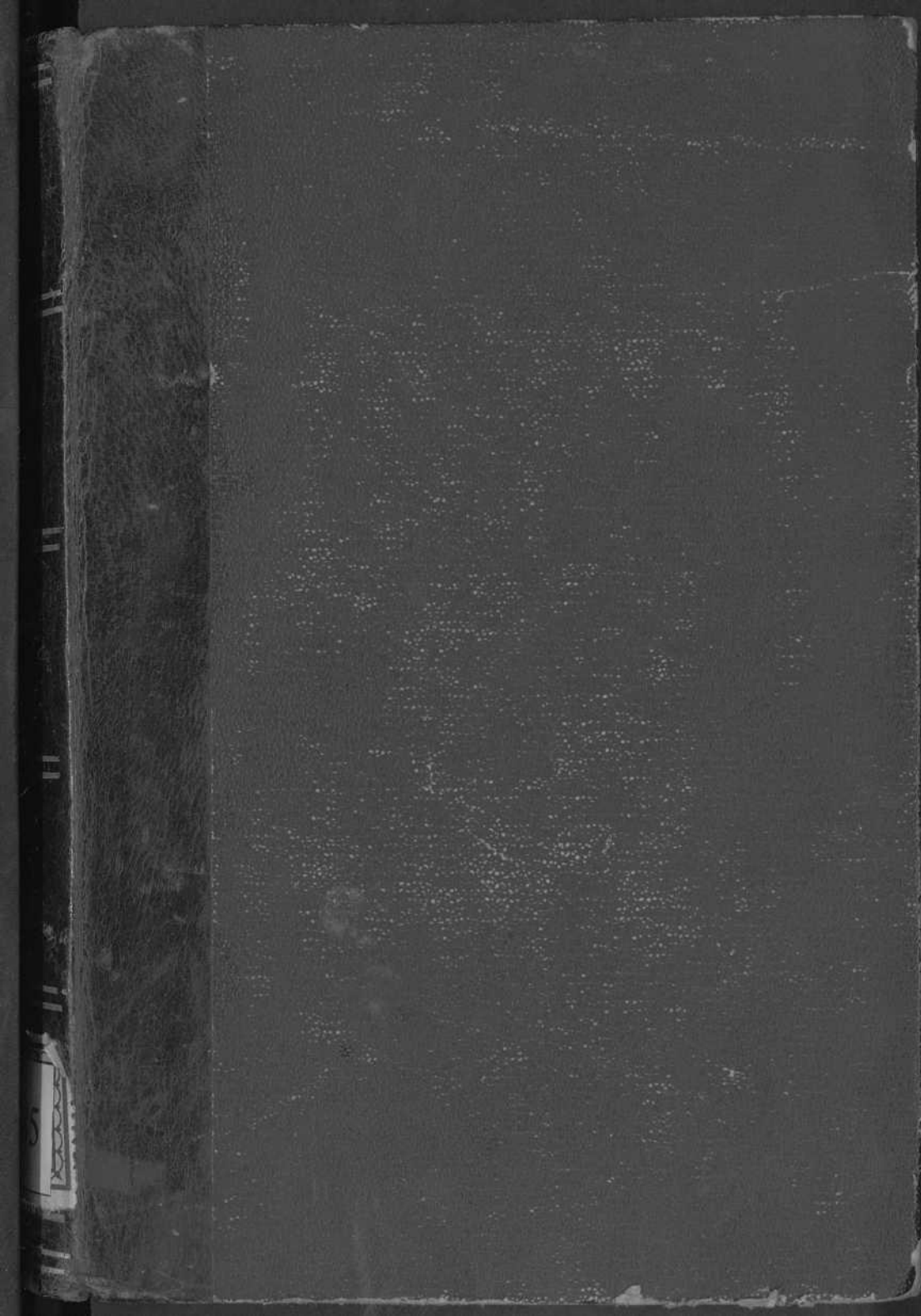
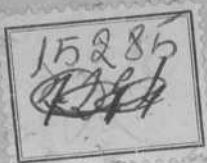
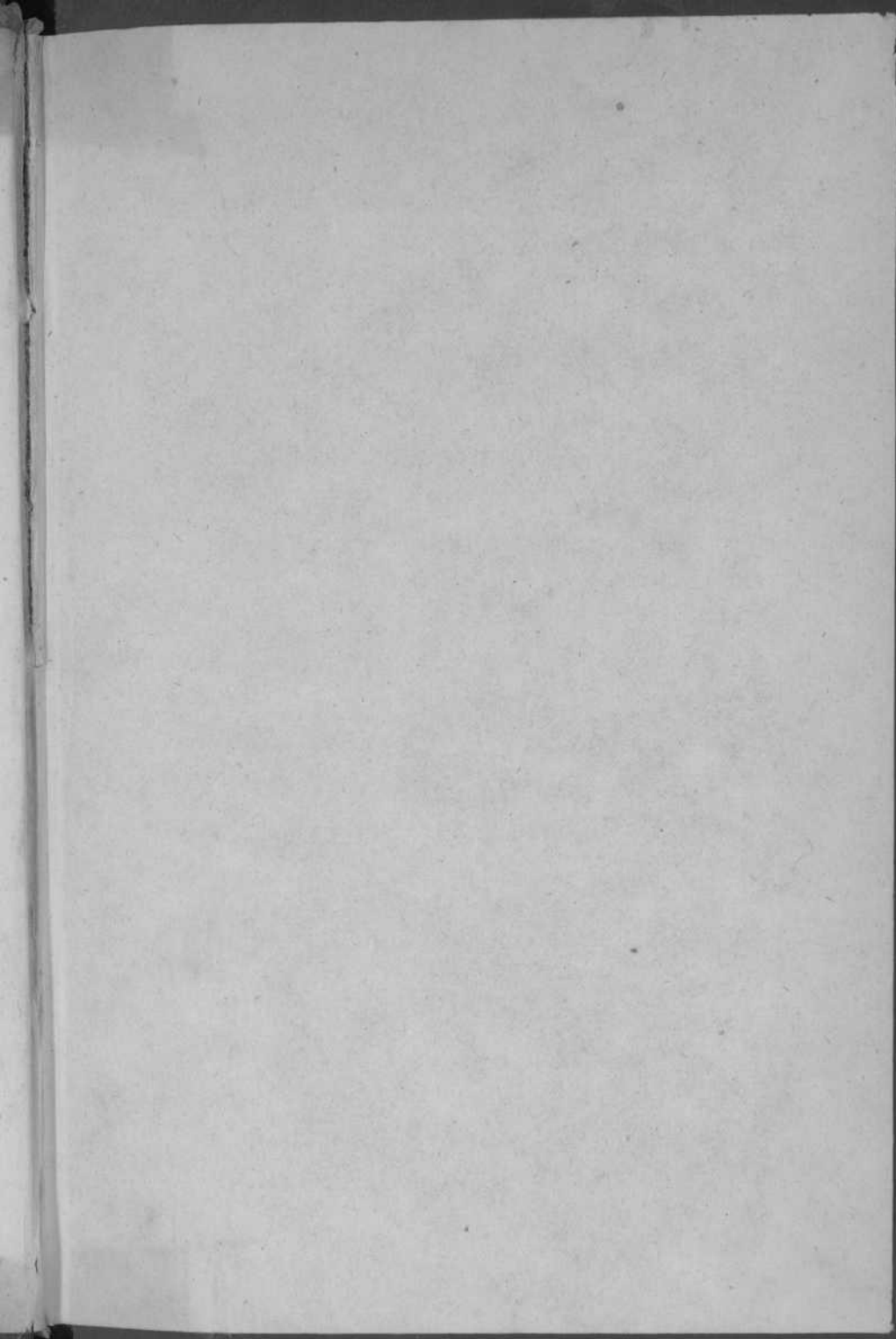


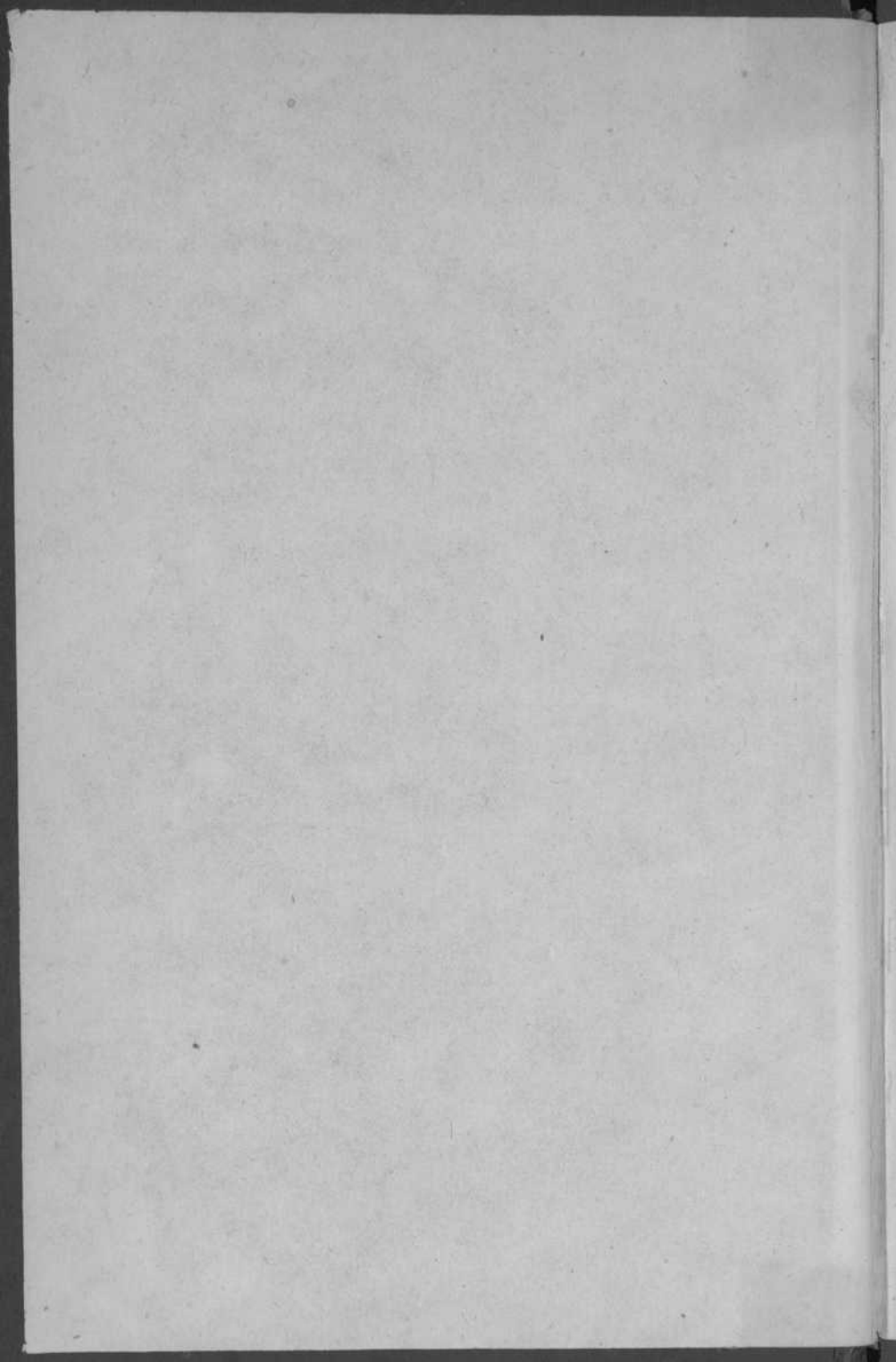




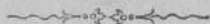
24.222

159.25





LECCIONES ELEMENTALES
DE
HISTORIA Y DE DERECHO CIVIL,
MERCANTIL Y PENAL DE ESPAÑA.



LECCIONES ELEMENTALES

PERFECT GRAM

ALONSO A. KATZMAN

LECCIONES ELEMENTALES

PERFECT GRAM

PERFECT GRAM

PERFECT GRAM

22

LECCIONES ELEMENTALES

DE

DERECHO CIVIL,

QUE CON ARREGLO AL PROGRAMA DE ENSEÑANZA

COMPUSO

EL DR. D. SALVADOR DEL VISO,

Abogado de este Ilustre Colegio y Catedrático que fué de esta asignatura en la Universidad literaria, y Teniente Vicario general castrense, etc. etc. etc.

Tercera edicion arreglada á la legislacion vigente

POR UNA SOCIEDAD DE ABOGADOS

DE ESTE ILUSTRE COLEGIO.

TOMO III.

**Del derecho de las personas para exigir de otro
lo que debe, ó sea:**

DE LAS OBLIGACIONES.



VALENCIA: 1870.

Juan Mariana y Sanz, Editor, Lonja, 7.

Esta obra, declarada de *texto* por el Gobierno, es propiedad de su editor *Sr. Mariana y Sanz*, y para los efectos de la Ley todos los ejemplares llevarán su sello.



Imprenta de Victorino Leon, Libreros, 1.

PARTE SEGUNDA.

DEL DERECHO CIVIL DE ESPAÑA.

TRATADO TERCERO.

LECCION PRIMERA.

De la naturaleza de las obligaciones, y sus divisiones.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Sentido en que tomamos la palabra *obligación*, y cómo se define.—§. III. Sus especies en general.—§. IV. Naturaleza de la obligación *meramente natural*.—§. V. Efectos que ésta produce.—§. VI. Naturaleza y efectos de la llamada *meramente civil*.—§. VII. Qué se entiende por obligación *mista*, clases en que se divide, y esplicacion de las llamadas *públicas*.—§ VIII. Cómo se definen las de *derecho privado*, y sus causas.

§. I.

Razon del método.

Al presentar en el párrafo I de la leccion 3.^a, tratado 1.^o, el orden con que habíamos de proceder en el exámen del derecho civil, dijimos que, siendo el fin del derecho *dar á cada uno lo que es suyo*, como se demostró en el párrafo V, leccion 1.^a del mismo tratado, todas nuestras investigaciones debían dirigirse á conocer qué es lo que se considera propio de cada persona; de otro modo, serían vanos nuestros deseos é inútiles los esfuerzos que hiciéramos en querer atribuir y sostener sus derechos, no constándonos los que cada cual puede tener ó disfrutar.

Para conseguirlo, nos pareció oportuno reducir á solos tres objetos lo que puede reputarse como *propio de cada uno*, refiriendo al primero *los derechos que gozan las personas, segun el estado á que pertenecen en la sociedad*; incluyendo en el segundo *aquellos que se refieren al dominio y demás atribuciones que las leyes les conceden en las cosas adquiridas legalmente*, y dejando para el tercero *los que competen á las mismas para exigir de otro lo que se les debe*.

Ahora bien; como para que uno deba á otro ha de mediar siempre una *obligacion*, podremos comprender ya la razon por qué, despues de haber tratado de los derechos de las personas en el primero y segundo sentido, nos hayamos de ocupar de éstos mismos con respecto al tercer objeto, tomando por fundamento para examinarlos, la causa que los produce, que son *las obligaciones*.

Sobre éstas, lo primero que se presenta á nuestra vista es la necesidad de que conste bien determinada su naturaleza, lo cual procuraremos desempeñar en esta leccion, manifestando antes el sentido en que tomamos en este lugar la palabra *obligacion*, y dando, segun él, la definicion que lo espresa.

§. II.

*Sentido en que tomamos la palabra obligacion,
y cómo se define.*

Aunque todo derecho incluye en sí la idea de la *obligacion*, y de aqui el principio de que *no hay derecho sin obligacion, ni obligacion sin derecho*, sin embargo, no es una misma en todos los casos la naturaleza de la *obligacion*, consistiendo esto en que unas veces el derecho es su causa ó fundamento, y en otras al contrario, es la *obligacion* el fundamento del derecho.

En las de la primera clase, la idea del deber está comprendida en la sola consideracion de haber de respetarse el derecho propio de cada uno sin que puedan ponérsele obstáculos que impidan su ejercicio; y como esta clase de *obligaciones* alcanza á todos sin distincion, el derecho que las produce será un derecho *general ó real*, que podrá

ejercerse, no contra esta ú otra persona determinada, sino contra cualquiera que nos perturbe en el uso del que nos pertenece: más en la de la segunda clase, á este deber *general* ha de añadirse otro *especial* que nace de un comprometimiento legal de parte de una persona determinada en favor de otra particular; y como fuera de estas personas y las de sus representantes, no hay otras á quienes alcancen sus efectos, el derecho que se crea por esta segunda clase de obligaciones, se llamará *individual ó personal*, por no poderse ejercer con otras personas sino en aquellas que se comprometieron.

Nuestro objeto en este tercer tratado solo se dirige al exámen de las *obligaciones* en el sentido últimamente explicado; y como, segun éste, el modo de formarse es, sujetándose una persona á dar ó á hacer á otra alguna cosa, podemos definir las diciendo que son: *un vínculo legal en virtud del cual una persona queda ligada á otra para darle alguna cosa ó prestarle algun servicio.*

De esta definicion aparece que, para que exista una obligacion *personal ó individual*, se necesitan por lo menos dos personas, á saber: una en cuyo favor se constituya el derecho ó la accion para exigir el pago de lo que otro debe, y á esta le damos el nombre de *acreedor*; y otra que puede ser apremiada á su cumplimiento, la cual es conocida con el nombre de *deudor*.

Tanto el derecho de parte del *acreedor* como la obligacion de parte del *deudor*, tienen su fundamento en la ley, que por esto, al dar la definicion de la obligacion se ha dicho que es un vínculo *legal*; pero como no son siempre eficaces en una y otra persona estos efectos, en razon de no haber juzgado prudente el legislador dar una misma fuerza á todas las obligaciones, de aquí la necesidad de saber cuáles son las que han recibido ó no fuerza coercitiva de las leyes.

Para determinarlo, no hay otro medio mas propio que proceder á una clasificacion general de las *obligaciones*, y examinar en cada una de ellas su naturaleza, lo cual será el objeto de los párrafos siguientes.

§. III.

Cómo se dividen generalmente las obligaciones.

Las obligaciones se dividen generalmente, ó por razon á su *origen*, ó por razon al *modo como se forman*.

Por razon á su *origen*, aunque todas ellas tienen su fundamento en la ley, segun lo manifestado en el párrafo anterior, sin embargo, como en unas es solo la ley *natural* la que las impone, en otras solo la ley *civil*, y en otras tanto la ley *natural* como la *civil*, de aquí la division de las obligaciones en *meramente naturales*, *meramente civiles* y *mistas de naturales y civiles*, Leyes 5.^a, tit. XII, y 56, tit. v, Part. 5.^a

Por razon al *modo como se forman* ó se *contraen*, aunque muy difícil de determinar sus especies, atendidas las diferentes y variadas formas de que son susceptibles por la voluntad variada de los hombres, no obstante, si nos referimos á lo que mas frecuentemente sucede, podemos dividir las en las clases siguientes, á saber: en *puras* ó *absolutas*, *condicionales*, *de plazo cierto* ó *incierto*, *conjuntivas* y *alternativas*, *mancomunadas simples* y *solidarias*, *divisibles* ó *indivisibles*, y con *cláusula penal*.

Dejando para cuando tratemos de los efectos de los contratos examinar la naturaleza de las contenidas en esta segunda clase, solo nos ocuparemos en este lugar de las que se derivan de la especie de ley ó derecho de que reciben su fuerza; empezando por las que se llaman *meramente naturales*.

§. IV.

Naturaleza de las obligaciones meramente naturales.

Se entiende por obligacion *meramente natural*, segun la ley 5.^a, tit. XII, Part. 5.^a, *la que una persona está tenida naturalmente á prestar, como quiera que no se le pueda apremiar en juicio á que la cumpla*.

Segun derecho romano, nacia esta obligacion de las causas siguientes:

1.^a Delos pactos *nudos*:

2.^a De los contratos celebrados por personas que, aunque capaces de conocimiento, no quedaban obligadas por la ley:

3.^a De actos hechos por una persona movida de los sentimientos de piedad ó de humanidad.

Mas por derecho español, como todo pacto, no estando reprobado, produce accion y escepcion, ó es obligatorio, segun consta en la ley 1.^a, tit. 1, lib. x, Novis. Recop. (1), solo nace esta clase de obligaciones de las dos últimas causas espresadas.

Bajo este supuesto, se consideran en nuestro derecho como obligaciones *meramente naturales*, refiriéndonos á la segunda causa: 1.^o, la que segun la ley 5.^a, tit. xii, Part. 5.^a contraia el siervo que prometiera dar ó hacer alguna cosa: 2.^o, la del pupilo que contrae sin la autoridad del tutor: 3.^o, la que nace de la fianza otorgada por las mujeres, fuera de los casos que espresa la ley 3.^a del mismo título y Partida: 4.^o, la de los hijos de familia que tomaren prestado sin consentimiento espreso ó tácito de sus padres; y finalmente, cualquiera otra á la que la ley civil no diera fuerza obligatoria, así como, respecto á la tercera causa, lo será por punto general la obligacion de haber de corresponder uno á los beneficios recibidos de otro, como por ejemplo, el haber de mostrarse reconocido al que le salvó la vida, ó le proporcionó medios de subsistencia, ó le prestó algun servicio.

Todas estas obligaciones, aunque no reciben fuerza de la ley civil, sin embargo, quedan tenidas las personas á su cumplimiento en el fuero de la conciencia, que de aquí viene el nombre de *internas* ó de *meramente naturales* con que se les conoce, sin que obste esta circunstancia á que algunas gocen de las mismas consideraciones que las obligaciones eficaces, como se hará constar por sus efectos.

(1) Art. 974.

§. V.

Efectos de las obligaciones meramente naturales.

Los efectos de estas obligaciones pueden ser *naturales* y *civiles*. Los *naturales* todos están reducidos á la necesidad de cumplirlas, impuesta no por la ley civil ni tampoco por el juez, sino por solo la ley natural.

Los *civiles* son varios; pero como no en todas las obligaciones son unos mismos, para determinarlos, las dividen los autores en dos clases, á saber: unas á las que la ley civil no da fuerza alguna, y otras que en cierto modo se hallan sancionadas por ésta.

Las que carecen de fuerza por la ley civil son las siguientes:

1.^a La obligacion de haber de ser agradecidos los hombres á los favores que otros les dispensan:

2.^a La del que prometió dar alguna cosa al que hubiere sido declarado incapaz de los actos de la vida civil por su prodigalidad:

3.^a La del que transigió sobre alimentos dejados en testamento ó codicilo:

4.^a La de la mujer que intervino ó tomó sobre sí la obligacion de otro.

Las demás obligaciones meramente naturales tienen casi los mismos efectos que las que se consideran como eficaces por la ley. Así es, que producen escepcion: Ley 7.^a, §. IV, Dig. de pact.: admiten compensacion: Ley 6.^a, idem de compens.: son susceptibles de promesa de pago: Ley 1.^a, §. VIII, id. de pecun. constit.: pueden mudarse en otras: Ley 1.^a id. de novat.: permiten fiadores: Leyes 1.^a, tit. XII, Partida 5.^a y 5.^a, Dig. de ping.; y finalmente, una vez satisfechas, no puede repetirse lo pagado. Leyes 16, tit. XI, Part. 3.^a, 35, tit. XII, y 33, tit. XIV, Part. 5.^a

No es decir con esto que todas las obligaciones *meramente naturales*, fuera de las cuatro arriba espresadas, produzcan todos estos efectos; pues nuestro objeto al designarlos ha sido solo separar, en cuanto lo permite la naturaleza de esta obra, aquellas obligaciones que no producen otros efectos que los naturales, de aquellas otras que,

ademàs de éstos producen tambien otros por la ley civil, dejando á cada uno, segun los conocimientos que adquieren en las otras partes de la legislacion, el distinguir las que corresponda á cada una de las espresadas clases, sirviendo de antecedente, para atribuirles mas ó menos efectos, la cualidad de gozar ó nó las personas que las han contraído del *beneficio de la restitucion*.

Esta variedad es solo en cuanto á los *efectos civiles*, pues en cuanto á los *naturales*, á todos alcanza sin distincion la necesidad de cumplirlas en el fuero de la conciencia, mientras no exista alguna de las causas por las que hayan de quedar estinguidas, las cuales no es necesario que se espresen separadamente, por ser las mismas que las que el derecho señala para las obligaciones eficaces, escepto que en las *naturales*, es tan inherente la obligacion á la persona que, faltando ésta, se estingue absolutamente, por no pasar á los herederos, como sucede con éstas.

A pesar de la ineficacia de la obligacion *meramente natural*, su vínculo es mas fuerte que el de la llamada *meramente civil*, como podrá verse examinando su naturaleza.

§. VI.

Naturaleza de la obligacion meramente civil.

Se entiende por obligacion meramente civil, *aquella que, aunque recibe de la ley civil fuerza obligatoria, es ésta tan débil, que con facilidad puede deshacerse el vínculo que liga á la persona á su cumplimiento.*

Las causas de donde nace son las mismas que las que producen una obligacion eficaz, con la diferencia que en ésta es permanente la necesidad de haberse de cumplir, por no existir en ella ningun vicio ó defecto que se oponga á la justicia del deber ó á la equidad natural, en lugar que en la obligacion *meramente civil* se supone en el contrato ó en el hecho que la produce, un efecto tal, que alegado y probado, tiene que rescindirle la obligacion.

Tal es, por ejemplo, la que resulta de un contrato celebrado por fuerza ó miedo, como, refiriéndose al de compra-venta, lo declaró así la ley 56, tit. v, Partida 5.^a

De esta definicion se infiere, que las obligaciones *meramente civiles* ni tienen la fuerza de las naturales, por ser contrario á la equidad el vicio de que adolecen, ni tienen la que el derecho atribuye á la obligacion eficaz, porque, probado el vicio ó defecto, se rescinden.

Sin embargo, como, mientras éste no se pruebe, tienen á su favor la presuncion de haberse celebrado legalmente, la ley no ha podido menos de conceder á los acreedores por este título la accion para pedir, así como á los deudores el derecho para oponer la escepcion que les corresponda, la cual probada, queda entonces estinguida del todo esta obligacion.

No presentándose la escepcion por el demandado, quedará en su fuerza la accion del acreedor, y podrá ser condenado el deudor, aunque lo sea por una obligacion *meramente civil*, en razon de que, no habiéndola alegado, pudiendo, parece que se afirme en ella, y da derecho al acreedor para pedir la deuda sin necesidad de intentar otra accion que la que dedujo en su principio para obtener el crédito. Leyes 28, tit. xi, y 49, tit. xiv, Part. 5.^a

No siendo eficaz, ni la obligacion *meramente natural*, ni la *meramente civil*, segun queda demostrado, solo producirá esta fuerza la obligacion *mista de natural y civil*, como lo haremos ver en el párrafo siguiente, esplicando su naturaleza.

§. VII.

Naturaleza de la obligacion mista de natural y civil, y sus especies.

Segun la ley 5.^a, tit. xii, Part 5.^a, se entiende por esta obligacion *el ligamiento que es fecho segun ley et segun natura*, ó como esplica la misma ley, *aquella por la que quedamos de tal modo obligados, que se nos puede apremiar á su cumplimiento*.

Propiamente hablando, es solo ésta la que merece el nombre de *obligacion* en el sentido en que hemos tomado esta palabra, porque solo en ella se observa de lleno la necesidad de cumplirla, de la que en cierto modo carecen las de-

más, y solo ella es la que produce una acción eficaz, en términos que no puede destruirse por ninguna escepcion perentoria.

Las causas de donde nace esta obligación, unas pertenecen en parte al *derecho público*; otras son exclusivas y propias del *derecho privado*; y de aquí la primera división que puede hacerse de las obligaciones mistas, que espresaremos con los nombres de *públicas y privadas*.

Se llaman obligaciones públicas, *aquellas en virtud de las cuales tienen que contribuir los hombres con sus personas y bienes á las cargas del Estado*.

Tales son, por ejemplo, la obligación que tiene cada uno de pagar los tributos y contribuciones en proporcion de sus haberes; la de haber de defender la patria con las armas los que sean llamados por la ley, segun añade el mismo artículo; la de haber de desempeñar ciertos cargos públicos, como el de diputado provincial, de alcalde, de concejal, ú otros semejantes, á no ser que tengan alguna causa para escusarse con arreglo á lo que prescribe la ley.

Finalmente, prescindiendo de otros varios ejemplos que podian citarse de esta clase de obligaciones, lo es tambien la de haber de tomar sobre si ciertos cargos personales, como el de tutor ó de curador, que, aunque no sean públicos en el sentido que se consideran los que se han espresado, lo son sin embargo, en cuanto, interesando á la sociedad que haya personas que se encarguen de desempeñarlos, la ley impone la necesidad de aceptarlos á los que hubieren sido nombrados, mientras no tuvieren alguna excusa legitima que oponer, segun se dijo en el tratado 1.^o

Nuestro objeto va dirigido á presentar en resumen los derechos y obligaciones de los hombres en las diferentes condiciones de su vida privada: por lo mismo, dejando para el derecho administrativo el exámen de las obligaciones *públicas*, solo nos ocuparemos del que se refiere á las obligaciones *privadas*.

§. VIII.

Qué son obligaciones privadas, y sus especies en general.

Entendemos por obligaciones privadas, aquellas por las que una persona queda obligada á otra por una causa ó hecho propio, ó por los hechos y causas de un tercero.

Decimos que hay una causa de obligacion, cuando uno se ha comprometido sériamente con una persona á dar ó á hacer alguna cosa en su favor, y se entiende que la produce un *hecho personal*, siempre que hagamos alguna cosa de la cual resulte un deber para con otro.

Lo primero no puede tener efecto sin que haya una persona al menos que consienta en el deber que se impone, y otra que acepte el ofrecimiento; y como esto no puede verificarse sin que medie un convenio entre partes, la obligacion que de él dimanase podrá llamarse *obligacion convencional*.

Lo segundo lleva ya consigo la causa del deber, por ser un principio de justicia que, en lo que hagamos, procuremos no causar á nadie perjuicio, así como en lo que otro haya hecho en nuestro favor sin mandato nuestro, la misma razon enseña que debemos indemnizarle por los daños ó gastos que se le hubieren ocasionado.

Como para que se produzcan estos efectos en este segundo caso no es necesario que medie ninguna convencion, la obligacion que nazca solo de un hecho que afecte á otro que á su autor, se llamará *obligacion no convencional*.

De esta doctrina resulta, que son dos en general las clases de obligaciones privadas, á saber: unas que se llaman *convencionales*, y otras *no convencionales ó legales*. Las primeras son las que se derivan de un convenio, ó de un contrato ó pacto que los hombres celebren entre sí: las segundas son las que nacen de un hecho personal.

Las mas interesantes y de las que mas uso tiene que hacerse, son las obligaciones *convencionales*, por no existir tan apenas persona alguna capaz de conocimiento que no tenga que celebrar algun contrato para proporcionarse las cosas necesarias para la vida, cuya circunstancia, no pudiendo menos de influir en el órden que ha de guardarse en

el exámen de esta parte tan importante del derecho, indica ella de por sí la razón por qué, despues de haber manifestado la naturaleza de las obligaciones en general, nos hayamos decidido á tratar de la causa de donde se derivan las llamadas *convencionales*, dando antes una idea en general de los contratos que las producen, así como de su clasificación.

LECCION SEGUNDA.

De la naturaleza de los contratos, y su clasificacion.

RESUMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Orígen de los contratos, y su definicion.—§. III. Antecedentes para proceder á su division, y cuáles son en general sus especies.—§. IV. Idea de los contratos *nominados é innominados*.—§. V. Definicion de los llamados *consensuales y reales*.—§. VI. En qué consistan los *unilaterales y bilaterales*.—§. VII. Cuáles son los *onerosos y lucrativos*, y division de los primeros en *aleatorios y commutativos*.—§. VIII. Qué son contratos de *buenafé* y de *estricto derecho*, y utilidad de esta division.—§. IX. Cuáles son los llamados *principales y accesorios*, y cómo se dividen por razon de su objeto.

§. I.

Razon del método.

Esplicada la naturaleza de las obligaciones privadas en general, y no existiendo ninguna de ellas sin que haya precedido una *causa ó hecho* de parte de la persona obligada, el órden pide que entremos en el exámen de cada una de estas dos fuentes de donde proceden.

La que da lugar á las obligaciones *convencionales*, es el *contrato*, segun hemos manifestado en la leccion anterior, comprendiendo en esta palabra, tanto la convencion á que damos este nombre, como cualquier otro pacto lícito, no solo de los unidos á los contratos, á cuya clase pertenecen las *condiciones, cargas, reservas, cláusulas resolutorias* y demás modificaciones que estipularen los contrayentes, sino tambien cuantos otros puedan celebrar los hombres separadamente del contrato, siempre que no sean contrarios á lo que disponen las leyes.

Todas estas convenciones tienen su efecto particular, el

cual, no siendo posible que lo prevea el legislador en cada paso, por estar dependiente de la obligación que las partes se hayan querido imponer, ha dado lugar á que la ley dejara al arbitrio de los individuos el constituir las del modo que mas útil y conveniente les fuere, contentándose en prescribirles ciertos preceptos fundados en la razon y la justicia, que no les es lícito infringir.

Para que se puedan éstos conocer, supuesta la variedad de convenciones ó de contratos á que dan lugar las necesidades de los hombres, ningun medio mas propio que dividirlos por clases, tomando por base aquellas cualidades que mas análogas se presentan para distinguir en general sus efectos, lo cual procuraremos desempeñar en esta leccion, manifestando antes brevemente su origen y naturaleza.

§. II.

Origen y naturaleza de los contratos.

El uso de los contratos es debido á la necesidad que tienen los hombres de entablar relaciones entre si, á fin de poder adquirir lo que necesitan para su existencia y comodidad; y como esta necesidad lo ha sido de todos los tiempos, debemos sentar como principio, que los contratos son tan antiguos como la sociedad.

Para su realizacion, no conocieron los hombres en su origen otras reglas que la equidad, ni otro medio que la buena fé para llevar á efecto lo convenido: mas como los hombres son capaces de dolo y de injusticia, fué necesario que interviniera la ley, dando reglas para prevenir los efectos de estas viciosas inclinaciones, y asegurar la ejecucion de los convenios que celebrasen.

De este modo, lo que no era mas que un acto entre particulares que pendia esclusivamente de la libre determinacion de los contrayentes, vino á convertirse en una obligacion civil, con derecho en la pública autoridad para poder intervenir en su forma, y hacer efectivo su cumplimiento en caso de resistirse alguno de ellos.

En este sentido es en el que consideramos nosotros los contratos, y según él pasaremos á examinar su naturaleza, empezando por su definicion.

Definicion de los contratos.

Se entiende por contrato *un convenio por el cual una ó varias personas se obligan respecto de otra ó muchas, á dar alguna cosa ó prestarse algun servicio* (1).

Por derecho romano, y aun por nuestro derecho antiguo, no todo convenio era obligatorio, sino solo aquel en que se habian observado las fórmulas de la ley, de las cuales careciendo los simples pactos, quedaban éstos sin fuerza civil para obligar, á no ser que se hallaran revestidos de ciertas cualidades, como lo eran los pactos *no nudos*, llamados así, según aquel derecho.

Por mas justo que hallasen los romanos el motivo para establecer esta diferencia, es lo cierto que ella introdujo una confusion notable en su legislacion, por las innumerables fórmulas y distinciones de que aparecen sobrecargadas sus leyes, confusion que, notándose tambien en las Partidas por haber adoptado éstas el mismo pensamiento, no desapareció de nuestro derecho, hasta que por las leyes del Ordenamiento de Alcalá se declaró, *que de cualquier modo que uno apareciera quererse obligar, quede obligado*, como consta en la ley 1.^a, tít. 1, lib. x, Novis. Recop., reproducida en el nuevo Código (2).

No existiendo, pues, entre nosotros á consecuencia de esta ley, la distincion entre *pacto* y *contrato* en cuanto á la fuerza obligatoria, la palabra *convencion* con la que designaron los romanos los pactos cuando á ella no iba aneja una causa civil de obligar, la usaremos nosotros para denotar en general *el consentimiento entre dos ó mas personas sobre una misma cosa*, que llamaremos *pacto* cuando queramos significar las condiciones con que se convinieron, y *contrato*, cuando prescindiendo de las condiciones,

(1) Art. 973.

(2) Art. 974.

solo nos fijamos en el convenio hecho entre las mismas para dar ó hacer alguna cosa.

Con lo dicho puede comprenderse la fuerza que tiene en sí la palabra *convenio* de que usamos en la definicion. Las demás palabras de que consta ésta, espresan el fin comun á todos los contratos, que es el *dar ó hacer alguna cosa*; pero como, ni es una misma en todos ellos la causa de la obligacion, ni uno mismo su objeto, para comprender lo uno y lo otro, deberá examinarse en particular la naturaleza de cada contrato, haciendo antes una clasificacion general, cuyos antecedentes espondremos á continuacion.

§. III.

Antecedentes para clasificar los contratos, y cuáles son en general sus especies.

No es uno mismo el juicio que han formado los escritores de derecho al proceder á la clasificacion de los contratos.

Algunos, llevando el pensamiento de la ley del Ordenamiento de Alcalá, citada en el párrafo anterior, mas allá de lo que espresan sus palabras, reducen todos los contratos á la clase de *consensuales*: otros no admiten la division que se hace de ellos en *nominados é innominados*, solo porque no ven en ella actualmente aquella íntima union con las acciones y procedimientos que tan necesaria la hacia entre los romanos: otros desechan como inútil la clase de contratos *intermedios* entre los *unilaterales* y *bilaterales*, porque naciendo en ellos la obligacion de un hecho posterior al contrato, los consideran mas bien como unos *cuasi contratos*: otros, relegando á la jurisprudencia formularia de los romanos las frases de *buena fé y estricto derecho*, quisieran que desapareciesen de la nuestra, como asimismo la division que de ellos dimana; y otros, en fin, opinan, que la única clasificacion aceptable es aquella que divide los contratos por su objeto.

Nosotros, sin embargo, consideramos de mucha utili-

dad en esta materia la clasificacion que los antiguos juriscónsultos hicieron de los contratos, porque además de facilitar el conocimiento de lo que constituye la naturaleza de cada uno de ellos, sirve de auxiliar para aplicar con seguridad el derecho en las cuestiones que se promuevan.

Algunas breves reflexiones sobre cada uno de los pareceres de estos escritores, bastarán para convencernos de la utilidad del que nosotros seguimos; y empezando por el que siguen los de la primera opinion, solo diremos, que si todos los contratos deben reducirse á la clase de *consensuales*, ¿cuándo empieza la obligacion que nace, por ejemplo, del contrato de *mútuo*, la cual consiste en devolver el deudor otro tanto de lo que recibió? No creemos que haya nadie que dude que es despues que éste haya recibido lo que se le haya prestado. Luego hay contratos, segun esto, en que no basta el consentimiento para quedar uno obligado á su cumplimiento, sino que es necesario además, que se haya entregado la cosa que es objeto de los mismos.

Habrá, sí, contrato en el instante en que uno pida á otro una cantidad y éste consiente en prestarla; pero no habrá contrato de *mútuo* hasta que se haya entregado el dinero.

Esto mismo podemos decir con respecto al contrato de *comodato*, ó de *depósito*, ó del de *prenda*, ó de cualquier otro que sea, en que no existe la obligacion propia suya hasta que se haya entregado la cosa, ó ejecutado el hecho estipulado; y con ello queda demostrado que no pueden reducirse todos los contratos á la clase de *consensuales*, como algunos suponen, sino que es necesario por lo menos admitir otra especie de los que no pueden comprenderse en éstos.

No menos útil es la otra division que hicieron los antiguos de contratos *nominados* é *innominados*. Sabido es que las necesidades de los hombres son incalculables, y que, siendo grandes los progresos de la civilizacion y del comercio, la ley no puede prever ni regular cuantos tratos puedan hacer ellos.

¿Cómo, pues, atenderá ésta á tantos convenios que la necesidad y el capricho sugieren al hombre? No de otro modo, sino dando un nombre á los mas conocidos y fre-

cuentas, sujetándolos á ciertas y determinadas reglas, y estableciendo para los demás que no pueden designarse con su nombre particular, algunos preceptos generales, los cuales, no pudiendo aplicarse á los que tienen ya sus reglas propias, hacen que se constituya entre ellos una diferencia, que no podría comprenderse si no tuviéramos presente dicha division.

Tambien carece de fundamento la opinion de aquellos que desechan como inútil la especie de contratos *intermedios*, queriendo que sea mas bien resultado de un *cuasi contrato* la obligacion que nace del hecho posterior á la celebracion de ciertos contratos; porque además de no ser exacta esta idea, viene por fin á admitirse con ella lo mismo que se desecha, que es, el que un contrato que al principio era *unilateral*, pasa á ser *bilateral*, formándose otra especie de obligacion que, para espresarla, nos parece mas propio atribuirle á un contrato *intermedio* que á un *cuasi contrato* como pretenden.

Del mismo modo tenemos como infundada la opinion de los que consideran como unas meras fórmulas las frases de *buena fé* y *estricto derecho*, con las que los antiguos distinguieron unos contratos de otros; porque á ser así, no producirian ninguna diferencia esencial en cuanto á los efectos de la obligacion, como luego manifestaremos; y de aquí la necesidad de esta division para que se comprenda con facilidad esta diversidad de efectos.

Finalmente, el dividir los contratos únicamente por su objeto, tiene contra sí el haber luego de esplicar en cada uno de ellos en particular las demás cualidades relativas á las causas de donde nace la obligacion, lo cual no nos parece que presenta tanta utilidad, como proponiendo en general todas estas cualidades por medio de las otras divisiones.

Por todas estas razones, juzgamos muy útil la clasificacion que los antiguos hicieron de los contratos, y segun ella, los dividiremos en las clases siguientes:

- 1.º En nominados é innominados.
- 2.º En consensuales y reales.
- 3.º En unilaterales, bilaterales é intermedios.

4.º En onerosos y lucrativos, y los primeros en aleatorios y conmutativos.

5.º En contratos de buena fé y estricto derecho.

6.º En principales y accesorios.

7.º En que por unos se adquiere la *propiedad*, por otros el *uso*, por otros *una garantía* y por otros *un servicio*.

De cada uno de ellos daremos su definicion, esplicando lo que se crea necesario para comprender su naturaleza, para lo cual seguiremos el mismo orden con que se han propuesto.

§. IV.

Idea de los contratos nominados é innominados.

Se llaman contratos nominados, los que tienen un nombre especial, dado ó confirmado por las leyes, el cual, tan luego como se enuncia, hace que inmediatamente se venga en conocimiento del negocio á que va unido.

¿Qué jurisconsulto, al oír la palabra *mútuo*, no forma ya concepto de ser éste un contrato en que se entrega una cosa fungible con la obligacion de haber de restituir el deudor otro tanto de la misma especie y calidad, ó del mismo género, segun lenguaje de la jurisprudencia?

Lo mismo podemos decir del *comodato*, *depósito*, *pren- da*, *promesa*, *donacion*, *compra venta*, *arrendamiento*, *censo*, *sociedad*, como tambien del de *renta vitalicia* y del de *seguros* que añadiremos nosotros á los que los antiguos conocieron, los cuales son otros tantos contratos *nominados* en el sentido en que los hemos definido.

Por el contrario, se llaman contratos innominados, segun la ley 5.^a, tit. vi, Part. 5.^a, los que no tienen un nombre especial, ó que si lo tienen, no conviene á un objeto determinado de modo que podamos venir en conocimiento por él del negocio á que fuere unido.

La *permuta*, por ejemplo, tiene un nombre con que se le designa; pero como éste es comun á todos los contratos en que se da una cosa por otra, no puede saberse cuando la usamos á cuál lo referimos, y de aquí el no poderse

contar entre los *nominados*, segun la definicion que hemos dado, lo cual confirma el proemio del tit. vi, Part. 5.^a

Aunque son muchas y variadas las especies de esta clase de contratos, sin embargo, todos ellos pueden incluirse, segun la ley 5.^a, tit. vi, Part. 5.^a, en uno de los cuatro objetos siguientes: *doy para que des: doy para que hagas: hago para que des: hago para que hagas*; como se esplicará mas por estenso al tratar separadamente de ellos en la leccion correspondiente.

Con lo dicho, puede comprenderse en general la naturaleza de los *contratos nominados é innominados*: por lo mismo pasaremos á manifestar la de los que se espresan en la segunda division.

§. V.

Naturaleza de los contratos consensuales y reales.

Entendemos por contratos consensuales, *aquellos que se constituyen y perfeccionan por el consentimiento, ó que no necesitan de otro requisito que de la voluntad de los contrayentes, suficientemente declarada, para quedar obligados.*

De esta definicion resulta, que el llamarse *consensuales* algunos contratos, no es porque en ellos se requiere el consentimiento, pues á ser así, todos pertenecerian á esta clase, en razon de ser este requisito comun y general á todos ellos; sino que se llaman de este modo, porque se perfeccionan por solo el consentimiento, sin necesidad de que intervenga ni la entrega de una cosa, ni otro cualquier hecho.

A esta clase pertenecen la *compra venta*, el *arrendamiento*, el *censo*, la *sociedad*, el *mandato*, la *promesa*, la *donacion*, la *fianza*, el *seguro* y el contrato de *cambio local ó por letras*.

Todos los demás contratos los reducimos á la clase de los *reales*, porque por una parte ya no existe entre nosotros, despues de la ley del Ordenamiento de Alcalá, la razon que tuvieron los romanos y que siguieron las Parti-

das para distinguir cierta clase de contratos con el nombre de *verbales*; y tambien porque, aunque en un contrato determinado hicieron ellos depender de la confesion escrita de deuda su perfeccion ú obligacion, por cuyo motivo le daban el nombre de *contrato literal*, no es razon suficiente para que haya de reconocerse otra especie particular aparte de los *reales*; pudiendo, como es en sí, reducirse éste á los de esta última clase, por haber de intervenir en él otra cosa que el consentimiento para su perfeccion.

Esto supuesto, llamamos contratos reales, *aquellos en que, además del consentimiento, interviene alguna otra cosa ó hecho, sin cuyo requisito, no queda constituida la obligacion propia de cada uno de ellos*. Tales son: el *mútuo*, *comodato*, *depósito y prenda*, y á los cuales pueden agregarse el *contrato literal* y los *innominados*.

Como no en todos los que se han espresado relativamente á una y otra clase, es recíproca la obligacion, de aquí las otras divisiones de los contratos, de que nos ocuparemos á continuacion.

§. VI.

Definicion de los contratos unilaterales, bilaterales é intermedios.

Contratos unilaterales son *aquellos en que solo uno de los contrayentes queda obligado al otro*; como el *mútuo*, la *promesa y la donacion*; y bilaterales *aquellos en que los contrayentes quedan obligados el uno al otro* (1). Tales son: la *compra venta*, el *arrendamiento*, el *censo*, la *sociedad*, el *seguro*, el *contrato de cambio* y los *contratos innominados*.

Los *bilaterales* se dividen en *perfectos* y en *imperfectos ó intermedios*. Serán *perfectos*, cuando producen desde su origen una *accion directa* á favor de cada una de las dos partes obligadas; é *imperfectos ó intermedios*, cuando la

(1) Art. 975.

obligacion de una de las dos partes queda constituida desde el acto de su celebracion, mientras que la de la otra está dependiente de un acontecimiento que, pudiendo ó no existir, solo podrá aquella hacerse efectiva, si realmente ha sucedido, utilizándose para ello la *accion* que entre los romanos se llamó *contraria*.

El *comodato*, el *depósito*, la *prenda*, y el *mandato*, son otros tantos ejemplos de los *contratos intermedios*.

Por la misma razon de no ser siempre reciproca la obligacion de los contrayentes, nace la otra division de los contratos de que constará en el párrafo siguiente.

§. VII.

Qué son contratos onerosos y lucrativos, y division de los primeros.

Se llama contrato lucrativo ó gratuito, *aquel por el cual una de las partes otorga á la otra un beneficio por pura liberalidad*; como el *mútuo sin usuras*, el *comodato*, el *depósito*, el *mandato* por si mismo, la *promesa*, la *donacion* y la *fianza* por derecho comun; y contrato oneroso, *aquel por el que las partes contratantes adquieren derechos y contraen obligaciones reciprocamente* (1), á cuya clase pertenecen todos los demás.

Los *onerosos* se dividen en *aleatorios* y *conmutativos*.

Entendemos por contratos *aleatorios*, *aquellos cuyos efectos en cuanto á las pérdidas y ganancias para cualquiera de las partes contratantes ó para todas ellas, depende principalmente de un acontecimiento incierto*; como son: el contrato de *renta vitalicia*; el de *seguros*, el de *préstamo á la gruesa* por derecho mercantil, y las *apuestas y juegos no prohibidos*, segun los considera el nuevo Código (2).

Se llaman contratos *conmutativos*, *aquellos en que cada*

(1) Art. 976.

(2) Arts. 1700 y siguientes.

una de las partes se obliga á dar ó hacer una cosa cierta, como equivalente de la que recibe ó se le hace por ella; como la compra-venta, arrendamiento, cambio, censo y los demás que es fácil distinguir, y á los cuales añadiremos nosotros los contratos innominados.

Además de las causas que nos han determinado á admitir las clasificaciones hasta aquí hechas, como hay contratos en que, no habiendo pactado nada los contrayentes sobre ciertas cosas accesorias á ellos, debe decidir el juez segun las reglas de equidad las cuestiones que se promuevan, al paso que en otros tiene que sujetarse á lo que las partes hubieren espresado, esta circunstancia nos obliga á reconocer como muy útil la otra division que se hace de contratos de *buena fé* y de *estricto derecho*, de que hablaremos á continuacion.

§. VIII.

En qué consistan los contratos de buena fé y de estricto derecho.

Entendemos por contratos de buena fé, *aquellos en que el juez puede conocer y sentenciar por las reglas de equidad y de justicia las cuestiones que se susciten entre las partes sobre puntos que no hubieran espresado; y serán contratos de estricto derecho, aquellos en que no puede entenderse la obligacion á mas que á lo que los contrayentes hubieren pactado, ó las leyes hubieren establecido.*

A la primera clase pertenecen todos aquellos contratos cuyas acciones se enumeran en el §. XXVIII, tit. vi, lib. iv, Inst. Just.: á la segunda, aquellos cuyas acciones no se enumeran en el citado párrafo. El ejemplo siguiente confirmará la utilidad de esta division.

Véndese un campo, estando pendientes los frutos, sin haberse pactado nada acerca de ellos: ¿á quién pertenecen? La razon dicta que son del comprador, porque como contrato de buena fé, y no habiéndose nada espresado, se entienden vendidos juntamente con el campo, y así lo resuelve la ley 13, §. X, Dig. de act. empt. vend.

Por el contrario, se promete á otro el mismo campo con los frutos pendientes, pero sin haberse hecho mencion de ellos; entonces quedan á favor del promitente, porque la *promesa* no debe estenderse á mas de lo que en ella se hubiere espresado, por ser éste un contrato de *estricta y rigurosa interpretacion*, segun consta en la ley 99, Dig. de verb. oblig.

Baste solo este ejemplo para poder comprender la necesidad que hay de conocer los contratos que son de una y otra clase, y de aquí la utilidad que presenta la referida division.

Finalmente, de todos los contratos que hemos enumerado, hay unos que subsisten de por si, y otros que suponen la existencia de otros á que van unidos; y para que á primera vista puedan conocerse, ningun medio mas propio que la última division que hemos hecho de ellos.

§. IX.

Qué son contratos principales y accesorios.

Contrato principal, es el que *existe independientemente de otro cualquiera*, como por ejemplo, la *compra venta*, el *arrendamiento*, etc.; y accesorio, el que *tiene por objeto asegurar la obligacion del contrato á que se une, careciendo por lo mismo de existencia propia*, como son, el de *fianza* y el de *prenda é hipoteca*.

Ultimamente, si queremos clasificar los contratos en general por el objeto ó efectos particulares que producen, tenemos la division que proponen algunos escritores, reduciéndolos todos á solo cuatro clases, á saber: unos que tienen por objeto adquirir la propiedad, como la *compra venta*, la *permuta*, el *mútuo*, el *censo*, la *renta vitalicia*, la *donacion* y la *sociedad*: otros por los cuales se adquiere el uso, como el *comodato* y el *arrendamiento*: otros que prestan seguridad, ó bien á las cosas, como el *seguro*, ó bien á la obligacion que otro contrae, como la *fianza*, la *prenda* y la *hipoteca*; y otros, en fin, que se dirigen á prestar un servicio, como el *mandato* y el *depósito*.

Tales son las divisiones que los antiguos hicieron de los contratos. Su utilidad puede fácilmente inferirse con solo atender, á que sin ella ignoraríamos las cualidades que los distinguen entre sí, á no esplicarse separadamente al examinar la naturaleza de cada uno de ellos.

Mas, como estas cualidades suponen la existencia del contrato á que se refieren, y ésta no puede probarse sin que conste haberse observado los requisitos que prescriben las leyes ó los que los contratantes hubieran añadido en el acto de su celebracion, el orden pide que se determinen éstos, de lo cual nos ocuparemos en la siguiente leccion.

LECCION TERCERA.

De los requisitos de los contratos en general.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Clases de requisitos que deben y pueden existir en todo contrato.—§. III. Efectos propios de cada uno de ellos, y cuáles son en general los que se llaman *esenciales*.—§. IV. Qué personas pueden contratar.—§. V. Necesidad del consentimiento para su validez.—§. VI. Cuándo el error producirá la nulidad del contrato.—§. VII. Qué se entiende por *violencia*, y cuándo se anula por esta causa.—§. VIII. Explicacion de la palabra *dolo*, y sus efectos.—§. IX. Qué cosas son objeto del contrato.—§. X. Designacion de las causas que lo motivan.—§. XI. Obligaciones en las que se requiere además alguna solemnidad particular.

§. I.

Razon del método.

Con las clasificaciones hechas en la leccion anterior, podremos comprender las cualidades propias de cada contrato; pero para juzgar si tienen ó no fuerza obligatoria, así como de los efectos que en particular puedan producir, se hace preciso tomar en consideracion ciertos requisitos que, ó bien los exige la ley como necesarios para su validez, ó bien dispone ésta que vayan unidos al contrato, mientras las partes no renuncien á sus efectos, ó bien acompañan á la obligacion principal, porque la voluntad de los contrayentes ha sido que formen parte de la misma.

Entre estos requisitos, hay unos que son comunes á toda clase de convenciones, que son todos aquellos que se refieren á acreditar su existencia y sus efectos en general,

como por ejemplo, *el consentimiento mútuo manifestado por un signo exterior*; y otros que solo sirven para determinar su especie particular, y con los que se distinguen unos contratos de otros, como *el precio en el de compra venta*.

Con este motivo, parece muy propio que, dejando los particulares de cada uno para cuando se examine su naturaleza respectiva, tratemos primeramente de los que son generales á todos; lo cual procuraremos desempeñar en esta leccion, dando antes su definicion y determinando sus clases, para que puedan conocerse mejor sus efectos.

§ II.

Clases de requisitos que deben y pueden existir en todo contrato.

Para determinar los requisitos ó condiciones con que deben ó pueden celebrarse los contratos, hay que distinguir en ellos tres clases de circunstancias, á saber: unas que se consideran como *esenciales* en este acto; otras que le son *naturales*, y que para suplir la imprevision de los contratantes ó lo que por su falta de luces no espresaron en su celebracion, dispone la ley que vayan unidas á este acto; y otras que solo forman parte de él, porque los contrayentes así lo han determinado.

La existencia, pues, de todas estas circunstancias constituirá un conjunto de requisitos, que para mejor determinar sus efectos, atendido el objeto á que cada uno de ellos se dirige, dividiremos en tres clases, á saber: en *esenciales*, *naturales* y *accidentales*, cuya naturaleza espondremos á continuacion.

Naturaleza de los requisitos esenciales de los contratos.

Entendemos por requisitos esenciales, *aquellas circunstancias sin las que no puedan subsistir los contratos; ó aquellas con las que se constituye cada contrato de por sí, haciéndolo distinto de los demás.*

La primera parte de la definicion denota los requisitos esenciales comunes á todos los contratos; la segunda se refiere á los que son esenciales en cada uno de ellos.

En el contrato de *arrendamiento*, por ejemplo, además del consentimiento y de la capacidad de las personas, que son *requisitos esenciales comunes*, es preciso que exista una cosa ó un servicio que se preste, y un precio convenido que ha de satisfacerse en dinero ó frutos por el que use la cosa, ó se aproveche de los servicios.

Estas circunstancias, pues, constituirán los requisitos esenciales de este contrato, tanto *comunes*, como *especiales* del mismo.

Son comunes, el *consentimiento* y la *capacidad de las personas*; y especiales, la *cosa* ó el *servicio que se preste*, y el *precio ó paga por el uso que se hace de ella*, ó por *aprovecharse de los servicios de otra persona*.

Faltando los primeros, no habrá contrato de *arrendamiento*, ni otro alguno en su lugar: mas si faltaran los segundos, podrá existir cualquier otro contrato, si concurren por otra parte los demás requisitos; pero ya no sería éste el *arrendamiento*, porque en ellos y no en otros se halla caracterizada la existencia del mismo.

Naturaleza de los requisitos naturales.

Se llaman requisitos naturales, *aquellas circunstancias que, sin constituir la esencia del contrato, forman parte del mismo por disposicion de la ley, y como tales rigen en él, mientras que los contrayentes no las escluyan en virtud de algun pacto.*

Asi, por ejemplo, es *requisito natural* en todo contrato oneroso, que el que enagene la cosa esté obligado al que la adquiere á hacerle efectivos los derechos sobre ella, defendiéndole por lo mismo en los pleitos que se le promovieren; ó en el caso que se perdieran, entregarle otra cosa en su lugar, resarciéndole además los perjuicios que se le siguieren. Leyes 32 y siguientes, tit. v, y 4.^a, tit. vi, Part. 5.^a

Esta obligacion, pues, que con los nombres de *eviccion* y *saneamiento* va unida á los contratos onerosos por dis-

posicion de la ley, aunque los contrayentes nada hubieren pactado sobre ella, será un *requisito natural*, y como tal deberá ser cumplida esta circunstancia, mientras que los interesados no la hayan escludido en virtud de algun pacto.

Naturaleza de los requisitos accidentales.

Finalmente, entendemos por requisitos accidentales, *aquellas circunstancias que, no siendo de esencia en los contratos, ni formando parte de ellos por dispocion de la ley, van unidos á los mismos por haberlo así pactado los contrayentes.*

Tal sería, por ejemplo, en el contrato de *compra venta* la circunstancia de haberse de pagar el precio en monedas de plata ó de oro, porque, no siendo esencial en este contrato sino el que se entregue el precio en dinero sin respecto á la clase de monedas en que se verifique, y no habiendo tampoco dispuesto nada la ley sobre ello, deberá ser una cosa *accidental* en él, que se haga el pago en estas ó las otras monedas.

Con lo dicho puede comprenderse la naturaleza de los requisitos que intervienen en los contratos, segun su modo: veamos en general los efectos propios de cada uno de ellos.

§. III.

Efectos en general de los requisitos que intervienen en los contratos, y designacion de los que se llaman esenciales.

De la definicion de cada uno de los requisitos que intervienen en los contratos, pueden inferirse sus efectos, los cuales son los siguientes:

1.º Que los *requisitos esenciales* son de absoluta necesidad, pues sin ellos no puede en manera alguna existir ningun contrato, por mas que las partes pactasen lo contrario.

2.º Que los *naturales* ó que acompañan al contrato

por disposicion de la ley, deben cumplirse, mientras los contrayentes no los escluyan ó renuncien á ellos en virtud de algun pacto.

3.º Que los *accidentales* no forman parte de la obligacion, sino cuando las partes hubieren convenido espresamente en que vayan unidos á ella.

A pesar de esta diversidad, unos y otros merecen que se examinen atentamente, para conocer si existe la obligacion y los objetos á que ella se estiende; pero, como no sea fácil reunir bajo un punto de vista los llamados *naturales*, por su mucha variedad, atendida la naturaleza de cada uno de los contratos, y no puedan preverse los *accidentales* por depender éstos de la voluntad de los contrayentes, solo nos ocuparemos de los llamados *esenciales*, ó que son necesarios para su validez, presentando en este lugar los que sean comunes á todos los contratos, los cuales son los siguientes:

- 1.º La capacidad en los contrayentes.
- 2.º Su consentimiento.
- 3.º Un objeto cierto que sirva de materia á la obligacion.
- 4.º Causa lícita que la motive.
- 5.º La forma ó solemnidad que requieran las leyes (1).

En cada uno de estos requisitos presentaremos separadamente lo que el derecho dispone para su debida aplicacion; y empezando por el que se refiere á la capacidad de los contrayentes, veamos qué personas pueden ó no celebrar contratos.

§. IV.

Qué personas pueden contratar.

Pueden contratar todas las personas que no estén declaradas incapaces por la ley (2), y las que la ley ha declarado como tales son las siguientes:

(1) Art. 985.

(2) Art. 986.

1.º Los infantes, los locos y desmemoriados, y cuantos se hallen privados del uso de su razon, mientras permanezcan en este estado, así como tambien los sordo-mudos que no supieren leer ni escribir (1): advirtiendole que, aunque los espresados son incapaces para contraer alguna obligacion, vale la que otros contraen á su favor. Leyes 1.ª, tit. iv, y 4.ª, tit. xi, Partida 5.ª

2.º Son asimismo incapaces para obligarse por sí solos, ó sin la autoridad del tutor, los menores de doce y catorce años y mayores de siete, aunque, si *por razon del prometimiento que fiziessen, les fuera útil el contrato*, podrán exigir su cumplimiento. Leyes 4.ª, tit. xi, Part. 5.ª, y 17, tit. xvi, Part. 6.ª

3.º Son igualmente incapaces por sí los mayores de doce y catorce años y menores de veinticinco, si tuvieren curador; pues no teniéndolo, pueden contratar y obligarse, aunque con derecho al *beneficio de restitucion*, segun dispone la ley 5.ª, tit. xi, Part. 5.ª, escepto en aquellos contratos en que ni aun el curador, si lo tuvieren, podria celebrarlos sin la autoridad del juez, como lo son aquellos que versan sobre los objetos siguientes:

Primero: Para enagenar los bienes raices, derechos, alhajas y bienes muebles ó semovientes de valor, que puedan conservarse; pues para este acto se necesita siempre de la intervencion del tutor ó curador y el que se observen los requisitos que prescriben los artículos desde 1401 al 1411 de la ley de enjuiciamiento, ó en lo que no esté explicado por ellos, lo que dispone la ley 60, tit. xviii, Part. 3.ª

Segundo: Para transigir sobre sus derechos, por razon de tener que sujetarse tambien en este acto á las mismas solemnidades que en el caso anterior, con lo demás que establecen los artículos 1411, 1412 y 1413 de dicha ley de enjuiciamiento.

Tercero: Para hacer donaciones; porque las leyes solo conceden esta facultad á los mayores de edad que no sean

(1) Arts. 987 y 279.

locos, desmemoriados y pródigos, como espresa la ley 1.^a, tit. iv, Part. 5.^a

Cuarto: Para comprar ó tomar al fiado objetos de plata ni mercaderias, por estar mandado que no valgan estos actos sin la licencia de los padres ó tutores; ni mucho menos para pedir prestado á pagar cuando se casaren, ó heredaren, ó sucedieren en algun mayorazgo, ó vinieren á mejor fortuna, por estar prohibidos estos actos aun á los mayores, aunque no estén bajo la potestad de sus padres. Ley 17, tit. i, lib. x, Novís. Recop.

4.^o Están tambien declarados como incapaces para contratar los hijos que estuvieren bajo la patria potestad, cualquiera que sea su edad, á no ser en los casos siguientes:

Primero: Cuando tuvieren licencia espresa ó al menos tácita de su padre, como se dirá al tratar del contrato de préstamo.

Segundo: Cuando recayere el contrato sobre el *peculio castrense* ó *cuasi castrense*, en cuyo caso no solo pueden contratar sin licencia de sus padres, siendo mayores, sino aun con estos mismos, segun disponen las leyes 3.^a, tit. iv, y 6.^a, tit. xi, Part. 5.^a

Tercero: Cuando teniendo *peculio profecticio* recayere el contrato en las cosas pertenecientes á su administracion, ó se refiera á aquella clase de donaciones que se le permiten hacer de este peculio, de las cuales trata la ley 3.^a, tit. iv, Part. 5.^a, y manifestaremos nosotros mas por estenso al hablar de esta materia.

5.^o Tambien son incapaces los pródigos declarados judicialmente, si el juez les prohíbe que usen de sus bienes sin otorgamiento del guardador. Ley 5.^a, tit. xi, Part. 5.^a

6.^o Asimismo lo son los religiosos, en cuanto á las cosas temporales, por razon del voto de pobreza, segun consta en varios capítulos del derecho canónico; aunque en España ha de entenderse actualmente esta prohibicion en los mismos términos que los manifestados al tratar en el párrafo II, leccion 12, tratado II, de las personas que pueden testar.

7.^o Finalmente, son incapaces para contratar las mu-

jeres casadas, no habiendo obtenido licencia de sus maridos, á no ser ratificando éstos despues general ó especialmente los contratos que hubieren celebrado, ó supliendo el juez la licencia en caso de negativa, ó de hallarse ellos ausentes. Leyes 11, 13, 14 y 15, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.

Esta incapacidad creemos que la tienen las mujeres casadas, aun estando divorciadas no solo temporal sino perpétuamente; fundándonos para ello:

1.º En que la ley 11, una de las citadas del tit. 1, lib. x de la Novis. Recop., les impone la obligacion de pedir licencia á sus maridos, *durante el matrimonio*, sin distinguir si están ó no divorciadas; y

2.º En que, aun por derecho mercantil en que se permite á éstas que puedan ejercer el comercio, hallándose divorciadas, segun consta por el art. 5.º de este Código, no se entiende que están facultadas para celebrar de por sí toda clase de contratos, sino solo los que se refieren á las operaciones mercantiles y los que sirven para garantia de las mismas, como espresa el art. 6.º; cuya limitacion hubiera sido inútil, si por derecho comun estuvieran autorizadas, estando divorciadas, para celebrar todos los contratos sin licencia de sus maridos.

Además de las personas espresadas, á quienes generalmente se les considera como incapaces para contratar, hay otras que lo son solo con respecto á ciertos contratos, tales como el de *fianza*, que se prohíbe á los *Obispos, clérigos, regulares, militares, mujeres y labradores*, segun puede verse, juntamente con los casos de escepcion, en las leyes 6.ª, tit. xviii, lib. iii, Fuero Real; 2.ª y 3.ª, tit. xii, Part. 5.ª, y 3.ª, 7.ª y 8.ª, tit. xi, lib. x, Novis. Recop.; y el de *compra venta* prohibido á los *tutores, albaceas y procuradores*, respecto á las cosas y bienes que unos y otros administran, como consta de la ley 1.ª, tit. xii, lib. x, Novis. Recop.

Fuera de las personas referidas en uno y otro sentido, podrán las demás celebrar contratos de por sí, ó por cuenta propia; pero no podrá nadie contratar á nombre de otro bajo pena de nulidad, á no estar autorizado por él ó tener

por la ley su representacion, como lo son los *padres, tutores, etc.*; segun espresa el nuevo Código (1).

Mas como, aun supuesta la capacidad de los contrayentes, no seria válido el contrato si no tuvieran éstos voluntad de celebrarlo, de aqui la necesidad del *consentimiento*, que es el segundo requisito esencial en el orden con que los hemos presentado.

§. V.

Necesidad del consentimiento, y sus cualidades para la validez del contrato.

No siendo el contrato otra cosa que el convenio reciproco de los hombres para comunicarse las cosas y servicios de que mutuamente necesitan, á fin de atender á su existencia ó á su comodidad; y no pudiendo verificarse un convenio, cualquiera que sea, sin que se adhiera una persona á la voluntad de otra, ó consientan ambas en una misma cosa, se infiere claramente que para la validez de los contratos es necesario el consentimiento.

Este puede prestarse, tanto entre presentes como entre ausentes, sean ó no los contrayentes de una misma nacion, y puede manifestarse por palabras ó por hechos, y aun servir el que se deduce de ciertos actos de una de las partes ó de su inaccion, siempre que la ley no exija para ello una forma determinada (2); pero para que sea legitimo el consentimiento es necesario:

1.º Que se dé con conocimiento y con libertad, ó que no sea dado con *error*, ni arrancado por *fuerza ó violencia*, ni sorprendido por *dolo*.

2.º Que se manifieste con claridad, de modo que no haya duda de la voluntad de los contrayentes, aunque ésta sea tácita.

Cada uno de estos vicios produce la nulidad del contrato (3), si son tales como los califica el derecho; y á fin de

(1) Art. 980.

(2) Art. 1001.

(3) Art. 988.

que pueda constar cuando producen este efecto, hablaremos de ellos con separacion, empezando por la nulidad que produce el *error*.

§. VI.

Cuándo produce el error la nulidad del contrato.

Para conocer si el *error* anula el contrato, hay que atender: 1.º, á la clase á que perteneciere el *error*; y 2.º, á la materia sobre que puede recaer, tratándose de una convencion.

Entendemos por *error* el *juicio ó concepto falso de una cosa*. Aunque diferente de la *ignorancia*, porque esta palabra significa la *falta de ciencia ó de conocimiento cierto de las cosas*, y el *error* es el *concepto equivocado que se forma de ellas*, sin embargo, á las veces se confunden en el derecho estas dos palabras, como puede verse en las leyes del tit. vi, lib. xxii del Digesto, y en las del tit. xviii, lib. i del Cód. Justin.

Nosotros, sin embargo, las usaremos en su significado propio, y segun él dividiremos el *error* en dos clases, á saber: en *error de hecho* y de *derecho*; llamando *error de hecho* el concepto en que está alguno de que una cosa ha sucedido ó no ha sucedido, cuando realmente es lo contrario, y *error de derecho*, cuando la falsa creencia recae sobre lo que la ley ó la costumbre tienen establecido.

De estas dos clases de *error*, el primero invalida el contrato (1) y hace que se considere este acto como si no se hubiera celebrado; infiriéndolo así de la facultad que tiene de repetir la cosa el que con *error de hecho* la hubiere entregado, como con algunos ejemplos lo declara la ley 28, tit. xiv, Part. 5.^a

Sin embargo, si el *error* fuere material de aritmética ó de cálculo, solo se dará lugar á su reparacion, como añade el nuevo Código en el citado artículo, que es lo que se pro-

(1) Art. 989.

ponen hacer ver los interesados en una cuenta, al poner la cláusula de: *Salvo error ú omision*, al final de ella.

No sucede lo mismo con respecto al *error de derecho*, el cual no anulando el acto ó lo ejecutado con él, no podrá repetirse lo que con este error se hubiere entregado, como tambien se halla declarado en la ley 31 del citado titulo y Partida, si bien se esceptúan en ella algunas personas por un privilegio especial, del cual creemos que solo podrán usar los menores en atencion al *beneficio de restitucion* que les conceden las leyes.

De lo dicho resulta, cuándo el *error* produce la nulidad del contrato, atendida su naturaleza; veamos cuándo la produce por razon á la materia sobre que recae.

Casos en que el error anula el contrato atendida la materia sobre que recae.

Para conocer cuándo el *error* produce este efecto, hay que distinguir, si recae sobre la *causa del contrato*, ó sobre la *cosa que es objeto de éste*, ó sobre la *persona que interviene en él*, ó sobre la *naturaleza de la negociacion*.

Si el error recae en la *causa del contrato*, y ésta fuere solo *impulsiva*, como si, por ejemplo, uno comprase una cosa para reemplazar á otra que creia perdida, este error no vicia el contrato: pero sí que lo vicia, si recayere en la causa que produce la obligacion, como si, creyendo uno que era deudor de una cosa, estipulase con el supuesto acreedor el modo de satisfacerla, y apareciese despues que no existia tal deuda. Ley 7.^a, §. IV, tit. XIV, lib. II del Digesto.

Si el error recae sobre la cosa que es objeto del contrato, será nulo éste, ora recaiga en el *objeto ó cuerpo* á que quiso uno referirse al contraer la obligacion, como si uno compró un campo en la creencia de ser el mismo que él apetecia y no lo fuese, segun así lo resuelve la ley 20, titulo V, Part. 5.^a; ora recaiga en la *materia* de la obligacion, ó en la *sustancia de la cosa*, como si uno quisiese comprar

un vaso de oro y se le diera uno de laton ó de cobre, que es el ejemplo que propone la ley siguiente (1).

No recayendo el error ni en el objeto, ni en la materia ó sustancia de la cosa, será válido el contrato aunque se errase en el nombre de la cosa, como resuelve la ley 21 del titulo y Partida citados, y tambien aunque se errase en su calidad, no habiendo algun vicio oculto en ella; porque si lo hubiera, podria anularse el contrato ó pedirse la competente indemnizacion, segun disponen las leyes 63, 64, 65 y 66, tit. v, Part. 5.^a

Si el error recae sobre la *persona*, será causa de nulidad, cuando la consideracion de la persona sea el motivo principal de la obligacion (2). Así sucederia en el caso de que, queriéndose casar uno con cierta mujer, le dieran otra en su lugar, segun espresa la ley 10, tit. II, Part. 4.^a; como tambien en todos los demás contratos y negocios en que la persona entra como motivo de su celebracion, tales como en el contrato de *sociedad*, en el de *fianza*, en las *donaciones*, *legados* y *herencias*.

Igualmente será causa de nulidad, si el error versara sobre la *calidad* de la persona, y fuera tal esta circunstancia, que se tuviera como la única causa del contrato, como, por ejemplo, lo seria en el caso de que, teniendo á uno por heredero y habiendo transigido con él sobre un pleito relativo á la herencia, resultó despues ser falsa dicha calidad.

No siendo así, será válido el acto aunque se errase en la calidad de las personas, así como tambien lo será si el error fuera solo en el nombre que ella tuviera, como en términos semejantes se propuso ya al tratar de la institucion de heredero en la leccion 13, tratado II.

Finalmente, si el error recae en la *naturaleza* de la *negociacion*, será nulo el contrato, como sucederia si uno creyese comprar una cosa, cuando de parte del dueño no se queria sino arrendarla ó prestar su uso.

En todos los casos de nulidad que se han espresado, hay lugar á la rescision del contrato, ó á que se declare

(1) Art. 989.

(2) Art. 989, §. I.

nulo, á no ser que el perjudicado por error lo apruebe después expresa ó tácitamente, como con el ejemplo del matrimonio lo resuelve así la ley 10, tit. II, Part. 4.^a

La segunda cualidad del consentimiento es que se dé con libertad; y como á ella se opone la *violencia*, de aquí la necesidad de saber cuándo existe ésta, ó cuándo es tal que por ella pueda anularse el contrato, según haremos ver en el siguiente párrafo.

§. VII.

Qué se entiende por violencia, y cuándo anula el contrato.

Se entiende por violencia, *la fuerza con que á alguno se le obliga á hacer lo que no quiere por medios á que no puede resistir*. Esta puede ser producida de dos modos, á saber: por la *fuerza* propiamente dicha, y por la *intimidación ó miedo*.

Se produce por la *fuerza*, cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza física *irresistible*, como si á alguno *aducen contra su voluntad*, ó *le prenden ó le ligan*, que es como lo explica la ley 15, tit. II, Part. 4.^a

Se produce por el miedo, cuando se inspira á uno de los contrayentes un temor racional y fundado de sufrir un mal inminente en su persona, fortuna y honor, como el de *pérdida de vida* ó de *algun miembro* ó el de *perder la fama, bienes ó libertad*, según expresa la misma ley citada y repite la 7.^a, tit. XXXIII, Part. 7.^a, con cuya doctrina se conforma el nuevo Código (1).

Reuniendo, pues, la *fuerza* la circunstancia de ser *irresistible*, y el *miedo* la de ser el mal con que se amenaza, *presente, injusto y grave*, según la edad, sexo ó condición de la persona, como en estos casos falta la voluntad, ó no es suficiente para obligarse la que se manifiesta, será nulo el contrato celebrado, como lo declaran las leyes 56, tit. V, y 28, tit. XI, Part. 5.^a, y expresa asimismo el nuevo Código (2).

(1) Art. 990.

(2) Art. 991.

No siendo así, será válido el acto, á pesar de que se alegue que ha habido violencia; así como lo será tambien cuando fuere producida por un temor reverencial hácia los padres ó ascendientes; ó tambien, cuando habiendo reunido las espresadas circunstancias, ejecutara despues el acto libremente el que hubiere sido amenazado, segun lo dispuesto en las leyes 28, tit. xi, y 49, tit. xiv, Part. 5.^a

Finalmente, la libertad con que ha de darse el consentimiento hace tambien que sea nulo el contrato, cuando fué sorprendido por *dolo*, cuya naturaleza y efectos examinaremos en el párrafo siguiente.

§. VIII.

Qué se entiende por dolo, y sus efectos.

Se entiende por dolo, segun la ley 1.^a, tit. xvi, Part. 7.^a, *el engaño que se hacen los hombres unos á otros con palabras mentirosas ó encubiertas; mas aplicándolo á los contratos será el engaño que uno de los contrayentes hace al otro con palabras ó maquinaciones insidiosas induciéndole á celebrar un contrato que de otro modo no hubiere otorgado (1), ó haciéndole experimentar algun daño por haber ocultado á sabiendas algunas circunstancias de la cosa que la hacen disminuir de valor.*

El engaño por el que se induce á otro á celebrar una convencion que de otro modo no se hubiera verificado, se llamará *dolo que da causa al contrato*, y aquel por el que solo es perjudicado el contrayente voluntario en el acto de su celebracion, se llamará *dolo incidente ó accidental*.

Uno y otro son opuestos al consentimiento, el cual no se hubiera prestado si hubiera tenido el perjudicado noticia del engaño; pero no por ello son unos mismos sus efectos, porque el primero hace nula la convencion, ó al menos ofrece motivo para rescindirla, como con el ejemplo de aquel que no hubiera vendido un campo suyo, si

(1) Art. 992.

con astucias no le hubiera inducido el comprador á la venta, lo demuestra la ley 57, tit. v, Part. 5.^a; y por el segundo, solo se produce accion para pedir la indemnizacion de daños sin dar lugar á la rescision (1), como lo declara la misma ley con el ejemplo de aquel que deseando vender un campo, le hacen creer engañosamente para adquirirlo con menos precio, que no le pertenecen ciertas cosas inherentes á él, ó que, aunque le pertenezcan, son difíciles de justificár.

Esto mismo ha de observarse en todo contrato en que se cometiera dolo no manifestando los vicios ocultos que tenia la cosa, sin perjuicio además de la accion criminal que compete al perjudicado por razon de la defraudacion, como podrá verse en los artículos 449 y 451 del Código penal.

Al hablar del contrato de compra-venta se tratará mas estensamente de esta materia, por ser uno de los contratos en que con mas frecuencia aparece este vicio; bastando solo advertir en este lugar, que el que sufre el dolo pierde el derecho de reclamar contra la validez del contrato, si despues lo aprueba, ó ejecuta algun acto que lo demuestre, como espresan las leyes 28, tit. xi, y 49, tit. xiv, Part. 5.^a, ó deja pasar el tiempo que, para intentar las acciones correspondientes, conceden las leyes 65, tit. v, Part. 5.^a, y 6.^a, tit. xvi, Part. 7.^a

Mas, como no basta aun la capacidad de las personas y que éstas consientan libremente, para que sea válido el contrato, sino que es necesario además que exista una *cosa ó hecho* que forme el objeto ó materia de la obligacion, de aquí el ser éste otro de los requisitos *esenciales* de los contratos, cuyas cualidades se espresarán en el siguiente párrafo.

§. IX.

Qué cosas pueden ser objeto de los contratos.

El tercer requisito *esencial* de los contratos, es que

(1) Art. 993.

haya un objeto sobre el que recaiga la convencion.

Este objeto puede ser, ó una *cosa* cuyo uso, custodia ó propiedad se desea transferir; ó un *hecho* ó *servicio* que haya ó no de ejecutarse; ó el *asegurarse de un riesgo*, cuyas consecuencias desean evitarse (1).

En estos tres puntos se halla comprendido lo que sirve de objeto al hombre para la celebracion de un contrato; pero, para que éste sea válido, es preciso que, tanto en la *cosa*, como en el *hecho*, como en *aquello que quiera asegurarse*, concurren las cualidades siguientes:

En la cosa.

1.º Que haya de estar en el comercio de los hombres. Leyes 15, tit. v, y 22, tit. xi, Part. 5.ª, con las cuales conviene el artículo citado del nuevo Código.

2.º Que exista, ó que, si en el acto no existe, pueda existir segun el orden natural, como los frutos de la tierra que están por nacer, ó los partos de los animales, ó cualquiera otra cosa semejante á estas, segun espresa la ley 20, tit. xi, Part. 5.ª, si por otra parte no fuere de las prohibidas, como entre otras se cuenta el *pacto de suceder*, que reprueba la ley 33 del mismo título y Partida.

3.º Que sea cierta y determinada en especie y cantidad, aun cuando en el acto no pueda pesarse, medirse ó contarse, como lo da á entender la ley 24, tit. v, Part. 5.ª, y espresa terminantemente el nuevo Código (2).

Esto no impide que puedan ser tambien objeto del contrato las cosas inciertas, ó cuya existencia dependa de la suerte, como afirma la ley 11, tit. v, Part. 5.ª, declarando válida la venta de lo que uno caze ó pesque á la primera redada, ó hasta tal hora del dia, ó en tanto tiempo, señalándolo.

En el hecho ó servicio.

Sus cualidades en este otro objeto están reducidas á

(1) Art. 994.

(2) Art. 996.

que sea posible, lícito y determinado; y de aquí el no poder ser materia de un contrato los *servicios* y los *hechos imposibles por su naturaleza*, ni los que se oponen á las *leyes* ó á las *buenas costumbres*, ni aquellos de cuya existencia no constare. Leyes 28 y 35, tit. xi, y 25, tit. xii, Part. 5.^a (1).

En los seguros.

En este último objeto, la regla que generalmente se establece es, que pueda asegurarse todo lo que pueda servir al hombre para sus necesidades, ó sea materia de especulación; pero para ello es preciso que concurren estas tres circunstancias:

- 1.^a Que la cosa asegurada exista.
- 2.^a Que esté espuesta á riesgos.
- 3.^a Que el peligro contra el que se haga garantir el asegurado, tenga una causa lícita.

Por los objetos que sirven de materia al contrato puede inferirse bien claramente la necesidad de una causa que motive su celebracion, sin la cual no comprenderíamos el fin que se proponen los hombres al entrar en tratos con los demás, ni los efectos que las convenciones producen.

Con este motivo ya no estrañaremos que se designe como otro de los requisitos *esenciales* de los contratos, el *haber de existir una causa lícita que los motive*, de la cual se tratará en el párrafo siguiente.

§. X.

Causas que motivan la celebracion de un contrato, y sus cualidades.

Para determinar la causa de los contratos, hay que atender á la clase á que pertenezcan, lo cual se conseguirá fácilmente, si tomamos por base para expresarla en cada uno de ellos aquella division que hicimos de contratos en *unilaterales* y *bilaterales*, ó en *onerosos*, *remune-*

(1) Arts. 994 y 995.

ratorios y *lucrativos*, con cuyos otros nombres se califican los mismos.

Esto supuesto, y atendida la naturaleza de esta clase de contratos, diremos: que en los contratos *bilaterales*, llamados tambien *onerosos*, la causa para cada uno de los contrayentes será la prestacion ó la promesa de una cosa ó un servicio hecha por la otra parte: en los *remuneratorios*, el servicio ó beneficio que se remunera; y en los *unilaterales*, ó con otro nombre *gratuitos* *lucrativos* y de *beneficencia*, la liberalidad del bienhechor (1).

Tales son las causas que motivan todos los contratos: pero para que exista la obligacion á consecuencia de ellas, es necesario que reunan las dos circunstancias siguientes:

- 1.ª Que exista realmente la causa.
- 2.ª Que no sea ni falsa ni ilícita.

Que exista realmente.

Es tan necesaria esta circunstancia, que sin ella no habria obligacion, por no poderse suponer que exista ninguna de ellas sin causa. Esta no es absolutamente necesario que se espresé en el contrato, ó en el instrumento en que se haga constar este acto, como dice el nuevo Código (2), y se colige además del principio consignado en la ley 1.ª, tit. i, lib. x, Novísima Recopilacion, á saber: *Que de cualquier modo que uno aparezca quererse obligar, quede obligado*; pero si la ley prescribiera que hubiese de espresarse ó las partes lo pidieren, deberia entonces hacerse constar, como en las obligaciones que se contraigan por razon de mercaderías lo dispone la ley 2.ª, tit. xii, lib. x, Novis. Recop. bajo la pena de no valer la obligacion ni la sentencia que se diere sobre ella, segun se deduce de la ley 2.ª, tit. xvi, lib. xi de este Código.

(1) Art. 997.

(2) Art. 1000.

Que no sea falsa ni ilícita la causa.

La segunda circunstancia, como se ha dicho, es que la causa que se espresase como motivo del contrato no sea falsa, ni ilícita (1). Será *falsa*, si no existe el motivo que se supone para su celebracion; y se entiende que es *ilícita*, cuando fuere contraria á las leyes ó á las buenas costumbres, ó recae sobre pactos espresamente prohibidos.

En uno y otro caso quedaria sin efecto legal la obligacion; pero en el primero, todavía podria sostenerse el contrato cuando, siendo falsa la causa espresada, se fundara en otra verdadera, como resuelven los prácticos y establece el nuevo Código (2).

No sucede así en el caso de ser *ilícita*, pues, como mas delicada esta circunstancia, no admite ninguna modificacion, sino que tan luego como se pruebe ser opuesta á las leyes ó á las buenas costumbres, ó que ha recaído sobre pactos espresamente prohibidos, se anulará la obligacion, como con respecto al primer caso lo confirman las leyes 28 y 38, tit. xi, Part. 5.ª; y con respecto al segundo lo haremos ver, designando los pactos que, como inmoraless, reprueban las leyes bajo pena de nulidad, de entre los cuales, como de uso mas conocido, citaremos los siguientes:

1.º El pacto de renunciar al *dolo futuro*, ó de que uno no demandará á otro por el engaño ó hurto que le hiciere, segun dice la ley 29, tit. xi, Part. 5.ª; como tambien aquel en que se renuncie á pedir que se deshaga la equivocacion ó engaño que haya podido mediar en unas cuentas, como espresa la ley 30, tit. xi, Part. 5.ª

2.º El de pagar lo que se ha perdido en juegos prohibidos, siendo nulos los pagos, vales, empeños y escrituras, como se halla declarado en la ley 15, art. 8.º, tit. xxiii,

(1) Art. 998.

(2) Arts. 998 y 999.

lib. XII, Novis. Recop., cayendo en comiso todas las cantidades y demás efectos, segun espresa el art. 267 del Código penal.

3.º El pacto llamado de *cuota litis*, ó el hecho entre el abogado y cliente acerca de percibir aquel cierta parte de la cosa que es objeto del litigio, ó que se le haya de abonar mayor cantidad que la que puede regularse por sus honorarios. Ley 14, tit. VI, Part. 3.ª

4.º El pacto llamado *comisario*, ó en que se estipula que, no pagando el deudor al plazo que se designe, ha de quedarse el acreedor con la cosa empeñada, aunque importe mas que la deuda; si bien se permite que se la pueda quedar éste por el precio que tuviera en justa tasación. Ley 12, tit. XIII, Part. 5.ª

Si el pacto *anticrético*, que consiste en que el acreedor perciba todos los frutos de la cosa empeñada en vez de los réditos del préstamo, está ó no permitido, es una cuestion que se ha hecho mas difícil de resolver despues de publicada la ley de 7 de Marzo de 1856.

En efecto, antes de esta disposicion, atendiendo los autores á que la ley por la que se considera prohibido, que es la 2.ª, tit. XIII, Part. 5.ª, solo se limita á decir que los frutos de la cosa empeñada pertenecen á su dueño, creyeron que en tanto debia declararse ilícito, en cuanto escediera el valor de los frutos de la tasa legal, y así se resolvía fácilmente la cuestion.

Hoy dia está abolida la tasa, cuando los contrayentes se convienen en una determinada, como dispone la citada ley de 7 de Marzo en sus tres primeros articulos; y por lo mismo, si por una parte ha desaparecido la cuestion, pudiéndose pactar libremente la cesión de los frutos cualquiera que sea su valor, sin embargo, como en el art. 4.º se dispone que la prestacion que por via de intereses ha de pagarse al acreedor ha de consistir en la misma especie que la que ha de devolverse, y ciertamente no son de la misma especie los frutos y el dinero que se supone prestado, hay lugar á dudarse de nuevo acerca de la legitimidad del pacto *anticrético*, aunque sea otro el fundamento de esta cuestion.

Finalmente, para el efecto de saber si es ó no lícita la causa que motivare el contrato, diremos por conclusion, que son nulas todas las renunciaciones de las leyes prohibitivas y de las que conceden un beneficio en favor de ciertas clases del Estado, como habrá lugar á manifestarlo al tratar en particular de cada contrato.

Además de los requisitos espresados, es necesario en cierta clase de obligaciones que se observe la forma ó solemnidad particular que las leyes exigen, sin la cual no se considerarán éstas efectivas en todas sus partes, como aparece tambien del nuevo Código (1).

Cuáles sean estas obligaciones, lo haremos ver en el siguiente párrafo.

§. XI.

Clases de obligaciones que han de otorgarse bajo una forma determinada.

Aunque por la ley 1.^a, tit. I, lib. X, Novísima Recopilacion, es válida la obligacion que nace de un contrato, ora se celebre verbalmente ó con escritura pública ó privada, ora entre presentes ó entre ausentes, ora, en fin, por los mismos interesados ó por medio de procurador, sin embargo, en tanto deberá admitirse esta doctrina, en cuanto las leyes no exijan una forma ó solemnidad determinada, de la cual se hagan depender sus efectos.

Los casos en que tiene esto lugar, son los siguientes:

1.^o En los contratos mercantiles en que, no obstante de quedar al arbitrio de los contrayentes celebrarlos de uno de los modos generales que propone el art. 235 del Código de comercio, se manda, que en aquellos en que se prescriban formas ó solemnidades particulares, hayan de observarse éstas bajo pena de nulidad, segun dispone el art. 238 de este Código.

2.^o En el contrato de compra venta, en el que, si se

(1) Art. 1001.

tratara de bienes raíces, establece la ley 14, título xii, libro x, Novis. Recop., que se haya de reducir á escritura pública.

3.º En los demás contratos, cuya obligacion esté garantida con hipoteca, ó que contengan traslacion de dominio de bienes inmuebles, imposiciones ó redenciones de censos ú otros gravámenes, los cuales han de otorgarse tambien con escritura pública, según consta de varias leyes, y establece asimismo el nuevo Código, espresando los diferentes actos en que exige esta solemnidad (1).

4.º En el contrato de sponsales, sobre el que, según dispone la ley 18, tit. ii, lib. x, Novis. Recop., no pueden admitirse demandas en los tribunales civiles ni en los eclesiásticos, si no estuvieran prometidos por escritura pública.

5.º En el pacto por el que se estipulasen réditos por causa de préstamo, en el que, como se halla prevenido en el art. 2.º de la ley sancionada en 7 de Marzo de 1856 y publicada en 14 del mismo mes, es nulo dicho pacto si no consta por escrito.

6.º En los contratos y actos públicos de españoles residentes en el extranjero, los cuales, para que sean válidos y produzcan sus efectos en los tribunales de España, deben reunir las circunstancias contenidas en el Real decreto de 17 de Octubre de 1851; siendo una de ellas la de que en los puntos donde resida cónsul español, se reciban las *escrituras* entre los cancilleres del consulado, ó no habiéndolo, ante cualquiera de los funcionarios que gozan de fé pública en el país de su residencia; pero siempre con la condicion de haber de ser legalizadas por alguno de los cónsules, cuando hayan de acreditarse en España, según consta del Real decreto de 29 de Setiembre de 1848.

7.º Finalmente, en los contratos y obligaciones que otorgaren las corporaciones, pueblos, provincias ó el Estado, en los que, además de los requisitos esenciales que arriba espresamos, deberán observarse los que las leyes

(1) Arts. 1002 y 1003.

ó instrucciones prescriban en materia de *enagenaciones*, *arrendamientos*, etc., pertenecientes á las mismas, segun así lo vemos practicado en las ventas que se han hecho por el Estado á consecuencia de las leyes de desamortización, como asimismo en los arrendamientos que se hacen de esta clase de fincas ó de otras que se llaman del comun, tanto en virtud de estas leyes, como de las contenidas en el tit. xvi, lib. vii, Novís. Recop.

Si en los contratos en que exigen las leyes la escritura pública, ha de considerarse ésta como *requisito esencial*, de modo que sin ella no haya de quedar perfeccionado el acto, como así lo establece respecto de la venta la ley 6.^a, tit. v, Part. 5.^a, y respecto del censo la 28, tit. viii de esta Partida, es una cuestion muy agitada entre los jurisconsultos.

A nosotros nos parece advertir para su resolucion:

1.^o Que no pudiendo registrarse en el oficio de hipotecas la venta de cosas raíces ni los demás contratos en que se imponen algunos gravámenes, como *censos*, *hipotecas*, etc., sin que conste de ellos por escritura pública, y estando dispuesto que, de no registrarse estos actos, no pueden hacerse efectivos en juicio los derechos que crean, deberá por lo menos para este objeto otorgarse dicho documento, sin que baste el haberse observado los demás requisitos propios de esta clase de contratos, para conseguirlo.

2.^o Que, prescindiendo de esta necesidad, la cual no puede en manera alguna contradecirse, puede haber tambien caso en que se considere como esencial en la venta este requisito, y es cuando los contrayentes, al convenirse en este contrato, pactaron que no hubiera de valer ó que pudieran arrepentirse, mientras no se otorgara la escritura que por otra parte exigen las leyes para los efectos que hemos referido. De otro modo, habiamos de privar de la facultad que tiene todo contrayente de poner las condiciones que quiera en el contrato, no estando prohibidas, haciendo depender de ellas la validez del negocio.

3.^o Que, no habiéndose pactado esta circunstancia, aunque ya no queda al arbitrio de los contrayentes el que se reduzca ó no la venta á escritura, por estar mandado

que ésta se otorgue; sin embargo, la escritura en tal caso no debe considerarse como *requisito esencial*, atendido el principio consignado en la ley 1.^a, tít. 1, lib. x, Novis. Recop., sino solo como una prueba del contrato, el cual, si antes de otorgarse este documento no produce los efectos necesarios para reclamar en juicio su cumplimiento, producirá, no obstante, una accion personal en virtud del convenio para exigir el un contrayente del otro su otorgamiento.

De este modo, nos parece que puede conciliarse la diversidad de pareceres de célebres jurisconsultos que, fundados unos en las leyes de las Partidas antes citadas, sostienen absolutamente que la escritura es un requisito esencial en todos contratos, cuando otros, fundados en la ley recopilada, tambien citada, niegan que tenga jamás la escritura esta cualidad.

El carácter elemental de esta obra no nos permite entrar en otras observaciones, bastando á nuestro parecer lo manifestado para que, constándonos por los requisitos ya dichos, de la validez ó nulidad de los contratos, podamos examinar sus efectos,

LECCION CUARTA.

De los efectos de los contratos en general, y reglas para su interpretacion.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de la obligacion de dar.—§. III. Cuál sea la de la obligacion de hacer.—§. IV. Causas que dan lugar al resarcimiento de daños y abono de intereses.—§. V. Explicacion de lo que se reputan *daños ó menoscabos*, y hasta dónde se estiende en su prestacion la responsabilidad del deudor.—§. VI. Reglas para la interpretacion de los contratos.—§. VII. Medios para llevar á efecto su cumplimiento.

§. I.

Razon del método.

Celebrados los contratos sin vicio ni defecto alguno, ó con los requisitos necesarios para su validez, como el objeto que mueve á los hombres á su celebracion es la utilidad que esperan conseguir por ellos, y ésta pudiera frustrarse si no hubiera medios para compeler á la parte morosa á dar ó hacer aquello que prometió, ó en caso contrario á resarcir ó indemnizar á la otra de los daños y perjuicios que sufriera por haber faltado á su cumplimiento, parece muy propio que, despues de haber espresado los requisitos que aseguran la existencia de una obligacion, se den á conocer sus efectos y los medios para llevarla á ejecucion.

Lo primero no puede conseguirse fácilmente, si no se separa la consideracion que tiene la obligacion por la que

se promete dar alguna cosa, de la otra que se refiere á la prestacion de algun servicio, ó no se tienen á la vista las reglas que han de seguirse para el caso de inejecucion ó pérdida de la cosa, ó para aquel en que sedude de la verdadera inteligencia del contrato.

Lo segundo se adquiere, sabiendo la naturaleza de la accion que ha de intentarse y la estension ó fuerza que le da el derecho.

Lo uno y lo otro aparecerá demostrado en la presente leccion bajo el mismo método que el que acabamos de expresar, empezando por manifestar la naturaleza de la obligacion de dar.

§. II.

Naturaleza de la obligacion de dar, y sus efectos.

Se entiende por obligacion de dar, *aquella por la que uno se compromete á dar alguna cosa*. Esta obligacion lleva consigo: 1.º, la de haber de conservar la cosa hasta su entrega; y 2.º, la de haber de verificase ésta, segun fueren los términos del contrato. Una y otra encierran otras varias obligaciones, y sujetan á ciertas responsabilidades á la persona obligada, á fin de que no quede perjudicada aquella á cuyo favor se haya constituido.

Así que, empezando por la obligacion de conservar la cosa, será de cargo de la persona obligada el haber de prestar ciertos cuidados propios de un buen padre de familias, como dice el nuevo Código (1), aunque guardando en ellos el orden que establecen las leyes, segun despues manifestaremos; bastando ahora advertir, que esta obligacion empieza desde el acto en que el contrato queda perfeccionado, ó desde aquel en que se considera ya creada ó constituida la obligacion, como lo es: en los contratos *consensuales*, siendo *onerosos*, desde que los contrayentes han convenido sobre lo que cada uno debe cumplir; y en los contratos *reales*, desde que se haya entregado la

(1) Art. 1005.

cosa; pues, hasta este tiempo, segun notamos en el §. III, leccion 2.^a, no existe la obligacion propia de ellos.

Pasando á la obligacion de entregar la cosa, como ésta se comprende desde luego en qué consista, solo observaremos que, no habiéndose pactado nada, empieza ella en el acto mismo en que se ha perfeccionado el contrato.

Desde este acto, pues, correrá el riesgo de la cosa á cargo del acreedor, á no ser que el obligado se hubiere constituido en mora ó se hubiere comprometido á entregar la cosa á un plazo determinado, que entonces será de cuenta de éste el peligro de la misma hasta que se verifique la entrega (1).

Para que el obligado se constituya en mora, debe mediar requerimiento de parte del que haya de recibir la cosa ó del acreedor, el cual deberá acudir al juez como consta de la ley 13, tit. XI, Part. 5.^a, salvo si se hubiera pactado que solo el vencimiento del plazo, si se ha señalado éste, la produzca, ó resulte así de la naturaleza y circunstancias del contrato, segun aparece de la ley 18, titulo XI, Part. 5.^a, y espresa terminantemente el nuevo Código (2).

Ultimamente, debemos observar que la naturaleza de la obligacion de dar es tal, que, si lo exige el acreedor, ha de llevarse precisamente á efecto en los términos que se pactó; para lo cual podrá reclamarse la intervencion de la pública autoridad, utilizando para ello los medios de la via ejecutiva ó de apremio, ó el reintegro, restitution ó el desahucio, segun fuere la materia de la obligacion.

No sucede así en la obligacion relativa á hacer ó de prestar algun servicio, como puede verse con solo considerar su naturaleza.

§. III.

Naturaleza de la obligacion de hacer, y sus efectos.

Se entiende por obligacion de hacer, *aquella en que uno se compromete á hacer ó no hacer alguna cosa.*

(1) Art. 1006.

(2) Art. 1007.

Se diferencia de la obligacion de dar, en que ésta puede llevarse á efecto, obligando materialmente al deudor á que entregue la cosa, y en caso contrario, ó puede ponerse en posesion de ella al acreedor con el auxilio de la fuerza pública, ó hacérsele pago de la cantidad que se le debiera, vendiéndose públicamente los bienes del obligado: mas en la obligacion de hacer, si uno que se comprometió á prestar algun servicio se negase absolutamente á ello, como no hay fuerza humana que pueda obligarle á ejecutar su empeño, y no es justo que el acreedor quede perjudicado por haber faltado el deudor á lo pactado, las leyes han dispuesto otro modo de subsanar estos perjuicios, concediéndole al acreedor que pueda utilizar los medios siguientes:

1.º Hacer que se ejecute la cosa á costa del deudor, si éste no quisiese hacerla, ó si la hubiera hecho contraviniendo en el modo á lo que se hubiera pactado, hacer que se ejecute de nuevo, obligándole á la destruccion de lo mal hecho (1).

2.º Si la obligacion fuera de no hacer, como por ejemplo, si habiéndose constituido una servidumbre de no levantar mas alto una pared, y se contraviniera á esta obligacion, puede pedir que se derribe la obra, ó que en general se destruya lo mal hecho, como en el caso anterior (2).

Para hacer uso de este derecho, deberá en el primer caso requerir al deudor en los mismos términos que los manifestados en la obligacion de dar (3), entendiéndose desde este acto obligado á las resultas de su inejecucion y á abonar los gastos ó coste de la ejecucion: en el segundo, deberá hacerse el mismo requerimiento, utilizando el interdicto de denuncia de nueva obra, segun los artículos 738 y siguientes de la ley de enjuiciamiento, si se tratara de derribar la que se hubiera levantado sin derecho, ó contraviniendo á una obligacion.

3.º No haciendo uso de este medio, podrá pedir la indemnizacion de daños y abono de intereses que las leyes

(1) Art. 1008.

(2) Art. 1009.

(3) Art. 1010.

conceden en general á los contrayentes por la inejecucion del contrato ó tardanza en su cumplimiento; así como tambien la podrá pedir cuando hubiere perecido la cosa en poder del deudor, si hubiere sucedido por alguna de las causas que se espresarán en el párrafo siguiente.

§. IV.

Causas que dan lugar á los contrayentes á pedir el resarcimiento de daños y abono de intereses.

Las causas por las que puede pedirse la indemnizacion de daños y perjuicios causados por alguno de los contrayentes, son las siguientes:

- 1.^a Por dolo.
- 2.^a Por negligencia.
- 3.^a Por contravencion á lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo.
- 4.^a Por morosidad en el cumplimiento de la obligacion (1).

Por cualquiera de estas causas que pereciera la cosa ó se perdiera en poder del deudor, queda éste responsable á la indemnizacion de daños y perjuicios en el modo siguiente:

Responsabilidad por dolo.

Incluyendo esta causa un propósito de dañar á otro injustamente, segun aparece de la definicion que se ha dado del *dolo* en el párrafo VIII de la leccion anterior, era consiguiente que la responsabilidad en que se incurriese por él, fuese mayor que la que producen las demás causas.

Fundados, pues, en esta doctrina, convienen todos los autores en que el *dolo* ha de prestarse en todos los contratos, ó lo que es lo mismo, que el que por dolo hubiere dado lugar á que pereciera la cosa ó se perdiera hallándose en su poder, debe resarcir los daños y perjuicios que

(1) Art. 1011.

por esta razon se causaran á la otra parte, tanto que ni ésta puede renunciar para lo futuro el derecho para reclamarlos, ni la otra eximirse de dicha responsabilidad, por ser nula toda convencion que se hiciera en este sentido, como lo declaró la ley 28, tit. xi, Part. 5.^a, en la cual está conforme el nuevo Código (1).

Sin embargo de una disposicion tan general, podrá pactarse sobre los efectos del dolo ya cometido, porque su objeto en este caso no es otro, sino el fijar la estimacion ó importe de lo que haya de abonarse para la indemnizacion de los daños y perjuicios que se hubieren causado.

Responsabilidad por negligencia.

Aunque la responsabilidad que procede de *negligencia*, ó de *culpa*, que es el nombre que dan á esta causa las leyes de Partidas, y señaladamente la ley 11, tit. xxxiii, Part. 7.^a, tiene tambien lugar en todos los contratos, como espresa asimismo el nuevo Código (2), sin embargo, como no se exige en todos ellos igualmente, para determinar la que en cada uno corresponda, se hace preciso examinar antes los dos puntos siguientes:

1.º Cuándo se entiende que existe negligencia ó *culpa* en aquel en cuyo poder pereció ó se perdió la cosa que debia entregar á otro:

2.º Cuándo será responsable por los daños que se hubieran irrogado al propietario por esta causa.

Lo primero podrá comprenderse, sabiendo qué es *culpa*, y las clases en que se divide: lo segundo, dividiendo los contratos con relacion á las personas en cuyo favor se han constituido.

Qué es culpa, y sus clases.

Se entiende por culpa *todo hecho inconsiderado, por el cual se causa un daño á otro injustamente.*

Decimos que es un *hecho*, porque creemos que con esta

(1) Art. 1012.

(2) Art. 1013.

palabra se espresa mejor el género de la definicion que con las palabras *omision*, *negligencia* ó *descuido* que usan otros autores, en razon á que la *culpa* no solo consiste en omitir lo que debia hacerse, sino tambien en hacer lo que no se debe, como lo confirman la regla 23 del derecho en el Digesto, y la ley 20, tit. XIII, Part. 5.^a, cuando establecen que en algunos contratos se preste la *culpa*, esto es, el *hecho* ó el hacer lo que no se debia, y además la *diligencia* ó la *negligencia*, segun dice la citada ley de Partidas, esto es, la *desidia* ó el no hacer lo que se debia.

Se dice *inconsiderado*, para distinguir este hecho del *dolo* y del *caso fortuito*.

Del *dolo*, porque éste se comete con ánimo deliberado de causar daño, y la *culpa* es un hecho sin consejo, efecto solo de una imprudencia ó de *pereza*, como dice la ley 11, tit. XXXIII, Part. 7.^a, á no ser que fuera ésta tal, que hubiera lugar á considerarla como *dolo*.

Del *caso fortuito*, porque la *culpa* puede precaverse, y el *caso fortuito* es un suceso inopinado que ni se puede prever ni resistir.

Finalmente, se dice *injustamente*, porque si el daño se ha causado permitiéndolo la ley, escusa de responsabilidad, como se comprueba por los varios casos que espresa el art. 8.º, números 7 y siguientes del Código penal.

Consistiendo pues la culpa, segun acabamos de ver, en la inaccion ó imprudencia de alguno, y no siendo justo que los contrayentes hayan de poner siempre un mismo cuidado para evitar los males que puedan causarse en la cosa que han de entregar, ó en el negocio de que se hallen encargados, para graduarlos, distinguen las leyes romanas, y á su imitacion la ley 11, tit. XXXIII, Part. 7.^a, tres clases de *culpa*, que califican con los nombres de *lata*, *leve* y *levísima*.

Se llama culpa *lata*, la *negligencia en hacer lo que todos comprenden que ha de practicarse para evitar la pérdida de la cosa*. Tal seria, como dice la citada ley, la de aquel que, estando encargado de la custodia de una cosa, la dejara de noche en la calle ó fuera de la puerta de casa. La *leve*, continúa la misma ley, es como *pereza* ó *negligencia*

de hacer en las cosas de otro lo que suele hacer en las suyas; y la levisima es la que se comete en no imitar la solicitud y esmero con que los hombres mas cuidadosos atienden á sus intereses.

Esto supuesto, es fácil ya conocer *cuándo* habrá culpa ó negligencia *de parte de la persona obligada á entregar la cosa que tiene en su poder*, que es el primer punto que debíamos examinar.

Solo falta que veamos *cuándo* será responsable *aquel que, por esta causa, hubiere irrogado un perjuicio al propietario de la cosa*, que es el segundo punto.

Para determinar esta responsabilidad, dividiremos en tres clases los contratos, á saber: unos, *en que la utilidad es solo del que recibe la cosa*; otros, *en que lo es de ambos contrayentes*; y otros, *en que es solo de su dueño*.

Si el contrato es tal que por él toda la utilidad redunda en solo aquel que tiene en su poder la cosa que ha de entregarse, será éste responsable, siempre que pereciese ó se menoscabase por no haber puesto el mayor cuidado posible en evitar los daños causados en ella; ó lo que es lo mismo, deberá *prestar la culpa levisima*, como lo ha de verificar, por ejemplo, el *comodatario* en virtud del contrato de *comodato* que ha celebrado, como espresa la ley 2.^a, tit. II, Part. 5.^a

Si la utilidad fuere de ambos contrayentes, será responsable el que tuviere la cosa cuando no hubiera puesto un cuidado regular para evitar su pérdida ó deterioro, que es á lo que llamamos *prestar la culpa leve*; lo cual tiene lugar:

1.^o En los contratos de *compra venta*, *arrendamiento*, *sociedad* y *prenda*, en que por su naturaleza producen utilidad á los dos contrayentes; y

2.^o En aquellos otros contratos en que, aun cuando no sea la utilidad de ambas partes, sin embargo, en unos por haberse pactado, y en otros por haberse ofrecido el contrayente á prestar el servicio ó la industria que les es propia, las leyes les imponen el mismo cuidado que en los ya citados, como sucede, por ejemplo, en el *depósito*, *mandato* y otros varios, segun advertiremos al tratar de cada uno de ellos.

Finalmente, si el contrato es tal que por él toda la utilidad redunda en el que es dueño de la cosa, será responsable el contrayente á quien se le entregó para su custodia, si hubiera perecido ó deteriorádose por no haber puesto ni el mas minimo cuidado en evitar los daños sobrevenidos en ella, á cuya responsabilidad llamaremos *prestar la culpa lata*, la cual tiene lugar en el contrato de depósito, fuera de los casos que se han indicado. Leyes 3.^a y 4.^a, tit. III, Part. 5.^a

En ningun contrato tiene lugar la responsabilidad por *caso fortuito*, á no ser que se hubiera pactado espresamente (1), ó hubiere habido culpa ó tardanza por parte del deudor en entregar la cosa, como consta de las leyes 5.^a, tit. II; 4.^a, tit. III; 27, tit. V, y 8.^a, tit. VIII, Partida 5.^a (2).

Fuera de estos dos casos no se incurre en responsabilidad por esta causa; pero para librarse de ella si hubiere perecido la cosa por este accidente, ha de justificar antes el deudor haber ocurrido el daño por *caso fortuito*, como con respecto á la cosa dada en prenda lo espresó así la ley 20, tit. XIII, Part. 5.^a, y lo establece tambien el nuevo Código (3).

Responsabilidad por contravencion á lo pactado.

La tercera causa por la que puede pedirse la indemnizacion de daños y perjuicios es, *por contravencion á lo pactado*.

Los casos en que esto tiene lugar, son:

1.^o Por no haberse observado lo que se estipuló en cuanto al modo de ejecutar el contrato.

2.^o Por no haberse entregado la cosa en el lugar y dia que se hubiere designado.

En estos dos casos, la regla general es, que hay lugar á repetir los daños y perjuicios que se hubieren irrogado, si bien deberá tenerse presente en cuanto al segundo, que no puede hacerse la reclamacion competente para la in-

(1) Art. 1014.

(2) Art. 1160.

(3) Art. 1161.

demnizacion, mientras el deudor no se haya constituido en *mora* en el cumplimiento de la obligacion, que es la cuarta causa de responsabilidad, segun espresamos al principio de este párrafo.

Responsabilidad por morosidad en el cumplimiento de la obligacion.

La última de las causas por las que es responsable el deudor, si hubiere perecido la cosa ó se hubiera deteriorado hallándose en su poder, es por la dilacion ó tardanza de alguna persona en cumplir con la obligacion que se habia impuesto de devolver la cosa, ó de ejecutar el hecho que prometió.

Esta morosidad y las consecuencias que de ella resultan, empiezan en las obligaciones á plazo ó á dia cierto, desde el dia siguiente á su vencimiento, sin necesidad de que se le requiera al deudor: mas si no se hubiera señalado tiempo alguno, empezará desde el dia en que la pida el acreedor. Leyes 18 y 35, título XI, Part. 5.^a

Algunos autores opinan que, aun señalado el plazo ó dia cierto, debe mediar requerimiento, y así lo establece por regla general el nuevo Código (1); pero á nosotros no nos parece fundada esta doctrina, porque entonces seria inútil que se señalara tiempo alguno en el contrato, mayormente, cuando hay obligaciones en que no puede dudarse que ha caído en mora el deudor si no las cumple en el dia señalado, á no ser que las consideren en este caso como una escepcion, como lo hace el nuevo Código en el artículo citado.

Prescindiendo de esta observacion, y siguiendo nosotros lo que tan claramente se dispone en las leyes 18 y 35, tit. XI, Part. 5.^a, diremos, segun ellas, que, constituido en mora el deudor, los efectos de esta responsabilidad son:

1.^o Satisfacer, generalmente hablando, los daños y perjuicios que por su tardanza se sigan á la otra parte; y

2.^o Haber de responder de la cosa, aunque pereciese por caso *fortuito*, sin necesidad de que se haya pactado

(1) Art. 1071.

esta responsabilidad, como consta de la ley 3.^a, tit. II, Part. 5.^a

De lo dicho aparece que, siendo responsable el deudor de los daños y perjuicios que hubiera causado al acreedor por alguna de las causas que se han espresado, será preciso determinar qué es lo que se comprende bajo las palabras *daños y perjuicios*, á fin de que pueda hacerse con conocimiento la debida reparacion.

§. V.

Qué se entiende por daños y perjuicios, y hasta dónde se estiende la responsabilidad del deudor en abonarlos.

Aunque generalmente hablando, se toman como sinónimas las palabras *daños, perjuicios y menoscabos*, y así aparece tambien de la ley 1.^a, tit. XV, Partida 7.^a, en la que se define el *daño* diciendo que es *el empeoramiento, menoscabo y destruimiento que home rescibe en sí mismo ó en sus cosas por culpa de otro*; sin embargo, si atendemos á la esplicacion que hace la ley 3.^a, tit. VI, Part. 5.^a, con motivo de haber usado juntamente las palabras *daños y menoscabos*, encontraremos una notable diferencia entre una y otra, entendiendo por *daño* la ley citada *el valor de la pérdida que uno haya experimentado*; y por *perjuicios ó menoscabos*, *el valor ó el tanto de la ganancia, utilidad ó interés que uno ha dejado de percibir*; cuya esplicacion admite el nuevo Código (1).

Hasta dónde se estiende la responsabilidad del deudor en abonarlos.

Entendidas así las palabras *daños y perjuicios ó menoscabos*, para saber hasta dónde se estiende en cuanto á su abono la responsabilidad del deudor, distinguiremos los casos siguientes:

1.^o Cuando no se pactaron ó espresaron los daños que debieran abonarse.

2.^o Cuando éstos proceden de dolo de parte del deudor.

(1) Art. 1015.

3.º Cuando la obligacion de éste versa sobre pago de una cantidad que recibió en préstamo.

4.º Cuando se pactó una pena por via de indemnizacion.

Daños que deben abonarse cuando no se espresaron.

Aunque muy difícil de determinar hasta dónde alcanza la responsabilidad del deudor en este caso, sin embargo, podemos fijar como regla general que solo han de comprenderse en ella aquellos *daños* que fueron consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del contrato.

Cuáles hayan de considerarse como tales por esta causa, lo inferiremos del siguiente ejemplo que, entre otros, propone la ley 21, §. III, tít. 1, lib. XIX del Digesto.

Compró uno trigo, y por no habérselo entregado el vendedor á su tiempo, murieron de hambre sus esclavos. ¿Podrá pedirse en este caso, por razon de daños, el precio de los esclavos?

Se resuelve que no; porque su pérdida no es una consecuencia inmediata de no haberse cumplido el contrato, sino que es una cosa accidental que pudo el comprador evitar: pero sí que podrá pedir como *daño* el precio mayor que tuvo el trigo desde que debió ser entregado, porque esta mejor utilidad recae sobre la misma cosa objeto del contrato, y su pérdida es una consecuencia inmediata de no haberse cumplido.

Lo que espresa este ejemplo encierra en sí mas instruccion que la doctrina con que se pretendiera demostrar hasta dónde alcanza esta clase de responsabilidad.

Daños que deban abonarse procedentes de dolo.

En caso de dolo, se estenderá la indemnizacion á los que hubieren sido conocidamente ocasionados por él, aunque no sean consecuencia inmediata y necesaria del contrato.

La razon es, porque seria una injusticia el que otro se aprovechase de su fraude; lo cual sucederia si en el caso de dolo ó de mala fé solo se obligase al deudor al abono de daños en los mismos términos que los espresados en el

caso anterior, con cuya doctrina está conforme el nuevo Código (1).

Si la obligacion se limitase al pago de una cantidad determinada, que es el caso señalado en el núm. 3.º, y hubiere mora ó retardo en entregarla, se abonará por el deudor el interés legal que el gobierno hubiera designado en cada año, considerándose como tal el de 6 por 100 anual, si no estuviere prefijado. Ley de 7 de Marzo de 1856, art. 8.º

Como la disposicion contenida en este articulo se refiere al caso en que las partes no hubieren pactado el tanto que hubieran de abonarse por réditos, entendemos, que si se hubiera pactado, continuará abonándose aun despues de trascurrido el tiempo que se señaló para devolver la cantidad; y aun creen algunos, que debia la ley consignar además otra cantidad que por via de indemnizacion hubiera de exigirse; porque tal vez los réditos pactados no basten para el resarcimiento de los perjuicios causados por dicha morosidad, de lo cual se hace ya cargo el nuevo Código (2).

Finalmente, si se hubiera estipulado que en el caso que uno de los contrayentes deje de cumplir la obligacion, ó de que sea moroso, haya de pagar cierta cantidad á título de *daños ó perjuicios*, ha de tenerse presente, que si se ha pactado el que al mismo tiempo no pueda dejar de cumplirse la obligacion, se hará efectivo lo uno y lo otro; mas, si nada se hubiese pactado, solo se tendrá opcion á una de las dos cosas, como por regla general lo disponen con respecto á las obligaciones penales las leyes 34, 35 y 40, tit. xi, Part. 5.ª, y se halla así recibido en el nuevo Código (3).

Estas y otras cláusulas ó pactos que muchas veces suelen ponerse en los contratos, dan lugar á frecuentes dudas, que no podrian resolverse si las leyes no hubieran establecido algunas reglas para su interpretacion, que será la materia del párrafo siguiente.

(1) Art. 1016.

(2) Art. 1017.

(3) Arts. 1008 y 1081.

§. VI.

Reglas para la interpretacion de los contratos.

Si necesaria es la interpretacion para la inteligencia de la ley en los casos de duda, segun manifestamos en el §. VIII, leccion 1.^a, tratado 1, no lo es menos cuando no constase claramente de la intencion de los contrayentes respecto á la convencion que hubieran celebrado.

Para uno y otro casose hallan establecidas varias reglas; pero las que nos deben servir de norma para la interpretacion de los contratos, son las siguientes:

1.^a Se consultará la intencion comun de los contrayentes, mas bien que el sentido literal de las palabras, como propone la ley 219, tit. xvi, lib. I del Digesto; debiéndose para ello tomar en consideracion la naturaleza del negocio, las circunstancias en que se hizo el contrato, los motivos de su celebracion y los hechos de las partes con posterioridad al mismo. Así lo estableció tambien el Código de comercio en los artículos 247, 248 y 249, con cuya doctrina se conforma el nuevo Código (1).

2.^a Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resulta la nulidad del acto, y del otro un acto válido y eficaz, deben entenderse en el que mas adecuado sea para que surta efecto. Leyes 25, tit. xi, Part. 5.^a, y 2.^a, tit. xxxiii, Partida 7.^a (2)

3.^a Si la cláusula dudosa surtiera efecto en los dos sentidos, debe preferirse el que se acerque mas á la verdad y á la justicia, ó que sea mas conforme á la naturaleza y objeto del contrato, como se colige de las leyes de Partidas citadas (3).

4.^a Las cláusulas del contrato deben interpretarse las unas por las otras, dando á cada una en particular el sentido que resulte del conjunto de todas ellas. Ley 126, titulo xvi, lib. I del Digesto (4).

(1) Art. 1019, núm. 1.º

(2) Art. id., núm. 2.º

(3) Art. 1019, núm. 3.º

(4) Art. id., núm. 4.º

5.^a Si, no obstante las reglas anteriores, no pudiera fijarse el verdadero sentido de las palabras, se atenderá á la práctica observada en el país en casos de igual naturaleza, como dice el nuevo Código (1); y no existiendo uso ni práctica alguna capaz de quitar la duda, deberá interpretarse contra la parte que por su falta de esplicación ocasionó la oscuridad, segun espresion de la ley 2.^a, tit. xxxiii, Part. 7.^o; y si ni aun esta regla pudiera tener aplicación, se interpretará del modo que produzca menos gravámen para el que por la cláusula resulte obligado, como enseñan los prácticos y propone el nuevo Código (2).

6.^a Las cláusulas de uso comun deben suplirse en los contratos, aun cuando no se hallen espresadas en ellos. Ley 31, §. XX, tit. i, lib. xxi del Digesto (3).

7.^a Por mas generales que fueren los términos del contrato, no comprenderá éste cosas diversas de aquellas sobre que aparezca que las partes se propusieron contratar, como espresa la ley 9.^a al final, tit. xv, lib. ii del Digesto (4): así como, por espresarse un caso particular, no se entiende restringida la estension que el derecho comun concede á la obligacion de que se trata, segun espresa la ley 81 del Digesto, *de divers. reg. iur.*, á no ser que constase que el haberse señalado tal hecho lo era con el objeto de limitar la obligacion, como enseñan los intérpretes (5).

8.^a Cuando para designar la moneda, peso ó medida, se hubiere usado de una voz genérica que convenga á valores ó cantidades diferentes, se entenderá hecha la obligacion en aquella especie de moneda, peso ó medida que esté en uso para los contratos de igual naturaleza; sujetándose á lo que prescribe la ley 5.^a, tit. ix, libro ix, Novis. Recop., respecto á pesos y medidas, mientras no se lleve á efecto de un modo general y no se limite como hasta aquí á las oficinas del Estado el sistema métrico establecido por la ley de 19 de Junio de 1859, así como en el valor de la moneda se deberá estar al que el Real decreto de 15 de Abril de 1848 tiene determinado.

(1) Art. 1019 núm. 5.^o

(2) Art. 1021.

(3) Art. 1020.

(4) Art. 1022.

(5) Art. 1024.

9.º Si en el contrato se hace espresa mencion de leguas, ó de horas, que entran como parte constituyente de la obligacion, se entenderán de las que estén en uso en el pais á que haga aquel referencia; y si se espresaren en el mismo sentido, dias, meses ó años, los dias se entienden de veinte y cuatro horas, los meses segun los designados en el calendario oficial, y los años de trescientos sesenta y cinco dias. Asi se halla establecido en los artículos 255 y 256 del Código de comercio, con cuya doctrina está conforme el nuevo Código (1)

Tales son las reglas mas generales que pueden servir para la interpretacion de los contratos.

Si, no obstante éstas, apareciera todavía alguna duda, podrá consultarse el título de las Reglas del Derecho contenidas en el libro último del Digesto, en donde se encuentran preceptos admirables de notoria equidad y de sana crítica, que pueden considerarse como de derecho universal.

Declarada ya la duda que ofrecieran las cláusulas puestas en los contratos, ó no apareciendo en ellos ningun obstáculo que impida su cumplimiento, se llevarán desde luego á efecto, segun lo espresado en su tenor literal, ó lo exijan la equidad ó la ley, ó en el caso en que la persona obligada faltara á su deber, se utilizarán las acciones que correspondan, cuya naturaleza, estension ó fuerza se examinará, aunque en términos generales, en el párrafo siguiente.

§. VII.

Naturaleza de las acciones para llevar á efecto los contratos, y su estension.

Celebrado legítimamente un contrato, quedan obligados los contrayentes á su cumplimiento, como con respecto al *de compra venta*, por ejemplo, lo espresa casi en los mismos términos la ley 6.ª, tit. v, Part. 5.ª

Pero, como en vano impondria la ley esta obligacion, si

(1) Art. 15.

al propio tiempo no concediera al acreedor los medios para hacerla cumplir cuando faltase á este deber la persona obligada, debemos inferir, que no solo será efecto del contrato la obligacion, sino que tambien lo es el derecho para obligar á la parte que se niega, á que cumpla con ella.

El medio de pedir en juicio que uno cumpla aquello á que se obligó, se llama *accion*, que calificaremos desde luego con el nombre de *personal*, por dirigirse contra la persona obligada, segun manifestamos en el párrafo 2.º, leccion 1.ª, á diferencia de otra clase de accion, llamada *real*, que se dirige, no contra esta ó la otra persona, sino contra cualquiera que tenga en su poder la cosa que nos pertenece, y de lo cual tomamos argumento en el citado párrafo, para dividir las obligaciones en *personales* y *reales*, como las divide tambien el nuevo Código (1).

Cómo se ejercitan estas acciones y ante qué juez, es propio de la ley de enjuiciamiento el determinarlo. A nosotros nos basta saber en este lugar, para la inteligencia de algunas doctrinas que emitiremos en este tratado, que en cuanto al modo de ejercitarse la *accion personal*, existen generalmente dos clases de juicios, cuales son: el *ordinario* y el *ejecutivo*, además de otros *sumarios* que pueden entablarse, segun la clase de obligacion: y que en cuanto al juez, si prescindimos de los casos en que se hace propio aquel ante el cual se somete uno, solo son competentes para conocer de la *accion personal*, el del lugar en que deba cumplirse la obligacion, y á falta de éste, á eleccion del demandante, lo será el del domicilio del demandado ó el del lugar del contrato, si hallándose en él, aunque accidentalmente, puede ser emplazado. El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar que se encuentre, ó en el de su última residencia, segun así consta del art. 5.º de la ley de enjuiciamiento.

Mas, aunque tanto la obligacion como la accion que nace del contrato sea *personal*, por dirigirse contra la persona obligada, no por eso se escluyen otras personas á las

(1) Art. 1026 y 1027.

que se trasmite tanto la accion como la obligacion; asi como hay otras á las que alcanzan de lleno los efectos de los contratos, aun cuando no hayan intervenido ellos de por si en la convencion.

Las personas á quienes se trasmite la obligacion y la accion son los herederos de los contrayentes, como asi lo espresan varias leyes de Partidas al tratar de cada uno de los contratos, entre los cuales pueden citarse la 26, tit. v; 2.^a, tit. viii; 14, tit. xi, y 15, tit. xii, Partida 5.^a

La razon es, porque éstos se reputan una misma persona con el difunto, segun dice la ley 59 de Reg. iur. Dig.; y por lo mismo deben suceder en sus derechos y obligaciones, ora se haga mencion ó no de ellos en el contrato, si no es incompatible con su naturaleza ó no se haya espresado en él lo contrario; ora resulte ó no utilidad al difunto; ora se haya de proceder por dolo ó culpa de éste y aun tambien por delito en cuanto á la responsabilidad civil; ora, en fin, sea puro el contrato ó condicional, si no se limita la condicion á la persona del deudor.

Las otras personas á quienes alcanzan los efectos del contrato, aun cuando no hayan intervenido en él, son todas aquellas en favor de las cuales se hubiera celebrado una convencion, bien para libertarles de alguna obligacion, ó bien para que adquirieran algun derecho. Tales son: 1.^o los que otorgaron poderes á otra persona para contratar en su nombre; y 2.^o las mujeres casadas, los hijos, pupilos y menores, en los contratos celebrados por sus maridos, padres, tutores ó curadores, segun es de ver en las leyes 8.^a y 9.^a, tit. xi, Part. 5.^a

Con lo que acabamos de manifestar, quedan esplicados los efectos generales de los contratos. Los que además de éstos se producen, son una consecuencia de los modos particulares como se hayan celebrado, de los cuales trataremos en la leccion siguiente.

LECCION QUINTA.

De los efectos de los contratos, segun los diferentes modos
como puede pactarse su cumplimiento.

RESÚMEN-

§. I. Razon del método.—§. II. Modos cómo puede pactarse el cumplimiento de una obligacion.—§. III. Naturaleza y efectos de la convencion celebrada pura ó simplemente.—§. IV. Cuáles son los que produce la convencion condicional.—§. V. Naturaleza y efectos de las convenciones á plazo.—§. VI. Cómo se definen las obligaciones conjuntivas, y sus diferencias de las alternativas.—§. VII. Qué son obligaciones mancomunadas, sus especies y efectos que producen.—§ VIII. En qué consisten las obligaciones divisibles é indivisibles.—§. IX. Doctrina sobre las obligaciones con cláusula penal.

§. I.

Razon del método.

Aun cuando en la leccion anterior se hayan explicado los efectos que producen los contratos en general, no se crea por elló que han quedado comprendidos todos los que pueden dimanar de esta fuente de las obligaciones. Sabido es que la voluntad de los contrayentes puede poner á los contratos diversas modificaciones que les hagan producir efectos singulares, y como ellas sean tan varias como lo es la voluntad de los hombres, de aquí el que, aun cuando por regla general puedan determinarse los efectos de los contratos, no sucede así cuando se trata del que puedan éstos producir, atendidas las diferentes y variadas formas de que son susceptibles.

Para conseguir este objeto, era preciso considerar divididas las obligaciones en tantas clases, cuantos eran los modos como pudiera pactarse su cumplimiento, y siguiendo esta division ir considerando los efectos propios de ellas en cada una de sus partes: pero como esto sea imposible, ó por lo menos presenta muchas dificultades, no queda otro medio, sino el de elegir aquellos modos mas comunes ó que mas frecuentemente se hallan usados en la práctica, y referir, segun ellos, las obligaciones que pueden constituirse, atendido el modo particular, ó la modificacion que se hubiere puesto en su celebracion.

Esplicar, pues, los modos cómo puede pactarse el cumplimiento de las obligaciones para deducir de ellos sus efectos, será la materia de la presente leccion.

§. II.

Modos cómo puede pactarse el cumplimiento de las obligaciones.

Aunque para el efecto de quedar una persona obligada, no influye el modo como se haya pactado el cumplimiento de una obligacion, segun aquel principio de la ley 1.^a, titulo 1, lib. x, Novis. Recop., que dispone *que en cualquiera manera que parezca que uno quiso obligarse, quede obligado*, sin embargo, sí que influye, y mucho, en cuanto al objeto de la obligacion; pues á no ser así, no habria diferencia entre las obligaciones, ni podria tampoco saberse hasta dónde llegaban sus efectos en cada uno de los casos en que constase haberse celebrado.

Para que consten pues, estos efectos, examinaremos separadamente los modos como puede pactarse el cumplimiento de una obligacion, los cuales son los siguientes:

- 1.^o Simplemente ó bajo condicion.
- 2.^o A plazo ó sin él.
- 3.^o Conyuntiva ó alternativamente.
- 4.^o Individual ó mancomunadamente.
- 5.^o Con derecho á division ó sin él.
- 6.^o Añadiendo una pena para el caso de inejecucion.

Todas estas formas, al mismo tiempo que espresan el modo de dar cumplimiento á un contrato, constituyen

otras tantas obligaciones del mismo nombre, segun las clasificamos en el §. III, leccion 1.^a (1): pero, como á no constar de la naturaleza de éstas, no podrian comprenderse sus efectos, de aqui la necesidad de saber en qué consista cada una de por sí, como lo haremos ver á continuacion, empezando por el exámen de la que se contrae pura ó simplemente.

§. III.

Naturaleza y efectos de la convencion celebrada pura ó simplemente.

Se entiende por convencion pura ó simple, *aquella en que no se pone ninguna condicion, ni se señala dia para su cumplimiento.* Ley 12, tit. XI, Part. 5.^a (2).

Sus efectos están reducidos á que, desde luego que se ha celebrado, se debe y se puede pedir la cosa sobre que versa (3). Sin embargo, como hay casos en que si se permitiera que pudiera pedirse el cumplimiento de la obligacion desde el acto de haberse celebrado la convencion, no se llenaria su objeto, se halla establecido en nuestras leyes que haya de haber un tiempo proporcionado para que pueda cumplirse la obligacion.

Los casos en que esto se verifica son los siguientes:

1.^o Cuando la naturaleza de la cosa sobre que versa la obligacion requiere tiempo para su cumplimiento.

2.^o Cuando el deudor no pudiera aprovecharse de la cosa que es objeto de la convencion, si no hubiera un tiempo señalado dentro del cual no se le pudiera pedir.

En el primer caso, no habiéndose cumplido la obligacion despues de trascurrido el tiempo suficiente para su cumplimiento, se deberá acudir al juez competente, que es el designado como tal en el art. 5.^o de la ley de enjuiciamiento, segun anotamos en el §. VII de la leccion anterior, el cual, con presencia de las circunstancias de la

(1) Art. 1025.

(2) Art. 1029.

(3) Art. 1050.

cosa, si entendiere que ha trascurrido tiempo bastante para haberse cumplido, ó apremiara al deudor á que la cumpla desde luego, ó le señalara por equidad un dia determinado, apercibiéndole en caso contrario con la indemnizacion de daños y perjuicios por su morosidad. Ley 13, tit. xi, Part. 5.^a

Lo mismo debe decirse en el caso en que se hubiere señalado un lugar donde se hubiera de ejecutar el contrato, sin haberse fijado dia para ello; pues si conociere el juez que habia pasado tiempo suficiente para haber ido al lugar á cumplirlo, débele apremiar á que lo cumpla desde luego allí donde es reconvenido, aunque no sea el lugar en que habia de cumplirse lo pactado, obligándole además al resarcimiento de daños y menoscabos que recibiera el acreedor, por no ejecutarse el contrato en el lugar que se pactó.

Esto no obstante, si el acreedor recibiese voluntariamente del deudor aquello á que se obligó, y no le demandara entonces los daños ni la pena que se impuso en el caso de inejecucion del contrato, ya no lo podrá pedir en lo sucesivo, aunque su cumplimiento no se hubiera hecho en el lugar señalado. Leyes 13 y 35, tit. xi, Part. 5.^a

El segundo caso tiene lugar en el contrato de *mútuo*, en el cual, si se ha celebrado puramente y sin señalamiento de dia, como de nada serviria al deudor haber recibido la cantidad prestada, si se pudiera pedir ésta desde que quedó perfeccionado el contrato por la entrega de la misma, dispone la ley 2.^a, tit. i, Part. 5.^a, que solo pueda pedirse á voluntad del acreedor cuando hayan trascurrido diez dias desde que se prestó, como esplica Gregorio Lopez en su glosa 6.^a á dicha ley; con lo cual se conforma el nuevo Código, aunque contando los diez dias desde que el acreedor lo reclamó (1).

En uno y otro caso debe tenerse presente, que si la cosa que hubiere de entregar el deudor fuere determinada en especie y no hubiere dia señalado para su devolucion, si ésta pereciera ó muriera sin culpa del deudor antes de

(1) Art. 1646.

haberla reclamado el acreedor, no está tenido á abonar nada por ella; pero si hubiera perecido, aun siendo por caso fortuito ó por muerte natural, despues de hecha por éste la reclamacion, deberá abonar su valor en pena de su morosidad. Ley 18, tit. xi, Part. 5.^a

Tal es la naturaleza de la obligacion pura y de la convencion que la produce. Veamos cuál es la de la obligacion convencional y los efectos que á ésta corresponden.

§. IV.

Naturaleza y efectos de la obligacion condicional.

Se entiende por convencion condicional, *aquella en que se designa algun acontecimiento futuro é incierto del cual se hace depender el cumplimiento de la obligacion, bien sea suspendiéndola hasta que aquel exista, bien resolviéndola, segun el acontecimiento previsto llegue ó no llegue á existir* (1).

Para que la condicion impuesta en la convencion surta su efecto, se hace necesario que concurren en ellas ciertas circunstancias que, aunque espresamos ya en el párrafo VII, leccion 13, tratado 2.^o, reproduciremos en este lugar, para que sin necesidad de aplicar á las obligaciones lo que allí se dijo con motivo de esplicar los modos como puede hacerse la institucion de heredero, se tenga á la vista lo que nos debe servir de antecedente para determinar los efectos de estas convenciones.

Bajo este supuesto, las circunstancias para que sea válida la condicion, son las siguientes:

1.^a Que verse sobre una cosa futura; porque la que se refiere á una cosa pasada ó presente, como ya ha sucedido ó está sucediendo, no puede llamarse condicion, segun espresa la ley 2.^a, tit. iv, Part. 6.^a, si bien el nuevo Código civil la admite en el caso en que el hecho pasado fuere desconocido de las partes, pues para ellas es lo mismo que si no hubiera sucedido (2).

(1) Art. 1030.

(2) Art. 1030.

2.^a Que sea de una cosa que pueda igualmente suceder que no suceder; porque si necesariamente hubiera de suceder, ó sería un aplazamiento de la obligacion si se señalara un tiempo para ver si se cumplia durante él, ó dejaria de ser condicion, como dice la ley 8.^a, tit. iv, Part. 6.^a

3.^a Que verse sobre un hecho posible y licito; porque si fuere imposible, faltaria la circunstancia anterior, y si ilícito por ser contrario á la ley ó á la moral, las leyes lo consideran tambien como imposible, y como tal nula la obligacion. Ley 31, tit. vii, lib. XLIV del Digesto.

4.^a Que el contrato ó la obligacion que dimana de él, no quede destruida por la condicion; porque entonces de nada serviria haberse celebrado, como sucede en el caso de imposibilidad por la oscuridad con que se espresó.

Reuniendo la condicion estas circunstancias, producirá su efecto, segun la forma que le hubieren dado los contrayentes, de la cual, como anotamos en el §. VIII de la leccion arriba citada, pueden hacerse las divisiones siguientes:

1.^o En *tácitas* y *espresas*.

2.^o Las espresas, en *posibles* é *imposibles*.

3.^o Las posibles, en *potestativas*, *casuales* y *mistas*; en *afirmativas* y *negativas*; *conjuntivas* y *disyuntivas*; *suspensivas* y *resolutorias*.

4.^o Las imposibles, en unas que lo son *por naturaleza*, otras *por derecho*, otras *por estar en contradiccion sus palabras*, otras *por las circunstancias particulares del hecho*. Véanse las leyes del tit. iv, Part. 6.^a

Condicion *tácita* es aquella que, aunque no se espresese, se entiende virtualmente puesta en la obligacion; y *espresa*, la que se propone con claridad, usándose de palabras propias y aptas para determinarla.

Condicion *posible* es aquella que puede cumplirse por no haber obstáculo que lo impida, la cual será *potestativa* cuando su cumplimiento penda de la persona en cuyo favor se ha constituido la obligacion; *casual*, cuando depende enteramente del acaso; y *mista*, cuando depende jun-

tamente de un acontecimiento ajeno de la voluntad de las partes y de la voluntad misma de una de ellas (1).

Condicion *afirmativa* ó *positiva*, es la que se funda en la realizacion de un hecho; y *negativa*, la que se funda en su irrealizacion.

Condicion *conjuntiva* es aquella que se halla unida con otras de modo que todas se hayan de cumplir, y *disyuntiva* la que, aun cuando está unida con otras, queda al arbitrio de la persona el cumplimiento de cualquiera de ellas.

Condicion *suspensiva* es la que suspende el cumplimiento de la obligacion hasta que se verifique ó no el acontecimiento, y *resolutoria* la que al realizarse el hecho produce la resolucion de la obligacion, restituyéndose las cosas al estado que tenían antes (2).

Finalmente, condicion *imposible* es aquella que no puede cumplirse por haber algun obstáculo irresistible que lo impida, ya sea en el orden natural, ya por ser contraria á la ley ó á las buenas costumbres, ya por la ambigüedad de las palabras ó por no estar bien determinado el hecho, que es lo que da lugar á las cuatro clases en que la hemos dividido.

Determinadas las varias formas que puede recibir la condicion, en lo cual no hemos hecho mas que reproducir lo que se dijo en el §. VIII, leccion 13, tratado 2.º, aunque haciendo abstraccion de la materia á que dicha leccion se refiere, para aplicarlas directamente á las obligaciones, pasaremos á ver sus efectos, estableciendo antes las reglas siguientes:

1.ª Que solo se pueden poner condiciones cuya ejecucion sea posible. Las que fueran imposibles en el orden natural, las contrarias á la moral, y las prohibidas por la ley ó que no estén bien espresadas, anulan el contrato cuando fueren de hacer; pero no cuando se refieran á no hacer una cosa imposible segun la esplicacion de Grego-

(1) Art. 1032.

(2) Art. 1031.

rio Lopez en su glosa 2.^a á la ley 17, tit. XI, Part. 5.^a, y establece en los mismos términos el nuevo Código (1).

2.^a Que la obligacion contraida bajo la condicion de que exista algun suceso en un tiempo fijo, caduca si pasare el término sin realizarse, ó desde que sea una cosa cierta que no pueda cumplirse (2).

3.^a Que si se contrajo la obligacion bajo la condicion de que no se verifique algun suceso en un tiempo fijo, se hace eficaz si pasare el término sin verificarse; pero si no se hubiere fijado la época, lo será desde que sea una cosa cierta que la condicion no puede cumplirse. Ley 15, título XI, Part. 5.^a (3).

4.^a Que cuando por culpa de la parte obligada no se cumple la condicion, se reputa cumplida (4).

Esto supuesto, para determinar los efectos de la convencion condicional, distinguiremos dos tiempos, á saber: uno que precede al cumplimiento de la condicion y otro posterior á éste.

Anteriormente al cumplimiento de la condicion, nada se debe y lo pagado podrá repetirse, segun la ley 32, tit. XIV, Part. 5.^a; pero esto no obsta que la persona en cuyo favor se ha constituido pueda, mientras tanto, ejercer las acciones competentes para conservar su derecho, como dicen los prácticos y establece el nuevo Código (5).

Si durante este tiempo falleciere alguno de los contrayentes, sus derechos y obligaciones pasan á los herederos, segun disponen las leyes 26, tit. V, y 14, tit. XI, Partida 5.^a (6), escepto en aquellas obligaciones en las que el cumplimiento de una condicion depende únicamente de la voluntad de uno de los contrayentes ó de una cualidad aneja á él; pues entonces no pasa á su heredero la obligacion, sino que caduca la convencion.

Posteriormente al cumplimiento de la condicion, puede tanto el acreedor como sus herederos reclamar sus derechos, de modo que si la obligacion fuere de dar, deberá

(1) Art. 1033.

(2) Art. 1034.

(3) Art. 1035.

(4) Art. 1036.

(5) Art. 1039.

(6) Art. 1038.

el deudor entregar la cosa en el estado que tuviere, siendo de cuenta del acreedor los deterioros ó mejoras que hubiera tenido, y del deudor el daño, si hubiere perecido, como establece la ley 26, tit. v, Part. 5.^a

La razon es, porque cumplida que sea la condicion, se retrotraen los efectos de la obligacion al día en que se contrajo, segun se deduce, tanto de la citada ley, como de lo que se dice al final de la 12, tit. xi de esta Partida, y espresa claramente el nuevo Código (1); y por lo mismo debe considerarse la convencion en tal caso, como si se hubiere celebrado puramente, ó como si el acreedor hubiere recibido la cosa desde el acto en que se celebró.

Esta doctrina que la ley 26, tit. v, Part. 5.^a, propone solamente para el caso de la venta condicional, la estiende el nuevo Código á todas las obligaciones de esta clase, con las aclaraciones siguientes:

1.^a Que las contraidas bajo condicion suspensiva, si se deteriora la cosa sin culpa del deudor, el menoscabo sea del acreedor; y si por culpa de aquel, pueda éste optar entre la indemnizacion de daños, ó la rescision del contrato.

2.^a Que si la cosa se mejora por su naturaleza ó por el tiempo, cedan estas ventajas en beneficio del acreedor, y si lo fué á espensas del deudor, puede éste separar las mejoras si se pidiesen.

3.^a Que si pereciese la cosa sin culpa del deudor, queda estinguida en éste la obligacion de entregarla, y si por culpa suya, haya de resarcir los daños al acreedor.

4.^a Que si la obligacion se hubiere contraido bajo condicion resolutoria, cumplida ésta, debe restituir el deudor la cosa que hubiere tenido en su poder, aplicándose á éste lo que en caso de deterioro, mejora ó pérdida se dice de él en los casos anteriores (2).

Como estas aclaraciones no son mas que una consecuencia de la doctrina de nuestros intérpretes sobre los efectos de la ley 26 citada, no tenemos inconveniente en admitir-

(1) Art. 1037.

(2) Arts. 1040 y 1041.

las, para resolver por ellas las cuestiones que puedan promoverse sobre el modo de dar cumplimiento á la obligacion condicional.

Veamos lo que haya de seguirse con respecto á las convenciones que se celebran á plazo.

§. V.

Efectos de las convenciones á plazo.

Entendemos por convencion á plazo, *aquella en que se ha señalado un dia para el cumplimiento de la obligacion.*

Este dia puede ser *cierto ó incierto*. Dia cierto es *aquel que se sabe que ha de llegar, ora se refiera á uno determinado, ora á uno indeterminado*. Será determinado, *aquel que se sabe, no solo que ha de llegar, sino tambien el término en que se ha de verificar su vencimiento*; tal seria, si alguno contrajere alguna obligacion para cumplirla dentro de seis meses, ó para el primer dia de tal mes; y será indeterminado *el que se sabe que ha de llegar, pero no se sabe cuándo tendrá lugar*: tal como si se dijere, *me obligo para el dia de la muerte de dicho sugeto*. Así aparece expresado en la ley 12, tít, xi, Part. 5.*

Dia incierto es *aquel que no se sabe si llegará*, como lo seria en el caso en que se obligase uno á otro para cuando sucediera un acontecimiento cualquiera, como por ejemplo, para cuando se hiciera uno abogado. De esta definicion es fácil inferir, que el dia incierto es propiamente una condicion, pues equivale á decir: *me obligo á esto, si sucede tal cosa, ó si fulano se hace abogado*; y siendo esto así, regirá en cuanto á sus efectos en las obligaciones á plazo incierto, lo mismo que se ha dicho en el párrafo anterior, hablando de las obligaciones condicionales (1).

Dejando, pues, el efecto de las obligaciones cuando el plazo es incierto, por haberse tratado ya este punto, y fijándonos en el que producen cuando fuere cierto, dire-

(1) Art. 1045.

mos, que su efecto en este caso, segun la ley 14, tit. xi, Part. 5.^a, es solo retardar el cumplimiento de la obligacion hasta que venza el plazo, no siendo exigible hasta el dia siguiente á su vencimiento, como dicen los prácticos, y establece el nuevo Código (1).

De este principio general se deduce:

1.^o Que reconociéndose ya como existente la obligacion desde el dia de la convencion, si muriese el principal obligado antes que pueda exigirse, se hará efectiva en los herederos, como dice la citada ley de Partidas.

2.^o Que si anticipadamente al plazo pagó el obligado ó sus herederos, no puede repetirse lo pagado; porque las leyes solo espresan, que no está tenido el deudor á pagar antes, pero no impiden á éste que lo pueda verificar si quiere. Ley 17, tit. xi, Part. 5.^a (2).

3.^o Que el acreedor no podrá rehusar el pago ofrecido; porque el dia se reputa puesto en favor del deudor, á no ser que de la convencion ó circunstancias anejas á ella resultase claramente haberse puesto tambien en favor del acreedor (3).

Tales son los efectos de las obligaciones á plazo. Sobre éstas pueden ocurrir algunas dudas, por no haberse espresado suficientemente el modo como han de cumplirse, las cuales pueden resolverse por las reglas siguientes:

1.^a Que prometiéndose dar ó hacer una cosa en cierto dia sin espresarlo, como por ejemplo, para primero de mes sin indicar cuál, ó aun indicado se omitiere el año, se entiende en uno y otro caso, del inmediato venidero. Ley 15, tit. xi, Part. 5.^a

2.^a Que si la obligacion es de dar alguna cosa por cierto número de años, ó si sin espresar el número se digese, que se obligaba uno á darla en cada año sin determinar la época, cumplirá el deudor entregándola al fin de año; pero, si el número de años fuere incierto, ó se dijese, que era para todos los años de la vida de aquel á quien se promete, deberá cumplirse al principio de cada año. La misma ley 15.

(1) Art. 1046.

(2) Art. 1046, §. II.

(3) Art. 1047.

El año en ambos casos, se contará: en los *contratos bilaterales*, desde que uno de los contrayentes satisface por su parte la obligación, y en los *unilaterales*, desde que se celebró el contrato, ó por mejor decir, desde el día siguiente á su otorgamiento, como observan los prácticos, y admite el nuevo Código (1).

3.^a Que si señaló un plazo y al mismo tiempo el lugar donde se hubiere de cumplir la obligación, y resultase que habia dos lugares de un mismo nombre, se entiende serlo de aquel, á donde puede ir el deudor para el día señalado. Ley 25, tit. XI, Part. 5.^a

4.^a Finalmente, cuando en una obligación *condicional* se hubiere además señalado un término, cumplida la condición, se esperará á que llegue el día para que pueda pedirse su cumplimiento. Ley 17, tit. XI, Part. 5.^a

Aunque en estos dos últimos casos concurren dos circunstancias que á la vez deben ser guardadas en el cumplimiento de las obligaciones *condicionales*, no por ello se considerarán éstas como si fueren *conjuntivas*, por ser otro el objeto de esta otra clase de obligaciones, cuya naturaleza examinaremos en el párrafo siguiente.

§. VI.

Qué son obligaciones conyuntivas, y sus diferencias de las alternativas.

Se llaman obligaciones conyuntivas, *aquellas que comprenden dos ó mas cosas, de modo que hayan de cumplirse todas ellas*; y alternativas, *aquellas que, aunque sean diversos los objetos que se refieren á la convencion, solo se estiende la obligación á haberse de cumplir uno de ellos, á eleccion del deudor ó del acreedor.*

Delas dosespresadas definiciones aparecen en general los efectos de ambas obligaciones, que son: en las *conyuntivas* el haberse de cumplir todas las cosas puestas en la convencion, y en las *alternativas* el de quedar obligado el

(1) Art. 1049.

deudor solamente á una de ellas, sin que pueda éste cumplir parte de una cosa y parte de la otra, contra la voluntad del acreedor (1).

Cuál de las dos ó mas cosas es la que haya de cumplirse, queda á eleccion del deudor si no se ha pactado que lo sea á eleccion del acreedor, segun consta de las leyes 23 y 24, tit. xi, Part. 5.^a, y establece el nuevo Código (2).

Mas, como ora sea la eleccion del deudor, ora del acreedor, pueden ocurrir dificultades con respecto á la cosa que haya de cumplirse cuando por alguna causa no pudiera ser objeto de la obligacion, para resolverlas, estableceremos algunas reglas generales, distinguiendo el caso en que la eleccion sea del deudor, de aquel en que fuera del acreedor, las cuales son las siguientes:

1.^a Si la eleccion es del deudor, y alguna de las dos cosas prometidas alternativamente no pudiera ser objeto de la obligacion, por recaer sobre cosas ilícitas, ó haber perecido por cualquiera causa, deberá entregar el deudor la otra que se considerase como de objeto lícito, ó la que no hubiere perecido, sin que pueda obligarse al acreedor á recibir el precio de la que no existe ó no puede ser objeto de la obligacion: pero, si las dos hubieran perecido y la una lo ha sido por culpa del deudor, tendrá éste obligacion de pagar el precio de la última que pereció, librándose solo de ella en el caso de haber perecido ambas sin culpa suya, á no ser que se hubiere constituido en mora, como espresa la ley 23, tit. xi, Part. 5.^a (3).

2.^a Si la eleccion pertenece al acreedor, y una de las cosas hubiera perecido sin culpa del deudor, cumplirá éste con entregar la que hubiere quedado: pero, si pereció por culpa suya, podrá el acreedor reclamar á su eleccion la que quedó, ó el precio de la que hubiere perecido, ó el de cualquiera de ellas si las dos se hubieren perdido por culpa del deudor.

Asi lo resuelven los prácticos, con cuya doctrina se conforma el nuevo Código (4).

(1) Art. 1051.

(2) Art. 1052.

(3) Arts. 1053 y 1054.

(4) Art. 1055.

Si la circunstancia de haberse incluido en la convencion dos ó mas cosas que ha de cumplir el deudor, dá lugar, segun se ha dicho, á distinguir dos clases de obligaciones designadas con los nombres de *conjuntivas* y *alternativas*, el concurrir en un contrato dos ó mas personas, obligándose todás ellas á dar ó á hacer alguna cosa, ó á responder de lo que otro debe cumplir en caso que no lo cumpla, constituirá otra clase de obligaciones, que llamaremos *mancomunadas*, cuya naturaleza esplicaremos á continuacion.

§. VII.

Qué son obligaciones mancomunadas, sus clases y efectos.

Se llaman obligaciones *mancomunadas* en general, *aquellas en que dos ó mas personas se obligan, ó á pagar á prorata á cada una por el todo la deuda que han contraído, ó á responder en los mismos términos de la obligacion de otro, cuando éste no la cumpliere.*

De esta definicion aparece, que la *mancomunidad* puede existir, ó solo entre personas principalmente obligadas, ó solo entre fiadores: pero no entre éstos y los principales deudores, á no haber consentido los fiadores en tomar sobre sí la obligacion de un tercero, facultando al acreedor para reconvenir directamente, ó al deudor que contrajo con él, ó al fiador que se constituyó garante de la obligacion.

Dejando para cuando tratemos de la fianza determinar los efectos que produce este contrato cuando fueren muchos los fiadores, ó hubiere *mancomunidad* entre ellos, solo nos ocuparemos en este lugar de la que se forma entre principales obligados, la cual, no produciendo siempre unos mismos efectos, será preciso que formemos de ella algunas divisiones para comprenderlos.

Clases de mancomunidad.

Antes de determinar la clase de mancomunidad que se hubiere constituido entre los principales obligados, debemos advertir, que éstos pueden reconocer por acreedor á una sola persona ó á varias á un mismo tiempo; y de aquí el poderla dividir primeramente en dos clases, á saber: una entre *acreedores* y otra entre los *deudores*.

Habrà mancomunidad entre deudores, cuando dos ó mas personas se obligan á pagar á prorata, ó por el todo, una deuda comun; y la *habrà entre acreedores*, cuando á dos ó mas personas se debe una misma cosa para pagarse, ó en el todo por cada deudor, ó prorrateada en cada uno con proporcion á su número (1).

En una y otra *mancomunidad*, si la obligacion es tal que ha de pagarse á prorata por los varios deudores que hubiere, ó ha de exigirse tambien á prorata por los varios acreedores, se llamará entonces *mancomunada simple*; pero, si fuere tal que pueda exigirse el todo por cada acreedor de un deudor comun, ó ha de pagarse el todo por cada deudor á un comun acreedor, se llamará *mancomunada in solidum ó solidaria*.

Los autores de derecho llaman absolutamente á la primera *mancomunada*, y á la segunda *solidaria*; á la vez que el nuevo Código usa de la palabra *mancomunada* para espresar la *solidaria*.

Nosotros creemos que en la palabra *mancomunidad* se hallan comprendidas las dos clases de obligaciones espresadas, por ser ella una voz comun que puede aplicarse, tanto á la llamada *prorrateada*, como á la *solidaria*; y bajo este supuesto, pudiendo tener lugar en uno y otro sentido, así *entre acreedores*, como *entre deudores*, espondremos con separacion la doctrina del derecho sobre cada una de ellas, haciendo ver cuándo tiene lugar la una y la otra entre estas dos clases de personas, juntamente con los efectos que producen.

(1) Art. 1056.

Cuándo tiene lugar la mancomunidad simple ó la solidaria entre acreedores, y sus efectos.

Para conocer cuándo será *simple* ó *solidaria* la mancomunidad que se forme *entre acreedores*, bastará sentar el principio que establece el nuevo Código (1), de que *no hay mancomunidad solidaria entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso ó de disposicion de la ley*, puesto que, separando estos dos únicos casos en que se considera como *solidaria*, en los demás ha de reputarse como *simple* la mancomunidad.

Este mismo principio se halla tambien consignado en la ley 10, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.; pero, como la disposicion en ella contenida se refiere únicamente á determinar la obligacion mancomunada de los deudores, nos ha parecido mas general el otro principio del nuevo Código, por comprenderse en él las dos clases de personas entre quienes puede existir dicha mancomunidad, segun la doctrina generalmente admitida.

