

INDICE

DE LO CONTENIDO EN EL TOMO III.

	PAG.
Título I. al XIII. De la sucesion <i>ab intestato</i>,	5
§ I. De la sucesion de los descendientes, .	7
§ II. De la sucesion de los ascendientes, .	13
§ III. De la sucesion de los colaterales, .	16
Adicion,	24
Tít. XIV. De las obligaciones,	25
Tít. XV. De los contratos reales,	39
Adicion,	56
Apéndice. De la hipoteca,	id.
Adicion,	64
Tít. XVI. De las promesas ú obligaciones de palabras,	id.

EDICIÓN FACSIMILAR

INSTITUCIONES.

INSTITUCIONES

DE

DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DR. D. JOSE MARIA ALVAREZ,
Catedrático de Instituciones de Justiniano en la
Universidad de Guatemala.

SEGUNDA EDICION DE LA OBRA
ADICIONADA Y REIMPRESA EN MEJICO EN 1826;
NUEVAMENTE AUMENTADA, REVISTA Y
CORREGIDA.

TOMO III.



NUEVA YORK:
EN CASA DE LANUZA, MENDIA Y C
IMPRESORES LIBREROS.

1827.

**Vir bonus et prudens
. . . . parum claris lucem dare coget:
Arguet ambigué dictum: mutanda notabit.
*Horat. de Art. Poet.***

LIBRO III.

DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TITULO I. AL XIII.

De la sucesion ab intestato.

Habiendo tratado ya en los títulos antecedentes del modo de suceder por voluntad espresa del difunto declarada en el testamento, se sigue ahora tratar del orden con que se sucede por voluntad tácita ó presunta cuando alguno muere intestado.*

Intestado se dice aquel que ó no hizo testamento ó no lo hizo arreglado á derecho, de suerte que no produjo efecto.†
Veamos pues, quienes son los que deben

* Prologo del tit. 13. P. 6.

† L. 1. tit. 13. P. 6.

6

suceder al que muere de esta manera. Es constante por derecho natural que el fin e intencion de los que adquieren bienes, no es el dejarlos abandonados despues de su muerte y que sean del primero que los ocupe;* sino que desean que aprovechen y hagan felices á todos aquellos en cuya felicidad se complacen.†

Fundados en este principio los legisladores han puesto por fundamente de la sucesion *ab intestato* al amor: de suerte que en este supuesto deben ser prócsimos á la sucesion aquellos que presume el derecho fueron mas amados del difunto. Los filósofos antiguos observaron,‡ que el amor baja primeramente: si no tiene donde bajar sube, y si ni aun por ahí tiene lugar, se estiene de acia los lados. En confirmacion de

* Hein. lib. 1. de Jur. Nat. cap. 11. núm. 295.

† En los padres para con sus hijos y en estos para con sus padres, no solo tiene lugar preferente esta presuncion, sino que tambien tienen mútua obligacion de dejarse sus bienes los unos á los otros, de suerte que por esto se llaman herederos forzosos.

‡ Aristot. Ethic. lib. 8. cap. 12.

esto nos enseña la experiencia, que los hijos son los mas amados para cada uno: que despues de los hijos se siguen los padres, y despues de estos los parientes colaterales. Bien es verdad que el amor de los padres ácia sus hijos escede tanto al de estos para con sus padres, que es proloquio comun y muy verdadero, que *es mas fácil que un padre sustente á veinte hijos, que no veinte hijos á un padre.*

Sobre este principio se han establecido tres órdenes en la sucesion *ab intestato*. En el primer orden entran los descendientes: no habiendo estos, se admiten en el segundo los ascendientes, y faltando aun estos, siguen en el tercero los colaterales.* En defecto de todos tiene lugar el fisco.

§ I. *De la sucesion de los descendientes.*

Hemos dicho que en primer lugar son llamados á la herencia los descendientes del difunto si los tiene. Por descen-

* L. 2. tit. 13. P. 6.

dientes entendemos aquí todos aquellos que son hijos ó vienen de nosotros, ya sea esta filiacion por la naturaleza ó por las leyes civiles. Trataremos pues, con distincion, 1. De la sucesion de los hijos legítimos: 2. de los legitimados: 3. de los adoptivos; y 4. de los ilegítimos.

De los hijos legítimos es regla general, que *todos suceden indistintamente á sus padres.** No hay pues, diferencia entre los grados, pues tanto los que son del primero como los de segundo y tercero, &c. serán herederos; y así el nieto y bisnieto son llamados á la herencia con tal que no tengan padre que esté mas prócsimo que ellos. Tampoco hay diferencia en el secso, y así las mugeres tambien son herederas de su padre *ab intestato.†* Finalmente, no se conoce ya diferencia entre hijos emancipados ó nó, ni entre sucesion paterna ni materna.‡

Aunque como va dicho todos los

* L. 3. del mismo tit.

† L. 3. ya citada.

‡ L. 3. ya citada.

descendientes que no tienen padre vivo que les preceda suceden *ab intestato*, con todo no reciben todos igual porción de la herencia, y así se deben distinguir tres casos. 1. *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas, (in capita)* esto es, se hacen tantas partes de la herencia cuantos son los hijos que heredan: v. g. si un padre ó madre que tiene cuatro hijos deja cuarenta mil pesos, cada uno de los hijos percibirá diez mil, porque todos son de primer grado, y así suceden por cabezas. 2. *Si solo hay hijos de los demas grados, como nietos ó bisnietos, todos suceden por linage (in stirpem)* esto es, vienen todos los hijos de cada padre á llevar la parte que le tocaría á él; y la dividen entre sí; de suerte que de la herencia no se hacen tantas partes como son las cabezas, sino tantas como son los linages y familias. Esto se hará mas claro continuando el ejemplo ya puesto. Supongamos que los cuatro hijos que habian de heredar de su padre diez mil pesos, murieron antes dejando cada uno dos hijos; entonces estos, muerto el

10

abuelo, entrarán representando á su respectivo padre, y percibirá cada familia diez mil pesos, que divididos entre los dos hijos de que se compone, les tocará á cinco mil pesos á cada uno.

3. *Si concurren hijos del primero y de los demas grados, entonces los que sean del primer grado suceden por cabezas, y los del segundo y tercero por linages, del modo que hemos explicado ya.**

De esta suerte es la sucesion cuando todos los hijos son nacidos de un solo matrimonio; pero si hay diversos, cada hijo sucede á su ascendiente solo, y del comun parten entre sí igualmente la herencia.

Esto es por lo que hace á los hijos legítimos; siguense los legitimados. La legitimacion hoy se hace solamente, ó por subsiguiente matrimonio ó por rescripto del soberano. Si se ha hecho del primer modo, es regla general, que *los legitimados por subsiguiente matrimonio suceden del mismo modo que los legítimos.†* Si la legitimacion es del

* L. 3. tit. 13. P. 6.

† Cap. 6. *Qui filii sint legit.* y ley 1. tit. 13. P. 4. L. 10. tit. 8. lib. 5. de la Rec. de Cast.

11

segundo modo, esto es por rescripto del soberano, se debe distinguir si es para el fin de suceder ó no: en este segundo caso no hay duda que nada recibirán de la herencia paterna; mas en el primero se admiten si son solos; pero si hay otros hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, no pueden entrar con ellos á la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes.*

Síguese hablar de los hijos adoptivos: la adopcion como ya se ha dicho† puede hacerse, ó en un hombre libre del poder de su padre y con autoridad soberana, ó en uno que es hijo de familia y con autoridad del juez.‡ Cuando se hace del primer modo se llama *arrogacion*, y cuando del segundo *adopcion propia*. Esto supuesto, el hijo arrogado segun nuestro derecho, heredará del arrogante la cuarta parte de sus bienes, y el adoptivo sucederá á su padre adoptante en todos,§ siempre que

* Vease la citada ley 10. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

† Lib. 1. tit. 11.

‡ L. 7. tit. 7. P. 4.

§ Ll. 8. 9. y 10. tit. 16. P. 4.

