

# INDICE

## DE LO CONTENIDO EN EL TOMO III.

Tít. XVII.	De la obligacion <i>correal</i> ,	73
Tít. XVIII.	De las promesas de los siervos,	75
Tít. XIX.	De la division de las estipulaciones,	76
Tít. XX.	De las promesas inútiles,	77
Tít. XXI.	De la fianza y fiadores,	80
Adicion,	.	92
Tít. XXII.	De las obligaciones de letras,	93
Adicion,	.	98
Tít. XXIII.	De los contratos consensuales,	id.
Tít. XXIV.	De la compra y venta,	100
§ I.	De las condiciones ó pactos que se pueden poner en la celebracion de la compra y venta,	127
§ II.	Del retracto ó tanteo,	131
§ III.	Del trueque ó cambio,	137
Adicion,	.	139

## TITULO XVII.

### *De la obligacion correal.*

No solo uno, sino tambien muchos pueden recibir promesas hechas á su favor, ó hacerlas ellos á otro: de suerte, que hay casos en que dos ó mas, prometen á uno, ó este uno promete á dos ó mas, y esta es la que llamamos obligacion *correal*.

Esta materia, que parece bastante-mente oscura, se hará clara si atendemos á una regla, y consiguientemente á su escepcion.

La regla es esta. *Cuando dos ó mas personas se obligan, cada una queda obligada prorata: y si promete á dos ó mas, á cada uno se le debe prorata.\** V. g. si Ticio y yo prometimos cien pesos, cada uno debemos cincuenta: y si á Ticio y á mí se nos promete la misma cantidad, á cada uno se nos deben cincuenta. Es decir:

\* L. 1. en el princ. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast., L. 10 tit. 12. P. 5.

que la obligacion hecha á muchos, ó hecha por muchos, se tiene por dividida.\*

De esta regla se exceptúa la obligacion correal, y así si dos prometen la misma cosa á uno ó á muchos de tal suerte que cada una consienta en quedar obligado por el todo, será legítima la obligacion, y se llaman *correos de prometer*. Del mismo modo, si se promete á muchos á un tiempo una misma cosa, de tal suerte que el promitente se obligue á cada uno por el todo, valdrá tambien su obligacion y se llaman *correos de estipular*.†

Veamos ahora los efectos que produce semejante obligacion. El 1. es que cada uno de los correos queda obligado por toda la cantidad prometida, de suerte que no tiene necesidad el acreedor de reconvenirlos á todos, sino que tiene arbitrio para dirigir su accion contra cualquiera de ellos y hacer que le pague toda la cantidad.‡ El 2. efecto es, que pagando el uno de ellos se libran los demas aunque cada uno deba el todo :§ la razon

\* Dichas leyes.

† L. 1. en el med. tit. 16. lib 5. Rec. de Cast.

‡ Dicha L. 1.

§ L. 8. tit. 12. P. 5.

es, porque habiendo conseguido el acreedor todo lo que se le debía, no tiene ya acción para cobrar otra cosa. 3. Que semejantes *correos* no gozan del beneficio de división, aun cuando no lo hayan renunciado espresamente, ni las leyes que favorecen á los deudores.\*

## TITULO XVIII.

### *De las promesas de los siervos.*

En este título no se trata cosa que no se haya explicado ya en otra parte. Por derecho de Partidas todo lo que el siervo adquiriría de cualquier manera que fuese, lo adquiría para su señor como una accesión ó aumento de su cosa, en cuya clase se contaban los siervos por derecho civil.† Mas como por derecho de Indias pueden tener peculio, y aumentarlo con lo que adquieran para sí;‡ se sigue que

\* L. 1 tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. y ley 10. tit. 12. P. 6.

† L. 7. tit. 21. P. 4.

‡ Arg. de la Real ced. de 31 de Mayo de 1789.

en lo tocante á él pueden prometer y pactar libremente, quedando en todo lo demás obligados al servicio de su señor, para quien adquieren como antiguamente estaba establecido,\* pues solo se ha hecho en esta parte la mutacion de darles algun tiempo para que trabajen para sí.

## TITULO XIX.

*De la division de las estipulaciones.*

A este título nada corresponde por nuestro derecho, y lo que se le podia substituir está ya explicado en los títulos antecedentes, ó se explicará en el siguiente. Hemos dividido ya las promesas en puras, á dia cierto, ó bajo de condicion: estas ó son válidas, de las que hemos tratado, ó inútiles, las que veremos luego.

\* Ll. 3. tit. 29. P. 3. y 7. tit. 21. P. 4.

## TITULO XX.

### *De las promesas inútiles.*

Las promesas ó pactos serán inútiles ó carecerán de efecto por tres causas. 1. Por las personas de los contrayentes, si estas no se pueden obligar. 2. Por razon de las cosas acerca de las cuales se versa la promesa ó pacto, como si estas v. g, están fuera del comercio ó no están sujetas á la disposicion de los contrayentes. 3. Por el modo ó forma del pacto.

Por razon de las personas entre quienes se pacta ó se hace la promesa, sirva de regla el axioma siguiente. *Todos aquellos que no pueden consentir son incapaces de pactar ó prometer.* De aquí se infiere 1. Que no vale la promesa hecha por los infantes, furiosos, locos ó mentecatos, ni por los sordos y mudos juntamente,\* todos los cuales ni pueden hacer promesas, ni recibirlas de otro por falta de consentimiento. 2. Los pupilos mayores de siete años pueden

\* Regla 4. tit. 34. Part. 7.

aceptar promesas sin autoridad del tutor ó curador; pero no prometer.\* La razon es, por que cuando prometen se obligan y así hacen peor su condicion. Por el contrario, cuando aceptan promesas obligan á otros, por lo cual hacen mejor su condicion. 3. Tampoco vale la promesa hecha, por el pródigo á quien se ha prohibido la administracion de sus bienes, por estar equiparado en derecho al furioso.† Finalmente, no vale pacto alguno celebrado por la muger casada sin licencia de su marido ó del juez por su falta ó renuencia, ni entre padre y hijo, á no ser que se haga de los bienes castrenses ó cuasi castrenses.‡

Por razon de las cosas no es válida la promesa cuando se hace: 1. De todo aquello que no está en el comercio, v. g. los templos, las plazas públicas &c. 2. Cuando es cosa que ni ecsiste ni puede ecsistir; pero si se prometen los frutos de una heredad que están todavia por

\* L. 4. tit. 11. P. 5.

† L. 5. tit. 11. P. 5.

‡ Ll. 2. 3. 4. y 5. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast. y 6. tit. 11. P. 5.

nacer, es válida la promesa.\* 3. La cosa que es ya nuestra inutilmente se nos prometerá, pues ya no se nos puede dar ni hacerse mas nuestra. 4. Es inutil la promesa de cosa torpe, ó contra ley ó buenas costumbres, ó de otra manera imposible.† 5. Por lo que hace á la promesa de hecho ageno, valdrá segun parezca que quiso obligarse el promitente, esto es: á dar ó hacer en defecto del otro, ó solamente á procurar que el otro dé ó haga.‡

Por razon del modo de contraerse la obligacion no teniendose consideracion por nuestro derecho á otra cosa que á la voluntad de obligarse, valdrá aunque sea en favor de otro ó entre ausentes, y aunque se responda por mayor ó menor cantidad de la que se pide: y solo será inutil por ambigüedad de las palabras ó por otro motivo por el cual no parezca la voluntad de obligarse.§

\* L. 20. tit. 11. P. 5.

† L. 38.

‡ Ll. 11. tit. 11. P. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

§ L. 2. tit. 11. P. 5.



## TITULO XXI.

### *De las fianzas y fiadores.*

*La fianza es un contrato por el cual una persona se obliga á pagar la deuda ó á cumplir la obligacion de otra; y fiador se llama aquel que dá su fe y seguridad prometiendo á otro hacer ó pagar alguna cosa por ruego ó mandato del que le mete en la fianza.\**

De las definiciones dadas nacen los siguientes acsiomas, que aclaran casi cuanto hay que decir sobre esta materia.