Rigiendo, pues, dicho principio en una y otra mancomunidad, pasaremos á manifestar los efectos que produce relativamente á la que se verifica *entre acreedores*.

Efectos de la mancomunidad entre acreedores.

Para determinar los efectos que produce esta mancomunidad, deberán tenerse presente las reglas siguientes:

1.^a Que en la mancomunidad *simple*, solo puede pedir cada acreedor la parte de crédito que á prorrata le corresponde. Ley 8.^a, tit. xii, Part. 5.^a

2.^a Que si fuere *solidaria*, no solo puede pedir cada acreedor la deuda por entero, sino que el deudor puede pagar á cualquiera de ellos, y aun hacer la consignacion de la cosa, si aquel á quien se hubiese dirigido no quisiera recibirla, y por otra parte no hubiera sido reclamada

(1) Art. 1058.

judicialmente por alguno de los otros, porque en tal caso ya no sería libre el deudor de pagar sino al que la hubiera reclamado, como dice el nuevo Código (1).

3.^a Que por haberse anticipado alguno de los acreedores solidarios á pedir la deuda por entero, no pierden los demás el derecho para reclamarla en caso de no haber logrado su pago el primero que se adelantó á pedirla.

4.^a Que así como cualquier acreedor solidario puede pedir toda la deuda, así puede hacer remision de toda ella al deudor, quedando éste libre de la obligacion para con los demás acreedores; lo mismo que, si seguido pleito con alguno de ellos, hubiera obtenido sentencia favorable, como dispone la ley 20, tit. xxii, Part. 3.^a: pero quedará el acreedor que hubiere condonado la deuda por entero, ó el que la hubiere cobrado, obligado á satisfacer á los otros acreedores la parte que á éstos corresponda con proporcion á lo que se hubiere pactado, ó en su defecto á lo que resultare, dividido el crédito por partes iguales (2).

5.^a Que si la remision ó quita que hizo el acreedor fué solo de su propia parte, queda subsistente la obligacion del deudor para con los demás en lo que restare. Ley 8.^a, tit. xii, Part. 5.^a (3).

6.^a Que los actos practicados por cualquiera de los acreedores para que no se perdiera la deuda, aprovechan igualmente á los otros, así como se interrumpe tambien para con los codeudores solidarios la prescripcion de la obligacion, cuando el acreedor comun hubiera pedido la deuda, segun se deduce de la doctrina de la ley 5.^a, título xi, lib. viii del Código Just. (4).

Con estas reglas podrán comprenderse los diversos efectos que produce la mancomunidad *entre los acreedores*. Veamos ya cuándo tiene lugar la mancomunidad *entre los deudores*, y cuáles son sus efectos.

Cuándo tiene lugar la mancomunidad simple ó la solidaria entre los deudores, y sus efectos.

Supuesto que la mancomunidad entre los deudores pue-

(1) Art. 1060.

(2) Art. 1061.

(3) Art. 1064.

(4) Art. 1059.

de ser tambien *simple* y *solidaria*, segun antes hemos manifestado; para conocer cuándo tiene lugar la una ó la otra, debemos recurrir al principio antes sentado al hablar de la que se verifica entre los acreedores, el cual está reducido á reputar como *simple* la mancomunidad, siempre que no se haya pactado que sea *solidaria*, ó que la ley no la haya impuesto á los deudores, como sucede en la sociedad colectiva, en la que, segun derecho mercantil, quedan obligados los socios *in solidum* á abonar las deudas que hubieren contraído, por hallarse así establecido en el artículo 267 de este Código.

No siendo así, se entienden obligados solo simplemente ó á prorata los deudores, sin que obsten cualesquiera leyes del derecho comun en que apareciera lo contrario, como dispone la ley 10, tít. 1, lib. x, Novis. Recop.

Efectos de la mancomunidad entre deudores.

Aunque por lo manifestado, hablando de los efectos de la mancomunidad que se verifica entre acreedores, puede venirse en conocimiento de algunos de los efectos propios de la que se verifica entre los deudores, sin embargo, para que á primera vista puedan éstos conocerse, los comprenderemos tambien en las siguientes reglas.

1.^a Que en la obligacion mancomunada *simple* entre deudores, solo queda obligado cada uno de éstos en cuanto á la parte que á prorata le corresponda. Ley 10, tít. 1, lib. x, Novis. Recop.

2.^a Que, si la obligacion es *solidaria*, ora sea de dar, ora de hacer, quedan tenidos todos los deudores y cada uno de por sí á su cumplimiento, aunque pagando uno quedan libres todos los demás. Ley 8.^a, tít. xii, Partida 5.^a (1).

3.^a Que, aun cuando el negocio por el que se constituyó la obligacion *solidaria* no concierna á todos, quedan, sin embargo, los codeudores obligados indistintamente á su cumplimiento, si bien, cuando se reconviniera al que no

(1) Art. 1062, §. I y II, y 1063, §. I.

se aprovechó de la deuda, podrá reclamar del favorecido todo lo que hubiere pagado por él, como si hubiere sido su fiador, segun enseñan los prácticos y admite tambien el nuevo Código (1).

4.^a Que, cuando hubiere alguna diferencia entre los deudores en cuanto al cumplimiento de la obligacion, solo puede ser reconvenido cada uno, segun el modo como se hubiere obligado; pues de no hacerse así, podrá el deudor demandado oponerse al pago utilizando la accion personal que le competa además de las que fueren inherentes á la naturaleza de la obligacion, ó fueran comunes á todos los codeudores (2).

5.^a Que, si el reconvenido no tuviera ninguna escepcion que oponer, estará obligado á pagar la deuda por entero, sin que pueda pretender que se divida entre los demás codeudores, como dispone la ley 8.^a, tit. XII, Partida 5.^a

6.^a Que, demandado uno de los deudores por el todo, pueda no obstante el acreedor reclamar antes de hacerse el pago, contra cualquiera de los otros, mayormente, si aquel á quien se reconvino primeramente fuera insolvente; así como tambien en el caso de haberse reclamado la parte de uno de los deudores, ó se hubiere convenido en que se dividiera la deuda en favor de uno de ellos, podrá reclamarse el todo contra los demás, con deduccion de la parte del deudor á quien se haya libertado de la solidariedad, como dice el nuevo Código (3).

7.^a Que, si pereciese la cosa por culpa de uno de los deudores solidarios, ó despues de constituido en mora, no quedan libres los otros de pagar su valor, aunque se libren de abonar los daños é intereses (4); pero, si sin pe-recer la cosa se demandaran á uno los réditos por no haber pagado á la época prefijada, alcanzará á todos esta obligacion, porque todos han incurrido en la falta de no haber hecho el pago á su tiempo.

8.^a Que, hecho el pago por entero por uno de los deudores, se estingue la obligacion de los demás para con el

(1) Art. 1070.

(2) Art. 1067.

(3) Art. 1062, §. IV y V.

(4) Art. 1065.

acreedor, como espresa la ley 8.^a, tit. XII, Partida 5.^a; pero no se estinguen las obligaciones de los deudores entre sí, los cuales estarán tenidos á abonar al que pagó la parte que les corresponda, dividiendo la deuda en los términos que hubieran pactado, ó á falta de pacto, por partes iguales, incluyendo la del que hubiera quedado insolvente, la cual ha de dividirse entre todos los codeudores, aunque á alguno se le hubiere exonerado de la obligacion solidaria (1).

Para recobrar el deudor que pagó por entero la parte que correspondiere á los demás codeudores, establece la ley 11, tit. XII, Part. 5.^a, que ha de haber obtenido la cesion de acciones del acreedor por medio de una escritura, que llamamos *carta de lasto*, si bien la equidad aconseja que sin este requisito se adquiera tambien este derecho, tanto en el caso de pago hecho por uno de los deudores solidarios, como por uno de los cofiadores.

Tales son las reglas que mas principalmente sirven para determinar los efectos de la mancomunidad entre los deudores; debiendo advertir, que las que se refieren á la llamada *solidaria*, cesan desde el instante en que esta obligacion deja de considerarse como tal, lo cual se verifica en los casos siguientes:

1.^o Cuando el acreedor, no obstante la solidariedad de la obligacion, consiente en que cada uno de los deudores no sea demandado sino por su parte.

2.^o Cuando por algun hecho positivo se infiere que el acreedor renuncia á su derecho, como sucederia en el caso de aceptar la herencia que le pertenecia de alguno de los deudores, ó uno de éstos la del acreedor.

Si solo consintiera el acreedor en pedir á uno de los deudores la parte que le correspondiera, hecha la division de la deuda, ó se la perdonase, quedará subsistente para con los demás la obligacion solidaria, deducida la parte de aquel, con quien ha convenido en la division ó le hubiera exonerado del pago como espresa tambien el nuevo Código (2).

(1) Arts. 1068 y 1069.

(2) Arts. 1062, 1064 y 1066.

Con la mancomunidad de las obligaciones, conviene en cierto modo las que los jurisconsultos llaman *divisibles* é *indivisibles*, lo cual nos pone en la necesidad de haber de examinar su naturaleza, como lo haremos en el párrafo siguiente.

§. VIII.

Qué son obligaciones divisibles é indivisibles, y sus efectos en unas y otras.

Se entiende por obligacion divisible, *la que tiene por objeto una cosa ó un hecho que en su entrega ó ejecucion es susceptible de division; y por obligacion indivisible, la que no admite division; ó que, aun cuando la admita, ni la naturaleza del contrato, ni la intencion de los contrayentes permiten que pueda cumplirse por partes (1).*

Aunque en una y otra obligacion se suponen varias personas tenidas á un mismo tiempo á su cumplimiento, no por ello ha de entenderse que sean mancomunadas las obligaciones *divisibles* é *indivisibles*.

No lo son las *divisibles*, porque la obligacion mancomunada *simple*, con la que pudieran convenir, por haberse tambien de dividir entre varios sugetos su cumplimiento, es efecto de la misma convencion, y la obligacion *divisible* es solo consecuencia de la clase de deuda que se transmite á otras personas por haber sucedido en las obligaciones del deudor, que por esto se establece como principio, *que la divisibilidad solo tiene lugar en los herederos, y no en el deudor principal, el cual debe satisfacer la deuda por entero, á no haberse pactado lo contrario (2).*

No son tampoco mancomunadas solidarias las obligaciones *indivisibles*, porque, aunque en ambas se debe el todo, sin embargo, en las *indivisibles* es solo por la naturaleza de la deuda que no admite division, y en las solidarias, lo es únicamente en virtud de la convencion, que de aquí viene el que, demandado cualquier deudor solidario, deba pagar el todo sin dilacion ni escusa, porque cada deudor debe el todo de la deuda comun; al paso que si se

(1) Arts. 1071 y 1072.

(2) Art. 1073.

reconviniera al que fuera deudor en una obligacion *indivisible*, puede pedir éste un plazo para citar y traer al mismo juicio á sus coherederos, que igualmente que él se hallan tenidos á su cumplimiento individualmente, en razon á que la totalidad de la deuda no la debé cada deudor como en la *solidaria*, sin embargo que ninguna de las dos pueda satisfacerse parcialmente.

Se exceptúa el caso en que no puede cumplirse la obligacion sino solo por el demandado, como lo seria, por ejemplo, si la deuda fuera de un cuerpo cierto y determinado, pues entonces podrá ser condenado éste solo á su entrega, salvo su derecho á repetir contra los demás, segun dice la ley 2.^a, §. II, tit. I, lib. XLV del Digesto (1).

Por lo que acabamos de manifestar, podemos comprender la naturaleza de las obligaciones *divisibles* é *indivisibles* y su diferencia de las *mancomunadas*. Solo falta que veamos los efectos que aquellas producen.

Efectos de las obligaciones divisibles.

Supuesto que la divisibilidad de las obligaciones solo tiene lugar en los herederos del deudor, segun el principio arriba consignado, sus efectos llegado este caso son, el que cada heredero deba pagar su parte á proporcion de la que le hubiere cabido en la herencia.

Así, por ejemplo, si debiendo uno mil reales, muriera dejando dos herederos, la obligacion que en el deudor que la contrajo era *indivisible*, porque no se le admitiera á que la pagase por partes sin consentimiento del acreedor, como espresa la ley 3.^a, tit. XIV, Part 3.^ª, se dividirá entonces entre los dos herederos por partes iguales si en esta proporcion heredaran al deudor, y no podrá el acreedor pedir á cada uno de ellos sino quinientos reales.

Se exceptuan sin embargo los casos siguientes:

- 1.^o Si la deuda fuere hipotecaria.
- 2.^o Si lo fuere de un cuerpo cierto ó determinado que no puede dividirse sin destruirse, como, por ejemplo, un caballo.

(1) Art. 1077.

3.º Si la deuda fuese *alternativa* de dos cosas, y se hubiera pactado que la eleccion fuera del acreedor, como lo seria, si dos personas debieran á la vez mil pesos, ó una casa.

4.º Si constase que uno de los herederos era el encargado de su cumplimiento.

5.º Si de la naturaleza de la convencion, ó de la cosa que es su objeto, ó del fin porque se hubiera celebrado el contrato, resultase que la intencion de los contrayentes era que no se satisficiera la deuda parcialmente.

En todos estos casos, aunque la deuda pueda dividirse, hay lugar á pedir el todo de ella á una sola persona, ora por obrar en poder de uno solo la cosa objeto de la deuda, ora porque uno solo constaba obligado á su pago, ora, en fin, porque la intencion de las partes al contraer la obligacion, fué el que se pagara el todo, no solo por el deudor primitivo, sino tambien por cada uno de los herederos, salvo en el que la pagase el recurso contra los otros.

Efectos de las obligaciones indivisibles.

Recayendo estas obligaciones sobre cosas que no son susceptibles de division, ó que, aun cuando lo sean, en el modo ó términos como se contrajeron se deja conocer la intencion de las partes en no admitir la ejecucion parcial de las mismas, segun espresa su definicion, diremos, que el que hubiere contraido una obligacion *indivisible* estará obligado por la totalidad; cuyo efecto es aplicable igualmente á sus herederos, aun cuando entre ellos nada se hubiera pactado, como aparece de la ley 192 de Regul. iur. y lo espresó tambien la ley 2.ª, §. II y IV, tit. i, libro XLV del Digesto (1).

Así, por ejemplo, si dos personas poseyeran un predio que está tenido á una servidumbre de paso, como la obligacion en este caso es por su naturaleza *indivisible*, cada una de ellas deberá la servidumbre por entero, porque es inconcebible la division en esta clase de obligacion.

Lo mismo sucederia, aun cuando la cosa pudiera divi-

(1) Art. 1075.

dirse, si en los términos con que se contrajo la obligacion apareciera, que la intencion de las partes era que fuese *indivisible*. Tal seria, por ejemplo, cuando dos personas se obligaron á construir una casa, y se negara luego despues una de ellas á verificarlo; en cuyo caso, aunque la obra sea susceptible de division, no quedará exonerada la otra construyendo un piso ó la mitad de la misma, porque el objeto del que contrató era que se levantara toda por completo.

Cuando no se cumpliera la obligacion *indivisible*, responderán todos los deudores de los daños y perjuicios que se irrogaren al acreedor, y del mismo modo estarán tenidos á abonar los intereses si consistieran éstos en cantidad determinada. Para conseguirlo, podrá el acreedor dirigirse contra los demás, si no fuera uno solo el obligado, asi como por parte de los que no se opusieron al cumplimiento, podrán ellos repetir daños y perjuicios de aquel que lo resistió, como espresa el nuevo Código (1).

Lo dicho hasta aquí nos dará una idea de los efectos de las obligaciones *indivisibles* considerados por parte del deudor.

Considerados por parte del acreedor, el fundamento de ellos es el mismo, y bajo este supuesto, cuando fueren muchos los acreedores por haber sucedido en el crédito que constituyó la obligacion *indivisible*, cada uno podrá exigir el total cumplimiento de ella; pero no podrá remitirla, como sucede en las obligaciones mancomunadas *solidarias*, ni tampoco exigir el precio en lugar de la cosa, si fuera un cuerpo cierto y determinado lo que se debiese; tanto que, si lo hiciere, podrán sus coherederos reclamar su total cumplimiento, abonando al deudor la parte que correspondiera al heredero que hizo la renuncia, ó que recibió el precio de la cosa debida. Asi lo enseñan los prácticos, con cuya doctrina se conforma el nuevo Código (2).

Asi, por ejemplo, si uno vendió un caballo, y antes de entregarse al comprador muriera éste dejando dos here-

(1) Art. 1078.

(2) Art. 1076.

deros, podrá cada uno pedir el caballo, por ser esta deuda indivisible: pero no podrá pedir uno por sí solo su valor, aunque sea de la parte que le pueda tocar de su precio, y si lo hiciese, no impedirá esto que su coheredero pida el caballo, abonando al vendedor la parte de precio que entregó al otro heredero.

A todas las obligaciones espresadas puede añadirse una pena para hacer mas eficaz su cumplimiento, lo cual nos obliga á manifestar los efectos de esta cláusula, explicando la naturaleza de las obligaciones que la contienen.

§. IX.

Naturaleza de las obligaciones con cláusula penal.

Se entiende por obligacion con cláusula penal, *aquella en que el deudor se compromete á dar ó á hacer alguna cosa para el caso de no cumplir la obligacion principal.* Ley 34, tit. xi, Part. 5.^a (1).

Se diferencia de la *condicional*, en que en ésta no existe mas que una obligacion que ha de cumplirse si se verifica el acontecimiento que da lugar á ella; y en la que se agrega una pena, son dos las obligaciones que se contraen, á saber: una que es la principal, y otra que se le une para asegurar su cumplimiento, y que entra á sustituirle en caso de faltar á él. Ley 40, tit. xi, Part. 5.^a

Así, por ejemplo, si uno prometiese á otro darle una cantidad si le permitia una cosa que deseaba ó le era útil, esta obligacion que se impone uno de pagar una cantidad en caso de conseguir su objeto, será una obligacion *condicional*: mas, si uno se obligó á dar ó hacer alguna cosa dentro de cierto tiempo, ó sin tiempo determinado, y de no hacerlo, se impone él mismo la obligacion de haber de abonar una cantidad á aquel en cuyo favor se obligó, esta será una *obligacion con cláusula penal*.

En el primer caso, la cantidad señalada es propiamente lo que constituye la obligacion, que deberá entregarse si el otro cumple lo que se le exige: en el segundo, la canti-

(1) Art. 1079.

dad se considera como una pena impuesta para el caso que no cumpla lo que prometió hacer ó dar.

Siendo esto así, si llegado el tiempo en que el deudor debió cumplir su obligacion no lo verificase, podrá el acreedor pedir el cumplimiento de la obligacion principal, ó la pena que se hubiese estipulado; pero no las dos cosas, á no ser que así se hubiere pactado. Ley 34, tit. xi, Part. 5.^a (1).

Cuándo se entiende que ha llegado el tiempo para que el acreedor use de este derecho, se deducirá del modo como se hubiere celebrado la obligacion, lo cual aparecerá en los casos siguientes:

1.^o Si la obligacion se hubiere contraído á dia señalado, y bajo cierta pena, debe el deudor pagar la pena ó cumplir la obligacion tan luego como llegue el dia, aun cuando el acreedor no le hubiere demandado.

2.^o Si no hubo señalamiento de dia y demandado en tiempo y lugar conveniente, no quisiera acceder el deudor, ó dejara pasar el tiempo en que pudo haberlo cumplido, será apremiado á pagar la pena.

3.^o Si hecha la obligacion sin señalamiento de pena ni de dia para cumplirse, hubiere pasado tanto tiempo que, habiéndola podido cumplir, dejó de hacerlo por su negligencia, se le podrá demandar sobre el cumplimiento de lo prometido con los daños y perjuicios ocasionados, los cuales se suplen con la pena cuando ésta se hubiere señalado, por ser ella como una manera de compensacion de los mismos, segun advierte el nuevo Código en el artículo último citado. Ley 35, tit. xi, Part. 5.^a

4.^o Si la obligacion se hubiese expresado de un modo negativo, como si se dijese: *Si yo no os diere, ó no ficiere tal cosa, os prometo pagar tantos maravedis*, que es el ejemplo que pone la ley 15, tit. xi, Part. 5.^a, entonces no se podrá exigir esta cantidad hasta la muerte del obligado, ó hasta que haya perecido la cosa ó haya otra imposibilidad, porque en los contratos no se admite la *caucion Muciana* de los romanos, así como se admite en los testa-

(1) Art. 1081.

mentos, segun manifestamos en el §. IX, leccion 13, tratado 2.^o

5.^o Finalmente, en la obligacion *indivisible* con cláusula penal, bastará la contravencion de uno de los herederos del deudor para que se incurra en la pena, la cual podrá exigir el acreedor del contraventor ó de cualquiera de los demás herederos, como dice la ley 4.^a, tit. I, libro XLV del Digesto; si bien en el caso de pedirse al que no era culpable, deberá el que lo sea indemnizar al que hubiere pagado, segun advierte el nuevo Código (1).

Esto mismo se observará en la obligacion *divisible*, aunque, si el acreedor admitiera el pago parcial de la deuda de parte de alguno de los coherederos, la equidad dicta que deba descontarlo de la pena, aun cuando la exija del contraventor (2).

Cesa esta obligacion en los casos siguientes:

1.^o Cuando fuere nula la obligacion principal por ser contra ley ó contra las buenas costumbres, segun consta de las leyes 28 y 38, tit. XI, Part. 5.^a, sin que obste á esto el decirse al principio de la ley 38, que valga la pena aun cuando no valiera la obligacion principal; porque semejante disposicion se refiere solo al caso en que seria inútil la promesa si no se le añadiera alguna pena, como sucede en el caso que proponen las Instituciones de Justiniano, §. XX, tit. XX, lib. III; pero no puede aplicarse á las obligaciones que fueran nulas en si por ser contra las buenas costumbres, como añade á continuacion la citada ley 38.

En el caso que fuere nula la cláusula penal por imposibilidad en su cumplimiento, no por ello se anula la obligacion principal, porque esta cláusula supone solo una obligacion accesoria, y lo principal no se destruye por faltar lo accesorio.

2.^o Cesa tambien cuando la pena se hubiera impuesto en una promesa de matrimonio; porque éste no debe celebrarse por miedo á la pena, sino por afecto, segun espresa la ley 39, tit. XI, Part. 5.^a

(1) Art. 1083.

(2) Art. 1084.

3.º Cuando la obligacion fuere de entregar cierta cosa y ésta pereciese sin culpa del deudor antes del día ó plazo señalado para la entrega; porque, segun enseñan los prácticos, el cumplimiento de la cláusula penal es como en compensacion de los daños y perjuicios que podrian reclamarse, aun no existiendo ésta, y es bien cierto que éstos no podrian pedirse, pereciendo la cosa sin culpa del deudor. Ley 37 del mismo título y Partida (1).

4.º Cuando se obligó uno á presentar á otro en juicio bajo cierta pena y le sobreviniere alguna imposibilidad de cumplirlo; ó tambien cuando habiendo mandado el juez á uno que hiciese á otro una cosa á cierto día bajo una pena señalada, y no lo pudiera cumplir por razon de algun impedimento, si por otra parte constaba de su voluntad en ejecutarlo. Ley 37 citada.

Otros varios ejemplos proponen las leyes de Partidas que pueden verse en el tít. XI, Part. 5^a, y que nosotros omitimos por la brevedad, mayormente bastando los referidos para comprender tanto los efectos de la obligacion penal, como los casos en que cesa ésta.

(1) Art. 1082.

LECCION SEXTA.

De la estincion de las obligaciones.

SECCION PRIMERA.

De la solucion ó paga.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué se entiende por *solucion ó paga*.—§. III. Qué personas pueden pagar.—§. IV. Quiénes pueden recibir los pagos.—§. V. Lugar y tiempo en que han de verificarse.—§. VI. Modo como han de hacerse.—§. VII. Cómo han de imputarse, existiendo varias deudas.—§. VIII. Con qué condiciones se admite el ofrecimiento y consigna de la cantidad.—§. IX. Efectos que produce la cesion de bienes.—§. X. Qué es subrogacion y modo de hacerse.

§. I.

Razon del método.

Constituida una obligacion, como el efecto inmediato de ella, segun hemos notado en las lecciones anteriores, sea el quedar ligado el deudor á su cumplimiento en el modo y forma con que se hubiere convenido, resulta que en tanto durará ésta, en cuanto la persona obligada no ha llenado el deber de dar ó hacer aquello á que se obligó.

Llenado, pues, este deber, es consecuencia precisa el haber de estinguirse la obligacion.

Mas, como, aun no llenándose materialmente éste, existan algunas causas por las que el deudor se liberta de la obligacion, ó por no poderse realmente cumplir, ó porque el derecho la considera como cumplida en virtud de ciertos actos ó hechos que lo demuestran; nada mas propio que, despues de haber examinado la naturaleza de las obligaciones y los modos como han de cumplirse, huyamos de tratar de los modos como se estinguen.

Estos, segun la ley 2.^a, tit. xiv, Part. 5.^a, son seis: *paga, remision, novacion, compensacion, confusion, y muerte ó destruccion de la cosa*; pero, como además de los espresados existen otros, segun reconoce la misma ley; para que puedan constar todos ellos con distincion y claridad los reduciremos á tres clases, á saber: unos, por los que materialmente se paga lo que se debe; otros, por los que la ley considera como cumplida la obligacion aunque materialmente no se satisfaga la deuda; y otros, por los que se da por terminada ésta, ó porque realmente no puede cumplirse, ó porque se supone que nunca ha existido ó que se halla ya satisfecha.

A la primera clase pertenecen la *solucion ó paga* y el *ofrecimiento y consignación de la cantidad ó cosa que se debe, en caso que el acreedor no la quiere recibir sin tener motivo justo que oponer*; á la segunda, la *compensacion*, la *remision*, el *mútuo disenso*, la *transaccion*, el *compromiso* y la *novacion*; y á la tercera, la *pérdida ó destruccion de la cosa*, la *confusion*, la *nulidad y rescision*, y la *prescripcion* (1).

Demostrar en qué consiste cada uno de estos modos, y qué requisitos deben reunir para que por ellos se estinga la obligacion, será el objeto de esta leccion, que, para su mas fácil comprension, dividiremos en otras tantas secciones cuantas son las clases á que los hemos reducido; siendo materia de la presente el de la *solucion ó paga*, cuya naturaleza y puntos que deben considerarse para su legitimidad, se determinarán en el párrafo siguiente.

§. II.

Qué es solucion ó paga, y puntos que han de considerarse para que sea legitima.

Aunque la palabra *paga* denota en general el *cumplimiento de cualquiera obligacion*, segun es de ver por la ley 176 de Verb. sign. Digest., sin embargo, en su sentido propio y especial no es mas que *la prestacion natural de*

(1) Art. 1086.

lo que uno debe dar ó hacer, como se lee al principio del tit. xxx. lib. III de las Inst. de Just., y confirma la ley 1.^a, tit. XIV, Part. 5.^a

Tomada, pues, en este sentido, se entiende por *paga* ó *cumplimiento*, segun dice el nuevo Código, *la entrega de la cosa ó cantidad, ó la prestacion de un servicio que se hubiere prometido* (1).

De todos los modos por los que se estinguen las obligaciones, el mas natural puede decirse que es la *paga*, porque con él se cumple materialmente con lo que uno está tenido á dar ó hacer. Los demás modos tambien estinguen la obligacion; pero no es de una manera tan propia como la que se verifica por este, sino porque concurren ciertos hechos por los que se considera que el deudor ha de quedar libre de lo que debe.

Atendida esta causa es porque en todos los Códigos se trata de la *paga* antes que de los demás modos de disolverse las obligaciones, cuyo ejemplo seguiremos nosotros, presentando al efecto los requisitos que debe reunir para que sea legitima, los cuales podrán constar fácilmente por el exámen de los puntos siguientes:

- 1.^o Qué personas pueden hacer pagos.
- 2.^o Quiénes pueden recibirlos.
- 3.^o Lugar y tiempo en que han de verificarse.
- 4.^o Modo de hacerse.
- 5.^o Cómo han de imputarse éstos, existiendo varias deudas.
- 6.^o Con qué condiciones puede hacerse el ofrecimiento y consigna de la cosa ó cantidad, para que el deudor quede libre de la obligacion.
- 7.^o Qué efectos produce la cesion de bienes.
- 8.^o Qué es subrogacion, y modo de hacerse.

§. III.

Qué personas pueden hacer los pagos.

Pueden pagar todas las personas que no estuvieran

(1) Art. 1087.

prohibidas de hacerlo, y lo están en primer lugar los que, siendo propietarios, no tienen la libre administracion de sus bienes (1).

La razon es, porque el pago trasmite la propiedad, y mal podria trasferirla el que no la tiene, ó que, aun cuando la tenga, no la pueda enagenar.

Conforme con este principio, encontramos al final del §. II, tit. VIII, lib. II de las Instit. de Just., que el pupilo ó pupila no pueda hacer pagos ó satisfacer deudas sin la autoridad del tutor, así como tampoco lo podrá verificar la mujer casada sin la autoridad del marido, segun los principios sentados en el tratado 1.º de esta 2.ª parte, y se hallan consignados en la ley 11 y siguientes, tit. I, lib. X, Novis. Recop.

Además están prohibidos de hacerlos los locos y los que tienen intervenidos sus bienes judicialmente, como tambien todos aquellos á quienes por sospecha de fraude declaran las leyes por mal hechos los pagos, como lo encontramos así dispuesto en los artículos 1007 y 1038 del Código de comercio.

No siendo personas de las clases espresadas, podrán en las *obligaciones de dar* hacer los pagos:

1.º Los tutores, curadores y maridos, en nombre y por cuenta de las personas que tengan bajo su poder ó direccion.

2.º Los deudores mismos, no teniendo impedimento, los cuales podrán hacerlos por sí ó por medio de otros á quienes hubieren otorgado poderes con este objeto.

3.º Los que tengan algun interés en el cumplimiento de la obligacion, como los codeudores y fiadores.

4.º Finalmente, cualquiera otra persona aunque no tuviera interés en su cumplimiento, ora sea con consentimiento espreso ó tácito del deudor, ora ignorándolo éste, ora, en fin, contradiciéndolo.

Así aparece de la ley 3.ª, tit. XIV, Part. 5.ª, cuya doctrina admite tambien el nuevo Código, escepto en cuanto al pago hecho contra la voluntad del deudor, en el que se

(1) Art. 1098.

prohibe al que pagó de este modo que pueda repetir lo que hubiera satisfecho (1).

Prescindiendo nosotros de esta escepcion, por no estar admitida aun como ley, lo que en nuestra legislacion actual se halla admitido es, que hechos los pagos por las personas que hemos espresado en la ley de Partidas citada, quedan libres para con el acreedor, no solo el deudor, sino tambien los fiadores y las cosas dadas en prenda ó hipotecá, segun lo establecido en la ley 1.^a, tit. xiv, Part. 5.^a; pero continuarán obligados los deudores para con el que hubiere pagado sin tener interés en el cumplimiento de la obligacion; el cual, si hizo el pago consintiéndolo el deudor, tiene contra él la *accion de mandato*: si ignorándolo, gozará del derecho que tiene un *gestor de negocios*; y si lo hizo contra su voluntad, no tiene otro beneficio que el de que le ceda el acreedor sus acciones, á cuya escritura, en la que confiesa éste haber cobrado, y la cesion que hace de su derecho, llamamos *carta de lasto*.

Cuándo tendrá ó no lugar esta cesion lo espresa la ley 11, tit. xii, Part. 5.^a

No sucede lo mismo en las *obligaciones de hacer ó de prestar algun servicio*; porque, como en éstas generalmente se busca la habilidad de las personas ó sus conocimientos ó calidades personales, no podrá un tercero cumplirlas por el obligado á no consentir en ello el acreedor; cuya doctrina, aunque en distintos términos, se halla admitida en el nuevo Código (2).

§. IV.

Quiénes pueden recibir los pagos.

Para que sea válido el pago, debe hacerse á la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligacion.

Mas, como puede suceder que ésta tenga algun impedimento para recibirlo, ó haya delegado á otro sus facul-

(1) Art. 1099.

(2) Art. 1100.

tades en el acto de la convencion, ó despues de celebrada ésta, para comprender estos casos estableceremos las reglas siguientes:

1.^a Puede hacerse el pago y lo pueden recibir los acreedores que tengan la libre administracion de sus bienes, ó no tuvieren algun impedimento. Leyes 4.^a y 5.^a, tit. xiv, Part. 5.^a

2.^a Careciendo de facultades el acreedor para recibir el pago, puede hacerse á los representantes que la ley ó el juez hubieren designado (1), como lo son, por ejemplo, el tutor ó curador con respecto al pupilo, menor, loco ó desmemoriado y pródigo, pero interviniendo en este caso la autorizacion del juez, como dice la ley 4.^a del citado título y Partida: el marido con respecto á la mujer casada, segun dispone la ley 11, tit. i, lib. x, Novis. Recop.: el padre con respecto al hijo que tiene bajo su poder, no siendo del *peculio castrense* y *cuasi castrense*, como se infiere de la ley 5.^a, tit. xvii, Part. 4.^a; y finalmente, los sindicos con respecto al quebrado, ó el representante judicial en un concurso de acreedores.

3.^a Puede igualmente hacerse el pago á los procuradores ó mandatarios de los acreedores, si tienen de éstos poderes generales ó especiales para cobrar, como establece la ley 5.^a, tit. xiv, Part. 5.^a; pero no podrá hacerse á los que solo tengan poderes para pedir en juicio la deuda, segun dispone la ley 7.^a de este título.

Sin embargo, si no teniendo poderes para cobrar se hiciere el pago al tercero, será válido si el acreedor lo tuviera por firme ó lo ratificara, como consta de la citada ley 5.^a

4.^a Asimismo puede hacerse á un tercero designado en el acto de la convencion ó despues de celebrada ésta, si antes de verificarse el pago no mudó de voluntad el acreedor prohibiendo que se pagase á la persona que designó; ó que, aun cuando no la revocase, no hubiere mudado de estado el tercero designado, haciéndose religioso, ó entrando en poder de otro. Leyes 5.^a y 6.^a del mismo título.

(1) Art. 1101.

5.^a Puede hacerse al que está en posesion del crédito por haber sucedido como heredero al acreedor, ó por otra cualquier justa causa, aun cuando dicho poseedor hubiera sido despojado despues por la eviccion.

6.^o Finalmente, cuando fueren muchos los acreedores de mancomun, si el crédito fuese solidario está en mano del deudor pagar á cualquiera de éstos, mientras no haya sido demandado por alguno de ellos; pero si fuese simplemente mancomunado deberá á cada uno pagar la parte prorrateada.

No habiendo mancomunidad entre los acreedores, se observará entre ellos el orden de preferencia que establecen las leyes para el caso en que los bienes del deudor no fueran suficientes para cubrir todas sus obligaciones.

En todos los casos que se han espresado, quedarán libres los deudores de la obligacion que hubieren contraido, y aun lo serán igualmente en el caso de haber hecho el pago á los que carecieran de la libre administracion, si la deuda se hubiere convertido en utilidad del acreedor (1); pues asi lo dicta la equidad, y lo persuade el principio consignado en la ley 17, tit. xxxiv, Part. 7.^a, *de que nadie debe enriquecerse torticeramente con daño de otro*.

Se exceptua, sin embargo, el caso en que se hiciere el pago despues de haber ordenado el juez la retencion de la deuda, ó se probare haberse satisfecho en fraude de los acreedores, como añade el nuevo Código (2).

§. V.

Lugar y tiempo en que ha de hacerse el pago.

El pago debe ejecutarse en el lugar que se hubiere designado en el contrato, como dispone la ley 13, tit. xi, Partida 5.^a, á no ser que no pudiera verificarse en el lugar convenido, que entonces deberá cumplirse la obligacion del mejor modo posible, indemnizando además al acree-

(1) Art. 1102.

(2) Art. 1103.

dor de los perjuicios que se le siguieren á arbitrio del juez.

En el caso en que se hubieren designado dos lugares para cumplir en cada uno de ellos parte de la obligacion convenida, deberá satisfacerse en ambos la parte á que se obligó el deudor: pero si únicamente se designaron dejando á éste la eleccion del punto donde hubiera de pagar, tendrá entonces el deudor la facultad para hacer el pago en el lugar que mas le conviniera, mientras el acreedor no le haya reconvenido.

Otra cosa seria si la eleccion estuviera de parte del acreedor, pues entonces deberá pagarse en el lugar que éste hubiere elegido.

No habiéndose designado lugar, y consistiendo la obligacion en un cuerpo cierto, como por ejemplo, vendiendo uno el vino de su cosecha, ó el trigo que tenia en su granero, deberia entregarse allí donde estuviere encerrado (1) si no se pactó nada en contrario: pero, si la deuda no fuere de cosa determinada, ó lo fuere de cantidad, deberá pagarse á eleccion del acreedor, ó en el lugar del domicilio del deudor, ó en el que se celebró el contrato, si hallándose éste en él, aunque sea accidentalmente, puede ser emplazado, segun manifestamos ya en el §. VII de la leccion 4.^a de este tratado.

Los gastos que ocasionare el pago en cualquiera de los casos espresados son de cuenta del deudor, quien deberá abonar así los que ocurran en trasportar la cosa al lugar donde ha de entregarse, como los que tienen por objeto hacer constar el cumplimiento de la obligacion, tales como las *escrituras de cartas de pago, de recibo, finiquito*, etc.: de otro modo, no cobraria el acreedor por entero lo que se le debe si hubieren de correr á su cargo.

Se exceptúan de esta regla los gastos judiciales, porque éstos penden de las circunstancias de la causa, ó de lo que el juez decida con arreglo á la ley de procedimientos, como espresa el nuevo Código (2).

(1) Art. 1091.

(2) Art. 1092.

Tiempo en que ha de hacerse el pago.

El pago debe hacerse dentro del tiempo convenido, ó en el día que se hubiere fijado, sin necesidad de esperar á que el acreedor lo reclame, como dispone la ley 8.^a, título xiv, Part. 5.^a; pero no por ello queda privado el deudor de hacerlo antes que se cumpla el plazo, mientras que de la naturaleza ó circunstancias del contrato no resulte que dicho señalamiento se puso ó se estipuló en favor del acreedor.

No pagándose al plazo convenido, serán de cuenta del deudor los perjuicios que se sigan al acreedor, y se constituirá responsable de los daños que sufriere la cosa, aunque sucedieren sin culpa suya, como dispone la ley 18, tit. xi, Part. 5.^a

Además, deberá abonar el interés del 6 por 100 al año, en caso que otro no se hubiere pactado, segun consta en el art. 8.^o de la ley sancionada por S. M. en 7 de Marzo de 1856.

Si no se hubiere señalado ningun término, deberá el deudor hacer el pago ó entrega de la cosa luego que fuere interpelado por el acreedor, dándosele, sin embargo, el tiempo que se creyera prudente para cumplir la obligación, como espresa la ley 13, tit. xi, Part. 5.^a

Lo demás que puede decirse con respecto al tiempo en que ha de hacerse el pago, quedó ya manifestado en el §. V de la lección anterior, en el que se trató en general de los efectos que producen las obligaciones á plazo.

§. VI.

Modo como han de hacerse los pagos.

El pago debe hacerse del modo que se hubiere pactado (1), esto es, ha de entregarse el objeto que se prometió ó la cantidad que se adeude si la obligación es de dar, ó ha de ejecutarse el hecho convenido si la obligación fuera de hacer. Ley 3.^a, tit. xiv, Partida 5.^a

(1) Art. 1093.

Esta disposicion, que debe considerarse como el principio general para determinar el modo como ha de hacerse el pago, necesita de algunas aclaraciones que comprendemos en los casos siguientes:

1.º Que cuando el contrato no autorice los pagos parciales, no puede el deudor obligar al acreedor á que acepte en parte el cumplimiento de la obligacion (1), sino que deberá pagar á un mismo tiempo y de una vez todo lo que se debe; pues de otro modo se acarrearían al acreedor muchos daños é inconvenientes.

2.º Que si el crédito produce intereses, se han de pagar éstos y el capital á un mismo tiempo, y no lo uno sin lo otro.

3.º Que el deudor de una cosa no puede obligar al acreedor á que reciba otra diferente, aun cuando fuera de igual ó mayor valor que la deuda (2), á no ser que el deudor no pudiera pagar aquellas cosas que prometiera, ó no pudiera hacerlas del modo como se convino, que entonces podrá entregar otras con aprobacion del juez, ó cumplir la obligacion del mejor modo que le sea posible, indemnizando al acreedor de los daños y perjuicios que se le siguieren, como dispone la ley 3.^a, tit. xiv, Part. 3.^a

4.º Que si la obligacion fuere de entregar una cosa que no se hubiere determinado mas que por su especie, y no hubiere pacto acerca de su calidad, no pueda exigirse de una calidad superior ni entregarse de la inferior (3), como se observa igualmente en los legados de género, segun dijimos en la leccion 16, tratado II, citando la ley 23, tit. ix, Part. 6.^a

5.º Que si la deuda fuere en parte líquida y en parte líquida, podrá exigirse por el acreedor, y hacerse por el deudor el pago de la parte líquida, aun antes de que pueda tener lugar el de la que no lo sea; pues, como dice la ley 8.^a, tit. iv, lib. v del Digesto, lo cierto y líquido no se detiene por lo incierto é ilíquido (4).

6.^a Que los pagos de dinero deben hacerse en la espe-

(1) Art. 1094.

(2) Art. 1089.

(3) Art. 1090.

(4) Art. 1095.

cie pactada, y siendo imposible entregar la especie de moneda que se hubiere estipulado, se hará en la usual y corriente, segun el valor legal de la misma al tiempo de hacerse el pago (1), como está usado en el comercio con arreglo al art. 392 del Código, no obstante que las leyes recopiladas solo admiten esta doctrina en el caso en que los deudores no lo fueren de moneda recibida, porque siendo de esta clase, ó de la de aquellos que, por escrituras, contratos ó convenios están obligados á pagar en plata, se manda en ellos que haya de satisfacerse la deuda en monedas del mismo valor, peso y ley que corria al tiempo del contrato. Leyes 18 y 19, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.

Finalmente, debemos advertir que, aunque no se hubiese estipulado que el pago deba hacerse en las mismas monedas que se recibieron, no por ello se permite que la cantidad que se adeuda pueda pagarse en calderilla ó vellon, sino solo en aquella parte en que se hallan autorizadas las oficinas de Hacienda para pagar ó recibir de corporaciones y particulares, que es la siguiente:

En los pagos y cobranzas de diez mil reales, pueden abonarse en calderilla *trescientos* reales.

En los de cinco mil reales *doscientos* reales.

En los que se hicieren desde mil á cinco mil reales *cien* reales.

Desde veinte reales á mil, *la décima parte del valor*; y no escediendo de veinte reales podrá pagarse todo en calderilla. Circular de la Direccion del Tesoro de 13 de Junio de 1853, recordando el Real decreto de 27 de Junio de 1852.

En el nuevo Código se dispone que haya de estarse en esta parte á lo que determinen las leyes especiales, prohibiendo mientras no existan éstas, que pueda pagarse en esta clase de moneda mas que el cinco por ciento de las deudas que pasen de cinco duros (2).

(1) Art. 1096.

(2) Art. 1096.

§. VII.

Cómo han de imputarse los pagos cuando existan varias deudas.

La ley 10, tit. xiv, Part. 5.^a espresa en pocas palabras lo que ha de observarse cuando, debiendo un hombre á otro deudas de varias clases, hiciese pago de algunas de ellas, lo cual comprenderemos nosotros en las reglas siguientes:

1.^a Que cuando el deudor paga una cantidad á persona con quien tiene diferentes deudas, se aplicará ó imputará á la que el deudor designe al tiempo de hacer el pago, y no haciendo él esta designacion, á la que el acreedor señalare en la carta de pago, si espresa ó tácitamente se hubiera conformado en ella el deudor (1), ó no lo contradijera éste inmediatamente, como dice la citada ley.

2.^a No señalando el deudor ni el acreedor la deuda á la cual haya de aplicarse la paga, se estimará satisfecha la deuda mas onerosa al deudor (2), entendiéndose por tal aquella que produce intereses, ó en la que tiene impuesta una pena, ó va unida á ella una fianza, ó lleva aparejada ejecucion.

3.^a Si todas las deudas fuesen iguales por no tener ninguna de ellas un especial gravámen, se imputará á todas á prorata, como espresa la mencionada ley, si bien algunos comentadores, entre los cuales se cuenta Gregorio Lopez en su glosa á esta ley, quieren que en este caso se atienda primero á la mas antigua, como establecia el derecho romano y admite el nuevo Código en el artículo últimamente citado. Prescindiendo de esta observacion, lo que no debe ofrecer duda es, que para la imputacion han de haber vencido las deudas; pues no seria propio que se aplicara la paga á las que se hubieran contraido á plazo, dejando por satisfacer las vencidas.

4.^a Cuando la deuda produzca intereses, no podrá estimarse hecho el pago por cuenta del capital, mientras no

(1) Art. 1104.

(2) Art. 1106.

estuvieren cubiertos los intereses, á menos que en ello se conviniera el acreedor, como espresa el nuevo Código (1), y se halla dispuesto en la ley 83, tit. VII, lib. III del Digesto.

Si llegado el caso de verificar el pago, rehusara el acreedor admitir la cosa ó cantidad que se debe, puede el deudor extinguir su obligacion por medio del ofrecimiento y consignacion hecha en la forma que prescriban las leyes (2).

§. VIII.

Qué se entiende por ofrecimiento y consignacion, y requisitos para que produzcan efecto.

Se entiende por ofrecimiento, el acto por el cual el deudor hace presente al acreedor que está dispuesto á realizar el pago de la cantidad que adeuda ó de la cosa que tiene de su pertenencia; y por consignacion, el depósito que el deudor hace de la cosa ó cantidad debida, cuando el acreedor se niega á recibirla.

Uno y otro acto tendrán lugar en el caso espresado al final del párrafo anterior; pero para que por ellos se extinga la obligacion deberán reunir los requisitos siguientes:

Requisitos del ofrecimiento.

Este, para que sea válido, necesita:

- 1.º Que sea de toda la deuda.
- 2.º Que se haga por persona que tenga capacidad para pagar y á persona que sea igualmente capaz para recibir la cosa ó cantidad. No siendo al acreedor, podrá hacerse tambien al apoderado, si tuviese poderes para cobrar.
- 3.º Que se ofrezca en el lugar que se hubiere convenido, y en su defecto en el del domicilio del acreedor.
- 4.º Que haya vencido el plazo, ó se haya cumplido la condicion con que se contrajo la deuda.

(1) Art. 1105,

(2) Art. 1107.

5.º Que el deudor manifieste ante hombres buenos ó ante el juez, que está pronto á satisfacer la deuda, ó que en caso contrario procederá á hacer el depósito de la misma. Ley 8.ª, tit. xiv, Part. 5.ª

Requisitos de la consignacion.

Estos son los mismos que los que se exigen para el ofrecimiento: pero además debe tenerse presente que, aunque la ley de Partidas citada permite que pueda hacerse en manos de algun hombre bueno, ó en la sacristia de alguna iglesia, es mas espedito consignar la cosa ó cantidad en el juzgado, pidiendo al juez que designe persona ó establecimiento donde haya de hacerse el depósito.

Nuestras leyes de procedimientos nada espresan acerca de la ritualidad que haya de observarse para estos actos. Solo encontraremos en el art. 677 de la ley de enjuiciamiento civil lo mas preciso en cuanto á la consignacion del precio en caso de intentarse el retracto; pero nada respecto á la consignacion de cantidad ó cosa para extinguir una obligacion.

El proyecto del Código civil, despues de convenir con los requisitos que hemos espresado para dichos actos, se ocupa de estos pormenores, que no tenemos inconveniente en adoptar, porque nos parece muy útil esta práctica y muy análoga al objeto á que se dirige (1).

No solo es el medio del ofrecimiento y consigna el que conceden las leyes al deudor para que pueda libertarse de la obligacion cuando el acreedor no quisiera recibir la cantidad ó cosa debida, sino que además permiten al mismo deudor cuando no pudiera pagar sus deudas, el poder ceder sus bienes á sus acreedores para que se cobren con su importe en cuanto alcance su valor. El acto en que esto se verifica se llama *cesion*, cuya naturaleza y efectos examinaremos en el párrafo siguiente.

(1) Arts. desde el 1108 al 1116.

§. IX.

Naturaleza de la cesion de bienes, y sus efectos.

Se entiende por esta cesion, *el abandono que un deudor hace de todos sus bienes en favor de sus acreedores, ora sean varios, ora uno solo.* Proemio del tit. xv, Partida 5.^a (1).

En los tiempos mas antiguos de Roma no era conocido este medio, sino que el deudor insolvente quedaba bajo el poder de su acreedor, á manera de esclavo. Suavizose despues el rigor de esta legislacion con el hecho de haberse permitido á los deudores que pudieran hacer cesion de sus bienes si querian conservar la libertad en sus personas, segun consta de las leyes 1.^a y 4.^a, tit. LXXI, lib. VII del Código de Justiniano; pero esta gracia únicamente se concedia á aquellos que por su infortunio inculpable habían sido reducidos á esta desgracia, y no á aquellos que habían procedido de mala fé, como espresan las leyes 8.^a, 22 y 51, tit. III, lib. XLII del Digesto, ni á aquellos que habían incurrido en alguna multa por algun delito, segun dispone la ley 7.^a, §. III, tit. I, lib. II de este Código.

El Fuero Juzgo adoptó la primitiva legislacion de los romanos, como es de ver en la ley 3.^a, tit. VI, libro V, en la que se dispone que *el deudor insolvente debe facer paga á cada uno de los acreedores, é si non, que sea siervo de todos, etc.*; pero las leyes de Partidas se separaron de esta doctrina y consideraron la cesion como un medio de libertarse los deudores de ser reducidos á prision, como consta de la ley 4.^a, tit. XV, Part. 5.^a

Las leyes recopiladas confirmaron esta legislacion, mandando que, si requerido el deudor para el pago no lo hiciera, ni presentare bienes muebles y en su defecto raices con fianzas de saneamiento, fuera puesto en la cárcel, segun aparece de la ley 12, tit. XXVIII, lib. XI, Novis. Recop.; escepto si fueran *labradores, operaríos de fábricas y*

(1) Art. 1145.

profesores de cualquier arte ú oficio, que no fuesen deudores del fisco, ó procedieran sus deudas de delito ó cuasi delito, como espresó la ley 19, tit. xxxi, lib. xi, Novis. Recop.

El contenido de esta ley dió lugar á creer que se habia abolido la práctica de ser reducido á prision el deudor insolvente, cuando ella solo esceptuó á ciertas clases del Estado en el caso que no fueran sus deudas en favor del fisco ó procedentes de delito. Sin embargo, ella es la que ha prevalecido, admitiéndose ya como un principio, *de que nadie pueda ser puesto preso por deudas*.

No hay duda que es mas humana la doctrina que establece este principio; pero es tal la inmoralidad y la mala fé, y tanta la impudencia de ciertos deudores, que en nuestro concepto, debia restablecerse la antigua legislacion, al menos en los términos que lo hace el nuevo Código en el título del *apremio personal* (1), si no se quiere que quede abandonada la propiedad á merced de hombres de mala fé que por desgracia cunden en gran manera en la sociedad.

Dejando, pues, á la prudencia del legislador el adoptar ó no nuestras insinuaciones, y fijándonos en la doctrina del derecho acerca del beneficio de *cesion* tal como lo establecieron las leyes de Partidas, examinaremos en ella:

- 1.º Sus especies;
- 2.º Las personas que la pueden hacer;
- 3.º Los bienes que comprende; y
- 4.º Sus efectos.

Especies de cesion.

La cesion puede dividirse en *convencional* y *judicial*, como lo hace la ley 9.^a, tit. iii, lib. xlii del Digesto (2); pues, aunque la ley 1.^a, tit. xv, Part. 5.^a, no parece que admita otra cesion que la *judicial*, esto no impide que pueda hacerse tambien fuera de juicio, como afirma Gregorio Lopez en su glosa á esta ley.

Bajo este supuesto, se llamará cesion convencional *aquella que los acreedores aceptan voluntariamente, obli-*

(1) Art. 1906 y siguientes.

(2) Art. 1146.

gándose á lo que se hubiere pactado entre ellos y el deudor (1); y se llamará judicial aquella que por un beneficio especial concede la ley á los deudores de buena fé, para que puedan abandonar sus bienes á favor de sus acreedores, cuando á consecuencia de desgracias inevitables no pudieran satisfacer sus créditos (2).

Personas que pueden hacer cesion de bienes.

Estas pueden serlo todos los deudores desgraciados que, por efecto de algunos accidentes imprevistos en una regular y prudente administracion, ven reducidos sus bienes á términos de no poder corresponder á sus acreedores: con la diferencia que, si la cesion se hace *extrajudicialmente*, como ésta es el resultado de un acomodamiento entre el deudor y el acreedor ó acreedores que tuviere, no puede obligarse á éstos á aceptarla; mas si se *hiciera judicialmente*, ni puede dejar el juez de admitirla, ni los acreedores rehusarla, por considerar la ley como un acto de humanidad acoger bajo su proteccion al deudor, cuando están comprobadas sus desgracias y la buena fé con que procedió. Ley 1.^a, tit. xv, Part. 5.^a

No siendo así, no podrá el juez admitirla, del mismo modo que tampoco podrá hacerlo si los deudores fueran de aquellos á quienes las leyes escluyen de este beneficio, que son los siguientes:

1.^o Los arrendadores de rentas del Estado y sus fiadores. Ley 9.^a, tit. xxxii, lib. xi, Novis. Recop.

2.^o Los que hubieran enagenado, ocultado ó dilapidado sus bienes en fraude de los acreedores, á los que no solo no se les permite la cesion, sino que además se les castiga con las penas de arresto mayor si la deuda escede de cinco duros, y con la de prision correccional si escediese de cien duros. Art. 448 del Código penal.

3.^o Los deudores alzados, segun consta de las leyes 1.^a y 2.^a, tit. xxxii, lib. xi, Novis. Recop., además de quedar sujetos á las penas que les imponen, tanto á ellos como á

(1) Art. 1147.

(2) Art. 1148.

los quebrados fraudulentos y culpables, los artículos 443 y siguientes de dicho Código.

4.º Los que lo fueran por deudas resultantes de daños causados por un delito ó cuasi delito en que se hubiere mezclado fraude, ocultacion, falsedad ú otro esceso, en cuanto á la multa ó pena pecuniaria que por él se les impusiere, segun lo prescrito en el Código penal en los títulos relativos á los delitos espresados; pero no por lo que les correspondiere en cuanto á los daños hechos al agraviado. Ley 8.ª, tit. xxxii, lib. xi, Novis. Recop.

A todos los espresados deudores, añade Gregorio Lopez en la glosa 4.ª á la ley 5.ª, tit. xv, Part. 5.ª, aquellos que hubieran ya obtenido espera de sus acreedores, si bien, no estando prohibido esto espresamente en la ley, nos parece que no hay motivo suficiente para privarles en este caso de dicho beneficio, mayormente, si la espera concedida no hubiere mejorado la condicion del deudor.

Bienes que comprende la cesion.

Segun la ley 1.ª, tit. xv, Part. 5.ª, lo son todos los bienes del deudor, escepto los vestidos de uso ordinario; pero en la práctica se concede por un acto de humanidad que puedan retener los instrumentos de la profesion que ejerciere y los demás en los que no pueden hacerse embargos, segun lo prescrito en el art. 951 de la ley de enjuiciamiento civil.

Si fueren eclesiásticos los deudores, ó empleados, ó cualquiera de las personas que gozan del beneficio de competencia, como son: los ascendientes respecto de sus descendientes, y éstos respecto de aquellos; los cónyuges entre sí y con respecto á sus suegros; los sócios mutuamente entre ellos, y el donador con respecto al donatario; pueden todos éstos reservarse lo que fuere necesario para vivir segun su estado, como dice la ley 1.ª, tit. xv, Part. 5.ª; pudiendo servir como de tipo en cuanto á los empleados y eclesiásticos, lo que el art. 952 de dicha ley tiene señalado relativamente á la parte del sueldo que puede ser embargado.

Dejando, pues, en salvo los bienes espresados, serán objeto de la *cesion* los demás que le restaren al deudor, cuyos efectos manifestaremos á continuacion.

Efectos de la cesion de bienes.

Para determinar los efectos que produce la cesion, debemos advertir que, si fuere ella *convencional*, como ésta no es mas que un acomodamiento entre los acreedores y deudor, habrá de atenderse para ello á lo que se hubiere pactado: mas si fuere *judicial*, ó si, siendo *convencional*, nada se hubiera pactado, los efectos que produce son los siguientes:

1.º El que hayan de ser vendidos los bienes cedidos, y con su producto hacer pago á cada uno de los acreedores, segun la prelacion de sus créditos; como dice la ley 1.ª, tit. xv, Part. 1.ª (1), á no ser que antes de proceder á la subasta los reclamare el deudor para hacer el pago á sus acreedores ó para defenderse contra ellos, segun dispone la ley 2.ª, tit. xv, Partida 5.ª

2.º El extinguirse el crédito ó créditos hasta en la cantidad á que alcance el producto de los bienes cedidos para su pago; quedando por lo mismo obligado el deudor en lo que restare de la deuda, en cuya parte continuarán tambien obligados los deudores mancomunados, los fiadores si los hubiere y los herederos del que hizo la cesion si recibieron éstos la herencia sin beneficio de inventario. Ley 3.ª, tit. xv, Partida 5.ª (2).

3.º El gozar el deudor del beneficio de competencia si llegase á mejor fortuna, esto es, que si despues de la cesion adquiriera algunos otros bienes, no está obligado á cederlos ni á pagar con ellos á los acreedores sino solo en cuanto le sobre despues de atender á su subsistencia, segun su clase; entendiéndose que este beneficio es solo con respecto á los acreedores á cuyo favor hizo la cesion, y no con respecto á los posteriores á ella, como dice la ley citada, y que no alcanza á los fiadores si los hubiere, ni tam-

(1) Art. 1151.

(2) Art. 1150, núm. 2.º, y 1152.

poco á los herederos de los deudores, á no ser en el caso de restitucion de dote por el marido en que, gozando éste del indicado beneficio, alcanza tambien á los hijos, si acaeciére que hayan de entregár la dote á su madre por razon de su padre, como espresa la ley 32, tit. xi, Part. 4.^a

Además de estos efectos comunes á las dos *cesiones*, en la *judicial* particularmente, se producen los siguientes:

1.^o Que, mientras se sustancie el concurso no puede el deudor ser reconvenido ni ejecutado por ninguno de sus acreedores separadamente.

2.^o Que el juicio toma el carácter de *universal*, atrayendo á si todas las reclamaciones que hubiere ó se promovieran contra el mismo deudor para el pago de las deudas, y acumulándose al concurso todos los autos que se estén siguiendo ó se principien de nuevo contra el deudor, ora ante el mismo juez ó ante otros, segun consta de los artículos 157, disposicion 3.^a, y 523 de la ley de enjuiciamiento.

3.^o Que, nombrado el depositario del concurso, queda á cargo de éste, además de la custodia de los bienes del deudor, su administracion, la cobranza y reclamacion de créditos, derechos y acciones, y aun la facultad de enagenarlos si no pudieran conservarse, cuyas facultades pasarán despues á los síndicos del concurso tan luego como se haya publicado su nombramiento, segun disponen los artículos 526 y 549 y siguientes de la referida ley.

4.^o Finalmente, para los demás efectos de la *cesion judicial* deberán tenerse presente los convenios que hiciere el concursado con los acreedores, segun se halla permitido, si concurren las circunstancias designadas en los artículos desde el 611 de esta ley.

Vistos los efectos que produce la cesion de bienes hecha por el deudor á favor de sus acreedores, como éstos pueden tambien ceder sus derechos á otros que se subrogan en su lugar, el órden pide que se examine la naturaleza y efectos de la *subrogacion*.

§. X.

Qué se entiende por subrogacion, y modo de hacerse.

La palabra *subrogacion* puede referirse, tanto á las cosas como á las personas. Si se refiere á las cosas, se llamará *subrogacion real*; y si á las personas, *personal*.

De esta segunda es de la que nos ocupamos en este lugar, la cual, en general, no es mas que *el acto por el que una persona se pone en lugar de un deudor tomando sobre si la obligacion que éste habia contraido, ó en lugar de un acreedor adquiriendo sus derechos*.

La primera, ó aquella en que uno se subroga en lugar del deudor, se llama mas propiamente *delegacion de deuda*, ó *novacion*: la segunda, ó en que uno se subroga en lugar del acreedor, se comprende comunmente bajo la palabra *subrogacion*, en cuyo sentido la encontramos usada en el nuevo Código (1).

Siguiendo, pues, nosotros este pensamiento, admitido entre los jurisconsultos, definiremos la *subrogacion*, diciendo que es *la trasmision hecha á una persona de los créditos, derechos y acciones que tiene alguno contra otro, quedando subsistente la obligacion del deudor*.

Entendida así la palabra *subrogacion*, el nuevo Código la divide en dos clases, á saber: en *legal* y *convencional* (2), y á las cuales podemos nosotros añadir otra que llamaremos *judicial*.

La legal es *aquella por la que, en virtud de la ley, se transmiten á un sugeto las acciones que competen á otro, sin que intervenga acto alguno de parte de éste*.

De ésta presentan las leyes de Partidas varios casos, los cuales, como unidos á los que proponen los comentadores, convienen con los que designa el nuevo Código (3), los referiremos bajo el mismo orden que el anotado en éste, y son los siguientes:

1.º Del que, siendo acreedor, paga á otro acreedor preferente.

(1) Art. 1116 y siguientes.

(2) Art. 1116.

(3) Art. 1117.

2.º Del tercero no interesado que paga por el deudor, ora consienta éste, ora lo haga sin mandato suyo, ora contradiciéndolo. Leyes 32, tit. xii, y 3.ª, tit. xiv, Part. 5.ª

3.º Del que paga por tener interés en el cumplimiento de la obligacion, como lo sería un fiador ó un codeudor. Ley 34, tit. xiii, Part. 5.ª

4.º Del heredero que admite la herencia con *beneficio de inventario*, y paga con sus propios fondos las deudas de la misma. Leyes 7.ª y 8.ª, tit. vi, Part. 6.ª

La otra subrogacion es la *convencional*, la cual es *aquella que se hace entre el acreedor y un tercero sin necesidad de que concurra á ella el deudor, ó la que se hace entre el deudor y un tercero sin concurrencia del acreedor*.

La que se hace *entre el acreedor y un tercero* tiene lugar cuando el acreedor recibe el pago de un tercero, y se subroga en sus derechos, acciones, privilegios é hipotecas que tiene contra el deudor: ó tambien cuando sin recibir el pago cede gratuitamente á otro sus derechos.

Si se hace del primer modo, debe constar espresamente y verificarse al mismo tiempo que el pago, pues, no siendo así, no produciria ningun efecto la cesion ó traspaso de derechos, en razon de que, estando estinguido el que el acreedor tenia, despues de verificado el pago, ya no puede ceder lo que ha perdido (1).

Si del segundo modo, entonces valdrá en cuanto no se ceda el crédito á otro acreedor mas poderoso, como disponen las leyes 15 y 16, tit. vii, Part. 3.ª, si bien nos parece que debe considerarse abolida esta disposicion, por haber cesado las causas que dieron lugar á ella, que es uno de los motivos por que se entiende derogada una ley, segun anotamos en el §. 7.º, leccion 2.ª, tratado 1.º

En efecto, basta fijar la consideracion en el cuadro que presentamos de las injusticias, violencias ó abusos de los *magnates y ricos homes*, en el párrafo 12, leccion 7.ª de la primera parte de esta obra, y nos convenceremos desde luego de la necesidad de adoptar en aquel entonces esta y otras medidas que tendieran á disminuir el esceseivo en-

(1) Art. 1118.

grandecimiento de los nobles, causa principal de los desórdenes que promovian.

En la actualidad han desaparecido todos aquellos privilegios que les constituian de mejor condicion que á las demás clases del Estado, y á unos y otros se administra la justicia con igualdad; y por lo mismo nada hay ya que temer de que se cedan las acciones y derechos á personas mas poderosas en el sentido en que espresan dichas leyes, pues el abuso que por parte de éstas pudiera cometerse, podria reprimirse con la misma facilidad que si se cometiera por otros que no pertenecieran á dicha clase.

Prescindiendo de esta observacion, y volviendo la vista al otro caso de *subrogacion* que espresa la definicion, diremos, que la que se hace entre el deudor y un tercero tiene lugar cuando el deudor, sin consentimiento del acreedor, paga la deuda con una cantidad que ha tomado prestada y subroga al prestamista en los derechos y acciones del acreedor primitivo: pero para que sea válida y se admita en un concurso de acreedores, es necesario que el préstamo y el pago consten por *escritura pública*, y que se esprese en la de *préstamo*, que se contrajo éste para pagar al acreedor, y en la de *pagó*, que éste se ha hecho con el dinero tomado á préstamo; pues de otro modo podria un deudor, despues de haber pagado con su propio dinero, suponer que lo habia hecho con dinero prestado, y hacer la subrogacion para defraudar á los acreedores mas antiguos (1).

Finalmente, la *subrogacion judicial* es la que se hace por sentencia del juez, adjudicando á una persona los mismos derechos y acciones que otra tenia.

Además de estas clases de subrogacion, el acreedor puede vender sus derechos, créditos y acciones; pero en este caso quedará sujeto á las reglas ordinarias de la compra venta, de las cuales trataremos en el lugar correspondiente.

(1) Artículos 1119 y 1120.

SECCION SEGUNDA.

De los modos de extinguirse las obligaciones por considerarlas la ley como cumplidas, aunque materialmente no se satisfaga la deuda.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de la *compensacion*, y su utilidad.—§. III. Requisitos para que tenga lugar.—§. IV. Sus efectos.—§. V. Qué es *remision*, sus especies y efectos que produce.—§. VI. Naturaleza del *mútuo disenso*, y á qué contratos se aplica.—§. VII. Qué es *novacion*, modos como se verifica, y sus efectos.—§. VIII. Qué es *transaccion*, personas que pueden transigir, y en qué cosas.—§. IX. Sus efectos, y causas por las que se anula.—§. X. Qué sea *compromiso*, y puntos que han de considerarse para determinar su naturaleza.

§. I.

Razon del método.

Examinada la naturaleza de la *solucion* ó *paga*, como la obligacion se disuelve, segun espresan las leyes de Partidas, no solo cuando materialmente se entrega lo que se debe, sino tambien cuando, sin entrega alguna, la considera la ley por cumplida, el orden pide que veámos los modos como se verifica.

Estos modos no todos reconocen una causa, porque unos penden del hecho de ser dos personas mutuamente deudores y acreedores, y á este modo le llamaremos *compensacion*; y otros proceden del consentimiento, ó de solo el acreedor, á cuya clase pertenece la *remision*; ó del acreedor y deudor, y á ésta pertenecen el *mútuo disenso*, la *transaccion*, el *compromiso* y la *novacion*.

La esposicion de los principios y disposiciones que rigen en cuanto á los modos de disolverse las obligaciones que acabamos de referir, será el objeto de la presente seccion,

que principiaremos dando una idea de la naturaleza de la *compensacion*.

§. II.

Naturaleza de la compensacion, y su utilidad.

Se entiende por *compensacion*, segun la ley 20, tit. xiv, Part. 5.^a, *el descuento de un deudo por otro; ó mas claramente, la estincion de la deuda entre dos personas que reunen la calidad de deudores y acreedores reciprocamente y por su propio derecho*, como dice el nuevo Código (1).

Aunque este hecho se verifica por solo el ministerio de la ley y sin advertirlo los deudores (2), sin embargo, como á las veces se necesita de una declaracion judicial para que se tenga por hecha la *compensacion*, han creido conveniente los autores dividirla en dos clases, á saber: una que llaman *compensacion de ley* y otra *judicial*; añadiendo algunos á estas dos clases otra que llaman *convencional*, al menos para comprender aquellos casos en que por consentimiento de las partes interesadas se compensan deudas en que falta alguno de los requisitos que la ley exige para que tenga lugar.

Utilidad de la compensacion.

Cualquiera que sea el modo como se verifique la *compensacion*, su utilidad es evidente para ambas partes, puesto que les ahorra gastos, pleitos y rodeos que no podrian dejar de ocurrir si fuere necesario que cada uno de los deudores hubiera de pagar materialmente lo que debe, para que se extinguiera la deuda.

Solo cuando se alegara en juicio, podrá no producirse este efecto, como sucederá si se propone por medio de una *mútua peticion* y no por via de *escepcion*. La razon es, porque en el primer caso, como ambas partes se piden materialmente una cosa, la sentencia, probada que sea la

(1) Art. 1122.

(2) Art. 1123.

accion y la *reconvencion*, ha de ser el que los dos litigantes entreguen lo que mutuamente se reclaman, y por lo mismo no cabe la *compensacion*, como dice Gregorio Lopez en su glosa 5.^a á la ley 20, tit. xiv, Part. 5.^a

No sucede así cuando la *compensacion* se propone por via de *escepcion*, porque entónces, como se confiesa desde luego deudor el que la alega, se ve claramente su intencion de querer que se descuente con lo que el acreedor le debe, y por lo mismo la sentencia ha de ser que el crédito de uno se compense con el del que otro reclama, si ambas deudas reúnen las condiciones necesarias para que puedan estinguirse por la *compensacion*.

§. III.

Requisitos para que tenga lugar la compensacion.

Los requisitos para que se estingan las deudas por la *compensacion*, son los siguientes:

- 1.^o Que las deudas consistan en dinero, ó en cosas fungibles de una misma especie, calidad y bondad.
- 2.^o Que una y otra deuda sean líquidas.
- 3.^o Que ambas sean exigibles.
- 4.^o Que sean recíprocas.
- 5.^o Finalmente, que ninguna de ellas sea de la clase de las que las leyes escluyen de la *compensacion*.

Que las deudas consistan en dinero ó en cosas fungibles de una misma especie.

Se dice que es necesario este requisito, porque, siendo la *compensacion* una manera de *pagamiento*, como espresa la ley 20, tit. xiv, Part. 5.^a, es preciso que el objeto ó cosa en que consista cada una de las dos deudas pueda servir al pago de la otra; y como solo entre dinero ó cosas fungibles de una misma especie, calidad y bondad puede verificarse esta circunstancia, porque solo entre ellas puede haber esa exactitud y semejanza que se desea en lo que mutuamente deben entregarse las partes interesadas, queda suficientemente demostrada la necesidad de este requisito.

Así lo dispone además la ley 21, tit. xiv, Part. 5.^a, con la cual se halla conforme el nuevo Código (1).

No consistiendo las deudas en dinero ó en cosas fungibles de la misma especie, calidad y bondad, no podrán compensarse por la ley ni por el juez; pero si que podrán compensarse por convenio de las partes interesadas, si consienten éstas en que se justiprecie cada una de las cosas que se deban, y queden estinguidas las deudas en cuanto á la cantidad concurrente si fuera desigual su valor, ó en el todo, si fuere uno mismo el de los dos.

Se exceptúa el caso en que las cosas que se debieren fueran indeterminadas, pero de un mismo género; que entonces, aunque no sean fungibles, podrá verificarse la *compensacion* por el ministerio de la ley, puesto que, no estando señaladas las cosas individualmente, se supone que lo que se compensa es solo su valor. Ley 21, tit. xiv, Part. 5.^a

En ninguno de los casos espresados obsta á la *compensacion* el que las deudas sean pagaderas en distintos lugares, con tal que se abonen los interesados la diferencia de precio en razon de las localidades, como asimismo los gastos de trasporte ó cambio al lugar del pago, segun dispone la ley 15, tit. II, lib. XVI del Digesto, y espresa tambien el nuevo Código (2).

Que una y otra deuda sean líquidas.

El segundo requisito para la *compensacion* es, que las deudas sean líquidas; pues, no siendo de esta clase, no pueden compensarse sin voluntad espresa de las partes (3).

Así, pues, si la deuda estuviere sujeta á pleito, ó resultara de haberse de abonar por alguna causa daños y perjuicios cuyo valor no se hubiere fijado, no puede compensarse con otra deuda cierta y determinada, á no ser que el que la opone como *excepcion* pueda probar su cer-

(1) Art. 1124.

(2) Art. 1130.

(3) Art. 1125.

teza y la cantidad á que asciende, dentro del término de diez dias, como dispone la ley 20, tít. xiv, Part. 5.^a

Esta justificacion, que en el juicio ejecutivo debe hacerse dentro el término que designa la citada ley de Partidas, segun consta del art. 966 de la ley de enjuiciamiento civil, no creemos que haya de proponerse en el mismo término cuando se trate de un juicio ordinario, por la razon de que en éste las *escepciones perentorias*, que, como tal, se considera la *compensacion*, deben discutirse al propio tiempo que el negocio principal, y han de ser resueltas juntamente con éste en la sentencia, como espresa el art. 254 de dicha ley.

Que las dos deudas sean exigibles.

El tercer requisito es que las dos deudas puedan desde luego pedirse por ambas partes, que es lo mismo que lo que se quiere dar á entender al decir que han de ser exigibles.

De esta circunstancia inferimos:

1.º Que las deudas á plazo no pueden compensarse; porque si á nadie puede obligarse á que verifique el pago de lo que debe, si se ha señalado tiempo, antes de que llegue su vencimiento; tampoco en este caso puede tener lugar la *compensacion*, por ser ésta un verdadero pago. Sin embargo, si el plazo ó espera se ha concedido por el juez, ó gratuitamente por el acreedor, no se impide la *compensacion* (1).

2.º Que una deuda pura no puede compensarse con otra condicional, á no ser que en este caso ó en el anterior, se convinieran espresamente las partes interesadas en que se llevara á efecto (2).

3.º Que tampoco pueden compensarse las demás deudas que, ó bien no confieren accion al acreedor para pedir-las, como las procedentes de pérdidas en juegos prohibidos, ó bien no pueden estimarse en tal ó cual cantidad determinada, como, por ejemplo, lo que se debiere por

(1) Art. 1125, números 2.º y 3.º

(2) Art. 1133.

la renta vitalicia que á otro se hubiera concedido, ó bien porque alguna de ellas se hubiera extinguido por la prescripción.

Que las deudas sean reciprocas.

El cuarto requisito es, que las deudas sean reciprocas, ó que se refieran á personas que á un mismo tiempo sean deudor y acreedor la una de la otra.

Por falta de este requisito no podrán compensarse las deudas siguientes:

1.^a Las de los procuradores, administradores ó mandatarios con las que sus acreedores deban á sus principales.

2.^a Las de los tutores, con las que sus acreedores debieren al pupilo que tuvieren bajo su guarda, ni las de los acreedores de éste, con las que ellos deban al tutor.

3.^a Las del deudor que hubiere aceptado la cesion que hizo su acreedor, para extinguir con lo que éste le debe el crédito que pasó al cesionario. Si no aceptó, podrá, sin embargo, compensar los créditos que hasta el acto de la cesion tenia contra el acreedor, pero no los posteriores; así como podrá los anteriores y posteriores que hubiere contraído hasta que llegó á su noticia la cesion, si se hizo ésta sin su consentimiento, como esplican los prácticos y establece el nuevo Código (1).

4.^a Las de un deudor solidario, con las que el acreedor debe á otro codeudor; aunque, si el acreedor acude al codeudor á quien el mismo debe, y éste opone la *compensación*, quedará estinguida la deuda para con todos los codeudores.

5.^a Las de un fiador con las que el acreedor del deudor principal debe á otro de los cofiadores, escepto si el acreedor pidiera la deuda al cofiador á quien el mismo estuviera debiendo, que entonces quedará estinguida en los mismos términos que en el caso anterior.

(1) Art. 1128.

6.^a Las del deudor principal, con las que el acreedor debe al fiador (1).

Otros varios casos pudieran proponerse, pero todos se podrán resolver con solo tener presente el principio que la *compensacion* no tiene lugar sino entre dos sugetos que á un mismo tiempo son deudor y acreedor el uno del otro, ora sean los mismos entre quienes quedaron constituidas las deudas ó los créditos, ora los que les hayan sucedido en sus obligaciones y derechos, ora en fin, sus fiadores y aun tambien sus procuradores, cuando, reconvenidos por la deuda de su principal, tuviera éste algunos créditos contra el acreedor que la exigiere.

Así lo proponen los prácticos, con cuya doctrina está conforme el nuevo Código, y de la cual inferimos el poder compensar el heredero sus deudas con las que debia al difunto un tercero, ó las de éste respecto al heredero, con las que el difunto debia al tercero, aunque para ello es necesario que la herencia se haya aceptado *puramente* y no á *beneficio de inventario* (2).

Tambien podrá el fiador reconvenido por el acreedor para el pago de la deuda de su principal oponer la *compensacion* con el crédito que éste tuviere contra el acreedor, segun consta de la ley 24, tít. xiv, Part. 5.^a; y lo mismo podrán hacer los procuradores de los deudores principales ó de sus fiadores, cuando fueren reconvenidos sus representantes, si bien en este caso deben dar caucion de que sus principales *habrán por firme lo hecho por ellos*, segun espresa la ley citada; del mismo modo que deberá darla un hijo cuando, saliendo al juicio en que fué emplazado su padre, opusiera la *compensacion* con otra deuda que debiera á éste el demandante, como así está dispuesto en la ley 25 del mismo título y Partida.

Finalmente, nos parece oportuno añadir en este lugar que, si los créditos ó deudas fueren entre una sociedad y los deudores ó acreedores de algunos de lo sócios, no habrá lugar á la *compensacion*; porque la sociedad es una

(1) Art. 1127.

(2) Art. 1129.

persona moral distinta de la natural de cada uno de los socios, individualmente considerados; y por lo mismo deja de existir la reciprocidad de las deudas y créditos: pero si que podrán compensar éstos entre sí sus respectivas obligaciones con los perjuicios que mutuamente se hubieren causado, observando para ello las reglas siguientes:

1.^a Que, si hubiere dos socios, por ejemplo, y el uno conviniese al otro por los daños que causó en la sociedad, y éste le objetase que tambien los habia producido él por su parte, se compensarán entre sí estos daños, ó en el todo si fueren iguales, ó, no siéndolo, en la cantidad concurrente. Ley 22, tit. xiv, Part. 5.^a

2.^a Que, si uno hubiere hecho daños por una parte, y por otra hubiera procurado utilidades, podrá compensar el valor de éstas con el de los daños causados, segun fuere la cantidad, siempre que éstos no procedan de dolo y si solo de culpa ó negligencia suya; que es como concilia Gregorio Lopez la ley 22 citada con la 13, tit. x de la misma Partida, que al parecer se contradicen.

3.^a Que, si uno de los socios hubiere causado daños á la sociedad con dolo, y el otro solo por negligencia, el daño hecho por uno se compensará con el del otro si hubieren acaecido en cosas diversas; pero no cuando los dos lo hubieren causado en una misma cosa; porque entonces lo debe pagar todo el que lo haya causado con dolo, como dispone la ley 23, tit. xiv, Part. 5.^a, añadiendo que estas mismas reglas hayan de aplicarse á todas las demás cosas que se tuvieran en común por dos ó mas personas, aunque no lo fuera por razon de sociedad.

Hemos querido comprender los casos que mas frecuentemente pueden ocurrir con respecto al requisito de la reciprocidad de las deudas, á fin de evitar las cuestiones que pudieran promoverse, por no tener á la vista la doctrina de las leyes y la de los comentadores que han tratado de esta materia.

Solo falta que veamos qué clases de deudas están esculidas de este beneficio, que es el último de los requisitos que hemos designado para que pueda verificarse la *compensacion*.

Que las deudas no estén esceptuadas de la compensacion.

Por razon de este requisito no se admite la compensacion:

1.º Contra la demanda para la restitucion de la cosa en los casos de despojo, pues, segun aquella regla del derecho de: *Spoliatus ante omnia est restituendus*, no puede el despojante quedarse con la cosa á título de que el despojado le era deudor.

2.º En la de restitucion de un depósito, sea *voluntario* ó *necesario*; porque, segun las leyes 5.ª y 10, tit. III, y 27, tit. XIV, Part. 5.ª, el depositario y sus herederos deben restituir las cosas á su dueño, sin poderlas retener ni aun á título de gastos hechos en ellas, que solo se permite reclamar despues de restituidas.

3.º En la de restitucion de la cosa prestada en comodato, por haberla de restituir el comodatario, segun dispone la ley 9.ª, tit. II, Part. 5.ª, del mismo modo que el depositario, escepto si se hubieren hecho algunos gastos estraordinarios en la cosa, que entonces podrán, tanto éste, como el comodatario, retenerla hasta su pago.

4.º Contra la demanda en que uno pide los alimentos que otro le debe, por ser preferente la subsistencia del alimentista á la deuda que éste tenga á favor del que está obligado á darlos. Sin embargo, podrá compensarse lo que se debe por alimentos pasados, como tambien por las pensiones en la parte que pueden ser embargadas con arreglo á las cuotas que designa el art. 952 de la ley de enjuiciamiento, con cuya doctrina y la de los tres anteriores casos está conteste el nuevo Código (1).

5.º Cuando uno es condenado á pagar á otro alguna cantidad por razon de fuerza ó agravio que le hubiere hecho, como espresa la ley 27, tit. XIV, Part. 5.ª

6.º Finalmente, tampoco es admisible la compensacion respecto á lo que se debe por impuestos públicos,

(1) Art. 1126.

ora generales del Estado, ora municipales; ni tampoco cuando haya de consignarse realmente una cantidad, como en el caso de intentarse el retracto.

Concurriendo las condiciones esplicadas, habrá lugar á la *compensacion*, cuyos efectos examinaremos en el párrafo siguiente.

§. IV.

Efectos de la compensacion.

Los efectos que produce la *compensacion* son los siguientes:

1.º Estingue de derecho las deudas, aunque no sean unas mismas las causas de donde procedan; advirtiéndose, que si son iguales por ambas partes se extinguirán en el todo, y si desiguales solo en la parte, ó hasta la cantidad concurrente.

2.º Se estinguen tambien los privilegios, hipotecas, prendas y el curso de los intereses en su totalidad, ó solo en la parte que corresponda á la deuda estinguida; y libra de su responsabilidad á los fiadores en la misma proporcion.

3.º En el caso de que una de las partes tuviera contra sí varias deudas, se entenderá estinguida la que estuviere vencida y fuere mas onerosa por razon de intereses, hipoteca ú otro gravámen; pero si no hubiere entre ellas diferencia, se extinguirán todas en proporcion, segun se dijo ya al hablar de la imputacion de pagos.

4.º Intentada la compensacion por via de *escepcion*, destruye la accion; pero no cuando se propone por *mútua reconvenccion*: si bien en uno y otro sentido deberá proponerse al tiempo de la contestacion de la demanda, como consta del art. 254 de la ley de enjuiciamiento.

Con lo dicho queda terminada la materia acerca del modo como se estinguen las obligaciones por la *compensacion*: veamos qué es lo que disponen las leyes acerca del modo como se estinguen por la *remision*.

§. V.

Naturaleza de la remision, sus especies y efectos.

Otro de los modos de extinguirse la obligacion, es la *remision*.

Esta, segun la define la ley 1.^a, tit. xiv, Part. 5.^a, es *el pleito ó convenio que facen al deudor de nunca demandarle lo que él debía, ó mas claramente, la condonacion ó perdon que el acreedor hace al deudor de todo ó parte de lo que debe.*

Si este perdon se hace por el acreedor, espresando que quita ó liberta al deudor del pago de la deuda, se llamará *quitamiento ó liberacion*: mas, si el acreedor espresare que se dá por entregado de la cosa, aunque no la haya recibido, entonces equivale á la que por derecho romano se llamaba *acceptilacion*.

El *quitamiento ó nuda remision*, segun este derecho, no era mas que un pacto de no pedir, y como tal, no estingua *ipso iure* la obligacion, sino que solo producía *escepcion*; al contrario de la *acceptilacion* que la estingua en dicho sentido, por destruir la fórmula con que se habia constituido la obligacion, ora en un principio la que dimanaba de los *contratos verbales*, ora despues la de todos los demás, usándose de la nueva fórmula que inventó Aquilio Galo.

Por derecho español basta que conste de la voluntad de los acreedores para que sea eficaz la remision, si al mismo tiempo reunen éstos las cualidades siguientes:

1.^a Que sean personas hábiles para contratar, y de aquí el no poder hacerla los menores, locos, etc.

2.^a Que no se haga en fraude de los acreedores que tuvieren los que hagan la *remision*, como espresan las leyes 12, tit. xv, Part. 5.^a, y 6.^a y 7.^a, tit. xxxii, lib. xi, Novís. Recop.

3.^a Que, como la condonacion de una deuda es una especie de *donacion*, se guarde en la que se haga *estra-*

judicialmente lo que las leyes establecen acerca de la cantidad que se puede donar.

Con estas condiciones será válida la *remision*, cualquiera que sea el modo como se hiciese.

Especies de remision.

Esta puede ser *espresa y tácita, judicial y estrajudicial*, y del *todo ó parte* de la deuda.

Espresa es la que se hace con palabras que lo manifiestan, ya sea obligándose el acreedor á no pedir la deuda, ya declarando que se da por satisfecho, aunque no la haya recibido.

Tácita es la que resulta de un hecho que supone necesariamente en el acreedor la intencion de perdonar la deuda; tal seria, cuando el acreedor entregara voluntariamente á su deudor el documento privado en que constare la deuda (1), ó lo rompiese á sabiendas con ánimo de renunciar su derecho, segun dice la ley 9.^a, tit. xiv, Part. 5.^a: pero no cuando probare el acreedor que la entrega del documento ó su destruccion lo fué por un acto de confianza, como añade la citada ley, con lo cual conviene el nuevo Código (2).

Algunos consideran como una *remision tácita* el acto de deferir el acreedor al deudor el juramento de la existencia ó no de la deuda, pues suponen que cuando el acreedor no tiene otras pruebas sino el juramento para demostrar su certeza, y aventura su derecho á la fé y conciencia del deudor, se deja inferir que, si éste la niega constándole ser ella cierta, se la perdona: de otro modo no utilizaria el juramento *decisorio*, sino el *indecisorio*, que consiste en estar solo á lo favorable en aquello que se confiesa.

Podrá ser que ésta sea la intencion del acreedor, mayormente obrando éste de buena fé: pero en lo exterior ó en el foro esterno, no aparece mas que una prueba legal de no haber existido tal obligacion, y por lo mismo no podrá decirse que haya *remision*, si bien el hecho de haberse in-

(1) Art. 1141.

(2) Art. 1142.

cluido este caso en la ley 9.^a, tit. xiv, Part. 5.^a, nos hace presumir de que realmente lo sea.

Tambien consideran otros como una especie de *remision tácita* la renuncia del derecho que produce la venta *á carta de gracia*, para retraer el vendedor la cosa vendida, ó para recuperar la cosa si fuere otra clase de contrato á que se uniera el pacto de *retracto*; fundándose para ello en que, si habiéndose señalado plazo para utilizar este derecho, ó no habiéndose señalado, pasara el tiempo designado por pacto ó por la ley, se entiende remitida la obligacion de la retroventa de parte del comprador, ó la de haber de entregar la cosa si fuera de otra clase el contrato.

Sin embargo, como muchas veces podrá ser efecto de algun impedimento el no haber podido utilizarse este derecho al finalizarse el plazo señalado, no parece tan cierto como se supone el haber de considerarse esta omision ó desistimiento, como una especie de *remision*.

Prescindiendo de estas observaciones, y continuando el exámen de las otras especies de *remision*, para verificarlo, dividiremos la *espresa* en *judicial* y *estrajudicial*.

La primera es la que se hace en el juicio de concurso voluntario de acreedores á *peticion del deudor comun*, observando para ello los trámites que previene la ley de enjuiciamiento en los artículos desde el 507 hasta el 518 inclusive.

La segunda es la que se obtiene en virtud solo de convenio entre los acreedores y el deudor; debiendo advertir que, tanto en ésta como en la anterior, ha de consultarse la ley 6.^a, tit. xv, Part. 5.^a, para su resolucion en los casos que *espresa*.

Finalmente, la *remision espresa* se divide en *total* y *parcial*, segun que se remita el todo ó parte de la deuda.

Unas y otras producen sus efectos propios que *espresaremos* á continuacion.

Efectos de la remision.

Estos se reducen á quedar estinguida la deuda en todo ó en parte, sea uno ó muchos los que la hubieren contraído, con tal que se guarden las condiciones siguientes:

1.^a Que, si la remision es *tácita* y los deudores fueren *solidarios*, concedida á uno debe aprovechar á los demás, porque desprendiéndose voluntariamente el acreedor del título de la deuda, indica suficientemente que la perdona á todos.

2.^a Que, si fuere *espresa* y los deudores *solidarios*, aunque se produzca el mismo efecto, sin embargo, si al perdonarla á uno se reserva espresamente el derecho contra los otros, subsistirá en los demás la deuda, deducida la parte de aquel á quien se hubiere remitido.

3.^a Si el perdon se concede al deudor principal, aprovecha á los fiadores: pero si se otorgara á éstos no aprovechará al deudor, así como si se concediese á uno de los fiadores, no siendo éstos *mancomunados*, tampoco aprovecha al otro fiador (1).

Ultimamente, la devolucion voluntaria por parte del acreedor de la cosa recibida en prenda, producirá solo la *remision tácita* del derecho de prenda, pero no estingue la deuda, entendiéndose que ha sido voluntaria dicha devolucion por solo el hecho de hallarse la prenda en poder del deudor, salva en el acreedor la prueba en contrario (2).

Por lo dicho puede inferirse que la *remision*, que es otro de los modos de extinguirse las obligaciones, solo reconoce por causa el consentimiento del acreedor; y por lo mismo pasaremos al exámen de los modos en que es necesario para ello el consentimiento de éste y del deudor, como sucede entre otros en el *mútuo disenso*, de que nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

§. VI.

Qué es mútuo disenso, y contratos en que tiene lugar.

Se entiende por mútuo disenso, *el convenio que hacen las partes contratantes de rescindir un contrato que estaba ya perfeccionado, ó de separarse de la obligacion que hubieren ya contraído.*

(1) Art. 1143.

(2) Art. 1144.

Los autores generalmente establecen que este modo de disolverse las obligaciones es solo propio de los *contratos consensuales*, añadiendo que, aun en éstos, para disolverse es necesario que no estén consumados, pues si no lo estuvieran, mas bien que disolucion del contrato, seria una *novacion*.

Nosotros creemos que pueden disolverse por este medio tanto los llamados *consensuales* como los *reales*; y aun respecto de los primeros, entendemos que se disolverán, estén ó no principiados á consumir; escepto el de *compra venta* y la *promesa* en que, verificándose solo en un acto la consumacion, hecha ya ésta, aunque vuelva la cosa al poder del que la vendió ó prometió, lo será únicamente por efecto de una *nueva venta* ó *donacion*; mas no porque se haya disuelto por el *mútuo disenso*.

Así, pues, podrán disolverse por este medio la *venta*, aun en el caso en que hubieren mediado arras, sino se ha hecho todavía la entrega de la cosa, como dispone la ley 2.^a, tit. x, lib. iii del Fuero Real: la *promesa*, no habiéndose tampoco entregado la cosa: los *esponsales*, aun estando escriturados: el *arrendamiento*, mientras no haya concluido el plazo: la *sociedad*, y últimamente el *mandato*.

Tambien pueden extinguirse por este medio los *contratos reales*; pues, si bien no habiendo llegado el tiempo para la devolucion de la cosa, no puede obligarse al deudor á que la entregue, puede, sin embargo, por el convenio de ambos devolverse y pasar á poder de su dueño, quedando en una y otra de las partes estinguida la obligacion.

En todos estos casos, si el contrato constaba por escritura, deberá anotarse esta circunstancia al márgen de la del *registro protocolo*, y cancelarse ó inutilizarse la copia, ó entregarla al obligado, que es lo que generalmente se practica.

§. VII.

Qué es novacion, casos en que tiene lugar, y sus efectos.

Aunque la *novacion*, propiamente hablando, no destruye del todo la obligacion, como sucede con los demás modos por los cuales ésta se estingue, sin embargo, como por este medio deja de existir la que se habia contraido, convirtiéndose en otra nueva ó libertándose el deudor primitivo de su cumplimiento, nos parece que no debe haber inconveniente en considerar este acto como uno de los modos de disolverse las obligaciones, mayormente cuando así está reconocido por la ley 15, tit. xiv, Part. 5.^a

Bajo este supuesto, podíamos definir la *novacion* diciendo que es *el renovamiento de una obligacion en otra*, como lo hace la citada ley; pero, como por esta definicion no puede formarse desde luego una idea exacta de su naturaleza, nos parece mejor decir que es: *el convenio celebrado entre el acreedor y deudor, por el cual, ó se modifica una deuda, ó se sustituye con otra, ó se libra el antiguo deudor, entrando otro en su lugar* (1).

Modos como se verifica la novacion.

Segun la definicion que hemos dado, habrá lugar á la *novacion* en los casos siguientes:

1.º Modificándose la obligacion contraida, lo cual se verifica cuando, quedando ella subsistente, se le quita ó añade alguna cosa. Tal seria, si siendo la obligacion *pura* se convirtiese en *condicional* ó á *plazó*, ó si siendo sin interés ó con él se hiciera en esta parte alguna alteracion, ó si no habiendo fiadores se añadieran despues éstos, y así en otros casos semejantes.

2.º Sustituyéndose una nueva obligacion á la antiguâ, como sucederia, por ejemplo, cuando lo que se debiere

(1) Art. 1134.

por precio de una venta se obligara uno á pagarlo por título de préstamo, como espresa la ley 15, tit. xiv, Partida 3.^a

3.^o Entrando un nuevo deudor en lugar del primero, concurriendo las condiciones siguientes:

Primera. Que la subrogacion se haga con consentimiento del acreedor, aunque no es necesario que consienta en ello el deudor (1).

Segunda. Que el subrogado espresa claramente su intencion de que la persona primeramente obligada quede libre de la obligacion.

Algunos añaden á dichos tres casos el de mudarse la persona del acreedor, ó de subrogarse otro en lugar del antiguo: pero como en este caso no se renueva la obligacion, que es lo que constituye la *novacion*, creemos que debe comprenderse esta especie bajo la palabra *subrogacion de crédito*, segun manifestamos ya en el §. X de la leccion anterior.

Efectos de la novacion.

Segun sean los casos en que tiene lugar la *novacion*, así serán sus efectos.

Empezando por el primero de los espresados, todos sus efectos están reducidos á haberse de cumplir la obligacion tal como quedó constituida despues de hecha la modificacion.

Una duda, sin embargo, puede suscitarse, y es, si prorogando el acreedor al deudor el plazo para el pago, habrá entonces lugar á la *novacion*. Por lo que á nosotros toca, diremos que no; y por lo mismo, consideramos subsistente la obligacion con todas sus acciones, excepto en cuanto á las fianzas si las hubiere, las cuales se extinguirán si se hiciese la próroga sin consentimiento del fiador (2).

Pasando al segundo caso, sus efectos son: el extinguir la primitiva obligacion dejando subsistente la nueva; el de

(1) Art. 1135.

(2) Art. 1765.

poderse cancelar las hipotecas y fianzas dadas en seguridad de la antigua obligacion; y el de cesar los intereses que se debieren de la misma (1).

Mas como puede suceder que no solo se mude la obligacion en sí, sino tambien en su forma, los efectos en tal caso serán los siguientes:

1.º Si la obligacion primitiva se hubiera contraído *puramente* y la nueva lo fuera con *condicion*, deberá cumplirse este requisito para que valga la segunda y se extinga la primera, como espresa la ley 15, tit. xiv, Part. 5.ª; así como tambien en el caso de ser la primera *condicional* y la segunda *pura* deberá cumplirse la condicion para que valga esta última, á no ser que se hubieren convenido en que hubiera de valer, aunque no se cumpliera este requisito, que entonces, ora se cumpla ó no la condicion, vale la segunda y se estingue la primera. Ley 16 del mismo titulo y Partida.

2.º Si la obligacion fuere de dar, y se convirtió con consentimiento del acreedor en otra de hacer, no cumpliendo el deudor, tendrá derecho el acreedor de pedir el cumplimiento de la primera, ó de que haga el deudor lo que prometió. Ley 41, tit. xiv, Part. 5.ª

Finalmente, en el tercer caso, ó en el que se hace la novacion entrando un nuevo deudor, se extinguirá la obligacion del primero si concurren en la subrogacion las dos condiciones allí espresadas; pues á no ser así, no habrá *novacion*, sino que el segundo deudor quedará obligado con el primero á manera de fiador, si bien pagando uno se estingue la obligacion para los dos, segun consta de la ley 15, id.

Como en este caso puede tambien suceder que se varíe la forma de la obligacion, ó el subrogado no sea persona hábil para obligarse, ó aun siéndolo, hubo algun error en la subrogacion, los efectos, cuando esto se verifique, serán los siguientes:

1.º Si el primitivo deudor se hallaba obligado *puramente* y el subrogado lo fuere con *condicion*, valdrá la no-

(1) Art. 1138.

vacion si se cumple la condicion; de otro modo, quedará subsistente la obligacion del primero, de la misma manera que, si pendiente la condicion, se hiciera insolvente el segundo deudor. Ley 15, id. Otro tanto sucederia si el primitivo deudor se obligó con *condicion* y el segundo *puramente*, á no ser que se conviniera éste último en pagar la deuda, aunque no se cumpliera la condicion, como dispone la ley 16, tít. xiv, Part. 5.^a

2.º Si el deudor subrogado fuera pupilo, quedará estinguida la obligacion del deudor primitivo aunque el pupilo se hubiere obligado á pagar la deuda por éste sin consentimiento de su tutor; pero no por ello se podrá hacer efectiva en el pupilo dicha obligacion, *si non quisiere*, como establece la ley 18 del mismo título y Partida.

3.º Si creyendo uno que era deudor de otro, le prometió librarle de la deuda que él tenia pagando á su acreedor, aunque despues apareciese que no le debia, quedará obligado por tal promesa; mas si siendo verdaderamente deudor pagase á uno á quien creia que era acreedor de aquel á quien debia, quedará estinguida la deuda si lo hizo con mandado de éste, pero no en caso contrario, segun espresa la ley 19, id.

4.º Puede tambien exigirse en este caso la cancelacion de las hipotecas y fianzas dadas en seguridad de la obligacion contraida por el primitivo deudor, á no ser que el acreedor se las haya reservado por un pacto especial, que entonces continuarán éstas con la misma preferencia que en la antigua obligacion (1); de lo contrario no tendrá el acreedor otras garantias que las que se hayan estipulado con el nuevo deudor.

Esto mismo sucederá cuando la subrogacion se hiciere en lugar de un deudor solidario ó en la de un deudor principal; pues, estinguiéndose por ella la deuda con respecto á los demás codeudores y fiadores en su caso (2), deben cancelarse tambien las hipotecas y fianzas, á no ser que el

(1) Art. 1140.

(2) Art. 1137.

acreedor exigiera la concurrencia respectiva de ellos, y éstos consintieren.

Tal es lo mas principal que disponen les leyes sobre el modo de disolverse las obligaciones por la *novacion*.

Muy semejante á ésta es la *transaccion*, cuya naturaleza y efectos examinaremos en los párrafos siguientes.

§. VIII.

Naturaleza de la transaccion, personas que pueden transigir, y en qué cosas.

Antes de dar una idea de la *transaccion*, nos parece oportuno advertir que, aunque la mayor parte de los autores hablan de este medio al tratar de los contratos, cuyo orden adopta tambien el nuevo Código, sin embargo, como por este acto se innova ó destruye la obligacion anteriormente contraida, que es el carácter propio de la *novacion*, segun lo manifestado en el párrafo anterior, no está fuera de razon que nos ocupemos de ella en este lugar, considerándola como otro de los modos de extinguirse las obligaciones.

Bajo este supuesto, definiremos la *transaccion* diciendo que es: *un convenio no gratuito sobre cosas no dudosas, hecho antes ó despues de haberse movido pleito sobre ellas* (1).

De esta definicion resulta que, para que sea válida la *transaccion*, se requiere:

1.º El consentimiento, porque es efecto de un convenio celebrado.

2.º Que los que transijan se den, reciban ó remitan mutuamente alguna cosa; porque en tanto existe, en cuanto cada parte cede algo del derecho que cree le pertenece. Ley 38, Cód. de transact.

3.º Que recaiga sobre cosa dudosa; porque su objeto es terminar los pleitos que puedan promoverse, y no hay

(1) Art. 1713.



pleito cuando á una de las partes le consta que no tiene derecho sobre la cosa.

4.º Que, si es sobre pleito ya promovido, no se haya terminado por sentencia ejecutoriada; porque, llegado este caso, la cosa se tiene por verdadera, como dice la ley 32, tit. xxxiv, Part. 3.ª

5.º Que las personas tengan la libre administracion de sus bienes, y si se hace en nombre de otro, que estén autorizadas competentemente.

Además, es muy conveniente que se otorgue escritura pública, y al efecto trata de ella la ley 15, tit. xviii, Partida 3.ª, aunque con relacion á lo que se observaba en aquellos tiempos.

Personas que pueden transigir.

Pueden transigir todas las personas á quienes no está prohibido, y aquellas á quienes se prohíbe son las siguientes:

1.º Los que no pueden enagenar, como los locos, pródigos, infantes, y los impúberes ó menores sin la autoridad del tutor ó curador.

2.º Los procuradores en los negocios de sus principales, á no tener un poder especial, segun la doctrina de varios intérpretes admitida en el nuevo Código (1); ó si, siendo el poder general, no contuviere clara y terminantemente la cláusula particular que les faculte para ello, como interpretan algunos autores la ley 19, tit. v, Part. 3.ª

3.º Los tutores y curadores en negocios de las personas que tienen en guarda, si no están autorizados por el juez en los términos propuestos al final del §. IV, leccion xi, seccion 3.ª, tratado i (2). El padre, sin embargo, podrá transigir sobre los bienes y derechos de los hijos que están bajo su poder; pero si escedieren de una cantidad determinada, les impone el nuevo Código la obligacion de haber de obtener la aprobacion del juez, como consta del artículo citado.

(1) Art. 1714.

(2) Art. 1715.

4.º Los maridos y sus mujeres sobre los bienes y derechos dotal, á no ser en los casos que pueden respectivamente enagenarlos, los cuales se esplicaron en el §. IX, leccion 8.ª, seccion 1.ª, tratado I (1)

5.º Los Ayuntamientos y demás corporaciones públicas sobre los bienes y derechos que administran, si no observan lo que las leyes y reglamentos prescriben (2).

Cosas sobre que puede transigirse.

La transaccion puede recaer sobre todos los bienes y derechos que pueden ser objeto de un contrato (3), con tal que reuna los requisitos antes indicados.

Fuera de este caso, ó no se permite, ó solo se puede bajo ciertas limitaciones que espresaremos á continuacion.

Asi pues, no podrá transigirse:

1.º Sobre lo que se ha dejado en testamento, si antes no se ha visto ó abierto para enterarse de su contenido, como dispone la ley 1.ª, tit II, Part. 6.ª

2.º Sobre los alimentos futuros, sin autoridad del juez (4), aunque algunos, fundados en las leyes romanas, lo limitan á los dejados por testamento.

3.º Sobre delitos, cuando se trate criminalmente; pero si que podrá transigirse sobre la accion civil que provenga de ellos, aunque sin extinguir la accion pública para la imposicion de la pena, como esplican los intérpretes y establece el nuevo Código (5).

4.º Sobre el estado civil de las personas, ni sobre cuestiones matrimoniales que se refieran al vinculo, ó sobre cualquiera otra en que deba ser oido el ministerio público, á no ser en los casos en que permita la ley que se haga con intervencion del mismo (6).

5.º Sobre beneficios eclesiásticos, por estar prohibido todo pacto en esta materia.

Esceptuando estas cosas, en las demás podrá transigirse

(1) Art. 1716.

(2) Art. 1717.

(3) Art. 1718.

(4) Art. 1721.

(5) Art. 1719.

(6) Art. 1720.

libremente, observando las dos condiciones siguientes:

Primera: Que no haya de entenderse sino de los objetos general ó específicamente espresados, ó que por una induccion de sus palabras deban reputarse comprendidos.

Segunda: Que la renuncia que se haga de derechos, no se estienda á otros que á los que tengan relacion con la cuestion sobre que ha recaído la transaccion (1); cuyos efectos examinaremos á continuacion.

§. IX.

Efectos de la transaccion y causas por que se anula.

Los efectos de la *transaccion* son los siguientes:

1.º Decidir la cuestion ó terminar el pleito sobre que se interpone, y haberse de conformar con ella las partes despues de celebrada legitimamente, como dispone la ley 34, tit. XIV, Part. 5.^a

2.º Tener para con las partes á quienes se refiere toda la autoridad de cosa juzgada (2), é impedir en el juicio ejecutivo la sentencia de remate del mismo modo que la *paga*, *compensacion*, *remision* y *novacion*, segun consta en el art. 963 de la ley de enjuiciamiento.

3.º El no quedar obligado por la *transaccion* precedente aquel que adquirió despues de otra persona un derecho semejante al que se transigió (3).

3.º Si hay fiador en las obligaciones sobre que se transije, la *transaccion* hecha por el fiador con el acreedor no surte efecto para con el deudor principal: ni la hecha por éste lo surte para con el fiador si éste no consiente, segun doctrina de los intérpretes, en la cual conviene el nuevo Código (4); así como en el caso de ser muchos los obligados en una deuda, tampoco perjudica ni aprovecha á los demás la que se hubiere hecho con alguno de ellos (5).

(1) Art. 1725.

(2) Art. 1726.

(3) Art. 1723.

(4) Art. 1724 y 1748.

(5) Art. 1722.

Causas por las que se rescinde la transaccion.

A pesar de ser tal su firmeza, como consta de los dos primeros efectos que se han espresado, y no obstante de ser grande su utilidad en beneficio del público, puede revocarse ó anularse por las causas siguientes:

1.^a Por haber mediado error sustancial, ó dolo ó violencia con las circunstancias anotadas en el §. VI y siguientes, leccion 3.^a de este tratado (1).

2.^a Por haberse otorgado en vista y con apoyo de falsos instrumentos; pero no se anulará por el descubrimiento de otros nuevos si no ha habido mala fé (2).

3.^a Por haber recaído sobre un pleito del cual se ignoraba que existiera una sentencia ejecutoriada que despues se averiguó; pero no cuando la sentencia es tal que admita revocacion, como afirman los autores, cuya doctrina adopta el nuevo Código (3).

Algunos jurisconsultos sostienen que tambien se rescinde por la lesion enorme ó enormísima, porque así se verifica en los demás contratos; pero como es propio é inherente á toda *transaccion* el que las partes se espongan á sufrir alguna lesion con el objeto de evitar algun pleito, somos de parecer que no son estas causas suficientes para su rescision.

Examinada la doctrina de las leyes acerca de la *transaccion*, como no solo por este medio puede evitarse un litigio y recibir una nueva forma la antigua obligacion, sino que tambien produce el mismo efecto el *compromiso*, nos ha parecido conveniente tratar de él en este lugar, esplicando los puntos mas principales para determinar su naturaleza, como lo haremos en el párrafo siguiente.

(1) Art. 1727.

(2) Art. 1728.

(3) Art. 1729.

§. X.

Qué sea compromiso, y puntos que han de considerarse para determinar su naturaleza.

Se entiende por compromiso, *un convenio por el cual las personas que tienen alguna cuestion entre sí la someten á otras para su decision.*

En él debemos considerar los puntos siguientes:

- 1.º Personas que pueden contraer el compromiso.
- 2.º Cuáles son las que pueden ser nombradas para terminar el litigio ó cuestion que se hubiere promovido.
- 3.º Modo como ha de hacerse su nombramiento, ó formalizarse el compromiso.
- 4.º Materias que pueden sujetarse á su decision.
- 5.º Cómo han de proceder en su encargo, y sus efectos.

Personas que pueden contraer el compromiso.

Estas son todas las que tienen aptitud legal para obligarse, como disponen los artículos 771 y 820 de la ley de enjuiciamiento civil en conformidad á lo que establece la ley 25, tit. iv, Part. 3.ª

Segun esta doctrina, no podrán, pues, contraer el *compromiso* las personas siguientes:

- 1.º Los menores de edad sin intervencion de su guardador, aunque, si fueren mayores de catorce años y no teniendo curador se comprometieren en lo que dijeren otros, están obligados á cumplirlo, incurriendo en su defecto en la pena que se impusieron, á no probar que recibieron por ello algun daño, como dice la ley 25 citada.
- 2.º Las mujeres casadas sin licencia del marido ó autorizacion del juez, segun se infiere de la ley 11, tit. i, lib. x, Novis. Recop.
- 3.º Los procuradores sin *poder especial*, ó sin la cláusula que lo espresa si fuere *general*, como se deduce de la ley 19, tit. v, Part. 3.ª

4.º Las corporaciones, á no ser en negocios de interés comun, y con aprobacion de todos ó de la mayor parte de sus individuos. Ley 24, tit. iv, Part. 3.ª

5.º Finalmente, todas las personas que no pueden transigir, segun espresa tambien el nuevo Código (1).

Personas en quienes puede comprometerse.

Para determinar las personas en quienes puede hacerse el *compromiso*, llamadas *compromisarios*, conviene advertir, que éstas pueden ser de dos clases, á saber: unas que se llaman *árbitros* simplemente, ó *jueces de derecho*; y otras *arbitradores* ó *amigables componedores*, y tambien *jueces de hecho*; derivándose esta diferencia de la diversa autorizacion que se les concede para decidir el negocio.

Asi pues, se llaman *árbitros* aquellos que proceden en la cuestion ó pleito que se somete á su decision, por el órden que prescriben las leyes de procedimientos; y *arbitradores* los que en el negocio que se les confia juzgan segun su leal saber y entender, ó sin necesidad de guardar los trámites ó ritualidades que prescriben las leyes para los *árbitros de derecho*. Ley 23, tit. iv, Part. 3.ª

Unos y otros deben ser personas de sano juicio para decidir con cordura; y aunque, segun las leyes de Partidas, era antiguamente muy ámplia la facultad de los *compromisarios* en cuanto á su nombramiento, tanto, que podia recaer en *menores de edad*, *clérigos*, *extranjeros*, *mudos y ciegos*, y aun hasta en personas *infames*, hoy dia se halla coartada esta facultad; pues no puede recaer el oficio de *árbitros* sino en letrados mayores de veinte y cinco años y que estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles, segun prescribe el art. 776 de la ley de enjuiciamiento civil; y el de los *arbitradores* ó *amigables componedores*, en varones mayores de edad que tambien se hallaren en el pleno goce y ejercicio de los derechos civiles y sepan leer y escribir, como dispone el art. 825 de dicha ley.

(1) Arts. 1730 y 1731.

Sin embargo, quedan escludos lo mismo que lo estaban anteriormente:

1.º Los jueces respecto de los pleitos que ante ellos estuvieren pendientes, y de los que pudieran despues conocer. Ley 4.^a, tit. xxxv, lib. xi, Novis. Recop.

2.º Los oficiales y subalternos de los jueces, respecto de los mismos negocios, como añade la ley citada.

3.º Los magistrados, en las causas que pendieren ante las audiencias de que son individuos, á no ser con licencia Real, ó comprometiéndose el pleito en todos los ministros del tribunal. Ley 5.^a, tit. xi, libro v, Novis. Recop.

Modo como ha de formalizarse el compromiso.

El *compromiso* ha de formalizarse necesariamente en escritura pública, la cual ha de contener precisamente los extremos siguientes:

1.º Los nombres y domicilio de los que la otorguen.

2.º Los nombres y domicilio de los *árbitros*, y en su caso los de los *amigables componedores*.

3.º El negocio que se someta al fallo arbitral con expresion de sus circunstancias.

4.º La designacion de tercero para el caso de discordia, cuyo nombramiento no puede confiarse á otra persona.

5.º El plazo en que los *árbitros* y *arbitradores* ó el tercero en su caso han de pronunciar su fallo.

6.º La estipulacion de una multa, que deberá pagar la parte que deje de cumplir con los actos indispensables para la realizacion del *compromiso*.

7.º La estipulacion de otra multa que el que se alzare ó apelare del fallo deberá pagar al que se conformase con él, para poder ser oido.

8.º La fecha en que se otorgare el compromiso.

Así lo disponen los artículos 774 y 822 de la ley de enjuiciamiento civil, tanto para el nombramiento de *árbitros* como para el de *arbitradores*, con solo la diferencia que, para el de éstos últimos, se omiten los requisitos designados en los números 6.º y 7.º relativos á la multa, por no

ser conforme esta pena con el modo de conocer dichas personas en el negocio que se les ha confiado.

Es tan necesario el otorgamiento de este documento y el que no falte en él ninguno de los requisitos espresados, que seria nulo en cualquiera otra forma que se contrajere el *compromiso*, y nula tambien la escritura en que se hubiere omitido alguna de las referidas circunstancias, segun consta de los articulos 773, 775, 821 y 823 de dicha ley.

Otorgada, pues, la escritura en los términos manifestados, se presentará á los *árbitros* y *arbitradores* y al *tercero* para su aceptacion, como previenen las artículos 778 y 827 de la misma ley, los cuales, si bien son libres en aceptar ó no el encargo, una vez aceptado tácita ó espresamente, no pueden dejar de cumplirlo; de modo que si no lo hiciesen, pueden ser apremiados por los jueces ordinarios á instancia de las partes, á no ser que tuvieran algun motivo para renunciar este cargo, ó hubieran sobrevenido algunos de los casos por los que cesa el *compromiso*, como así aparece en las leyes 28 y 29, tít. iv, Part. 3.^a, y en los articulos 783, 786, 787, 827 y 830 de la ley de enjuiciamiento.

Esto no impide el que puedan ser recusados tanto los *árbitros* como lo *arbitradores* cuando haya una causa legitima para ello, que será: en los primeros, como espresan los articulos 784 y 785, cualquiera de las designadas para los demás jueces en el artículo 121 de dicha ley; y en los segundos, el tener interés en el asunto y la enemistad manifesta, segun consta en el art. 834 de la misma.

Materias que pueden ser objeto del compromiso.

Las materias que pueden ser objeto del *compromiso* son todas aquellas sobre que hubiese alguna contestacion entre partes, antes ó despues de deducidas en juicio y cualquiera que sea el estado de éste, segun consta del artículo 770 de la ley de enjuiciamiento; escepto si recayeran sobre los objetos siguientes:

- 1.º Sobre el estado civil de las personas.
- 2.º Sobre las causas matrimoniales, en lo relativo al

vínculo; aunque sí que se permite sobre las concernientes á esponsales, por no ser éstos indisolubles, como lo es el matrimonio.

3.º Sobre las causas criminales, en cuanto á la pena que se impone al delito para satisfacer á la vindicta pública, como asimismo sobre cualquiera de las demás en que haya de intervenir el Ministerio fiscal, como espresa el artículo 772 de dicha ley.

4.º Finalmente, sobre aquellas en las cuales no cabe transaccion.

Los demás puntos, aun siendo en materia criminal, pueden sujetarse al juicio de *árbitros*, y quedarán terminados con la sentencia que dieren éstos, si hubieren guardado las condiciones puestas en la escritura de *compromiso*, é igualmente lo que las leyes prescriben acerca del modo como han de proceder en su desempeño.

Modo como han de proceder los jueces compromisarios.

El modo de proceder en el juicio arbitral es diferente entre los *árbitros* y *arbitradores*. Unos y otros, al aceptar el arbitraje, prometerán ejercer fielmente su oficio: pero los primeros deben proceder en el asunto que se les confía, según el orden establecido para el juicio arbitral en los artículos desde el 788 hasta el 818 de la ley de enjuiciamiento, dictando sentencia definitiva, la cual ha de ser conforme á derecho y á lo que se hubiere alegado y probado, como dispone el art. 803 de la misma ley.

No sucede lo mismo respecto de los *arbitradores*; pues, ni tienen que sujetarse á las formas legales, ni ceñirse en cuanto al fallo al rigor del derecho; pudiendo avenir á los interesados y arreglar sus diferencias, despues de recibir los documentos que los interesados presentaren y de oír sus razones en cualquiera manera que las propusieran, mas bien como amigos que como jueces, y *según su saber y entender*, como espresa el art. 819 de dicha ley.

Una sola cosa es la que no podrá omitirse entre ellos, y es que su aceptación ó negativa debe hacerse constar por diligencia firmada por escribano, y que por ante éste de-

ben tambien dictar su sentencia, segun disponen los articulos 778, 827 y 831 de la misma ley.

Pronunciado el fallo, si éste fuere condenando al obligado á su cumplimiento, quedará estinguida la obligacion tan luego como se lleve á efecto la sentencia arbitral; y si ésta fuera declarando el modo como ha de entenderse la obligacion sobre que recaia la controversia, y no se apelase de ella, se considerará como una *novacion* respecto de la primitiva que se suponía.

En uno y otro caso se estingue la obligacion anterior; y de aqui el motivo de haber tratado en este lugar del *compromiso*, con cuyo acto damos fin á esta seccion.

SECCION TERCERA.

De los modos de extinguirse las obligaciones por imposibilidad de su cumplimiento, ó por suponerse que no han existido, ó que están satisfechas.

RESÚMEN-

§. I. Razon del método.—§. II. Cuándo se estingue la obligacion por la pérdida de la cosa.—§. III. Casos en que se estingue por la confusion de derechos.—§. IV. Diferencias entre los remedios de *nulidad* y *rescision*.—§. V. Qué obligaciones se consideran nulas, y personas que pueden reclamar contra ellas.—§. VI. Tiempo para pedirse este remedio, y cuándo cesa.—§. VII. Qué obligaciones pueden rescindirse.—§. VIII. Tiempo para pedir la rescision.—§. IX. Efectos de la declaracion de nulidad y rescision.—§. X. Naturaleza de la condicion resolutoria.—§. XI. Qué es prescripcion.—§. XII. Tiempo para que se estingan las obligaciones por este medio.

§. I.

Razon del método.

Al proponer en el §. I de la seccion 1.^a de esta leccion el orden con que habiamos de proceder en el exámen de los modos de extinguirse las obligaciones, dijimos que, para que pudieran éstos constar con distincion y claridad, debian presentarse unidos entre sí los que mas analogía ofreciesen, á fin de que, atendida la causa de donde cada uno se deriva, pudiera mas fácilmente tenerse á la vista lo que el derecho dispone acerca de ellos.

Siguiendo, pues, este orden, tratamos en la primera seccion esclusivamente de la *solucion ó paga*, por ser el único modo que mas directamente tiende al término de la obligacion, que es la satisfaccion material de lo que se debe.

Mas como, aun no pagándose materialmente la cosa, existan algunos actos que indican estar satisfecha ésta, incluimos en la segunda seccion todos aquellos modos que, por su indole particular, deben considerarse como una especie de *paga*, ó como una *cuasi prestacion*, segun algunos los califican; dejando para la presente seccion todos aquellos en que, sin prestacion material de la cosa, ó sin la *cuasi prestacion*, pueden quedar libres los hombres de la obligacion que hubieren contraido.

De estos modos, unos están fundados en la imposibilidad de cumplirse la obligacion, y de aqui el relevar la ley al deudor de su cumplimiento, *cuando sin culpa suya hubiere perecido la cosa, ó hubiere sucedido en los derechos del acreedor, ó éste en los del deudor*: otros se apoyan en haber declarado la ley como no existente la obligacion, por los vicios ó defectos de que adoleciere, ó por haberse cumplido la condicion que se impuso de haber de cesar los efectos del contrato, y de aqui el extinguirse por la *nulidad y rescision*, y por la *condicion resolutoria*; y en otros, finalmente, la dan las leyes por satisfecha por haber transcurrido un tiempo suficiente para poder suponer que está cumplida, cuando durante él no la hubiere reclamado el acreedor, como sucede por la *prescripcion*.

La esplicacion, pues, de estos modos de extinguirse las obligaciones, será la materia de la presente seccion, que empezaremos por el modo como se extinguen por la *pérdida ó destruccion de la cosa*.

§. II.

Cómo se extinguen las obligaciones por la pérdida de la cosa.

Para saber cuándo se extinguen por esta causa las obligaciones, se hace necesario distinguir las cosas que son su objeto, y la parte que ha tenido en su pérdida el deudor.

Las cosas objeto de las obligaciones pueden ser:

- 1.º De las determinadas individualmente, ó *en especie*, como dicen los jurisconsultos:
- 2.º De las determinadas por su *género ó cantidad*:
- 3.º De hechos que hayan ó no de ejecutarse.

Reglas sobre la pérdida de cosas determinadas.

Cuando la cosa que se debiere fuere cierta y determinada, como, por ejemplo, una bestia, y se muriese, ó se extravíase en términos que no quedare material ni moralmente esperanzas de recuperarla, como en este caso falta el objeto del contrato, ó no existe la cosa sobre que recae la obligacion, debe cesar ésta desde luego, por ser imposible que tenga cumplido efecto la voluntad del contrayente de que vuelva á su poder cuando ella ya no existe.

Mas para que pueda producir este efecto, es necesario que haya perecido ó muerto sin culpa del deudor, como expresan las leyes 9.^a, tit. xiv, y 18, título xi, Part. 5.^a; porque si esto acaeciese por culpa ú omision del mismo, si bien no podrá entregar la cosa que hubiere dejado de existir por esta causa, sin embargo, deberá abonar su estimacion, segun disponen las citadas leyes.

Lo mismo sucederia cuando pereciese por un caso fortuito y el deudor se hubiere constituido en mora ó tardanza, como, por ejemplo, no dándola habiendo ya pasado el día señalado para su entrega, ó no habiendo día señalado, despues de haberla pedido el acreedor, segun expresa la ley 18, tit. xi, Part. 3.^a; á no ser que probara el deudor que tambien se hubiera perdido en poder del acreedor por el mismo suceso aunque la hubiera entregado á su tiempo, y por otra parte no se hubiera obligado á responder de los casos fortuitos ó de una fuerza mayor; cuya doctrina admite en todas partes el nuevo Código (1).

Cuándo se entiende que se pierde la cosa por caso fortuito para quedar libre el deudor de la obligacion, y cuándo, á pesar de perderse por esta causa, viene todavia obligado á indemnizar al acreedor, lo esplica la ley 3.^a, tit. ii, Part. 5.^a, así como tambien se dan reglas en la 20, tit. xiii de la misma Partida para conocer cuándo ha sucedido el daño por su culpa y no por caso fortuito, como lo

(1) Art. 1160.

es entre otras la que establece que si la cosa se ha perdido en poder del deudor, se presume haber sucedido por culpa suya y no por casualidad, salva la prueba en contrario (1).

Solo falta observar que cuando la deuda de una cosa cierta y determinada procediera de un delito, como de haberse robado, deberá el ladron devolverla ó abonar su valor con los aumentos que tuviere, cualquiera que hubiera sido la causa de su pérdida; escepto si, habiéndola ofrecido el que la debia recibir, no quisiera admitirla, que entonces, si pereciera en su poder no debe pagar su estimacion, como dispone la ley 20, tit. xiv, Part. 7.^a (2).

Reglas sobre la pérdida de cosas indeterminadas.

Si las cosas se debieran genéricamente ó en abstracto, como, por ejemplo, si solo estuviere obligado el deudor á entregar uno ó muchos caballos en general ú otras cosas indeterminadas, ó fuere una cantidad de dineró ú otra cosa fungible, no se extinguirá la obligacion hasta su entrega, por mas que hubieran perecido aun despues de estar ya destinadas ó preparadas para este objeto.

La razon es, porque las leyes de Partidas citadas, en especial la 9.^a, tit. xiv, Part. 5.^a, al librar de la obligacion al deudor, cuando siendo cierta y determinada la cosa que ha de entregarse hubiera perecido sin culpa suya ó tardanza, precisamente es por la imposibilidad de devolver lo que no existe; y como siendo indeterminada la cosa deja de haber esta imposibilidad, por razon de existir siempre cosas del género señalado, ó porque *el género y la cantidad*, como dicen los jurisconsultos, nunca perece; resulta demostrado aun cuando no hay ley que asi lo espresé, que las cosas de esta clase se deben siempre mientras no se entreguen.

Además existe otra razon en cuanto á las cosas fungibles, y es que como la obligacion de devolverlas resulta generalmente de un préstamo en virtud del cual han pa-

(1) Art. 1161.

(2) Art. 1162.

sado al dominio del deudor con esta condicion, y es un principio *que las cosas perecen siempre para su dueño*, ó que él solo es quien debe sentir el daño; es consiguiente el haber de quedar subsistente la obligacion que nace de este contrato, mientras no se entregue su equivalente.

Reglas sobre la estincion de las obligaciones de hacer.

Con respecto á las obligaciones de hacer, la regla que ha de seguirse es, que se estinguen por la imposibilidad producida por fuerza mayor ó por caso fortuito, que impiden se haga lo que debia ejecutarse; así como en las de no hacer no se incurre en falta, si la necesidad obligara á verificarse lo que se prometió que no se haria.

Finalmente, ha de tenerse presente relativamente á cada una de las obligaciones mencionadas, que si el contrato de donde se derivan fuere condicional, no cumpliéndose la condicion deja de existir el objeto del contrato, y por lo mismo se estingue en este caso la obligacion; de la misma manera que tambien se estinguirá respecto á aquellos contratos que tienen por objeto el uso de una cosa, si por efecto de un caso fortuito no pudiera disfrutarla el contrayente, tal como, por ejemplo, el *arrendatario*, ó el *comodatario* á quienes debia entregarse.

No obstante lo dicho, si el contrato fuese *aleatorio*, como la base que le constituye *es una ventaja incierta*, resulta que, aun cuando no hubiere ninguna, deberá subsistir la obligacion.

§. III.

Casos en que se estingue la obligacion por la confusion de derechos.

Otro de los modos de estinguirse las obligaciones por la imposibilidad de su cumplimiento, es el haber llegado á reunirse en una persona las consideraciones de acreedor y de deudor en una misma cosa, el cual está fundado en que, no pudiendo nadie ser deudor ó acreedor de si mismo, segun se lee en el §. III, ley 21, tit. I, lib. XLVI

del Digesto, es imposible que pueda cumplirse en este caso la obligacion anteriormente contraida.

El acto que produce este modo, se llama *confusion de derechos* y tambien *consolidacion*, el cual no es mas que *la reunion en una persona de la calidad de acreedor y de la de deudor acerca de una misma cosa* (1).

Esta confusion puede tener lugar, ó en virtud de un *título universal*, como, por ejemplo, heredando el deudor al acreedor, ó éste al deudor, ó un tercero á los dos; ó en virtud de un título particular, como adquiriendo el deudor el crédito por otra causa que la herencia; y puede verificarse, ó entre el deudor principal y su acreedor, ó entre éste y el fiador del deudor, ó entre el acreedor y alguno de los deudores solidarios.

Por cualquiera de los títulos que se efectúe, y en cualquiera de las personas que se verifique esta confusion de derechos, se extinguirá la obligacion, bajo las consideraciones siguientes:

1.^a Que para que se estinga cuando concurrieren en una misma persona las calidades de acreedor y de deudor por título de *herencia*, no ha de haberse aceptado ésta con *beneficio de inventario*; porque segun dispone la ley 8.^a, tít. vi, Part. 6.^a, *si el que fué establecido heredero hiciera inventario, y aquel que lo estableció le debiese alguna cosa, finca en salvo la demanda del heredero, ó aquello que debia el testador*, y por lo mismo no se extinguirá en este caso la obligacion (2).

2.^a Que la confusion que se verifica en la persona del deudor principal aprovecha á su fiador; porque la obligacion de éste como accesorio, no puede subsistir cuando la principal se ha estinguido, segun se lee en el §. I de la ley 129 de Reg. iur. del Digesto; así como por el contrario, la que tiene lugar en la persona del fiador por haberle heredado el deudor, ó aquel al acreedor, no extinguirá la obligacion principal, aunque se haya estinguido la accesorio ó la del fiador (3).

(1) Art. 1156.

(2) Art. 1157.

(3) Art. 1158.

3.^a Que la que se verifica en la persona del acreedor que hereda á uno de los deudores solidarios, ó en la persona de uno de éstos que hereda al acreedor comun, no estingue la deuda solidaria sino en la parte y porcion del acreedor ó deudor en quien tenga lugar la confusion (1): por manera que si tres deudores solidarios me deben seis ducados y yo heredo á uno de ellos, habrá confusion en cuanto á la parte que debia pagar éste, que serán dos ducados; pero se conservará la obligacion mancomunada en los otros dos deudores por los cuatro ducados que restan, cuya rebaja de deuda ha de entenderse tambien en cuanto á los fiadores si los hubiere: asi como, si yo debiera la misma cantidad á tres acreedores solidarios y heredase á alguno de ellos, quedaria reducida mi obligacion tambien á cuatro ducados, por haberse confundido los dos restantes correspondientes á la parte de crédito que heredé.

Lo dicho nos parece suficiente para comprender cuanto haya de observarse acerca de este modo de extinguirse las obligaciones, porque, aunque no exista en nuestra actual legislacion ninguna disposicion terminante que lo confirme, es tan natural y tan óbvio lo que acerca de él hemos enunciado, que no necesita ninguna autorizacion.

Solo observaremos por razon de órden, que si las obligaciones verdaderas que una vez han existido, se estinguen por la imposibilidad de su cumplimiento, con mucha mayor razon deben estinguirse las que únicamente lo fueren en apariencia, ó que nunca existieron realmente; que de aquí viene el considerar tambien como modos de disolverse las obligaciones los remedios de *nulidad* y *rescision* que conceden las leyes, cuya diferencia manifestaremos á continuacion para poder utilizar en su caso el que correspondiere.

(1) Art. 1159.

§. IV.

Diferencias entre los remedios de nulidad y rescision.

Aunque en el Código de las Partidas se hallan usadas indistintamente las palabras *nulidad* y *rescision*, segun aparece de las leyes 56 y 57, tit. v, Part. 5.^a, en que al tratar de las causas por las que puede deshacerse una *venta*, se ve tan pronto usada la frase de que *no valga el contrato*, como la de *que sea deshecho*, sin embargo, hay entre ellas una notable diferencia, la cual será bien advertir, á fin de que se guarde la debida propiedad en el modo de utilizarse cada uno de estos remedios.

Bajo este supuesto, diremos que hay lugar al remedio de *nulidad* cuando el acto carece de algun requisito esencial que hace el que se considere como no hecho; y habrá lugar á la *rescision*, cuando el acto que aparece válido por haberse guardado sus formas en lo exterior, contiene algun vicio que podrá hacer que se impidan sus efectos si alguna de las partes lo pidiere, en especial el perjudicado; ó tambien, cuando no teniendo ningun vicio se faltara al pacto ó condicion que se hubiera püesto, ó pudiera utilizarse el derecho de *retracto*.

De esta diferencia resulta, que la *rescision* solo puede recaer en los contratos que atendido el rigor del derecho son *válidos*, los cuales, no siendo justo y equitativo que se lleven á efecto ó que se cumpla por ellos la obligacion que contienen, es muy conforme á razon el que puedan rescindirse ó deshacerse, justificando el vicio de que adolecieren: pero no puede recaer sobre los contratos *nulos*, porque lo que no existe legalmente no puede rescindirse, sino que solo procede, para evitar las consecuencias viciosas que produzca este acto, el que se declare su *nulidad*, quedando la persona ó el objeto porque se pide tal declaracion, como si del comenzamiento non fuese fecha ninguna cosa, segun dice la ley 1.^a, tit. xxv, Part. 3.^a

No obstante estas diferencias, como los resultados de la *nulidad* y *rescision*, despues de hecha la declaracion competente, vienen á ser casi iguales, y muchas veces se usan indistintamente estas palabras por los autores, será preciso que se manifieste con distincion qué obligaciones se estinguen por causa de *nulidad*, y cuándo y por quiénes debe pedirse su declaracion.

§. V.

Qué obligaciones se consideran nulas, y personas que pueden reclamar contra ellas.

Se consideran nulas todas las obligaciones que no pueden tener efecto legal, ó por razon de las personas, ó por falta de consentimiento, ó por las cosas sobre que recaen, ó por ser falsa ó ilícita la causa que las motiva (1).

Por razon de las personas, son nulas las que contraen las que fueren incapaces para obligarse, como son las designadas en el §. IV, leccion 3.^a

Por falta de consentimiento, lo son las contraidas por estas mismas personas, ó por las que, aun siendo capaces, no se han puesto de acuerdo sobre la cosa, ó lo ha sido con una condicion imposible, ó con error sustancial, ó finalmente, con dolo que da causa al contrato, como así se colige de la doctrina contenida en el §. V de la misma leccion.

Por las cosas sobre que recaen, las que se refieren á cosas que ni existen ni pueden existir natural ni legalmente, como por ejemplo, *en las obligaciones de dar*, las que recaen, ó sobre una cosa que habia ya muerto ó perecido, ó sobre cosas sagradas ó religiosas y cualquiera otra que estuviere fuera del comercio de los hombres, ó sobre las que la ley no permite que los particulares negocien; y *en las obligaciones de hacer*, las que recaen sobre actos ó hechos imposibles por naturaleza ó por derecho, de los cuales, así como de las cosas que no puedan servir de mate-

(1) Art. 1184.

ria á los contratos, se hará mencion al tratar separadamente de cada uno de ellos.

Por razon de la causa, serán nulas las obligaciones que se fundaren en motivos que, ó no existen, ó se oponen á las leyes ó á las buenas costumbres, de lo cual se presentan varios ejemplos en la ley 38, tit. xi, Part. 3.^a

Personas que pueden pedir la declaracion de nulidad.

Sabidos los casos en que son nulas las obligaciones, podrán reclamar contra ellas, no solo el que aparece como principal en la supuesta obligacion, sino tambien los nombrados en subsidio de éstos, siendo incapaces (1).

Así pues, podrá reclamarla el marido por su mujer, y los tutores y curadores por sus pupilos, menores é incapacitados; advirtiéndose que si de las dos personas entre quienes se ha celebrado el contrato, la una fuere capaz y la otra incapaz, no puede pedir aquella la nulidad fundándose en la incapacidad de ésta, sino que solo compete esta facultad al incapaz, que es de parte de quien claudica el contrato y á quien queda el otro obligado, como dice la ley 17, tit. xvi, Partida 6.^a

Tampoco puede pedirla por razon de violencia, error ó dolo el mismo que lo causó, porque así como en el caso anterior solo protegen las leyes á los incapaces; así en este segundo era muy natural que socorriesen éstas á los que fueren victimas de estos actos, y no á aquellos que obraron con conocimiento (2).

§. VI.

Tiempo para pedirse este remedio, y cuándo cesa.

Por leyes romanas y de Partidas duraba esta accion treinta años, que era el tiempo señalado para las acciones personales; pero como por la ley 5.^a, tit. viii, lib. xi, Novís.

(1) Art. 1186.

(2) Art. 1186, §. 2.º

Recop., la obligacion presonal se prescribe por veinte años, parece consiguiente que la accion de nulidad, como tal, haya de durar hoy dia este tiempo.

Algunos sostienen que solo puede pedirse la nulidad dentro de cuatro años, que es el tiempo señalado en la ley 2.^a, tit. 1, lib. x, Novis. Recop. para pedir la rescision de un contrato; fundándose para ello en que á los menores no se les concede despues de su menor edad otro tiempo que el de cuatro años para pedir tanto la rescision como la nulidad; y tambien en que, siendo casi iguales los efectos de uno y otro vicio, debe guardarse uniformidad en cuanto al tiempo que se conceda á una y otra accion, que es sin duda lo que habrán tenido presente los redactores del nuevo Código al designar dicho tiempo para la reparacion de perjuicios de ambos defectos (1).

Se esceptúan, sin embargo, aquellos casos en que, ó tienen un tiempo especial para intentar este remedio, ó en que puede oponerse en cualquier tiempo.

De los primeros, pueden citarse por via de ejemplo: 1.º, el mencionado en la ley 3.^a, tit. LXXIV, lib. v del Código de Justiniano, en que, para reclamar la nulidad de las donaciones hechas por los menores, se señala el tiempo de diez ó veinte años despues de la menor edad, segun que estuvieren presentes ó ausentes éstos; y 2.º, el de nulidad de profesion religiosa en que, segun el Cap. 19, Sess. 25 de Regular., Concil. Trident., se señala el de cinco años.

De los segundos, lo son: 1.º, la reclamacion de nulidad del matrimonio contraido con algun impedimento dirimente, escepto el caso en que, refiriéndose éste á la falta de consentimiento, lo hubieren ratificado los contrayentes despues que se advirtieron de este defecto, como espresa la ley 15, tit. II, Part. 4.^a; y 2.º, cuando la nulidad procede de ser ilícita la causa del contrato, ó ser contraria á las buenas costumbres, como lo es en los casos que señala la ley 38, tit. XI, Part. 5.^a

En las demás causas de nulidad, ha de oponerse preci-

(1) Art. 1184.

samente dentro del tiempo general ó especial que designan las leyes, el cual empieza á correr: en el de nulidad por error, dolo antecedente y falsedad de causa, desde que se tuvo noticia de estos defectos; en el de nulidad por incapacidad de las personas, desde el día en que cesó el impedimento ó la menor edad; y en el de nulidad de profesion, desde que se hizo ésta (1).

Cuándo cesa la accion de nulidad.

En dos casos cesa la accion de nulidad.

1.º Cuando ha trascurrido el tiempo señalado para proponerla por via de accion, escepto en cuanto á la nulidad de profesion religiosa, en que puede pedirse despues de los cinco años, si se obtiene antes de Su Santidad la restitucion contra el lapso del quinquenio.

2.º Cuando la obligacion ha sido ratificada despues de haber cesado el vicio ó motivo que produjo la nulidad, siempre que no concurra en el acto de la ratificacion ningun otro hecho que pueda producirla de nuevo.

Ejemplos de ello los tenemos particularmente en el matrimonio, el cual, si contraido con error sustancial, y sabido despues consintiera en él la persona que lo habia padecido, como dice la ley 15, tit. II, Part. 4.ª, seria legitimo, no existiendo otro defecto; y lo mismo ha de entenderse si se hubiera contraido con cualquiera de los demás impedimentos dirimientes sobre los que puede dispensarse, el cual, obtenida que fuera la dispensa, quedaria revalidado, renovando ambos contrayentes el consentimiento pública ó privadamente, segun que fuere pública la nulidad del matrimonio, ó solo la supieren los dos contrayentes ó alguno de ellos, como enseñan los prácticos.

En el mismo sentido debe entenderse la ratificacion en cuanto á los demás contratos que se hubieren celebrado con alguno de los defectos que causaren la nulidad; no siendo necesario que se haga siempre solemnemente la ratificacion, pues basta tambien la tácita comprobada con

(1) Arts. 1184 y 1185.

actos que lo demuestren, como, por ejemplo, el cumplimiento voluntario del contrato por medio de *pago, novacion* ú otro cualquier modo, segun espresa el nuevo Código (1).

Sabido cuándo hay lugar al remedio de nulidad y el tiempo dentro del cual puede éste utilizarse, pasaremos á tratar de la *rescision* bajo el mismo orden, espresando antes las clases de obligaciones mas generales que pueden rescindirse.

§. VII.

Qué obligaciones pueden rescindirse, y personas que pueden utilizar este remedio.

Aunque por lo manifestado en el §. IV, en que se esplican las diferencias que existen entre la *nulidad* y *rescision*, pudiéramos venir en conocimiento de las obligaciones en que tiene lugar la *accion rescisoria*, sin embargo, para que no se confundan con las obligaciones que son por su naturaleza *nulas*, nos parece oportuno hacer una reseña de las que mas frecuentemente suelen rescindirse, las cuales son las siguientes:

1.º Aquellas que recaen sobre cosas de menores, ó sobre iglesias, corporaciones, etc., segun aparece de las leyes 1.ª y 10, tit. XIX, Part. 6.ª

2.º Las contraidas por fuerza, miedo ó dolo incidente en el contrato. Leyes 56, tit. v; 28, tit. XI, Part. 5.ª, y 7.ª, tit. XXXIII, Part. 7.ª

3.º Las que proceden de enagenaciones hechas en fraude de los acreedores, segun las leyes 7.ª y 12, título XV, Part. 5.ª; ó de las que se hicieron maliciosamente á personas muy poderosas, como espresan las leyes 30, tit. II, y 15, tit. VII, Part. 3.ª, pero sin olvidar el juicio que hemos emitido en el §. X de la seccion anterior.

4.º Aquellas que provienen del contrato de compra

(1) Art. 1187.

venta en que el vendedor hubiere ocultado alguna carga, tacha, vicio ó defecto que tuviere la cosa, segun consta de las leyes 63, 64 y 65, tit. v, Part. 5.^a; como igualmente las que dimanen de permuta, dacion de pago y constitucion de dote estimada, si tambien se ocultaron sus gravámenes ó defectos, como opina Gregorio Lopez en sus glosas.

5.^o Aquellas en que ha habido lesion en mas de la mitad del justo precio, y en las que aun sin llegar el engaño á esta cuantía se probase que habia habido mala fé ó dolo. Leyes 2.^a y 3.^a, tit. x, lib. x, Novis. Recop.

6.^o Ultimamente, las que provienen de contratos á los que acompañare algun pacto resolutivo; como en la compra-venta el *de la ley comisorio*, el *de adición de día* y el *de retroventa*, segun aparece de las leyes 38, 40 y 42, título v, Part. 5.^a; ó tambien cuando se hubieran vendido cosas que pueden ser objeto del *derecho de retracto*, como consta de las leyes del tit. xiii, lib. x, Novis. Recop.

Casi estas mismas causas son las que se designan en el nuevo Código para determinar las diferentes clases de obligaciones que pueden rescindirse (1); no incluyéndose aquellas que nosotros consideramos como tales por razon de lesion en mas de la mitad del justo precio, por no creer sin duda como equitativo el que se proceda por esta causa á la rescision, á no concurrir algunos de los otros motivos que dan lugar á ésta en los términos espresados (2).

Por las clases de obligaciones que pueden rescindirse, se vendrá en conocimiento de las personas que pueden utilizar este remedio. Solo falta que veamos el tiempo que hay señalado para intentar esta accion.

§. VIII.

Tiempo para pedir la rescision.

No es uno mismo el tiempo señalado para pedir la rescision en los casos en que haya lugar, ni uno tampoco

(1) Art. 1165.

(2) Art. 1164.

para las clases de personas que pueden utilizar este remedio.

Para determinarlo, pues, estableceremos las reglas siguientes:

1.^a Si recayere sobre obligaciones relativas á menores, puede proponerse la demanda, no solo durante la menor edad, sino tambien dentro de cuatro años despues de ella. Ley 8.^a, tít. xix, Part. 6.^a

2.^a Si fueren mayores de edad, y estuvieren sujetos por cualquier motivo á curador, disfrutarán tambien de este derecho todo el tiempo que se hallaren bajo curaduría y cuatro años despues de ella.

La razon es, porque estando privados unos y otros por disposicion de la ley de la libre administracion de los bienes, era justo y equitativo que cuando cesara la privacion, encontrasen en la misma ley el medio de reparar los daños que durante su incapacidad les hubieren causado los administradores legales; y de aquí el derecho que les concede la ley, no solo para que puedan repararse éstos, intentando los mismos tutores y curadores la accion durante la menor edad, sino que ha querido que pudieran reclamar ellos de por sí estos daños así que cesara su impedimento, concediéndoles cuatro años de tiempo para utilizar este remedio, los cuales empiezan desde que salieron de la menor edad, ó desde que cesó el impedimento por el que, aun siendo mayores, estaban sujetos á curador (1).

3.^a Si fueren iglesias, fisco, concejos ó universidades, podrá pedirse la rescision dentro de cuatro años por cualquiera lesion ó daño que hubieren sufrido; y si el perjuicio fuere en mas de la mitad del justo precio, dentro de treinta años, que se contarán en uno y otro caso desde el día que padecieron el daño ó menoscabo. Ley 10, tít. xix, Part. 6.^a

4.^a Siendo personas mayores de edad, y hallándose ausentes por causa de guerra, ó estudios, etc., podrán pedir la restitution de la sentencia dada contra ellos, no ha-

(1) Art. 1166.

biendo dejado procurador, dentro de cuatro años contados desde que se restituyeron á sus hogares, ó si murieron durante su ausencia, lo podrán hacer sus herederos dentro del mismo tiempo, que se contará entonces desde que tuvieron noticia de su muerte. Ley 28, tit. xxix, Part. 3.^a

5.^a En las obligaciones contraídas por fuerza ó miedo se concede el mismo tiempo que el designado para la reclamacion de nulidad en el §. VI; y si lo hubieren sido con dolo *incidente ó accidental*, durará solo seis meses la accion, que se contarán desde la celebracion del contrato, del mismo modo que para la accion *redibitoria*, como expresa la ley 65, tit. v, Part. 5.^a

6.^a En las enagenaciones en fraude de los acreedores, es el de un año contado desde el dia que supieron éstos la enagenacion. Ley 7.^a, tit. xvi, Partida 5.^a

7.^a En caso de lesion en mas de la mitad del justo precio, dura esta accion cuatro años contados desde el dia del contrato, ó desde aquel en que se hizo el remate si se vendió la cosa en pública almoneda. Ley 2.^a, tit. i, lib. x, Novís. Recop.

8.^a Cuando la rescision se intentare en virtud de pacto añadido al contrato, ó de algun derecho que compete á alguno para reclamar la cosa vendida, se estará al que designan las leyes para cada una de las causas espresadas.

Así que, si lo fuere en virtud del pacto de la *ley comisoría*, entendemos que debe durar tanto cuanto dura una accion personal, el cual empezará á contarse desde el dia que se señaló para el pago del precio de la cosa vendida, si bien al pedirse la rescision pasado que fuera éste, se le designará de nuevo al comprador un breve tiempo para que lo satisfaga, y que de no hacerlo se rescinda el contrato.

En el *de adición de dia*, lo será el tiempo señalado para que, si durante él se presenta alguno ofreciendo mas precio, se pueda rescindir la venta, no queriéndola el primitivo comprador por el precio mayor que otro ofreció.

En el *de retroventa*, el designado para devolver el precio de la cosa vendida, y no habiéndose señalado ninguno, el de veinte años que es el que duran las acciones personales, segun la ley 5.^a, tit. viii, lib. xi, Novís. Recop.

Sin embargo de ser esta la doctrina que mas fundamento encuentra en la ley, somos de opinion, que tanto se haya señalado algun tiempo, como en el caso en que no se hubiera hecho ninguna designacion, podrá en cualquier tiempo el vendedor, ora haya trascurrido el plazo señalado, ora el de veinte años si no se hizo ningun señalamiento, rescindir el contrato, si antes no le interpela el comprador para que devuelva el precio ó le otorgue escritura de venta absoluta, que es el modo como debe interpretarse el tiempo indefinido que bajo la frase *cuando quiera* espresa la ley 42, tit. v, Part. 5.^a para que pueda rescindirse la venta hecha con dicho pacto.

Finalmente, si la rescision lo fuese á consecuencia *del derecho de retracto*, deberá proponerse la accion dentro de nueve dias, bien sean ó no menores los que la pidieren, como dice la ley 2.^a, tit. xiii, lib. x, Novis. Recop., los cuales se contarán desde el otorgamiento de la escritura de venta, si el que utiliza este derecho se halla en el lugar donde se hubiere otorgado, ó si estuviera fuera de dicho lugar, añadiendo un dia por cada diez leguas que distare del mismo además de los nueve dichos; no empezándose á contar este término en el caso de haberse ocultado la venta con malicia, sino desde el siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella, como puede verse en los artículos 674, núm. 1.^o, 675 y 676 de la ley de enjuiciamiento.

Utilizados estos dos remedios en tiempo debido, y declarándose haber lugar á ellos, aunque el efecto inmediato es el de evitarse los daños que por los espresados vicios se hayan podido producir, sin embargo, como pudieran ocurrir algunas dudas en su aplicacion, será conveniente manifestar con distincion su resultado, haciendo ver en general cuáles son los efectos de uno y otro remedio.

§. IX.

Efectos de la declaracion de nulidad y de rescision.

A dos podemos reducir los efectos que produce esta declaracion:

1.º Que declarada nula la obligacion principal ó rescindida ésta, se anulan y rescinden todas sus accesorias, como aparece de la ley 56, tit. v, Part. 5.º: pero, declaradas éstas nulas ó rescindidas, no por ello se anulará ó rescindiré la obligacion principal, como añade el nuevo Código (1).

2.º Que á consecuencia de esta declaracion han de restituirse los contrayentes, el uno las cosas que fueren materia del contrato con sus frutos, y el otro el precio con sus intereses ó réditos, segun consta de las leyes 2.ª tit. xxv, Part. 3.ª, y 8.ª, tit. xix, Part. 6.ª, en las que se dispone, que *el juez debe tornar la cosa en el estado en que era en ante, de manera que cada una de las partes hayan en salvo su derecho, así como lo habian primeramente* (2).

La razon en cuanto á este segundo efecto es, porque tanto que se declaren nulas como que se rescendan las obligaciones, en ambos casos no se hace otra cosa sino declarar insubsistentes los actos que han motivado esta declaracion; y como lo que no puede subsistir legalmente, deja de producir efecto alguno civil, es consiguiente el que hayan de devolverse los contrayentes las cosas que recibieron por el contrato.

Se exceptúan, sin embargo, los casos siguientes:

1.º Cuando la nulidad proceda de incapacidad de uno de los contrayentes, que entonces, por parte del que fuere incapaz, solo hay lugar á la restitucion en cuanto se enriqueció con la cosa ó precio que recibió, por aquella regla de derecho, *que nadie debe enriquecerse á costa de otro*, la cual se halla contenida en la ley 17, tit. xxxiv, Part. 7.ª: pero no queda obligado á devolver la cosa fuera de este caso, porque sabiendo ó debiendo saber el otro contrayente su incapacidad para contratar, parece, segun la Regla 19 del Derecho en el Digesto, que hay ó se presume malicia en él, y por lo mismo pierde su derecho para poder reclamar, como con respecto al pupilo lo establece así la ley 5.ª, tit. viii, lib. xxvi de este Código.

(1) Arts. 1167 y 1189.

(2) Arts. 1172, 1181 y 1190.

2.º Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa ó la materia del contrato, si ella es tal que constituya un delito ó falta comun á ambos contrayentes; porque entonces, además de carecer éstos de toda accion para reclamarse mútuamente lo que se han dado, ha de procederse criminalmente contra ellos, cayendo en comiso las dádivas ó lo que hubiere sido objeto del contrato, como consta de los artículos 59 y 317 del Código penal, y antes lo establecieron ya las leyes 51 y 52, tit. xiv, Part. 5.^a

3.º Cuando en la causa que dió lugar al contrato, hubiere delito ó falta de parte de uno de los contrayentes; porque aquel de parte de quien está el acto criminal no puede repetir lo que hubiere dado en virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiere ofrecido; aunque si que podrá reclamar el otro lo que hubiere dado, no estando obligado á cumplir lo que hubiere prometido, segun dispone la ley 47, titulo xiv, Part. 5.^a

Esto mismo se observará cuando la causa del contrato fuere ilícita ó torpe, aunque no constituyera delito ó falta, segun advierte el nuevo Código, (1) además de constar asi en las leyes 47, 53 y 54 del titulo y Partida citada, cuya materia ampliaremos al tratar de la paga de lo indebido.

Fuera de estos casos, quedarán obligados los contrayentes á devolverse la cosa y el precio con sus frutos y utilidades, á no ser que se hubiere perdido la cosa por culpa del que la tenia en su poder ó despues de constituido en mora, que entonces deberá restituirse el valor que tenia al tiempo de la pérdida juntamente con los frutos percibidos, abonando el otro á quien haya de entregarse, si salió de su poder por el contrato de compra venta, el precio que recibió y sus intereses ó réditos (2), á menos que haya términos hábiles para compensarse éstos con los frutos, de lo cual existe un ejemplo en la ley 40, tit. iv, libro iv del Digesto, que puede aplicarse á este caso.

Esta obligacion de devolver la cosa es tal, que alcanza

(1) Arts. 1192 y 1193.

(2) Art. 1194.

hasta el tercero que la adquirió (1): de otro modo no podría muchas veces tener aplicacion lo prevenido en las leyes 2.^a, tit. xxv, Part. 5.^a; y 8.^a, tit. xix, Part. 6.^a, en las que en términos absolutos se dispone que *el juez haya de tornar las cosas al estado que antes tenían*, según arriba observamos.

Para que se produzcan estos efectos, es necesario que cada contrayente por su parte esté dispuesto á cumplir con la devolucion de aquello que, á consecuencia de la declaracion de la nulidad está obligado, pues á no hacerse así, no se podrá por parte del que no cumple reclamar el cumplimiento del otro, ni perseguirse á éste como moroso, según afirman los intérpretes fundados en varias leyes romanas y particularmente en la ley 31 al final, tit. 1, lib. xii del Digesto (2).

La falta que se nota entre los autores de derecho sobre una materia de uso tan frecuente, principalmente tratándose del *beneficio de restitucion*, nos ha decidido á dar algo mas de estension que la que permiten unos elementos del derecho; pues nunca creimos bastante lo que acerca de los efectos de este beneficio manifestamos en los párrafos VI y siguientes de la leccion 12, trat. 1.

Como adición á este mismo modo de extinguirse las obligaciones, puede considerarse la *condicion resolutoria*, de la cual trataremos en el párrafo siguiente.

§. X.

Qué es condicion resolutoria, y sus efectos.

Otro de los modos de rescindirse las obligaciones, es el cumplimiento de la *condicion resolutoria*, la cual, según dijimos en el §. IV, leccion 5.^a, es *aquella que, al cumplirse, produce la rescision del contrato, restituyendo las cosas al estado que tenían antes de su celebracion*.

Tal seria, si uno vendiere su casa con la condicion que si él ó su familia volviere de América se habia de rescindir

(1) Art. 1172.

(2) Art. 1195.

la venta; pues en tal caso, realizada la vuelta, tendria que devolverse la casa y deshacerse el contrato que se habia celebrado.

Aunque, generalmente hablando, dependen de la voluntad de los hombres las condiciones con que quieren contraer la obligacion, y deberán ser guardadas mientras que no se opongan á las leyes ó á las buenas costumbres, como dispone la ley 38, tit. v, Partida 5.^a, ó en cuanto reñan los requisitos que en el párrafo antes citado enumeramos, sin embargo, con respecto á la *condicion resolutoria*, hay casos en que se sobreentiende ésta por la ley, aun cuando los contrayentes nada hubieren espresado.

De esta clase es el pacto llamado *de adición de día*, puesto en el contrato de compra venta, en virtud del cual, segun hemos anotado en el párrafo VIII de esta leccion, si dentro del término señalado se presentara un nuevo comprador ofreciendo mas precio que el que dió el comprador primitivo, y notificado éste no quisiera ofrecer otro tanto, deberá devolver la cosa al vendedor con los frutos percibidos, deduciendo los gastos de recoleccion. Ley 40, tit. v, Part. 5.^a

Lo mismo sucede en cuanto al pacto llamado *de la ley comisoria* y en el *de retroventa*, de que hablamos en el mencionado párrafo, en virtud de los cuales, no pagándose en el primero el precio al día señalado, ó devolviéndose en el segundo el precio que recibió el vendedor si así se pactó, tiene que rescindirse el contrato, porque tal fué la intencion de los contrayentes en su celebracion, además de disponerlo así las leyes 41 y 42, tit. v, Part 5.^a

En una palabra, la *condicion resolutoria* se sobreentiende siempre en los *contratos bilaterales* (1) para el caso en que una de las partes no cumpliera la obligacion que hubiera contraído, por la razon de que en estos contratos cada una de las partes en tanto se reputa obligada en cuanto la otra cumple lo pactado; y por lo mismo, faltando esta circunstancia de parte de un contrayente, preciso

(1) Art. 1042.

es que caduque ó se rescinda la convencion en los términos que manifestaremos espresando sus efectos.

Efectos de la condicion resolutoria.

El efecto inmediato de la *condición resolutoria* cumplida que sea ésta, es, segun aparece de la definicion, la rescision del contrato; pero como al restituirse la cosa pudieran haberse lucrado los que la tuvieron en su poder, ó se hubieran causado en ella daños por su culpa, la equidad dicta y las leyes al mismo tiempo disponen, que no solo haya de restituirse la cosa, sino que además tengan que hacerse las partes algunas mútuas prestaciones por los daños que hubieren recibido.

