

las escrituras que por mí, y tal vez por mis connotarios sustitutos, fueren en él recibidos, de mi propia mano lo signo y firmo en la ciudad de tal y dia veinte y cinco de diciembre del año del Señor de mil ochocientos y tantos: En testimonio ✠ (aquí el signo) de verdad N. N. escribano ó notario.

*Conclusion de los protocolos.* N. escribano público de (tal parte) doy fe: que todas las escrituras que se dicen por mí autorizadas en el presente protocolo, que contiene tantas fojas, fueron otorgadas por los contrayentes que respectivamente expresan, y ante mí y los testigos que nombran, en los lugares y dias que cada una contiene; y todas en el presente año. Y en fe de ello lo signo y firmo en dicha ciudad de tal, á los veinte y cuatro dias del mes de diciembre del año del Señor de mil ochocientos y tantos.

## CAPITULO VII.

*Reglas generales que da el derecho y debe tener presentes el escribano, sobre los contratos, pactos y obligaciones, segun sus diferentes especies.*

*La palabra convencion ó convenio es general, y se aplica á todos aquellos actos en que consienten los que tratan en sí de contraer y transigir algun negocio, ya sea con la cosa, de palabra, por escrito, ó con el simple consentimiento; ya sea personalmente, por procurador, por medio de un enviado, ó de una carta; ya sea expresa ó tácitamente. Así podemos decir que convienen los que de diversos puntos se reunen y llegan á un lugar;*

del mismo modo tambien los que despues de diferentes variaciones del ánimo, consienten en una sola voluntad. De aquí es, que la palabra *convencion* se toma por consentimiento, esto es, contiene todas las especies de contratos y de disoluciones de los mismos; de modo que no hay ninguno ni obligacion alguna que no encierre en sí la convencion, ó sea el consentimiento; así se explica el señor Comes en su Tratado de la Notaría, y Escriche dice: Entiéndese por convencion *el consentimiento de dos ó mas personas sobre una misma cosa ó hecho.* Entre los romanos habia dos especies de convenciones; es á saber, el simple pacto y el contrato: el contrato era obligatorio, mas no el nudo pacto. Pero entre nosotros toda convencion que no es contraria á las leyes ni á las buenas costumbres, es verdadero contrato y produce obligacion civil; de modo que cada una de las partes puede ser apremiada á su cumplimiento.

En las convenciones debe atenderse mas bien á la intencion comun de las partes contratantes, que al sentido literal de las palabras; y cuando una cláusula tuviere dos sentidos, debe entenderse como lo manda el derecho, en el que le da algun efecto, y no en el que no produce ninguno ó la hace insignificante.

Los términos susceptibles de dos sentidos deben tomarse en el que conviene mas á la materia del contrato; y lo que está ambiguo ó dudoso se interpreta por lo que es costumbre en el pais.

Deben suplirse en la convencion las cláusulas que son de costumbre y no están expresadas; y todas las cláusulas de la convencion se interpretan

las unas por las otras, dando á cada una de ellas el sentido que resulta de la totalidad de la escritura.

En caso de duda debe interpretarse la convencion contra el estipulante y en favor del que ha contraido la obligacion.

Por muy generales que sean los términos en que está concebida la convencion, nunca podrá esta abrazar otras cosas que aquellas que al parecer son el objeto que se propusieron las partes.

Cuando en un contrato se pone un caso para explicar la obligacion, no por eso queda limitada la extensión que le da el derecho sobre los casos no expresados.

*La obligacion es un vínculo del derecho, con el cual se nos estrecha necesariamente a dar ó hacer alguna cosa, segun las leyes del pais.* Las divisiones principales que hace de ellas el derecho son tres. La una puramente *civil*, cual es la que nace de un contrato celebrado por medio de la fuerza; y aunque produce accion segun todo rigor de derecho, no obstante es tan débil, que lo hecho en virtud de ella puede con facilidad deshacerse. La segunda es meramente *natural*, pues por ella no podemos ser apremiados en juicio, aunque por equidad natural debemos cumplirla. Nace esta obligacion de los contratos celebrados por ciertas personas, á los cuales no han querido las leyes dar fuerza obligatoria: tales son los que hacen por sí, y sin mediar la autoridad del tutor, los pupilos próximos á la pubertad, los de fianza que otorgan las mugeres, y los de préstamos hechos por los hijos de familia que están bajo la patria potestad. La tercera especie de obligacion,

que es la que propiamente se llama tal, y cuyo uso es el mas frecuente en los tratos y negocios de los hombres, es la *mixta* de civil y natural, la que se define, como queda dicho arriba, y es la que se entiende bajo el nombre genérico de obligacion.

