del primer año. El fundamento de esta diversidad consiste en que el legado se deja al legatario por afecto y por sus méritos, bajo cuyo supuesto necesariamente ha de entenderse la condición *si viva*; y en el contrato se atienden únicamente las palabras y el vínculo de la obligación. Dije *por lo regular*, porque sucede lo contrario cuando consta por algunas conjeturas que la intención de las partes fué que no pasara á los herederos; v. gr., si la promesa anual se hizo á un pobre por causa lucrativa, en cuyo caso se conceptúa hecha

¹ Muchos y clásicos AA. llevan como mas verdadero, que indistintamente la prescripción completa se entiende tan solo por el primer año, no por los siguientes (núm. 46).

por los alimentos que segun su naturaleza no pasan á los herederos. Del mismo modo sucede lo contrario cuando el acreedor tiene que cumplir alguna cosa adaptada á su persona, como si fué hecha la promesa anual al abogado, al médico ó á otro perito en algun arte, pues entónces se juzga condicional y respectiva, y aun en este caso el acreedor y el que promete pueden cesar en lo estipulado cuando quieran, mediante á que se contempla hecha la promesa por el tiempo que permanezcan en una misma voluntad (núm. 46).

47. La promesa y legado anual convienen en el modo y forma de la petición y condenacion, porque en ambos puede el acreedor pedir que se declare el derecho que le compete, y se condene al deudor no tan solo por la deuda del primer año, sino tambien por las de los siguientes, lo cual es de un grande efecto, por quanto así no se halla obligado el acreedor á litigar y probar su derecho cada año, y después del lapso de cualquiera se ejecutará la sentencia; pues sin embargo de que la promesa anual es con respecto á dia y el legado es condicional por los años futuros, y en uno y otro no ha llegado el dia de modo que se pueda pedir con efecto, siendo la obligacion siempre pura de presente por el primer año; en su virtud y por consecuencia puede hacerse la petición y condenacion sobre los venideros (núm. 47),

48. Con el motivo de la promesa y legado anual es de advertir, que si el testador lega llanamente á ciudad ó persona privada cierta cantidad ó alguna otra cosa para un dia reiterable, v. gr. el de San Juan; se ha de entender perpetuamente en cada año y no una vez tan solo en el primero, siempre que el dia sea propia é igualmente reiterable así un año como otro, no de lo contrario, como si alguno deja cierta cantidad para que se distribuya entre pobres el dia de su muerte ó el de sus exéquias. Tambien es de advertir que si el testa-

dor lega á alguno ciento hasta que se case, no se entiende que le lega ciento sola una vez, sino en cada año antes de contraer matrimonio: en cuya atencion si alguno lega ó promete determinada cantidad á Francisco para mientras viva, bien sea éste rico, bien sea pobre, debe conceptuarse que el legado ó promesa es anual y perpetua por todo el tiempo de su vida. Ultimamente es de advertir, que si el testador grava al heredero á que pague á alguno lo que el mismo testador acostumbraba darle, tan solo se halla obligado á dar lo que éste prestaba ordinariamente y en cierto modo cada año, no lo que daba en un modo incierto y fuera de lo ordinario segun su voluntad; bien es verdad que si el testador de diverso modo prestaba en su vida y en el tiempo de la muerte, ha de arreglarse el heredero por lo que en este tiempo se contribuia (núm. 48).¹

49. Tambien hay un contrato en género, como cuando se promete á otro un siervo ó un caballo, sin determinar la cosa en especie, en cuyo caso nace accion y obligacion, valiendo esta promesa aunque incierta, por no serlo de un todo, mediante á que se restringe á un género subalterno, y quedando libre el deudor con entregar una cosa de las contenidas en el género (núm. 49): y en este contrato ó promision genérica, bien tenga el que promete en su patrimonio cosas del género de que se prometió alguna, bien carezca de ellas, siempre está obligado á dar una idónea y mediocre, sin que pueda ser compelido á entregarla de las que se hallen en su patrimonio;

¹ Juzga nuestro Aillon mas verídico que lo que se deja para dia reiterable como el de San Juan, por lo regular ha de prestarse sola una vez, no perpetuamente en todos los años, si no que concurra alguna conjetura de las que espresa el Menochio *praesumpt. lib. 4, praesumptione 132, per totam* (núm. 49).

aunque en las últimas voluntades debe hacerse la solución de las cosas que dejó el difunto en su patrimonio (número 50. Véase el núm. 30, cap. 12, tom. 1, de este comp.).