Prescindiendo de lo que en cuanto á ellos hubieren pactado los contrayentes cuando con términos esplicitos celebraron el contrato con esta condicion, como aparece del ejemplo propuesto al principio de este párrafo, lo que las leyes en su caso establecen acerca de sus efectos, lo comprenderemos en las reglas siguientes:

1.^a Verificada esta condicion, debe restituirse lo que se hubiere percibido en virtud del contrato. Leyes 38 y 40, tit. v, Part. 5.^a

2.^a La restitucion ha de hacerse juntamente con los frutos é intereses por aquel que hubiere faltado al cumplimiento de la obligacion, tratándose de las condiciones resolutorias que se sobreentienden por la ley; á no ser que el que tenia en su poder la cosa hubiere satisfecho ya antes el todo ó parte de su precio, que entonces se los podrá retener como en compensacion del total, ó de la parte que alcanzare al precio que hubiere entregado, si el vendedor no quisiera devolvérselo, segun dispone la ley 38 citada.

3.^a No habiendo entregado precio alguno devolverá todos los frutos, deducidos los gastos de recoleccion, como dice la ley 40, tit. v, Part. 5.^a; lo cual deberá asimismo cumplir cuando el vendedor le restituyera el precio que hubiere recibido, segun consta de la ley 38 de este título.

4.^a En el caso de pérdida ó deterioro de la cosa, si hubiere resultado por culpa del que se constituyó deudor de ella, deberá abonar al otro contrayente el valor de la cosa ó de los daños causados en ella, como lo espresa la última ley citada, diciendo, *que si la cosa fué empeorada por culpa del comprador demientra que el la tuvo, tenudo es de mejorar al vendedor el empeoramiento*, así como si se hubiere mejorado á espensas del deudor, podrá éste usar de su derecho en cuanto á ellas en los términos propuestos en el §. VI, lec. 4.^a, trat. II.

5.^a Si la cosa se hubiere mejorado por su naturaleza ó por el tiempo, debe ceder todo en beneficio del acreedor ó de aquel á quien ha de devolverse la cosa, segun los principios sentados en la lec. 3.^a, trat. II, con cuya doctrina se halla conforme el nuevo Código (1).

6.^a Si la rescision procede de haber faltado uno de los contrayentes á lo pactado, podrá en los *contratos bilaterales* en jeneral exigir el perjudicado, ó el cumplimiento de la obligacion si puede realizarse, ó la resolucion del contrato juntamente con el resarcimiento de daños. Leyes 5.^a, tit. VI, y 41, tit. XIV, Part. 5.^a

Con estas reglas puede fácilmente venirse en conocimiento de los efectos que produce la *condicion resolutoria*, los cuales, si no quieren llevarse á ejecucion por no avenirse amistosamente los contrayentes en las reclamaciones que se hicieren, deberán deducirse ante los tribunales, quienes examinando sus motivos y poniendo en claro la inejecucion, ó decretarán desde luego la restitucion, ó concederán un plazo al deudor para que cumpla la obligacion. Leyes 1.^a y 2.^a, tit. VIII, Part. 3.^a y 37, tit. XI, Partida 5.^a (2).

Finalmente, el último modo de extinguirse las obligaciones es la *prescripcion*, cuya naturaleza se explicará en el párrafo siguiente.

(1) Arts. 1040 y 1041.

(2) Art. 1042.

§. XI.

Naturaleza de la prescripcion considerada como medio de extinguirse las obligaciones.

La palabra *prescripcion*, segun manifestamos en el párrafo II, lec. 23, trat. II, puede tomarse, ó como un medio de adquirir bienes, acciones y derechos, ó como un medio de perderse éstos.

Será *modo de adquirir*, por parte de aquel que está en la posesion ó cuasi posesion de la cosa con los demás requisitos que señalan las leyes; y será *modo de perder*, por parte del que, teniendo derecho para reclamarla, deja trascurrir el tiempo que hay designado para su adquisicion, que es lo que en uno y otro sentido produce la *prescripcion*.

Si el derecho que una persona pudiera reclamar versare sobre el cumplimiento de una obligacion, será *modo de adquirir* de parte del deudor cuando no se le hubiere pedido la deuda en el tiempo que las leyes tienen señalado para verificarlo; pues con ello adquiere un derecho para no poder ser ya molestado en lo sucesivo, sirviéndole la prescripcion como una escepcion que podrá utilizar contra el que se supone acreedor, siempre que, trascurrido el tiempo designado, se la pidiera: y será *modo de perder* de parte del acreedor que, teniendo derecho para reclamar su cumplimiento, no hace uso de él en el tiempo que se hubiere prefijado.

Ahora bien; como, perdiéndose el derecho para reclamar un crédito, precisamente ha de desaparecer la obligacion de abonarlo, por ser correlativas las palabras *derecho* y *obligacion*; con razon otro de los modos de extinguirse las obligaciones, será la prescripcion de la accion que se pudiera ejercer para exigir su cumplimiento.

En esta atencion, habiendo hablado en la citada leccion de la prescripcion como *modo de adquirir el dominio*, trataremos en este lugar de la misma en cuanto denota el *modo de extinguirse una obligacion*.

Tomada pues, en este sentido, la definen generalmente los autores, diciendo que es *un modo de libertarse el deudor de una obligacion por no haber pedido el acreedor su cumplimiento, durante el tiempo señalado por la ley*: pero á nosotros nos parece mas bien definirla, *una escepcion que la ley permite que pueda utilizar el deudor para libertarse de pagar la deuda que se le reclama, por haber transcurrido el tiempo que hay prefijado para pedirla el acreedor*.

En la *prescripcion de dominio*, la ley, además del trascurso del tiempo prefijado, señala otros requisitos sin los cuales no puede adquirirse aquel ordinariamente: pero en la *prescripcion de accion*, así como en la *extraordinaria de adquirir el dominio*, al menos en el sentido que quedó esplicado en el §. IX, lec. 23, trat. II, no se exige otro requisito sino el trascurso del tiempo, como dispone tambien el nuevo Código (1).

La razon es, porque en la *prescripcion ordinaria de adquirir el dominio*, son necesarios ciertos actos de parte del que lo adquiere que indiquen el concepto en que los ejerce; y como de no tener buena fé y un título justo para ello, se consideraría la posesion una usurpacion de la propiedad que no podrian las leyes aprobar, de aqui el exigir éstas, además del trascurso del tiempo, los otros requisitos espresados en la citada leccion.

No sucede lo mismo en cuanto á la *prescripcion de la accion* ó de la estincion de la obligacion por este medio; pues, para conseguirse ésta, no se necesita acto alguno de parte del deudor por el que haya de acreditarse si su ánimo es ó nó faltar á la justicia; sino que basta el no uso de la accion de parte del acreedor para presumir, que el que teniendo tiempo para utilizar su derecho no lo hace, da á entender, ó que realmente no existe la deuda, ó que si existe la cede ó la condona, ó que se halla ya satisfecha.

Como, pues, el trascurso del tiempo es el único requisito para estinguirse la obligacion por la *prescripcion de la*

(1) Art. 1961 y 1964.

accion ó del derecho para exigir su cumplimiento, será necesario examinar por cuánto tiempo se prescribe esta clase de *acciones*, ó se extinguen las obligaciones, que será la materia del párrafo siguiente.

§. XII.

Tiempo señalado para la prescripcion de acciones que tienen por objeto el exigir una deuda.

Siendo muy variadas las obligaciones que contraen los hombres, y diferentes los intereses que producen, no era posible ni conveniente que la ley designare un tiempo comun ó general para proponerse toda clase de acciones que hicieran efectivo su cumplimiento cuando el deudor no las cumpliera voluntariamente, sino que debia señalarse un tiempo especial para cada una de ellas, segun fuere el interés ó la entidad de la obligacion y las circunstancias anejas á ellas.

Cuál sea este tiempo, aunque muy difícil de determinar en vista de la espresada diversidad, sin embargo, lo haremos en cuanto á las de uso mas frecuente, entre las cuales consideraremos las acciones siguientes:

1.^a El derecho de ejecutar, ó la accion de pedir ejecutivamente la deuda por obligacion personal, solo dura diez años; pasados los cuales queda prescrita ó se pierde esta accion, como establece la ley 5.^a, tít. viii, lib. xi, Novís. Recop.: debiendo advertir para instruccion de los que hayan de utilizarla, que estos diez años empiezan á correr desde que nace la accion ejecutiva, que será:

En la que procede de una *sentencia judicial*, desde el dia en que se declaró ésta por pasada en autoridad de cosa juzgada, ó que causó ejecutoria (1).

En la que nace de un *instrumento público*, desde el dia de su otorgamiento si la obligacion se contrajo puramen-

(1) Art. 1970.

te; y si lo fué con condicion ó á plazo, desde el dia en que se cumplió aquella, ó llegó el término de su vencimiento (1).

En los *instrumentos relativos á obligaciones con interés, ó renta, como censos, pensiones y legados anuales*, desde la última paga (2): pero debiéndose entender solo en cuanto al *cánon ó pension*, y no en cuanto al *capital*, segun demostramos en el §. VI, lec. 7.^a, sec. 3.^a, trat II.

En los *vales ú otros documentos privados de crédito*, desde el dia de su reconocimiento; y en la que dimana de una *confesion judicial de deuda*, desde el dia en que se hizo.

2.^a La accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescribe por veinte años y no menos, como continúa la ley 5.^a, tít. VIII, lib. XI, Novís. Recop., cuya doctrina admite el nuevo Código para el caso de estar ausentes los contrayentes, pero no en el caso de estar presentes, en que solo señala diez años (3), lo cual nos parece que está mas en armonía con el tiempo ordinariamente señalado en la prescripcion de dominio.

Prescindiendo de esta observacion, los veinte años que se designan en la actual legislacion sin distincion entre presentes y ausentes, deben entenderse los diez primeros para pedir ejecutivamente la deuda si hubiere méritos para entablar la ejecucion, y los diez restantes para reclamarla por la via ordinaria, á la que se aplicarán los veinte años si no hubiere lugar á proceder por la via ejecutiva.

3.^a Si en la obligacion hubiere hipoteca ó fuere mista de real y personal, como lo es en el caso de haber obligado el deudor su persona y bienes, se prescribia ó estinguia la deuda por treinta años y no menos, segun la ley recopilada citada; mas en virtud de lo dispuesto por la nueva ley hipotecaria, esta accion se prescribirá á los veinte años contados desde que pueda ejercitarse con arreglo al título inscripto. (Artículo 134).

4.^a Los réditos ó el cánon de un censo se prescribe tambien por treinta años; pero es únicamente en cuanto á las

(1) Art. 1968.

(2) Art. 1969.

(3) Art. 1967.

pensiones que escedan de este número y no en cuanto á las que corresponden á dicho tiempo, que podrán pedirse cualesquiera que sea el número de años que hubiere transcurrido, utilizando la via ejecutiva por las devengadas en los nueve años y dos tercios, y por las otras hasta veinte años la via ordinaria.

5.ª La accion de los recaudadores y arrendadores de rentas públicas para pedir de los contribuyentes el tanto que les corresponda por razon de su oficio, se prescribe por cuatro años contados desde que cesaron en sus cargos, salvo si por algun acto de éstos hubiera llegado á interrumpirse la prescripcion; pero quedando siempre en el Tesoro público el derecho para percibir lo que se le adeudare por dichas rentas, aunque hubieran dejado de cobrarse por remision ó negligencia de estos empleados. Ley 8.ª tít. viii, lib. xi, Novís. Recop.

6.ª Los salarios de los letrados, procuradores y agentes ó solicitadores, á los que añadiremos nosotros los de los notarios y escribanos y demás curiales, siguiendo al nuevo Código (1), se prescriben por tres años que se contarán desde que se devengaron estos derechos; cuya doctrina tuvo su modo particular de aplicarse cuando se publicó la ley que así lo dispone, como puede verse en la ley 9.ª, tít. xi, lib. x, Novís. Recop.

7.ª Igualmente se prescriben por tres años las acciones de los criados para pedir lo que se les quedó á deber por sus servicios, corriendo dicho tiempo desde que fueron despedidos; y lo mismo ha de entenderse en cuanto á los farmacéuticos, médicos y cirujanos, joyeros y otros oficiales mecánicos; como tambien en cuanto á los especieros, confiteros y á los que tienen tiendas de cosas de comer que dice la ley, los cuales, pasados dichos tres años desde que suministraron los efectos de sus tiendas, ó hicieron sus visitas y operaciones, ó prestaron sus obras ó trabajos, no podrán ya pedir lo que hubieren dado ó trabajado. Leyes 10 y 11 del mismo título y libro.

Estos créditos, atendido el reducido tiempo dentro del

(1) Art. 1972.

cual pueden pedirse, gozan del privilegio de que no pueden dilatarse á pretexto del fuero á que pertenezcan las personas que deban abonarlos; pudiendo en su vista los artesanos, menestrales jornaleros, criados, acreedores alimentarios de comida y posada, y demás que se han espresado, acudir á los jueces ordinarios, quienes, sin admitir inhibicion ni declinatoria de fuero, decretarán su pago, guardando los trámites del procedimiento con arreglo á lo que prescribe la ley de enjuiciamiento, segun fuere el juicio que corresponda atendida la entidad de lo que se reclamare.

Se esceptúan solamente los militares que gocen de fuero en lo civil, como tambien los matriculados de marina que se hallen en servicio, los cuales deben ser citados ante sus propios jueces; y á los que, del mismo modo que á los que no gocen de fuero, se les obligará inmediatamente al pago de lo que adeuden por este título, y además al de los intereses que venzan desde el dia de la interpelacion judicial, que serán del seis por ciento si fueren artesanos ó menestrales los demandantes, y del tres por ciento si fueren sus criados. Leyes 12, 13 y siguientes del título y libro de la Novísima citados.

Solo falta advertir por conclusion, que en los casos últimamente espresados, quedará interrumpida la prescripcion para contarse de nuevo el referido tiempo, siempre que durante él se hubiere cedido la deuda de cualquier modo que pudiera hacerse constar este acto.

Tales son los modos de disolverse las obligaciones. De éstos, unos la estinguen en virtud solo de la ley, ó *ipso iure*, como dicen los jurisconsultos, los cuales libran al deudor desde el instante que ellos existen, y otros las estinguen cuando la persona que se supone obligada opone una escepcion que destruye para siempre la accion que intentó el acreedor; pues si solo la defiriera para otro tiempo por no haber llegado, por ejemplo, el dia para pedirse, ó no haberse propuesto del modo debido, continuarán los deudores en la obligacion, como si no la hubieran propuesto.

Mas, para que estos modos puedan servir para el objeto

porque se han establecido, se hace preciso que el deudor contra quien se reclama el cumplimiento de la obligacion, pueda probar el hecho en que se funda cada uno de ellos, del mismo modo que ha de probar tambien el acreedor la existencia de su crédito, sin cuya justificacion ni quedará libre el primero del pago de lo que se reclama, ni el acreedor con derecho para exigir su cumplimiento.

Qué medios de prueba propone la ley para que se produzcan dichos efectos, lo esplicaremos en la leccion siguiente.

LECCION SÉTIMA.

De los modos de probar las obligaciones.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Quése entiende por prueba, sus especies, y á quién incumbe el suministrarla.—§. III. Cuáles son los medios de prueba que establece la ley.—§. IV. Qué son instrumentos, sus clases, y formalidades con que han de otorgarse.—§. V. Qué prueba hacen en juicio.—§. VI. Observaciones sobre la prueba de testigos, cómo se definen, y circunstancias que se requieren en ellos.—§. VII. Cuándo hacen prueba completa sus declaraciones.—§. VIII. Qué es presuncion, sus clases, y grado de fuerza que tenga para probar algun hecho ó una obligacion.—§. IX. Naturaleza de la prueba que es hecha por confesion, y sus especies.—§. X. Qué clase de prueba produce.—§. XI. Observaciones sobre la prueba del juramento, cómo se define, y sus divisiones.

§. I. -

Razon del método.

Todo lo que hasta el presente se ha manifestado, está reducido á saber si existe ó no una obligacion, á fin de poder despues exigir su cumplimiento en caso de que el deudor no lo verificase.

Uno de los modos por donde nos consta su existencia son los contratos, cuya naturaleza en general se examinó en la leccion 2.^a; pero, como en vano intentaria el acreedor ó aquel á cuyo favor se ha constituido la obligacion, alegar la causa ó fundamento de donde se deriva, si al mismo tiempo no justificara su existencia, ó el haber tenido lugar el acto de donde procede, de aquí la necesidad de parte

del que exige su cumplimiento, de haber de valerse de las pruebas judiciales como el único medio de hacer constar la existencia de la deuda que reclama.

Mas, como pudiera tambien suceder que á pesar de poder justificar el acreedor la existencia de la obligacion, no pudiera llevarse á efecto, ó bien porque adoleciera de algun vicio el acto en que se constituyó, ó bien por la imposibilidad de su cumplimiento, ó bien, finalmente, porque se hallaba ya satisfecha, ó la consideraban las leyes como cumplida; de aquí tambien la necesidad de parte del deudor que alegare cualquiera de estos medios á que hemos reducido los modos legales de extinguirse las obligaciones, de haber de dar las pruebas que acrediten la estincion de la obligacion cuyo cumplimiento se exige.

Así lo ha establecido el derecho, y así además lo persuade la recta razon, que enseña que á todo aquel que afirma, incumbe la justificacion de lo que asegurare, segun espresa la ley 2.^a, tit. xiv, Part. 3.^a; y como tanto el acreedor cuando reclama el cumplimiento de la obligacion, como el deudor cuando alegue que está libre de su cumplimiento, ambos á dos afirman un hecho á su favor, es consiguiente en ellos la necesidad de haber de probar los hechos en que fundan su intencion.

Cómo deben suministrarse las pruebas, y qué reglas deben tenerse presente para su calificacion, es propio de la ley de enjuiciamiento el determinarlo; á nosotros nos basta saber cuáles son los medios de prueba de que puede valerse así el acreedor como el deudor en los casos espresados, lo cual será la materia de la presente leccion, que empezaremos dando la definicion de la *prueba*, y juntamente la de cada una de sus especies.

§. II.

Qué se entiende por prueba, sus especies, y á quién incumbe el suministrarla.

Segun la ley 1.^a, tit. xiv, Part. 3.^a, se entiende por prueba *el averiguamiento que se hace en juicio en razón de una cosa dubdosa, ó de otro modo, la demostracion de lo*

que se alega en juicio, por los medios y en la forma designada por la ley.

La prueba puede ser *artificial* ó *inartificial*, segun que la demostracion estuviere fundada en ciertas conjeturas mas ó menos vehementes que puedan convencer el ánimo del juez acerca de la verdad de la cosa que se litiga, ó en los medios de prueba que la ley de procedimientos hubiere designado. En el primer caso, se llamará *artificial*; en el segundo, *inartificial*.

Esta última puede dividirse en *plena* y *semiplena*. Se llama prueba plena *la que acredita la existencia de una cosa de un modo tan claro y evidente, que no deja al juez ningun motivo de duda sobre su certeza*; y se llama semiplena *la que, aunque produce algun convencimiento en el ánimo del juez, no es tal que baste para alejar todo género de duda, ó para inclinarle decididamente á condenar al demandado ó reo.*

A quién incumbe la prueba.

Hablando en general, la prueba incumbe al actor ó demandante, en términos que si no la presenta satisfactoriamente, debe ser absuelto el reo ó demandado, segun se dispone en la ley 1.^a, tit. xiv, Part. 3.^a: pero á veces incumbe al reo ó demandado la obligacion de probar, lo cual tiene lugar en los casos siguientes:

1.^o Cuando la presuncion del derecho está en favor del actor, como sucede, por ejemplo, en todo aquel que está en posesion de la cosa, el cual, presumiéndose que posee justamente, trasmite en el que niega su derecho la obligacion de probar que aquella es injusta. Lo mismo sucede en el heredero forzoso desheredado, que estando á su favor el derecho á la herencia, si la pide, y la combate el heredero escrito alegando que ha sido desheredado, debe probar éste ser cierta la causa de la desheredacion. Ley 10, tit. vii, Part. 6.^a

2.^o Cuando el reo ó demandado asegura en una escepcion alguna cosa, por medio de la cual puede destruir ó repeler la accion del contrario; pues en virtud de la es-

cepcion, de demandado que era, se convierte en actor, como dicen las leyes 9.^a y 19, tit. III, lib. XXII del Digesto.

Tal sucedería en el caso en que, requerido uno para el cumplimiento de alguna obligacion, alegase que estaba libre de ella por alguna de las causas por las que se extinguen las obligaciones, que entonces deberá probar el hecho por el que no viene obligado á su cumplimiento.

3.º Cuando la negativa del demandado fuera de la clase de la que los prácticos llaman de *derecho* ó de *cualidad*: pues en una y otra siempre va envuelta una afirmativa que deberá probar el que la alega.

Va envuelta la afirmativa en la *negativa de derecho*; porque consistiendo ésta en negar que alguna persona no tiene aptitud legal para cierto oficio, se supone que ha de haber alguna ley que le prohíba su desempeño; y por lo mismo incumbe al que la alega el manifestarla ó probarla.

Así sucedería si uno negase á otro que pudiera ser abogado, ó testigo, ó juez en la causa que contra él se hubiera promovido; en cuyo caso deberá probar el impedimento que le inhabilita para estos oficios, como dice la ley 2.^a, tit. XIV, Part. 3.^a

Va envuelta tambien la afirmativa en la *negativa de calidad*; porque consistiendo ésta en negar á uno cierta cualidad personal que se presume le pertenece, es preciso que el que la niega pruebe el vicio ó defecto que obsta á la consideracion que otro disfruta.

Conforme á esto, el que niega á otro que sea hijo legítimo, deberá probar su ilegitimidad; el que niega que un testamento sea válido porque el testador no estaba en su sano juicio, debe probar esta incapacidad, y así de otros ejemplos que propone la ley 2.^a de Partidas citada.

Solo en la *negativa de hecho*, que es aquella en que uno niega simplemente lo que asegura el colitigante, es en la que no está obligado á suministrar prueba; porque no teniendo nada á qué referirse, es imposible por naturaleza el mostrar ó probar lo que de este modo se niega, como dice la ley 1.^a, tit. XIV, Part. 3.^a: pero si no fuera *simple*

esta negativa, sino que envolviera en sí alguna afirmativa, ó estuviere limitada á las circunstancias del lugar y tiempo, que es lo que llaman los prácticos *negativa coartada*, entonces deberá el que la alega, ó probar la afirmativa como en los ejemplos antes citados, ó probar que en el día y lugar en que se supone celebrado el contrato cuyo cumplimiento se reclama, ó cometido el delito que se atribuye, se hallaba tan distante del punto que se le designa, que era del todo imposible estar presente en él para contraer ningun compromiso.

De todo lo dicho se infiere que, aunque por regla general al actor es á quien pertenece la prueba, esto no impide que tambien tenga algunas veces obligacion el demandado de suministrarla, tanto en los *juicios dobles*, como el de particion, etc., en que cada uno de los litigantes hace las veces de actor, como en los *juicios sencillos*, en que uno es el actor y otro el demandado; que por esto al tratarse de obligaciones decimos que el acreedor que reclama su cumplimiento debe probar la que se haya contraído á su favor, asi como debe hacerlo tambien el que opone haberse ésta estinguido, como afirma el nuevo Código (1).

Solo falta que veamos de qué medios de prueba deben valerse el acreedor y el deudor en los casos espresados.

§. III.

Qué medios de prueba establece la ley para corroborar su derecho el acreedor y deudor.

Los medios de prueba de que puede hacerse uso en los juicios, son los siguientes:

- 1.º Documentos públicos y solemnes.
- 2.º Documentos privados.
- 3.º Correspondencia.
- 4.º Confesion judicial.
- 5.º Juicio de peritos.
- 6.º Reconocimiento judicial.
- 7.º Testigos.

(1) Art. 1196.

Así consta del art. 279 de la ley de enjuiciamiento civil, en el cual se hallan comprendidos á nuestro parecer todos los medios de prueba de que hasta el presente nos hemos valido para demostrar en juicio, ó los derechos que tienen las personas cuando fueren disputados por otros, ó la existencia de un hecho del cual se deduce la obligacion cuyo cumplimiento se reclama.

Por esta razon, sin separarnos de lo que el artículo citado de esta ley prescribe, haremos uso de lo que las leyes recopiladas y de Partidas espresan sobre los medios de prueba que ellas proponen, admitiendo como tal el *juramento*, aunque no hable espresamente de él el citado artículo, y reconociendo tambien la fuerza que en si tiene la presuncion para que el juez pueda con seguridad fallar á favor del que alegare hallarse en el caso que decide de antemano la ley, ó de ser tales las razones que se deducen de ciertos y determinados hechos, que bastan de por si estas inducciones, aunque no haya otras pruebas para decidir la cuestion.

Si no se articula ésta como *prueba*, á la manera que se hace, por ejemplo, con la de *testigos*, se alegan, sin embargo, y se citan y prueban hechos de donde nacen las *presunciones*, que los jueces con su ilustracion sabrán apreciar para dar á cada uno el derecho que le corresponda.

No es propio de esta obra el exámen de estas cuestiones, ni el carácter elemental que en si tiene nos permite mas que estas ligeras indicaciones, bastando para nuestro objeto saber que, aunque todos los medios de prueba que cita el art. 279 de la ley de enjuiciamiento, pueden servir para demostrar la existencia de una obligacion, ó el haberse ella estinguido, las que mas directamente tienden á este fin son las que se hacen, ó por medio de *documentos*, ó por *testigos*, ó por la *alegacion de ciertos hechos que por la ley ó por el raciocinio inducen la presuncion de ser cierto el derecho que se reclama*, ó por la *confesion judicial*, ó finalmente, por el *juramento*, las cuales se hallan comprendidas entre las que designa el nuevo Código (1).

(1) Art. 1196 y siguientes.

Al examinarlos por el orden con que los hemos enumerado, no se crea que hayamos de entrar á tratar determinadamente de cada uno de ellos explicando todas sus particularidades, ni mucho menos lo que concierne al modo de proponerse ó á la tramitacion que ha de seguirse, sino que solo haremos mérito de aquellas leyes que se dirigen á determinar su naturaleza y el valor que les da el derecho, á fin de poder juzgar si ha de decretarse el cumplimiento de la obligacion que reclama el acreedor, ó la absolucion del deudor que se opone á esta reclamacion, alegando alguno de los medios por los que se considera libre de ella.

Bajo este supuesto, solo nos limitaremos á examinar los medios de prueba últimamente indicados, entre los cuales ocupa el primer lugar la *instrumental*, ó la que se hace por medio de *instrumentos*, cuya definicion y formalidades que han de reunir, segun su clase, se manifestarán en el párrafo siguiente.

§. IV.

Qué son instrumentos, sus clases, y formalidades con que han de otorgarse.

La palabra *instrumento*, en cuanto se refiere á uno de los medios de prueba, puede tomarse en sentido *lato* y *estricto*.

Tomada en sentido *lato* se denota con ella *todo lo que sirve en juicio para la instruccion de una causa, ó nos conduce para averiguar la verdad*; de modo que en este sentido pueden llamarse *instrumentos*, hasta los dichos ó declaraciones de los testigos, como espresa la ley 1.^a, tit. xiv, lib. xxii del Digesto.

Mas si se toma en sentido *estricto*, solo se comprenden en ella *los documentos ó escritos con que se justifica ó prueba alguna cosa*, como lo da á entender la ley 4.^a del mismo título y libro del Digesto, que es el sentido en que aqui se toman.

Clases en que se dividen los instrumentos.

Los instrumentos se dividen en *públicos* y *privados*.

Se llama instrumento público, *el que está autorizado por un oficial ó empleado público, con las solemnidades requeridas por la ley* (1).

Algunos dividen estos instrumentos en *propiaamente públicos* y *auténticos*; cuya division, aunque no muy exacta, porque todo instrumento auténtico es tambien público, y todo instrumento público es igualmente auténtico en razon de que unos y otros hacen fé y deben ser creidos, sin embargo, no tenemos inconveniente en adoptarla atendiendo á que, no siendo unas mismas las solemnidades con que han de otorgarse, ni unas mismas las personas que los han de autorizar, pueden comprenderse á primera vista los relativos á cada clase, no obstante que la ley de enjuiciamiento civil en el art. 280 incluye á los dos bajo la denominacion de documentos *públicos* y *solemnes*.

Sentado, pues, este antecedente, llamaremos instrumentos auténticos *los firmados y corroborados con sello por personas constituidas en alta dignidad, ó por personas públicas encargadas de algun ramo especial de administracion perteneciente á la Iglesia ó al Estado*.

De esta clase son los que la ley de enjuiciamiento expresa bajo los números 2.º, 3.º y 4.º del art. 280, á saber:

1.º Los documentos corroborados con el sello de rey, príncipe, obispo, cabildo y ayuntamiento, ó con el de las personas constituidas en dignidad que gozan de este privilegio.

2.º Los espedidos por los funcionarios que ejerzan un cargo por autoridad pública, en lo que se refiera al ejercicio de sus funciones.

3.º Los libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos ó dependientes del Estado, de las provincias ó pueblos, y las copias sacadas y

(1) Art. 1199.

autorizadas por los Secretarios y Archiveros por mandado de la autoridad competente.

4.º Las partidas de bautismo, de matrimonio y de defunciones dadas con arreglo á los libros por los Párrocos, ó por los que tengan á su cargo el registro civil.

Se llama instrumento *propriadamente público*, el otorgado con arreglo á la ley ante una persona que goza de fé pública.

A esta clase pertenecen:

1.º Las escrituras en que se contiene algun contrato, ó se consignan algunas obligaciones de los contrayentes y su descargo, ó se dispone para despues de la muerte del otorgante, hecha ante escribano competente en la forma prescrita por la ley (1).

2.º Las actuaciones judiciales, de cualquiera especie que sean, por razon de haber de estar autorizadas igualmente por dicho funcionario. Art. 280, números 1.º y 5.º de la ley de enjuiciamiento.

Finalmente, se entiende por instrumento privado, *toda documento escrito por personas particulares sin intervencion de escribano ni de otra persona legalmente autorizada, ó que, aun cuando esté otorgado ante escribano, es éste incompetente para autorizar tales escritos* (2), ó *está redactado por personas públicas en actos que no son de su oficio*.

De esta clase son:

1.º Los vales ó pagarés, ó aquellos escritos en que el deudor confiesa haber recibido del acreedor alguna cantidad por razon de préstamo ó por otro cualquier titulo, y se obliga á devolverla con el rédito ó interés que se haya estipulado, ó á entregar la cantidad que hubiere prometido; cuyos documentos son conocidos con el nombre de *antépoca* entre los autores de derecho.

2.º Los recibos ó resguardos, llamados *ápocas* por los mismos escritores, que son aquellos documentos que dan los acreedores á los deudores en que confiesan haber recibido de éstos la cantidad que les debian.

(1) Art. 1200.

(2) Art. 1203.

3.º Los papeles denominados *singrafa*, ó escritos de convenio firmados solo por las partes contratantes.

4.º Los libros de cuentas, ó en que alguno sienta lo que dá y lo que recibe, como tambien los de inventarios ó cuadernos en que privadamente se anotan los bienes que pertenecen á alguno, ó que tiene bajo su cuidado.

5.º Las cartas misivas ó de correspondencia, en que se comunica á los ausentes alguna idea, propuesta ó resolucion sobre los asuntos á que se refieren.

6.º Los documentos de giro.

En esta clase de instrumentos no se exige ninguna formalidad especial en su otorgamiento, sino que bastan para que sean eficaces la capacidad para obligarse de parte de las personas que los escriben, y además, si fueren documentos de giro, el que se estiendan en el papel del sello correspondiente al tenor de lo prescrito en el capítulo 5.º del Real decreto de 8 de Agosto de 1851, é instruccion de 1.º de Octubre del mismo.

No sucede asi en los *públicos* y aun en los *auténticos*, en los que deberán concurrir ciertas formalidades que espresaremos á continuacion.

Formalidades con que han de otorgarse los instrumentos públicos.

Siguiendo la division que hemos hecho de los documentos públicos en *propiamente tales* y *auténticos*, parecia que debiamos tambien tratar con distincion de las formalidades que debian reunir unos y otros: pero, atendiendo á que en los *auténticos*, aun prescindiendo de la variedad que se nota en cuanto al papel del sello en que deban entenderse, no es una misma su forma en cada una de sus clases, bastando en unos la firma del jefe de la administracion, en otros la de éste y juntamente la de su secretario, y en otros el haber de estamparse además el sello propio de la dependencia respectiva, solo lo haremos en cuanto á los llamados *públicos* que autorizaren los escribanos fuera del juicio.

Para que puedan, pues, constar con claridad las for-

malidades con que han de otorgarse los instrumentos públicos, las dividiremos en dos clases, á saber: unas que se refieren á las circunstancias que deben concurrir en las escrituras públicas, y otras al modo como han de formarse.

Circunstancias que han de concurrir en las escrituras públicas.

Las mas generales son las siguientes:

1.^a Que los contrayentes tengan la capacidad necesaria para obligarse ó disponer de sus bienes, así por razon de la edad, como por la de su sano juicio y de su estado natural y civil, y que el contrato verse sobre un objeto lícito.

2.^a Que el instrumento se otorgue ante escribano público y del número del pueblo donde se hiciere, si no tuviera ningun impedimento, y no ante escribano real, á no ser á falta de aquel, segun espresa la ley 7.^a, tit. xxiii, lib. x, Novís. Recop.

3.^a Que se espresa en la escritura el dia, mes, año y pueblo de su otorgamiento, los nombres, apellidos y vecindad de los contrayentes y los de los testigos instrumentales que tuvieren capacidad para serlo, segun lo dispuesto en las leyes 9.^a, tit. xvi, y 54, 111 y 114, Part. 3.^a; y además que dé fé el escribano de que conoce á los otorgantes, ó en su defecto, que dos de los testigos á quienes conoce, han dicho bajo juramento que son los mismos que aparecen en el instrumento, y que por esto lo firman tambien ellos.

4.^a Que la escritura no contenga abreviaturas, ni números ó guarismos; y además que se escriba con limpieza, sin blancos, raspaduras, interlineados ni enmiendas, de modo que no pueda haber duda sobre el contenido de las cláusulas; debiendo si alguna enmienda hubiere salvarse antes de las firmas.

5.^a Que firmen la escritura los otorgantes y los testigos, despues que se les haya leído y conformádose en su contenido; y si no supieren ó no pudieren, lo haga en su nombre un testigo, espresándose al fin del documento que

el otorgante no firma por decir no saber ó no poder hacerlo, en cuyo último caso ha de explicar el escribano el motivo de la imposibilidad.

6.^a Que el escribano ponga su signo en todas las escrituras matrices y en las copias primordiales y demás que por él se dieren.

7.^a Que al márgen de cada instrumento se estienda la correspondiente nota de las copias que se saquen y de los otros documentos que se hayan otorgado modificándolo, revocándolo ó imponiendo algun gravamen, como *censo*, *servidumbre*, *hipoteca*, etc.

8.^a Que se estienda en el papel sellado que corresponda.

9.^a Si el documento ha de presentarse en distinto territorio de Audiencia de donde fuere autorizado, se legalizará por otros dos notarios.

Si se hubiera de presentar en pais extranjero, dispone la Real orden de 9 de Octubre de 1783, que tres escribanos legalicen la identidad y firma del que autoriza el documento; que la identidad del escribano la legalice el juez de primera instancia del partido, la de éste el regente de la Audiencia, la del regente el ministro de Gracia y Justicia, la de este ministro el de Estado; y la del ministro de Estado el embajador ó representante que hubiere de la nacion en donde hubiere de presentarse el documento.

Finalmente, en las escrituras otorgadas por españoles en el extranjero, deberán observarse las formalidades prescritas en los Reales decretos de 29 de Setiembre de 1848 y 17 de Octubre de 1851, segun manifestamos en el §. XI, leccion 3.^a: debiendo añadir á lo allí espresado, que además de haber de contener certificacion del embajador, cónsul ú otro ministro representante de nuestra nacion, sobre la legitimidad del documento y su conformidad con las leyes y prácticas del pais en donde se habia otorgado, debe acompañarse la traduccion legalmente autorizada por la interpretacion de lenguas, segun lo dispuesto por Reales órdenes de 30 de Junio de 1837 y 24 de Setiembre de 1841.

Tales son las circunstancias que deben concurrir en las

escrituras públicas, las cuales se han estractado de las leyes del tit. xxiii, lib. x, Novis. Recop., que podrán consultar los que deseen mayores conocimientos acerca de ellas, así como tambien en lo relativo al modo como se forman, de lo cual daremos una breve idea á continuacion.

Modo como han de formar los escribanos las escrituras públicas.

La ley del Notariado publicada en 28 de Mayo de 1862, faculta á los notarios para redactar escrituras matrices, espedir copias y formar protocolos.

Es escritura matriz, *la original que el notario ha de redactar sobre el contrato ó acto sometido á su autorizacion, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, ó de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo notario.*

Es primera copia, *el traslado de la escritura matriz que tiene derecho á obtener por primera vez cada uno de los otorgantes.*

Se entiende por protocolo, *la coleccion ordenada de las escrituras matrices autorizadas durante un año, que debe formalizarse en uno ó mas tomos encuadernados, foliados en letra y con los demás requisitos que se determinen en las instrucciones del caso.*

Este libro y los demás que vaya formando el notario durante su oficio, deberán estar bajo su custodia, y de ellos irá sacando las copias que los interesados le pidieren; advirtiéndole que, en caso de perderse ó inutilizarse, podrá formarse de nuevo el *registro*, practicándose para ello las diligencias prescritas en la ley del Notariado.

Tanto la primera como las demás copias debe darlas el escribano que autorizó el instrumento, á no ser que hubiere fallecido ó estuviere imposibilitado, que entonces las podrá dar el que hubiere heredado el *protocolo*, ó que estuviere autorizado para ello por el juez competente; debiendo hacer presente que, si de facilitarlas se causara algun perjuicio á tercero, como lo seria respecto de aquellas escrituras en cuya virtud se puede pedir la deuda cuantas veces se presente el original, solo podrá dar de por sí la primera copia en el término que hay designado

para las de esta clase en las leyes 3.^a y 5.^a, tít. xxiii, libro x, Novis. Recop., y que si otras le pidieren deba hácerlo, precediendo mandamiento compulsorio del juez y á su continuacion, al tenor de lo mandado en las leyes 10 y 11, tít. xix, Part. 3.^a, y 5.^a, tít. xxiii, lib. x, Novis. Recopilacion.

Además de la *escritura original* y de las *segundas, terceras ó mas copias*, pueden pedirse otras, llamadas *traslados ó testimonios*, que son *aquellas que se sacan, no del protocolo ó matriz, sino de la primera ó segunda copia del instrumento que se exhibe*.

En esta clase de instrumentos hay que observar: 1.^o, que pueden autorizarse por el escribano ante quien se hizo el instrumento, ó por otro; y 2.^o, que pueden darse literalmente ó en relacion, lo cual no tiene lugar en la primera copia ó escritura original ni en las segundas, terceras ó demás que se pidieren, como aparece de lo dispuesto en la ley 1.^a, tít. xxiii, lib. x, Novis. Recop.

Los que se saquen literalmente, pueden serlo, ó de todo el documento exhibido, ó solo de una de sus partes. En el primer caso se copia todo el documento, y se llama *testimonio literal íntegro*; en el segundo, solo se copia el encabezamiento de la escritura y su final, y en el intermedio la cláusula que haya de testimoniarse, y entonces se llamará *parcial*.

En los que se saquen en relacion, únicamente se extractará la parte esencial del documento ó de alguna de sus partes, á voluntad del que lo pide, si bien, para evitar cualquiera alteracion del acto, convendría que se copiara literalmente la cláusula por la que principalmente se pidiere.

Tales son los requisitos y forma con que han de otorgarse los documentos públicos. Veamos ya la fuerza que tienen en juicio, que es el objeto principal por que los hemos examinado.

§. V.

Qué prueba forman los instrumentos públicos y privados.

Para determinar la fuerza que tienen en juicio estos instrumentos, debemos distinguir en cuanto á los primeros, entre el instrumento público considerado en general, y los tres escritos en que puede comprenderse su contenido, segun hemos manifestado.

Considerado el instrumento público en general, la regla que ha de observarse es, que las escrituras públicas hacen plena fé ó prueba completa de las obligaciones en ellas contenidas, entre las partes contratantes y sus herederos ó causa habientes, y aun tambien la hacen contra un tercero en cuanto al hecho de haberse otorgado el contrato y á su fecha, como espresa el nuevo Código (1).

De lo primero ó que hacen prueba plena entre los otorgantes y sus herederos, tenemos la ley 114, titulo xviii, Part. 3.^a, en la que se dice que *vale el instrumento para probar lo que en él dijere el escribano público*, lo cual, unido á lo que las leyes 11, tít. xiv, Part. 3.^a, y 14, tít. xi, Part. 5.^a disponen, que *todo home que face pleito ó postura con otri, lo face tambien por sus herederos, y que los herederos de aquel que finasse, fincan obligados*, demuestran suficientemente dicho aserto.

De lo segundo, ó que tambien hacen fé contra un tercero, bastará atender á que los escribanos son los depositarios de la fé pública; y por lo mismo deben ser creídos sobre el hecho material del acto que aseguran, como el que en tal dia, por ejemplo, se verificó una venta, ó se contrajo tal obligacion; aunque no la hagan en cuanto á la parte enunciativa que afirmare alguno de los contrayentes, á no ser entre ellos mismos (2), como si, por ejemplo, dijera el

(1) Art. 1201.

(2) Art. 1213.

vendedor que la finca que vendia tenia tal servidumbre, ó este ó el otro gravámen; porque tal aserto como este no la tiene á la vista de modo que pueda asegurar su certeza.

Tal es el juicio que ha de formarse acerca de la fuerza que, en general, tiene el instrumento público.

Pasando á examinar la que tienen los tres escritos en que se comprende su contenido, á saber: el *registro* ó *matriz*, la *copia original* ó *primordial*, y el *traslado* ó *testimonio*, diremos:

1.º Que el *registro* ó *matriz*, aunque ordinariamente no se presente en juicio sino cuando los tribunales lo creyeren necesario para fallar con acierto, sin embargo, no puede negársele plena fé, y aun debe estarse mas á ella que á la copia original, la cual, en tanto hace prueba, en cuanto concuerda con el *registro*. Ley 8.ª, tit. xix, Partida 3.ª (4).

2.º Que la *copia original* ó *primera*, que es la que ordinariamente se presenta en juicio, hace prueba plena (2), y además trae aparejada ejecucion, como espresa el artículo 941 de la ley de enjuiciamiento civil; de cuya fuerza solo gozan las segundas copias, cuando están dadas en virtud de mandamiento del juez y con citacion de la parte á quien deba perjudicar ó de su causante, como añade el artículo citado (3).

3.º Que el *traslado* ó *testimonio* no hace fé sino contra quien lo produce, á no ser que se hubiere dado con autoridad judicial y citacion de la parte contraria, que entonces la hará tambien contra ésta, segun aparece del final de la ley 114, tit. xviii, Part. 3.ª, y de la glosa á esta parte de Gregorio Lopez.

4.º Que para que presentadas en juicio sean eficaces, hayan de observarse las reglas prescritas en los artículos 281, 282, 283 y 284 de la ley de enjuiciamiento.

No siendo asi, no solo no producirán estos instrumentos el efecto que se desea, sino que además podrán redarguirse de falsos siempre que en ellos falte alguna de las

(1) Art. 1215.

(2) Art. 1216, núm. 1.º

(3) Art. 1216, números 2.º y 3.º

circunstancias que previene la ley, las cuales quedaron anotadas en el párrafo anterior.

Qué trámites han de seguirse cuando se redarguye de falsa una escritura, esto es propio de los prácticos el tratarlo; á nosotros nos basta saber en este lugar los requisitos que deben reunir los instrumentos públicos para probar la existencia de las obligaciones.

Si los documentos fueren *privados*, solo harán fé en juicio contra aquel que los escribió y sus herederos, si los reconoció por suyos su autor, como dice la ley 119, título xviii, Part. 3.^a; añadiendo á ella las leyes recopiladas, que reconocidos ante el juez traigan aparejada ejecucion, como así consta de las leyes 4.^a, tit. xviii, 1.^a y 2.^a, tit. ix, libro xi, Novis. Recop., además de establecerlo así el art. 941 de la ley de enjuiciamiento (1).

Para obtener este reconocimiento, podrá obligarse á aquel á quien se le opone un escrito que aparezca firmado por él á que jure si es ó no suyo, como dispone la ley 119, tit. xviii, Part. 3.^a (2).

Si el obligado negare ser suya la firma, ó su causa habientes declarasen que no la conocen, se procederá judicialmente á hacer el cotejo de letras en la forma prevenida en los artículos 287, 288, 289 y 290; cuyo medio de justificacion lo propuso ya la ley de Partidas citada, añadiendo además que en defecto de ella, sirviera la prueba de dos testigos que declaren con juramento que lo vieron firmar (3).

Finalmente, tambien hacen fé contra su dueño los libros de cuentas, asientos, registros y demás papeles domésticos, como espresa la ley 121, tit. xviii, Part. 3.^a, comprendiendo estos documentos bajo la palabra *Cuadernos*; pero el que haya de valerse de ellos, no podrá rechazarlos en la parte que les perjudique, como respecto á los libros de comercio lo dispone así el art. 53 de este Código (4).

(1) Art. 1204.

(2) Art. 1205.

(3) Art. 1206.

(4) Arts. 1210 y 1211.

Otras muchas mas reglas pudieran proponerse para determinar la fuerza que tienen en juicio los documentos *públicos y privados*, que nos abstenemos de presentar por no ser de nuestro instituto, y porque las indicadas hasta aqui, como mas generales, pueden servir de norma para conocer ó no si son suficientes ciertos documentos para probar las obligaciones.

En defecto de este medio de prueba, puede utilizarse la de *testigos* si son tales que reúnan las cualidades necesarias para que merezcan crédito sus dichos. Cuáles sean éstas, lo espresaremos en el párrafo siguiente, haciendo antes una ligera indicacion sobre el juicio que tenemos formado sobre esta clase de prueba.

§. VI.

Juicio sobre la prueba de testigos, cómo se definen, y circunstancias que se requieren en ellos.

La prueba de testigos, tan antigua como necesaria, principalmente para la averiguacion de un delito cometido, no deja de ser un medio muy peligroso á la par que terrible por sus consecuencias en todo lo que el hombre tiene por de mas estima, como es su honor y la vida.

La esperiencia acredita cuán fácil es encontrar sugetos que no temen atestiguar falsamente hechos que ignoran, porque la perversidad de corazon, que por desgracia es muy comun entre los hombres, abre fácilmente su mano al soborno, sin detenerse en que, por servir á la pasion criminal de alguno, ó por satisfacer su propia codicia, haya de causarse la ruina del inocente.

Y aun prescindiendo de esta perversidad de corazon, ¡cuántas causas no concurren para hacer ver á los ojos de todos la poca seguridad que inspiran los dichos y manifestaciones de los hombres!

En unos la preocupacion, y en otros su rusticidad y sencillez hace que, agitados sus ánimos, ni pueden espresar con la propiedad, claridad y precision lo que se desea saber, ni que por su mala esplicacion pueda comprenderse el

verdadero sentido que ellos dan á sus palabras, y contra su voluntad, viene á las veces á resultar justificada una falsedad en aquello mismo que creían como verdadero.

Para precaver, pues, estos daños la ley, y poder merecer su confianza las personas que se presentan á dar testimonio en juicio, quiere que sean por sus cualidades, dignas de crédito, *ó personas de buena fama*, que dice la ley 8.^a, tit. XVI, Part. 3.^a, *ó que sean tales que non puedan desechar de prueba que aducen las partes en juicio*, como espresa la misma ley 1.^a del mismo título y Partida; cuya circunstancia, al mismo tiempo que sirve para denotar el modo como puede asegurarse la verdad de sus declaraciones, aprovecha tambien para que los podamos definir diciendo que son: *Personas fidedignas, ó que reunen las circunstancias que las leyes designan para que se les dé crédito en juicio, sobre la verdad ó falsedad de los hechos dudosos ó controvertidos.*

Circunstancias que se requieren en los testigos.

A cuatro puntos podemos reducir las cualidades que las leyes exigen en los testigos, á saber: la *edad*, la *probidad*, el *conocimiento* y la *imparcialidad*. En cada uno de estos puntos espresaremos las personas que, por faltarles algunas de estas cualidades, no pueden ser testigos.

Por falta de edad, no puede serlo el menor de catorce años en las causas civiles, y el menor de veinte en las causas criminales. Antes de estas edades pueden ser llamadas estas personas á declarar, y sus dichos servirán de presuncion, como dice la ley 9.^a, tit. XVI, Part. 3.^a, si bien no se les exigirá juramento á los que sean menores de catorce años, como previene el art. 314 de la ley de enjuiciamiento.

Por falta de probidad, no puede serlo el perjuero, el falsario, el traidor, el homicida y otros de malas costumbres, que espresa la ley 8.^a del mismo título y Partida, aunque la ley de enjuiciamiento civil solo considera como tacha legal por esta causa á los que han sido condenados por falso testimonio. Art. 320 de esta ley, núm. 4.^o

Por falta de conocimiento no puede serlo el loco, fátuo

ó mentecato, el ébrio ó embriagado, ó que de cualquier modo está privado de juicio, y á los cuales pueden añadirse los que, por defecto de algun sentido, no pueden enterarse del hecho. Ley 8.^a citada.

Por falta de imparcialidad, no puede serlo el pariente por consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado civil del litigante que lo haya presentado: el dependiente ó criado del que lo presentare; entendiéndose por tal el que vive en la casa del tenido por amo y le presta servicios mecánicos mediante un salario fijo: el interesado directa ó indirectamente en la causa ó en otra semejante: el que fuera amigo íntimo, ó enemigo manifiesto de uno de los litigantes, que son los que enumera el art. 320 de la ley de enjuiciamiento en los números 1.^o, 2.^o, 3.^o y 5.^o: pero no por ello dejan de estar comprendidas otras personas, aunque no se espresen, si concurren en ellas los motivos por que los escluye la ley de enjuiciamiento, para lo cual deberá consultarse el tit. xvi de la Part. 3.^a y la ley 3.^a, título xi, lib. xi, Novis. Recop.

Fuera de las personas nombradas, podrán las demás servir de testigos, y aun se les podrá obligar á declarar por el juez de la causa, cualquiera que sea la clase á que pertenezca la persona, segun lo prevenido en el Real decreto de 11 de Setiembre de 1820, restablecido en 30 de Agosto de 1836, escepto si lo fuere contra parientes dentro del cuarto grado, como disponen las leyes 11, tit. xvi, Part. 3.^a, y 1.^a, tit. xi, lib. xi, Novis. Recop.

Cómo ha de formalizarse esta prueba, pertenece á la ley de enjuiciamiento el determinarlo, y al efecto en la que rige en la actualidad encontraremos desde el art. 306 hasta el 317 cuanto concierne á la solemnidad con que han de dar sus declaraciones los testigos, tanto en cuanto á la autorizacion judicial y modo como han de proceder los jueces á su exámen, como igualmente en cuanto á la prestacion de juramento, que deberá hacerse en la forma que previenen las leyes, como, en fin, respecto de la facultad de presenciirlo las partes si lo solicitaren, que es como ha de entenderse hoy dia esta solemnidad, segun dispone el artículo 313 de dicha ley.

Solo falta que veamos la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos, cuya materia esplicaremos en el párrafo siguiente, haciendo ver el número de los que deben afirmar un hecho y las cualidades que deben concurrir para que sea completa la prueba.

§. VII.

Cuándo hace prueba plena la declaracion de los testigos.

Por regla general, bastan para hacer prueba plena dos testigos contestes y mayores de toda escepcion, segun dispone la ley 2.^a, tit. xi, lib. xi, Novis. Recop.

Se entiende que están contestes, cuando concuerdan en la *persona*, en el *hecho* ó *caso*, y en el *tiempo* y *lugar* en que pasó, como espresa la ley 28, tit. xvi, Part. 3.^a; y se dice que son mayores de toda escepcion, cuandó no tienen ninguno de los defectos ó tachas legales que se han indicado en el párrafo anterior.

Si tuvieran alguna tacha, la parte contra quien se presentaren podrá proponerla dentro del tiempo que hay señalado, y probada que sea se unirán las pruebas á los autos para desvirtuar despues el valor de los dichos de las personas que la tuvieran, para lo cual pueden verse los artículos desde el 319 al 323 de la ley de enjuiciamiento.

Si discordaren ó hubiere variedad en sus dichos, y la causa fuere criminal, deberá el juez proceder al careo entre ellos para averiguar la verdad por sus esplicaciones é impugnaciones: pero si fuere civil y discordaren en alguna circunstancia esencial, se considerarán al tiempo de apreciar el valor de las pruebas, como unos testigos singulares, y no harán prueba plena, cualquiera que fuese su número.

Mas, aunque por regla general basten dos testigos con las cualidades ya dichas, para hacer prueba plena, sin embargo, hay casos en que bastará el dicho de un testigo, y casos en que no son suficientes dos para que produzca este efecto.

Casos en que basta solo un testigo para hacer prueba plena.

Estos son los siguientes:

1.º Cuando fuere emperador ó rey el que diere testimonio sobre alguna cosa, como dispone la ley 32, tit. xvi, Part. 3.ª, dando la razon como *cualquiera puede considerar, que aquel que es puesto para mantener la tierra en justicia, no diria en su testimonio sino la verdad, ni querria ayudar á uno por estorbar al otro.*

2.º Cuando un testador mande que en lo perteneciente á su herencia se esté al dicho de cierta persona señalada.

3.º Cuando los interesados así lo pactaren.

Casos en que no bastan dos testigos idóneos para hacer prueba plena.

Los casos en que esto tiene lugar son los siguientes:

1.º Cuando haya de otorgarse un testamento; pues para este acto tiene ya señalado la ley el número de testigos convenientes á cada una de sus especies, como puede verse en las leyes 1.ª y 2.ª, tit. xviii, lib. x, Novis Recop.

2.º Cuando se trata de justificar el pago ó estincion de una deuda, ó de cualquiera otra obligación que conste por escritura pública, pues entonces es necesario acreditar, ó la paga con otro documento público, ó por medio de cinco testigos que afirmen haber estado presentes cuando se hizo el pago, habiendo sido llamados y rogados para presenciarlo. Ley 33, tit. xvi, Part. 3.ª

3.º Cuando se haya de probar la falsedad de un instrumento ó escritura pública, en cuyo caso son necesarios cuatro testigos idóneos, los cuales depongan que en el día del otorgamiento se hallaba la parte en otro lugar muy distante, segun dispone la ley 117, tit. xviii, Part. 3.ª, si bien bastan dos testigos si el documento fuese privado, como añade dicha ley.

Con las indicadas reglas podrá desde luego apreciarse el

valor de lo dicho por los testigos, cuando fuere una sola de las partes la que se valiere de esta clase de prueba; pero si las dos partes litigantes se valieran de ella, ó hubiere contradiccion entre lo que espresa un documento público y los testigos que intervinieron en él, llamados por la otra parte, entonces deberán tenerse presentes las siguientes reglas:

1.^a Si las dos partes probaren con testigos, deberá el juez atenerse á los dichos de aquellos que merecieren mayor fé, por su fama, idoneidad y circunstancias, aunque sean mas en número los presentados por la parte contraria, en virtud de la facultad que tienen los litigantes de presentar hasta treinta testigos por cada uno de los artículos ó preguntas del interrogatorio, segun disponen las leyes 2.^a y 5.^a, tit. xi, lib. xi, Novis. Recop.

2.^a Si fuesen iguales en crédito los testigos en razon de las circunstancias de las personas y de sus declaraciones, debe estarse por los que fueren mas en número, y si en el número hubiera tambien igualdad, se absolverá al demandado. Ley 40, tit. xvi, Part. 3.^a

3.^a Si discordaren en sus declaraciones los testigos de una y otra parte, deberá estarse por los que afirmaren lo mas verosímil y fuesen de mejor fama, aunque fuese mayor el número de los otros; pero siempre bajo la consideracion de que el testigo no se contradiga en sus declaraciones, porque entonces no merece fé, cualesquiera que sean sus circunstancias. Ley 41 del mismo titulo y Partida.

4.^a Si hubiere contradiccion entre el contenido de un instrumento público y lo que aseguran los testigos que intervinieron en su otorgamiento, deberá darse crédito al documento si conueirda con el *protocolo ó registro* y el escribano es de buena fama; pero si el escribano no tuviera buena opinion y el instrumento estuviere hecho recientemente, se ha de creer á lo que afirmaren los testigos. Ley 113, tit. xviii, Part. 3.^a

Tales son las reglas que han de observarse para valuar la prueba de testigos, á fin de saber si quedará ó no justificada la obligacion cuyo cumplimiento se reclama; y

como para su apreciacion sirven en gran manera las *presunciones* á que dan lugar frecuentemente los mismos hechos que los testigos declaran, será preciso que veamos la fuerza que tiene la *presuncion*, como medio de prueba.

§. VIII.

Qué es presuncion, sus clases y qué grado de fuerza tiene, considerada como medio de prueba.

La palabra *presuncion*, que segun la ley 8.^a, tit. XIV, Part. 3.^a, quiere tanto decir como *gran sospecha*, no es otra cosa sino la *inducccion* que la ley ó el juez saca de un hecho conocido para juzgar de otro desconocido (1).

De esta definicion resulta que son dos principalmente las especies de *presuncion*, á saber: una que se llama de *ley* ó *legal*, y otra de *hombre* ó *judicial*.

La llamada de *ley* ó *legal* es, la que va inherente á ciertos actos ó hechos determinados por una disposicion especial de la ley. Tales son:

1.^o Los actos que la ley declara nulos sin atender mas que á su calidad, por presumirlos hechos en fraude de sus disposiciones.

2.^o Los casos en que la ley declara á uno propietario de una cosa, ó libre de una obligacion, por concurrir en él ciertas circunstancias determinadas.

3.^o La fuerza que la ley atribuye á la confesion judicial, porque el que la hace se considera que está juzgado, como dice la ley 2.^a, tit. XIII, Part. 3.^a

4.^o La autoridad de la cosa juzgada, porque ésta se tiene como una verdad, segun la regla del derecho 32, título XXXIV, Part. 7.^a, con tal que concurra la unidad de personas, la de la accion y de la cosa, segun lo dispuesto al final de la ley 25, tit. II, Part. 3.^a (2).

En los casos espresados por las leyes, á veces tiene tal fuerza la *presuncion* que ellas deducen, que se tiene ya la

(1) Art. 1225.

(2) Art. 1226.

cosa como cierta absolutamente; á veces se considera como tal, mientras otro no pruebe lo contrario; y de aquí el dividir los autores la *presuncion legal* en dos clases, á saber: en *presuncion de simple derecho* ó *iuris tantum*, y en *presuncion calificada*, ó *iuris et de iure*.

La *de simple derecho* es, *la que se halla considerada por las leyes, como una sospecha fundada y razonable, pero que no llega á tal grado su certeza que escluya la prueba en contrario*.

De esta clase son, por ejemplo:

1.º La de que los hijos habidos de una mujer con quien estaba casado el que los hubo, se presume que son legítimos. Ley 9.ª, tit. xiv, Part. 3.ª

2.º La de que ha muerto el que se fué á tierras lejanas, si habiendo trascurrido diez años, es fama pública su fallecimiento. Ley xiv, id.

3.º La de ser suya la cosa el que prueba que fué de su padre. Ley 10, id.

En todos estos casos y otros semejantes que omitimos por la brevedad, la ley presume la certeza de lo que en ellos se contiene mientras no se pruebe lo contrario, y por lo mismo, la presuncion será solo *de simple derecho*.

Por el contrario, la que hemos llamado *calificada* ó *iuris et de iure* es *la que, segun las leyes, se tiene por cosa cierta lo que ellas deducen; de modo, que contra lo que hayan declarado no se admite ya prueba en contrario*.

De esta clase presentan las leyes varios ejemplos, tales como:

1.º La de que naciendo en un mismo parto dos gemelos, varon y hembra, se presume que ha nacido primero el varon.

2.º La de que habiendo muerto marido y mujer en un mismo lance, como *incendio*, *naufragio*, etc., se presume que murió antes la mujer.

3.º La de que si sucediera igual desgracia á un padre y á un hijo mayor de catorce años, se presume que murió antes el padre; pero nó si el hijo fuera menor de esta edad, que entonces se presume haber muerto éste antes

que aquel; cuya disposicion la aplican tambien las leyes al caso en que fueren madre é hijo los que hubieran muerto por la misma causa (1).

Todos estos ejemplos están sacados de la ley última, tit. xxxiii, Part. 7.^a; pero además se encuentran en el mismo Código otros varios que lo comprueban, como el de que paga á otro sabiendo que no debe, del cual se presume que hace donacion, segun espresa la ley 30, tit. xiv, Part. 5.^a, y á los que podemos añadir, omitiendo otros casos por razon á la brevedad, el de suponer la ley falta de discernimiento en el menor de nueve años para incurrir en responsabilidad criminal, como consta del art. 8.^o del Código penal.

En ninguno de estos casos se admite prueba alguna en contrario, y de aquí el considerarse esta presuncion como una especialidad determinada, que por esto la califican los autores con el nombre *de derecho y por derecho ó iuris et de jure*, para distinguirla de la *de simple derecho*.

La presuncion *de hombre ó mas propiamente judicial* es, *la que no está determinada por la ley, sino que la forma el juez por las circunstancias del hecho que examina*.

Esta la dividen los autores en tres clases, á saber: en *vehemente ó violenta*, en *mediana ó probable*, y en *leve*, segun fuere el mayor ó menor grado de probabilidad: pero, como el juzgar de esta circunstancia por mas que los autores se propongan facilitar los medios para conseguirlo, presentando ejemplos de esta division, todo pende de la ilustracion del juez, por no ser fácil dar reglas que correspondan á los diferentes casos que puedan ocurrir, nos parece inútil esta clasificacion, quedando únicamente la que antes hemos propuesto, que es la que nos ha de servir para determinar el grado de fuerza que tenga la presuncion, considerada como medio de prueba.

Qué clase de prueba hace la presuncion, y en qué negocios.

Siguiendo la division que hemos hecho de la *presuncion*, aunque su misma definicion dará una idea del grado de

(1) Art. 551 y 552.

fuerza que en si tenga cada una de sus especies, sin embargo, para que pueda desde luego comprenderse, estableceremos las siguientes reglas:

1.^a Que la presuncion *iures et de iure* ó *de derecho y por derecho*, si está bien determinada por la ley, prueba plenamente sin que se admita prueba en contrario; de modo que puede decirse con seguridad, que es mas fuerte que la prueba instrumental y la de testigos y aun que la misma confesion judicial, porque en éstas, ó puede redargüirse de falso el instrumento, ó pueden tacharse los testigos, ó puede alegarse contra la misma confesion, que fué ella resultado de un error de hecho, por no repularse en este caso como verdadera.

2.^a Que la presuncion *iuris tantum* ó *de simple derecho*, aunque prueba tambien plenamente, pero no es tal su fuerza que no pueda admitirse prueba en contrario.

3.^a Que la presuncion *de hombre ó judicial* solo se considerará como prueba semiplena, que será mas ó menos fuerte segun el grado de probabilidad que ofrezca, lo cual queda á las luces y prudencia del juez el poderlo calificar (1).

Esta doctrina solo tiene lugar en las causas civiles y no en las criminales, por no admitirse en éstas las solas sospechas para quedar probado el hecho criminal, sino que para ello es necesario que *las pruebas sean tan claras como la luz en que non venga ninguna dubda*, como establece la ley 12, tít. xiv, Part. 3.^a

Sin embárgo, si en el caso de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquirieren los tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, segun las reglas ordinarias de la critica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la ley citada, impondrán en su grado minimo la pena señalada en el Código, sirviéndose de lo prescrito en las reglas 1.^a y 2.^a del art. 66, para la aplicacion de la pena á los autores del delito frustrado y cómplices del consumado, si la pena señalada fuere una sola indivisible, ó se compusiere de dos igualmente indi-

(1) Art. 1227.

visibles, como así lo declaró la Regla 45 de la ley provisional para la aplicación de las disposiciones contenidas en el Código penal.

Tal es en breves palabras la doctrina de las leyes sobre la clase de prueba que hace la *presuncion*, y las causas en que tiene lugar. Para su aplicación, si fuere de la llamada *legal*, las atribuciones del juez no son otras sino atender á si se halla comprobado el hecho del que la deduce la ley; y absolver ó condenar segun que estuviere ó no plenamente justificado: mas si, no estando determinada por la ley, solo se fundare en los hechos y circunstancias que alegaren las partes, podrá entonces el juez, ó tambien los litigantes, dirigirse algunas preguntas, con el objeto de que aparezca mas en claro la verdad, segun aparece de las leyes 1.^a y 2.^a, tit. XII, Part. 3.^a

Las respuestas que nacen de ellas dan lugar á que se tenga por una *confesion* la contestacion de la parte á quien se dirigen, segun se lee en el proemio al título 13 de la misma Partida, la cual, como siendo análoga al objeto por el que se exige y reuniendo los demás requisitos que expresan las leyes, no puede menos de considerarse como un medio de prueba, trataremos de ella á continuacion, haciendo ver su naturaleza, especies y circunstancias que han de concurrir para que pueda formar en juicio una prueba completa.

§. IX.

Naturaleza de la prueba que es hecha por confesion, y sus especies.

Segun la ley 1.^a, tit. XIII, Part. 3.^a, se entiende por *confesion* ó por *conocencia*, que es la palabra que usa esta ley, la *respuesta de otorgamiento que hace una parte á la otra en juicio*. Mas, atendiendo á que, no solamente se halla reconocida como medio de prueba la confesion hecha judicialmente, sino tambien la que se hiciere fuera de juicio, como consta de la division que hace de ella la ley 3.^a del mismo título y Partida y admite tambien el nuevo Código

(1), nos parece mas propio el decir que es, *la declaracion que hace un litigante, ora reconociendo el hecho ó el derecho que alega la otra parte en su favor, ora afirmando ser cierta la obligacion que el confesante ha contraido.*

Especies de confesion.

La confesion se divide:

- 1.º En judicial y estrajudicial.
- 2.º En espresa ó verdadera, y en tácita, ó fingida ó su-
puesta.
- 3.º En simple y cualificada.
- 4.º En dividua é individua.

Se entiende por confesion judicial, *la declaracion que cualquiera de los litigantes hace en juicio á presencia del juez y escribano, bajo juramento y con arreglo á derecho, como aparece del contenido de los articulos 292 y siguientes de la ley de enjuiciamiento civil, y espresó ya la ley 2.ª, tit. XIII, Part. 3.ª (2): y por confesion estrajudicial, la que se hace fuera del juicio, ora en conversacion, ora por medio de carta ó por cualquiera otro documento, que no tenga por objeto servir de prueba él de por si sobre el hecho dudoso.*

Tambien se llama estrajudicial la confesion hecha ante juez incompetente, como espresa la ley 7.ª, titulo XIII, Part. 3.ª; como asimismo la que constare en algun escrito que se presente en juicio, si el que así confiesa no se ratifica ante el juez y bajo juramento en aquello que afirma.

La *confesion judicial* la puede exigir una parte á la otra por medio de escritos ó pedimentos en que se contengan los hechos relativos al punto que se controvierte, comprendidos en simples aserciones, sobre las cuales pide el litigante que su contrario declare bajo de juramento *decisorio* ó *indecisorio*, á eleccion del que la exige, como dice el artículo 294 de la ley de enjuiciamiento.

Estas preguntas, conocidas con el nombre de *posiciones*, segun la ley 1.ª, tit. IX, lib. XI, Novis. Recop.; pueden hacerse en cualquier estado del juicio, desde la contesta-

(1) Art. 1228.

(2) Art. 1230.

cion de la demanda hasta la citacion para definitiva, y aquel á quien se exigieren, está obligado á declarar sobre los extremos que comprenden, afirmando ó negando su contenido de un modo categórico, claro y decisivo; si bien podrá agregar las esplicaciones que estime convenientes, aunque con derecho en la otra parte para exigir de nuevo que repita la declaracion si fuese necesario, con el fin de aclarar algun punto dudoso sobre el que no se hubiere respondido categóricamente. Artículos 292, 295 y 298 de dicha ley.

El modo como debe hacerse la *confesion judicial*, indica bien claramente que ella debe ser espresa, pero al mismo tiempo puede valer la *confesion tácita*; y de aquí la segunda division que hemos presentado en el núm. 2.^o

Se entiende por confesion espresa ó verdadera, *la que se hace con palabras ó señales que manifiestan clara y positivamente lo que se dice, sin ambigüedad ni confusion*; y se llama tácita, *la que se infiere de algun hecho, ó se supone por la ley*, que por esto es llamada tambien *fingida ó supuesta*.

Tal seria en el primer caso, si la parte, por ejemplo, abandonara el pleito despues de contestada la demanda; y en el segundo, si el que ha de ser interrogado se negare á declarar, ó persistiere en no responder afirmativa ó negativamente, ó si llamado á declarar no compareciere á la segunda citacion sin justa causa, como así consta del artículo 297 de la ley de enjuiciamiento, y se hallaba ya establecido en las leyes 3.^a, tit. XIII, Part. 3.^a, y 1.^a y 2.^a, título ix, lib. XI, Novis. Recop.

La espresa puede ser *simple ó cualificada*, y de aquí la tercera division que hemos hecho de la *confesion*.

Se llama confesion simple, *la que hace la parte á quien se pide afirmando llanamente la verdad del hecho sobre que se le pregunta*; y cualificada es *aquella por la cual se reconoce la verdad del hecho sobre que recae la pregunta, pero añadiendo circunstancias ó modificaciones, que restringen ó destruyen la intencion de la parte contraria*; como lo seria con respecto á esta última, si uno confesara

ra haber firmado cierto documento, pero añadiera que lo habia hecho por fuerza ó engaño.

La confesion *cualificada* puede ser *dividua* é *individua*. Será *dividua* cuando la circunstancia ó modificacion que añade el litigante para restringir la intencion del contrario, puede separarse del hecho que modifica.

Tal seria, si la confesion no se limitase al hecho sobre que se pidió y sus circunstancias ó modificaciones, sino que se estendiera á hechos diversos y sobre que no fué interrogado al contrario, en cuyo caso podrá admitirse la confesion en una parte y desecharse en otra, mientras que el confesante no pruebe la circunstancia ó modificacion.

Por el contrario, será *individua*, cuando la circunstancia ó modificacion añadida no puede separarse del hecho preguntado, por la conexion que tienen entre sí; lo cual hace el que no pueda admitirse en una parte y desecharse en otra, de modo que, si quisiese el que exige la confesion aprovecharse de la que le favorece, debe probar ser falsa la modificacion añadida.

Todas estas especies de confesion, aunque pueden convenir tanto á la que se hace en juicio como fuera de él, sin embargo, lo ordinario es hacer uso de ellas en la *confesion judicial*, infiriendo del modo como se hubiere prestado, la clase de prueba que produce, segun se hará ver en el párrafo siguiente:

§. X.

Qué prueba produce la confesion.

Aunque tanto la *confesion judicial* como la *extrajudicial* están reconocidas como medios de prueba, no es uno mismo en las dos el grado de fuerza que producen para probar lo que se desea; y á fin de que conste con claridad, hablaremos con separacion del que cada una de ellas tenga.

Grado de fuerza que tiene la confesion judicial.

La confesion judicial hace prueba plena contra el confesante (1), si reúne los requisitos siguientes:

(1) Art. 1231.

1.º Que sea mayor de edad el que la hiciere, ó si fuere menor y hubiese entrado en la pubertad, que intervenga el curador en este acto, aunque con derecho al beneficio de *restitucion in integrum*, si por ella sufriera el menor alguna lesion. Leyes 1.ª, tit. XIII, y 3.ª tit. XXV, Part. 3.ª Esta no es necesario que la haga el mismo litigante, sino que tambien puede hacerse por un apoderado especial, como se confirma por la ley 1.ª, tit. XIII, Part. 3.ª, y 2.ª, titulo IX, lib. XI, Novis. Recop. (1).

2.º Que la confesion sea libre y sin coaccion física ó moral. Leyes 4.ª y 5.ª, tit. XIII, Part. 3.ª

3.º Que no contenga error de hecho, en cuyo caso no perjudica al confesante si el descubrimiento de este error es posterior á la confesion, y lo prueba así antes de la sentencia. Ley 5.ª id.

4.º Que se haga ante juez competente, que lo será tambien para este objeto el *juez árbitro*, pero no el *arbitrador*; ó ante escribano comisionado por el juez al intento, como consta en las leyes 4.ª y 5.ª, tit. XXVIII, lib. XI, Novis. Recop. A esta circunstancia añade la ley 4.ª, tit. XIII, Part. 3.ª, el haber de estar presente el *contendor* ó contrario, cuya formalidad no está admitida en la práctica, sino que se dá vista sin dilacion á la parte que la hubiere solicitado, segun se dispone en el art. 298 de la ley de enjuiciamiento.

5.º Que se haga contra si mismo, ó para obligarse en favor de otro, mas no contra otra persona, Ley 4.ª, tit. XIII, Part. 3.ª

6.º Que recaiga sobre cosa cierta y determinada, afirmando ó negando el hecho que le propone el contrario. Ley 4.ª citada.

7.º Que no sea contraria á la naturaleza ni á las leyes, cual seria en el primer caso, si uno afirmase que era padre de otra persona de su misma edad ó mayor; y en el segundo la que hiciese un casado de tener un impedimento dirimente con el fin de anular el matrimonio, ó la que hiciese la madre de que un hijo suyo no es de su marido;

(1) Art. 1230.

porque para lo primero disponen las leyes que la prueba no se haga por la confesion, sino por testigos ó por otros medios; como consta de la ley 4.^a y 6.^a, tit. XIII, Part. 3.^a; y para lo segundo no se considera tal asercion como suficiente para destruir la presuncion del derecho, segun aparece de la ley 9.^a, tit. XIV, Part. 3.^a

Reuniendo la *confesion* dichos requisitos, hace prueba plena contra el que la hizo, y releva de probar al contrario si se solicitó bajo juramento *decisorio*, como aparece del art. 294 de la ley de enjuiciamiento, y espresó ya la ley 2.^a, tit. XIII, Part. 3.^a

Grado de fuerza que tiene la confesion estrajudicial.

Si la confesion fuere *estrajudicial*, solo se considera como una prueba semiplena ó incompleta, escepto en los casos siguientes:

1.^o Cuando la hace un deudor á presencia de dos testigos y de la parte contraria, con palabras claras y terminantes, con espresion de la cantidad ó cosa que se debe y de la causa ó razon porque se debe. Ley 7.^a, tit. XIII, Partida 3.^a

2.^o Cuando aun no estando presente la parte contraria, se hiciese en dos ocasiones con intermision de tiempo, segun doctrina de los autores.

3.^o La hace tambien contra los herederos del que por testamento ó á la hora de su muerte reconociera una deuda, ó confesara haber cobrado un crédito. Leyes 19, 20 y 21, tit. IX, Part. 6.^a

Sin embargo, si esta confesion de deuda fuere á favor de un hijo incapaz por su nacimiento ilegítimo de percibir de su padre mas de lo que permiten las leyes que pueda éste dejarle, no hará prueba contra los herederos, á no ser que el hijo probase la razon de la deuda. Asi consta de la ley 3.^a, tit. XIV, Part. 3.^a, cuya doctrina debe estenderse á la confesion de dote que el marido hiciere en su testamento, la cual no hará prueba en perjuicio de los herederos forzosos, mientras que la mujer no pruebe haber aportado la dote que el marido confiesa, segun mani-

festamos al final del §. X, lec. 8.^a, sec. 1.^a, trat. 1, citando la ley 19, tit. ix, Part. 6.^a

A estos tres casos añaden los prácticos la confesion que constare hecha por los padres en escritos ó asientos formales sobre anticipaciones á favor de sus hijos para su colocacion.

Lo dicho nos parece suficiente para comprender el grado de fuerza que tiene la *confesion* para probar la existencia de una obligacion, formando ella de por sí una prueba completa, si reúne los requisitos que hemos espresado.

Uno de éstos es, que se haga bajo juramento, el cual, como en el caso de ser *decisorio* hace prueba plena, no obstante cualquiera otra, como espresa el art. 294 de la ley de enjuiciamiento, el órden pide que examinemos la naturaleza del juramento, considerado como medio de probar las obligaciones.

§. XI.

Observaciones sobre la prueba del juramento, cómo se define, y sus especies.

Al tratar en el §. III de los medios de prueba que propone el art. 297 de la ley de enjuiciamiento, dijimos, que en ellos están comprendidos, aunque no se espresen determinadamente, los mismos que los reconocidos por las leyes recopiladas y de Partidas.

Así es, que, aunque se omite en dicho artículo el juramento, sin embargo, como la misma ley le reconoce como tal al disponer que cuando las declaraciones que se pidieren los litigantes fueren bajo *juramento decisorio*, hagan prueba plena, no obstante cualquiera otra, segun se establece en el art. 294, debemos convenir en que, no porque no se incluya en el art. 279 el juramento, deja de considerarlo la misma ley como un medio de prueba.

Verdad es, que rara vez se hará uso de este medio teniendo á mano los litigantes el recurso de la confesion por medio de posiciones, las cuales vienen á producir el mismo efecto que si se defiriese el juramento cuando se

pide éste bajo el carácter de decisorio; pero esto no impide el que se pida directamente como medio de prueba para que solo por él se decida la cuestion.

Bajo este supuesto, se hace preciso que veamos qué es juramento, y cuáles son sus especies.

Se entiende por *juramento*, segun la ley 1.^a, tit. XI, Part. 3.^a, *el averiguamiento que se hace, nombrando á Dios ó á alguna cosa santa, sobre lo que alguno afirma que es así ó niega; ó mas claramente, el acto por el que por medio de un signo exterior segun la clase á que perteneciere la persona que lo presta, se invoca á Dios por testigo de la verdad del hecho que se atestigua.*

Este, para nuestro objeto, ó relativamente á la prueba de una obligacion, se divide:

- 1.^o En judicial y estrajudicial.
- 2.^o En decisorio del pleito, y estimatorio, ó decisorio en el pleito.
- 3.^o En voluntario y necesario. Así consta en la ley 2.^a, tit. XI, Part. 3.^a

Además, con respecto á las personas de los litigantes, están admitidos: el *juramento de calumnia*, el de *malicia* y el de *decir verdad*, de los cuales tratan los prácticos; así como respecto á su enunciacion, se enumeran el *asertorio*, el *promisorio* y otros que refieren los canonistas.

Se llama *judicial*, generalmente hablando, *el que se hace en juicio*, y estrajudicial *el que se hace fuera de él*; pero mas determinadamente llamamos al primero, *el que se hace en juicio á consecuencia de haberlo deferido un litigante á otro con aprobacion del juez*; y al segundo, *el que se presta sin intervencion de éste, y solo por haberse convenido una parte en prestarlo cuando la otra se lo pide, con objeto de que se termine un negocio dudoso.*

El *judicial* se divide en *decisorio del pleito*, y en *decisorio de solo un incidente*, ó en el que los prácticos llaman *in litem* ó *en el pleito*.

El decisorio del pleito es *el que una parte defiende ú ofrece á la otra, obligándose á pasar por lo que ésta jure, á fin de terminar así sus diferencias*, como espresó la ley 2.^a, tit. XI, Part. 3.^a; y decisorio en el pleito, ó *in litem* ó *esti-*

matorio, el que por falta de prueba exige el juez al actor, sobre el valor real de la cosa ó sobre el que le corresponda atendida la estima que hacia de ella por su mayor afecion, ó sobre perjuicios que se hubieren causado ó intereses perdidos. Ley 5.^a, id. (1).

El decisorio del pleito se divide en *voluntario* y *necesario*. Se llama voluntario el que presta un litigante cuando el otro se lo desiere ú ofrece, sometiéndose á lo que aquel jure acerca de la cuestion litigiosa; y se le dá este nombre, porque queda en el arbitrio de la parte á quien se le ofrece el hacerlo ó no, ó el referirlo al otro litigante, esto es, consentir en que él lo preste, allanándose á pasar por lo que él atestigüe.

Esta cualidad de *voluntario* la tiene con mas propiedad el *juramento estrajudicial*, porque ni aquel á quien se desiere ú ofrece está obligado á prestarlo si no quiere, ni aquel á quien se refiere ó devuelve debe acceder á él contra su voluntad.

No sucede asi si fuere *judicial*, porque, si bien queda al arbitrio de aquel á quien se desiere el recusarlo, parece que en cierto modo viene obligado á hacerlo, en razon de que de no prestarlo ó de no referirlo al otro litigante, pierde su derecho, como lo pierde tambien aquel á quien se refiriese si se negara á ello. Ley 2.^a, tit. xi, Part. 3.^a

La otra clase de juramento judicial es el *necesario ó supletorio*, que no es otro sino el que el juez de oficio ó á *peticion de una parte manda hacer á la otra*; y se llama *necesario*, porque el litigante á quien se exige, no puede escusarse de hacerlo sin justa causa, tanto que, si no lo hiciese, se tiene por convicto; asi como se llama *supletorio*, porque sirve de suplemento á la prueba, y por él acaba de formar el juez su conviccion.

Con estas ideas generales sobre cada una de las especies de *juramento*, pudiera venirse en conocimiento de su eficacia para probar la existencia de una obligacion; pero, como para que se produzca este efecto, no ha de haber ningun vicio, ni por parte de la persona á quien se exige

(1) Art. 1233, núm. 2.º

el juramento, ni por parte de la cosa sobre que haya de recaer, manifestaremos brevemente quiénes pueden jurar y en qué causas se admite esta prueba.

Personas que pueden prestar juramento.

Por derecho natural pueden jurar todas las personas dotadas de uso de razon; pero por derecho positivo solo son admitidas para este acto á las de ciertas edades y condiciones, segun fuere el negocio por el que se hubiere de prestar.

Fijándonos en el juramento como medio de prueba diremos, que si fuere *decisorio*, ora *judicial*, ora *estrajudicial*, además del loco, fátuo y desmemoriado á quienes se les prohíbe enteramente este acto, no podrán deferirlo ni prestarlo los menores de edad, los hijos de familia en cuanto el peculio profecticio, y los pródigos á quienes se les hubiere prohibido la administracion de los bienes, á no ser con autorizacion de las personas bajo cuya autoridad se hallen constituidos. Ley 3.^a, tit. XI, Part. 3.^a Sin embargo, si lo prestaren por haberlo deferido el contrario, valdrá únicamente en lo que les fuera útil, como dice la ley 7.^a id.

Tampoco puede deferirlo el tutor ó curador, á no ser en el caso de no poder facilitar la prueba de testigos ó de instrumentos, y el pleito fuere dudoso, como espresa la ley 9.^a id.

Finalmente, tampoco pueden deferirlo los procuradores ó mandatarios, á no ser, ó en virtud de poder especial, (1) ó de una autorizacion que les faculte para hacer todo lo que el principal pudiera de por sí, ó se convirtiera el pleito en utilidad suya por haber cedido el dueño todo el derecho que tenia en la cosa que otro le debe, segun consta de la ley 4.^a id.

Si el juramento fuere *supletorio*, solo puede deferirse, supuesta la capacidad en las personas, al que no sea sospechoso de perjurio y sepa por sí mismo el hecho en

(1) Art. 1231.

cuestion, porque en los que no lo sepan de por sí, únicamente se podrá deferir por lo que hayan oído, ó por las noticias que hubieran adquirido.

Tampoco puede deferirse al reo en las causas criminales para purgarse de los indicios que resultan contra él, por no poderse tomar juramento á persona alguna en materia criminal sobre hecho propio.

Ultimamente, si el juramento fuese *estimatorio* ó *decisorio en el pleito*, solo puede deferirse al actor y no al reo, y en caso de ser aquel menor de catorce años, ó loco, desmemoriado, ó pródigo, á su tutor ó curador. Sin embargo, si el guardador se negase á hacerlo, ó á dar cuentas, ó á resarcir las perjuicios que por dolo ó culpa se hubieran ocasionado en los bienes que administró, podrá el menor prestar este juramento, sometiéndose como cualquiera otro á la regulacion prudencial del juez, como disponen las leyes 5.^a y 6.^a, tit. xi, Part 3.^a

Causas en que se admite el juramento.

Estas para el juramento *decisorio del pleito* son todas las que motivan el litigio, tanto que la accion sea real como personal, así sobre las demandas como sobre las escepciones, y no solo en los pleitos civiles sino tambien en los criminales en la parte de responsabilidad civil ó de daños causados al ofendido. Leyes 10, 12, 13 y 18, tit. xi, Part. 3.^a

Se esceptúan, sin embargo, las causas de divorcio; las que recaen sobre demandas de deudas que no pueden exigirse por la ley, como por razon de pérdidas en juegos prohibidos; las que versan sobre actos ú obligaciones nulas; y aquellas sobre las cuales hubiera presentado aquel á quien se quisiera deferir, una escepcion perentoria. En las demás podrá exigirse el juramento, con tal que el hecho sea personal ó concerniente á la parte á quien se le defiere, y no sobre hecho ageno, á no ser por las noticias que de él hubiese tenido, como espresan las leyes últimamente citadas.

Para el juramento *supletorio*, lo son las mismas causas

espresadas en el anterior, con tal que concurren en ella las circunstancias siguientes:

1.^a Que la demanda ó escepcion, pues sobre una y otra puede deferirse, no esté plenamente justificada; porque si lo estuviese, sería inútil el juramento y se habia de condenar al reo ó demandado.

2.^a Que tampoco esté desnuda de prueba; de lo contrario deberia ser absuelto.

3.^a Que la causa sea de corta entidad, á menos que siendo de consideracion haya vehementes presunciones en favor del actor.

Finalmente, el juramento *in litem* ó *estimatorio* tiene lugar en todos los pleitos en los que se trata de restituir una cosa que, ó bien ha perecido, ó bien se ignora su valor; si bien la ley 2.^a, tit. xi, Part. 3.^a, solo lo admite en los casos de robo, fuerza ó engaño, cuando el actor no pudiera probar cuántas cosas perdió por estas causas, ni cuánto era su valor (1).

No existiendo ningun vicio, ni de parte de la persona que haya de prestar el juramento, ni de parte de la cosa sobre que haya de recaer, será un medio eficaz para terminar la contienda, como dice la ley 12, tit. xi, Part. 3.^a; no obstante que en la práctica rara vez se presenta un caso en que por él se termine un pleito, sin duda porque la desconfianza en la moralidad de los hombres hace perder toda su fuerza, y da lugar á que, aun cuando se exija por posiciones, solo se haga con la protesta de estar únicamente á lo favorable y con reserva de otra prueba, ó pidiendo que la parte declare sobre su certeza bajo juramento *inducisario*, valiéndonos de las palabras del art. 294 de la ley de enjuiciamiento.

De este modo es como sin temor á lo que la otra parte declare faltando á la religiosidad del juramento, podrá utilizarse con seguridad este medio de prueba: así como en el caso de no poder prescindirse de él para saber el valor real ó el de afeccion que hubiera de abonarse por haber pereci-

(1) Art. 1233.

do la cosa que tuviera que devolverse á su dueño, ó de haber de determinar el tanto á que ascienden los perjuicios causados por el mal uso del que la retenia, nos sirve de garantia para su certeza la regulacion que con arreglo á la ley 5.^a, tit. XI, Part. 3.^a, ha de hacer el juez en el caso de haber de exigir el *juramento estimatorio* ó *in litem*, de que trata dicha ley (1).

Con esto damos fin á la materia de las obligaciones en general, habiendo creido conveniente reunir lo mas principal del derecho relativamente al modo de probar su existencia, ó de haberse ellas estinguido, por ser mas propio de este lugar el que se den estas nociones, siguiendo el contenido del proyecto del nuevo Código, que no el reservarlas para el tratado de procedimientos, en donde solo cabe la esplicacion sobre el modo como se halla organizada la administracion de justicia y juicios que han de intentarse para su obtento, juntamente con la tramitacion que ha de seguirse en cada uno de ellos.

Solo falta que apliquemos estas doctrinas á cada una de las obligaciones en particular, que será la materia de las siguientes lecciones.

(1) Art. 1233, número 3.º

LECCION OCTAVA.

Del contrato de compra y venta.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Origen de la compra y venta, y su utilidad.—§. III. Naturaleza de este contrato, y sus requisitos en general. §.—IV. Personas que pueden comprar y vender.—§. V. Necesidad del consentimiento para la validez de la venta, y cómo ha de darse estando las partes ausentes.—§. VI. Cualidades que ha de reunir, y sus efectos faltando alguna de ellas.—§. VII. Cosas que pueden comprarse ó venderse.—§. VIII. En qué ha de consistir el precio, y esplicacion de sus cualidades.—§. IX. Modos cómo puede celebrarse en general este contrato.—§. X. especies de venta en que no bastan los requisitos generales, y solemnidades en cada una de ellas.—§. XI. Cuándo se entiende que está perfecta la venta, y necesidad de entregarse la cosa para su complemento.—§. XII. A quién pertenece el provecho ó daño de la cosa vendida antes de haberse entregado.

§. I.

Razon del método.

Establecidos ya los principios que sirven para determinar en general la naturaleza de las obligaciones privadas, sus efectos, su duracion mientras no se estinga, y finalmente, los modos de probar su existencia ó su estincion, se hace preciso el ir aplicando estas doctrinas á cada una de ellas en particular, segun el origen de donde procedan.

Este, segun dijimos en el §. VIII de la leccion 1.^a, puede ser, ó un *convenio* que los hombres celebren entre si, ó un *hecho personal*.

A las que nacen de la primera causa llamamos *obligaciones convencionales*, porque no pueden producirse sin haber mediado un *convenio* que espresamos con los nombres de *contrato* ó *pacto*: á las segundas les damos el nombre de *obligaciones no convencionales*, porque sin haber mediado convenio alguno, solo las produce un *hecho* que lleva en sí la causa de la obligacion.

Bajo este supuesto, trataremos en primer lugar de las *obligaciones convencionales*, y consiguientemente de los contratos que las producen; pero, como ni es una misma su naturaleza ni uno tampoco su efecto, para determinarlo en cada uno de ellos creemos que el método mas sencillo, en medio de la diversidad que se nota en los autores, es el que propone el proyecto del Código civil, que clasificando los contratos, segun la division que hicimos en el §. V, leccion 2.^a, trata en primer lugar de los llamados *consensuales*, ó que no necesitan de otro requisito que la voluntad de los contrayentes suficientemente declarada para que se produzca la obligacion; y en segundo lugar de los que distinguimos con el nombre de *reales*, ó de aquellos en que, además del consentimiento, ha de intervenir alguna cosa ó hecho, sin cuyo requisito no quedará constituida la obligacion que de ellos se deriva.

Siguiendo pues, este método, y siendo el contrato de *compra venta* el de mas uso y recomendacion entre los llamados *consensuales*, empezaremos por él su exámen, haciendo antes ver su origen, que será la materia del siguiente párrafo.

§. II.

Origen del contrato de compra venta, y sus efectos.

El contrato de *compra y venta*, segun espresó la ley 1.^a, tit. I, lib. XVIII del Digesto, empezó por la *permuta*, la qual hizo sus veces en los primitivos tiempos por no conocerse entonces otro modo de cubrir los hombres sus necesidades y de procurar su mayor comodidad, sino cambiando una especie por otra de las que cada uno tenia por menos útil, ó considerada como supérflua ó sobrante.

La ineficacia de este medio para ocurrir á todas las necesidades á que están espuestos los hombres, obligó á éstos á buscar otro modo mas fácil para atender á ellas, y al efecto eligieron de comun consentimiento varios objetos que, mereciendo por sus cualidades particulares la estimacion de todos, pudieran servir de medio para la adquisicion de los artículos de que cada cual tuviera necesidad.

Entre estos objetos, obtuvieron la preferencia los metales mas preciosos, como el oro, la plata y el cobre, por las ventajas que llevaban á las demás materias que se habian adoptado con el mismo fin; pero como de dar estos metales por su peso, segun estuvo usado por mucho tiempo desde que con acuerdo general fueron considerados como medida de todos los valores, pudieran ocasionarse muchos fraudes por no ser conocida de todos su buena calidad, se creyó por conveniente, y así efectivamente se ejecutó, el que cada nacion determinara la cantidad, calidad y valor de las respectivas porciones de metal que se eligiera para el cambio, poniendo en ellas el busto de su soberano, ú otro cualquier signo auténtico como garantia de su legitimidad.

De este modo llegó á formarse lo que actualmente se llama *moneda*, la cual, dándose en lugar de lo que deseamos adquirir, vino á producir el contrato de *compra venta* que, separado enteramente de la *permuta*, constituyó desde entonces cada uno de estos actos un contrato particular.

En el tratado del derecho mercantil puede verse la utilidad que este contrato prestó al comercio desde su institucion, no siendo menor la que de él resulta á todas las clases del Estado, como lo haremos ver á continuacion.

Utilidad de la compra venta.

Siendo debidos los contratos á la necesidad que tienen los hombres de entablar relaciones entre sí á fin de adquirir lo que necesitan para su existencia y comodidad, segun dejamos sentado en el §. II, leccion 2.^a; y considerándose entre todos ellos el de *compra venta* como el que mas contribuye á este objeto, por conseguirse con él cubrir las

necesidades de todas las clases y condiciones de la sociedad y dejar satisfechos los goces del hombre hasta en sus comodidades mas triviales, segun la esperiencia nos lo enseña, precisamente hemos de convenir en que es sumamente grande su utilidad.

Y no solo es esta la razon que lo acredita. Además de contribuir al indicado objeto por la facilidad con que pueden proporcionarse los hombres cuanto dice relacion con sus necesidades y comodidades, atendida la subdivision del valor representado por la moneda hasta en sus mas insignificantes cantidades, sirve tambien para el aumento de la riqueza pública y la de los particulares; pues por él logra el vendedor invertir el producto de sus cosas en objetos que le traen mas utilidad, y que el comprador se dedique á mejorar lo adquirido dando á la finca comprada un aumento de valor.

No es de nuestro instituto el estendernos mas sobre este punto; baste solo advertir que, si tal es la utilidad de este contrato, como con la mayor sencillez acabamos de demostrar, deber es del gobierno permitir que pueda celebrarse con la mas ámplia libertad, quitando todo estorbo que impida la libre enagenacion mientras no ofenda á otros intereses superiores de la sociedad.

Felizmente han desaparecido de entre nosotros aquellos privilegios esclusivos para comprar y vender, de que hacen mérito particularmente las leyes del tit. XIII, lib. X, Novis. Recop.; no quedando otra clase de restricciones sino aquellas á que un gobierno paternal no debe renunciar en casos de evidente necesidad: pero si tal es su utilidad y consiguientemente la necesidad de haberse de procurar la mayor libertad en su celebracion, no lo es tanto que pueda dejarse al arbitrio de cada uno el celebrarlo sobre cualquier objeto, desentendiéndose de las reglas que han debido establecerse para conseguir el fin de su institucion, y sin atender á las partes que constituyen su naturaleza.

Cuál sea ésta, lo esplicaremos en el párrafo siguiente, haciendo al mismo tiempo una indicacion general de sus requisitos.

§. III.

Naturaleza de la compra venta, y sus requisitos en general.

Se entiende por compra venta, *un contrato en que uno de los contrayentes se obliga á entregar una cosa, y el otro á pagar por ella un precio cierto y en dinero*. Asi la define el nuevo Código (1), conformándose con la doctrina de la ley 1.^a, tit. v, Partida 5.^a, que espresa esta misma idea, aunque no en iguales términos.

Para comprender bien su naturaleza, debemos advertir primeramente, que este contrato pertenece á la clase de los *nominados*, como aparece de los nombres de *compra* y *venta* con que le distingue el derecho, segun consta del epigrafe del tit. v, Part. 5.^a, y de las varias leyes que en él se contienen.

Aunque no es necesario que se espresen unidas estas dos voces para significarlo, porque enunciada separadamente cualquiera de ellas, desde luego se supone la concurrencia de estos dos actos para su celebracion; sin embargo, en el lenguaje legal, ó se usan juntas estas dos voces como en las leyes del título y Partida citada, ó si se usan separadamente, solo lo es con el nombre de *venta*, como lo confirman varias leyes de este mismo Código, y lo da á entender un documento muy reciente, cual es el tit. XIII de la 2.^a parte de la ley de enjuiciamiento, cuyo epigrafe es: *De la venta de los bienes de los menores*, etc.

Mas, ó bien se usen junta ó separadamente, la palabra *compra* la tomamos de parte de aquel que adquiere la cosa, que se llama *comprador*, y la de *venta* de parte de aquel que la enagena, el cual se llama *vendedor*, supuesto siempre el precio que ha de intervenir para su adquisicion y enagenacion, pues de otro modo se llamaria *donacion* ú otro cualquier contrato.

Es tambien la compra venta un *contrato consensual* en

(1) Art. 1367.

el sentido en que le definimos en el §. V, leccion 2.ª, porque por el solo consentimiento y sin necesidad de otro requisito, quedan los contrayentes obligados.

Es igualmente *bilateral*, porque la obligacion está de parte de los dos contrayentes, á saber: del *vendedor* para entregar la cosa, y del *comprador* para dar el precio; y como que en virtud de esta circunstancia resulta una reciprocidad de deberes entre ellos, de aquí el pertenecer tambien á la clase de los *onerosos*, y entre éstos por regla general á la de los *commutativos*, porque cada una de las partes se obliga comunmente á dar una cosa como equivalente de la otra; pudiéndose tambien réferir á la clase de los *aleatorios*, siempre que el beneficio que se espera conseguir de su celebracion dependiera de un acontecimiento incierto.

Es asimismo contrato de *buena fé*, porque en las cuestiones que se promuevan acerca de él, debe fallar el juez por las reglas de equidad, como lo demuestra el ejemplo propuesto en el §. VIII de la citada leccion; y últimamente, además de existir independientemente de cualquiera otro, por cuya razon se le considera como *contrato principal*, tiene por objeto adquirir el dominio, aunque no siempre se produzca este efecto.

Con estas observaciones nos parece que queda bien determinada la naturaleza de la *compra venta*. Veamos ya cuáles son en general sus requisitos.

Requisitos en general de la compra venta.

A dos clases podemos reducir los requisitos constitutivos de este contrato, á saber: unos relativos á su esencia ó comunes á todas las ventas, y otros que se refieren á la forma con que han de celebrarse algunas de ellas.

Dejando los que se refieren á algunas ventas en particular, los esenciales ó comunes á todas ellas son los siguientes:

1.º Capacidad en las personas para poder obligarse, ó que no tengan prohibicion por la ley para comprar y vender.

2.º Consentimiento de ambos contrayentes.

3.º Cosa cierta de parte del vendedor.

4.º Precio fijo y determinado de parte del comprador.

De cada uno de estos requisitos daremos una breve idea á continuacion, empezando por determinar las personas que tienen capacidad ó aptitud legal para comprar y vender, que será la materia del párrafo siguiente.

§. IV.

Personas que pueden comprar y vender.

Pueden comprar y vender todas las personas á quienes la ley permite obligarse, como espresa la ley 2.ª, tít. v, Part. 5.ª, y reproduce el nuevo Código (1).

Se esceptúan, sin embargo, algunas á quienes, no obstante su capacidad para contraer una obligación, les prohíbe la ley que puedan comprar ó vender en ciertos casos por alguna de las causas siguientes:

1.ª Por la cualidad de los bienes que han de venderse.

2.ª Por el lugar donde se hace la venta.

3.ª Por el modo ó circunstancias particulares de las personas que concurren á su celebracion.

Por la cualidad de los bienes que han de venderse.

Están prohibidas por esta causa las personas siguientes:

1.º Los albaceas, tutores y curadores, y administradores ó procuradores, los cuales no pueden comprar *pública* ni *secretamente* ninguna cosa de aquel ó aquellos cuyos bienes administran, bajo pena de nulidad si se les probare haber comprado estos bienes, y á la cual se agregaba en lo antiguo la de haber de abonar á la Cámara del Rey el cuádruplo de lo que valia lo que hubiesen comprado,

(1) Art. 1379.

como dispone la ley 1.^a, tit. XII, lib. X, Novis. Recop. (1).

Algunos son de opinion que esta prohibicion no se estiende á los tutores y curadores si la venta de los bienes de los que tuvieren en guarda se hiciera en pública subasta, fundándose para ello, en que la ley 4.^a, tit. V, Partida 5.^a, al prohibirles que puedan comprar dichos bienes exceptúa el caso en que la venta se hiciera con autoridad del juez ó con consentimiento del cotutor si lo hubiere, cuya circunstancia dicen que no ha sido derogada por la ley recopilada citada, aunque se diga en ella que no pueden comprar ni *pública* ni *secretamente*.

Véase la glosa 9.^a de Gregorio Lopez sobre la referida ley de Partidas, en donde se dan las razones en apoyo de esta opinion; pero esto no obstante es generalmente seguida la contraria, habiéndola admitido el nuevo Código, al prohibir á estas personas que puedan adquirir por compra dichos bienes aunque sea en subasta pública y judicial, segun consta en el artículo últimamente citado.

2.^o Los corredores, á los cuales, además de prohibir-seles toda especie de negociacion y tráfico, como espresa el art. 99 del Código de comercio, no se les permite que puedan comprar para si las cosas cuya venta les haya sido encargada, ni las que se dieren á otro corredor, aun cuando alegaran que las compras de unos y otros efectos las habian hecho para su consumo particular, segun dispone el art. 106 de este Código.

3.^o Los plateros, forjadores, tiradores y sus viudas ni otras cualesquiera personas pueden comprar á ningun maneebo, ni hijo ó doméstico de éstos, cosas pertenecientes á su arte, como oro, plata etc., estén ó no ejecutadas las obras, segun es de ver por la ley 8.^a, tit. XII, lib. X, Novis. Recop.

4.^o Finalmente, está prohibido á toda persona indistintamente el poder comprar á criados cosas de comer ó del servicio de la casa donde moran, como consta de la ley 6.^a del mismo título y libro.

(1) Art. 1381, números 1.^o, 2.^o y 3.^o

Por el lugar donde se hacen las ventas.

Pertenecen á esta clase:

1.º Los gobernadores, corregidores y sus oficiales y domésticos, los cuales no pueden comprar ni por sí ni por otro heredad alguna en territorio de su jurisdicción, ni edificar casa, ni ejercer el comercio, ni traer ganados á la misma tierra, bajo la pena antiguamente de perder para la Cámara del Rey lo que así compraren ó edificaren etc., como espresan las leyes 5.ª, tit. v, Part. 5.ª, y 5.ª, tit. xi, lib. vii, Novísima Recopilación; pero no por ello se les prohíbe que puedan vender cualquiera cosa que hubieren heredado de sus parientes, ó adquirido de otra manera antes de ser nombrados para dicho cargo, como añade la ley de Partidas citada (1).

2.º Los jueces y sus ministros ó alguaciles, á quienes se les prohíbe la compra de las cosas que se vendieren á pública subasta por decreto del juzgado, ó en virtud de una ejecución judicial. Leyes 4.ª, tit. xiv, lib. v, y 4.ª, título xxix, lib. xi, Novis. Recop.

3.º Los ropavejeros, á quienes ni por sí ni por otro se permite que compren cosa alguna en las almonedas, como aparece de la ley 4.ª, tit. xii, lib. x, Novis. Recop., si bien esta prohibición no está en práctica al menos en la ciudad de Valencia, así como tampoco se observa la circunstancia que añade esta ley de haber de tener espuestos por diez días á las puertas de su casa los efectos de su oficio, antes de proceder á su venta.

Por el modo ó circunstancias de las personas que hacen las ventas.

Están prohibidas por esta causa las personas siguientes:

1.º Los locos, fátuos, sordo-mudos y pródigos, sin otorgamiento de su curador.

(1) Art. 1381, números 4.º y 5.º

2.º Los hijos que están bajo la patria potestad, los cuales ni pueden comprar cosa alguna á su padre ni vendérsela á ellos de lo suyo, escepto si fuere cosa del *peculio castrense* ó *cuasi castrense*, como espresa la ley 2.ª, tit. v, Part. 5.ª; cuya prohibicion, estando fundada, segun esta ley, en que no puede haber obligaciones entre padre é hijo por ser una misma persona en derecho, dá lugar á que se estienda ella á los maridos respecto á sus mujeres, y á éstas con respecto á ellos, como asi puede inferirse de la ley 11, tit. i, lib. x, Novis. Recop., cuya doctrina admite el nuevo Código (1).

3.º Los menores de 25 años sin otorgamiento de su curador y sin preceder informacion de utilidad y licencia judicial, como espresan las leyes 60, tit. xviii, Part. 3.ª, y 17, tit. i, lib. x, Novis. Recop.; debiéndose seguir para ello los trámites designados en la ley de enjuiciamiento, que podrán verse en el §. IV, leccion 11, seccion 3.ª, tratado i.

4.º Los hijos de familias que estén bajo el poder de su padre, y los menores que tengan curador, los cuales no podrán comprar ni tomar ni sacar en fiado, ni otro en su nombre, sin licencia de las personas de quienes dependan, géneros algunos de los mercaderes; incluyéndose en la misma prohibicion á los mayores ó menores que no estén bajo la patria potestad ó de la de sus curadores, para hacer compras al fiado y pagar á tiempo incierto ó de mejor fortuna, como cuando se casaren ó sucedieren en algun mayorazgo, segun así consta por la ley 17, tit. i, lib. x, Novis. Recop. Igualmente quedan incluidos en esta prohibicion los estudiantes, á quienes no puede venderse cosa alguna al fiado durante el tiempo de sus estudios sin consentimiento de su padre ó del que les mantuviere á su costa, como establece la ley 1.ª, tit. viii, lib. x de este Código.

5.º Los eclesiásticos, á quienes se les prohíbe hacer compras por via de negociacion ó tráfico, segun lo dispo-

(1) Art. 1380.

nen los cánones, y lo confirma el art. 8.º del Código de comercio.

No estando incluidas las personas en ninguna de las clases espresadas, y no teniendo ninguna de las incapacidades que en términos mas esplicitos enunciamos en el §. IV, leccion 3.ª, podrán las demás comprar y vender libremente: pero, como aun supuesta su capacidad y aptitud en los casos no prohibidos, no seria válida la *compra venta* si no tuvieran voluntad de realizarla, de aquí el que se exija además su *consentimiento*, que es el segundo requisito esencial en este contrato.

§. V.

Necesidad del consentimiento, y sus cualidades para la validez de la compra venta.

La necesidad del consentimiento para la validez de la compra venta, quedó demostrada en el §. V de la leccion 3.ª; pues, habiéndose allí probado que en todo contrato ha de intervenir este requisito, siéndolo tambien la *compra venta*, es consiguiente que en ella se considere asimismo como necesario.

Este puede prestarse, tanto entre presentes como entre ausentes, por medio de procurador, segun dispone la ley 8.ª, tit. v, Part. 5.ª: pero para que valga la venta celebrada por éstos, es circunstancia precisa que tenga un poder especial para ello; no bastando el poder general, aunque estuviere concebido con la cláusula de que pueda hacer el procurador todo lo que el principal haria por si si estuviere presente, por las funestas consecuencias que podria producir.

Sin embargo, se sostendria la venta que uno hiciese de cosa ajena, sin mandato de su dueño, si la vendiese en nombre de éste, y aun vendiéndola en nombre suyo; si bien en este último caso solo se daria lugar á que el comprador, si era de buena fé, la pudiera prescribir pasado el tiempo designado, quedando siempre obligado el vendedor á entregar el precio á su verdadero dueño. Ley 44, tit. v, Part. 5.ª

Tambien seria válida cuando el que no era dueño la enagenase en su nombre y despues de ocupada por el comprador pereciera ó se perdiere; pudiendo por lo mismo su dueño, si la ratifica, exigir del vendedor el precio que cobró por ella, como añade la misma ley.

Si para comprar necesita tambien el procurador de un poder especial, aunque naturalmente se desprende esta necesidad porque el mandatario no debe escederse de los límites del mandato, sin embargo, esto no impide que aun sin él pueda, realizada la compra, adquirir para sí un ausente lo comprado, como sucede en los casos siguientes:

1.º Cuando alguno compra de su dinero alguna cosa en nombre de otro y aquel en cuyo nombre la adquiere la acepta así que llega á su conocimiento, si bien tendrá que abonar al comprador el precio juntamente con los gastos causados en coger los frutos y demás que se hiciere en beneficio de la cosa comprada. Ley 48, tit. v, Part. 5.ª

2.º Cuando uno encargase á un mensajero suyo que se presentara al que tenia la cosa diciéndole que si se la quería vender le daria tal precio, y aquel á quien lo enviara otorgase la venta por el precio que se le decia, como así lo espresa la misma ley con estas palabras: *Vale la vendida, maguer non le oviese dado carta de personería al mensajero porque fiziese la compra.*

3.º Cuando uno compró con dinero que retenia de otro á título de administrador, como si fuese curador, del que tenia de los menores de veinticinco años, ó si marido del que tenia de la dote ó parafernales de la mujer, en cuyo caso si hizo la compra en nombre del dueño del dinero valdria ésta y se haria del mismo, á no elegir que se le entregara lo que costó: mas si la hizo en su nombre seria del que la compró. Ley 49, tit. v, Part. 5.ª

No obstante lo que acabamos de indicar, como la circunstancia de ser ó no la cosa del ausente ó de aquel con cuyo dinero se adquirió ignorándolo, en nada influye en la esencia del acto celebrado, que en tanto será válido si se han llenado los requisitos que exige la ley, resulta que siempre se necesita del *consentimiento* en el que lo celebra, bien lo haga en nombre suyo ó de otro, como así-

mismo el haber de reunir las cualidades necesarias para que sea legitimo, las cuales se esplicaron en el §. V, leccion 6.^a

Todo, pues, lo que en él se dijo sobre este requisito, tiene lugar en la *compra venta*; pero para que puedan aquellas doctrinas aplicarse con propiedad á este contrato, será preciso ir acomodando á él lo que sobre cada una de las *cualidades del consentimiento* se propuso entonces en términos generales, como lo haremos en el siguiente párrafo.

§. VI.

Cualidades del consentimiento aplicadas á la compra venta, y sus efectos fallando alguna de ellas.

Tres son las cualidades que debe reunir el *consentimiento* para la validez de la compra venta, á saber: Que no sea dado por *error*, ni arrancado por *fuerza* ó *miedo*, ni sorprendido *engañosamente* ó *por dolo*.

La falta de alguna de estas circunstancias produce un vicio ó defecto en el consentimiento, que podrá ser ó no causa de nulidad de un contrato, segun lo haya calificado el derecho.

Así, pues, empezando por la primera de las que hemos referido, para conocer cuándo el *error* produce este efecto relativamente á la compra venta, deberemos distinguir, si recae sobre el objeto ó cuerpo que deseaba adquirir el comprador, ó sobre lo que constituye su esencia ó sustancia, ó solo sobre sus accidentes.

Si recayere sobre el objeto, ó hubiere desacuerdo sobre la identidad de la cosa entre el vendedor y comprador, diciendo el primero haber vendido, por ejemplo, tal pieza de tierra, y afirmase el comprador haber entendido otra distinta, que era la que él deseaba, semejante error anularia la venta, como espresa la ley 20, tit. v, Part. 5.^a

Tambien será causa de nulidad el error cuando recayere sobre la sustancia de la cosa, ó resultase no ser de la misma especie que queria el comprador, como con el

ejemplo de aquel que vendiese laton por oro, ó estaño por plata, lo demuestra la ley 21 de este mismo título.

Mas si recayese sobre los accidentes de la cosa, como por ejemplo, el no ser el oro de tan buena calidad como decia el vendedor, ó faltar alguna parte en cuanto al total que se designó por ambos contrayentes, como el no haber tantos cahices de trigo como los que se ajustaron, etc., solo habrá lugar á la indemnización del que haya sido perjudicado y no á que se declare nulo el contrato, á no ser que en alguno de estos casos estuviera oculto el vicio ó defecto de la cosa y no lo advirtiera el vendedor al comprador, que entonces habrá lugar á que se rescinda ó deshaga la venta, si en debido tiempo se hiciera la competente reclamacion. Leyes 63, 64, 65 y 66, tit. v, Part. 5.^a

Al tratar de las obligaciones del vendedor ampliaremos mas esta doctrina.

La segunda cualidad del consentimiento es la de no haberse dado por *fuerza ó miedo*. Cuándo será suficiente este defecto para que por él se declare nula la venta por no haber habido la libertad necesaria para quedar uno obligado, esto depende de las circunstancias de la persona y de la clase de violencia que se haya empleado, lo cual se esplicó en el §. VII de la leccion 3.^a, citando en su confirmacion las leyes 15, tit. II, Part. 4.^a, y la 7.^a, tit. xxxiii, Part. 7.^a

Bajo este supuesto, si atendidas las circunstancias allí espresadas, se probase que el *miedo* ó la *fuerza* que se le hiciera á alguno para comprar ó vender fuese tal *que lo ovo de facer maguer le pesase*, que dice la ley 56, tit. v, Part. 5.^a, seria esta causa bastante para que *fuese desfecha la compra*, segun dispone la misma ley.

Sin embargo de ser esta la doctrina generalmente admitida, como el contesto de las leyes que hemos citado está dando á entender que en ellas se trata solo de la fuerza con que pudiera una persona particular precisar á otra á comprar ó vender, no deberá ser tan general este principio que haya de quedar privada la autoridad pública del derecho para obligar á uno en ciertos casos á que venda la cosa que le pertenece.

Ya al hablar en la lección 2.^a, tratado II, de las garantías que la ley concede á la propiedad, se dijo que no obstante ellas, puede obligarse á uno por la autoridad competente á que enagene sus fincas cuando de ello haya de resultar utilidad al público; y siendo esto así, en tanto se dirá que á nadie pueda obligarse á que venda sus cosas, en cuanto no esté interesada la conveniencia pública, ó en cuanto no sea á *procomunal*, como dice la ley 2.^a, tit. I, Part. 2.^a

Producto de este principio son las leyes restrictivas que aparecen en el tit. XIX, lib. VII, Novísima Recopilación, las cuales, si bien han quedado derogadas por el art. 8.^o del decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813, restablecido en 30 de Agosto de 1836, por el cual se concede el que puedan venderse libremente y sin sujeción á tasa ni postura toda clase de frutos, así como los ganados, los productos de la caza y pesca, y las obras del trabajo é industria, sin que ni persona alguna, ni corporación ó establecimiento pueda alegar preferencia en la compra de estos objetos, sin embargo, esto no ha impedido á que, por motivos de conveniencia pública, conservaran muchos pueblos los puestos arrendados con la exclusiva de que solo en ellos pudiera hacerse la venta al por menor, como despues de varias alternativas lo vemos confirmado por la Real orden de 5 de Marzo de 1847 que actualmente rige.

Lo mismo podíamos decir de la Real orden de 20 de Enero de 1834, que derogó tambien las restricciones que antiguamente habia establecidas, y que sin embargo fué despues modificada por otra de 18 de Julio de 1839: hechos todos que demuestran, que por mas útil y conveniente que aparezca el haberse de procurar la mayor libertad en los tratos, todo debe ceder á los intereses de la sociedad.

Finalmente, la última cualidad del *consentimiento* es la de no haber intervenido *dolo*. Qué se entienda por éste y cuáles son sus especies, quedó manifestado en el §. VIII, lección 3.^a

Solo falta advertir en este lugar, que si interviniese engaño en la *compra venta*, será causa de nulidad cuando el dolo fuere *causante* del contrato, ó fuere tal que sin él no

se hubiera celebrado; mas si fuere el dolo *incidente*, como por él no se impide el consentimiento, únicamente producirá accion para la indemnizacion del contrayente que hubiere sido perjudicado, segun asi lo declaró la ley 57, tit. v, Partida 5.^a, con presencia de los ejemplos que propone, de los cuales hicimos ya mérito nosotros en el citado párrafo.

Si à pesar de los vicios ó defectos espresados, la persona sabedora del dolo no lo opusiera, ó libre de la fuerza ó miedo cumpliera con la obligacion que nace del contrato, perderia su derecho para hacer la competente reclamacion, como dispone la ley 28, titulo XI, Part. 5.^a; del mismo modo que el que se dejara engañar teniendo conocimiento del engaño, no podrá querellarse despues como engañado, segun la regla 25, tit. XXXIV, Part. 7.^a, de *que al que sabe y consiente no se hace injuria ni engaño*.

Siendo pues necesario que el consentimiento que ha de prestarse para que exista la *compra venta* reuna las cualidades que acabamos de espresar, y no consistiendo este contrato sino en la obligacion en que se constituye uno de entregar la *cosa* que otro se propone adquirir, y en haber de dar éste el *precio* en que ambos hayan convenido, es consiguiente el haber de referirse el consentimiento á lo uno y lo otro; lo cual verificado, se tendrá ya realizado el contrato si por parte de la *cosa* ó del *precio* no existe ningun defecto que haga inútil el haberlo prestado.

Cuándo tendrá lugar esta circunstancia, se podrá comprender fácilmente, sabiendo primero las *cosas* que pueden venderse, que es el tercer requisito de la *compra venta*.

§. VII.

Cosas que se pueden comprar y vender.

Las cosas que pueden comprarse y venderse son todas las que no están prohibidas por la ley, las cuales podremos reducir á dos clases, á saber: unas que lo están absolutamente, y otras respectivamente ó con cierta limitacion.

Están absolutamente prohibidas.

1.º Las cosas sagradas y religiosas, cuya naturaleza y derechos sobre ellas se esplicaron en general en el párrafo III, leccion 1.ª, tratado 2.º

Esto no impide que alguno de los derechos que van unidos á éstas se trasmitan á otra persona con ocasion de una venta, como puede suceder con el *derecho de patronato real*, el cual, vendida la heredad ó villa á que va unido, pasa juntamente con ella al nuevo poseedor, como espresa el cap. 7.º tit. xxxviii de las Decretales de Gregorio IX, y confirma la ley 15, tit. v, Part. 5.ª

Tampoco impide dicha prohibicion el que puedan venderse estas cosas separadamente, segun indica la ley 1.ª, tit. xiv, Part. 1.ª, con tal que se enagenen con aprobacion de la autoridad eclesiástica, y mediando alguna de las causas siguientes:

Primera: Para pagar las deudas que tuviere una iglesia, si de otro modo no pudiera satisfacerla:

Segunda: Para dar de comer á los pobres en tiempo de alguna pública calamidad:

Tercera: Para redimir sus parroquianos del cautiverio:

Cuarta: Para comprar sitio en que levantar iglesia ó adquirir otra mejor, ó construir un cementerio.

Finalmente, tampoco impide que puedan venderse los bienes eclesiásticos que, al tiempo de celebrarse el convenio entre la Santa Sede y S. M. Católica para proveer de comun acuerdo al arreglo definitivo de la dotacion del Culto y Clero en los dominios de S. M., se hallaban en poder de la Iglesia en virtud del Concordato celebrado con Su Santidad en 1851; siempre que antes se hayan cedido al Estado en los términos que espresa el art. 4.º del citado Convenio de 25 de Agosto de 1859, ó no sean de la clase de los eximidos en el art. 6.º del mismo.

2.º Además de las cosas sagradas y religiosas, están prohibidas absolutamente las llamadas públicas y las de aprovechamiento comun de los pueblos, como *caminos, plazas, ejidos, rios, fuentes* etc. Ley 15, tit. v, Part. 5.ª

3.º Las columnas, mármoles, piedras ú otras cosas puestas en los edificios, segun consta en la ley 16 de este mismo título, si bien nos parece que no está vigente ya en el día esta prohibicion y que puede por lo mismo el dueño hacer de lo suyo lo que le parezca, á menos que con ello pudiera perjudicarse la seguridad pública ó se empeorase el estado de la poblacion, por lo cual haya de quedar obligado á las reparaciones que dispenga la autoridad municipal.

4.º Los venenos simples; pero no lo están los mezclados ó preparados para medicina, como esplica Gregorio Lopez comentando la ley 17, tit. v, Partida 5.ª que lo prohíbe.

5.º Finalmente, las cosas vinculadas ó de fideicomiso, en cuanto á la parte que, segun la ley de 27 de Setiembre de 1820, ha de pasar al inmediato sucesor.

Están prohibidas respectivamente ó con alguna limitacion.

1.º La venta de las cosas de contrabando, como el tabaco, la sal, papel de sello y otras, escepto por los agentes ó empleados del gobierno. Artículos 2.º y 3.º de la ley de 3 de Mayo de 1830.

2.º La de las cosas litigiosas mientras no se decida el pleito; siendo de ningún valor la que se hiciera antes y con obligacion al abono de daños y perjuicios de parte del que las hubiere vendido, á no ser que la enagenacion se verificase de uno de los modos siguientes:

Primero, con la condicion de atenerse á las resultas del juicio principiado ó pendiente:

Segundo, si se dieren por título de dote ó de arras:

Tercero, si perteneciendo á muchos quisieran éstos partirlas y enagenarlas entre sí, quedando obligado á responder á la demanda el que las reciba:

Cuarto, cuando el litigante dispuso de ellas por via de legado, siendo de cargo del heredero del que la legó el continuar el pleito, y entregarla al legatario si venciera, pero no si lo perdiese sin culpa suya ó engaño. Leyes 13 y 14, tit. vii, Part. 3.ª

Para hacer ineficaz la enagenacion de los inmuebles litigiosos, conviene mucho al demandante pedir la anotacion preventiva de su derecho en el registro público en la forma de que hicimos mérito en el lugar correspondiente.

3.º La venta del derecho de heredar á una persona determinada, á no ser que ésta lo consienta y muera con esta voluntad. Sin embargo, será válida cuando uno vendiese lo que pudiese adquirir por título de herencia no designando á las personas á quienes haya de heredar. Ley 13, tit. v, Part. 5.ª

4.º La de la parte de la cosa comun perteneciente á un consócio, la cual no puede venderse á un extraño despues de promovido el juicio de particion, á no ser con consentimiento de los demás consócios. Ley 55, tit. v, Part. 5.ª

5.º La de las cosas de los menores si no intervinieren la aprobacion judicial en los términos prescritos en los artículos desde el 1401 al 1410 de la ley de enjuiciamiento civil, como asi se halla igualmente dispuesto en las leyes 60, tit. xviii, Part. 3.ª, y 4.ª, tit. v, Part. 5.ª

6.º La de mercancías y joyas al fiado para bodas, ó tambien cuando no se espresara el valor de cada cosa en particular. Leyes 2.ª, tit. viii; 24, tit. i, y 2.ª, tit. xii, libro x, Novis. Recop.

7.º La venta de estas mismas cosas hecha tambien al fiado á hijos de familias y menores sin intervencion de sus padres ó tutores, ó á los estudiantes sin la de las personas que les costean la carrera, ó á cualquiera otra persona para pagar cuando se case ó herede ó adquiera algun mayorazgo. Leyes 17, tit. i, y 1.ª, tit. viii, lib. x, Novis. Recop.

8.º La de cosa hipotecada con el pacto de no poderse enagenar hasta quedar libre de este gravámen, ó de quedar satisfecha la deuda. Ley 67, tit. v, Part. 5.ª

9.º La del derecho de usufructo á no ser al mismo propietario, permitiéndose únicamente al usufructuario la venta de sus productos, segun se dijo en el §. V, leccion 5.ª, trat. ii.

10. La de armas y vituallas, con respecto á las naciones con las que se estuviere en guerra, como relativamen-

te al caso en que fuera con los enemigos de nuestra fé, dispuso la ley 22, tit. v, Part. 5.^a

A todas estas cosas añaden las leyes recopiladas la venta de trigo al fiado á pagarlo á precio escesivo, debiéndose estar al que tuviera en los pueblos respectivos quince dias antes ó despues del 8 de Setiembre: la de granos para revenderlos en un mismo mercado, igualmente que las carnes vivas ó animales: la de seda en rama ó capullo con el mismo objeto; y la de otras muchas mas clases que pueden verse en los títulos XIX, lib. VII; V y VII, lib. IX, y XII, lib. X, Novísima Recopilacion, de las cuales no es necesario que nos ocupemos, estando hoy dia permitido á cada uno el libre ejercicio de su oficio, como igualmente el que puedan venderse libremente y sin sujecion á tasa ni postura, y haber cesado el derecho de preferencia que tenian en las compras algunas clases privilegiadas, segun dijimos en el §. VI.

Fuera de las cosas que la ley prohíbe que puedan venderse, ó absolutamente, ó sin que concurren algunas circunstancias, todas las demás se podrán vender libremente, ora sean corporales, como las *raíces*, *muebles semovientes* y *fungibles*, ora incorporales, como los *oficios*, *derechos*, *servidumbres*, *acciones* y *créditos*: teniéndose presente que, para su venta, no es necesario que existan de presente, sino que basta que puedan existir; reemplazando á las cosas que deseamos obtener entre tanto que éstas no existan, la esperanza de la utilidad que los contrayentes esperan conseguir de su realizacion.

De este modo pueden comprenderse, como aun sin cosa que exista de presente, queda salva la esencia del contrato; pues, estando de por medio un objeto sobre el que recae la convencion, cual es la utilidad que se espera, basta esta circunstancia para que se llene este requisito, segun consta de la doctrina que emitimos en el §. IX, leccion 3.^a

Fundadas en este principio las leyes, declaran válidas las promesas y las ventas de los frutos de la tierra que están por nacer, ó de los partos de los animales antes nacidos, ó de otras cosas semejantes á estas, como espresan las leyes 11, tit. v, y 20, tit. XI, Part. 5.^a, si bien añaden en lo

relativo á su perfección, que si el fruto ó parto no naciese, ni está tenido á cumplir la obligacion el que hizo la promesa, ni el comprador obligado á dar el precio, escepto si la venta fuere aleatoria ó se hubiese hecho á la *ventura*, segun dice la ley 11; pues entonces, como solo se entiende comprada la esperanza, segun nota Gregorio Lopez en su glosa 3.^a á la misma, son de cuenta del comprador todos los riesgos.

Tampoco es necesario para la validez de la venta que las cosas sean del que las vende, y de aquí el declararse válida la que se hiciera de una cosa ajena, de cuyos efectos habrá lugar á tratar en la leccion siguiente.

De todo lo dicho resulta, que para que haya *compra venta*, es necesario un objeto cualquiera que sirva de materia á este contrato, con tal que no sea de los prohibidos por la ley; pero, como para desprenderse de él su dueño en este concepto, es necesario que de parte de aquel que lo adquiere satisfaga antes su valor, de aquí el que, habiendo de considerarse el precio de la cosa como otro de sus requisitos esenciales, se haya de esplicar en qué consista éste y cuáles son sus cualidades.

§. VIII.

Naturaleza del precio, y esplicacion de sus cualidades.

El último de los requisitos esenciales que enumeramos para la validez de la *venta*, es la intervencion de un precio que ha de darse en dinero por la cosa que se recibe.

Su necesidad se deja comprender con solo observar que él es el que dió la forma á este contrato, como se manifestó en el §. II al determinar su origen; siendo tal su consideracion que, si en lugar de él se diera otra cosa cualquiera, seria entonces una *permuta* y no una *venta*, segun lo calificó la ley 1.^a, tit. 1, libro XVIII del Digesto, y lo confirman además otras varias leyes, como la 7.^a, tit. LXIV, lib. IV del Código; los párrafos I y II, tit. XXIV, lib. III de las Instituciones, y las leyes 1.^a y 9.^a, tit. V de la Partida 5.^a Veamos, pues, en qué consiste ó cuál es su naturaleza.

Naturaleza del precio.

Se entiende por *precio* en la compra venta, *el valor que se da en dinero por el valor en que se estimare la cosa que se desea adquirir*. Este se divide en *precio natural* y *precio corriente*. El primero es *el valor natural de la cosa expresado en dinero*; el segundo *el valor mayor ó menor en cambio que puede tener la cosa, atendida la abundancia ó escasez de ella ó del dinero*.

En el comercio, al mencionarse el *precio* sin otra designacion, se entiende el *corriente* y no el *natural*, lo cual nos parece bien advertir, para poder juzgar si hay lugar á la rescision de la venta segun derecho comun, por causa de lesion, principalmente tratándose de géneros ó mercancías.

Algunos tachan de absurdo el que el *precio* en la *compra venta* haya de consistir en dinero, fundándose para ello en que toda transaccion mercantil, á lo que se atiende es á los valores que se cambian y no al cuerpo de las mercaderías; y como el dinero, así como otra cualquiera mercancía en cuya clase es considerado, tienen su valor intrínseco, infieren que, tanto ha de considerarse como *venta* el cambio de una cosa por dinero, como el de una cosa por otra.

A nosotros no nos parece suficiente esta razon para separarnos de la doctrina generalmente recibida, mayormente, cuando de ella resultaria no solo la confusion de la *venta* con la *permuta*, sino que tambien el que no podrian deslindarse los derechos de los contrayentes, por no aparecer desde luego quién es el vendedor y quién el comprador, para aplicar á cada uno lo que separadamente en la *venta* establecen las leyes.

Ni es tampoco una razon para sostener dicha opinion el que antes de la institucion de la moneda se celebraban ya ventas, como afirmaban los Sabinianos, cuyos argumentos se citan en la ley 1.^a, tít. 1, libro XVIII del Digesto; porque si no era *dinero* lo que en ellas intervenia, eran

especies determinadas elegidas por los hombres de comun acuerdo para que sirvieran de medida comun de todos los valores; y siendo esto así, pierde toda su fuerza el argumento, pues fuera del cambio que se hacia con estas especies, en el que se hiciera con otras deberia ser permuta, que es como la calificamos tambien actualmente cuando se da una cosa que no es dinero por otra.

Sin embargo, esto no impide el que deje de haber una venta, aun cuando el comprador pague en otra cosa que *moneda* el valor de lo que recibe, si antes se fijó ya el precio en dinero; porque como espresó la ley 1.^a, §. XIII, tit. III, lib. XVI del Digesto, para calificar los contratos se atiende á su principio y no á su éxito; y por lo mismo, constando en su celebracion los requisitos esenciales de la *venta*, que son el de dar una cosa por un precio en *dinero*, como tal habrá de calificarse aunque se hubieren convenido que se pagara en otra cosa.

Así pues, si uno al trãsmítir su casa á otro dijera: *Doy á N. mi casa por mil pesos, y en pago de esta cantidad recibiré tanto en esto y tanto en el otro*; semejante convenion deberá calificarse como *venta*: pero si en lugar de ello dijese: *Doy á N. mi casa por la suya*, entonces será una *permuta*, que nunca podrá calificarse de *venta* por mas que cada cosa que se dá y reciba tenga su propio valor.

Tambien será *permuta*, aun cuando interviniese en ella *dinero*, si únicamente se entregaba éste para igualar la diferencia de lo permutado, como si se dijera: *Doy á N. mi casa por la suya, abonándome mil pesos por el mayor valor en que se ha justipreciado la que yo le entrego*: pero, si no se dió el dinero con este objeto, sino porque se convino que parte del precio se pagara en él y parte en otra cosa, se calificará el contrato segun algunos, y así lo espresa tambien el nuevo Código (1), por la intencion de los contrayentes; si bien á nosotros nos parece que, aun sin atender á la intencion, puede bastar la regla ya sentada de

(1) Art. 1368.

ser desde luego una *venta*, siempre que antes se haya fijado el precio en cantidad determinada en dinero.

Con lo dicho queda demostrado que, para que pueda considerarse como venta el cambio de una cosa por otra, es preciso que haya intervenido dinero como precio de lo que se recibe, incluyéndose en él, si las partes convienen, el papel moneda ó puesto en circulacion para el cambio, ora sea del Estado, ora de una sociedad de crédito, como con respecto á Valencia podemos citar los billetes de la sociedad de Crédito y Fomento, admitidos como tales en el comercio.

Además de esta circunstancia, debe reunir el precio ciertas cualidades que espresaremos á continuacion.

Cualidades del precio.

Tres son las cualidades que, segun las leyes, debe reunir el precio, considerado como requisito esencial de la compra venta, y son:

- 1.º Que sea cierto.
- 2.º Que sea verdadero.
- 3.º Que sea justo.

Que el precio sea cierto.

Se dice que el precio es cierto, cuando se hallá determinado por una cantidad que se designa, como por ejemplo: *Vendo tal cosa por mil pesos.*

Esta cualidad es tan necesaria, que sin ella no valdria la venta, como espresa la ley 9.ª, tit. v, Part. 5.ª, y ya antes lo habian declarado las leyes romanas, segun consta de los párrafos I y II, tit. xxiv, lib. III de las Instituciones de Justiniano, cuya doctrina admite el nuevo Código (1).

No se crea por ello que para que el precio sea *cierto* ha de ser conocido en el acto por los dos contrayentes, por-

(1) 1367.

que lo que es tal en realidad, aunque las partes lo ignoren, no por ello es causa para que se eximan de la obligación, según se lee en el §. VI, tit. xvi, lib. iii de las Instituciones.

Por lo mismo será *cierto* el precio además del caso expresado en la definición:

1.^o Cuando se señale con referencia á una cosa cierta; como si se dijere: *Vendo mi casa por lo que me costó, ó la vendo por tanta cantidad cuanta tengo en el arca*. Ley 10, tit. v, Part. 5.^a (1).

2.^o Cuando se deje su señalamiento al arbitrio de una persona determinada que no sea el contrayente. Ley 9.^a del mismo título (2).

3.^o Cuando siendo la venta de cosas fungibles, se dijere que se vendia al precio corriente que en tal día tuvieran en el mercado, ó por el que otros ofrecieren, ó por el que otros vendan los mismos objetos, lo cual es muy frecuente en el comercio (3).

En el primer caso ha de tenerse presente que, en tanto será *cierto* el precio en cuanto constare que se habia adquirido la casa por compra, pues entonces ya puede saberse lo que se quiere por ella. No sucederia lo mismo, si se hubiera adquirido por donacion ó por herencia, pues, no habiendo mediado precio para su adquisicion, no hay cantidad á que referirse, y por lo tanto, no valdria la *venta*, como dice la ley 10, tit. v, Part. 5.^a

Del mismo modo claudicaria ésta con respecto al segundo ejemplo propuesto, si no se encontrase dinero alguno en el arca del vendedor, como resuelve la misma ley.

En el segundo caso, será válida la *venta*, si la persona en que se han convenido los contrayentes para que señalara el precio, lo designase realmente, como espresa la ley 9.^a, tit. v, Part. 5.^a La razon es, porque si, señalado un precio con referencia á una cosa cierta, no obsta el que en el acto de designarse se ignore cuál sea para que valga la *venta* si despues quedó demostrada su realidad,

(1) Art. 1369.

(2) Arts. 1369 y 1371.

(3) Art. 1370.

con mayor razon debe ser válida cuando se dejara el precio al que designe una persona en quien los contrayentes han puesto su confianza, si realmente lo señalare.

Sin embargo, no deja de haber alguna diferencia entre este caso y el anterior, porque en el primero la cantidad en que resulte que fué comprada la casa, ó el dinero poco ó mucho que haya en el arca, este será el precio de la *venta*; pero, cuando se deja al arbitrio de una persona determinada, si éste lo señalara mucho mayor ó menor de lo que vale la cosa, entonces debe ser *enderezado*, como dice la citada ley 9.^a, ó habrá de regularse por hombres buenos, ó acudirse al juez con este objeto.

Si la persona designada muriese antes de señalar el precio ó no quisiera designarlo, no valdria la *venta*, como añade la misma ley.

Finalmente, se dice que esta persona no debe ser ninguno de los contrayentes; porque la validez y cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de ellos, que de aquí viene el decir la ley citada, que si el vendedor dijese: *Véndote esta casa por cuanto tú quisieres ó por cuanto yo quisiera, la vendida non valdria* (1).

El tercer caso es una consecuencia de lo admitido en los dos anteriores, porque si no es necesario para que el precio sea *cierto* el que éste se espresé en el mismo contrato, sino que basta que lo sea con referencia á otra cosa cierta, ó que se deje al arbitrio de una persona determinada (2); por la misma razon deben valer las *ventas* cuando se refieren las partes para su señalamiento á los modos que en él se designan, los cuales, además de estar admitidos en el comercio, se hallan aprobados en alguna manera por el Real decreto de 20 de Enero de 1834, en el hecho de haber abolido todas las restricciones que se oponian al libre tráfico, segun en el §. VI tenemos manifestado.

(1) Art. 979.

(2) Art. 1369.

Que el precio sea verdadero.

El segundo requisito del precio es que sea *verdadero*; entendiéndose por tal, *aquel que consista en una cantidad que no sea insignificante atendido el valor natural de la cosa*. Faltando esta cualidad, y estando en ello conformes los contrayentes ó por lo menos el vendedor, ó será una venta simulada ó una donacion.

La razon es, porque, si para la validez de este contrato es necesario que exista una cosa que por la utilidad que nos presta su adquisicion se supone de parte suya una estimacion, como no puede haber *venta* si no se entrega un precio por ella, y precio es *el valor equivalente que se da por lo que se adquiere*, es consiguiente que no ha de ser una cantidad cualquiera la que ha de entregarse, sino aquella por la que se indique que lo que se quiere es que se compense su valor.

Que el precio sea justo.

Finalmente, el tercer requisito del precio es que sea *justo*, esto es, *que sea proporcionado al valor de la cosa vendida, ó que entre ésta y lo que se da por ella haya una igualdad de valor*.

Los romanos, segun consta por la ley 2.^a, título XLIV, lib. IV del Código, solo consideraban como injusto el precio cuando fuera éste menor ó mayor de la mitad del natural ó verdadaro de la cosa, no existiendo entre ellos ninguna resolucion contra la firmeza de las ventas, si se hubieran hecho por un precio que no llegara al tipo que por la citada ley se señala.

De esta jurisprudencia se separaron nuestros antiguos legisladores, y de aquí el ordenar la ley 7.^a, título IV, libro V del Fuero Juzgo que, *si algun ome vendiere algunas casas, ó tierras, ó animalias, ú otras cosas, non deve por ende desfacer la vendicion porque diz que lo vendió por poco*.

Esta misma doctrina fué despues admitida por los Fueros Municipales, bastando en su confirmacion citar solo el juicio que formaron los Fueros de Aragon, cuando para graduar el precio de las cosas dicen: *Que éstas no valen mas que aquello en que se pueden vender.*

Sin embargo, la legislacion del Fuero Real y la de las Partidas admitieron la jurisprudencia romana, teniendo como *justo* el precio mientras no escediera ó fuere menor de la mitad del que naturalmente tenia, segun consta de la ley 5.^a, tit. x, lib. III del citado Fuero, y 56, tit. v, Partida 5.^a, cuya doctrina confirmaron despues las leyes recopiladas, limitando á cuatro años el tiempo para pedir la rescision de una *venta* ó de cualquiera de los demás contratos en que hubiere intervenido engaño en mas ó menos de la mitad del justo precio. Ley 2.^a, tit. I, lib. x, Novis. Recop.

Siendo esta legislacion la que actualmente rige, aunque en general se haya definido el *precio justo* aquel que es proporcionado al valor natural de la cosa vendida, juridicamente hablando deberá decirse, que es *aquel que no escede ni es inferior á la mitad del valor natural de la cosa*, no habiendo lugar á que se rescinda la venta por esta causa en los casos no esceptuados, sino cuando llegara el daño ó lesion á la referida cantidad, de lo cual se tratará en la leccion siguiente.

Manifestados los requisitos esenciales de la compra venta, como hay casos en que, no obstante de reunirse todos ellos, no por ello se entiende que está perfecto el contrato por estar pendiente del cumplimiento de alguna condicion puesta en el acto de su celebracion, el orden pide que veamos el modo como puede celebrarse la venta.

§. IX.

Modo como en general puede celebrarse la venta.

La venta puede celebrarse *puramente* y con *condicion*.

Se celebra *puramente*, cuando se da de contado una cosa cierta por un precio determinado, como dicen las leyes 9.^a y 10, tit. v, Part. 5.^a, y se celebra con *condicion*,

cuanado á ella se añade algun pacto ó circunstancia de cuyo cumplimiento pende la existencia de este contrato.

A esta última clase pertenecen:

1.º La venta hecha con el pacto de que haya de reducirse á escritura pública con derecho á arrepentirse hasta que ésta se otorgue.

2.º La de cosas fungibles bajo la condicion ó pacto de contarlas, pesarlas ó medirlas antes de su entrega.

3.º La hecha bajo el pacto de gustarse, ó á prueba ó con la reserva de ensayar el género contratado (1).

4.º La que se hiciere á condicion de no entregarse la cosa hasta un plazo determinado, ó hasta que esté en estado que pueda ser útil la entrega; ó que por parte del comprador pueda abonarse el precio á plazos ó pasados tantos años.

5.º La de que el vendedor haya de redimir antes de la entrega el gravámen á que esté afecta una finca, ó que por el contrario quede tenida ésta á una servidumbre en beneficio del vendedor ó de otro cualquiera, como espresa la ley 11, tit. xxxi, Part. 3.ª

En todos estos casos y cuantos otros puedan suponerse, pende la existencia del contrato de haberse cumplido la condicion, y por lo mismo no podrá producir efecto alguno mientras ésta no se cumpla, por mas que hayan concurrido los demás requisitos que hemos referido.

Estas ventas, que por razon de depender su existencia de un suceso incierto ó que todavia no se sabe si llegará á verificarse, se llaman *condicionales*, no deben confundirse con aquellas en que, no obstante de intervenir tambien un suceso incierto, quedan perfeccionadas desde el instante que se celebran, las cuales se conocen con el nombre de *aleatorias*.

La razon es, porque en las que se celebran con *condicion*, el suceso incierto influye y decide de la existencia ó no existencia de la obligacion; y en las *aleatorias* este suceso no influye en sí mismo en ella, sino que solo decide de

(1) Art. 1375.

parte de cuál de los dos contrayentes estarán los beneficios que se esperan.

En el tratado del derecho mercantil se hallan esplicadas sus especies mas principales, cuya doctrina deberá tenerse presente para poder resolver las cuestiones que puedan promoverse por derecho comun, relativamente á la venta de cosas inciertas.

Con estos antecedentes podremos juzgar con mas conocimiento cuándo se entiende que está perfecta la venta en el caso de haberse celebrado con *condicion*, y á quién pertenece el aumento ó menoscabo que tuvieren las cosas antes de que ésta se cumpla; asi como tambien podrá servir para el mismo objeto el exámen de las solemnidades especiales con que, además de los requisitos generales que hemos espresado, deben celebrarse algunas clases de ventas, lo cual se esplicará en el siguiente párrafo.

§. X.

Especies de ventas en que no bastan los requisitos generales, y solemnidades en cada una de ellas.

Además de los requisitos generales que han de concurrir en las ventas para su validez, no deben perderse de vista los que la ley exige en alguna de ellas en particular.

Sobre éstos no puede darse una regla general, sino que es preciso irlos examinando en cada una de las clases en que puedan dividirse, atendidos los bienes sobre que pueden recaer, las cuales son las siguientes:

- 1.º Ventas de efectos públicos.
- 2.º De bienes raices de los particulares.
- 3.º De bienes pertenecientes á los mismos, vendidos públicamente.
- 4.º De bienes de menores é incapacitados.
- 5.º De bienes de mayorazgo en cuanto á la parte que pueda enagenarse.

En cada una de estas ventas espresaremos en general, por lo menos, las leyes y reglamentos á que ha de consultarse para saber cuáles son sus solemnidades especiales.

Venta de efectos públicos.

Esta consiste en la enagenacion por este título de las cosas públicas que son susceptibles de propiedad privada, ora pertenezcan al Estado, á las provincias ó á los pueblos.

Para su venta deberán observarse en unas y otras lo que las leyes y reglamentos prescriban, segun se manifestó en el §. XI, leccion 3.^a

Así, por ejemplo, en las de *bienes eclesiásticos*, declarados desamortizados por la ley de 1.^o de Mayo de 1855, debian observarse las solemnidades prevenidas en la Instruccion de 31 del mismo mes; pero, habiéndose suspendido la ejecucion de esta ley por Real decreto de 14 de Octubre de 1856, por haber producido un rompimiento de relaciones con la Santa Sede, dejó de tener efecto lo que en dicha Instruccion se prevenia.

Anudadas estas relaciones, y habiéndose procedido al arreglo definitivo de la dotacion del culto y clero, segun los deseos del Gobierno, quedó éste sancionado por el convenio celebrado en 25 de Agosto de 1859, entre la Santa Sede y S. M. Católica; y en su consecuencia, no tardarán en determinarse los requisitos necesarios para la enagenacion en venta de los *bienes eclesiásticos*, que creemos serán los mismos que los contenidos en la ley de 1.^o de Mayo de 1855 y su Instruccion de 31 del mismo, por haber manifestado el Gobierno en el proyecto de ley presentado á las Córtes en la sesion de 18 de Junio de 1860, que la enagenacion de estos bienes haya de hacerse con arreglo á la ley de 1.^o de Mayo, así como la de los censos con arreglo á la de 11 de Marzo de 1859.

En cuanto á los demás bienes que espresó la citada ley de 1.^o de Mayo de 1855, como los de los *propios de los pueblos*, y los de *beneficencia é instruccion pública*, continúa observándose lo que en la citada Instruccion se previene, por haberlo así resuelto las Córtes al levantar

en 1838, en la parte relativa á esta clase de bienes, la suspensión de la referida ley.

Del mismo modo se observará lo que las leyes prescriban sobre la venta de aquellos bienes que se adjudicaren al Estado, como son: los procedentes de *naufragio* y los llamados *mostrencos*, vacantes y *ab intestato*.

Así, para saber con qué solemnidades han de enagenarse los bienes procedentes de naufragios, deberán consultarse los artículos 12 y 13 de la ley 10, tit. vii, lib. vi, Novis. Recop., y las Reales órdenes de 10 de Mayo de 1848 y 10 de Setiembre de 1850; pero sin olvidar lo que la ley de 9 de Mayo de 1835 tiene dispuesto con respecto á la dependencia á quien corresponde hoy dia, tanto la ocupacion de estos bienes, que es la *Direccion de Amortizacion*, como la jurisdiccion que ha de conocer en las causas que se promuevan, que es la de los *Jueces de primera instancia*, por haberse suprimido la *jurisdiccion especial de mostrencos* que entendia en estos negocios.

Para la venta de los otros bienes, llamados *mostrencos*, *vacantes* y *ab intestato*, cuya naturaleza y derechos sobre ellos se esplicaron en el §. V, leccion 1.^a, tratado II, se consultarán las leyes del titulo xxii, lib. x, Novis. Recop., salvo lo dispuesto en la ley de 9 de Mayo de 1835, relativamente á los puntos que, en cuanto á los bienes procedentes de *naufragio*, quedan espresados.

Venta de bienes raices de los particulares.

Esta debe hacerse con *escritura pública*, pues aunque la ley 6.^a, tit. v, Part. 5.^a, hablando en general de los modos de celebrarse la compra venta, solo la considera como necesaria cuando han convenido las partes en que intervenga este requisito, en la actualidad no depende ya esta circunstancia de la voluntad de los contrayentes, por hallarse dispuesto en la ley 14, tit. xii, lib. x, Novis. Recop., que *todas las ventas, trueques y enagenaciones que se hagan de bienes raices han de constar por escritura pública ante escribano de número de las ciudades ó pueblos en cuyo término estuvieren las heredades que se ven-*

dieren, ó en su defecto ante el escribano Real que mas cerca estuviere del lugar en que, si lo hubiera de número, debia autorizarla.

Esto, que ya no puede ponerse en duda, por estar expresamente mandado, sin embargo, no deja de ofrecerla con respecto á determinar, si es tan necesario este requisito que, mientras no se otorgue la escritura, no haya de quedar perfecto el contrato, y por lo tanto con libertad los contrayentes para poder ó no arrepentirse.

Nuestra opinion la tenemos consignada en el §. XI, leccion 3.^a, que podrá consultarse en las dudas que se ofrecieren, porque nos parece que no hay otro medio de conciliar los diferentes pareceres de los jurisconsultos en esta materia.

Solo añadiremos en este lugar que, estándó mandado en la actualidad que se hagan con escritura pública todas las ventas de bienes raices, no tiene aplicacion la ley de las Partidas citada, la cual hace depender esta circunstancia de solo la voluntad de los contrayentes; quedando subsistente únicamente su doctrina para el caso en que hubieren pactado éstos que no hubiera de valer este contrato, ó que pudieran arrepentirse mientras no se otorgara la escritura que por otra parte exigen las leyes, segun dijimos en el mencionado párrafo.

Por la legislacion antigua debia tomarse razon en la Contaduria de hipotecas en el término señalado por las leyes administrativas, de todas las escrituras de enagenacion de bienes inmuebles: mas la nueva ley hipotecaria no ha querido hacer necesaria la inscripcion respecto á las partes contratantes. Asi pues, ninguna de ellas podrá eludir el cumplimiento de la obligacion pretestando la falta de aquella formalidad, pues de lo contrario se debilitaria la buena fé, y se dejaria la puerta abierta á la malicia de los contrayentes; sin embargo, otra cosa sucede tratándose de terceras personas interesadas en el contrato; pues el tercero que tuviere á su favor una escritura de venta inscrita en el registro es preferido al primer comprador que no la inscribió, sin que le sirva á éste su prio-

ridad en el otorgamiento. (Exposicion de los motivos de la Ley).

Venta de bienes de los particulares hecha públicamente.

En las ventas de que hemos hablado en el aparte anterior, hemos considerado como necesario el requisito de la escritura pública, aunque para la perfeccion del contrato no se repute como tal sino en el caso que hemos espresado.

Mas como al designar este requisito nos hemos prescindido de la circunstancia de ser ó no pública la venta, será preciso que bajo este concepto se espresen además las solemnidades que en el caso de serlo deben observarse.

Estas las determinaron en su tiempo las leyes 32, 33 y 34, tit. xxvi, Part. 2.^a, espresando asimismo la utilidad que reporta este género de ventas; pero, como aunque en general pueda aplicarse la doctrina que ellas contienen, son otros actualmente los trámites especiales que se prescriben en la actual legislacion, haremos una breve indicacion de los que han de practicarse en los casos que se dé lugar á ella.

Para esto, sentaremos como antecedente, que la venta pública de bienes y alhajas que se hiciere al que ofrezca mas precio por ellos, se llama *subasta*, cuya palabra se ha tomado de la práctica usada entre los romanos de colocar los objetos que habian de venderse al pié de una lanza ó pica que fijaban como señal de la venta, en el paraje destinado para ella.

Esta especie de venta entre nosotros puede dividirse en *necesaria* y *voluntaria*.

La primera es la que se verifica á consecuencia de un juicio que á las veces es solo informativo, pero siempre previo el mandato del juez.

La segunda es la que promueven de por sí los particulares, ora individualmente en los casos que lo estiman conveniente, ora colectivamente cuando tienen muchos de-

recho á una misma cosa, ó no tiene ésta cómoda division, ó ninguno de los propietarios la quiere (1).

Esta última se divide en *judicial* y *extrajudicial*, segun que, para llevarse á efecto, se pida ó no la intervencion del juez.

Prescindiendo de las *subastas voluntarias extrajudiciales*, en las que no se necesitan otros requisitos que los comunes ú ordinarios de esta clase de ventas, como son: 1.º, el anuncio de la subasta: 2.º, el que se haga por corredor en el lugar acostumbrado, ora en una plaza ó lugar público cuando se refiriera á venta de *bienes raices*, ora en casas particulares cuando se haga almoneda de *bienes muebles* ó *alhajas*; y 3.º, la adjudicacion al mejor postor luego que se haya anunciado por el corredor que se va á librar al que dé mas por la cosa; en las que únicamente nos fijaremos es en las *subastas judiciales*, tanto *voluntarias* como *necesarias*.

Para las primeras, ó sean las *voluntarias judiciales*, se observarán los trámites prescritos en la ley de enjuiciamiento desde el art. 1375 al 1379.

Para las segundas, ó sean las *necesarias*, hay que atender á los que en cada uno de los casos en que procedan se dispone, los cuales son los siguientes:

1.º En los juicios *ab intestato* que el juez hubiera prevenido, aunque en general no puedan durante la sustanciacion del juicio venderse los bienes inventariados, sin embargo, en los casos en que puede decretar el juez su venta, segun el art. 397 de la ley de enjuiciamiento, se verificará ésta con las mismas solemnidades que las establecidas para los arrendamientos de estos bienes, en los articulos desde el 389 al 399 de dicha ley. Lo mismo se observará en el juicio necesario de *testamentaria*, segun el art. 503.

2.º En el juicio de concurso de acreedores se acomodará la venta pública que se hiciese de los bienes del deudor á lo establecido en los articulos desde el 554 al 563.

(1) Arts. 1455 y 1456.

3.º En la venta de los bienes embargados á consecuencia de un juicio ejecutivo, se guardarán las formalidades que prescriben los artículos desde el 979 al 991.

4.º En la que se hiciere de los que se embargaren para pago de alcances á favor de la Hacienda pública, se estará á lo dispuesto en la Real orden de 10 de Agosto de 1834, y en la de los géneros de contrabando, á lo contenido en el Real decreto de 3 de Mayo de 1830.

5.º En la venta de las cosas dadas en prenda ó hipoteca, se tendrá presente ante todo lo mandado en las leyes 41, 42, 43 y 44, tit. XIII, Part. 5.ª, y supuestos ya los requisitos que éstas exigen, se procederá á su enagenacion en los términos siguientes: si son prendas y la deuda es de corta cantidad, acudiendo al juez pidiendo que se proceda á su tasacion y venta con citacion del vendedor, y si la deuda fuere de grande cantidad ó si el empeño consistiera en una hipoteca, se pedirá directamente la ejecucion, procediendo en su caso á la venta en los términos prescritos en los artículos citados al núm. 3.º

Venta de los bienes de los menores é incapacitados.

Para la venta de esta clase de bienes, además de justificarse la necesidad ó utilidad de la enagenacion, deberán observarse las solemnidades prevenidas en los artículos desde el 1405 al 1410, las cuales quedaron esplicadas en el §. IV, leccion 11, seccion 5.ª, tratado 1.

Únicamente debemos advertir, que si el menor fuere una mujer casada y su marido fuere mayor de edad, habrá de comparecer con éste ante el juez pidiendo la autorizacion para proceder á la venta de los bienes inmuebles suyos, prévia la justificacion que se exige á los demás menores; y si el marido fuere tambien menor, como, no obstante de poder éste administrar los bienes suyos y de su mujer si ha llegado él á los diez y ocho años, no es persona hábil para estar en juicio, ni puede ser tampoco curador de nadie mientras no haya cumplido la edad de veinticinco años, no podrá ser éste quien asista con su mujer á solicitar la venta, sino que deberá en este caso nombrársele á la mujer casada un curador.

Una duda puede ofrecerse despues de publicada la ley de enjuiciamiento, y es que, pudiéndosele nombrar curador á la mujer casada si fuere menor, segun aparece de los términos generales con que se espresan los artículos 1231, 1233 y 1234, si deberá ser este curador ó el marido, siendo mayor, el que haya de gestionar para la venta de los bienes raices de su mujer menor; cuya duda pudiera resolverse diciendo que, si los bienes que han de venderse son de aquellos que le dejaron libremente las personas que le nombraron curador, debe ser éste el que gestione, obteniendo la mujer la licencia de su marido; pero si los bienes no procedieran de los que le nombraron, debe ser entonces su marido si fuere mayor.

A pesar de poderse conciliar esta duda en los espresados términos, confesamos que no deja de ofrecer este punto algunas dificultades por razon del modo tan general como se dispone en la ley 7.^a, tit. II, lib. X, Novis. Recop., *que el marido sea el administrador legal de los bienes suyos y de su mujer.*

Venta de los bienes de mayorazgo.

Suponiendo la facultad de poder disponer los poseedores de vínculos del todo ó parte de los bienes vinculados, en virtud del art. 3.^o de la ley de 27 de Setiembre de 1820, cuya materia se esplicó en la leccion 9.^a, tratado II, para su venta deberá tenerse presente:

1.^o El haber de hacerse formal tasacion y division de todos los bienes con rigurosa igualdad y con intervencion del inmediato sucesor, ó si éste es desconocido ó se halla bajo la pátria potestad del poseedor, con la del procurador síndico del pueblo donde resida el poseedor, ó finalmente, si está bajo de tutela ó curatela, con la anuencia del tutor ó curador. Art. 3.^o de la citada ley, y 2.^o del decreto de Cortes de 19 de Junio de 1821.