*I. La fianza es un contrato que se perfecciona por el consentimiento.† II. La fianza es un negocio civil y propio de solos los hombres.‡ III. La fianza es un contrato accesorio, pues ha sido inventado para seguridad del acreedor, el que no queda defraudado en el caso de que el deudor principal no tenga con que pagar.§*

\* L. 1. tit. 12. P. 5.

† Arg. de la ley 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

‡ L. 2. tit. 12. P. 5.

§ L. 5. tit. 12. P. 5.

Veamos ahora quienes pueden ser ó no fiadores. Segun el primer acsioma pueden serlo todos los que pueden prometer, y por la promesa quedar natural y civilmente obligados. Se sigue pues, que son incapaces los infantes, furiosos, mentecatos, sordos y mudos que no entienden lo que hacen, los prodigos que se equiparan á los furiosos, los pupilos y demas menores sin licencia de su padre ó curador.\*

Atendido el segundo acsioma no pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clérigos reglares, ni los caballeros ó soldados que están en el servicio publico, especialmente de recaudadores de rentas de la hacienda pública, ni los siervos, á menos que tengan peculio, y en este caso podrán serlo hasta en su importe y nada mas.† Los clérigos seculares ordenados *in sacris* solo pueden fiar á otros clérigos, á iglesias ó á personas miserables‡ Del mismo acsioma se deduce,

\* Arg. de la L. 1. tit. 12. P. 5.

† L. 2. tit. 12. P. 5.

‡ L. 45. tit. 6. P. 1.

que las mugeres no pueden ser fiadoras, y se lo prohíbe espresamente el derecho, así en consideracion al decoro de su sexo, como tambien al peligro á que se espondrían de verse reducidas á pobreza por algunas fianzas incautas.\* Mas si la muger otorgare la fianza será valida en los casos siguientes. 1. Por causa de libertad, v. g. fiando á un esclavo por el precio de su rescate. 2. Por razon de dote, v. g. al que la ofrece á otra muger para casarse. 3. Si sabiendo que la está prohibido ser fiadora y estando cerciorada del ausilio del derecho fia no obstante, renunciandolo de su espontanea voluntad. 4. Si subsiste en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renueva, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito.† 5. Si recibe precio por ser fiadora. 6. Si se viste de varon ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon. 7. Si fia por su hecho propio, v. g. á quien la fió, ó por

\* L. 2. tit. 12. P. 5. al fin.

† En este caso se presume que la fianza cede en su utilidad.

su utilidad, ó en otra manera semejante.  
8. Si es instituida por heredera de los bienes del que fió.\* 9. Por rentas de la hacienda pública, y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene en los bienes de su marido,† pues como la dote y fisco corren parejas en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho.

Aunque hemos dicho que vale la fianza hecha por la muger cuando renuncia espresamente su privilegio, esto no se entiende para que pueda ser fiadora por su marido si fuere casada; ni juntamente con él, pues se declara nula semejante obligacion.‡

Segun el tercer axioma pueden darse fiadores para toda especie de contratos y obligaciones, aunque sean puramente na-

\* Vease la ley 3. tit. 12. P. 5.

† L. 27. § 5. tit. 11. lib. 9. de la Rec. de Cast.

‡ L. 9. tit. 3. lib. 5. Rec. de Cast. que es la 61 de Toro.

turales y destituidas de todo efecto civil. De esta suerte, puede acontecer que el principal deudor no quede obligado civilmente y sí el fiador, v. g. si uno se constituyó fiador por un siervo que no tiene peculio.\* Se exceptúa el caso en que las leyes anulan la obligacion del deudor principal, como sucede en la fianza de las mugeres, y así si uno saliese de fiador por una muger que otorgase fianza fuera de los casos permitidos por derecho no quedaria obligado, por estar dicha fianza reprobada por las leyes. Con mayor razon no valdría la obligacion que hiciese el fiador de un hijo de familias ó menor, que comprase ó sacase al fiado alguna cantidad sin licencia de su padre ó curador, pues está declarada por de ningun valor semejante obligacion y cualesquier contratos, fianzas, seguridad y mancomunidad que sobre ella se hiciere, con cualesquiera clausulas y firmezas.†

Del mismo acsioma se deduce, que el

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

† L. 22. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal,\* pues sería cosa ridícula que yo debiese cien pesos y mi fiador quedase obligado por doscientos, siendo constante que lo accesorio debe seguir en todo á lo principal. Segun lo dicho será nula la fianza en que el fiador se obligue á mas que el principal; pero no en todo, sino solo en el exceso. Este puede ser de cuatro maneras: por cantidad, por razon de lugar, por tiempo, y por razon de algun nuevo gravamen añadido á la obligacion. Se obligará en mas del primer modo, cuando se obligue el fiador á pagar mas cantidad que la que debe el principal. Del segundo, cuando estando obligado el deudor á pagar en lugar determinado el fiador se obligase en otro que le fuese mas gravoso. Del tercer modo, cuando el fiador se obligase á pagar dentro de

\* Esto no impide que el fiador puede obligarse mas que el deudor principal, ó quedar mas fuertemente obligado, y así segun deciamos poco antes, el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente: puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad.

mas breve tiempo que el que debía el principal. Y el cuarto, cuando el fiador prometiére pagar puramente debiendo el principal bajo de condicion.\* Verdad es que atendida la ley de la Recopilacion que establece, que quede uno obligado de cualquier modo que parezca que intentó obligarse,† no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabia y entendia que se obligaba á mas que el principal y así fué su voluntad otorgar la fianza, valdrá la obligacion y tendrá fuerza en todo aquello que parezca que quiso obligarse; pero no si por ignorancia ó equivoco se obligó á mas.

Resta hablar de los efectos de la fianza. El principal de ellos es quedar el fiador obligado á pagar no haciendolo el deudor en el tiempo que debía.‡ Pero para proceder con claridad en este punto, es menester distinguir varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, prorata,

\* L. 7. tit. 12. P. 5.

† L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

‡ L. 8. tit. 12. P. 5.

ó cada uno por el todo ; como fiadores, ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar á proporcion la parte que les toque : y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere, por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagandole uno integramente su debito, quedan libres para con él los demas ; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda.\*

Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida entre todos á prorata, quedarán obligados por el todo como si espresamente se hubieran obligado así.† Pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podrán ser reconvenidos antes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1. Cuando renun-

\* Ll. 8. y 10. tit. 12. P. 5.

† Greg. Lopez en la ley 8. tit. 12. P. 5. Febr. libreria cap. 4. § 5. núm. 127.



cion tambien el beneficio de la escusion, pues entonces no necesita el acreedor hacer constar para demandarlos, que el deudor no tiene bienes. 2. Cuando este es notoriamente pobre, pues entonces deben absolutamente pagar por él. 3. Cuando el deudor está fuera del lugar : pero en este caso si piden término al juez para presentarlo se les concederá ; y no presentándolo dentro de él, pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado. 4. Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5. Cuando no oponen la escepcion de la escusion antes de la contestacion. 6. Cuando el deudor principal no puede ser reconvenido facilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio, y algunos otros que trae Febrero.\*

Si se obligan como principales pagadores haciendo suya propia la deuda agena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal y renunciando el beneficio de la escusion

\* L. 9. tit. 12. P. 5. Febr. libreria de escr. cap. 4. § 5. núm. 127.

en sus bienes, pueden ser reconvenidos prorata antes que él, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomun por el todo *in solidum*, pues el pacto se ha de observar no habiendo dolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres, y el hombre á quanto se obliga á tanto queda obligado.\*

Los beneficios que competen á los fiadores y de que ya hemos hecho mencion son tres. 1. El beneficio de *division*. 2. *El de orden ó de escusion*, y 3. El de *cesion de acciones*. El de la *division* tiene lugar, cuando muchos se constituyeron fiadores por uno: entonces si todos tienen con que pagar, no estará obligado uno solo á pagar el todo, sino que cada uno pagará prorata la parte que le toque.† El beneficio de *orden ó de escusion* se diferencia bastante del anterior, pues con este intentan los fiadores no ser reconvenidos sin que se

\* L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

† L. 10. tit. 12. P. 5.

haya hecho escusion en los bienes del deudor, esto es, sin que primero se embarguen, y vendan sus bienes, y se vea que no alcanzan á pagar la deuda.