*Pacto es el consentimiento de dos ó mas personas en una misma cosa.* Se funda solamente en el mutuo consentimiento y en la buena fe, por el principio de equidad natural sentado por el derecho romano, de que *nada parece mas conforme que la observancia de aquello en que se ha convenido.*

La palabra latina *pactio* de donde se deriva la voz *pacto*, puede corresponder á *pacis actio*, esto es, *accion de paz*; pues los que pactan entre sí, despues de diversos y encontrados movimientos del ánimo, se reunen en una sola voluntad.

El pacto entre los romanos <sup>1</sup> no producía accion, sino solo excepcion, es decir, que si uno se obligaba á una cosa mediante un simple pacto, no podia ser apremiado al cumplimiento; pero si la cumplia voluntariamente, no tenia ya derecho para reclamar lo que hubiese dado ó ejecutado; porque si no habia contraido obligacion civil, la habia contraido natural. Mas entre nosotros no hay ya vestigio alguno de la diferencia que las leyes romanas pusieron entre los pactos y los contratos: todo pacto serio es obligatorio, mientras no se opongan las leyes ni las buenas costumbres. *Pareciendo*, dice la ley 1. tit. 1. lib. 10 de la Nov. Recop., *que alguno se quiso obligar á otro por*

<sup>1</sup> Comen en su Arte de la Notaria, y Escriche en su Dic. de leg. art. *Pacto*.

*promision ó por algun contrato ó en otra manera, sea tenuto de cumplir aquello que se obligó, y no pueda tener excepcion, que no fué hecha estipulacion, que quiere decir, PROMETIMIENTO CON CIERTA SOLEMNIDAD DE DERECHO, ó que fué hecho el contrato, ó obligacion entre ausentes, ó que no fué hecho ante escribano público, ó que fué hecha á otra persona privada en nombre de otros entre ausentes, ó que se obligó alguno que daria otro ó haria alguna cosa; mandamos que todavia vala la dicha obligacion y contrato que fuere hecho en cualquier manera que parezca que uno se quiso obligar á otro.*

*Contrato es el pacto ó convenio, que tiene nombre cierto, y a falta de este causa civil obligatoria, hecho entre partes para dar ó hacer alguna cosa. Las condiciones ó requisitos esenciales para la validez de un contrato, son: el consentimiento de las partes, su capacidad de contratar una cosa cierta que forme la materia de la obligacion, y una causa lícita y honesta.*

El consentimiento, como queda dicho arriba, debe ser libre de error, de fuerza, dolo ó engaño. Pueden contratar todos aquellos á quienes la ley no lo prohíbe, como á los furiosos, mentecatos y pródigos, los menores sin autoridad de sus tutores ó curadores, y á las mugeres casadas sin licencia de sus maridos; y es de advertir, que las personas capaces de contratar ú obligarse no pueden oponer la incapacidad de aquellas con quienes hubiesen contratado.

Todo contrato tiene por objeto una cosa que una parte se obliga á dar, hacer ó no hacer; y con tal que la cosa sea de las que están en el

comercio de los hombres, es indiferente que sea corporal ó incorporal, presente ó futura.

No puede tener efecto alguno una obligacion sin causa, ó con una causa falsa ó ilícita, pero no por eso es necesario expresar la causa para que sea válida la convencion. Es ilícita la causa, cuando se opone á las leyes ó á las buenas costumbres.

En los contratos hay circunstancias *esenciales*, sin las cuales no subsistirian; *naturales*, las cuales se suponen aunque no se expresen; y *accidentales*, que solo están por la mera voluntad de los contrayentes. *Así en la venta es circunstancia esencial el precio, natural la eviccion, accidental el pagar en oro ó plata. Es circunstancia esencial el precio; porque si este falta, ya no hay venta sino donacion, aunque se use de la palabra venta, como si dijera Pedro que me vendia su caballo de valde: es circunstancia natural la eviccion; porque siempre se entiende, á no ser que se excluya expresamente por voluntad de las partes; y es accidental la de pagar en oro ó plata; porque no depende de la naturaleza del contrato, el cual permanece siempre el mismo con ella ó sin ella.*

Los contrayentes están obligados no solo á cumplir lo contratado, sino tambien á resarcir el daño que por su dolo ó culpa se siguiere á la parte contraria: lo que se llama prestar el dolo ó culpa.

*Dolo* es el propósito de dañar á otro injustamente, ó bien toda especie de maquinacion ó artificio que se emplea para engañar ó burlar á otro. Adelante notaremos lo que es dolo bueno y dolo malo. *Culpa* es la negligencia ó impericia en el desempeño de la obligacion contraida; y

es de tres maneras: lata, leve y levisima. *Lata* es la omision de aquella diligencia que todos suelen poner: *leve*, la omision de aquellas precauciones que el buen padre de familias toma ordinariamente en sus negocios: y *levisima*, la omision de aquellos cuidados que no suelen poner en sus negocios sino los padres de familia mas exactos y diligentes.