2.^o El poder enagenarse sin prévia tasacion los que equivalgan á la mitad ó menos de su valor, aunque con consentimiento del inmediato sucesor, haciéndose la designacion y tasacion de las fincas que el poseedor se proponga vender, para que á su tiempo pueda lo vendido

imputarse en la mitad que le pertenece como libre. Orden de 19 de Mayo de 1821.

3.º Cuando el inmediato sucesor y en su caso sus tutores ó el síndico se opusieren á lo consignado en el número anterior, podrá la autoridad local autorizar al poseedor para la venta de alguna ó algunas fincas, justificando éste que las que trata de enagenar no llegan á la mitad del valor de los bienes del vínculo; pero si se opusieron á la enagenacion íntegra de esta mitad, entonces tendrá que hacerse la tasacion general que prescribe la ley. Artículos 1.º y 3.º del decreto de Córtes de 19 de Junio de 1821.

4.º En el caso que se presume de que no haya sucesor legítimo, se acudirá al juez de primera instancia, el cual, previa la justificacion de esta circunstancia por medio de una sumaria, mandará que se fijen edictos por término de dos años de ocho en ocho meses, tanto en el pueblo del poseedor como en el lugar donde radiquen los bienes, insertándose además en la *Gaceta* y en los otros papeles públicos que estime conveniente, en los cuales se citará á los que se crean con derecho á suceder. Si pasado dicho tiempo no compareciera nadie, se declararán libres los referidos bienes, y con derecho el poseedor para disponer de ellos. Orden de 15 de Mayo de 1821.

5.º En los fideicomisos familiares, cuyas rentas se distribuyen entre los parientes del fundador, se hará la tasacion de todos sus bienes y se dividirán entre los actuales perceptores á proporcion de lo que perciban y con intervencion de todos ellos, pudiendo cada uno disponer de la mitad que le toque, reservando la otra mitad para el inmediato sucesor. Art. 4.º de la ley de 27 de Setiembre de 1820.

6.º Si los mayorazgos, fideicomisos ó patronatos fueren de libre eleccion, podrán sus poseedores disponer desde luego de todos los bienes; pero si la eleccion ha de recaer precisamente en personas de una misma familia ó comunidad, harán la tasacion y division con intervencion del procurador síndico, y reservando la mitad para el su-

cesor, dispondrán ellos de la otra mitad. Art. 5.º de la misma ley.

7.º Si sobre pertenencia de estos bienes habia pleitos pendientes al tiempo de la publicacion de esta ley, no tendrán efecto estas disposiciones mientras no se terminen; así como despues de hecha la division, no habiéndolos, no perjudica ésta á las demandas de incorporacion que se intentaren, por mas que hayan pasado los bienes como libres á otros dueños. Artículos 8.º y 9.º de la misma ley.

Como de no observarse los requisitos espresados, será nulo el contrato de enagenacion que se celebre, segun dispone el art. 3.º de esta ley, deberán los escribanos en la escritura de venta que se otorgue hacer mérito de lo concerniente á su respectivo caso, estractando del espediente que se hubiere instruido lo necesario, segun la causa que hubiere impulsado su formacion.

Esta variedad que se nota en cuanto á la forma con que debe celebrarse cierta clase de ventas, y el quedar á la voluntad de los contrayentes el poder designar las circunstancias ó condiciones que tengan por conveniente, haciendo depender de ellas la existencia de este contrato, ha dado lugar á que las leyes romanas, así como las de Partidas, declaran especialmente en las ventas, cuándo se entiende que están ellas perfectas, ó desde qué acto empieza la obligacion que producen, lo cual se hará ver en el siguiente párrafo.

§. XI.

Cuándo se entiende perfeccionada la venta, y necesidad de la entrega de la cosa y del precio para su cumplimiento.

Para determinar cuándo se halla perfecta la venta, ó cuándo empieza la obligacion que este contrato produce, hay que distinguir:

- 1.º Si la venta se ha celebrado *puramente*.
- 2.º Si lo ha sido con alguna *condicion*.
- 3.º Si se refiere á cosas para la cual exigen las leyes *ciertos requisitos*.

Cuándo se perfecciona la venta celebrada puramente.

Si la venta se ha celebrado *puramente*, y no recae sobre cosas en que deba observarse alguna forma especial prevenida por las leyes, se entiende que se perfecciona entre las partes y es obligatoria desde el instante que éstas han convenido en la cosa y en el precio, aunque ni aquella se haya entregado ni éste satisfecho como dice el nuevo Código (1), y espresó tambien la ley 6.^a, tit. v, Part. 3.^a, al declarar que *cuando el comprador ó el vendedor se avienen en el precio é consienten ambos en ello, ó cuando se pagan ó consiente cada uno en la cosa y el precio, entonces seria acabada la vendida que así fiziesen.*

La razon es, porque el contrato de compra venta es de aquellos que se califican como *consensuales*, y como éstos se perfeccionan por solo el consentimiento sin necesidad de que intervenga otro requisito, segun dijimos en el §. V, leccion 2.^a, resulta que, aun cuando no se haya entregado la cosa ni satisfecho el precio, el contrato quedará perfecto, y ambos á dos de los contrayentes sujetos á su cumplimiento.

Así lo dá á entender la ley 6.^a, tit. v, Part. 3.^a; añadiendo la 61 del mismo titulo que, despues de hecha la venta con placer del vendedor y del comprador, *non puede ser desfecha por premia é á miedo de uno de ellos; ni obligado el comprador á devolver la cosa por mas que el vendedor le diere doblado el precio; ni valgan las cartas Reales que alguno sacase para deshacerla.*

Siendo, pues, tan eficaz la obligacion que las citadas leyes imponen á los contrayentes despues de perfeccionada la venta, se deja ya conocer la ninguna necesidad de otro requisito, ni la de que el comprador haya de entregar *señal* alguno, ó de que hayan de intervenir *arras*, como decian los romanos, para que se considere ella perfecta (2). Sin embargo, como muchas veces suele mediar

(1) Art. 1372.

(2) Art. 1376.

esta seguridad, será preciso que veamos sus efectos.

Para ello debemos distinguir los dos casos en que, según la ley 7.^a, tit. v, Part. 5.^a, suelen ofrecerse, á saber: 1.^o, antes de perfeccionado el contrato, ó cuando no hay mas que un simple trato de comprar y vender; y 2.^o, después de ya perfeccionado, ó en señal de estar perfecto, como esplica Gregorio Lopez en la glosa 3.^a á esta ley.

En el primer caso, como todavia no está perfecto el contrato, puede uno de los contrayentes arrepentirse aun contradiciéndolo el otro, con la circunstancia de que si se arrepiente el que dió las *arras* las haya de perder, y si el que las recibió las restituya duplicadas. Si el desistimiento fuere con acuerdo de ambos se devolverán al que las entregó.

En el segundo caso, como ya se ha perfeccionado el contrato, no podrá separarse el uno contra la voluntad del otro, de modo que si se hubieran ofrecido *arras*, no servirán entonces de garantía para llevar á efecto el contrato, sino solo para *señal* de estar ya celebrado, ó para darle mayor firmeza y de que sirvan por parte de precio si consiste en dinero. No obstante, si en este estado se disolviera el contrato por voluntad de ambos contrayentes, se devolverán al que las hubiera dado, á no ser que para asentir á ello el que las recibió, se pactara que las había de perder el que las hubo entregado.

Lo dicho en cuanto á la perfeccion de la venta por solo el consentimiento, ha de entenderse en el caso en que la cosa sobre que recayó no es de aquellas que se *cuentan, miden ó pesan*; porque si lo fuere, no quedará ella perfecta hasta que se proceda á esta operacion, á menos que se hubieren vendido en junto ó *á ojo*, como vulgarmente se dice, que entonces basta para su perfeccion el consentimiento.

La razon es, porque cuando se venden tales cosas no siendo en junto, siempre se sobreentiende la condicion de haberse de *contar, medir ó pesar*; y la venta con *condicion* no se considera absolutamente perfecta hasta que se realice ésta.

Cuándo se perfecciona la venta con condicion.

Si la venta se hubiere hecho con *condicion*, de la cual presentamos al final del §. IX varios casos que pueden ofrecerse, en tanto se tendrá como perfecta *en todas sus partes*, en cuanto se haya verificado la condicion.

Hemos dicho *en todas sus partes*, para que no haya lugar á suponer que, no estando perfecta en este sentido, sea lícito á los contrayentes el arrepentirse ó separarse de ella mientras no se cumpla la condicion; sino lo que se quiere decir es, que ni el vendedor está tenido á entregar la cosa ni el comprador el precio, hasta que se verifique el acontecimiento incierto.

Esceptuando esta circunstancia, en lo demás tiene su efecto propio, el cual depende enteramente del consentimiento que se dió en el acto de su celebracion, que por esto, falleciendo alguno de los contrayentes, pasan los derechos y obligaciones de cada uno á sus herederos, como dispone la ley 26, tit. v, Part. 5.^a (1), los cuales, del mismo modo que sus principales, podrán reclamarlos y cumplir lo que por su parte deben, despues que se haya realizado la condicion.

En el §. IV, leccion 5.^a, se desenvuelven mas estas doctrinas, y á él deberá acudirse para resolver las cuestiones que se ofrecieren sobre el efecto de las ventas celebradas condicionalmente.

Cuándo se perfeccionan las ventas en las que exigen las leyes ciertos requisitos.

Si las ventas son de aquella clase para las cuales exige la ley bajo pena de nulidad una forma especial, deberá cumplirse con ella; no estando perfectas mientras ésta no se cumpliera.

(1) Art. 1038.

Considérese sino la que recayere sobre efectos públicos, y se verá que, en tanto existe, en cuanto se han llenado los requisitos que indicamos para cada una de ellas en el §. X.

Lo mismo ha de decirse de la de los bienes de los menores é incapacitados; y otro tanto sucede con respecto á la que se refiere á los bienes de mayorazgo, atendido el art. 3.º de la ley de 27 de Setiembre de 1820, que declara nulo el contrato de enagenacion si no se observaron los requisitos que en ella se espresan.

De todo lo dicho se infiere que, si basta la forma general del contrato de compra venta para que quede constituida la obligacion en todas sus partes, cuando la venta se hubiere celebrado puramente y no exigieren las leyes otro requisito, no sucederá lo mismo cuando la venta fuere condicional, ó tuviere una forma especial determinada por las leyes.

Sin embargo de la diferencia que se nota en cuanto al acto por el que se *perfecciona* la venta, atendidas sus diversas especies, para su complemento ó *consumacion* necesitan todas ellas de la entrega de la cosa y del precio, á no ser en cuanto á éste que se haya vendido al fiado ó á plazos. Ley 46, tit. xxviii, Part. 3.ª (1).

Por esto antes del acto por el que se consuma la venta, solo existe un derecho *ad rem* que de parte del comprador se refiere á que el vendedor le entregue la cosa, y de parte de éste á que el comprador le dé el precio si no se ha señalado un plazo para el pago ó la venta no ha sido al fiado: pero despues de haber cumplido cada contrayente por su parte con esta obligacion, ó de haberse consumado, se adquiere un derecho *in re* por el comprador, quedando desde entonces dueño de la cosa si lo era el vendedor, ó con derecho á prescribirla si la compró de buena fé del que no era su dueño y continúa en esta creencia.

Mas como, aun antes de pasar la cosa al poder del comprador estando ya perfeccionada la venta, pudiera esperimentar algunos daños ó recibir algunas mejoras, se hace

(1) Art. 1389.

preciso saber de cuenta de quién es el menoscabo ó aumento que tuviere, lo cual se esplicará en el párrafo siguiente.

§. XII.

A quién pertenece el menoscabo ó aumento de la cosa antes de su entrega.

Aunque, siguiendo la regla general del derecho, de que la cosa perece para su dueño, debíamos desde luego decir que el daño y provecho de la cosa continuaba de cuenta del vendedor aun despues de perfeccionada la venta, porque hasta su entrega no pasa al dominio del comprador, segun se halla admitido en nuestra legislacion actual; sin embargo, atendiendo á que el vendedor, perfeccionado el contrato, se constituye deudor de la cosa para el comprador, quien puede compelerle en juicio á que se la entregue, y el deudor de cosa cierta y determinada queda libre de su obligacion si aquella perece sin culpa ni mora por su parte, infirieron los jurisconsultos romanos, que el peligro ó daño de la cosa vendida y no entregada, debia ser de cuenta del comprador desde que el contrato quedó perfecto por el consentimiento en la cosa y el precio.

Sentado ya este antecedente, como es una cosa puesta en razon que aquel que sufra las incomodidades perciba tambien el provecho, infirieron igualmente que ya que al comprador pertenecia el peligro de la cosa, fueran asimismo de él sus utilidades; quedando desde entonces constituida como una máxima entre ellos, que el daño y aumento de la cosa despues de perfeccionada la venta, fueren del comprador.

Así lo sancionó Justiniano, segun consta del párrafo III, tit. xxiv, lib. iii de las Instituciones, y en cuanto á nosotros de la ley 23, tit. v, Part. 5.^a, y así está tambien admitido en el nuevo Código (1), aunque con mas consecuencia que la que aparece en las leyes romanas y en las

(1) 1374.

de las Partidas; porque en él, para salvar el principio de que las cosas perecen para su dueño, se establece, como no puede menos, que el dominio de la cosa pase al comprador desde que está perfeccionada la venta y aun antes de su entrega (1), en razon de que desde entonces es un acreedor de la cosa; y no lo seria, sin tener ya un derecho en ella.

Mas, como á pesar de convenir todas estas legislaciones en que el peligro y aumento de la cosa sea del comprador, tiene esta doctrina algunas limitaciones que son como excepciones de la regla general; para comprenderlas las reduciremos á los casos siguientes:

1.º Si la cosa pereció por dolo ó culpa del vendedor, como espresa la ley 23, tit. v, Part. 5.ª; por ser muy conforme á razon, segun se manifestó en el §. IV de la leccion 4.ª, que los daños producidos por estas causas los preste el que los hiciere. La culpa debe ser la lata y la leve, porque en el contrato de compra venta la utilidad es de los dos contrayentes.

2.º Si el vendedor tomó á su cargo los daños que resultaren en la cosa hasta su entrega; porque entonces está obligado á ello en virtud del pacto celebrado. Ley 39, tit. v, Part. 3.ª

3.º Si la venta fué de una de dos cosas alternativamente; porque segun la doctrina esplicada en el §. VI, leccion 5.ª, pereciendo una de ellas se debe la otra, de modo que solo pereciendo las dos es como se libraria el vendedor de la obligacion (2).

4.º Si pereciese la cosa á consecuencia de algun vicio antiguo, como con el ejemplo de una esclava muerta despues de la venta lo demuestra la ley 6.ª, tit. XLVIII, lib. iv del Código.

5.º Cuando el vendedor dijera que la cosa que vendia podia conservarse por mucho tiempo, y no resultó asi; ó si sabia que tenia algun vicio oculto lo callase, como refiriéndose á la especie de vino vendido lo comprueba la ley 39, tit. v, Part. 5.ª

(1) Art. 981.

(2) Arts. 1054 y 1055.

6.º Si se hubiere constituido en mora el vendedor en entregar la cosa (1), aun despues de ofrecido el precio por el comprador, á no ser que no habiendo sufrido ningun menoscabo despues de su tardanza, quisiera entregarla, y no queriéndola recibir el comprador se perdiese ó desmejorase. Ley 27, tit. v, Part. 5.^a

7.º Si el daño acaeciére en las cosas que acostumbran los hombres á gustar antes de comprarlas, y concertada la venta por peso ó medida, pereciesen ó se empeorasen antes de gustarlas, ó de ser medidas ó pesadas. Ley 24, tit. v, Part. 5.^a

8.º Si la venta fuese hecha con condicion, y antes de cumplida ésta pereciere del todo la cosa. Ley 26, tit. v, Part. 5.^a

Fuera de estos casos de escepcion, es de cuenta del comprador el peligro y aumento de la cosa, y así lo seria:

1.º Con respecto al daño que sufiere ésta sin culpa ni mora en el vendedor, y aun tambien si despues de pasado el tiempo no la quisiera recibir queriéndosela entregar éste, hallándose en buen estado; así como son de él las mejoras que hasta su entrega hubieran recibido por obra de la naturaleza ó del tiempo. Leyes 23 y 27, tit. v, Partida 5.^a

2.º En las ventas condicionales si el daño fuese parcial; pero no cuando hubiere perecido del todo la cosa. Ley 26, id.

3.º En la de cosas fungibles, si se hizo alzadamente la venta y por un solo precio sin consideracion al peso, número ó medida, ó *ayuntadamente* que dice la ley 25, idem (2).

4.º En la de estas mismas cosas, aunque se hubiera hecho la venta con dicha consideracion, si sucedió el daño despues de pesadas, medidas y contadas; y aun tambien cuando pereciesen antes de contarse, pesarse ó medirse, si habiendo señalado dia para este objeto no compareciese el comprador: ó aun sin haberse señalado, si requerido por el vendedor delante de testigos no asistiese el dia que

(1) Arts. 1006 y 1160.

(2) Art. 1374.

se designó, segun dispone la citada ley 25; añadiendo ésta, que pueda en tal caso el vendedor en pena de su morosidad, vender la cosa á otro recobrando el menoscabo que tuviere en esta venta, ó alquilar á costa del mismo otras vasijas si necesitara de las en que está el género vendido, y no hallándolas verterlo, si no comparciese al dia siguiente del que se le avisó, ó del que se habian convenido en el contrato, pesándolo ó midiéndolo previamente.

Finalmente, debemos advertir que, aun cuando en la venta de cosas fungibles al número, peso ó medida, sean de cuenta del vendedor los daños que sufrieren antes de contarse, pesarse ó medirse, sin embargo, si conservándose la cosa, sucediera que el precio de los de aquella clase abaratase ó se encareciese, la mejoría ó menoscabo que habria por esta razon, seria del comprador tan solamente, como concluye la misma ley.

Si los frutos que produce la cosa despues de perfeccionada la venta son del comprador ó del vendedor, es una cuestion que se agita entre los jurisconsultos.

A nosotros nos parece que son del comprador, aun cuando no hubiere pagado el precio, porque tambien son de él los daños, segun hemos observado. No obstante, convendria para evitar dudas, que se espresara en la escritura de venta; así como tambien á quién habian de pertenecer los frutos pendientes al tiempo de su celebracion, los cuales, si nada se hubiere pactado, entendemos que son del comprador, segun dejamos sentado en el §. VIII, leccion 2.^a, citando la ley 13, §. X, tit. 1, lib. xix del Digesto.

Mayores dificultades se presentan para resolver esta cuestion, si la venta fué á *carta de gracia* ó con el pacto de *retroventa*, con respecto á los frutos pendientes al tiempo de la redencion; queriendo unos que sean del que rescata la cosa, pagando los gastos al comprador, y otros que se deben proratear entre los dos, deducidos aquellos, cuya cuestion, si hubiéramos de resolver, estaríamos por los primeros, siguiendo la doctrina que se establece con respecto á este mismo caso cuando se restituyen las cosas que se tenian en usufructo; así como tratándose si debe

ser del vendedor ó del comprador el aumento ó disminucion que hubiere tenido la cosa por aluvion ó fuerza del rio, durante el tiempo que estuvo en poder del comprador, creemos que debe ser del vendedor.

Con lo dicho podremos comprender cuál sea la naturaleza del contrato de *compra venta*.

El órden pide que veamos qué prestaciones se deben mutuamente los contrayentes, ó cuáles son sus obligaciones, de las cuales trataremos en la leccion siguiente.

LECCION NONA.

De las obligaciones que nacen del contrato de compra venta.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Obligaciones en general que nacen de la compra venta.—§. III. Derechos del comprador.—§. IV. Doctrina de las leyes sobre la obligacion del vendedor para entregar la cosa.—§. V. Qué es eviccion y saneamiento, y si solo tiene lugar esta obligacion en la venta.—§. VI. Casos en que no la presta el vendedor, y sus efectos cuando ésta proceda.—§. VII. Explicacion de las obligaciones del comprador.—§. VIII. Disposiciones sobre las que son comunes, tanto á éste como al vendedor.

§. I.

Razon del método.

Perfeccionada ya la compra venta desde el instante en que se han llenado los requisitos, tanto los generales de este contrato, cuales son el *consentimiento* en la *cosa* y en el *precio*, como los que las leyes exigen especialmente en cierta clase de ventas, segun hemos observado en la leccion anterior; como el objeto de esta convencion sea el adquirir la propiedad de una cosa dando por ella su equivalente en dinero, era consiguiente la creacion de ciertas obligaciones por parte de cada uno de los contrayentes, para lograr el fin que ambos se propusieron en su celebracion.

Estas obligaciones principalmente se dirigen á entregar una de las partes la *cosa* y la otra su *precio* ó su valor: pero como de poco serviria á las veces la entrega de la cosa si por razon de algun vicio que ella tuviera dejara de conseguirse la utilidad que espera el comprador de su adquisicion, ó si despues de haber satisfecho por ella su valor no obtuviera una seguridad en la misma; las leyes sábiamente han establecido que, además de la entrega de la cosa, estuviera obligado el vendedor á garantirla ó á responder de ella, de modo que, no haciéndolo ó no indemnizando al comprador, hubiera de rescindir-se el contrato, devolviéndole el precio que entregó.

Por otra parte, aun limitándonos á la obligacion de entregar la cosa, seria incompleta esta obligacion, si al mismo tiempo no se hubiera impuesto la de haber de custodiarla y conservarla hasta que ésta se verifique; y como no solo el vendedor es el obligado á hacerlo, sino que lo es á las veces tambien el comprador cuando, despues de haber ocupado la cosa tuviera que devolverla al vendedor en caso de rescindir-se el contrato, resulta en uno y otro la obligacion consiguiente, de haber de prestar aquellos cuidados necesarios para su conservacion.

Todas estas consideraciones reunidas forman un cúmulo de obligaciones á que se sujetan el vendedor y comprador á consecuencia del contrato ya celebrado: y por lo mismo, despues de saber las partes que le constituyen, el órden pide que tratemos de las obligaciones que produce, lo cual será el objeto de la presente leccion.

§. II.

Obligaciones en general que nacen de la compra venta.

A tres clases podemos reducir las obligaciones que nacen de la compra venta, á saber: unas que se refieren al vendedor: otras al comprador, y otras que son comunes á los dos.

Se refieren al vendedor las siguientes:

- 1.^a Manifestar los vicios ocultos de la cosa que vende. Leyes 63, 64 y 65, tit. v, Part. 5.^a
- 2.^a Entregarla con todos sus adherentes. Leyes 28, 29, 30 y 31, tit. v, Part. 5.^a
- 3.^a Estar tenido á la eviccion y saneamiento. Leyes 32, 33, 34, 35 y 36 del mismo título.
- 4.^a Pagar el derecho de luismo si la finca fuere enfitéutica, segun queda explicado en el §. V, leccion 7.^a, seccion 1.^a, tratado II.

Las que se refieren al comprador son:

- 1.^a Entregar el precio. Ley 46, tit. xxviii, Partida 3.^a
- 2.^a Abonar los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa hasta el acto que se le entregó. Ley 38, tit. v, Partida 5.^a al final, y además los de escritura etc.
- 3.^a Pagar el derecho de hipoteca si la finca fuere raiz. Art. 1.^o del Real decreto de 11 de Junio de 1847.

Son comunes al vendedor y comprador:

- 1.^a Haber de perder las arras, si se apartaron del contrato cuando todavía estaba principiado. Ley 7.^a, tit. v, Part. 3.^a
- 2.^a No poder despues de perfeccionada la venta, separarse de la obligacion respectiva, contra la voluntad del otro. Ley 6.^a del mismo título.
- 3.^a Haber de cumplir los pactos y condiciones que se impusieron. Ley 38, id.
- 4.^a Prestar la culpa leve, por ser un contrato útil á los dos contrayentes.

Tales son las obligaciones en general que produce la compra venta.

Sobre éstas pudieran ofrecerse algunas cuestiones, y á fin de que conste con claridad lo que cada una comprende, presentaremos con separacion lo que las leyes tienen establecido con respecto á las mismas, empezando por las que se refieren al vendedor.

De ellas es la primera la obligacion de manifestar los vicios ocultos de la cosa, produciéndose á favor del com-

prador ciertos derechos si faltare á su cumplimiento, que explicaremos en el párrafo siguiente.

§. III.

Derechos del comprador en caso de no manifestar el vendedor los vicios ocultos de la cosa.

Supuesta la obligacion en el vendedor de haber de manifestar los vicios ó defectos ocultos de la cosa que vende, su silencio producirá á favor del comprador los derechos siguientes:

1.^o Hacer que se rescinda el contrato utilizando para ello la *accion* que los romanos llamaron *redhibitoria*; ó pedir que el vendedor le devuelva el menos valor que la cosa vendida tiene por el defecto ó vicio que ocultó, valiéndose de la *accion* conocida entre ellos con los nombres de *estimatoria* ó *cuanti minoris*. Ley 65, tit. v, Part. 5.^a

Algunos pretenden que este derecho de elegir una de las dos referidas *acciones*, solo tiene lugar en caso de *venta de animales*, porque hablando la ley 63 de la *venta de bienes raices*, únicamente se menciona en ella *que pueda desfacerse la vendida*, que es á lo que se refiere la *accion redhibitoria*; pero Gregorio Lopez en la glosa 4.^a lo estiende tambien á la *accion cuanti minoris*, citando en corroboracion de su doctrina la ley 61, tit. 1, lib. XXI del Digesto (1).

2.^o Exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le hubieren ocasionado por no haberse manifestado el vicio ó defecto de la cosa, aunque algunos creen que solo tiene lugar este derecho en la venta de las cosas raices si el vendedor tenia noticia de la carga, como espresa la ley 63, tit. v, Part. 5.^a al final, negándolo absolutamente en la venta de los animales, porque la ley 63, id., únicamente le impone en este caso la obligacion de devolver el precio, y esto si lo supiese el vendedor y lo ocultase.

(1) Arts. 1405 y 1408.

Prescindiendo de esta observacion, para que pueda hacer uso de estos derechos el comprador, se hace preciso que concurran las circunstancias siguientes:

- 1.^a Que el vicio no esté manifiesto.
- 2.^a Que no se haya obligado el comprador á tomar la cosa aun con los defectos que tuviere.
- 3.^a Que no haya trascurrido el tiempo que señalan las leyes para proponer dichas acciones.

Que el vicio no esté manifiesto.

Se dice que no está manifiesto el vicio, cuando no aparece señal alguno de su existencia, como si fuera una cosa raiz la que se vende, el tener alguna servidumbre de las llamadas *negativas*, ó criar malas yerbas para los pastos, ó estar gravada con algun censo; y si fuere animal, el tener algun vicio ó enfermedad oculta que impida su uso y aprovechamiento, ó por el que tenga menos valor; pues entonces viene obligado el vendedor á manifestarlo, como acerca del gravámen de la servidumbre y de que criaba malas yerbas lo espresó la ley 63, tit. v, Part. 5.^a, con respecto á los censos la ley 2.^a, tit. xv, lib. x, Novis. Recop.; y relativamente á los vicios ó enfermedades de los animales, la ley 65 del título y Partida citada.

De no hacerlo así, puede optar el comprador, segun hemos observado, ó por la rescision de la venta con los daños que le hubieren sobrevenido, ó porque se le devuelva tanta parte del precio cuanta valiese menos la casa por los vicios no manifestados. Leyes 63 y 65 de Partidas citadas.

Se exceptúan sin embargo los casos siguientes:

1.^o Si, siendo una cosa raiz, consistiera el gravámen en una *servidumbre legal*, porque debiendo el comprador saber el derecho, no parece que incurre en falta el vendedor no manifestándolo.

2.^o Si los defectos no son tales que hagan la cosa impropia para su uso, ó fueran solo muy leves, como espresa la ley 1.^a, §. VIII, tit. i, lib. xxi del Digesto. Cuándo se han de considerar de esta clase, dependerá de la declara-

cion de peritos, ó del uso de la tierra, por no estar determinado este punto en nuestra legislacion, como se halla ya espreso en el nuevo Código (1).

5.º Si los defectos estuvieren á la vista, como en una bestia, por ejemplo, la ceguedad, ú otros semejantes de que hace mencion la ley citada del Digesto; ó tambien si, aun no estándolo, fuere el comprador un perito ó artifice, y se tratara de cosas que por razon á su profesion debia conocerlos, como puede inferirse de la ley 4.ª, tit. 1, lib. x, Novisima Recopilacion (2).

4.º Si la venta fué hecha judicialmente, como espresa el §. III de la ley 1.ª citada del Digesto (3).

Algunos son de parecer que, si el vendedor no manifestó las cargas ó defectos por ignorarlos, no responde de los daños causados al comprador, fundándose en que las leyes 63 y 65, tit. v, Part. 5.ª, hablando de esta responsabilidad, espresan las dos la circunstancia de haberlos de saber el vendedor; pero á nosotros nos parece, que por lo menos no puede admitirse tan generalmente esta doctrina que escuse aun á aquellos vendedores que por razon de su arte ú oficio deben saberlos, pues, como dice la regla 132 del derecho en el Digesto, *Imperitia culpæ adnumeratur*; ó que el no saber lo que por su profesion debe saberse, se tiene por culpa.

De cualquier modo que sea, nos adherimos al parecer de Gregorio Lopez y otros intérpretes que en sus comentarios á la ley 65, tit. v, Part. 5.ª, sostienen que al comprador le competen las dos acciones arriba dichas, aunque el vendedor no hubiese manifestado los defectos por ignorarlos; y asi lo declaró tambien la ley 1.ª, §. II, tit. 1, lib. xxi del Digesto (4).

(1) Arts. desde 1416 al 1428.

(2) Art. 1406.

(3) Art. 1411.

(4) Art. 1407.

Que no se haya obligado el comprador á tomar la cosa aun con los defectos que tuviere.

Tambien cesará la responsabilidad del vendedor por razon de esta circunstancia en los dos casos siguientes:

1.º Cuando al tiempo de vender la cosa manifestara al comprador los vicios y defectos que tuviere, y sabedor éste de ellos consintiese en la compra dando por ello su precio. Ley 66, tit. v, Part. 5.ª

2.º Cuando la venta fué hecha en términos que por vicios ó defectos que tuviese la cosa no la pudiera desechar el comprador, como continúa la ley citada; á no ser que el vendedor dijese generalmente que tenia tachas la bestia y las encubriese callando las que habia, ó diciéndolas envueltas con otras engañosamente, de manera que el comprador no pudiese enterarse, que entonces estaria obligado el vendedor á las dos espresadas acciones, segun aña-
de la misma ley.

Que no haya trascurrido el tiempo para proponerse estas acciones.

El tiempo para entablar estas acciones es el de seis meses para la *accion redhibitoria*, y hasta cumplir un año para la *accion quanti minoris*.

Trascurridos estos tiempos, pierde el comprador la facultad para utilizar dichas acciones, si bien algunos sostienen que esto ha de entenderse únicamente cuando la venta hubiera sido de *bienes muebles ó semovientes*, que son de los que trata la ley 65, tit. v, Part. 5.ª, que los designa; pero no cuando la venta fuere de *cosas raices*, en las que, no habiendo espresado la ley 63 del mismo titulo otra circunstancia que *la de poder el comprador desfacer la vendida* cuando no se manifestaron sus defectos, entienden que dura esta accion en tal caso todo el tiempo que hay designado para las acciones personales, reduciéndolo otros á solo cuatro años, que es el que suponen seña-

lado para pedir la rescision; segun observamos en los párrafos VI y VIII, leccion 6.^a, seccion 3.^a

A nosotros, sin embargo, nos parece que, tanto que sean bienes muebles como raices, han de intentarse en los tiempos prefijados, porque admitiéndose estas acciones en unos y otros, como arriba hemos manifestado siguiendo á Gregorio Lopez, es consiguiente que, si se utilizan como tales, se guarden los tiempos que para cada una hay designado.

Como quiera que sea, estos plazos empiezan á contarse desde el dia en que se hizo la venta, como dice la ley 65, tit. v, Part. 3.^a, lo cual ha de entenderse, segun Gregorio Lopez en su glosa 11 á la misma, en el caso de que en el mismo dia tuviere noticia de los vicios el comprador, como se colige de las palabras de dicha ley, que dice: *Luego que el comprador entendiere la enfermedad*, etc.; pareciéndonos mas ajustada la doctrina del nuevo Código (1), en el que, despues de señalarse seis meses para las dos acciones en los casos comunes, se añade que deben contarse *desde la entrega de la cosa*, porque desde entonces puede ya el comprador conocer sus vicios, y una vez conocidos aprovecharse de las acciones que le concede la ley.

No habiendo, pues, trascurrido los *seis meses* en los términos manifestados, podrá utilizar el comprador, ó la *accion redhibitoria* ó la *cuanti minoris*, advirtiéndole que, haciendo uso de una de ellas, no puede recurrir á la otra, como dispuso la ley 25, tit. II, lib. XLIV del Digesto: pero, pasados éstos sin haber hecho uso de ninguna, solo podrá intentar dentro de los *seis meses siguientes* la *accion cuanti minoris*, entendiéndose en el caso de ser varios los objetos comprados y tener únicamente algunos de ellos tales defectos, solo con respecto á los que los padezcan, háyanse ó no comprado todos por un precio, á no ser que no se hubieran tomado los unos sin los otros (2). Leyes 34, 36 y 38, tit. I, lib. XXI del Digesto.

(1) Art. 1412.

(2) Art. 1413.

Tales son los derechos que competen al comprador á consecuencia de haber faltado el vendedor á la obligacion de manifestar los vicios ocultos de la cosa.

Para hacer uso de ellos el comprador no es necesario que todavía conserve en su poder la cosa, pudiéndolo verificar, no solo cuando ha perecido por efecto de los vicios que tenia, sino tambien cuando hubiere perecido por caso fortuito y aun por culpa suya; con la diferencia, que si pereció por la primera causa, la pérdida la sufrirá el vendedor, quien deberá restituir el precio y además los intereses, como dice la ley 13, tit. 1, lib. xix del Digesto; pero, si lo fué por la segunda, aunque conserva tambien el comprador las mismas acciones, porque de lo contrario vendria á enriquecerse el vendedor que siempre debe responder de los vicios de la cosa, sin embargo, estará tenido el comprador á abonar del precio que le ha de devolver el vendedor, el importe de la pérdida ó del deterioro (1). Leyes 25 y 31, tit. 1, lib. xxi del Digesto.

§. IV.

Doctrina de las leyes sobre la obligacion del vendedor de entregar la cosa.

Probado ya que el vendedor debe manifestar los vicios ocultos de la cosa que trata de enagenar, es obligacion suya el haberla de entregar al comprador; de otro modo, faltaria el principal objeto del contrato de *compra, venta*, que es el adquirirse por él la cosa que se desea, satisfaciéndose el precio en que se han convenido los contrayentes.

Para saber, pues, cómo ha de cumplir con esta obligacion el vendedor, se hace preciso examinar lo puntos siguientes:

- 1.º El modo como ha de hacerse la entrega.
- 2.º Qué cosas comprende.

(1) Arts. 1409 y 1410.

3.º A quién pertenece cuando se vendiere á muchos una misma cosa en distintos tiempos.

4.º Cuándo no viene obligado el vendedor á hacerla.

Modo como ha de hacerse la entrega.

La entrega ha de hacerse, poniendo la cosa en poder y posesion del comprador, segun lo permitiere su naturaleza, lo cual podrá determinarse fácilmente, dividiendo en tres clases los bienes á que se refiere la venta generalmente, cuales son:

1.º De bienes inmuebles:

2.º De cosas incorpóreas ó derechos:

3.º De bienes muebles.

Los modos como puede verificarse la de los *bienes inmuebles* son los siguientes.

1.º Por la entrega de la escritura que se hubiera otorgado, y juntamente de los títulos de su pertenencia, para asegurarse el comprador en la posesion y dominio de lo que adquiere. Además, debe presentar el vendedor un testimonio librado por el escribano del partido en que radiquen las fincas vendidas, en el que se hagan constar las cargas ó gravámenes á que estuvieren afectas, ó que no están sujetas á ninguno, refiriéndose por lo menos á los treinta años anteriores á la última venta.

2.º Por la entrega de las llaves, si fuere una casa lo que se vende.

3.º Por la toma de posesion con las solemnidades que demuestren el dominio que adquiere el comprador, tanto si fueren casas como tierras lo que se vendiere (1).

Con respecto á las *cosas incorpóreas*, como en éstas no cabe propia y verdaderamente entrega ó posesion, segun se lee en la ley 1.ª, tit. xxx, Part. 3.ª, sino solo *cuasi entrega*, ó *cuasi posesion*, se podrá hacer:

1.º Por la entrega de la escritura de cesion ó enagenacion.

(1) Arts. 1384 y 1385.

2.º Por poner en poder del comprador los títulos de pertenencia ó que acreditan este derecho en el vendedor.

3.º Por el uso que haga el dueño de un predio sobre otro que no le pertenece, consintiéndolo el que tuviere en él la propiedad, y habiendo trascurrido el tiempo legal para adquirirse, como se observa en las *servidumbres afirmativas* (1).

Finalmente, en cuanto á los *bienes muebles* se hará:

1.º Por el hecho material de ponerlas en poder del comprador.

2.º Por la entrega de las llaves del lugar ó sitio donde se hallen guardados.

3.º Por el solo consentimiento de las partes, en caso en que la cosa vendida no pueda trasladarse en el momento de la venta, ó en el que la tuviere ya en su poder el comprador por algun otro motivo, como de *depósito*, *prenda*, *mútuo*, *comodato* ó *arrendamiento* (2).

De todos estos modos tratamos nosotros en los párrafos III, lección 4.ª, y IX, lección 10, tratado 2.º, citando las leyes de Partidas que los autorizan y explicando los términos usados en la escuela, para que á la simple vista se comprenda cómo puede verificarse la entrega en los casos en que viene obligado el vendedor á hacerla.

En ella se incluyen tambien todos sus adherentes; pero, como pudiera dudarse de los que se consideran como tales, será preciso examinar el estado en que debe entregarse la cosa y las accesiones que comprenda.

Estado en que ha de entregarse la cosa.

El vendedor debe entregar la cosa en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato (3), por ser de cuenta del comprador desde este acto todos los frutos, aumentos, pérdidas y deterioros que tuviere, segun dispone la ley 23, tit. v, Part. 3.ª, y quedó manifestado en el §. XII de la eleccion anterior.

(1) Art. 1387.

(2) Art. 1386.

(3) Art. 1391.

Además, si la venta lo ha sido de un conjunto de cosas por un precio alzado, aunque en el contrato se espresare el tanto que pudiera haber, y resultase despues mas ó menos de lo que se espresó, deberá entregarse todo su contenido: pero si la venta no lo fué por un precio, sino á tanto por medida, solo tendrá obligacion el vendedor de entregar la cantidad que se dijo que contenia, y no llegando á ella, sufrir una disminucion proporcional en el precio.

La razon es, porque en el primer caso, el objeto de los contrayentes es comprar y vender alternativamente *aquel todo* en conjunto, cuya cabida si se espresó lo fué para denotar aproximadamente lo que podria contener: pero en el segundo caso, lo que se proponen los contrayentes es comprar y vender un número determinado, y el espresar que *aquel todo* lo contenia, no es mas que un cálculo del vendedor en el que se conviene el comprador. Asi lo resuelve Antonio Gómez, var. resol., tomo 2.º, cap. II, número 16, citando varias leyes del Digesto que podrán consultarse con este objeto (1).

Mas ora sea en un sentido, ora en otro, juntamente con la cosa que es el objeto principal del contrato, debe tambien entregarse todo lo que se considera como adherente á la misma, y de aquí la necesidad de saber qué accesiones comprende.

Qué accesiones comprende la entrega.

Para determinar las cosas que juntamente con la principal quedan incluidas en la venta, y como tales obligado el vendedor á su entrega, estableceremos las reglas siguientes:

1ª Si la cosa fuere raiz, quedan incluidos en la venta y deben ser entregados, siendo una casa, todos los efectos necesarios para su uso y servicio, con tal que estuvieren unidos á la misma, ó aun estando separados pertenecieren antes á ella: pero no los que de nuevo son conducidos por el dueño aunque con intencion de emplearlos en su cons-

(1) Arts. 1392, 1393 y 1394.

truccion; ni los muebles y animales que los hombres acostumbran criar en sus casas; ni en caso de ser la venta de un olivar ó viña, el lagar, molino de aceite etc. que hubiere en la heredad, á no ser que así se pactase ó fueran cosas para recojer ó conservar los frutos.

Así consta de las leyes 28, 29, 30 y 31, tit. v, Part. 5.^a, que podrán consultarse en caso de duda, por razon de hallarse en ellas detallados diferentes objetos, tanto de los comprendidos en la entrega, como de los que se exceptúan ó quedan escluidos de ella.

2.ª Si la venta fuere de carruajes, ó de caballerías, yeguas, vacas, ovejas etc., y se dudase si en la de caballerías, carruajes ó cosas semejantes que tienen arreos de uso comun, ó en la de bestias ó de cualquier animal que esté criando, han de quedar incluidos en la primera los arreos y en esta última el parto, deberá tenerse presente:

Primero: Que en cuanto á los arreos ó aparejos, quedan incluidos en la venta si se hallaban puestos en el carruaje ó caballería con este objeto; pero no cuando los llevaran como en disposicion para viajar ó para el uso que les es propio.

Segundo: Que en cuanto á las bestias ú otro animal que estuviere criando, queda incluido el parto si no es de aquellos que aprovechan para comer; pero no lo está cuando fuera de los que pertenecen á esta clase.

Tercero: Que si no aprovechan para comer, pero pueden servir para otro uso y se hallan bastante lactados, de modo que no necesitan ya del cuidado de la madre, no quedan incluidos en la venta, y si únicamente en el caso de ser necesario este cuidado.

Aunque apoyadas estas doctrinas en la equidad por no hallarse decididas por nuestras leyes semejantes cuestiones, sin embargo, será muy conveniente que los contrayentes procuren determinarlo todo con claridad al tiempo de celebrar sus tratos, así como en caso de otorgamiento de escritura, incluir en ella cuanto se considere necesario para evitar dudas que despues pudieran promoverse.

Nos abstenemos de entrar en otras consideraciones por

no ser de nuestro instituto; solo añadiremos que, al entregar la cosa juntamente con sus adherentes, es de cuenta del vendedor abonar los gastos de la entrega de los objetos vendidos, hasta ponerlos pesados y medidos á disposicion del comprador, segun se halla establecido en el artículo 373 del Código de comercio (1).

La razon es, porque el vendedor es deudor de la cosa, y como tal, obligado á su entrega: justo es pues que sufra él los gastos necesarios para el cumplimiento de la obligacion en el lugar y tiempo oportunos; de otro modo no cobraría el acreedor, que es en este caso el comprador, el todo de la deuda, ó seria mayor valor que el convenido el que tendria que dar por la cosa que compró, lo cual no puede admitirse en virtud de la convencion mientras asi no se hubiera pactado.

Supuesta ya la entrega de la cosa en los términos que hemos manifestado, por ella ha de decidirse á quién pertenece cuando se hubiere vendido á dos personas separadamente; pero, como al mismo tiempo pueden acompañar ciertas circunstancias particulares que modifiquen este principio, será preciso que veamos en los diferentes casos que ocurran, á quién pertenece su dominio.

A quién pertenece el dominio de una cosa vendida á dos personas en distintos tiempos.

Aunque basta la simple lectura de las leyes 50 y 51, tit. v, Part. 5.^a, para saber á quién pertenece la cosa vendida á dos personas, sin embargo, para su mayor claridad propondremos su doctrina bajo las siguientes reglas:

1.^a Si uno vende una cosa *suya* á dos personas, en distintos tiempos, y aquel á quien la vendió primeramente hubiere tomado posesion de ella y pagado su valor, de éste será su dominio aunque el otro lo hubiera tambien satisfecho; pero el vendedor está tenido á devolvérselo á este último si lo hubiere recibido, juntamente con los daños y

(1) Art. 1388.

perjuicios que le hubieren resultado de la venta engañosa. Ley 50 de dicho título.

2.^a Si el segundo comprador hubiere tomado la posesion de la cosa y hubiera pagado el precio, entonces pertenecerá á éste la cosa, y el vendedor obligado como en el caso anterior á devolver el precio al primer comprador si lo habia recibido, indemnizándole además por los perjuicios que hubiere sufrido. Ley id.

3.^a Si alguno vendiese á dos personas separadamente una cosa *agena*, y se promoviera entre ambos compradores pleito sobre ella, aquel tendria mayor derecho en la cosa que hubiera adquirido primeramente su posesion, aunque no hubiese pagado el precio; quedando salvo el derecho que compete á su verdadero dueño para reclamarla si todavia no se hubiera prescrito, asi como conservará el comprador el suyo, para que el enagenante le sanee la venta por razon de la eviccion. Ley id.

4.^a Si uno vendiese á otro una cosa *agena*, y habiendo despues adquirido sobre ella el dominio por título de herencia ú otro cualquiera, la vendiese á otra persona, será del primer comprador si hubiese tomado posesion antes de hacerse la segunda venta, aunque el segundo que la compró alegase mayor derecho en ella, por razon de que era ya dueño el que se la vendió. Ley 51 del mismo título.

5.^a Si alguno vendiese á otro una cosa que no era *suya*, y aquella misma cosa la vendiera despues á otro su verdadero dueño, este último comprador será el que tendrá derecho sobre ella, á no ser que el que la vendió primero tuviera facultad para hacerlo, como por estar empeñada con la circunstancia de poderla vender si para tal dia no se desempeñara, ó por tener poderes para enagenarla; pues en estos casos es preferido el primer comprador. Ley 51 citada.

Tal es la doctrina de las leyes de Partidas respecto á los efectos de la venta de una misma cosa hecha separadamente á dos personas, la cual puede fácilmente comprenderse, con solo observar la grande consideracion que se

da al que primeramente hubiere tomado la posesion de la cosa para decidir de su pertenencia.

Pero la doctrina que acabamos de esponer debe hoy dia entenderse con las modificaciones introducidas por la nueva ley hipotecaria, pues segun ella *no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por la doble venta de una misma cosa, cuando alguna de ellas no hubiere sido inscrita* (artículo 38). Fúndase esta disposicion en que para los efectos de la seguridad de un tercero, en tanto considera la ley constituidos ó traspasados el dominio y los demás derechos reales, en cuanto consta su inscripcion en el registro; pero quedando entre los contrayentes, cuando no se haga la inscripcion, subsistente el derecho antiguo. Asi pues, una venta que no se inscriba ni se consume por la tradicion, no traspasa al comprador el dominio en ningun caso: si se inscribe ya se lo traspasa respecto á todos; si no se inscribe, aun cuando obtenga la posesion, será dueño con relacion al vendedor, pero no respecto á otros adquirentes que hayan cumplido con el requisito de la inscripcion (Esposicion de los motivos de la Ley).

Dos dificultades, no obstante, se presentan, á pesar del principio propuesto, á saber: 1.^a, si en el caso contenido en la 5.^a regla es preferido el primer comprador si ha tomado la posesion de la cosa, puesto que la ley guarda silencio sobre esta preferencia; y 2.^a, si la doctrina de las dos citadas leyes ha de entenderse tanto de la venta de los bienes muebles como inmuebles.

En cuanto á la primera, lo que á nosotros nos parece es que, aunque el primer comprador hubiera tomado la posesion, como ésta no era legítima por no tener título para proceder á la venta el que la hizo, deberá ser postergado al que hubiere obtenido la cosa legítimamente, quedando solo á favor del primer comprador este derecho si las dos ventas fueron legítimas y hubiere tomado la posesion.

En cuanto á la segunda, aunque segun las leyes citadas parece que, tanto debe aplicarse esta doctrina á la venta de los bienes muebles como inmuebles por usar ellas de la palabra *cosa* en general, sin embargo, dándose hoy dia

en virtud del sistema hipotecario vigente tanta fuerza á la inscripcion en el registro de los documentos que se otorgaren, como que sin este requisito no valen en juicio ni fuera de él los actos traslativos de dominio que ellos contengan, entendemos que únicamente tendrá lugar lo dispuesto en las leyes de Partidas, con respecto á la venta de los bienes muebles, y no en cuanto á la de los inmuebles, en los que deberá ser preferido el comprador que hubiere inscrito antes su título en el registro (1).

La obligacion del vendedor de haber de entregar la cosa con todos sus adherentes, nos ha dado ocasion para que, apreciando el valor que tiene en sí el acto de la entrega tanto de parte del vendedor, porque denota el cumplimiento de una obligacion, como de parte del comprador, porque por él adquiere éste nuevos derechos, presentáramos unidas estas dos consideraciones, y adjudicáramos la cosa al comprador que se hubiere apoderado de ella aunque fuere posterior á otro á quien antes que á él se hubiere vendido, é inculcáramos en el vendedor la obligacion de entregar la cosa y el modo de hacerla, para cumplir con este deber.

Falta solo que veamos cuándo cesa en él esta obligacion.

Cuándo no viene obligado el vendedor á hacer la entrega de la cosa.

En dos casos cesa esta obligacion en el vendedor:

1.^o Cuando el comprador no pagare el *precio*, no habiéndose hecho la venta á plazos ó al fiado; siendo tan necesario este requisito que, aunque se hubiera hecho la entrega de la cosa sin la prévia satisfaccion de su valor, no por ello pasaria su dominio al comprador, como dispone la ley 46, tit. xxviii, Part. 3.^a (2).

2.^o Cuando, habiéndose concedido un término para el pago, se descubriese despues de la venta, que el comprador se hallaba en estado de insolvencia, de modo que cor-

(1) Arts. 982 y 1859.

(2) Art. 1389.

riera riesgo el vendedor de perder el precio; á no ser que en tal caso prestara fianza el comprador, de que pagaria al plazo en que se hubieren convenido. Ley id. (1).

No existiendo, pues, ninguna de estas dos causas, quedará obligado el vendedor á entregar la cosa; pero, como de poco serviria el apoderarse de ella el comprador, si no tuviera una seguridad en el derecho que adquiere sobre la misma, de aqui la otra obligacion del vendedor de haber de estar tenido á la *eviccion* y *saneamiento*, cuya naturaleza esplicaremos en el párrafo siguiente.

§. V.

Qué sea eviccion y saneamiento, y si solo tiene lugar en la venta.

Para que pueda fácilmente comprenderse qué sea *eviccion* y *saneamiento* y cuál el significado de las frases que usan las leyes romanas de: *estar tenido uno á la eviccion*; *haber de prestar la eviccion*; *accion de eviccion* etc., y como equivalentes á éstas las de: *sanear ó hacer sana la cosa*, de que se valen las leyes de Partidas, convendrá considerar separadamente el *acto de la eviccion*, la *accion que de ella nace*, y la *obligacion que de la misma resulta*.

De estas tres consideraciones, el *acto de la eviccion* corresponde al dueño de una cosa que, habiendo pasado sin su consentimiento á poder de otro que la posee por un título oneroso, pide en juicio que se le devuelva: la *accion de eviccion* se refiere al que la estaba poseyendo en virtud de dicho título; y la *obligacion de prestar la eviccion* á aquel que, no siendo dueño de la cosa, la trasmitió á otro recibiendo de éste su valor.

Un ejemplo podrá servirnos de guia para comprenderlo.

Así, pues, si teniendo un derecho en cierta cosa se vendiera ésta sin noticia ó consentimiento suyo, podrá recla-

(1) Art. 1390.

marla en juicio del que la compró, entablando la *accion reivindicatoria* que le corresponde. Si, seguidos los trámites del juicio, prueba éste la accion ó justifica su dominio, el juez decreta su restitucion, y vuelve á poder suyo la cosa. Este es el *acto de la eviccion*.

Mas, como para que esto se verifique, ha de salir la cosa del poder del que la tenia, y no seria justo que, habiendo dado antes su valor por ella, lo hubiera de perder juntamente con la misma, las leyes le conceden en tal caso el derecho de poder reclamar el precio ó su indemnizacion de aquel de quien la adquirió. Esta es la *accion de eviccion*.

Ultimamente, como de nada serviria esta accion si el vendedor no estuviere, tenido á la reparacion de esta pérdida, era consiguiente en éste la obligacion de haber de indemnizar al comprador de los daños que haya recibido por la eviccion. Esta es la *obligacion de prestar la eviccion*, ó lo que se llama *saneamiento*.

Con estos antecedentes, no solo conseguiremos el expresar con propiedad cada uno de estos actos de tan frecuente uso en la jurisprudencia, sino que además podremos dar con mayor exactitud la definicion de *eviccion* y de *saneamiento* que algunos han confundido, considerando como sinónimas dichas palabras, hasta el extremo de hallarse admitidas en este concepto en el Diccionario de la Academia, como puede verse en la explicacion de la palabra *Eviccion*.

Segun ello, pues, diremos que

Eviccion es, *la recuperacion que en virtud de sentencia judicial hace el dueño, de la cosa que otro, aunque justamente, se hallaba poseyendo.*

Accion de eviccion, *el derecho que compete al comprador á quien se le privó en juicio de la cosa que habia adquirido, para reclamar del que se la vendió el precio ó su indemnizacion.*

Prestacion de eviccion ó saneamiento, *la obligacion del vendedor de devolver el precio ó de reparar los daños ocasionados al comprador que perdió la cosa en juicio.*

Esta obligacion tiene lugar, no solo en la venta, sino

tambien en todos los contratos onerosos; pero no en los lucrativos, escepto en determinados casos.

En unos y otros actos podrán ofrecerse algunas consideraciones; y de aquí la necesidad de haberlos de expresar con separacion.

Actos en que además de la venta ha de prestarse la eviccion.

Los actos en que segun la legislacion romana y de Partidas ha de prestarse la eviccion, son los siguientes:

1.º En las permutas. Ley 4.ª, tit. vi, Part. 3.ª, y 29, tit. xlv, lib. viii del Código Just.

2.º En la dacion en pago de deuda. Ley 4.ª del mismo titulo y libro del Código.

3.º En la dote, siendo *estimada*; y en la *inestimada*, en el caso de haberlo prometido la mujer, ó haber procedido de mala fé entregando como suyo lo que pertenecia á otro, segun consta de la ley 22, tit. xi, Part. 4.ª; entendiéndose tambien esta obligacion de parte de aquellos que dieron la dote en nombre de la mujer, como dispone la misma ley, y confirma el nuevo Código (1).

4.º En los arrendamientos y en la enfiteusis. Párrafo III, tit. xxv, lib. iii de las Instituciones de Justiniano.

5.º En las transacciones, con respecto á las cosas que una de las partes diere á la otra para transigir, no siendo de las mismas que fueron objeto de la transaccion. Ley 33, tit. iv, lib. ii del Código Just.

6.º En la particion de la herencia respecto á las cosas que se adjudicaran á cada heredero, si la division se hizo por éstos aun con intervencion del juez; pero no en la que hizo el mismo testador, á no ser que resultara algun perjuicio en las legitimas, como espresa la ley 9.ª, tit. xv, Part. 6.ª, ó constare que el testador quiso que hubiere igualdad en las partes adjudicadas; ó que, habiéndose hecho por los mismos coherederos, hubiesen pactado que ninguno quedase obligado por la *eviccion*; ó finalmente,

(1) Art. 1270.

si hubiere perecido la cosa por su propia naturaleza, según dice el nuevo Código (1).

Si lo que se adquirió fué por *título lucrativo*, no habrá lugar á prestar la *evicción* sino en los dos casos siguientes:

1.º En las *donaciones simples*, si se hubieren hecho con dolo y el donatario hubiere tenido que soportar algunos gastos por esta causa, ó en las que el donante se obligó espresamente por la *evicción* (2).

2.º En los legados llamados de *género* (3).

En todos estos casos compete la *prestación de la evicción*, aunque nada se hubiera pactado, por ser esta obligación un requisito natural de los *contratos onerosos*, así como de todos los demás actos en los que el que adquirió la cosa tiene derecho para pedir otra de nuevo, si, en virtud de un derecho que anteriormente á él tenía otra persona, hubiere sido privado en juicio de la que hubiere recibido (4).

Mas, como no sería justo favorecer al comprador con esta garantía en detrimento de los intereses del vendedor, y por otra parte es un principio admitido, que cada cual puede renunciar á los beneficios introducidos en su favor, en tanto deberá sostenerse la obligación en el vendedor de responder de la *evicción*, en cuanto no sea perjudicado por culpa del comprador, ó en cuanto no haya renunciado éste á su derecho.

Cuándo no habrá lugar á *prestar la evicción* por estas causas, lo manifestaremos en el párrafo siguiente.

§. VI.

Casos en que no se presta la evicción, y sus efectos cuando ésta proceda.

La ley 36, tít. v, Part. 5.^a, presenta reunidos en su mayor parte los casos en que no tiene lugar esta obligación; pero, como no todos ellos tienen actualmente aplica-

(1) Arts. 917, 918 y 919.

(2) Art. 956.

(3) Art. 677.

(4) Art. 1398.

cion, y además existan otros que derivan los autores de los principios reconocidos en la legislación, haremos únicamente mérito de los que generalmente se hallan admitidos, los cuales son los siguientes:

1.º Cuando despues de celebrada la venta y entregada la cosa al comprador, se moviere algun pleito sobre la propiedad de la misma, y no se lo hiciera saber éste al vendedor *desde luego, ó lo mas tarde antes que sean abiertos los testigos en juicio*, que es la frase que usa la citada ley, así como la 32 del mismo título (1).

Cuál es el término que encierra en sí esta frase, no creemos que lo hayan esplicado bien los autores al decir que cumple el comprador avisando al vendedor *antes de la publicacion de probanzas ó antes de unirse las pruebas á los autos*, que es como hoy día nos espresamos, segun el artículo 318 de la ley de enjuiciamiento; porque de ser así, se seguiria que, como estos actos tienen lugar despues de concluido el término de prueba, de nada serviria el aviso hecho al vendedor si habia trascurrido ya el tiempo para utilizar su defensa.

El que pueda subsanarse este defecto en grado de apelacion, pidiendo el recibimiento á prueba con arreglo al caso 1.º del art. 869 de dicha ley, no debe servir de motivo para que se les restrinjan los medios de defensa, y quede privado de poderlos utilizar en la primera instancia por no habersele avisado en tiempo oportuno; por lo mismo, nos parece mas propio decir, que cesa en el caso propuesto esta obligacion, si el comprador *no cita de eviccion al vendedor, ó desde luego que se haya movido el pleito, ó antes que haya concluido el término de prueba, de modo que le quede tiempo para que pueda hacer su defensa*, segun observa Gregorio Lopez en su glosa 3.ª á la ley 32, tit. v, Part. 5.ª, citando la ley 29, §. II, tit. II, lib. XXI del Digesto, que espresa esta misma idea.

2.º Cesa tambien esta obligacion en el vendedor, si el comprador pone el pleito en manos de árbitros sin su consentimiento, y lo pierde, como continúa la citada ley

(1) Art. 1404.

36: escepto si el vendedor se obligó á responder de la eviccion de cualquier modo que se quitase la cosa al comprador, segun la glosa 3.^a de dicho autor.

3.º Cuando el comprador perdió por su culpa la posesion de la cosa que le fué vendida, y pasando de poseedor á demandante, fué vencido en el pleito de propiedad, como dice el mismo autor en su glosa 4.º á esta ley.

4.º Si dejó la cosa como desamparada y la perdió, ó si por razon de su contumacia ó rebeldía en no comparecer en juicio, se ejecutoriara la sentencia que recayó privándole de la cosa comprada, cuyos casos pueden quedar comprendidos en el anterior, como observa el señor Sala.

5.º Si cuando pidieron en juicio la cosa al comprador, la poseía ya tanto tiempo que la podia retener en derecho oponiendo la escepcion de haberla prescrito; lo cual lo estiende Gregorio Lopez en la glosa 7.º, á las espensas y mejoras que hubiese hecho en la cosa, si al tiempo de restituirla, no las esceptuó ó protestó.

6.º Si dejó de apelar de la sentencia dada en ausencia del vendedor, á no ser que conociese que éste no tenia derecho, ó dudase por lo menos de él, segun espresa dicho autor en su glosa 8.º

7.º Si lo que adquirió fué ganándolo en el juego, lo cual entienden algunos de los juegos ilicitos, como observa el mismo autor.

8.º Cuando la sentencia del juez condenando á la restitution de la cosa, fuere injusta; porque en este caso, el juez y no el que la vendió, es el responsable de la eviccion.

9.º Cuando al tiempo de la compra sabia que la cosa era agena, pues entonces tiene obligacion de restituirla á su dueño, sin que el vendedor esté tenido á devolverle el precio, si no se obligó á ello espresamente. Ley 19, titulo v, Part. 5.^a

10. Si se pactó que el vendedor no quedara sujeto á esta obligacion, en cuyo caso, si bien se libra éste de responder al comprador de los daños y perjuicios sufridos por la pérdida de la cosa, pero no por ello se libra de de-

volver el precio que recibió por ella, á no ser que el comprador hubiera hecho esta renuncia con conocimiento de los riesgos y sometiéndose á sus consecuencias (1).

Esto ha de entenderse, no habiendo faltado el vendedor á la buena fé; pues de lo contrario, seria nulo lo pactado, y sujeto por lo mismo á la responsabilidad de la evicción (2).

11. Cuando se hubiere vendido una universalidad de bienes sin determinarlos por partes, responderá solo de la *evicción*, si el comprador fué vencido ó privado de todo lo que compró; pero no si lo hubiere sido de una cosa singular. Se exceptúa el caso de la venta de una nave, casa ó rebaño, ó de otra cosa semejante, en que vendidas estas cosas con todos sus adherentes, no solo responde el vendedor por la *evicción* del todo de ellas, sino tambien si lo fuere de una cosa señalada. Leyes 34 y 35, tit. v, Partida 3.^a

12. Cuando fuere despojado el comprador de la finca en virtud del derecho de retracto; porque entonces el retrayente es quien debe abonar el precio, juntamente con los demás gastos que hizo desde que la adquirió, como resuelven los prácticos.

De lo dicho resulta, que el vendedor queda libre de responder de la evicción en tres casos:

Primero: Cuando se pactó que no hubiera de responder de esta obligacion.

Segundo: Cuando el comprador perdió la cosa por culpa suya, ó no haciendo lo que debia para defenderla, mientras la tuvo en su poder.

Tercero: Cuando se perdió en virtud de un derecho que otro adquirió sobre ella posteriormente al acto de la compra, ó por haber sentenciado el juez injustamente el pleito que se habia promovido.

No siendo así, debe responder el vendedor de la evicción, cuyos efectos manifestaremos á continuacion, expresando antes los requisitos que exigen las leyes para que pueda intentar el comprador la accion competente.

(1) Art. 1400.

(2) Art. 1399.

Requisitos para que pueda intentarse la accion de eviccion.

Para que pueda exigirse del vendedor el saneamiento ó la *prestacion de eviccion*, son necesarios los requisitos siguientes:

1.º Que el comprador ó sus herederos hagan saber al vendedor ó á los que le hayan sucedido en sus obligaciones, el pleito que se hubiere movido sobre la propiedad, posesion y servidumbre de la cosa vendida, en los tiempos indicados al número 1.º del aparte anterior.

Si emplazado el vendedor viniese al juicio, deberá seguirse con él como si tuviere la cosa; pero si no quiso entrar en el pleito, se seguirá con el comprador, quedando á éste salvo su derecho, ó para obligarle á que le haga sana la cosa que le vendió, ó en el caso de que, habiéndole hecho saber el pleito, no le quisiere amparar ó no le pudiese defender, poder exigirle el precio con todos los daños que le vinieron por esta causa, y además el doble de la cosa vendida si en el acto del contrato se obligó á ello el vendedor. Leyes 32 y 33, tit. v, Part. 5.ª

2.º Que haya recaído sentencia judicial que cause ejecutoria por la cual se condene al comprador á la pérdida de la cosa comprada, como se colige de las palabras de la citada ley 32, que, hablando de la obligacion del comprador de hacer saber el pleito al vendedor, dice: *Si fuere vencido en juicio*. La razon es, porque hasta entonces conserva el comprador la cosa en su poder, y no parecia propio que, no hallándose todavía privado de ella, demandase el precio juntamente con las demás indemnizaciones.

3.º Que el comprador no haya sido privado de la cosa por alguna de las causas por las que el vendedor queda libre de prestar la *eviccion*, que son las que hemos manifestado.

Concurriendo estos requisitos, podrá exigirse al vendedor que preste la *eviccion*, cuya obligacion se comprenderá fácilmente, examinando sus efectos ó las cosas á que se estiende.

Efectos que produce la obligacion de prestar la eviccion.

A dos puntos reduce la ley 32 antes citada los efectos de esta obligacion, á saber:

- 1.º *A que el vendedor sea tenuto de tornar el precio.*
- 2.º *A indemnizar al comprador de los daños y menoscabos que le vinieron por esta razon.*

En cuanto al precio, éste debe ser el que recibió el vendedor, aunque la cosa valiera menos al tiempo de la eviccion. La razon es, porque el comprador lo dió para adquirir la propiedad; y por lo mismo, no habiéndosele trasferido ésta, falta la causa porque haya de retenerlo en su poder el vendedor.

Esceptúase el caso en que el comprador hubiere sacado alguna utilidad del deterioro de la misma finca, como, por ejemplo, vendiendo algunos materiales de ella, que entonces se descontará del precio que debe devolver el vendedor.

Si valiera la cosa mas al tiempo de la eviccion, ha de volverse el precio recibido, y además su mayor valor: lo primero, por la razon ya dicha de no poder retenerlo el vendedor, no habiéndose conseguido el fin porque se dió: lo segundo, porque es una pérdida que sufre el comprador, y como tal, tiene derecho á su reparacion.

Así se infiere de la ley 32, tít. v, Part. 5.ª, en la que se dice, que si el vendedor se obligó á la pena del duplo, se entienda no solo del precio, sino tambien de la cosa, *maquer mas valiese*.

En cuanto á indemnizaciones, las que éstas comprenden son las siguientes:

- 1.ª Haber de restituir los frutos ó rendimientos, si se ha condenado al comprador á entregarlos al propietario que le ha vencido en juicio.

- 2.ª Las costas del pleito que ha motivado la eviccion, y las del que hubiere seguido con el vendedor para el saneamiento.

3.^a Los gastos del contrato, como escrituras y demás, si los pagó el comprador.

4.^a Los daños y perjuicios que se le ocasionaron á éste con motivo de la evicción, así como también las espensas *necesarias* y *útiles* hechas en la cosa; pero no las *voluntarias*, á no ser en el caso de haberse vendido de mala fé. Leyes 6.^a, tit. x, lib. III, Fuero Real, y 19, 32 y 33, tit. v, Part. 5.^a (1).

Además de las obligaciones hasta aquí esplicadas, debe el vendedor pagar el derecho de *luisimo* si la finca fuese enfiteútica, debiéndose tener presente lo que sobre esta obligacion se manifestó en el §. V, lec. 7.^a, sec. 4.^a, tratado II, refiriéndonos á la práctica recibida en la provincia de Valencia.

Con ello hemos concluido el exámen de las obligaciones del vendedor. Pasemos ya á examinar las que tiene que cumplir el comprador.

§. VII.

Esplícacion de las obligaciones del comprador.

A tres clases pueden reducirse las obligaciones del comprador, segun se dijo en el §. II de esta leccion, á saber:

- 1.^o A entregar el precio.
- 2.^o A abonar los gastos *necesarios* y *útiles* hechos en la cosa hasta el acto que se le entregó.
- 3.^o A pagar el derecho de hipoteca si la cosa fuere raiz.

Sobre cada una de ellas haremos una breve esplícacion.

Entregar el precio.

En éste debemos considerar: 1.^o, la necesidad de su entrega; y 2.^o, el modo de hacerse.

Con respecto á lo primero, su necesidad es tal que, sin

(1) Art. 1401.

este requisito, no se trasfiere el dominio, á no ser que el comprador diere fiador ó prenda equivalente, ó se obligase á entregarlo dentro de cierto término, consintiendo el vendedor. Leyes 46, tit. xxviii, Part. 3.^a, y 28, tit. v, Part. 5.^a

En cuanto á lo segundo, deben observarse los requisitos siguientes:

1.^o Ha de entregarse el precio, supuestas las cualidades que ha de reunir, de las cuales se trató en el §. VIII de la leccion anterior, en la cantidad en que se hubieren convenido, ora sea en la que se conformaron espresamente el comprador y vendedor, ora en caso de desacuerdo, en la que el comprador señaló, si estaba él por un precio mayor y el vendedor por uno menor; pero no al contrario, como resuelve la ley 20, tit. v, Part. 5.^a, declarando válido el contrato en el primer caso.

La razon es, porque ofreciendo un precio mayor al comprador, da á entender que tambien racibiria la cosa por uno menor, así como, recibiendo el vendedor el mayor, tiene incluido en éste aquel en que se contentó; y por lo mismo, no debe haber inconveniente en que se transfiera la cosa al comprador, aunque diere mas precio que el que exigió el vendedor.

2.^o Ha de pagarse en el tiempo y lugar fijados en el contrato, y no habiéndose especificado, en el que se haga la entrega de la cosa vendida (1).

3.^o Si no se pagare al tiempo de hacerse ésta, debe abonar tambien los intereses legales del precio, desde el dia que recibiere la cosa hasta que lo pagare, como dispone la ley 5.^a, tit. iv, lib. v del Fuero Juzgo, para el caso en que concurra alguna de las circunstancias siguientes:

Primera: La de haberse convenido los contrayentes:

Segunda: La de que la cosa vendida y entregada produzca fruto ó renta, como espresó la ley 13, párrafo XX y XXI, tit. i, lib. xix del Digesto:

Tercera: La de haberse constituido en mora el com-

(1) Art. 1429.

prador, segun la doctrina emitida en los párrafos V y VI, lección 4.^a (1).

Sin embargo, no podrá ser obligado el comprador al pago del precio si fuere turbado en la cosa, ó tuviere un temor fundado de serlo por alguna accion, sea reivindicatoria ó hipotecaria, hasta que el vendedor haya hecho cesar la turbacion ó peligro; á no ser que éste afiance, ó que se haya estipulado que, no obstante cualquier contingencia de esta clase, ha de verificarse el pago. Ley 18, tit. vi, lib. xviii del Digesto (2).

No pagando el comprador el precio á su tiempo, tiene derecho el vendedor de pedir la rescision del contrato ó su cumplimiento, y además la indemnizacion de los perjuicios; así como tambien podrá rescindirse en el caso de haber sufrido uno ú otro alguna lesion en el mismo, en los términos que se manifestaron en la lección anterior, al determinar cuándo reune el precio la cualidad de *justo* que exigen las leyes.

Abonar los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa hasta su entrega.

Otra de las obligaciones del comprador es, el haber de abonar los gastos *necesarios y útiles* que el vendedor hizo en la cosa vendida en el tiempo que medió desde que quedó perfecto el contrato hasta que se hizo la entrega de la misma.

La razon es, porque, segun la ley 14, tit. xxviii, Partida 3.^a, todo el que retiene una cosa que en virtud de un contrato ha de pasar á poder de aquel á quien pertenece, tiene derecho á que se le indemnice de los gastos hechos en ella, tanto para su conservacion, como los que sirven para aumentar su valor; y como á esta clase pertenecen los gastos *necesarios y útiles*, segun esplica la misma ley, y por otra parte, el comprador tiene derecho á la cosa desde el acto de la perfeccion de la venta, en términos que

(1) Art. 1430.

(2) Art. 1431.

desde entonces son de él los aumentos que tuviere, del mismo modo que sus pérdidas ó deterioros si han sobrevenido sin culpa del vendedor, como se manifestó en el §. XII de la leccion anterior; resulta, á no dudar, que es obligacion del comprador el pagar dichas espensas.

Pagar el derecho de hipoteca.

La tercera obligacion del comprador es la de presentar la escritura de venta en el registro de la propiedad dentro del plazo determinado por la ley.

Además, debe abonar el dós por ciento del precio liquido que entregó, hechas las deducciones del importe de las cargas con que estuviere gravada la finca, si éstas son tales que realmente disminuyan su capital, como, por ejemplo, un censo; pero nada se deducirá por las hipotecas especiales ni por las fianzas constituidas sobre ella, segun así consta de los artículos 1.º del Real decreto de 11 de Junio de 1847, 3.º del de 23 de Mayo de 1843, y 4.º del de 26 de Noviembre de 1832.

Otras muchas mas obligaciones tiene que cumplir el comprador; pero como ellas son comunes á éste y al vendedor, nos ha parecido conveniente esponerlas bajo esta consideracion, presentando reunidas las disposiciones que rigen sobre las mismas.

§. VIII.

Disposiciones del derecho sobre las obligaciones comunes al vendedor y comprador.

Cuatro clases de obligaciones impone el derecho, que deben calificarse como *comunes* al vendedor y comprador, por versar éstas sobre un mismo objeto, á saber:

- 1.ª Haber de perder las arras si se apartaren del contrato cuando solo está principiado.
- 2.ª No poderse separar de la obligacion respectiva despues de perfeccionada la venta.
- 3.ª Prestar la culpa leve.

4.^a Cumplir los pactos y condiciones que se impusieron.

De las dos primeras se dijo lo bastante en el párrafo XI de la leccion anterior, en el que, al manifestar la fuerza que dan las leyes á la perfeccion del contrato, se dijo que ésta era tal que, desde el instante en que hubieren convenido el vendedor y el comprador en la cosa y en el precio, quedaban los dos sujetos á su cumplimiento. Leyes 6.^a y 61, tit. v, Part. 5.^a (1).

Siendo esto así, era consiguiente que fuera comun á los dos la obligacion de no poderse separar del contrato, y comun tambien el haber de perder las *arras* que se dieron, cuando, habiendo mediado solo un simple trato ó promesa para celebrarlo, se apartara aquel de los dos que las ofreció, segun establece la ley 7.^a del mismo título y Partida.

Para hacer efectivo el cumplimiento de esta recíproca obligacion, se conceden por el derecho dos *acciones*, que los jurisconsultos llaman *directas*, porque se derivan de la naturaleza del contrato y nacen ambas inmediatamente que éste se ha perfeccionado, las cuales pueden fácilmente distinguirse, con solo atender á la consideracion que tiene la persona que las intenta.

Si ésta es el comprador ó sus herederos, se llamará accion *empti* ó *ex empto*, la cual se dirige contra el vendedor y sus sucesores, para conseguir la entrega de la cosa con sus frutos ó acciones, en los términos que hemos manifestado en el §. IV: ó en caso de no poderse entregar, para recuperar el *precio* que se hubiere dado por ella si no hubo *culpa* de parte del vendedor, y juntamente con él la indemnizacion de los daños causados, si la hubiere habido. Para intentarse esta accion, es preciso que el comprador haya pagado antes el *precio* ó parte de él, si la venta se hizo á plazos.

Si el que la intenta es el vendedor ó sus herederos, se llamará accion *vénditi*, la cual tiene por objeto hacer que el comprador ó los que le han sucedido paguen el *precio* convenido, y juntamente los daños é intereses en caso de

(1) Art. 1372.

haber incurrido en mora; á no ser que el vendedor prefiriese pedir que se rescindiera el contrato. Para intentarse, es preciso tambien que el vendedor haya entregado la cosa.

Cuál de los contrayentes es el que primero haya de cumplir la obligacion que por su parte le corresponde, no se halla decidido. A nosotros nos parece que debe ser aquel que primeramente inste el cumplimiento del contrato, porque el que no cumple por su parte, mal podrá reclamar de otro el que lo haga por la suya, segun se expresan varias leyes romanas, entre las cuales puede citarse la 57, tit. i, lib. xxi del Digesto.

La tercera de las obligaciones comunes al vendedor y comprador es, la de haber de prestar la *culpa leve*.

Esta con respecto al vendedor se funda en que, mientras no haya entregado la cosa, se constituye deudor de ella, y el deudor de una cosa determinada, segun la doctrina emitida en el §. II, leccion 6.^a, seccion 3.^a, solo se libra de la obligacion de entregarla, cuando *sin culpa suya* hubiere perecido, no habiéndose tampoco constituido en mora, segun se dispone en las leyes 9.^a, tit. xiv, y 18, tit. xi, Part. 5.^a

Este mismo fundamento podemos alegar para determinar en cuanto á este objeto la obligacion del comprador; porque, aunque hecha la entrega de la cosa se constituye éste dueño de ella, y el dueño no debe responder á nadie del uso de sus cosas, mientras no cause á otros algun perjuicio; sin embargo, como muchas veces viene obligado el comprador á devolver la cosa que se le entregó, como en el caso de venta celebrada con *condicion resolutoria*, ó con cualquier otro pacto por el que haya de rescindirse este contrto, segun se dijo ya en el §. I, es consiguiente que tambien de parte del comprador exista la obligacion de haber de prestar la culpa, ó de abonar al vendedor el valor de la cosa ó de los daños causados en ella, si pereció ó se desmejoró por no haber puesto los cuidados regulares para su conservacion, como dispone la ley 38, tit. v, Part. 5.^a (1).

(1) Art. 1194.

Finalmente, la cuarta obligacion comun al comprador y vendedor es, la de haber de cumplir los pactos y condiciones que se impusiere, siempre que no sean opuestos á las leyes ó á las buenas costumbres, segun espresan las leyes 38, tit. v, y 28 y 38, tit. xi, Part. 5.^a

La falta de cumplimiento á las condiciones impuestas que se permiten por la ley, será una de las causas por las que se rescindan las ventas, así como se anularian éstas, si se hubieran celebrado con alguno de los pactos reprobados, ó hubiere algun vicio en las personas, en las cosas, ó en el consentimiento que las partes prestaron.

Mas, como tanto que se declaren nulas las ventas, como que se rescindan por las espresadas causas, su efecto es el hacerse insubsistente el contrato, devolviéndose los contrayentes las cosas que se dieron, salvas las indemnizaciones que mutuamente se debieren (1), parece muy propio que, despues de haber examinado la naturaleza de las obligaciones que producen las ventas, pasemos á examinar los modos como éstas se disuelven, que será la materia de la leccion siguiente.

(1) Arts. 1181 y 1190.

LECCION DÉCIMA.

De los modos de disolverse el contrato de compra venta.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Causas en general por las que se disuelve este contrato, y origen de cada una de ellas.—§. III. Cuándo tiene lugar la disolucion de la venta por el mútuo disenso.—§. IV. Naturaleza y efectos del pacto llamado de la *ley comisoria*.—§. V.Cuál es la del conocido con el nombre de *señalamiento de dia para mejorar el precio*.—§. VI. Explicacion del pacto de *retroventa*.—§. VII. Consideraciones sobre los retractos en general, su clasificacion y preferencia entre ellos.—§. VIII. Naturaleza y origen del *retracto gentilicio*.—§. IX. Cualidades de las personas á quienes se refiere, para determinar sus derechos.—§. X. Cosas que son objeto de este retracto.—§. XI. Doctrina sobre el retracto de comuneros.—§. XII.Cuál es la que rige sobre el retracto superficialio.—§. XIII. Disposiciones acerca de las cosas que son comunes á todos los retractos. §. XIV. Cuándo se rescinde la venta por *lesion* en cuanto al valor de la cosa.—§. XV. Qué sea permuta, sus divisiones y efectos.

§. I.

Razon del método.

Siendo el objeto del contrato de compra venta la adquisicion del dominio de las cosas que sirven para nuestras necesidades y comodidades, segun manifestamos en los párrafos I y II de la leccion 8.^a, era consiguiente que la ley sancionara el trato por el que se consigue esta ventaja.

Pero, como pudiera suceder en algunos casos que, lejos de proporcionar este acto un bien al hombre, le causara una pérdida en sus intereses, ó fuera perjudicial á la sociedad; las leyes no pudieron menos de adoptar algunas medidas para evitar en tales casos su celebracion, ora prohibiéndolo de antemano, ora señalando ciertas causas por las que hubiera de invalidarse despues de celebrado.

Estas causas pueden provenir, ó de un vicio ó defecto en las partes constitutivas de este contrato; ó de no haberse conseguido el objeto porque se celebró; ó de haberse, en fin, creído conveniente dar á algunas personas un derecho preferente sobre otras, para retener aquellas antes que éstas la cosa vendida.

Como en caso de concurrir alguna de estas circunstancias, debe considerarse la venta como si no se hubiera verificado, tenemos ya la razon porque, no obstante de producirse por ella un derecho perpétuo en la cosa de parte del que la adquirió, haya de quedar este acto sin efecto, devolviéndose mutuamente los contrayentes lo que se dieron, ó perdiéndolo solo el vendedor, salvas las indemnizaciones á que se hicieron responsables.

Con este motivo, parece muy propio que, despues de manifestada la naturaleza de este contrato, y las obligaciones á que están tenidos los contrayentes para conseguir su objeto, hayamos de tratar de las causas por las que puedan invalidarse ó disolverse las ventas, que será el objeto de esta leccion.

§. II.

Cuáles son en general las causas por las que se disuelven las ventas, y origen de cada una de ellas.

A cinco clases podemos reducir las causas por las que se disuelve el contrato de compra venta, ó se invalidan ó rescinden las ventas, á saber:

1.^a Defectos sustanciales en cuanto á la esencia y forma de este contrato.

2.^a Mútuo disenso de los contrayentes.

3.^a Falta de cumplimiento á los pactos que se impusieron.

4.^a Derechos preferentes de algunas personas á la cosa vendida.

5.^a Lesion ó engaño recibido en cuanto al valor designado por ella.

En cada una de estas causas manifestaremos brevemente

el origen de donde procedan y los efectos que se producen al disolverse por ellas la venta.

Empezando por la invalidacion que nace de los defectos relativos á la esencia y forma de este contrato, éstos pueden proceder:

- 1.º De falta de capacidad en los contrayentes.
- 2.º De no haberse prestado el consentimiento con conocimiento y libertad, ó haber mediado fraude para su prestación.
- 3.º De vicios en la cosa contratada.
- 4.º De no reunir el precio las cualidades que exigen las leyes.
- 5.º De no haberse observado las formalidades que con respecto á cierta clase de ventas hay establecidas.

Todos estos defectos, considerados en general, dan lugar á la nulidad de las ventas ó á que se declaren éstas como no hechas; pero para saber si son tales en cada caso particular, hay que atender á su entidad y juntamente á la calificación que les haya dado la ley, lo cual podrá conocerse, consultando en sus respectivos lugares la doctrina que hemos emitido en cuanto á ellos.

Así que, producirá la nulidad de la venta la incapacidad de los contrayentes, siempre que éstos pertenezcan á alguna de las clases generales que referimos en el §. IV de la lección 3.ª ó estén incluidos en alguno de los casos expresados en igual párrafo de la lección 8.ª, en el que se trata especialmente de las personas á quienes se prohíbe comprar y vender, y del efecto de cada una de las ventas en los casos prohibidos.

Como, aun supuesta la capacidad de los contrayentes, es necesario para la validez del contrato su consentimiento, y éste no ha de haberse dado con *error*, ó por *fuerza*, ó mediando *engaño* ó *dolo*, se consultarán los párrafos V, VI, VII y VIII de la lección 3.ª, y particularmente el VI de la lección 8.ª, en donde se comprenden y esplican los defectos sustanciales que hacen nulas las ventas por falta de consentimiento.

Tampoco es objeto de este contrato cualquier cosa, aun de las que se hallan en el comercio de los hombres, sino

que solo lo pueden ser las que no estuvieren prohibidas, segun se manifestó en el §. IX de la leccion 3.^a y mas señaladamente con respecto á las ventas, en el VII de la leccion 8.^a; y por lo mismo, si recayere sobre las que están prohibidas, no puede menos de producirse la nulidad de la venta.

Además, para enagenarse por medio de ésta las cosas que están permitidas, es necesario que de parte de aquel que las adquiere abone antes su estimacion ó precio, ajustándose en cuanto á él á las cualidades que exige la ley: la falta, pues, de alguna de éstas será tambien causa de nulidad de la venta, ó habrá lugar á que se rescinda ésta, segun manifestamos en el §. VIII de la leccion 8.^a

Finalmente, habrá motivos para que se anule ó rescinda la venta, el no haberse observado las formalidades que para ciertas clases de ellas exigen las leyes, como puede verse en el §. X de la leccion citada.

En todos estos casos, los efectos que produce la nulidad ó rescision de la venta á consecuencia de vicios sustanciales en las partes constitutivas de este contrato, son los generales que hay establecidos cuando se intentaren estos remedios, los cuales quedaron anotados en el §. IX, leccion 6.^a, seccion 3.^a, que podrá consultarse para su conocimiento.

Con ello nos parece haber demostrado cuándo se disuelven ó invalidan las ventas por razon de defectos sustanciales en cuanto á la esencia y forma con que han de celebrarse algunas de ellas.

Veamos cuándo tiene lugar el que se deshaga la venta por *mútuo disenso*, y cuál es su fundamento.

§. III.

Cuándo se disuelve la venta por el mútuo disenso, y su fundamento.

Siendo el consentimiento uno de los requisitos esenciales para la validez del contrato de *compra venta*, del mismo modo que para la de los demás que los hombres celebren, es consiguiente que, no existiendo este requisito, haya de

rescindirse la venta por faltar una de las causas mas principales de la obligacion.

Ahora bien, como en el caso en que despues de celebrada la venta convinieren los contrayentes de comun acuerdo en apartarse de la obligacion contraida, no existe ya el vinculo que les ligaba á su cumplimiento, preciso es que digamos, que el *mútuo disenso* debe considerarse como otra de las causas por las que se disuelven las ventas.

Ella tiene lugar segun las observaciones hechas en el §. VI, leccion 6.ª, seccion 2.ª, en toda clase de contratos tanto *consensuales* como *reales*, con la sola diferencia que, en el contrato de *compra venta*, no ha de haber sido éste consumado; porque si se hubiera ya verificado este acto, aunque vuelva la cosa á poder del que la vendió, no será por razon del *mútuo disenso*, sino por efecto de una nueva venta hecha á favor suyo por el que se hizo dueño de ella en el acto en que se le hizo la entrega.

La razon es, porque en los demás contratos, aun despues de entregada la cosa, continúan los contrayentes con derechos y obligaciones sobre ella, y por lo mismo, habrá lugar mientras duren los efectos de la convencion á que cesen éstos por el *mútuo disenso*.

No sucede así en la *compra venta*, en la que, despues de entregada la cosa quedan ya terminadas todas las relaciones de *vendedor* y de *comprador*, escepto las que fueran como una consecuencia, ó de pactos que hubieren intervenido, ó de condiciones naturales del contrato; por cuya razon, no existiendo ya aquellas, no puede tener lugar el convenio para que se rescinda y vuelva cada cosa á poder del que la entregó, sino que será efecto de una nueva venta, que podrá celebrarse con condiciones distintas de las que intervinieron en la anterior.

Resulta pues de lo dicho, que, aunque el *mútuo disenso* sea uno de los modos de visolverse los contratos, en el de *compra venta* solo tendrá lugar antes de entregarse la cosa ó cuando no está todavia consumado; no impidiéndose este efecto el que hubieren mediado *arras*, segun dispone la ley 2.ª, tit. x, libro III del Fuero Real, las cuales volverán á poder del que las entregó si otra cosa no se hu-

biera pactado, como se dijo en el §. XI de la leccion 8.^a

Si, aun despues de perfeccionado este contrato, puede rescindirse cuando los contrayentes se convinieran en apartarse de la obligacion, con mucha mayor razon deberá producirse este efecto, si en el acto de su celebracion se hubiera ya pactado que, faltándose á alguna de las condiciones que se impusieran, se deshiciera la venta.

Entre estas condiciones, se consideran como de uso muy frecuente las contenidas en los pactos conocidos entre los romanos con los nombres de *la ley comisoria*; de *señalamiento de dia para mejorar el precio de la venta*, ó *adictionis in diem*, y de *retroventa*; y de aquí la necesidad de examinar su naturaleza y efectos que producen, de lo cual nos ocuparemos en los párrafos siguientes, empezando por el llamado de *la ley comisoria*.

§. IV.

Naturaleza y efectos del pacto de la ley comisoria.

Se entiende por este pacto, *el convenio que, al tiempo de celebrarse la venta, hacen los contrayentes, por el que se concede al comprador un plazo para pagar el precio, con la condicion de que, no entregándose dentro del que se haya señalado, haya de rescindirse la venta.* Ley 38, tít. v, Part.. 5.^a

Aun cuando no habiéndose puesto este pacto en la celebracion de la venta, se producirá el mismo efecto no pagando el comprador el precio de la cosa, porque como *contrato bilateral*, lleva siempre implícita la *condicion resolutoria* de que, faltando uno de los contrayentes á lo que por su parte debe, haya de quedar sin efecto la convencion, segun lo manifestado en el §. X, leccion 6.^a, seccion 3.^a; sin embargo, como de regirse las partes por lo que resulta de la naturaleza de estos contratos, pudieran causarse graves perjuicios, porque quedaria al arbitrio de un contrayente el deshacer la venta, con solo dejar de cumplir la obligacion propia suya; las leyes han dado re-

glas para que, cuando los contrayentes estipularan esta condicion espresamente, constaran los efectos que haya de producir en caso de faltar á su cumplimiento, como lo haremos ver á continuacion, con respecto al pacto de la *ley comisoría*.

Efectos del pacto de la ley comisoría.

Para determinar los efectos de este pacto hay que distinguir, si se espresó en la cláusula que lo contiene, que de no cumplirse lo pactado se entendiera no haberse transferido el dominio de la cosa vendida; ó si se espresó que se concedia éste en el acto, pero con la condicion de haber de devolver la cosa al vendedor, no entregando el comprador el precio en el plazo señalado.

En el primer caso, se considerará la venta como condicional, y por lo mismo, no cumpliendo el comprador su obligacion, quedará por solo este hecho rescindido el contrato.

En el segundo, queda á eleccion del vendedor el pedir, ó la rescision de la venta, ó que pague el comprador todo el precio porque se vendió y abone además el derecho de hipotecas; advirtiendo que, elegido uno de estos dos medios, no podrá despues arrepentirse el vendedor y valerse del otro, como dice la ley 38, tit. v, Part. 5.^a

Si se eligiera el de la rescision, deberá devolverse al vendedor la cosa con sus accesiones y mejoras, y además los frutos que hubiere producido mientras estuvo en poder del comprador; si bien en cuanto á éstos ha de tenerse presente que, para que el vendedor pueda percibirlos, es necesario que devuelva él por su parte las *arras* y la cantidad que á cuenta del precio hubiere recibido, y abone igualmente los gastos que hizo el comprador para cogerlos, segun espresa la ley 28 citada.

Del mismo modo está tenido á abonar los que se hubieren causado por razon de los aumentos ó mejoras que hubiere tenido la finca, siempre que no provinieran de la naturaleza ó del tiempo, sino por efecto de las obras necesarias y útiles que hubiere hecho el comprador, mientras

la tuvo en su poder; así como por parte de éste hay obligación de responder de los deterioros de la cosa, si hubieran sobrevenido por culpa suya, como concluye la misma ley.

Tales son los efectos del pacto de la *ley comisoría* en el caso de faltar el comprador á su cumplimiento.

Para su realización, suponen algunos, y así se halla admitido en el nuevo Código en cuanto á la venta de los bienes inmuebles (1), que ha de haber incurrido en mora el comprador ó que ha de ser éste antes requerido, aun cuando en la escritura de venta se hubiese estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido, tenga lugar *ipso iure* la resolución del contrato: pero á nosotros nos parece que, hallándose dispuesto en la ya citada ley 38, que, no pagando el comprador el precio al plazo ó tiempo convenido, pueda el vendedor reclamar la cosa ó el precio, no viene obligado éste á hacer ningún requerimiento.

Sin embargo, esto no impide el que se tenga con el comprador dicha consideración, porque, siendo un derecho del vendedor el poder desde luego intentar la referida reclamación, cuando no la utiliza, es prueba que quiere mitigar el rigor del contrato; que por esto no tenemos inconveniente en admitir que, si después de pasado el término prescrito, pagase el comprador el precio y lo recibiese el vendedor, no pueda ya éste dirigirse contra aquel para la rescisión de la venta.

Además del pacto de la *ley comisoría* que, como hemos dicho, se celebra entre el vendedor y comprador, existe otro de la misma clase entre el acreedor y deudor, por el cual se estipula que si éste no satisface la deuda en el término que se haya señalado, se haya de quedar el acreedor con la prenda, ó por su justo precio á juicio de hombres buenos, devolviéndose al deudor el exceso que tuviere sobre la deuda, ó que absolutamente la haya de hacer suya el acreedor por lo que él tiene dado sobre ella.

(1) Arts. 1433 y 1434.

Así es como se esplica este pacto en las leyes 41, tit. v, y 12, tit. xiii, Part. 5.^a; disponiéndose al propio tiempo en ellas, que sea válido y deba cumplirse en el primer caso, pero no en el segundo, porque de permitirse se daría lugar, como estas leyes espresan, á que los que prestan dinero á otros sobre prenda, no lo querrian dejar de otra manera, y los deudores apurados por su pobreza consentirian en él por efecto de su necesidad, aun cuando conocieran ser en daño suyo.

Al hablar del *contrato de prenda* se hará ver, que solo tiene el acreedor derecho para que se venda ésta y hacerse pago con su precio (1); bastando en este lugar lo que dejamos advertido con motivo de estarse tratando del pacto de la *ley comisoría*, con el que tiene cierta semejanza el que se celebra entre el acreedor y deudor, aunque realmente existe entre ellos una notable diferencia; la cual han creído conveniente espresar los jurisconsultos, dando á este último el nombre de *pacto comisorio*, y dejando al primero con el de la *ley comisoría*, que es uno de los resolutorios de la venta.

Otro de los pactos, segun dijimos en el resúmen de esta leccion, es el que conocieron los romanos con el nombre de *adicionis in diem* ó de señalamiento de dia para mejorar el precio de la venta hecha, del cual trataremos en el párrafo siguiente.

§. V.

Naturaleza del pacto de señalamiento de dia para mejorar la venta, y sus efectos.

Se entiende por este pacto, *el convenio que al tiempo de celebrarse la venta hacen los contrayentes, de que si dentro de un plazo determinado hallare el vendedor otro comprador que le diere mas por la cosa vendida, la pueda vender á éste, quedando rescindida la venta.* Ley 40, tit. v, Part. 5.^a

(1) Art. 1775.

Como aparece de esta definicion, el objeto del vendedor es ver si mejorará la venta, lo cual puede tener lugar, ó porque haya uno que ofrezca mas precio por la cosa vendida; ó porque prometa pagar á plazo mas breve que el que fué concertado con el que la compró; ó porque resulte alguna utilidad mayor al vendedor; y como de continuar la cosa en poder del que la adquirió, no se conseguiria este objeto, de aqui el considerarse tambien este pacto como otra de las causas porque se rescindan las ventas, con tal que concurren las circunstancias siguientes:

1.^a Que se haya de espresar este pacto en la escritura de venta, porque esta *resolucion* no es de aquellas que se hallan admitidas implicitamente en la ley, como la contenida en el pacto de la *ley comisorio*.

2.^a Que, presentándose el segundo comprador ofreciendo mas precio por la cosa vendida, ó mejorando de cualquier otro modo la venta hecha, deba el vendedor ó su heredero hacer saber esta circunstancia al que la compró ó á su sucesor, por si quiere igualarla ú ofrecer las mismas mejoras; ó que de lo contrario se rescinda la venta, devolviéndose lo que mutuamente se dieron.

3.^a Que el segundo comprador no sea capaz de infundir sospechas de fraude ó de falsedad, como, si fuera hijo, hermano, etc., porque de otro modo no está tenido el primero á cumplir el pacto devolviendo la cosa.

4.^a Que el mayor precio que se ofrezca, sea en consideracion al estado que tenia la finca cuando se vendió, y no en consideracion á los aumentos y mejoras, que posteriormente hubiera tenido; pues, si así fuese, no se mejoraría la venta.

Concurriendo estas circunstancias que espresa la ley 40, tit. v, Part. 5.^a, será válido este pacto, y en su consecuencia, no mejorando el comprador la venta, se rescindirá ésta, produciéndose por ello los efectos que manifestaremos á continuacion.

*Efectos del pacto de señalamiento de día para mejorar la venta,
despues de rescindida ésta.*

Rescindida la primera venta por no haberla querido mejorar el primer comprador, los efectos que se producen son los siguientes:

1.º Haber de restituir la cosa al vendedor, y devolver éste el precio recibido, consignándolo en la mesa del juzgado, cuando en virtud de cuestiones que se hubieren promovido no acudiera á su percibo.

2.º El quedar al arbitrio del vendedor pedir ó no los frutos que haya producido la cosa en poder del comprador, con la condicion de que, si elige los frutos ha de pagar los intereses legales del precio recibido, y abonar además los gastos de produccion y recoleccion.

3.º El haber de satisfacer tambien el vendedor los gastos necesarios y útiles que hubiere hecho el comprador en la cosa, pero no los ordinarios para su conservacion.

4.º El estar tenido el comprador á restituir la cosa en el estado que la recibió, ó si hubiere recibido algun aumento ó mejora, juntamente con ésta.

5.º En caso que hubiere sufrido algun deterioro la finca, será de cuenta del comprador su abono, cuando no hubiera puesto aquel cuidado regular que se exige en este contrato para evitarlo; para lo cual se descontará su importe del precio que ha de entregársele, segun la valuacion que hicieran los peritos.

Todos estos efectos se hallan confirmados por la citada ley 40 de Partidas; pero además se deberá tener presente lo que los contrayentes hubieren pactado en la escritura de venta, á la cual han de ajustarse ante todo en las cuestiones que se promuevan.

Finalmente, nos falta observar que, como la venta primera no trasfirió un derecho perpétuo al comprador por estar pendiente de las resultas del pacto con que se vendió, solo se abonará una vez el dos por ciento por el derecho de hipotecas, el cual debe pagarse por el último

comprador, ó por el que se quedó con la finca, según así está resuelto por circular de la Direccion general de contribuciones indirectas de 10 de Julio de 1849.

En virtud de este pacto, aunque se rescinda la venta con respecto al primitivo comprador, no por ello vuelve la cosa á poder del vendedor, y si así se verifica en el caso de rescindirse por el pacto de la *ley comisoria*, lo es solo accidentalmente, y no porque tal fuese la intencion del vendedor.

No sucede lo mismo en el pacto de *retroventa*; antes al contrario, entra en su constitucion el haber de volver la cosa al que la vendió, como lo veremos en el párrafo siguiente, en el que esplicaremos su naturaleza, manifestando el juicio que tenemos formado sobre su utilidad, y disposiciones que rigen en él.

§. VI.

Esplicacion del pacto de retroventa.

Se entiende por pacto de retroventa, *el convenio que al tiempo de la venta celebran el comprador y vendedor para que, devolviendo éste el precio que recibió, pueda recuperar la cosa vendida.* Ley 42, tit. v, Part. 3.^a

El cumplimiento de este pacto de parte del vendedor, se llama *redencion ó rescate*; que de aquí viene el considerarlo algunos jurisconsultos como una especie de *retracto*, bajo cuyo concepto se trata de él en el nuevo Código (1); aunque á nosotros nos parece que debe mas bien incluirse entre los *pactos resolutorios de la venta*, por no tener aplicacion la doctrina legal establecida para los *retractos*, y depender casi en todas sus partes de las condiciones que señalaren los contrayentes.

Si consideramos su cumplimiento de parte del comprador, se llama *retroventa*, que es de donde toma su nom-

(1) Art. 1436 y siguientes.

bre; aunque además se le suele llamar *venta al quitar ó á carta de gracia*, por creerse que realmente sea un beneficio que hace el vendedor en no redimir la cosa que vendió, durante el tiempo que se hubiere señalado.

Juicio sobre su utilidad.

La utilidad que pueda prestar de permitirse este pacto no es, segun nuestra opinion, tan evidente como algunos jurisconsultos suponen; porque, si bien es cierto se favorece con él el libre uso de la propiedad, y además proporciona á los propietarios un medio para que sin desprenderse de la finca perpétuamente, puedan con su precio atender á sus urgencias y necesidades, tambien es indudable que la venta hecha con la reserva de recuperar la cosa vendida constituye en el comprador una situacion muy precaria, de la cual resulta el ningun empeño en mejorarla, y el grande afan en sacar de ella todo el mayor jugo posible sin consideracion alguna al estado de inutilidad en que pueda quedar despues que haya salido de su poder.

Además, que la misma esperiencia acredita que, si por una parte presta este pacto un recurso al propietario necesitado, sin perder la esperanza de que vuelva á su dominio la cosa vendida, por otra son tantos los abusos que se cometen en esta clase de ventas, por haber servido hasta el presente como medio de percibir intereses crecidísimos de la suma que se suponía entregada por precio de la cosa, cuando realmente no era mas que un préstamo con réditos que no autorizaban las leyes, que sería muy conveniente, segun manifiesta el Sr. Sala en su *Ilustracion al derecho Real de España*, el que se prohibieran absolutamente, ó por lo menos que se tomaran algunas providencias con el fin de evitar los perjuicios que se causan con ellas.

Entre las medidas que debieran adoptarse para conseguir este objeto, somos de opinion que contribuiría en gran manera la de reducir á una época muy breve el tiempo en que haya de hacer uso el vendedor del derecho

que se reserva para recuperar la cosa devolviendo el precio, cuyo plazo podía ser cuando mas el de cuatro años improrrogables, que son los que con esta misma limitacion señala el nuevo Código (1).

Prescindiendo de estas observaciones, tienen en su favor estas ventas el ser de uso antiquísimo, como que de ellas hace mencion la Sagrada Escritura en el libro del Levítico, cap. 25, vers. 23; además de hallarse sancionadas en la legislación romana, y confirmadas en la nuestra, como consta de las leyes 42 y 43, tit. v, Part. 5.^a, en las que se encuentra reunida la doctrina que rige sobre esta materia, y que para su esplicacion la dividiremos en los puntos siguientes:

- 1.º Tiempo concedido para redimir la finca.
- 2.º Personas á quienes ha de reconvenirse llegado éste.
- 3.º Condiciones que ha de cumplir el vendedor para recuperarla.
- 4.º Obligacionés y derechos del que la compró.

Tiempo para la retroventa.

Este tiempo puede fijarse en favor del vendedor y del comprador. En favor del vendedor puede señalarse de dos modos: 1.º, designando un plazo dentro del cual pueda devolver el precio y recuperar la cosa vendida: 2.º, sin designacion de tiempo ó *cualquiera*, segun espresa la ley 42, tit. v, Part. 5.^a

En el primer caso, pasado el plazo designado sin haber *devuelto el precio* el vendedor, parece, segun algunos autores, que no haya de haber lugar á la redencion, que es la doctrina que propone el nuevo Código (2); aunque, segun otros, puede todavia *devolverlo* dentro de veinte

(1) Art. 1437.

(2) Art. 1437.

años si no ha sido antes interpelado por el comprador, pasado cuyo tiempo quede éste en el dominio absoluto de la cosa. Así lo afirma Gomez en su obra Var. res., cap. 2.º, números 27, 28 y 29.

En el segundo caso, opinan tambien de diverso modo los autores, queriendo unos que el derecho del vendedor para retraer sea perpétuo, fundándose en la ley 42 del título y Partida citada, en la que diciéndose, *que cuando quiera que el vendedor ó sus herederos tornen el precio haya de tornar el comprador ó los suyos la cosa vendida*, se dió bastante á entender que sobre este pacto no cabe la prescripcion, ó lo que es lo mismo, que ha de ser perpétuo este derecho si no es interpelado por el comprador: cuando otros sostienen que se estingue á los veinte años, por ser este el tiempo dentro del cual pueden utilizarse las *acciones personales* en que no hubiere hipoteca constituida, ó á los treinta años si hubiere mediado ésta, segun consta de la ley 5.ª, tit. VIII, lib. XI, Novis. Recop.

A nosotros, sin embargo, nos parece que, tanto que se haya señalado un plazo dentro del cual pueda devolver el precio el vendedor, como en el caso de no haberse hecho ninguna designacion, podrá, aun despues de trascurrido el plazo si se señaló, ó aun despues de pasados veinte ó treinta años segun que hubiere ó no mediado hipoteca, recuperar á su arbitrio la cosa mientras que no le interpele el comprador para que devuelva el precio ó le otorgue escritura de venta absoluta, como manifestamos ya en el §. VIII, leccion 6.ª, seccion 3.ª

Si, pues, aun trascurrido el plazo señalado, ó el de veinte ó treinta años no habiendo habido señalamiento, puede el vendedor recuperar la finca en cualquier tiempo; con mucha mayor razon podrá verificarlo cuando dentro de los plazos referidos quisiera redimirla, si bien convendrá espresarlo á mayor abundamiento en la escritura que se otorgue, á fin de impedir que el comprador trate de dificultar la entrega del precio que quiera hacer el vendedor.

Lo dicho ha de entenderse para el caso en que el tiempo estuviere puesto en favor del vendedor, porque si lo

estuviera en favor del comprador, no podrá molestarle á éste hasta que haya transcurrido el plazo que se hubiere señalado.

Personas á quienes ha de reconvenirse para la retroventa.

Segun sean las personas que intentaren la *accion* que nace de este pacto, así serán aquellas contra quienes pueda ésta dirigirse.

Si procediere, pues, de parte del vendedor, debe reconvenirse al comprador ó á sus herederos; pero no al tercer poseedor, ó al que adquirió la finca por venta que le hizo de ella el mismo comprador, escepto en el caso que se hubiese prohibido á éste *especialmente* ó bajo la *cláusula de nulidad* que la vendiese, porque entonces podrá reconvenirse á cualquiera que la tuviere en su poder.

La razon es, porque, cuando el comprador á carta de gracia no la hubiere vendido, queda obligado á revender la cosa al que se la vendió, y las *acciones personales* no pueden dirigirse sino contra aquel con quien se ha contratado; y si la hubiere vendido no habiéndosele prohibido con la cláusula espresada, está tenido á la *satisfaccion de daños y perjuicios*, como espresa la ley 42 de Partidas antes citada, que es asimismo una obligacion personal: pero cuando la hubiere vendido estándole prohibido bajo dicha cláusula, entonces renace el dominio en el que se la vendió con el pacto de *retroventa*, y las *acciones* que nacen del *dominio* pueden intentarse contra el tercer poseedor, cuya doctrina admite el nuevo Código en todos los casos (1).

La razon de ello es, porque si la venta está escrita en el registro, la condicion resolutoria del contrato aparecerá tambien en él, y el retracto podrá verificarse sin dificultad alguna; mas en el caso de que no esté inscrita, esta omision no podrá perjudicar al tercero que ignoraba la existencia de semejante condicion, y por consiguiente los efec-

(1) Art. 1439.

tos del retracto se limitarán al primer comprador (Motivos de la ley).

Si el comprador ha dejado muchos herederos, la *accion de retracto* no puede ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa la cosa vendida, ora se haya distribuido entre ellos: pero si se ha dividido la herencia y la cosa vendida se ha adjudicado á uno de los herederos, puede intentarse dicha *accion* contra él por el todo, como resuelve Antonio Gomez, Var. resol., tomo 2.º, cap. 2.º, núm. 29, con cuya doctrina conviene el nuevo Código (1).

En el caso que vendieran muchos *conjuntamente* una finca indivisa, ó habiéndola vendido uno solo ha dejado muchos herederos, ninguno de ellos podrá ejercitar este derecho mas que por su parte respectiva; así como si cada uno de los comproprietarios vendiere *separadamente* su parte, solo puede ejercitarse la *accion* contra el comprador con la misma separacion; con la diferencia que en este segundo caso no puede obligarse al que la intente á que redima la totalidad, así como en el primero tiene derecho el comprador para exigir de todos los condueños á que se pongan de acuerdo sobre la total redencion de la finca, sin que puedan éstos obligarle á que consienta en un retracto parcial.

Las razones que tenemos para sentar esta doctrina están sacadas de la obra de Antonio Gomez, Var. resol., tomo 2.º, cap. 2.º, núm. 29, esplicadas con mas estension en todo el cap. 10, que podrá consultarse para la resolucion de dichas cuestiones en los casos espresados (2).

Si el comprador fuera el que intentara la *accion*, deberá reconvénir al vendedor ó á sus herederos llegado que sea el tiempo, para que, ó rediman la finca ó le otorguen escritura de venta absoluta.

(1) Art. 1446.

(2) Arts. 1443, 1444 y 1445.

Condiciones con que el vendedor puede ejercer este derecho.

Para que el vendedor pueda hacer uso de la accion que nace de este pacto, debe él cumplir por su parte con la obligacion que le impone el derecho de haber de reembel-sar al comprador de los efectos siguientes:

1.º Del precio de la venta.

2.º De los gastos del contrato, cuales son, por ejemplo, los de otorgamiento de escritura, etc., é igualmente de cualquier otro pago legitimo hecho para la venta, como el de dos tercios de real por ciento que ha de abonarse por derecho de hipotecas, segun se dispone en el art. 4.º del Real decreto de 11 de Junio de 1847; entendiéndose lo mismo con respecto al tercero á quien se hubiere cedido ó vendidola finca objeto del retracto, segun la Real órden de 25 de Mayo de 1853, si no se le prohibió al que se la vendió la trasmision de este derecho.

3.º De los gastos *necesarios* y *útiles* hechos en la cosa; advirtiendo en cuanto á esta parte, que, como podria el comprador, para dificultar el retracto, hacer mejoras que no pudiese pagar el vendedor al redimir la finca, debe espresarse este caso en la escritura determinando la cantidad á que puedan ascender las mejoras y el modo de satisfacerlas si fueren escesivas, ó prohibirse que se hagan sin consentimiento del vendedor bajo pena de perderlas (1).

Obligaciones y derechos del comprador en esta clase de ventas.

Asi como el vendedor tiene que cumplir por su parte las obligaciones que acabamos de espresar, del mismo modo las tiene propias el comprador, que son las siguientes:

1.^a Devolver la cosa en el estado en que la recibió, sin mas gravámenes que los que entonces tenia, y no pudiéndola devolver como la recibió por haberla gravado con

(1) Art. 1447.

censo, hipoteca, ó de cualquier otro modo, indemnizar al vendedor de todos los perjuicios que le resulten por esta razon, como espresa la ley 42, tit. v, Part. 5.^a

2.^a Responder de la pérdida ó deterioro que hubiere tenido la cosa durante el tiempo que estuvo en su poder, si hubiere perecido ó deteriorádose pur su culpa. Leyes 23, tit. v; 8.^a, tit. viii, y 20, tit. xiii, Part. 5.^a

Si además de estas obligaciones, deberá ó no abonar los frutos pendientes al tiempo de la redencion, esto depende de lo que se hubiere espresado en la escritura de venta, y no habiéndose nada pactado acerca de ellos, entendemos que debe observarse lo que dijimos al final del §. XII de la leccion 8.^a

En cambio de estas obligaciones del comprador, sucede éste en todos los derechos del vendedor, y puede hacer uso de la prescripcion, tanto contra el verdadero dueño, como contra los que pretendieran tener derecho ó hipoteca sobre la cosa vendida (1).

No solo son los pactos ó condiciones puestas al tiempo de la celebracion de la venta las que dan lugar á que se rescinda ésta cuando se ha faltado á su cumplimiento, ó ha llegado el tiempo para que vuelva la cosa al poder del vendedor, como sucede en el *pacto de retroventa*, de que últimamente nos hemos ocupado, sino que á veces se rescinde tambien á consecuencia de ciertos derechos autorizados por la ley á favor de algunas personas, para ser preferidas á otras en la venta de una cosa, aun despues de realizada ésta.

Los actos en virtud de los cuales se ejercen estos derechos, son conocidos con los nombres de *tanteo* y de *retracto*, cuya naturaleza y efectos examinaremos á continuacion, haciendo al mismo tiempo algunas observaciones sobre ellos.

(1) Art. 1440.

§. VII.

Naturaleza de los derechos de tanteo y de retracto, clases en que este último se divide, y observaciones sobre su preferencia.

Se entiende por tanteo, el derecho que la ley concede á algunas personas para que en el caso de vender los dueños sus cosas, sean preferidas á cualquier otra, ofreciendo por ellas el mismo precio que el que pide el vendedor; y se llama retracto, el derecho que compete á ciertas personas por ley, costumbre ó pacto, para adquirir por el mismo precio la cosa que otro ha vendido, rescindiendo el contrato con respecto al comprador en cuyo lugar se subroga (1).

Segun se ve por estas definiciones, aunque uno y otro derecho restringen las facultades que tienen los dueños sobre sus cosas, sin embargo, solo el derecho de *retracto* será causa de *rescision* de una venta, por poderse ejercer aun despues de haber salido la cosa del poder del vendedor, cuando el derecho de *tanteo* solo consiste en que en concurrencia ó competencia de otros compradores puede quedarse uno la cosa por el mismo precio que otros ofrecen por ella.

Con esta breve indicacion podremos ya comprender cuándo estarán bien aplicadas las palabras *tanteo* y *retracto*, y evitaremos de este modo la impropiedad que se nota en los escritos de algunos jurisconsultos y aun en varias leyes del tit. XIII, lib. X de la Novis. Recop., en las que se ve usada la palabra *tanteo* para espresar la facultad que tienen algunas personas para quedarse con las cosas que ya han sido vendidas ó compradas por otros, siendo así que debiera realmente ser la palabra *retracto* la que se usara para denotar este derecho.

Por no haberse hecho esta distincion, se han suscitado

(1) Art. 1450.

muchas veces algunas cuestiones, atribuyendo al *derecho de tanteo* lo que era solo peculiar del *retracto*, como habrá lugar á observarlo examinando en particular las varias clases en que éste se divide y los casos en que aquel se permite.

Clases de retractos, y casos en que se admite el tanteo.

Cuatro son las clases en que hoy día se divide el *retracto*, que son:

1.º El gentilicio, ó de sangre ó de abolengo, que compete á los parientes del vendedor.

2.º El de comuneros ó condueños.

3.º El que compete por razon de enfiteúsis, tanto al *señor directo* como al *útil*.

4.º El convencional.

A éstos añadieron otros varios los antiguos, espresándolos bajo la palabra *retracto*, siendo así que no eran mas que un *derecho de tanteo* que las leyes establecieron á favor de algunas personas, por creerse en aquellos tiempos que con tal privilegio se conseguiría, en unos, fomentar la industria; en otros, la abundancia de comestibles; y en otros, la reduccion de los oficios públicos, jurisdicciones y señoríos que en los apuros de la corona habian sido enagenados, como así consta en este último caso por las leyes del tit. viii, lib. vii, Novis. Recop., y en los primeros por las del tit. xiii del mismo libro de este Código.

Mas, ó bien se consideren como especies de *retracto*, ó bien que se refieran á poder usar las parsonas á quienes se conceden del *derecho de tanteo*, lo cierto es que han desaparecido justamente de nuestra legislacion, como consta de los Reales decretos de 20 de Enero de 1834 y 6 de Setiembre de 1836; quedando únicamente vigentes en calidad de *retracto*, los comprendidos en las cuatro clases represadas; y limitado el *derecho de tanteo* á los dos casos siguientes:

1.º Cuando un sócio venda la parte que le pertenece en la cosa que posee en comun, para el cual se da la preferencia en la venta á un consócio sobre cualquiera extraño. Ley 55, tit. v, Part. 3.º

2.º Cuando el *señor útil* vendiese la cosa que tiene á censo, en el que es preferido en la venta el *señor directo*. Ley 29, tit. viii, Part. 5.º

De este modo es como se ha conseguido el dar entrada en la legislacion civil á los principios que enseña la ciencia económica, de que no es el señalamiento de tasas y posturas, preferencias y prohibiciones, el medio de procurar la abundancia de frutos en el mercado y consiguiente á ello la baratura del precio, segun creyeron los antiguos, ni que es tampoco la concentracion de los bienes raices en las familias asegurados con medidas que impidan su enagenacion ó que concedan preferencias, lo que contribuye á promover la riqueza de las naciones, sino que lo es en cuanto á lo primero, el sistema de libertad de comercio sin mas restricciones que las indispensables para evitar monopolios en el tráfico, y en cuanto á lo segundo, la libertad de poder disponer de sus bienes el dueño, salvas las escepciones que dejamos anotadas en el §. III, leccion 9.ª, tratado ii.

Así lo enseña la esperiencia, cuyos resultados, no pudiéndose negar, es por demás que nos ocupemos en rechazar las disposiciones antiguas que ponian estorbos al libre uso de la industria y de la propiedad, cuales son todas aquellas que tendian á estender los derechos de *retracto* y de *tanteo* mas allá de lo que exige la conveniencia pública ó los intereses de la sociedad.

Por esta razon es porque, no obstante de considerar estos derechos como una traba de la propiedad, sin embargo, en algunos de ellos serian grandes los daños que se causarian si enteramente se abolieran.

Pero así como al sostener en las citadas lecciones estos principios fecundos de riqueza, los sujetamos á lo que exige la conveniencia pública en los dos ramos á que se refieren; tambien en la materia de que nos ocupamos será preciso que se modifiquen, si no queremos que se causen mas daños que los que deseamos evitar.

En el *retracto de comuneros* y en el que compete por razon de la *enfiteúsis*, puede demostrarse palpablemente esta verdad, como lo haremos ver al entrar en el examen

de cada uno de ellos en particular; bastando ahora observar que la mayor utilidad que prestan éstos sobre los demás ha dado lugar á que se fundara sobre ella el orden de prelación que establecen las leyes cuando concurren á retraer una misma cosa diferentes personas, y no es una misma la clase de retracto que tratan de utilizar.

En qué consista este orden, lo haremos ver á continuación.

Orden de prelación entre los retractos.

Segun la ley 8.^a, tit. XIII, lib. X, Novis. Recop., el orden de prelación cuando concurren á retraer una misma cosa tres clases de personas, de las cuales una tenga este derecho por razon de la *enfitéusis*, otra por tener parte en la cosa como *condueño*, y otra por razon de *parentesco con el vendedor*, consiste en ser preferida la que tenga el dominio menos pleno, ora sea el directo, ora el útil; en defecto de ésta el que tenga parte en la cosa como *condueño*, y últimamente el pariente mas próximo del vendedor.

Del contesto de esta ley aparece desde luego, que el que tenga este derecho por razon de parentesco, es siempre postergado á las personas que lo gozan por los otros títulos espresados; pero no es tan evidente el orden que haya de guardarse, cuando concurren solamente los dueños directo ó útil con el que tenga parte en la cosa en calidad de consócio de alguno de estos dos dominios; único modo á nuestro parecer, con que ha de entenderse la concurrencia de estas dos clases de retrayentes, por ser imposible que concorra un *condueño* absoluto de la cosa con otro á quien se le suponga tener el dominio directo y útil en la misma.

Quedando, pues, reducida la cuestion á saber quién es preferido cuando concorra un consócio en el dominio útil con el señor directo, ó un consócio en el dominio directo con el señor útil, diremos, que en el primer caso es preferido el *señor directo*; en el segundo, el *útil*.

La razon de lo primero es, porque uno de los derechos del dueño directo consiste en poder retraer toda la finca

cuando, siendo uno solo el que tiene el dominio útil, la vendiese: luego el mismo derecho debe conservar cuando, siendo varios los condueños útiles, vendiese su parte uno de ellos.

En cuanto á lo segundo, baste atender que es un bien económico la consolidacion del dominio útil con el directo, y verificándose esta circunstancia dando la preferencia al dueño útil en concurrencia con un consócio del dominio directo, porque en la parte en que se excluye al consócio de este dominio hay ya una consolidacion, resulta demostrado el haber de ser preferido el dueño útil al consócio en el dominio directo.

Hechas ya estas observaciones, pasaremos á examinar las disposiciones de las leyes sobre cada uno de los retractos en particular, empezando por el retracto *gentilicio*, que será la materia del siguiente párrafo.

§. VIII.

Naturaleza y origen del retracto gentilicio.

Antes de manifestar en qué consiste la naturaleza del *retracto gentilicio*, séanos lícito observar que, para que mas fácilmente pueda comprenderse la doctrina de las leyes relativas á éste y los demás retractos, las dividiremos en dos clases, á saber: unas que son propias y particulares á cada retracto, y otras que son comunes á todos ellos.

Principiando por las primeras, toda la materia que ha de examinarse está reducida á determinar:

- 1.º Su naturaleza.
- 2.º Las cualidades de las personas que tienen intervencion en el retracto de que se trata.
- 3.º Las cosas que son su objeto.

Bajo este supuesto, y atendiendo nosotros que al clasificar los retractos en el párrafo anterior, se ha colocado en primer lugar el llamado *gentilicio*, de *abolengo* y de *sangre*, empezaremos por él manifestando cuál sea su naturaleza, y su origen y utilidad.

Naturaleza del retracto gentilicio.

Se entiende por retracto de abolengo ó de sangre, *el derecho que compete á los parientes mas próximos del vendedor dentro del cuarto grado, para adquirir para sí los bienes raíces de sus abuelos ó padres que hubiera enagenado, ofreciendo al comprador el mismo precio por el que los habia comprado.*

Origen de este retracto.

Su origen es muy antiguo; pues ya se hace mencion de él en la Sagrada Escritura, segun consta en el libro del Levítico, cap. 25, vers. 25.

Tambien fué conocido entre los romanos, como se deduce de la ley 16, tit. v, lib. 42 del Digesto, si bien fué despues reprobado en general este derecho por considerarse como una grave injuria hecha al comprador, el obligarle á devolver lo que ya habia adquirido, segun espresa la ley 14, tit. xxxviii, lib. iv del Código.

En España se halla igualmente admitido desde los tiempos de la legislacion foral, aunque no con aquella estension que tuvo despues, pues lo vemos limitado en un principio á solo los casos en que la venta se hiciera ocultamente, como consta de los fueros de Salamanca y Zamora.

Por la ley 4.^a, tit. i, lib. iv del Fuero Viejo, se concedió esta facultad á los parientes sin limitacion, presentándose dentro de nueve dias desde que fué hecha la venta; pero en donde aparece mas esplicita es en la ley 13, tit. x, lib. iii del Fuero Real, de la cual tomaron algunos autores motivo para suponer que este Código fué el primero que habia establecido este derecho.

El Ordenamiento de las Córtes de Nieva y luego despues las leyes de Toro, hicieron á él algunas aclaraciones, las cuales, habiéndose incorporado en el tit. xiii, lib. x, Novis. Recop., forman en la actualidad la jurisprudencia que ha de seguirse en cuanto á este retracto.

Su utilidad.

El objeto de su institucion fué el concentrar los bienes en la familia, y evitar además á las personas el sentimiento de verse privadas de los bienes de sus antepasados, por los que naturalmente se tiene una particular aficion; y aunque mirado bajo este aspecto, nadie habrá que repuebe este pensamiento del legislador, sin embargo, como el bien que se quiere procurar no puede quedar compensado con los males que de ella se originan, por las trabas que se ponen á la propiedad y al libre uso del comercio, de aquí el haberse considerado generalmente este retracto como perjudicial, y digno en tal concepto de que desaparezca de nuestra legislacion, como lo ha hecho ya el proyecto del Código civil, en el cual se halla enteramente suprimido.

Mas, como mientras se realiza este pensamiento, no podemos prescindir de lo que las leyes arriba citadas tienen establecido, continuaremos el exámen de sus disposiciones relativamente á las cualidades de las personas que tienen intervencion en este retracto, para poder de este modo determinar sus derechos.

§. IX.

Cualidades de las personas que intervienen en el retracto gentilicio.

No siendo una misma la consideracion que gozan las personas á que se refieren las leyes al determinar los derechos que les correspondan relativamente al *retracto gentilicio*, trataremos de ellas por el orden siguiente:

- 1.º Personas que pueden intentar este retracto.
- 2.º Contra quiénes ha de intentarse.
- 3.º Cuáles son las que entre los mismos parientes tienen la preferencia.
- 4.º Quiénes no pueden utilizar este retracto.

Personas que pueden intentar el retracto gentilicio.

Las personas que pueden intentar el retracto *gentilicio* ó de *abolengo*, son los parientes dentro del cuarto grado del que vendió los bienes raíces de sus padres ó abuelos, con tal que aquellos descendan también del ascendiente de quien proceda la cosa vendida, como se colige de las palabras de la ley 1.^a, tit. XIII, lib. X, Novis. Recop., que dice: *Todo hombre que heredad de patrimonio ó abolengo quisiere vender y alguno de aquel abolengo la quisiere comprar tanto por tanto etc.*

Segun aparece, pues, de las citadas palabras de la ley, podrán retraer los descendientes legítimos del dueño de los bienes vendidos, como asimismo los colaterales, sin distincion en unos y otros de agnados y cognados ni tampoco de sexo ni edad, pudiéndolo hacer los tutores y curadores por los que fueren menores, y por los ausentes sus procuradores si tienen para ello un poder especial.

También podrán retraer los parientes que no fueran legítimos, si pertenecieren á la clase de los llamados *naturales*; porque, aun cuando no hay ley que espresamente los escluya ni que los admita al goce de este derecho, los vínculos de la sangre, la equidad y el estar llamados por la ley en las sucesiones de sus padres, á falta de hijos legítimos, nos parece bastante motivo para comprenderlos en la disposicion antes citada.

Algunos estienden este derecho á los hijos espúreos, lo cual entendemos que no puede admitirse, al menos en cuanto á los bienes de aquel que suponen ser su padre, en razon de que, no constando en éstos la cualidad de hijos, ni reputándose por personas de la familia de los que dicen ser sus ascendientes, falta la causa que tuvo presente la ley para conceder este derecho.

Prescindiendo de esta observacion, y fijándonos en los primeros que hemos espresado, podrán usar del derecho de retracto aunque hubieran sido justamente desheredados ó hubieran ellos renunciado á la herencia de sus pa-

dres ó ascendientes, puesto que ni por la desheredacion ni por que los hijos renuncien la herencia, se pierden los derechos de la sangre en virtud de la cual les compete el retracto.

Finalmente, tampoco obsta que sean clérigos ó personas eclesiásticas para que puedan retraer, ni para que vendiendo éstas los bienes de sus ascendientes, no puedan sus parientes legos utilizar el retracto, como lo prueba Antonio Gomez en la ley 70 y siguientes de Toro, que podrá consultarse del mismo modo que los comentarios del Sr. Llamas á las citadas leyes, en donde se encuentran resueltos dichos casos en el sentido explicado.

A éstos añaden tambien el del juez que, no obstante de no poder comprar ni vender bienes raices en el territorio de su jurisdiccion, sin embargo, convienen uno y otro comentador en que puede retraer, por razon de que con este acto no se entiende que celebra ningun contrato, sino que solo se subroga en lugar del comprador.

Un solo caso es en el que no estamos conformes en sus doctrinas, y es, con respecto al condenado á muerte, del cual admitimos que puede tambien retraer, cuando los autores citados entienden que solo lo puede verificar en el caso de ser condenado á muerte civil, ó en el caso en que, siéndolo á muerte natural, hubiere apelado de esta sentencia, ó se hallare dentro del término en que se puede apelar.

La razon que tenemos para disentir en este caso es, porque en la actualidad no existe la incapacidad para *adquirir y contratar* en que incurrian antiguamente los criminales con motivo de esta pena; y aun en los que son condenados á cadena cuando lleve aneja la interdiccion civil, entendemos que tampoco están incapacitados para retraer, por limitarse únicamente la incapacidad para poder ser tutores, ejercer la autoridad marital, administrar los bienes y disponer de ellos *inter vivos*, como espresa el art. 41 del Código penal.

Resulta, pues, de lo dicho, que reuniendo uno la cualidad de pariente dentro del cuarto grado del vendedor, y siendo al mismo tiempo descendiente de aquel de quien

proceden los bienes vendidos, podrá retraer, sin que obsten las circunstancias espresadas, segun hemos demostrado.

Veamos ya contra quiénes pueden éstos retraer.

¿Contra quiénes compete el retracto?

Es una cuestion entre los comentadores de nuestro derecho, si vendiéndose la finca á un pariente, pueda retraerla de éste otro mas cercano.

Antonio Gomez, Hermosilla, Matienzo y otros sostienen la afirmativa, fundándose para ello en que ni el vendedor ni nadie puede privar á otro del derecho que le conceden las leyes; y como éstas dan la preferencia para adquirir la cosa al pariente mas próximo sobre el remoto cuando concurren ambos á retraer la cosa vendida á un extraño, infieren que tambien la debe tener para adquirirla cuando se hubiera vendido á un pariente, estando éste en grado mas remoto.

Fundados en esta razon, añaden dichos autores, que hallándose dispuesto por la ley 1.^a, tit. xiii, lib. x, Novísima Recopilación, que, cuando concurren dos parientes de igual grado á retraer hayan de dividir entre sí la finca vendida, pueda tambien por lo mismo en caso de venderse á un pariente, retraer de éste la mitad otro pariente de igual grado.

Los jurisconsultos Acevedo y Sala admiten la opinion de los intérpretes antes citados en cuanto á la primera parte, pero no la admiten en cuanto á esta segunda, por no creer que les favorece, ni la odiosidad de este retracto en virtud de la cual debe restringirse mas bien que ampliarse este derecho, ni mucho menos el contesto de la ley 55, tit. v, Part. 5.^a, en la que, negándose en el retracto de condueños el que, habiendo vendido un consócio á otro su parte puedan retraerla los demás, debe asimismo negarse á un pariente de igual grado que el comprador, el que pueda retraer la mitad de la finca que otro pariente en el mismo grado compró.

Nuestra opinion, siguiendo al Sr. Llamas, es, que la

facultad de retraer solo compete al pariente cuando la finca ha sido vendida á un extraño, pero no cuando hubiere sido vendida á otro pariente aunque fuere de grado mas remoto que aquel que quiso retraerla.

Muévenos á seguir esta opinion, el que la ley 2.^a, titulo XIII, lib. x, Novis. Recop., para manifestar la preferencia que tiene el hijo del vendedor sobre un hermano de éste, cuando concurren ambos á retraer, presenta prácticamente el caso en términos de dar á entender, que esta facultad solo puede ejercerse cuando la finca se vendiere á un extraño, como aparece de las siguientes palabras: *La ley del Fuero concedió al pariente mas propinco este derecho, y acaece que uno tiene una heredad que fué antes de su padre y habiéndola vendido á un extraño, etc.*

Hablando, pues, la ley en el caso que propone, de la venta que se hiciere á un extraño, y siendo el retracto un derecho odioso porque restringe el libre uso del propietario para disponer de sus cosas, no debe estenderse á mas de lo que sus palabras espresan; fuera de que, siendo el objeto del retracto *gentilicio* el que los bienes no salgan de la familia, segun se ha dicho, y consiguiéndose esto por la venta hecha á un pariente dentro del cuarto grado, no hay necesidad de que los mas próximos hayan de retraer, y mucho menos los que se hallan en igual grado que el comprador.

La preferencia que da la ley á los parientes mas inmediatos del vendedor, como ásimismo el derecho de partir la finca si es posible, cuando la pidan dos que estuvieran en igual grado, ha de entenderse del caso en que unos y otros concurren dentro del tiempo señalado á usar de su derecho, pero no cuando uno de los que pueden retraer la hubiere comprado; de otro modo, se debia obligar al que la hubiese heredado á entregarla al pariente mas inmediato, lo cual no puede admitirse.

Por último, debemos advertir que el retracto legal solo tendrá lugar contra tercero en el caso de que éste no hubiere inscrito su derecho en el registro, mas no en el caso de que hubiere llenado esta formalidad. (Art. 38).

Entendiéndose, pues, la preferencia que dan las leyes

á los parientes entre sí, del caso en que concurrieran varios de ellos á retraer la finca vendida á un extraño, veamos ya qué parientes son los que la gozan.

Qué parientes gozan de preferencia.

Gozan de preferencia para retraer los parientes mas próximos, siendo ésta tal, segun lo dispuesto en la ley 13, tit. x, lib. III del Fuero Real, que solo el mas inmediato, absolutamente hablando, era el que podia utilizar el retracto, quedando salva la venta sin pasar este derecho al siguiente en grado, á no ser que el que lo fuera mas próximo estuviera ausente del lugar del contrato, en cuyo caso podia demandar la finca otro de su linage, como espresa la citada ley.

Las leyes de Toro dieron mas estension á este derecho, estableciendo, que no queriendo ó no pudiendo el pariente mas próximo usar del retracto, pase esta facultad á los siguientes por su orden y proximidad hasta el cuarto grado, que es lo que actualmente se observa. Ley 7.^a, tit. XIII, lib. x, Novis. Recop.

Qué computacion es la que ha de seguirse para contar los grados, no lo ha determinado la ley, y de aqui la diversidad de opiniones entre los intérpretes del derecho.

A nosotros nos parece que debe ser la civil, ora por tratarse de una cosa profana cuales el retracto, segun indicamos ya en el §. VII, leccion 6.^a, tratado I, refiriéndonos á la ley 3.^a, tit. VI, Part. 4.^a; ora tambien porque, siendo ésta una materia odiosa, debe restringirse, no obstante que segun la ley recopilada citada hay lugar á suponer que ha de seguirse la computacion canónica, por ser mas las personas á que hace referencia que las que pueden quedar comprendidas siguiéndose la computacion civil, como así se colige de las varias veces en que se halla repetida la palabra *grado*, segun observa Parladorio en la *diferencia* 109, §. III, núm. 14 y siguientes.

Prescindiendo de esta cuestion, y fijándonos en la proximidad del parentesco, que es lo que constituye la preferencia para el retracto, diremos, que ésta ha de entenderse

con respecto al vendedor, como así lo declaró la ley 2.^a, tit. XIII, lib. X, Novis. Recop., sin diferencia entre los parientes que sean de *doble vínculo* y los de solamente de parte de padre, ni que pueda alegarse para la esclusión de los que fueren mas próximos el venir al retracto no por derecho propio, sino en representacion de otra persona que, si viviese, tendria dicha cualidad.

Lo primero se demuestra fácilmente con solo atender á la causa de haberse introducido el *retracto gentilicio*, la cual, siendo como ya se ha dicho, el evitar el sentimiento de verse privadas las personas de los bienes de sus antepasados por los que se tiene una particular afición, y militando esta razon en todos aquellos que descienden de aquel de quien se derivan los bienes vendidos, sin distincion entre los de *doble vínculo* y los de *un solo lado*, es claro á todas luces, que no debe admitirse entre unos y otros ninguna preferencia, sino solo la que da la proximidad del parentesco.

El que en algunos casos sea aplicable al derecho de retraer lo que se establece para la sucesion intestada, que es el argumento de que se valen los que siguen la opinion contraria, no debe servir de motivo para dar preferencia en el retracto á los parientes de *doble vínculo*, y la razon es, porque en la sucesion se entra á heredar en los bienes del difunto sin consideracion á aquel de quien los adquirió, y es consiguiente que, rigiendo en ella el principio de haber de ser preferidos los que mas estrechamente estuvieren unidos con él, y no habiendo duda que lo son los que están unidos por ambos lados, deban éstos ser preferidos, segun manifestamos en el §. VII, leccion 19, tratado II: mas en el derecho de retraer, como éste se concede en los bienes que se reclaman por proceder ellos de los padres ó abuelos, los cuales lo son al mismo tiempo, tanto de los consanguíneos por ambos lados como de los que fueren de uno solo, no hay razon alguna para que se establezca entre ellos ninguna preferencia.

Lo segundo, ó que tampoco tiene lugar en los *retractos de sangre* el derecho de representacion, se prueba por las leyes 1.^a y siguientes, tit. XIII, lib. X, Novis. Recop., las

cuales, llamando con preferencia para retraer á los parientes mas próximos, como hemos manifestado, dieron bastante á entender que no admitian este derecho, pues de otro modo lo hubieran espresado, así como lo hicieron la ley 5.^a, tit. xiii, Part. 6.^a, con respecto á la sucesion intestada de los descendientes; la 2.^a, tit. xx, lib. x, Novísima Recop., con respecto á la de los colaterales; y la 5.^a, y 9.^a, tit. xvii de este libro, relativamente á la sucesion en el mayorazgo.

Además que, habiendo la ley 7.^a, tit. xiii del mismo libro, limitado el derecho de retraer á los parientes que estuvieren dentro del cuarto grado, solo los que acrediten esta circunstancia podrán reclamar los bienes que son objeto de este retracto, lo cual no siempre podria probarse en persona propia si se admitiera el derecho de representacion.

Solo en el caso de concurrir los parientes legítimos con los naturales, es en el que podrán ser preferidos los de grado mas remoto, pues, no perteneciendo estos últimos á la familia de aquel de quien proceden los bienes, serán escludidos de este derecho siempre que haya parientes legítimos que reclamen, cualquiera que sea su grado.

Si los que concurren á usar de este derecho estuvieran en igual grado de parentesco, todos serán admitidos y podrán dividirse entre si la finca como dispone la ley 1.^a, tit. xiii, lib. x, Novís. Recop., si es que tiene cómoda division, ó en caso de no tenerla, podrán licitarla llevándosela el que mas ofreciere por ella, como opinan los autores.

De lo dicho resulta, que solo pueden retraer los parientes del vendedor dentro del cuarto grado, siendo preferidos los mas próximos si quisieren para si la cosa y la reclamaren en tiempo hábil, aun cuando se hubiere anticipado á pedirla otro de grado mas remoto; así como tambien podrá reclamar la mitad, presentándose en dicho tiempo, el que fuere igual en grado á aquel que se anticipó á pedir el retracto.

En uno y otro caso no encontramos la diferencia que suponen algunos entre presentarse despues de intentado el

retracto y hacerlo despues de verificado no habiendo trascurrido el término legal; pues no creemos que este segundo caso sea el mismo que aquel en que se hubiera vendido la cosa á un pariente del cual ya no se puede retraer, que es la razon que se alega para proponer esta distincion.

No siendo las personas de la clase espresada, ninguna otra podrá retraer; pero, como no obstante, se ofrecen algunas dudas respecto á la trasmision de este derecho en casos determinados, de aqui el que se examine separadamente quiénes no pueden retraer.

Qué personas no pueden retraer.

Dos principios son los que debemos sentar para determinar las personas que no pueden retraer: 1.º, que el derecho de retracto es personalísimo; y 2.º, que este derecho se introdujo para que no saliera la cosa de los que siendo parientes del vendedor lo fueran tambien de aquel de quien procede la cosa.

De estos principios resulta, que no puede retraer aquel á quien el pariente hubiera cedido este derecho, á no ser en el caso en que el cesionario fuera tambien pariente dentro del cuarto grado, que entonces podrá retraer en calidad de tal, pero sin perjuicio del que fuere mas cercano, aun cuando no lo sea éste respecto al que hizo la cesion.

Tampoco puede retraer el heredero del que tenia este derecho, siendo extraño, aunque el pariente hubiere fallecido dentro del término en que podia retraer, á no ser que habiendo ya gestionado sobre el retracto y moviéndose pleito sobre él, se hubiere contestado la demanda; pues en tal caso, puede ya retraer por razon del cuasi contrato que produce la contestacion del pleito, del cual ya no puede separarse sino con consentimiento del otro litigante.

Ultimamente, tampoco puede retraer el convento ó monasterio en que hubiere profesado el pariente, porque además de no poder representar las comunidades á los religiosos en lo que es personalísimo de éstos, se añade que

ni estas personas son capaces de derechos, ni tampoco los monasterios pueden adquirir los bienes raíces á que pudieran referirse el retracto.

Examinada la doctrina de las leyes respecto á las personas á quienes se concede el derecho para retraer las cosas que un pariente hubiera vendido, pasaremos á determinar, segun las mismas leyes, cuáles son las que se consideran como objeto del *retracto gentilicio*.

§. X.

Qué cosas son objeto del retracto gentilicio.

Para determinar las cosas que son objeto del *retracto gentilicio*, hay que atender: 1.º, á si reúnen los requisitos que las leyes exigen para que se consideren como tales; y 2.º, á si es una ó muchas las que se venden de una vez.

Empezando por la esplicacion de los requisitos que han de reunir, los que las leyes exigen son los siguientes:

1.º Que las cosas sean *raíces*.

2.º Que sean patrimoniales, ó procedentes de abuelo.

3.º Que no hayan perdido esta cualidad al salir del poder de su dueño.

Que las cosas sean raíces.

El primer requisito que exigen las leyes para que las cosas sean objeto del *retracto gentilicio* es, que las cosas sean *raíces*.

Así lo demuestra la ley 1.ª, tit. XIII, lib. X, Novísima Recopilacion, con el hecho de haber usado de la palabra *heredad* al espresar el modo como haya de utilizarse este retracto; pues aunque pudiera alegarse que tambien en la ley 4.ª y siguientes del mismo título se halla usada la palabra *cosa* en general, bajo la cual se comprenden tanto las *inmuebles* como las *muebles*; sin embargo, como el objeto de las citadas leyes es solo disponer para aquellos puntos que la ley 1.ª no espresó, no es de suponer que al usar de

la palabra *cosa*, quisieran separarse de las que en la dicha ley 1.^a se designan, y sobre las cuales no se habia promovido ninguna cuestion.

Que así deba entenderse, lo confirma el haber usado tambien de la palabra *heredad* para denotar las cosas raíces, la ley 4.^a, tit. 1, lib. iv del Fuero Viejo, del mismo modo que los demás fueros municipales, como el de Salamanca y Zamora arriba citados; y de ésta se vale igualmente la ley 230 del *Estilo*, cuando al hablar de la práctica del Reino de Leon acerca de este retracto, dice así: *En la tierra de Leon, las heredades é las otras raíces que vienen de patrimonio ó de abolengo, y las vende aquel cuyas son, etc.*

Refiriéndose, pues, dichas leyes á *heredades y cosas raíces* al hablar del caso de utilizar el *retracto gentilicio*, y siendo odioso este acto, no hay duda que solo las cosas *inmuebles* y no las *muebles* deben ser objeto de este retracto.

Que las cosas sean de patrimonio ó de abolengo.

Es una cuestion entre los autores del derecho, si basta para retraer que la cosa vendida sea solo del padre, ó de solo el abuelo, ó se requiere que haya de ser de uno y otro; y aunque no faltan razones sacadas de las mismas leyes con que sostener cada una de estas opiniones, lo que á nosotros nos parece que deba seguirse es, que ni basta que la cosa vendida sea solo del padre, ni es tampoco necesario que sea del padre y del abuelo.

No basta que sea solo del padre, porque si éste hubiere adquirido una cosa con su trabajo ó industria ó por contrato, y en vida la vendiere á un extraño, es claro que no debió ser su voluntad que constituyera su *patrimonio*, pues de otro modo no la hubiere enagenado; y como la ley 1.^a y siguientes del tit. xiii, lib. x, Novis. Recop., establecen generalmente que para intentar este retracto haya de ser la *heredad*, ó del *patrimonio* ó de *abolengo*, esto es, que haya de formar parte de la herencia despues de la muerte de uno ú otro, inferimos que no es suficiente la circunstancia

de haber sido del padre la cosa que éste vendiere, para que el hijo ó cualquier otro descendiente dentro del cuarto grado la pueda retraer.

Ni tampoco es necesario que haya sido del padre y del abuelo para que sea objeto de este retracto; porque, si viviendo el abuelo hubieran fallecido sus hijos, y á su muerte entraran á suceder los nietos si los hubiere, en tal caso, si alguno de éstos vendiera alguna de las fincas que le tocaron en la division, los demás nietos podrán retraerla, no obstante de no haber pertenecido al patrimonio de su padre premuerto al abuelo, en razon á que la ley 1.^a y siguientes del tit. XIII, lib. X, Novis. Recopilacion, establecen de un modo alternativo el que las cosas vendidas hayan de ser, ó del *patrimonio* ó de *abolengo*, para que puedan retraerse.

No bastando, pues, que la cosa vendida haya sido del padre, ni siendo necesario que antes haya sido de éste y del abuelo, la regla general que ha de observarse para saber si hay ó no lugar al retracto es, que si un padre adquirió con su trabajo ó industria una cosa, y la vendiera á un extraño, no habrá lugar á retraerse, porque falta la condicion de la ley de haber de ser de *abolengo* cuando la vendiere el padre; pero si lo que adquirió éste con su trabajo lo poseyó hasta su muerte formando parte de su herencia, será entonces objeto del retracto, si el hijo á quien se adjudicó lo vendiere, porque entonces queda cumplida la condicion de la ley de ser del patrimonio del padre lo que se enajenase.

Una cuestion, sin embargo, se promueve, yes, si el padre ó el hijo que adquirieron la cosa por muerte de su padre respectivo, han de haber entrado en ella como *herederos* y no como *legatarios* ó *mejorados*.

Da lugar á ella el haber dicho la ley 3.^a, tit. XIII, lib. X, Novis. Recop., que el retracto solo compete en los bienes *heredados* y no en los adquiridos por el vendedor por contrato ó de cualquiera otra manera; y aunque autores muy respetables sostienen que bajo la palabra *heredados* se comprenden únicamente los adquiridos por título de *herencia* y no los adquiridos en calidad de *mejora* ó de *lega-*

do, á nosotros nos parece que este concepto es equivocado.

La razon la encontramos en la esplicacion que acabamos de hacer al manifestar que ni hasta para el retracto que la cosa vendida sea solo del padre, ni es necesario que haya estado en poder de éste y del abuelo; porque puede suceder, segun se ha demostrado, que, siendo dueños de las cosas los que las vendieren, no sean del *patrimonio* del padre y del abuelo, que es la circunstancia que exige la ley.

Ahora bien: como la palabra *patrimonio* entre los latinos significa propiamente *quod novis á parentibus relictum est, et á maioribus óbvenit*, segun dice Ciceron, lib. II, epist. 16; y tanto viene de nuestros padres lo que adquirimos por titulo de *herencia* como de *mejora* ó de *legado*, hemos de inferir, que no solo los bienes *heredados*, tomada esta palabra en sentido riguroso, sino tambien los adquiridos por titulo de *mejora* ó de *legado*, serán objeto del retracto.

Que éste sea el sentido de la ley, lo deducimos del objeto que se propuso, que no fué otro, sino el evitar los pleitos que, segun dice la misma, se suscitaban, por considerar algunos que bastaba para intentar el retracto el haber vendido algun pariente los bienes que tuvo en su poder, cuando es sabido que no siempre proceden del *patrimonio* ó de *abolengo*, que es solamente la circunstancia que la ley 1.^a, tit. XIII, lib. X, Novis. Recop. exige.

Además, que la palabra *heredados* á que se refieren los que sostienen la opinion contraria, puede muy bien aplicarse á los bienes adquiridos por un titulo singular, de lo qual pueden presentarse varios ejemplos de las leyes romanas, en las que bajo la palabra *heredero* no se comprende solo al sucesor en todos los bienes del difunto, sino tambien al que sucediere en una cosa determinada, como lo declaró la ley 24, §. I, tit. II, lib. XXXIX, y mas generalmente la ley 170, tit XVI, lib. I del Digesto, cuando explicando el significado de *heredero*, dice que en él se comprenden toda clase de sucesiones.

Que no hayan perdido la cualidad de patrimoniales.

El tercer requisito para que las cosas sean objeto del *retracto gentilicio* es, que no hayan perdido la cualidad de *patrimoniales* al salir del poder de su dueño.

Este carácter lo pierden las cosas, cuando habiéndolas vendido á un extraño el pariente á quien pertenecian, no haya usado del derecho de retracto ningun otro pariente dentro del término legal.

La razon es, porque una vez pasado este término sin haberse intentado el retracto, queda asegurado el comprador en la posesion y dominio de la cosa comprada y con derecho para disponer de ella con la misma libertad que las que formarán su patrimonio; y como, hecha ya la cosa de libre enagenacion, permanece siempre con este carácter aunque volviera despues al pariente que la vendió, segun lo demuestra la ley 90, tit. II, lib. XXIX del Digesto con el ejemplo de los bienes castrenses, que dejan de considerarse como tales cuando han mudado de poseedor, resulta probado, que únicamente serán objeto del *retracto gentilicio* las cosas *patrimoniales*, mientras no hayan perdido esta cualidad.

Sin embargo, si la cosa volviera á poder del vendedor en virtud de resolucion de la venta, como, por ejemplo, por haberse vendido con el pacto de *retroventa* ó con el de la *ley comisoría*, quedará sujeta al retracto cuando se vendiera de nuevo, porque entonces recobra ella su antiguo carácter por efecto de la misma venta, segun así se deduce de la doctrina de la ley 10, tit. VI, lib. XX del Digesto, al disponer que, rescindida la venta que con consentimiento del acreedor hubiera hecho el deudor de la cosa dada en prenda, revive otra vez el derecho del acreedor sobre ella.

Con lo dicho nos parece que podrán comprenderse los requisitos que las leyes exigen para que las cosas sean objeto del *retracto gentilicio*.

El otro punto que hemos de considerar, se reduce á si es una ó muchas las cosas que se han vendido de una vez, para saber en este último caso si son todas las que se deben retraer.

Modo de retraerse las cosas cuando se vendieren muchas de una vez.

Para saber cómo han de retraerse las cosas en el caso en que se vendieren muchas juntamente, hay que distinguir si se vendieron todas por un solo precio, ó si lo fué designando á cada una su valor determinado.

En el primer caso, no puede sacarse una y dejarse las otras, sino que, ó se han de retraer todas ó ninguna: en el segundo, puede sacarse de entre ellas la que quisiere el retrayente. Ley 5.^a, tít. XIII, lib. x, Novis. Recop.

La razon de esta disposicion, segun la doctrina de algunos intérpretes, es porque, cuando se venden muchas cosas por un solo precio, no consta positivamente el que corresponde á cada una; y como otra de las solemnidades relativas á la forma del retracto es la consignacion del precio en que se vendió la cosa que se quiere retraer, era consiguiente que la ley prohibiera que pudieran retraerse las unas sin las otras. No sucede lo mismo cuando á cada una se le hubiere señalado un precio determinado, y de aqui el haberse dispuesto que puedan retraerse las unas dejando las demás.

Otros intérpretes fundan dicha disposicion, en que en el primer caso solo hay una venta; y asi como siendo una la cosa vendida no se admite el retracto en una parte de ella, tampoco debia permitirse que, siendo muchas las vendidas por un precio, pudieran retraerse unas sin las otras. Por el contrario, cuando á cada cosa se hubiere señalado su precio habrá tantas ventas cuantas fueran las cosas; y como en el caso de ser una la cosa vendida, es libre aquel á quien compete el retracto de hacer ó nó uso de este derecho, lo debe ser tambien para retraer la que quisiere, cuando, siendo muchas las cosas vendidas, se hubiere señalado á cada una su precio.

No obstante estas razones, y sobre todo el haberlo así dispuesto la ley, los autores presentan algunas escepciones que no tenemos inconveniente en admitir, por estar

fundadas en la equidad ó en la misma doctrina de las leyes.

Tales son:

1.^a Cuando, á pesar de haberse vendido muchas cosas señalándose un precio á cada una, el comprador no hubiera tomado las unas sin las otras; pues en tal caso, podría perjudicarse á éste, si no se le obligaba al pariente á retraerlas todas.

2.^a Cuando en pago de una deuda, cuyo acto da tambien lugar al retracto, segun mas adelante observaremos, se dieran dos ó mas fincas aun bajo el supuesto de hallarse tasadas separadamente; puesto que considerándose el débito como una obligacion indivisible, y habiéndose conve-nido el acreedor en recibir las fincas en lugar de la cantidad que se le adeuda, seria obligarle á cobrar por partes, si se permitiese que pudieran retraerse las unas sin las otras.

3.^a En el caso en que, juntamente con la finca patrimonial, se vendiera otra que no está sujeta á retracto, si bien podrá retraerse aquella tasándola antes los peritos para dar su valor al comprador, sin embargo, si éste no hubiere comprado la libre sin la patrimonial, estará igualmente tenido el pariente á retraer la una y la otra, si lo exigiere el comprador.

Con ello hemos concluido el exámen de las disposiciones particulares relativas al *retracto gentilicio*; y continuando en el órden propuesto en el §. VII, pasaremos á examinar brevemente lo que acerca del retracto de *comuneros* ó de *condueños* establecen las leyes.

§. XI.

Doctrina de las leyes acerca del retracto de condueños.

Antes de examinar las disposiciones relativas á este retracto, será conveniente el que quede determinada su naturaleza, para lo cual empezaremos por su definicion.

Se entiende por retracto de comuneros ó de condueños, *el derecho que compete á los que tienen el dominio sobre una cosa que poseen en comun, para adquirir para sí la*

parte que alguno de los consócios hubiera vendido á un extraño, dando al comprador el mismo precio que satisfizo, en lugar del cual queda subrogado (1).

Segun aparece de esta definicion, para que tenga lugar este retracto, es necesario que la cosa se posea en comun, esto es, que no se halle dividida físicamente entre los consócios, porque si por cualquier signo constase el haberse hecho señalamiento de partes, dejaria desde luego de existir la comunidad y no procederia el retracto.

Aunque en realidad presenta tambien el de esta clase muchos inconvenientes, porque la inseguridad con respecto á la eficacia de la venta impide la concurrencia de compradores y el que se saque de la parte vendida lo que naturalmente se ofreceria por ella si no tuviera esta traba, sin embargo, como las ventajas que este retracto produce superan á los inconvenientes enunciados, no debe calificarse en el mismo sentido que el *retracto gentilicio*, si que antes al contrario, debe considerarse mas bien útil que perjudicial.

En efecto, por él se consigue que llegue á extinguirse la comunidad de bienes que tantos obstáculos presenta para la creacion de la riqueza, ora por ser origen la comunión de continuas discordias entre los sócios, ora tambien por la inaccion que siempre se nota en éstos de mejorar la cosa comun, por no recibir el que promoviere la mejora el fruto de sus dispendios y desvelos.

Atendiendo á estos inconvenientes, dictaron las leyes romanas algunas disposiciones dirigidas á impedir la comunidad de bienes, tales como las que constan en las leyes 14, tit. III, lib. X; y LXX, tit. II, lib. XVII del Digesto, en las que se prohíbe cualquier pacto y disposicion testamentaria que tienda á perpetuarla; é igualmente, omitiendo otras muchas, la contenida en la ley 1.ª, tit. XXXVII, lib. III del Código, en la que se dan reglas para que en el caso de vender un sócio la parte que tuviere en la cosa comun, puedan los demás evitar que continúe la comunidad con el que la hubiera comprado.

(1) Arts. 1450 y 1451.

Este mismo pensamiento encontramos consignado en las leyes de Partidas, en las que, consiguiente á la doctrina que espresa la ley 1.^a, tít. xv, Part. 6.^a, relativamente á los males que produce la comunión de bienes, se hallan varios acuerdos ó resoluciones dirigidas á impedir que continúen las cosas en comun; siendo entre otras, la de conceder el derecho de *tanteo* ó de preferencia á los sócios sobre los estraños cuando un consócio vendiera su parte, y la de prohibir á éste despues de abierto el *juicio de particiones*, el poderla enagenar sin consentimiento de los demás sócios, como dispene la ley 55, tít. v, Partida 5.^a

Aunque no puede negarse la eficacia del medio que propuso esta ley para evitar los males que produce la comunión de bienes, las leyes de Toro creyeron darle mas amplitud, y á imitación de lo que ya venia observándose desde lo antiguo con respecto á la facultad de los parientes para retraer las cosas patrimoniales ó de abolengo, siendo así que no eran de tanta entidad los motivos que habia para esta concesion, acuerdan que debia estenderse dicha facultad á los sócios cuando uno de éstos vendiera su parte á un estraño, quedando con ello constituido el *retracto de los comuneros ó de condueños*, como puede verse por la ley 9.^a, tít. XIII, lib. x, Novis. Recop.

Tal es en breves palabras el origen de este retracto y al mismo tiempo su utilidad, siendo ésta tan evidente á todas luces, que no ha podido menos de incluirlo el nuevo Código entre los retractos que bajo la denominacion de *legales* admite (1), cuales son: el concedido á los coherederos para retraer el derecho que alguno de ellos hubiese vendido antes de proceder á la particion (2); el del copropietario de una cosa comun que no puede dividirse cómodamente ó sin menoscabo, para retraer la parte que alguno de los condueños hubiese vendido á un estraño (3); el del supuesto deudor, cuando se vendiere ó cediere

(1) Art. 1450.