El tercer beneficio es, que el fiador no esté obligado á pagar sin que primero el acreedor le ceda los derechos y acciones que le competen contra el deudor. Debe pues el acreedor ceder sus derechos y acciones, ya sean personales, reales ó hipotecarias; y así mismo dar poder al fiador para ecsigir del deudor principal y demas fiadores lo que pagó por ellos, á lo cual llaman *carta de lasto*;\* y tambien entregarle todos los títulos de legitimidad del crédito, para que con ellos se haga dueño de él, y quede subrogado en las acciones, y en su prelacion y seguridades; porque si no lo hace, no podrá repetir contra los otros fiadores, por obstarle la escepcion de la falta de cesion. No debe pues el fiador ser compelido á pagar, hasta que se le dé el lasto, no obstante que esté condenado al pago por ejecutoria. Pero no aprovechará este beneficio al

\* L. 11. tit. 12. P. 5.

que lo renuncia, y así solo podrá repetir contra el deudor principal, como que paga por él, é hizo su negocio.

Para que se entienda mejor el tiempo y modo con que el fiador ha de pedir el lasto al acreedor, es menester distinguir tres diversas maneras con que se puede hacer la paga. La primera es, satisfaciendo el fiador simplemente la deuda sin espresar por quien la satisface; si por el deudor principal, ó por fiador. Si hace la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entonces no lo hace, no puede pedírselo despues, sino es que antes pactasen que se lo habia de dar. Y la razon es, porque en este caso se infiere que pagó por el principal, y así solo tendrá contra este el regreso por la accion *negotiorum gestorum*. Si hace la paga por el deudor principal, le competerá unicamente contra él la accion, por la razon espuesta; y así en este caso no debe el acreedor darle lasto contra los demas fiadores, porque por la paga espira todo el derecho que contra ellos tiene, y es lo mis-

## 92

mo que si el deudor pagara por su mano. Finalmente, si la hace por sí como tal fiador, puede compeler al acreedor á que le de lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, ó prorata á los demas fiadores de la misma cantidad, á su arbitrio, porque en virtud del lasto sucede en el lugar y prelación del acreedor, y adquiere la deuda como casi comprador de ella. Si dirige su accion contra los otros fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, y pagando de esta manera puede en todos tiempos compeler al acreedor á que le dé el lasto, porque mientras no está reintegrado, no se extingue ni espira la obligacion principal, y así debe gozar del beneficio de la cesion de acciones.\*

### ADICION.

*Sobre el modo con que deben darse las fianzas cuando son mandadas dar por los tribunales, y lo que en esto deben observar*

\* Ll. 11. tit. 12. y 45. tit. 13. P. 5.

*los escribanos, puede verse el auto acordado núm. 32 del tercer foliage de Montemayor y Beleña.*

## TITULO XXII.

*De las obligaciones de letras.*

Hemos explicado ya todo lo perteneciente á los contratos que antiguamente se perfeccionaban por palabras: síguese ahora el que se llama *de letras*, por tomar su fuerza de solas ellas, aunque el que las escribió nada haya recibido. Esta obligación decimos es, *un contrato por el cual el que confiesa por medio de un vale ú otro instrumento, que ha recibido cierta cantidad por causa de mutuo, y no lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago, aunque no haya recibido el dinero que se menciona.\**

Podemos pues, reducir esta materia á tres axiomas. I. *El fundamento de*

\* L. 9. tit. 1. P. 5.

*esta obligacion son solas las letras no retractadas dentro de dos años.* La razon es, porque no es creible que haya hombre tan descuidado que deje en manos del acreedor por tanto tiempo el vale ó recibo, que le habia otorgado con la esperanza de que le entregaria el dinero que necesitaba. Si se verificare pues, una tan larga negligencia, justamente debe dañar al deudor, por haber presuncion vehemente de que recibió el dinero.

II. *Esta obligacion solo tiene lugar en causa de mutuo.* La razon es muy clara. El hombre que busca dinero á mutuo, por lo comun se haya urgido de la necesidad y procura por todos medios dar gusto al acreedor, para inducirlo al préstamo, lo cual no sucede en los demas contratos: es pues muy fácil que el mutuuario se deje persuadir á dar el recibo ó instrumento, antes de recibir la cantidad que solicita.

III. *Del instrumento ó vale, dado y no retractado, nace la accion de este contrato, aunque el autor de las letras no haya recibido la cantidad de que se hace*

*relacion, por tener lugar la presuncion ya dicha.*

Del primer acsioma se colige: 1. Que antes de los dos años no nace la accion de este contrato en virtud de las letras dadas. Nace sí, accion de mutuo ; pero entonces debe probar el actor que lo dió. Nace tambien accion en virtud del instrumento ; pero esta la destruye el reo facilmente, oponiendo la escepcion de la *non numerata pecunia*. Pero la verdadera accion del contrato de letras que escluye toda escepcion, no compete, sino hasta pasados los dos años. 2. Que el autor del instrumento, puede y debe repetirlo dentro de los dos años siguientes al dia de su otorgamiento. Esto lo debe hacer presentándose al juez, pidiéndole mande al que tiene sus letras de recibo se las devuelva, en atencion á que no le quiere entregar la cantidad de que en ellas se daba por recibido.\* Mas esta queja y cualesquiera protestas del reo no tendrán lugar, siempre que de otro modo aparezca que verdaderamente se hizo la entrega, como

\* L. 9. en el med. tit. 1. P. 5.



si el acreedor mostrase alguna carta posterior al instrumento en que el deudor asegura que recibió el dinero, ó si la entrega se hizo ante testigos.

Aunque nuestro derecho dice, que pasados los dos años sin quejarse el mutuuario ni pedir sus letras, queda obligado á pagar la cantidad de que se dá por entregado en ellas ; con todo en la practica, atendida la equidad, se admite todavia la escepcion de la *non numerata pecunia*, siempre que el reo se obligue á probarla. Y de aqui infieren nuestros autores practicos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la clausula guarentigia,\* pues trae apa-

\* Esta voz *guarentigia* es italiana, y significa *firmeza, seguridad*. Se reduce pues la clausula llamada *guarentigia* á dar el otorgante poder á todos los jueces, que del contrato que se habla, deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta clausula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera, y así queda el obligado sin recurso alguno temporal que le ecsima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido á ello.

rejada ejecucion, no obstante, si no han pasado los dos años prefinidos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, oponiendola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él.

Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la ejecucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habersele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se deberia decir cuando confesase llanamente la deuda, y despues del acto de reconocimiento quisiese oponer la escepcion, pues no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la ejecucion; y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque lo reconozca antes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque la ejecucion se lleve adelante, no se seguirá

perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por derecho en el juicio ejecutivo :\* y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probandola en esta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido.†

## ADICION.

*Vease el auto acordado núm. 151. del primer foliage de Montemayor y Beleña.*

## TITULO XXIII.

*De los contratos consensuales.*

La ultima especie de contratos nominados es de los que se llaman consen-

\* Ll. 2. 3. y 19. tit. 21. lib. 4. de la Rec. de Cast.

† Véase sobre este punto á Febrero juicio ejec. lib. 3. cap. 2. § 1. núm. 21. y sig. y § 4. núm. 269. y 270. Ant. Gomez tom. 2. Var. resol. cap. 6. núm. 3.

suales, los cuales no tienen este nombre porque en ellos se requiere el consentimiento de los contrayentes; de esta suerte deberíamos decir, que todos los contratos eran consensuales, pues ninguno se puede verificar sin consentimiento. Llamanse pues así, porque subsisten y tienen todo su vigor por solo el mutuo consentimiento, y así en ellos nace la obligacion luego al punto que se conviniere las partes. V. g. entre el comprador y vendedor luego que convienen en la cosa, y en el precio, nace la accion de compra y venta, porque este contrato se perfecciona por solo el consentimiento. Por el contrario: entre el mutuante y mutuuario, mientras no se entrega la cosa fungible no nace la accion de mutuo aunque aquel haya prometido darla, porque este contrato es de los que se perfeccionan por la tradicion de la cosa.