Esto supuesto, el *dolo* y la *culpa lata* se prestan en todos los contratos, de modo que no puede hacerse convencion en contrario: la *culpa leve* se presta en aquellos contratos en que la utilidad es reciproca entre los dos contrayentes, como en la venta, sociedad y arrendamiento; y la *levisima* solo cuando la utilidad es del que recibe y no del que da, como en el comodato.

Cuando la cosa que es objeto del contrato padece detrimento por casualidad ó caso fortuito, el daño entonces queda á cargo del dueño de la cosa, *quia res domino suo perit*; á no ser que hubiere culpa ó tardanza en el que debe restituir, pues entonces este seria el responsable<sup>1</sup>.

Sin embargo de lo que acabamos de decir sobre la prestacion del dolo, culpa ó caso fortuito, ó sea sobre la responsabilidad del daño producido por alguna de estas tres causas, es preciso advertir que siempre se ha de atender á la intencion de los contrayentes, los cuales pueden convenirse en que se preste mas ó menos de lo que corresponde á la naturaleza del contrato, exceptuando el dolo y la culpa lata, cuya prestacion no puede dispensarse por no dar causa para delinquir.

<sup>1</sup> Por caso fortuito se entiende el suceso inopinado, ó la fuerza mayor que no puede uno resistir ni prever. El caso fortuito nadie lo puede prestar.

Los contratos se dividen en nominados é innominados. Aquellos son los que tienen nombre propio, como el de compra y venta, el de arrendamiento &c. Innominados son los que carecen de nombre, pero no de causa civil obligatoria, y son de cuatro especies, distinguidas entre los romanos con estas denominaciones: *do ut des*; *do ut facias*; *facio ut des*; *facio ut facias*; las cuales se han adoptado entre nosotros traducidas literalmente: *Doy porque des*; *doy porque hagas*; *hago porque des*; *hago por que hagas*.

Dividense tambien los contratos en *unilaterales* y *bilaterales*. Llámanse *unilaterales* aquellos en que uno solo de los contrayentes queda obligado, cual es el de préstamo ó mutuo, en que solo se obliga el que lo recibe: y *bilaterales* aquellos en que ambos otorgantes quedan obligados, como en el de compra y venta; siendo de advertir que hay algunos en que al principio solo se obliga uno de los contrayentes, y despues otro por incidencia, como en el comodato y depósito, segun se verá cuando se trate de ellos<sup>2</sup>.

Del diferente modo de celebrarse ó perfeccionarse los contratos dimana la tercera division de estos en *consensuales* y *verbales*, *reales* y *literales* de que su á vez hablaremos.

Hay tambien ciertas obligaciones que nacen de unos hechos honestos, tan semejantes en sus efectos á los contratos, que han recibido el nombre de *cuasi-contratos*, de los cuales como de los an-

<sup>2</sup> Cuando el beneficio que recibe uno de los contratantes es en virtud de desprendimiento de algun derecho ó propiedad, ó bien en remuneracion de algun servicio, el contrato se llama *oneroso*; pero cuando no, *gracioso* ó gratuito.

teriormente indicados, tratan largamente el señor Febrero, el señor Comes y otros autores; a donde remitimos á los estudiosos; porque los límites á que debemos circunscribir la presente obra no nos permiten que tratemos de ellos con igual detenimiento. Pero á fin de que no carezcan los principiantes de la instruccion conveniente; y aquellos que no lo son puedan recordar en la práctica, para el mejor asiento de sus procedimientos, las cosas mas esenciales en esta materia; concluirémos este capítulo transcribiendo los avisos y advertencias mas esenciales para que las escrituras en que intervengan salgan legítimas, firmes y valederas como requiere el derecho, siendo de advertir que en las respectivas materias de contratos, fianzas &c. se hallarán los privilegios que les corresponden á los labradores, comerciantes, clérigos, religiosos, mugeres, hijos de familia, ya menores ya mayores de edad, á los novios, doliétes de los difuntos, viudas &c.

Esto supuesto, deberá tener presente el escribano que en las leyes se distinguen dos maneras de obligaciones por deudas: la una es *deuda personal*, y es cuando la persona del deudor está solamente obligada á la cosa, y no los bienes: otra se dice *real*, y es cuando los bienes, ó parte de ellos fueron obligados y no la cosa.

La ley 5. tit. 13. part. 5. designa los bienes que no puedan obligarse aunque un deudor diga que obliga ó empeña todos sus bienes.