(2) Art. 916.

(3) Art. 1451.

el acreedor su crédito, siendo litigioso, para extinguirlo reembolsando al cesionario (1); y últimamente, el concedido por razón de la enfitéusis á los señores directo y útil, mientras subsistan los censos enfitéuticos, constituidos anteriormente á esta nueva ley (2).

Esta apreciación que hace el nuevo Código del derecho de retracto, en el hecho de consignarlo entre sus artículos, da á conocer la necesidad de habernos de enterar de las disposiciones que rigen en cada uno de ellos; y puesto que sabemos ya en qué consiste la naturaleza del *retracto de comuneros*, pasaremos, siguiendo el mismo orden que el que hemos observado en el *retracto gentilicio*, á examinar las disposiciones que particularmente á él han establecido las leyes, manifestando:

1.º Las personas á quienes y contra quienes compete; y

2.º Las cosas que son su objeto.

Personas á quienes y contra las que compete el retracto de comuneros.

Las personas á quienes compete este retracto, lo son todos y cada uno de los consócios en el dominio de la cosa vendida, sin que la cualidad de tener uno mayor porción que los demás, establezca ninguna preferencia entre los mismos, como lo prueba Antonio Gomez en la ley 70 y siguientes de Toro, núm. 27.

No existiendo, pues, ninguna prelación entre ellos, podrán concurrir al retracto todos los consócios á su voluntad; pero no se dividirán entre sí la cosa por partes iguales, como sucede en el *retracto gentilicio* cuando concurren dos parientes de igual grado á retraer, sino que se la dividirán á prorata de la porción que cada uno tuviere, en razón á que de este modo podrá consolidarse mas prontamente en uno el dominio de la cosa, que es á lo que tiende la ley con la institución de este retracto. Así lo

(1) Art. 1466.

(2) Art. 1563, núm. 7.º

enseñan los intérpretes del derecho, como Matienzo, Acevedo y Gregorio Lopez, con cuya doctrina está conforme el nuevo Código (1).

En el mismo sentido ha de interpretarse el derecho de los consócios en el dominio *útil* ó *directo* de la cosa vendida; con la diferencia, que cuando venda su parte un consócio del dominio *útil*, tendrá solamente este derecho otro consócio, si no la quisiere por el tanto el señor *directo* ó cualquier otro consócio en este dominio; pues si la quisiere, ó concurriere al retracto, será él preferido, segun manifestamos al hablar de la prelacion de los retrayentes, cuya doctrina deberá tambien aplicarse en la *señoría directa* cuando vendiera su parte un consócio en ella.

Finalmente, podrán usar del retracto los consócios aunque la finca estuviere dividida mentalmente, como por mitades, terceras ó mas partes; porque esta division no disuelve la comunidad mientras que por señales manifestos no conste la parte que á cada uno se hubiere adjudicado.

Con respecto á las personas contra quienes compete este retracto, ó de quienes puede retraerse la parte que otro sócio hubiera vendido, como este derecho solo se concede á los sócios cuando alguno de ellos vendiera su parte á un *estranño* á la comunidad, segun lo declaró en cuanto al derecho de *tanteo* la ley 55, tit. v, Part. 5.^a, y en cuanto al derecho de *retracto* la ley 9.^a, tit. XIII, lib. x, Novís. Recop., refiriéndose á la ley de Partidas; es fácil inferir, que solo podrán retraer de los *estraños* y no de los sócios entre sí, aun cuando aquel á quien se hubiera vendido la cosa tuviera una parte muy pequeña en ella, como lo resuelven los prácticos.

Sin embargo, tampoco tendrá lugar en perjuicio de tercero que hubiere inscrito su derecho en el registro. (Artículo 38).

Tal es la doctrina de las leyes respecto á las personas á

(1) Art. 1451.

quienes y contra las que puede intentarse este retracto, segun las han interpretado los jurisconsultos.

Veamos á continuacion cuál es la que ha de seguirse para determinar las cosas que son su objeto.

Cosas que son objeto del retracto de comuneros.

Son objeto de este retracto todas las cosas, ora sean *raices* ó *muebles*, como igualmente los derechos que se posean en comun.

La razon es, porque este retracto se instituyó para evitar los males ó daños que produce la comunidad de bienes; y como tanto se producen quando ésta se refiere á bienes *inmuebles* como *muebles*, segun lo acredita la experiencia, es visto que unas y otras serán objeto de este retracto.

Algunos autores, sin embargo, se han esforzado en probar, que no se estiende este derecho á las cosas *muebles*; pero, como á nuestro parecer no son ciertas las razones de que se valen para demostrarlo, nos confirmamos en lo que llevamos manifestado.

En efecto, no es cierto que la ley 9.^a, tit. xiii, lib. x, Novis. Recop., al decir que: *Si alguno vendiera la parte de alguna heredad que tiene en comun con otro*, etc., dió á entender, que solo las cosas *raices* á que se refiere la palabra *heredad* de que se vale, son objeto de este retracto; porque tambien en la misma ley se usa de la palabra *cosa* en general, quando, al disponer que en este retracto se hayan de observar las diligencias y formalidades que para el *retracto gentilicio* ordenaron la ley del Fuero Real y el Ordenamiento de Nieva, dice así: *De suerte, que lo contenido en estas leyes, haya lugar y se platique en el caso que el condueño quisiere sacar la cosa vendida por el tanto*.

Constándonos, pues, que la ley recopilada usó de la palabra *cosa*, y significándose con ella, tanto las cosas *raices* como las *muebles*, no es cierto que la citada ley solo reconozca á las primeras como objeto de este retracto.

Pudiéramos añadir, que aun en el supuesto de no haber

hecho uso esta ley sino de la palabra *heredad*, podia inferirse lo que se pretende, en razon á que dicha palabra no se halla colocada en la parte *dispositiva* de la ley, sino en la *enunciativa*, y como *por via de ejemplo*, como se colige de las palabras: *Si alguno vendiera la parte de heredad*, etc.; pero no lo creemos necesario, despues de haber manifestado que tambien usa de la palabra *cosa*, la cual cierra la puerta á cuantas suposiciones se quieran hacer sobre aquella.

Ni tampoco es cierto que este retracto sea odioso, porque habiendo probado que son mas las ventajas que produce que los inconvenientes, debe considerarse como una institucion útil y beneficosa, por contener en sí aquella bondad relativa que se exige en las leyes; tanto mas, cuanto este argumento no se utiliza por los autores sino en el supuesto de que la ley recopilada hizo solo uso de la palabra *heredad*, lo cual se ha demostrado ya que es falso.

Probado, pues, que la ley 9.^a, tit. XIII, lib. X, Novisima Recopilacion, se refiere tanto á las cosas *raices* como á las *muebles*, unas y otras serán objeto del retracto de *comuneros*.

Así lo da á entender tambien la circunstancia de poder usar los condueños, tanto del derecho de *tanteo* como del de *retracto*; y como de aquel nadie ha dudado que se estiende á las cosas *muebles*, como lo espresa la ley 55, título V, Part. 5.^a, otro tanto debe decirse del derecho de *retracto* de que habla la ley recopilada, la cual no hizo mas que ampliar el derecho que la de las Partidas habia concedido á los sócios por las causas manifestadas al tratar del origen de este retracto.

Ultimamente, de la palabra *cosa* en general se vale el nuevo Código al espresar la naturaleza y derechos del retracto de *comuneros* (1), lo cual indica que tambien conocieron los jurisconsultos que lo redactaron la necesidad de admitir el retracto de las cosas *muebles* que se posesyeran en comun, mayormente siendo en algunas de és-

(1) Arts. 1450 y 1451.

tas tan interesante este derecho, como lo pueda ser con respecto á las cosas *raices*, cuya comunión es mas frecuente.

El ejemplo de una nave que tan comun es poseerse por varios dueños *pro indiviso*, es suficiente para acreditarlo.

Con lo que acabamos de indicar, queda terminado el exámen de las disposiciones que rigen en cuanto á las partes propias ó privativas de este retracto. El órden pide que se den á conocer las que se dirigen al otro retracto que, por razon de haberse instituido con motivo de la *enfiteúsis*, es llamado con los nombres de *retracto del señor superficial y directo*, ó con el de *dominio menos pleno*, para lo cual empezaremos manifestando cuál sea su naturaleza y origen.

§. XII.

Naturaleza y origen del retracto del dominio menos pleno.

Se entiende por este retracto, *la facultad que compete al señor directo ó útil para ser preferidos á cualquier comprador cuando alguno de ellos hubiere vendido su derecho sobre la finca enfiteútica, dando el mismo precio que éste satisfizo, en lugar del cual se subroga.*

Su origen se deriva de las leyes de Toro que lo instituyeron, por creerse mas ventajosa la reunion en una persona de los dos dominios *directo y útil*, que su separacion.

En efecto, si la necesidad de evitar los obstáculos que impiden la creacion de la riqueza, dieron lugar al *retracto de la cosa comun*, por ser la comunidad de bienes una de las causas que produce aquellos impedimentos, con mucha mayor razon debia concederse este derecho en el caso en que estuvieran divididos entre dos personas los atributos propios del dominio; porque, además de participar de los inconvenientes que lleva consigo la comunión de bienes, de la cual es una especie la concurrencia de varias personas al disfrute de una cosa, se agrava la situacion del poseedor de la finca con el pago de la pension que tiene que satisfacer juntamente con los demás derechos enfiteúticos.

Atendiendo á estos inconvenientes, nadie debe poner en duda la suma utilidad que habia de resultar en procurar reunir en un mismo sugeto estos derechos divididos, y consiguiendo á ello las grandes ventajas de la institucion del derecho de retracto para este caso, por ser él un medio por el que, sin lastimar derechos adquiridos, se facilita y promueve dicha reunion.

Asi lo comprendió el Rey D. Alfonso el Sábio, y de aqui el haber concedido el derecho de *tanteo* ó de tener preferencia el dueño directo sobre cualquier comprador cuando el dueño útil vendiera la finca enfitéutica, segun se dispone en la ley 29, tit. VIII, Part. 5.^a; y de aqui tambien el que los Reyes Católicos establecieran en favor del dueño directo y superficiario el derecho de *retracto*, no solo para hacer uso de él contra cualquier comprador cuando alguno de ellos hubiere vendido el derecho suyo sobre la finca censida, sino que tambien para ser preferidos en concurso de otros retrayentes, cualquiera que fuese su clase, como así aparece en la ley 8.^a, tit. XIII, lib. X, Novísima Recopilacion.

Tal es el origen de este retracto. Al proponerlo en los términos en que lo permiten unos elementos del derecho, hemos indicado lo bastante para comprender en qué consiste su naturaleza, como igualmente para saber en favor de qué personas se halla establecido y la preferencia que se concede sobre los demás retractos; pero á fin de que consten mas claramente estas disposiciones, las espondremos en las siguientes reglas:

1.^a Que el derecho de retracto por razon de la enfitéusis, compete al dueño directo cuando vendiera la finca el dueño útil, así como á éste le compete tambien cuando el señor directo vendiera el derecho que tiene sobre ella, cuyos mútuos derechos reconoce el nuevo Código en las enfitéusis que á su publicacion se hallaren constituidas (1).

2.^a Que este derecho compete, no solo relativamente al

(1) Art. 1563, núm. 7. °

dueño directo y útil, sino tambien á los consóciios en uno y otro dominio si los hubiere, observándose en cuanto al uso que hicieren de este derecho lo que dejamos indicado al tratar de las personas á quienes y contra las que compete el retracto de *comuneros*.

3.^a Que no hay preferencia en los consóciios del dominio directo y útil respectivamente entre si; pero si que existe ésta de parte del señor directo ó de cualquiera de los consóciios en este dominio, para retraer la cosa cuando el señor útil ó alguno de sus consóciios vendiera el derecho ó la parte que tuvierén en ella.

4.^a Que en concurso de otros retrayentes, son preferidos el dueño directo ó el superficiario sobre todos los demás, segun ya manifestamos en el §. VII.

5.^a Que este derecho no escluye el de *tanteo* que tanto el señor directo como el útil pueden ejercer, como demostramos en los párrafos V y VI, leccion 7.^a, seccion 1.^a, tratado II.

6.^a Que no tiene lugar este retracto contra tercero que haya inscrito su derecho en el registro de la propiedad. (Art. 38 de la Ley hipotecaria.)

Finalmente, debemos añadir que, no existiendo la enfiteúsis sino en bienes raices, no cabe cuestion con respecto á las cosas que puedan ser objeto de este retracto.

En estas reglas quedan comprendidas las disposiciones de las leyes relativamente á la indole particular del retracto del *dominio menos pleno*, ó del *señor superficiario*.

Siguiendo el órden que presenta la division que hicimos de los retractos, debiamos pasar al exámen de las leyes relativas al *retracto convencional*; pero, como éste es una consecuencia del *pacto de retroventa*, del cual nos hemos ocupado en el §. VI de esta leccion, y por otra parte, no se puede en los demás pactos que se hicieren con este objeto determinar absolutamente lo que ellos comprendan, por depender esta circunstancia de las condiciones que los contrayentes hubieren estipulado, bastará hacer esta indicacion para saber lo que haya de observarse en cuanto á los *retractos convencionales*.

Con lo dicho queda terminada la primera parte de las dos en que al principio del §. VIII dividimos el exámen de las leyes relativas á los retractos. En ella, segun se habrá observado, solo se ha hecho mérito de aquellas disposiciones que se dirigen á determinar lo que es propio y privativo de cada uno de estos derechos.

Falta solo que veamos cuáles son aquellas disposiciones que se consideran como comunes á todos los retractos, de las cuales nos ocuparemos en el siguiente párrafo.

§. XIII.

Disposiciones de las leyes acerca de las cosas que son comunes á todos los retractos.

A tres puntos pueden reducirse las disposiciones de las leyes que son comunes á todos los retractos, á saber:

1.º Al tiempo y modo de pedirse ó de intentarse el retracto.

2.º A los contratos en que tiene lugar este derecho.

3.º A los efectos que produce en los casos que precede.

Tiempo y modo de pedirse el retracto.

Tanto las leyes recopiladas, segun aparece de la 1.ª y siguientes hasta la 9.ª del tit. XIII, lib. X, Novis. Recop., como el art. 674, núm. 1.º de la ley de enjuiciamiento civil, con cuyas disposiciones se conforma el nuevo Código (1), conceden el término de nueve dias para intentar el retracto, ora sea de *abolengo*, ora de *comuneros*, ora del *dominio menos pleno*; pero ni es suficiente la doctrina de las leyes contenidas en el título y libro citados de la Novísima Recopilacion, por las aclaraciones y ampliacion que ha concedido para ciertos casos la ley de enjuiciamiento, ni es suficiente ésta para decidir ciertas cuestio-

(1) Art. 1452.

nes que desde lo antiguo se van continuando entre los autores sobre puntos relacionados con el término de nueve días, que tan acordes han estado las leyes en su señalamiento.

Para formar, pues, una idea exacta, y poder con seguridad hacer uso de este derecho con arreglo á las prescripciones legales y á la doctrina de los prácticos, nos parece que, tomando por base el orden de tramitacion propuesto en la ley de enjuiciamiento, se supla con la doctrina de las leyes recopiladas y la de sus intérpretes los vacíos que se notan en ella.

Con este motivo empezaremos diciendo, que todo aquel que, habiéndose vendido una finca se crea con derecho á retraerla, ó porque es pariente del vendedor dentro del cuarto grado, ó porque la posee en comun juntamente con éste, ó porque tiene el dominio directo ó útil en ella, es necesario que presente la correspondiente demanda ante el juez del lugar en que esté situada la cosa, ó ante el del domicilio del que la hubiere comprado, lo cual queda á eleccion del demandante, como dispone el art. 673 de la ley de enjuiciamiento.

Mas, para que pueda darse curso á esta demanda, será preciso que concurren en ella los requisitos siguientes:

1.º Que se interponga ante uno de los dos jueces mencionados, dentro de nueve dias contados desde el otorgamiento de la escritura de venta, si el que instare el retracto se hallase en el lugar donde se hubiera otorgado, ó estando fuera de este lugar, dentro del término que le comprenda, segun la distancia, computando un dia por cada diez leguas, aparte de los nueve indicados. Artículos 674, núm. 1.º, y 675 de la ley de enjuiciamiento.

Uno y otro término son fatales é improrrogables, y como tales, la ley 2.ª, tit. xiii, lib. x, Novis. Recop., declaró que corrieran los nueve dias contra los menores de veinte y cinco años, cualquiera que fuere su edad, como igualmente contra los ausentes, sin que ni los primeros pudieran ayudarse de su menor edad, porque el tutor ó curador si lo tuvieran podrian hacerlo, ni que á ellos ni á los ausentes les fuera otorgada restitucion ni rescision de tiempo; y

aunque esta en general sea tambien la doctrina de la ley de enjuiciamiento, segun consta de los efectos que atribuye á los términos improrogables el art. 31; sin embargo, existe en cuanto al retracto una justa limitacion que la ley recopilada omitió, á saber: la de no contarse este término en el caso de haberse ocultado la *venta con malicia*, sino hasta el dia siguiente en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella, segun se dispone en el art. 676.

Tal es el primer requisito presentado en los términos en que hoy dia ha de cumplirse.

Con él queda terminada una de las cuestiones suscitadas entre los antiguos jurisconsultos, sobre si debian empezarse á contar los nueve dias desde la perfeccion de la venta, ó desde su consumacion ó entrega de la cosa, en razon de estar ya designado como punto de partida; ó el acto del otorgamiento de la escritura, ó el dia siguiente al en que se tuvo noticia de la venta cuando ésta se hizo con malicia; pero queda todavia otra cuestion sin resolver, al menos directamente, cual es, si los dias han de contarse de momento á momento, ó han de ser naturales; y además no ha espresado la ley de enjuiciamiento, si en las *ventas judiciales* ha de contarse tambien dicho tiempo desde el otorgamiento de la escritura, ó desde el dia del remate.

Para que quede, pues, suplido el vacío que se nota en esta ley respecto al caso en que la venta fuese *judicial*, y sepamos á qué atenernos para poder determinar el tiempo en que se tenga por fenecido el plazo de los nueve dias, á fin de conocer si es ó no procedente la demanda de retracto, diremos primeramente, que en cuanto á las *ventas judiciales*, han de empezarse á contar los nueve dias desde el en que se hubiera hecho el remate, segun dispone la ley 4.^a, tit. XIII, lib. X, Novis. Recop.

La razon que tenemos para resolernos por esta doctrina es, porque el derecho de retracto, por mas útil que se considere en cuanto al llamado de *comuneros*, siempre lleva en sí algo de gravoso, tanto para el comprador, como para aquellos á quienes se quiere favorecer; y por lo mismo, si aun en éste será conveniente que se acorten los

términos para hacer uso de él, con mucha mayor razon deberá entenderse así en el de *abolengo*, particularmente no esperimentándose en él las ventajas que produce el anterior.

Fundados, pues, en esta razon, y atendiendo á que la ley recopilada citada dispone espresamente que se cuentan *desde el dia del remate*, lo cual no consta que haya sido derogado por la ley de enjuiciamiento, entendemos que desde este acto es desde cuando deben contarse.

Falta solo saber, si han de contarse los dias de momento á momento, ó han de ser naturales.

Nuestra opinion, prescindiendo de las sutilezas de los antiguos jurisconsultos, sobre si las leyes mencionan el *tiempo* y no el *dia*, porque lo uno y otro espresan las contenidas en el tit. XIII, lib. X, Novisima Recopilacion, segun aparece de su contesto, es que, hallándose dispuesto en el art. 676 de la ley de enjuiciamiento, que en el caso de haberse ocultado la venta con malicia, empiecen á correr los dias desde el siguiente al en que se acreditare que el retrayente ha tenido conocimiento de ella, hay motivo para suponer que, cuando la venta no fué oculta, deberán contarse desde el dia siguiente al otorgamiento de la escritura.

La razon de esto la encontramos en el contexto de los artículos 674 y 676 de dicha ley, en los que, no admitiéndose sino nueve dias para intentar el retracto, ora habiéndose ocultado maliciosamente la venta, ora no habiendo tenido tal propósito el vendedor, y debiéndose considerar como equivalente al otorgamiento de la escritura hecha con la publicidad ordinaria, la noticia que se tenga de haberse celebrado la venta si ésta se ocultó con malicia; debe inferirse que, si en este último caso empiezan á correr los dias desde el siguiente al en que se supo la venta, tambien en el primer caso deberán contarse desde el dia siguiente al otorgamiento de la escritura, que es desde el cual se puede tener noticia de ella.

Hechas estas observaciones con respecto al primer requisito que ha de concurrir para que pueda darse curso á la demanda de retracto, iremos continuando los demás

por el orden con que los propone dicha ley, á saber:

2.º Que dentro el mismo término de los nueve días se consigne el precio si es conocido, ó si no lo fuere, que se dé fianza de consignarlo luego que lo sea; lo cual procede tambien en el caso que la venta se hubiese hecho al fiado, por no estar tenido el retrayente á más que lo que se hubiese obligado el comprador. Ley 6.ª, tit. XIII, lib. x, Novis. Recop.

3.º Que se acompañe alguna justificacion, aun cuando no sea cumplida, del título en que se funde el retracto; como por ejemplo, en el de *abolengo* el ser pariente del vendedor dentro del cuarto grado, y que la cosa que se vende fué heredada de sus antepasados; en el de *comuneros*, que está poseyendo la cosa en comun con el vendedor, y en el del *dominio menos pleno*, que es dueño directo de ella, ó que la está disfrutando como señor útil.

4.º Que, si el retracto es *gentilicio*, se comprometa el retrayente á conservar la finca retraida á lo menos dos años, á no ser que alguna desgracia le hiciera venir á menos fortuna y le obligare á la venta: que si es el de *comuneros* se obligue á no vender la participacion del dominio que retraiga, en el tiempo de cuatro años; y últimamente, que si lo intenta el dueño *directo* ó el *útil*, prometa no separar ambos dominios durante seis años: cuyo requisito ha reemplazado al que exigia la ley 1.ª, tit. XIII, lib. x, Novísima Recopilacion, de haber de jurar el retrayente que queria la cosa para si y que no intentaba el retracto por dolo ó engaño.

5.º Que se haya de acompañar á la demanda copia de ella en papel comun. Art. 674 de la ley de enjuiciamiento.

Presentada la demanda con los requisitos espresados, la dá por admitida el juez y manda depositar la cantidad consignada en la caja sucursal del Banco de España si la hubiere en la capital de provincia de su territorio; ó admite la fianza bajo su responsabilidad en los casos en que proceda, reservándose proveer sobre el fondo, presentada que sea la certificacion del acto de conciliacion. Art. 677.

Celebrado éste, y entregada en el juzgado por el retrayente la referida certificacion, si por ella consta que no

hubo avenencia, se dará traslado al comprador entregándole la copia de la demanda, el cual deberá contestarla dentro de los términos marcados para el juicio ordinario, manifestando en su contestacion, de la que ha de acompañar copia en papel simple para entregarla al demandante, de si está conforme en los hechos que éste alega, ó cuáles son en los que no lo estuviere. Artículos 678, 679 y 680.

Si hay absoluta conformidad en los hechos, citará el juez á los interesados ó á sus representantes á juicio verbal, y oídos que sean, dictará la sentencia: mas si no estuvieren conformes, se recibirán los autos á prueba en cuanto á los que no hubiere conformidad, por el menor término posible, durante el cual se practicará la que las partes propongan, poniéndose de manifiesto por espacio de tres dias despues de concluido el señalado para la prueba; y pasados que sean, se convocará á los interesados á juicio verbal, pronunciándose al dia siguiente de haber sido oídos, la sentencia que se creyere mas justa, de la que podrá, no obstante, apelarse en ambos efectos. Artículos desde el 681 al 685 inclusive.

Si se apela, se remitirán los autos á la Audiencia; pero no se espresarán en este tribunal los agravios por escrito, sino que solo se informará de palabra entregándose el expediente á las partes para su instruccion. Artículos 686 y 687.

Consentida ó ejecutoriada la sentencia en que se declarase haber lugar al retracto, se tomará razon en la Contaduría de hipotecas, de la obligacion en que se comprometieron los retrayentes de no enagenar la cosa en los tiempos que respectivamente espresamos, siendo nula la enagenacion que se hiciere de ella antes de su vencimiento, á no ser que el comprador vencido les hubiere librado de este gravámen, cuya autorizacion deberá hacerse pública, mandando que se cancele la toma de razon de la susodicha obligacion. Artículos 688, 689 y 690.

Tales son las disposiciones del derecho relativas al tiempo y modo de pedirse los retractos. Falta solo que veamos las que se refieren á determinar los contratos en que tiene lugar y los efectos que producen.

Contratos en que tienen lugar los retratos.

Segun las leyes del tit. xiii, lib. x, Novis. Recop., solo hay lugar á poderse intentar el retrato en el caso en que se haya vendido la cosa que está sujeta á este derecho, ora la venta se hubiera hecho á pública subasta, ora al fiado, de cuya circunstancia tratan especialmente las leyes 4.^a y 6.^a del titulo y libro citados.

Los intérpretes, sin embargo, añaden otros casos que si no quedaran incluidos, seria muy fácil eludir el retrato con solo mudar el nombre del acto por el que se enagenare la cosa, como lo prueba Antonio Gomez en la ley 70 y siguientes de Toro, núm. 20.

Entre éstos se hallan generalmente reconocidos:

1.^o La *dacion en pago*, por ser ésta una especie de venta, segun la calificó la ley 4.^a, tit. xlv, lib. viii del Código de Just.

2.^o La *dacion en dote cuando fuere estimada y recayera sobre bienes raices*, porque la estimacion de los bienes dotales es como una venta al fiado que hace la mujer al marido para que devuelva éste su precio en los casos que la ha de restituir.

3.^o La *enagenacion á censo reservativo*, porque tambien se considera como una venta, segun el contesto de la ley 7.^a, tit. xix, lib. iii, Novis. Recop.

Además de los casos espresados, sostienen algunos, que tambien da lugar al retrato la *transaccion* y la *division*, cuya opinion combate Acevedo en la ley 7.^a, tit. xi, lib. v de la Nueva Recop., números 69 y siguientes, admitiendo, no obstante, la *permuta* en caso de considerarse ésta mas propiamente una venta, como puede verificarse, segun consta de la doctrina que sentamos en el §. VIII de la leccion anterior, tratando de la naturaleza del precio.

El que la ley 3.^a, tit. xiii, lib. x, Novis. Recop., escluya del retrato á la *permuta* en términos generales, solo debe referirse al caso en que un pariente vendiese la cosa adquirida por este título; pero esto no impide que si la cosa que él entregó en cambio de la que recibió procediera de

abolengo, y realmente fuere una venta lo que se ejecutó, pueda tambien retraerse.

En los casos en que tenga lugar el retracto, estará sujeta la cosa á él, aunque haya pasado á muchas manos durante el tiempo en que puede pedirse. La razon es, porque esta *accion* no nace solamente del contrato, sino que se deriva inmediatamente de la ley; y como tal, podrá á manera de las *acciones* que los romanos llamaban *in rem scriptas*, intentarse contra cualquier poseedor, quien tendrá derecho á repetir por razon de *eviccion* contra aquel que se la vendió, éste contra el anterior vendedor, y asi sucesivamente cada uno contra aquel de quien la recibió, escepto en cuanto al primer comprador que cobrará del que retrae el precio que dió por ella.

Efectos de los retractos.

La última clase de disposiciones comunes á los retractos se refiere á los efectos que producen, los cuales son los siguientes.

1.º El rescindir la venta subrogándose el retrayente en lugar del comprador, ó si se hubiera vendido la cosa á muchos sucesivamente, en lugar del primero que la compró, en razon á que esta venta es la que dió causa al retracto.

2.º Que el precio que ha de abonar el retrayente es el en que se efectuó la primera venta, prescindiendo si fué mayor ó menor el de las demás que se hubieren hecho dentro el término para retraer, y de que si el último poseedor la hubo adquirido por título lucrativo, como por *herencia*, *legado*, etc.

3.º Que juntamente con el precio han de abonarse todos los gastos que se hubieran satisfecho, como los de otorgamiento de escritura, contribuciones, reparos necesarios etc; incluyéndose además el derecho de hipotecas, segun la circular de la Direccion de contribuciones indirectas de 10 de Julio de 1849.

4.º Que, si al tiempo de la venta habia en la finca frutos pendientes, y dentro de los nueve dias en que puede

retraerse ésta los hubiere percibido el comprador, debe devolverlos éste, porque son parte de la cosa vendida y del precio en que se ajustó.

5.º Finalmente, que el retrayente se sujeta á los pactos, condiciones y demás circunstancias estipuladas en la venta que da causa al retracto, que por esto, segun ya hemos dicho, si ésta se otorgó á plazos ó al fiado, basta que el retrayente se obligue en iguales términos dando fiadores abonados, como dispone la ley 6.ª, tit. XIII, lib. X, Novis. Recop.

El interés que presenta la materia de retractos, nos ha hecho estendernos mas de lo que permiten unos simples elementos del derecho; pero que no por ello se producirá ningun embarazo en el estudio que hagamos de él, por estar propuestos los puntos de modo, que sin faltar al carácter elemental de estas lecciones, pueden tenerse á la vista los fundamentos en que se apoyan cada una de sus materias: además, que no podríamos llegar á conocer la razon de haber de causar los retractos la rescision de la venta ya hecha, que es lo que nos ha obligado á tratar de ellos en este lugar.

El último modo por el que se rescinde ésta, es el haberse causado una lesion enorme atendido el valor que tiene en sí la cosa vendida, lo cual será la materia del párrafo siguiente.

§. XIV.

Cuándo se rescinde la venta por lesion en cuanto al valor de la cosa vendida.

Aunque la justicia y la equidad piden que el precio en que se venda la cosa sea proporcionado á su valor, que es en lo que consiste la cualidad de *justo* que se exige en él, segun manifestamos al final del §. VIII de la leccion 8.ª; sin embargo, no creemos que esta proporcion ha de ser tan exacta que, faltando ella en cualquiera parte, haya de haberse cometido una injusticia que haga necesaria la rescision de la venta.

Si esta doctrina se admitiera, se daría lugar á que se suscitaran tantos pleitos cuantas fueran las ventas que se celebraran, y para evitarlos, nada mas propio que lo que las leyes 56, tit. v, Part. 5.^a, y 2.^a, tit. i, lib. x, Novísima Recopilacion, han establecido, al disponer que *solo puede pedirse la rescision de la venta cuando la lesion fuera en mas ó menos de la mitad del justo precio.*

De este modo, ni se da campo á la arbitrariedad en promover cuestiones sobre perjuicios que tan apenas pueden sentirse, ni tampoco se deja adandonado un punto, en que pudieran cometerse muchas injusticias y ser causa de su ruina en los que, acosados de la necesidad, venden sus cosas al primero que ofrece precio por ellas, como sucederia si la ley declarara que ninguna obligacion ó convenio pudiera rescindirse por lesion, aunque fuese enormísima, como lo hace el nuevo Código (1).

Siendo, pues, mas adaptable la doctrina de la ley de Partidas y la de las recopiladas citadas, por mas que algunos la suponen como ineficaz para el fin que éstas se proponen, en vista de la facilidad con que los contrayentes tratan de eludirla por medio de las renunciaciones de que rara es la escritura de venta que no las contenga, será preciso examinar las disposiciones del derecho acerca del modo de hacer uso de este medio, para lo cual distinguiremos los puntos siguientes:

- 1.º Personas que pueden pedir la rescision, y á quiénes se deniega.
- 2.º Circunstancias que han de concurrir para que se admita la demanda de rescision.
- 3.º Sus efectos.

*Personas que pueden pedir la rescision de la venta por
razon de lesion.*

Pueden pedir la rescision de la venta por esta causa, tanto el comprador como el vendedor, ora se haya celebra-

(1) Art. 1164.

do ésta privadamente, ora en pública almoneda. Así lo dispone la ley 2.^a, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.: mas como al mismo tiempo se añade que haya de guardarse esto mismo en todos los contratos onerosos, como en los *cam-bios* y otros semejantes, podrán igualmente pedir este remedio todos los que hubieren sido perjudicados en el valor espresado.

Se exceptúan, sin embargo:

1.^o Los oficiales ó peritos, en los contratos de obras de su arte, puesto que, siendo espertos en sus oficios, deben imputarse á sí mismos el engaño. Ley 4.^a del título y libro citados.

2.^o Los compradores de bienes vendidos públicamente por apremiador contra la voluntad del vendedor, como, por ejemplo, apremiando á ello los acreedores. Ley 2.^a, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.

3.^o Los arrendadores de rentas reales, y de propios y arbitrios de los pueblos, porque segun las instrucciones publicadas y particularmente la de 13 de Octubre de 1828, los arrendamientos de esta clase se hacen á todo riesgo.

4.^o Los que se creyeren perjudicados en una transaccion sobre derechos litigiosos, por las razones que espusimos al final del §. IX, lec. 6.^a, sec. 2.^a

Circunstancias para que se admita la demanda de rescision.

Sabido ya quiénes pueden pedir la rescision y á quiénes se deniega este remedio, para que sea admitida la demanda que se intentare deben concurrir las circunstancias siguientes:

1.^a Que la lesion sea *enorme* ó *enormísima*, pues no siendo de esta clase no tiene lugar este remedio, á no ser que hubiera intervenido dolo ó mala fé en el contrato, como dispone la ley 3.^a, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.

Se llama *lesion enorme* cuando el perjuicio que se experimenta es en algo mas de la mitad del *justo precio*, como si valiendo la cosa diez se vendiera por menos de cinco ó por mas de quince, que es el ejemplo que propone la ley 2.^a,

id.; y se llama *enormísima* cuando lo fuere en mucho mas, como si lo que vale diez se vendiera por dos, ó por veinte.

En uno y otro caso se entiende por justo precio, *el que puede tener la cosa á la sazón que se hiciere la venta*, segun dice la ley 56, tit. v, Part. 5.^a, el cual equivale al que es conocido en el comercio con el nombre de *precio corriente*, como manifestamos en el §. VIII, lección 8.^a

2.^a Que se presente la demanda dentro de los cuatro años siguientes al día en que se celebró el contrato, ó al de su remate si la venta se efectuó en almoneda pública. Ley 2.^a, tit. i, lib. x, Novis. Recop.

3.^a Que la cosa vendida no haya perecido ó empeorádose mucho, porque segun la ley 56 ya citada de las Partidas, *si cualquiera de estas cosas acaeciese, non podria despues facer tal demanda*.

4.^a Que si la finca es de un menor de veinticinco años y mayor de catorce, no haya de haber renunciado con juramento al beneficio de restitucion, porque entonces no puede comparecer en juicio sin ser perjuró, á no mediar la relajacion del juramento: mas si fuere de un menor de catorce años no vale el contrato aunque sea jurado.

Así lo dispone la ley 56 de Partidas mencionada; pero esta disposicion, insiguiendo en la idea que emitimos en el §. X, lección 12, tratado i, nos parece que no debe tener ningun uso, porque el juramento no aumenta el juicio á los que la ley supone que carecen de él, y si por falta de éste gozan los menores del beneficio de restitucion cuando han sido perjudicados en un contrato, tambien lo deben gozar aun cuando haya mediado juramento para hacerlo eficaz.

Aun en los mayores de edad, no creemos que sea causa suficiente la renuncia que hacen generalmente para pedir la rescision, con espresion de que consideran como *precio justo* el que se designa en la escritura y que del esceso hacen donacion: porque, además de ser éstas unas cláusulas que por rutina ponen los escribanos sin estar autorizados por las partes, nos parece que como inmorales en algunos casos, no deben servir de obstáculo para pedir la rescision de la venta si realmente hubiere habido el esceso

que designa, tanto la ley de Partidas citada, como la 2.^a, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.

La razon de esto, la encontramos en la ley 29, tit. xi, Part. 5.^a, en la que, *despues de declarar nula la promesa que uno hiciere á su mayordomo de que no le demandará por engaño*, concluye con estas palabras: *E á lo que dice esta ley de los mayordomos, entiéndese de todos los otros omes que tal promision ficiesen entre si, sobre cualquier fecho que sea semejante*.

La esperiencia enseña, que la necesidad ó el infortunio obliga á las veces á vender ó á renunciar sus derechos al que sufre estas desgracias, pasando por cuantas condiciones se le quieran imponer.

¡Y cuán fácil es que, aprovechándose alguno de estas desgracias, estipule la renuncia de este derecho para salvar de este modo el hurto ó engaño que pretendé ocultar!

Véase, pues, por qué hemos dicho que, no obstante las indicadas renunciaciones, puede utilizar el vendedor el derecho para pedir la rescision que le concede la ley.

Efectos que se producen, justificada la lesion.

Concurriendo las circunstancias que acabamos de expresar, podrá usar de su derecho la persona que hubiere sido perjudicada, presentando para ello ante el juez del domicilio del demandado, ó ante el del lugar del contrato si se hallare en él aquel contra quien se intentare esta accion, ó si no tuviere domicilio, ante el del lugar en que se encuentre, la demanda, con los requisitos que previene la ley de enjuiciamiento.

Dado traslado de ella al comprador si fuera el vendedor el que instara esta accion, ó al contrario, se seguirá el juicio que correspondiere, segun fuere la entidad ó el valor de la cosa que es objeto de la reclamacion; y justificada que sea la lesion, ó se hará que el vendedor devuelva el exceso del *precio justo* que tenia la cosa al tiempo de la venta; ó que el comprador entregue lo que falte hasta llegar á él; ó se rescindirá ó anulará el contrato llevando cada uno lo que entregó. Ley 2.^a, tit. 1, lib. x, Novisima Recopilacion.

Cuándo procederá lo uno ó lo otro, lo habremos de inferir de la peticion del demandante, el cual podrá elegir ó la rescision de la venta, ó que se devuelva la diferencia en cuanto al *precio* hasta llegar al *justo* que prescriben las leyes: advirtiéndole que si el comprador hubiera sido condenado á entregar la cosa, no está obligado á volver los frutos que produjo durante el tiempo que la tuvo en su poder, pues además de no ser justo que el vendedor que se aprovechó del precio durante dicho tiempo, perciba luego despues los frutos, encontramos que ni la ley recopilada citada, ni la 56, tit. v, Part. 5.^a, le imponen semejante obligacion.

Estos mismos efectos se producirán, cuando la demanda de rescision lo fuese por *lesion enormísima*, con sola la diferencia de poder utilizarse ésta aun en los casos en que no tiene lugar el remedio de restitucion por *lesion enorme*, y de no poder prescribirse la accion que de ella procede, sino por el trascurso de veinte años, segun opinion de muchos autores.

Finalmente, debemos añadir que *las acciones rescisorias y resolutorias no serán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos.* (Art. 36.)

Esceptúanse, no obstante:

1.º *Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen ó causas que consten esplicitamente en el registro.*

2.º *Las acciones rescisorias de enagenaciones hechas en fraude de acreedores en los casos siguientes:*

Cuando la segunda enagenacion haya sido hecha por título gratuito.

Cuando el tercero haya sido cómplice en el fraude.

En ambos casos prescribirá la accion al año, contado desde el dia de la enagenacion fraudulenta. (Art. 37.)

Aquí terminariamos el exámen del derecho en la parte que se refiere al contrato de *compra venta*: pero la semejanza que existe entre éste y el de *permuta*, por ser casi unas mismas las disposiciones por las que ambos contratos se rigen, nos ha decidido á incluir este último en la presente leccion, que concluiremos dando algunas nociones acerca de su naturaleza y efectos que produce.

§. XV.

Qué es permuta, sus divisiones y efectos.

Para que pueda comprenderse la naturaleza de la *permuta* y sus efectos, tales como deben considerarse con arreglo á la actual legislacion, se hace preciso advertir que, aunque por derecho romano, al que siguieron las Partidas, no se calificaba este contrato entre los puramente consensuales, por no nacer la obligacion hasta que uno de los contrayentes entregaba la cosa que era objeto de la permuta, sin embargo, despues de publicada la ley del Ordenamiento de Alcalá inserta en la 1.^a, tit. 1, lib. x, Novis. Recop., es otro el juicio que debe formarse si ha de tener aplicacion la doctrina contenida en esta ley.

Por ella se dispone: *que de cualquier modo que uno parece que quiso obligarse, quede obligado*; y siendo esto así, han debido desaparecer de entre nosotros las calificaciones antiguas por las que se consideraba la *permuta* como un contrato imperfecto si no mediaba la forma de la estipulacion y la entrega de la cosa por uno de los contrayentes; pues en virtud de dicha ley, habiéndose de cumplir todas las convenciones que los hombres celebren entre sí, debe la *permuta* producir todo su efecto y ejecutarse como otro cualquier contrato desde que las partes han prestado su consentimiento.

Bajo este supuesto, y debiéndonos conformar con el pensamiento que envuelven las palabras de la ley citada, definiremos la *permuta*, ó *cambio*, segun la llaman las leyes de Partidas, *un contrato consensual por el cual se obligan los contrayentes á dar una cosa por otra que no sea dinero*, que es como lo define tambien el nuevo Código (1).

Su antigüedad se pierde en la memoria de los tiempos, bastando decir que es el mas antiguo entre los demás con-

(1) Art. 1469.

tratos y el que hizo las veces de compra venta, hasta que, habiendo inventado los hombres el uso de la *moneda*, quedó separada de éste constituyendo cada uno un contrato particular que se llamará *compra venta* cuando se da dinero por una cosa, y *permuta* cuando se da una cosa por otra.

A pesar de esta diferencia, es tal la afinidad y semejanza que existe entre uno y otro contrato que, si esceptuamos las disposiciones del derecho relativas al *precio* por no poder distinguir en la *permuta* quién sea el comprador y quién el vendedor, y qué es lo que se da como *cosa* ó *mercancia* y qué como *precio*, como dice la ley 1.^a, tit. iv, lib. xix del Digesto, en todo lo demás regirá lo que se ha dicho hasta el presente de la *compra venta*, según así lo dispone la ley 4.^a, tit. vi, Part. 5.^a (1).

Por esta razón, si deseamos saber qué personas pueden permutar, diremos, que son las mismas que las que pueden comprar y vender, así como para determinar qué cosas son objeto de la *permuta* se dice, que son todas las que sirven de materia para la *compra venta*, según la calificación que de aquellas y éstas hace la ley 2.^a, tit. vi, Partida 5.^a; si bien en cuanto á las cosas, añade esta ley la circunstancia de poder permutarse aun las llamadas *espirituales*, como, por ejemplo, un beneficio eclesiástico con otro, lo cual no se permite en la compra venta.

Por la misma razón diremos, que queda perfecto el contrato de permuta por solo el consentimiento, como se ha dicho de la venta: que produce las mismas obligaciones; y que se disuelve por las mismas causas que ésta, según espresa la ley 4.^a, tit. vi, Part. 5.^a

Solo, pues, en cuanto á las disposiciones relativas al *precio* de las cosas, es en las que se notan algunas diferencias, y aun éstas deben desaparecer en algunas permutas, si se admite la división que generalmente se hace de ella.

1) Art. 1472.

Divisiones de la permuta.

Aunque la ley 1.^a, tit. vi, Part. 5.^a, divide en tres clases la *permuta*, atendido el modo de hacerse; sin embargo, como por la ley 1.^a, tit. i, lib. x, Novis. Recop., solo se atiende al consentimiento para deducir la obligacion, no debe ya tener efecto aquella clasificacion.

Mas propia es la que hace el Heineccio en su obra titulada *Elementos del derecho natural*, al que han seguido muchos jurisconsultos, y que nosotros creemos que debe adoptarse para no confundir los efectos que la *permuta* produce.

Siguiendo, pues, á dicho autor, la dividiremos en dos clases, á saber: en *simple* y *estimatoria*.

Se llama *permuta simple*, *aquella en que no se determina el precio de ninguna de las dos cosas que han de permutarse*; y *estimatoria*, *aquella en que se hace antes su valuacion*. Si las cosas fueren raices, será siempre *estimatoria*, por haber de constar el valor de cada una, á fin de saber quién ha de pagar el derecho de hipotecas.

La primera, segun dice este autor, debe calificarse como una *donacion reciproca*, y como ésta no se hace en consideracion al valor intrínseco de lo que se recibe, sino solo al afecto que se tiene á la cosa, no es necesario que haya igualdad entre lo que mutuamente se dieren los contrayentes, de modo que ninguno de ellos puede quejarse de *lesion*, no habiendo habido fuerza, dolo ú otra causa para ello.

No sucede así en la *estimatoria*, que comparándose con la *compra venta*, en la que lo que se pretende es compensar el valor de lo que se dá por lo que se recibe, habrá lugar á rescindirle por la *lesion*, cuando concurren las circunstancias que hemos manifestado con respecto á la venta.

En los mismos términos han de entenderse los demás efectos de la *permuta*, aunque para su mayor claridad se espresarán á continuacion.

Efectos de la permuta.

Los efectos que produce la permuta son los siguientes:

1.º Quedar obligado cada uno de los permutantes á entregar la cosa prometida, y prestar hasta su entrega la *culpa leve*, por ser este un contrato útil á los dos contrayentes.

2.º Estar á cargo de aquel á quien se ha prometido la cosa el peligro que tuviere la que cada uno hubiere ofrecido, de modo que, si la cosa pereciese sin culpa del que la ofreció y antes de constituirse en mora, quedará libre de la obligacion, sin que el otro contrayente pueda repetir lo que hubiere dado por su parte, ni dejar de entregarlo si no lo hubiere hecho.

3.º Manifestar los vicios ó defectos de las cosas que han de permutarse, pudiéndose deshacer la permuta si se encubrieren maliciosamente.

4.º Estar tenidos á la eviccion y saneamiento, con derecho de parte de aquel á quien se le saca la cosa de su poder, para optar, entre recuperar lo que dió en cambio, ó reclamar la indemnizacion de daños y perjuicios, como espresó la ley 1.ª, tit. LXIV, lib. IV del Código de Just. (1).

5.º Otorgar escritura pública si la permuta fuere de *bienes raíces*, la cual ha de inscribirse en el registro de la propiedad. Ley 3.ª, tit. XVI, lib. X, Novis. Recop., y artículo segundo de la ley hipotecaria, debiendo abonar además á la Hacienda pública el tanto por ciento correspondiente, con arreglo á las leyes.

(1) Art. 1472.

LECCION UNDÉCIMA.

Del contrato de arrendamiento.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Definicion del *arrendamiento*, sus especies y nombres con que se distinguen.—§. III. Cuáles son sus requisitos esenciales, y esplicacion de cada uno de ellos.—§. IV. Personas que pueden dar y recibir en arriendo.—§. V. Obligaciones que contraen despues de celebrado.—§. VI. Tiempo de su duracion.—§. VII. Reglas especiales en cuanto al arrendamiento de fincas rústicas.—§. VIII. Cuáles son las que rigen con respecto al de las fincas urbanas.—§. IX. A qué debemos atenernos para determinar el que se refiere á rentas públicas.—§. X. Qué es lo que ha de observarse en cuanto al arrendamiento de obras y servicios.—§. XI. Obligaciones de los que dan ó reciben en arriendo vasos, toneles y cosas semovientes.—§. XII. Cuáles son las que contraen por razon de su oficio los posaderos y demás dueños de esta clase de establecimientos.

§. I.

Razon del método.

Si la circunstancia de ser el contrato de compra venta el de mas uso y utilidad, nos ha obligado á empezar por éste el exámen de las disposiciones del derecho sobre cada uno de los contratos en particular, no de menor uso ni menos interesante debe considerarse el *arrendamiento*.

Por medio de este contrato se ponen en circulacion los grandes capitales que existen acumulados, bajo el dominio de los grandes propietarios, y haciéndose estensiva su par-

ticipacion á la clase trabajadora y pobre, proporciona á los ricos un recurso muy poderoso para aumentar sus rentas, que de otro modo irían en disminucion por no poder atender ellos al cultivo de sus tierras.

Esta consideracion, unida á la grande importancia que goza el *arrendamiento* en la industria moderna, por ser él propiamente el que da origen á las cuestiones que hoy dia se promueven sobre el trabajo, nos obliga á tratar de este contrato á continuacion del de *compra venta*, mayormente cuando es tanta la semejanza que existe entre uno y otro, que puede decirse en cierto modo, si nos referimos al *arrendamiento de cosas*, que no es mas, sino el mismo contrato de compra venta limitado al tiempo en que quiere servirse uno de ellas.

Pero, como no son sololas *cosas* las que prestan materia á este contrato, sino que además puede recaer tambien sobre el trabajo é industria á que los hombres se dedican, y aun puede ser objeto de él la recaudacion de rentas públicas, ó las privativas de un concejo ó municipalidad, será preciso para que puedan examinarse con órden las leyes que se han dado sobre objetos tan diversos, dividir esta materia en dos puntos principales, á saber: uno en el que se manifieste en general la naturaleza y efectos comunes á toda clase de arrendamientos, y otro en que se dé á conocer lo que es propio y peculiar de cada uno de ellos.

Bajo este supuesto, empezaremos el exámen por el primer punto, dando antes la definicion del *arrendamiento*, con la que podremos fácilmente comprender su naturaleza.

§. II.

Definicion del arrendamiento, sus especies y nombres con que se distinguen.

Aunque la ley 1.^a, tit. VIII, Part. 5.^a, limita la palabra *arrendamiento* al uso que se concede de alguna heredad ó de otra cosa por cierta renta, y da el nombre de *loguero* ó *alquiler* al servicio que se obliga uno á prestar á otro con su persona ó sus bestias; nosotros hemos creído con-

veniente comprender bajo la palabra *arrendamiento*, tanto el uso de una cosa, como la prestacion de un servicio.

De este modo se evitará la confusion que necesariamente se habria de producir, si usáramos de estas dos voces para denotar en general este contrato; tanto mas, cuando ni las Partidas han podido continuar en su pensamiento, como aparece de las leyes 2.^a y 3.^a del mismo titulo, en las que se hallan tomadas promiscuamente las referidas palabras, segun observó ya el señor Sala en su Ilustracion al derecho real de España; ni es tampoco propia la palabra *loguero* para espresar en general el *arrendamiento*, por estar usada mas determinadamente para designar una de sus especies.

Atendiendo, pues, á estas observaciones, y siguiendo en ello la doctrina de los demás autores con la cual está conforme el nuevo Código, definiremos, segun él, el *arrendamiento*, diciendo que es, *un contrato por el cual una de las partes se obliga á ceder á la otra el goce ó uso de una cosa, ó á prestarle un servicio personal por precio determinado*. Ley 1.^a, tít. VIII, Part. 1.^o (1).

Especies de arrendamiento.

De la definicion que acabamos de dar del *arrendamiento* resulta, que son dos sus especies mas generales, á saber: una que se llama *arrendamiento de cosas*, y otra de *trabajos ó servicios*. Por la primera, *se obliga uno á ceder á otro el uso de una cosa por cierto tiempo y mediante un precio determinado*: por la segunda, *á prestarle tambien para cierto tiempo y mediante cierta retribucion, un servicio personal*.

Una y otra especie de *arrendamiento* se subdivide en tantas, cuantas fuere la indole ó naturaleza de la *cosa* ó la clase de *servicio* á que se refiere.

Así es que en el de *cosas* encontramos la division que el uso comun admite de *arrendamiento de tierras*, de *casas*, de *cosas muebles y semovientes*, y de *naves* con res-

(1) Art. 1473.

pecto al comercio marítimo; del mismo modo que en el *arrendamiento de trabajos*, distingue también el uso común, el de los *criados*, y *obreros* ó *trabajadores*, el de los *maestros de obras* ó *profesores de las respectivas clases que existen en un Estado*, el de *trasporte*, y el especial de los *posaderos y dueños de esta clase de establecimientos*.

Todas estas especies, aunque pueden designarse con la palabra *arrendamiento*, no obstante, el lenguaje común las ha distinguido con sus nombres especiales, según la calidad de los objetos á que se refieren, estendiendo la misma nomenclatura especial á las personas que intervienen en su celebración, como igualmente á la paga ó precio que ha de satisfacerse.

A fin, pues, de no confundir unos nombres con otros, y poder espresarlos con propiedad en los casos en que hayamos de hacer uso de estas voces, será conveniente fijarnos en el significado propio de cada una, tanto cuando las usemos para denotar este contrato en general y el de sus particulares especies, como en el caso de haber de distinguir con su propia denominación, así las personas como la paga que en todas ellas interviene.

Empezando por el contrato en general, para espresarlo nos valdremos de las palabras *arrendamiento* ó *arriendo*; así como para distinguir las personas que intervienen en él, usaremos de la palabra *arrendador* ó *dueño*, para denotar el que da en arriendo una cosa, y de la de *arrendatario*, para significar el que lo recibe (1); dejando las palabras *precio*, *paga* y *merced*, para designar generalmente la retribución que, por parte de aquel que se aprovecha de las cosas ó servicios de otro, ha de satisfacer.

Confesamos que esta nomenclatura no se halla adoptada por nuestras leyes, y que tampoco está conforme con la significación que de las palabras *arrendar* y *arrendador* da el Diccionario de la Academia, que las usa para designar tanto al que da como al que recibe una cosa en arriendo;

(1) Art. 1475.

pero al mismo tiempo no dudamos en afirmar ser mas propia la que proponemos, porque, además de evitar la oscuridad á que da lugar un lenguaje equívoco, cual es el espresar una misma voz dos ideas distintas, no desdice ni es contrario á la mente del legislador el que dejemos la palabra *arrendador* para espresar al que da en arriendo, y usemos de la palabra *arrendatario* para designar al que lo recibe; así como no desdicen ni son contrarios á la letra de nuestras leyes los nombres de *donatario*, *mandatario*, *comodatario* etc., tomados del idioma latino, de los cuales usamos para determinar las personas que reciben las cosas ó encargos á que dichos nombres se refieren.

Los romanos adoptaron las palabras de *locatio conductio*, y las de *locator* y *condúctor*, para espresar con distincion la persona que da en arriendo (*locator*) y la persona que lo recibe (*condúctor*); cuyo ejemplo lo vemos seguido en el nuevo Código, dando el nombre de *arrendador* al primero, y de *arrendatario* al segundo (1).

De estas mismas palabras nos valdremos en el *arrendamiento de tierras*, añadiendo solo la circunstancia de que, si el *arrendatario* vive en la heredad que ha tomado en arriendo, se llama especialmente *colono* ó *masovero*, segun la costumbre de cada provincia; escepto cuando se estipulase que el que tomare en arriendo las tierras percibiese una parte de los frutos y otra el *arrendador* ó *dueño*, que entonces se suele llamar el que las cultiva, con el nombre de *colono aparcero* ó *mediero*.

Si el arrendamiento es de *casas* ó de *cosas muebles* ó *se-movientes*, se dará al contrato el nombre de *alquiler*; de *dueño* al que cede su uso; de *inquilino* al que las toma para su aprovechamiento, y de *inquilinato* ó *alquiler* á la retribucion que se paga por haberse servido de ellas.

Si lo fuere de *naves*, la ley 1.^a, tit. viii, Part. 5.^a, da á este contrato el nombre de *afletamiento* ó *fletamento*, segun el Código de comercio; hallándose usados en éste los nombres de *fletante* para denotar al que cede el aprove-

(1) Art. 1475.

chamiento del buque; de *fletador* para el que lo toma para verificar con él el transporte, y de *flete* para espresar la retribucion que se da por su uso.

Si fuere de *rentas del Estado* ó de *proprios y arbitrios de los pueblos*, ó de *suministros de víveres al ejército* ó *armada* etc., ó tambien de *obras públicas*, están usados los nombres de *asiento* ó *empresa* para designar el contrato; y de *asentista* ó *empresario* y *provisionista* con respecto al que se obligare á cobrar las rentas, ó dar los suministros, ó construir las obras.

Finalmente, en el *arrendamiento de trabajos* hay que distinguir que, si el servicio se presta por dias en las obras que encargan los propietarios, al que lo preste se le llamará *jornalero*, y *jornal* á la recompensa que se diere por el trabajo: mas, si se presta sin interrupcion de dias, se llamará al que se ocupa en él *sirviente* ó *criado*; y *salario* ó *soldada* á la paga que se le da por su servicio. En ambos casos, la persona á quien sirven se llama *amo*, *señor* ó *dueño*; y *ajuste* al contrato.

Si el servicio consistiere en conducir géneros ó personas de un punto á otro, el contrato se llamará *arrendamiento de transporte*; *porteadores* en general, ó *arrieros*, *carreteros*, *ordinarios*, etc., á las personas que prestan el servicio cuando lo hacen por sí ó por sus asalariados ó criados sin tener establecimiento abierto al público para este objeto; y *empresarios de diligencias*, *asentistas* y *comisionistas de transporte* cuando se encargan de este servicio, teniendo para el ejercicio de esta ocupacion un establecimiento abierto al público con señalamiento de precios y épocas de partida para la linea que recorren.

En las demás clases de servicios fuera de los espresados, generalmente se da al contrato el nombre de *ajuste* ó *concierto*, no conociéndose las personas que median en él con otros nombres, sino con los que se derivan de la clase de obligacion que toman á su cargo; ni habiendo otra palabra que la general de *precio* para designar lo que ha de pagarse por su trabajo, escepto si los servicios fueren de los llamados *liberales*, como los prestados por *abogados*, *médicos*, etc., en que por honor á la clase se da

el nombre de *honorario* á la retribucion con que se recompensan sus oficios.

Cualquiera que sea la especie de arrendamiento, su naturaleza quedará bien determinada con solo atender á las cualidades de este contrato considerado en general, las cuales, siendo las mismas que las que hemos espresado con respecto al contrato de compra-venta en el §. III de la lección 8.ª, no es necesario que se reproduzcan, refiriéndose á lo que allí llevamos manifestado.

Mas como de poco sirve conocer la naturaleza y objeto del arrendamiento en general y la de cada una de sus especies, si al mismo tiempo no podemos juzgar acerca de su existencia en casos determinados, por no saber los requisitos que la constituyen, será preciso que veamos cuáles son y las circunstancias que deben acompañar á ellos.

§. III.

Requisitos esenciales del arrendamiento, y esplicacion de cada uno de ellos.

Tres son los requisitos esenciales de este contrato, á saber:

- 1.º El consentimiento de los contrayentes, supuesta su capacidad para celebrarlo.
- 2.º La cosa que ha de arrendarse.
- 3.º La merced ó precio que ha de pagarse por su uso.

Como por la simple relacion de estos requisitos pudiera confundirse este contrato con el de compra-venta, en que tambien se requiere que concurren el *consentimiento*, la *cosa* y el *precio*, y á las veces pudiera tomarse como arrendamiento el *usufructo que se constituyere por título oneroso*, será conveniente que antes de esplicar los requisitos de este contrato, se manifiesten las diferencias entre el *arrendamiento* y la *compra-venta*, así como las que le distinguen del *usufructo constituido por dicho título*.

Diferencias entre el arrendamiento y la compra venta.

En tres casos principalmente consiste la diferencia entre uno y otro contrato, á saber:

1.º En que en el arrendamiento, ó se trasfiere el uso ó aprovechamiento de una cosa, ó se obliga uno á prestar á otro ciertos servicios personales; y en la compra venta se adquiere la propiedad ó el dominio, no quedando en su primitivo dueño ningun derecho sobre lo que vendió; además de no ser tampoco los servicios personales objeto de este contrato, por estar entre nosotros abolida la esclavitud. Cuando fueren *servicios reales* los que se venden, como, por ejemplo, una servidumbre, se consideran éstos ya separados de la persona que los enagenó, quedando constituido el derecho únicamente sobre la cosa, la cual desde entonces continuará sujeta á un gravámen de que antes carecía.

2.º En que en el arrendamiento, lo que se paga por el uso que se trasfiere, recibe diferentes nombres, segun hemos observado en el párrafo anterior; existiendo arrendamiento en que ni aun el nombre de paga se ha creído que podia corresponder, sustituyéndose con el de *honorario*, que es el que devengan, por ejemplo, los abogados por los servicios que prometen por razon de su profesion. No sucede lo mismo en la venta, en la que, cualquiera que sea su especie entre las varias clases que enumeramos en el §. X, leccion 8.ª, siempre se usa de la palabra *precio*.

3.º En que el arrendamiento es temporal, y concluido, vuelve otra vez la cosa á poder de su dueño: pero la compra venta, hecha ya ésta en términos absolutos, y no habiendo ningun vicio en ella para que pueda rescindir, quedan las cosas bajo el dominio del comprador.

Diferencias entre el arrendamiento y el usufructo.

Tampoco ha de confundirse el arrendamiento con el usufructo; pues aunque en uno y otro entran las personas á disfrutar de los productos ó utilidades de la cosa, ó á ser-

virse de ella, como sucede en el usufructo de una casa ó en las servidumbres de *uso* y *habitacion* en la misma, sin embargo, existen entre estos derechos las diferencias siguientes:

1.^a En que en el arrendamiento, la merced ó paga se satisface periódicamente en los tiempos en que se conviniere los contrayentes; pero en el usufructo, ó no interviene ninguna paga como en el caso de constituirse por título gratuito, ó si interviene cuando se constituyere por título oneroso, la cantidad en que se hubieren convenido es una por todo el usufructo, como sucede en la compra venta, aunque se conceda como en ésta el que pueda pagarse á plazos.

2.^a En que pereciendo la cosa á que se refiere el arrendamiento, ó dejando de continuar en él, cesa la obligacion de pagar la merced desde el instante en que cesa su aprovechamiento; debiéndose restituir al arrendatario el sobrante de lo que anticipó, prorrateado entre los dias que faltan para cumplir el plazo: pero en el usufructo por título oneroso, convenidos en la cantidad que ha de pagarse, se deberá abonar íntegra aun cuando hubiere perecido la cosa que fué su objeto.

3.^a En que en el arrendamiento se produce un derecho personal, y no entra en las obligaciones del arrendatario, ni hacer los reparos conservatorios de la cosa, ni pagar los impuestos que gravitan sobre ella: mas en el usufructo se adquiere un derecho real, y quedan á cargo del usufructuario dichas obligaciones.

Con estas tres clases de diferencias, no solo podrá evitarse el que confundamos el *arrendamiento* con el *usufructo*, sino que tambien nos servirán de regla para decidir varias cuestiones que puedan promoverse, sobre si deben calificarse como *arrendamientos*, ó como *ventas*, ó como un *usufructo* las cesiones que se hicieren del disfrute de heredades por cierto tiempo y por un precio determinado: sirviéndonos de regla en este caso el modo solo de pagarse el precio, de lo cual se trata en el núm. 1.^o

Además de las diferencias que hemos notado, existen otras que se derivan inmediatamente de la naturaleza de

los requisitos propios del arrendamiento, los cuales, aunque en su enunciaci3n convengan con los de la compra venta, segun hemos dicho al principio, su objeto hace que les consideremos distintos los unos de los otros, como se har3 constar por su explicaci3n, empezando por el primero de ellos, que es el *consentimiento*.

Necesidad del consentimiento, y sus cualidades para la validez del arrendamiento.

Siendo el consentimiento la base 3 fundamento de todo contrato, segun qued3 demostrado en el §. V de la lecci3n 3.ª, necesario es que exista tambien en el arrendamiento; con tanta mas raz3n, cuanto en los otros contratos hay algunos en que no es 3l la causa inmediata de la obligaci3n, por no empezar 3sta sino hasta que se haya hecho la entrega de la cosa: pero en el arrendamiento lo es desde el mismo acto en que se celebra, por quedar perfeccionado por solo el consentimiento.

Este contrato puede ser *expreso* y *t3cito*; entendi3ndose por el primero, el que los contrayentes celebran de palabra 3 por escrito; no siendo necesario ya que se otorgue de 3l escritura p3blica, ni que se tome raz3n del mismo en el oficio de hipotecas, segun estaba mandado por Real 3rden de 31 de Marzo de 1846, por estar derogada 3sta por Real decreto de 25 de Noviembre de 1853. El *t3cito* es aquel que se deduce de la continuaci3n en el arriendo despues de pasado el t3rmino estipulado sin avisarse mutuamente, el cual es conocido con el nombre de *t3cita conducci3n*.

Como en este sentido, que es en el que debe tomarse el *arrendamiento t3cito*, 3 pesar de darle algunos mas ampliacion, siempre se supone en 3l un arrendamiento anteriormente celebrado, 3 una renovaci3n de este contrato por el tiempo que marca la ley, es consiguiente el que sea tambien en 3ste el consentimiento su base 3 fundamento; pero para su validez debe reunir como los dem3s las cualidades de haberse dado con conocimiento y libertad, 3 de no haber mediado *error*, *fuerza* 3 *miedo*, 3 *dolo*, que son las que le hacen leg3timo, segun manifestemos en general

en el §. V, leccion 3.^a, y relativamente al contrato de compra venta en los párrafos V y VI de la leccion 8.^a

Siendo, pues, necesario el consentimiento y que éste reuna las cualidades referidas para la validez del arrendamiento; y no consistiendo este contrato sino en la obligacion en que se constituye uno de entregar mediante cierta paga la cosa cuyo uso desea otro adquirir, ó de haber de prestar el servicio á que se hubiere comprometido en favor de alguno, recibiendo de éste la competente retribucion; es consiguiente el haber de consentir ambos contrayentes en lo que cada uno se obligare á cumplir, lo cual verificado, se considerará desde entonces realizado ó perfecto el arrendamiento, si la cosa ó servicio fuere tal que pueda trasferirse su uso ó su prestacion.

Cuándo tendrá lugar esta circunstancia, podremos comprenderlo, sabiendo las cosas que pueden arrendarse, que es á lo que se refiere el segundo requisito del arrendamiento.

Cosas que pueden arrendarse.

Para determinar con exactitud las cosas que pueden arrendarse, propondremos las que pueden ó no ser objeto del arrendamiento, estableciendo como principio para poderlas distinguir, la regla siguiente:

Pueden arrendarse las cosas destinadas para el uso de los hombres en general, ó *que los hombres suelen alogar*, como dice la ley 3.^a, tit. VIII, Part. 5.^a, y cualquiera que sea la persona ó corporacion civil ó eclesiástica bajo cuyo dominio estén; no impidiendo el que no puedan ser enagenadas muchas de ellas para que dejen de ser arrendables. Con este motivo, diremos que

Son arrendables.

1.º Las cosas, tanto *raices* como *muebles* y *semovientes*, que pertenecieren al Estado, provincias y pueblos: las que están bajo el dominio de las corporaciones civiles ó eclesiásticas: las de los menores, hijos de familia, y dotales de la mujer, y las sujetas á vinculacion ú otra clase de amortizacion.

2.º Pueden arrendarse en el mismo sentido, segun se colije y consta en parte de la ley de Partidas citada, las cosas incorporales, como el derecho de usufructo; el de caza y pesca; el cobro de impuestos y rentas del Estado; el de los que se refieren á los concejos ó municipalidades, como los arbitrios; el de los que se abonan por portazgos y pontazgos y antiguamente los diezmos quando estaban en uso.

3.º Son tambien arrendables los servicios materiales, ó las obras, trabajo ó industria de las personas, como consta de la misma ley 3.ª mencionada.

Todas estas son las cosas que pueden arrendarse, no siendo necesario que en el acto del arrendamiento quede designada la cosa de un modo especial, sino que basta únicamente que se espresa el objeto por el que se pide en arriendo, como por ejemplo, si se alquilara un caballo para hacer un viaje sin determinar cuál habia de ser.

No son arrendables.

1.º Las cosas fungibles, segun espresa la ley 31, titulo II, lib. XIX del Digesto, por la razon de que en este contrato del mismo modo que en el *comodato*, ha de restituirse la misma cosa recibida, y no ser esto posible en las cosas fungibles que no pueden usarse sin consumirse ó destruirse (1).

Los autores, sin embargo, esceptúan el caso en que se entregan solo por ostentacion, presentando para ello varios ejemplos.

2.º Tampoco es arrendable el derecho de *uso* de una casa ó heredad, porque esta servidumbre únicamente se estiende á lo que necesita una persona para si; á diferencia del usufructo de una casa ó del derecho de habitacion en que sí que se permite, segun ya manifestamos en el §. IX, leccion 5.ª, tratado II.

3.º No es tampoco arrendable la servidumbre real sin el prédio á que va unida, porque separada mentalmente de éste no se concibe su disfrute.

(1) Art. 1474.

4.º No lo son, finalmente, los oficios públicos que expresan las leyes 4.ª y siguientes, tit. XI, lib. VII, Novísima Recopilación, como son, los de juez, alguacil, alcaide, etc.: pero sí que son arrendables los oficios enagenados de la corona, los cuales podrán hasta cederse ó renunciarse, con tal que los cesionarios, arrendatarios, etc., tengan los requisitos que exige el oficio para que se pueda ejercer, como se hará ver en la parte 3.ª de nuestra obra, al hablar de las Corredurías enagenadas de la Corona.

A las cosas que acabamos de expresar, podemos añadir, que si recayere el arrendamiento sobre obras ó servicios, los hechos que forman parte ó que á éstos se refieren, han de ser lícitos ú honestos.

Sabiendo qué cosas ó hechos pueden ser materia de arrendamiento, como el objeto del dueño al celebrar este contrato es sacar algún lucro ó utilidad por el uso que concede ó servicio que presta, se hace necesario que aquel que se aprovecha de las cosas y servicios de otro, satisfaga la cantidad en que se hubieren convenido; resultando de aquí la necesidad del *precio, paga ó merced* que ha de intervenir en el arrendamiento, como otro de sus requisitos,

Necesidad del precio en el arrendamiento, y sus cualidades.

El tercer requisito esencial del arrendamiento es el haber de intervenir un *precio, paga ó interés*; pues de otro modo degeneraría este contrato en el de *comodato*, en que también se presta el uso de las cosas, pero es gratuitamente.

Se entiende por *precio* en este lugar, la retribución ó paga que se da por el uso de una cosa ó por el servicio que otro presta, el cual, aunque diferente del que interviene en la compra venta, atendido su objeto, debe, no obstante, reunir las mismas cualidades que las que se exigen en éste, que son las siguientes:

- 1.ª Haber de consistir en dinero.
- 2.ª Haber de ser *verdadero, justo y cierto*.

Debe consistir en dinero; porque si en lugar de él se diera otra cosa, *non sería loguero, mas sería un contrato innominato*, como dice la ley 1.ª, tit. VIII, Part. 5.ª

Esto no obstante, podrá pactarse que se pague en frutos, sin que por ello se altere la esencia de este contrato, si antes se fijare la cantidad que hubiera de entregarse por este título; como, si habiéndose convenido, por ejemplo, en pagar á razon de tres pesos la hanegada de tierras de arroz, se entregara despues el valor en este grano, segun el precio que tuviere en el mercado al tiempo que venciera el plazo; ó cuando por un cálculo aproximado al que tenga en dicho tiempo, se señalara desde luego una medida determinada, como si, por ejemplo, se dijera á media carga de arroz por hanegada.

Otra cosa sería si la porcion de cosecha que se señalase fuera alicuota, como, por ejemplo, la mitad, tercera ó cuarta parte; pues entonces, mas bien que contrato de arrendamiento, sería una sociedad, en la que el dueño se entendia por haber puesto el capital, que es la finca, y el que la recibe el trabajo.

El contrato que en esta forma se hiciese, se llamará *arrendamiento á medias*; y aunque en su esencia es una sociedad, la escritura de su otorgamiento suele redactarse como si fuera un verdadero arriendo, añadiéndose solo en el lugar en que en las demás consta el precio convenido, la circunstancia de que se da tal campo en arriendo por tanta parte que se ha de entregar de sus productos. Ley 79, tit. XVIII, Part. 3.^a

Ha de ser tambien el precio *verdadero*, es decir, que no haya de ser tan bajo que mas parezca una *donacion* ó un *usufructo á título gratuito*; no obstante que en cuanto á los efectos, se producirán los que se propusieron las partes, no habiendo en éstas ningun vicio que se oponga á su cumplimiento.

Ha de ser *justo*, esto es, que no ha de esceder en mas ni darse menos de la mitad del valor que corresponda á las utilidades ó producto de la cosa arrendada; pues de otro modo podria el perjudicado rescindir el arrendamiento por causa de lesion, en los términos que propusimos al tratar de esta misma cualidad en los párrafos VIII, leccion 8.^a, y XIV de la leccion anterior, escepto que en el arrendamiento no puede pretenderse que el precio señala-

do se reduzca á tasacion, como puede hacerse en la venta, segun dispone el Decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813, restablecido por Real decreto de 6 de Setiembre de 1836.

Ultimamente, ha de ser *cierto*, ó que ha de estar determinado el que deba abonarse; no valiendo el dejar su señalamiento á la voluntad de los contrayentes, si bien pueden convenir en que se deje este punto al arbitrio de un tercero, pero sin perjuicio de que si éste no lo designare ó se creyere injusto el señalado, se acuda al juez para su regulacion, ó que se haga ésta por peritos.

Si hubiere duda acerca del precio que se señaló, como puede suceder en los arrendamientos hechos á la verbal, aunque el nuevo Código establece que ha de ser creído el propietario en lo que afirme bajo juramento (1), á nosotros nos parece que esto solo puede entenderse cuando el arrendatario le hubiere deferido el juramento; pues no siendo así, creemos que ha de determinarse la duda haciendo que lo justiprecien los peritos, ó si consistiera ésta en suponer el arrendador que el precio era mayor que el que afirmaba el arrendatario, seguirse la regla que con respecto á este caso dejó establecida en el contrato de compra venta la ley 20, título v, Part. 5.^a, la cual quedó esplicada en el §. VII de la leccion 9.^a

Todos estos requisitos suponen, que por parte de los contrayentes no ha de haber ningun defecto que obste á la celebracion de este contrato, lo cual podrá conocerse sabiendo qué personas pueden dar y recibir en arriendo.

§. IV.

Personas que pueden dar y recibir en arriendo.

Por regla general, todas las personas aptas para contraer, lo son tambien para dar en arriendo sus bienes y recibirlos de otro; pero, como no es bastante este princi-

(1) Art. 1476.

pio para poder juzgar en todos los casos de la legitimidad del arrendamiento, nos parece para mayor claridad dividir esta materia en los tres puntos siguientes:

- 1.º Qué personas pueden arrendar.
- 2.º Quiénes pueden ser arrendatarios.
- 3.º Si existen actualmente algunas que gocen de preferencia en el arrendamiento.

Qué personas pueden arrendar.

Pueden dar en arriendo:

1.º Los que tienen capacidad para disponer de sus bienes, ó para comprar y vender, segun dice la ley 2.^a, tit. viii, Part. 5.^a

2.º Los que no teniendo esta capacidad, se consideran obligados por la ley por los contratos que hubieren celebrado, no siendo de aquellos que tuvieren especialmente prohibidos. Tales son los menores de veinte y cinco años y mayores de catorce, los cuales, escepto en los contratos relativos á enagenacion de bienes inmuebles ó á imposiciones de gravámenes sobre ellos, en los demás pueden obligarse por sí no teniendo curador, salvo el beneficio de restitucion, como así consta en la ley 5.^a, tit. xi, Part. 5.^a

3.º Los hijos de familia, en los casos en que, segun las reglas propuestas en el §. IV, leccion 3.ª, pueden celebrar contratos.

4.º Los procuradores ó apoderados de otros, si estuvieren autorizados por sus principales: como igualmente aquellos á quienes competa la administracion legal de los bienes de las personas que están bajo su poder ó direccion, como son: los padres con respecto á los bienes de los hijos que están en su potestad: los tutores con respecto á los del pupilo: el marido con respecto á los de su mujer, aun no siendo mayor de veinte y cinco años si ha llegado á los diez y ocho, segun lo dispuesto en la ley 7.^a, tit. ii, lib. x, Novis. Recop.: los Prelados de las iglesias ó sus administradores con respecto á los bienes de las mismas, pero guardando lo prevenido en el capitulo único, tit. iv, lib. iii de las Estravag. com.: siendo tal la fuerza

de estos arrendamientos que, aunque hubieran muerto los que los hicieren, conservan sus efectos.

5.º Los usufructuarios con respecto á los bienes del usufructo, como asimismo los que tienen á su favor la servidumbre de habitacion, respecto á la casa en que se les concede este derecho, como espresa la ley 27, tit. xxxi, Part. 3.ª: los poseedores de mayorazgo respecto á los bienes vinculados: los beneficiados con respecto á los bienes de sus capellanías, y cualquier otro, en fin, que poseyera las cosas por título singular, si bien cesa con su muerte el arrendamiento que cada uno de ellos hubiera hecho.

Si la cosa perteneciera á muchos, todos ellos deben convenir en el arriendo, á no ser que estuviere uno de ellos encargado de su administracion; y en caso de discordia entre los condueños, se procederá á su division, prevaleciendo mientras tanto el voto de la mayoría de los condueños.

Quiénes pueden ser arrendatarios.

Como segun el lenguaje de las leyes antiguas, se halla usada la palabra *arrendar* para designar, tanto á los que dan, como á los que reciben en arriendo; es consiguiente que, habiendo establecido la ley 2.ª, tit. viii, Part. 5.ª, que puedan *logar* ó arrendar todos los que pueden disponer de sus bienes ó que pueden comprar y vender, sean éstos tambien los que puedan ser arrendatarios.

Mas esto no impide que aquellos que no tengan facultades para disponer de sus bienes, puedan ser arrendatarios, como continuamente se observa en la práctica, particularmente en arrendamientos que por muerte de sus principales continúan en sus herederos aun siendo menores; pudiendo por lo mismo servir de regla lo propuesto relativamente á los que pueden arrendar, para determinar quiénes pueden ser arrendatarios.

Una sola diferencia encontramos en cuanto á éstos, y es, que por motivos de órden en la administracion pública están escluidas por nuestras leyes algunas personas de poder ser arrendatarios, como son:

1.º Los militares y empleados públicos, á quienes por la ley 2.^a, tit. viii, Part. 5.^a, se les prohíbe que puedan tomar en arriendo heredades ó tierras, á fin de que no se distraigan del servicio; si bien no creemos que sea necesaria esta prohibicion para que se consiga el fin que expresa esta ley, porque la severidad de la disciplina militar y administrativa actual bastan para impedir que los militares se ausenten de sus cuerpos y los empleados de sus destinos; y además, porque puede hacerse el cultivo de las heredades y tierras por medio de otros.

2.º Los clérigos y personas eclesiásticas, á quienes por la ley 1.^a, tit. x, lib. x, Novis. Recop., se les prohíbe ser arrendatarios de rentas Reales, á no dar fiadores legos y abonados; cuya prohibicion la estiende en términos absolutos la ley 2.^a de este título, á los Regidores, Jurados, Escribanos de rentas, etc.

No siendo en los puntos espresados, podrá en los demás cualquiera persona que tenga capacidad para contratar tomar en arriendo heredades, tierras y casas, como igualmente concertarse con otros por sí ó por sus padres ó guardadores, para la prestacion de obras y servicios en clase de jornaleros ó de sirvientes domésticos; quedando á salvo en el dueño ó arrendador la libertad en admitirles para los servicios á que se ofrecen, ó de darles ó no en arriendo sus posesiones, segun conviniere á sus intereses.

Disposiciones del derecho sobre preferencia en el arrendamiento.

Si la necesidad de atender al mejor servicio público obligó á nuestros Reyes á distinguir á algunas personas, dándoles preferencias sobre otras en el arrendamiento de casas, tales como á los empleados en su Real Casa y Corte; á los dependientes de la Real Hacienda; á los militares graduados, y aun hasta los profesores de la Universidad de Salamanca, segun consta en los títulos vii y xv, lib. iii, y x, lib. x, Novísima Recopilacion; tambien las buenas ideas políticas y económicas persuadian, que debian desaparecer cualesquiera trabas que se impusieran al derecho de propiedad.

Para conseguirlo, trataron las Córtes de 1813, 1820 y

1837, de poner remedio á un abuso como el que se venia cometiendo desde mucho tiempo; y aunque en estas últimas llegó á presentarse un proyecto de ley en que se establecian las reglas de justicia que nunca debian haberse alterado á pretesto del mejor servicio público, semejante proyecto quedó sin discutir hasta las Córtes de 1841, en las que, habiendo sido aprobado con las modificaciones que aconsejó la esperiencia, quedó publicado como ley en 9 de Abril de 1842.

Una de sus disposiciones es, que los dueños puedan, en uso del legitimo derecho de propiedad, arrendar sus casas libremente, arreglándose con el arrendatario los pactos y condiciones que tuvieren por conveniente, no siendo contrarias á la ley y á las buenas costumbres, como dice la ley 2.^a, tit. VIII, Part. 5.^a; y siendo esto así, quedan derogadas desde entonces todas las leyes anteriores que tenian por objeto establecer preferencias en los arriendos, que es la legislacion que rige actualmente así en las provincias como en la Corte.

Por esta legislacion, aunque no perfecta en todas sus partes, porque iguala en el tiempo para evacuar la casa al inquilino con el dueño, siendo así que aquel lo necesita mayor para trasladar su habitacion, pueden determinarse mejor las obligaciones que cada uno de los contrayentes debe cumplir, atendidos los pactos y condiciones que en el acto de su celebracion pueden ponerse: pero, como no siempre se hacen los arrendamientos, en especial los *verbales*, de modo que puedan aquellas conocerse, será preciso para este caso examinar cuáles sean las disposiciones del derecho relativamente á las obligaciones que nacen del arrendamiento, prescindiendo de las que constaren á consecuencia de las estipulaciones.

§. V.

Obligaciones que nacen del contrato de arrendamiento.

Las obligaciones que nacen del arrendamiento, unas son con respecto al arrendador y otras al arrendatario; y para el mejor orden hablarremos de unas y otras con se-

paracion, empezando por las que tiene que cumplir el arrendador.

Obligaciones del arrendador.

A tres clases pueden reducirse las obligaciones que en general tiene que cumplir el arrendador, siguiendo el orden propuesto en el proyecto del nuevo Código (1), á saber:

1.^a A entregar al arrendatario la cosa que es objeto del contrato.

2.^a A conservarla durante el arrendamiento en estado de servir para el uso á que ha sido arrendada.

3.^a A mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del arriendo.

Sobre cada una de ellas haremos algunas breves observaciones.

Entregar la cosa al arrendatario.

Para cumplir el arrendador con esta obligacion, sin la cual no puede existirse este contrato, deben acompañar los requisitos siguientes:

1.^o Entregarla segun la estension ó medida que se hubiere espresado, sirviendo la regla propuesta al hablar de esta misma obligacion con respecto al vendedor en el §. IV, leccion 9.^a, para determinar cuándo cumple el arrendador con solo entregar la cosa aun cuando sea mayor ó menor la cabida que se espresó; y cuándo tiene obligacion de entregar el todo que se dijo que contenia, sufriendo una disminucion en el precio si no llegara á la cabida señalada.

2.^o Debe asimismo entregarla en el modo y tiempo convenido; y si fué arrendada á dos personas á la vez, se observará lo que en el mismo párrafo se manifestó acerca del caso en que se vendiera la cosa á dos ó mas personas; escepto en cuanto á la preferencia que alli dimos en la

(1) Art. 1447.

venta de bienes inmuebles al que hubiera antes inscrito su título en el registro de hipotecas, por no estar sujeto hoy día el arrendamiento á este requisito, segun el Real decreto de 25 de Noviembre de 1853.

3.º Ha de entregarse en estado de servir al objeto á que se le destina, y conservarla siempre del mismo modo, como luego manifestaremos; quedando responsable de los vicios ó defectos que tuviere la cosa si sabiéndolos ó debiéndolos saber en algunos casos no los manifestó, ó en caso de no saberlos cuando no venia obligado á ello, perdiendo solo el precio en cuanto no fuere superior al importe de su deterioro, segun la distincion que hace la ley 14, título VIII, Part. 5.^a

Conservarla en estado de poder servir al uso porque se arrienda.

No solo está obligado el arrendador á entregar la cosa en el estado en que pueda servir el arrendatario, sino que debe conservarla siempre en el mismo, si no se ha pactado que quede á cargo del arrendatario su conservacion.

Cuando no hubiere habido pacto; será ésta de cuenta del arrendador, para lo cual deberá cumplir con las obligaciones siguientes:

1.^a Hacer las obras y reparaciones *necesarias* para la conservacion de la finca, ó en caso de haberlas hecho el arrendatario, sin haberse obligado á ello, abonarle su importe. Igualmente deberá abonarle el de las obras *útiles*, si fueren hechas con su consentimiento, ó si, aun cuando no hubiere precedido éste, fueren tales que hicieren producir á la finca mayor renta. Ley 24, tit. VIII, Part. 5.^a

Nuestro parecer, sin embargo, es que el arrendatario avise antes al arrendador, cuando trate de emprender, tanto las obras *necesarias* como *útiles*, porque de este modo queda á salvo el derecho del propietario para hacerlas de por sí, mayormente cuando las pudiera hacer con mas economia (1).

(1) Art. 1940, §. II.

No obstante, si se hubieran hecho y el arrendador se negase á pagarlas, puede el arrendatario retener la finca en compensacion y cobrar su importe de las rentas de la misma, ó separar las mejoras si pudiera hacerlo sin deteriorarla, como dispone la ley 24 citada.

2.^a Debe, durante el tiempo del arrendamiento, abstenerse de hacer obras que muden la forma de la cosa arrendada, sin consentimiento del arrendatario, á no ser que fueran tan urgentes que no pudieran diferirse hasta la conclusion del arriendo, que entonces las podrá hacer aunque causaren alguna molestia al arrendatario y aunque le impidan hacer uso de la finca, si bien podrá éste pedir la indemnizacion de daños y la rebaja del precio por el tiempo en que no hizo uso de ella y aun hasta la rescision del contrato, si la obra fuere tal que hiciera inhabitable la parte que necesitara el arrendatario para su uso, como establece asimismo el nuevo Código (1).

Mantener el arrendatario en el uso de la cosa.

En virtud de esta obligacion debe el arrendador:

1.^o Sostener el arrendatario en la posesion de la finca durante el tiempo del arrendamiento, y de lo contrario sanearle ó indemnizarle de los perjuicios que se le hayan ocasionado por razon de la eviccion. Párrafo III, tít. xxv, lib. III, Instit. Justin. (2).

2.^o No impedir de por sí el uso y aprovechamiento de la cosa, ni permitir que otro lo impida, á no ser que de parte del tercero se alegara tener derecho á ella por razon de dominio, prenda, usufructo ú otra causa que el arrendador ignoró al tiempo del arrendamiento, ó que el impedimento procediera de una prohibicion legal, ó de caso fortuito, ó de un hecho injusto; pues en tales casos quedará disuelto el contrato y el arrendador obligado solamente á devolver el precio. Otra cosa seria, si sabiendo la accion del tercero no la manifestase, que entonces deberá abonar, además de los daños y perjuicios que se le siguieren al arrendatario, las ganancias que pudo

(1) Arts. 1488 y 1489.

(2) Art. 1484.

haber percibido, de cuya obligacion se libra si éste tenia mala fe ó sabia que era de otro la cosa que se le habia arrendado. Ley 21, tít. VIII, Part. 5.^a (1).

A esta misma obligacion se sujeta el arrendador, cuando el hecho injusto que impidiere al arrendatario el libre uso de la cosa arrendada, como robándole los frutos, quitándole furtivamente el agua del riego, ó cualquier otro atentado semejante, se sometiera en ódio del arrendador, porque si asi fuere, habrá recurso contra éste por los daños causados, del mismo modo que podrán reclamarse del arrendatario los daños hechos en la cosa, si en ódio de éste se hubieren cometido, como consta de la ley 7.^a, título VIII, Part. 5.^a

3.^o Debe pagar el arrendador las contribuciones, títulos y cargas que se impusieren sobre la cosa arrendada, salvo los pactos que se hubieran hecho entre éste y el arrendatario.

Tales son en general las obligaciones del arrendador. Veamos, siguiendo el mismo orden, cuáles son las del arrendatario.

Obligaciones del arrendatario.

Las principales obligaciones del arrendatario pueden quedar comprendidas en las dos únicas que designa el nuevo Código (2), que son las siguientes:

1.^a Pagar la *renta* ó el *precio* en los términos en que los contrayentes se hubieren convenido.

2.^a Usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familias, destinándola al uso pactado, y en defecto de pacto, al que racionalmente se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada, segun costumbre de la tierra.

Pagar la renta ó el precio.

Para el cumplimiento de esta obligacion ha de atenderse: 1.^o, al *tiempo, modo y lugar* en que ha de pagarse el

(1) Art. 1483.

(2) Art. 1478.

precio; 2.º, á los efectos que produce cuando se faltare á ella.

En cuanto al *tiempo*, éste es el señalado en el arrendamiento ó en su defecto en el que fuere de costumbre en el lugar del contrato, y no habiendo plazo señalado ni costumbre, al fin de cada año ó del mes, segun fuere el contrato. Ley 4.ª, tit. VIII, Part. 5.ª

Para los usos que puedan convenir, la costumbre en el reino de Valencia es: en casas, pagar anticipadamente por meses, trimestres, etc.: en tierras, á su vencimiento y en los meses de Junio y Diciembre, que son las épocas generalmente señaladas en las escrituras de arrendamiento; escepto en las tierras para el cultivo de arroz, que lo general es pagarse en el mes de Noviembre.

En cuanto al *modo de hacer el pago*, éste debe ser en dinero, y no en frutos, á no ser en los casos espresados en el §. III; estando permitido aun en éstos que, cuando se hubiere pactado pagar en granos, puedan elegir los labradores, ó el hacerlo en especie ó en dinero á la tasa, como así se declaró por auto del Consejo de 30 de Junio de 1708, puesto por nota al pié de la ley 7.ª, tit. XI, lib. X, Novísima Recopilacion.

En cuanto al *lugar en donde ha de verificarse el pago*, éste debe ser aquel en que se hubieren convenido los contrayentes, y no habiéndose nada pactado será, si fuere en dinero, en el del domicilio del arrendador ó de su apoderado, y si consistiere en frutos ó granos que es preciso portear, en el del arrendatario.

En caso de ser muchos los que tomaron en arriendo la cosa, cada uno deberá abonar su parte, á no ser que todos se hubieren obligado *in sólido*, que entonces, si se hubiera de hacer alguna reclamacion por falta de pago, cualquiera podrá ser reconvenido por el todo.

De esta obligacion se libra en dos casos el arrendatario:

1.º Cuando por algun accidente fortuito no pudiere usar de la cosa arrendada.

2.º Cuando sin culpa suya no puede servir ya la cosa para el uso del arriendo.

De uno y otro caso presentan muchos ejemplos las leyes del tit. II, lib. XIX del Digesto, en las cuales se conforma el nuevo Código (1).

Esceptuando estos dos casos, en los demás viene obligado el arrendatario á pagar el precio, en términos que si no lo hiciese, puede pedir el arrendador la rescision del contrato y la indemnizacion de daños y perjuicios, á cuya responsabilidad, asi como para la paga del precio, quedan hipotecados los efectos que se encontraren en la cosa arrendada, como mas adelante observaremos. Ley 5.^a, tit. VIII, Part. 5.^a (2).

Usar de la cosa arrendada como un buen padre de familias.

Otra de las obligaciones del arrendatario es la de haber de usar de la cosa arrendada como un buen padre de familias usa de las suyas propias, debiendo prestar la culpa leve por ser un contrato útil á los dos contrayentes.

Qué es lo que deberá practicar el arrendatario para cumplir con esta obligacion, lo esplica la ley 7.^a, tit. VIII, Part. 5.^a, con varios ejemplos acomodados á las diversas cosas que pueden ser objeto del arrendamiento, y de cuya doctrina se infiere:

1.^o El haber de responder de las desmejoras, deterioros ó pérdidas que por abuso, descuido ó negligencia del mismo y de las personas que de él dependen tuviera la cosa arrendada, durante el arrendamiento. Leyes 7.^a, 8.^a y 18, tit. VIII, Part. 5.^a (3).

2.^o El haber de ser igualmente responsable de los daños causados en la cosa por ódio ó enemistad hácia su persona, como especialmente espresa la ley 7.^a citada.

No siendo asi, no está obligado á responder el arrendatario de los daños acaecidos en la cosa arrendada por otra causa cualquiera, tal como, por ejemplo, por muerte natural de la cosa alquilada, si fué una *caballería* ú otro animal; ó por naufragio, en las demás cosas *muebles* ó *semovientes*; ó por inundacion, ó incendio, etc., si fueren

(1) Art. 1483.

(2) Art. 1489.

(3) Arts. 1494 y 1495.

casas ó tierras; salvo si hubiere tomado sobre sí el arrendatario el caso fortuito, ó hubiere habido culpa ó tardanza por parte suya en entregar la cosa, que entonces deberá responder de los daños, aun cuando provinieran de las espresadas causas.

Esta doctrina, que en general quedó ya esplicada en el §. IV de la lección 4.^a, se halla confirmada relativamente al arrendamiento en la ley 8.^a, tit. VIII, Part. 5.^a y á la cual podemos añadir los autos del Consejo citados por nota puesta al pié de la ley 8.^a, tit. x, lib. x, Novísima Recopilacion; en los que, con motivo de los daños causados á las vidrieras de las ventanas de Madrid por una tempestad de granizo, se declaró que, no los inquilinos, sino el dueño era quien los debía sufrir.

Tampoco es responsable el arrendatario por las desmejoras ó pérdidas que sin culpa suya tuviere la cosa arrendada si provinieren de algun vicio de la misma, como de vejez ó mala calidad, ó por efecto del uso á que está destinada; pero, tanto en este caso como en el anterior deberá, para librarse de la responsabilidad, probar la causa que hubiere dado lugar á la pérdida ó deterioro de la cosa; así como, para exigírsela el arrendador, será de cargo suyo la prueba de que semejantes causas provinieron del arrendatario, segun se halla dispuesto en la ley 20, tit. XIII, Part. 5.^a (1).

Además del cuidado que debe tener de la cosa, ha de destinarla únicamente al uso pactado, y en defecto de pacto al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada, segun la costumbre de la tierra.

Así, pues, si se hubiere alquilado un caballo para ir montado, no se puede destinar á que tire de un carruaje: si fuere casa para habitar, no debe usarse para meson ú otros usos públicos; y de este modo podíamos ir presentando ejemplos si los dichos no bastasen para comprender la naturaleza de esta obligacion.

Esto no impide que el arrendatario pueda hacer algunas variaciones en las tierras ó edificios arrendados si es-

(1) Art. 1494.

presa é tácitamente no se le hubiere prohibido, con tal que deje la cosa despues en el estado en que la recibió: así como tampoco impedirá que el nuevo inquilino pueda destinar la casa para los usos de su profesion, si sabiendo el dueño cuál era la que ejercia se la dió en arriendo sin imponerle ninguna prohibicion, pues esta circunstancia hace presumir haber sido la voluntad del propietario que el inquilino pudiera destinar la cosa á los usos propios de su oficio.

Finalmente, no debe usar de la cosa mas allá del tiempo convenido, ó del que no puede subsistir el arrendamiento, cuyos modos de acabarse ó concluirse se manifestarán á continuacion.

§. VI.

Modos de acabarse el arrendamiento.

El arrendamiento se acaba por los modos siguientes:

- 1.º Por concluir el término señalado en el contrato.
- 2.º Por la pérdida de la cosa arrendada.
- 3.º Por extinguirse el derecho que tenia en ella el arrendador.
- 4.º Por el desahucio.

Además de estos modos propios y peculiares de este contrato, se acaba tambien por aquellos de entre los comunes que pueden acomodarse á su naturaleza, tales como la *confusion* ó *consolidacion*, y la *rescision*; así como por pertenecer á la clase de los que hemos calificado como *consensuales*, se disolverá por el *mútuo disenso*.

Sobre cada uno de estos modos se ofrecen algunas consideraciones que espondremos brevemente á continuacion.

Por concluir el término señalado en el contrato.

Este término es tan eficaz cuando se hubiere señalado en el contrato que, llegado él, acaba el arrendamiento sin necesidad de que medie aviso por parte de ninguno de los interesados.

Así lo dispone la ley 18, tit. viii, Part. 5.^a, con respecto á los arrendatarios; cuya disposicion, aunque fué despues derogada por la ley 3.^a, tit. x, lib. x, Novísima Recopilacion, en la que se resolvió que hubiera de mediar aviso de parte del dueño y del colono, quedó posteriormente abolida por el art. 5.^o del Decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813, restablecido por Real decreto de 8 de Setiembre de 1836, en que se adoptó la doctrina de la ley 18 de las Partidas citada (1).

Sin embargo, debemos advertir que, si al terminar el contrato permanece el arrendatario disfrutando la cosa arrendada con aquiescencia del dueño, se entenderá que hay una *tácita reconduccion*, á menos que haya precedido desahucio; y en virtud de ella, continuarán los contrayentes en las mismas obligaciones por el tiempo señalado por la ley, pero no las otorgadas por un tercero para la seguridad del contrato principal (2).

Si el arrendamiento se hubiere hecho sin tiempo determinado, durará entonces á voluntad de las partes; pero la que quiera que concluya, deberá avisar á la otra con anticipacion en los tiempos que luego despues se dirán al hablar de las reglas que han de seguirse en los arrendamientos de prédios rústicos y urbanos.

Por último, en los arrendamientos de bienes inmuebles por un periodo mayor de seis años, los arrendatarios no podrán ser despedidos por su nuevo dueño hasta despues de cumplido aquel término; pero para ello es condicion indispensable que estén consignados los contratos en escritura pública, y que se haya tomado razon de ella en el registro. Tampoco podrán ser despedidos los arrendatarios si hubiesen anticipado las rentas de tres ó mas años, hasta que éstos concluyan, siempre que hayan llenado la formalidad espresada anteriormente. Artículos 2.^o y 3.^o de la ley hipotecaria.

(1) Art. 1496.

(2) Arts. 1497 y 1498.

Por la pérdida de la cosa arrendada.

Como sin cosa, ó servicio que uno se obligue á prestar á otro, no puede haber arrendamiento, es consiguiente que, faltando cualquiera de estos objetos, haya de acabarse este contrato.

Esta pérdida ó destruccion, refiriéndonos principalmente á la cosa, puede verificarse por caso fortuito, ó por culpa del arrendador ó arrendatario; y en uno y otro caso puede perecer en su totalidad ó solo en una parte de ella.

Bajo este supuesto, si durante el arrendamiento la cosa arrendada se hubiera destruido en su totalidad por caso fortuito, queda de derecho rescindido el contrato, en razon á que toda obligacion se extingue por la pérdida de la cosa que era su objeto, segun manifestamos en el §. II, leccion 6.^a, seccion 3.^a (1): mas si solo se ha destruido una parte de ella, puede optarse entre la rebaja proporcional del precio ó la rescision del arriendo; pero en ninguno de estos dos casos há lugar á la indemnizacion.

Si la pérdida fué por culpa del arrendador ó del arrendatario, deberá el que fuere culpable satisfacer al otro los perjuicios y daños.

Por extinguirse el derecho que tenia en ella el arrendador.

Esto puede suceder en los casos siguientes:

1.º Por haber vendido el arrendador la cosa arrendada.

2.º Por acabarse el derecho singular en virtud del cual se hizo el arrendamiento.

El primer caso se halla contenido en la ley 19, tit. VIII, Part. 5.ª, en la que se dispone que, habiendo alguno tomado en arriendo una cosa por cierto tiempo, si el dueño ó arrendador la vendiese antes de llegar el plazo señalado,

(1) Art. 1499.

puede aquel que la compró espeler de ella ó despedir al arrendatario, cuya doctrina solo la admite el nuevo Código en caso que se hubiere pactado (1).

Ahora bien; como en virtud del contrato, solo se adquiere derecho para repetir contra aquel que le arrendó la cosa, y éste no puede mantenerle en posesion de ella por haber perdido el dominio sobre la misma, por razon de la venta hecha, resulta que el arrendatario tendrá que sujetarse á lo que el comprador dispusiere sobre ella en uso de su derecho, y por lo mismo deberá considerarse por este acto rescindido el arrendamiento; quedando únicamente en él la facultad de reclamar de aquel que se la arrendó la devolucion de la parte del precio que correspondiera al tiempo que faltase para terminar el plazo.

Lo que se dice de la venta de la cosa arrendada, debe estenderse igualmente á los casos en que el dueño la hubiere legado ó dado en usufructo, en los que podrán tambien los legatarios usufructuarios, etc., despedir de la finca al arrendatario.

Se esceptúan, sin embargo, dos casos segun la ley 19 citada, en que no por la enagenacion de la cosa que hubiere hecho el arrendador, se estingue el arrendamiento, ó en los que no puede el nuevo dueño espeler al arrendatario de la cosa arrendada, los cuales son:

1.º Cuando se pactó al tiempo de celebrarse el arriendo que, si el arrendador vendia la finca antes de terminar el plazo del arrendamiento, habia de imponerse la condicion al nuevo dueño de sostener al arrendatario en la cosa por el tiempo que restase hasta concluir el tiempo prefijado y bajo el mismo precio y demás condiciones estipuladas, quedando la finca hipotecada á su cumplimiento.

2.º Cuando el arrendamiento se hubiera hecho *por toda la vida del arrendatario, ó para siempre tambien de él como de sus herederos*, como continúa la referida ley;

(1) Art. 1502.

porque entonces equivale este arrendamiento á una concesion del dominio útil sobre la cosa, y como tal le compete la *accion real* al arrendatario, segun se espresa Gregorio Lopez en la glosa 7.^a á dicha ley, citando entre otras la ley 1.^a, tit. XVIII, lib. XLIII del Digesto.

El segundo caso es, por acabar el derecho singular que tenia el que hizo el arrendamiento, lo cual tiene lugar en los casos siguientes:

1.^o Cuando hubiere sido el usufructuario el que arrendó la cosa que tenia en usufructo, cuyo arrendamiento acaba con la persona que lo hizo, sin obligacion en el propietario á quien se le devuelve la cosa de pasar por él, como espresa la ley 3.^a, tit. VIII, Part. 5.^a (1).

2.^o Cuando la finca arrendada pertenezca á un mayorazgo ó á un fideicomiso, ó constituyere la congrua de un beneficiado, en los que tambien acabá como en el caso anterior, sin que los herederos ó sucesores en dichos títulos queden obligados por el arrendamiento que contrajo su antecesor respectivo.

Así lo resuelven los prácticos con respecto á los casos espresados en el número anterior, cuya doctrina, si bien la admitimos por la analogia que hay entre estos títulos y el usufructo, no podemos juzgar del mismo modo en cuanto á la otra que proponen de no acabar los arrendamientos hechos por el marido de los bienes de la mujer, ó por el tutor ó curador de los bienes de los pupilos ó menores, aun despues de disuelto el matrimonio ó de terminarse la tutela ó curatela, porque semejante doctrina puede causar muchos perjuicios á las viudas y á los menores, pareciéndonos mas justa la que propone el nuevo Código, que prohíbe á tales personas hacer arrendamientos de dichos bienes por mas de diez años, á no ser con autorizacion del juez (2).

Lo que si no podemos menos de admitir es, que no acaba el arrendamiento por la muerte ni del arrendador ni del arrendatario, porque además de los principios que

(1) Arts. 443 y 1501.

(2) Arts. 237, 307, 1289 y 1485.

dejamos sentados en el §. VII de la leccion 4.^a para demostrar que las acciones y obligaciones personales son trasferibles á los herederos, lo establecen así con respecto al arrendamiento la ley 2.^a, tit. VIII, Part. 5.^a, y Decreto de las Córtes de 8 de Junio de 1813 (1).

Por el desahucio.

Entendemos por desahucio, *el acto por el cual el dueño de un prédio rústico ó urbano, en virtud del derecho que le concede la ley, consigue que el inquilino ó arrendatario deje vacua ó á su disposicion la casa ó heredad que tenia en arriendo.*

Para hacer uso de este derecho, es necesario:

1.^o Que el dueño avise antes al arrendatario, ora se haya señalado un plazo para la duracion del arriendo, ora se haya hecho éste por tiempo indeterminado.

2.^o Que, si el arrendamiento fuere á plazo, deba alegarse alguna justa causa, sin la cual no podrá ser desalojado por el dueño sino despues de concluido el tiempo designado.

Con qué anticipacion debe hacerse el aviso, y qué causas hayan de alegarse en este último caso, lo espresaremos separadamente al tratar de las reglas que han de tenerse presente para comprender los efectos de los arrendamientos de prédios rústicos y urbanos; presentando únicamente en este lugar, como materia comun para ejecutar los desahucios de unos y otros prédios, el modo de proceder con arreglo á la ley de enjuiciamiento, modificado por la de 22 de Junio de 1867, el cual puede reducirse á lo siguiente.

No habiendo producido efecto los medios amistosos, se presentará la demanda ante el juez de primera instancia del domicilio del demandado ó ante el del lugar en donde estuviere sita la cosa, á eleccion del demandante. Artículo 637.

El juez mandará convocar al actor y al demandado á jui-

(1) Art. 1500.

cio verbal, si la demanda de desahucio se funda exclusivamente en una ó mas de las causas que á continuacion se espresan:

1.º En el cumplimiento del término estipulado en el arrendamiento de una finca rústica ó urbana.

2.º En haber espirado el plazo del aviso que debiera darse, con arreglo á la ley, á lo pactado ó á la costumbre general de cada pueblo.

3.º En la falta de pago del precio estipulado.

4.º En la infraccion manifiesta de cualesquiera de las condiciones estipuladas en el contrato de arrendamiento. Art. 638.

Este juicio verbal se celebrará dentro de los ocho dias siguientes al de la presentacion de la demanda, la que se admitirá sin que preceda acto de conciliacion; pero mediando siempre cuatro por lo menos entre dicho juicio y la citacion del demandado. Art. 639.

Hecha la citacion en los términos prescritos en los artículos 640 hasta el 646, segun que fuere habido ó no el demandado, ó segun el juez ante quien se hubiere presentado la demanda, ha de atenderse á si comparece ó no comparece, para ir distinguiendo los procedimientos que en uno y otro caso corresponden.

Si el demandado no compareciere despues de la segunda citacion estando en el lugar del juicio, ó despues de la primera ó única que ha de hacerse estando ausente, declarará inmediatamente el juez haber lugar al desahucio, apercibiéndole de lanzamiento ó de despojo si no desaloja la finca dentro de ocho, quince ó veinte dias, segun que fuere casa de habitar ó establecimiento mercantil, ó una hacienda, alquería, cortijo, ú otra finca rústica que tenga caserio y en la cual haya constantemente guardas, ó sirvientes, cuyo apercibimiento se omite en cuanto á las fincas rústicas que no tuvieren estas circunstancias, decretándose desde luego el despojo si el demandado no hubiere comparecido. Artículos 646, 647 y 648.

Si pasados estos términos, que son improrrogables y que se contarán desde el dia siguiente á la notificacion de esta providencia, segun el art. 25, no se desalojase la finca, se

procederá á lanzar de ella al inquilino ó colono, vendiéndole al mismo tiempo bienes en cantidad suficiente prévia tasacion, para cubrir las costas de las diligencias; cuya venta se hará en la forma prevenida para el procedimiento de apremio. Artículos 649 al 655.

Como pudiera suceder que en la finca, siendo rústica, hubiere labores que el colono reclamare como de su propiedad, se estenderá diligencia espresiva de los bienes reclamados, y hecho el avalúo por peritos, si el demandado reclamare el valor que le correspondiere por ellos, se convocará sobre esta reclamacion un juicio verbal, en que oidas las partes y recibidas las pruebas, dictará el juez sentencia. Esta podrá apelarse en ambos efectos, sustanciándose la segunda instancia en los términos prevenidos para las apelaciones de las sentencias que recayeran sobre los interdictos. Artículos 652 y 656 al 660.

Tales son los procedimientos en caso de no comparecer el demandado al juicio verbal sobre el desahucio.

Si compareciere, oidas en él las partes y recibidas las pruebas, dictará el juez sentencia. Esta sentencia es apelable en ambos efectos. El juez no admitirá la apelacion, si al interponerla no acreditare el arrendatario que ha satisfecho los plazos vencidos y los que debiera pagar adelantados. Si no lo acreditase, quedará desde luego firme y pasada en autoridad de cosa juzgada la sentencia.

Si no se interpusiere apelacion pasado el término, quedará la sentencia consentida de derecho, sin necesidad de ninguna declaracion.

Consentida la sentencia de primera instancia ó pasada en autoridad de cosa juzgada, se procederá á su ejecucion en la forma antes prevenida, si se hubiere declarado haber lugar al desahucio.

Si se apelara, se remitirán los autos al tribunal superior, con citacion y emplazamiento de las partes. La 2.^a instancia se sustanciará en los términos prevenidos para las apelaciones de las sentencias que recayeren sobre los interdictos, y una vez recaído el fallo, se devolverán los

autos al juzgado de que procedan para su cumplimiento. Artículos 662 al 669.

Mas si la causa porque se pidriere el desahucio fuere otra distinta de las anteriormente espresadas, se convocará tambien á las partes á juicio verbal de la manera que queda dicho.

Si compareciendo el demandado convinieren con el demandante en los hechos, dictará el juez sentencia. Si no compareciere el demandado, se le tendrá por conforme en los hechos espuestos en la demanda, y el juez dictará en su rebeldía sentencia, declarando haber lugar al desahucio. Art. 669.

Esta sentencia es apelable en ambos efectos.

Si no se apelare, queda de derecho consentida, sin necesidad de declaracion alguna, y se procederá á su ejecucion y cumplimiento. Art. 670.

Si se apelare, se remitirán los autos al tribunal superior para que se sustancie y decida la segunda instancia, con sujecion á los trámites antes determinados, procediéndose dictada que sea la ejecutoria, á cumplirla de la manera tambien establecida. Art. 671.

Si el demandado se opusiere al desahucio en el juicio verbal, y no convinieren en los hechos, precisará los que negare y las razones en que los funda. El juez, en su vista, declarará terminado el juicio, y conferirá traslado al demandado por el término preciso de cinco dias. Trascurridos, recibirá el pleito á prueba, si procediere, por un término que no escederá de veinte dias. Al segundo dia, despues de concluido el término de prueba, la que se hubiere practicado se unirá de oficio á los autos, y se entregarán éstos para instruccion á cada una de las partes por el término perentorio de tercero dia.

Devueltos ó recogidos los autos, el juez señalará sin dilacion dia para la vista, á la cual podrán concurrir los interesados ó sus letrados defensores.

Dentro de los tres dias siguientes dictará sentencia. Si ésta fuere condenatoria, aunque sea apelable en ambos efectos, el juez no admitirá la apelacion si al interponerla no acreditare el arrendatario que habia satisfecho los pla-

zos entonces vencidos, y los que, según el contrato de arriendo, debe pagar adelantados; y no haciéndolo así, se reputará desierto el recurso, y la sentencia firme y pasada en autoridad de cosa juzgada.

Todos estos términos son improrogables, y trascurridos que sean, se considerará perdido el derecho de que no se haya hecho uso; sin necesidad de escritos de apremio ni rebeldía. Art. 672.

Lanzado ya de la finca el que la tenía arrendada, vuelve ésta á poder del dueño, quedando por lo mismo disuelta la obligación contraída.

Los otros modos de disolverse este contrato, comunes con los demás en general, ó con los propios de su clase, son los siguientes:

1.º La *confusion* ó *consolidacion*, la cual se verifica, ó por llegar el arrendatario á ser dueño de la cosa en virtud de alguno de los títulos traslativos de dominio, ó por heredar el arrendador al arrendatario.

2.º El haber existido algunas de las causas por las que puede pedirse la nulidad ó la rescision, como, por ejemplo, haber faltado el arrendador ó arrendatario al cumplimiento de sus respectivas obligaciones (1); no entregar la cosa el arrendador; dejar de pagar el precio el arrendatario; tratar mal la finca; subarrendarla si fuere rústica, no teniendo el consentimiento de su dueño (2); ó finalmente, faltar alguno de los requisitos por los que haya de anularse ó rescindirse el arrendamiento, para cuya inteligencia pueden verse los párrafos VI y VII, lección 6.ª, sección 3.ª: debiendo únicamente advertir en este lugar que si se rescindiera este contrato por faltas del arrendatario, tiene éste obligación de pagar el precio por todo el tiempo que medie hasta que el dueño pueda celebrarlo con otro, y además los daños que á éste se le hayan irrogado (3).

Finalmente, se disuelve por el mútuo disenso en los términos manifestados en el §. III, lección 10.

Además de estas doctrinas generales, con las que se

(1) Art. 1479.

(2) Art. 1481.

(3) Art. 1480.

demuestra cuál sea la naturaleza del arrendamiento, sus efectos, y modo como se disuelve, hay que tener presente lo que relativamente á cada una de sus especies han establecido las leyes, para lo cual, como no podemos separarnos de los fundamentos que hemos espuesto, bastará solo proponer las reglas que determinan los atributos especiales de cada una de las clases de arrendamiento, empezando por los que se refieren al de tierras y cualesquiera otros prédios rústicos.

§. VII.

Reglas especiales para determinar los efectos de los arrendamientos de tierras ó de prédios rústicos.

Supuesta la doctrina que se ha sentado para manifestar los nombres con que se distinguen estos arrendamientos, así como el de las personas de los contrayentes y del precio en que hubieren éstos convenido; celebrado ya éste, quedan obligados el arrendador y arrendatario en los términos comprendidos en las reglas siguientes:

1.º Que, para decidir las cuestiones que se promuevan sobre esta clase de arrendamientos, se ha de atender ante todo á lo que se hubiere pactado entre los contrayentes, y en su defecto á lo que el Decreto de Córtes de 8 de Junio de 1813, restablecido por Real Decreto de 8 de Setiembre de 1836 dispuso, por el cual se derogaron todas las disposiciones contenidas en el tit. x, lib. x, Novísima Recopilacion, sobre desahucio y privilegios de los labradores; quedando únicamente para su aplicacion aquellas leyes que tratan de las personas que pueden tomar en arriendo, y además las leyes del tit. viii, Part. 5.ª, en cuanto no se opongan á dicho Decreto.

2.º Que en los arrendamientos pueden ponerse todos los pactos y condiciones que tuvieren á bien los contrayentes, con tal que no sean contrarias á las leyes ni á las buenas costumbres, como dispone la ley 2.ª, tit. viii, Partida 5.ª, quedando tambien á su arbitrio celebrarlo por tiempo determinado ó indeterminado.

3.^a Que el arrendatario de prédios rústicos no puede subarrendar ni el todo ni parte de la finca sin aprobacion del dueño, como así está dispuesto en el art. 7.^o del Real Decreto de 8 de Junio, ya citado (1): pero si que puede vender, arrendar ó ceder el uso de los pastos y frutos, salvo siempre en uno y otro caso toda convencion en contrario, segun espresa el mismo Decreto.

4.^a Que siendo un requisito esencial de este contrato el que el precio sea proporcionado á la utilidad que preste la cosa arrendada, y no consistiendo regularmente la utilidad que se espera de esta clase de fincas, sino en los frutos de la tierra, los cuales son mas ó menos anualmente, segun las cosechas; era preciso que las leyes dejaran determinado, cuándo se entiende que falta ó no esta proporcion, para igualar ó nivelar las utilidades del arrendatario con las del arrendador, lo cual, habiéndolo hecho las leyes 22 y 23, tít. VIII, Part 5.^a, deberán ser éstas consultadas en los puntos en cuestion.

5.^a Que, consiguiente á la doctrina de las citadas leyes, destruyéndose ó perdiéndose los frutos de la heredad por algun caso fortuito, *que non fuese muy acostumbrado de avenir, como avenidas de rios, muchas lluvias, granizo ú otra ocasion semejante de éstas, non es tenuto el arrendatario de dar ninguna cosa del precio del arrendamiento*, como espresa la ley 22.

6.^a Que, si mediando las causas referidas, no se perdieran todos los frutos y si parte de ellos, sigue la misma ley diciendo: *que es en escogencia del arrendatario dar todo el arrendamiento de aquel año, ó la parte de frutos que hubieren quedado despues de sacadas para sí todas las despensas*; si bien nos parece que, para lo uno y lo otro ha de consentir en ello el arrendador, ó de lo contrario ha de acudirse al juez, quien, en vista de las causas alegadas y justificadas, hará la rebaja de la tercera, cuarta ú otra parte que prudencialmente estimase.

7.^a Que para gozar de este derecho, es necesario:

(1) Art. 1481.

Primero: Que no haya ocurrido la pérdida de los frutos, por culpa ó mal cultivo del labrador, de lo cual ofrece varios ejemplos la citada ley 22.

Segundo: Que no ha de haberse convenido antes el arrendatario en pagar siempre el precio estipulado aun cuando se perdieran todos los frutos, segun espresa la ley 23 del mismo titulo; aunque á nosotros nos parece que ha de entenderse respecto á la pérdida de éstos en los casos fortuitos ordinarios y no en los extraordinarios, á no ser que espresamente se hubiera pactado.

Tercero: Que, si teniendo la cosa arrendada por dos ó mas años, se pierden en uno los frutos, y en el año anterior ó posterior se hubieren cogido con tanta abundancia que bastase para pagar el arrendamiento de los dos años despues de sacadas las espensas ó gastos, tiene que abonar por los dos, como dice la misma ley 23, en tales términos que, aun cuando el arrendador hubiese perdonado la paga del mal año, la puede despues demandar en el año abundante.

Cuarto: Que, cuando en un año fuese la cosecha doblada en frutos comparativamente á los que la cosa hubiese producido en años regulares, debe entonces, como dice la misma ley, darse tambien doblada la paga si esta abundancia fué producida por aventura y no por la industria especial de la persona ó por mejoras que hiciese en la cosa; si bién nos parece que esto no debe regir, porque el dueño por el contrato de arrendamiento se desprende de todo el derecho que tenia á los frutos, y por lo mismo ningun derecho parece que le haya de quedar á ellos, aunque fueran muy abundantes.

8.^a Que, no habiendo ocurrido ninguna de aquellas causas por las que no deba pagarse el precio del arrendamiento, es de tal naturaleza el derecho del arrendador para su cobro que, aunque tuviera el arrendatario embargados sus bienes para el pago de otros créditos, es preferido el dueño del prédio por su renta á todos los demás acreedores. Ley 6.^a, tit. xi, lib. x, Novis. Recop.

9.^a Que, si el arriendo se hubiera hecho sin señalamiento de tiempo determinado, durará á voluntad de los

contrayentes; debiendo el que quiera que cese, avisar al otro con un año de anticipacion, el cual concluido, queda por lo mismo terminado el contrato, sin necesidad de desahucio ni de nuevo aviso. Art. 6.º del citado Decreto de 8 de Junio.

10. Que, finalizado el plazo por el que se hubiera hecho el arriendo, fenece éste sin necesidad de desahucio y sin que pueda alegarse la posesion contra la voluntad del arrendador (1); mas, si el arrendatario continuase por tres ó mas dias en las tierras con voluntad de su dueño, se entiende renovado el contrato por un año mas, y bajo las mismas condiciones, segun dispone el art. 5.º de dicho Decreto (2).

11. Que el dueño pueda despedir al arrendatario aun antes de concluir el plazo estipulado, si concurriere alguna de las causas siguientes: 1.ª No pagar la renta ó precio del arriendo: 2.ª Usar mal de la finca: 3.ª No cumplir las condiciones que se hubieren pactado.

Finalmente, nos parece bien anotar que, si los arrendamientos fuesen de los llamados á *medias*, ó por *aparcería*, se observará en cuanto á ellos lo que el derecho dispone acerca del contrato de sociedad, si nada hubieran pactado los contrayentes; y en su defecto se estará á la costumbre de la tierra, como espresa tambien el nuevo Código (3).

Con estas reglas podrá conocerse mejor la naturaleza y efectos de los arrendamientos de tierras ó de prédios rústicos. Veamos con el mismo objeto cuáles son las que han de tenerse presente con respecto al arrendamiento de casas ó de prédios urbanos.

(1) Art. 1513.

(2) Art. 1514.

(3) Art. 1516.

§. VIII.

Reglas especiales con respecto al arrendamiento de prédios urbanos.

Siendo otra de las especies de arrendamiento el que se refiere á los prédios urbanos, cuyos nombres, asi del contrato como de las personas que lo celebran, quedaron esplicadas en el §. II, solo nos falta manifestar las reglas que pueden servir para comprender su naturaleza y efectos que produce, las cuales son las siguientes:

1.^a Que, habiéndose á consecuencia de lo que se dispone en la ley de 9 de Abril de 1842, abolido las trabas que la legislacion, particularmente la recopilada, imponia al libre uso de la propiedad, segun manifestamos al final del §. IV, son libres los dueños, no solo de arrendar sus propiedades á las personas que tengan por conveniente, sino tambien el arreglar entre si las condiciones y pactos que les pareciesen, los cuales deberán ser cumplidos y observados á la letra, como dispone el art. 1.^o de dicha ley.

2.^a Que, si en los contratos de arrendamientos de casas se hubiese estipulado tiempo fijo para su duracion, fenece el arriendo, cumplido el plazo, sin necesidad de desahucio por una y otra parte: mas si no se hubiese fijado tiempo ni pactado desahucio, ó si cumplido el tiempo prefijado continuase de hecho el arrendamiento por consentimiento tácito de las partes, no podrá el dueño desalojar al arrendatario, ni éste dejar el prédio, sin dar aviso á la otra parte con la anticipacion que se hallase adoptada por la costumbre general del pueblo, y no habiendo costumbre, con la de cuarenta dias.

3.^a Que, ó bien se haya estipulado un plazo para la duracion del arrendamiento, ó bien se hubiera celebrado éste por tiempo indeterminado, puede ser despedido el inquilino si mediare alguna de las causas que espresan las leyes 5.^a y 6.^a, tit. VIII, Part. 5.^a, las cuales son las siguientes:

Primera: El no pagar el alquiler á los plazos estipulados.

Segunda: El tener el dueño que reparar la finca para evitar su ruina, si bien en este caso deberá proporcionar al inquilino otra en que habite que sea de su grado, ó devolverle la parte sobrante del precio que hubiere recibido con anticipacion, si tal fué la costumbre del pueblo en cuanto al tiempo de hacerse el pago, como con respecto al reino de Valencia se practica, segun dijimos en el §. V.

Tercera: El hacer mal uso de la casa, empeorándola ó introduciendo en ella personas de mal vivir, de lo cual se siguiese daño á la vecindad.

Todavía añade otra causa la ley 6.^a del título y Partida citada, cual es, la de necesitar el dueño la casa para sí ó para sus hijos: pero, atendiendo á que en los arrendamientos por tiempo indeterminado ó en los continuados indefinidamente despues de concluido el plazo en los que lo tuvieren señalado, está ya la prescripcion de la ley de 9 de Abril de 1842, en que se manda, que ni el inquilino puede dejar la casa ni ser desalojado de ella por el dueño sin que preceda el aviso mútuo con la anticipacion correspondiente, y que respecto á los celebrados para tiempo determinado, debe ser la causa para el desahucio tal, que dé lugar á la rescision del contrato, nos parece que, no siendo de esta clase la que la citada ley añade, no podrá tener aplicacion alguna en la actualidad, á no haberse así pactado.

Lo contenido en las reglas que preceden ha de entenderse de los arrendamientos hechos posteriormente á la ley de 9 de Abril de 1842; porque los que se hallaban pendientes á su publicacion, si existe todavía alguno, deberán cumplirse en los términos que se hubieren celebrado, segun lo dispuesto en el art. 3.^o de dicha ley, y lo confirma el 4.^o, con el hecho de disponer que para lo sucesivo quedan derogadas todas y cualesquiera leyes, prácticas y costumbres en contrario.

§. IX.

A qué debemos atenernos para determinar lo perteneciente á los arrendamientos de rentas públicas.

Otra de las especies de arrendamiento es el que se refiere á *las rentas públicas y concejiles*.

Este puede dividirse en tres clases, á saber: 1.º, de rentas del Estado procedentes de tributos, contribuciones é impuestos: 2.º, de fincas rústicas ó urbanas pertenecientes á la nacion: 3.º, de propios y arbitrios de los pueblos.

En unos y otros se procederá en conformidad á lo que previenen los reglamentos administrativos, en los cuales encontraremos las reglas que han de regir para cada uno de ellos.

Dejando los de la primera clase porque, segun la actual legislacion, ya no se verifica la cobranza de estas rentas por medio de arrendamientos como en lo antiguo, sino por medio de recaudadores particulares, ó de los ayuntamientos de los pueblos en los puntos en donde no existan éstos, como se halla prevenido en la ley de 27 de Mayo de 1856, nos fijaremos solo en los de las dos últimas clases, presentando brevemente lo que en cada uno ha de observarse para su validez y efectos consiguientes.

Empezando por los arrendamientos de las fincas de propiedad del Estado, lo que dichos reglamentos prescriben es, que las administraciones de bienes de las respectivas provincias anuncien con anticipacion el dia, hora y el local en que ha de tener lugar la subasta pública, tanto la que ha de celebrarse en la capital, como la que ha de verificarse á la misma hora ante los alcaldes de los pueblos donde radican las fincas, señalando para cada una de éstas el tipo para el remate.

Llegado el dia, se verifica el acto de la subasta, admitiendo por espacio de cinco minutos pujas á la llana sobre el tipo designado, adjudicándose el arriendo al que ofre-

ciere mayor cantidad, ó en caso de ser las posturas iguales, abriéndose una nueva licitacion entre los respectivos interesados por otros cinco minutos, en la cual será preferido aquel de quien resultase ser su postura mas benefica.

El pliego de condiciones que juntamente con el anuncio de la subasta se publica, determina lo demás que ha de tenerse presente en cuanto á la duracion del arriendo, modo de hacer los pagos, fianzas que han de presentarse, y responsabilidades del arrendatario; por lo mismo, nos remitimos á él en cuanto á las cuestiones que puedan suscitarse.

La otra especie de arrendamiento es la de propios y arbitrios de los pueblos.

Entre esta clase de ventas y las del Estado hay la diferencia, que en éstas su cobranza se verifica por recaudadores, cuando las de propios y arbitrios todas deben arrendarse, excepto en el caso de no presentarse arrendador, que entonces, deberán estar en administracion, segun consta de la Real instruccion de 13 de Octubre de 1828.

Para su arriendo deben sacarse á pública subasta y rematarse en el mayor postor; pero no podrán tomar parte en ella directa ni indirectamente los alcaldes, concejales y demás dependientes del ayuntamiento, como está prevenido por varias leyes de los títulos ix y xvi, lib. vii, Novis. Recop.

En estas mismas leyes se halla dispuesto cuanto haya de ejecutarse para proceder á la subasta, lo cual nos dispensa el referirlo, porque puede verse consultando á las mismas.

Unicamente observaremos, que en esta clase de arrendamientos se admiten tres clases de pujas: la ordinaria, la media y la cuarta; consistiendo la primera en el aumento de la décima del valor ofrecido; la segunda en la vigésima, y la tercera en la cuarta parte del mismo.

Las tres pueden admitirse despues de hecho el remate; pero la llamada cuarta puja tiene cabida aun rematado por segunda vez el objeto anunciado, con tal que se haga dentro de noventa dias desde que se concluyó el segundo remate verificado á consecuencia de haberse presentado despues del primero la puja ordinaria ó al menos la media;

en cuyo caso se saca nuevamente á pública subasta el ramo que se arrienda por el término de nueve dias, para rematarlo en el mayor postor, en el cual se ha de verificar precisamente el arriendo, sin accion á nueva puja, como prescriben las leyes 25 y 26, tít. xvi, lib. vii, Novis. Recop.

Tal es en breves palabras lo que ha de observarse en el arrendamiento de rentas públicas.

§. X.

Qué es lo que ha de observarse en el arrendamiento de obras y servicios.

Además de los arrendamientos espresados, existen otros que se refieren al trabajo ó industria de la persona, los cuales pueden dividirse en tres clases:

1.º De servicios de los criados y trabajadores asalariados.

2.º De obras por ajuste de precio alzado.

3.º De trasporte por agua ó tierra, tanto de personas como de cosas.

De estas tres especies de arrendamientos tratan las leyes 1.ª, 10, 13 y 16, tít. viii, Part. 5.ª, cuya division se halla admitida en el nuevo Código (1): pero para que pueda conocerse lo que en estas leyes se dispone, hablaremos de cada uno de ellos con separacion.

CLASE PRIMERA.

Arrendamientos de servicios de criados y de trabajadores asalariados.

Por éstos entendemos aquellos que se hacen con personas que en calidad de criados se obligan á prestar sus servicios á tanto por año, ó por mes ó por otro cualquier tiempo determinado, como igualmente los que se hacen

(1) Art. 1523.

con obreros ó trabajadores que se obligan á trabajar á tanto por dia, ó á jornal; que de aqui viene el nombre de jornalero con que se les conoce.

En unos y otros deben considerarse: 1.º, el tiempo por el que pueden ajustarse: 2.º, el que han de invertir para ganar el salario: 3.º, el modo como han de desempeñar su trabajo: 4.º, la accion para pedir la merced que se estipuló.

Tiempo por el que pueden ajustarse.

Este debe ser determinado, y no para siempre ó por un tiempo tan largo que abrazara el resto de su vida; porque entonces se constituirian los hombres en una especie de servidumbre que el derecho reprueba, como se deduce de la doctrina de la ley 8.ª, tit. xxii, Part. 4.ª (1).

Esto no impide que se haga para una obra determinada, aunque sea grande y de larga duracion, porque no se ataca con ello la prohibicion del servicio perpétuo, en razon de suponerse siempre un tiempo cierto y limitado.

Tiempo de trabajo para ganar el salario.

El tiempo ha de ser el que se hubiere pactado, y en caso contrario se entenderá que ha de ser el de todo el dia; de modo que el jornalero que se retirase antes de finalizarse éste por cualquiera causa, no puede lucrar sino la parte de salario que correspondiese al tiempo en que hubiere trabajado.

Se esceptúa el caso en que la obra para la cual se hubiese ajustado se concluyere antes de terminar el dia, que entonces se le abonará el jornal por entero, si bien podrá ocupársele en lo restante del tiempo en otro trabajo para el cual se le considere idóneo.

La ley 1.ª, tit. xxvi, lib. viii, Novis. Recop., dispone que el trabajo de un jornalero sea de sol á sol si se ha de hacer en el pueblo de su domicilio, y si hubiera de ser fuera del pueblo, ha de salir del suyo en saliendo el sol y llegar á él en poniéndose éste. Esto no obstante, si la costumbre

(1) Art. 1524.

tiene admitido que los jornaleros hayan de trabajar un número determinado de horas, como se observa en esta ciudad con respecto á los albañiles, se estará á lo que por ella se halle recibido.

Modo como han de desempeñar su trabajo.

Este debe ser con lealtad y segun el tenor de lo que se hubiere estipulado, quedando obligados á resarcir á sus principales los daños que les causaren por su negligencia ó impericia, como disponen las leyes 10, 12 y 15, tit. viii, Part. 5.^a, á no ser que aquellos que los tomaron para su servicio estaban sabedores de su poca idoneidad. Además son responsables tambien de la impericia ó negligencia de las personas que llevan consigo para que les ayuden, segun consta de la ley 2.^a, tit. xxiii, lib. viii, Novisima Recopilacion (1).

Accion para pedir el salario estipulado.

Esta la tienen, concluido el dia en que hubieren trabajado, como espresa la ley 2.^a, tit. xxvi, lib. viii, Novisima Recopilacion: debiendo advertir, que si los dueños fueren omisos en el pago, podrán pedirlo ante los jueces ordinarios, sin distincion de personas por razon del fuero que gocen, con tal que no hayan trascurrido tres años desde que se adeudaron. Además tienen derecho al abono de los intereses del seis por ciento si fueren *menestrales*, y del tres si fueren *criados*, los cuales empezarán á contarse desde el dia en que fueron interpelados judicialmente los dueños por su demora en el pago del salario, segun se hizo ver en el §. XII, lec. 6.^a, sec. 3.^a, citando para ello varias leyes del tit. xi, lib. x, Novis. Recop.

(1) Art. 1537.

CLASE SEGUNDA.

Arrendamiento de obras por ajuste ó precio alzado.

La otra especie de arrendamiento de industria es el *contrato de obras*, llamado así, para distinguirlo del alquiler de los jornaleros para la ejecucion de la obra que les encarga su dueño.

Se entiende por contrato de obra, *el convenio que celebra un arquitecto ó maestro de obras ú otro profesor de esta clase, obligándose á la construccion de una casa, torre, castillo ú otra cosa semejante, mediante un precio alzado.*

Puede hacerse de tres modos, á saber: ó poniendo solamente su trabajo; ó encargándose al mismo tiempo de suministrar los materiales de la obra; ó proporcionando además de su industria el terreno en que se ha de edificar (1).

Segun sea el modo como se haya celebrado, así será la responsabilidad del que tomó á su cargo la obra, en caso que ésta se destruyera.

Así, pues, si solo se obligó á poner su trabajo y se destruyere antes ó despues de acabada la obra, sin culpa alguna de su parte ni de las personas que ocupó en ella, la pérdida será del propietario, á no ser que examinada por peritos, entendieren que estaba mal hecha, en cuyo caso será del arquitecto, quien deberá rehacerla ó devolver el precio con los daños. Ley 16, tit. VIII, Part. 5.º

Si además se obligó á suministrar los materiales, deberá él sufrirla en caso de destruirse la obra antes de ser entregada ó reconocida, salvo si hubiere morosidad en recibirla de parte de la persona en cuyo favor se construyó, que entonces será de ésta la pérdida. Así se infiere de la

(1) Art. 1529.

ley 24, tit. v, Part. 5.^a, que establece esta misma doctrina con respecto á la venta de cosas á gustar, á cuya clase pertenece la obligacion del arquitecto de suministrar el material de la obra (1).

Finalmente, si se obligó á poner el terreno, será tambien del arquitecto la pérdida en caso que se destruyere la obra, á no ser que concluida ésta y avisado aquel por quien se constituyó para que se satisficiera de ella, no compareciese; pues en tal caso lo seria de éste desde el instante en que incurrió en mora, no habiendo habido culpa en el arquitecto. Ley 17, tit. viii, Part. 5.^a

Cuándo ha de atribuirse á éste el haberse destruido por su culpa, podrá constarnos sabiendo antes sus obligaciones, que son las siguientes:

1.^a Hacer ó dirigir la obra por sí mismo, si el que la encargó lo hizo por razon á la aptitud que reconocia en el arquitecto nombrado; siendo tal esta obligacion, que muriendo éste queda rescindido el contrato (2).

2.^a Hacerla dentro del tiempo que se hubiere pre-fijado.

3.^a Procurar su solidez y perfeccion, segun las reglas del arte, y conforme al plano presentado, sin poder pedir aumento del precio estipulado, aunque se haya aumentado el jornal de los trabajadores ó el valor de los materiales, ó que por cualquier otra causa que como perito no debia ignorar, hubiera recibido alguna lesion, por estar así dispuesto en la ley 4.^a, tit. i, lib. x, Novis. Recopilacion (3).

4.^a Emplear los materiales de modo que no se inutilicen, teniendo cuidado sobre ellos para evitar cualquiera sustraccion.

5.^a Proceder de buena fé, sin exagerar el trabajo hecho con el objeto que exigir un mayor precio que el pactado.

Faltando á cualquiera de estas obligaciones, se entiende

(1) Art. 1530.

(2) Art. 1536.

(3) Art. 1534.

que hubo culpa ó impericia de parte del arquitecto, y como tal, sujeto algunas veces á la reedificacion y siempre al resarcimiento de daños.

Está sujeto á la reedificacion de la obra, si cae antes de concluirse ó se hunde ó falsea, en el espacio de quince años, á no ser que la ruina procediera de algun caso fortuito, como terremoto, avenidas de rios, lluvias ú otra causa semejante, segun disponen las leyes 21, tit. xxxii, Part. 3.^a, y 16, tit. viii, Part. 5.^a, con cuya doctrina conviene el nuevo Código, escepto en cuanto al tiempo en que dura la responsabilidad, para la cual señala diez años (1).

En caso que se dudare de la solidez de la obra, tiene derecho aquel en cuyo favor se construyó, de pedir el que sea revisada por peritos nombrados por ambas partes ó por un tercero que nombrare el juez en discordia, los cuales, si declaran que es falsa la obra, deberá demolerse y reedificarse á costa del arquitecto ó de sus herederos, como establece la ley 21, tit. xxxii, Part. 3.^a

No apareciendo ningun vicio en la obra, tiene derecho el arquitecto al precio estipulado, no pudiéndose negar al pago su dueño á pretesto de que no es de su gusto aunque así se hubiera pactado, porque semejante pacto no deja al arbitrio del dueño el poder aprobarla ó desecharla, sino que ha de declararse esta circunstancia por peritos, como espresa la ley 17, tit. viii, Part. 5.^a (2).

De este contrato puede desistir el dueño por sola su voluntad, aun despues de empezada la obra, con tal que indemnice al contratista de todos sus gastos (3): pero no podrá separarse el arquitecto sin justa causa, á no mediar el consentimiento del dueño, ni mucho menos pedir la rescision ni aumento del precio á pretesto de lesion ó engaño, porque como peritos, les está prohibido utilizar este remedio, como dijimos en el §. IX, lec. 10.

(1) Art. 1532.

(2) Art. 1539.

(3) Art. 1535.

CLASE TERGERA.

Arrendamiento de trasportes.

La última especie de arrendamiento de industria es el que se refiere al transporte de personas ó cosas por agua ó tierra.

Aunque como contrato consensual queda perfeccionado por el mútuo consentimiento, sin embargo, para evitar desavenencias entre el porteador y cargador cuando son cosas las que se entregan para la conduccion de un punto á otro, suele otorgarse una escritura que se llama *carta de porte*.

Qué garantías presta este escrito, y en poder de quién ha de obrar, como igualmente cuáles son las obligaciones que los contrayentes tienen que cumplir, se explicará en la parte 3.^a de nuestra obra, á donde remitimos á nuestros lectores por razon á la brevedad.

Solo añadiremos en este lugar, que los conductores no solo quedan obligados á trasportar los efectos de un punto á otro, sino que además responden de ellos á manera de depositarios en cuanto á su guarda y conservacion (1); y del mismo modo responderán de las pérdidas y averias que sufrieren, á no probar que ocurrieron estos accidentes por caso fortuito ó fuerza mayor, como disponen las leyes 8.^a y 26, tit. viii, Part. 5.^a (2).

Esta misma responsabilidad contraen las compañías ó empresas de diligencias; pero, á fin de no esponerse á abonar en caso de pérdida de los objetos mayor valor que el que en si tienen, y evitar litigios costosos en averiguacion del verdadero, suelen fijar antes el tanto en los billetes, en el que, si no se conforman los dueños, deben ellos designar el valor que les parezca; y en este caso los ase-

(1) Art. 1542.

(2) Art. 1543.

gura la empresa mediante el premio de un tanto por ciento de la cantidad señalada.

Todo esto se anota en un registro que ha de llevarse; no incurriendo en responsabilidad por lo que se entrega directamente á los conductores, si no está tomada razon en el mismo.

Igual responsabilidad puede exigirse de otras personas que por efecto de la clase de industria á que se dedican, alquilan muebles, caballos ú otros animales, ó almacenes y habitaciones en las posadas y tabernas, cuyas obligaciones se espresarán en los párrafos siguientes.

§. XI.

Obligaciones de los que alquilan objetos muebles y semovientes.

Además de las obligaciones comunes á toda clase de arrendamientos, existen otras particulares á que se sujetan los que alquilan y reciben en arriendo objetos muebles y semovientes.

De estas clases de alquiler tratan las leyes 8.^a, 14 y 15, tit. VIII, Part. 3.^a; y para determinar las obligaciones que producen, nos valdremos de las siguientes reglas:

1.^o Si las cosas que se alquilan fueren toneles ú otras vasijas, deberá el dueño darlas en buen estado; de lo contrario, si las diera malas ó quebrantadas ignorando el que las recibe que tal defecto tenían, y se perdiera por esta causa el líquido que se colocare en ellas, tiene obligacion el dueño de pagar al arrendatario los daños y perjuicios que recibió por esta causa, aunque aquel ignorara dichos defectos; cuya doctrina deberá igualmente entenderse de los alquileres de las demás cosas muebles, en que fácilmente puede conocer su dueño los vicios ó defectos que tuvieren.

2.^a Cuando las cosas alquiladas fueren montes ó prados para pastos y se criaren malas yerbas que maten ó empeoren á los ganados, si sabiendo el dueño esta circunstancia la callase al darlos en arriendo, estará obligado á pagar al arrendatario los daños y perjuicios; pero si la

ignorase, quedará libre de esta obligacion, si bien no podrá pedir el precio al arrendatario ni éste estará tenido á pagarlo, como espresa la citada ley 14.

3.^a Si el alquiler fuere de animales, como por ejemplo, de un caballo, es responsable el arrendador de los daños que ocurriesen por su culpa, ó por no haber manifestado los defectos ó vicios que tenia; así como lo será por parte del arrendatario, si éste no tratara bien á la bestia, ú ocurriera el daño despues del tiempo en que debia haber hecho su entrega al dueño. Ley 8.^a, tit. viii, Part. 5.^a

4.^a Si se entregaran ganados á los pastores para su guarda y cuidado, y recibieran éstos salario de su dueño, deben procurar con la mayor diligencia buscar los mejores pastos y aguas, de modo que si no lo hiciesen serán responsables de los daños que por esta causa sobreviniesen, á no probar que sucedieron sin culpa alguna de su parte. Ley 15, tit. viii, Part. 5.^a

Además de estas reglas, pudieran todavia proponerse otras, en vista de los diferentes casos á que se refieren las leyes de Partidas; pero como es diverso el objeto á que tienden las obligaciones que imponen, nos ha parecido presentarlos separadamente, como lo haremos en el siguiente párrafo.

§. XII.

Obligaciones que por razon de su oficio contraen los posaderos.

De tres modos pueden considerarse las obligaciones que tienen que cumplir los hosteleros, venteros, patrones de barcos ó cualesquiera otras personas que están al frente de un establecimiento en el que se da albergue á los que de diversas partes acuden á él con dicho objeto, á saber: unas cuya falta constituye un delito; otras un cuasi delito; y otras que son únicamente efecto de un cuasi contrato ó de un arriendo que se celebra entre éstos y los referidos dueños.

Constituyen un delito cuando los mismos venteros ó mesoneros cometen hurto ó daño en los efectos que in-

introducen los viajeros en su establecimiento. Será cuasi delito cuando estos mismos daños los cometiere la familia del patron ó mesonero; y serán efecto de un cuasi contrato si el daño se hubiere causado por los estraños ó pasajeros que se hallaban en el mismo buque ó establecimiento.

Cualquiera que sea el modo como se consideren, son varias las responsabilidades en que incurren dichos dueños, que podremos comprender en las siguientes reglas:

1.^a Que teniéndose como depositarios de los efectos que llevan los viajeros, deben guardarlos lealmente, como dice la ley 26, tit. VIII, Part. 5.^a; y por lo mismo serán responsables de los daños que hubieren sufrido, si les habian dado conocimiento á ellos ó á sus dependientes de haberlos introducido, como añade la ley citada (1).

2.^a Que esta responsabilidad comprende tanto los daños hechos en los efectos de los viajeros por los criados ó dependientes de los mesoneros, como por los estraños que van y vienen á las mismas fondas ó mesones; pero no los ocasionados por caso fortuito ó fuerza mayor, como concluye la referida ley 26 (2).

3.^a Que en caso de hurto ó robo, son responsables subsidiariamente los posaderos de la restitution de los efectos hurtados ó robados dentro de sus casas á los que se hospedaron en ellas, ó de su indemnizacion, siempre que éstos hubieren dado conocimiento anticipadamente al posadero de los efectos introducidos en la posada, y el robo no se hubiera hecho con violencia, ó intimidacion de las personas, á no ser ejecutado por los dependientes del posadero. Art. 17 del Código penal.

Finalmente, son responsables tambien los posaderos y cuantas personas estén al frente de establecimientos semejantes, del daño causado por los delitos que se cometieren dentro de ellos, si por parte suya intervino infraccion de los reglamentos de policia; y en su consecuencia estarán tenidos á la reparacion de los perjuicios causados,

(1) Art. 1689.

(2) Art. 1690.

ó á la responsabilidad civil, cuando por parte del que cometió el delito, no se pudieran reparar, como espresa el citado artículo.

Tal es la doctrina del derecho con respecto á los puntos mas principales relativos á determinar la naturaleza y efectos del contrato de *arrendamiento*.

La semejanza que existe entre este contrato y el de *censo*, nos obliga á examinar en este lugar lo que las leyes tienen dispuesto en cuanto á este último, lo cual procuraremos desempeñar con la brevedad posible, ocupándonos de esta materia en la siguiente lección.

LECCION DUODÉCIMA.

Del contrato de censo.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza y origen del *contrato de censo*, y sus divisiones.—§. III. Clase á que pertenece, y si es necesario que se otorgue escritura pública para su validez.—§. IV. Elementos ó partes de su constitucion, y requisitos de cada una de ellas.—§. V. Personas que pueden imponer censos por contrato, y pactos que pueden agregarse en su celebracion.—§. VI. Origen y naturaleza del contrato de censo *enfiteutico*.—§. VII. Cuál es la del *reservativo*.—§. VIII. En qué consista la del *consignativo*.—§. IX. Naturaleza y efectos del *censo vitalicio*.—§. X. Cómo deben considerarse los *jueros*, y uso que tienen en la actualidad.—§. XI. Observaciones sobre las ventas á *debitorio*.

§. I.

Razon del método.

Aun cuando al ocuparnos de las modificaciones de la propiedad, consideramos los *censos* como otra de sus limitaciones, con cuyo motivo hablamos de ellos en la leccion 7.^a, tratado II; sin embargo lo fué únicamente bajo una de sus acepciones ó consideraciones, cual era, atendido el objeto que entonces nos proponiamos, la de presentarlos como un derecho de parte de aquel en cuyo favor se habian constituido, dejando para el tratado de obligaciones el hablar de los mismos, en cuanto al modo mas comun y frecuente de constituirse.

Este modo es el que se verifica por medio del contrato que llamamos de *censo*, para distinguirlo de otro cualquiera: pero como, á pesar de su naturaleza propia y peculiar, existe entre él y la *compra venta* y mas determinadamente con el *arrendamiento*, mucha semejanza y analogia, como lo reconocieron los romanos en cuanto al *censo enfiteútico* antes de considerarse éste como una de las especies de contratos consensuales, nada mas propio que, habiendo de tratar del modo y forma de su celebracion, nos ocupemos de él á continuacion de los dos contratos referidos, haciendo ver en qué consista su naturaleza en general y la de cada una de sus especies, que será la materia de la presente leccion.

§. II.

Naturaleza y origen del contrato de censo, y sus divisiones.

Segun se manifestó en la lec. 7.^a, trat. II, otra de las acepciones de la palabra *censo* es la de significar el *contrato por el que se impone ó se constituye*, y asi como considerándolo bajo la acepcion de ser un derecho que modifica ó limita la propiedad, le definimos entonces diciendo que es: *el derecho que compete á una persona para exigir de otra una pension ó cánon ánuo*, es consiguiente que, considerándole en este lugar bajo la acepcion de contrato, le definamos diciendo que es: *el contrato por el cual se adquiere aquel derecho*.

Nos ha parecido conveniente hacer esta observacion, para que se comprenda que, sin mas que añadir esta circunstancia á las definiciones que alli dimos del *censo* considerado despues de constituido, pueden formarse las definiciones del mismo, considerado en cuanto al acto mas comun y frecuente de constituirse.

Bajo este supuesto, se entiende en general por contrato de censo, *un contrato consensual por el cual se adquiere el derecho de exigir de una persona un cánon ánuo ó pension, por haberle trasferido el dominio útil de una fin-*

cu ó éste juntamente con el directo, ó haberle prestado una cantidad consignándola sobre bienes raíces suyos.

La persona que en virtud del contrato adquiere el derecho, se llama generalmente *censualista*, y aquella que se obliga á pagar la pension, *censuario* ó *censatario*.

Como aparece por la definicion, por este contrato se producen derechos *reales* y *personales*, lo cual no sucede con los demás si esceptuamos el de *hipoteca*.

Se producen los *reales*, porque verificada la entrega de la cosa ó impuesta una cantidad sobre bienes raíces de otra persona, ó se adquiere el dominio pleno ó menos pleno, ó queda constituida una hipoteca; y como tanto el dominio como la hipoteca son derechos *reales*, es consiguiente el que se hayan de producir éstos derechos.

Se producen tambien los *personales*, porque celebrado el contrato de *censo*, quedan obligados los contrayentes, y solo ellos pueden mutuamente reconvenirse para su cumplimiento.

Origen del contrato de censo.

El origen de este contrato, como el de todos los demás, viene de las necesidades de los hombres, ó del deseo de procurar su mayor utilidad, segun manifestamos en el §. II, lec. 2.^a de este tratado.

Véase en prueba de ello lo que dijimos en los párrafos III, lec. 7.^a, sec. 1.^a, trat. II; y III de la seccion 2.^a de la misma leccion.

Por ellos consta, que la imposibilidad en unos de atender al cultivo de tantos terrenos como los que reunian en sus manos, y los deseos en otros de sacar de ellos una mayor utilidad, sujirió á los dueños la idea de enagenarlos ó de cederlos á otros, no para recibir de una vez su valor ó estimacion como sucede en la *venta*, sino para hacer duradera su utilidad percibiendo anualmente una cantidad cuyo derecho se reservaban, por creerlo mas beneficioso; así como sin enagenacion de la finca hallaron otros un remedio para mejorarla, pidiendo sobre ella cantidades á los prestamistas con derecho en ellos de percibir una

pension anual, ó para siempre ó solo mientras no devolvian el capital.

La enagenacion de la finca trasfiriendo el dominio pleno ó el menos pleno, reservándose una pension anual el enagenante, produjo los *censos* llamados *enfiteútico* y *reservativo*; así como la imposicion de una cantidad sobre ella, dió lugar al censo que llamamos *consignativo*; con lo cual queda demostrado el origen de tres de los mas principales censos.

Siguiendo este mismo pensamiento, encontramos que las necesidades estraordinarias del Estado obligaron á nuestros Reyes en el siglo xv, especialmente en el reinado de Enrique IV, á buscar medios como hacer frente á ellas; y habiendo sido uno de éstos el de ofrecer pensiones sobre las rentas de la nacion á los que contribuyeran con sus capitales para atender al objeto indicado, se dió lugar á una especie particular de censos, que se conocen aun en el dia con el nombre de *Juros de la Real Hacienda*.

Ultimamente, la vejez, el intortunio y otras calamidades á que está espuesta nuestra vida, ha movido á los hombres á pactar con los demás el modo como asegurar una renta mientras viviesen, desembarazándose del cuidado de sus bienes y entregándolos á los otros con la reserva de una pension; y de aquí el contrato de *censo vitalicio* ó de *renta vitalicia*.

Tal es á nuestro parecer el origen del contrato de *censo*. Por su relacion aparece cuáles son sus especies; pero como al tiempo de constituirse pueden haberse pactado algunas circunstancias que les haga adquirir una forma especial, para comprenderlas se hace preciso no perder de vista la division que hicimos de los censos en el §. II, lec. 7.^a, trat. II, al que remitimos á nuestros lectores para evitar repeticiones, pasando desde luego á determinar mas su naturaleza, lo cual podrá conseguirse sabiendo la clase de contratos á que pertenece.

§. III.

Clase de contratos á que pertenece el de censo, y si es necesaria la escritura pública para su validez.

El contrato de *censo*, cuya definicion esplica su naturaleza, pertenece á la clase de los *nominados*, como lo da á entender el nombre con que, segun las leyes, le distinguimos de los otros. Así lo consideraron el derecho romano y las Partidas en la ley 28, tit. viii, Part. 5.^a, si bien refiriéndose únicamente al censo enfitéutico, por no haber sido conocidas en aquellos tiempos las demás especies admitidas en la actualidad.

Es tambien *consensual* en el sentido que espresamos en el §. V, lec. 2.^a, porque por solo el consentimiento quedan los contrayentes obligados. Lo es asimismo *bilateral*, *oneroso* y *commutativo*, porque de parte de los dos contrayentes existen obligaciones que recíprocamente deben cumplir, y los dos quedan obligados á dar una cosa como equivalente de lo que mutuamente reciben.

No obstante de pertenecer el contrato de censo á la clase de los *consensuales*, como las leyes 3.^a, tit. xiv, Part. 1.^a, y 28, tit. viii, Part. 5.^a, disponen en cuanto al *censo enfitéutico*, que haya de reducirse á escritura pública bajo pena de nulidad, se ha dado lugar á dudar, si es tan necesario este requisito que sin él no pueda existir este contrato.

Lo que á nosotros nos parece, insiguiendo en la doctrina propuesta en el §. XI, lec. 3.^a, es, que la escritura que exigen las leyes de Partidas citadas, no debe considerarse como un requisito indispensable para que tenga fuerza la obligacion: pero que no obstante la consideramos necesaria para reclamar en juicio su cumplimiento.

Para probar lo primero, bastará citar la ley 1.^a, tit. i, lib. x, Novis. Recop., en la que se establece: *Que de cualquier modo que parezca que quiere uno obligarse, quede obligado.*

Por esta ley quedaron sin efecto todas las fórmulas que las antiguas leyes exigían en muchos contratos para que produjeran una formal obligacion; y siendo esto así, no puede ya sostenerse que sea la escritura un requisito indispensable para la existencia del contrato de censo.

Para demostrar lo segundo, tenemos los artículos 2.º, 23 y 25 y otros de la ley hipotecaria, en los que se manda inscribir en el registro los gravámenes que se imponen en las fincas, como, por ejemplo, lo son los censos, bajo la pena de no tener fuerza legal dicho contrato en juicio; y se declara además que sin su inscripcion no podrán en ningún caso perjudicar á tercero.

Ahora bien: como no puede cumplirse con este requisito del registro sin que se otorgue la correspondiente escritura, es consiguiente que, por lo menos para los efectos indicados, deberá otorgarse dicho documento.

No siendo, pues, la escritura un requisito indispensable para que exista el contrato de censo, pero que debe otorgarse para que surta los efectos anteriormente anotados, quedará reducida la necesidad de su otorgamiento é inscripcion para el caso de tener que acreditar en juicio la existencia legal de este contrato ó de tener que dirigirse contra tercero, pues de lo contrario, solo tendrá la eficacia necesaria para producir una accion personal por la que podrá exigir un contrayente del otro su otorgamiento.

Prescindiendo de esta circunstancia, lo que ante todo debe procurarse es, que concurren los elementos necesarios para su constitucion, de los cuales trataremos en el siguiente párrafo.

§. IV.

Elementos que han de concurrir en su constitucion, y requisitos de cada uno de ellos.

Tres son los elementos que han de concurrir en la constitucion de un censo, ora se imponga éste por contrato, ora por testamento, los cuales son:

- 1.º El capital ó cantidad de dinero que se impone:
- 2.º La cosa sobre que se impone:
- 3.º La pension que ha de satisfacerse.

En cada uno de estos elementos es preciso que se renun-
cian ciertos requisitos sin los cuales podia caducar el
censo ó dejarse sin efecto; y á fin de que puedan éstos
comprenderse, los presentaremos con separacion.

Requisitos del capital.

A tres puntos pueden reducirse los requisitos que exi-
gen las leyes en cuanto al capital ó precio que ha de in-
tervenir para la constitucion del censo, á saber: *Primero*,
á la especie en que ha de consistir: *Segundo*, á la necesi-
dad de la entrega: *Tercero*, á la proporcion que ha de
guardar con la pension.

Especie en que ha de consistir el capital de un censo.

Es una cuestion muy agitada entre los jurisconsultos,
sobre si ha de consistir en dinero el capital del censo.

Nosotros, aunque tenemos por mas probable la opinion
afirmativa, particularmente en cuanto al capital del censo
consignativo, ya por haberlo declarado así varias veces el
antiguo Real Consejo, como asegura Feliciano en el li-
bro I de Cens. Cap. iv, ya tambien porque así parece que
se infiera de la ley 6.ª, tit. xv, lib x, Novis. Recop. con el
hecho de exigirlo en esta especie para los censos vitali-
cios que son considerados como unos censos consignati-
vos; sin embargo, no podemos menos de confesar, que
hay casos en que se constituyen los censos sin que inter-
venga dinero, y si solo un justiprecio del valor de la cosa
que se recibe, ó una capitalizacion del de la cantidad que
se adeuda.