Estos contratos tienen algunas cosas particulares. Primeramente todos son bilaterales, y así producen accion por una y otra parte: v. g. de compra y venta, de locacion, conduccion, de man-

## 100

dato, &c. ambas directas, ó una directa y otra contraria. 2. Todos estos contratos son de buena fe por lo mismo que son bilaterales, pues en ellos están obligados los contrayentes á prestarse mutuamente varios oficios. Según esto se puede inferir, que todos los contratos consensuales son de buena fe; pero no que todos los contratos de buena fe sean consensuales, porque el comodato, depósito y prenda son de buena fe siendo reales. 3. Todos estos contratos se pueden celebrar entre ausentes, y de cualquier modo que se pueda manifestar el mutuo consentimiento.

Los contratos de esta naturaleza son, la compra y venta, locacion, conduccion, enfiteusis, sociedad y mandato.

### TITULO XXIV.

#### *De la compra y venta.*

El primero de los contratos que se perfeccionan por el consentimiento es la compra y venta, la cual es un *contrato*

## 101

*consensual por el que convienen entre sí los contrayentes de entregar una cosa determinada.\** Este contrato pues, se perfecciona por el nudo consentimiento de ambas partes, y se consuma por la tradicion de la cosa: pero si se trasfiere ó no el dominio, no es del caso en la compra y venta.

De esta definicion se infiere claramente cuales sean los requisitos esenciales de este contrato. Observese que en todo contrato se deben distinguir unas cosas que son *esenciales*: otras que se llaman *naturales*; y otras puramente *accidentales*. Cosas esenciales á un contrato se llaman aquellas sin las cuales no puede subsistir sin pasar á ser otra especie de negocio. V. g. sin precio no subsiste la compra, y así no habiéndolo pasa á ser donacion: la locacion no subsiste sin paga, y si falta esta, de locacion se vuelve comodato. Luego el precio para la compra, y la paga para la locacion son esenciales, porque constituyen su esencia. Naturales á los contratos

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

## 102

son aquellas cosas que segun las leyes debe haber en cada uno, pero por pactos de los contrayentes pueden mudarse sin perjuicio de la esencia del contrato: v. g. en la compra quieren las leyes que el vendedor esté obligado al comprador á la eviccion;\* con todo se puede pactar lo contrario por los contrayentes. Accidental en los contratos se dice aquello, que ni está mandado por las leyes que se ponga, ni tampoco hay inconveniente en que se omita por estar dejado enteramente á la voluntad de los contrayentes: v. g. que el precio consista en monedas de oro ó de plata, que se pague de una vez ó por plazos; acerca de esto nada disponen las leyes, y así en estos particulares se guardará lo pactado por los contrayentes, por ser cosas accidentales á los contratos.

Con lo esplicado hasta aquí se viene en conocimiento, que tres son las cosas que constituyen la esencia de este contrato. La 1. el consentimiento: la 2. una cosa vendible; y la 3. el precio.

\* Ll. 32. y 33. tit. 5. P. 5.

## 103

**Cualquiera de estas cosas que faltase, dejaria de ser contrato de compra y venta.\* De estos tres requisitos trataremos en este título.**

**El primero es el consentimiento, el cual solo, es bastante para producir obligacion, porque este contrato es consensual. Mas como en los contratos de esta naturaleza no se requiere otra cosa para su perfeccion á mas del consentimiento, de aquí es, que la compra y venta estará perfecta luego que los contrayentes hayan convenido en el precio y en la cosa;† y así, no se requieren palabras solemnes, escritura, ni aun tradicion de la cosa;‡ por lo cual este contrato se puede celebrar entre ausentes, por cartas, ó procuradores.§ Es verdad que el fin de la compra y venta es la tradicion de la cosa, pero esta no es la que perfecciona el contrato, pues aun antes de que se verifique están obligados los contrayentes, y así la entrega es una**

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

† L. 6. del mismo tit.

‡ Arg. de las leyes 6. y 8. del dho. tit.

§ Ley 8.



parte de la obligacion del vendedor y un efecto de la compra. En una palabra : no diremos que hemos comprado una cosa porque se nos ha entregado, sino que la mira que hemos tenido en comprar ha sido el que se nos entregue. Mas este primer consecretario admite algunas escepciones, y se dan varios casos en que con solo el consentimiento no está perfecta la compra : v. g. si los contrayentes pactan que se haga escritura : en este caso no se tiene por perfecta la compra y venta hasta que se otorga el instrumento, y se firma por ambos.\* Si se celebra la venta bajo de alguna condicion suspensiva : v. g. te vendo mi casa en mil pesos, si dentro de un año no hallare quien me ofrezca mas : no se perfeccionará esta venta hasta que se cumpla el año sin que resulte mejor postor.† Si la cosa vendida es de las fungibles y todavia no se ha contado, pesado ó medido.‡ Finalmente, si fuere de

\* L. 6. tit. 5. P. 5. y ley 3. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

† L. 40. del mismo tit.

‡ Ley 24.

## 105

aquellas cosas que se acostumbran gustar antes de comprarse, no se perfeccionará la compra antes de que se guste.\*

El segundo consecretario que se deduce de lo dicho, es que antes de perfeccionarse el contrato, será lícito á los contrayentes arrepentirse, mas estando ya perfecto de ninguna suerte, si no es por mutuo disentiendo.† Con todo, si han intervenido arras, en el caso de que el contrato no esté perfecto, si el comprador se arrepiente, perderá las arras en castigo de su inconstancia; y si el vendedor, las restituirá dobladas por la misma causa.‡

Mas estando ya perfecto el contrato, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir de el, siempre que estas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfeccion del contrato:§ pero si se

\* La misma ley.

† L. 6. tit. 5. P. 5.

‡ Ll. 7. tit. 5. P. 5. y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

§ L. 7. tit. 5. P. 5. V. Pero si cuando el comprador.

## 106

hubiesen dado para que sirviesen de pena al que fuese inconstante, no habrá dificultad en que perdiéndolas, desista el que no quiera estar á lo pactado.\*

Todo lo dicho se deduce de la naturaleza de los contratos consensuales; pero hay otros consecretarios que nacen de la naturaleza del consentimiento mismo. Por consentimiento entendemos *un acto de la voluntad con el cual aprueba una cosa cuya bondad el entendimiento conoce, y en virtud de este conocimiento se inclina la voluntad á conseguirla. De donde se deduce que impiden el consen-*

\*Con la esplicacion dada se concilian las leyes 7. tit. 5. P. 5. y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real, que parece convenir en que se disuelva el contrato aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho, se puede responder á esta ley 10. 1. que habla del caso en que no está perfecta la compra á lo cual da márgen le glosa de Montalvo en la letra c. Lo 2. que se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir, que las arras serian dadas como para que sirviesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra, ó parte del precio. Vease á Hermosilla en las adiciones á la glosa 1. y especialmente de la 3. sobre la ley 7. tit. 5. P. 5. fol. 55. Véase tambien la glosa de Alfonso Diaz de Montalvo en la ley 2. tit. 10 del Fuero Real ya citada principalmente en las palabras: *pierda la señal que dió.*

## 107

timiento, el miedo y la fuerza, el engaño y el error. Por lo que hace al miedo y fuerza, es constante en nuestro derecho, que en estos casos no vale la venta ó compra,\* pues no aprobamos libremente aquello á que por fuerza ó miedo somos compelidos. Esto no obstante, hay algunos casos en los cuales pueden ser compelidos los ciudadanos á vender sus cosas por interesarse ó la pública utilidad ó alguna otra causa favorable. 1. En caso de hambre puede compelerse al poseedor de granos á que los venda por un precio justo.† 2. En favor de la religion : v. g. si una heredad es necesaria para la construccion de un templo ó monasterio. El 3. en favor de la libertad, v. g. cuando dos tienen un siervo y uno de ellos lo quiere manumitir : en este caso el otro está obligado á vender su parte.‡ Tambien puede ser compelido á vender su siervo el señor, cuando

\* Veanse las leyes 3. 56. y 57. tit. 5. P. 5.