12

ni uno ni otro tengan hijos legítimos, pues si los tuvieren en nada les sucederán.*

Resta hablar finalmente de los hijos ilegítimos: estos, según hemos dicho en otra parte, se dividen en naturales y espurios. Los primeros cuando su padre natural no tiene hijos legítimos, heredarán las dos duodecimas partes de sus bienes,† que dividirán con su madre: y no siendo estas suficientes para mantenerse, tienen tales hijos acción á lo necesario para sus alimentos;‡ pero los espurios ninguna cosa heredarán de su padre *ab intestato*, tenga ó no descendientes legítimos. Por lo que hace á la madre si no los tiene, serán sus herederos los naturales ó espurios que tenga, si no es que sean de dañado y punible ayuntamiento, ó habidos de clérigo

* L. 5. tit. 6. lib. 3. y 1. y 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

† Según la ley 8. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast., los hijos ilegítimos heredarán el quinto, que es lo que los padres pueden darles en vida ó dejarles por muerte por razón de alimentos. Febr. Refor. Part. 1. cap. 5. § 1. núm. 70.

‡ L. 8. tit. 13. P. 6.

de orden sagrado ó de fraile, ó por monja profesa, en cuyos casos son escludidos de toda sucesion.* La razon de esta diferencia que hace el derecho entre el padre y la madre, es porque esta siempre es cierta y conocida, lo cual no sucede en el padre.

§ II. *De la sucesion de los ascendientes.*

Hemos dicho arriba, que no habiendo hijos no tiene el amor como bajar, y así sube: de donde se infiere, que la sucesion ordinariamente es recíproca, por lo cual aquellos padres á quienes suceden sus hijos, pueden suceder á sus hijos. Mas como el derecho de representacion no tiene lugar entre los ascendientes, es necesario observar varias reglas.

1. *En la sucesion ab intestato los ascendientes mas cercanos excluyen á los mas remotos, y siendo de una misma linea, dividen entre sí la herencia por cabezas,*

* L. 7. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

*y si de distintas la dividen por líneas,** y así v. g. muriendo intestado uno que tenga abuelos y bisabuelos paternos, los primeros solamente serán herederos, y nada percibirán los segundos; y si concurrieren dos abuelos por una línea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, llevando los de la una la mitad, y otra mitad los de la otra, que dividirán entre sí. Pero si concurren solamente uno por una línea, y dos por la otra no la dividirán por terceras partes, sino que el uno heredará la mitad, y los dos la otra mitad.†

* L. 4. tit. 13. P. 6. y 1. tit. 8. lib. 5. de la Rec. que es la 6. de Toro.

† L. 4. tit. 13. P. 6.

Se advierte que este modo de suceder no es ni *in capita* ni *in stirpes*, sino por líneas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes habiendolos de ambas líneas, de suerte que aunque haya muchos por una línea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta división debe ser, sin hacer distinción de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes de parte de padre, y los maternos á los de parte de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente la mitad para cada línea. Vease la ley 4. tit. 13. P. 6. Sino es que en alguna parte haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfruta-

11. *Cuando suceden los ascendientes, aunque haya tambien colaterales no concurren con ellos. v. g. muerto un hermano que tiene padres, hermanos y sobrinos, solo heredarán sus padres.** Y la razon es porque la linea recta es de naturaleza mas privilegiada que la transversal, y muy distinta en el grado.

III. *Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legítimos sucederá del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espurios á sus padres, madres y demas ascendientes.†* Pero de esta regla se exceptúan los adoptivos, pues de estos no son herederos *ab intestato* sus padres adoptantes, sino sus parientes mas cercanos.‡

ba el ascendiente intestado como lo dispone la ley 1. al fin tit. 8. lib. 5. de la Rec. de Cast.

* L. 4. tit. 8. lib. 5. de la Rec. y es la 7. de Toro que deroga á la ley 4. tit. 13. P. 6. que dispone lo contrario.

† L. 8. al fin tit. 13. P. 6.

‡ L. 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

§ III. *De la sucesion de los colaterales ó transversales.*

No habiendo descendientes ni ascendientes se siguen como ya hemos dicho los colaterales, en cuya sucesion se observan las reglas siguientes.

I. *Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres y sus hijos, escluyen á todos los demas colaterales, y suceden los hermanos in capita, y los hijos de estos in stirpes.**

II. *Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos de difunto, heredarán todos por cabezas, y repartirán con igualdad entre sí la herencia de su tio.†*
La razon es, porque todos los sobrinos estan en igual grado, y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es, cuando está vivo algun hermano de este que tambien concurre á heredar, y les sirve de forma y causa

* L. 5. tit. 8. lib. 5. de la Rec. y la 5. tit. 13. P. 6.

† L. 5. tit. 13. P. 6. y 13. tit. 6. lib. 3. de Fuero Real.

para que tenga lugar la representacion, pues de otra suerte serian escludidos por ser parientes mas remotos, y así solo en este caso le tiene y en el se estingue; mas cuando son solos sobrinos falta el motivo y fomento para la representacion, por lo cual entran por su propio derecho á heredar como parientes mas cercanos que están en igual grado.

III. *Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una linea, estos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la linea paterna heredarán los bienes paternos, y los que fueren de parte de madre, heredarán los maternos;* y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ú oficio ó de otro cualquier modo.†*

Lo que hemos dicho de la sucesion de los parientes transversales, se debe entender cuando el parentesco es legítimo, pues si fuere, ó el difunto ó el pariente natural, se observarán estas reglas.

I. *Si el que muere sin descendientes*

* Ll. 5. y 6. tit. 13. P. 6.

† L. 6. tit. 13. P. 6.

*ni ascendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tenga, hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente.** La razon es, porque los hermanos que le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte del padre son dudosos.

II. Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, le serán herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiere alguno legitimo, este solo será preferente á todos.†

III. Si un legitimo muere no dejando parientes algunos legitimos, sino solo naturales, le heredarán los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán escludidos.‡

La sucesion por linea transversal que hemos esplicado ya, no pasa el dia de

* L. 12. del mismo tit.

† En sentir de algunos preferirá aun á los hermanos por parte de madre. Vease la L. 12. tit. 13. P. 6.

‡ Dha. L. 12. al fin.

hoy del cuarto grado;* y así los bienes del que no dejare parientes hasta dicho grado, recaen en el fisco,† sin que tenga lugar ya la sucesion de la muger al marido, ni de este á su muger, pues no se hace mencion de ellos.‡ Cesa desde luego el dia de hoy la disposicion de la ley de Partida que estendia esta sucesion hasta el décimo grado, y despues de él llamaba al marido á la herencia de la muger, y esta á la del marido.§

* Ll. 3. tit. 9. y 9. tit. 10. lib. 1. de la Rec. de Cast. de las que se hace argumento para creer derogada la L. 6. tit. 13. P. 6. que estendia la sucesion transversal hasta el decimo grado.

Es dudoso si este cuarto grado se deberá contar por derecho canónico ó civil.

† Real inst. de 27 de noviembre de 1785. y de 27 de agosto de 1786.

‡ L. 12. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast. y la Real instr. ya cit.

§ No será fuera del caso para complemento de esta materia decir aqui algo de la cuarta marital. Esta no es otra cosa que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual puede tomar para sí la muger viuda, si quedare tan pobre que no tenga como subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta parte no debe esceder del valor de cien libras de oro, como dispone la ley 7. tit. 13. P. 6. Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos au-

Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento está dispuesto, que el juez del lugar en donde fallecieren, inventaríe sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para su entierro y funerales, y hecho, dé cuenta á la audiencia del distrito para que disponga del residuo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los tengan no recaen en el fisco.*

Finalmente aunque por derecho no-vísimo á los religiosos de órdenes que pueden poseer bienes les está permitido ser herederos por testamento;† se les

tores quieren que se deba estender tambien á los padres en su caso. Vease á Febrero libreria de escribanos cap. 1. § 21. núm. 239. El dia de hoy en vista de la ley 1. tit. 8. lib. 5. de la Recopilacion, que es la 6. de Toro, hay bastante motivo para dudar, que pudiese tener lugar tal cuarta parte. Fuera de que, sin ella y con los gananciales que le toquen, podria la madre proporcionarse la congrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre, que deberia administrar los bienes de sus hijos.