50. El deudor ante todas cosas se ha de citar y no poner preso, bien sea la causa ardua, bien sea de poca consideración, bien la causa pecuniaria descienda de contrato, bien de delito, de tal suerte que puede resistir y evitar con armas esta injuria; mas después de citado y emplazado, si hecha ejecución no se encuentran bienes, puede ponerse preso, aunque en los días pascuales dando fiador debe dársele libertad, como se evidencia de que en tales días no puede procederse á su captura ni hacerse ejecución en su persona y bienes (núm. 51, ley 1, y otras muchas que le siguen, tit. fin. part. 5).^{1 2}

51. Haciendo cesión y renuncia de sus bienes el deudor evitará la captura, pero el acreedor con autoridad del juez podrá ocupar sus bienes sin dejarle mas que el vestido ordinario, aun siendo quien debe muger, la cual no puede ser presa, si no que es meretriz (núm. 52, dic. ley 1, y ley 62 de Toro, hoy la 10, tit. 3, lib. 5, de la Recop.).

52. De este beneficio de la cesión de bienes no goza el

1 El deudor condenado por sentencia que ha pasado en autoridad de cosa juzgada ú obligado en instrumento guarentigio, si no señala bienes en los que se trabé la ejecución, ó no da fiador que asegure ser suyos los bienes y que son suficientes para pagar, entonces debe ponerse preso y no antes, á no ser que la deuda pertenezca al fisco (núm. 52).

2 Sobre este punto es muy útil y plausible la real pragmática de 27 de Mayo de 1786, en la que S. M., á consulta del consejo, se ha servido mandar que á los operarios de todas las fábricas de estos reinos, y á los que profesen las artes y oficios, cualesquiera que sean, no se les pueda arrestar en las cárceles por deudas civiles ó causas livianas, ni embargarles ni venderles los instrumentos destinados á sus respectivas labores, oficios ó manufacturas: exceptuando todos los casos en que se proceda contra ellos por deuda del fisco, y las que provengan de delito ó cuasi delito.

deudor que enagere sus bienes dolosa y fraudulentamente, por cuyo motivo puede el juez castigarlo con pena arbitraria; ni tampoco el fiador puede gozar de la cesión de bienes del deudor, y se halla obligado *in solidum*. Esta cesión aprovecha al deudor, por cuanto en los bienes adquiridos después solo puede ser reconvenido en cuanto pueda hacer: advirtiéndose que si el deudor es reconvenido civilmente por delito, no se libra con la cesión, y entonces ha de satisfacer con pena corporal; bien es verdad que en el día no tienen lugar la cesión y sus efectos, porque no pagando el deudor se entrega á los acreedores para que los sirva (*dic. n. vers. Item adde quod talis, ley 3, tit. fin. part. 5, leyes 4, 5, 6 y 7, tit. 16, lib. 5, de la Recop.*).¹

53. El noble no puede ser preso por deuda, en tales términos que aun acontece lo mismo cuando ha renunciado de tal privilegio, por haberse concedido por favor de toda la nobleza, á no ser que negase serlo al tiempo del contrato, pues entonces no goza del privilegio por razón del dolo cometido (núm. 54, ley 14, tit. 2, lib. 6, de la Recop.).