† Véase á Febrer. cap. 7. de la libreria de Escrib. ô. 1, núm. 17. y á Hermos. en la ley 3. tit. 5. P. 5. glos. 1.

‡ Ll. 2. tit. 22. P. 4. y 3. tit. 5. P. 5.

lo trata con demasiado rigor ó no le dá los alimentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon.\* Hay tambien otros casos que no añado por no ser largo.

Acerca del dolo ó engaño, que efectos producirá en la venta, se debe distinguir; si el engañado estaba determinado á vender ó no: si lo estaba y solo padeció engaño en el valor ó estimacion de la cosa, subsistirá la venta con tal que no sea en mas de la mitad del justo precio, pues si lo fuere, tendrá accion el vendedor á que se le restituya la cosa ó se le complete el precio.† Mas si el que padeció engaño no pensaba vender ni conocia lo que vendia é ignoraba su estimacion, y solo vendió movido de las razones falsas que le sugirió el que deseaba comprar, en este caso se podrá rescindir la venta, aunque no haya sido hecha por menos de lo que vale la cosa.‡

\* Ll. 6. tit. 21. P. 4. y 3. tit. 5. P. 5.

† L. 5. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

‡ Véase la ley 57. tit. 5. P. 5. y la ley 2. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

## 109

Finalmente, el error tambien impide el consentimiento, pues si yerro en la cosa, no consiento en aquella, sino en otra que entonces se presentaba á mi imaginacion. Pero el error no es solamente de un modo: unas veces es *esencial* y otras *accidental*. Si es esencial el contrato es nulo:\* si accidental subsiste la compra y se dá al que erró accion para que se le restituya todo aquello que vale menos la cosa.† Llamaremos error esencial cuando erramos en la cosa misma: v. g. comprando laton por oro:‡ ó en el cuerpo de la cosa: v. g. por comprar á Pedro siervo comprar á Juan.§ Será tambien sustancial el error que se versare acerca de los principales atributos de una cosa, que careciendo de ellos nos es enteramente inútil: v. g. si compramos por sano un siervo que es loco ó tullido. Será finalmente, accidental el error cuando erraremos en otras circunstancias de la cosa que no son de tanta entidad.||

\* L. 21. tit. 5. P. 5.      † Dicha ley 21.  
‡ Dicha ley 21.      § L. 20. del mismo tit.  
|| L. 21. tit. 5. P. 5.

Hemos visto ya el primer requisito esencial para la compra y venta, que es el consentimiento: siguese el segundo, que es *la cosa vendible*. Acerca de esto sea I. Axioma. *Todas las cosas que están en el comercio se pueden vender, ahora ecsistan ó haya esperanza de que ecsistirán.\** Segun esto se pueden vender las cosas futuras: v. g. los frutos ó caza del año venidero,† las cosas incorporales: v. g. el derecho á una herencia;‡ y aun las cosas ajenas por razon de estar en el comercio pueden ser vendidas.§ No se quiere decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda su derecho á salvo para vindicar su cosa en donde quiera que la encuentre; sino porque de este contrato nace accion y obligacion, entre el comprador y vendedor.||

\* L. 11. tit. 5. P. 5.

† Ll. 11. y 12. del mismo titulo.

‡ L. 13.

§ L. 19. tit. 5. P. 5. L. 6. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

||Acerca de este caso dispone la ley 19. tit 5. P. 5. que si el comprador sabe que la cosa es ajena cuando la compra, no está el vendedor obligado á

## 111

Puede tambien venderse lá cosa que se tiene en comun con otro, satisfaciendosele el valor de su parte, á no ser que se haya comenzado el juicio de division.\*

II. Acsioma. *No pueden venderse las cosas que estan fuera del comercio.* De aquí se deduce la razon por que no pueden venderse las cosas sagradas, sino es que se vendan como accesorias á algun territorio ó señorío,† ó por causa de necesidad, ó utilidad de la iglesia :‡ ni las cosas públicas, como las calles ó plazas,§ ni tampoco el hombre libre.||

III. Acsioma. *Tampoco se puede vender ni comprar todo lo que por las leyes*

restituirle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fe; si no es que se hubiese obligado á ello espresamente. Pero si compró con buena fe, esto es, creyendo que compraba á su verdadero dueño, está obligado el comprador, no solo á restituirle el precio sino tambien á resarcirle todos los daños y perjuicios que le hayan venido por su causa. Véase tambien la ley 6. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

\* L. 55. tit. 5. P. 5.

† L. 15. del mismo tit. y P.

‡ L. 2. tit. 14. P. 1.

§ Dicha l. 15. tit. 5. P. 5.

|| La misma l. 15. y la 8. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.



*se haya especialmente prohibido.* Por esta razón no se pueden vender armas, municiones ni viveres á los enemigos del reino :\* las cosas venenosas, sino es que se vendan para formar de ellas medicamentos.† Tampoco se puede comprar de esclavos ni criados de servicio alhajas, joyas, trastos de casa ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado el comprador con pena de encubridor de hurto.‡

Resta tratar del tercer requisito esencial de este contrato, que es *el precio*, sin el cual no se hace compra ni venta. Aunque tomada latamente la palabra *precio*, se pueda llamar así todo aquello que se da por otra cosa: con todo en su rigurosa significacion, se entiende solamente *dinero contado*, ó moneda acuñada corriente, que se debe pagar en la compra por la cosa que se recibe.§ De aquí sacamos la diferencia que hay entre

\* L. 22. it. 5. P. 5.

† L. 17.

‡ Ll. 16. tit. 11. lib. 5. y 5. tit. 20. lib. 6. de la Rec. de Cast.

§ Prologo y ley 1. tit. 6. P. 5.

## 113

la compra y el cambio ó permuta : si se dá dinero contado por la cosa, será compra, y si se dá una cosa por otra, será cambio ó permuta.\*

A mas de consistir en moneda el precio para que se llame este contrato compra y venta, ha de tener tres condiciones : esto es, ha de ser *verdadero, justo y cierto*. Por verdadero tendremos á aquel precio que es real, y no imaginario ó simulado ; como sería si una cosa de mucho valor se diese por una pequeña moneda : lo cual no se debería llamar venta, sino donacion. Dijimos tambien, que el precio debe ser *justo*. Es verdad que cuando este no está determinado por las leyes, admite bastante latitud ; pero siempre debe ser de algun modo equivalente á la cosa vendida. Si no lo fuere, y el vendedor alegare que ha sido dañado, se rescindiré ó no el contrato, segun fuere la lesion. Si se probare haber sido en mas de la mitad del justo precio, como si lo que valia diez se vendió por

\* El mism. prolog. y ley 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.

menos de cinco pesos, estará obligado el comprador á una de dos, ó á suplir el precio justo que valia la cosa al tiempo que la compró, ó á volversela al vendedor, tornandole el precio que recibió.\* La cual alternativa tiene lugar, aunque la compra haya sido en almoneda, hasta cuatro años despues.† Pero si la lesion no fuere en mas de la mitad del justo precio, no compete accion alguna, ni al comprador ni al vendedor para rescindir el contrato, no habiendo dolo ni mala fe en su celebracion,‡ y siendo los contrayentes mayores de veinte y cinco años.§

\* L. 56. tit. 5. P. 5. y ley 1. tit. 11. lib. 5 de la Rec. de Cast.

† La mismo ley de Rec. al fin.

‡ L. 2. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

§ Para mejor inteligencia de lo dicho se advierte, que el justo precio, es de dos maneras, uno legítimo y otro natural: legítimo es el que por ley, príncipe ó república es determinado, y así consiste en punto indivisible. Natural es el que tienen las cosas con atencion á la estimacion que de ellas se hace y á otras circunstancias, y por consiguiente admite bastante latitud.