* L. 31. tit. 1. P. 6. y 5. tit. 12. lib. 1. de la Rec. de Cast.

† Ced. de 29 de noviembre de 1796. y de 29 de abril de 1804.

21

prohibe espresamente suceder *ab intestato* á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal y repugnante á su solemne profesion en que renuncian al mundo, y todos sus derechos temporales.*

Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles, del modo, y con el órden explicado, pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales de bienes libres sin distincion de grados, el dos por ciento para la Hacienda publica† pues se hallan espresamente esceptuadas las sucesiones entre ascendientes, y descendientes.‡

Los parientes que suceden *ab intestato* no por eso estan desobligados de invertir algunos bienes en favor de la alma del difunto. Mas para que se sepa cuanto debe ser, dirémos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distin-

* Pragm. de 6 de julio de 1792.

† Cedula de 11 de junio de 1801. art. 5. del Reglam. inserto.

‡ Art. 1. de dho. reglam.

cion de casos y de herederos. Estos ó son legítimos y forzosos, ó transversales; y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados á hacerle las ecsequias funerales, y demas sufragios que se acostumbren en el pais con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias; pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes.* Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo prefinido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion á invertir todo el quinto, y cumplirán con solo lo dicho.† Lo mismo se debe decir de los transversales, herederos del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario ó por no poder, ó por no querer no hizo el testamen-

* L. 16. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

† Arg. de la L. 10. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

to, en este caso solamente, estarán obligados á la distribucion del quinto integro dentro del año, segun ordena una ley de Recopilacion* que dice así. “ Cuando el comisario no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, porque pasó el tiempo, ó porque murió sin hacerlo ; los tales bienes vengán derechamente á los parientes del que le dió el poder que hubiesen de heredar sus bienes *ab intestato*, los cuales en caso que no sean fijos ni descendientes ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su anima del testador, lo cual si dentro del año contado desde la muerte del testador no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquier del pueblo.” La razon de esta disposicion es, por que en este caso se presume que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese preferida á sus parientes en el

* L. 10. tit. 4. lib. 5. Rec. de Cast.

quinto, y no se amplía á otros casos porque solo habla del que últimamente he explicado.

Para el buen cobro, y administracion de los bienes de los que mueren *ab intestato* sin dejar notoriamente ascendientes, descendientes ó colaterales, dentro del grado que por derecho deben heredar; ó *ex testamento* dejando herederos ó legatarios dentro ó fuera del distrito de cada audiencia, se estableció en América un juzgado general llamado *de bienes de difuntos*. De su ereccion y facultades, se trata largamente en el tit. 32. lib. 2. Rec. de Indias, y para el arreglo de conocer y proceder en las causas correspondientes, se aprobaron en auto de 22 de julio de 1805, por la audiencia de México las *nuevas instrucciones* que por su encargo formó el Oidor D. Guillermo de Aguirre.

ADICION.

Para mayor instruccion en esta materia de intestados pueden verse los autos

25

acordados 8. y 9. del último foliage de Montemayor y Beleña que ya quedan citados al fin del título de testamentos; y desde el 119 hasta el 133 del mismo foliage.

TITULO XIV.

De las obligaciones.

Todo lo que se ha explicado desde el principio del libro segundo hasta aquí, pertenece á las especies de *derecho en la cosa*. Hemos visto los modos de adquirir el dominio: que cosa sean las servidumbres; y como se adquiriera por herencia, ya en virtud de testamento, ya *ab intestato*. Ahora pues, parece que debía tratarse del derecho de prenda, que es la última especie de derecho en la cosa; pero habiendo de seguir el orden de las instituciones de Justiniano, pasaremos á tratar del *derecho á la cosa*, el cual como siempre nace de obligacion, veremos primeramente: que cosa sea obligacion y cuantas sus especies.

TOM. III—3

26

Por obligacion entendemos: *una necesidad moral, que nos impone el derecho, de dar ó de hacer alguna cosa.** De esta definicion, que es bastante clara, se deduce el siguiente axioma, *La obligacion no pasa de la persona que la contrae*: de suerte que en virtud de ella, nunca se tiene accion contra un tercero, sino solamente contra aquel que se nos obligó, y en esto consiste una de las principales diferencias entre el derecho *en la cosa*, y *á la cosa* que dimos en el tit. 1. del lib. 2.

De la definicion pasemos á sus divisiones. La primera de ellas es, que las obligaciones son, ó puramente naturales ó puramente civiles ó mistas.† Como el fundamento de toda obligacion es la ley, si la obligacion nace del derecho natural, pero no la auxilia ó asiste el derecho civil, se llama *puramente natural*, v. g. la obligacion que nace el dia de hoy de los esponsales contraidos sin escritura pública.‡ Si el derecho

* Arg. de la L. 5. tit. 12. P. 5.

† L. 5. tit. 12. P. 5.

‡ Decreto de 28 de abril de 1803.

27

civil ha impuesto la obligacion, pero el derecho natural no la ausilia, se llama *puramente civil*: v. g. la que nace del contrato literal. Finalmente si ambos derechos, natural y civil asisten á la obligacion, será mista v. g. el comprador está obligado por derecho civil y natural á pagar el precio prometido; y así se puede decir *mista* esta obligacion.* Hablando en rigor, solo estas son verdaderamente obligaciones, porque producen todo su efecto: las civiles puramente, por lo regular no producen alguno, pues se recinden por la restitucion *in integrum*: las naturales finalmente, solo producen escepcion, y no accion.

Otra division de las obligaciones es, que unas nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras mediante algun hecho que produce la obligacion. Nacen inmediatamente de la equidad, siempre que se ecsige alguna cosa en virtud de alguno de estos dos principios: I. *Todo hombre está obligado á hacer en favor de otro una cosa, que ningun daño le trae á él, y aprovecha al otro.* II.

* L. 5. tit. 12. P. 5.

Todo hombre está obligado á hacer lo que la recta razon dicta que debe. Por ejemplo : en virtud del primer principio está obligado el poseedor de una cosa á mostrarla al que se la pide para investigar, si es la suya que el ha perdido : en virtud del segundo el padre está obligado á alimentar al hijo, sin que en ninguno de entrambos casos intervenga hecho alguno, que induzca la obligacion.

Por el contrario, cuando la obligacion nace de *hecho*, este será ó lícito ó ilícito. El hecho lícito consiste en el consentimiento y el ilícito es todo delito ; y de aquí se saca otra nueva division de la obligacion, en una que nace de convencion, y otra del delito. De los delitos hablaremos en el libro 4. y así ahora solo pertenece tratar de las convenciones.

La convencion, que en derecho es lo mismo que pacto, no es otra cosa que aquel *consentimiento por el cual dos ó mas convienen en dar ó hacer alguna cosa.* Se dice que la convencion es *consentimiento*, porque faltando este no hay

hecho obligatorio lícito: ha de ser de *dos ó de mas*, porque uno solo no se puede obligar á sí mismo, y en una compañía se obligan hasta ciento, y aun mas hombres: finalmente, se ha de convenir en *dar ó hacer algo*, y en esta afirmacion tambien se incluye negacion, y así hay convenciones de no dar ó de no hacer, que se llaman *pactos remisorios*.

La convencion se divide en contrato y pacto: el contrato: es *una convencion, que tiene nombre y causa*, y el pacto que ni tiene nombre ni causa. Para entender estas definiciones es necesario saber, que es nombre, y que es causa. *Por nombre* entendemos: un vocablo que significa el contrato de que se habla y del cual toma nombre la accion que produce. *Por causa* se entiende una cosa presente de la cual segun decreto nace obligacion. Así v. g. la venta, tiene nombre y de allí nace la accion de compra y venta, y causa que es el consentimiento: por el contrario una promesa de donar alguna cosa ni tiene nombre porque no hay accion de este nombre en derecho, ni hay cosa alguna presen-

te, sino que solo se promete para lo por venir.*

Los contratos unos son *verdaderos* ó rigurosamente tales, y otros se llaman *cuasi contratos*. Todo contrato por ser convencion, requiere precisamente consentimiento, y este puede ser ó verdadero ó espreso, ó ficto, que tambien se llaman presunto: del verdadero y espreso nacen los contratos verdaderos, y del ficto ó presunto los cuasi contratos. Mas para que no se piense que las leyes sin razon alguna fingen que uno consintió, hay tres reglas de equidad natural de las cuales se deduce el dicho consentimiento.