Así sucede en la constitucion de los censos *enfitéutico* y
reservativo, en los cuales el censualista al enagenar en
favor del censuario una finca que le pertenece, no hace la
entrega de ésta sin haberse antes justipreciado por perit-
tos nombrados por los contrayentes de comun acuerdo; y

supuesto este capital en que se ha valorado, entra despues en las condiciones con que se enagena á censo la finca, el señalamiento de la pension proporcionada al mismo.

Otro tanto sucede en algunos casos con respecto al censo *consignativo*. Uno de ellos es con motivo de las particiones, pues como dice Febrero al hablar de este censo, cuando un heredero lleva en alguna finca mas de lo que le corresponde por su haber y no tiene dinero para reintegrar al coheredero el esceso de lo que se le aplica, puede constituir de su importe un censo al quitar, contribuyendo al otro hasta que le pague, con la pension anual del tres por ciento.

Lo mismo puede suceder en caso de permuta si no son iguales en valor las fincas permutadas; y otro tanto se verifica cuando se constituye este censo para que sirva de *dote*.

Fuera de estos casos, lo general y lo que mas conforme parece á fin de evitar fraudes es, que haya de consistir el capital en dinero; en confirmacion de lo cual podiamos citar la Bula de S. Pio V *de creandis censibus*, publicada en 1569, si no se hallase suplicada, como consta de la ley 7.^a, tit. xv, lib. x, Novis. Recop.

El Nuevo Código no deja lugar á duda, pues establece en cuanto al censo *consignativo*, que el capital consista en dinero (1).

Necesidad de la entrega.

No basta que el capital consista en dinero en los casos mas generales, sino que es necesaria además su entrega.

Esta puede ser *real* y *fingida*; siendo una especialidad del *censo vitalicio* el que haya de ser *real*, como luego manifestaremos.

Segun esto, y refiriéndonos al *censo consignativo*, éste puede constituirse no solo cuando materialmente se haya entregado el capital, sino tambien en todos aquellos

(1) Arts. 1546 y 1547.

casos en que el deudor de cierta cantidad de dinero por razon de mútuo ó de otro cualquier título, consiente en su imposicion, confesando en el acto haber sido cierta la entrega, y renunciando á la escepcion *non numeratæ pecuniæ*.

Esceptúanse los censos constituidos por testamento ó por efecto de cualquiera otra donacion, en los que el censualista cobra los réditos sin haber entregado para ello ningun capital, y solo por haber obtenido este beneficio del testador ó donante que quiso imponer sobre su finca este gravámen, si bien para los casos en que se haya éste de redimir ó enagenar, deberá considerarse como hecha la entrega, regulándose entonces el capital á razon de tres por ciento, atendida la cantidad que se pague por pension.

En los censos *enfitéutico* y *reservativo*, la entrega del capital se verifica en el acto de la enagenacion de la finca, cuyo valor han justipreciado los peritos.

Proporcion del capital con la pension.

Además de tener que ser *verdadero* el capital ó precio, y de haber de intervenir la tradicion ó su entrega aunque sea fingida, debe reunir la cualidad de ser *justo* ó de haber de guardar proporcion con la pension.

De esta proporcion se han ocupado varias veces las leyes, segun es de ver por las notas 1.^a y 2.^a á la ley 3.^a, tit. xv, lib. x, Novis. Recop., arreglándose para ello á las circunstancias de los tiempos y á la relacion entre las cosas y el dinero.

Lo que hoy dia se prescribe es, el haber de regularse el capital al ciento por tres, en los *censos al quitar*, bajo pena de nulidad y de privacion de oficio al escribano que con mayor pension autorizase estos contratos; hallándose al propio tiempo dispuesto que hayan de reducirse á esta tasa los censos anteriormente constituidos.

Del capital ó precio en los censos irredimibles, á cuya clase pertenecen los que espresamos en el §. VII, lec. 7.^a, sec. 1.^a, trat. II, y de los que se constituyan con la cláusula de no poderse redimir, segun la doctrina de este párrafo

y la del VI, sec. 3.^a de esta leccion, no tenemos tasa señalada por las leyes: pero en atencion á ser mas gravosos al censuario, todos convienen que debe ser mayor que en los redimibles.

Cuál haya de ser este aumento, aunque algunos como el Sr. Covarrubias 3. var. Cap. 10. núm. 1.^o afirman que ha de sujetarse esta designacion al dictámen de un varon bueno y justo moderador; sin embargo, el Sr. Molina, tract. de iust. et iur, disp. 38, se adelanta á decir que debe ser una tercera parte mayor, y así se halla admitido por costumbre en virtud de la cual exige la pension á ciento por dos.

Finalmente, en los censos enfitéuticos, como se paga el luismo, y son tantos además los derechos del censualista, deberá ser el capital doble mayor que el señalado últimamente para los censos consignativos redimibles; hallándose recibido tambien por costumbre que sea á razon de ciento por uno y medio.

Algunos son de parecer que el rédito ó interés de los censos ha de determinarse por las partes segun su arbitrio, al otorgarse el contrato; fundándose para ello en que, siendo la tasa de los censos una consecuencia de la que se designó con respecto al interés del préstamo, y habiéndose abolido ésta por la ley de 14 de Marzo de 1856, lo debe estar tambien la que habia señalada para los censos; cuya doctrina, aunque está conforme con la que propone el nuevo Código (1), no nos parece que pueda tener aplicacion, mientras no se mande su observancia espresamente.

Requisitos de la cosa sobre que se impone el censo.

La cosa sobre que se impone el censo, ha de ser *fructífera ó productiva, é inmueble ó raiz*.

Ha de ser *fructífera*, porque lo que se trata de adquirir por la constitucion de un censo es el derecho de exigir las pensiones ó réditos despues de estar bien asegurado

(1) Art.1550.

el capital, y ciertamente no se podría esto conseguir si la finca no produjera ningun valor.

Ha de ser *raiz*, porque sirviendo la cosa sobre que se impone el censo como de una hipoteca para garantir el capital y réditos, era preciso que así como la hipoteca no se constituye sino sobre cosas *inmuebles*, tuvieran tambien esta cualidad las cosas sobre que se impusiere el censo.

Esta doctrina, que enseñan comunmente los autores y vemos además confirmada en el derecho canónico, como consta del tit. v, lib. III, Estrav. com., no solo ha de entenderse de las cosas raíces que lo son por naturaleza, sino que se estiende á las que se consideran como tales por el objeto á que se refieren.

Con arreglo á ella, pues, podrán imponerse censos sobre los derechos que natural é inseparadamente van anejos á la tierra, como son los de *pacer*, *pescar* y otros semejantes; así como tambien sobre los que tuvieran la cualidad de perpétuos, aunque no tengan relacion con la tierra, como sobre *propios y arbitrios de los pueblos*, *rentas del Estado* y antes sobre *los derechos comunes de oficios ó gremios*; si bien debemos advertir que los que hayan de imponerse sobre *propios de los pueblos* han de estar autorizados por el Rey en los términos que espresa la ley 13, tit. xv, lib. x, Novis. Recop.

Requisitos de la pension.

Dos son los requisitos que ha de reunir la pension que ha de pagarse por el censo.

El primero es, que no escenda de la cantidad que espresa la ley ó se halle admitida por la costumbre, cuyas tasas designamos para cada uno de los censos al hablar de la proporcion que ha de haber entre el precio ó capital y la pension, no creyendo que hayan podido recibir alteracion alguna estas tasas ó cuotas, á pesar de la ley de 14 de Marzo de 1856, como antes hemos observado.

En caso que se constituyeran los censos á mas alta pension que la que ya indicamos, aun quando algunos quieren que haya de ser nulo el contrato, fundados en la

ley 8.^a, tit. xv, lib. x, Novis. Recop., que dice: *Y las ventas y contratos de dichos censos que en otra manera y á menor precio se hicieren, sean en sí ningunos y de ningún valor y efecto*, á nosotros nos parece, que solo ha de entenderse en cuanto á dejar sin efecto el aumento de la pension, pero no en cuanto al contrato en general, como lo confirman las siguientes palabras de la misma ley: *Y que no se pueda en virtud de ellos pedir ni cobrar en juicio ni fuera de él, mas de á la dicha razon y respecto*: cuyas palabras hacen ver que, si fueran absolutamente nulos, ni aun la pension de la ley podia reclamarse, como observan los autores Avendaño, de cens., cap. 36 y Larrea, aleg. 25, núm. 8.^o

El segundo requisito es, que haya de pagarse en dinero efectivo. Así lo establece la ley 3.^a, tit. xv, lib. x, Novísima Recopilacion, la cual, si bien es verdad solo hace mencion de los censos al quitar, sin embargo, la insistencia del legislador en su cumplimiento, como aparece de la ley 4.^a, idem, dada para evitar todo motivo de fraude, y la disposicion de la ley 5.^a, id., mandando la reduccion á *dinero* de los censos perpétuos fundados en *pan, vino* y otras especies, juntamente con la declaracion que hace esta misma ley de haberse de tener y juzgar en un todo como redimibles ó al quitar, en que solo se permitia pagar en *dinero*, hacen ver que, sin distincion alguna, ha de pagarse la pension en la indicada especie.

No obstante estas disposiciones, la ley 9.^a del mismo título y libro permitió que en los lugares en donde estuviere recibida la costumbre de ajustar el rédito en *granos* pueda continuar ésta, regulando la paga por la última reduccion de ciento por tres, cuyo abono se haga por el valor que tuvieran los frutos en los respectivos pueblos el dia 15 de Agosto de cada año, segun sentencia pronunciada por esta Audiencia territorial en 7 de Julio de 1794.

El nuevo Código exige que en el censo *consignativo* se pague el rédito en *dinero*, y que en el *reservativo* pueda pagarse en *frutos* si se hubiera pactado (1).

(1) Arts. 1557 y 1561.

Concurriendo estos requisitos, producirán su efecto los censos, si al mismo tiempo no existe ningun vicio de parte de las personas que los hayan impuesto.

§. V.

Qué personas pueden imponer censos, y pactos que pueden agregarse en su constitucion.

Segun el acto por el cual se imponen los censos, así serán mas ó menos aptas las personas para su constitucion.

Si lo fueren por testamento, los podrán imponer todos aquellos que tengan la facultad de testar: mas si lo fueren por contrato, solo podrán verificarlo los que tengan la libre administracion de sus bienes, ó no tuvieren prohibicion para contratar, cuales son los designados en el §. IV, lec. 3.^a

Para su imposicion dispone la Real Cédula de 3 de Agosto de 1818, que ó bien sean corporaciones ó bien particulares los que celebren el contrato de censo, puedan al verificarlo poner en ellos las cláusulas y condiciones que tengan á bien, con derecho en ellos para exigir su cumplimiento, siempre que no se opongan á la naturaleza del censo ó no sean contrarios á las leyes.

Pactos que pueden ó no agregarse al contrato de censo.

A dos clases pueden reducirse los pactos que las leyes prohiben en la constitucion del censo, á saber: unos que absolutamente están prohibidos, y otros que en tanto se permiten, en cuanto el gravámen que se causa por ellos se compense con la rebaja de la pension.

A la primera clase pertenecen:

1.^o El que pueda constituirse el censo sobre *bienes muebles ó semovientes*, porque es de esencia de este contrato que las cosas sobre que se imponga sean *raices*, como lo confirma la ley 2.^a, tit. xv, lib. x, Novísima Recopilacion.

2.^o El que el censuario siga pagando la pension, aun-

que pereciese la finca, por ser contra la naturaleza del contrato censual, el cual, equiparándose á una *compra venta*, así como perfeccionada ésta pertenece el peligro al comprador, otro tanto debe suceder para con el censualista, que, como comprador, debe sufrir las consecuencias del daño que acaeciere en la finca hipotecada.

Algunos, sin embargo, sostienen que este pacto solo está prohibido en los censos *enfitéutico* y *reservativo*, pero no en el *consignativo*; especialmente si además de la finca censida se obligan los demás bienes del censuario, cuya cláusula aparece por lo general en las escrituras que se otorgan de este censo.

3.º El que redimiéndose parcialmente el censo, haya no obstante de pagarse íntegra la pensión primitiva, porque entonces sería ésta mayor que la que las leyes permiten.

A la segunda clase pertenecen:

1.º El de no enagenar la cosa censida.

2.º El que en caso de enagenarse se haya de avisar al censualista por si la quiere por el tanto y con las condiciones que otro ofreciere.

3.º El que caiga la cosa en comiso si no se paga la pensión en los plazos convenidos, si bien juzgamos que es inútil este pacto, según las observaciones que hicimos en el §. V, lec. 7.ª, sec. 1.ª, trat. II, al hablar de esta materia.

De todos estos pactos, los de la segunda clase en tanto se permiten, en cuanto el gravámen inherente á ellos se compense con la rebaja de pensión ó aumento de capital; pues, no siendo así, se considerarán como no puestos, aunque quede subsistente el contrato principal.

Si debe decirse lo mismo con respecto á los de la primera clase, es un punto muy controvertido. Lo que á nosotros nos parece mas probable es, que el referido en el núm. 1.º anula todo el contrato: que el del núm. 2.º ha de considerarse como no puesto ó escrito, y que el del número 3.º hace nulo el contrato en cuanto á la parte mayor de pensión que no corresponda al capital que queda por redimir; del mismo modo que lo haria si se pactara que

el precio fuese menor que el tasado por las leyes, segun lo manifestado en el párrafo anterior.

Celebrado el contrato de censo, las escrituras de reconocimiento, redencion, reduccion y subrogacion del mismo, se han de inscribir en el registro correspondiente, para que pueda producir efectos contra un tercero. (Artículos 2, 23 y 25 de la ley hipotecaria.)

Lo dicho hasta aquí comprende á todas las clases de censos, y solo falta que veamos lo que es propio ó privativo de cada una de sus especies, como se hará constar en los párrafos siguientes.

§. VI.

Origen y naturaleza del contrato del censo enfiteútico.

Sabido ya qué es *censo enfiteútico*, considerado despues de constituido, segun lo manifestado en la lec. 7.ª, trat. II, y fijándonos solo en este lugar en la causa mas frecuente que lo produce, que es por medio de contrato, le definiremos diciendo, que es: *un contrato consensual, en virtud del cual se obliga uno á pagar á otro una pension anual, por haberle trasferido éste el dominio útil de una cosa raiz.*

Entre los romanos fué considerado por mucho tiempo, ora como una *venta*, ora como un *arrendamiento*; y asi continuó, hasta que en tiempo del emperador Zenon se le dió una consideracion especial, en virtud de la cual quedó constituido como un contrato propio y sujeto á reglas propias y determinadas, que es la consideracion que tiene en nuestras leyes, como es de ver por la 3.ª, tit. XIV, Partida 1.ª, y 28, tit. VIII, Part. 5.ª

Que así deba considerarse, lo manifiestan las diferencias entre este contrato y el de *compra venta* y de *arrendamiento*.

Se diferencia de la *compra venta*:

1.º En que por ésta se trasfiere el dominio directo y útil, y en la enfiteúsis solo se traslada este último.

2.º En que son objeto de la compra venta, tanto las

cosas *raices* como las *muebles*, y del *censo enfitéutico* lo son únicamente las primeras.

3.º En que el precio en la *venta* ha de ser justo, y en la *enfitéusis* tiene éste y la *pension* la consideracion que se ha manifestado.

Se diferencia del *arrendamiento*:

1.º En que en este contrato solo se trasfiere el uso, y en el de censo enfitéutico se trasmite además el dominio útil.

2.º En que el arrendamiento puede ser de cosas *raices* y *muebles*, y en el censo enfitéutico solo de las *inmuebles*.

3.º En que el arrendamiento puede hacerse por menos de diez años, y no puede por menos de este tiempo constituirse el censo enfitéutico.

4.º En que en este censo la *pension* es muy baja, pues únicamente se da en reconocimiento del dominio, cuando en el arrendamiento ha de guardar proporcion con las utilidades que produce la cosa.

Como contrato especial y de la clase de los *consensuales*, se perfecciona por solo el consentimiento: pero á fin de evitar que el enfitéuta se atribuya fraudulentamente el dominio absoluto de la cosa, disponen las leyes de Partidas que haya de otorgarse escritura pública, cuya circunstancia quedó arriba esplicada.

Constituido este censo, se producen varios derechos y obligaciones entre los contrayentes, que podrán verse en los párrafos V y VI, lec. 7.ª, sec. 1.ª, trat. II; así como tambien los modos como se distingue, de los cuales se trata en el §. VII de la misma leccion.

§. VII.

Naturaleza del contrato de censo reservativo, y sus requisitos.

Constando de la naturaleza del *censo reservativo* despues de constituido, no será difícil dar de él la definicion, atendido el modo mas ordinario y frecuente de constituirse, que es el contrato.

Bajo este supuesto, entendemos por él un contrato consensual por el cual se obliga uno á pagar á otro cierto cánón ánuo ó pension en frutos ó dinero, por haberle trasferido el dominio directo y útil de una cosa raiz fructífera.

Puede constituirse ó con la cualidad de no poderse redimir, ó con la de *redimible*. En el primer caso, será perpétuo é irredimible: en el segundo, solo tendrá derecho el censualista de percibir la pension hasta tanto que el poseedor de la finca enagenada á censo reservativo le pague el precio integro en que se estimó al tiempo de su constitucion.

Aunque contrato consensual y muy semejante al de compra venta ó al de arrendamiento, sin embargo, para que pueda producir efecto en juicio, es necesario que se reduzca á escritura pública.

En este instrumento se harán constar los pactos ó condiciones con que se enagena la finca á censo reservativo, y por ellos podremos determinar los derechos y obligaciones que este contrato produce.

Cuáles sean éstos, y de qué modo se estingue este censo, podrá verse en los párrafos IV y V, leç. 7.^a, seccion 2.^a, tratado II, á donde remitimos á nuestros lectores.

§. VIII.

En qué consiste la naturaleza del censo consignativo.

Por lo que dijimos en los párrafos I y III, sec. 3.^a de la leccion citada, puede fácilmente comprenderse cuál sea la naturaleza del censo consignativo, y solo falta que, atendiendo al modo como generalmente se constituye, se dé una idea del acto de su imposicion.

Este, quando se verifica por medio de un contrato, lo consideran algunos, ó como una compra venta en la que el comprador es el censualista, el vendedor el censuario, la cosa el derecho de cobrar la pension, y el precio el capital que se entrega real ó fingidamente, ó como un prés-

tamo mútuo con interés, cuya obligacion se garantiza por medio de una hipoteca.

Mas, aun quando así pueda considerarse en el concepto de los que sostienen una ú otra opinion, no por ello ha de inferirse que sea idéntico el contrato de *censo* con el de *compra venta* y el *mútuo*, ora por las diferencias que le separan de uno y otro, como cualquiera puede conocer, ora porque no siempre se constituye por título oneroso, pudiendo ser á las veces efecto de una donacion á favor del censualista, ó un acto de última voluntad, ó una compensacion de las desventajas que en una particion de bienes hereditarios sufre alguno de los coherederos por defecto de cómoda division.

No sirviéndonos, pues, la idea que dan estos autores para poder comprender la naturaleza del censo consignativo, no nos queda otro medio para determinarla, sino el de acudir al acto de su imposicion, y segun él, cuando se constituya por contrato, dar la definicion en concepto de tal, prescindiendo de la analogia ó semejanza que pueda tener con otros, diciendo que es: *un contrato consensual por el cual se adquiere el derecho de cobrar anualmente una pension de cierta persona por haberle entregado una cantidad de dinero, á la seguridad de cuyo pago quedó hipotecada la finca de su propiedad en que fué impuesta.*

De este contrato debe otorgarse escritura pública é inscribirse en el registro, y con arreglo á ella se determinarán los derechos y obligaciones de los contrayentes, segun las condiciones que hubieren pactado; ó no constando éstas, con arreglo á lo espresado en los párrafos IV y V de la lec. 7.^a, seccion 3.^a, trat. II, que deberán consultarse para saber en qué consisten, del mismo modo que el §. VI de esta misma seccion, para conocer los modos como se distingue.

A los censos hasta aquí referidos, podemos añadir como complemento de esta materia el *censo vilalicio* y los *juros*, de los cuales daremos una breve idea en los siguientes párrafos.

§. IX.

Idea del censo vitalicio, y sus efectos.

Para que fácilmente pueda formarse una idea de este censo, examinaremos separadamente:

- 1.º Su naturaleza:
- 2.º El modo como se constituye:
- 3.º Sus efectos:
- 4.º Cómo se estingue.

Naturaleza del censo vitalicio.

Este no es mas que *el derecho que uno adquiere de percibir durante su vida ó la de otro que se designa, una pension anual, por haber entregado un capital á la persona que se ha obligado á su pago, ó porque sin mediar esta entrega se ha impuesto uno esta obligacion por un acto de liberalidad.*

Se conoce tambien este censo con los nombres de *fondo perdido ó muerto*, y del de *renta vitalicia*, que es el que adopta el nuevo Código (1). Lo primero, porque el capital entregado se hace de aquel que lo recibe sin que vuelva jamás al donante ni á sus herederos; y lo segundo, por razon de cobrarse anualmente la pension durante la vida de una ó dos personas determinadas.

Modo como se constituye.

El censo vitalicio puede constituirse de varios modos, tanto por consideracion al título de donde procede, como por las personas en cuyo favor se constituye, ó sobre cuya cabeza se hace la imposicion.

(1) Arts. 1703 y siguientes.

Por razon del titulo de donde procede, puede constituirse, ó por un *acto entre vivos*, ó por *última voluntad*.

En el primer caso, puede ser, ó por un *titulo lucrativo* imponiéndose el censuario esta obligacion por un acto de mera liberalidad; ó por un *titulo oneroso*, entregando el censualista un capital al censuario con la obligacion en éste de pagar anualmente mientras aquel viva la renta estipulada.

En el segundo caso, es siempre efecto de la liberalidad del testador que deja una finca con este gravámen, ó impone á su heredero esta obligacion.

Entre unos y otros modos de constituirse hay la diferencia y es, que si se constituye por *titulo oneroso*, el capital ha de consistir en dinero y ha de entregarse realmente en el acto del otorgamiento de la escritura bajo la pena de nulidad del contrato en caso contrario, y de privacion de oficio al escribano que en otros términos lo autorizase, segun dispone la ley 6.^a, tit. xv, lib. x, Novísima Recopilacion; lo cual no sucede, ni cuando se constituye por *titulo lucrativo*, ni por *última voluntad*.

Aunque algunos sostienen con arreglo á esta ley, que en caso de constituirse por *titulo oneroso* es necesario que el capital consista en dinero; á nosotros nos parece que tambien podrá constituirse mediante la entrega de una finca, en razon á que lo que la citada ley prohíbe es, que pueda consistir en plata y oro labrado, tapices, alhajas y otras joyas, pero no escluye los bienes raices; si bien entonces suponen que, ó degenera este censo en el enfiteutico, ó que es solo una donacion ó cesion de la finca con el gravámen espresado.

La práctica, no obstante, admite el que se constituya en fincas (1).

Por razon de las personas en cuyo favor se constituye ó sobre cuya vida se impone, puede constituirse ó para mientras dure la vida del *censualista*, ó la del *censuario*; y no solamente por una vida como estableció el Rey Felipe II en la ley 6.^a, tit. xv, lib. x, Novis. Recop., sino tambien hasta por dos vidas, como declaró despues Felipe III,

(1) Arts. 1703 y 1704.

segun consta por la ley 12, tit. xv, lib. v de la Nueva Recopilacion (1).

Finalmente, puede constituirse á favor de un tercero, como en el caso de que se vendiera una finca y se pactase que sobre su precio diera el comprador una renta vitalicia á la persona que designara el vendedor.

Efectos del censo vitalicio.

Cualquiera que sea el modo como se constituya este censo, una vez que quede perfeccionado el contrato, ó haya muerto el testador, empiezan desde luego sus efectos.

Estos están reducidos á la obligacion que contrae el censuario como acto unilateral, de haber de abonar al censalista los réditos en la cantidad en que hubieren convenido, con tal que no escedan de la cantidad del diez por ciento si se hubiese constituido el censo por una vida, como dispone la ley 6.^a, tit. xv, lib. x, Novis. Recop.; ó del ocho y dos tercios por ciento, cuando fuere constituido por dos vidas, como espresó la ley 12, tit. xv, lib. v, Nueva Recopilacion.

Para la seguridad de este contrato, ó pueden hipotecarse las fincas del censuario ó de otro que quiera gravar las suyas, ó solo se constituye el censuario responsable con su persona.

En el primer caso, el censo será *real*; en el segundo, *personal*; cuya distincion deberá tenerse presente cuando tratase el censalista de hacer efectivo el derecho que tiene á la renta vitalicia, para lo cual puede utilizar hasta la via ejecutiva (2).

Modos como se estingue el censo vitalicio.

Se estingue este censo:

1.º Por la muerte del acreedor vitalicio ó de la persona por cuya vida se impuso la renta, aunque se hubiera

(1) Art. 1703.

(2) Art. 1709.

verificado á muy poco tiempo de su constitucion, debiéndose devolver al censuario la parte adelantada de los réditos que no llegaron á vencer (1).

2.º Por haberse declarado nulo en su institucion, lo cual puede verificarse en los casos siguientes:

Primero, por haberse celebrado por la vida de una persona que era ya difunta, ó estaba gravemente enferma, ignorando esta circunstancia el censalista (2).

Segundo, por haber éste dado todo su caudal á censo vitalicio, teniendo herederos forzosos, escepto si siendo éstos de mayor edad prestaren su consentimiento.

Tercero, si se pidiera la rescision del contrato por no haber otorgado las seguridades pactadas (3).

Con lo dicho queda manifestado lo perteneciente al censo vitalicio en su parte elemental, habiéndonos abstenido de entrar en materia sobre otros puntos, por ser mas bien objeto de la parte práctica ó de aplicacion.

Mas breves seremos aun en el exámen de los *juros* de la Real Hacienda, por ser de muy poco uso las doctrinas del tit. xiv, lib. x, Novis. Recop., que trata de ellos.

§. X.

Naturaleza de los juros, y legislacion sobre los establecidos en tiempos antiguos.

La palabra *Juro*, que viene de la voz latina *iure* (derecho), la tomamos en este lugar para designar *cierta pension que el gobierno concede á algun particular, ora en remuneracion de sus méritos y servicios, ora por via de réditos del capital que hubiere prestado al Estado para ocurrir á sus necesidades, designando para garantia de su pago las rentas públicas.*

De esta definicion resulta, que el *juro* debe considerarse como una especie de *censo consignativo*, en el que

(1) Art. 1710.

(2) Art. 1706.

(3) Art. 1708.

el *capital* lo forma la cantidad prestada, la *hipoteca* ó cosa sobre que se impone son las cosas reales, y la *pension* el *juro* que satisface el gobierno.

De estos *juros* los hay de dos clases, á saber: unos que se llaman *juros de heredad*, y otros *juros de por vida*; consistiendo los primeros en que éstos los disfrutan los concesionarios y sus descendientes, y los segundos no pasan de la vida de su primer poseedor.

Considerados estos censos en su objeto, no puede menos de reconocerse su utilidad, porque, ó se trata con ellos de recompensar méritos y servicios contraidos, ó sirven para estimular á los particulares á que contribuyan con sus capitales á la causa pública, atendiendo en casos estraordinarios á las necesidades del Estado; pero en su concesion pueden presentarse muchos inconvenientes, si no se usa con prudencia de este medio.

Ejemplos de esto los tenemos en la ley 8.^a, tit. xiv, lib. x, Novis. Recop., en la que se espresan los perjuicios que ellos causaron, llegando á ser una carga insoportable, como dice la misma ley.

Para evitar estos daños, se dictaron desde el reinado de D. Felipe II varias providencias, ora reduciendo la *pension* al tres por ciento en lugar del cinco que antes se pagaba, segun consta de la ley 4.^a del título y libro citados; ora mandando examinar todos cuantos se habian creado anteriormente, á fin de reducir sus imposiciones á los términos de justicia y equidad de que carecieron en su institucion, como aparece de las leyes 8.^a y siguientes; ora en fin adoptando medios para que los que se calificaran como legítimos pudieran cuanto antes extinguirse, ó por la compra que el Estado hiciera de ellos, ó admitiendo sus capitales en pago de la contribucion de lanzas y picas, segun así consta de varias leyes de este mismo título.

En la actualidad pueden considerarse todos ellos estinguidos, y los documentos en que constare el crédito precedente de esta causa, del mismo modo que aquellos otros en que aparecen imposiciones sobre las rentas del tabaco, tendrán el valor que les dan las leyes vigentes si se han presentado en los tiempos señalados en las mismas

para su *liquidacion y conservacion*, de lo cual tratan las Reales órdenes dadas por el ministerio de Hacienda en 20 de Octubre y en 4 y 5 de Diciembre de 1836.

Estas observaciones, unidas á que hoy día el sistema que sigue el gobierno para atender á las necesidades extraordinarias del Estado, es por medio de empréstitos voluntarios ó forzosos, dando en cambio papel de crédito con interés ó sin él; y considerando que en caso de recompensar servicios prestados, lo es por medio de honores ó distinciones que concede S. M. ó por medio de pensiones que acuerdan las Córtes, nos confirman en la idea de no poder tener aplicacion lo que las leyes del tit. xiv, lib. x, Novis. Recop. disponen sobre los *juros*, y solo quedará en las personas á cuyo favor se hallaren constituidos, el derecho para que sean reconocidos los capitales por el gobierno, cumpliendo las formalidades necesarias, y el que puedan servir á los títulos y grandes de Castilla para el pago de la contribucion de lanzas, segun antes hemos observado.

A los censos que acabamos de espresar añaden algunos autores las *ventas á debitorio*, de que nos ocuparemos en el párrafo siguiente, haciendo sobre ellas algunas observaciones.

§. XI.

Naturaleza de las ventas á dibitorio.

Se entiende por venta á debitorio, *un contrato consensual en virtud del cual se trasfiere el dominio de una cosa raiz por el precio en que convinieren los contrayentes, con la condicion de haber de retenerlo el comprador en su poder hasta cierto tiempo, y de abonar mientras no se verifique su entrega la pension que se estableciere, en recompensa de los frutos que percibe.*

Algunos han querido suponer, que este contrato es una especie de *censo enfitéutico ó reservativo*, en razon á que en ambós hay tambien entrega de una cosa raiz, sin

mas obligacion el que la disfruta, que la de conservarla y de abonar la pensión correspondiente.

A nosotros, sin embargo, nos parece que debe mas bien considerarse como una venta al fiado, aunque con la obligacion de haber de pagar réditos por la parte que se aprovecha el comprador tanto del precio como de los frutos que produce la cosa; cuya opinion está conforme con la de otros autores, los cuales afirman que, no por pagarse anualmente una pensión en estas ventas, han de considerarse como censo, segun algunos sostienen.

La razon en que se fundan es, el ser la obligacion que tiene el comprador de abonarla puramente personal, y no radicar en la cosa como en los demás censos, esceptuando el vitalicio; á lo cual podemos añadir la circunstancia de que, siendo asi que por las leyes 8.^a y 9.^a, tit. xv, lib. x, Novis. Recop., se redujo la pensión de los censos al tres por ciento, no ha tenido lugar hasta de ahora en la *venta á debitorio* esta baja, sino que se continúa lo menos á razon del cinco por ciento, sin duda por no ser consideradas dichas ventas como censos.

De ellas se ofrecen algunos casos en la provincia de Valencia, razon por la que no debemos de perder de vista este antecedente para resolver las cuestiones que acaso puedan promoverse.

LECCION DÉCIMATERCIA.

Del contrato de mandato.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Orígen del mandato.—§. III. Su naturaleza.—§. IV. Sus divisiones ó especies.—§. V. Cómo se contrae, y esplicacion de cada uno de sus modos.—§. VI. Cosas á que se refiere, y cómo han de espresarse.—§. VII. Personas que pueden ser *mandatarios*, y cuáles son sus obligaciones.—§. VIII. Cuáles son las del *mandante*.—§. IX. Cómo se acaba el mandato.—§. X. Disposiciones particulares sobre los procuradores judiciales.

§. I.

Razon del método.

La circunstancia de ser los contratos de *compra venta* y de *arrendamiento* los de mayor uso y recomendacion, y la semejanza ó analogía que existe entre éstos y el contrato de *censo*, nos ha obligado á empezar el tratado de las obligaciones convencionales por el exámen de la naturaleza y efectos de estas convenciones.

Para su celebracion, del mismo modo que para la de cualquiera otra que pueda interesarnos en la vida social, no es necesario que las personas estén presentes, ni que traten de por sí sobre las partes constitutivas de la obligacion que deseen contraer; pues, ni las facultades de los hombres son tales que á todos les sea fácil comprender la fuerza de los actos civiles en que quieran intervenir, ni aun cuando en todos se supusiera la inteligencia necesaria para

comprenderlo ha de creerse que á todos les haya de ser posible y conveniente atender por si mismos á los negocios que les puedan interesar.

El medio único que se presenta para obviar estos inconvenientes es, el de confiarse una persona á otra transmitiéndole sus facultades, la cual, si acepta el encargo que se le hace, queda constituido entre ellas un contrato que se llama de *mandato*, y consiguiente á él, obligada á su cumplimiento.

El no exigirse para esta obligacion otro requisito que el consentimiento, y el estar ocupándonos de los contratos de esta clase que, siendo de tanto uso, es muy frecuente el valerse los propietarios de otras personas para que en su nombre administren sus bienes; los vendan y enagenen á censo; los arrienden y cobren sus productos; se ajusten con criados y jornaleros; concedan plazos á los arrendatarios, y otros actos equivalentes; nos ha hecho elegir este lugar para tratar del *mandato*, mayormente cuando él en si es considerado como una especie de arrendamiento de industria, como sucede en todos los casos en que es retribuido el trabajo de las personas de quienes se valen otras para que cuiden de sus negocios.

Con este motivo, queda determinado el objeto de esta leccion, que no es otro sino el de examinar la naturaleza del *mandato*, haciendo ver las obligaciones que de él resultan y los modos de disolverse, como constará en los párrafos siguientes.

§. II.

Origen y utilidad del mandato.

Segun se ha manifestado en el párrafo anterior, el *mandato* no tiene otro origen, sino la dificultad en las personas de poder intervenir en todos los negocios que puedan interesarles, ora por la ausencia del lugar en que hayan de ventilarse, ora por no tener todas ellas el conocimiento necesario para comprender la fuerza de las obligaciones que quisieren contraer, ora en fin, porque la multitud de

atenciones, enfermedades y otras causas, no permiten que cada uno pueda atender debidamente á sus intereses.

Atendiendo á estos inconvenientes, ya en lo antiguo solian las personas encargar á otras sus negocios, confiadas en que los vínculos de amistad que las unian, no defraudarian las esperanzas de ver realizados sus deseos.

La experiencia acreditó una vez mas, cuán peligrosa es la confianza de una persona para con otra por mas demostraciones con que se quiera atestiguar la amistad que se profesa, y el hecho de las leyes romanas convirtiendo un negocio entre amigos en una obligacion civil cuando es aceptada, será siempre un aviso de lo cauto que debe ser el hombre en fiarse de los demás.

Tal es el origen del contrato de mandato, el cual, habiendo sido elevado á esta consideracion por las leyes romanas, pasó despues á formar parte de nuestra legislacion, incluyendo el Rey D. Alfonso en sus leyes del título de *fladuras*, por ser éste *otra manera de obligacion semejante de ellas*, como espresa la ley 20, tit. XII, Part. 5.^a, que es desde la cual se empieza á tratar de esta materia.

Las mismas causas que demuestran su origen, prueban tambien su utilidad; y por lo mismo interesa saber su naturaleza, de lo cual nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

§. III.

Naturaleza del mandato.

Se entiende por mandato, *un contrato consensual por el que uno se encarga gratuitamente de dirigir los negocios que otro le comete* (1).

La persona que comete á otra un negocio, se llama *mandante*, y aquella á quien se comete, *mandatario*; cuyas voces son tomadas del nombre de *mandato* con que

(1) Art. 1602.

se le distingue á este contrato, llamado así, segun San Isidoro, lib. iv, Orig. etimol. Cap. 24, de las palabras latinas *manus datio*, ó de la costumbre que tenian los antiguos de darse la mano derecha en señal de la confianza en el uno, y de la promesa en el otro, del cumplimiento del encargo.

Tambien se da á veces el nombre de *procuracion* al mandato, así como el de *poderdante* al mandante, y el de *procurador* y *apoderado* al mandatario; pero estos nombres sirven especialmente para el caso en que el encargo se hace constar por una *escritura de poderes*, y no para cuando se trate en general de este contrato, que entonces sirven los nombres que antes hemos espresado.

Por su definicion aparece bastanteamente determinada su naturaleza; pero para que ésta se comprenda mas claramente, esplicaremos el sentido de sus palabras.

Se dice *contrato*, porque como tal es tenido desde que los romanos lo elevaron á esta consideracion, en cuyo concepto le calificaron las leyes de Partidas, segun consta de la 20 y siguientes del tit. xii, Part. 5.^a

Consensual, porque para su perfeccion no se requiere otra cosa que el consentimiento por parte de aquel á quien se comete un negocio, de que lo acepta ó se obliga á su cumplimiento.

Por el que uno se encarga gratuitamente, porque segun dice la ley 1.^a, tit. i, lib. xvii, Digesto, el mandato, si no es gratuito no es tal mandato, en razon á que en su origen no fué mas que un acto de amistad y benevolencia, que las leyes han querido que conservase. Si interviniera paga y ésta consistiera en dinero, seria un *arrendamiento de industria*, y si en otra especie, un *contrato innominado*.

Sin embargo, la ley 6.^a del mismo titulo y libro del Digesto vino á oscurecer esta materia al establecer, que si se prometiera un *honorario*, podria pedirse por la *accion de mandato*; como si por darse este nombre al salario con que se recompensa el trabajo que presta cierta clase de personas, dejara de ser él un precio del servicio prestado.

De dirigir los negocios que otro le comete, porque si sin comision alguna tomase uno sobre si su administracion y

cuidado estando su dueño ausente, no sería un *mandatario*, sino un *gestor*, el cual quedaría obligado, no por el contrato de *mandato*, sino por el cuasi contrato de la *gestion de negocios*.

Finalmente, la palabra *comete* está puesta para denotar que el *mandato* no es una *recomendacion*, porque el que recomienda suplica, no manda; así como el decir *se encarga* da a entender, que para que exista el mandato, no basta que uno se ofrezca al servicio de otro, sino que es necesario que haya precedido una comision en virtud de la cual se encarga uno de desempeñarlo.

Sabido ya en qué consiste el mandato, veamos cuáles son sus especies ó divisiones.

§. IV.

Divisiones del mandato.

El mandato se divide en las clases siguientes:

- 1.^a En *espreso* y *tácito*:
- 2.^a El *espreso* en *judicial* y *estrajudicial*:
- 3.^a Uno y otro en *general* y *especial*:
- 4.^a El *general*, segun algunos intérpretes, en que uno lo es con libre administracion y otro sin ella.

De cada una de estas especies daremos su definicion.

Se llama mandato *espreso*, el que se hace verbalmente ó por medio de un instrumento tanto público como privado, usando de palabras que manifiesten claramente la intencion de obligarse, como: *Ruego, mando, quiero, etc.*, que dice la ley 24, tit. XII, Part. 5.^a

Mandato *tácito* es el que no se ha declarado con palabras ni por escrito, sino que se deduce del silencio, *paciencia*, ó *ratificacion del demandante*; como, si estando presente la persona que fuere deudora de otra, saliera uno fiador por ella y no lo contradijese, que es el ejemplo que cita la ley 12, tit. XII, Part. 5.^a (1).

(1) Art. 1603.

A éste puede añadirse otro que llamaremos *presunto*, como lo es en aquellos casos en que la dependencia ó la intimidación con la persona ausente y la urgencia del negocio, da lugar á una gestión en su favor ó en la que él deba intervenir; si bien las leyes dejan intacto el derecho de los ausentes, haciendo que el que se presenta dé la *caución de rato*, ó de que el ausente aprobará aquel acto.

Mandato judicial ó para pleitos es *aquel por el que se encargan á otro los negocios judiciales*, y *estrajudicial aquel por el que se confían á otro los negocios sin consideración á las cuestiones que hayan de ventilarse en los tribunales*.

El que se encarga del primero, se llama *procurador ó personero*, segun las leyes del tit. v, Part 3.^a, el cual debe ser respectivamente de los del número de los juzgados y tribunales superiores; pues no siendo de esta clase, aun cuando se otorguen á particulares poderes para pleitos, deben éstos sustituirlos en los otros que son los habilitados para hacer gestiones judiciales. En los mandatos estrajudiciales, la persona que se encarga se llama comunmente *mandatario*, y además *apoderado* y tambien *procurador*.

Mandato general es *el que comprende todos los negocios del mandante*, ó que se da sin limitación; y especial *el que comprende uno ó ciertos negocios determinados* (1).

Los dos pueden ser *judiciales y estrajudiciales*. Asi que, será general judicial ó para pleitos, *aquel en que se faculta al procurador para que siga uno ó mas, ó todos los pleitos del mandante*; y especial *el que solo se concede para la práctica de una diligencia judicial determinada*, como para transigir un pleito, separarse de la apelación, etcétera.

No siendo para estos negocios, se considerarán como *estrajudiciales generales ó especiales* en los términos que se han definido; advirtiéndose, que pueden estar comprendidos en un solo poder los generales de una y otra clase,

(1) Art. 1604.

pero siempre bajo el supuesto de que para las gestiones judiciales se han de sustituir en los procuradores de número si directamente no estuvieren éstos nombrados por los principales.

Esta division del mandato en *general* y *especial* no ha de entenderse de modo que el que haya obtenido el primero, esté habilitado para hacer todo cuanto pudiera hacer su dueño.

Si esto se permitiera, podrian fácilmente los hombres despojarse de cuanto poseian y consumir su ruina; lo cual, no pudiéndolo tolerar el legislador que debe velar por los intereses de todos, ha admitido la práctica que se viene continuando con respecto á los mandatos generales estrajudiciales, de no comprenderse en ellos mas que los actos de *administracion*, pero no los de *dominio*, como lo establecieron las leyes 63, tit. xiii, lib. ii del Código y otras varias; y ha mandado en cuanto á los *judiciales generales*, que no hayan de valer para algunos actos, mientras no se espresen, como entre otros podemos citar el acto de la conciliacion.

Algunos, no obstante, sostienen que esta doctrina ha de entenderse cuando el mandato general no lo fuere con libre administracion, ó de hacer cuanto pudiera ejecutar el principal; porque si lo fuere, podrán, segun ellos, hacerse ó practicarse todos los actos aunque fueran de dominio, del mismo modo que su dueño.

Algo duro nos parece el admitir esta doctrina; pero asi lo tiene declarado la ley 19, tit. v, Part. 3.ª; por cuya razon dejamos al juicio de cada uno la apreciacion que le merezca, mientras que por ley terminante no se arregle esta parte de legislacion, como lo hace el nuevo Código (1), prohibiendo al mandatario, aunque sea *general*, los actos de *dominio*.

Otras muchas mas divisiones pudiéramos hacer; pero nos ha parecido mas propio considerarlas como modos particulares de contraer el mandato, de los cuales nos ocuparemos en el siguiente párrafo.

(1) Art. 1605.

§. V.

Modos como puede contraerse el mandato.

El mandato puede contraerse, ó estando *presentes* el *mandante* y el *mandatario*, ó por *cartas y mensajeros*, hallándose el *mandatario ausente*, ó á *día cierto*, encargando por ejemplo á alguno que dé á otro alimentos hasta un día señalado, ó con *condicion*, haciendo depender de la circunstancia que se pusiere al cumplimiento del encargo. Ley 24, tit. XII, Part. 5.^a

Tambien puede hacerse de uno de los modos siguientes:

1.º En beneficio ó utilidad del mandante, que es lo mas comun ó frecuente, como si uno encargase á otro que administrara los bienes que tiene en tal pueblo.

2.º En utilidad del mandante y mandatario, como si uno encargara á otro que comprara una cosa para los dos.

3.º En beneficio solo de un tercero, como si uno encargara á otro que saliera fiador de tal persona que se designase, ó que administrase sus bienes, en cuyo caso, aun cuando no resulte utilidad al mandante, si por culpa del mandatario resultara algun perjuicio al tercero, podrá ser reconvenido el mandante por la accion del mandato.

4.º En utilidad del mandante y de un tercero, como en el caso de encargar á uno que administre los bienes que tienen en tal punto el mandante y el tercero.

5.º En utilidad solo del mandatario, como si uno dijera á otro que empleara su dinero mas bien en comprar fincas que en darlo á préstamo. Así consta de las leyes 21, 22 y 23, tit. XII, Part. 5.^a

De todos los casos que se han espresado, solo este último es en el que, hablando en general, no se producirá ninguna obligacion. La razon es, porque este acto es mas bien un consejo que mandato, y por el consejo nadie se obliga, como aparece de la ley 47 de *reg. iur.* del Digesto.

Sin embargo, hay casos en que se faltaria á la moral, si el consultado no quedara obligado, y para distinguirlos estableceremos las reglas siguientes:

1.^a Si se da al que duda si ha de celebrar un contrato ó cualquier otro negocio honesto y el consejo fuere de tanto peso, que sin él no se hubiere ejecutado, será responsable el que lo dió.

2.^a Si lo diere al que de cualquier modo estaba dispuesto á ejecutarlo, ha de atenderse á si el consejo fué fraudulento ó no. Si lo primero, prestará el dolo, como en el caso que uno aconsejase que diere en mútuo al que sabia que carecia de bienes: si lo segundo, no contrae ninguna obligacion.

3.^a Si se diere á un delincuente, como no sea para que desista del delito, siempre será responsable, haya ó no en éste propósito de cometerlo; porque si no lo habia, de bueno lo convierte en malo, y si lo habia, de malo lo hace peor.

Además, que nadie puede aconsejar, ni mucho menos mandar, cosas contrarias á las leyes ó á la moral, como lo veremos en el párrafo siguiente.

§. VI.

Cosas que son objeto del mandato, y cómo han de espresarse.

Pueden ser objeto del mandato todos los negocios de cualquiera clase que sean, con tal que no se opongan á las leyes ni á las buenas costumbres, como espresa la ley 25, tit. xii, Part. 5.^a

Estos, aun cuando pueden encargarse de palabra ó por escrito, segun lo manifestado en el párrafo anterior, sin embargo, si fueren negocios de alguna importancia con- vendrá que se otorgue una escritura pública que llamamos de *poderes*, los cuales, segun la ley 14, tit. v, Part. 3.^a, pueden ser de tres clases, á saber: unos que se otorgan ante Escribano público del número; otros ante cualquier otro que no sea de esta clase; y otros ante el juez en ne-

gocios judiciales, á que daban los antiguos el nombre de poder otorgado *apud acta*.

En el dia han de estar autorizados por Notario público; por lo mismo ha dejado de estar en uso el poder *apud acta*, escepto cuando á peticion de un litigante mandado defender como pobre, se designa en los autos el procurador que ha de representarlo; ó tambien, cuando á un reo en causa criminal se le previene que nombre procurador, ó no queriendo, se le nombrase de oficio. Ley de 4 de Noviembre de 1838.

Prescindiendo de esta observacion y de otras que pudieran hacerse respecto á los requisitos de las escrituras de poderes, por no ser de nuestro objeto, solo nos fijaremos en los modos como han de espresarse los negocios.

Para ello distinguiremos los poderes *estrajudiciales* de los *judiciales*.

En unos y otros deberá procurarse la mayor exactitud y claridad, pues no es el contrato de *mandato* como los demás que, teniendo por objeto un punto determinado, fácilmente pueden los contrayentes manifestar su pensamiento, sirviéndoles de auxilio la ley aun en los casos que éstos no espresaron.

No sucede así en los poderes estrajudiciales, y de aqui la necesidad de ser mas diligentes en cuidar que se comprendan detalladamente cuantos negocios queramos confiar á otros, teniendo presente que en ellos *solo vale lo que se espresa*, á pesar de las cláusulas que suelen ponerse de: *Que el poderdante confiere á su apoderado el poder con libre, franca, y general administracion*: ó la de: *Que se le da el poder para que haga en su virtud todo lo que él por si mismo haria y hacer podria, siendo presente, etc.*

La razon es, porque estas cláusulas nos parecen mas bien de estilo; y cuando mas, con arreglo á la ley 19, tit. v, Part. 3.^a, citada al final del §. IV, podrán servir para que por ellas puedan suplirse algunos defectos en cuanto á designacion de facultades de cierta clase; pero no para que por ellas hayan de considerarse autorizados los apoderados para entender en actos que pudieran ser

funestos á los otorgantes, como para enagenar, hipotecar, transigir y otros actos de dominio.

Tambien en los poderes judiciales debe procurarse la mayor claridad; pero, atendiendo á que los pleitos están sujetos, segun su clase, á los trámites que designa la ley de enjuiciamiento, bastará que el poderdante autorice al procurador para que le represente en todos los que tenga ó pueda tener interés el otorgante, y practique las diligencias necesarias hasta su terminacion; añadiendo únicamente para evitar dudas, la facultad de prestar toda clase de juramentos, recusar jueces y demás funcionarios de los tribunales, y utilizar cuantos medios de defensa y recursos concedan las leyes.

De la espresion clara de las facultades con que se quiere investir al mandatario ó procurador, pende el poder con conocimiento exigirle la responsabilidad quando se ha estralimitado, ó dejado de cumplir con las obligaciones anejas á su encargo, las cuales constarán en el párrafo siguiente.

§. VII.

Cuáles son las obligaciones del mandatario.

Como la obligacion supone capacidad y voluntad de obligarse de parte de aquel á quien haya de exigirse, se hace preciso que antes de determinar las que sean propias del mandatario, se sepa:

1.º Qué personas pueden encargarse de los negocios de otro; y

2.º Cuándo empieza en ellas la obligacion, y qué actos debe practicar para su cumplimiento.

Quiénes pueden ser mandatarios.

Pueden ser mandatarios todos los que no están prohibidos por la ley, ora en los negocios *judiciales*, ora en los *extrajudiciales*.

Los prohibidos en los negocios *extrajudiciales* son los siguientes:

1.º Los menores de diez y siete años. Ley 19, tit. v, Part. 3.ª

2.º Los locos, desmemoriados, sordos mudos, y los pródigos declarados judicialmente. Ley 5.ª, tit. v, Partida 3.ª

3.º Las mujeres casadas, sin licencia de sus maridos, al menos para quedar obligadas. Ley 11, tit. i, lib. x, Novis. Recop. (1).

4.º Los Religiosos y Clérigos ordenados *in sacris*. Leyes 1.ª y 2.ª, tit. xxvii, lib. i, Novis. Recop.

5.º Como acto de confianza y amistad, no es necesario añadir que no deben serlo los que no sean personas de probidad, buena reputacion y de arraigo, aunque las leyes solo hablan de estas circunstancias al tratar de los procuradores judiciales, como consta en la ley 5.ª, tit. v, Partida 3.ª, y en el art. 202 de las Ordenanzas de las Audiencias. Cap. 2.º

No siendo las personas de las clases espresadas, podrán las demás ser nombradas para este encargo, ora sea una sola, ora juntamente con otras, quedando al arbitrio de éstas el aceptar ó no su nombramiento.

Cuándo empieza en los mandatarios la obligacion, y qué actos debe practicar para su cumplimiento.

Siendo libre en los mandatarios aceptar ó no este encargo, su obligacion empezará desde que hubieren manifestado su conformidad en evacuar los negocios que se les ha confiado.

Esta conformidad puede ser *espresa* y *tácita*. Será espresa, cuando compareciere el nombrado al otorgamiento de poderes, aceptando y obligándose á cumplir bien y fielmente su encargo, ó espresándolo de cualquier otro modo estando ausente; y será *tácita*, cuando sin alguna manifestacion anterior empieza á hacer las gestiones necesarias para desempeñar su cometido.

Esta doctrina es comun á los mandatarios *judiciales* y *es-*

trajudiciales; y de aqui el establecer el art. 15 de la ley de enjuiciamiento: *Que la aceptacion del poder, se entiende en el hecho de hacer uso de él el procurador.*

De cualquier modo que se hiciera, los actos que á consecuencia de ella deben practicar los mandatarios estrajudiciales, son los siguientes:

1.º Cumplir bien y fielmente el mandato, siendo responsable de los daños y perjuicios que de no ejecutarlo se ocasionen al mandante, segun se colige de aquellas palabras: *Débesse trabajar de cumplirlo cuanto puidiere, bien ó lealmente*, de que usa con este motivo la ley 21, tit. XII, Part. 5.ª (1), y se infiere además del hecho de la aceptación que, siendo voluntaria, se impidió con ella á que el demandante se valiera de otro mas diligente, que es la razon porque dicen los jurisconsultos que el mandatario ha de prestar la culpa leve.

2.º Arreglarse en su ejecucion á las instrucciones del mandante, siendo de ningun efecto para éste lo que aquel hiciese traspasando sus limites, escepto si sin escederse en el negocio encargado, lo evacuara con condiciones mas ventajosas que las que espresó el principal. Asi lo establecieron las leyes romanas que podrán verse en el tit. I, libro XVII del Digesto; y se deduce igualmente de la doctrina contenida en las leyes 20, 21 y 22, tit. XII, Part. 5.ª, con la cual conviene el nuevo Código (2).

3.º Desempeñar por sí el encargo, por estar fundado el nombramiento del mandatario en su celo é inteligencia; pero como éste muchas veces no podrá entender en los negocios que como á tal le competen, está ya generalizado que pueda nombrar sustituto, con tal que no se le haya prohibido.

4.º Responder del sustituto que él hubiere nombrado cuando no se le dió facultad para nombrarle, ó cuando habiéndosele dado sin designacion de persona, hizo eleccion de un sugeto notoriamente incapaz ó insolvente; advirtiéndose que en tal caso queda tambien obligado el sus-

(1) Art. 1609.

(2) Arts. 1606, 1607 y 1610.

tituto y podrá contra él dirigir su accion el mandante (1).

5.º No poder emplear en utilidad propia las cantidades que ha recibido del mandante; y si lo hiciese, debe pagar los intereses de las que aplicó á usos propios, desde el dia que lo hizo; y de las que reste á deber fenecido el mandato, desde que se haya constituido en mora. Ley x, título 1, lib. xvii del Digesto (2).

6.º Dar cuentas de sus operaciones, concluido el encargo, y abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aun cuando no se le debiera al mismo, segun espresa la ley 20 del título y libro citado del Digesto (3).

Tales son las obligaciones del mandatario.

De sus gestiones como tal, no responde á aquellos con quienes haya contratado sino cuando se obligare espresamente, ó traspasare los límites del mandato sin darle conocimiento de sus poderes (4); y por lo mismo deberán fuera de estos casos dirigirse dichas personas contra el mandante, por ser ésta una de sus obligaciones, como se hará ver en el siguiente párrafo.

§. VIII.

Obligaciones del mandante.

Para juzgar de las obligaciones del mandante, debemos á semejanza de lo que se ha dicho al principio del párrafo anterior, saber:

1.º Quiénes pueden encargar á otros que desempeñen ciertos negocios; y

2.º Cuándo quedan obligados.

Con respecto á lo primero, bastará decir que, para que uno pueda encargar á otro algun negocio suyo, es preciso que sea persona mayor de edad y libre de la pátria potestad, ó que si está sujeto á ella, sea negocio en que pue-

(1) Arts. 1612 y 1613.

(2) Art. 1615.

(3) Art. 1611.

(4) Art. 1616.

de el hijo de por si, siendo mayor, comparecer en juicio.

No siendo así, ó nombrarán el procurador las mismas personas de quienes dependan los menores, ó éstos con la autorizacion del tutor ó curador; si bien en caso de nombrarlo sin dicha autorizacion, valdrá lo que haga el procurador en beneficio del menor, pero no lo que fuere en su perjuicio. Ley 3.^a, tit. v, Part. 3.^a

Para determinar lo segundo, han de distinguirse los actos cuya ejecucion depende de un hecho preliminar del mandante, de aquellos que son consecuencia ya de las operaciones del mandatario. En los primeros, empieza la obligacion desde el principio del contrato: en los segundos, desde que el hecho del mandatario ha dado lugar á la obligacion.

Cuáles sean unos y otros, lo inferiremos de la simple enunciaciön de las obligaciones del mandante, que son las siguientes:

1.^a Anticipar el mandante, si el mandatario lo pidiese, las cantidades necesarias para la ejecucion del mandato, y en caso que las haya anticipado éste, abonárselas aunque el negocio no haya salido bien si no ha habido culpa por parte del mandatario. Ley 20, tit. xii, Part. 5.^a (1).

2.^a Cumplir todas las obligaciones contraidas por el mandatario dentro de los límites del mandato, así como tambien aquellas en que se hubiere escedido, si las hubiere ratificado tácita ó espresamente, entendiéndose que las ratifica tácitamente, cuando el mandante se apropiare las ventajas que resulten del abuso del poder. Leyes 22, título xii, Part. 5.^a, y 10 y 29, tit. xxxiv, Part. 7.^a (2).

3.^a Indemnizar al mandatario de todas las pérdidas ó daños que se le hayan ocasionado por el cumplimiento del encargo, sin culpa ni imprudencia suya; pudiendo éste retener en prenda las cosas que son objeto del mandato, hasta que el mandante cumpla con la indemnizacion. Ley 20, tit. xii, Part. 5.^a (3).

(1) Art. 1618.

(2) Art. 1617.

(3) Arts. 1619 y 1620.

4.^a Si dos ó mas personas hubieren nombrado un mandatario en un negocio comun, cada una de ellas queda obligada *in sólido* á todos los efectos del mandato, como establecen las leyes 5.^a, tit. iv, lib. xv, y 59, tit. i, lib. xvii del Digesto (1); pero no sucede lo mismo de parte de los mandatarios, cuando fueren dos ó mas los nombrados, aunque hayan sido constituidos simultáneamente, á no ser que así se hubiese espresado (2).

Para hacer efectivas las obligaciones que contraen el mandante y el mandatario, existen de una y otra parte las acciones correspondientes, las cuales, como contrato intermedio, segun le calificamos en el §. VI, lec. 2.^a, serán: una *directa* á favor del mandante para que cumpla el mandatario las obligaciones que se han manifestado en el párrafo anterior; y otra *contraria* á favor del mandatario para que el mandante cumpla las que le pertenecen, segun lo que acabamos de manifestar.

Se esceptua el caso en que al tiempo de constituirse el mandato se pactase que hubiera de recibir el mandatario una retribucion por su trabajo, que entonces serán *directas* las acciones por una y otra parte, por considerarse el mandato como un contrato bilateral, que llamaremos de *arrendamiento de industria*.

Con lo dicho podremos comprender las obligaciones que se derivan del mandato y el modo de hacerlas efectivas. Falta solo que veamos cómo acaba el mandato.

§. IX.

Modos como acaba el mandato.

El mandato se acaba:

- 1.^o Por la revocacion del mandante.
- 2.^o Por renuncia del mandatario.
- 3.^o Por la muerte, interdiccion, quiebra ó insolvencia del mandante ó mandatario (3)

(1) Art. 1621.

(2) Art. 1614.

(3) Art. 1622.

Por la revocacion del mandante.

El mandato es un acto de confianza y amistad del mandante para con el mandatario, y por lo mismo faltando esta cualidad, era consiguiente que hubiese facultad en el mandante para revocar el mandato. Además, éste, por regla general, tiene por objeto el interés ó beneficio del mandante; y como éste puede renunciarlo en todo tiempo, fácilmente puede comprenderse que el mandante puede revocar el mandato siempre que quisiere (1).

La revocacion puede ser *espresa, tácita y presunta*. La primera es la que se verifica de una manera espresa: la segunda y tercera solo se deducen de ciertos hechos que indican suficientemente que no es voluntad del mandante que el mandatario continúe en el encargo para el que se le habia nombrado.

Lo primero puede hacerse de varios modos; pero el mas propio para determinarlo es, el otorgamiento de una escritura pública en que así se espresa, con comision al escribano que la autorizare, para que lo haga saber al mandatario, y le requiera á la devolucion de los poderes en que constaba su nombramiento; ó tambien acudiendo al juez con escrito acompañado de la escritura de revocacion, pidiendo que se le notifique en forma al mandatario y entregue los poderes que se le otorgaron.

Esto no impide el que sin esta solemnidad se entiendan revocados los poderes, y de aquí el segundo y tercer modo como puede hacerse la revocacion. Tal seria si el mandante nombrase nuevo mandatario para el mismo negocio (2), aunque no por ello se consideraria revocado, si habiendo dado al primer mandatario un poder general, diera luego á otro un mandato especial.

Lo mismo se entenderia en el caso de interdiccion ó de quiebra del mandatario, porque con ello se pueden decir rotos ya todos los vínculos en que se fundaba el mandato;

(1) Art. 1623.

(2) Art. 1625.

y otro tanto puede decirse del caso en que el mismo mandante se encargara de por sí del negocio que habia cometido á otro.

Lo que interesa despues de sabidos los modos como puede hacerse la revocacion es, el procurar que llegue ésta á noticia del mandatario tan luego como sea posible, y en casos determinados si se teme que ésta no ha de bastar, porque por efecto de su mala fé puede continuar haciendo gestiones en perjuicio del principal, hacerla pública del modo que se crea conveniente.

Mientras no llegue á noticia del mandatario la revocacion, serán validos los actos que practicare, como se infiere del final de la ley 51, tit. v, Part. 5.^a, salvo si el poder fuere para contraer matrimonio, que será nulo, si se realizare éste despues de revocado, aun quando no tuviera noticia el procurador, por razon de haber faltado el consentimiento simultáneo de las partes en el acto de su celebracion.

Por renuncia del mandatario.

Si como acabamos de demostrar, se le permite al mandante no obstante de ser para él las ventajas, el que pueda revocar quando quiera el mandato, con mayor razon se le debe permitir al mandatario que no hace mas que prestar un servicio, el que pueda dimitir su obligacion.

Sin embargo, para que esta renuncia pueda producir su efecto, segun se dispone en el §. XI, tit. xxvii, lib. iii de las Instituciones y en varias leyes del tit. i, lib. xvii del Digesto, es necesario:

- 1.º Que la renuncia no lastime en nada los intereses ni el honor del mandante, ó que no sea intempestiva.
- 2.º Que ha de ponerse en conocimiento de éste.
- 3.º Que haya de intervenir una justa causa, como alguna de las que por via de ejemplo se proponen en el titulo y libro citados del Digesto.
- 4.º Que, aunque intervenga ésta, deba continuar su gestion hasta que el mandante pueda tomar las disposiciones necesarias.

Faltando alguno de estos requisitos, será responsable el

mandatario de los perjuicios que sufiere el mandante, á menos que aquel se halle imposibilitado de poder continuar en el desempeño del mandato, sin grave detrimento suyo (1).

Por muerte, interdiccion, quiebra ó insolvencia del mandante ó mandatario.

Son tan óbvias estas causas para la conclusion del mandato, que nos escusan de presentar su fundamento; y por lo mismo nos limitaremos á hacer algunas observaciones.

Se acaba por la muerte del mandante; es decir, del primero que otorgó los poderes; pero no por la del segundo ó la del mandatario que hubiere sustituido. Sin embargo, lo hecho por el mandatario ignorando la muerte del principal, ó cualquiera de las otras causas espresadas, será válido, y surtirá además todos sus efectos respecto de los terceros que hayan contratado con él de buena fé (2).

Si la muerte fuera del mandatario, sus herederos deberán ponerlo en conocimiento del mandante, proveyendo entre tanto á lo que las circunstancias exijan en interés del mismo, por haber de considerarse esta carga como una consecuencia de la obligacion contraida por el mandatario difunto (3).

No es necesario ocuparnos de las causas de *interdiccion, quiebra é insolvencia*, porque basta atender á la naturaleza y objeto del mandato para convencernos que, tratándose de negocios que exigen probidad, confianza, inteligencia y responsabilidad, no es posible que se continúen por aquellos en quienes son incompatibles estas dotes, con los efectos que producen los acontecimientos espresados.

Con lo dicho pudiéramos concluir la presente leccion, porque nos parece haber comprendido en ella lo mas interesante del derecho relativamente á este contrato; pero como muchas de las doctrinas que se han sentado no pue-

(1) Arts. 1626 y 1627.

(2) Art. 1628.

(3) Art. 1629.

dan aplicarse á los mandatarios ó *procuradores judiciales*, y antes al contrario se hallan modificadas en varios puntos, nos ha parecido conveniente dar alguna idea de estas disposiciones, como lo haremos en el siguiente párrafo.

§. X.

Disposiciones particulares sobre los procuradores judiciales.

Si la dificultad de poder intervenir cada uno de por sí en todos los negocios que pueden interesarle en la vida social, hace necesario el nombramiento de personas que se encarguen de la administracion y cuidado de los negocios domésticos de otro, con mucha mayor razon lo debemos decir así con respecto á aquella clase de negocios que han de ventilarse en los tribunales, en los cuales no le es permitido siempre á la parte interesada tratarlos de por sí, por estar mandado que la comparecencia en juicio haya de hacerse generalmente por procurador, segun se dispone en el art. 15 de la ley de enjuiciamiento.

Interesa, pues, saber lo que acerca de estos procuradores establecen las leyes; y para mejor determinarlo dividiremos esta materia en los puntos siguientes:

- 1.º Personas que pueden nombrar procuradores.
- 2.º Quiénes son hábiles para el desempeño de este oficio.
- 3.º Acto en que ha de constar su nombramiento.
- 4.º Obligaciones que contraen.
- 5.º Cuándo cesa su representacion.

Personas que pueden nombrar procurador.

Estas lo son todas aquellas que pueden comparecer en juicio, y no pudiéndolo verificar los impúberes y menores de veinticinco años, ni las mujeres casadas, aunque sean mayores, ni los pródigos intervenidos judicialmente, ni los privados del uso de la razon, ni finalmente, los hijos de familia; es visto que ninguna de estas personas podrá nombrar procuradores, sino que lo deberán hacer por

ellas las personas de quienes dependan, ó á falta de éstas el curador para pleitos que se les nombrare, siempre que tuvieran que promover en juicio algun litigio ó se les disputare alguno de sus derechos.

Así consta con respecto á los impúberes y menores, de los artículos desde el 1253 al 1260 inclusive de la ley de enjuiciamiento, en donde encontraremos espresadas las personas que han de representarles en juicio con todo lo necesario para su nombramiento.

Lo mismo diremos con respecto á los pródigos intervenidos y á los privados de uso de razon que, debiendo tener un curador ejemplar, para cuyo nombramiento han de practicarse las diligencias que propone la citada ley en los artículos desde 1243 al 1252, es consiguiente que esta persona sea la que pueda representarles en juicio, al tenor de lo que dice dicha ley con respecto á los pupilos y menores, y que por lo mismo que ella sea la que pueda nombrar el procurador.

Finalmente, las mujeres casadas y los hijos de familia han de ser representados en juicio por sus maridos en aquellas, y en éstos por sus padres, escepto en aquellos casos en que la mujer casada mayor de edad tenga que litigar con su marido, ó que siendo los hijos de familia tambien mayores, hayan de alegar en juicio sus derechos sobre el *peculio castrense* y *cuasi castrense*, que entonces, así como podrán comparecer por sí, tambien podrán nombrar procurador que los represente.

Otro tanto podemos decir, cuando hubieran estas personas obtenido la habilitacion para comparecer en juicio; cuyos casos y circunstancias para concederse ésta, los espresa la ley de enjuiciamiento en los artículos desde el 1350 hasta el 1358 inclusive.

En los casos en que uno pueda comparecer por si en juicio, aun cuando el art. 13 de la ley de enjuiciamiento dispone que la comparecencia se haga siempre por procurador, no obstante, podrán hacerla de por si en algunos actos, como en los de jurisdiccion voluntaria, en los de conciliacion, en los juicios verbales y en los de menor cuantía; lo cual no se permite á los que nombren procu-

radores por las personas que representan, por hallarse concedida dicha facultad á los *interesados directamente*, como espresa el citado artículo.

Personas que pueden ser procuradores.

Pueden serlo todas las que no estén prohibidas, y las que los están son las siguientes:

1.º Todas las que no pueden serlo en los negocios estrajudiciales, segun lo manifestado en el §. VII.

2.º Los menores de veinticinco años. Leyes 5.ª y 19, título v, Part. 3.ª

3.º Los que no reúnen las circunstancias que prescriben las órdenes vigentes, segun las cuales, estando mandado que, tanto en los juzgados como en los tribunales superiores, haya un número determinado de procuradores con título, solo los que lo hayan obtenido podrán desempeñar este oficio; de modo que, cualesquiera facultades que se hayan dado á otras personas, únicamente servirán para que en los negocios judiciales puedan sustituir los poderes en los procuradores de número; pero no para que puedan aquellos enjuiciar de por si.

Lo mismo ha de entenderse de las personas á las que la ley 10, tit. v, Part. 3.ª permite que puedan ser admitidas en los juicios aun sin poderes para gestionar por otros; como un pariente por otro pariente, etc.: las cuales, en calidad de conjuntas, podrán otorgar poderes al procurador de número para que sostenga los derechos de aquel por quien se interesan; pero no podrán tampoco comparecer ellas de por si en juicio.

Estas observaciones nos harán comprender que no son las antiguas leyes las que han de consultarse para saber quiénes pueden ser procuradores judiciales, sino las del tiempo aquel en que, consideradas estas personas como auxiliares necesarios de los litigantes, se creyó conveniente que solo los que estuvieren habilitados competentemente con el correspondiente título, fueran los que los litigantes pudieran nombrar, ó bien de por si ó bien por otros á quienes hubieren autorizado para su nombramiento.

Acto en que ha de constar el nombramiento de procurador.

Este debe constar en una escritura pública que ha de otorgarse, como espresa la ley 14, tit. v, Part. 3.ª, en la cual, ó se autoriza al procurador para seguir toda clase de pleitos en que pueda tomar parte el que los otorga, y entonces se llama escritura de *poder general*, ó solo se le faculta para un pleito determinado ó para la práctica de alguna diligencia particular, y entonces se llama escritura de *poder especial*.

En una y otra, segun se dijo en el §. VI, debe procurarse la mayor exactitud y claridad, sabiéndose que el procurador no tiene otras facultades, que las contenidas en los poderes.

Por esta razon, aun quando por el poder general parece que haya de estar autorizado el procurador para hacer todas las gestiones judiciales que correspondan, hay ciertas facultades que no deben omitirse, tales como para celebrar el acto de la conciliacion, para comprometer el negocio en manos de árbitros, para transigir y para sustituir.

Esta escritura se ha de presentar al tiempo de comparecer en juicio demandando ó defendiendo: pero antes debe haber sido revisada y firmada por un letrado por nota puesta al márgen ó al pié de la misma, de ser ella *bastante* para actuar en el juicio.

Finalmente, aunque no es necesario espresar en el poder el Juzgado ni el nombre del juez ante quien se haya de seguir el pleito, sin embargo, no debe olvidarse que, siendo diferentes los procuradores de los Juzgados de los de las Audiencias, deberán constar en la escritura los de una y otra clase, para que en caso de pasar al tribunal superior en apelacion, no sea necesario otorgar otra escritura de poderes.

Obligaciones que contraen.

Aceptado el poder, para cuya manifestacion basta el hecho de hacer uso de él el procurador, segun consta por

el art. 15 de la ley de enjuiciamiento, las obligaciones que éste contrae, son las siguientes:

1.^a La de seguir el juicio mientras no haya cesado su encargo por alguna de las causas que espresaremos á continuacion.

2.^a Pagar los gastos que se causen á su instancia.

3.^a Practicar, bajo la responsabilidad que las leyes imponen al *mandatario*, cuanto sea necesario para la defensa de su poderdante.

4.^a Sujetarse á las instrucciones que éste le hubiera dado; y si no las tuviere, hacer lo que requieran la naturaleza é índole del litigio. Art. 14 de la misma ley.

5.^a Estando mandado por el art. 16 de esta ley que, mientras continúe el procurador en su encargo, los emplazamientos, citaciones y notificaciones de todas clases que se le hagan, inclusa la de las sentencias, tengan la misma fuerza que si se hicieren al poderdante, no podrá pedir que se entiendan con éste.

Cuándo cesa su representacion.

La representacion del procurador judicial cesa, segun el art. 17 de dicha ley, por alguna de las causas siguientes.

1.^a Por la revocacion del poder, luego que se acredite en los autos.

2.^a Por el desistimiento del procurador, hecho saber judicialmente á su representado.

3.^a Por separarse el poderdante de la accion ú oposicion que haya formulado.

4.^a Por haber trasmitido el mandante á otro sus derechos sobre la cosa litigiosa, luego que la trasmision haya sido reconocida por ejecutoria, con audiencia de la otra parte.

5.^a Por haber terminado la personalidad con que litigaba su poderdante.

6.^a Por haber concluido el pleito para que se dió el poder, si fuere para él determinadamente.

7.^a Por muerte del poderdante ó del procurador.

LECCION DÉCIMAQUARTA.

Del contrato de sociedad.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué es contrato de sociedad, y su objeto principal ó inmediato.—§. III. Sus especies en general, y naturaleza de cada una de ellas.—§. IV. Circunstancias que han de concurrir en su celebracion.—§. V. Obligaciones de los socios entre sí.—§. VI. Cuáles son las que éstos contraen para con un tercero.—§. VII. Modos cómo se estingue.—§. VIII. Consecuencias ó efectos de su estincion.

§. I.

Razon del método.

Si la dificultad de poder atender cada uno de por sí á sus intereses, segun se dijo en la leccion anterior, dió lugar á que los hombres acudieran al auxilio que les pudieran prestar los demás, trasmitiendo sus facultades á otros para que intervinieran en su nombre en los negocios que no les era fácil desempeñar; la misma dificultad les obligó á buscar el socorro de otros hombres, como espresa la ley 1.^a, tit. x, Part. 5.^a, para que asociados ó unidos entre sí como si fueran hermanos que dice la ley citada, pudieran proveer á las necesidades de la vida, ó dar cima á una empresa útil, en que, ni la industria ni el capital individual serian suficientes para poderla realizar.

El medio único para conseguir este objeto es el contrato de *sociedad*, lo cual no es necesario que se demuestre, cuando tantos ejemplos nos presentan las naciones de los beneficios obtenidos por él, y de los cuales carecerían, si los hombres no se asociaran entre sí para facilitar el éxito de un negocio que, al mismo tiempo que les es útil, proporciona al Estado un medio para aumentar su riqueza y gozar de mayor consideración entre los demás.

Para la formación del contrato de *sociedad*, se buscan personas que por sus cualidades inspiren confianza de que no faltarán á la armonía que debe reinar entre los asociados á fin de conseguir el objeto que se proponen; y como esta cualidad es la que hemos considerado como el fundamento del mandato, parece muy propio que á continuación de este contrato se trate del de *sociedad*, que, además de pertenecer á la clase de los consensuales, de que estamos tratando, reconoce por base, aunque con distinto objeto, la misma circunstancia que la que sirvió al contrato de mandato de fundamento.

Cuál sea este objeto, lo haremos ver en la presente lección, en la que examinaremos la naturaleza del contrato de *sociedad* y sus efectos.

§. II.

Naturaleza del contrato de sociedad, y su objeto inmediato ó principal.

Se entiende por *sociedad*, un contrato consensual por el cual dos ó mas personas se obligan á poner en común sus bienes é industria ó alguna de estas cosas, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Ley 1.^a, tit. x, Part. 5.^a (1).

Las personas que se obligan á poner en común sus bienes, se llaman *sócios capitalistas*, y los que se obligan á poner el trabajo ó industria, *sócios industriales*.

Como se deja ver por la definición, al depositar los só-

(1) Art. 1604.

cios sus capitales ó al ofrecer su trabajo ó industria, lo fué con ánimo de partir las ganancias que se causaran con el uso que se hiciera de estos medios; y como esto no pueda conseguirse mientras no se realice la operacion que les movió á unirse en sociedad, debemos decir, que su objeto principal ó inmediato al formarla no será otro, sino el que sirva ella de medio para facilitar aquellas operaciones ó practicar aquellos actos que puedan proporcionarles el lucro que desean.

Con ello puede ya comprenderse cuál sea la naturaleza de la sociedad, y la circunstancia que le separa de los demás contratos.

En efecto, mientras que en los otros convenios que celebran los hombres, se consigue inmediatamente la utilidad material que se proponen los contrayentes, como en la *compra venta* la propiedad de un objeto ó su valor; en el *arrendamiento* su uso; en el de *mútuo* la cantidad ó la especie de que tiene una necesidad, y así en los demás, en el de *sociedad* no sucede así, sino que primero se planifica la asociacion, ó se crea de todos los que la forman una personalidad jurídica ó moral, y ya formada, pasan los que están al frente de su administracion á celebrar los contratos ó á hacer ciertas operaciones como si fueran un solo individuo, dividiéndose despues entre sí las ganancias que durante el tiempo del compromiso se consiguieron.

Así es como se ha considerado siempre á la sociedad, y de aquí la frase de que se valen los jurisconsultos, diciendo: *que la sociedad comprende todos los contratos*, la cual, segun lo dicho, no tiene otra significacion, sino el que así como un individuo puede celebrar cualquier contrato si no tiene una prohibicion especial, del mismo modo lo podrá hacer una sociedad, en razon á que creada ya ella, debe considerarse como otra cualquiera persona, que es á lo que tiende su objeto inmediato ó principal.

De este contrato existen varias especies que examinaremos en el párrafo siguiente.

§. III.

Especies de sociedad en general, y naturaleza de cada una de ellas.

La sociedad se divide:

- 1.º En legal y convencional.
- 2.º La convencional, en comun y mercantil.
- 3.º La comun, en universal, general, y singular; aunque algunos, considerando la universal y general como una misma, solo dividen la comun en dos clases como lo hace el nuevo Código (1).
- 4.º La singular se divide en que una lo es para las ganancias de un negocio solo y determinado: otra para las que provinieran de todos los actos y operaciones á que pueda referirse la industria ó profesion que ejerciere cada uno de los asociados; y otra para las que provengan de cualquier titulo, sea ó no referente á la industria de cada uno, la cual puede mas bien considerarse como una sociedad general que singular.

Sociedad legal y convencional.

Se entiende por sociedad legal, *la que por disposicion de la ley se constituye entre marido y mujer desde el acto de la celebracion del matrimonio, para partirse por mitad los bienes adquiridos durante él, por los titulos que señala el derecho*, segun lo manifestado en la lec. 8.ª, sec. 3.ª, trat. 1; y se llama convencional, *la que se forma en virtud de un convenio hecho entre dos ó mas personas, con el fin de obtener algun lucro*, que es como la definimos en el párrafo anterior.

Si ésta se contrae, sujetándose los sócios á las modificaciones y restricciones que establece el Código de comer-

(1) Art. 1566.

cio, se llamará *mercantil*: de otro modo, quedará en la clase de sociedad *comun*, que es á nuestro modo de ver la diferencia que entre una y otra existe, segun se colige del art. 264 del citado Código.

Sociedad universal, general, y singular.

Se llama sociedad *universal*, segun la ley 6.^a, tit. x, Part. 5.^a, *la que se hace poniendo en ella los sócios todos los bienes que á la sazón tuvieren ó que ganasen en lo sucesivo*: será *general*, segun la glosa 1.^a de Gregorio Lopez á la ley 7.^a id., *la que se hace de todas las ganancias que hicieran los sócios desde el acto de la formacion de la sociedad*; y últimamente, la *particular ó singular*, de la que tratan las leyes 3.^a y 7.^a, id., *es la que se limita á bienes y negocios determinados* (1).

En el nuevo Código se comprenden bajo un mismo nombre la *universal* y la *general*, aunque, dividiendo la primera en dos clases que son, una *de todos los bienes presentes*, y otra *de todas las ganancias* (2), podemos todavia, segun él, sostener la division que hemos propuesto; consistiendo la diferencia, en que la *universal de bienes* solo la estiende á los que de presente tengan los sócios y no á los futuros, á no ser entre esposos en virtud de pacto como establece dicho Código (3).

La actual legislacion admite como legitima la imposicion de unos y otros bienes en la sociedad *universal*, y en su consecuencia, sus efectos, formada ésta, son el hacerse comunes de los sócios todos los bienes que tuvieren al tiempo del contrato, como asimismo los que despues adquieran de cualquier manera que sean, sin escepcion del *peculio castrense* y *cuasi castrense*, de los cuales podrá usar cada uno de los sócios y demandarlos judicial y extrajudicialmente como si fueran suyos. Leyes 6.^a, tit. x, Part. 5.^a

Pasando á la *sociedad general*, que es la que equivale á

(1) Art. 1572.

(2) Art. 1563.

(3) Art. 1579.

la que, segun el nuevo Código, se llama *universal de todas las ganancias*, en ella se comprenderá todo lo que los sócios lucraron durante su asociacion, con sus bienes é industria (1); pero no lo que por un título particular adquiere algun sócio, como sucede en la *sociedad legal ó de ganancias*, la cual puede considerarse como una *sociedad general* en el sentido en que la hemos definido.

Finalmente, en la sociedad particular se harán comunes los bienes ó ganancias que se refieren al objeto por que se formó; y como éste puede ser, ó para un negocio determinado, como si dos ó mas se unieran para vender *vino ó paño* ú otra cosa semejante que dice la ley 3.^a, tit. x, Part. 5.^a; ó para comunicarse todo lo que ganaren con su industria, como si dos ó mas arquitectos convinieran en partir lo que cada uno ganase en su profesion; ó para partirse todas las ganancias que por cualquier concepto adquiriesen; resulta, que en el primer caso solo se harán comunes las pérdidas ó ganancias del negocio que designaron: en el segundo, lo que cada uno sacare de la industria que ejerciere; y en el tercero, no solo lo procedente de la industria, sino lo que adquiriere por cualquier otro título, como, por ejemplo, el de herencia que cita la ley 12, tit. x, Part. 5.^a; de modo, que mas bien puede en este caso llamarse *general* que *singular*, segun indicamos ya al principio de este párrafo.

En todas estas clases de sociedad es preciso que, para que tengan lugar los espresados efectos, hayan de haber concurrido las circunstancias que las hagan lícitas, de las cuales trataremos en el párrafo siguiente.

§. IV.

Circunstancias que han de concurrir para que las sociedades sean legítimas.

Para que sea lícito el contrato de sociedad es necesario que concurran las circunstancias siguientes:

(1) Art. 1570.

1.^a Que las personas sean capaces para dar su consentimiento.

2.^a Que tenga por objeto un negocio honesto, y no se celebre por tiempo indeterminado.

3.^a Que cada sócio imponga en la sociedad una cosa de utilidad comun.

4.^a Que se comuniquen entre los sócios con igual proporcion las ganancias y las pérdidas.

5.^a Que estén igualmente espuestos á las pérdidas y á las ganancias.

6.^a Que hayan de observarse los pactos que se establezcan, si no están prohibidos.

Sobre cada una de estas circunstancias haremos algunas breves observaciones, que nos podrán servir para comprender mejor la naturaleza de este contrato.

Capacidad en las personas para dar su consentimiento.

Es tan necesaria esta circunstancia, que sin ella seria nula la sociedad. La razon es, porque el contrato que la constituye es un convenio entre dos ó mas para comunicarse las ganancias de los capitales ó industria que ponen con este objeto; y no pudiendo verificarse un convenio ó union de voluntades sino por medio del consentimiento, es consiguiente que los que formen la sociedad hayan de reunir la suficiente capacidad para consentir en ella.

Sin el consentimiento habrá si en algunos casos una comunion de bienes y de intereses, como sucede entre los *coherederos*, *colegatarios* y *acreedores mancomunados*; pero no habrá una sociedad, porque no es la voluntad de los interesados la que ha formado el lazo que los une.

Por defecto de esta circunstancia, no pueden celebrar este contrato los locos, fátuos desmemoriados, pródigos intervenidos, y el menor de catorce años: pero si que podrán los mayores de esta edad y menores de veinte y cinco; si bien se permite á estos últimos en el caso en que entendieren que se les sigue daño de continuar en ella, ó en que se les hizo entrar engañosamente, el que puedan acudir al juez ordinario del lugar en que se celebró, para que se les

exhonere de la obligacion contraida, reclamando el daño sufrido. Ley 1.^a, tít. x, Part. 5.^a

Que la sociedad tenga por objeto un negocio honesto.

Supuesta la capacidad de las personas para dar su consentimiento, éste ha de recaer no solo en el objeto, sino tambien en las personas que han de formar la sociedad y en el tiempo que haya de durar; advirtiendo que, una vez dado, queda perfecto el contrato, sin necesidad que haya de otorgarse escritura pública, que solo se exige en las sociedades mercantiles, segun consta del art. 284 del Código de comercio.

De esta doctrina resulta, que para que exista la sociedad por derecho comun, es necesario: *Primero*, que convengan todos los sócios en las personas que la han de sustituir: *Segundo*, que se contraiga sobre un objeto honesto; y *Tercero*, que se forme por tiempo determinado ó por la vida de cada uno de ellos.

Han de convenir los sócios en las personas que la han de constituir: porque segun espresa la ley 1.^a, tít. x, Partida 5.^a, la sociedad es una especie de fraternidad, y ésta no pudiera conseguirse, si no estaban satisfechos los sócios de que las cualidades personales de cada uno de ellos eran tales, que podian inspirarles confianza, la cual, como dijimos en el §. I, es la base de éste contrato.

Por esta razon es porque no continua por regla general en los herederos, como observaremos al tratar de los modos de acabarse la sociedad; y por esto es tambien porque no puede admitirse á nadie por sócio sino al que todos hubieren admitido, sin que baste que uno sea sócio particular de otro para que lo sea de la sociedad, segun la Regla 47 del derecho en el Digesto (1).

Ha deser lícito ú honesto el objeto de la sociedad; como, por ejemplo, para comprar, vender, arrendar, permutar

(1) Art. 1590.

etc. las cosas que no estuvieren prohibidas, pues de lo contrario, no solo seria nula, sino que se sujetarian los que la formasen al rigor de las penas. Tal seria la sociedad que se formase, por ejemplo, para hacer el contrabando ó para cualquier acto ilícito ó reprobado por las leyes, para lo cual pueden verse los artículos desde el 207 hasta el 212 inclusive del Código penal.

Finalmente, ha de formarse la sociedad para tiempo determinado, ó por la vida de cada uno de los socios (1); no valiendo si se hiciera para siempre sin prefijar tiempo, porque entonces, como tendria que irse continuando en los herederos de los que falleciesen, mas bien que sociedad, seria un gravámen impuesto á los sobrevivientes de tener que sujetarse á admitir como socio á una persona, en quien no pudieran depositar su confianza, sobre la cual descansa este contrato.

Así aparece confirmado por la ley 1.^a, tit. x, Part. 5.^a, al declarar nulo el pacto que hicieran los socios de continuar la sociedad con los herederos del difunto, á no ser que se tratase de arrendamiento de cosas públicas ó de Concejo, cuyo caso esceptua esta misma ley.

Que cada socio imponga una cosa de utilidad comun.

Es tan necesaria esta circunstancia, que sin ella no puede concebirse el contrato de sociedad.

Así lo demuestra el objeto que da lugar á su celebracion, que no siendo otro, sino el de comunicarse las ganancias que provengan de los capitales é industria que cada uno ofrezca, es preciso que estas cosas lleguen á aportarse; tanto que, si uno prometiera imponer su capital en dinero ó otros efectos y antes de aportarlo se perdiese, se disolveria en cuanto á este socio la sociedad, por faltar entonces con respecto á él la causa ó fundamento para participar de los beneficios (2).

(1) Art. 1574.

(2) Art. 1596.

Que se comuniquen entre los sócios con igual proporcion las ganancias y pérdidas.

Al juzgar como necesaria esta otra circunstancia; no ha de entenderse con ella que todos los sócios hayan de percibir por iguales partes las ganancias y sufrir tambien del mismo modo las pérdidas de la sociedad, pues esto depende, ó de los capitales impuestos, ó de la clase de trabajo que cada uno pusiera, ó de los pactos que se hicieren, como luego observaremos; sino lo que se quiere denotar es, que en la misma proporcion con que han de percibir las ganancias, con la misma han de sujetarse á las pérdidas, que es como lo esplican las leyes 6.^a y 19, tit. II, lib. XVII del Digesto.

De otro modo dejaria de existir aquella especie de fraternidad que ha de haber entre los sócios, como dice la ley 1.^a, tit. X, Part. 5.^a, en virtud de la cual no debe percibir uno mas lucro que el que le corresponda por el capital impuesto, si otra cosa no se hubiera pactado, ni recibir otro en el mismo sentido mayor daño.

Que el sócio esté espuesto tanto á las pérdidas como á las ganancias.

De la circunstancia que acabamos de esplicar, fácilmente se desprende la necesidad de haber de estar todos los sócios espuestos tanto á las pérdidas como á las ganancias. Si así no se hiciere se faltaria á la buena fé que se deben guardar los contrayentes, y desapareceria aquella consideracion de hermanos que les da la ley 1.^a, tit. X, Part. 5.^a, la cual exige que todos los sócios hayan de correr la misma suerte, y no que unos hayan de estar á las utilidades, mientras que los otros estén sufriendo las pérdidas que resultaren.

Así aparece confirmado por la ley 4.^a, tit. X, Part. 5.^a, al declarar nulo el pacto que los sócios hicieran en dicho sentido, dando á la sociedad en que tal pacto se hiciese, el nombre de sociedad *leonina* ó de sociedad subyugada

por la fuerza, por alusion al leon de la fábula de Esopo, que se adjudicó toda la caza hecha en compañía del asno y la zorra, símbolo de la debilidad en estos dos animales y en el otro de la fuerza.

Algunos son de opinion, que lo que se anula en este caso es el pacto hecho, y no la sociedad, que creen ha de continuár regulando las ganancias y pérdidas como si no se hubiera puesto tal condicion: pero, como la ley de Partidas citada, á la sociedad en que tal pacto se hiciese es á la que da la calificacion la *leonina*, nos parece, atendido el rigor de las palabras de esta ley, que no solo debe ser nulo el pacto espresado, sino que tambien la misma sociedad.

De cualquier modo que se entienda, siempre será cierto el decir, que otra de las circunstancias para que sea legitima la sociedad es, que los sócios estén espuestos tanto á las pérdidas, como á las ganancias.

Que hayan de observarse los pactos.

Es un principio generalmente reconocido que los sócios pueden poner en el contrato de sociedad cuantas cláusulas ó pactos quieran, siempre que sean conformes á la moral ó no estén prohibidos por las leyes; y como todo pacto, no siendo prohibido, es una ley para los contrayentes, segun la doctrina de la ley 1.^a, tit. x, lib. x, Novis. Recop., resulta demostrado que otra de las circunstancias necesarias para la existencia de una sociedad es el haberse de cumplir los pactos ó condiciones que los otorgantes pusieran.

El cumplimiento de estos pactos ó condiciones formará la primera y principal parte de las obligaciones á que se sujetan los sócios: pero, como ni siempre se hallan determinados por los contrayentes, ni aun cuando lo estuvieren son suficientes á las veces para la aclaracion de las dudas que entre ellos se promoviesen, ha sido necesario que la ley viniera en su auxilio, señalando con este motivo las obligaciones que tienen que cumplir los sócios en defecto de pactos, de las cuales se tratará en el párrafo siguiente.

§. V.

Obligaciones de los socios.

A dos clases pueden reducirse las obligaciones que dimanen del contrato de sociedad, que son: unas de los socios entre sí, y otras con respecto á un tercero.

Empezando por las primeras, como no es fácil espresar cuáles puedan ser éstas en medio de tantos pactos y condiciones como puede sugerir la voluntad variada de los hombres, solo nos fijaremos en las que independientemente de estos pactos ha prescrito la ley, y que para su mayor claridad nos ha parecido conveniente dividir las en las clases siguientes, á saber: unas que se refieren *al capital de la sociedad*; otras *á su administracion*; y otras *al señalamiento de pérdidas ó ganancias*, ó de la parte que á cada socio corresponda en ellas.

Obligaciones de los socios, relativas al capital.

Aunque varias en esta parte las obligaciones de los socios como todas las demás que se refieren á cada uno de los puntos espresados, las mas generales con respecto al capital son:

1.^a El haber de llevar á la masa comun en el plazo y forma que hubieren convenido, el capital que prometieron entregar, si fueren *capitalistas*; ó de prestar el trabajo ó servicio que hubieren prometido, si fueren *industriales* (1).

2.^a Si el capital consistiera en dinero y no se aportara á su debido tiempo, será obligacion del socio moroso el abonar los intereses desde el dia en que debió aportar á la sociedad la cantidad en que se convino, además de

(1) Art. 1575.

poder exigirsele la responsabilidad por los daños, perjuicios ó pérdidas que por su omision se hubieren irrogado, advirtiendo que esta misma obligacion corresponde tambien al sócio que hubiese estraído alguna suma del fondo social, ó que hubiere invertido en usos propios cantidades ó productos comunes á la sociedad, como espresa la ley 1.^a, tit. I, lib. XXII del Digesto (1).

3.^a Si el sócio fuere industrial, aunque no contribuye por su parte con capital impuesto, sin embargo, como éste se forma en lo sucesivo de las sumas que cada sócio aportó y de las ganancias que se vayan produciendo, será obligacion suya el haber de responder ó de entregar á la sociedad cuanto hubiese adquirido perteneciente al ramo de industria en que prometió ocuparse; quedando únicamente á su favor lo que por otra cualquier industria adquiriese, segun así lo esplicó la ley 71, tit. II, lib. XVII del Digesto, y admite tambien el nuevo Código (2).

Obligaciones de los sócios con respecto á la administracion.

Antes de manifestar cuáles sean estas obligaciones, se hace preciso advertir, que todo sócio tiene un derecho igual á la administracion de la sociedad, mientras no se haya confiado ésta á personas determinadas.

Bajo este supuesto será fácil comprender las obligaciones que dicen relacion á la administracion; pues no se necesita mas que atender á si se ha limitado ésta á ciertas personas, ó si se han convenido que puedan todos los sócios á la vez concurrir á la misma.

En el primer caso, ó habiendo sócios especialmente encargados de la administracion, solo aquellos á quienes se hubiere confiado son los que podrán dirigir las operaciones de la sociedad, siempre que se refieran éstas al objeto por el que se hubiera formado; quedando reducidas las obligaciones de los demás que no administran, á no poder contradecir ni entorpecer las gestiones de aquellos, ni

(1) Art. 1576.

(2) Art. 1577.

impedir sus efectos, ni privarles de la administracion ó revocarles los poderes, salvo el caso en que procedieran de mala fé, como espresa el nuevo Código (1).

Con ello tenemos presentada la norma para saber las obligaciones que en este primer caso corresponden á unos y otros: pero como dicho con esta generalidad no nos constaria de la conducta que han de observar los sócios administradores, espondremos á continuacion sus principales obligaciones, que son:

1.^a El ser responsables de las operaciones que hicieren separadamente de los demás, cuando se les hubiere nombrado sin determinárseles sus funciones, ó sin haberse espresado que no podian obrar los unos sin el consentimiento de los otros, como lo espresó asi la ley 1.^a, tit. 1, lib. xxiv del Digesto (2).

2.^a El que en caso de haberse estipulado que uno de los administradores no pueda obrar sin el otro, haya de obtener antes su consentimiento para la validez del acto, excepto si amenazare algun grave daño á la sociedad y estuvieren ausentes ó imposibilitados los otros sócios administradores. Ley 28, tit. III, lib. x del Digesto (3).

3.^a El que en las operaciones que practicaren, hayan de poner el mismo cuidado que el que pondrian ellos en igual caso si el negocio fuera propio; y en caso contrario, prestar la culpa leve en *concreto* que dicen los jurisconsultos, abonando á la sociedad los daños que por esta falta le hubieren causado, aun cuando en otros negocios le hubieren proporcionado beneficios. Leyes 7.^a y 13, tit. x, Partida 5.^a (4).

Lo dicho en el número anterior no impide el que, reconvenido el sócio que causó el daño por otro que tambien lo hubiera causado, se compensen entre sí lo que mutuamente se deban por este respecto, si reunen los daños las condiciones que espresamos en el §. III, lec. 6.^a, sec. 2.^a, al explicar el cuarto requisito de la compensacion, que es el de la *reciprocidad de las deudas*.

(1) Art. 1586.

(2) Art. 1587.

(3) Art. 1588.

(4) Art. 1580.

Vistas las obligaciones de los socios con respecto á la administracion en el caso en que haya administradores nombrados, las que tienen que cumplir cuando no se hubiere procedido á su nombramiento, son las siguientes:

1.^a El haberse de poner de acuerdo los socios que estén presentes, siempre que hayan de celebrar algun contrato ó practicar alguna operacion que interese á la sociedad; de otro modo se violarian los derechos que tienen los socios de poder concurrir á la administracion, si se permitiera que cada socio pudiera gestionar de por sí sin contar con los demás. Así aparece de las leyes del Digesto antes citadas y de las reglas que en conformidad á ellas propone el nuevo Código (1).

2.^a Haber de prestar la culpa leve en los términos que hemos manifestado con respecto á los socios que hubieren sido nombrados para que se encargasen de la administracion de la sociedad.

3.^a El haber de devolver á la sociedad lo que cualquier socio, sea ó no administrador, hubiere tomado de lo que perteneciere á ella por cualquier título, pudiéndosele perseguir, aun por la accion de hurto, *si pareciesen señales tan ciertas contra él, porque oviessen de creer que lo habia tomado con voluntad de lo furtar*, como dice la ley 17, tit. x, Part 5.^a

Tal seria, por ejemplo, aquel que, en una sociedad en que se hubiese estipulado que las pérdidas y ganancias que esperaban tener en el tráfico ó negocio sobre que se habia formado fueran partibles, se apropiase los objetos comprados para uso de la misma; ó el que con dolo ó engaño ocultase alguna cosa de la comunidad, mayormente habiendo fallecido los demás socios, como puede verse en las leyes 45 y 51, tit. II, lib. XVII; y 71 y 78, tit. II, lib. XXIX del Digesto; no pudiéndose alegar como excusa el haberlos adquirido de fondos propios, en razon á que, segun la ley 16, tit. x. Part. 5.^a, *faciendo despensas alguno de los compañeros, por pro, ó por mejoría de la compañía, ha de*

(1) Art. 1589.

sacarlas de ésta; quedando por lo mismo como comun la cosa adquirida, la cual, como añade al fin la citada ley, debe aduzir ante ellos, ó partirla con ellos.

Tales son en general las obligaciones de los socios con respecto á la administracion.

Veamos las que se refieren á la division del haber social.

Obligaciones de los socios con respecto al señalamiento de pérdidas ó ganancias.

Aunque por lo manifestado en el párrafo anterior al explicar las tres últimas de las circunstancias necesarias para la validez de la sociedad, puede venirse en conocimiento de las obligaciones á que están tenidos los socios en esta parte, sin embargo, no estará por demás que, como á consecuencia de aquella doctrina, las presentemos ahora con separacion.

Con este motivo, será obligacion de los socios:

1.º Sujetarse en la particion de las ganancias y pérdidas á los pactos en que se hubieren convenido los socios para esta distribucion, siempre que no estuvieren prohibidos por la ley, entre los cuales se cuenta el que constituye la sociedad que la ley 4.ª, tit. x, Part. 5.ª llama *leonina* (1).

2.º Cuando solo se hubiere pactado la parte de ganancias, haber de sufrir igual parte en las pérdidas, escepto el socio industrial en el que su pérdida siempre se refiere al trabajo que puso, si otra cosa no se hubiera pactado; así como en defecto de pacto, tendrán que dividirse las ganancias y pérdidas en proporcion á lo que respectivamente hubieren aportado los socios, entrando en la distribucion el socio mere industrial en la parte de ganancias que corresponda al capitalista de menor porcion. Leyes 3.ª, 4.ª y 7.ª, tit. x, Part. 5.ª (2).

3.º No oponerse á la distribucion que hiciere la persona que los socios hubieren designado para este objeto,

(1) Arts. 1583 y 1585.

(2) Art. 1583.

sino cuando evidentemente haya faltado á la equidad, ó no diera razon fundada de la desigualdad que se advirtiere, y haber de sujetarse en tal caso al arbitrio de hombres buenos. Ley 5.ª, tit. x, Part. 3.ª (1).

4.º En el caso que el que administre la sociedad hubiere dado á uno de los sócios mayor porcion que á los otros y no quedara lo suficiente para igualarlos, deberán devolver á la sociedad lo recibido para verificar el reparto con igualdad, escepto si los que no recibieron su parte completa sabian antes de terminarse la sociedad que á los otros se les habia dado mas, y durante ella no lo reclamaron. Ley 15, tit. x, Part. 5.ª; cuya doctrina admite el nuevo Código, aunque refiriéndola al caso de un deudor á la sociedad (2).

Con lo dicho podemos venir en conocimiento de las obligaciones que los sócios contraen entre sí: falta solo saber las que tienen que cumplir para con un tercero.

§. VI.

Obligaciones de los sócios para con un tercero.

No solo son los sócios entre sí los que contraen obligaciones, sino que á las veces quedan obligados para con personas estrañas á la sociedad, y esta circunstancia nos obliga á manifestar el origen de donde proceden y el modo de satisfacerlas.

El origen es fácil demostrarlo, sabiendo que la sociedad es un ser jurídico y moral que, á manera del individuo, nace, adquiere, contrata, tiene su patrimonio, sus deudas, sus acciones y sus derechos, y finalmente, comparece en juicio para demandar ó defenderse; y así como en el caso de reportarse algun lucro de las operaciones que ejerce se hacen partícipes de él todos los que la componen, del mismo modo deben quedar sujetos al pago de las obligaciones que por causa de la sociedad se contrajesen.

(1) Art. 1584.

(2) Art. 1579.

Es tan evidente el principio propuesto, que no queremos insistir mas en su demostracion; pasando por lo mismo al segundo punto, que es el modo de satisfacerlas.

La ley mercantil tiene ya sus reglas establecidas, segun fuere la forma de la sociedad; disponiendo, que en la sociedad *colectiva* sea solidaria la obligacion de todos los sócios por lo que reste á deber la sociedad cuando no fué suficiente el haber social para cubrir todos los créditos; que en la *en comandita*, lo sean en los mismos términos los sócios gestores, y que en la *anónima*, responda la masa social.

Mas por derecho comun, no tenemos otra regla para determinar el resultado de estas obligaciones, sino el principio aquel, consignado en la ley 10, tit. I, lib. x, Novísima Recopilacion, de que: *no existe mancomunidad solidaria entre deudores*, y el nuevo Código añade (1), *ni entre acreedores, sino en virtud de pacto expreso ó de disposicion de la ley*, como sucede en las sociedades mercantiles *colectivas*, segun el art. 267 del Código de comercio.

Segun este principio, pues, y supuesto el origen de las obligaciones de los sócios, las reglas que han de observarse para saber el modo como han de satisfacerse cuando se refieren á un tercero, son las siguientes:

1.º Que, aunque los sócios responden de las deudas que ha contraido la sociedad, no lo es *solidariamente*, sino cada uno por su parte y porcion, á no haber pacto en contrario (2).

2.ª Que un sócio no puede obligar á la sociedad sino contrayendo en su nombre, y habiendo recibido poder expreso para hacerlo, y por lo mismo el contrato de un sócio que carece de este poder no obligará á los otros, á no ser que hubiere recibido algun lucro la sociedad (3).

3.ª Que, ignorando los acreedores el capital que cada sócio hubiere impuesto en la sociedad, ó los pactos por que se regularon las pérdidas, pueden pedir á cada sócio

(1) Art. 1058.

(2) Art. 1591.

(3) Arts. 1591 y 1592.

una parte igual de su crédito, como, por ejemplo, si la deuda fuere de cuatro mil reales y cuatro los sócios, podrán exigir de cada uno de ellos mil reales, quedando despues á cargo de éstos el imputarse lo que les corresponda con arreglo á la escritura social (1).

4.ª Que los acreedores de la sociedad tienen preferencia á los de cada sócio sobre los bienes sociales; pero sin que obste á que los acreedores particulares que tuvieran éstos, puedan pedir el embargo y remate de la parte que tengan en el fondo social; lo cual, si se llevara á efecto, daría lugar á la disolucion de la sociedad, respondiendo el sócio que la hubiera ocasionado, de los daños y perjuicios, si se verificase en tiempo inoportuno (2).

Como no solo en este caso hay lugar á extinguirse la sociedad, al menos con respecto al sócio que ha perdido su fondo, de aquí la necesidad de saber los modos en general como se estingue.

§. VII.

Modos de extinguirse las sociedades.

La sociedad se estingue:

1.º Por acabarse el término porque fué constituida ó prorogada.

2.º Por perderse la cosa ó concluirse el negocio que le servía de objeto.

3.º Por la muerte natural de un sócio.

4.º Por haber incurrido en una de las penas á que va aneja la interdiccion civil, ó por insolvencia de alguno de ellos.

5.º Por renuncia ó voluntad de cualquiera de los sócios, habiendo justo motivo. Asi consta de las leyes 10, 11 y 13, tit. x, Part. 5.ª, cuya doctrina conviene en general con la que propone el nuevo Código (3).

(1) Art. 1593.

(2) Art. 1594.

(3) Art. 1595.

Además de los modos espresados, se estingue tambien por los otros que son comunes á todas las obligaciones, en cuanto puedan acomodarse al contrato de sociedad, para lo cual deberá consultarse la leccion 6.^a en cada una de sus secciones: bastando en este lugar saber los que son particulares á este contrato, sobre los cuales haremos algunas ligeras observaciones.

Por acabarse el término.

Al hablar de las circunstancias necesarias para la validez de las sociedades, una de ellas fué, el haber de formarse éstas por tiempo determinado ó por la vida de los sócios, no valiendo el pacto de continuar con los herederos del difunto, segun prescribe la ley 1.^a, tít. x, Part. 5.^a, á no ser que la sociedad tuviera por objeto el arrendamiento de cosas públicas ó de Concejo.

No faltándose, pues, á lo que prescribe esta ley, podrán los sócios pactar el término que quieran para la duracion de la sociedad, y por lo mismo, llegado él, ha de estinguirse ésta.

Por la pérdida de la cosa ó conclusion del negocio.

Tambien hablando de las circunstancias necesarias para la validez de la sociedad se dijo, que cada sócio, ó ha de imponer una cosa, que es lo que llamamos su *capital*, ó ha de ofrecer su trabajo ó industria; de otro modo faltaria el objeto de la sociedad, que es comunicarse las ganancias de lo que cada uno impone.

Siendo, pues, necesaria una cosa, como de aquello que no existe nadie puede participar, como dice la ley 63, título II, lib. XVII del Digesto, es consiguiente el que perdida ésta se haya de estinguir la sociedad.

Los autores dudan acerca del tiempo en que ha de haber perecido la cosa para que produzca dicho efecto.

La ley 10, tít. x, Part. 5.^a, parece que da á entender, que ha de ser despues de haber sido aportada á la sociedad, pues dice que se acaba *muriéndose ó perdiéndose de otra*

guisa la cosa porque fué hecha la compañía; y nada dice acerca del caso en que haya perecido antes de aportarse.

Nosotros, sin embargo, diremos que, si lo que ofreció el sócio fué la propiedad de una cosa, y pereciese antes de aportarla ó de llegar el plazo que se señaló en la escritura de formacion de la sociedad, además de perecer para el sócio que conservaba su propiedad, se extinguirá la sociedad, al menos con respecto á él, por faltarle el capital que le represente: pero si se perdió despues de aportada, como ésta pasó ya al dominio de la sociedad, perecerá por lo mismo para ésta que es su dueño, pero no por eso se extinguirá la sociedad, á no ser que estuviere exclusivamente limitada á la administracion de la cosa, que en tal caso habrá de extinguirse por faltar el objeto único y exclusivo del contrato.

Por la misma razon ha de extinguirse cuando concluyera el negocio, porque tambien cesa con él el motivo de su formacion (1).

Por la muerte natural.

Aunque es una regla de derecho: *Que el que contrae, contrae para sí y para sus herederos; y tambien lo es: Que el que contrayendo se obliga, se obliga por sí y por sus herederos*, y de aqui la trasmision en otros de los derechos y obligaciones que uno ha contraido; pero estas dos reglas en tanto pueden servir para fundar la causa de la transmisibilidad, en cuanto por ley, pacto, ó por la naturaleza misma del contrato, no resulte lo contrario.

Ahora bien: el contrato de sociedad es todo de eleccion y confianza en vista de las cualidades personales del contrayente, y como éstas son ignoradas de los sócios con respecto á los herederos del que premuera, parecia consiguiente que las leyes espresaran, que por la muerte se extinguiera la sociedad.

No obstante de ser esto así, podrán los sócios sobrevi-

(1) Art. 1596.

vientes continuar en sociedad, si así lo pactaron en el acto en que se formó la compañía, como dice la ley 10, tit. x, Part. 5.^a: pero el heredero del sócio premuerto no tendrá derecho sino á que se haga la particion fijándola en el día de la muerte de su causante; y no participará de los derechos y obligaciones ulteriores, sino en cuanto sean una consecuencia necesaria de lo que se hubiere hecho antes de aquel día.

Una sola escepcion se presenta para que pueda continuarse la sociedad en los herederos del sócio premuerto, y es en el caso en que ésta tuviera por objeto la recaudacion de las rentas públicas, segun se dispone en la ley 1.^a, tit. x, Part. 5.^a, que tambien las leyes romanas admitieron.

Por la interdiccion civil.

Otra de las causas que señaló la ley 10, tit. x, Part. 5.^a, por la que se acaba la sociedad, fué la *muerte civil*, fundada ésta sin duda en que, perdiéndose los bienes por esta pena, dejaba ya de existir aquella igualdad de peligro en las ganancias y pérdidas, que es la base del contrato de sociedad.

En la actualidad no tiene aplicacion esta pena en el sentido que la admitian las leyes romanas y de Partidas; ni tampoco está vigente la pena de confiscacion de bienes, abolida por la Constitucion de 1812, art. 304, y confirmada en las demás que se han publicado, como aparece en el art. 10 de la de 1845: pero, sin embargo, podemos admitir en su lugar como causa de extinguirse la sociedad, el haber cometido un delito, al cual vaya aneja la pena de *interdiccion civil*.

La razon es, porque otra de las cosas que se le prohiben al condenado á esta pena, segun consta en el art. 41 del Código penal, es el poder administrar sus bienes y disponer de ellos *inter vivos*; y como, careciendo el sócio de esta facultad, no pueda cumplir con los deberes de la sociedad, entendemos que la pena de *interdiccion civil*

debe ser hoy día una de las causas por las que se acaba la sociedad.

Algunos suponen que este mismo efecto lo producen las penas de *reclusion*, *relegacion* y *estrañamiento* cuando fueran *perpétuas*; pero á nosotros nos parece que no debe admitirse esta doctrina, en razon de que, no afectando estas penas á los derechos civiles como la de *interdiccion*, no hay motivo para que se estinga la sociedad por esta causa, mayormente, no reconociéndose ninguna pena infamante como establece el art. 23 del Código penal, ni impidiendo la imposibilidad en que están los condenados á ellas de desempeñar los actos personales que les compitieran como sócios, porque puede ésta suplirse con el nombramiento de un procurador á satisfaccion de los demás sócios.

Por la insolvencia.

La insolvencia del sócio por deudas á sus acreedores personales, que den lugar al embargo y remate de la parte del capital que tenga en la sociedad, ó á que él haga cesion de bienes en favor de los mismos, es tambien, como dice la ley 10, tit. x, Part. 5.^a, otra de las causas porque se estingue la sociedad; advirtiendo únicamente, que no debe entenderse esta causa respecto al sócio *industrial*, porque, no obstante ella, puede continuar prestando su trabajo en la sociedad.

Por renuncia.

Otra de las causas por las que se estingue la sociedad, es por renuncia de alguno de los sócios, con tal que en ella concurren los requisitos que exigen las leyes.

La razon es, porque la sociedad es una especie de fraternidad, y ésta se aviene mal con la idea de coaccion ó de violencia; y además, porque toda comunidad forzada es origen de discordias y pleitos: pero al mismo tiempo que esto es así, es preciso que no sea caprichosa, sino que han de existir motivos graves que la justifiquen.

Para saber cuáles pueden ser éstos, dividiremos la sociedad en dos clases, á saber: una que llamaremos *limitada* y otra *ilimitada*. Se llama limitada, *aquella en que las partes señalaron un tiempo para su duracion, ó que fué constituida para un negocio determinado*; y se llama ilimitada, *cuando ni hubo señalamiento de tiempo ni negocio determinado, sino que lo fué ilimitadamente ó por la vida de los sócios*.

Bajo este supuesto, si la sociedad fué *limitada*, para que la renuncia sea legítima y quede libre de responsabilidad el que la hiciere, ha de concurrir alguna de las causas siguientes:

- 1.^a Que consientan los demás sócios.
- 2.^a Haberse puesto al tiempo de firmarse el contrato la cláusula de que pudiera separarse el que quisiere.
- 3.^a Ser alguno de los sócios de tan mal carácter, que no le pudieran sufrir los demás.
- 4.^a Haber obtenido alguno de ellos un empleo ó cargo público que le impida continuar en la sociedad.
- 5.^a No haberle cumplido al renunciante las condiciones estipuladas.

Fuera de estos casos ú otros semejantes á juicio de los tribunales, si quisiera separarse el sócio antes de llegar el tiempo ó de concluirse el negocio, aunque no pueden impedirlo los demás, estará obligado á pagarles todo el perjuicio que les viniera por esta separacion. Asi consta de las leyes 11 y 14, tít. x, Part. 3.^a (1).

Si la sociedad fué *ilimitada*, podrá renunciarse; pero para que la renuncia surta su efecto, no debe ser *fraudulenta* ni *intempestiva* que dicen las leyes 11 y 12, título x, Part. 5.^a; ó debe hacerse de buena fé y en tiempo oportuno, segun se espresa el nuevo Código (2).

Se entiende por renuncia *fraudulenta* ó de mala fé, *aquella en que el que la hace se propone apropiarse para sí el provecho que habia de ser comun*: como si, habiéndose concertado con otros para hacer algun negocio, y ha-

(1) Art. 1600.

(2) Art. 1598.

llase uno despues los medios cómo hacerlo solo, renunciase á la sociedad á fin de apropiarse para si todas las utilidades. Y se entiende por renuncia *intempestiva* ó fuera de tiempo oportuno, *aquella que se hace cuando el negocio todavia no está completo, pero que se han hecho ya las gestiones necesarias para llevarla á cabo*; como si estando hechas las anticipaciones de capitales para realizar un negocio, renunciara un sócio antes de obtenerse el resultado.

En ninguno de estos casos se acaba la sociedad; pero en el primero, el sócio renunciante libra á los otros de su obligacion y no queda él libre de la suya; ó lo que es lo mismo, que todos los sócios participarán de las ganancias de aquel que se separó fraudulentamente, pero no de sus pérdidas; y el sócio renunciante participará de las pérdidas de la sociedad, pero no de las ganancias, como espresa la ley 12, tit. x, Part. 5.^a; y en el segundo continuará la sociedad hasta la conclusion de los negocios pendientes; pero el renunciante queda responsable de los perjuicios que ocasione á los demás sócios su separacion, como consta de la ley 11, tit. x, Part. 5.^a (1).

Estinguida la sociedad, los actos que subsiguen á ella son la *liquidacion* y la *division* del haber social. Para que se proceda á ellas cuando por parte de los sócios hubiera algun entorpecimiento, se da la *accion* llamada *communi dividundo* segun las leyes romanas; así como para conseguir cada sócio que el otro cumpla las obligaciones á que está tenido por razon del contrato, existe la *accion* llamada *pro sócio* segun las mismas leyes, que pertenece á la clase de las *directas*, por ser recíproca desde un principio la obligacion.

El efecto de esta última es el cumplimiento de las obligaciones que los sócios contraen entre si, de las cuales se ha tratado en el §. V; así como el de la primera será el que se proceda á la *division* y *adjudicacion* del haber que á cada sócio corresponda, de lo cual se tratará en el párrafo siguiente.

(1) Art. 1599.

§. VIII.

Efectos de la estincion de la sociedad.

A dos clases pueden reducirse los efectos de la estincion de la sociedad, que son: el primero, la *liquidacion del haber social*; el segundo, su *division*.

Cómo ha de procederse á lo uno y á lo otro en las sociedades comunes, no hay regla especial que lo determine. Solo tenemos para la division de las herencias lo que la ley de enjuiciamiento tiene establecido, y que nosotros esplicamos en la lec. 21, trat. II; y para las sociedades mercantiles en lo que el Código de comercio prescribe, lo cual se halla consignado en la lec. 11, Partida 3.^a de nuestra obra.

Falta, pues, que se supla este vacio que se nota en la legislacion de derecho civil privado; y por ello no podemos menos de elogiar la prevision de los redactores del nuevo Código civil, incluyendo en sus disposiciones la de que *la particion entre los sócios haya de gobernarse por las mismas reglas que las de las herencias, así en su forma como en las obligaciones que de ella resulten* (1).

No teniendo, pues, reglas propias para proceder á la division del haber en las sociedades comunes, ó se tomarán éstas de lo que para la division del caudal hereditario se prescribe cuando el difunto hubiera estado casado, ó de lo que el derecho mercantil establece con respecto á este punto en cuanto á las compañías de comercio, escepto si en la escritura de formacion de sociedad estuviere determinado el modo de hacerse tanto la liquidacion como la distribucion.

Esto supuesto, disuelta que sea la sociedad, si en la escritura se espresó ya cómo habia de hacerse la liquidacion y division, se procederá á estas operaciones con arreglo á lo que se hubiera pactado; pero cuando no constare

(1) Art. 1601.

y no se avinieran los sócios á pesar de haberse celebrado el acto de la conciliacion, se acudirá con escrito al juez de primera instancia, pidiéndose en él que la parte que tuvo á su cargo la recaudacion y administracion, presente los libros de cuenta y razon; y que nombre además por su parte un perito, para que con el que nombre el que se haya constituido *actor*, hagan las correspondientes liquidaciones y adjudicaciones de las ganancias ó pérdidas que hubiere.

Así lo exige la naturaleza del negocio que ha de ventilarse, el cual se haría interminable si, sin los que llamamos en la division de herencia *Contadores partidores*, y en la division de la sociedad mercantil *Liquidadores*, se quisiera que el juez procediera por lo que las partes fueran alegando, sabiéndose que éste no es un juicio de cuentas en que, presentado el *cargo*, solo puede recaer la cuestion en si son abonables ó no las partidas de *data* que presente un *tutor*, por ejemplo, ó *cualquier otro administrador*.

Prescindiendo de esta observacion, acordado por el juez el auto de *como se pide*, y teniéndose por nombrados los *liquidadores*, se procederá al inventario y tasacion de los bienes de la sociedad, como *enseres, dinero, créditos* etc. y del total que resulte se separarán ante todo los capitales puestos por los sócios, si no se pactó lo contrario; pasando despues á bajar del residuo las deudas de la sociedad, incluyendo en ellas las que un sócio tenga á su favor por préstamos hechos á la empresa ó al fondo comun, porque como acreedor á la masa social como otro cualquiera, debe ser satisfecho antes de hacerse la distribucion efectiva del haber líquido divisible, como así lo confirma el art. 348 del Código de comercio.

Igualmente se bajarán, si no están aun satisfechos, los gastos que un sócio hubiere hecho *por pro*, ó *por mejoría de la compañía*, como dispone la ley 16, tit. x, Part. 5.^a, y si despues de hechas estas deducciones existieran sobrantes, se partirán en los términos que dijimos en el §. V al hablar de las obligaciones de los sócios con respecto á la division del haber social; no impidiendo el que queden deudas por satisfacer, como las *condicionales* ó á *plazo*,

porque á su tiempo serán cubiertas éstas por los sócios en proporcion á su parte, dando entre tanto caucion al sócio que las haya contraído, de que será abonado por cada uno lo que le pertenezca. Ley 16, tit. x, Part. 5.ª

En el caso que un sócio quedara debiendo á otro una cantidad por razon de la compañía, y no pudiera pagarla sin venir á pobreza, solo se le podrá obligar al abono de lo que buenamente pueda, de modo que le quede lo necesario para vivir, segun dispone la ley 15 del mismo título.

El privilegio en virtud del cual goza de esta consideracion el sócio deudor, se llama *beneficio de competencia*.

Tal es, en general, lo que ha tenerse presente con respecto al modo de proceder á la division del haber social, que es el efecto de la estincion de la sociedad; absteniéndonos de entrar en otras consideraciones por no permitirlo el carácter particular de nuestra obra.

Solo añadiremos por conclusion á esta leccion que, aun cuando la buena fé es la que debe presidir á todo contrato, es en el de *sociedad* tal su necesidad, que las leyes romanas no encontraron otro medio mas directo para espresarle que el de declarar *infame* al sócio que engañara á su consócio en los negocios de la sociedad, segun así consta por la ley 1.ª, tit. II, lib. III del Digesto.

Aconsejamos, pues, á los que nos lean que, cuando quieran emplear sus capitales en alguna especulacion honesta, asociándose con otros, busquen ante todo la moralidad en los que elijan por compañeros, no depositando en ellos á pesar de las apariencias, una confianza ciega, sino una confianza ilustrada, que consiste en prevenir por medio de un documento público cuanto tienda á evitar cuestiones que puedan despues promoverse; advirtiéndoles por fin, que nunca estará por demás cualquiera precaucion que se estime prudente, si no quieren despues arrepentirse de haberse fiado con esceso de la buena fé que suponian de parte de los que tomaron por compañeros suyos ó consócios.

LECCION DÉCIMAQUINTA.

De las promesas, donaciones y cesiones.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Cómo eran consideradas entre los romanos las *promesas*, y cómo segun nuestra actual legislacion.—§. III. Su naturaleza, especies y efectos.—§. IV. Personas que pueden hacerlas, y si es necesaria su *acceptacion*.—§. V. Cosas que son su objeto.—§. VI. Qué se entiende por *donacion*, y sus divisiones.—§. VII. Personas que pueden donar, y modo de hacerlo.—§. VIII. Qué donaciones están prohibidas.—§. IX. Formalidades para que valgan algunas de las permitidas.—§. X. Causas por las que pueden revocarse.—§. XI. Qué es *cesion*, y sus especies.—§. XII. Personas á quienes se permite, y sobre qué cosas recae.—§. XIII. Sus efectos.

§. I.

Razon del método.

Presentado en el §. I de la leccion 8.^a el plan que nos proponíamos seguir en el exámen de las obligaciones llamadas *convencionales*, y habiendo reducido á solas dos clases los contratos que las producen, de las cuales la una comprende á todos aquellos que no necesitan de otro requisito que de la voluntad libre de los contrayentes para que produzcan obligacion; nos decidimos, segun él, á tratar en primer lugar del contrato de *compra venta*, por ser éste el de mas recomendacion en razon del mayor uso que tiene.

Razones de analogia nos obligaron á examinar á continuacion el contrato de *arrendamiento*, por no ser éste mas

que una especie de compra del uso de una cosa por un plazo mas ó menos cierto: siguiendo despues á éstos el de *censo*, cuya semejanza para comprobarla, basta solo atender á que llegó en algun tiempo entre los romanos á confundirse con la *venta* y el *arrendamiento*.

El no ser necesario que las partes interesadas estén presentes para contraer una obligacion, dió lugar á que tratáramos despues del *mandato*, porque además de la consideracion de consensual que tiene, se agrega el que, siendo de tanto uso los anteriores, debia ser tambien mas frecuente el encargarse á otras personas su celebracion; y como la eleccion de éstas es un acto de confianza, y sobre ésta es en la que descansa el contrato de *sociedad*, nada tenia de extraño el que tratáramos de éste á continuacion del *mandato*.

Todos estos contratos pertenecen á la clase de los *consensuales*, segun hemos demostrado; pero, como al determinar en el §. V de la lec. 2.^a sus especies, colocamos entre ellos á otros varios como las *promesas*, las *donaciones*, *fianzas*, *seguros* y el *cambio*, parece muy propio que, para complemento de los de esta clase, se háya de proceder á su exámen; lo cual procuraremos desempeñar en las siguientes lecciones, ocupándonos en ésta de las *promesas*, *donaciones* y *cesiones*, por los puntos de contacto que en estos actos se advierten.

Empezando por las *promesas*, convendrá fijar ante todo la consideracion que tenian entre los romanos y la que tiene en la actual legislacion de España, que será la materia del párrafo siguiente.

§. II.

Cómo eran consideradas las promesas entre los romanos, y cómo, segun nuestra actual legislacion.

Aunque los romanos, como toda nacion civilizada, no podian menos de respetar la fidelidad é inviolabilidad de los pactos, sin embargo, como reconvenidos los hombres para su cumplimiento, negaran muchas veces el haber tenido un propósito sério de consentir en el negocio á que

había dado lugar la convencion, creyeron que debia adoptarse una medida que evitara la facilidad con que burlaban unos la buena fé de aquellos entre quienes habia mediado el trato.

El medio que eligieron con este objeto, fué el separar ciertos actos mas importantes en el órden social, á los cuales calificaron con el nombre de *contratos*, concediéndoles inmediatamente fuerza obligatoria; dejando los demás actos, que llamaron *pactos*, á la conciencia de los que habian intervenido en ellos, por no juzgar conveniente que cualquiera, cuyo cumplimiento se exigiese, debia producir obligacion; sino solo aquellos que, ó bien se habian contraído con la solemnidad de la estipulacion, ó fueran de la clase de los que la ley ó el pretor autorizaran, ó de los que se hubieran unido á un contrato.

Con ello, pues, no solo quedó establecida la diferencia entre pacto y contrato, sino que tambien la de los pactos entre sí; llamando *contrato* á la convencion que habian distinguido con su nombre particular ó estaba comprendida bajo una espresion general que establecieron, para incluir aquellas que no estaban calificadas con nombre alguno en las leyes; y *pacto*, á la convencion que, ni tenia un nombre particular con que se distinguiese, ni acompañaba á ella una causa civil de obligar.

Entre estas últimas convenciones colocaron ellos á la *simple promesa*, puesto que, ni tenia nombre porque no existe ninguna accion que así se denomine, ni causa presente que produjera obligacion, por referirse este acto á las cosas futuras; ni intervenian en ella solemnidades, á no haberse contraído con la fórmula de la estipulacion: con lo cual queda demostrado, cómo eran consideradas las *promesas* entre los romanos.

La legislacion de las Partidas admitió con toda estension esta doctrina; y consiguiente á ello, la *promesa*, segun estas leyes, como consta de las contenidas en el tít. XI, Partida 5.ª, no tenia fuerza obligatoria sino cuando iba acompañada de la fórmula de la estipulacion, que era la que le calificaba como un contrato, ó le hacia salir de la esfera de un pacto simple al cual no concedian obligacion.

Esta doctrina desapareció poco despues por la ley única del tit. xvi del Ordenamiento de Alcalá, inserta en la ley 1.^a, tit. I, lib. x de la Novis. Recop., en la que despreciándose el uso embarazoso de una fórmula especial para que el acto promisorio produjera obligacion, hizo dependientes en un todo los contratos de la voluntad de los que lo celebran, estableciendo por regla general, *que de cualquier manera que aparezca que el hombre quiere obligarse, quede obligado*, la cual no solo abolió la diferencia que las leyes romanas pusieron entre pacto y contrato, sino que hasta llegóse á creer en virtud de esta disposicion que ni aun se necesita de pacto para quedar uno obligado.

No nos parece que esto último se deduzca de la ley citada, pormas que hombres tan ilustrados como Acebedo y Covarrubias lo defiendan. Lo que hizo la ley fué quitar como innecesaria, toda fórmula exterior cuando constara suficientemente declarada la voluntad de los contrayentes, pero no alteró ninguna de las partes esenciales de todo contrato, mayormente las que se refieren al consentimiento que, en tanto es perfecto, en cuanto es dado con placer de ambas partes, como las mismas Partidas enseñan.

Aun mas: creemos que no hay inconveniente en que con la fórmula que exigen las leyes romanas para la validez de la estipulacion se haga una promesa; pero sin que tengamos como necesaria la observancia de dichas fórmulas para que se produzca una obligacion.

Tales el modo como se considera hoy dia la *promesa* con arreglo á nuestra legislacion, segun la cual podremos comprender fácilmente su naturaleza y la de cada una de sus especies, de que trataremos en el párrafo siguiente.

§. III.

Naturaleza de la promesa, sus especies y efectos.

La promesa, llamada por las leyes de Partidas *promission* y por las romanas *estipulacion*, es la oferta que una persona hace á otra con intencion de obligarse, ó mas bien un contrato por el que una persona promete á otra darle ó hacerle alguna cosa. Ley 1.^a, tit. XI, Part. 5.^a

Su naturaleza consiste en ser un contrato *consensual* y *unilateral*.

Es *consensual*, porque abolida como innecesaria, según hemos manifestado en el párrafo anterior, la solemnidad de las palabras de la que hacían depender, tanto las leyes romanas como las de las Partidas su fuerza obligatoria, solo el consentimiento sério y deliberado de la persona que prometió, es lo que se considera al presente como causa de la obligación.

Es *unilateral*, porque solo queda obligada la persona que hace la promesa, y de aquí el producir este contrato una sola *acción*, que es la que tiene la persona á quien se ha hecho la oferta contra aquel que la hizo, para que cumpla lo prometido, en los términos en que apareciere obligado.

Como éstos no son siempre unos mismos, de aquí la necesidad de haber de clasificar las promesas para su conocimiento.

Especies de promesas, y sus efectos.

Las promesas pueden dividirse, ó por razón de su objeto, ó por el modo como han de cumplirse, ó por la causa que las produce, ó por la forma con que se hace constar su existencia.

Por razón á su objeto, se dividen en *promesas de dar y de hacer*, según que, ó se refieran á entregar una cosa determinada, como una cantidad de dinero, un caballo, etc., ó se refieren á ejecutar un hecho, como construir á otro un edificio, venderle ó alquilarle una casa etc.

Por razón al modo de cumplirse, pueden dividirse en tantas clases cuantas son las modificaciones que puedan ponerse en el cumplimiento de las obligaciones; no siendo necesario referir en este sentido sus especies, porque pueden verse en el §. II, lec. 5.^a, en donde están espresadas en general las principales obligaciones que, por este respecto, pueden contraerse.

Por razón á la causa que las produce, se dividen en *onerosas* y *gratuitas*, según que se exija ó no de parte de la per-

sona en cuyo favor se hacen, el que dé ó haga alguna cosa.

Finalmente, por razon á la forma como se hace constar su existencia, se dividen en *verbales y escritas, espresas y tácitas, con intervencion de escribano y sin ella.*

Todas estas especies de promesas producen de por si, segun su clase, una obligacion particular, cuyos efectos quedaron esplicados en las lecciones 4.^a y 5.^a de este tratado, las cuales deberán consultarse en los casos en que ocurra alguna duda sobre su cumplimiento: faltando solo advertir en cuanto á las espresadas en último lugar, que, aunque son válidas de cualquier modo que consten, hay algunas en que es necesario el otorgamiento de estritura pública, *como son las promesas de no mejorar*, segun se manifestó en el §. V, lec. xv, trat. II.

Fuera de esta especie, en las demás bastará que la promesa sea libre ó espontánea ó que no haya intervenido *dolo, fuerza ó miedo grave*; siendo tal su ineficacia en este caso que, aun cuando se hubiera obligado uno bajo cierta pena á cumplir lo prometido, no valdria la obligacion, como dice la ley 28, tit. xi, Part. 5.^a

No obstante, si el que prometió la cosa con estos vicios, cumpliera despues voluntariamente lo que ofreció, no podrá alegar que intervino miedo, fuerza, ni engaño para hacerla; antes bien pierde por el mismo hecho la accion que á ello tenia, como añade la ley citada.

Además de haber de hacerse la promesa con libertad, es preciso que la persona sea capaz de obligarse, ó que no sea de las que la ley prohíbe, de las cuales constará en el siguiente párrafo.

§. IV.

Qué personas pueden hacer promesas, y necesidad de su aceptacion.

Pueden hacer promesas, como dice la ley 4.^a, tit. xi, Part. 5.^a, todos aquellos hombres á quienes *non es defendido señaladamente*, los cuales son los siguientes:

1.º Los locos ó desmemoriados, fátuos y demás faltos de razon.

2.º Los infantes ó menores de siete años.

3.º Los pupilos ó mayores de siete y menores de catorce años, siendo varones, y los mayores de catorce y menores de veinte y cinco, á no ser con autoridad ó consentimiento de sus tutores ó curadores; aunque si hicieran alguna promesa sin la autoridad de su tutor ó curador respectivo, valdrá en cuanto al beneficio que de ella les resulte, pero no en cuanto les perjudique; así como valdrá para lo uno y lo otro la que hiciere un mayor de catorce años y menor de veinte y cinco que no tuviere curador, salvo el *beneficio de restitucion*, como lo espresa la ley 5.ª de este título.

4.º Los pródigos, si al intervenirseles sus bienes les prohibió el juez que pudieran usar de éstos sin otorgamiento del curador que se les hubiera nombrado; pero si las hicieren, valdrán en cuanto al beneficio que les resulte, en los términos que se ha dicho del pupilo, segun dice la misma ley 5.ª

5.º El padre al hijo que tiene en su poder y éste al padre, porque respecto á los bienes no tienen personalidad legal distinta, y nadie puede prometerse á sí mismo. Se exceptua el caso en que el hijo las hiciera á su padre del *peculio castrense* y *cuasi castrense*, en los cuales tienen los hijos los mismos derechos que un padre de familias: así como tambien se exceptua con respecto al padre la promesa de mejorar á su hijo, de cuya facultad hablamos en la lec. 15, tratado II.

No siendo ninguna de las personas espresadas, pueden las demás hacer promesas; quedando obligadas á su cumplimiento con tal que de parte del favorecido haya mediado la aceptación.

Necesidad de la aceptacion para que valga la promesa.

No es uno mismo el juicio que han formado los jurisconsultos acerca de este punto.

Algunos han supuesto que, despues de la ley del Ordenamiento de Alcalá, ya no es necesario que intervenga la

acceptacion para que la oferta sea obligatoria; fundándose para ello en las palabras de esta ley que dice: *Que de cualquier modo que aparece quererse uno obligar, quede obligado*: pero los que tal doctrina sostienen, no han advertido, que con ella se socaban los fundamentos de todo contrato en razon á que, no pudiendo ninguno de ellos existir sin que convengan entre sí los contrayentes, es necesario de parte de los que intervienen en su formacion, el que unos se adhieran á la voluntad de los otros, ó que unos y otros consientan en la causa de la obligacion.

Por esta razon, y porque el objeto de dicha ley, como se ha manifestado, fué solo separar de los contratos todas aquellas fórmulas ó solemnidades que no servian sino para producir embarazos en su formacion, diremos, que es tan necesaria la *acceptacion*, que sin ella no quedará obligado el que hizo la *promesa*.

Supuesta pues la necesidad de la *acceptacion*, veamos cómo y cuándo ha de hacerse.

Puede hacerse en el modo y manera que pareciere al agraciado; pero para que produzca efecto, es necesario:

1.º Que se haga cuando todavia perseverare en su propósito el que hizo la *promesa*.

2.º Que antes de hacerse la *acceptacion* no haya fallecido ó no haya perdido el promitente su capacidad para obligarse.

3.º Que se haga por el mismo agraciado ó por la persona que le represente.

Por defecto del primer requisito, será nula la *acceptacion* si antes de hacerse se hubiera revocado la *promesa*. Algunos niegan al promitente esta facultad, aun antes de que se acepte, fundados en las palabras de la ley del Ordenamiento ya citadas; pero son tan terminantes las palabras de la ley 10, tit. xii, lib. iii, Fuero Real, que no podemos menos de reconocer en el que hizo la *promesa*, la facultad de revocarla mientras no se haya aceptado, mayormente cuando esta ley se refiere no ya á promesas, sino á donaciones hechas por medio de escrituras, que parece que hayan de gozar de mayor consideracion.

Por defecto del segundo requisito será nula la *accepta-*

cion si se hiciera despues de fallecido el que hizo la promesa; así como tampoco tendrá efecto ésta, aunque no se haya revocado, si falleció el agraciado antes de haberla aceptado.

La razon es, porque, no habiendo en vida de ambos concurrido la voluntad de los dos contrayentes, no puede decirse que ha existido un contrato, y por lo mismo, ni puede obligarse á los herederos del promitente á que cumplan la promesa de su habiente causa, porque éste no trasmitió derechos á otro para que pueda exigirse el cumplimiento á sus herederos; ni pueden los herederos de la persona en cuyo favor se hizo la promesa alegar ningun derecho, porque no habiendo adquirido ninguno el que falleció sin la *acceptacion*, no pudo transmitir á otros lo que no tuvo.

La ley del Fuero Real antes citada, que algunos alegan contra esta doctrina, es una especialidad que solo podrá tener aplicacion en los casos particulares anotados en ella; pero no puede aplicarse como principio, por estar en oposicion con los que generalmente se hallan adoptados.

Finalmente, en cuanto al tercer requisito, baste decir, que si la promesa es *gratuita*, puede aceptarse generalmente por cualquiera persona, no siendo infante ni falto de juicio, puesto que además de ser un beneficio, nadie queda obligado por ella; pero si es *onerosa* debe hacerse por el interesado ó por su procurador nombrado especialmente para este efecto.

Sin embargo, motivos de orden persuaden, que aun las promesas *gratuitas* hayan de hacerse por las personas de quienes dependen los interesados, como el marido por la mujer, el padre por el hijo, y el tutor y curador por los que tengan bajo su guarda.

No solamente se hace ineficaz la *promesa* por falta de capacidad en las personas que la hicieren, ó por no haber aceptado aquella en cuyo favor se ha hecho, sino que tambien puede declararse nula por razon de las cosas que se ofrecieren. Cuáles sean éstas lo manifestaremos en el párrafo siguiente.

§. V.

Qué cosas son objeto de las promesas.

Pueden ser objeto de las promesas todas las cosas que pueden enagenarse, ora existan ó no en el acto de hacerse si es que despues existieren, segun dice la ley 20, tit. xi, Part. 5.^a

De este principio resulta que no pueden prometerse:

1.^o Las cosas que no están en el comercio de los hombres, como son las llamadas *de derecho divino*, segun la ley 22, tit. xi, Part. 5.^a; siendo tal el rigor de esta disposicion que, aunque algunas de éstas, despues de prometidas, vinieran á tal estado que pudieran entonces prometerse, no valdria la primitiva promesa, como dispone dicha ley.

2.^o Las cosas que ni fueron ni serán, segun espresa la ley 21 id.: ni tampoco las que fueron, pero que en el acto de hacerse ya no pueden prestar utilidad, como un caballo ú otra cosa semejante que fuese ya muerta, segun dice la misma ley; declarando además, que no tenga obligacion el que la hizo de dar cosa alguna en razon de ella, á no ser que la matare sin justa causa, que entonces habria de pagar su importe, como consta de la ley 19 id.

3.^o Las que no pueden cumplirse segun el órden natural, como *darte el sol ó facerte un monte de oro*, que son los ejemplos que cita la ley 21 en su confirmacion: mas si que podrán prometerse las cosas que no existen, pero que pueden existir, por mas que sea incierta su existencia.

Así pues, podrán prometerse los frutos de un campo ó de un ganado, aun quando todavia no hayan nacido, si bien ha de tenerse presente que, como la *promesa* envuelve en este caso la condicion de *si nacen*, quedará obligado por ella el que la hizo si nacieren, desde el acto que estuvieran en disposicion de entregarse; librándose por lo mismo de esta obligacion si no nacieren, á no ser que el promitente hiciera alguna cosa porque no nacieran, que entonces habria de pagar lo que importare la cosa, por razon del engaño, como añade la ley citada.

Tambien pueden ser objeto de la *promesa* las cosas ó hechos de un tercero; pero en este caso, solo tendrá obligacion el promitente de hacer lo que esté de su parte para que, ó el dueño de la cosa la venda para entregarla á aquel á quien se prometió, ó que el tercero haga lo que el que hizo la promesa ofreció.

Si no obstante de haber practicado éste las gestiones necesarias, y no accediendo el tercero, ha de quedar entonces libre de la obligacion el promitente, es una cuestion entre los jurisconsultos que, aunque la comun de éstos la resuelve afirmativamente, como refiere Gregorio Lopez en la glosa 2.^a á la ley 11, tit. xi, Part. 5.^a, son tan apremiantes las palabras de la ley citada que dice: *y si el otro no lo cumpliera, tenudo seria él de lo cumplir ó de lo pechar con los daños*, que no podemos menos de suspender nuestro juicio.

Con lo dicho nos parece que puede fácilmente comprenderse la doctrina de nuestra legislacion relativamente á las *promesas*: mas como éstas por su naturaleza no van acompañadas de la entrega de la cosa, y otro tanto sucede generalmente en las donaciones por causa de muerte y algunas veces aun en las llamadas *inter vivos*, nos parece muy propio continuar esta leccion examinando la doctrina de las *donaciones*, como lo haremos en los párrafos siguientes, dando antes su definicion y la de cada una de sus especies.

§. VI.

Qué se entiende por donacion, y sus divisiones.

Antes de definir la donacion, nos parece deber observar, que no todos los autores han adoptado un mismo método en cuanto al lugar en que debiera tratarse de esta materia.

Unos se ocupan de ella al tratar de los testamentos, sin duda por el lazo que une ambos actos, que es el deseo de ejercer una liberalidad para con las personas objeto de nuestro cariño; cuyo pensamiento ha adoptado el nuevo

Código, tratando de las donaciones á continuacion de las herencias (1).

Otros, considerando la donacion como un medio de transmitirse los hombres sus cosas, tratan de ella entre los modos de adquirir el dominio.

Otros, en fin, hablan de ella al tratar de los contratos, porque, aunque es un acto de liberalidad de parte del que da, sin obligacion de parte del que recibe, á no ser que fuese onerosa, no por ello deja de considerarse como un contrato, en razon de ser necesario que la persona en cuyo favor se ejerce quiera admitir los obsequios con que la otra persona le ha querido distinguir.

Nosotros hemos seguido el pensamiento de estos últimos y el de los primeros, colocando en el tratado de testamentos á las donaciones *mortis causa* por la semejanza que tienen con los legados, aunque sea muy limitada su aplicacion, y dejando para este lugar á las donaciones *inter vivos*, por considerarlas como un contrato, segun las hemos calificado en varias partes de este tratado.

Esto supuesto, se entiende por donacion, como la define la ley 1.^a, tit. iv, Part. 5.^a, *una liberalidad que se ejerce para con alguna persona por gracia y bondad de corazon y sin ser apremiados á ella.*

Se divide en dos clases, á saber: en donacion *mortis causa* y donacion *inter vivos*.

La primera es aquella que se hace como por via de manda en razon de muerte á favor de una ó mas personas, segun espresa la ley 1.^a, tit. vii, libro x, Novis. Recop.: la segunda es un acto de espontánea liberalidad, por el cual se trasfiere desde luego irrevocablemente á una persona el dominio de las cosas donadas (2).

Por las definiciones que acabamos de dar, aparecen las diferencias entre una y otra, consistiendo la principal, que es á la que debemos atenernos cuando hayamos de determinar su naturaleza, en que por la primera, ó no se traslada el dominio hasta la muerte del donante, ó si se traslada, no lo es sino con condicion de haberse de devolver la cosa

(1) Art. 940 y siguientes.

(2) Art. 940.

al que la dió si se verifica el acontecimiento que se hubiere designado; y por la segunda, se traslada inmediatamente al donatario el dominio de un modo irrevocable.

Dejando la donacion *mortis causa*, de la cual tratamos en el §. XII, lec. 16, trat. II, nos ocuparemos solo de la donacion *inter vivos* en el sentido en que la hemos definido.

Esta, segun la ley 1.^a, tit. v, lib. xxxix del Digesto, se divide en *propia* é *impropia*.

Se llama donacion *propia*, segun esta ley, *la que se hace con intención de que la cosa se haga desde luego del donatario, sin volver en caso alguno al donante, el cual no se ha propuesto mas que ejercer su munificencia ó liberalidad*, que de aquí el nombre de *simple* con que se le distingue; y se llama *impropia*, siguiendo á esta ley, *la que se hace bajo de cierto modo ó condicion, á la cual añaden algunos, ó por alguna causa*; incluyendo con este motivo entre las donaciones *impropias* á las llamadas *remuneratorias*.

A nosotros nos parece mas exacta la definicion de las *donaciones impropias* tal como la da la ley citada del Digesto, la cual, callando sobre la causa impulsiva de la donacion, da lugar á suponer que la donacion *remuneratoria* debe colocarse entre las donaciones *propias* ó *simples* y no en las *impropias* ó por *causa*.

De no ser así, apenas habria una donacion rigurosamente *propia*, pues lo comun es que los donantes se muevan por una causa anterior á ejercer una liberalidad; lo cual se confirma por las palabras del proemio del tit. IV, Part. 5.^a, que indican ser *donaciones propias* las remuneratorias de méritos y servicios; pues dicen: *Que éstas se hacen por gracia, ó por bondad de aquel que da, ó por merecimiento de aquel que recibe*.

Prescindiendo de esta observacion, existen además donaciones á título *oneroso*, que son: *aquellas que el donatario acepta con la obligacion de cumplir algun gravámen*, las cuales han de regirse por las disposiciones de los contratos onerosos (1): las hay por razon del matrimonio, que son

(1) Art. 943.

propriadmente las que se llaman *por causa*, como: las *donaciones propter nuptias*, las *esponsalicias*, la *dote* y las *arras*: las hay con entrega inmediata de los bienes y sin ella, aunque en este último caso mas bien serán *promesas de donar* que *donaciones*: pero, ó bien sean unas ó bien otras, para su validez es necesario que concurren las cualidades que requieren las leyes; y como una de ellas sea la capacidad de las personas que las hacen, de aquí el haber de saberse qué personas pueden hacer donaciones.

§. VII.

Qué personas pueden hacer donaciones, y modo de hacerse.

Pueden hacer donaciones, siendo *inter vivos*, todas las personas mayores de veinte y cinco años que tuvieren la libre administracion de los bienes, como espresa la ley 1.^a tit. iv, Part. 5.^a

Segun este principio, pues, no podrán donar las personas siguientes:

- 1.^o Los menores de veinte y cinco años.
- 2.^o Los locos, fátuos y demás moralmente incapacitados.
- 3.^o Los pródigos declarados judicialmente, ó privados por el juez de la administracion de los bienes.
- 4.^o Los condenados á pena que lleve consigo la interdiccion civil, segun el art. 41 del Código penal.

Antiguamente no podian hacerlas los reos de lesa magestad ni los condenados á muerte ó á destierro perpétuo, como espresa la ley 2.^a, tit. xiv, Part. 5.^a: pero como esta disposicion se fundaba en que á estos delincuentes se les confiscaban los bienes, cuya pena está abolida, segun consta del art. 40 de la Constitucion vigente, es claro que en la actualidad podrán éstos donar, y aun tambien hacer testamento, como dispone la ley 3.^a, tit. xviii, lib. x, Novísima Recopilacion.

- 5.^o Los hijos constituidos bajo la patria potestad, á no ser con licencia de sus padres, como dice la ley 3.^a, tit. iv, Part. 5.^a

Sin embargo, si tuvieren *peculio castrense* ó *cuasi castrense*, podrán entonces hacer donaciones aun sin dicho requisito, é igualmente las pueden hacer del *peculio profecti-*

cio, siendo en favor de la *madre*, *hermanos*, *sobrinos*, ó cualquier otro pariente, si hubiere un motivo justo, como por razon de casamiento; ó tambien para satisfacer el salario al maestro que les enseñase alguna ciencia, arte ú oficio, como añade la citada ley.

6.º La mujer casada, sin licencia del marido ó del juez en su caso, segun disponen las leyes 11 y 13, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.

7.º Tampoco podian hacer donaciones de los bienes de la Iglesia los Prelados y sus administradores, sino en los casos y con los requisitos que prescriben las leyes del titulo xiv, Part. 1.ª; pero como en la actualidad ha cambiado el sistema de administracion temporal de los bienes eclesiásticos, no pueden tener ya aquellas leyes aplicacion, quedando hoy dia los Obispos con facultades para disponer de los bienes que forman su asignacion particular, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, escepto de los Pontificales y ornamentos, los cuales se consideran de propiedad de la mitra y han de reservarse para los sucesores, como dispone el art. 31 del Concordato de 1851.

Fuera de las personas espresadas, podrán las demás hacer donaciones de sus bienes, sin necesidad de sujetarse á otras reglas que las que las leyes tienen establecidas para casos especiales; pero como no son siempre unos mismos sus efectos, por depender éstos del modo como se hayan constituido, será preciso que veamos cómo pueden hacerse las donaciones.

Cómo pueden hacerse las donaciones.

Las donaciones, como todas las convenciones, pueden hacerse *pura* ó *simplemente*, *bajo condicion*, á *dia cierto*, *verbalmente*, y por *escrito*, ó por *apoderados*, particularmente si está ausente el donatario, segun consta en la ley 4.ª, tit. iv, Part. 5.ª

En unas y otras se observarán las reglas que las leyes prescriben para determinar los efectos que producen en general las obligaciones, de las cuales no es necesario que nos ocupemos nuevamente, por estar esplicadas ya con la estension que permiten estos trabajos, en la lec. 5.ª de

este tratado, para la cual pueden verse las leyes 5.^a, 6.^a y 7.^a, tit. iv, Part. 5.^a

Solo añadiremos en este lugar que, cualquiera que sea el modo como se hayan constituido, para que por ellas quede obligado el donante de una manera irrevocable, debe haber mediado antes la aceptacion de parte del donatario, segun asi lo demostramos en el §. VI relativamente á las promesas.

No faltan autores que, tanto en éstas como en las donaciones, juzgan como innecesaria esta manifestacion, por parecerles contraria al principio sentado en la ley del Ordenamiento de Alcalá que tantas veces hemos repetido; pues dicen que, segun él, desde el instante que consta la voluntad que uno tuvo de obligarse, hay realmente una obligacion y accion, y por lo mismo que no es necesario para su valor que otro consienta.

Nosotros no lo entendemos así, y así nos parece haberlo demostrado en dicho párrafo; viniéndolo á confirmar además la doctrina de la ley 10, tit. xii, lib. iii del Fuero Real, en la cual se halla prevenido, *que si alguno hiciese escritura de donacion á otro, y la retuviere en su poder sin entregársela, puede revocar la donacion*; y como obligacion y facultad en el que la hace para revocarla son dos cosas que se rechazan, será mas fundado el decir que, para que valga la donacion de un modo irrevocable, es necesaria la aceptacion, que es como propone esta doctrina el nuevo Código (1).

Sin embargo, á fin de evitar dudas y disputas sobre si vale ó no la donacion hecha á un ausente, antes que éste la acepte, será prudente que el escribano advierta al otorgante la necesidad de que haya en el acto persona que haga la aceptacion, si quiere que aquella sea irrevocable, y estando conforme, podrá el mismo escribano aceptarla en nombre de aquel á quien se hace, ó tambien los hijos del ausente y demás personas que espresa la ley 7.^a, titulo xi, Part. 5.^a

(1) Art. 945.

Esta cuestion solo podrá tener lugar en caso de hacerse la donacion á un ausente; pero si estuviera presente el donatario al acto del otorgamiento de la escritura, se incluye en la misma la aceptacion, dándose por entregado del objeto en que consistiere; advirtiendo por conclusion, que si el donatario fuere menor, ó incapacitado, ó hijo de familia, ó mujer casada, deberá hacerse por los tutores ó curadores, padres y maridos respectivos, segun se dijo ya al tratar en el §. IV de la aceptacion de las promesas (1).

Además de la capacidad de las personas, exigen las leyes para la validez de las donaciones el que no se hagan de cosas prohibidas. Cuáles sean éstas, se hará ver en el párrafo siguiente.

§. VIII.

Qué donaciones están prohibidas.

Están prohibidas las siguientes:

1.º La de todos los bienes que tenga el donante, aunque sea solo de los presentes, como espresa la ley 2.ª, tit. VII, lib. X, Novis. Recop.: entendiéndose esta prohibicion, segun la interpretacion que dan á esta ley los comentadores de las leyes de Toro de donde es tomada, si el donante no se reserva el usufructo, ó alguna cosa ó cantidad notable de que poder testar, como dice Antonio Gomez en sus comentarios á la ley 69 de Toro, núm. 3.º, cuya doctrina admite el nuevo Código (2); si bien añade que no debe la donacion estenderse á los bienes futuros, como tampoco la estendian á éstos las leyes romanas, segun prueba dicho autor al núm. 1.º del mismo comentario.

Las razones las indica este mismo autor; siendo entre ellas la principal la de impedir que nadie por imprudencia y prodigalidad propia, ó por maquinaciones ajenas, se despoje de todo lo suyo en favor de otro, constituyéndose en una espantosa mendicidad.

(1) Arts. 949 y 950.

(2) Art. 953.

2.º Las donaciones *inoficiosas* hechas á los hijos, ó en aquello que escedieran de lo que podian recibir por legitima y mejoras, siendo varones, ó solo por razon de legitima, siendo hembras; como asimismo las hechas á estraños en perjuicio de las legítimas de los herederos forzosos; ó que importaran mas del tercio si los herederos son ascendientes, ó mas del quinto si fueren descendientes. Leyes 8.ª, tit. iv, Part. 5.ª; 5.ª y 6.ª, tit. iii, y 1.ª, tit. xx, lib. x, Novis. Recop. (1).

3.º Las que se hicieren á los hijos de clérigos habidos de sus barraganas, ora por sus padres ó por los parientes de parte de éstos. Ley 4.ª, tit. xx, lib. x, Novis. Recop.

4.º Las donaciones *esponsalicias* que escedieren de la octava parte de lo que la esposa llevara en dote al matrimonio. Leyes 6.ª, 7.ª y 8.ª, tit. iii, lib. x, Novis. Recop.

5.º Las que se hicieren por via de *arras* en mas de la décima parte de los bienes libres, presentes ó futuros del marido. Ley 1.ª del mismo título y libro.

6.º Las donaciones hechas entre un cónyuge y otro durante el matrimonio, segun dispone la ley 4.ª, tit. xi, Part. 4.ª (2), escepto en los casos siguientes:

Primero: Si se hiciesen por via de *arras*, como demostramos en el §. V, lec. 8.ª, sec. 2.ª, trat. i.

Segundo: Si el donante no revocase la donacion durante su vida, pues si la revoca espresamente, ó si enagena la cosa donada, será ineficaz; lo mismo que si el que la recibió muere antes que el donante. Ley 4.ª tit. xi, Part. 4.ª

Tercero: Cuando ni el marido ni la mujer se hacen mas pobres, aunque el otro se haga mas rico, como en el caso de que habiendo sido instituido heredero un casado con condicion de que muriendo él pasara al otro cónyuge la herencia, y antes de aceptarla el nombrado la diera al que habia sido instituido. Ley 5.ª del mismo título.

Cuarto: Cuando ni el marido ni la mujer se hacen mas ricos, aunque aquel de los dos que dió al otro se hiciere mas pobre, como si uno hiciera donacion al otro de un

(1) Art. 954.

(2) Art. 1259.

sitio suyo para sepultura, ó le diera dinero para adquirirlo, ó si el objeto porque hace la donacion redunda en servicio de Dios, como si el marido diera á su mujer dinero para construir ó reparar alguna capilla ó costear el gasto del alumbrado de una lámpara, etc.

Finalmente, tampoco se comprenden en la prohibicion los regalos módicos que acostumbran á hacerse en ocasiones de regocijo para la familia, como consta de la ley 31, tit. I, lib. XXIV del Digesto, y lo espresa asimismo el nuevo Código en el artículo últimamente citado.

A todas estas donaciones se añadian antiguamente las que se hacian á algunas personas señaladas, en fraude de las contribuciones reales ó para escusarse de sus pagos; tales como las de bienes raices hechas á los clérigos ó á las demás personas de que tratan las leyes del tit. VII, lib. X, Novis. Recop.: pero como ha cesado ya desde mucho tiempo la causa de su prohibicion, por contribuir los clérigos igualmente que los legos á dicho servicio, no debemos ya hacer mérito de ellas.