Este precio natural se divide en medio, supremo, é infimo: v. g. el medio será diez, el supremo once, y el infimo nueve. Para graduar estos precios, no se ha de considerar lo que costó al vende

## 115

**Esta lesion en mas de la mitad del justo precio no se puede alegar por los que son peritos en sus artes;\* ni cuando la venta se hace contra la voluntad del vendedor, y el comprador es apremiado á comprar;† como tampoco en las cosas que se venden por deudas fiscales.‡ Pero en estos casos tendrá lugar la lesion enormísima, aun cuando se hubiese renunciado; y se llama así, cuando el precio es de dos ó tres tantos menos de la mitad del justo, á diferencia de la enorme, que es aquella en que por la cosa se dá poco menos de la mitad del justo precio.§**

dor la cosa, ni los gastos ó trabajos que en ella tuvo, sino la comun estimacion del precio, que al tiempo de la venta corriere en el lugar donde se hiciese, ahora se gane ó pierda mucho.

\* L. 3. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

† L. 6. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

‡ Ll. 18. y 20. tit. 7. lib. 9. Rec. de Cast.

§ Ll. 16. al fin tit 11. Part. 4. y 56. tit. 5. P. 5. Vease la Curia Filipica lib. 1. comerc. terrestre cap. 12. núm. 28. 29. 32. 33. y 34.

Hay otra diferencia entre la lesion enorme y enormísima, y es que para remediar la primera solo hay accion hasta cuatro años despues, conforme á la ley 1. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. pero para la segunda la hay hasta 20 años, como

## 116

Finalmente, debe ser cierto el precio, ó por convenio de las partes, ó con relacion á otro modo de certificarse, y así:

1. Será cierto el precio de la cosa si se deja á arbitrio de un tercero y este lo señala, á cuya decision se debe estar; sino es que fuese desproporcionado, en cuyo caso se debe enmendar á juicio de hombres buenos.\* 2. Tambien será válida la venta si el vendedor se conviniere á recibir por precio el dinero que se hallare en tal arca, saco, &c. si allí se encontrase alguno; pero no, si nada hubiese.† 3. Será edemas de esto cierto el precio si se vendiere la cosa en cuanto se compró, habiendose verdaderamente comprado por algun dinero.‡ Pero 4. no valdrá la venta en el caso de que el precio se deje á arbitrio de una de las partes, ó de un sugeto incierto.§

Restan todávia varias cosas dignas de saberse acerca de este contrato.

accion personal que es, segun la ley 6. tit. 15. lib. 4. Rec. de Cast.

\* L. 9. tit. 5. P. 5.

† L. 10. del mismo tit.

‡ Dicha ley ya cit.

§ Dicha ley 9.

1. Quienes puedan comprar y vender.
2. Que obligacion nace de la compra y venta.
3. A quien pertenece el peligro de la cosa vendida.
4. Que acciones nacen de dicho contrato.

I. Como segun hemos dicho, la compra y venta se perfecciona por el consentimiento, es evidente que todos aquellos pueden comprar y vender, que pueden consentir libremente\* ya sea por palabra, por carta ó mensajero.† Por falta de esta cualidad los hijos de familia y los menores no pueden comprar ni los mercaderes venderles :‡ como tampoco á los estudiantes, si no interviene permiso del que los tiene en el estudio.§ Se exceptua el contrato que el padre hiciese con el hijo de los bienes castrenses ó cuasi castrenses, que valdria por haberse en estos como padre de familias. Los administradores, tutores, curadores ni otro alguno, no pueden comprar ni vender los bienes de los menores sin autoridad ju-

\* L. 2. tit. 5. P. 5.

† Ll. 8. y 48. del mismo tít.

‡ L. 22. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

§ L. 4. tit. 7. lib. 1. de la Rec. de Cast.

dicial;\* y aun de esta suerte ha de redundar la venta en su utilidad, pues si no, pueden reclamarla dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad, y si dichos tutores, &c. los compran pública ó privadamente, estan obligados á restituirlos con el cuatro tanto, y es nula la venta.†

Los clerigos estan privados de comprar y vender por via de negociacion, ya sea por sí mismos ó por medio de otro, tanto por derecho canónico,‡ como por civil.§ El adelantado y juez tampoco puede comprar por sí ni por medio de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandado,|| ni casa, heredad ú otra alhaja raiz en el lugar en que ejercen jurisdiccion; pero sí vender las que tienen en él.

\* Entiendese de los raices y muebles preciosos.

† L. 4. tit. 5. P. 5. ley 23. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

‡ Concil. Trid. sess. 22. de refor. cap. 1. y la *Bul. Apostolicae servitutis* de Bened. XIV.

§ L. 46. tit. 6. P. 1.

|| L. 5. tit. 5. P. 5. y 22. tit. 8. lib. 2. Rec. de C.

II. La obligacion que nace de este contrato es, de parte del comprador pagar el precio contratado, y por parte del vendedor entregar la cosa en que se ha consentido. Veamos mas de cerca una y otra obligacion. El comprador debe el precio para satisfacer con el al vendedor: esto lo puede hacer de dos modos, ó pagandolo efectivamente, ó persuadiendo al vendedor que se fie de él. De aquí es, que si ni el comprador paga de contado, ni el vendedor quiere fiarse de él, no se trasfiere el dominio aunque haya intervenido tradicion;\* y así no tienen accion para compeler al vendedor á que le entregue la cosa.

El vendedor está obligado á entregar la cosa, y mientras que no la entrega no tiene accion para pedir el precio. La razon es, porque no es justo que uno pueda obligar á otro á un contrato que reusa el mismo cumplir por su parte. De lo dicho se infiere, que en este contrato es igual la comodidad para ambos contrayentes, pues aunque el comprador

\* L. 46. tit. 28. P. 3.



recibe la cosa, paga el justo precio de ella, y el vendedor aunque recibe el precio, pero se deshace de su cosa. Ahora pues, siendo regla constante que cuando es igual la utilidad de ambos contrayentes se prestan mutuamente hasta la culpa leve, se sigue, que en este contrato estarán obligados el comprador y el vendedor al dolo, culpa lata y leve.\*

III. Veamos ahora á quien pertenece el peligro y utilidad de la cosa vendida. Por peligro entendemos un acontecimiento por el cual perece la cosa.† Por utilidad todas aquellas ventajas ó aumentos que nazcan de la cosa vendida.‡ El sentido pues, de la cuestion es este : ¿ si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y en este intermedio perece por acaso ó se empeora, á quien pertenece este daño ? Mas : si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y esta misma recibe algun aumento ó mejora ; v. g. si en la casa vendida se encontrase

\* L. 23. tit. 5. P. 5.

† L. 3. tit. 2. P. 5. V. *E por ocasion.*

‡ L. 24. tit. 5. P. 5. V. *Otrosi decimos.*

## 121

un tesoro, ¿ á quien pertenecerá esta utilidad, al comprador, ó al vendedor? Nuestras leyes responden terminantemente, que luego que la compra y venta está perfecta, aunque no se haya verificado la entrega, pasa al comprador el peligro y utilidad de la cosa comprada.\* Pero se exceptúan cuatro casos. 1. Si pereciere por dolo, culpa lata ó leve del vendedor.† 2. Si se pactase que el peligro sea del vendedor.‡ 3. Si la cosa fuese de las que se venden contadas, pesadas ó medidas, y de las que se acostumbra gustar previamente, pues antes de practicarse esta diligencia no se tiene por perfecto el contrato,§ aunque hayan consentido en la cosa, y convenido en el precio.|| 4. Si el vendedor fuere mo-

\* L. 23. tit. 5. P. 5.

† Arg. de dha. L. 23.

‡ L. 39. tit. 5. P. 5.

§ L. 24. del mismo tit.

|| Acerca de este tercer caso se debe advertir, que si habiendose señalado día para gustar, medir, ó pesar la cosa, el comprador no viniere, desde entonces es de su cuenta el peligro; y no señaladose día, el vendedor pasará este peligro al comprador siempre que habiendole citado ante testigos no comparezca á medirla, pesarla, &c. A

## 122

roso en entregar la cosa al comprador, siendo reconvenido por este ante testigos.\*

De esta suerte dispone nuestro derecho acerca del peligro y utilidad de la cosa vendida. Mas no sin fundamento podria alguno objetar ser esto manifiestamente contrario á los principios del mismo derecho. Estos establecen: *que la cosa perece para su dueño*; que antes de la tradicion pertenece el dominio de la cosa al vendedor; y que este no pasa al comprador hasta verificarse la entrega: ¿ como, pues, ha de perecer la cosa para el comprador no siendo todavia este dueño de ella? Fuera de esto, los aumentos y utilidades de la cosa son accesiones de ella, y es constante que del dueño de la cosa son tambien todos los aumentos que produce, siendo pues del vendedor la cosa antes de la tradicion, ¿ como ha de ser verdad, salvos los principios de derecho, mas de este tiene derecho para vender á otro la cosa, y el comprador será siempre responsable de los daños y perjuicios de la tardanza. Vease la ley 24 del mismo titulo.