I. *Ninguno se presume que sin razon alguna quiera enriquecerse con daño de otro.*

* Se advierte que ya por nuestro derecho en virtud de la ley 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. no se conoce distincion entre pacto nudo y vestido como la habia entre los romanos; y así entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho produce obligacion siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues en virtud de dicha ley no se necesita alguna.

II. *El que quiere lo que antecede, no debe reusar lo que se sigue.*

III. *Cualquiera se presume, que ha de aprobar lo que redundá en utilidad suya.*

Los verdaderos contratos unos son nominados y otros innominados. Los nominados tienen nombre y causa, y así producen acción del mismo nombre. Mas los innominados solo tienen causa, pero no nombre, y así no producen acción especial. Tales son estos cuatro que comunmente se asignan: *te doy porque me hagas, te doy porque me des, te hago porque me des, y te hago porque me hagas.* Es verdad que pudiera decirse que aun los contratos nominados pueden incluirse bajo estas cuatro formas, pues la compra y venta v. g. no es otra cosa que *te doy porque me des*; pero realmente no es así, pues en los contratos nominados interviene moneda precisamente, y en los innominados, ó no interviene, sino otra cosa, ó si se quiere que intervenga no es como precio ó merced sino como honorario que no es necesario que esté definido por pacto.

Hemos dicho ya que todos los contratos deben tener causa: esto es, alguna cosa presente de la cual según las leyes nace obligación. Estas causas no son más que la tradición de la cosa, las letras y el consentimiento, pues ya no hay necesidad de palabras solemnes en alguno. Los contratos que se perfeccionan por la tradición se llaman *reales*, como el mutuo, comodato, prenda y depósito. Los que por solo el consentimiento, *consensuales*, como la compra, venta, locación, conducción, enfiteusis, sociedad y mandato; y el que se perfecciona por letras solemnes, se llama *literal*.

Resta la última división de los contratos por la cual, unos son unilaterales y otros bilaterales; pero es de advertir que no tienen este nombre por las personas que se obligan. Si una y otra queda obligada, el contrato es bilateral; si una solamente unilateral: en la compra y venta v. g. uno y otro contrayente se obliga, y en el mutuo uno solo. Los unilaterales se llaman también de derecho riguroso (*stricti juris*) y los bilate-

rales de buena fé; pero por esto no se quiere decir que la buena fé no sea necesaria en los contratos de riguroso derecho, sino que en estos, nada mas se puede pedir, que lo que espresamente se prometió: por el contrario en los llamados de buena fé, se debe todo aquello que dicta la equidad, aun cuando no se haya pactado espresamente, v. g. del mutuo no se piden usuras, si no es que se prometan, porque es contrato de riguroso derecho: mas en la compra y venta por sola la tardanza en verificar el pago, está el comprador obligado á las usuras, por ser este contrato de buena fe.

De lo dicho se deduce muy facilmente por que razon ciertos contratos producen dos acciones y otros una. Como en los bilaterales ambos contrayentes estan obligados, necesariamente debe haber dos acciones por medio de las cuales uno y otro sea compelido á cumplir lo que debe. Por el contrario, como en el mutuo v. g. á nada está obligado el acreedor, sino solo el deudor, de aquí es, que solamente se da una ac-

cion. Las dos acciones que nacen de los bilaterales, ó son ambas directas ó la una es directa; y la otra se llama contraria. Son ambas directas, siempre que la obligacion de los dos contrayentes nace desde el principio del contrato: y es la una directa y la otra contraria siempre que el uno de los contrayentes queda obligado desde el principio, y el otro despues: v. g. en la compra y venta, uno y otro contrayente desde el principio se obligan en virtud del mismo contrato, y así nacen las dos acciones llamados *de compra y venta*, que ambas son directas. Mas en el mandato, solamente el mandatario queda obligado desde el principio, y en virtud del contrato; pero el mandante no está obligado, sino hasta despues en el caso de que el mandatario hiciese algunos gastos por él ó recibiese daño por causa de la ejecucion del mandato: y así la accion contra el mandatario es directa y la que se da contra el que mandó, contraria. En materia de acciones contrarias, sirva de regla general que: *toda accion contraria se da para indemnizarse.*

Resta decir alguna cosa sobre la obligación de resarcir el daño en los contratos. Daño llamamos: *todo aquello que disminuye nuestro patrimonio*. Esto puede suceder, ó por *dolo* ó por *culpa* ó por *caso fortuito*. Dolo se dice que hay, siempre que se verifica propósito ó intencion en el que daña.* Culpa cuando se falta por negligencia ó descuido.† Finalmente, caso fortuito se llama cuando el daño viene de la providencia divina que así lo dispone, y á la que no se puede resistir.‡ Acerca del dolo solo hay una regla que observar: esta es, *el dolo siempre se presta en todo contrato*: lo cual es tan cierto, que aun cuando hubiesen pactado entre sí los contrayentes que no se prestase, no valdria este pacto, porque convidaria á pecar. Aun hay ciertos contratos en los cuales no solo se presta el dolo, sino que tambien se hace infame el que lo comete, tales son la tutela, el depósito, la sociedad y

* Ll. 1. tit. 16. y 11. tit. 33. P. 7.

† L. 11. tit. 33. P. 7.

‡ Dicha ley 11.

el mandato.* Y la razon que tienen para esto las leyes es, porque estos contratos solo se hacen entre amigos, cuando los demas se celebran con cualquiera, y no hay cosa mas ecsecrable que un amigo sea burlado y engañado por su mismo amigo.

Acerca del caso fortuito se da tambien una regla solamente: esta es la siguiente.

Al caso fortuito, hablando en general, ninguno está obligado.† La razon es, porque á ninguno se puede imputar lo que no puede impedir, sino que depende de la providencia divina que gobierna todas las cosas. Con todo puede suceder que alguno preste el caso fortuito: esto será 1. si voluntariamente se quisiere obligar á él: 2. si fuere moroso en entregar ó en restituir la cosa: y 3. si por su culpa dió ocasion al caso fortuito.‡

La culpa segun los juristas se divide

* L. 5. tit. 6. P. 7.

† Arg. de la L. 3. tit. 2. P. 5. y L. 11. tit. 33. P. 7.

‡ Dicha ley 3.

en *lata*, *leve* y *levísima*. El fundamento de esta division es la diversidad que hay de padres de familia; entre estos hay algunos sumamente cuidadosos, que parece tienen mil ojos para cuidar de todo, y que de noche no pueden tomar el sueño sin haber escudriñado todos los rincones de su casa. Ahora pues, el que no imita esta diligencia verdaderamente ecsactísima, se dice que comete *culpa levisima*.* Hay otros padres de familia descuidados y perezosos, que ni saben adelantar ni aun conservar la hacienda recibida: los que son tan negligentes ó mas que ellos, se dice que cometen *culpa lata*.† Finalmente hay otros ecsactos y medianamente cuidadosos, y el que no imita la diligencia de estos, es reo de *culpa leve*.‡

Estas son las descripciones, las cuales entendidas facilmente, se entenderán las reglas que se han de observar en prestar las culpas. Es de advertir, que hay contratos que solo ceden en utilidad del

* L. 11. tit. 33. P. 7.

† Dicha ley 11.

‡ La misma ley 11.

que dá, otros solo del que recibe, y otros que ceden en utilidad de ambos contrayentes.

Regla I. Cuando toda la utilidad es para el que dá y ninguna para el que recibe, aquel presta hasta la culpa levisima, y este solamente la lata v. g. en el depósito, el que depone se obliga hasta la culpa levísima, porque él únicamente percibe la utilidad de este contrato; y el depositario solamente la culpa lata, porque el trabajo todo es para él.

II. En los contratos que ceden en utilidad de ambos contrayentes cada uno está obligado á la culpa leve: v. g. la compra, venta, locacion, conduccion, compañía y prenda.