La ley 5. tit. 11. lib. 1. de la Rec. y la 247 del Estilo, dicen: que ningun hombre se puede obligar en contrato, ni obligacion que haga prometiendo de cumplirlo bajo pena de la vida, ó perdimiento de

miembro; ni tampoco se puede obligar á perdimiento de todos sus bienes. La razon es, porque la pena no se extiende mas del duplo aunque sea puesta en mucha cantidad; y aun no se suele condenar en las tales penas, mas que en aquello que es propio interese.

En el supuesto de que dos ó mas personas se obliguen de mancomun, han de renunciar el beneficio de division de acciones, y los fiadores el de excusion ú orden; y si hay principales y fiadores, deben renunciar ambos beneficios de excusion y division, porque si no las renuncian estando presente el principal, no podrá ejecutarse el fiador hasta haber hecho excusion contra el principal y sus bienes, cobrando solamente de aquel lo que este no alcance á cubrir.

De la misma manera no renunciando los principales el beneficio de orden, no podrá el acreedor pedir ni ejecutar á uno de los mancomunados, estando presentes todos y teniendo de que pagar, salvo cuando alguno estuviese ausente y no tuviese con que hacerlo; pero habiéndola renunciado, siempre habrá la ventaja para el acreedor de poder escoger al que quisiese ó a los que quisiese para cubrirse.

La ley 3. tit. 18. lib. 3. del Fuero, y las 10. tit. 11. part. 4., la 24. tit. 13. part. 5. dicen que cuando alguno sale por fiador de indemnidad que es cuando se obliga á sacar á paz y salvo á otro; ó si solamente se obliga a que pagará, no haciéndolo el principal, ó que pagará lo que este no alcance á cubrir; no podrá el acreedor pedir al fiador hasta haber hecho excusion con el principal, ó á lo ménos pedido por tela de juicio, aun-

que renuncie las tales excepciones ó beneficios; ni el hijo que repudió la herencia del padre y quiere pedir los bienes que quedaron de su madre, si esta hubiere muerto y sus bienes los haya vendido el padre, como que en este caso los maridos son legítimos administradores; ni tampoco podrá el hijo pedir á los poseedores los dichos bienes sin que primero se haga excusion contra los del padre.

Es cosa ordinaria entre los escribanos poner en los contratos y obligaciones que ante ellos pasan, la pena convencional, creyendo que serán mas firmes por esta causa; pero es de advertir que el obligado solo lo queda á pagar la pena si no cumple lo prometido; y que si quieren lograrse ambas cosas, esto es, que el obligado ejecute lo que contrató y pague la pena convencional, deberá ponerse la cláusula de *rato manente pacto* ú otra semejante; que quiere decir, que aunque se pague la pena ó la remita el acreedor, no por eso debe dejar de cumplirse y guardarse la obligación.

En tres puntos principales consiste la fuerza de las obligaciones de persona y bienes en los contratos: la primera, someterse el obligado a las justicias de cualquier fuero y jurisdiccion que sean, y darles poder para que le obliguen á la ejecucion de lo prometido: segunda, renunciar su propio fuero, jurisdiccion y domicilio; y la tercera, que se diga que se quiere ser ejecutado, como por sentencia definitiva pasada en cosa juzgada. En quanto al primer punto, dispone una ley de partida, que las justicias no puedan compeler ni apremiar á ninguno á que pague a otra persona

fuera de su jurisdiccion; excepto si en el contrato ú obligacion da poder para ello, hallándole en su fuero, ó prometiendo pagar donde quiera que fuese hallado; y asimismo si hallan algunos contratos en que el otorgante se haya sometido á la jurisdiccion, aunque le sea extraña, de los jueces donde se obligó, como si morase en aquellas partes. En quanto al segundo punto está dispuesto por la dicha ley, que ninguno pueda ser reconvenido fuera de su jurisdiccion ante ningun juez; y si se obligare por contrato, que se pueda arrepentir despues de fecho y hasta ántes de contestar el pleito, excepto si renunciare la dicha ley que está en su favor, porque entónces quedará obligado á pagar donde le fuere pedido, hallándose allí. Y en quanto al punto tercero tiene tanta fuerza la protesta de que quiere ser ejecutado el deudor; como por sentencia definitiva pasada en cosa juzgada, como que adonde permite el derecho mas vigor para la ejecucion, es en la sentencia del juez pasada en cosa juzgada, especialmente si está consentida; porque no tiene remedio ni recurso alguno, y por esto se llama esta cláusula *guarentigia*, del vocablo toscano *guarentare*, que quiere decir cosa firme.

Ultimamente, los escribanos deben saber en los contratos y obligaciones que ante ellos pasaren adonde se constituyan, las leyes que los contratantes han de renunciar, y las que pueden y las que no pueden ser renunciadas, para que sean firmes y valederos sus compromisos; y de estas renunciaciones vamos á tratar en el siguiente capítulo.