\* L. 27. tit. 5. P. 5.

## 123

que las utilidades pertenezcan al comprador luego al punto, y sin que haya sido apoderado de la cosa? Pero se responde, que el peligro y comodidad pasan al comprador atendido otro principio igualmente constante en derecho: este es, que al instante que la venta está perfecta, el vendedor es deudor de cierta especie, conviene á saber; de la cosa vendida. Ahora pues, como el deudor de cierta especie pereciendo esta, se libra de toda obligacion y nada mas debe,\* se sigue, que el vendedor si perece la cosa vendida, que era la que debia entregar, se libra al instante, y así el peligro no es de él, sino del comprador. Por otra parte, siendo justo que aquel á quien pertenecen los daños, pertenezcan las utilidades, infirieron legitimamente los jurisconsultos, que debían ser del comprador cuantas hubiese.†

IV. Falta tratar de las acciones que nacen de este contrato. Ya hemos dicho que es bilateral, y así se obliga uno

\* Arg. de la ley 41. tit. 9. P. 6.

† L. 23. tit. 5. P. 5.

## 124

y otro contrayente. Nacen pues, de él dos acciones. La obligacion de ambos contrayentes nace desde el principio, y de la naturaleza misma del contrato: de aquí se sigue, que ambas acciones son directas. Mas como este contrato es nominado, las dos acciones deben tener su nombre, y así se llamarán *accion de compra ó venta*. Estas acciones se distinguen por el actor: si el comprador entabla la suya para conseguir la cosa, se llamará *accion de compra*; y si el vendedor solicita que se le pague el precio, se llamará *accion de venta*. Veamos una y otra separadamente. La accion de compra se dá al comprador ó á su heredero, con tal que haya pagado el precio, contra el vendedor ó su heredero; pero no contra un tercer poseedor, porque es personal. Se dá á efecto de conseguir todo lo que se le debe en virtud de este contrato. Se le debe la tradicion de la cosa, la posesion y los frutos, y aumentos que haya tenido desde el dia del contrato; y si por culpa del vendedor no se verifica la entrega, estará obligado á satisfacer al compra-

## 125

dor los intereses, y todos los daños y perjuicios que le hayan sobrevenido, aunque sea por culpa leve. La acción de venta se dá al vendedor que ya entregó la cosa ó á su heredero, contra el comprador ó su heredero, á efecto de conseguir todo lo que se le debe por este contrato. Se le debe el precio pactado, las usuras, si hubiere tardanza en la paga, y la restitucion de todos los daños que le hayan acaecido, aunque sea por solo culpa leve del comprador.

A mas de las dos acciones ya esplicadas, hay otras dos peculiares del comprador, y son la *redhibitoria* y *estimatoria*. La primera tiene lugar cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raices v. g. heredad ó campo que cria malas yerbas, casa ú otro edificio que debe servidumbre, ó tributo; ó muebles v. g. mercaderías, libros; ó semovientes como esclavos, caballos, mulas y otros semejantes que tengan daño ó maldad oculta, lo cual no habiendosele manifestado al comprador puede intentar contra el vendedor, dentro de los seis meses primeros

siguientes al día de la celebración de la venta, dicha acción llamada *redhibitoria*, á efecto de que se rescinda el contrato, restituyendosele el precio y volviendo él la cosa.\*

No intentandose en el tiempo establecido la primera acción, puede usar el comprador en los seis meses restantes de la segunda, que se llama *estimatoria* ó *quantum minoris*, á efecto de que el vendedor le devuelva el menos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio que le ocultó; de suerte que en el preciso término de un año, contado desde la fecha del contrato, ha de usar de ellas, y pasado, ninguna puede intentar.† Mas si el vendedor manifestare el vicio de su cosa, ó el comprador renunciare estas acciones, no podrá después pretender cosa alguna.‡

\* L. 63. tit. 5. P. 5.

† L. 65. tit. 5. P. 5

‡ L. 66. del mismo tit.

Si el vendedor ignorando el vicio, tacha ó defecto de su cosa la vendiere con buena fe, no estará obligado á los daños seguidos al comprador; pero sí á volver el mas valor que recibió por la

§ I. *De las condiciones ó pactos que se pueden poner en la celebracion de la compra y venta.*

No solo se puede celebrar la venta puramente, sino tambien con condicion, esto es, dando el uno ó el otro de los contrayentes su consentimiento bajo de ciertas calidades, que podemos llamar pactos añadidos.

Los mas solemnes que se pueden poner, y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados *de retrovendo, comisorio y addictionis in diem*.\* Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para cierto dia, mes y año, ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que la vende ó á sus herederos en la forma que la recibe, sin deterioro alguno, volviendosele el precio, y que con ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquier otro modo

cosa, y que no se le hubiera dado á saberse el defecto. Febr. adicion P. 1. cap. 10. § 1. num. 56.

\* Ll. 38. 40. y 42. tit. 5. P. 5.



enagenar, hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciera sea nulo. Ordenada en estos términos la venta es lícito el contrato\* y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enagenarla, hasta que espire el tiempo prescrito ; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor.

Por el pacto *comisorio* se obliga el comprador á que si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta ; se tiene por trasferido el dominio, y puede el vendador quedarse con la señal que haya dado. Cuyo pacto es tan lícito y valido, que no cumpliendo el comprador con la satisfaccion del precio al plazo estipulado, verdaderamente se rescinde y anula el contrato,† y no se le trasfiere el dominio de la alhaja ni sus acreedores adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor

\* L. 42. tit. 5. P. 5.

† L. 38. del misma tit.

gana la arra ó señal, bien que puede elegir uno de dos medios; que son, ó pedir todo el precio y que entonces subsista el contrato: ó no querer que este valga y retener la arra, pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion.\*

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto *comisorio*, debe entregarlos al vendedor, devolviendole este la señal ó parte del precio que recibió, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y coleccion de ellos: pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyó, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento.†

Cuando se añade el pacto de *adicion* ó señalamiento de dia, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor ó á su heredero mas precio por ella, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el

\* Dha. ley 38.

† L. 38. al fin.

## 130

derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere y compeler al primer comprador á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, volviendosele el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga, mas no las precisas para su conservacion. Mas si pasare el tiempo prefinido, se trasfiere el dominio de la cosa en el comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion.\*

Este pacto será válido concurriendo las circunstancias siguientes. 1. Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado. 2. Que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le reconvenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido. 3. Que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Con cualquiera de estas circunstancias que falte no se rescindiré el contrato.†

\* L. 40. del mismo tit.

† Dicha ley 40. tit. 5. P. 5. al fin.

## § II. *Del retracto ó tanteo.*

El retracto en general se puede decir que es: *un derecho que por ley, costumbre ó pacto compete á alguno para rescindir la venta y atraer á sí por el mismo precio, dentro del termino prefijado por derecho, la finca ó posesion vendida á otro.*

Conocemos cuatro géneros de retracto, á que en castellano se llama tanteo. El primero es convencional, y se verifica cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto termino ó cuando quiera, restituyendole el precio referido: y este es el pacto de *retroveniendo* de que hablamos poco ha. El segundo tiene lugar cuando el que posee algun castillo ó fortaleza intenta venderlo ó permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del rey é informarle del comprador y precio que él dá, para que si lo quiere lo retraiga por el tanto.\* El tercero se llama de comunión

\* Ll. 1. tit. 18. P. 2. y 2. tit. 10. lib. 5. de la **Rec.** de Cast.