III. Cuando toda la utilidad es para el que recibe, este contrayente presta hasta la levisima: v. g. en el comodato.

IV. El que de su voluntad se ofrece á un contrato en que se requiere una diligencia muy grande, queda obligado hasta la culpa levisima, como en la administracion de negocios ajenos.

V. El que ofrece á otro su cosa, no puede ecsigir sino la culpa lata: por ejemplo, en el precario.

Hemos hablado ya de las obligaciones en general: siguese ahora tratar en particular de los contratos nominados; y como estos segun se ha dicho arriba, se dividen en reales, literales y consensuales, el título siguiente habla de los reales.

TITULO XV.

De que modos se contrae obligacion por tradicion de la cosa, ó de los contratos reales.

Aunque todas las obligaciones producidas por los contratos innominados y aun por los delitos nacen de cosa: llamamos ahora *contratos reales* á aquellos que ni tienen su perfeccion esencial ni aun producen obligacion, si no es que se siga la tradicion de la cosa. Tales son entre los nominados estos cuatro: *mú-tuo, comodato, depósito y prenda*. Dije *entre los nominados*, porque los innominados todos esperan la tradicion de la cosa para producir obligacion, y así no seria contrato si uno dijese: *te daré porque me des, te haré porque me des ó me*

40

hagas, si no es que sea actualmente, te doy porque me des ó hagas, &c. y así se ve claramente que es necesario que todos los contratos innominados sean reales.

El primer contrato que se perfecciona por la tradición de la cosa es el *mútuo*, y se llama así, *un contrato por el cual una cosa fungible ó de las que consisten en número, peso y medida se dá á otro para que use de ella como dueño, con obligación de volver otro tanto en el mismo género.** Se dice que este contrato se versa en cosas fungibles, porque si no fueren de las que se consumen por el uso no será *mútuo* sino *comodato*. Se dice que *usa de la cosa como dueño el que la recibe*, y esta es otra distinción entre el *mútuo* y *comodato*, pues en este se dá solo el uso y no el dominio. Finalmente se añade, que el deudor puede *restituir otro tanto en el mismo género*, y en esto se distingue el *mútuo* de todos los demás contratos reales, conviene á saber, del *comodato*, *depósito* y *prenda*

* L. 1. tit. 1. P. 5.

en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

Con lo dicho se entenderán fácilmente dos axiomas acerca de esta materia. I. *No se dá mútuo si no se verifica tradicion de moneda ó de otra cosa de las que se llaman fungibles.** II. *El mútuo es especie de enagenacion, y el dominio de la cosa fungible pasa al deudor.†*

De estos dos axiomas se deducen todos los derechos que hay acerca del mútuo: y así, de ellos se infiere. 1. Que puede dar á mútuo todo aquel que puede enagenar y así de ninguna suerte lo puede hacer el pupilo ni el menor,‡ y

* L. 1. tit. 1. P. 5.

† Ll. 2. y 10. tit. 1. P. 5.

‡ Ll. 17. tit. 16. P. 6. y 4. tit. 11. P. 5.

Acerca de las personas á quien se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, consejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar á mutuo, no se podrá demandar lo dado, si no se prueba que se convirtió en su utilidad. (L. 3. tit. 1. P. 5.) Y así para que el que da á mútuo quede asegurado, debe probarse la utilidad antes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez á quien corresponda darla, con cuya diligencia será bien hecho. (Febr. lib. de escrib. cap. 4. § 2. núm. 11.)

De ninguna manera se puede dar á mutuo á

sí solo aquel que tiene facultad de contraer. 2. Que por ser este contrato unilateral solo queda obligado el deudor á volver la cosa que recibió en el mismo género que se le dió.*

Resta hablar de la accion que nace del mútuo. Como este contrato es de

ningun hijo de familia, sea mayor ó menor de veinte y cinco años estando bajo la pátria potestad, y si lo recibe no está obligado á su restitucion ni se le puede demandar judicial, ni estrajudicialmente, ni á sus fiadores ni padres, y el contrato que sobre ello se hicjere es nulo, si no es en seis casos. 1. Cuando el hijo es soldado. 2. Cuando obtiene empleo público del rey ó consejo. 3. Cuando niega que es hijo de familia y el acreedor tiene justa causa para creerlo. 4. Cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó este le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entonces ambos quedan obligados. 5. Cuando está reputado comunmente por libre de la pátria potestad, ó su padre lo tiene puesto en este ejercicio, y con su órden contrata. 6. Cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado y su padre á pagarlo, pues se presume su consentimiento. (*Ll. 4. y 6. tit. 1. P. 5. Vease la ley 22. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.*)

Si el factor de algun mercader ó cambiante toma algo prestado con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo este; pero si no le dió órden para tomarlo, ni le convirtió en beneficio de su amo, no está obligado este, sino el factor á su solucion. (*L. 7. tit. 1. P. 5.*)

* L. 2. tit. 1. P. 5.

43

los nominados, la acción que produce es del mismo nombre, y se llama *acción de mútuo*. Se dá esta al acreedor contra el deudor á efecto de recibir la cosa prestada en el mismo genero, la que se le debe restituir al plazo estipulado, y si no se prefine plazo diez dias despues de prestada á voluntad de su dueño.*

A mas de esto el que recibe alguna cosa á mútuo, si no la vuelve al plazo estipulado debe pagar la pena que se haya impuesto al tiempo del contrato; pero si no se impuso pena alguna, pagará los daños y perjuicios que haya recibido el mutuante así en la demora, como en la demanda, á lo cual está obligado así el que recibió el mútuo como sus herederos.†

El segundo contrato que se perfecciona por la entrega de la cosa es el comodato por el cual entendemos: *un contrato real por el cual una cosa no fungible se dá graciosamente para cierto uso, con obligacion de que concluido este, se vuelva*

* L. 2. del mismo tit.

† L. 10. tit. 1. Part. 5.

*la misma cosa en especie.** Se diferencia del mútuo, parte en que aquí se dá una cosa *no fungible*, y en el mútuo fungible, y parte que aquí se trasfiere solamente el uso, y allí tambien el dominio. Del precario se distingue en que en el comodato se dá la cosa para cierto uso, y en el precario para incierto é indefinido, y así siempre es revocable.

Entendida esta difinicion facilmente se entienden los siguientes axiomas. I. *El comodatario recibe la cosa agena para hacer un cierto y definido uso; de otra suerte seria precario.†* II. *En este contrato no es igual la utilidad de los contratantes sino que toda es para el comodatario, y ninguna para el comodante; de otra suerte seria locacion conduccion.‡*

Del primer axioma nacen dos conclusiones. I. Que la cosa comodada no se puede pedir antes de acabarse de hacer el uso de ella.§ Pero esto se debe entender de rigor de derecho, pues la equidad per-

* L. 1. tit. 2. P. 5.

† Dicha ley 1.

‡ La misma L. 1. del tit. 2. al fin.

§ Arg. de la L. del mismo tit.

suade que si el comodante necesita de su cosa, debe ser preferido al comodatario.

2. Que el que usa de la cosa por mas tiempo ó de otro modo del que consintió el comodante, comete hurto de uso, porque se sirve de ella contra la voluntad de su dueño.*

Del segundo axioma se infiere: 1. que este contrato no admite paga, porque en el instante degenerará en locacion conduccion† siendo hecha en dinero y si en otra cosa, en contrato *do ut des*. 2. Que el comodatario ordinariamente está obligado á la culpa levísima,‡ pues lo comun es que solo ceda en utilidad del que recibe; pero si cediese en utilidad de ambos, ó de solo el que dá, como puede acontecer, se presterá la leve ó lata conforme á las reglas ya dadas.§ 3. Que el caso fortuito no daña al comodatario sino al comodante.|| La razon

* L. 3. tit. 2. P. 5. al fin. y L. 3. tit. 14. P. 7.

† L. 1. tit. 2. P. 5.

‡ L. 2. del mismo tit.