Tambien era general la prohibicion de hacer donaciones á las Iglesias de bienes raices, en razon de no poder adquirir mas allá de lo permitido en el privilegio de amortizacion; pero como en virtud del artículo 41 del Concordato celebrado con la Santa Sede en 16 de Marzo de 1851, fué declarado que la Iglesia pudiera adquirir por cualquier título legitimo, y el sentido en que debiera entenderse esta declaracion quedó esplicado por el art. 3.º del convenio celebrado entre la Santa Sede y S. M. la Reina en 25 de Agosto de 1859, en el cual se consigna, que el Gobierno de S. M. reconoce de nuevo formalmente *el libre y pleno derecho de la Iglesia para adquirir, retener y usufructuar en propiedad y sin limitacion ni reserva toda especie de bienes y valores, con derogacion de cualquiera disposicion contraria, y señaladamente las que puedan alegarse de la ley de 1.º de Mayo de 1855*, entendemos que ha cesado con ello la antigua prohibicion, y que en su consecuencia pueden hacerse á la Iglesia donaciones aun de bienes raices, como dejamos sentado en el §. IV, lec. 13, tratado II.

Con la observacion que acabamos de hacer quedan determinadas mas exactamente las donaciones que se consideran prohibidas, segun la actual legislacion.

Tanto la última á que nos hemos referido, como las demás que no se hallen incluidas en las clases espresadas, en tanto se permiten, en cuanto. ó no escédan de la tasa que designan las leyes, ó se han llenado los requisitos que éstas exigen para su validez en caso que escedan, ó se han cumplido las formalidades que han de observarse para que produzcan efecto, si consistieran en bienes raices.

De cada uno de estos puntos trataremos en el párrafo siguiente.

§. IX.

Medida que las leyes ponen á las donaciones permitidas, y formalidades con que han de otorgarse en ciertos casos.

No solo prohibieron las leyes que pudiera hacerse donacion de todos los bienes, aun cuando fuera solo de los presentes, que es la primera de las donaciones prohibidas que hemos enumerado, sino que además creyeron conveniente intervenir tambien en las donaciones que no llegaran á tal exceso de generosidad, á fin de evitar que pudieran defraudarse los derechos de un tercero interesado en los bienes del donante, y de impedir prodigalidades indiscretas. Con este motivo se hallan adoptadas en nuestra legislacion algunas disposiciones que podremos reducir á los puntos siguientes:

1.º Cantidad que puede darse sin sujetarse el donante á ninguna formalidad, no consistiendo la donacion en bienes raices:

2.º Diligencias que han de practicarse para la validez de la que escediere de la tasa legal:

3.º Solemnidades con que ha de otorgarse, cuando consistiera en bienes raices.

Cantidad de que puede disponerse por titulo de donacion.

Segun las leyes romanas y de Partidas, puede darse hasta en la cantidad de quinientos *maravedises de oro*, como espresa la ley 9.ª, tít. iv, Part. 5.ª, la cual dicen algunos

que equivale á 25,600 rs., otros á 7,352 rs. 32 mrs., y otros á 8,000 rs.

Nosotros, atendiendo á que, cualquiera cantidad que se elija como equivalente á la que designa la ley de Partidas citada, no llena el objeto del legislador, porque podrian hacerse varias donaciones en menor cantidad, que sumadas, no solo escederian de la tasa legal, sino que convertirian en una disipacion el patrimonio del donante; y considerando igualmente que el señalar una cantidad fija, sin tomar en cuenta la riqueza del donante, dá lugar á que en unos sea insignificante lo que para otros ni aun llegaria á cubrir lo que importara su patrimonio, creemos por mas acertado, que así que se llegue á la cantidad menor de las tres que se han indicado, deba obtenerse la aprobacion correspondiente, escepto en los casos que espresa la ley 9.^a, tit. iv, Part. 5.^a, que son los siguientes:

1.^o En las donaciones hechas á los Reyes, ó en las que ellos hacen á los otros.

2.^o En las que se hicieren para redimir cautivos.

3.^o En las que se hagan á la Iglesia ó á cualquier establecimiento piadoso.

4.^o En las que sirvan para reconstruir una iglesia ó casa arruinada.

5.^o En las que se ofrecieren por causa de dote.

No siendo para los espresados objetos, deberá obtenerse la aprobacion del juez, sin que baste la insinuacion hecha en la misma escritura, en razon de hallarse dispuesto en la citada ley 9.^a de Partidas: *Que lo que fuere dado de mas, no valdria; fueras ende, si lo ficiese con carta é con sabiduria del mayor juzgador de aquel lugar, do fiziese la donacion para la cual se han de practicar las diligencias que correspondan.*

Diligencias para la aprobacion de las donaciones que escedan de la tasa legal.

En el caso que la donacion esceda de la cantidad que designa la ley, deberá ante todo otorgarse escritura pública, la cual se presentará al juez de primera instancia

del pueblo en donde se otorgó, por medio de pedimento en que se espresa la donacion hecha; la causa que ha impulsado al donador á hacerla; los muchos bienes con que cuenta para su subsistencia decorosa segun su clase; el no tener hijos, ó si los tiene, que no les perjudica esta liberalidad; concluyendo pidiendo al juez que la tenga por insinuada, y la apruebe, interponiendo para su firmeza la autoridad judicial.

El juez en su vista mandará comparecer á la parte para que bajo juramento declare y ratifique lo contenido en su escrito, pudiendo además por los medios que estime conveniente, averiguar si la donacion es verdadera ó simulada; si ha intervenido algun género de violencia y si causa algun perjuicio al público ó á un tercero; y constándole en cuanto baste, no haber ningun defecto, dará su aprobacion y decreto, entregándose originales estas diligencias al donatario, juntamente con la escritura á que van unidas.

Solemnidades con que ha de hacerse la donacion, si consiste en bienes raices.

Dos clases de solemnidades han de observarse para hacer constar en juicio la validéz de las donaciones que consisten en bienes raices: 1.^a El haber de estar hechas en escritura pública: 2.^a El haber de inscribirse en el registro de hipotecas.

Para demostrar lo primero, debemos decir que, aunque la ley 9.^a, tit. iv. Part. 5.^a solo impone esta obligacion cuando la donacion escdiere de la tasa legal, sin embargo, como está mandado que se tome razon en el registro, de todos los actos traslativos de dominio sobre bienes raices, y ciertamente no puede cumplirse con esta formalidad sin que conste el acto de la donacion en un documento público, se infiere, á no dudar, la necesidad de haberse de reducir á escritura pública toda donacion que consistiera en *bienes raices*.

Asi lo propone tambien el nuevo Código, con sola la diferencia de imponer esta obligacion en toda clase de

donaciones, escepto en aquellas cuyo valor no escediere de cien duros (1).

La segunda solemnidad se halla igualmente comprobada, tanto por las leyes del tít. xvi, lib. x, Novísima Recopilacion, como por las que posteriormente se han dado sobre esta materia (2).

Cómo ha de cumplirse con este requisito, quedó manifestado en su lugar, y solo nos falta para complemento de esta materia. añadir que si se hubiere omitido no surtirán efecto en cuanto á tercero las escrituras de donacion de bienes inmuebles, segun terminantemente dispone la ley hipotecaria, (Artículos 2, 23 y 25 de idem.)

El tanto por ciento que ha de satisfacerse á la Hacienda pública por razon de las donaciones anteriores al día 1.º de Julio de 1867, es el medio por ciento de las donaciones *inter vivos* de padres ó abuelos á hijos ó nietos: tambien el medio por ciento de las *propter nuptias* de que habla la R. O. de 31 de Marzo de 1846, ó sean las conocidas en Cataluña con el nombre de *heredamientos* universales.

Desde 1.º de Julio de 1867 se exige el tanto por ciento señalado á los legados segun el grado de parentesco que tenga el donatario con el donante: se esceptuan las donaciones *inter vivos* de padres ó abuelos, y las donaciones *propter nuptias*, las cuales pagan 0.500. (Real decreto de 23 Mayo de 1845.)

Al graduarse el tanto que corresponda abonar por razon de una donacion, se rebajará el capital de las *pensiones alimenticias* á cuyo pago estuviere sujeta una finca, computándose al tipo del tres por ciento: pero así que cesen éstas se abonará el tanto que correspondiere al capital de la pension que anteriormente se rebajó cuando se pagaba ésta, segun así lo disponen el real decreto de 26 de Noviembre de 1852 y Real órden de 29 de Setiembre de 1853.

Otorgada la donacion con las referidas solemnidades, y concurriendo las circunstancias que hemos espresado en

(1) Arts. 946 y 952.

(2) Art. 1826.

los párrafos anteriores, pasa irrevocablemente al donatario el dominio de las cosas donadas, á no ser que ocurrieran posteriormente algunos hechos en los cuales la moral pública está interesada en que se revoque la donacion.

Cuáles sean estos hechos ó causas, lo examinaremos en el párrafo siguiente.

§. X.

Causas por las que puede revocarse la donacion.

Tres son las causas que señalan las leyes de Partidas para que pueda revocarse la donacion, á saber:

1.^a No haber cumplido el donatario los pactos ó condiciones con que se hizo.

2.^a Haber cometido éste algun acto de ingratitud contra el donante.

3.^a Haberle sobrevenido á éste hijos despues de hecha la donacion. Asi consta de las leyes 6.^a, 8.^a y 10, tit. xiv, Part. 5.^a (1).

Sobre cada uno de estos puntos se ofrecen algunas observaciones qae propondremos á continuacion.

No haber cumplido el donatario lo pactado.

Aun quando la donacion sea un contrato unilateral, segun manifestamos en el §. VI, esto no impide que el donante pueda imponer algunos gravámenes ó condiciones, las cuales podrán argüir mas ó menos desprendimiento, pero no por ello deja de reputarse el acto como una liberalidad, que es lo que constituye la donacion.

No siendo contra la naturaleza de la donacion el imponer en ella algun gravámen ó condicion, no es extraño ya que, á la manera que se rescinden los contratos, quando el contrayente que se obliga no cumple lo pactado, haya de revocarse tambien por esta causa la donacion.

La ley 6.^a, tit. iv, Part. 5.^a la compara en este caso á

(1) Arts. 960 al 972.

un legado *sub modo ó modal* en que tambien hay una carga ú obligacion que cumplir, y no por ello deja de ser una *dádiva* de parte del que lo deja.

Solo debemos observar, que no es esta una causa tan absoluta que haya de quedar revocada la donacion por el hecho de haberse faltado al cumplimiento de lo que se pactó. La razon es, porque la ley de Partidas citada únicamente dice, que el donante *pueda apremiar á que se cumpla ó que en caso contrario deje el donatario la cosa donada*; y claro es que, *si puede apremiar*, no por el hecho de no cumplirse la condicion, queda revocada la donacion.

Sin embargo, esto dependerá de la cláusula en que se hace constar la donacion, y de la clase de gravámenes anejos á ella, porque, sison tales que no puede apremiarse á su cumplimiento, y está espreso en este caso la circunstancia de reversion de los bienes al donante, desde luego podrá pedirse su devolucion.

Muchas de las donaciones que se hicieron á los conventos y monasterios suprimidos, hubieran podido revocarse, si al otorgarlas los donantes hubieran puesto en ellas la cláusula de reversion á sus familias, en caso que se suprimieran.

Como quiera que sea, el efecto de la revocacion por esta causa, es la devolucion de los bienes al donante en los términos que espresamos en el §. X, leccion 6.^a, sec. 3.^a, al hablar de los efectos de la condicion resolutoria; quedando nulas las enagenaciones que se hubieran hecho y las hipotecas que sobre ellas se hubieren constituido (1).

Sin embargo, esta doctrina ha sido modificada por la nueva ley hipotecaria al disponer que *no se anularán ni rescindirán los contratos en perjuicio de tercero que haya inscrito su derecho, por revocacion de las donaciones en los casos permitidos por la ley, escepto el de no cumplir el donatario condiciones incritas en el registro.* (Artículo 38.)

(1) Art. 964.

Haber cometido el donatario un acto de ingratitud.

Tambien es muy conforme que haya de revocarse la donacion por esta causa. La razon es, porque aunque el donatario no contrae ninguna obligacion civil, pero queda moralmente ligado con el deber del reconocimiento y de gratitud hácia aquel que tan generoso se mostró; y por lo mismo, es muy justo que, faltando á este deber, se haya de revocar la donacion.

Los casos en que esto tiene lugar, son los siguientes:

1.º Si el donatario cometiere algun delito contra la persona, honra ó bienes del donador, entendiéndose de solo aquellos que están clasificados como tales en el Código penal.

2.º Si el donatario le imputare alguno de los delitos que dan lugar al procedimiento de oficio, aunque lo pruebe: á menos que lo hubiera cometido contra el mismo donatario, su mujer ó hijos (1).

Estos casos son los mismos que los cuatro que designa la ley 10, tit. iv. Part. 5.º; pero los hemos querido presentar acomodándolos á la doctrina del nuevo Código, por contenerse en ella ciertas circunstancias que nos pueden servir para su aplicacion.

Por estas mismas causas podrán revocar los padres las donaciones que hicieron á sus hijos aun á título de mejoras; y á ellas se refiere la ley 1.º, tit. vi, lib. x, Novísima Recopilacion, cuando, hablando de esta revocacion, dice que podrá verificarse por las causas que espresa el derecho, que no son otras sino las designadas en la ley 10, tit. iv, Part. 5.º; pero que si la donacion la hizo la madre y muerto el padre se volviera á casar, solo la podrá revocar por las causas contenidas en el núm. 1.º ó sea por delitos que hubiera cometido el donatario ó contra ella, en

(1) Art. 965.

su persona, honor y bienes, como dice la citada ley de Partidas.

El derecho que la ley concede para revocar las donaciones por causa de ingratitud, es una consecuencia de la injuria que se le causa al donante; y de aquí el haber de sujetarse en cuanto al tiempo y modo de ejercitarlo á lo que las leyes prescriben sobre la accion de injurias, que es lo siguiente:

1.º El haber de intentarse ésta en el término de un año desde que se tuvo noticia de la injuria ó ingratitud.

2.º El no trasmitirse esta accion, ni á los herederos del donador, si, pudiendo éste ejercitarla dentro de este tiempo, no la hubiere dejado intentada á su muerte; ni poderse ejercitar contra el heredero del donatario, á no ser que antes de su muerte se hallare intentada contra él. Asi consta de las leyes 22 y 23, tit. ix, Part. 7.ª, con las cuales conviene el nuevo Código (1).

Revocada la donacion por ingratitud, sus efectos son:

1.º El haber de restituir los frutos producidos despues de contestada la demanda, y no los anteriores á ella, segun se colige de la ley 9.ª, tit. v, lib. xxxix del Digesto (2).

2.º El de quedar válidas las enagenaciones é hipotecas anteriores á dicha demanda, pero no las posteriores á ella, sobre lo cual, aun cuando no hay ley entre nosotros que así lo establezca, pues la 40, tit. iv, Part. 5.ª solo dice, que el donatario en este caso *deba perder la cosa donada*, sin embargo, el hallarse esto espreso en la ley 7.ª, tit. lvi, lib. viii del Código, y razones de equidad en favor de los derechos adquiridos por un tercero con buena fé, nos deciden á admitir esta doctrina, sostenida por otra parte por los prácticos (3).

Además, el donador, si no puede renunciar á la accion de injuria antes de cometerse, por ser contra las buenas costumbres, puede no obstante remitirla despues de co-

(1) Arts. 968 y 969.

(2) Art. 966.

(3) Arts. 967 y 970.

metida, y en tal caso, es claro que no se haria novedad en cuanto á las enagenaciones que hubiere hecho el donatario.

Esto último no admite ninguna duda, pero sí que la hay con respecto á la renuncia anterior, sobre lo cual puede verse la glosa 3.^a de Gregorio Lopez á la ley 67, tit. XVIII, Part. 3.^a que lo permite.

Haberle sobrevenido hijos al donante.

La tercera causa para revocar la donacion es por haberle sobrevenido hijos al donante, la cual, aunque consta de un modo terminante, segun el espíritu de la ley 8.^a, tit. IV, Part. 5.^a, sus palabras han dado lugar á muchas dudas y cuestiones que se han suscitado entre los intérpretes.

Una de ellas es, si por el nacimiento del hijo se revoca *ipso jure* la donacion, ó es necesario que el donador gestione para revocarla; cuya cuestion nos parece que se halla resuelta por la misma ley en que, diciéndose *que luego que el donante há fijo ó fija es revocado por ende, y no debe valer en ninguna manera*, dió bastante á entender, que basta el nacimiento para que quede revocada la donacion; y así lo admite el nuevo Código (1).

Resuelta así esta cuestion, queda terminada la otra que se promueve, sobre si convalece la donacion en el caso en que el hijo nacido hubiera muerto antes que el donador; porque, no siendo necesario que gestione el donante para revocarla, quedó ya de hecho sin efecto, y como tal, sin derecho ya á que vuelvan los bienes al donatario á menos que el donante no lo espresara de nuevo.

La otra cuestion es, si cualquiera donacion se revoca por el nacimiento del hijo; y decimos que, refiriéndose la ley á la donacion *que hiciere de todo lo suyo ó gran partida de ello*, es claro que no toda donacion, sino la que sea de alguna consideracion, lo cual parece que debe quedar al arbitrio del juez el determinarlo.

(1) Art. 960.

Tambien se duda sobre si la disposicion que revoca la donacion por el nacimiento del hijo, ha de entenderse igualmente revocada por la legitimacion del que se tenia ya antes de hacerse la donacion; y nos parece que, habiendo la ley del caso en que despues de hecha *oviesse fijo ó fija*, no deba revocarse por la legitimacion del hijo, que ya se tenia antes que ella se hiciese.

Otra cosa seria si el hijo que nació despues de la donacion era ilegítimo, pues entonces, no el nacimiento que no le da derechos de sucesion respecto del padre, sino la legitimacion es lo que haria revocable la donacion. Se dice respecto del padre, porque si lo fuere respecto de la madre, como los hijos naturales y espúreos por su orden y grado, son herederos forzosos de ésta en defecto de legítimos, se entenderá revocada la donacion con el nacimiento de un hijo de cualquiera clase que sea.

Finalmente, si la donacion se hizo teniendo ya hijos, ora nazcan ó no otros, se revocará solamente en lo que escediere de la legítima.

Con lo dicho nos parece que quedan resueltas las cuestiones en el sentido mas conforme con la doctrina de nuestras leyes, y solo por conclusion añadiremos que, verificado el caso de la revocacion en los términos que hemos espresado, se devolverán los bienes al donador con los frutos producidos desde el acto del nacimiento; quedando nulas las enagenaciones que hubiere hecho ó las hipotecas que sobre ellos hubiere constituido el donatario.

Así aparece que lo da á entender la ley 8.^a, tit. iv, Part. 5.^a, al decir que la donacion en este caso *es revocada por ende, é non debe valer en ninguna manera*; y además lo confirma la circunstancia de que la donacion supone siempre la condicion tácita de, *si no tuviere hijos el donante*, la cual, siendo de suyo *resolutoria*, debe producir los efectos propios de esta condicion, de los cuales tratamos en el §. X, lec. 6.^a, sec. 3.^a (1).

(1) Arts. 960 y 961.

Tal es en general la doctrina del derecho acerca de la *donacion*.

Con ésta tiene mucha semejanza la *cesion*, lo cual nos obliga á examinar su naturaleza, como lo haremos en el siguiente párrafo.

§. XI.

Qué se entiende por cesion, y sus especies.

La palabra *cesion*, segun el Diccionario de la Academia, es la *renuncia que uno hace de alguna cosa en favor de otro*.

De esta definicion resulta, que habrá tantas clases de *cesion*, cuantas sean las de las cosas que se renuncian; pero para los efectos del derecho pueden reducirse solamente á dos, á saber: una que se refiere á todos los bienes del que la hace, y á ésta le llamamos simplemente *cesion de bienes*; y otra que tiene por objeto el traspaso á una persona de un derecho determinado, la cual se llama *cesion de acciones*.

De la primera se trató ya con la estension posible en el §. IX, lec. 6.^a, sec. 1.^a, con motivo de estar hablando de la *solucion ó paga*, de la cual es una de sus especies al menos en la parte á que alcance el producto de los que se hubieren vendido por efecto de la *cesion*: de la segunda trataremos en este lugar, manifestando en qué consista y el acto en que se constituye.

Se entiende por *cesion de acciones*, *el traspaso que se hace en favor de una persona de los derechos, créditos y acciones que se tienen contra otra: ó un contrato por el cual se transmiten á otro estos derechos*.

Se diferencia de la *renuncia*, en que ésta es una *abdicacion de los derechos que una persona tiene, dejando á disposicion de la persona ante quien se hace, el que disponga de ellos á su voluntad*; y la *cesion* es, la *transmision directa de ciertos derechos por parte de la persona á quien pertenecen, en favor de otra que los acepta*.

El acto por el que se verifica puede ser, ó en virtud de un contrato, ó por medio de un legado ó de una donacion,

ó con motivo de querer descargarse uno de alguna obligación, quedando subrogada la persona en cuyo favor se cede el crédito, en lugar del primitivo acreedor.

Estos y otros títulos en virtud de los cuales se hace la *cesion de acciones*, están dando á conocer, que no solo es en este lugar en el que puede examinarse su naturaleza, sino que puede verificarse en tantos cuantas sean las causas que la promuevan.

Al recorrer las materias que dicen relacion con la *solucion ó paga*, ya nos ocupamos en parte del último de los títulos mencionados: pues pudiendo suceder que el acreedor primitivo se subrogue en lugar de uno nuevo, y no pudiendo menos de considerarse esta subrogacion sino como una consecuencia de la *cesion*, fué preciso esplicar algunas de sus cualidades, como puede verse en el §. X, leccion 6.ª, seccion 1.ª

No es extraño, pues, que estando ahora hablando de contratos, nos ocupemos de la *cesion*, sabiéndose que las mas de las veces son ellos su causa ó fundamento, aunque algunas otras sea efecto de un *legado*.

La que se constituye por contrato, ó se hace á título *oneroso* ó á título *lucrativo*; y de aquí las dos especies en que puede dividirse la *cesion* por dicha causa: consistiendo la primera en ser un *contrato bilateral*, por el que uno cede á otro los derechos en cambio de una cosa que se recibe, á cuya clase pertenece la venta de créditos; y la segunda, en que es un *contrato unilateral* por el que se transfieren á otro los derechos sin ninguna obligación.

Además puede dividirse en *espresa* y *tácita*, *principal* y *accesoria*, *voluntaria* y *necesaria*, segun fueren las circunstancias que en ella concurren.

Todas estas especies, en tanto producirán efecto, en cuanto estén constituidas por personas que tengan capacidad, de las cuales se tratará en el párrafo siguiente.

§. XII.

Qué personas pueden hacer cesion de acciones ó derechos, y á cuáles de ellos se estiende esta facultad.

Pueden hacer cesion de acciones todas las personas que tienen aptitud para celebrar contratos; pues á nadie está prohibido que pueda desprenderse de sus derechos sino en los casos que esceptúan las leyes, para lo cual puede verse el §. VII, donde se trata de las personas que pueden hacer donaciones.

Si la cesion se ha de hacer constar en última disposicion, será necesario que la persona tenga capacidad para testar, con tal que no perjudique á los que tienen derecho á la herencia.

De estas acciones y derechos hay unos que pueden cederse y otros que están prohibidos; y aun cuando los autores prácticos se ocupan en hacer una larga enumeracion de cada uno de ellos, á nosotros nos basta para que pueda comprenderse la doctrina de nuestras leyes, saber, que pueden cederse todas las acciones y derechos presentes y futuros que no están anejos á una persona, siempre que aquel en cuyo favor se ceden, tenga capacidad legal para adquirir el derecho que se cede, pues el cesionario entra en el lugar del cedente y representa su persona.

Antiguamente tambien estaba prohibida la cesion de acciones á personas poderosas, sobre lo cual puede verse lo que dijimos en el §. X, lec. 6.^o

Así pues, no puede cederse el derecho de usufructo y el de uso; ni las acciones á la sucesion de un mayorazgo ó capellanía; ni el derecho de retracto de sangre, sino en los términos manifestados en la leccion 10, §. VIII, al hablar de las personas que no pueden retraer; ni el de alimentos futuros, ni otros muchos mas que indican los autores, y que la regla para determinarlos es, el ser ó no *personales* ó inseparables de la persona á quien competen.

Tampoco pueden cederse los créditos sin que se guar-

den para ello las formalidades de derecho; y la razon es, porque, habiéndose obligado el deudor para con cierta y determinada persona, no debe quedar obligado para con otra en virtud solo de la cesion del acreedor y sin la intervencion del deudor.

Así queda sentado en el §. XII, lec. 12, Parte 3.^a de nuestra obra, en el que se trata de la *venta de créditos*: cuya doctrina, aunque fundada en disposiciones del derecho mercantil, puede tener tambien aplicacion en la transmision de créditos que se verifica por las leyes del derecho comun.

Sin embargo, los prácticos han inventado un medio por el cual, sin intervenir ni dar su consentimiento el deudor, se trasfieren los créditos á otro acreedor, que consiste, en que el que quiere cederlos nombra por mandatario suyo á la persona á quien los trasfiere para que exija y cobre la cantidad cedida, sin obligacion de parte de ésta de contribuir al mandante con cantidad alguna si la cesion fué gratuita, ó con la obligacion de entregarle el valor si fué *remuneratoria* ú *onerosa*, como, por ejemplo, si se hubiera adquirido el crédito á titulo de *compra* ó de *préstamo*, etc.

No hay duda que es este un medio espedito para librar-se al acreedor de las formalidades que ha de observar, cuando cede el crédito sin constituir al cesionario como mandatario suyo, las cuales pueden verse en el párrafo y leccion citada de la parte 3.^a de nuestra obra: pero tambien es cierto que no por ello se omiten estas formalidades, que serán de cuenta del cesionario cumplir, sin las que no podrá conseguir su objeto, como constará examinando sus efectos.

§. XIII.

Efectos de la cesion.

Una vez hecha la cesion, los efectos que se producen son los siguientes:

- 1.º El no poderla revocar el cedente, si fué *remunera-*

toria ú *onerosa*, y aun tampoco siendo *gratuita*, si medió pacto de no poderse revocar, ó hubiera ya notificado el cesionario al deudor, ó hubiera empezado á hacerse el cobro de la deuda.

2.º Que notificado ya el deudor, se constituye desde este acto el cesionario dueño del crédito, y como tal ni puede pagar el deudor á otro que á éste, ni los acreedores del cedente podrán embargar ya la deuda cedida, ni el cedente transmitirla á otro, cuyos actos tendrían cabida antes de hecha la notificación (1).

3.º Que, no obstante de ser el cesionario dueño del crédito, despues de hecha la notificación al deudor, pueda éste oponerle la compensacion por los créditos que tuviera contra el cedente, y mucho mas por los que tenga contra el mismo cesionario, por hallarse éste revestido de la cualidad de acreedor.

4.º Que, hecha la cesion del crédito, se entienden transmitidos con él los derechos sobre las garantías para su cobro, como son las fianzas, las prendas, las hipotecas y el derecho de prelacion que tenga el crédito, porque, siendo estas cosas accesorias á la deuda, subsisten mientras ésta no se estinga (2).

Tales son los efectos de la cesion. Si á pesar de ellos no pudiera realizarse el cobro de la deuda por no ser ésta cierta, queda obligado el cedente al saneamiento, aun cuando no se haya pactado, si la cesion fué *remuneratoria*, y solamente en caso de haberse obligado, cuando la cesion fué *gratuita*: pero ni en una ni en otra cesion está tenido á responder de la insolvencia del deudor, á no ser en el caso de que se hubiere prometido (3).

Por el exámen que hemos hecho de las *promesas*, *donaciones* y *cesiones*, podremos haber comprendido que uno de sus principales atributos es el ser unos actos de beneficencia á los cuales se mueven los hombres por efecto

(1) Arts. 1457 y 1458.

(2) Art. 1459.

(3) Arts. 1460 y 1461.

de su liberalidad; y como otro tanto sucede cuando se dejan algunas cantidades por via de *préstamo*, el orden pide que hablemos á continuacion de este contrato, que será la materia de la leccion siguiente.

LECCION DECIMASESTA.

Del contrato de préstamo.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza del préstamo en general, y clases en que se divide.—§. III. Qué es préstamo mútuo, y sus requisitos.—§. IV. Personas entre quienes puede realizarse.—§. V. Quiénes no quedan obligados por el préstamo que se les hubiera hecho.—§. VI. Cuándo el que aparece deudor podrá negarse al pago, y origen de la obligacion llamada por los romanos *literal*.—§. VII. Efectos del préstamo mútuo.—§. VIII. Doctrina sobre el préstamo con interés.—§. IX. Qué es lo que se dispone acerca de las casas de préstamo sobre prendas.—§. X. Naturaleza del préstamo de uso ó *comodato*.—§. XI.—Obligaciones del comodatario.—§. XII. Cuáles son las del comodante.—§. XIII. En qué consiste el precario, y sus diferencias de los otros préstamos.

§. I.

Razon del método.

Adoptado el plan que nos proponíamos seguir en el exámen de las obligaciones, á fin de comprender fácilmente la naturaleza de las muchas y variadas que los hombres suelen contraer, y habiendo examinado la naturaleza de los contratos que calificamos con el nombre de *consensuales* ó que no necesitan de otro requisito que del consentimiento para quedar obligados los contrayentes, réstanos tratar de la otra clase de contratos que distinguimos con el nombre de *reales*, ó de aquellos en que,

además del consentimiento, ha de intervenir alguna cosa ó hecho para que se constituya la obligacion que de ellos se deriva.

No es decir con esto que se hayan incluido entre los primeros todos cuantos reciben aquella denominacion.

Sabido es que, además de la *compra y venta*, del *arrendamiento*, del *censo*, del *mandato*, de la *sociedad* y de las *promesas, donaciones y cesiones*, existen otros muchos en que solo el consentimiento es la base de la obligacion, como sucede en la *fianza*, en la *hipoteca* y otros que podíamos enumerar; pero como éstos no forman de por sí un contrato independiente y determinado á ciertos objetos, porque necesitan de otro al que se unan para su existencia legal, y aquel al que van unidos, tanto puede ser de los llamados *consensuales*, como de los *reales*, nos ha parecido muy propio colocarlos en último término, como para manifestar que ellos sirven como de complemento á todos los otros; pues sin ellos quedarían paralizadas ó suspendidas las negociaciones relativas á los objetos que aquellos comprenden, por falta de confianza en las personas que las pudieran celebrar.

Bajo este supuesto, y faltándonos examinar la naturaleza de los contratos llamados *reales* para presentar reunidos todos los que de las dos clases dichas tienen una existencia propia, empezaremos en esta lección por el contrato de *préstamo*, mayormente, cuando en el concepto de ser uno de los que tienen por objeto un acto de beneficencia, merece que le coloquemos á continuacion de las *promesas, donaciones y cesiones*, por cuyo medio esplican los hombres sus sentimientos generosos y nobles, igualmente que por el *préstamo*, como puede constar examinando su naturaleza.

§. II.

Naturaleza del préstamo en general, y clases en que se divide.

Las palabras *préstamo* y *prestar*, segun la significacion que tienen en nuestro idioma, denotan el acto de dar alguna cosa á otro para que la use, con la condicion de

devolverla en un tiempo determinado; y por lo mismo, *préstamo en general*, jurídicamente hablando, será *un contrato por el que una persona entrega á otra alguna cosa suya para que se sirva de ella por cierto tiempo*.

Mas, como en ciertas cosas existe una imposibilidad absoluta de poderlas devolver á su dueño despues de hecho el uso á que están destinadas, ó despues de haberse aprovechado de ellas la persona á quien se ofrecieron, en razon de que no pudieron usarse sin destruirse, ó sin salir del poder del que las recibió; para conciliar en las de esta clase el uso con la obligacion de devolverlas, hubo necesidad de fingir que las devolvía el que entregaba á su dueño otro tanto de la misma especie y calidad, quedando intacta en las demás que no son de esta clase, la obligacion de haber de restituir á su tiempo las mismas que se hubieran recibido.

Esta diversa consideracion que debió darse al *préstamo*, segun la naturaleza de las cosas que son su objeto, exigía el deslinde de los atributos propios de cada uno de sus actos; y de aquí el motivo porque, no obstante de estar usada la palabra *préstamo* en el lenguaje comun en un sentido general, la variedad de objetos ó cosas que se dan para uso ó servicio de otro, ha hecho necesario formar de él dos contratos diversos, que son: uno que se refiere al *préstamo de cosas en que no puede separarse el uso del consumo, y cumple el que las recibe devolviendo otro tanto de la misma especie y calidad*, al cual llamaremos *préstamo de consuncion ó mútuo*; y otro que se refiere á *cosas que pueden usarse sin consumirse, y han de restituirse las mismas*, el cual es llamado *préstamo de uso, ó comodato*.

Así consta de la ley 1.^a, tit. 1, Part. 5.^a, cuyas palabras no trascribimos, por estar tomada de ellas casi en los mismos términos la idea que acabamos de emitir.

En el mismo sentido se espresa el nuevo Código (1), siguiendo sin duda el pensamiento del Rey D. Alfonso,

(1) Art. 1630.

del cual puede decirse haber sido el primero que propuso esta distincion de *préstamo de consuncion* y de *uso*, como se espresan los modernos; pues, aunque admitida entre los romanos, bajo los nombres de *mútuo* y *comodato*, no la comprendieron en la denominacion comun de *préstamos*, que es como se considera.

Siendo, pues, dos actos distintos el *préstamo de consuncion* y de *uso*, aunque comprendidos bajo de la palabra *préstamo*, hablaremos de cada uno de ellos con separacion, empezando por determinar la naturaleza del *préstamo de consuncion* ó *mútuo*, y sus requisitos.

§. III.

Qué se entiende por préstamo mútuo, y sus requisitos.

Se entiende por préstamo mútuo, *un contrato real, por el cual una de las partes entrega á otra cierta cantidad de cosas fungibles, con la obligacion de que se les restituya otro tanto de la misma especie y calidad.* Ley 1.^a, tit. I, Part. 5.^a

La persona que da en mútuo se llama *mutuante* ó *prestador*: la que recibe, *mutuatario* y *prestamista*, aunque siendo este último nombre una voz comun á los dos, es mas general aplicarla al *mutuante*, y hasta se halla autorizado este uso oficialmente, como consta del art. 466 del Código penal.

Requisitos del mútuo.

Para la existencia legal de este contrato es necesario que concurren los requisitos siguientes:

- 1.^o Que las cosas que hayan de entregarse sean *fungibles*.
- 2.^o Que se haya hecho su entrega.
- 3.^o Que las personas que intervengan tengan capacidad para obligarse.

Además, siendo gratuito por su naturaleza, no pueden exigirse réditos mientras no se hayan pactado, cuya circunstancia da lugar á dividirse el mútuo en *simple* y *con*

interés, según que el mutuuario haya ó no de devolver al-
gun tanto mas de lo recibido.

Deben ser fungibles las cosas objeto del mútuo. La ra-
zon es, porque únicamente en éstas encontraremos el efec-
to que este contrato produce, el cual consiste en que el
mutuario se haga dueño de las mismas, aunque con la
obligacion de devolver otro tanto de la misma especie y ca-
lidad; y como solo las cosas *fungibles* tienen la propiedad
de poder ser exactamente representadas por otras de su
misma especie, resulta demostrado que las cosas objeto
del mútuo deben ser *fungibles*.

Cuáles sean éstas, lo espresamos en el §. VII, lec 1.^a,
trat. II, diciendo que son, *aquellas que no pueden servir
á su destino principal sino en cuanto se destruyen ó sa-
len del poder del que las usa*, como, por ejemplo, el trigo,
el vino, el dinero, etc.; pues, aunque la ley 1.^a, tit. I, Par-
tida 5.^a las espresa bajo el carácter de ser *aquellas que se
acostumbran á contar, pesar y medir*, y así aparece en el
testo del tit. XV, lib. III, Inst. Just.; sin embargo, como
para determinarlas en este sentido se necesita atender an-
tes á si son ó no de las que se acostumbran á dar á núme-
ro, peso ó cantidad, y pudiera suceder á las veces que por
costumbre se estendiera esta cualidad á las que no reúnen
las circunstancias que hemos espresado en la definicion,
entendemos que la regla para determinarlas con seguri-
dad, será mas bien la que nosotros proponemos.

Un ejemplo vendrá en confirmacion de esta doctrina.

El que ha recibido prestado un *buey* ó un *carnero*, no
quedará libre devolviendo otro *canero* ó *buey*, si el que lo
recibió lo utilizó para un servicio que podia realizarse sin
consumirse ó destruirse estos animales. El préstamo que
en este caso se hubiere hecho será un *comodato* y no *mú-
tuo*: pero un cortante pide prestado á otro un *buey* ó un
carnero que ha de matar para el abasto del comun; como
el uso en este caso no puede hacerse del *buey* ó del *carnero*
sin destruirse, el préstamo entonces no será *comodato*, si-
no *mútu*o, y cumplirá el abastecedor que lo pidió, devol-
viendo otro *buey* ó *carnero* de la misma calidad.

Si quisiéramos resolver esta doctrina por la calificacion

que da la ley 1.^a, tit. 1, Part. 5.^a de las cosas objeto del mútuo, no encontraríamos términos hábiles para una directa demostración.

El segundo requisito del mútuo es *que las cosas hayan de ser entregadas*. La razon es, porque este contrato y los demás que llamamos *reales*, no pueden formarse sino por la tradicion ó entrega de la cosa, puesto que la obligacion de devolver la misma ú otro tanto de la misma especie, que es la que constituye la esencia del contrato de préstamo, no puede nacer antes de que la cosa se haya recibido, como dijimos ya en el §. III, lec. 2.^a

Fundados en esta doctrina, no podemos admitir la definicion que de este contrato presenta el nuevo Código (1) y cuantos han llevado el pensamiento de la ley única, título xvi del Ordenamiento de Alcalá mas allá del objeto á que se dirige, diciendo que es *aquel por el cual una persona se obliga á entregar* etc.; porque las palabras *se obliga á entregar*, se refieren al mutuante, y sabido es que en el contrato de mútuo la obligacion que se produce es solo del mutuuario.

No es decir con esto que no haya un contrato cuando uno se obliga á prestar á otro una cosa; pero no pasará entonces éste de ser una promesa de préstamo, y no en manera alguna un *mútuo* que no puede quedar formado sino despues de la entrega.

Finalmente, el tercer requisito es, que las personas que intervengan en el mútuo tengan capacidad para obligarse. Cuáles son éstas lo haremos ver en el párrafo siguiente.

§. IV.

Personas entre quienes puede celebrarse el mútuo.

Para determinar las personas entre quienes puede celebrarse el mútuo, aunque en general se dice que son todas las que pueden obligarse, sin embargo, como las leyes no impiden que se preste á las que no tienen esta capacidad,

(1) Art. 1630.

y antes al contrario establecen directamente, como consta de la 3.^a y siguientes, tit. 1, Part. 5.^a, que puede darse prestado á los menores y á los que gozan el privilegio de tales será preciso distinguir el acto de dar el préstamo del de recibirlo.

Así nos parece que quiso esplicarlo el Rey D. Alfonso el Sábio; y para prueba de ello, no hay mas que leer las leyes contenidas en el título y Partida citada y se verá bien claramente el pensamiento nuestro confirmado.

Segun él, pues, diremos, que pueden dar en mútuo por si ó por medio de otros todos los que sean dueños y tengan la libre administracion de sus bienes, con tal que por parte de las cosas que presten no exista ninguna prohibicion por la ley.

Lo primero consta de la ley 2.^a, tit. 1, Part. 5.^a: de lo segundo, ó que las cosas sean de las que permiten las leyes, tenemos la ley 3.^a, tit. VIII, lib. x, Novísima Recopilacion, que prohíbe absolutamente dar á préstamo cantidad alguna en mercaderias, con el objeto de evitar los abusos de los mercaderes que, aprovechándose de la necesidad de los que les pedian prestado, les daban alguna porcion en dinero, y el resto en géneros averiados, ó que no se estilaban, á precios muy subidos, haciéndoles otorgar escritura en que solo apareciese un mútuo por determinada cantidad que se suponía prestada, obligando así á los que tomaban los géneros á venderlos á precio muy infimo para realizar el dinero que necesitaban, segun expresa la ley 24, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.

Algunos autores dicen que la costumbre ha derogado esta ley. Nosotros no tenemos datos para probarlo: solo nos llama la atencion, que el hecho que prohiben las leyes citadas es muy inmoral, y como tal, creemos que no puede ninguna costumbre derogar las leyes que tales hechos persiguen, é incurriria por lo mismo el escribano que autorizase una escritura semejante, del mismo modo que el mercader que hiciera este negocio, en las penas que señala la ley 3.^a, tit. VIII, lib. x, Novis. Recop.

Además que la ley de 14 de Marzo de 1856 que permite en los préstamos la libre tasa del rédito, debe ser un obs-

táculo para apelar á estos medios ocultos de que se valían antiguamente para evadirse de las penas en que incurrian los usureros.

Debiendo, pues, ser los mutuantes dueños y tener la libre administracion de sus bienes, se infiere que no podrán dar en préstamo los que no tengan estas cualidades, como son los comprendidos en el §. IV, lec. 3.^a, que no reproducimos por razon á la brevedad: siendo nulo en tal caso el mútuo que hubieren contraído y con derecho á reclamar la cantidad que hubieren entregado, escepto cuando, siendo el prestador menor, diere por este título una cantidad á otro menor; pues entonçes el menor que prestó se sujeta á las mismas condiciones que el mayor cuando prestare á un menor, segun consta en la ley 5.^a, tit. I, Part. 5.^a

Esta prohibicion que, bajo pena de nulidad, tienen para contratar las personas incluidas en el párrafo citado, y consiguientemente para disponer de sus bienes dándolos en préstamo, se entiende en el caso de que obraran de por sí, ó sin la autorizacion de aquellos de quienes dependan; pero no cuando estuvieren autorizados competentemente; pudiendo tambien relativamente á los pupilos, menores é incapacitados dar en préstamo sus tutores ó curadores algunas cantidades pertenecientes á dichas personas, justificando por una sumaria informacion ser útil este negocio á ellas.

Sabido qué personas pueden dar prestado, pasaremos á ver quiénes pueden recibir en préstamo ó á quiénes puede prestarse; y la respuesta despues de lo manifestado, no debe ser otra, sino la de que puede prestarse á todos aunque sean menores ó gocen del privilegio de tales, ó sean hijos de familia; pero que no todos quedan obligados, en términos de que, no cumpliendo lo que naturalmente deben, se les pueda apremiar en el foro á su cumplimiento.

Lo primero, lo dictala equidad; pues de otro modo, en medio de la abundancia de bienes, no podrian ser socorridos en sus necesidades perentorias los que no tuvieran cantidades disponibles para atender á ellas.

Lo segundo es una medida de moralidad tomada por las leyes, á fin de evitar que dichas personas disipen su patrimonio ó arruinen el de sus padres por medios ilícitos, no encontrando quien quiera esponerse á la pérdida de la cantidad prestada, que es la pena que se impone á aquellos que indirectamente dieran prestado á los que sin consentimiento de las personas de quienes dependen, lo pidieren.

Interesa, pues, saber quiénes sean estas personas, y los medios de asegurar el prestamista la cantidad que hubiere dado en préstamo.

§. V.

Qué personas no quedan obligadas en virtud del préstamo.

Estas, generalmente hablando, son todas aquellas á quienes se prohíbe que puedan contratar; aunque las leyes solo hacen mencion de ciertas personas que, como dependientes de otras, pudieran causar perjuicio á tercero, si no se tomaran algunas providencias para asegurar los efectos del préstamo, las cuales son:

1.º Los hijos de familias, sean mayores ó menores de edad, de quienes declaran las leyes 4.ª, tit. 1, Part. 5.ª, y 17, tit. 1, lib. x, Novis. Recop., que no quedan obligados por el préstamo que hubieren tomado, ni ellos ni sus padres, ni el fiador que hubieran dado.

Sin embargo, quedará obligado el padre por el préstamo hecho á su hijo, en los casos siguientes:

Primero: Si se hizo por mandato suyo, ó si despues de sabido lo aprobó espresa ó tácitamente, como pagando parte de la deuda.

Segundo: Si la cantidad prestada se empleó en beneficio del padre.

Tercero: Si enviado para algun negocio ó puéstole en algun oficio ó ejercicio en el que comerciaba ó contrataba de su orden, ó hallándose estudiando, tomase algunas cantidades prestadas. Ley 6.ª, tit. 1, Part. 5.ª

En todos estos casos se obliga tambien el hijo, pero mas determinadamente en los siguientes:

Primero: Cuando tuviere *peculio castrense* ó *cuasi castrense*, hasta donde éste alcance.

Segundo: Si preguntado sobre su estado dijese que era *sui juris* ó que no se hallaba bajo la potestad de otro.

Tercero: Si el hijo desempeñase algun destino ó cargo público, de nombramiento del Rey, ó de otra autoridad ó Consejo.

Cuarto: Si ejerciere públicamente algun oficio ó profesion, ó se hallare al frente de algunos establecimientos fabriles ó de comercio, en que obrase como si no estuviera dependiente de otro.

Quinto: Si llegado á la mayor edad y libre ya del poder paterno, pagase alguna parte de lo que se le prestó, lo cual es suficiente para que se le pueda reconvenir por el todo.

Sexto: Cuando el hijo quiere volver á su dueño lo mismo que le prestó ú otra cosa de la misma especie, lo cual no se le puede impedir, porque siempre existe la obligacion, aunque las leyes no le apremien á su cumplimiento.

Así consta de las leyes 4.^a y 6.^a, tit. 1, Part. 5.^a, que deberán consultarse en los casos en que ofreciere alguna duda lo que con arreglo á ellas acabamos de proponer.

2.^o Además de los hijos de familia, dispone la ley 1.^a, tit. viii, lib. x, Novis. Recop., que no pueda prestarse ni venderse al fiado á los estudiantes sin licencia ú orden de los que los tuvieren en el estudio, y que lo prestado ó fiado de otra manera no pueda exigirse de ninguno de ellos.

3.^o Tampoco podrá repetirse lo prestado ó fiado aun á mayores de edad, á pagar cuando se casaren, ó heredaren ó sucedieren á un mayorazgo, ó tuvieren mas rentas, como puede verse en la ley 17, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.

4.^o Igualmente no quedan obligados los que están al frente de un establecimiento de comercio ó de otro cualquiera, de orden ó con autoridad de sus principales, por las cantidades que tomaren prestadas en nombre de éstos, ó por su mandato, y aun sin éste, si lo prestado se convirtió en utilidad del comitente. Ley 7.^a, tit. 1, Part. 5.^a

5.º Finalmente, tampoco puede demandarse lo que se hubiere prestado á Iglesias, Concejos, Comunidades y menores de veinticinco años, sino en el caso de que se pruebe que las cantidades recibidas por éstos se invirtieron en utilidad ó provecho de los mismos y no en su daño, como dispone la ley 3.ª, tít. 1, Part. 5.ª; para lo cual nos parece mas acertado que antes de hacerse el préstamo se acredite ante el juez la utilidad que, tanto á los menores como á las mencionadas corporaciones, se les sigue de tomar prestadas las cantidades que se suponen necesarias para sus atenciones.

Fuera de este caso en que, para asegurarse el prestamista de las contingencias á que espone sus caudales, conviene que preceda al préstamo la solemnidad que hemos indicado, en los demás en que no existen tales peligros, podrá de cualquier modo verificarlo, aunque siempre es conveniente exigir del que recibe prestado la correspondiente cautela ó resguardo, á fin de conseguir con mayor facilidad su cobro.

Mas para que pueda éste ser eficaz desde luego, deberá contener el escrito que se otorgue, la renuncia de la *excepcion de la no entrega* que las leyes conceden al deudor: pues de otro modo, podría negarse éste al pago de la cantidad si se le pidiera antes de transcurrir el tiempo que las mismas leyes tienen señalado.

Qué razones habrán obligado al legislador á esta medida, las espondremos en el siguiente párrafo.

§. VI.

Cuándo el que aparece deudor podrá negarse al pago, y origen de la obligacion llamada por los romanos literal.

Aun cuando setenga por mas ventajoso el préstamo que se consigna en escritura pública, que no el que conste por un simple *vale* ó *recibo*, y mas aun que el hecho á la *verbal*, sin embargo, no por ello puede contarse por un crédito seguro si no consta que se hizo en el acto la entrega de la cosa, ó si, aun cuando conste, no aparece en el es-

crito la renuncia de la *escepcion de la no entrega ó non numeratæ pecuniæ* que establecieron los romanos.

No resultando así, la legislacion actual presume que el deudor no recibió la cantidad que aparece en el documento, á no haber trascurrido dos años desde la fecha del préstamo, durante los cuales pudo el deudor si no la hubo recibido, gestionar para que se le devolviera el documento ó se le entregara la cantidad que en él apareciere.

Cuando, pues, antes de este tiempo se le pidiera al deudor esta cantidad, podrá negarse á su pago oponiendo la escepcion ya espresada, y quedará en el acreedor la obligacion de haber de probar su entrega, á no ser que el deudor hubiese renunciado á dicha escepcion en el mismo documento ó en otro separado, que entonces le pertenece á éste el probar de que realmente no se le habia entregado, como así consta de la ley 9.^a, tít. 1, Part. 5.^a

La razon que ha tenido el legislador para tomar esta medida, es el suponer por una parte, que el hombre necesitado, como que va á recibir un favor del prestamista, está siempre dispuesto á dar el recibo del dinero ofrecido, aun antes de haberlo recibido, y por otra, el que hay hombres de tan mala fé que, aprovechándose de la franqueza del otro, dejarán de verificar la entrega, y pedirán despues la deuda como si la hubieran realizado.

Pero así como la ley ha supuesto en favor del deudor, que no ha recibido la cantidad que confiesa en el documento, y bajo este supuesto le da dos años de tiempo para enmendar este defecto; tambien supone, y con razon, que el que durante este tiempo no ha hecho gestion alguna para acreditarlo, ha de haber recibido la cantidad que aparece en el escrito, y con tal presuncion, establece en su vista contra éste una obligacion que, por estar fundada en la confesion que consta en el escrito, ó vale que dió, fué llamada por los romanos *literal*, dándose con ello origen al contrato de este nombre.

Sobre él se ha levantado una voz general por parte de los jurisconsultos modernos, combatiendo todos su creacion; pero mientras no presenten el modo de ocurrir al mal que

con razon se teme en el caso indicado, todos sus argumentos se estrellarán contra la prevision del legislador.

El decir que todas las demás escrituras prueban desde el acto que se otorgan, es porque la ley no ha visto en ellas el peligro que ve y advierte en las escrituras de préstamo, y al cual ha creído que podia ocurrir estableciendo este remedio.

Tambien alegan que nadie es tan necio que adelante recibos sin tener una confianza bien justificada del otro; pero y cuando ocurra que haya un hombre prudentemente confiado que lo hubiese adelantado, ¿se le ha de dejar abandonado obligándole al pago de la cantidad, y no ha de haber medio para castigar á aquel que abusó de la buena fé del otro que se fió de él!

Por último, añaden, que es el colmo de la iniquidad el obligar á uno, pasados los dos años, al pago de una cantidad que tal vez no haya recibido, sin admitirle pruebas que podia presentar para esta justificacion; y no ven los que así se espresan que, además de no ser creible que si no se hubiese recibido la cantidad hubiera dejado de reclamarse, tambien hay créditos que pudieran justificarse, y sin embargo se pierden, solo porque han trascurrido tres años sin pedirse, como lo son todos aquellos que se prescriben por el tiempo indicado.

Por lo demás, confesamos, como ellos, que es muy impropia la denominacion de *literal* que se da á este contrato, debiéndose calificar mas bien como un *préstamo escriturado*, cuyo valor no puede exigirse hasta pasados dos años, si no consta en él la renuncia de la *escepcion de la no entrega* que el prestamista tiene derecho á exigir que se incluya, si realmente ha entregado la cantidad y el escribano da fé de haberlo verificado.

No teniendo, pues, este acto otra consideracion que la de un préstamo, regirá en él todo cuanto hasta el presente se ha dicho, y producirá igualmente los mismos efectos, de los cuales trataremos en el párrafo siguiente.

§. VII.

Efectos del préstamo mútuo.

Los efectos del préstamo mútuo son dos: 1.º Adquirir el mutuuario el dominio de las cosas recibidas: 2.º Quedar éste obligado á devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad. Ley 2.ª, tit. 1, Part. 5.ª (1).

Con respecto al primer efecto, bastará para comprender su existencia citar la ley 10 del mismo título y Partida, la cual dice que *tiene tal fuerza el préstamo, que luego que pasa la cosa á poder de aquel á quien fué prestada, debe corresponder á él su pérdida ó deterioro de cualquier modo que acaezca, aun cuando sea por caso fortuito*: no teniendo que responder á nadie del uso que hiciere de ella, ni aunque pereciese por su negligencia ó descuido, porque nadie presta la culpa en cosas que le pertenecen por título de dominio.

Con respecto al segundo efecto, el modo de cumplir el mutuuario con la obligacion que contrae, lo espresaremos bajo los números siguientes:

1.º Haber de devolver al prestamista la cosa prestada, en otra igual en cantidad, calidad y bondad, *ú otra tanta, é á tal, é tan buena como aquella que se le prestó*, segun dice la ley 2.ª, tit. 1, Part. 5.ª (2).

Sin embargo, si conservara en su poder la misma cosa que se le entregó y ésta no se hubiere deteriorado, cumplirá con la obligacion, devolviéndola al que se la prestó.

2.º Cuando sea imposible restituir otro tanto de la misma especie y calidad, entregará el deudor su precio, regulado por el que tuviera la cosa prestada, en el lugar y tiempo en que debe hacerse la entrega, si es que se hubiere fijado; y cuando no, ha de atenderse para su regulacion al lugar y tiempo en que la demandare el acreedor. Leyes 2.ª y 8.ª, tit. 1, Part. 5.ª (3).

(1) Art. 1644.

(2) Art. 1644.

(3) Art. 1647.

3.º Si lo prestado fuese dinero por cantidad determinada, se devolverá igual cantidad numérica que la que se recibió, arreglándose al valor legal que tuviere la moneda al tiempo de hacerse el pago, con tal que éste no sea todo en vellon ó calderilla, sino en la parte que permiten las leyes, segun se manifestó en el §. VI, sec. 1.ª: pero si el préstamo se hizo sobre monedas específicamente determinadas, deberá pagarse en la especie pactada, ó en monedas del mismo valor, peso y ley que corria al tiempo del contrato, como disponen las leyes 18 y 19, tit. 1, lib. x, Novísima Recopilacion (1).

4.º Si el préstamo fuere de las otras cosas fungibles ó de una cantidad de metal no amonedado, se devolverá otra cantidad igual á la recibida y de la misma especie y calidad, aunque en el intermedio desde que se hizo el préstamo hubiera sufrido alteracion en su precio (2).

5.º La restitution ha de hacerse en el tiempo y lugar convenidos, segun dispone la ley 8.ª, tit. 1, Part. 5.ª, y á falta de pacto que lo determine, ha de tenerse presente que, con respecto al tiempo, deberá verificarse la entrega á los diez dias despues de reclamarla el acreedor, como explica Gregorio Lopez en la glosa 6.ª á la ley 2.ª, tit. 1, Partida 5.ª, é indicamos ya nosotros en el §. III, lec. 5.ª, que juntamente con el §. V deberá consultarse, por los muchos casos ó cuestiones que en ellos se resuelven (3): y si nada se hubiera pactado acerca del lugar, deberá verificarse en el del contrato, ó en el domicilio del deudor, pero sin perder de vista lo que sobre este mismo punto dijimos en el §. V, lec. 6.ª, sec. 1.ª.

6.º Si el mutuuario no entrega la cosa en el tiempo y lugar debidos, está obligado á pagar la pena que hubieren estipulado los contrayentes, ó en caso de no haberse puesto ninguna, á indemnizar al mutuante de los daños y perjuicios sufridos. Ley 10, tit. 1, Part. 5.ª

De este contrato, como unilateral, solo nace una *accion*, que es la que compete al mutuante contra el mutuuario

(1) Art. 1096.

(2) Art. 1645.

(3) Art. 1646.

para que restituya la cosa en los términos que hemos manifestado; pero no por ello hemos de decir que se halle libre el mutuante del cumplimiento de algunas obligaciones, sino por la naturaleza del contrato, al menos incidentalmente ó con motivo de su celebracion, las cuales podremos reducir á los puntos siguientes:

1.º El de haber de guardar los pactos que se hubieren puesto en el contrato de mútuo.

2.º El tener que manifestar los defectos y malas cualidades que tuviere la cosa prestada; pues de lo contrario será responsable de los daños que por su silencio se le causaren al mutuuario.

3.º El haber de recibir la deuda, cuando ésta fuere satisfecha por el deudor en el modo, tiempo y lugar convenidos, y aun antes de llegar el plazo que se hubiere estipulado, siempre que éste se supusiera puesto en favor del deudor, porque si lo fuere en favor del acreedor ó de éste y del deudor, como sucede en el préstamo con interés, entonces deberá pagarse en el plazo señalado, como puede verse en el §. V, lec. 5ª, en donde aparecen resueltos los casos mas principales que pueden ofrecerse sobre las obligaciones á plazo.

4.º Finalmente, no puede exigir intereses por el préstamo si no se hubiere pactado, ó si el deudor no hubiese sido moroso en el cumplimiento de la obligacion; pero si que podrá exigirlos en estos dos casos, empezando en este último su derecho desde el dia en que incurrió el deudor en mora ó tardanza, como establecen las leyes, de lo cual trataremos en el párrafo siguiente.

§. VIII.

Doctrina de las leyes sobre el préstamo mútuo con interés.

Aunque el contrato de mútuo es por su naturaleza gratuito, por razon de no estar tenido el mutuuario en fuerza de él, sino á devolver otro tanto de la misma especie y calidad, segun queda manifestado, sin embargo, está permitido pactar el que hayan de pagarse intereses, para indem-

nizarse el prestamista de los perjuicios que puede experimentar por la privación de la cosa que presta.

En esta proposición se halla comprometida la doctrina que nosotros profesamos sobre un punto del que tanto se ha escrito, y que nadie, á nuestro parecer, ha colocado en su verdadero terreno, para saber si pecaron de exceso las leyes antiguas, tanto civiles como canónicas, condenando el interés que se permite pactar en este contrato, ó si por el contrario obraron dentro de los límites de la justicia y conveniencia pública, decretando su prohibición.

Con la proposición que nosotros sentamos se consigue el que pueda sostenerse la legitimidad de los intereses en el contrato de mútuo y la inmoralidad en exigirlos indistintamente, que es lo que nos parece que han podido justamente condenar las leyes.

No diremos que acertaran en la elección de las penas, porque son otros los principios á que debemos atenerlos para juzgarlo; pero si diremos, que el pensamiento de aquellos legisladores fué un pensamiento benéfico, cual lo era el acto que lo inspiraba.

En efecto, sostener que por razón del mútuo pueden exigirse intereses, es querer poner en venta todos los oficios de beneficencia, y sustraer á los hombres del cumplimiento de la ley natural que nos manda ser benéficos con nuestros prógimos, dispensándoles graciosamente nuestros servicios cuando estemos en posibilidad de hacerlo y ellos los exigen de nosotros como hermanos; y si por prestar estos servicios no vale la comodidad ó utilidad que experimenta el favorecido, ni las privaciones y perjuicios de los que los ponen en práctica para exigir por ellos un precio material, ¿habrá de valer en el mútuo, no encontrándose diferencia entre este acto y los demás que abraza la virtud de la beneficencia?

Tal es nuestro pensamiento, que no desenvolvemos mas, por no permitirlo los estrechos límites de esta obra. Solo diremos, que oficio de beneficencia y retribución son dos cosas que se contradicen. Llámese al préstamo *alquiler de riqueza* ó *venta de servicios*, y estaremos conformes

con las ideas que sobre la legitimidad del interés han emitido los economistas.

Por no haberse distinguido estos actos, se ha dado lugar á muchas aberraciones y á que se condenaran doctrinas que pudieran defenderse en sus respectivos límites, pero que son erróneas cuando se generalizan.

La doctrina, pues, según los principios sentados, es que en el mútuo no pueden exigirse intereses por razón del contrato: si se exigen ó se pactan degenerará ya en otra obligación y habrá de regirse por leyes propias y no por las leyes generales del mútuo, que por su naturaleza es gratuito.

Tal nos parece que fué el espíritu de las leyes antiguas al condenar el interés en éste contrato; y por lo mismo, los que al dar dinero prestado quieran usar de él no como materia de un contrato de beneficencia, sino como materia comerciable, ó como signo de riqueza y objeto del cámbio, podrán exigir intereses por su uso, con tal que no se aparten de lo que prescriban las leyes.

De éstas encontramos la 22, tit. 1, y 5.^a, tit. VIII, lib. x, Novis. Recop., que disponían el que no pudiera percibirse mas de un cinco por ciento por las cantidades prestadas, y de un seis por ciento en operaciones de comercio, lo cual confirmó despues el Código mercantil, como consta del artículo 398: pero la codicia de ciertos hombres no tiene límites; y creyéndose perjudicados si solo percibían los intereses que tasaban las leyes, apelaron á varios subterfugios para eludirlas.

De aquí las *mohatras* y *trapazas* que con razón prohibió la ley 5.^a, tit. XXII, lib. XII, Novis. Recop.: el *préstamo en mercaderías* representando una cantidad, reprobado justamente por las leyes 24, tit. 1, y 3.^a, tit. VIII, lib. x, Novis. Recop.: las ventas á *carta de gracia* figurando varios pactos, cuyos abusos en general denunciarnos en el §. VI, lec. 10, y espresó en un caso particular la ley 2.^a, tit. XXII, lib. XII, Novis. Recop.: el *pacto comisorio*, calificado como contrario á las buenas costumbres por la ley 12, tit. XIII, Part. 5.^a; y otros varios que seria difícil enumerar.

Semejantes manejos exigian alguna medida general que los cortara de raíz, y se quitara á los hombres todo pretexto para infringir la ley que se diera, ya que no se aplicaban las penas contra los que se valian de tales medios para exigir mayores réditos que los permitidos; y al efecto, en 14 de Marzo de 1856, publicóse la ley sancionada en 7 del mismo, en la que, despues de declarar abolida la tasa del dinero y con derecho los contrayentes para pactar el abono del interés en que convinieren, se establecen ciertas reglas para poder hacerse efectivo su pago, las cuales son las siguientes:

1.^a El haber de constar por escrito el pacto en virtud del cual se pidan los intereses, bajo pena de nulidad en caso contrario ó de no producir efecto el que se alegare para exigirlos; reputándose por interés toda prestación que se pactare á favor del acreedor.

2.^a Que en el préstamo de cosas fungibles que no sean dinero, aunque pueda pactarse libremente el interés que haya de abonarse, sin embargo su tasa y pago se ha de hacer en la misma especie que ha de devolverse, como si por ejemplo, si lo prestado fuese trigo, la cantidad que se tase por réditos ha de ser tambien en trigo, del mismo modo que su pago.

Con este motivo, somos de parecer que conservan todavía su fuerza las leyes 4.^a y 5.^a, tit. viii, lib. x, Novísima Recopilacion, al menos en cuanto á lo que se prescribe en ellas, sobre la restitution de las especies prestadas; así como por el contrario creemos abolida la ley 7.^a, tit. xi, libro x, Novis. Recop., en cuanto permite que puedan pagarse en dinero á la tasa el trigo que los labradores hubieran recibido prestado durante el año para la siembra ú otras necesidades.

3.^a Que para el cálculo de interés del capital debe servir de norma el año civil.

4.^a Que, aunque se hayan pactado réditos, si el acreedor diere recibo del capital sin reservarse el derecho á los intereses estipulados, se entiende estinguida la obligacion del deudor con respecto á ellos.

5.^a Que durante el término del contrato, los intereses

vencidos y no pagados no pueden devengar interés, y solo trascurrido el plazo se permite que los liquidados y no satisfechos puedan capitalizarse, y sobre este aumento de capital pactar de nuevo réditos, cuyo pacto ha de constar igualmente por escrito.

6.^a Que para el caso en que se pidan réditos por haberse constituido en mora el deudor ó por otra de las demás causas que determinan las leyes, como pudiera suceder que el préstamo se hubiera celebrado sin pago de interés, el Gobierno, segun dice la ley en su último artículo, fijará al principio de cada año el interés legal que haya de abonarse; considerándose mientras tanto como legal el de seis por ciento al año.

Todas estas reglas se han tomado del proyecto del nuevo Código (1), escrito sobre las ideas de aquellos que creen necesaria la libre tasa del interés para evitar que especuladores impíos puedan abusar como hasta aqui, valiéndose de varios fraudes para eludir las leyes que ponian freno á su codicia.

¡Ojalá no sean necesarias otras disposiciones para corregir los abusos que de nuevo se cometieren, y pueda conciliarse el interés de una negociacion con la necesidad en que se halla un padre de familias que acudiere al rico para su remedio!

No obstante esta amplitud, continúan los que llamaremos usureros, aunque en el Código penal vigente no se encuentre colocada la *usura* en la categoría de los delitos, ejerciéndola de un modo horroroso; habiendo personas dedicadas á este inicuo tráfico que, despues de asegurarse con prendas de mucho valor, exigen un sesenta por ciento lo menos, ó un real mensual por cada duro que prestan, sin sujetarse á ninguna de las prescripciones de la nueva ley, y en quienes debian aplicarse severamente las penas que el Código penal establece sobre las casas de préstamos con prendas, de que haremos una ligera indicacion en el párrafo siguiente.

(1) Arts. 1649 hasta el 1655.

§. IX.

Disposiciones sobre las casas de préstamos sobre prendas.

Aunque nada hay que pueda oponerse al objeto que se anuncia con el título de *Casas de préstamos sobre prendas*, porque sin duda debe ser el que con una módica retribucion hallen siempre recursos las personas necesitadas, para atender á sus urgencias; sin embargo, como puede fácilmente abusarse, aun supuesta la libertad de la tasa ó del premio del dinero prestado, parecia conveniente que la autoridad politica interviniese en estas *casas ó establecimientos de préstamos*, para evitar las estafas y engaños que pueden y suelen cometerse á la sombra de una contratacion de por sí licita y honesta.

Así al efecto lo han decretado las leyes, y para conseguirlo, ha dado el Código penal las disposiciones siguientes:

1.ª Que, para dedicarse habitualmente al ejercicio de esta industria, haya de obtenerse antes la licencia de la autoridad, que deberá ser la del Gobernador civil de la provincia, aunque el art. 464 del Código penal que lo establece, no espresa cuál sea á la que haya de acudir para obtenerla. A los que faltaren á esta disposicion se les impone la multa de 20 á 200 duros.

2.ª Que el que se ocupe en prestar sobre prendas ú otras seguridades, haya de llevar libros con toda formalidad, asentando en ellos sin claros ni entrerenglonados las cantidades prestadas, los plazos, los intereses, los nombres ó domicilios de las personas que las reciban y la naturaleza, calidad y valor de los objetos dados en prenda; siendo castigado con la multa de 100 á mil duros, cualquiera que faltare á estas formalidades, haya ó no obtenido el prestamista licencia de la autoridad, y debiendo caer en comiso las cantidades prestadas. Art. 465.

Es de advertir, aunque el Código penal no lo espresa, que esta disposicion no comprende á los establecimien-

tos públicos que, con el nombre de *Cajas de ahorros*, de *Montes pios*, de *Sociedades de crédito*, prestan á interés á los que piden prestado sobre prendas ú otras seguridades, porque estos establecimientos tienen ya sus reglamentos especiales, y los abusos que cometan sus directores ó administradores son castigados con las penas que se imponen contra los empleados públicos, en cuya clase son considerados, segun el art. 331 del citado Código.

3.^a Que el prestamista haya de dar resguardo de la prenda ó seguridad recibida, bajo la multa en caso contrario del duplo al quintuplo de su valor, y de caer en comiso la cantidad prestada, como dispone el art. 466, sin perjuicio de ser castigados con penas mayores, en el caso de negar la prenda ó de apropiársela ó distraerla, segun consta de los artículos 437, 438, 449 y 452 del Código penal.

Con la doctrina que acabamos de esplicar sobre las casas de préstamos, nos parece haber comprendido lo mas necesario para saber en qué consiste la naturaleza del *préstamo de consumo* ó *mútuo* y sus efectos; y solo falta que veamos brevemente bajo el mismo orden, cuál sea la del *préstamo de uso* ó *comodato*, de que nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

§. X.

Naturaleza del préstamo de uso ó comodato, y sus requisitos.

Se entiende por *comodato*, segun las leyes 1.^a y 9.^a, tit. II, Part. 5.^a, un *contrato real por el que uno entrega á otro gratuitamente una cosa no fungible, para que se sirva de ella para cierto tiempo ó para un uso determinado, y la devuelva concluido el uso ó el tiempo por que se concedió.*

La persona que da la cosa para que otro la use, se llama *comodante*; y la que recibe, *comodatario*.

De esta definicion y de la denominacion que damos á las personas que intervienen en este contrato, se infiere:

1.^o Que el *comodatario* solo recibe la cosa para usarla, debiéndola devolver al *comodante* concluido su uso, y por

lo mismo continúa en éste el dominio y propiedad sobre ella, como igualmente la posesion, segun espresa la ley 1.^a, tit. VIII, lib. XI, Novis. Recop.

2.^o Que, continuando el dominio en el *comodante*, si pereciese la cosa por alguna casualidad, no puede reclamar su valor del *comodatario*, á no haber habido culpa de parte de éste, ó se hubiera pactado que prestara él el caso fortuito.

3.^o Que la utilidad que resulte de la cosa durante el tiempo que la tenga en su poder el *comodatario* en fuerza del contrato, le pertenece á éste, sin que por ello haya de abonar precio ni retribucion alguna, por ser un contrato gratuito.

Con lo dicho podremos comprender cuáles son los requisitos esenciales del *comodato*; pero para que á primera vista aparezca mas determinada su naturaleza y podamos distinguirlo de otro cualquier contrato con quien pudiera haber alguna semejanza, los espresaremos con separacion.

Requisitos esenciales del comodato.

Estos son los siguientes:

1.^o Que la cosa sea de las que no se consumen por el primer uso que se haga de ellas.

2.^o Que haya de haberse entregado al *comodatario*.

3.^o Que el titulo por que se entregare sea gratuito.

4.^o Que haya de devolverse la misma cosa concluido su uso.

5.^o Que las personas tengan capacidad para obligarse.

Considerado el primer requisito, desde luego aparece la diferencia entre el *comodato* y el *mútuo*; la cual consiste, en que éste recae sobre cosas *fungibles* ó que no pueden servir al uso á que están destinadas sin consumirse, como son, *trigo, vino, aceite, etc.*, en lugar que el *comodato* se refiere á cosas *no fungibles*, ó que sirven al uso que están destinadas, sin consumirse, como un caballo ó cualquiera de las demás cosas llamadas *muebles*.

Esto no impide que á veces sean objeto del *comodato* las cosas *fungibles*, como en el caso de que se dieren para que

sirvieran de muestra á otro, ó para pompa y ostentacion, segun espresó la ley 5.^a al final, tit. vi, lib. xiii del Digesto, y de ello presenta la ley siguiente de este mismo título el ejemplo del dinero entregado *numerationis causa*, y no para que se sirva el *comodatario* de él como en el *mútuo*.

Tambien se diferencia del *mútuo* en que en éste se hace dueño de la cosa el que la recibe prestada, al paso que en el *comodato* continua siendo dueño de ella el *comodante*, segun espresa la ley 1.^a, tit. i, Part. 5.^a

Finalmente, se diferencia del *arrendamiento* en que el *comodato* se hace por *gracia* que dice la ley 1.^a, tit. ii, Part. 5.^a, y solo se constituye responsable el *comodante* de los daños causados al *comodatario* por los vicios de la cosa cuando sabiéndolos no los manifestó; en lugar que el *arrendamiento* se hace por un *precio* y tiene que indemnizar el dueño de la cosa al *arrendatario* por los vicios ó defectos que ésta tuviere, aun cuando los hubiera ignorado. Ley 14, tit. viii, Part. 5.^a

Además, los requisitos tercero y quinto espresan, el uno la necesidad de la entrega, sin la cual no contrae obligacion el *comodatario*, segun se ha dicho del *mútuo*, y el otro tiene por objeto hacer ver que, sin la capacidad en las personas, no producirán ningun efecto las obligaciones que nacen de este contrato.

Cuáles son éstas, lo manifestaremos en los párrafos siguientes, empezando por las que tiene que cumplir el *comodatario*.

§. XI.

Obligaciones del comodatario.

Varias son las obligaciones que tiene que cumplir este contrayente por su parte; pero las principales que establecen las leyes son las siguientes:

1.^a Cuidar de la cosa aun mas que si fuese suya, como dice la ley 2.^a, tit. ii, Part. 5.^a, ó prestar la *culpa levisima*, segun espresion de los jurisconsultos, si se hizo el *comodato* por gracia y provecho del *comodatario*. Si se

hizo por beneficio de ambos contrayentes, la *leve*; y si por consideracion mas bien al comodante que al comodatario, no responde éste de la cosa, á no ser que la dejara perder *engañosamente*; lo cual esplican los jurisconsultos diciendole, que debe prestarse entonces la *culpa lata* y el *dolo*.

Así lo dispone la ley 2.^a, tit. II, Part. 5.^a, que deberá consultarse, al menos para saber con los ejemplos que se citan, cuándo puede ser la utilidad del que dá ó de entrambos (1).

2.^a Abonar de su cuenta los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservacion de la cosa prestada, tales como, si fuera un *caballo* lo prestado, satisfacer los gastos de la comida ó mantenimiento. Ley 7.^a, tit. II, Part. 5.^a (2).

3.^a No servirse de la cosa sino para el uso á que fué destinada por la convencion, ó en defecto de ésta, para el que se aplique segun la costumbre de la tierra.

Si la emplease en otro uso y de sus resultas se desmejorase ó pereciere aun cuando fuere por caso fortuito, tendrá que pagar su valor ó indemnizar al comodante de los daños y perjuicios. Ley 3.^a, tit. II, Partida 5.^a (3).

4.^a Tambien responde de la pérdida de la cosa por *caso fortuito*, si éste acaece estando usando de ella en distinto lugar que el convenido, ó en tiempo en que no debia, ó cuando se obligó á todo evento á responder de la misma, ó se perdió al remitirla con persona de poca confianza, como puede verse en las leyes 3.^a y 4.^a, tit. II, Partida 5.^a; ó finalmente, cuando en un *incendio*, *inundacion*, etc. salvó el comodatario todo lo de su propiedad y perdió solo lo prestado, segun dispone la ley 5.^a, tit. V, libro V del Fuero Juzgo.

En el caso que salvara solo parte de sus cosas y perdiere la prestada, debe pagar al comodante la parte que el juez regule, así como si perdió sus cosas y se salvaron las prestadas, tendrá derecho el comodatario á que se in-

(1) Art. 1634.

(2) Art. 1633.

(3) Art. 1634.

demnice con lo que se salvó, como añade la ley citada (1).

5.^a Devolver al comodante la cosa, concluido el tiempo ó el uso para que fué dejada; no pudiéndola retener por título alguno, á no ser por los gastos extraordinarios ó urgentes hechos en ella despues de prestada. Ley 9.^a, título VIII, Part. 5.^a (2).

Si no se hubiese señalado tiempo ni determinádose su uso, deberá estarse al que el juez designase segun el objeto del préstamo, en vista de la instancia del comodante.

6.^a Cuando hubiera fallecido el comodatario antes de devolver la cosa, deberá restituirla el heredero que la tenga en su poder, y si siendo muchos hubiere perecido por culpa, será de todos la obligacion de pagar á prorata su valor, del mismo modo que habiéndose dejado á dos ó mas, debe cada uno pagar su parte, si no se ha convenido que fuera solidaria la obligacion. Ley 5.^a, tit. II, Partida 5.^a (3).

En todos los casos en que haya de verificarse la restitution, juntamente con la cosa se habrán de hacer las indemnizaciones á que diere lugar la conducta del comodatario por no haberla entregado á su tiempo al comodante, quien á la vez está tenido á varias obligaciones que manifestaremos en el párrafo siguiente.

§. XII.

Obligaciones del comodante.

Las obligaciones del que da en comodato son las siguientes:

1.^a No puede repetir la cosa prestada sino despues de concluido el uso para que la prestó. Sin embargo, si antes de estos plazos sobreviene al comodante alguna necesidad extrema ó urgente, podrán los tribunales á instancia de éste ordenar la restitution. Ley 9.^a, tit. II, Part. 5.^a (4).

(1) Art. 1635.

(2) Art. 1638.

(3) Art. 1639.

(4) Art. 1640.

2.^a Debe advertir al comodatario, si lo sabe, los vicios que tenga la cosa, de modo que si conociéndolos no le previno de ellos, tendrá que responder á éste de los daños que por aquella causa hubiere sufrido. Ley 6.^a, tit. II, Partida 5.^a (1).

3.^a Ha de abonar las espensas extraordinarias causadas durante el contrato para la conservacion de la cosa prestada, tales como los gastos de medicinas para la curacion del caballo prestado, como dice la ley 7.^a id.; añadiendo á ello muy oportunamente el nuevo Código, que antes de hacerse estos gastos haya de ponerlo el comodatario en conocimiento del comodante, á no ser que fueran tan urgentes que no pueda anticipar el aviso sin grave peligro (2).

4.^a Si por haberse perdido la cosa en poder del comodatario hubiera abonado éste su valor, y despues la encontrara su propio dueño, deberá éste devolver á su eleccion la cosa ó el precio: pero si otro que no fuese su dueño la hallase, la podrá demandar aquel que la perdió como si fuera suya, porque él tenia dado ya su precio al dueño. Ley 8.^a, tit. II, Part. 5.^a

Tales son las obligaciones del comodante y comodatario. Unas y otras pasan á sus herederos respectivos, á no ser que se hubiera prestado la cosa en contemplacion á solo la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de éste no tienen derecho para continuar en el uso de la cosa prestada (3).

No siendo asi, ejercerán unos y otros sin restriccion el derecho que les competa utilizando para ello la accion correspondiente, que será, una de parte del comodante y sus herederos contra el comodatario y los suyos para el cumplimiento del contrato, la cual se llama *directa* por nacer inmediatamente á su celebracion, y la otra que se llama *contraria*, ó que no nace sino en virtud de un hecho posterior al contrato, la cual corresponde al comodatario y sus herederos contra el comodante y los su-

(1) Art. 1643.

(2) Art. 1642.

(3) Art. 1632.

yos para la indemnizacion, en lós casos que hemos manifestado.

Además de las dos especies de préstamo que hasta aqui hemos examinado, existe otra que tiene mucha analogía con el comodato, la cual es conocida con el nombre de *precario*.

En qué consista éste, y cuáles son las cualidades que le distinguen de las demás especies de préstamos, lo manifestaremos en el párrafo siguiente.

§. XIII.

Qué sea precario, y sus diferencias del comodato.

Se entiende por precario, *una especie de préstamo por el cual se concede á instancia de alguno el uso de alguna cosa revocable á voluntad de su dueño.*

Se diferencia del comodato en que en este contrato no puede el comodante repetir la cosa prestada sino hasta despues de acabado el tiempo ó el uso porque se concedió; al paso que en el *precario* se puede repetir siempre que quiera su dueño, aun cuando se hubiera prestado la cosa con señalamiento de tiempo, segun consta por varias leyes del derecho romano.

Además se diferencia del comodato, en que en éste puede prestarse aun hasta la *culpa levísima*, segun se ha dicho en el §. XI, y en el *precario*, como es tan poco consistente ó tan débil el beneficio que se concede, pues puede pedirse la cosa á poco que se haya entregado, solo se prestará la *culpa lata* y el *dolo*.

El *precario* puede tener lugar tanto en las cosas muebles como en las inmuebles, y aun hasta en las cosas incorporeales, como por ejemplo, en las *servidumbres*, en que es muy frecuente pedir al dueño de un campo el que permita al del inmediato el paso por su heredad, con motivo de ciertas labores ó cualquiera otra necesidad.

Mas, cualquiera que sea la cosa cuyo uso se conceda por este titulo, como éste únicamente se tiene por gracia ó tolerancia de su dueño, no parece que deba producir alguna obligacion, al menos tan estrecha como la que se pro-

duce por los demás préstamos, que por esto no encontramos por derecho romano que hubiera ninguna accion de este nombre, sino que únicamente se conocia el interdicto de *precario*, á no ser que hubiera mediado alguna caucion sobre la restitution de la cosa, que entonces ó se produce la accion *ex stipulatu*, ó la *in factum* ó *ex prescriptis verbis*, segun que se hubiere constituido en virtud de estipulacion ó de un pacto.

Como en nuestro derecho no existe ley alguna que establezca la jurisprudencia que haya de seguirse en esta materia, se consultará en las cuestiones que puedan promoverse, al tit. XXVI, lib. XLIII del Digesto, en donde encontraremos la doctrina del *precario*, tal como la entendieron los romanos; la cual puede aplicarse en los casos en que tenga lugar este préstamo entre nosotros, siempre que no se oponga á alguno de los principios admitidos en nuestra legislacion; y supliéndose en lo demás con la autoridad del juez, á quien pertenece moderar, segun las reglas de equidad, las pretensiones indebidas de los que dieron ó recibieron en *precario* algunos objetos.

LECCION DECIMASEPTIMA.

Del contrato de depósito.

RESÚMEN-

§. I. Razon del método.—§. II. Aceptacion general de la palabra *depósito*, y sus clases.—§. III. Naturaleza del depósito como contrato, y cosas que son su objeto.—§. IV. Cómo se forma el depósito voluntario, y entre qué personas puede tener lugar.—§. V. Obligaciones del depositario.—§. VI. Cuáles son las del deponente, y acciones que mutuamente pueden utilizarse.—§. VII. Cuándo tiene lugar el depósito necesario, y reglas por las que se gobierna.—§. VIII. Qué se entiende en general por *secuestro*, y sus clases.—§. IX. Naturaleza del secuestro *convencional*.—§. X. Cuándo tiene lugar el *judicial*, y por qué leyes se rige.—§. XI. En dónde han de depositarse los efectos á consecuencia de decreto judicial, y disposiciones que actualmente rigen.

§. I.

Razon del método.

No solamente es el *préstamo* el que proporciona al hombre medios para egercer los oficios de beneficencia para con sus semejantes.

Sabido es que las necesidades humanas son muchas y variadas; y si con los contratos que hasta aquí hemos examinado se han podido comprender algunos oficios con que suelen socorrerse los hombres, ora evacuando con desinterés los encargos y negocios de otro, como en el *mandato*; ora egerciendo algun acto de liberalidad, como en las *donaciones*, *promesas* y *cesiones*; ora en fin concediendo el

uso de una porcion de riqueza que, no porque se obligue el que la recibe á devolver lo mismo ú otro tanto de la misma especie y calidad deja de ser un beneficio, como en el *préstamo*; sin embargo, todavia hay otros medios además de los indicados por los cuales pueden prestarse mutuamente los hombres algunos otros ausilios.

La necesidad de tener uno que abandonar sus cosas á consecuencia de un viaje á que le obliga una enfermedad ú otro negocio grave; las atenciones inseparables de un cargo que le impiden procurar sus intereses con esmero; la diversa localidad en que se hallan las cosas que constituyen su patrimonio, no permitiendo ponerlas en paraje donde tenerlas en su poder, con otras muchas circunstancias que pudieran alegarse, todas son causas que pueden obligar á los hombres á encomendarlas al cuidado de otro para su conservacion.

El acto por el que esto se consigue es, depositándolas en manos de otra persona para evitar su destruccion; y con ello queda ya indicado el objeto de esta leccion, que no es otro sino el de fijar las reglas con que puede obtenerse el resultado que se promete el que confia sus cosas al cuidado de otro.

Mas, como para venir en conocimiento de estas reglas, nos interesa saber la naturaleza de este acto que llamamos *depósito*, daremos antes su definicion en general, expresando al mismo tiempo las clases en que se divide.

§. II.

Acepcion general de la palabra depósito, y sus especies.

La palabra *depósito*, que las leyes de Partidas espresaron con el nombre de *condesijo*, tomada en su acepcion general, no es mas que *el acto por el cual uno recibe la cosa ajena con la obligacion de guardarla y de restituirla en la misma especie* (1); ó como dice la ley 1.^a, tit. III, Partida

(1) Art. 1658.

5.^a, el acto por el que un ome da á otro su cosa en guarda, fiándose de él, cuya significacion conviene con la que le da la ley 1.^a, tit. III, lib. XVI del Digesto, de donde al parecer fué tomada.

Regularmente los autores de derecho solo se ocupan en dar la definicion del *depósito* considerándole desde luego como un contrato; pero, como no siempre se constituye á consecuencia de una convencion, nos ha parecido, siguiendo el método que adopta el nuevo Código, presentar primero este acto en su acepcion mas general, para que conocida su significacion pueda procederse con propiedad á hacerse su clasificacion, atendidas las causas que lo motivan, y el modo como se forma.

Especies de depósitos.

La ley 1.^a, tit. III, Part. 5.^a, nos dió una idea de las especies ó clases en que puede dividirse el depósito, cuando, despues de haberlo definido en general, añade que puede hacerse en tres maneras, á saber: la primera, *voluntariamente*; la segunda, por necesidad ó por causa de un suceso desgraciado, y la última con motivo de cuestiones sobre pertenencia de una cosa y de la falta de confianza en la persona en cuyo poder obra esta.

Mas, como la palabra general *depósito*, segun la hemos definido, no solo comprende los actos que proceden de un contrato, á cuya clase pertenecen las tres especies á que se refiere la ley de Partidas, sino que se estiende tambien al caso en que lo hubiere decretado el juez, nos parece que para que á primera vista aparezca ya el orden que hemos de guardar en esta leccion, se clasifique desde luego el depósito, dividiéndole del modo siguiente:

- 1.º En depósito considerado como contrato, y secuestro (1).
- 2.º El primero en voluntario y necesario (2).
- 3.º El voluntario en regular é irregular.
- 4.º El secuestro en convencional y judicial (3).

(1) Art. 1659.

(2) Art. 1662.

(3) Art. 1691.

Por este orden trataremos de cada una de estas especies, empezando por explicar la naturaleza del depósito considerado como contrato, que será la materia del párrafo siguiente.

§. III.

Naturaleza del contrato de depósito, sus requisitos, y cosas que son su objeto.

Otro de los contratos reales es el depósito, el cual puede definirse diciendo que es, *un contrato real y gratuito por su esencia* (1), *por el que uno entrega á otro una cosa para que la custodie, y la restituya en especie á aquel de quien la recibe, tan luego como la pida.*

El que da en depósito la cosa, se llama *deponente*: el que la recibe, *depositario*.

Se dice *contrato real* para manifestar que, mientras no intervenga la entrega de la cosa, aunque sea *fingida*, según la significacion que dimos á esta palabra en el §. IX, lec. 10, trat. II, no puede existir la obligacion que nace del depósito, y por lo mismo que no hay contrato de *depósito*; del mismo modo que tampoco habrá *mútuo* ni *comodato* si no hay entrega de la cosa, como observamos al tratar de esta circunstancia en los contratos expresados.

Se dice *gratuito por su esencia*, porque según la ley 2.ª, tit. III, Part. 5.ª y varias leyes romanas, si interviniese precio en dinero pasará á ser *locacion, conduccion ó arriendo de trabajo*; si otra cosa que no sea dinero, será un contrato inominado *do ut facias*, y si se estipularan réditos del dinero depositado, será un préstamo á interés.

Se dice *por el que uno entrega á otro una cosa*, ya para denotar que en el depósito no se da la cosa, ó no se trasfiere el dominio, ya tambien para indicar que solo son objeto de él las cosas que pueden entregarse.

Se dice *para que la custodie*, con lo cual se determina el objeto del depósito, y por el cual se distingue de los de-

(1) Art. 1660.

más *contratos reales*, en los que no se entrega la cosa para que se custodie, sino, ó para que pase al dominio del que la recibe, como en el *mútuo*; ó para que la use aquel á quien se presta, como en el *comodato*; ó para que sirva como garantía de un crédito, como en la *prenda*.

Se dice y la *restituya en especie*, con cuyas palabras le distinguimos del *mútuo*, en el que lo que se restituye es el *género*, segun lenguaje de la jurisprudencia; así como, si se hubiera pactado que hubiera de restituirse otra cosa cualquiera, seria un contrato inominado, *do ut des*.

Finalmente, se añade que la restitucion ha de hacerse á voluntad del deponente, porque el depósito regularmente se contrae en utilidad de éste, y por lo mismo solo él debe tener derecho para pedir la cosa cuando quisiere.

De la esplicacion que hemos dado de la definicion se infiere, que los requisitos esenciales del depósito son tres:

- 1.º Que intervenga la entrega de la cosa.
- 2.º Que se haga ésta con el objeto de guardarla ó para su custodia.
- 3.º Que se haya de devolver cuando se pida, aunque hubiere tiempo prefijado.

Este último requisito, juntamente con el primero, indican bien claramente, que el depósito no puede tener por objeto sino las cosas *muebles*, y así tambien lo establece el nuevo Código (1); pero á pesar de ello, no todos los jurisconsultos opinan de un mismo modo.

Lo que á nosotros nos parece es, que solo en sentido impropio puede admitirse el *depósito* de cosas inmuebles.

Muévenos á adoptar este medio el observar que, aunque generalmente en los Códigos solo se hace mencion de las cosas *muebles* al tratar del depósito, como es de ver en el tit. v, lib. v del Fuero Juzgo, y así aparece tambien en el tit. xv, lib. iii del Fuero Real; sin embargo, como la ley 2.ª, tit. iii, Part. 5.ª dice que *pueden darse en condesijo las cosas de cualquiera manera que sean*, hemos creído que no habia otro medio para conciliar esta diversidad

(1) Art. 1661.

que se nota en los Códigos citados, sino el que nosotros proponemos, mayormente cuando así lo da á entender la misma ley 2.^a de Partidas, al añadir que *propriadamente se dan mas en condesijo las cosas muebles que las otras*.

Aunque no es de grande interés esta cuestion, nos ha parecido hacer estas observaciones, por si es necesario resolver algunas cuestiones que pudieran suscitarse, particularmente cuando se trate de la *prestacion de culpas*, que es en la parte en que puede tener alguna aplicacion.

Visto ya en qué consiste el depósito propiadamente dicho, y las cosas que son su objeto, pasaremos á examinar el modo como se forma, el cual, no siendo uno mismo en todos los depósitos por depender de las causas que los motivan, hablaremos de cada uno de ellos con separacion.

§. IV.

Cómo se forma el depósito voluntario, y entre qué personas tiene lugar.

Para determinar el modo como se forma el *depósito voluntario*, llamado por otros *simple*, será preciso saber en qué consiste y cuáles son sus divisiones.

Se entiende por depósito voluntario, *aquel que se verifica por la sola voluntad de los contrayentes, sin haber habido alguna causa apremiante que obligase al deponente á prescindirse de la convención para realizarlo*.

Como se deja ver por la definicion, este depósito se forma por el consentimiento recíproco del deponente y depositario, como dice el nuevo Código (1); no porque en el que se llama *necesario* no entre como parte el consentimiento para que se constituya, sino porque en el primero es éste manifiesto y espreso, al paso que en el necesario se supone solo que se consiente, cuando pasados los primeros momentos de la desgracia no pide el depositario el ser relevado.

Uno y otro, pero mas propiadamente el voluntario, se divide en *regular* é *irregular*.

(1) Art. 1663.

Se llama *depósito regular*, aquel que consiste en cosas muebles, ó que aun cuando consista en cosas *fungibles*, se entregan éstas al depositario selladas, cerradas, ó con otros señales con que pueda acreditarse su identidad cuando se haya de devolver; é *irregular*, aquel que consiste en cosas *fungibles* que se entregan por *peso, número ó medida*, con la obligacion de haber de devolver el depositario otro tanto de la misma especie y calidad.

En el *depósito regular*, las cosas que se dan no pueden ni aun usarse por el depositario, al paso que en el *irregular* es convertido éste en dueño, con la obligacion expresada, como espresa la ley 2.^a, tit. III, Part. 5.^a

Algunos han confundido por esta causa el *depósito irregular* con el *préstamo mútuo*: pero, sin embargo, todavía encontraremos una diferencia muy notable entre uno y otro acto, la cual consiste en que en el *mútuo* el deudor se hace dueño de la cosa prestada; y como su objeto es que saque éste de ella la utilidad que se propone, no podrá exigirla al prestamista en cualquier momento.

Por el contrario, en el *depósito irregular*, aun cuando por la calidad de la cosa entregada y del modo como se entrega, se haga dueño el depositario, sin embargo, el beneficio de este contrato es para el que entrega, y puede exigirse en cualquier tiempo, por más que el depositario estuviera autorizado para aprovecharse de la cosa.

Esta misma diferencia entre *mútuo* y *depósito irregular*, se halla apoyada en la ley 9.^a, tit. III, Partida 5.^a, al resolver, que en caso de concurso de acreedores, el que deposita una cosa que consiste en *peso, número ó medida*, es preferido á los acreedores simplemente personales, pero no á los hipotecarios ó reales y mucho menos á los singularmente privilegiados: mas, si las cosas depositadas no fueren de aquellas que se dan por *número, peso ó medida*, ó que, aun cuando sean, están selladas ó cerradas, si se hallaren en poder del depositario ó de sus herederos, es preferido el deponente á cualquier acreedor.

El que la ley 2.^a del mismo título diga, que en el *depósito irregular* pasa el señorío de la cosa al que la recibe, no debe servir de motivo para que por este hecho haya de

considerarse éste como un simple deudor, y como tal, sin derechos el acreedor á ser preferido á los demás en un concurso de acreedores por título del depósito; porque el objeto de esta ley solo fué manifestar que, en cuanto á este efecto, debia igualarse con el mútuo por razon de que en uno y otro acto solo se debe el *género*; pero no que por ello dejara de considerarse como depósito bajo los demás aspectos, como lo da bien á entender la ley 9.^a citada.

Prescindiendo de estos efectos, el que voluntariamente ha admitido el depósito, se obliga á devolver lo mismo que ha recibido, ú otro tanto de la misma especie y calidad si el depósito fué irregular; pero para ello, no ha de haber ningun defecto entre las personas entre quienes se haya celebrado.

Personas entre quienes tiene lugar el depósito.

El depósito voluntario solo puede tener lugar entre personas que sean capaces de contratar.

Sin embargo, como puede suceder que solo una de las dos entre quienes tiene lugar, sea incapaz, será preciso que se considere de parte de quién esté la incapacidad, para juzgar del resultado de la obligacion.

La ley 3.^a, tit. III, Part. 5.^a, que trata directamente de las personas que pueden dar y recibir en depósito, no parece que lo espresa tan exactamente que pueda servir de regla para determinarlo; pues dice que *en guarda ó en condesijo puede ome dar las cosas que ha en su poder á todo ome, quier sea Clérigo, ó lego ó Religioso, ó seglar ó libre, ó siervo, y aquel que recibió la cosa es tenuto de gello guardar, etc.*; y como, ni entre Religiosos ni entre siervos podia haber contratos, parece que no debia la ley confundir la obligacion de estas personas con la de las demás que no tienen incapacidad.

Para evitar, pues, esta falta de claridad en la ley, estableceremos, siguiendo la doctrina del nuevo Código (1), las dos reglas siguientes:

(1) Arts. 1667 y 1668.

1.^a Si la persona que da en depósito fuere incapaz de contratar, y la que lo recibe fuere capaz, queda ésta sujeta á todas las obligaciones de un verdadero depositario, y como tal podrá ser perseguida por el tutor, ó curador, ó administrador de la persona que hizo el depósito, ó por ésta misma si llega á tener capacidad; cuya doctrina se halla corroborada con la que, tanto en las Instituciones romanas como en la ley 17, tit. xvi, Part. 6.^a, se propone, al establecer *que los que contraen con pupilos se obligan*.

2.^a Si el depósito ha sido hecho por una persona capaz á otra que no lo es, solo tendrá la capaz acción á reivindicar la cosa depositada, mientras exista en poder del depositario, ó á que éste la restituya hasta donde se enriqueció con la cosa ó con su precio, que es lo mismo que estableció la ley 1.^a, tit. iii, lib. xvi del Digesto, y consta en términos generales en la ley 17, tit. xxxiv, Part. 7.^a

Con estas dos reglas podremos comprender quiénes son los obligados y de qué modo, cuando el depósito se hubiere verificado entre personas que alguna de ellas fuere incapaz.

Falta solo que veamos cuáles son las obligaciones del depositario cuando éste fuere capaz de contratar.

§. V.

Obligaciones del depositario.

A dos puntos pueden reducirse las obligaciones del depositario, á saber:

1.^o A cuidar de la cosa durante el tiempo que la tenga en su poder.

2.^o A restituir la misma que se recibió ú otra igual en especie si el depósito fuere irregular (1).

Con respecto al primer extremo, una de sus obligaciones es: prestar la *culpa lata*, ó hacer lo que todos comprenden que ha de practicarse para evitar la pérdida de la cosa, segun la esplicacion que hace la ley 3.^a, tit. iii, Par-

(1) Art. 1669.

tida 3.^a, y manifestamos nosotros en el §. IV, lec. 4.^a

Sin embargo, hay casos en que deberá prestarse la *culpa leve y levísima*, y aun hasta el *caso fortuito*, los cuales se encuentran en las leyes 3.^a y 4.^a del mismo título.

Se presta la *culpa leve*:

- 1.º Cuando se hubiera así pactado.
- 2.º Cuando se ofreció ó solicitó uno el ser depositario.
- 3.º Si recibió precio por guardar la cosa dada en depósito. Ley 3.^a, id.

Se presta la *culpa levísima*, y aun también el *caso fortuito*:

- 1.º Cuando se obligó uno á responder de la cosa á todo evento.

2.º Cuando hubiere habido mora ó tardanza en la restitucion pudiéndola hacer, y pereció la cosa despues de demandada en juicio.

3.º Si se dió lugar á que perecieran por el caso fortuito que sobrevino; como si habiendo uno salvado sus cosas en un accidente imprevisto, hubieran perecido en él las cosas depositadas; pues no puede presumirse que sin dolo hubieran sufrido esta desgracia las ajenas, salvando las suyas, segun observa Gregorio Lopez en la glosa 8.^a á la ley 4.^a id.

4.º Cuando el depósito se hizo principalmente en utilidad del que recibió la cosa.

Fuera de estos casos se prestará solo el *dolo* y la *culpa lata*, por el principio aquel de que cuando la utilidad es del que entrega la cosa, el que la tiene en su poder para devolverla, cumple haciendo lo que cualquiera hace para evitar la pérdida de la cosa, cuya omision constituye la *culpa lata*.

Esta obligacion de haber de guardar la cosa con el cuidado que hemos espresado, pide al mismo tiempo el que, si es de tal calidad que exige alguna gestion de parte del depositario, deba éste practicarla, como seria, por ejemplo, el caso en que consistiendo el depósito en documentos de crédito contra el Estado, ó de sociedades ó bancos, etc., el haber de procurar su cobranza y evacuar las diligencias necesarias para conservarles su valor.

Además, no puede servirse de la cosa depositada sin permiso ó autorizacion del deponente (1), porque lo contrario seria una infidelidad que no debia quedar impune, como efectivamente lo encontramos dispuesto en el derecho. Se exceptua, sin embargo, el *depósito irregular*, en el que se envuelve tácitamente el permiso de usar de ellas, por no estar obligado en este caso el depositario sino á devolver otro tanto de la misma especie y calidad que la cosa recibida.

Con respecto al segundo punto á que hemos reducido las obligaciones del depositario, debe éste:

1.º Hacer la restitution con todos sus frutos y accesiones, sin que pueda retener la cosa por título alguno, aunque sea por gastos hechos en la misma, ni utilizar la compensacion con lo que le deba el deponente, segun establece la ley 3.ª (2).

2.º Observar los modos establecidos en cuanto á la *forma, lugar y tiempo* en que ha de hacerse la entrega, á saber:

En la *forma*, restituyendo la cosa tal como se recibió, como si hubiere sido una cantidad de dinero con espresion de las monedas que se entregaron, hacer la restitution en las de la misma clase que las recibidas, y del mismo valor, peso y ley, como dispone la ley 1.ª, tit. ix, lib. x, Novis. Recop.; y si las cosas depositadas se entregaron cerradas y selladas, devolverlas del mismo modo, con la circunstancia de que, si por su culpa se hubiere forzado el sello ó cerradura, tiene que responder de los daños y perjuicios, abonando su valor segun lo que el deponente declarase que valia, como así en cierto modo lo espresó la ley 29, tit. iii, libro xvi del Digesto (3).

En cuanto al *lugar*, ha de restituirse en el que se hubieren convenido los contrayentes, y en defecto de señalamiento, en el lugar donde se hallare la cosa depositada, si no hubo malicia en ello de parte del depositario, como dicen los intérpretes (4).

(1) Art. 1670.

(2) Art. 1673.

(3) Art. 1672.

(4) Art. 1680.

En cuanto al *tiempo*, ha de hacerse en el que se hubiere prefijado, escepto en dos casos: *Primero*, si antes no la ha reclamado el deponente: *Segundo*, si no ha sido antes descargado el depositario por justas causas de esta obligacion. Lo primero, porque el plazo está puesto en favor del deponente y puede renunciar á su beneficio. Lo segundo, porque es mas equitativo el que se evite un daño, que el que continúe la obligacion contraida, cuando no la tomó uno sobre sí por utilidad propia, como dice la ley 61, título II, lib. XLVII del Digesto (1).

3.º Debe devolver la cosa al deponente, ó á aquel en cuyo nombre se hizo el depósito, ó al que se indicó que se restituyera; y en caso de muerte á su heredero, aunque estuviera indicado un tercero para su devolucion, como advierte con razon el nuevo Código (2); si bien la ley 5.ª, título III, Part. 5.ª, solo dice: *que ha de ser devuelta al que la dió en guarda, ó á sus herederos*.

4.º En caso de haber algun defecto en la persona que lo ha de recibir, se hará la restitucion á la que represente legítimamente sus derechos, como al marido si la mujer que era soltera al hacer el depósito casara despues, ó al curador ó administrador de aquel á quien se le intervinieron los bienes, etc.; así como tambien, si los depósitos se hubieran hecho por los maridos, tutores ó curadores, ó administradores, se ha de hacer la restitucion á la persona que entonces representaban, si despues ha cesado su representacion (3).

Además, no debe restituirse al loco la espada ú otra cosa de que pudiera hacer mal uso, ni cuando se llegó á descubrir que la cosa era hurtada, al que la entregó; sino que deberá entonces avisar á su dueño, ó quedarse con ella el mismo depositario si fuera él á quien se robó. Ley 6.ª, tit. III, Part. 5.ª (4).

Con lo dicho quedan determinadas las obligaciones del depositario. En el párrafo siguiente haremos ver cuáles son las del deponente.

(1) Art. 1682.

(2) Arts. 1674 y 1676.

(3) Arts. 1678 y 1679.

(4) Arts. 1675 y 1683.

§. VI.

Obligaciones del deponente, y acciones que nacen del depósito.

Con respecto al deponente, son tambien varias las obligaciones, pero las mas comunes ó generales son las siguientes:

1.ª Manifestar los vicios ó defectos que tenia la cosa, indemnizando en caso contrario los perjuicios que hayan causado al depositario.

2.ª Satisfacer los gastos que haya ocasionado á éste la conservación de la cosa depositada, como dispone la ley 10, tit. III, Part. 5.ª (1).

3.ª No poder exigir del depositario que continúe en este cargo despues de concluido el tiempo que se hubiere prefijado.

Para hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones á que están tenidos reciprocamente el deponente y el depositario, concede el derecho las acciones llamadas *directa* y *contraria*; de las cuales, la primera nace inmediatamente del contrato, y se da al deponente para pedir la restitucion de la cosa y exigir del depositario la responsabilidad si hubiere perecido ó desmejorádose la cosa por culpa suya en los casos espresados en el párrafo anterior, y la segunda solo puede tener lugar por un hecho posterior al contrato, y compete al depositario para su indemnizacion.

Además, hay lugar á que se proceda criminalmente contra el depositario en caso de que negara el depósito, ó se apropiase ó distrajese dinero, efectos ó cualquiera otra cosa mueble que hubiera recibido en depósito, ó que por otro título hubiera de devolver ó entregar, incurriendo en las penas que señala el art. 437 del Código penal, que son: la de presidio menor, si el valor de lo defraudado escediere de 500 duros: de presidio correccional, si no escediere de 500 duros y pasase de 5; y de arresto mayor á

(1) Art. 1684.

presidio correccional en su grado mínimo, si no escediere de 5 duros.

Al mismo tiempo queda obligado el que negase el depósito, á devolver la cosa ó satisfacer su estimacion, costas y demás daños que se hubieran originado al deponente por la tardanza en hacerse la entrega, á lo cual añadió la ley 8.^a, tit. III, Part. 5.^a, la pena de *infamia*, por ser muy ignominioso que en un hecho que se supone verificado entre amigos y por un exceso de confianza en la persona del depositario, haya éste de abusar, en términos de faltar hasta los deberes mas sagrados.

Todas estas disposiciones rigen solo en los depósitos que se hicieren en poder de los particulares; pues los que se hicieran en los bancos públicos establecidos con la autorizacion correspondiente, se rigen por sus estatutos, y únicamente en defecto de disposiciones relativas á los casos no comprendidos en ellos, es como podria apelarse al Código de comercio.

Además del depósito voluntario que reconoce por causa la convencion, segun hemos observado, existe otro á que da motivo algun acontecimiento desgraciado é imprevisto, del cual daremos una breve idea en el siguiente párrafo.

§. VII.

Naturaleza del depósito necesario, y reglas por las que se gobierna.

Se entiende por *depósito necesario*, llamado tambien *miserable* con mucha propiedad, *el que se hace por ocasion de alguna calamidad, como de incendio, ruina, saqueo, naufragio ú otras semejantes.* Ley 1.^a, tit. III, Part. 5.^a (1).

Este puede dividirse en dos clases, á saber: uno en el que el deponente carece de la libre eleccion de la persona en cuyo poder ha de dejar los efectos; y el otro en el que, aun cuando tenga libertad el deponente para elegir dicha persona, es tan imperiosa la necesidad que tiene de nombrar una, que con razon puede decirse que no es libre en hacerlo.

(1) Art. 1686.

La primera clase solo tiene lugar en los accidentes imprevistos, como son los espresados en la definicion; pues el que tiene sus caudales en tales peligros, no va á buscar persona que mas seguridad ofrezca para su custodia, sino la que mas oportunamente se le presenta delante; que de aqui viene el mayor rigor con que tratan las leyes á los que faltan á sus deberes, fundándose para ello en que á las tristes circunstancias que motivan el depósito, se agrega la imposibilidad en aquellos momentos de angustia, de buscar otro mas fiel depositario.

Aunque la causa que obliga á este depósito, priva al deponente de elegir libremente la persona á quien ha de entregar sus efectos, y seria unainhumanidad el negarse á recibirlos aquella á quien se dirige en los momentos de su afliccion, esto no impide que haya entre ésta y la que los deposita un verdadero contrato de depósito con las obligaciones que le son propias, segun ya manifestamos en el §. IV.

Lo único que ha hecho la ley ha sido dispensar mas proteccion á las personas que se encuentran en tal calamidad, condenando al depositario infiel á que haya de restituir el duplo del valor de los efectos cuando negare el depósito, segun consta de la ley 8.ª, tit. III, Part. 5.ª; pero en lo demás no ha hecho alteracion alguna, y por lo mismo se gobernará este depósito por las reglas del voluntario, en lo cual conviene el nuevo Código (1).

En cuanto á los depósitos de la segunda clase, éstos tienen lugar siempre que sea preciso entregar á otras personas efectos que nos pertenecen, por no poder tenerlos en ciertos casos, aunque momentáneos, bajo nuestra custodia y vigilancia.

Así que, se reputará depósito necesario el que en caso de trasporte se hace en manos del porteador que se encarga de su conduccion; como igualmente el de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas ó mesones, y otros semejantes, los cuales, aun cuando tambien se go-

(1) Art. 1688.

biennan en cierto modo por las reglas del depósito voluntario, sin embargo, la afinidad que se descubre entre esta clase de depósitos y los contratos de mandato y de arrendamiento de industria, y el poder constituir un delito las faltas en que incurran los que se encargaren de la custodia de los efectos que se les confiaron, hace que se hayan de tener presente ciertas reglas que no hay necesidad de repetir estando anotadas en el §. XII, lec. 11.

Fuera de estos dos casos, los demás depósitos se considerarán como voluntarios, por la razón de que el que haya una causa que mas ó menos estrechamente nos obligue á hacerlos, ésta no impide el que quede en el deponente la libertad suficiente para elegir la persona en quien recaiga el depósito, cuya circunstancia es lo que principalmente constituye la diferencia entre el depósito voluntario y necesario, no solo en el *vulgar* ó *simple*, sino tambien en el que se hace con motivo de asegurarse una cosa sobre la cual pendan algunas cuestiones, como puede verse en el párrafo siguiente.

§. VIII.

Qué se entiende en general por secuestro, y sus clases.

Otra de las especies de depósito es la que, segun dice la ley 1.^a, tit. III, Part. 5.^a, se verifica *cuando algunos homes contienden en razon de alguna cosa, é la meten en mano de fiel, encomendándogela, hasta que la contienda sea librada en juicio.*

El acto por el cual se verifica este depósito, es llamado por los jurisconsultos *secuestacion* y *secuestro*; cuyas palabras, aunque en si son distintas, el uso las tiene admitidas para denotar una misma cosa.

Segun ello, pues, se entiende por *secuestacion* ó *secuestro*, como se infiere de la ley de Partidas citada, *el depósito que se hace de una cosa litigiosa; ó mas determinada-mente, el acto en virtud del cual, por convenio de los litigantes ó por decreto judicial á instancia de alguno de ellos, se entrega una cosa á un tercero para que la custodie mientras se siga el pleito que se ha promovido sobre*

ella, y terminado éste, se dé á aquel en cuyo favor se haya sentenciado.

Aunque comprendida la secuestracion entre las especies de depósito, se diferencia no obstante de éste, en que la palabra *secuestro* solo se refiere á las cosas litigiosas, cuando la palabra *depósito* es una voz general que tanto conviene á las litigiosas como á las que no lo son.

Además, se diferencia en que el secuestro puede tener por objeto no solamente las cosas *muebles*, sino tambien las *raíces*, en razon de que en unas y otras pueden suscitarse cuestiones sobre su posesion y propiedad, y en unas y otras puede convenir el que se confien al cuidado de un tercero hasta la decision del pleito: pero el depósito, prodiamente hablando, solo tiene por objeto las cosas *muebles*, segun manifestamos en el §. III.

Finalmente, se diferencia en que en el secuestro pasa la verdadera posesion á la persona á quien se encarga la custodia de la cosa litigiosa; lo cual no sucede en el depósito, en que, tanto la propiedad como la posesion, quedan en poder del deponente; así como en cuanto á facultades son mayores las del *secuestrario* que las del *depositario*, pues comparándose aquel á un administrador ó *curador ad bona*, ejerce al mismo tiempo algunos derechos, como el de *patronato* y demás anejos á los bienes, escepto si fueren pertenecientes á mayorazgos, en que, segun la ley 2.^a, título xxv, lib. xi, Novis. Recop., solo podía entender el Gobernador del Consejo.

Por último, se constituye el secuestro por consentimiento de los litigantes ó por decreto del juez, y de aquí la division que se hace de éste en *voluntario* ó *convencional*, y en *necesario* ó *judicial* (1), cuya naturaleza y efectos explicaremos en los párrafos siguientes.

(1) Art. 1691.

§. IX.

Naturaleza del secuestro convencional.

Se entiende por secuestro convencional, *el depósito de una cosa litigiosa que voluntariamente hacen los litigantes en manos de un tercero, el cual se obliga á devolverla, terminado el pleito, á la persona que segun la sentencia debe obtenerla* (1).

Además de las diferencias que existen en general entre el depósito y secuestro, hay otras que se derivan de las condiciones que hayan puesto los deponentes al convenirse en que la cosa pase á poder de un tercero mientras se siga el litigio, y de aqui la necesidad de que éstas se determinen para comprender su naturaleza.

Así, pues, se diferencia el *secuestro* del *depósito* cuando se han constituido por convencion:

1.º En que en el secuestro convencional existen siempre dos contratos; uno de los litigantes entre si para que se ponga la cosa en manos de un tercero y la tenga en su poder mientras se siga el pleito; y otro de éstos con la persona que hubieren elegido para *secuestrario*, para saber si admite ó no el encargo: pero en el depósito convencional, lo ordinario y comun es solo haber un contrato, que es el que se celebra entre el deponente y el depositario.

2.º En que el secuestro puede ser ó no gratuito, sin que en este último caso degeneré en otro acto, aunque sean mayores las obligaciones del *secuestrario*, si recibe salario; pero en el depósito, es circunstancia precisa que haya de ser gratuito, porque si se recibieran réditos ó salario degeneraria desde luego en otro contrato, segun se dijo en el §. II.

3.º En que el encargado del secuestro no puede liberarse de él antes de la conclusion del litigio, sino por consentimiento de todas las partes interesadas ó por una causa

(1) Art. 1692.

que el juez declare legítima, según dispone la ley 2.^a, tit. ix, Part. 3.^a: lo cual no sucede en el simple depósito, en el que, como el depositario no recibe la cosa sino de manos de uno solo, debe volverla á éste siempre que lo reclamare.

4.^o En que en el secuestro pasa la posesion de los bienes al *secuestrario*, al paso que en el depósito se conserva ésta y la propiedad en el deponente, según resuelven los jurisconsultos, entre quienes se cuenta el Heinecio, como aparece del núm. 228, tit. iii, libro xvi de sus Pandectas.

Salvas estas diferencias, en lo demás se considerará el secuestro como un depósito propiamente dicho, y se gobernará por las reglas propias de éste, como establece tambien el nuevo Código (1).

A estas reglas se sujeta tambien el *secuestro judicial*, salvo en lo perteneciente á los casos en que tenga lugar, y á las circunstancias de la persona en quien haya de hacerse, de lo cual trataremos en el párrafo siguiente.

§. X.

Casos en que tiene lugar el secuestro judicial, y personas en quienes ha de hacerse éste.

Aunque por el *secuestro convencional* se consigue lo mismo que lo que se desea por el *judicial*, sin embargo, como no siempre es fácil que convengan entre sí los litigantes en el nombramiento de un tercero que se encargue de la custodia de la cosa mientras dure el litigio, las leyes han provisto de suficiente remedio concediendo á los jueces el que puedan decretar el depósito á peticion de parte interesada, si al mismo tiempo hubiere sospechas reales de que el poseedor oculte, transporte ó deteriore la cosa litigiosa.

El depósito que en este caso decreta el juez, se llama *secuestro judicial*, el cual, si bien bajo este aspecto debia

(1) Art. 1693.

ser examinado en la materia de procedimientos, como lo hizo con mucha propiedad el Rey D. Alfonso el Sábio, tratando de él en el tit. ix, Part. 3.^a; no obstante, puede tambien considerarse propio de este lugar, en razon de tener que regirse por las leyes del depósito en general en todo aquello que no se refiere al acto material del secuestro.

Este comprende los tres puntos siguientes:

- 1.º Casos en que el juez puede decretar el secuestro.
- 2.º Cosas que son su objeto.
- 3.º Circunstancias de la persona en quien ha de hacerse.

Casos en que puede decretarse el secuestro.

La ley 1.^a, tit. ix, Part. 3.^a, señala seis casos en que puede tener lugar el *secuestro judicial*, los cuales, refiriéndose el primero al *secuestro convencional*, y no teniendo aplicacion el último que indica, pueden reducirse á los que á continuacion se espresan:

1.º Cuando, siendo mueble la cosa que se litiga, se teme que el demandado la trasporte de un punto á otro ó la empeore.

2.º Cuando, dada sentencia definitiva contra el poseedor de la cosa litigiosa, apela éste de ella y hay sospecha de que tratará mal la cosa ó disipará sus frutos.

3.º Cuando en el caso en que el marido malverse los bienes de modo que viene á pobreza por su culpa, pidiere la mujer al juez que se le entregue la dote ó que se deposite en manos de persona segura que la administre.

4.º Cuando, con motivo de haber sido preferido ó desheredado injustamente un hijo, reclamara éste la legítima, obligándose por su parte á traer á colacion lo que hubiere recibido de su padre, pues en este caso debe el juez señalar un plazo al desheredado para que lo cumpla, poniendo entretanto en secuestro la parte de herencia que le corresponda.

Fuera de estos casos en que, segun la ley citada, procede el secuestro, puede decretarlo tambien el juez: 1.º

Cuando haya recelo de que si no se hace éste, llegarán á las manos las partes: 2.^o Cuando hay lugar al embargo de los bienes del deudor, aunque sea preventivamente, segun lo dispuesto en los artículos 931 y 932 de la ley de enjuiciamiento.

Cualesquiera que sean los casos en que proceda el secuestro judicial, para llevarlo á efecto se ha de atender á la cualidad de la cosa que ha de depositarse, en razon de no ser unos mismos los procedimientos que se prescriben para cada una de ellas.

Cosas que son objeto del secuestro judicial.

Estas, lo mismo que en el *secuestro convencional*, son todas las cosas litigiosas, ora sean *muebles ó inmuebles*; pero además lo son en el *judicial* las *personas* en los casos que espresa el art. 1277 de la ley de enjuiciamiento.

Cómo ha de realizarse el depósito de las personas en los casos que corresponda, lo digimos ya en los párrafos X, lec. 5.^a, y VII, lec. 7.^a, trat. 1, en donde, aunque en términos generales, se anotaron los trámites que con arreglo á dicha ley han de seguirse para que pueda decretarse el depósito, tanto de mujeres solteras que traten de contraer matrimonio contra la voluntad de los padres y de hijos ó hijas que sean maltratados por éstos, como de mujeres casadas que se propongan intentar ó hayan intentado demanda de divorcio.

No ha sido tan esplicita la ley en determinar lo que ha de practicarse para decretar el depósito de las cosas litigiosas; pues únicamente se dice en ella, hablando de los bienes embargados por deudas, que *se depositarán con arreglo á derecho*, segun consta por el art. 948; lo cual da á entender, que habrá de observarse lo que las leyes de Partidas y recopiladas dejaron establecido acerca de las circunstancias de los depositarios y demás relativo al acto del depósito.

Circunstancias de los depositarios judiciales.

Por las leyes del tit. xxvi, lib. xi, Novísima Recopilacion, constan las circunstancias que han de reunir los depositarios judiciales, como asimismo las notas y asientos que habian de llevarse de cada uno de los depósitos que se hicieran de esta clase; pero como en la actualidad es otra la legislacion á consecuencia de varias innovaciones, solo nos servirá lo en ellas dispuesto, para saber, que los que se elijan para depositarios judiciales deben ser *hombres buenos é leales y abonados*, como dice tambien la ley 1.^a, tit. ix, Part. 3.^a

Supuestas, pues, estas cualidades, distinguiremos dos clases de depósitos: unos que se hacen en virtud de embargo de bienes de los deudores, y otros con motivo de haber de asegurarse algunas cosas sobre las que se haya promovido algun pleito.

En los primeros, lo que en la actualidad se observa es que, hecho el embargo ó traba, si los bienes fueren muebles, se depositan en una persona abonada del pueblo, como dispone la ley 1.^a, tit. xxx, lib. xi, Novís. Recop., sin que nadie pueda excusarse de la admision de este encargo, no estando exento de cargas vecinales, ó no teniendo alguna prohibicion, como por ejemplo, la tiene el escribano de la causa, segun establecen las leyes 1.^a y 9.^a, tit. xxvi, lib xi, Novísima Recopilacion.

Si fueren bienes inmuebles, y estuvieren arrendados, se notifica á los inquilinos para que retengan las rentas á ley de depósito y á disposicion del Juez de la causa; pero si estuvieren en poder del deudor, ó se nombra un inter-ventor que asista á la coleccion de los frutos, ó un administrador que atienda á su cultivo y cuidado.

Finalmente, si fuera dinero ó alhajas, se depositan en la Caja general de depósitos ó en las dependencias de las provincias.

En los otros depósitos que no fueren por embargo de bienes, se nombrará desde luego un depositario de las cualidades que hemos espresado, quien se encargará de la administracion de los bienes secuestrados, escepto si fueran cantidades en metálico, en las cuales se observará lo mismo que lo que hemos indicado en el caso de embargo.

Los breves límites de unos elementos no nos permiten estendernos mas en un punto que pertenece á los prácticos el tratarlo; únicamente añadiremos que, cualquiera que sea el depositario judicial, sus obligaciones son las mismas que en el depósito propiamente dicho, con la diferencia de no poder ser exonerado sino cuando lo acuerde el juez, *ó hasta que se sepa de verdad de quién deben ser los bienes sobre que se hubiere promovido el litigio*, segun espresa la ley 1.ª, tit. ix, Part. 3.ª

Por lo dicho hasta aquí podemos comprender las materias mas esenciales relativas al depósito en cada una de sus formas; y puesto que al clasificar los bienes que han de quedar en poder de los depositarios en caso de embargo, se ha dicho que, siendo cantidades de dinero han de consignarse en la Caja general de depósitos, concluiremos esta leccion dando una idea de este establecimiento, en el que á manera de las depositarias públicas se han de consignar cierta clase de efectos.

§. XI.

En dónde han de consignarse los efectos en los casos en que proceda el depósito judicial.

Aunque en el párrafo anterior se ha indicado ya en poder de quién deben obrar los efectos cuando se decretare el depósito judicial, sin embargo, no será por demás que se amplien los conocimientos en la parte que dice relacion al establecimiento de la Caja general de depósitos, donde hoy dia han de consignarse.

La utilidad de esta medida se halla generalmente reconocida en nuestras leyes antiguas, y en las trasladadas al tit. xxvi, lib. x, Novis. Recop., particularmente en la 9.^a y 10, en donde se encuentra reunido cuanto pudiera decirse en su confirmacion.

Lo único que desde aquellos tiempos se ha ido innovando, es con respecto á su forma; pues en cuanto al fondo puede decirse que no es susceptible de variacion.

Con este motivo, lo que en un principio fueron las Depositarias públicas, y mas adelante las Cajas de Amortizacion, es hoy dia la Caja general de depósitos, erigida en Madrid en 21 de Octubre de 1852, en virtud del Real decreto de 29 de Setiembre de dicho año, que determinó su forma estableciendo su centro en la corte con el titulo de *Caja general de depósitos*, y como dependencias suyas en las capitales de provincia, las tesorerias y depositarias de la Hacienda pública, espresándose sus atribuciones en el Decreto de 15 de Diciembre de 1868 y Reglamento de 29 del mismo mes, que son las siguientes:

Atribuciones de la Caja general de depósitos.

Estas son:

1.^o El haber de ingresar en la Caja general ó en sus dependencias de las provincias los fondos en metálico y los efectos de la Deuda pública y del Tesoro, que deban consignarse por decisiones administrativas ó por disposicion de los tribunales, para afianzar contratos que se refieren á servicios generales, ó de provincia ó municipalidad; ó para asegurar el ejercicio de cargos y funciones públicas; ó para cumplir obligaciones de interés público ó privado, si no hay parte interesada que pida la consignacion en otro lugar.

2.^a El poder admitir los depósitos que voluntariamente le confien los particulares y toda clase de establecimientos y corporaciones para retirarlos á su voluntad, pero debiendo advertir que los de esta clase se admiten tan solo en efectos públicos y no en metálico.

3.^a El admitir asimismo los depósitos provisionales que

exigen las leyes para optar á la subasta de servicios públicos, ya se hagan en metálico ó en efectos.

Garantías que ofrece.

Para la seguridad de los caudales que por cualquier concepto y con las debidas formalidades ingresen en la Caja general de depósitos y sus dependencias, el Estado garantiza con todas sus rentas y haberes su devolucion, asegurándolos aun de casos fortuitos, robos, incendios y demás accidentes de fuerza mayor; pero a diferencia de lo que antes sucedia, no se abona interés alguno por razon de depósitos necesarios ó de subastas, conservándose íntegras en la Caja, y á disposicion de quien corresponda, las cantidades que les constituyen. (Art. 4.º)

LECCION DECIMOCTAVA.

De los contratos de prenda é hipoteca.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza del contrato de prenda en general, y sus clases.—§. III. Cosas sobre que puede imponerse este gravámen, y cuáles no lo admiten.—§. IV. Obligaciones que pueden ser garantidas por este medio.—§. V. Personas que pueden hipotecar ó dar en prenda.—§. VI. Modos como se constituye esta obligacion.—§. VII. Pactos que pueden imponerse al tiempo de constituirse.—§. VIII. Derechos y obligaciones que nacen de este contrato.—§. IX. Acciones para que se lleven á efecto.

§. I.

Razon del método.

Como los hombres no tratan entre sí sino por la confianza que tienen en que sus empeños serán cumplidos, y no todos la inspiran de modo que haya de quedar asegurada la persona con la simple promesa que otra hiciese de que cumplirá la obligacion contraida, fué preciso apelar á otras garantías que á la fé en la palabra del hombre; mayormente cuando, aun suponiéndose una entera rectitud en el obligado, pueden quedar frustradas las esperanzas del acreedor, por las contingencias á que están espuestas las cosas que entrega.

Aun en el depósito, que es el acto en que menos lugar tienen estas seguridades, las ençotraremos usadas en el caso en que no solo fuera el deponente, sino el depositario

tambien el que recibiera utilidad, y el ejemplo del Gobierno ofreciendo varias garantías á los que impongan sus caudales en la Caja general de depósitos, segun se ha manifestado en el párrafo último de la leccion anterior, es una prueba de que, ni las promesas mas solemnes, ni el ser persona de arraigo el obligado, vale tanto para inspirar confianza en los hombres, como los adminiculos que se unen al contrato para hacer mas eficaz la obligacion principal.

De entre estos medios, el que mas garantías ofrece es el *contrato de prenda*, porque reteniendo el acreedor una cosa á su disposicion mientras no se satisfaga la obligacion principal, tiene siempre en su mano el modo de hacer efectivo su cumplimiento; y esta circunstancia, unida á la otra consideracion de ser un *contrato real* á cuya clase pertenecen los últimos que hemos examinado, nos mueve á tratar de él en esta leccion, en la que únicamente nos ocuparemos de su naturaleza y requisitos, puesto que en la leccion 8.^a, trat. II, se esplicaron ya los efectos que produce despues de constituido.

§. II.

Naturaleza del contrato de prenda.

Supuesta la necesidad de una garantía para asegurar el cumplimiento de una obligacion, segun se ha demostrado en el párrafo anterior, era preciso que se determinara el modo como hubiera de constituirse dicha seguridad, á fin de que, constando de su existencia legal, pudieran hacerse en ella efectivos los derechos del acreedor en caso de no cumplir su obligacion el deudor.

A esta necesidad ocurrió desde luego en otro tiempo la ley con respecto á las personas que, por su edad ó por cualquiera otra incapacidad, podian ser perjudicados por descuido de sus guardadores ó administradores; y al efecto encontramos en los *códigos* una série de casos en que por la ley quedaban gravados los bienes de ciertas personas, como maridos, padres, tutores y curadores, etc., para

responder de las pérdidas ó desfalcos que en los suyos tuvieren las mujeres, los hijos y los huérfanos impúberes ó menores; pero además dejó á la voluntad de los hombres el que, segun la confianza que les inspiraran aquellos con quienes celebraran algun trato, pudieran pactar entre sí el modo como asegurar su cumplimiento.

Si el modo que se eligiere, cuando el acreedor no queda satisfecho con la buena fé del obligado, consistiera en añadir éste un compromiso particular sobre sus cosas ó sobre la fé de un tercero, el pacto ó contrato en virtud del cual se agregara otra obligacion á la principal contraida, se llamará contrato de *prenda* ó de *hipoteca*, segun que el compromiso se exija sobre los bienes *muebles* ó *inmuebles* del deudor; así como se llamará contrato de *fianza* si la garantía exigida fuere sobre la fé de un tercero.

Dejando para la siguiente leccion el exámen del contrato de *fianza*, nos ocuparemos solo en ésta de los dos primeros, dando antes su definicion en general y la de cada una de las dos clases en que se divide.

Se entiende por contrato de *prenda* en general, *aquel en que un ome empeña á otro una cosa, apoderándose de ella cuando fuere mueble*, segun dice la ley 1.^a, tit. XIII, Partida 5.^a; ó de otro modo: *un contrato por el cual adquiere el acreedor un derecho sobre los bienes del deudor sujetos al cumplimiento de una obligacion*.

Cualquiera de las dos definiciones que se adopte, se verá desde luego que el objeto de este contrato es garantir una obligacion; y como para que se consiga este efecto en nada altera su naturaleza la diversa cualidad de las cosas, formarán todas ellas, tanto que sean *muebles* como *inmuebles*, la materia del contrato de *prenda*.

No sucede así si se atiende á la forma como ésta se constituye, pues teniendo que ser diferente, segun fueren las cosas que los contrayentes hubieren designado como garantía de la obligacion principal, deberá por precisión considerarse de distinta índole el contrato de *prenda* si se atiende á su forma, dándole este nombre cuando la cosa empeñada fuere *mueble*, y usando del de *hipoteca* cuando el gravámen se impusiera sobre bienes *inmuebles*.

Mas, como no basta esta simple idea para conocer la naturálea propia de este contrato, clasificado con distintos nombres segun fueren los bienes sobre que recayere, daremos de cada uno su definicion, diciendo que el contrato de prenda es *un contrato real por el que el deudor entrega al acreedor una cosa mueble para que la tenga en su poder en seguridad del cumplimiento de una obligacion mientras ésta no se cumpla*; y contrato de hipoteca ó pacto hipotecario, *el convenio en virtud del cual se constituye un gravámen sobre una cosa inmueble, para responder del cumplimiento de una obligacion* (1).

Uno y otro contrato, segun se ve, convienen entre sí en cuanto al objeto á que se dirigen, pero se diferencian en los dos puntos siguientes:

1.º En que el de *prenda* se constituye sobre cosas muebles y el de *hipoteca* sobre cosas raices (2).

2.º En que en el de *prenda* es necesaria la entrega efectiva de la cosa para que el contrato surta efecto (3); de lo contrario, podria el deudor enagenarla, ocultarla, ó trasportarla á otro lugar, y quedar de este modo burlado el acreedor: pero en el de *hipoteca* quedan los bienes en poder del deudor, sin que por ello peligre el derecho del acreedor, porque las precauciones que ha tomado la ley mandando que se anote este gravámen en un registro público, impiden el que pueda ocultarse; y además, porque, aunque pasen los bienes á otro poseedor, conserva en ellos siempre la preferencia, por ir aneja á ellos esta carga mientras no se estinga.

Ahora bien: determinadas las principales diferencias entre la prenda y la hipoteca, como asimismo la naturaleza de uno y otro contrato, pasemos ya á ocuparnos de las cosas sobre que puede constituirse uno y otro gravámen, lo cual será objeto del siguiente párrafo.

(1) Arts. 1771 y 1782.

(2) Arts. 1772 y 1784.

(3) Art. 1773.

§. III.

Sobre qué cosas puede recaer la prenda y la hipoteca.

Para determinar sobre qué cosas puede recaer la prenda y la hipotecâ, bastaba por la legislacion antigua sentar el principio general de que podian imponerse dichos gravámenes sobre todas aquellas que están en el comercio de los hombres, ó que son capaces de enajenacion, como dice la ley 8.^a, tit. xix, lib. III, Fuero Real; mas en el dia es ya absolutamente indispensable designarlas con separacion.

Así pues, comenzando por las que á la *prenda* se refieren, diremos que pueden ser objeto de ella todas las cosas muebles que están en el comercio de los hombres, con tal que sean capaces de prestar seguridad; y no solo las propias, sino tambien las ajenas, pero con tal que se den con anuencia del dueño, como consta de las leyes 2.^a y 9.^a, tit. XIII, Part. 5.^a

Lo dicho podia ser suficiente para determinar las cosas sobre que puede recaer la prenda ó hipoteca; pero como al mismo tiempo espresan las leyes las que no pueden empeñarse, nos ha parecido tambien dar una idea de ellas, como constará á continuacion.

Cosas que no pueden darse en prenda.

Estas son las siguientes:

1.^o Las cosas sagradas y religiosas, y las temporales de la Iglesia, fuera de los casos que prescriben los cánones. Véanse las leyes del tit. xiv, Part. 1.^a; la 15, tit. v, y 3.^a, tit. XIII, Part. 5.^a; y las del tit. v, lib. I, Novísima Recopilacion.

2.^o Las que el deudor necesita indispensablemente para el cultivo de la tierra, como los aperos de labranza; ó para el ejercicio de su industria, como los instrumentos

de su labor; ó para el servicio diario de su persona y familia, como la cama, ropa, etc. Leyes 4.^a y 5.^a, tit. XIII, Part. 5.^a, y 15 hasta la 19, tit. xxxi, lib. xi, Novísima Recopilacion.

3.^o Las cosas ajenas, á no ser con consentimiento expreso ó tácito de su dueño, ó que el deudor esperando adquirirlas ganara despues su señorío, ó que sabiendo el acreedor que eran ajenas se constituyera la prenda para el caso de que llegara el deudor á ser su dueño. Leyes 7.^a y 9.^a, tit. XIII, Part. 5.^a

4.^o Las cosas que estuvieren ya empeñadas á otros, á no ser con consentimiento del primer acreedor, ó que fuera tal su valor que bastara para garantir una nueva deuda. Ley 10, id.

Con lo dicho basta para comprender las cosas sobre las cuales puede constituirse la prenda. Veamos ahora cuáles son las hipotecables y cuáles no, con arreglo á la legislacion vigente.

Bienes que pueden hipotecarse.

Al designar la ley hipotecaria los bienes que pueden hipotecarse, establece como principio general, que solo podrán serlo:

1.^o *Los bienes inmuebles* (Art. 106); no debiendo considerarse como tales para este efecto *los oficios públicos enagenados de la Corona, las inscripciones de la Deuda pública, ni las acciones de bancos y compañías mercantiles aunque sean nominativas* (Art. 4.^o); y

2.^o *Los derechos reales enagenables con arreglo á las leyes, impuestos sobre los bienes inmuebles* (Art. 106.)

Mas este principio general no es tan absoluto que no tenga algunas limitaciones; y de aquí que añada la ley que *podrán ser hipotecados, pero con las restricciones que á continuacion se espresan:*

1.^o *El edificio construido en suelo ajeno, el cual si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose suje-*

to á tal gravámen, solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado.

Fúndase esta escepcion en que nadie puede hipotecar mas de lo que realmente tiene, y en que de admitirse lo contrario, resultaria que el hipotecante por si solo podria empeorar la condicion del dueño del suelo que ninguna intervencion tuvo en el contrato.

2.^o *El derecho de percibir los frutos en el usufructo, pero quedando estinguida la hipoteca cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ageno á la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligacion asegurada ó hasta que venza el tiempo en que el usufructo habria naturalmente concluido á no mediar el hecho que le puso fin.* Se apoya esta disposicion en que solo puede subsistir la hipoteca mientras exista la cosa gravada, y en que la suerte del acreedor hipotecario no deba quedar en ningun caso al arbitrio del deudor.

3.^o *La mera propiedad, en cuyo caso, si el usufructo se consolidare con ella en la persona del propietario, no solo subsistirá la hipoteca, sino que se estenderá tambien al mismo usufructo, como no se haya pactado lo contrario.* La voluntad presunta de las partes y el beneficio del deudor, que quizás por este medio pueda conseguir que el acreedor dirija su accion contra los frutos y no contra la finca, han sido los motivos de la ley para ordenar esta tercera escepcion.

4.^o *Los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos á hipotecar, siempre que quede á salvo la prelacion que tuviere para cobrar su crédito aquel á cuyo favor esté constituida la primera hipoteca.* Por este medio la ley declara, consultando los intereses del deudor, ineficáz el pacto prohibitorio de ultteriores hipotecas; en atencion á que supone que solo por efecto de su situacion apurada ha podido consignarlo, disminuyendo con ello sin necesidad alguna su crédito, toda vez que el acreedor ha de ser siempre preferido á otro cualquiera posterior, si inscribió oportunamente la hipoteca.

5.º *Los derechos de superficie, pactos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede á salvo el de los demas partícipes en la propiedad; lo cual se funda en el principio arriba consignado de que nadie puede obligar mas que lo que á él le pertenece.*

6.º *Los ferro-carriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, cuya explotacion haya concedido el gobierno por diez años ó mas, pero quedando pendiente la hipoteca que sobre ellos se constituya de la resolución del derecho del concesionario; pues de permitirsele á éste hipotecar las fincas mencionadas, además de que hipotecaria bienes que no le corresponden, podria inferir á su voluntad perjuicios á la administracion con que contrató.*

7.º *Los bienes pertenecientes á personas que no tienen la libre disposicion de ellos, en los casos y con las formalidades que prescriben las leyes para su enagenacion; restriccion introducida en beneficio de estas mismas personas objeto siempre de la proteccion del legislador.*

8.º *Y finalmente, el derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho (Art. 107.) Fúndase esta disposicion en que la hipoteca es un derecho real, y con respecto á las voluntarias, domina el principio de la libre contratacion, razon por la cual puede, sin inconveniente alguno, subhipotecarlos el primer acreedor, lo que no sucede con respecto á las legales, pues si se permitiere subhipotecar éstas, vendria de hecho el legislador á destruirlas, dejando sin proteccion alguna á las personas juridicas ó desvalidas en cuyo favor las estableció.*

Vistos cuáles sean los bienes hipotecables segun la ley, pasemos á determinar los que con arreglo á la misma no pueden hipotecarse.

Bienes que no pueden hipotecarse.

A esta clase pertenecen:

1.º *Los frutos y rentas pendientes con expresion del predio que los produzca; la razon es, porque una vez sepa-*

rados, pierden su carácter de inmuebles y entran en la categoría de bienes muebles, á los cuales no se estienden los efectos de la ley hipotecaria.

2.º *Los objetos muebles colocados permanentemente en los edificios, bien para su adorno ó comodidad, ó bien para el servicio de alguna industria, á no ser que se hipotequen juntamente con dichos edificios*, pues en tanto se consideran inmuebles, en cuanto están unidos al edificio formando un todo con él, en cuyo caso tampoco pueden ser aisladamente enagenables, segun dispone la ley 16, tit. v, Part. 5.ª

3.º *Los oficios públicos*, porque tampoco son bienes inmuebles, segun queda dicho.

4.º *Los títulos de la Deuda del Estado, de las provincias ó de los pueblos, y las obligaciones y acciones de Bancos, empresas ó compañías de cualquier especie*, por idéntica razon.

5.º *El derecho real en cosas que aun cuando se deban poseer en lo futuro, no estén aun inscritas á favor del que tenga el derecho á poseerlas*. Fúndase esta disposicion en que no es un verdadero derecho real la esperanza de adquirirlas, y está además acorde con lo dispuesto en la ley 13 del título y Partida antes citados.

6.º *Las servidumbres, á menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose en todo caso la de aguas, la cual podrá ser hipotecada*. La razon de esto es porque no hay servidumbre real posible, sin la coexistencia de ambos predios: y se funda la escepcion en favor de la de aguas en la ley 5.ª, tit. xxxi, Part. 3.ª

7.º *El derecho á percibir los frutos en el usufructo concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos y al cónyuge superviviente sobre los del difunto*, pues si el usufructuario pudiera por anticipaciones garantidas con hipoteca anular de hecho en un breve periodo el usufructo de muchos años, quedaria burlada tanto la voluntad del testador como la ley que concede dichos usufructos por altas consideraciones sociales.

8.º *El uso y la habitacion*, pues ni uno ni otro son derechos reales, segun lo declaran varias leyes de Partida,

fuera de que tampoco pueden ser enagenados por los que los disfrutan.

9.º *Los bienes vendidos con pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada ó resuelta, porque hasta entonces no hay verdadera venta.*

10. *Las minas mientras no se haya obtenido el título de la concesion definitiva, aunque estén situadas en terreno propio, pues hasta su concesion no se adquiere la propiedad sobre la mina ni aun por el mismo dueño del suelo.*

11. Y finalmente, *los bienes litigiosos, pues se reputa incierto su dominio hasta la terminacion del litigio (Artículo 108.)*

El poseedor de bienes cuyo derecho sobre ellos esté sujeto por contrato ó última voluntad á condiciones resolutorias, no podrá, mientras éstas se hallen presentes, hipotecar la propiedad de dichos bienes, pero sí el derecho de percibir sus frutos en los términos que dejamos manifestados. Sin embargo, podrá en dicho caso hipotecarse la propiedad, mediante el expreso consentimiento de aquel á quien pudiesen aprovechar las condiciones resolutorias, si existiere y fuere capaz de por sí de obligarse, ó cuando el cumplimiento de la condicion dependa esclusivamente de la voluntad del poseedor de los bienes; pero entendiéndose entonces obligado éste mientras subsista la hipoteca, á hacer ó no hacer aquello de que deba depender la subsistencia de su derecho, y quedando civil y criminalmente, en su caso, responsable para con el acreedor, cuando por faltar á dicha obligacion se estinga la misma hipoteca (Art. 109). Si el acreedor se siente con este motivo perjudicado solo á sí propio, deberá imputársele, pues solo suya es la culpa, si fiando demasiadamente en la buena fé del deudor, se espone á ver convertida en obligacion puramente personal la que antes tenia el carácter de hipotecaria.

Por último, como consecuencia del principio de que las leyes no deben tener fuerza retroactiva, dispone la ley *que las hipotecas legitimamente constituidas sobre bienes, que, con arreglo á la misma, no han de ser ya en adelante hipotecables, pero que lo fueron hasta su publicacion,*

se rijan mientras subsistan, por la legislación anterior (Art. 135).

Por esta breve reseña de las cosas que pueden ó no empeñarse ó hipotecarse, podrá comprenderse si las que ofrece el deudor prestan suficiente garantía para asegurar la obligación que hubiere contraído. Qué cualidades debe reunir ésta, ó sobre qué obligaciones recae esta seguridad, lo manifestaremos en el párrafo siguiente.

§. IV.

Obligaciones que pueden asegurarse.

Aunque el objeto tanto de la prenda como de la hipoteca sea garantizar una obligación, según se dijo en el §. I; sin embargo, como pudiera dudarse si cierta clase de obligaciones quedaba excluida de esta garantía por faltar algún requisito que la hiciera ineficaz, nos ha parecido conveniente transcribir lo que sobre este punto espresó la ley 5.^a, tit. I, lib. xx del Digesto.

Según esta ley, pues, podrá tener lugar la prenda ó hipoteca, por cualquiera especie de deuda ú obligación, ora resulte de mútuo, de constitución de dote, de una compra y venta, arrendamiento ó mandato; ora sea la obligación pura ó absoluta, condicional, ó á día cierto; ora por la que se esté contrayendo en el acto, ó se hubo ya contraído, ó se piense contraer en lo futuro; ora lo sea por todo el importe de la deuda ó solo por parte de ella; ora en fin sea civil la obligación ó natural, ora propia ó agena.

De esta doctrina de la ley citada, que es aplicable casi en un todo á nuestra legislación actual, se infiere:

1.º Que para que se constituya la hipoteca ó prenda basta que exista antes una obligación principal válida (1), cualquiera que sea el título de que proceda: por manera que, si la obligación por cuya seguridad se dió la prenda

(1) Art. 1773.

ó se constituyó la hipoteca, no existia, ó se rescindió ó anuló por cualquiera causa, deja de tener lugar la prenda ó hipoteca.

2.º Que, cuando se constituyera esta garantía por una obligacion que no se ha contraído, pero que se trata de contraer, aun cuando se haya dado la prenda ó constituido la hipoteca, no empiezan sus efectos sino desde el dia en que empieza la deuda.

3.º Que, si se constituyere por una obligacion condicional y la condicion fuere *resolutoria*, empiezan desde luego los efectos de la prenda, y continúan mientras no se realice la condicion; al contrario de lo que sucede si la condicion fuere *suspensiva*, en la que, aún cuando se constituya la prenda ó hipoteca, quedan en suspenso sus efectos hasta que se cumpla la condicion.

Mas como quiera que la nueva ley hipotecaria atribuye efectos especiales á las hipotecas constituidas para seguridad de obligaciones futuras ó sujetas á condiciones suspensivas ó resolutorias, debemos hacer notar que, segun ella, *la hipoteca constituida para seguridad de una obligacion futura, surtirá su efecto contra tercero desde su inscripcion, si la obligacion llega á contraerse* (Art. 142), si bien es indispensable que cuando la obligacion se contraiga, *lo hagan constar así los interesados por medio de una nota al margen de la inscripcion hipotecaria, pues sin este requisito no podrá aprovechar ni perjudicar á tercero la hipoteca constituida* (Art. 94 del reglamento).

La razon de ello es, porque aun cuando la obligacion principal no exista todavía, existe, sin embargo, otra preliminar en que se constituye la hipoteca, y que lleva implicita la necesidad ó la suposicion de la existencia de la segunda; y como el tercero ha sabido por la inscripcion de aquella la naturaleza futura de la obligacion principal, de aquí que nunca pueda decirse perjudicado, si la hipoteca surte sus efectos, desde la fecha de su inscripcion, cuando la obligacion futura se contraiga.

Lo propio sucederá con respecto á las *hipotecas constituidas para la seguridad de una obligacion sujeta á condiciones suspensivas inscritas*, las cuales surtirán su efec-

to contra tercero, desde la fecha de su inscripcion, si la condicion llega á cumplirse, porque en este caso la obligacion existe desde luego, por mas que nada pueda pedirse hasta que la condicion se cumpla; si bien es además preciso, que cuando esto suceda lo hagan constar así los interesados al márgen de la inscripcion hipotecaria en la misma forma antes mencionada (Art. 94 citado).

Mas si la obligacion asegurada estuviere sujeta á condicion resolutoria inscrita, surtirá la hipoteca su efecto en cuanto al tercero únicamente, hasta que se haga constar en el registro el cumplimiento de la condicion (artículo 142 de la ley), pues estinguida entonces la obligacion principal, se resuelve con ella el derecho de hipoteca.

Fuera, pues, de estos efectos especiales que la nueva ley ha atribuido á las hipotecas constituidas para la seguridad de las obligaciones de la clase mencionada, en cuanto puedan afectar á terceras personas, en lo demás debe considerarse como vigente cuanto dispone la ley antes citada; y en su consecuencia, constituida que sea la prenda ó la hipoteca, producirá sus efectos, si por otra parte no carecia de capacidad la persona que los hubiera constituido.

§. V.

Qué personas pueden dar en prenda ó constituir hipoteca.

Por la definicion que hemos dado del contrato de prenda en general, consta que el acreedor adquiere un derecho en los bienes sobre que se constituye esta garantía; y como esto no puede verificarse sin que se produzca una enagenacion de parte del que impone este gravámen en sus cosas, resulta, que solo los que sean dueños y tengan además la libre administracion de sus bienes podrán darlos en prenda, salvo las modificaciones de que se ha hecho mencion en el núm. 5.º del §. IV, al tratar de las cosas que no puede darse en prenda, las cuales pueden verse en la ley 7.ª, tit. XIII, Part. 3.ª

De esta doctrina se infiere, que no pueden hipotecar ni dar en prenda sus bienes:

1.º Los hijos de familia, á no ser en los bienes que constituyen el *peculio castrense ó cuasi castrense*, si al mismo tiempo se hallaren en la mayor edad, como quedó explicado en el §. IV, núm. 4.º, lec. 3.ª de este tratado.

2.º Los pupilos y menores; pero en su lugar lo podrán hacer los tutores y curadores por justa causa y con decreto del juez. Ley 8.ª tit. XIII, Part. 5.ª

Se exceptúan los menores habilitados para el comercio, los cuales podrán hipotecar libremente los bienes inmuebles, para la seguridad de las obligaciones mercantiles que contrajeren, segun consta del art. 6.º del Código de comercio.

Fuera de este caso, no podrán los menores gravar sus bienes, aun quando tuvieran su administracion, como el mayor de catorce años que no tuviere curador; el que hubiere entrado en la edad de diez y ocho años, siendo casado; el menor emancipado; y el que hubiere obtenido la dispensa de edad; pues para este efecto se consideran como menores, segun la doctrina ya explicada en el §. IX, lec. 7.ª, trat. 1, al hablar de los efectos civiles del matrimonio.

3.º No puede tampoco hipotecar la mujer casada á no ser con licencia de su marido, escepto quando ejerciere el comercio, del mismo modo que se ha dicho del menor.

Todos estos casos han de entenderse de la hipoteca ó prenda constituida por contrato; pues en la que procede de última voluntad, será preciso además que el que la constituya tenga capacidad para testar.

Con lo que acabamos de decir puede ya comprenderse quiénes pueden ó no hipotecar sus bienes.

Solo falta advertir que, aun quando han de ser dueños los que constituyeren la hipoteca, no es necesario que lo sean en dominio pleno ó absoluto, sino que basta que tengan algun derecho en la parte que tratan de imponer dicho gravámen.

La legislacion antigua declaraba tambien válida la hipoteca que constituian los que no tenian actualmente nin-

gun derecho sobre la cosa, pero esperaban tenerlo, como asimismo la de aquellos que, aun sin esperanza de tenerlo, las hipotecaban hallándose presente su dueño, y no contradiciéndole éste, ó dando despues su aprobacion, segun puede verse en las leyes 7.^a y 9.^a, tit. XIII, Part. 5.^a

Mas, en el dia, admitido por la nueva ley el principio de que solo puede hipotecar el que por ser dueño de la cosa pueda tambien enagenarla; de aqui que no pueda tener hoy aplicacion ninguna lo dispuesto en la de Partida citada, y que solo puedan constituir el espresado gravámen los que sean dueños de las cosas sobre que se trate de establecerlo, debiendo tener antes inscrito su derecho en el Registro; y tanto es así, que añade la ley que *la hipoteca constituida por el que no tenga derecho para constituir la segun el registro, no convalecerá, aunque el constituyente adquiriera despues dicho derecho.* (Art. 126).

Finalmente, podrá tambien un tercero constituir y entregar la prenda por un deudor, y aceptarla, recibirla y tenerla por el acreedor, como establece el nuevo Código (1); pero para ello es preciso que, si lo hace como procurador suyo ó apoderado, esté autorizado especialmente: de otro modo, si obrando como tal empenase alguna cosa de su principal sin su conocimiento ni mandato, tendrá que probar el acreedor, que el dinero que entregó se convirtió en utilidad del mandante para poderla retener, como consta de la ley 8.^a del mismo título.

Tal es la doctrina de las leyes acerca de las personas que pueden dar en prenda sus bienes ó hipotecarlos. Concurriendo en ellas las cualidades espresadas, serán válidas las prendas, si al mismo tiempo se han observado los requisitos que se prescriben en cuanto al modo de constituirse, de lo cual nos ocuparemos en el párrafo siguiente.

(1) Art. 1773.

§. VI.

Modos como puede constituirse la prenda ó hipoteca.

La hipoteca puede constituirse en el título mismo de la obligación ó del contrato que la motiva, ó en un acto posterior á él, como dice la ley 5.^a, tit. I, lib. XX del Digesto; no siendo necesario que los interesados estén presentes, por hallarse permitido que pueda verificarse este acto por medio de apoderado, como espresó la ley 6.^a, tit. XIII, Partida 5.^a y confirma la ley hipotecaria al disponer que *los que tengan la facultad de constituir hipotecas voluntarias, puedan hacerlo por sí ó por medio de apoderado con poder especial para contraer este género de obligaciones, otorgado ante escribano público* (Art. 140). Mas si hubiese sido constituida *por un tercero sin poder bastante*, aun cuando podrá ser rectificada por el dueño de los bienes hipotecados, no surtirá sin embargo efecto *sino desde la fecha en que por una nueva inscripcion se subsane la falta cometida* (Art. 141).

Por la ley de Partidas citada se permitia tambien que pudiese constituirse la hipoteca con escritura ó sin ella; bastando en caso de no otorgarse ésta, empeñar la escritura ó el título de propiedad de una finca, para que quedara hipotecada, segun consta por la ley 14 del mismo título.

Mas esta generalidad con que permitieron las leyes de Partidas constituir la hipoteca, fué despues limitada, primeramente por las leyes 1.^a, 2.^a y 3.^a, tit. XVI, lib. X, Novísima Recopilacion; posteriormente por los Reales decretos de 23 de Mayo de 1845 y 26 de Noviembre de 1852; y últimamente por la ley hipotecaria que prescribe que, *para que las hipotecas voluntarias puedan perjudicar á tercero, se requiere:*

1.^o *Que se hayan convenido ó mandado constituir en escritura pública.*

2.^o *Que la escritura se haya inscrito en el registro que se establece por esta ley* (Art. 146).

Su inscripcion se hará en la forma establecida para las inscripciones en general, segun lo que espusimos en la seccion 2.^a, lec. 8.^a, trat. 2.^o, sin perjuicio de las reglas especiales dictadas para las de su clase (Art. 94 del Reglamento).

Dejando pues á salvo esta formalidad, cuya utilidad demostramos en la citada leccion, en lo demás queda á voluntad de los contrayentes el constituir la hipoteca del modo que tengan por conveniente (1); con la diferencia que, si se constituyere *pura ó absolutamente*, valdrá desde luego y se podrá demandar, y si lo fuere con *condicion ó desde cierto tiempo ó hasta cierto tiempo*, no empiezan sus efectos hasta que se cumpla la modificacion que se hubiere puesto, si ésta ó el pacto que se añadiere no fuere contrario á las leyes, como espresa la ley 17, tít. XIII, Part. 5.^a

Cuáles sean estos pactos, lo manifestaremos en el párrafo siguiente.

§. VII.

Qué pactos pueden ponerse en la prenda ó hipoteca.

Segun la ley 12 del titulo y Partida citada, pueden ponerse en la prenda ó hipoteca todos los pactos que quieran los contrayentes, con tal que no sean contrarios á las leyes ni á las buenas costumbres.

Los que se consideran como tales, son los siguientes:

1.^o El pacto llamado *comisorio*, ó aquel en que se convinieran el acreedor y deudor que, si éste no satisficiera la deuda en el plazo señalado, hubiera de quedarse el acreedor con la prenda. La razon de ello es, porque, como dice la misma ley, si tal pacto valiera, no querrian los prestamistas dejar el dinero de otra manera, y apurados por su pobreza los que lo hubieran de recibir, consentirian en él aunque conocieran el daño que les produjera.

(1) Art. 1797.

2.º El pacto de que, no pagando el deudor, pueda el acreedor vender de por sí sin aviso alguno la prenda ó hipoteca, por ser contrario á las leyes 41 y 42, tit. XIII, Partida 5.ª, que establecen en tal caso los requerimientos que deben preceder y las solemnidades con que ha de hacerse la venta.

3.º El pacto de que en ningun tiempo pueda venderse la prenda ó hipoteca, porque entonces dejaria de considerarse la prenda como garantia; y además, porque la ley 42 dispone que, aun cuando se hubiera puesto este pacto, pueda no obstante venderse con los requisitos que expresa.

4.º El pacto denominado *anticrético*, que consiste en que el acreedor perciba todos los frutos de la cosa empeñada por vía de intereses, mientras no se satisfaga el importe de la deuda; si bien algunos le tienen por legítimo, como consta de las observaciones hechas en el §. X, lección 3.ª

No siendo de esta clase los pactos, podrán los contrayentes estipular lo que tengan por conveniente, formando lo pactado parte de las obligaciones que dimanen de este contrato; pero debe tenerse presente *que todo hecho ó convenio entre las partes que pueda modificar ó destruir la eficacia de una obligacion hipotecaria anterior, como el pago, la compensacion, espera, el pacto ó promesa de no pedir, la novacion del contrato primitivo y la transaccion ó compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el registro por medio de una inscripcion nueva, de una cancelacion total ó parcial, ó de una nota marginal, segun los casos (Art. 144).*

Veamos ahora cuáles sean los derechos y obligaciones que nacen del contrato de prenda.

§. VIII.

Derechos y obligaciones que nacen del contrato de prenda.

Los derechos y obligaciones que nacen de este contrato, unos son por parte del acreedor y otros por parte del deudor.