ó sociedad, y le está concedido al sócio ó participe en el dominio de algun bien raiz.\* El cuarto finalmente, es el de consanguinidad ó gentilicio, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legitimos por su órden, dentro del cuarto grado civil recto y transversal del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder especial.†

La razon de permitir el derecho á los consanguineos la facultad de retraer, se toma de la aficion que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores; ya sea por la utilidad que esperimentan en conservarlos en sí, ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede pues, el derecho esta facultad, no solo á los hijos legítimos, sino tambien á los naturales, por militar

\* L. 55. tit. 5. P. 5.

† L. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real, y Ll. 6. y 7. tit. 7. lib. 5. del Ordenam. y 230. del estilo.

## 133

en ellos la misma razon ; pero no á los espurios por no reputarse por conocidos sus padres.

En virtud del derecho que hemos explicado, queriendo el dueño de alguna finca ó alhaja inmueble patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á extraño, y algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive contando por derecho civil, poseerla ; es preferido por el tanto al comprador extraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo antes que la finca se vendiese, todavia puede apoderarse de ella si ocurre dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta ; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador extraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto por dolo ni con fraude. Y si entonces no ecsiste en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el derecho que la partan

TOM. III—12

## 134

entre sí, y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano.\*

Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó participe en la finca, justificando serlo, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte á estraño; sino tambien despues de vendida esta, acudiendo dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y no despues; con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude ni dolo.† Mas esto se entiende cuando ambos poseen la cosa *pro indiviso*, pues si está dividida real y demostrativamente y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, pues en este caso ya no son sócios ni tienen comunion en ella.

Siendo muchos los sócios puede cada uno *in solidum* retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á estraño, y si to-

\* L. 7. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. que es la misma ley 13. tit. 10. lib. 3. del Fuer. Real.

† L. 55. tit. 5. P. 5.

dos la quieren, deben ser admitidos proporcionalmente á su tanteo, segun la parte que en ella les corresponda, no con igualdad. Pero si el sócio vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla, ni quitarla, por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

Tienen tambien este mismo derecho de retracto por comunion, el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al de este, y el enfiteuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfiteutico algun fundo para cultivarlo y percibir sus frutos, con la obligacion de pagar al que se lo dió, y á sus sucesores cierto redito ó pension anual. Ahora pues, si el señor del dominio directo, ó de la area ó suelo lo vende á estraño, pueden retraerlo por el tauto el superficiario y enfiteuta como dueños del util, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil, puede retraerlo aquel, dentro del mismo termino en caso



## 136

que ninguna pension anual le paguen, pues si la pagan, deben para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome, pues es preferido, ó permita que se venda á otro ; y una vez requerido tiene dos meses de termino para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderlo y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, y sí solo al laudemio, que por la venta se cause.

Si el señor y el superficiario ó enfiteuta, concurren con el consanguineo ó con el sócio ó con ambos, preferirán aquellos tres á estos dos, llevando siempre la antelacion al superficiario y al enfiteuta el señor del dominio directo, por razon del mayor derecho que como dueño del suelo le compete en la finca ; y al sócio, el superficiario y el enfiteuta. Y si estos tres, y el señor concurren con el consanguineo, le prefirirán por el órden con que quedan nominados : de modo que el consanguineo tiene el último lugar respecto de los otros, ya concurra con todos juntos ó con cada uno solo : el sócio

cede al superficiario y al enfiteuta, y estos dos al señor del suelo.\*

### § III. *Del trueque ó cambio.*

El trueque ó cambio, que tambien se llama permuta, es *un contrato por el cual se dá una cosa cierta por otra tambien cierta.*† Se diferencia de la venta en que por esta se dá precio en dinero contado y por el cambio no, sino una cosa por otra;‡ y en que la venta es válida aunque sea de cosa agena, lo que no sucede en el cambio.§

Este contrato puede celebrarse de tres maneras: la primera por palabras simples sin otorgamiento ni promesa: la segunda, por palabras recíprocas de ambos contrayentes que contengan promesa de verificar el cambio, y la tercera, es cuando se hace el cambio por palabras y la cumple uno de los dos ó ambos; y de la misma manera que los que venden, estan

\* L. 13. tit. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast.

† Prol. y ley 1. tit. 6. P. 5.

‡ L. 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.

§ Leyes 1. y 4. tit. 6. P. 5.

## 138

obligados los que cambian á la evicción y saneamiento de lo que truecan.

Todos los que tienen protestad de comprar y vender, la tienen tambien de hacer trueques, y todas las cosas que pueden ser vendidas se pueden trocar, y al contrario. Pero para que se pnedá verificar este contrato en las cosas eclesiásticas ha de intervenir licencia del prelado eclesiástico, en cuya diócesi estan.\*

No se perfecciona el trueque hecho con palabras simples hasta que ambos contrayentes se apoderan reciprocamente de las cosas que permutan, y aunque uno lo este de la que le toca, si no entrega al otro la suya no queda perfecto y puede disolverse, y por no entregarla no incurre en pena á menos que en la escritura se la impongan ó que el otro contrayente haya sido dañado.†

Si el trueque se hace con palabras y y promesa, y uno de los contrayentes comenzó á cumplir por su parte, está en su eleccion hacer que se efectúe el trueque,

\* Ll. 63 al fin. tit. 5. P. 1. y 2. tit. 6. P. 5.

† Ll. 2. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real y 3. tit. 6. P. 5.

## 139

ó que el otro le pague los daños que se le irroguen, pues este contrato produce accion y obligacion civil: lo que no sucede cuando solamente se hace con palabras simples.\*

### ADICION.

1. *Ya en otra parte (tom. 1. pág. 233) se ha hablado de los pretendidos favores de la antigua legislacion acia los indios; tratándose ahora de la compra y venta no es fuera del caso traer á la memoria las circunstancias que las leyes requerian para que fuesen válidos sus contratos en este punto. La distinction que hacen de si son bienes muebles ó raices y de su valor ó cantidad, los pregones de mas ó menos dias que ecsijen se hagan de ellos, la intervencion judicial, y otras mil trabas que tenian estos infelices, los ponian en el estado mas deplorable y mas abyecto, reduciéndolos á un estado de nulidad mas com-*

\* Ll. 3. tit. 6. P. 5. y 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

*pleto que el que tenían los menores é hijos de familia. Hombres virtuosos, llenos de familia y encanecidos en el trabajo, pasaban por mil humillaciones y tenían que llenar mil despreciables condiciones para deshacerse de una cosa mueble del valor de treinta pesos.*

*En el día siendo ciudadanos mexicanos y coniguales derechos á los que goza cualquiera otro mexicano, pueden disponer libremente y del modo que mas gusten de sus propiedades sea cual fuere su valor.*

*Bendigamos nuestras actuales instituciones, detestemos toda dominacion extranjera, y viendo con el respeto que se merecen á los descendientes de los antiguos mexicanos, hagamosles olvidar la antigua dominacion y su abatimiento, tratándoles con la fraternidad y consideracion que les son debidas.*

*2. Dice el autor que hay algunos casos en los que pueden ser compelidos los ciudadanos á vender sus cosas por interesarse ó la pública utilidad ó alguna otra causa favorable. Sigue despues especificando varios de ellos en los que se dá lugar para esto por la antigua legislacion.*

*Vease la restriccion 3. seccion 4 tit. 4. de nuestra constitucion que literalmente dice: “ El presidente no podrá ocupar la propiedad de ningun particular ni corporacion, ni turbarlo en la posesion, uso ó aprovechamiento de ella; y si en algun caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad general tomar la propiedad de un particular ó corporacion, no lo podrá hacer sin previa aprobacion del senado, y en sus recesos del consejo de gobierno, indemnizando siempre á la parte interesada á juicio de hombres buenos elegidos por ella y el gobierno.”*

*Pueden tambien verse el capitulo 11 de las ordenanzas de Bilbao y los autos acordados [ya citados] números 299 y 300 del último foliage de Montemayor y Beleña, que tratan de la compra ó empeño de municiones de guerra, alhajas, &c.*

## TITULO XXV.

### *De la locacion conduccion.*

**El segundo contrato consensual es la locacion conduccion: por él se dá el uso**