§ Dicha ley al medio en donde pone ejemplos de estos dos casos.

|| La misma ley 3.

es, porque la cosa perece para su dueño ; á que se agrega que el comodatario es deudor de cierta especie, el cual queda libre siempre que esta perece. Se exceptúan de estas reglas varios casos en los cuales es de cargo del comodatario el caso fortuito. 1. Cuando este sucede por su culpa.* 2. Cuando no vuelve la cosa en el dia ó tiempo señalado, pues desde el instante en que es moroso queda obligado á pagar de cualquier modo que perezca.† 3. Cuando el comodatario se quiso obligar al peligro.‡

Las acciones que nacen de este contrato son dos, y como es de los nominados, se llaman *de comodato*. Como el comodatario se obliga desde el principio, y el comodante hasta despues ; se sigue, que al comodante compete la accion directa y al comodatario la contraria : aquella para que se restituya la cosa y se preste la culpa, y esta como todas las demas acciones contrarias, para indemnizarse.

* Vease la ley 3. que pone ejemplos con que se ilustra esta excepcion.

† L. 3. al fin.

‡ La misma ley.

El tercer contrato real se llama *depósito*, y es un contrato por el cual una cosa mueble se dá á guardar á otro gratuitamente para que la restituya en especie cuando la pida el deponente.* Es digno de notarse que en la definicion se habla de cosa mueble, porque aunque las raices puedan estar de alguna manera en depósito, pero propiamente solo las muebles son su materia.† En este contrato ni el dominio ni el uso se trasfiere, sino solamente la guarda, y así si se concede al depositario que uso de la cosa que se le dá siendo fungible, y que vuelva otro tanto en el mismo género, el depósito degenerará en mútuo.

El depósito se divide en simple, miserable y secuestro. El primero se verifica cuando alguno voluntariamente y sin necesidad deposita la cosa. El segundo cuando lo hace por necesidad urgente á fin de salvarla de algun incendio, naufragio &c. y el tercero cuando por razon de pleito se deposita la cosa por el poseedor.‡

* Ll. 1. tit. 3. P. 5. y la 2. en el princ.

† L. 2. en el princ. tit. 3. P. 5.

‡ L. 1. tit. 3. P. 5.

Acerca del depósito simple se establecen los siguientes axiomas. **I.** *El depósito es un contrato gratuito, de otra suerte degenerará en locación, ó en contrato do ut des.** **II.** *Por el depósito solo se trasfiere la custodia de la cosa, de otra suerte se convertirá en mútuo ó comodato.†* **III.** *La utilidad en este contrato es solo para el deponente, porque de su naturaleza es gratuito.‡*

Del primer axioma se deduce lo 1. **Q**ue este contrato sin mudar su esencia no admite paga.§ 2. **Q**ue como este contrato solo se hace entre amigos, el dolo del depositario se castiga con infamia,|| y si no ¿quien sin ser oprimido de una urgente necesidad, encomendaria sus cosas á otro que á un amigo en cuya fidelidad tiene mucha confianza? **E**s pues, una cosa muy detestable que un amigo sea engañado por otro.

Del segundo axioma en que se asienta que solo se trasfiere la guarda, se deduce: 1. **Q**ue el depositario cometerá hurto si

* L. 2. tit. 3. P. 5.

† Arg. de la ley 2.

|| L. 8. tit. 3. P. 5.

† Dicha ley 2. al fin.

§ Dicha ley 2.

usa de la cosa depositada contra la voluntad de su dueño. 2. Pero puede el depósito volverse mútuo ó comodato, expresa ó tácitamente. Espresamente, si se pacta que el depositario pueda usar de la cosa, y tácitamente si una cosa fungible se entrega sin guarda ni cerradura alguna,* pues entonces se infiere con razon, que el deponente se contentará con recibir otro tanto en el mismo género.

Finalmente del tercer acsioma inferimos: 1. Que el depositario solamente está obligado á la culpa lata, hablando en general.† Dije, hablando en general; porque hay vários casos en que se obliga á mas: 1. Si se pactó lo contrario. 2. Cuando el depositario se ofrece y ruega para que le den la cosa en guarda, y 3. Cuando recibe precio por guardarla; pues en tales casos debe prestar la culpa leve.‡ II. Que mucho menos se entenderá obligado al caso fortuito, si no es que se pacte así; ó que

* L. 2. de este tit. ya cit.

† Ley 3.

‡ L. 3. al fin.

el depositario sea moroso en la entrega, ó que venga el caso fortuito por dolo ó culpa lata del depositario, ó si se hiciese el depósito por utilidad solamente del que lo recibe.*

Hemos dicho ya, que el depósito miserable se llama aquel que se hace por motivo de incendio, ruina, naufragio ó de otra urgente necesidad. Ahora pues como es una cosa otro tanto mas detestable que lo comun el añadir afliccion al afligido, al que en semejante depósito comete dolo lo condenan las leyes en el duplo de la cosa perdida.†

El depósito judicial ó secuestro se distingue de los otros, en que se hace por lo regular invito dueño, y que solo tiene lugar en las cosas litigiosas.‡ Tampoco lo debe entregar el depositario hasta que se haya dado la sentencia y finalizado el pleito.§

Resta explicar la accion que nace de este contrato : esta tiene el mismo nom-

* L. 4. tit. 3. P. 5.

† L. 8. del mismo tit.

‡ L. 5. en el med.

§ L. 5. tit. 3. P. 5.

bre, y se llama *accion de deposito*, directa ó contraria. La directa compete al deponente para que se le devuelva la cosa depositada: la contraria se dá al depositario para indemnizarse; y del mismo modo se procede en el secuestro. Lo singular que tiene la accion de deposito, es que no se puede oponer excepcion, ni con título de retencion ó compensacion, espensas ni otro alguno, sino que se debe volver la cosa luego que se pida al depositario, usando este despues de su derecho.* Con todo la ley de Partida asigna cuatro casos en los cuales puede tenerse el deposito: 1. cuando la cosa depositada es espada, cuchillo ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio. 2. Cuando al dueño se le confiscan los bienes. 3. Cuando un ladron da en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no lo entregue hasta que judicialmente se le mande, y 4. Cuando se le entregase en deposito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como señor que es.†

* L. 5. tit. 3. P. 5.

† L. 6. del mismo tit.

Resta explicar el ultimo contrato real, y es el que se llama *prenda*, y tambien *hipoteca*,* cuya diferencia y naturaleza explicaremos primeramente. Para la seguridad de las obligaciones que contraen los hombres entre sí, se inventó un contrato por el cual el que quiere asegurar los intereses de otro, obliga á su responsabilidad, ó todos ó una parte de sus bienes. Estos, segun ya hemos explicado en otra parte,† ó son raices ó muebles y semovientes, ó incorporales como derechos y acciones. Cuando estos bienes se entregan al acreedor para su seguridad, se llama *prenda*; y cuando solo se gravan al cumplimiento de alguna obligacion, se llama *hipoteca*: y aunque ambas convienen en que que-

* La palabra *prenda* puede tener varias significaciones: unas veces entendemos por ella la misma cosa dada en prenda: otras veces el contrato por el cual se constituye la prenda; y otras finalmente el *derecho en la cosa* dada en prenda ó hipotecada, que corresponde al acreedor despues de la tradicion y aun sin ella, en la hipoteca. Si la prenda se considera de este ultimo modo, nacen de alli acciones reales. Si como contrato, nace accion personal, y así vamos á tratar de ella.

† Tit. 2. lib. 2. de estas instit.

dan ligados y sujetos los bienes á la obligacion constituida, se diferencian en que la prenda se entrega al acreedor, y la hipoteca permanece en poder del deudor. Tratarémos primeramente de la prenda, y luego de la hipoteca.

La prenda es, *un contrato real por el cual la cosa se entrega por el deudor á su acreedor para seguridad de la deuda con la condicion de que pagada esta, se le restituya su misma cosa en especie.**

Esta definicion se aclarará con los axiomas siguientes : I. *Se pueden dar en prenda todas aquellas cosas que prestan seguridad: producen este efecto todas las que tienen precio.†* De donde se infiere claramente que las cosas sagradas, y demas que están fuera del comercio no pueden ser dadas en prendas.‡ II. *En este contrato solo se trasfiere la posesion natural, ó la nuda detencion de la cosa.§* III. *Ambos contra-*

* L. 1. tit. 13. P. 5.

† L. 2. tit. 13. Part. 5.