54. Muerto el deudor no pueden los acreedores en ningún caso detener el cadáver é impedir que se sepulte, ya porque ni en el hombre libre ni en su cuerpo tiene lugar la prenda ó hipoteca, y ya porque semejante detención de ningún modo es útil al acreedor, antes por el contrario perjudicial á él y á la república, á causa del pestífero olor que puede originar alguna epidemia (núm. 56, leyes 12 y 13, tit. 9, part. 7, y ley fin. tit. 13, part. 1).

1 Estas leyes recopiladas, que disponen lo contenido al fin de este número, no se observan, por lo que es inútil disputar, como lo hace el Autor, si debiendo el marido á su muger podrá ser entregado á ésta para que la sirva.

55. Si la deuda es pura ó se ha purificado, no es necesario que preste el deudor caucion de pagar, mediante á que puede entonces reconvenirlo inmediatamente el acreedor y usar de otros remedios convenientes; mas si la deuda es condicional ó respectiva á cierto dia, aunque siendo el deudor sospechoso al tiempo del contrato, no puede pedir el acreedor la dicha caucion, por debérsele imputar que contrajo con él; si puede pedir la haciéndose sospechoso, bien por culpa suya, bien por caso fortuito, despues del contrato antes de llegar el dia ó de cumplirse la condicion, y tiene que prestarla el deudor de pagar cuando aquel llegue ó ésta se cumpla, dando fiador idóneo; pues de lo contrario será puesto preso, sin que se escuse con la caucion juratoria no teniéndolo, y aun se le puede prohibir por el juez que enagene sus bienes: no siendo de omitir que para hacer la prueba de sospecha, no se necesita citar al deudor si se teme su fuga (núm. 57).

CAPITULO XII.

De los dos reos.

1. Cuando dos ó mas se obligan llanamente, ya sea en contrato oneroso, ya sea en contrato lucrativo, cada uno queda obligado solamente por igual parte, no *in solidum*; y por el contrario si dos ó mas son los acreedores, á cualquiera le compete la accion por parte aunque en la persona de alguno no valga el contrato: y lo mismo sucede en la sentencia si muchos son condenados simplemente; pero lo dicho se ha de entender prometiéndose cosa dividua, no individua como la servidumbre, pues en tal caso cada reo se halla obligado *in solidum*, y á cada acreedor se le adquiere accion *in solidum*. Lo propio acontece, si las partes se convienen en obligarse *in solidum* en cualquiera especie de contrato espresa, ó tácita-

mente por haberse puesto alguna palabra distributiva, v. gr., *que cualquiera prometia*: advirtiéndose que uno de los reos se puede obligar puramente y otro *in diem* ó bajo condicion (número 1).

2. Sin embargo de que los reos se hayan obligado *in solidum*, han de ser reconvenidos por su parte, á no ser que alguno de ellos esté pobre ó ausente, ó se haya renunciado el beneficio de la division, en cuyo último caso si el acreedor reconviene á alguno *in solidum*, ha de protestar que se contentará con una sola paga: y habiendo alguno de los deudores disfrutado toda la utilidad y siendo reconvenido el otro, aunque se haya renunciado el dicho beneficio, podrá éste excepcionar que á sus espensas sea aquel reconvenido primeramente (núm. 2, ley 12, tit. 12, part. 5).¹

3. Si uno de los reos de deber por causa onerosa paga *in solidum*, y todos se han utilizado, puede reconvenirlos con respecto á las partes que les tocaron, y si él solo percibió la utilidad, nada puede repetir, segun sucederia si fuesen reos de deber por causa lucrativa: y por el contrario si uno de los reos de estipular recibe la paga de toda la deuda, siendo por causa onerosa tiene que comunicarla con los demas, y no siendo por causa lucrativa, sino que son socios (núm. 3.)

CAPITULO XIII.

De los fiadores.

1. Pues que ya hemos hablado de los que se obligan principalmente por sí, trataremos ahora de los que se obligan

¹ Por la ley 1, tit. 16, lib. 5 de la Recop. sienten muchos AA. que si dos reos se obligan *in solidum*, no les compete el beneficio de la division [número 3, vers. *Sed quid hodie*].