‡ Ll. 3. tit. 13. P. 5. y 10. tit. 2. lib. 1. Rec. de Cast.

§ Arg. de la L. 20. tit. 13. P. 5. V. E. para esto ser bien guardado.

*yentes son utilizados en este contrato : el acreedor porque asegura su deuda, y el deudor porque halla quien le dé lo que ha menester.**

Del primer axioma se infiere : que todas las cosas así corporales como incorporeales pueden ser dadas en prendas, con tal que esten en el comercio,† y que el que las dá tenga derecho de enagenarlas;‡ ó si la cosa es agena la de en prendas con consentimiento expreso ó tacito de su dueño, ó que á lo menos haya ratihabicion.§

Del segundo se infiere, que el acreedor no puede usar de la prenda, sino es con consentimiento del deudor,|| ó si interviene pacto de que el acreedor use de la prenda en lugar de las usuras, á que llaman *antichresis*. Pero este pacto trae bastante molestia al acreedor, porque queda obligado á dar cuentas de los frutos y utilidades percibidas, y á

* Dha. L. 20.

† L. 2. tit. 13. P. 5.

‡ L. 7. del mismo tit.

§ L. 9.

|| L. 20.

restituir todo lo que esceda de las usuras legítimas; de otra suerte no será lícito, por usurario. Del mismo acsioma sale la distincion entre la prenda y la hipoteca que ya hemos insinuado.

Finalmente, del tercer acsioma sale una conclusion solamente, esta es que ambos contrayentes están mutuamente obligados á la culpa leve;* y así si la cosa se perdiere ó empeorare por culpa levísima del depositario ó por caso fortuito, no estará obligado á resarcir el daño.

Las acciones que nacen de este contrato son dos: una se llama *pignoratitia* directa y la otra contraria. La primera se dá al deudor, pero hasta que ha pagado la deuda:† la segunda se dá al acreedor, restituida la prenda. Con la directa se pide la prenda y todos los daños causados á ella por dolo, culpa lata ó leve del acreedor; y con la contraria se indemniza el acreedor de todos los gastos ó menoscabos que haya teni-

* L. 20. tit. 5. P. 5.

† L. 21. tit. 13. P. 5.

do en la conservacion y guarda de la prenda.*

ADICION.

Los números 18, 19, 20, 21 y 22 del 3. foliage y el 300 del último de los autos acordados de Montemayor y Beleña tratan de los depósitos y empeño de alhajas : pueden verse para mayor instruccion en esta materia.

APENDICE.

De la hipoteca.

La hipoteca segun hemos dicho, es un pacto por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para seguridad y cumplimiento de algun contrato. Se divide primeramente en universal ó general, y en particular ó especial. La primera es aquella en que no solo se

* La misma ley 21.

incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino también los que adquiere después; pero por la obligación á que quedan afectos no se impide su enagenación. La segunda es aquella por la cual alguno ó algunos bienes se ligan expresa y determinadamente, y siempre están sujetos á la responsabilidad del débito y obligación contraída, aunque pasen á tercero poseedor, hasta que se extingue.*

La hipoteca, ya sea general ó especial, se divide también en otras cuatro maneras. La primera es *convencional expresa*, y se llama así por que se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancias del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfacción de la deuda y cumplimiento del contrato. La segunda es la *legal ó tacita*, y se verifica cuando aunque el deudor no obligue sus bienes expresamente, quedan tacitamente hipotecados por ministerio y disposición de la ley, de lo cual daremos después los principales casos. La tercera se llama *pre-*

* Ll. 1. y 5. tit. 13. P. 5.

toria, y es cuando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor para que se reintegre de su debito, como se hace en el asentamiento.* La cuarta es la *judicial*, y se da cuando por deuda se hace ejecucion en los bienes del deudor.†

Entre las hipotecas que hemos explicado, se encuentra bastante diferencia. Cuando la hipoteca es *expresa ó tácita*, desde que es constituida quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es *pretoria ó judicial*, hasta que la haya, ó se entreguen, ó se haga la ejecucion en ellos, no quedan obligados; y así antes de esto y despues de mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar é hipotecar á otro; pero será preferido aquel á

* Asentamiento se llama la posesion ó tenencia que da el juez al demandador de algunos bienes del demandado, por la rebeldia de este para comparecer, ó para responder á la demanda. Vea-se el tit. 8. de la Part. 3. y el tit. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast.

† Ll. 1. y 23. tit. 13. P. 5. y 1. tit. 8. P. 3. Ll. 2. y 3. tit. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast.

quien el juez los mandó entregar.* Se diferencian entre sí la hipoteca *pretoria* y la *judicial*, en que en la *pretoria* siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y así todos tienen igual antelacion ó preferencia. Mas siendo la hipoteca *judicial*, el primero que es metido en posesion de los bienes ó que ejecuta en ellos, se prefiere á los demas que no lo han hecho.

Visto ya que cosa es hipoteca y como se divide, resta esplicar que bienes se entienden hipotecados en la general, y quienes son los que la tienen *tácita*. En la hipoteca general y obligacion de todos los bienes, no solo se comprenden los presentes que el deudor tenia al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiriere, aunque no se espresase; † como tambien las deudas, derechos y acciones que tuviere á su favor; pero si la obligacion se hiciese espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raices,

* Cur. Filip. lib. 2. Comer. terr. cap. 3.

† L. 5. tit. 13. P. 5. Cur. Fil. cap. 3. ya citado.

sin hacer mencion de las deudas, &c. no se comprenderían en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes, que no comprende el nombre de muebles y raices.*

Mas no vienen en la obligacion general de los bienes, el siervo ó sierva que tuviere señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario y otras cosas de su casa, necesarias al uso cotidiano, ni las armas ni los libros ni las prohibidas de enagenar.†

Los que tienen tácita hipoteca en los bienes de otros son los siguientes. El fisco real en la cosa que se vende ó que pasa de unas partes á otras, por la alcabala y derechos reales que por razon de ello le son debidos;‡ y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, ahora sea el

* Empeñándose ó hipotecándose el título ó escritura de la cosa, se tiene esta en derecho por empeñada ó hipotecada, aunque no se espresé. L. 14. tit. 13. P. 5.

† L. 5. tit. 13. P. 5.

‡ L. 8. tit. 18. lib. 9. Rec. de Cast.

tributo ó derecho, real ó personal.*
Asímismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él, ó cobran y arriendan los derechos reales ó administran sus cosas, desde el dia del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion ; pero no en los bienes de las mugeres de ellos ni en su dote.†

La iglesia tiene tácita hipoteca por los diezmos en las cosas de que se deben ;‡ y tambien en los bienes de su administrador por la administracion de sus cosas, desde que la empezó á usar : mas no en los bienes de los que contraen.§ La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores, desde que comenzaren á administrar sus rentas.

El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes, tiene tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos y personas que por

* L. 25. tit. 13. P. 5.

† Ll. 23. y 25. tit. 13. P. 5.

‡ L. 26. tit. 20. P. 1.

§ Cur. Fil. cap. 3. ya cit.

62

ellos administraren la tutela; y tiene lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*; mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los bienes del magistrado que nombró el curador. Ni en los bienes del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas necesarias que haga.*

Si la muger viuda siendo tutora ó curadora de sus hijos y de su difunto marido, se casare otra vez, desde entonces los bienes de ella y los del con quien casare, quedan obligados tácitamente á sus hijos, por los suyos, hasta que se les dé tutor ó curador rindiendo cuentas de la administracion;† y así para evadirse de esta obligacion el segundo marido, antes de casarse haga que se les dé curador y se les dé cuenta con pago de sus bienes.

Tambien tienen tácita hipoteca el marido de la muger por la dote que le es prometida con ella, en los bienes del que la promete desde que hace la pro-

* L. 23. tit. 13. P. 5. L. 8. tit. 16. P. 6.

† L. 26. tit. 13. P. 5.

mesa, y la misma tiene la muger por su dote en los bienes del marido desde que la recibe;* y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella.† Del mismo modo, tiene tácita hipoteca la muger en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido ó la muger muriere, si el que de los dos queda vivo se vuelve á casar, desde entonces sus bienes quedan obligados tácitamente á los hijos del primer matrimonio por los bienes que conforme á derecho debe reservarles.‡

El legatario por el legado ó manda que le es dejado tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia; y asimismo la tiene el que dá alguna cantidad para faccion, armazon ó refaccion de nave, casa ú otro edificio convirtiendose en esto, y constando de ello.§

* L. 23. tit. 13. P. 5.

† L. 17. tit. 11. P. 4.

‡ L. 26. tit. 13. P. 5.

§ La misma ley 26.

Finalmente, tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa ó daño hecho en ella, en los bienes del alquilador.*

ADICION.

El autor ha tratado la materia de hipotecas con el método, concision y claridad que tanto le distinguen; solo le agregaremos la remision á los autos acordados 552 y 553 del último foliage del primer tomo de Montemayor y Beleña, viendo tambien la providencia núm. 55 del segundo.

TITULO XVI.

De las promesas ú obligaciones de palabras.

Aunque por derecho de los romanos las obligaciones de palabras no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un con-

* L. 5. tit. 8. P. 5.

trato verbal que debía estar acompañado de varias solemnidades : como eran, pregunta y respuesta cóngrua, presencia de los contrayentes y otras aun mas escrupulosas ; nuestro derecho ha simplificado estos contratos estableciendo, que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, y que derivándose semejantes obligaciones y tomando su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano.*

Es pues, el pacto ó promesa : *un contrato por el cual una persona promete á otra, que le ha de dar ó hacer alguna cosa, en que convienen, con intencion, de obligarse.*† Para que el comitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere, que prometa asertiva y no am-

* L. 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. que corrige y deroga la 2. tit. 11. P. 5.

† L. 1. tit. 11. P. 5.

biguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion, la que no induce obligacion por faltar la voluntad de obligacion.*

Segun lo dicho, puede hacerse la promesa estando presentes promitente y aceptante, aunque no hablen un mismo idioma, con tal que se entiendan; y si no están presentes, con tal que el promitente se obligue por carta firmada ó por mensajero cierto: y siempre valdrá aunque sea por deuda agena, y estará obligado á pagarla.*

* No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que bastan que sean equivalentes, y que parezca que quiso obligarse; y así aun la ley 2, título 11, P. 5, que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma: que si uno siendo preguntado, si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde: *¿por qué no?* queda obligado como si dijese: *prometo*.

* Ll. 1. 2. y 3. tit. 11. P. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

Las promesas pueden hacerse puramente, bajo de condicion ó á dia cierto; la cual division es clara segun lo ya explicado en el título de los legados, y de las instituciones de herederos.*

Veamos ahora los axiomas que nacen de esta diversidad de promesas.

I. Cuando se promete puramente, se debe y se puede pedir lo prometido luego al punto; pero si la promesa se hiciere bajo de condicion, no se podrá pedir, ni habrá obligacion de pagar, hasta que se cumpla la condicion puesta.† La razon es clara, porque la condicion suspende el cumplimiento de lo pactado hasta cierto evento, y así donde no hay condicion tampoco se puede suspender el efecto de la promesa. Con todo, la primera parte del axioma se debe entender civilmente, y así queda al arbitrio del juez señalar hasta cuando podrá cumplir su promesa el que la hizo puramente, pues la razon dicta que se le debe dar

† L. 12. tit. 11. P. 5.

† L. 12. V. La tercera manera de promision y L. 14. del mismo tit.

algun tiempo para que busque la cosa que ha de entregar.*

II. *La condicion imposible vicia la estipulacion.*† La razon ya la hemos dado en otra parte: porque el que consiente en semejante condicion, ó está loco ó se burla.

III. *Si la condicion imposible fuere negativa v. g. te prometo cien pesos si no tocares el cielo con la mano, la promesa se resuelve en pura, y se debe cumplir como tal.*‡ La razon es, porque semejante condicion es imaginaria, pues atendido lo que naturalmente sucede ningun hombre puede llegar al cielo con la mano, y así es lo mismo que si se hubiese prometido sin condicion.

IV. *Cuando se promete á dia cierto, ni se debe ni se puede pedir lo prometido hasta que llegue el dia señalado.*§ Este dia se entiende cierto y señalado al fin de cada año, cuando se promete dar ó hacer al-

* L. 13. al princ. tit. 11. P. 5.

† Véase á Greg. Lopez en la ley 17. tit. 11. P. 5. V *si no tanxeres* núm. 2.

‡ L. 17. tit. 11. P. 5.

§ Ll. 14. y 17. tit. 11. P. 5.

guna cosa *cada año*: y se deberá cumplir al principio del año, cuando se prometió darla ó hacerla todos los años de su vida.*

V. *El día incierto del cual no se sabe si llegará, equivale á condicion.* La razón es, porque del mismo modo se suspende la cosa por este evento incierto, que si se hubiera prometido bajo de condicion, y así ninguna diferencia hay si yo digo á otro: te daré cien pesos el día que te hagan presidente, que si dijese: te daré cien pesos si te hicieren presidente.

VI. *La condicion negativa suspende el efecto de la promesa hasta la muerte.* V. g. si yo dijere á Ticio: te daré cien pesos si no contrajeres matrimonio: en este caso nada recibirá mientras viva, porque hasta su muerte no se verifica que nunca contrajo matrimonio. En los legados se procede de otra suerte en virtud de la caucion *Muciana*; pero esta no tiene lugar en los contratos.

VII. *En la promesa condicional se*

* L. 15. del mismo tit.

*trasmite la esperanza á los herederos;** y así si se me ha prometido dar ó hacer alguna cosa, si tal nave viniere de Cadiz á Honduras, y muero antes que se cumpla esta condición, mis herederos si se cumpliere la podran pedir. Al contrario sucede en los legados, porque el legatario antes de la muerte del testador no tiene derecho adquirido que pueda transmitir á los herederos, mas el estipulante lo tiene fundado en el consentimiento.

De cualquiera cosa que uno tenga suya y haya costumbre de enagenarse, ya sea mueble ó raiz, v. g. vestidos, alhajas de plata, oro ó diamantes, tierras, casas, viñas; nacido ó por nacer, v. g. frutos, ó partos de ganados, se puede hacer promesa validamente aunque sea de lo no nacido, con tal que se espere que haya de nacer, pues de lo contrario no será valida, sino es que el no nacer provenga de culpa del promitente.†

Para que la promesa sea válida la ha de hacer el promitente de su libre y es-

* L. 14. tit. 11. P. 5.

† L. 20. tit. 11. P. 5.

pontánea voluntad, sin que incluya vicio de usura, ni por otra parte sea contra derecho, ó buenas costumbres, porque si lo fuere ó interviniere dolo, fuerza, miedo grave ú obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe, no valdrá aunque en ella interponga pena ó juramento.* Mas si el promitente practica voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza ni engaño para hacerlo, antes bien por el mismo hecho pierde la accion que á ello tenia.†

Siempre que se hacen promesas ó pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser, ó convencional ó judicial. Convencional se llama la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse si no se cumple la promesa al tiempo que se señaló; y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente para que el promi-

* Ll. 28. y 31. tit. 11. P. 5. 1. tit. 10. y 7. tit. 33. P. 7. y 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast.

† L. 28. tit. 11. P. 5.

tente pudiese cumplir si quisiere : pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor, ó ecsigir la pena, ó el cumplimiento de la promesa.* La pena judicial es la que se impone sobre promesa hecha en juicio : v. g. cuando uno fia á otro ante el juez que estará á derecho con su contrario, ó que lo hará comparecer en juicio bajo de cierta pena.†

Aunque la promesa no valga se debe pagar la pena impuesta segun derecho,‡ si no es que la nulidad de la promesa ó su defecto de valor, provenga de ser hecha contra ley ó buenas costumbres,§ ó sobre matrimonio,|| ó por ser usuraria,¶ ó por ser hecha por miedo, fuerza, ó engaño.**

* L. 35. tit. 11. P. 5.

† L. 36. tit. 11. P. 5.

‡ L. 38. al princ. tit. 11. P. 5.

§ Dha. L. 38.

|| L. 39.

¶ L. 40.

** L. 28. tit. 11. P. 5.