Empezando por los que se refieren al acreedor, nada mas justo que, teniendo por objeto el contrato de prenda asegurar el cumplimiento de una obligacion, haya de gozar éste de ciertos derechos sobre la misma en caso de faltar el deudor á su empeño; pero al mismo tiempo es interés de éste y del acreedor el que la cosa se conserve en buen estado, como es fácil de suponer, y con este motivo ya no estrañaremos que, juntamente con los derechos, le imponga la ley tambien ciertas obligaciones que espondremos á continuacion.

Derechos del acreedor sobre la cosa dada en prenda.

Estos son los siguientes:

1.º El que constituida la prenda, si lo fué *absolutamente*, pueda pedirla desde luego, no entregándola el deudor; y si lo fué con *condicion* ó *desde cierto tiempo*, cuando se cumpla la condicion ó llegue el dia; escepto si tuviere sospechas de fuga ú ocultacion del deudor, que podrá hacerlo cuando lo advierta. Ley 17, tit. XIII, Partida 5.ª

2.º Que si el deudor hubiere enagenado ó empeñado la prenda á otro antes de entregarla al primer acreedor, pueda éste, no obstante, dirigirse contra el segundo, si reconvenido el deudor para el pago de la deuda no consiguiera su cobro, á no ser que hubiera ya pleito entre éste y el primer acreedor cuando se empeñó en favor de otro, que entonces queda á eleccion del primero el dirigirse contra el poseedor ó contra el deudor, segun dispone la ley 14 del mismo titulo y Partida.

3.º El poder retener en su poder la prenda mientras que el deudor no satisfaga la deuda, y juntamente los gastos hechos en ella. Leyes 2.ª, 15 y 21, tit. XIII, Partida 5.ª (1).

4.º Usar tambien de este derecho de retencion por otra deuda que contrajo con él su deudor, aunque no se

(1) Art. 1787.

hubiera pactado que quedase sujeta la prenda á esta segunda obligacion, á no ser en el caso en que, habiendo vendido ó empeñado el deudor la prenda á otro, reclamase este segundo acreedor su entrega al primero, satisfaciéndole la primitiva deuda. Ley 22, id. (1).

5.º Que el acreedor que recibió la prenda puede empeñarla por una deuda suya, aunque pagando el deudor, debe reclamarla y entregarse á éste, dando otra en su lugar á su acreedor. Ley 35, id.

6.º Que, llegado el tiempo en que el deudor haya de pagar la deuda y no cumpliendo éste en la obligacion, puede hacer que se venda en pública subasta, ó que se le adjudique á falta de postura legalmente admisible, por su justo precio, devolviendo al deudor el exceso de la deuda si lo hubiere, ó reservándose el derecho de pedirle lo restante si algo faltare.

Así resulta de la doctrina de las leyes 41, 42, 43 y 44, tit. xiii, Part. 5.ª, en la cual conviene el nuevo Código (2); pero además ha de tenerse presente que, para hacerse uso de este derecho, debe antes ser avisado el deudor, aunque guardando las siguientes diferencias:

1.ª Que, si se pactó que pudiera venderse, basta avisar antes al deudor, ó estando ausente, á su mujer ó familia, de que va á procederse á la venta. Ley 41, id.

2.ª Que, si no hubo tiempo señalado para el cumplimiento de la obligacion, ni hecho mencion en el contrato acerca de la venta de la prenda, haya de intimarse al deudor para que la redima; y no verificándolo dentro de doce dias, pueda venderse. Ley 42, tit. xiii, Part. 5.ª

3.ª Que si se pactó que no pudiera venderse ésta, pueda no obstante procederse á su venta, si hechos tres requerimientos al deudor, y pasados dos años desde el últimamente hecho, no pagara la deuda. Ley 42, id.

Otros mas derechos pudiéramos enumerar, pero nos abstenemos de hacerlo por razon á la brevedad; debiendo

(1) Art. 1779.

(2) Art. 1775.

consultar en las dudas que ocurran, al tit. XIII, Part. 5.^a, por ser muy difícil que bajo una regla general se comprendan todos los que las leyes han concedido al acreedor sobre la prenda.

Mucho mas fácil es determinar sus obligaciones, cómo lo haremos á continuacion.

Obligaciones del acreedor sobre la cosa dada en prenda.

Prescindiendo de las restricciones impuestas al acreedor, las cuales deberán considerarse como otras tantas obligaciones, segun puede colegirse de las espresadas en el núm. 6.º del aparte anterior, las que de un modo positivo le señalan las leyes, son las siguientes:

1.^a Cuidar de la prenda como un buen padre de familias, segun se espresa el nuevo Código (1), ó prestar en su conservacion la *culpa leve*, por ser este contrato útil á los dos contrayentes. Ley 20, tit. XIII, Part. 5.^a

2.^a No poder usarla, si el deudor que es su dueño no le concede este derecho; y en caso contrario, haber de responder de ella, aunque se pierda por caso fortuito, como dispone la misma ley.

3.^a Restituirla con todos los frutos, mejorías y accesorios que haya tenido, tan luego como el deudor le pague las espensas ó gastos hechos en ella. Leyes 15 y 21, tit. XIII, Part. 5.^a

4.^a Indemnizar al deudor de todos los daños y perjuicios que le resulten de no restituirla la prenda, no obstante de tener satisfecha la deuda, como disponen las citadas leyes.

Por este mismo orden pudiéramos designar los derechos y obligaciones de los que dan la prenda; pero como tanto éstas como los derechos, se desprenden inmediatamente de la doctrina que hemos presentado para determinar lo que las leyes disponen en este punto con res-

(1) Art. 1776.

pecto al acreedor, en razon de no poder suponer derecho alguno en éste sin que al mismo tiempo se conciba una obligacion de la misma indole por parte del deudor; nos parece que basta lo espresado para que se comprendan los derechos y obligaciones de los dos, y solo falta que veamos por lo que respecta á la hipoteca: 1.º Su estension á los intereses del crédito asegurado: 2.º Las reglas especiales á las impuestas sobre censos; y 3.º La doctrina de la ley con respecto á la enagenacion de los créditos hipotecarios, lo cual será objeto del siguiente párrafo.

Estension de la hipoteca á los intereses del crédito asegurado.

Al ocuparnos en la leccion 8.^a, trat. 2.º, de los efectos de la hipoteca, dijimos: que la constituida por un crédito que devengue interés, solo asegura con perjuicio de tercero, además del capital, los réditos de los dos últimos años y la parte vencida de la anualidad corriente.

Ahora bien; para que se considere asegurado con hipoteca el interés del préstamo, es necesario que la estipulacion y cuantía de dicho interés, resulten de la inscripcion misma (Art. 145).

Consecuencia de ello es: que el acreedor hipotecario podrá repetir contra los bienes hipotecados por el pago de los intereses vencidos, cualquiera que sea la época en que deba verificarse el reintegro del capital; mas si hubiere un tercero interesado en dichos bienes á quien pueda perjudicar la repeticion, no podrá esceder la cantidad que por ella se reclame de la correspondiente á los réditos de los dos últimos años, trascurridos y no pagados, y la parte vencida de la anualidad corriente. La parte de intereses que el acreedor no pueda exigir por la accion real hipotecaria, podrá reclamarla del obligado por la personal, siendo considerado respecto á ella en caso de concurso, como acreedor escriturario (Art. 147).

Reglas especiales á las hipotecas impuestas sobre censos.

Dijimos al tratar de los derechos reales ó en la cosa, que los censos son enagenables, y por tanto susceptibles de ser hipotecados por el censualista, que es aquel que disfruta el prédio ajeno, mediante el pago de cierta pension. Si constituida una hipoteca sobre el derecho real del censualista, el dueño del prédio, ó sea el censatario, quisiere redimir el censo, quedaria estinguido éste por la redencion, y como consecuencia forzosa habria de quedar tambien estinguida la hipoteca que sobre él se hubiere constituido. Pero como no seria justo que el acreedor perdiese su derecho hipotecario por el efecto de la redencion, impidiéndole reembolsarse del crédito asegurado, ha dispuesto la ley que *cuando se redima un censo gravado con hipoteca, tendrá derecho el acreedor hipotecario á su eleccion, á que el redimente le pague su crédito por completo con los intereses vencidos y por vencer, ó le reconozca su misma hipoteca sobre la finca que estuvo gravada con el censo; en cuyo último caso deberá hacerse una nueva inscripcion de la hipoteca, la cual espresará claramente aquella circunstancia, y surtirá efecto desde la fecha de la inscripcion anterior* (Art. 149). Concédesele la eleccion al acreedor hipotecario, porque solo él es el que puede reportar perjuicios por efecto de la redencion del censo.

Otras varias reglas prescribe la ley hipotecaria, ordenando lo que debe hacerse en caso de disminucion del valor de las fincas acentuadas; pero habiendo hecho ya mérito de ellas al ocuparnos de los censos en la leccion 7.^a del trat. 2.^o, nos abstenemos de hacerlo en este lugar, á fin de evitar repeticiones, y solo examinaremos lo que aquella dispone en orden á la enagenacion de los créditos hipotecarios.

Cesion ó enagenacion del crédito hipotecario.

El crédito hipotecario puede enagenarse ó cederse á un tercero en todo ó en parte, siempre que se haga en escritura pública de que se dé conocimiento al deudor, y que se inscriba en el registro. *El deudor no quedará obligado por dicho contrato ó mas que lo estuviere por el suyo*, pues de otra manera quedaria perjudicado por hechos en que ninguna participacion habia tenido. *El cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente* (Art. 153).

Debe ponerse esta cesion en conocimiento del deudor, para que sepa éste que en lo sucesivo no debe pagar ya el capital é intereses al antiguo acreedor, sino al nuevo cesionario, y la notificacion deberá hacérsele antes de la inscripcion *por medio de cédula que redactará y firmará el escribano que haya otorgado la escritura* (Art. 108). Si el deudor no residiese en dicho pueblo, ordena la ley que se inscriba el contrato, *teniéndose por hecha la notificacion, pero quedando obligado el cedente á acudir al juez en solicitud de que se busque al mismo deudor y se le comuniqué la cédula referida en la forma correspondiente* (Art. 109 del Reglamento).

Por último, como cada uno debe responder de los perjuicios que por sus actos ú omisiones resulten á tercero, de aquí que la ley añada que *si se omitiere dar conocimiento de la cesion al deudor, será responsable el cedente de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta*.

Es de advertir que la doctrina que dejamos espuesta no es estensiva á la enagenacion y cesion de los derechos ó créditos asegurados con hipoteca legal, pues éstos no podrán cederse sino cuando haya llegado el caso de exigir su importe, y sean legalmente capaces para enagenarlos las personas que los tengan á su favor (Artículo 155), segun oportunamente espusimos.

Réstanos ahora manifestar que las leyes conceden tanto al deudor como al acreedor para hacer efectivos sus derechos en juicio, lo cual será materia del párrafo siguiente.

§. IX.

Acciones que nacen del contrato de prenda.

Para hacer efectivos los derechos que competen al acreedor y al deudor como dimanados del contrato de prenda, tiene establecidas el derecho dos acciones llamadas *pignoraticias* de la palabra latina *pignus*, á saber: una que se llama *directa* y la otra *contraria*.

La *directa* es, la que se da al deudor luego que ha pagado la deuda, para reclamar del acreedor ó de sus herederos la cosa empeñada con todos los frutos y utilidades que haya producido; como igualmente para exigir del mismo la indemnizacion de los daños causados por *dolo* ó por *culpa lata y leve*, y en caso de haberla vendido legalmente, para pedir el exceso de valor que en la venta hubiere tenido.

La *contraria* es, la que se da al acreedor para pedir del deudor ó de sus herederos los gastos que hubiere hecho en la prenda, ó para que se le indemnice de los perjuicios que se le hubieren seguido, por no ser equivalente al débito, ó habérsele dado una cosa agena, ó por otra causa semejante á estas.

De las definiciones que acabamos de dar, constan los casos en que tienen lugar una y otra accion; pero, como pueden todavía suscitarse algunas cuestiones, haremos para su mas fácil inteligencia algunas observaciones sobre cada una de ellas.

Así, pues, fijándonos primero en la accion *directa*, se ve desde luego por su definicion que, para que tenga lugar, es necesario que se haya pagado ó satisfecho toda la deuda; no bastando que haya sido abonada en parte para utilizarla, ni que en el caso de ser la deuda con intereses se haya devuelto solamente el capital, si la prenda se dió para la seguridad de ambas cosas.

Es tan necesario este requisito, que si muriera el acreedor ó el deudor dejando cada cual varios herederos, no

basta que el deudor pague la parte que le toque á uno de sus acreedores, para que pueda en ambos casos pedirse la prenda; puesto que, aun cuando sea divisible la deuda entre los causa-habientes del deudor ó acreedor, no lo es la prenda ó la hipoteca (1), y por lo mismo queda obligada mientras no se extinga toda la deuda.

Solo en el caso en que el acreedor hiciera mal uso de la prenda, ó no lo exhibiera cuando se le pidiese, es como podrá hacer uso de esta accion antes de satisfacer la deuda, y aun entonces, lo será mas bien para pedir la reparacion de daños, ó para que el acreedor afiance la restitution de la cosa, pero no precisamente para que se le devuelva ésta.

Pasando á la accion *contraria*, como ésta se da para la indemnizacion de daños causados al acreedor, solo tendrá lugar, si realmente se le hayan irrogado éstos; no permitiéndosele que pueda por su propia autoridad tomar los bienes del deudor para indemnizarse con ellos, bajo la pena si lo hiciere de perder la accion, y de tener que devolvérseles al deudor, como disponen las leyes 11, tit. XIII, Partida 3.^a; y 1.^a, 5.^a y 6.^a, tit. XXXIV, lib. XI, Novísima Recopilacion.

Además de la accion *pignoraticia directa y contraria*, existe otra accion llamada *hipotecaria*, la cual compete al acreedor para hacerse pago con el valor de la cosa hipotecada, en caso que el deudor no cumpliera con lo que se obligó (2).

Una y otra accion sirven para asegurar los efectos del contrato; pero se diferencian entre sí, en que la *hipotecaria* es una accion *real* que nace de la hipoteca despues de constituida, y puede dirigirse contra cualquier poseedor hecha escusion en los bienes del deudor; al paso que la *pignoraticia* es una accion *personal* que nace del contrato en que se constituyó, y solo se da contra aquel que haya contratado con nosotros y contra sus herederos.

Tambien se diferencian en que, estinguida la hipoteca,

(1) Arts. 1780 y 1798.

(2) Art. 1799.

se estingue siempre la accion *hipotecaria*, pero no siempre se estingue por ello la accion *pignoraticia*; antes al contrario, entonces es cuando se ejercita ésta.

Asi sucederia, por ejemplo, en el caso en que se hubiere satisfecho toda la deuda, ó en el que hubiere llegado el tiempo ó cumplido la condicion que se señaló para la duracion de este gravámen; pues en ellos se estingue la accion *hipotecaria*, y no obstante, el deudor y acreedor pueden ambos utilizar la accion *pignoraticia* en los términos ya manifestados.

No sucede lo mismo si se estinguiera, por ejemplo, la hipoteca, en virtud del modo llamado *confusion* ó *consolidacion*, ó por la *remision* ó *prescripcion*; pues en estos casos cesan absolutamente todas las acciones, tanto la *hipotecaria* como las *pignoraticias*, por no ser compatibles con el estado en que ha quedado por estas causas el que era antes considerado como deudor ó como acreedor, como nos convenceremos fácilmente, con solo atender á los efectos que produce cuando se estingue por el modo llamado *confusion*.

Lo dicho nos hará venir en conocimiento de la necesidad de saber cada uno de los modos por los que se estingue la hipoteca; pues de otra manera no podria comprenderse cuándo se estinguen absolutamente las acciones que nacen de la prenda, y cuándo solo la accion *hipotecaria* quedando en su fuerza las acciones *pignoraticias* en cada uno de los contrayentes.

En el §. XV, lec. 8.^a, trat. II, se hallan explicados todos estos modos, y á él remitimos á nuestros lectores por escusar repeticiones.

LECCION DECIMANONA.

Del contrato de fianza.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Naturaleza de la fianza, y sus especies.—§. III. En qué contratos u obligaciones tiene lugar.—§. IV. Tiempo y modo como se constituye.—§. V. Personas que pueden ó no ser fiadores.—§. VI. Cómo pueden obligarse éstos.—§. VII. Efectos de la fianza entre el acreedor y fiador.—§. VIII. Cuáles son los que se producen entre éste y el deudor.—§. IX. Cuáles los que se refieren á los confiadores entre sí.—§. X. Cómo se estingue la fianza.—§. XI. Idea de los contratos aleatorios.—§. XII. Reglas para comprender los efectos de los contratos que no tienen un nombre especial.

§. I.

Razon del método.

Aunque, generalmente hablando, presten mayor seguridad los bienes que las mismas personas, cuando se trata de inspirar confianza entre los que deseen contraer una obligacion, sin embargo, como no siempre pueda ofrecerse por parte del obligado una garantia de tanta seguridad como la que prestan la prenda é hipoteca, de la cual hemos tratado en la leccion anterior; y por otra parte, pudiera no inspirar la suficiente confianza aquel que deseara entrar en algun trato con los demás, ó entablar alguna negociacion; era preciso que el legislador propusiera un medio

por el que, sin detrimento de nuestros intereses, pudieran ser socorridos todos indistintamente en sus necesidades.

Este medio no es otro, sino el de poder la persona que trate de contraer una obligacion, presentar otra que salga responsable de su cumplimiento, ó que se constituya como su fiador.

El contrato por el que se adquiere esta garantia, se llama contrato de *fianza*, el cual, á imitacion del de *prenda* é *hipoteca*, sirve para asegurar el cumplimiento de una convencion cualquiera, ligándola con vinculos mas estrechos que los ofrecidos en ella.

Con estos antecedentes puede muy bien comprenderse, por qué á continuacion del contrato de *prenda* é *hipoteca*, hayamos de entrar examinando el contrato de *fianza*, no obstante que, si atendemos á su causa eficiente, debia colocarse entre los contratos que calificamos como *consensuales*, por ser solamente el consentimiento la causa que lo perfecciona.

Siguiendo, pues, este pensamiento, trataremos de la *fianza* en esta leccion, en la que, despues de determinar en qué consiste su naturaleza y los efectos que produce, se darán algunas reglas para comprender los que se derivan de las varias obligaciones que los hombres pueden contraer, y que, por no tener un nombre especial con que se distingan, no ha podido formarse de ella una clase separada, como las que hasta aquí hemos examinado.

Esto supuesto, empezaremos manifestando qué es contrato de *fianza*, y las clases en que se divide.

§. II.

Naturaleza de la fianza, y sus especies.

Se entiende por *fianza*, un contrato por el cual una ó mas personas se obligan á pagar una deuda, ó á responder de la obligacion de un tercero, en caso que él no la cumpla (1).

(1) Art. 1733.

De esta definicion se infiere:

1.º Que la fianza es un contrato *consensual*, porque sin otro requisito que la voluntad de la persona que se ofrece á responder de la obligacion de un tercero, queda ella obligada.

2.º Que es tambien un contrato *unilateral*, porque solo de una de las dos partes contrayentes está la obligacion.

3.º Que es *gratuito* ó de *beneficencia*, porque el beneficio que la parte obligada otorga á la otra, lo es solo por pura liberalidad, si bien algunas veces podrá exigirse una recompensa por este servicio.

4.º Que es *accesorio*, porque no puede existir sin estar unido á otra obligacion, que es la que se trata de asegurar.

5.º Ultimamente, tiene por objeto inspirar confianza en las personas, como lo dió á entender el Rey D. Alfonso el Sábio, cuando para dar una idea de las *fianzas* ó *fiaduras*, dice que son *unas obligaciones que hacen los homes entre sí, para que las promisiones y posturas que hayan hecho, sean mejor guardadas*. Proemio al tít. XII, Partida 5.^a

No siempre es el contrato la fuente ó el título de la fianza, y de aquí la necesidad de haber de considerarla en cada uno de los otros modos como se constituye, lo cual da lugar á que se proceda á su clasificacion.

Especies ó clases de fianza.

La fianza puede ser *convencional*, *legal* y *judicial*. Además puede ser *gratuita* ó á *título oneroso*; y puede constituirse no solo á favor del *deudor principal*, sino al de *otro fiador*, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo aquel por quien se quisiera uno obligar (1).

Se llama fianza *convencional*, la que *procede de pacto* ó *convenion entre las partes*.

(1) Art. 1734.

De ésta distinguieron los romanos cinco clases conocidas con los nombres de: *Fide Jussio*, *Constitutum*, *Mandatum*, *Sponssio*, y *Expromissio*, de las cuales solo la última dejaba libre de la obligacion al primitivo deudor, en razon de no poder constituirse sin una novacion, en virtud de la cual era subrogado el *expromisor* en lugar del antiguo deudor. Las demás dejaban subsistente la obligacion de éste, y solo en su defecto se hacia efectivo en aquel su cumplimiento.

Así, pues, en la *Fide Jussio* y en el *Constitutum*, respondian los fiadores cuando el deudor se hacia insolvente, y solo se diferenciaban, en que la primera podia constituirse antes y despues de la obligacion principal y se verificaba por medio de la *estipulacion*; y la segunda seguia al contrato, porque se constituia por un pacto, el cual solo se consideraba como obligatorio cuando se añadia al contrato.

En el *Mandatum*, que era aquella obligacion fiduciaria que resultaba de haber encargado uno *propio motu* á alguna persona el que prestara á otra cierta cantidad, si á consecuencia de esta *comision* ó *recomendacion* se habia realizado el préstamo, el acreedor tenia obligado al deudor por título de *mútuo*, y por el de *mandato* al que habia hecho la recomendacion.

En la *Sponssio*, que era aquella obligacion que sin ruegos de otro tomaba uno sobre sí en caso de no cumplir éste, se observaba lo mismo que en la *Fide Jussio*, porque no se distinguia de ésta sino en que el *fiador* era rogado, lo cual no sucedia en el *sponsor* ó *promissor*.

Solo pues en la *Expromissio* quedaba únicamente obligado el *expromissor*, que de aquí venia el no poder gozar éste del beneficio de *escusion*.

En nuestra España, aunque no es muy comun el uso de dicha nomenclatura, ni están en la actualidad admitidas las fórmulas especiales para constituirse la obligacion en cada una de las fianzas mencionadas, sin embargo, se hallan reconocidos los efectos que cada una de éstas producía, como puede verse en las leyes 1.^a, 12 y 13, tit. XII, Part. 5.^a, especialmente en la 1.^a, que es la que dió lugar

á Gregorio Lopez á hacer tambien esta division, segun consta en sus glosas á la misma.

Siguiendo la division que se ha hecho de las fianzas, pertenece á la segunda clase la llamada *legal*, que es *aquella que se da en virtud de la ley, ó por disposicion de ésta*.

Entre las de esta clase, las mas principales son las siguientes:

1.^a La que deben dar los *usufructuarios*, segun la ley 20, tit. xxxi, Part. 3.^a; como tambien la que han de prestar los *tutores y curadores* de que tratan los articulos 1220 y siguientes de la ley de enjuiciamiento, segun manifestamos en el §. II, lec. 11, sec. 3.^a, trat. i.

2.^a La que tienen que prestar los actores ejecutantes cuando, no obstante la apelacion por el ejecutado de la sentencia de remate, pidieren aquellos que ésta se ejecute, segun así se dispuso por las leyes 4.^a y 5.^a, tit. xvii, y 1.^a y 12, tit. xxviii, lib. xi, Novis. Recop.; y en la actualidad por el art. 973 de la ley de enjuiciamiento.

3.^a La llamada de la *haz*, de la cual se distinguen tres clases, á saber: la de *estar á derecho*, que consiste en la obligacion en que uno se constituye de hacer que se presente en juicio el reo ó demandado, en el plazo designado por el juez, de la que tratan las leyes 17 y 19, tit. xii, Partida 3.^a: la de *estar á las resultas de un juicio ó de pagar lo juzgado y sentenciado*, de que hablan las leyes del título viii, lib. ii del Digesto; y la de *cárcel segura*, que equivale á la de *estar á derecho*, y de la cual se hace mencion en el art. 11 del reglamento provisional de 26 de Setiembre de 1835, y en el Real decreto de 30 de Setiembre de 1853, que espresan los casos en que tiene lugar.

4.^a La fianza de *calumnia*, ó la que se exige del acusador para en el caso de no justificar el delito que imputó al acusado, depositando la cantidad que el juez ó tribunal determine, segun la entidad del asunto, como se deduce del art. 73 del citado reglamento provisional.

Tales son las fianzas mas principales de entre las llamadas *legales*.

Algunos escritores de derecho las colocan entre las *ju-*

diciales, solo porque se prestan con intervencion del juez; pero, como éste no tiene otra parte en ellas sino el ver si proceden ó no en los casos en que se ofrecieren, nos parece mas propio considerarlas como *legales*, porque se dan en virtud de la ley, segun se espresa en la definicion.

Otra de las clases de fianzas es la *judicial*, que es *aquella que se dá en virtud de auto ó decreto del juez*. Tal seria, por ejemplo, la que se decretara en el caso de que teniendo uno sus bienes embargados para estar á las resultas del juicio entablado contra él, pidiera su desembargo por justas causas; ó tambien, aquella en que el juez manda que uno retenga ciertos bienes en calidad de depósito á disposicion del juzgado, bien sea para cubrir una deuda, ó bien para restituirlos á otro acreedor de mejor derecho, cuando hubiere algun litigio sobre ellos.

Además de las tres clases indicadas, hemos dividido tambien la fianza en *gratuita y onerosa*; porque aunque por lo comun sea este un acto de beneficencia, pero á las veces el fiador estipula algun interés ó premio por el peligro ó responsabilidad á que se sujeta.

En los casos, pues, en que se exija interés ó premio, será *onerosa* la fianza, y *gratuita* si no se exigiera.

Finalmente, puede constituirse la fianza á favor del deudor principal, ó de otro fiador, que es la última division que hicimos de ella, y á la cual podemos añadir la llamada *mancomunada*, sea *simple ó solidaria*, que tiene lugar cuando el acreedor no teniendo por bastante abonado al primer fiador exige otro ú otros para responder de la obligacion.

Esta variedad que se advierte en las clases de fianzas denota la escelençia de este contrato que, aunque accesorio, es mas píngüe en sus efectos que todos los demás, pues no solo asegura el cumplimiento de obligaciones que en sí son eficaces por estar contraidas por personas capacitadas y con los requisitos que exigen las leyes, sino que aun tambien las contraidas por personas á quienes no se puede apremiar á su cumplimiento, como nos confirmaremos en ello, haciendo ver los contratos ú obligaciones en que se admite.

§. III.

En qué contratos ú obligaciones tiene lugar la fianza, y en qué otros no se admite.

La fianza puede tener lugar en cualquiera obligacion, no solo mixta de *natural* y *civil*, sino tambien cuando lo fuere ó solamente *civil* ó *natural*. Ley 5.^a, tit. xii, Partida 5.^a

Asimismo puede tener lugar en las obligaciones por *delito* y *cuasi delito*, aunque solamente con respecto á la *pena pecuniaria*, como *pago de costas*, *multas*, *reparaciones de daños*, etc.: pero no respecto de la *pena corporal*, porque *nemo membrorum suorum dominus videtur*, como se lee en varias leyes del tit. i, lib. xlvii del Digesto.

Tambien puede darse por hechos personales que uno se haya ofrecido á prestar, como consta de la ley 6.^a, tit. xii, Part. 5.^a; si bien en este caso quedará reducida la obligacion del fiador á haber de satisfacer los daños y perjuicios que se originasen al acreedor, si tales hechos no se ejecutasen.

Igualmente puede recaer, segun espresa la ley citada, sobre deudas futuras, aun cuando su importe no sea conocido, como sucede en las fianzas de los *tutores*, *curadores*, y *administradores*, ó en las de *estar á las results de un juicio*; si bien entonces no habrá recurso contra el fiador sino cuando la deuda sea líquida, como añade el nuevo Código (1).

Finalmente, pueden tener lugar hasta por una fianza ya contraida, segun dijimos al final del párrafo anterior.

Esta estension de la fianza no debe entenderse de tal modo que pueda recaer indistintamente en toda obliga-

(1) Art. 1736.

cion, aunque fuera ésta ilícita ó nula; porque, siendo un contrato *accesorio* y no pudiendo subsistir sin *otro principal* á que se una, es consiguiente que, si éste fuere nulo ó reprobado, nula tambien y de ningun efecto ha de ser la fianza que interviniera en él.

Para saber pues en qué obligaciones no se admite la fianza, haremos brevemente una reseña de ellas á continuación.

Sobre qué obligaciones no puede admitirse fianza, y sus especies.

Sentado el principio que la fianza no puede existir sin una obligacion válida (1), los contratos y obligaciones en que no puede tener lugar son los siguientes:

1.º Sobre obligaciones prescritas, ó de cosas imposibles, porque en ambos casos falta la principal obligacion.

2.º Sobre deudas contraídas por los hijos de familias, por estar declaradas como insubsistentes las obligaciones que éstos contraigan sin licencia de sus padres, ó no hallándose en ninguno de los casos espresados en el §. V, lec. 16. Leyes 4.ª, 5.ª y 6.ª, tit. 1, Part. 5.ª, y 17, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.

3.º Sobre las contraídas por los pródigos, porque, comparándose éstos con los locos del mismo modo que los infantes, no cabe en ellos ni aun la obligacion natural. Leyes 4.ª y 5.ª, tit. xi, Part. 5.ª

4.º Sobre las que contraen los pupilos y menores sin autoridad de sus tutores ó curadores en los casos designados en la ley 17, tit. 1, lib. x, Novis. Recop.: pero sí que se admite por las contraídas por éstos en otros negocios en los cuales, quedando obligados naturalmente, como consta de las leyes 4.ª y 5.ª, tit. xi, Part. 5.ª, es consiguiente que su obligacion sea susceptible de fiador.

5.º Sobre las contraídas por cualquiera persona mayor ó menor que no esté bajo la patria potestad, para pagar

(1) Art. 1735.

cuando se case, ó herede, ó suceda en un mayorazgo, ó tenga mas renta ó hacienda; por estar declarado que no valga la obligacion de éstos ni la de sus fiadores si los hubiere, como consta de la ley 17, tit. 1, lib. x, Novísima Recopilacion.

Aunque en todos estos casos se ve patente la razon de no admitirse la fianza, que es la de no ser válida la obligacion principal; sin embargo, podrá recaer sobre una obligacion cuya nulidad pueda ser reclamada á virtud de una *escepcion puramente personal* del obligado, como la menor edad (1); ó lo que es lo mismo, que si el menor hubiese contraído una obligacion, y usando de su privilegio la rescindiera, el fiador, no obstante, quedará obligado; librándose solo de la obligacion cuando se rescindiera por engaño causado en el negocio en que recayó la fianza, por ser el dolo ó engaño una *escepcion real* que tanto puede ponerla el deudor como el fiador. Ley 4.^a, tit. xii, Partida 3.^a

Esta amplitud que se nota en la fianza con respecto á las obligaciones sobre que puede recaer, se observa igualmente con respecto al tiempo en que puede constituirse y al modo ó términos como se constituye, segun constará en el párrafo siguiente.

§. IV.

Tiempo y modo como puede constituirse la fianza.

La fianza puede constituirse en cualquier tiempo, ya sea antes de contraída la obligacion principal, ó al mismo tiempo que ésta, ó despues de ya celebrada. Ley 6.^a, título xii, Part. 5.^a

Mas, aun cuando así consta de la ley citada, no es tan absoluto este uso, que no admita las siguientes modificaciones:

(1) Art. 1735.

1.^a Que, si se constituyera antes, se sobreentiende con la condicion de, si llega á establecerse la obligacion que ha de quedar asegurada, como lo confirma el ejemplo que propone dicha ley, al espliçar los efectos que produce en este caso la fianza.

2.^a Que, si al tiempo de celebrarse el contrato principal, no se piden fianzas al obligado, no se le puedan exigir despues, sino en los casos de hacerse disipador de sus bienes, ó de mudar de domicilio ausentándose del lugar donde moraba. Ley 2.^a, tit. XVIII, lib. III, Fuero Real (1).

Esto no impide que uno voluntariamente se constituya fiador de otro despues que hubo éste contraido la obligacion; pues la citada ley del Fuero solo se refiere á no póderselas exigir al principal obligado, segun consta de sus mismas palabras, y lo confirma además el ejemplo que propone la ley 6.^a, tit. XII, Part. 5.^a, considerando este caso como uno de los modos de constituirse la fianza.

Modos como puede constituirse la fianza.

La fianza puede constituirse de cualquiera de los modos siguientes:

1.^o Puramente, bajo condicion, desde cierto dia y hasta cierto dia. Ley 6.^a, tit. XII, Part. 5.^a

2.^o Por escritura pública ó privada, ó por cartas ó verbalmente, escepto en negocios mercantiles en que ha de hacerse constar por escrito, como dispone el art. 413 del Código de comercio.

3.^o Por mandato del principal obligado ó sin él, é ignorándolo éste y aun contradiciéndolo. Leyes 12 y 13, titulo XII, Part. 5.^a

4.^o Simplemente ó de un modo indefinido, esto es, comprendiendo, no solo la obligacion principal, sino todos sus accesorios, como enseñan los prácticos y espresa el nuevo Código (2).

(1) Art. 1742.

(2) Art. 1738.

5.º Subsidiariamente ó para el caso en que el principal obligado no cumpliera, que es lo ordinario y natural; y solidariamente con el deudor, como generalmente se halla practicado, aun cuando en este caso es mas bien un deudor principal que fiador.

6.º Por toda la deuda ó solo por una parte de ella; advirtiendo que en este y demás casos referidos, se hace preciso que el fiador espresa la clase de obligacion que desea contraer, por no poder estenderse la fianza á mas de lo contenido en ella, como resuelven los prácticos y establece tambien el nuevo Código (1).

Por lo dicho aparece con qué generalidad puede constituirse la fianza; pudiendo decir, que todos los modos están permitidos, escepto el de poder obligarse el fiador á mas que el deudor principal, porque entonces ya no seria la fianza un contrato accesorio, que es como se considera; y además porque las leyes 13, tit. XVIII, lib. III. Fuero Real, y 7.ª, tit. XII, Part. 5.ª lo prohiben, dejando sin efecto el esceso en que se hubiere obligado el fiador, ó declarando absolutamente nula la fianza.

Cuándo tendrá lugar lo uno y lo otro, lo espresa esta última ley, refiriendo á cuatro causas el esceso que pudiera haber por parte del fiador, á saber: 1.ª, en razon de la cantidad, como si el deudor se obligó por 20 y el fiador por 30: 2.ª, en razon del lugar, como si el deudor se obligó á pagar en cierto lugar y el fiador en otro que le era mas gravoso: 3.ª, en razon del tiempo, como si el fiador se obligara á pagar antes de llegar el plazo en que debiera hacerlo el deudor; y 4.ª, en razon del modo, como si estando obligado el deudor condicionalmente, se obligase puramente el fiador.

En todos estos casos era nula la fianza por derecho romano, segun la opinion mas fundada; pero segun la ley 7.ª, tit. XII, Part. 5.ª, solo lo es en los tres últimos casos, y no cuando el esceso fuera en la cantidad, en el que se reducirá su obligacion á los límites de la del deudor, como admite el nuevo Código (2).

(1) Art. 1738.

(2) Art. 1737.

Esto no obstante, podrá el fiador obligarse mas estrechamente que el deudor principal, porque con ello no aumenta la estension de obligacion que ha contraido el deudor, sino que solo añade una garantia que antes no tenia.

Así sucede en aquel que ha salido fiador por una obligacion meramente natural, el cual puede ser apremiado judicialmente á su cumplimiento, sin embargo de que no lo puede ser el deudor. como dispone la ley 5.^a, tit. xii, Part. 5.^a

Mas, como de poco serviria saber si estaba ó no bien constituida la fianza, si la persona presentada por el deudor para fiador suyo carecia de la aptitud legal para obligarse, ó fuere insolvente, el órden pide que veamos quiénes pueden ser fiadores.

§. V.

Personas que pueden ó no ser fiadores.

Pueden ser fiadores, segun la ley 1.^a, tit. xii, Part. 5.^a, todos los que son capaces de prometer y obligarse (1), escepto, si por consideraciones de órden público ó por otra circunstancia particular, que espresa con mucha sabiduría la ley 2.^a, id., conviniera que quedaran esceptuados de poder contraer esta obligacion.

A esta clase pertenecen las personas siguientes:

1.^o Los obispos, religiosos, y los clérigos seculares, á no ser en cuanto á estos últimos, si lo hicieran en favor de otros clérigos, ó de sus Iglesias, ó de personas desvalidas y miserables. Si lo hicieran por otras personas, aunque podrán ser castigados por sus prelados por haber contraido esta obligacion, sin embargo, valdrá la fianza en cuanto alcanzaren sus bienes patrimoniales. Leyes 45, título vi, Part. 1.^a, y 2.^a, tit. xii, Part. 5.^a

(1) Art. 1740.

2.º Tampoco pueden ser fiadores los militares en servicio activo, aunque atendiendo á las palabras de la ley 2.ª citada, solo parece que se limite su prohibicion para con los deudores á la Real Hacienda.

3.º Están prohibidos tambien de ser fiadores los labradores, sin que puedan renunciar á este beneficio, á no ser entre los de su clase ó para asegurar los intereses de la Real Hacienda. Leyes 6.ª, 7.ª y 8.ª, tit. XI, lib. X, Novísima Recopilacion.

4.º Lo están tambien las mujeres en general, á no ser en los tres casos siguientes:

Primero: Por considerarse el negocio que afianzan tanto ó mas privilegiado que ellas, como lo seria, por ejemplo, saliendo fiadoras por la dote que se promete á otra mujer.

Segundo: Cuando la fianza resulta en utilidad suya, como si recibiesen precio por prestarla, ó si salieron fiadoras por quien lo habia sido de ellas, ó por aquel á quien hubieren de heredar.

Tercero: Por hacerse indignas del privilegio, como en el caso de haberlo renunciado, ó cuando pasados dos años en la fiaduría se ratificaran en ella, ó si se vistieran de hombre para engañar al acreedor.

Así consta de la ley 3.ª, tit. XII, Part. 5.ª, á la cual solo debemos añadir que, si la mujer estaba casada, deberá en los casos que espresa esta ley obtener el consentimiento de su marido, sin el cual no valdria la fianza.

5.º Finalmente, están prohibidas las mujeres casadas de salir fiadoras por sus maridos, aunque se alegue que la deuda se convirtió en provecho de las mismas; y cuando se obligaren á mancomun marido y mujer en un contrato ó en diversos, no quedará ésta obligada á cosa alguna sino en los dos casos siguientes: 1.º, cuando la fianza y obligacion mancomunada se hubiere contraído por causa de rentas públicas; y 2.º, cuando se probase que la deuda se habia convertido en utilidad de la mujer; debiéndose tener presente, que para que se considere como tal, no ha de referirse á las cosas que el marido debe darle, como, por ejemplo, de comer y vestir, y otras ne-

cesarias; pues en cuanto á éstas, no queda obligada á cosa alguna. Ley 3.ª, tit. II, lib. X, Novis. Recop.

La otra cualidad que ha de tener el fiador es, que sea persona solvente á contentamiento del acreedor, tanto que, si admitido voluntariamente por éste ó en virtud de decreto del juez, cayere despues en estado de insolvencia, deberá el deudor presentar otro que preste mayor seguridad, y no haciéndolo así, podrá el acreedor pedir que se rescinda el contrato, prévia indemnizacion de daños y perjuicios.

Esto, sin embargo, ha de entenderse en el caso en que el acreedor no hubiere designado la persona del fiador, porque de lo contrario, debe imputarse á si mismo el no haber tomado los informes necesarios para asegurarse de que era persona solvente la que designó.

Asegurado, pues, el acreedor de que el fiador tiene la aptitud legal, y de ser además persona solvente para poder dirigir contra él la accion que le corresponda, deberá atender antes al modo como se hubiere obligado; lo cual constará en el párrafo siguiente.

§. VI.

Cómo pueden obligarse los fiadores.

Aunque por lo manifestado en el §. IV aparecen ya los diversos modos cómo pueden obligarse los fiadores, sin embargo, todavía pueden añadirse á los allí espresados otros que dependen, tanto de las circunstancias especiales que concurrieren para el otorgamiento de la fianza, como de los pactos ó convenciones que añadieren los contrayentes al contrato en que quedó ésta constituida.

Atendiendo á lo primero, pueden obligarse los fiadores:

- 1.º Por mandato ó á ruegos del deudor.
- 2.º Sin mandato de éste, pero á su presencia y no contradiciéndolo.
- 3.º Ignorándolo, pero aprobando esta gestion tan luego como tuvo noticia de este acto, ó no haciendo á ella ninguna oposicion.

4.º Contradiciéndolo absolutamente el deudor.

5.º Por mandato de un tercero.

Sin tener noticia de cada uno de estos modos, no podríamos comprender despues los efectos que produce la fianza entre el deudor y el fiador, sirviéndonos mientras tanto de antecedente para determinarlos, la doctrina que propusimos en el §. III, lec. 6.ª, seccion 1.ª, al tratar de las personas que pueden hacer los pagos, lo cual podremos reducir á las reglas siguientes:

Primera: Que el que salió fiador por mandato del deudor tiene contra éste la accion *contraria de mandato*; del mismo modo que cuando lo hizo á su presencia sin mandato suyo, no contradiciéndolo.

Segunda: Que si lo hizo ignorándolo el deudor, tiene contra éste la accion de *gestion de negocios*.

Tercera: Que si sabiéndolo el deudor se opuso á ello, solo tiene derecho á que el acreedor le ceda sus acciones, asi como en el caso de salir fiador por mandato de un tercero, tendrá accion contra éste y no contra el deudor, á no ser que, estando presente éste, no lo contradijera ó se convirtió la fianza en utilidad suya, en cuyo caso está en su arbitrio dirigirse contra cualquiera de los dos. Leyes 12 y 13, tit. XII, Part. 5.ª

Los demás modos como pueden obligarse los fiadores pueden inferirse de lo que dejamos dicho en el §. IV al tratar del tiempo y modo como puede constituirse la fianza; bastando solo advertir que, siendo dos ó mas los fiadores que se ofrecieran, además de poderse obligar *simplemente ó in solidum* entre si, segun se dijo, pueden tambien á la manera que cuando es uno solo, obligarse, ó *subsidiariamente* para el caso de que el deudor resulte insolvente, ó *solidariamente* con el deudor.

El interés que ofrece el conocimiento de estos otros modos, se comprenderá desde luego, cuando se trate de determinar los efectos de las fianzas, de los cuales nos ocuparemos en los párrafos siguientes.

§. VII.

Efectos de la fianza entre el acreedor y el fiador.

A dos clases podemos reducir los efectos que producen las fianzas, á saber: unos que se refieren á las obligaciones de los fiadores, y otros á sus derechos.

Las obligaciones del fiador todas están reducidas á haber de pagar por el deudor, no haciéndolo éste.

Los derechos, á que las leyes llaman *beneficios*, son tres: el de *orden* y *escusion*; el de *division*, y el de *cesion de acciones*.

De estos tres beneficios, los dos primeros tienen aplicacion en el fiador en sus relaciones con el acreedor; el último, en las que contraen entre sí los fiadores, cuando fueren muchos los que se obligaren, como igualmente en las que contrajerén éstos con el deudor.

Como además de estos derechos falta el mas principal, que es el de recobrase del deudor lo que haya pagado por éste, nos parece mas propio para que pueda tenerse á la vista la doctrina de nuestras leyes acerca de cada uno de los derechos del fiador, considerarlos divididos en tres clases, á saber: en sus relaciones con el acreedor; en las que tiene con el deudor principal, y en las que forman entre sí cuando son muchos los fiadores.

Empezando por los derechos del fiador en sus relaciones con el acreedor, y habiendo dicho que de los tres beneficios que le conceden las leyes, los dos primeros citados tienen aplicacion en este caso, diremos, que son dos los derechos que le competen por este concepto.

El primero es, no poder ser compelido por el acreedor para que pague la deuda, sin *prévia escusion* en los bienes del deudor. Ley 9.^a, tit. xii, Part. 5.^a (1).

(1) Art. 1743.

La razon es, porque la fianza es un contráto subsidiario por su naturaleza, segun consta por su definicion; y siendo esto así, no debe dirigirse el acreedor contra el fiador y compelerle al pago, sino en el caso de que no lo pudiera conseguir el deudor principal, ó no fueran suficientes los bienes que éste tuviera.

En caso contrario, podrá el fiador valerse del *beneficio* que le concede la ley de Partidas citada, llamado unas veces de *orden* y otras de *escusion*, segun que se utilice, ó por no haberse reconvenido antes al deudor, ó por no haberse hecho antes embargo ó *escusion* en sus bienes.

Mas para que el fiador pueda aprovecharse de este *beneficio*, debe cumplir las condiciones siguientes:

1.º Oponerlo al acreedor luego que éste le requiera para el pago, en razon de que, siendo una escepcion dilatoria, debe proponerse como las demás de esta especie, antes de la contestacion á la demanda; de otro modo se entenderá que renuncia á este beneficio, como resuelve Gregorio Lopez en su glosa 4.ª á la ley 8.ª, tít. XII, Partida 5.ª

2.º Indicar al acreedor los bienes del deudor principal de fácil ejecucion, y anticiparle la cantidad necesaria para hacer la escusion, como enseñan los prácticos; siendo de cuenta del acreedor el riesgo de la cobranza, si cumplidas estas condiciones por el fiador fuera negligente el acreedor, dando lugar al deudor á que ocultara sus bienes ó los destragara (1).

No obstante de ser esta la doctrina comun, hay casos en que el fiador podrá ser reconvenido desde luego al pago, los cuales son los siguientes:

1.º Cuando el fiador renunció espresamente á este beneficio, como sucede generalmente; no habiendo apenas escritura de fianza en que no aparezca esta renuncia.

2.º Cuando se obligó solidariamente con el deudor, ó tambien cuando el deudor y el fiador se hubiesen obliga-

(1) Arts. 1745 y 1746.

do de mancomun como deudores principales, pues entonces, antes que fianza seria una obligacion mancomunada, y tendria lugar lo que la ley 10, tit. xii, Part. 5.^a establece para el caso en que dos fiadores se obligaran solidariamente.

3.º Cuando fuere notorio que el deudor era insolvente, lo cual lo reducen algunos autores al caso en que el deudor hubiera quebrado, por ser mas segura entonces su insolvencia.

El segundo derecho del fiador en sus relaciones con el acreedor es, el de oponer el *beneficio de division*, el cual consiste, en que demandado un fiador por toda la deuda, siendo varios los fiadores, pueda obligar al acreedor á que divida su accion entre todos los confiadores.

Sobre este derecho se han promovido varias cuestiones, y nuestro parecer en vista de ellas es que, aun cuando sea innecesario en la actualidad este *beneficio* por haber derogado la ley 10, tit. i, lib. x, Novis. Recop. lo que las antiguas leyes romanas y de Partidas habian establecido, sin embargo, como no obstante, de no ser uno fiador solidario con los demás por no constar espresamente esta obligacion, pudiera ser uno reconvenido por toda la deuda; deberá en tal caso oponerse esta escepcion; pues, de no hacerlo así, se creeria que habia querido renunciar al derecho que le concede la ley de quedar obligado solamente á prorata, en cuyo sentido se espresa igualmente el nuevo Código (1).

La dificultad principal donde existe es, en si no habiéndose obligado solidariamente los fiadores, deben responder los presentes por los ausentes, ó los que tuvieren bienes por los que no los tengan.

Las leyes 8.^a y 10, tit. xii, Part. 5.^a, así lo establecen; pero la ley 10, tit. i, lib. x, Novis. Recop. dispone lo contrario, mandando que en el caso de no ser solidaria la obligacion, responda cada uno á prorata, esto es, de la parte

(1) Art. 1750.

que le toque, segun el número de fiadores, *sin que valgan cualesquiera leyes del derecho comun que contra esto hablan.*

Los estrechos limites de unas lecciones elementales no permiten estendernos mas en esta materia, que podia muy bien simplificarse si se admitiera en esta parte la doctrina del nuevo Código (1).

§. VIII.

Efectos de la fianza entre el deudor y el fiador.

Examinados los derechos del fiador en sus relaciones con el acreedor, pasaremos á ver los que competen al mismo en sus relaciones con el deudor.

Estos derechos están comprendidos en aquel principio general de que el fiador que ha pagado por el deudor debe ser indemnizado por éste: pero como no siempre proceda este recurso, y muchas veces, aun antes de haber pagado el fiador, tiene que proceder contra el deudor para librarse de la obligacion, para determinarlos dividiremos esta materia en los puntos siguientes:

- 1.º Partes á que se estiende la indemnizacion.
- 2.º Modo como puede pedirse ésta.
- 3.º Cuándo empieza la accion en el fiador para pedirla.
- 4.º Casos en que cesa este derecho.

Partes á que se estiende la indemnizacion.

La indemnizacion del fiador que ha pagado por el deudor comprende:

- 1.º La cantidad principal de la deuda, y los intereses de ella desde que se hizo saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor.
- 2.º Los gastos y costas causadas al fiador despues de haber puesto en noticia del deudor que se le requeria judicialmente para el pago.

(1) Art. 1751.

3.° Los daños y perjuicios que el fiador hubiese experimentado por el cumplimiento de la fianza, como, si se le hubiesen vendido sus bienes para hacer pago al acreedor, ú otra causa semejante á esta.

Por todos estos títulos procede la indemnizacion, advirtiéndose que no solo tiene ésta lugar cuando la fianza se ha constituido á ruegos ó por mandato del deudor, sino aun ignorándolo éste, como consta de las leyes 12, 20 y 21, título XII, Part. 5.ª (1).

Modo como puede pedir el fiador la indemnizacion.

Para pedir el fiador esta indemnizacion le conceden las leyes dos medios:

1.° El de la subrogacion en los derechos del acreedor (2).

2.° El de pedir en nombre propio, utilizando la accion que le corresponda, segun el modo como se hubiere constituido la fianza.

El primer medio es mas útil al fiador, principalmente si el acreedor tenia algun privilegio ó hipoteca sobre los bienes del deudor; pues podrá entonces hacer uso de estos derechos como el mismo acreedor (3); pero para que tenga efecto, es preciso que, al tiempo de hacer el pago, pida al acreedor que le ceda sus acciones, y á lo cual puede obligarle, ó resistiéndose al pago mientras no las ceda, ó acudiendo al juez despues de hecho éste, si al tiempo de hacerlo protestó que queria usar de este beneficio.

No pudiendo usar del medio de la subrogacion por haber descuidado estas diligencias, solo le queda el medio de poder utilizar la *accion contraria de mandato* ó la de *negotiorum gestorum*, segun que se hubiere obligado el fiador por mandato espreso ó tácito del deudor, ó sin su noticia ó ignorándolo, segun se dijo en el párrafo VI, leyes 11, 12 y 13, tit. XII, Part. 5.ª

Este recurso lo tiene el fiador, cualquiera que sea el modo como se haya verificado el pago, con tal que por él que-

(1) Art. 1752.

(2) Art. 1117.

(3) Art. 1753.

de estinguida la deuda; é igualmente le corresponde aunque sean muchos los deudores, pero con esta diferencia: que si hay dos ó mas deudores solidarios de una misma deuda, puede repetir de cada uno de ellos lo que hubiere pagado (1); y si solo estaban obligados simplemente, solo podrá repetir de cada uno de ellos la parte que les toque dividida la deuda.

Cuándo empieza en el fiador la accion de indemnizacion.

La accion para pedir la indemnizacion empieza en el fiador desde el acto mismo en que ha satisfecho su obligacion, á no ser que, siendo la deuda á cierto plazo, la pague antes de su vencimiento, que entonces habrá de esperar al dia designado para pedir el recobro. Ley 16, tit. XII, Part. 5.^a (2).

Mas, si bien no puede reconvenir al deudor, sino hasta despues de haber pagado por él la deuda, puede, no obstante, en ciertos casos proceder contra el mismo para que le indemnice ó le releve de la fianza, lo cual puede tener lugar por las causas siguientes:

1.^a Cuando el fiador ha sido demandado judicialmente para el pago, porque aun cuando la ley 14, tit. XII, Partida 5.^a, exige que haya sido condenado, á nosotros nos parece que desde el momento de la demanda ya podrá emplazar el fiador al deudor para que pague y le liberte (3).

2.^a Cuando, no teniendo la obligacion principal un término fijo para su vencimiento, permaneciera ya mucho tiempo el fiador gravado con la fianza. La graduacion de este tiempo lo deja al arbitrio del juez la ley de Partidas citada, aunque por la ley 8.^a, tit. XVIII, lib. III, Fuero Real, se habia señalado el de un año.

En el nuevo Código se fija el de diez años, añadiendo, que esto no ha de entenderse en aquella clase de obligaciones que no pueden extinguirse antes de un tiempo de-

(1) Art. 1773.

(2) Art. 1797.

(3) Art. 1757, núm. 1.^o

terminado, como acontece en la tutela (1), lo cual nos parece muy acertado.

3.^a Cuando el fiador, viendo que llega el plazo de la deuda, no la satisface el deudor principal; en cuyo caso puede exigirle que la pague, ó que si no la quiere recibir el acreedor que la consigne, ó que de cualquier modo le releve de la responsabilidad. Ley 14, tit. xii, Partida 5.^a

4.^a Cuando el fiador se constituyó tal hasta cierto dia y este ha pasado ya; ó lo fué hasta que se cumpliera tal condicion y esta se hubiera verificado (2). Ley id.

5.^a Cuando el deudor principal empieza á disipar sus bienes, y con mas razon si hubiera quebrado. Ley id. (3).

6.^a Cuando hay temor de que el deudor se fugue ó quiere dejar el Reino, ó el fiador tiene que trasladarse por mucho tiempo á paises distantes por justas causas.

Casos en que cesa en el fiador el derecho á la indemnizacion.

Estos son los siguientes:

1.^o Si despues de haber pagado no diere aviso al deudor, y éste ignorando el pago lo repitiese por si; entendiéndose esto del recurso contra el deudor, pero no del que puede intentar contra el acreedor. Ley 29, tit. i, libro xvii del Digesto (5).

2.^o Si reconvenido judicialmente el fiador para el pago de la deuda, dejara de oponer á sabiendas las escepciones que hubiera podido oponer el deudor al tiempo de hacerse el pago. Ley 15, tit. xii, Part. 5.^a (5).

3.^o Si hubiere hecho el pago de la deuda con ánimo de no repetirlo del deudor, porque entonces se considera éste como una donacion.

4.^o Si la fianza se hubiese constituido por utilidad del mismo fiador, pues entonces hace su propio negocio.

(1) Art. 1757, núm. 6.º

(2) Art. id., núm. 4.º

(3) Art. id., núm. 2.º

(4) Art. 1755.

(5) Art. 1755.

5.º Si se hubiera constituido fiador contra la voluntad expresa del deudor, como expresa la ley 12, título XII, Partida 5.ª, si bien en este caso podrá pedir al acreedor que le ceda las acciones para poder repetir del deudor lo que hubiere pagado.

§. IX.

Efectos de la fianza con respecto á los confiadores entre si.

De las tres clases de relaciones que produce el contrato de fianza, solo nos falta tratar de la que se refiere á los confiadores entre si.

Esta se contrae quando dos ó mas fiadores se obligan solidariamente á pagar la deuda en defecto del principal obligado, ó mancomunadamente con éste.

Los que contraen una obligacion semejante, manifiestan con este hecho que el contrato es útil á cada uno de ellos, porque, aun quando á primera vista no aparece sino una obligacion ó gravámen, sie apre es de suponer que es en recompensa de alguna otra cosa ó provecho que reciben.

Consiguiente á esto, si bajo el carácter de fiadores vienen obligados al pago de la deuda quando la pidiere á cualquiera de ellos el acreedor, considerados como confiadores estarán tenidos á abonar su parte á aquel de entre ellos que ha cumplido la obligacion, así como el que haya satisfecho tendrá derecho para pedir de los demás su parte respectiva.

Así lo ha reconocido la ley 11, tit. XII, Part. 5.ª: pero al mismo tiempo ha dispuesto que para hacer uso de este derecho, tenga que cumplir el fiador con estas dos condiciones:

1.ª Que haya obtenido precisamente del acreedor la carta llamada de *lasto*, ó una escritura en que conste que el acreedor le cede las acciones que le correspondian para exigir el cumplimiento de la obligacion.

2.ª Que haya de haber hecho el pago en nombre propio ó como tal fiador, y no en nombre del deudor princi-

pal á manera de un apoderado suyo: entendiéndose que lo hace en nombre propio, cuando así lo espresare al tiempo de verificar el pago, ó cuando, sin espresarlo, pidiere la cesion de acciones en el acto de hacerlo. Ley 11, título XII, Part. 5.^a

Algunos consideran estas condiciones como unas sutilezas de la ley citada, y al efecto, como tales las hemos siempre considerado; pero como podria frustrarse la intencion del fiador no cumpliendo con ellas, no podemos menos de proponerlas como necesarias mientras no se modifique la actual legislacion, y se exijan mas bien las condiciones que propone el nuevo Código en tal caso, cuales son el haber pagado en virtud de una causa que le obligase á ello (1), que no el que se pida la cesion de acciones, y que haya de hacerse el pago en nombre propio, como en la actualidad está mandado.

Prescindiendo de esta observacion, el recurso que concede la ley para reclamar el pago de los demás confiadores debe entenderse sin perjuicio de la accion que tiene todo fiador contra el deudor principal, segun se ha manifestado en el párrafo anterior.

Con lo dicho nos parece haber comprendido lo mas principal para conocer los efectos de la fianza en cada una de las personas que intervienen en ella, y solo falta que veamos los modos cómo se estingue ésta.

§. X.

Cómo se estingue la fianza.

La fianza se estingue por las mismas causas que las demás obligaciones, bien sea solamente ella continuando la obligacion principal, ó bien al mismo tiempo que la del deudor (2).

La razon es, porque la fianza es una obligacion acceso-

(1) Art. 1758.

(2) Art. 1761.

ria, y como tal, no solo se estingue dejando de subsistir la obligacion principal, sino que tambien puede extinguirse aunque subsista ésta.

Al tratar de cada uno de los modos de extinguirse las obligaciones en general, hicimos ya las aplicaciones correspondientes á las obligaciones accesorias; de modo que, sin necesidad de presentar separadamente cuanto dice relacion con la estincion de las fianzas, puede conocerse lo que el derecho dispone acerca de esta materia.

En prueba de ello, citaremos primeramente el §. III, lec. 6.^a, sec. 1.^a, en el que dijimos que, hecha la paga de la deuda, quedan libres, no solo el deudor, sino tambien los fiadores, etc., segun lo establecido en la ley 1.^a, titulo XIV, Part. 5.^a; añadiendo en el §. VII que, no habiendo modo señalado para imputarse los pagos cuando existieren á un tiempo varias deudas, el primero que se hiciese ha de ser en descargo de aquella á que estuviere unida la fianza.

Siguiendo en el otro modo de extinguirse las obligaciones, llamado *compensacion*, espresamos en el §. III, seccion 2.^a de la citada leccion, al esplicar la cualidad de que las deudas sean reciprocas, cuándo podrá ó no utilizar este medio el fiador que fuere reconvenido por la deuda de aquel á quien fió; y en el §. IV añadimos que, estinguida por este modo la deuda, se estingua la obligacion del fiador.

Hablando en el §. V de esta misma seccion de los efectos de la *remision*, se ve de lleno la doctrina arriba emitida de extinguirse la fianza, ó ella sola de por sí, ó por extinguirse la obligacion principal, segun que la remision se hubiera hecho al deudor ó al fiador. Si habiendo muchos fiadores librase á uno de ellos el acreedor, aprovechará á los otros en los mismos términos, como establece el nuevo Código (1).

Otro tanto sentamos en cuanto á la *novacion*, sobre la cual, al sostener en el §. VII de la misma seccion que no

(1) Art. 1764.

hay *novacion* cuando únicamente se proroga el plazo para el pago de la deuda, dijimos, no obstante, que si se habia prorogado el plazo sin consentimiento del fiador, se extinguiría la fianza (1); y que, cuando existiera realmente la *novacion*, se extinguiría aquella juntamente con la primitiva obligacion.

Pasando al caso en que se extinguen las obligaciones por la *confusion*, dijimos en el §. III, sec. 3.^a, que la que se verifica en el deudor principal y el acreedor extingue la fianza; pero si se verifica en el acreedor y fiador, extingue la obligacion de éste, mas no la del deudor. El nuevo Código añade, que si fuere entre el deudor y un fiador, no se extingue la obligacion del subfiador (2).

Tambien se extingue la fianza cuando hubiera aceptado el acreedor en pago de la deuda una alhaja ó cualquiera otro efecto, aunque despues lo pierda por eviccion (3).

Finalmente, debemos advertir que el fiador, además de las escepciones que le competen para librarse de la obligacion, puede oponer todas las que pertenezcan al deudor principal ó sean inherentes á la deuda (4); y por lo mismo, si á consecuencia de estas escepciones se declarase nula la obligacion principal, ó la suya propia, quedará estinguida la fianza, como manifestamos en el §. IX, leccion 6.^a, sec. 3.^a.

Si á estos modos unimos los casos en que puede pedir el fiador que se le liberte de la obligacion, los cuales quedan anotados en el §. VIII, tendremos ya lo necesario para saber cómo se extingue la fianza.

De lo manifestado en la leccion anterior, y de las observaciones hechas en ésta, resulta que la desconfianza y el temor de las pérdidas que pueden esperimentarse en las negociaciones que entablan los hombres entre si, les ha puesto en la necesidad de buscar medios como asegurarse en sus tratos, por las contingencias á que están es-

(1) Art. 1765.

(2) Art. 1762.

(3) Art. 1763.

(4) Art. 1767.

Las precauciones que con este motivo les propone la ley son: ó la de poder exigir de la persona obligada una garantía en bienes, ó por medio de personas que respondan de la obligación; ó la de convenirse con alguno en darle cierta cantidad, si se obliga á indemnizarle en caso de pérdida de la cosa, ó de cualquier otro objeto que pueda ser materia de especulación.

Lo primero da lugar á los contratos de *prenda*, *hipoteca* y *fianza*; lo segundo al que llamamos de *seguros* ó *aseguración*.

Bajo este supuesto, estando tratando de las garantías con las que se precaven los hombres de las pérdidas que pueden experimentar en sus tratos con los demás, nos ha parecido que debíamos incluir entre ellas el *seguro*, sirviéndonos esta circunstancia como de motivo para dar una idea de los contratos aleatorios á que éste pertenece.

§. XI.

Idea en general de los contratos aleatorios.

Definidos ya los contratos aleatorios en el §. VII, lección 2.^a, y habiendo dicho que pertenecen á esta clase la *renta vitalicia*, los *seguros terrestres y marítimos*, las *apuestas y juegos*, y las *ventas* que se otorgaren con este carácter, pasaremos á dar una idea general de cada uno de ellos, empezando por el contrato de *seguros*, por haber tratado ya de la *renta vitalicia* en el §. IX, lec. 12.

Naturaleza en general de los contratos aleatorios.

Se entiende por este contrato, *el convenio celebrado entre dos ó mas personas, en virtud del cual se obliga una de las partes á responder á la otra del daño fortuito que sobreviniere en sus bienes muebles ó inmuebles, mediante el precio que hubieren convenido (1).*

(1) Art. 1696.

Tambien pueden asegurarse mutuamente dos ó mas propietarios el daño fortuito que sobreviniere en sus bienes respectivos, en cuyo caso el contrato que se celebre se llamará de *seguros mútuos* (1).

El juicio que tenemos formado sobre este último, y la designacion de los derechos y obligaciones que uno y otro producen, pueden verse en la Parte 3.^a de nuestra obra (2); del mismo modo que podrá consultarse cuanto se diga en esta misma Parte, relativamente á los contratos de *préstamo á la gruesa* y de *seguros marítimos*. Solamente añadiremos en este lugar que, segun la nueva ley hipotecaria, *el asegurador de bienes inmuebles tiene derecho á exigir una hipoteca especial sobre los bienes asegurados, cuyo dueño no haya satisfecho los premios del seguro de dos ó mas años, ó de dos ó mas de los últimos dividendos, si el seguro fuese mútuo. Mientras no se devenguen los premios de los dos años, ó los dos últimos dividendos en su caso, tendrá el crédito del asegurador preferencia sobre los demás créditos* (artículos 219 y 220).

Disposiciones vigentes sobre el juego y apuestas.

Antes de manifestar el derecho vigente sobre el juego y apuestas, nos parece oportuno advertir, que el juego puede considerarse, ó en su fin natural, ó en el fin que se proponen los que se entregan á este esparcimiento.

En el primer sentido, será un acto lícito y permitido: en el segundo, aunque muchas veces puede calificarse como tal, en otras podrá constituir un delito.

Nosotros solo lo consideramos en este lugar en el primer sentido, y bajo este concepto es como lo definiremos diciendo que es *un contrato por el cual convienen dos ó mas personas en que, la que perdiere por no haber obtenido la suerte, haya de entregar á la otra la cantidad ó cosa que de antemano se hubiera fijado.*

(1) Art. 1697.

(2) Arts. 1698 y 1699.

Como se vé por la definicion, el juego es un contrato aleatorio; porque sus efectos, que son las *pérdidas* ó *ganancias*, dependen de la suerte ó de un acontecimiento incierto.

Por lo mismo, todo lo que se dice de los demás contratos aleatorios con respecto á la obligacion que producen, deberá tambien entenderse del *juego*, si éste es de los permitidos y se han observado además lo que previenen los reglamentos.

Qué *juegos* están ó no prohibidos, es propio del Código penal el determinarlo, así como á las autoridades administrativas les pertenece en los permitidos fijar por medio de reglamentos el modo cómo pueden usar los hombres de este entretenimiento ó distraccion.

Sentados estos antecedentes, si el *juego* fuere de los *prohibidos*, como lo son todos los de *suerte*, *envite* ó *azar*, que es la denominacion general con que los comprenden las leyes del tit. xxiii, lib. xii, Novis. Recop., y los artículos 267 y 485 del Código penal, no alcanzan á él los efectos que las leyes conceden á los *permitidos*; y en su consecuencia, los que perdieran cualquier cantidad en ellos, no quedarán obligados á su pago, ni los que hubieran ganado podrán repetirla; siendo de ningun valor los pagos, contratos, empeños y deudas, vales, escrituras y cualquier resguardo de que se quisiera hacer uso para cobrar lo ganado, segun dispone la ley 15, tit. xxiii, lib. xii, Novísima Recopilacion (1).

Mas, si el *juego* fuere *licito* ó *permitido*, quedarán civilmente obligados en la parte que no escediere del tanto y suma señalada en los números 6 y 7 de la citada ley 15, ó en su caso de la que designen los tribunales, tomando por base la cantidad que pueda arriesgar un buen padre de familiás de la clase á que pertenezca el jugador (2).

No decimos mas, porque faltariamos al carácter de esta obra; pero aconsejamos á los que deseen tener conocimiento, aun cuando no sea mas que de la nomenclatura de

(1) Art. 1700.

(2) Art. 1701.

las diversas clases de juegos, el que consulten las leyes del tit. xxiii, lib. xii, Novis. Recop.; cuyas disposiciones, particularmente las de las leyes 14 y 15, pueden considerarse subsistentes, aun despues de la publicacion del Código penal, por no tener noticia de que se haya publicado ningun reglamento que reemplace tan acertadas disposiciones.

Observaciones sobre la apuesta.

Además de los juegos permitidos, se cuenta tambien la *apuesta* entre los contratos *aleatorios*, la cual puede definirse, *un convenio en que dos ó mas personas que disputan entre sí sobre una cosa dudosa, pactan que la que resultare que no tenia razon, deba pagar á la otra cierta cantidad, ó una alhaja determinada.*

Aunque no hay ley, como en los juegos, que disponga lo que haya de observarse en cuanto á los efectos que produce, y solo por incidencia se nota en las leyes 8.^a y 15, tit. xxiii, lib. xii, Novis. Recop., que están prohibidas las *traviesas* ó *apuestas* en los juegos, aun en los permitidos; sin embargo, podemos aplicar á ellas la misma doctrina que la que se establece con respecto á *juegos*; y en su consecuencia producirán *accion* en el que vence, y *obligacion* en el vencido, en tanto que no recayeren sobre cosas contrarias á las buenas costumbres, que es lo que ha movido al legislador á declarar cierta clase de juegos como prohibidos (1).

Finalmente, por conclusion de esta materia, podíamos presentar la doctrina recibida sobre las *ventas aleatorias*; pero como de ellas se trata en la Parte 3.^a de nuestra obra, remitimos á ella á nuestros lectores, habiéndonos parecido mas conveniente en su lugar proponer algunas reglas para comprender los efectos de aquellos contratos, que no tienen un nombre autorizado por las leyes para distinguirlos de los otros.

(1) Art. 1702.

§. XII.

Reglas para determinar los efectos de los contratos innominados.

En cada uno de los contratos que hasta el presente hemos examinado, se ha visto que las leyes, además de prescribir la forma como han de constituirse, han establecido ciertas y determinadas reglas en las que se hallan comprendidos los efectos que respectivamente producen; de modo, que lo propuesto, por ejemplo, para determinar la naturaleza de la compra venta y juntamente sus efectos, no es aplicable para determinar lo que constituye el *mútuo*, y así generalmente en todos los otros.

Si las necesidades de los hombres se limitaran á los objetos á que se refieren los contratos que hemos examinado, con lo dicho tendríamos lo suficiente para conocer la fuerza de las obligaciones que nacen de la convencion; pero como son incalculables los motivos que obligan al hombre á entrar en tratos con los demás; en la imposibilidad de determinarlos, ha buscado la ley ante todo el fin principal de toda convencion, y despues de dividir en cuatro clases los objetos á que aquellas se refieren, que son: *doy para que dés; doy para que hagas; hago para que dés; hago para que hagas*, ha dejado ciertas reglas para comprender sus efectos.

Lo uno y lo otro aparece en la ley 5.ª, tit. vi, Part. 5.ª; y puesto que lo primero, ó sea lo perteneciente á la naturaleza de los contratos que no tienen un nombre y forma especial, quedó explicado en el §. IV, lec. 2.ª, solo nos ocuparemos en este lugar, en dar una idea general de los efectos que se producen en cada uno de los cuatro expresados casos, que son los siguientes:

En el 1.º, ó sea en el que tiene por objeto: *doy para que dés*; como éste no es mas que una *permuta*, segun lo califica la citada ley de Partidas, sus efectos son los mis-

mos que los que ésta produce, los cuales podrán verse en el §. X, lec. 10.

En el 2.º, ó sea: *doy para que hagas*; si uno de los contrayentes dió y el otro no hizo, puede el primero repetir lo dado, y que se le indemnice además de los daños causados en cuanto jurare que importan éstos, prévia la regulacion del juez.

En el 3.º, ó sea: *hago para que des*; si el uno hizo y el otro no cumplió, puede obligársele á éste á que dé lo prometido, porque las obligaciones de dar admiten coaccion.

En el 4.º, ó sea: *hago para que hagas*; faltando una parte al cumplimiento, puede el que cumplió apremiar al otro á lo mismo, ó á que se le indemnice en caso contrario, en los términos manifestados en el 2.º caso.

Algunos suponen que, despues de la ley 1.ª, tit. i, lib. x, Novis. Recop., todo aquel que promete dar ó hacer alguna cosa, puede ser compelido á su cumplimiento.

Nosotros, sin embargo, distinguiendo las obligaciones de *dar* de las de *hacer*, aunque confesamos el derecho para instar su cumplimiento en unas y otras, no obstante, en las de *hacer* admitimos las indemnizaciones para el caso de inejecucion, por no ser susceptibles de coaccion; y por lo mismo, estamos en cuanto á éstas á lo que establece la ley de Partidas.

Lo que si creemos que ha derogado la ley recopilada citada, es la facultad de arrepentirse, no estando aun cumplido el contrato por ambas partes, como supone la ley 5.ª, tit. iv, lib. xii del Digesto, y con ella nuestros intérpretes; porque, si esceptuamos el caso en que no esté en las facultades del que no habia cumplido hacer lo que prometió, como asimismo el que espresa el nuevo Código (1) de aquel que, habiendo recibido la cosa que se le prometió y acreditando que no era del que la dió, no puede ser obligado á entregar lo que ofreció; en los demás no basta para separarse del contrato el arrepentimiento de uno de los contrayentes, sino que es preciso que en ello convengan los dos.

(1) Art. 1470.

Con ello damos fin á las obligaciones que nacen de la *convencion*, que es la razon por qué las llamamos *convencionales*, segun espresamos en los párrafos VIII, lec. 1.^a, y I, lec. 8.^a

Como la otra fuente de donde dimanar es un *hecho personal* por el cual, sin mediar convencion alguna, quedan obligados á sus resultas los que lo han ejecutado, el órden pide que entremos en el exámen de esta otra clase de obligaciones que, como dijimos en los citados párrafos, pueden con razon llamarse *no convencionales*.

LECCION VIGÉSIMA,

Y ÚLTIMA DEL DERECHO CIVIL.

De las obligaciones no convencionales.

RESÚMEN.

§. I. Razon del método.—§. II. Qué son *obligaciones no convencionales*, y fuentes de donde se derivan.—§. III. Idea de los *cuasi contratos*, su fundamento, y sus clases mas principales.—§. IV. Naturaleza del *cuasi contrato* llamado *gestion de negocios*.—§. V. En qué consiste el que se conoce con el nombre de *paga de lo indebido*.—§. VI. Explicacion de los *cuasi contratos* que se derivan de la *administracion de una cosa comun*, de la *adición de la herencia* y de la *administracion de la tutela*.—§. VII. Idea general de las obligaciones que nacen de los delitos, ó de culpa y negligencia.—§. VIII. Medios de que se valen las leyes cuando los bienes del deudor no alcanzan á cubrir sus obligaciones.—§. IX. Estados en que han de dividirse los acreedores y orden de preferencia en cada uno de ellos.—§. X. Conclusion.

§. I.

Razon del método.

No siempre las obligaciones nacen de un convenio que los hombres celebren entre sí, sino que á las veces, sin mediar pacto alguno, y sí solo el precepto del legislador ó un hecho personal, quedan los hombres obligados (1).

(1) Art. 1890.

Si así no fuera, la sociedad política seria muy imperfecta, porque no pudiendo prever los asociados todas las contingencias de la vida civil, quedarían sin proveerse muchas de sus necesidades, y se daría lugar á que se alterase el orden social, por falta de reglas que determinaran sus derechos y sus deberes.

Para evitar estos males, y atendiendo la ley á que ciertos hechos de parte del que los ejecuta, ya llevan ellos consigo la causa del deber, reguló las obligaciones que por ellos se pudieran causar, y creando otras de por sí, dejó completamente satisfechas las necesidades sociales, supliendo los defectos que al hombre le era imposible por falta de prevision.

Como para que se reproduzcan los efectos que nacen de estas obligaciones, no es necesario que medie convenio alguno, tenemos ya la razon porque, además de las obligaciones *convencionales*, debemos reconocer otras que se forman sin convencion.

Hasta el presente hemos considerado las obligaciones que nacen de la primera causa, habiendo recorrido brevemente los contratos mas comunes que las producen: el orden pide que se pase al exámen de las obligaciones *no convencionales*, lo cual será la materia de la presente leccion, en la que, despues de manifestar cuáles son en general las causas que las motivan y su fundamento, se darán las reglas necesarias para graduar la preferencia de los acreedores en el pago, en caso que el deudor comun no tuviera bienes suficientes para cubrir sus deudas; dándose con ello fin al tercer tratado en que, para el mejor orden, hemós dividido las materias del derecho civil privado.

§. II.

Qué son obligaciones no convencionales, y fuentes de donde se derivan.

Segun lo manifestado en el párrafo anterior, entendemos por obligaciones no convencionales, *las que, ó establece la ley independientemente de nuestra voluntad, ó que, sin mediar ningun convenio, nacen inmediatamente de un hecho personal.*

De esta definicion se infiere que son dos las fuentes de las *obligaciones no convencionales*, á saber: unas que nacen inmediatamente de la *ley*, y otras de un *hecho personal*.

De las primeras se presentaron varios ejemplos en el §. VII, lec. 1.^a, citando entre otros, como mas en relacion con el derecho privado, la obligacion de haber de tomar sobre si el cargo de la tutela el que fuere nombrado para ella, á no ser que tuviera una legitima excusa.

Algunos, y puede decirse que son todos los jurisconsultos modernos, confundiendo esta obligacion con la que resulta despues de admitido este cargo, han colocado la *administracion de la tutela* entre las obligaciones que toman su origen solamente en la autoridad de la ley, cuando es bien sabido que á lo que se dirige ésta directamente es á la obligacion de aceptar dicho cargo, pero no al resultado de haberlo aceptado, el cual, dependiendo del hecho de haber administrado, hace que en este concepto sea considerada la *administracion de la tutela* del mismo modo que la *obligacion que nace de tener los bienes en comun sin formar sociedad*, y la que resulta de la *aceptacion de la herencia*, como obligaciones que se derivan inmediatamente de un *hecho personal*.

De las segundas, para determinarlas hay que distinguir si el hecho es *licito* ó *ilicito*. Si el hecho es lícito, nacen las obligaciones que los romanos denominaron *cuasi contratos*; y si ilícito, las que calificaron los jurisconsultos con los nombres de *delito* y *cuasi delito*; de modo que las fuentes de las *obligaciones no convencionales* que tienen por causa inmediata un *hecho personal*, serán los *cuasi contratos*, los *delitos* y los *cuasi delitos*.

Dejando las obligaciones que nacen inmediatamente de la *ley*, por ser mas bien objeto del derecho administrativo que del derecho privado, segun notamos en el citado §. VII de la lec. 1.^a, solo nos ocuparemos de las que nacen de los *cuasi contratos*, *delitos* y *cuasi delitos*, empezando por las que nacen de los *cuasi contratos*, cuya definicion, así como sus clases y fundamentos, será la materia del siguiente párrafo.

§. III.

Naturaleza de los cuasi contratos, sus clases y fundamentos.

Los *cuasi contratos*, cuya denominacion adoptaron los romanos para comprender aquellas obligaciones que, ni pertenecen á la clase de los contratos, ni pueden colocarse entre los delitos, pueden definirse, ó por razon á la causa de donde se derivan, que es *un hecho personal lícito*, ó por razon al fundamento de la obligacion que producen, que es *el consentimiento que presume la ley por motivos de equidad y de utilidad*.

Considerados en el primer sentido, no son mas que *unos hechos lícitos y puramente voluntarios*, de los que resulta obligado su autor para con un tercero, y á veces una obligacion recíproca entre los dos, como los define el nuevo Código (1): mas tomados en el segundo sentido, no son sino *un convenio presunto, en virtud del cual, por razon de algun hecho lícito y voluntario, queda obligado su autor para con otro, sin que de parte de éste exista siempre obligacion*.

Cualquiera de las dos definiciones que se adopte, nos parece que bastará para comprender su naturaleza, y separar ó distinguir esta clase de obligaciones, tanto de las que se derivan de los *delitos* como de los *contratos*.

De los *delitos*, porque en éstos el hecho que produce la obligacion es ilícito, ora sea cometido con dolo, en cuyo caso se llama simplemente *delito*, ora por negligencia ó descuido, al cual llamamos *cuasi delito*: pero en los *cuasi contratos*, el hecho que da lugar á la obligacion, es un hecho lícito y á veces un acto de beneficencia, como sucede en aquel que viendo abandonados los bienes de su amigo, los toma bajo su cuidado.

(1) Art. 1891.

De los *contratos*, porque en éstos hay siempre un consentimiento real y verdadero, ora espreso ó tácito, sin el cual no pueden existir: pero en los *cuasi contratos* no aparece mas que un hecho practicado por alguno, ignorándolo muchas veces aquel á quien puede interesar, y consiguiénte á ello, no está á la vista el consentimiento, que es en los *contratos* el fundamento de la obligación.

Pero como si en el acto pudiera consultarse la voluntad del ausente ó del ignorante, desde luego prestaria éste su asenso por no haber nadie tan necio que no quiera hacer mejor su condicion, la ley, intérprete de esta voluntad, finge ó presume que ha consentido, fundándose en los principios siguientes de equidad:

1.º Que todos consienten en aquello que les produce utilidad.

2.º Que nadie, siendo justo, quiere enriquecerse con perjuicio de otro.

3.º Que el que se impone una obligación ó quiere una cosa, da á entender que quiere estar por las consecuencias que de ella dimanen.

Otros mas principios pudiéramos anotar; pero nos parecen éstos bastantes para comprender, que no porque no medie una convencion ha de ser menos legitima la obligación que se deduce de ciertos hechos, en los que aparece tan marcada la voluntad de los obligados en vista de los principios sentados, que no ha dudado la ley en dar reglas sobre ellos como si fueran unos verdaderos contratos, ni detenido los jurisconsultos romanos, en darles el nombre de *cuasi contratos* con que los denominaron; habiendo elegido para su exámen los de uso mas frecuente, que son los siguientes:

1.º La gestion de negocios agenos, ó la administracion de bienes agenos sin mandato de su dueño.

2.º La paga de lo indebido.

3.º La comunión en la herencia, y en la de bienes que no proviene del contrato de sociedad.

4.º La adición de la herencia.

5.º La administracion de la tutela y curaduría.

De cada uno de estos *cuasi contratos* trataremos á con-

tinuacion, ocupándonos principalmente de los dos primeros, porque en los demás hay sus títulos especiales en el derecho que, habiendo sido examinados ya en las lecciones correspondientes, seria inútil repetir en este lugar, que es sin duda lo que habrán tenido presente los redactores del nuevo Código, para no incluir entre los *cuasi contratos* otros que los dos primeros á que nos hemos referido.

§. IV.

En qué consiste el cuasi contrato de la gestion de negocios.

El primer cuasi contrato, y del que mas particularmente se ocupan las leyes, es el titulado por los romanos *gestion de negocios*, ó el que, segun la ley 26, tít. XII, Part. 5.^a, puede llamarse *administracion de bienes ajenos sin mandato de su dueño*.

Su fundamento lo espresó con tal claridad y precision la citada ley, que basta su simple lectura para comprender su naturaleza.

En efecto, por ella nos consta que, ausentándose á veces las personas del lugar donde radican sus intereses sin haber dejado encargado su cuidado *por desacuerdo ó por olvidanza*; algunos de los que en él moran se introducen *por parentesco ó por amistad* espontáneamente á dirigirlos ó á practicar algunas gestiones para evitar el daño que sobre los mismos podian sobrevenir; y como no es justo que nadie se enriquezca en perjuicio de otro, y cada cual consiente en lo que le trae utilidad, concluye dicha ley, que los que tal hicieren deben dar cuentas al dueño de estos bienes y entregarles los frutos producidos, con derecho al reintegro de los dispendios que hubieren hecho.

De lo dicho es fácil inferir en qué consista la naturaleza de la *gestion de negocios ó administracion de los bienes ajenos sin mandato de su dueño*; pero para su mayor inteligencia, daremos sin embargo su definicion.

Definicion de la gestion de negocios.

Se entiende por gestion de negocios, *un cuasi contrato por el cual, encargándose una persona espontánea y estrajudicialmente de cuidar los bienes ó negocios de otra que lo ignora, se obliga para con ésta á procurar su utilidad y á darle cuentas de su administracion.* Ley 26, título XII, Part. 5.^a (1).

La persona que se encarga de este cuidado, se llama *gestor*; y *dueño* aquella cuyos negocios administra.

Como se ve por la definicion, el *gestor* se diferencia del *mandatario*, del *procurador* y del *defensor*.

Del *mandatario*, porque éste se constituye en virtud del mandato espreso ó tácita del principal, y el *gestor* sin mandato del dueño, quien lo ignora, ó por haberse ausentado dejando abandonados sus intereses, ó por hallarse falto de juicio, ó por otra cualquiera razon.

Del *procurador*, porque éste obra tambien por mandato del principal lo mismo que se dice del *mandatario*, del que se diferencia solo en que este nombre es mas general que el de *procurador*.

Del *defensor*, porque, aunque éste tambien se encarga del cuidado de los bienes de los ausentes, lo hace por mandato judicial.

Siendo diferente el *gestor* del *mandatario*, *procurador* y *defensor*, no es necesario que reuna las cualidades de éstos; de modo que aun las personas escluidas de aquellos cargos podrán ser *gestores*, como lo declararon las leyes romanas con respecto á las mujeres, segun consta por la ley 3.^a, tit. v, lib. III del Digesto.

Esta misma diferencia hace que no podamos juzgar de

(1) Art. 1892.

las obligaciones de los *gestores* por lo que se dice de los *mandatarios* y demás, sino que son especiales y propias las que se establecen en cuanto á aquellos, como veremos á continuacion.

Obligaciones que produce la gestion de negocios.

Las obligaciones que nacen de este *cuasi contrato*, unas son de parte del *gestor* ó *administrador oficioso*, y otras de parte del *dueño* ó *propietario*.

De parte del *gestor*, son las siguientes:

1.^a Continuar este encargo con todo lo que le es ánejo ó dependiente hasta su conclusion, ó hasta que el mismo propietario ó interesado se halle en el estado de proveer por sí, ó bien hasta que puedan proveer sus herederos, en caso de que muriese aquel, pendiente aun la gestion (1).

2.^a Desempeñarlo con buena fé, y con todo el esmero y diligencia de un buen padre de familias (2); no haciendo ni dejando de hacer cosas que acostumbrara ó no su dueño; pues de otro modo, si resultara algun perjuicio deberá satisfacerlo. Ley 33, tit. XII, Part. 5.^a

3.^a Indemnizar al propietario de los daños que por su culpa ó negligencia le resulten en los bienes ó negocios que ha tomado á su cargo, observándose para determinar el grado de responsabilidad en que incurra, las reglas siguientes:

Primera: Que en la gestion comun y ordinaria, deba prestar el *engaño*, la *culpa lata* y la *leve*, como interpreta Gregorio Lopez en su glosa 1.^a á la ley 30, tit. XII, Part. 5.^a

Segunda: Que, si entró á cuidar de las cosas del ausente, porque las halló tan desamparadas que nadie pensó en tomar sobre sí su cuidado, deba responder del daño acaecido en ellas por *dolo* ó por *culpa lata*, como añade Gregorio Lopez en dicha glosa.

Tercera: Que, si entró á administrar los negocios del

(1) Art. 1892.

(2) Art. 1893.

ausente, en lugar de alguno que queria hacerlo con mucho cuidado, deba prestar el *engaño*, *culpa* y *negligencia*, segun dispone la ley 34, id., ó la *culpa levísima*, como interpretan los jurisconsultos.

Cuarta: Que, si hiciera algunas gestiones en los bienes del ausente que no acostumbraba éste, deba responder aun de las pérdidas que tuvieren por *caso fortuito*, si se probó que entró en la administracion de mala fé. Ley 29, id.

Finalmente, es obligacion del gestor dar cuentas exactas ó *derechas* que dice la ley 26, id., y responder de sus operaciones, como si fuera un mandatario, por los pagos que hiciere, para lo cual deberán consultarse las leyes 31 y 32 del mismo titulo y Partida.

De parte del *dueño* son las siguientes:

1.º Cumplir las obligaciones que el *gestor* hubiese contraído en nombre y en utilidad del *dueño*.

2.º Indemnizarle todos los perjuicios que, por causa de dicha agencia, se le hayan originado.

3.º Satisfacerle todos los gastos útiles ó necesarios que haya hecho, pero no darle salario, como añade el nuevo Código (1). Leyes 26 y 28, tit. XII, Part. 5.^a

Para hacer efectivas estas obligaciones concede el derecho dos acciones, á saber: una *directa* y otra *contraria*.

La *directa* se da al *dueño* contra el *gestor de negocios* ó sus herederos, para que den cuentas, restituyan las cosas que tengan en su poder, y presten la culpa ó respondan de los daños causados, segun el modo de la gestion.

La *contraria* compete al *gestor de negocios* ó á sus herederos, para exigir del *dueño* la indemnizacion, escepto en los tres casos siguientes:

1.º Si el *gestor* obró con mala intencion y no resultaron ganancias suficientes para satisfacer los gastos que hizo; porque entonces son de su cuenta éstos, y tiene además que indemnizar al *dueño* de todos los daños que por cualquiera causa hubieren acaecido. Leyes 26 y 29, tit. XII, Partida 5.^a

(1) Art. 1894. *HA* (3)

2.º Si el gestor no obró útilmente, ó al menos no apareciera utilidad en el negocio al tiempo de principiarlo, escepto si los bienes fueran de un menor de catorce años que el tutor dejó abandonados, en los que no basta que aparezca la utilidad al principio del negocio, sino que es necesario que realmente haya ésta resultado, para exigir directamente del pupilo la indemnizacion: de otro modo solo podrá exigirse ésta del tutor. Ley 28, id.

3.º Si alguno ha gestionado movido por causas de piedad, como sucede en los casos de que tratan las leyes 35, 36 y 37, tit. xii, Part. 5.ª, que son los siguientes:

Primero: Cuando uno recibiera en su casa á algun huérfano desamparado y le suministrare lo necesario para su subsistencia y educacion, como espresa la ley 35, id.; á no ser que protestara recobrar su importe, ó si, siendo mujer la recogida y queriendo casarse con ella el que la recogió, ó que se casare con alguno de sus hijos, se opuso al casamiento ella ó su padre, si lo tuviere. Leyes 3.ª y 4.ª, tit. xx, Part. 4.ª, y 35, tit. xiv, Part. 5.ª

Segundo: Si fuere la madre ó abuela las que hubieren suministrado los alimentos á los hijos y nietos que tuvieren en su poder despues de la muerte de sus padres; las cuales no podrán reclamar los gastos que hicieren en su crianza, si los dichos hijos ó nietos carecian de bienes, ó aun teniéndolos, si no manifestaron intencion de cobrarlos de sus productos. Ley 36, tit. xii, Part. 5.ª

Tercero: Tampoco compete la referida accion al padrastro para cobrarse los gastos ordinarios invertidos en la crianza y educacion de un hijastro suyo, á no haber protestado que quería hacerlo asi; debiendo descontarse, si los quisiere cobrar, el importe de los servicios útiles que éste le hubiere prestado.

Con lo dicho nos parece haber comprendido lo mas principal para saber en qué consiste el *cuasi contrato de gestion de negocios*. Veamos cuál sea la naturaleza del que conocemos con el nombre de *paga de lo indebido*.

§. V.

Naturaleza del cuasi contrato de la paga de lo indebido, y sus efectos.

Otro de los *cuasi contratos* que merecen una consideracion especial por las muchas ideas que envuelve, es el que resulta de la *paga de lo indebido*.

Su complicacion es tal, que si no se procura establecer un órden en las materias que comprende, en vano nos esforcaremos en proponer la doctrina que el derecho tiene establecida, y para conseguirlo, nos parece que deben examinarse los puntos siguientes:

- 1.º En qué consista este cuasi contrato ó su definicion.
- 2.º Casos en que tiene lugar la obligacion de restituir lo que se hubiere recibido sin deberse.
- 3.º Casos en que no hay lugar á la restitution.
- 4.º Modo como ha de restituirse.
- 5.º Acciones que nacen y á quién incumbe la prueba.

En qué consiste la paga de lo indebido.

El cuasi contrato de la *paga de lo indebido* lo definen generalmente los jurisconsultos diciendo que es, *aquel por el cual, pagando uno por error de hecho lo que no debe naturalmente, obliga al que recibe la paga ó devolverla con sus productos* (1).

Como se ve por esta definicion, el fundamento de este *cuasi contrato* es la equidad, que no permite el que por error se cause perjuicio en las cosas del que hace el pago y una ganancia injusta en el que lo recibe; por cuya razon impuso á éste la ley la obligacion de haberlas de restituir.

(1) Art. 1895.

Cuándo tiene lugar esta restitucion.

No siendo posible seguir en esta parte lo que las leyes de Partidas establecen para determinar cuándo puede repetirse lo pagado indebidamente, por la multitud de casos que se enumeran, los reduciremos nosotros á este principio general que propone el Heinecio diciendo que, para repetirse lo que se ha pagado, son necesarios tres requisitos, á saber: 1.º Error ó ignorancia en el que paga, ó creer equivocadamente que debia lo que pagó: 2.º Que no se deba naturalmente lo pagado: 3.º Que el que recibe la paga ignore ó crea por error que se le debia.

Concurriendo estas tres circunstancias, podrá repetirse lo pagado, en virtud del *cuasi contrato* de la *paga de lo indebido*; y decimos *en virtud de este cuasi contrato*, porque si el que recibió la cosa sabia que no se le debia, entonces la obligacion que tiene éste de restituirla, no es civil, sino penal, y podrá pedirse por la accion de *hurto*, que es como debe calificarse el hecho de haber recibido lo que sabia que no se le debia.

Supuestos, pues, estos tres requisitos, los casos en que, con arreglo á las leyes de Partidas, puede repetirse lo pagado son los siguientes:

1.º Cuando uno paga una deuda, creyendo equivocadamente, ó por error de hecho, que la debia; como tambien, cuando dudando si la debia, probase que no era deudor. Leyes 28, 30 y 40, tit. xiv, Part. 5.º

2.º Cuando pagase bajo condicion de que se hiciera tal cosa, ó para un objeto determinado, y faltara la condicion, causa ú objeto por que se dió. Leyes 41 hasta la 46 del mismo titulo.

3.º Cuando se pagó por evitar algun delito ó cualquier otro hecho injusto, ó para que no se descubriese el hecho ilícito que cometió. Leyes 47, 48 y 54, id.

4.º Cuando, debiendo una de dos cosas alternativamente, hubiera por error entregado las dos; pues en este caso, siempre se verifica que la una no se debe. Ley 39, idem.

5.º Cuando se pagase, debiendo solo en virtud de una obligacion *meramente civil*, como por la contraida por error, fuerza ó miedo; porque entonces debe rescindirse y volverse cada cosa á su dueño, probado que sea el vicio: como refiriéndose á la *compra y venta*, lo declaró así la ley 36, tit. v, Part. 5.º

Vistos los casos en que puede pedirse la restitution de lo pagado, pasaremos á determinar aquellos en que no hay lugar á su devolucion.

Casos en que no puede repetirse lo pagado.

Si por haberse pagado por error de hecho, y no debiéndose lo que se pagó, resuelven las leyes de Partidas en los casos espresados, que puede repetirse lo que se dió, era consiguiente que, cuando no concurrieran estos requisitos, se hubiera de declarar, que no habia lugar á la restitution.

Los casos en que esto se verifica son los siguientes:

1.º Cuando pagase uno sabiendo positivamente que no era deudor; porque en este caso, lo entregado ha de considerarse como si fuera una donacion, y por lo mismo, no podrá repetirse, salvo si fué menor de veinte y cinco años el que hizo el pago. Ley 30, tit. xiv, Part. 5.ª

2.º Cuando el que la pagó, creyó por error de derecho que tenia esta obligacion; porque como dice la ley 31 del mismo título, á nadie escusa la ignorancia del derecho, salvo si el que pagó de este modo fuere *militar, mujer, simple labrador ó menor*, como añade la citada ley.

3.º Cuando el condenado á un pago y el declarado en juicio libre de la deuda, pagase en uno y otro caso la cantidad demandada, no obstante de no ser verdadera la deuda en el primer caso, ó en el segundo tener á su favor la absolucion: del mismo modo que el que para evitar un pleito y sabiendo que no debia, pagare lo que prometió por transaccion. Leyes 33 y 34, id.

4.º Cuando se hubiere pagado lo que se ofreció en dote ó arras, creyendo que era pariente la persona á quien se prometió, aunque despues resultara ser falsa esta causa. Ley 35, id.

5.º Cuando lo que se pagó se debía *naturalmente*, como lo esplica la ley 33, id., con el ejemplo que propone; á no ser que la ley repela la obligacion natural como sucede en la de los pupilos, pródigos y mujeres fiadoras; ó tambien cuando debiéndose solo *civilmente*, no se alegó, pudiendo, la escepcion de *error, fuerza ó miedo*. Leyes 28, tit. xi, y 49, tit. xiv, Part. 5.^a

6.º Cuando lo que se hubiera dado ó pagado, lo habia sido por una causa torpe, siempre que la torpeza estuviere de parte del que da, ó del que da y del que recibe; pero si que podrá repetirse, cuando la torpeza estuviere solo de parte del que recibe, como lo demuestran las leyes 47 hasta la 53, tit. xiv, Part. 5.^a, en donde se encontrará esta doctrina confirmada con varios ejemplos.

Determinados los casos en que puede ó no repetirse lo pagado, solo falta que veamos cómo ha de hacerse la restitucion de la cosa cuando ésta se exija.

Modo como ha de restituirse lo pagado indebidamente.

Para determinar el modo cómo ha de hacerse la restitucion, deberemos distinguir entre el que de buena fé recibió la cosa ó cantidad indebida, y el que la recibió de mala fé.

Uno y otro deben restituirla con los frutos percibidos, ó si fuere una cantidad, con los réditos que correspondan al tenor de lo dispuesto en el art 8.º de la ley de 7 de Marzo de 1856; pero si lo recibido fuere una cosa cierta y determinada y tuvo siempre buena fé el que la recibió, no responde de las desmejoras ó pérdidas que hubiere tenido por caso fortuito, y si la hubiere vendido, no debe devolver sino su precio; mas si la hubiere recibido de mala fé, además de haber de restituir los frutos que pudo percibir mientras la poseyó, debe responder de los daños y perjuicios y de la pérdida ó desmejoras de la misma, aunque hayan ocurrido por caso fortuito. Leyes 37 y 38, tit. xiv, Part. 5.^a (1).

(1) Arts. 1896, 1897 y 1898.

Por lo dicho aparece que en este *cuasi contrato* solo existe una persona obligada, en la cual se hará efectiva la responsabilidad, utilizando para ello la accion correspondiente.

Acciones para repetir lo pagado indebidamente, y á quién incumbe la prueba.

Para hacer efectiva la obligacion que nace de este *cuasi contrato*, las leyes romanas establecieron la accion llamada *condictio indebiti*, la cual se daba al que por error de hecho pagaba lo que naturalmente no debia, contra el que recibió por error é ignorancia y contra su heredero, para que se restituyera la cosa con sus frutos y acciones.

Entre nosotros no está en uso la referida denominacion; pero existe en su esencia esta accion, en virtud de la cual podrá repetirse ó reclamarse lo indebidamente pagado, si se probara el error con que se pagó. Ley 28, título xiv, Part. 5.^a

Esta prueba incumbe siempre al demandante, cuando la persona contra quien se utiliza la accion confiesa el pago, pero niega que fué hecho con error. Se esceptúan, sin embargo, los casos siguientes:

1.^o Cuando el demandado negase la paga, pues entonces solo incumbe al demandado probar que hizo la entrega, lo cual verificado, deberá devolverse la cosa aunque no probase el error, á no ser que el demandado quisiese probar que es cierta la deuda, ó que no viene obligado á su restitution.

2.^o Cuando los que hubieren hecho el pago fueren menores, mujeres, simples labradores ó militares, los cuales basta que prueben haber pagado si el demandado lo negase, quedando de cargo de éste el probar que era cierta la deuda, para librarse de la restitution. Ley 29, tit. xiv, Part. 5.^a

A estos dos reducen los jurisconsultos modernos los *cuasi contratos* que nacen de un *hecho personal*, atribuyendo las obligaciones que nacen de los demás que anotamos en el §. III, á solo la autoridad de la ley.

Nosotros creemos que las obligaciones de los *cuasi contratos* nacen inmediatamente en todos ellos de un *hecho personal*; de otro modo es inexacta la definicion que éstos mismos jurisconsultos dan de los *cuasi contratos*, diciendo que son unos *hechos lícitos de los que resulta una obligación*, como aparece en el nuevo Código, redactado segun sus ideas y principios.

La única diferencia que admitimos entre los *cuasi contratos* esplicados y los demás, es, que de los primeros no se trata separadamente en ninguna parte del derecho, y por lo mismo deben ocupar un lugar especial para que aparezcan las disposiciones que los arreglan; pero en los otros encontraremos esparcido en varios lugares lo que en ellos debe regir, y por lo mismo bastará solo espresar en qué consisten, refiriéndonos en cuanto á sus efectos á lo que llevamos dicho, que es el modo como los consideramos en el siguiente párrafo.

§. VI.

Explicacion de los cuasi contratos de la cosa comun, adicion de la herencia y administracion de la tutela.

No siendo necesario formar de cada uno de estos *cuasi contratos* un tratado especial, por constarnos ya por varias lecciones lo que las leyes tienen establecido con respecto á ellos, daremos solo en este lugar algunas ligeras nociones, con el fin de poder completar los conocimientos que se necesitan para tener una idea exacta de su naturaleza, empezando por el de la *comunion de bienes*, ó de una *herencia*.

Naturaleza del cuasi contrato de la cosa comun.

Para comprender en qué consiste el *cuasi contrato de la cosa comun*, como resultado de la *comunion de la herencia* y de las cosas que se poseen *pro indiviso* por un título diferente del contrato de sociedad, se hace preciso advertir, que no todos los jurisconsultos convienen en la cali-

ficacion de este *cuasi contrato*; queriendo unos que el hecho de poseer la *cosa comun* es propiamente lo que le constituye, cuando otros afirman que lo es la administracion de esta misma cosa.

A nosotros nos parece, siguiendo á Heinecio, que la *comunion de la herencia y de las cosas* no son *cuasi contratos*, sino *un derecho in re*, y como tal, tiene sus acciones para ejercitarlo; pero como además existe otra consideracion, cual es la de que no pueden dejar de estar las cosas bajo el cuidado de uno ó mas que las administren, y éstos pueden entrar en la administracion sin mandato expreso ó tácito de los comuneros, entendemos que este *cuasi contrato* lo constituye la *administracion de la herencia ó de la cosa comun*, en virtud de la cual, el que administra se presume que consiente en dar cuentas á los comuneros, y en que se divida la cosa comun, con derecho por su parte á que éstos le abonen los gastos que hubiere tenido por razon de la administracion.

Como quiera que sea, de este *cuasi contrato* nacen dos acciones, á saber: 1.^a, la *particion de herencia*, cuando ésta fuere el objeto de la comunion; para lo cual deberá consultarse la lec. 21, trat. II; y 2.^a, la de *dividir la cosa* que se tiene en comun, para lo cual pueden servir las doctrinas de la lec. 14 de este tratado, en la que se explican los efectos que produce toda sociedad de bienes.

Además, pueden pedirse ciertas prestaciones personales, y exigirse la responsabilidad por no haber puesto aquel cuidado que constituye lo que se llama *culpa leve*, como espresan varias leyes del Digesto en los títulos de *famil. ercisc. y comm. divid.*, lo cual nos confirma mas en la idea de que lo que caracteriza este *cuasi contrato* es la *administracion de la cosa comun*, segun antes hemos manifestado.

En qué consiste el cuasi contrato de la adiccion de la herencia.

Otro de los *cuasi contratos* es el que se deriva de la *adiccion de la herencia*, el cual puede definirse diciendo que es *aquel por el que se supone que el que ade la he-*

rencia, contrae con los legatarios y fideicomisarios, obligándose á entregarles las cosas que son objeto de los legados y fideicomisos.

De la naturaleza y efectos de esta adicion, ó de las diferentes clases de obligacion que contrae el heredero, segun el modo como hubiere aceptado la herencia, se habló ya en la lec. 20, trat. II; y solo por conclusion anotaremos, que de este *cuasi contrato* nace una accion que se llama *personal de testamento*, la cual se dá á todos aquellos á quienes se debe alguna cosa en testamento, contra el heredero que ade, para que entregue éste los legados y fideicomisos con sus acciones, y satisfaga los daños causados aun por *culpa levisima*, si hubiere sido moroso en su entrega. Ley 47, lib. xxxiii del Digesto.

Naturaleza del cuasi contrato de la administracion de la tutela.

En la lec. 11, trat. I, se demostró la necesidad de la tutela, la cual fué elevada por la ley á cargo público, con el objeto de que nadie pudiera escusarse de admitirlo, si no tenia para ello un justo impedimento.

Pero, como la ley no se limitó solo á la institucion de este oficio, sino que además prescribió los derechos y obligaciones que debieran corresponder á los que se encargaran de desempeñarlo, esta consideracion debió producir dos clases de relaciones, á saber: una entre los tutores y la ley para su aceptacion, y otra entre éstos y los pupilos para su buen desempeño.

De las primeras nace una obligacion que llamaremos *puramente legal*, porque el hombre, al aceptar este cargo, cede á la autoridad de la ley mas que á los impulsos de su voluntad: en las segundas, la obligacion que producen, no reconoce otro fundamento que el hecho de haber administrado; de modo que si no administró, como puede suceder entre otros casos cuando el pupilo careciera de bienes no, contraerá bajo este concepto ninguna obligacion.

Como en el caso de haber administrado, no media ningun contrato entre el pupilo y el tutor, el hecho de la ad-

ministracion será suficiente para quedar obligado, y por consiguiente, para que se considere ésta como un *cuasi contrato*, el cual consiste en que, recibiendo el tutor el cuidado del pupilo y de sus bienes, se obliga á darle cuentas y á prestarle la culpa leve, mientras que éste se constituye en la obligacion de haber de indemnizar al tutor si hubiere sufrido algun daño.

Como se ve por esta definicion, las obligaciones que produce este *cuasi contrato* están siempre de parte del tutor; pero como á las veces puede quedar obligado el pupilo, de aquí el poderse mutuamente reconvenir los dos.

Para hacerse estas reclamaciones, existen dos acciones, de las cuales la una es *directa* y la otra *contraria*.

La *directa* es la que compete al pupilo, acabada la tutela, contra el tutor ó sus herederos para pedir las cuentas y el resarcimiento de los daños causados por culpa leve, cuando se proceda contra el tutor; y por culpa lata, cuando se exijan de los herederos.

La *contraria* es la que se da al tutor contra el pupilo, para su indemnizacion, si ha desempeñado la tutela como un padre de familias diligente.

Con ello damos fin al exámen de las obligaciones no convencionales que nacen de un hecho lícito, las cuales son conocidas con el nombre de *cuasi contratos*. El orden pide que examinemos, aunque brevemente, las que provienen de un hecho ilícito, que son las que conocieron los romanos con los nombres de *delito* y de *cuasi delito*.

§. VII.

Idea general de las obligaciones que nacen de los delitos, ó de culpa y negligencia.

Otra de las fuentes de las obligaciones es el *delito*, ó cualquier otro acto ilícito con el cual se causa un daño por culpa ó por imprudencia, al cual llamaron los romanos *cuasi delito*.

El fundamento de estas obligaciones lo tenemos en aquel principio natural de que no debemos querer para

los demás lo que no queramos para nosotros mismos; y sobre el cual la legislación de todas las naciones se ha apoyado, para prescribir las reglas necesarias, á fin de que pudieran repararse los daños causados por ciertos hechos cometidos contra la seguridad individual de las personas, ó contra los bienes que forman su patrimonio.

Estos hechos, segun hemos manifestado, son de dos clases: unos que el derecho penal califica como *delitos ó faltas* cuando consisten en *acciones ú omisiones voluntarias penadas por la ley*, como consta del art. 1.º del Código penal; y otros que, segun los principios de esta ciencia, pueden calificarse de *culpas, ó de cuasi delitos*, con que los distinguieron los romanos, cuando el daño causado por ellos, además de no ser cometido con dolo, no es de grave trascendencia para la sociedad.

Nuestro Código penal se desentiende de estos principios, por no faltar á la idea de organizar los tribunales bajo la base de la mayor ó menor gravedad ó dureza de las penas; y en nuestra humilde opinion no creemos que una cuestion de orden en la administracion de justicia, sea suficiente para confundir en una misma clase ó categoria, actos que muchos de ellos atacan la moral y la religion, y cuya trascendencia puede ser grave á la sociedad, con otros que no son sino unas meras infracciones de policia urbana, como aparece del lib. III del Código penal.

Dejando estas observaciones para el tratado del *Derecho penal*, que forma la 4.ª parte de nuestra obra, solo diremos en este lugar, que, tanto los *delitos* como las *faltas*, segun las califica el Código, producen dos clases de obligaciones, á saber: unas para con la sociedad en general, y otras, algunas veces, para con sus individuos.

A las primeras las llamaremos *obligaciones penales*: á las segundas, *reparaciones ó indemnizaciones*.

Unas y otras están definidas y reguladas en el Código penal, como espresa tambien el nuevo Código civil (1), con la diferencia, que en las primeras la sociedad, como

(1) Art. 1899.

interesada en el castigo del criminal, es la que exige su cumplimiento, aunque haya acusador ó querellante particular; y en las segundas, como su cumplimiento solo interesa á los particulares, porque ellos son los que han sufrido el daño ó perjuicio, solo ellos podrán pedir la reparacion, sin que pueda mezclarse la sociedad en hacer la causa del perjudicado, mientras éste no solicite ó reclame su auxilio; escepto en alguna clase de delitos, como en los de *hurto* y *robo*, en los que la misma sociedad decreta la restitution de los efectos robados encontrados en poder de los delincuentes, aunque no haya parte que los reclame.

Como los hechos ilícitos de donde dimanen estas dos clases de obligaciones, tan apenas pueden determinarse, bastará para nuestro objeto que se indique en cuanto á los *delitos*, cuáles son en general los que admiten ó no reparacion; y en cuanto á los *cuasi-delitos* ó *culpas*, cuáles son á las que principalmente se refieren las leyes, como de uso mas frecuente y conocido.

Delitos que llevan ó no aneja la obligacion de la reparacion.

Los delitos en los que no hay lugar á pedir la reparacion, son los llamados *políticos* ó que se cometen contra la sociedad en general, sin que afecten á ninguno de sus individuos en particular; á no ser que estos mismos delitos hayan producido pérdidas de intereses materiales pertenecientes al Estado, que entonces se exigirá su indemnizacion por parte de la sociedad.

Los demás delitos, pues, en que pueda exigirse ésta por parte de los individuos, serán todos aquellos por los cuales se haya causado un daño á los particulares, aunque sean de aquellos que afecten inmediatamente á la sociedad en general: pero mas determinadamente son los comprendidos en el tit. ix y siguientes del Código penal.

Cuáles sean éstos, y en qué consista la responsabilidad criminal en que incurren los delincuentes, aparece en los respectivos artículos de este Código, en los que se espresa la clase de penas con que es castigado cada uno de por sí.

No sucede lo mismo en cuanto á la responsabilidad civil

que comprende las reparaciones é indemnizaciones; pues en cuanto á éstas, solo se proponen reglas generales que podrán verse en los artículos 115 y siguientes del mismo Código, para cuya inteligencia podrán servir las doctrinas contenidas en los párrafos IV y V, lec. 4.ª de este tratado, en donde se esplica qué es lo que se entiende por *daños y perjuicios*.

A pesar de ser muchos, y muy variadas las formas con que se presentan los delitos, nos parece que bastan para este lugar las nociones que se han dado, para determinar las obligaciones que producen.

Veamos, bajo el mismo orden, cuáles son las que nacen de *culpa ó negligencia*.

Obligaciones que nacen de culpa ó negligencia.

Aunque los hechos ilícitos que producen estas obligaciones, todos ellos van dirigidos á daños causados por descuido, impericia ó imprudencia de sus autores ó de sus dependientes, no por ello se hace mas fácil designar la clase de responsabilidad que se incurre por ellos, así como lo hemos hecho con respecto á los delitos.

La razon es porque en éstos, aunque varios, no se reconocen otros que los que la ley penal califica como tales con anterioridad á su perpetracion, como dispone el artículo 2.º del Código penal; pero en cuanto á los hechos que nacen de culpa, es tal la dificultad en determinarlos que, por mas minuciosas que fueran las leyes, nunca podrian comprenderse los que se puedan cometer; debiéndose por lo mismo en cada uno tomar en consideracion las circunstancias particulares del hecho y de las personas para calificarlos.

Lo mas que han hecho algunos Códigos ha sido señalar ciertos casos de uso mas frecuente y conocido, como lo hizo el emperador Justiniano, segun consta del tit. v, libro iv de las Instituciones, y lo hizo tambien el rey Don Alfonso el Sábio, como es de ver por el tit. xv de la Partida 7.ª; pero ni en uno ni en otro Código aparece un principio ó regla general, por donde pueda venirse en

conocimiento del hecho que produce la obligacion, y de las personas que resulten obligadas.

En el proyecto del nuevo Código civil se halla suplida esta falta, admitiendo entre sus artículos la doctrina de varios juriconsultos, sacada de nuestras leyes, la cual está reducida á las reglas siguientes:

1.^a Que todo el que ejecuta un hecho en que interviene algun género de *culpa ó negligencia*, y por el cual se haya causado un daño, aunque no constituya delito ó falta, está obligado á la reparacion del perjuicio que hubiere ocasionado á otro (1). Ley 6.^a y siguientes, tít. xv, Part. 7.^a

2.^a Que esta obligacion no solo se limita á los daños causados por hecho propio, sino tambien á los causados por hechos de las personas que uno tiene bajo su dependencia, ó por las cosas de que uno se sirve ó tiene á su cuidado, si el principal no hubiere hecho lo posible para prevenir el daño (2). Leyes 4.^a, tít. xiii, y 5.^a, tít. xv, Partida 7.^a

3.^a Que el que satisface el importe de los daños causados por sus domésticos ó dependientes, adquiere acción para repetir contra aquel de entre éstos que resultare culpable por su falta (3).

Teniéndose presente estas reglas, podrá con facilidad juzgarse de la obligacion que nace de estos hechos, y de la persona que es ó no responsable.

Sin embargo, para su mayor inteligencia, anotaremos los hechos mas principales que designan las leyes, los cuales no son mas sino confirmaciones de la doctrina espresada.

Asi, pues, si el daño se hubiere ocasionado en virtud de una sentencia judicial dada injustamente, pero no por dolo, sino por ignorancia ó imprudencia, será responsable el juez que la dictó. Ley 24, tít. xxii, Part. 3.^a

Si lo fuere por lo arrojado ó que cayere de una casa, lo

(1) Art. 1900.

(2) Art. 1901.

(3) Art. 1905.

será el que la habite en clase de principal, y si hubiere dos ó mas habitaciones, y se ignorase de cuál de ellas habia procedido, responderán todos mancomunadamente, á no ser que constase de la persona por quien vino el daño, como dicen las leyes 25 y 26, tit. xv, Part. 7.^a (1).

Si lo es por haberse arruinado un edificio ó parte de él, y á lo cual dió lugar el no haberse hecho con tiempo las reparaciones necesarias, responderá el propietario, del mismo modo que, cuando hubiere acaecido por vicio de construccion, si no hizo la reclamacion correspondiente contra el arquitecto dentro del tiempo que prefija el derecho. Leyes 10 y 11, tit. xxxii, Part. 3.^a (2). Véase el §. X, lec. 11.

Si el daño fuere causado por un animal, responderá su propietario ó poseedor, ora estuviere bajo su custodia, ora se le hubiere escapado, á no ser que se hubiera ocasionado escitado por el mismo que lo sufrió. Leyes 21, 22 y 23, tit. xv, Part. 7.^a (3).

Finalmente, en cuanto á los daños causados por los dependientes y personas que tiene uno á su cargo, nos parece que debe regir lo dispuesto en los artículos 16, 17 y 18 del Código penal, que tratan de la responsabilidad civil en que incurren ciertas personas, cuando el hecho que la motiva fuere de la clase de los que dicho Código califica como *delitos* ó *faltas*.

La razon que tenemos para proponerlo así, es que no debe ser mas intensa la responsabilidad producida por *culpa* que la que procede de un *delito* ó *falta*; y si para ésta tenemos ya la doctrina que ha de seguirse, creemos que esta es la que ha de aplicarse en el presente caso.

Como con tantas fuentes de donde nacen las obligaciones, pudiera darse lugar á que, reunidas varias deudas en una misma persona, no fueran suficientes sus bienes para satisfacerlas todas, las leyes proveyeron de medios para poner en órden el pago de las obligaciones, y se evitara la confusion que debia producir si á todos los acreedores se les concediera igual derecho para cobrar sus créditos.

(1) Art. 1904.

(2) Art. 1903.

(3) Art. 1902.

§. VIII.

Medios de que se valen las leyes cuando el deudor no puede satisfacer todos sus créditos.

Tres son los medios que establecen las leyes para el caso en que el deudor no pudiese satisfacer todas sus deudas, á saber:

1.º La cesion de bienes. Leyes 1.ª y 4.ª, tit. xv, Partida 5.ª

2.º El juicio de concurso de acreedores voluntario ó necesario. Artículos 506 y 521 de la ley de enjuiciamiento.

3.º El convenio entre éstos y el deudor, en vista de haber solicitado éste algun tiempo de respiro para el pago de todas sus deudas, ó para que se le perdone alguna parte de ellas, que son los beneficios de *espera y quita* de que tratan los artículos 507 y siguientes de dicha ley.

Del primer medio se habló en el §. IX, lec. 6.ª, sec. 1.ª, y del cual, por mas que digan algunos escritores, opinamos que se halla vigente, aunque no se ocupe de él la ley de enjuiciamiento: de otro modo se habia de obligar á los acreedores á que contra su voluntad tuvieran que sufrir los dispendios é incomodidades que son consiguientes á un largo y costoso procedimiento, como es el que se sigue en el juicio de concurso que habria de entablarse entre ellos.

Del segundo y tercero no es de nuestro objeto ocuparnos en este lugar, quedando reservado para el tratado de *acciones* ó medios para la aplicacion de las leyes, con el cual completaremos nuestros trabajos relativos al exámen de nuestra legislacion *civil* ó de *derecho privado*; puesto que, con el conocimiento de esta clase de leyes se completa tambien el fin de la *jurisprudencia*, segun demostramos al final de la lec. 1.ª, trat. i.

Sin embargo, como no pudiera comprenderse el orden de preferencia que establece la ley entre los acreedores, supuestos los *grados* ó *estados* en que los divide la ley de

enjuiciamiento, sin que se supiera antes el mayor derecho que las leyes conceden á cierta clase de créditos, lo cual es propio del derecho comun el determinar segun lo confirman las palabras del art. 592 de la ley de enjuiciamiento, al presentar las personas comprendidas en el 2.º estado, nos parece muy propio de este lugar el manifestar:

1.º Las causas por las que ciertos créditos han de gozar de preferencia sobre los demás.

2.º Los *estados* ó *grados* de acreedores que, segun ellas, deben formarse.

3.º El orden de prelacion entre los de cada clase, si no fueran todos de una misma especie.

§. IX.

Causas de prelacion, y grados de acreedores que, segun ellas, deben formarse, y orden de preferencia en cada uno de ellos.

Dos son las causas á que ha atendido la ley para conceder á ciertos acreedores el ser preferidos en el pago de deudas, cuando los bienes del deudor no fueran suficientes para que quedaran todas ellas satisfechas: la primera es la calidad especial del crédito; la segunda, su mayor ó menor garantia cuando se constituyó.

La calidad especial del crédito da lugar á distinguir dos clases de éstos, á saber: unos *privilegiados*, y otros que no gozan de *privilegio*; así como la mayor ó menor garantia con que se constituyeron, hace el que se dividan en *hipotecarios* y *no hipotecarios*, y estos últimos en *escriturarios* y *comunales*.

Llamamos *créditos privilegiados*, atendida su naturaleza ó calidad especial, *aquellos á quienes la ley concede el derecho para ser pagados antes que cualesquiera otros*.

Se llaman *créditos hipotecarios*, los que están garantidos por medio de hipoteca, sea legal ó convencional.

Escriturarios, los que se justifican por escritura pública; y finalmente, *comunales*, los que constan, tanto por do-

cumento privado, como los que solo pueden probarse por confesion del deudor, ó por testigos.

De lo dicho puede inferirse cuáles son los estados en que han de dividirse los acreedores, si concurrieren créditos de las diversas clases que hemos definido; pero como no basta conocer la clase á que pertenecen, sino que al mismo tiempo es necesario saber el orden de preferencia que les conceden las leyes, de aquí el haber de constar lo uno y lo otro, como lo haremos patente á continuacion.

Estados que han de formarse con arreglo á las causas de prelacion.

En cinco estados dispone el art. 592 de la ley de enjuiciamiento que han de comprenderse los acreedores del deudor, á saber:

Estado 1.º

Este se forma de los acreedores por trabajo personal y por alimentos, cuales son, por ejemplo, los criados, por su salario; los que tengan derecho á alguna renta ó pensión vitalicia, y otros semejantes; y si se tratare de un *ab intestato* ó *testamentaria* concursada, de los que tienen créditos, por gastos hechos en el entierro y funeral del difunto, proporcionado á su fortuna y circunstancias: por los ocasionados con motivo de la ordenacion de su última voluntad, formacion de inventario y diligencias judiciales á que se haya dado lugar; y finalmente, por los gastos de la última enfermedad que pueden compararse á los de los funerales, porque unos y otros principiaron con la dolencia.

Estado 2.º

En él deben incluirse los hipotecarios legales, segun el orden establecido por derecho; debiendo advertir, que entre ellos han de ocupar el primer lugar los que tuvieran una hipoteca *legal privilegiada*, continuando despues los que solo tienen una hipoteca *legal simple*.

Estado 3.º

El tercer estado debe comprender los acreedores hipotecarios que lo sean por contrato, teniendo presente en caso de ser un depósito, que si la cosa depositada fuere mueble, ó aun fungible si se dió cerrada y sellada, deberá entregarse al deponente desde luego, por la calidad de dueño que conserva; y si se entregó por *peso, número y medida*, tendrá preferencia á todos los acreedores simplemente personales, pero no á los reales ó hipotecarios, ni á los que en caso de testamentaria concursada se expresan en el *Estado 1.º*.

Estado 4.º

Este estado debe contener los acreedores escriturarios, ó cuyo crédito conste por escritura pública, no siendo ni de los de la clase de los llamados *privilegiados*, ni de los que tienen por su seguridad constituida una hipoteca.

Estado 5.º

Finalmente, en este estado se incluirán todos los demás acreedores á que no se ha dado preferencia, ó no pertenecen á ninguna de las clases contenidas en los cuatro estados anteriores, por cuya razon se llaman *acreedores comunes*.

A todos los acreedores espresados serán preferidos los que lo fueren por título de dominio, para lo cual formarán los syndicos del concurso una nota por separado de los bienes de cualquiera clase que el concursado tuviere en su poder correspondientes á terceras personas, con espresion de los nombres de sus dueños, segun dispone el art. 593 de la ley de enjuiciamiento.

Como en cada uno de estos estados pueden concurrir varios acreedores, se hace necesario saber quiénes tienen preferencia en el pago de sus créditos.

Orden de prelacion entre los acreedores comprendidos en cada estado.

Supuesta ya la preferencia de los acreedores por titulo de dominio, el orden con que deben ser pagadas todas las deudas es el siguiente:

En primer lugar, el acreedor hipotecario que primero haya inscrito su derecho es el preferido á todos para que se le haga pago con la cosa hipotecada. Si resultaren otros acreedores con la misma hipoteca, el orden de la inscripcion marcará la preferencia; pero todos ellos serán preferidos á los acreedores singularmente privilegiados. No obstante, el Estado por una anualidad, y los aseguradores en tanto que no se devenguen los premios de dos años, ó los dos últimos dividendos, tendrán preferencia sobre todos los acreedores.

En segundo lugar, despues de los acreedores hipotecarios deberán satisfacerse las deudas comprendidas en el *Estado* 1.º siendo preferidas entre éstas, en caso de un deudor difunto:

1.º Las contraidas por los funerales, como dispone la ley 30 al final, tit. XIII, Part. 5.º; incluyéndose entre ellas los gastos de la última enfermedad, por la razon antes expresada.

2.º Los gastos de justicia hechos en el interés comun de los acreedores, como los de apertura de testamento, inventarios, formacion del concurso, etc. Ley 8.ª, tit. VI, Part. 6.ª

3.º Los gastos por alimentos ó por trabajos personales, como salarios de criados no prescritos, pensiones vitalicias, obras y anticipos de los maestros de sastre, zapatero, etc., que son á los que al parecer aludirá la ley de enjuiciamiento, pues no hemos encontrado ley alguna que lo determine.

En tercer lugar, serán satisfechos los acreedores comprendidos en el *Estado* 2.º, dándose la preferencia á los que por la legislacion antigua tenian hipoteca legal privilegiada, que eran por su orden de prelacion los siguientes:

1.º El dueño de una heredad ó de tierras arrendadas,

y el de una casa alquilada, los cuales, como disponen las leyes 5.^a, tít. viii, Part. 5.^a, y 6.^a, tít. xi, lib. x, Novísima Recopilacion, debian ser pagados antes que cualquier otro acreedor; el primero, del producto de los frutos y de las cosas introducidas en la tierra con noticia del dueño; y el segundo, del de los muebles que habia en la casa.

2.º El que prestó dinero para edificar ó reparar una casa, ó para equipar una nave, repararla, ó mantener la tripulacion, ó para pagar el alquiler del almacen donde se colocaran las mercaderías que se hubieran dado en *peñones*, los cuales, segun las leyes 26, 28 y 29, tít. xiii, Partida 5.^a, habian de ser satisfechos del producto de las cosas así reparadas y conservadas, con preferencia á los demás acreedores hipotecarios, escepto si eran la mujer por su dote, ó el fisco por lo que se le debia, en cuyo caso se atendia á su antigüedad. En concurrencia de dos ó mas acreedores de esta clase, se daba la preferencia al último, por suponerse que sin él, ó habria perecido ó tendria menos valor la cosa, doctrina que la nueva ley hipotecaria ha rechazado en cuanto á los inmuebles, segun espusimos en el lugar oportuno. En la actualidad el acreedor refaccionario obtiene la garantía suficiente, exigiendo con arreglo á la ley la anotacion preventiva de su crédito sobre la finca refaccionada.

3.º El menor en la cosa comprada con su dinero, como dispone la ley 30, tít. xiii, Part. 5.^a, gozaban de mayor preferencia que los del número anterior, por razon de haber de ser satisfechos aun antes que los acreedores hipotecarios mas antiguos, aunque fuese la mujer ó el fisco, como observa Gregorio Lopez en la glosa 4.ª á dicha ley.

4.º La mujer era preferida por su dote á todos los acreedores hipotecarios convencionales y legales privilegiados de fecha posterior al tiempo en que se habia constituido, como asimismo á los que tenian hipoteca legal simple, aunque fueran éstos de fecha anterior. Ley 33, título xiii, Part. 5.^a

En concurrencia de dos dotes, la mas antigua era la preferida, á no ser en los bienes que existian de la segunda. En la actualidad solo subsiste esta hipoteca gene-

ral y tácita en favor de las mujeres que disfrutaban de ella al publicarse la nueva ley, y continuará aun subsistiendo mientras existan las obligaciones que garantizaba, conforme á la antigua legislacion.

Igual preferencia que la mujer por su dote tenia el fisco por lo que se le adeudaba. Cuando concurrían el fisco y la mujer era preferido el crédito mas antiguo, á no ser que el del fisco procediera de deudas del marido en calidad de administrador ó recaudador de rentas reales, pues entonces, aun siendo posterior á la dote, era preferido á ésta. Al ocuparnos en el lugar oportuno de las hipotecas legales, ya quedó espuesta la doctrina de la nueva ley, en orden á la introducida en favor del Estado.

En cuarto lugar, serán satisfechos los acreedores que por la legislacion antigua tenían hipoteca legal no privilegiada, guardándose entre ellos el orden de antigüedad.

Eran hipotecas legales no privilegiadas las siguientes:

1.^a La de los menores constituidos en tutela ó curaduría, en los bienes de sus tutores curadores y fiadores, desde que entraban á desempeñar su cargo, hasta que daban cuenta y pagaban los alcances. Ley 23, tit. XIII, Part. 5.^a

2.^a La del arrendador de una finca en las cosas introducidas en ella; pero si la finca era rústica, la hipoteca la tenía únicamente en las cosas que entraban allí con su conocimiento. Ley 5 del mismo título y Partida.

3.^a La del legatario en los bienes del testador.

4.^a La del marido en los bienes del que prometió dotar á su mujer. Ley 23, id.

5.^a La de los hijos en los bienes del padre ó madre que pasaban á segundas nupcias, por los que debían reservarles. Ley 25, id.

6.^a La de los hijos en los bienes de su madre viuda, que siendo su curadora, contraía nuevo matrimonio; y en los de su padrastro, hasta que dieran cuentas y pagaran los alcances. Ley 25, id.

7.^a Y últimamente, la de los hijos, en los bienes del padre usufructuario, por los procedentes de su herencia materna, en el caso de que los enagenase. Ley 21, id.

En cuarto lugar, entran los acreedores *escriturarios*,

cuyo crédito constare por escritura pública, según lo definimos, entre los cuales, si concurrieren muchos, se observará igualmente el orden de antigüedad.

Finalmente, no existiendo ninguno de los acreedores comprendidos en las clases anteriores, serán satisfechos los llamados *comunes* ó cuyo crédito solo puede justificarse por documento privado, ó por confesion del deudor, ó por testigos; los cuales, concurriendo muchos, serán primeramente satisfechos los que justificaren su crédito con un documento escrito en papel sellado, según dispone la ley 5.^a, tit. xxiv, lib. x, Novis. Recop., guardándose como en los escriturarios el orden de fechas; y luego despues se pagará á los restantes si no hubiere bienes suficientes, á prorata de lo que importaren sus créditos.

CONCLUSION.

Hemos llegado al fin de nuestras tareas, completando con esta leccion el plan que nos propusimos, de formar, no solo un tratado elemental que sirviera de guia á los alumnos de la facultad de Derecho para hacer el estudio de nuestra legislacion civil, sino tambien para que pudieran servir en cierto modo como libro de consulta para resolver las dudas y cuestiones que ofrecen varios puntos de nuestro derecho.

No sabemos si lo habremos conseguido, atendiendo la dificultad que presenta conciliar tan opuestos extremos; sin embargo, nos anima el resultado que ofreció en nuestra Cátedra el ensayo que hicimos de recorrer la materia de estos tres tratados, cuando nos hallábamos encargados de la asignatura del derecho civil, logrando el que hasta los alumnos de una disposicion regular se impusieran en las principales cuestiones del Derecho, cuando antes solo los talentos mas privilegiados podian penetrar en ellas, á fuerza de trabajo en tomar apuntes de la explicacion que hacia el autor sobre la materia que comprendia cada leccion.

Como quiera que sea, presentamos al público estos trabajos con desconfianza, cual lo hacemos en todos nuestros escritos, esperando la indulgencia de nuestros lectores, en vista de la buena voluntad con que hemos procurado siempre contribuir, á pesar de nuestros escasos conocimientos, á los adelantos de la juventud estudiosa.

ADVERTENCIA.

El cambio político verificado en Setiembre de 1868, ha dado origen á varias leyes que alteran la legislacion antigua en diversos puntos muy importantes del derecho civil. Ocurridas tales variaciones mientras se estaba imprimiendo la presente obra, no han podido entrar en ella. Pero deseando su editor el tenerla siempre al corriente de la legislacion para que su utilidad no mengüe, ha encargado la preparacion, que se está haciendo, de un suplemento ó apéndice, en el cual, por el órden de esposicion de materias guardado en la obra, se contengan las variaciones legislativas ocurridas desde dicha época. Este utilísimo trabajo se publicará á la mayor brevedad y se esponderá con la mayor economia posible en igual forma que la presente obra.

PROGRAMA DE ENSEÑANZA

El presente programa de enseñanza tiene por objeto definir los contenidos mínimos que todo estudiante de la carrera de Ingeniería Civil debe conocer y comprender al graduarse.

OBJETIVOS

El programa de enseñanza de la carrera de Ingeniería Civil tiene por finalidad proporcionar al estudiante los conocimientos teóricos y prácticos necesarios para que, al graduarse, sea capaz de aplicar los principios de la mecánica, la resistencia de materiales, la hidráulica y la topografía a los problemas que se le presenten en el ejercicio profesional.

Los objetivos específicos del programa son:

- 1. Adquirir los conocimientos básicos de la mecánica clásica, incluyendo la estática y la dinámica.
- 2. Comprender los principios de la resistencia de materiales y su aplicación en el diseño de estructuras.
- 3. Dominar los conceptos fundamentales de la hidráulica y la mecánica de fluidos.
- 4. Aplicar los principios de la topografía en el levantamiento de terrenos y en el diseño de obras de ingeniería.

El programa de enseñanza se divide en tres ciclos de estudios, cada uno de los cuales tiene una duración de dos años y seis meses.

CONTENIDOS

El programa de enseñanza de la carrera de Ingeniería Civil se divide en tres ciclos de estudios, cada uno de los cuales tiene una duración de dos años y seis meses.

PROGRAMA DE ENSEÑANZA

PARA

EL TERCER AÑO DE JURISPRUDENCIA, Y PÁGINAS DE LA OBRA
EN QUE SE HALLAN ESPLICADAS SUS RESPECTIVAS
LECCIONES.

PARTE SEGUNDA. DEL DERECHO CIVIL.

TRATADO TERCERO.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS PARA EXIGIR DE OTRO LO QUE DEBE,
ó sea

DE LAS OBLIGACIONES.

LECCION PRIMERA.

Pág. 5.

De la naturaleza de las obligaciones, y sus divisiones.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Sentido en que tomamos la palabra *obligacion*, y cómo se define. III. Sus especies en general. IV. Naturaleza de la obligacion *meramente natural*. V. Efectos que ésta produce. VI. Naturaleza y efectos de la llamada *meramente civil*. VII. Qué se entiende por obligacion *mista*, clases en que se divide, y esplicacion de las llamadas *públicas*. VIII. Cómo se definen las de *derecho privado*, y sus causas.

LECCION SEGUNDA.

Pág. 16.

De la naturaleza de los contratos, y su clasificacion.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Orígen de los contratos, y su definicion. III. Antecedentes para proceder á su division, y cuáles son

en general sus especies. IV. Idea de los contratos *nominados é innominados*. V. Definición de los llamados *consensuales y reales*. VI. En qué consistan los *unilaterales y bilaterales*. VII. Cuáles son los *onerosos y lucrativos*, y division de los primeros en *aleatorios y commutativos*. VIII. Qué son contratos de *buena fé y de estricto derecho*, y utilidad de esta division. IX. Cuáles son los llamados *principales y accesorios*, y cómo se dividen por razon de su *objeto*.

LECCION TERCERA.

Pág. 29.

De los requisitos de los contratos en general.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Clases de requisitos que deben y pueden existir en todo contrato. III. Efectos propios de cada uno de ellos, y cuáles son en general los que se llaman *esenciales*. IV. Qué personas pueden contratar. V. Necesidad del consentimiento para su validéz. VI. Cuándo el error producirá la nulidad del contrato. VII. Qué se entiende por *violencia*, y cuándo se anula por esta causa. VIII. Explicacion de la palabra *dolo*, y sus efectos. IX. Qué cosas son objeto del contrato. X. Designacion de las causas que lo motivan. XI. Obligaciones en las que se requiere además alguna solemnidad particular.

LECCION CUARTA.

Pág. 53.

De los efectos de los contratos en general, y reglas para su interpretacion.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de la obligacion de dar. III.Cuál sea la de la obligacion de hacer. IV. Causas que dan lugar al resarcimiento de daños y abono de intereses. V. Explicacion de lo que se reputan *daños ó menoscabos*, y hasta dónde se estienda en su prestacion la responsabilidad del deudor. VI. Reglas para la interpretacion de los contratos. VII. Medios para llevar á efecto su cumplimiento.

LECCION QUINTA.

Pág. 71.

De los efectos de los contratos, segun los diferentes modos como puede pactarse su cumplimiento.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Modos cómo puede pactarse el cumplimiento de una obligacion. III. Naturaleza y efectos de la convencion celebrada pura ó simplemente. IV. Cuáles son los que produce

la convencion condicional. V. Naturaleza y efectos de las convenciones á plazo. VI. Cómo se definen las obligaciones conyuntivas, y sus diferencias de las alternativas. VII. Qué son obligaciones mancomunadas, sus especies y efectos que producen. VIII. En qué consisten las obligaciones divisibles é indivisibles. IX. Doctrina sobre las obligaciones con cláusula penal.

LECCION SEXTA.

Pág. 99.

De la estincion de las obligaciones.

SECCION PRIMERA.

DE LA SOLUCION Ó PAGA.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué se entiende por *solucion ó paga*. III. Qué personas pueden pagar. IV. Quiénes pueden recibir los pagos. V. Lugar y tiempo en que han de verificarse. VI. Modo como han de hacerse. VII. Cómo han de imputarse, existiendo varias deudas. VIII. Con qué condiciones se admite el ofrecimiento y consigna de la cantidad. IX. Efectos que produce la cesion de bienes. X. Qué es subrogacion, y modo de hacerse.

SECCION SEGUNDA.

DE LOS MODOS DE ESTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES
POR CONSIDERARLAS LA LEY COMO CUMPLIDAS,
AUNQUE MATERIALMENTE NO
SE SATISFAGA LA DEUDA.

Pág. 122.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de la *compensacion*, y su utilidad. III. Requisitos para que tenga lugar. IV. Sus efectos. V. Qué es *remision*, sus especies y efectos que produce. VI. Naturaleza del *mútuo disenso*, y á qué contratos se aplica. VII. Qué es *novacion*, modos como se verifica, y sus efectos. VIII. Qué es *transaccion*, personas que pueden transigir, y en qué cosas. IX. Sus efectos, y causas por las que se anula. X. Qué sea *compromiso*, y puntos que han de considerarse para determinar su naturaleza.

SECCION TERCERA.

DE LOS MODOS DE ESTINGUIRSE LAS OBLIGACIONES
POR IMPOSIBILIDAD DE SU CUMPLIMIENTO, Ó
POR SUPONERSE QUE NO HAN EXISTIDO
Ó QUE ESTÁN SATISFECHAS.

Pág. 152.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Cuándo se estingue la obligación por la pérdida de la cosa. III. Casos en que se estingue por la confusion de derechos. IV. Diferencias entre los remedios de *nulidad* y *rescisión*. V. Qué obligaciones se consideran nulas, y personas que pueden reclamar contra ellas. VI. Tiempo para pedirse este remedio, y cuándo cesa. VII. Qué obligaciones pueden rescindirse. VIII. Tiempo para pedir la rescisión. IX. Efectos de la declaracion de nulidad y rescisión. X. Naturaleza de la condicion resolutoria. XI. Qué es prescripción. XII. Tiempo para que se estingan las obligaciones por este medio.

LECCION SETIMA.

Pág. 182.

De los modos de probar las obligaciones.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué se entiende por prueba, sus especies, y á quién incumbe el suministrarla. III. Cuáles son los medios de prueba que establece la ley. IV. Qué son instrumentos, sus clases y formalidades con que han de otorgarse. V. Qué prueba hacen en juicio. VI. Observaciones sobre la prueba de testigos, cómo se definen, y circunstancias que se requieren en ellos. VII. Cuándo hacen prueba completa sus declaraciones. VIII. Qué es presunción, sus clases, y grado de fuerza que tenga para probar algun hecho ó una obligación. IX. Naturaleza de la prueba que es hecha por confesion, y sus especies. X. Qué clase de prueba produce. XI. Observaciones sobre la prueba del juramento, cómo se define, y sus divisiones.

LECCION OCTAVA.

Pág. 222.

Del contrato de compra y venta.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Oríjende la compra y venta, y su utilidad. III. Naturaleza de este contrato, y sus requisitos en gene-

ral. IV. Personas que pueden comprar y vender. V. Necesidad del consentimiento para la validez de la venta, y cómo ha de darse estando las partes ausentes. VI. Cualidades que ha de reunir, y sus efectos faltando alguna de ellas. VII. Cosas que pueden comprarse ó venderse. VIII. En qué ha de consistir el precio, y esplicacion de sus cualidades. IX. Modos cómo puede celebrarse en general este contrato. X. especies de venta en que no bastan los requisitos generales, y solemnidades en cada una de ellas. XI. Cuándo se entiende que está perfecta la venta, y necesidad de entregarse la cosa para su complemento. XII. A quién pertenece el provecho ó daño de la cosa vendida antes de haberse entregado.

LECCION NONA.

Pág. 270.

De las obligaciones que nacen del contrato de compra venta.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Obligaciones en general que nacen de la compra venta. III. Derechos del comprador. IV. Doctrina de las leyes sobre la obligacion del vendedor para entregar la cosa. V. Qué es eviccion y saneamiento, y si solo tiene lugar esta obligacion en la venta. VI. Casos en que no la presta el vendedor, y sus efectos cuando ésta proceda. VII. Esplicacion de las obligaciones del comprador. VIII. Disposiciones sobre las que son comunes, tanto á éste como al vendedor.

LECCION DÉCIMA.

Pág. 303.

De los modos de disolverse el contrato de compra venta.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Causas en general por las que se disuelve este contrato, y origen de cada una de ellas. III. Cuándo tiene lugar la disolucion de la venta por el mútuo disenso. IV. Naturaleza y efectos del pacto llamado de la *ley comisoría*. V. Cuál es la del conocido con el nombre de *señalamiento de día para mejorar el precio*. VI. Esplicacion del pacto de *retroventa*. VII. Consideraciones sobre los retractos en general, su clasificacion y preferencia entre ellos. VIII. Naturaleza y origen del *retracto gentilicio*. IX. Cualidades de las personas á quienes se refiere, para determinar sus derechos. X. Cosas que son objeto de este retracto. XI. Doctrina sobre el retracto de comuneros. XII. Cuál es la que rige sobre el retracto superficiario. XIII. Disposiciones acerca de las cosas que son comunes á todos los retractos. XIV. Cuándo se rescinde la venta por *lesion* en cuanto al valor de la cosa. XV. Qué sea permuta, sus divisiones y efectos.

LECCION UNDÉCIMA.

Pág. 371.

Del contrato de arrendamiento.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Definición del *arrendamiento*, sus especies y nombres con que se distinguen. III. Cuáles son sus requisitos esenciales, y esplicacion de cada uno de ellos. IV. Personas que pueden dar y recibir en arriendo. V. Obligaciones que contraen después de celebrado. VI. Tiempo de su duración. VII. Reglas especiales en cuanto al arrendamiento de fincas rústicas. VIII. Cuáles son las que rigen con respecto al de las fincas urbanas. IX. A qué debemos atendernos para determinar el que se refiere á rentas públicas. X. Qué es lo que ha de observarse en cuanto al arrendamiento de obras y servicios. XI. Obligaciones de los que dan ó reciben en arriendo vasos, toneles y cosas semovientes. XII. Cuáles son las que contraen por razon de su oficio los posaderos y demás dueños de esta clase de establecimientos.

LECCION DUODÉCIMA.

Pag. 426.

Del contrato de censo.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza y origen del *contrato de censo*, y sus divisiones. III. Clase á que pertenece, y si es necesario que se otorgue escritura pública para su validez. IV. Elementos ó partes de su constitucion, y requisitos de cada una de ellas. V. Personas que pueden imponer censos por contrato, y pactos que pueden agregarse en su celebracion. VI. Origen y naturaleza del contrato de censo *enfiteútico*. VII. Cuál es la del *reservativo*. VIII. En qué consista la del *consignativo*. IX. Naturaleza y efectos del *censo vitalicio*. X. Cómo deben considerarse los *juros*, y uso que tienen en la actualidad. XI. Observaciones sobre las ventas á *debitorio*.

LECCION DÉCIMATERCIA.

Pag. 451.

Del contrato de mandato.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Origen del mandato. III. Su naturaleza. IV. Sus divisiones ó especies. V. Cómo se contrae, y esplicacion de cada uno de sus modos. VI. Cosas á que se refiere, y cómo han de espresarse. VII. Personas que pueden ser *mandatarios*, y cuáles son sus obligaciones. VIII. Cuáles son las del *mandante*. IX. Cómo se acaba el mandato. X. Disposiciones particulares sobre los procuradores judiciales.

LECCION DÉCIMACUARTA.

Pág. 475.

Del contrato de sociedad.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué es contrato de sociedad, y su objeto principal ó inmediato. III. Sus especies en general, y naturaleza de cada una de ellas. IV. Circunstancias que han de concurrir en su celebracion. V. Obligaciones de los sócios entre sí. VI. Cuáles son las que éstos contraen para un tercero. VII. Modos cómo se estingue. VIII. Consecuencias ó efectos de su estincion.

LECCION DÉCIMAQUINTA.

Pág. 503.

De las promesas, donaciones y cesiones.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Cómo eran consideradas entre los romanos las *promesas*, y cómo segun nuestra actual legislacion. III. Su naturaleza, especies y efectos. IV. Personas que pueden hacerlas, y si es necesaria su *acceptacion*. V. Cosas que son su objeto. VI. Qué se entiende por *donacion*, y sus divisiones. VII. Personas que pueden donar, y modo de hacerlo. VIII. Qué donaciones están prohibidas. IX. Formalidades para que valgan algunas de las permitidas. X. Causas por las que pueden revocarse. XI. Qué es *cesion*, y sus especies. XII. Personas á quienes se permite, y sobre qué cosas recae. XIII. Sus efectos.

LECCION DÉCIMASESTA.

Pág. 538.

Del contrato de préstamo.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza del préstamo en general, y clases en que se divide. III. Qué es préstamo mútuo, y sus requisitos. IV. Personas entre quienes puede realizarse. V. Quiénes no quedan obligados por el préstamo que se les hubiera hecho. VI. Cuándo el que aparece deudor podrá negarse al pago, y origen de la obligacion llamada por los romanos *literal*. VII. Efectos del préstamo mútuo. VIII. Doctrina sobre el préstamo con interés. IX. Qué es lo que se dis-

pone acerca de las casas de préstamo sobre prendas. X. Naturaleza del préstamo de uso ó *comodato*. XI. Obligaciones del comodatario. XII. Cuáles son las del comodante. XIII. En qué consiste el precario, y sus diferencias de los otros préstamos.

LECCION DECIMASEPTIMA.

Pág. 567.

Del contrato de depósito.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Aceptacion general de la palabra *depósito*, y sus clases. III. Naturaleza del depósito como contrato, y cosas que son su objeto. IV. Cómo se forma el depósito voluntario, y entre qué personas puede tener lugar. V. Obligaciones del depositario. VI. Cuáles son las del deponente, y acciones que mutuamente pueden utilizarse. VII. Cuándo tiene lugar el depósito necesario, y reglas por las que se gobierna. VIII. Qué se entiende en general por *secuestro*, y sus clases. IX. Naturaleza del secuestro *convencional*. X. Cuándo tiene lugar el *judicial*, y por qué leyes se rige. XI. En dónde han de depositarse los efectos á consecuencia de decreto judicial, y disposiciones que actualmente rigen.

LECCION DECIMAOCTAVA.

Pág. 592.

De los contratos de prenda é hipoteca.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza del contrato de prenda en general, y sus clases. III. Cosas sobre que puede imponerse este gravámen, y cuáles no lo admiten. IV. Obligaciones que pueden ser garantidas por este medio. V. Personas que pueden hipotecar ó dar en prenda. VI. Modos como se constituye esta obligacion. VII. Pactos que pueden imponerse al tiempo de constituirse. VIII. Derechos y obligaciones que nacen de este contrato. IX. Acciones para que se lleven á efecto.

LECCION DECIMANONA.

Pag. 619.

Del contrato de fianza.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Naturaleza de la fianza, y sus especies. III. En qué contratos ú obligaciones tiene lugar. IV. Tiempo y

modo como se constituye. V. Personas que pueden ó no ser fiadores. VI. Cómo pueden obligarse éstos. VII. Efectos de la fianza entre el acreedor y fiador. VIII. Cuáles son los que se producen entre éste y el deudor. IX. Cuáles los que se refieren á los con fiadores entre sí. X. Cómo se estingue la fianza. XI. Idea de los contratos aleatorios. XII. Reglas para comprender los efectos de los contratos que no tienen un nombre especial.

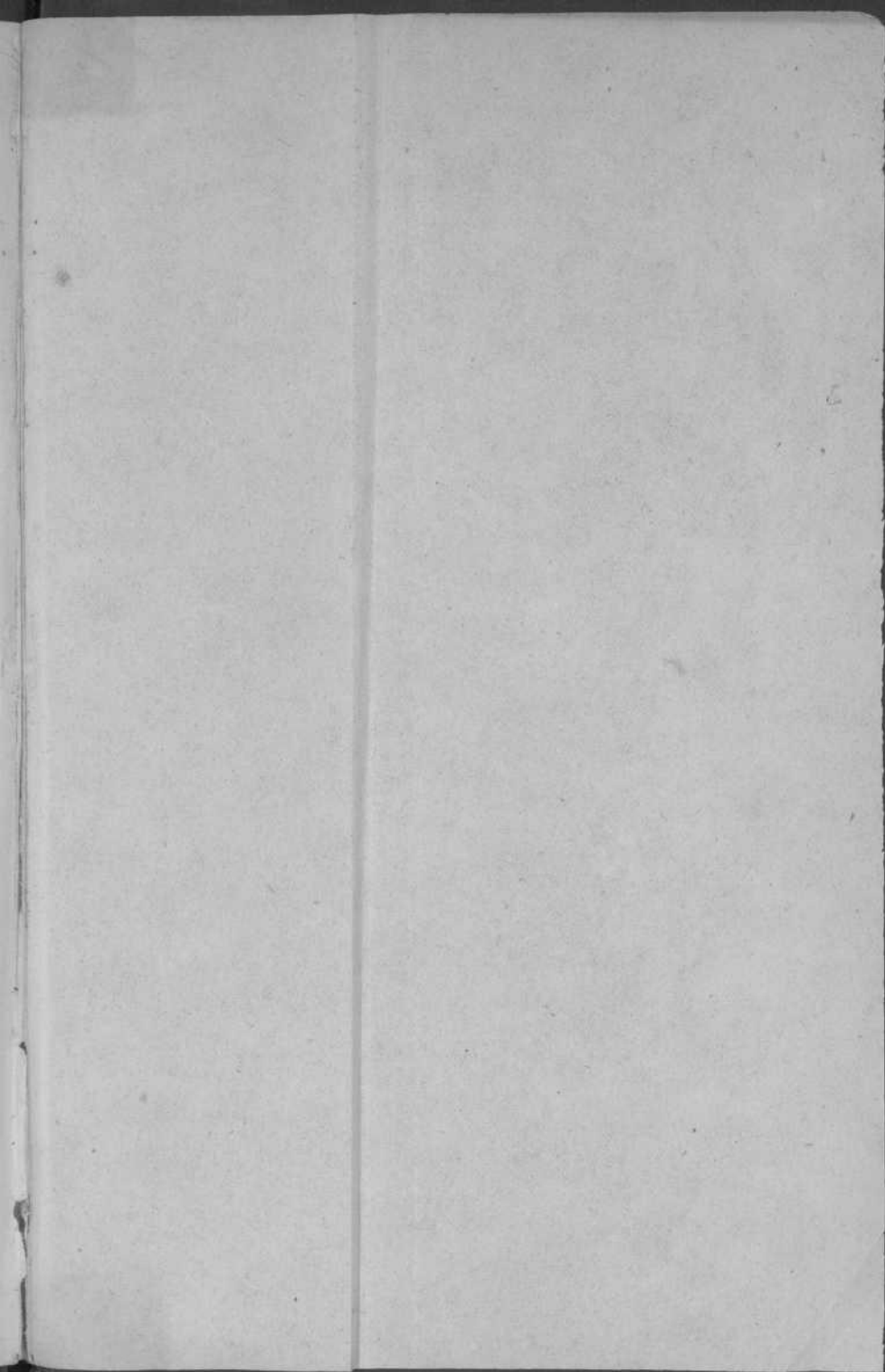
LECCION VIGÉSIMA,

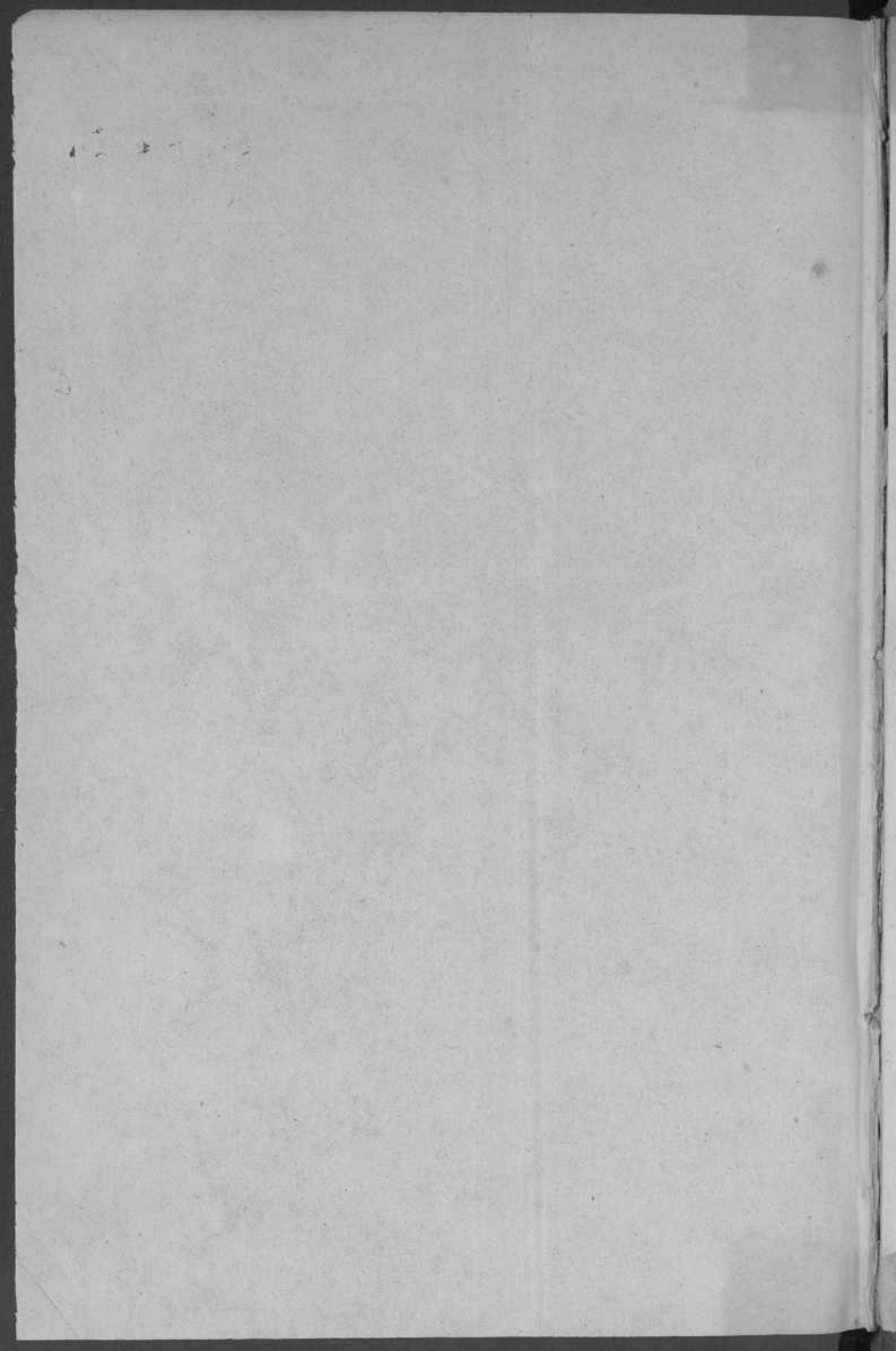
Y ÚLTIMA DEL DERECHO CIVIL.

Pág. 652.

De las obligaciones no convencionales.

RESUMEN. I. Razon del método. II. Qué son *obligaciones no convencionales*, y fuentes de donde se derivan. III. Idea de los *cuasi contratos*, su fundamento, y sus clases mas principales. IV. Naturaleza del *cuasi contrato* llamado *gestion de negocios*. V. En qué consiste el que se conoce con el nombre de *paga de lo indebido*. VI. Explicacion de los *cuasi contratos* que se derivan de la *administracion de una cosa comun*, de la *adicion de la herencia* y de la *administracion de la tutela*. VII. Idea general de las obligaciones que nacen de los delitos, ó de culpa y negligencia. VIII. Medios de que se valen las leyes cuando los bienes del deudor no alcanzan á cubrir sus obligaciones. IX. Estados en que han de dividirse los acreedores, y órden de preferencia en cada uno de ellos.— X. Conclusion.



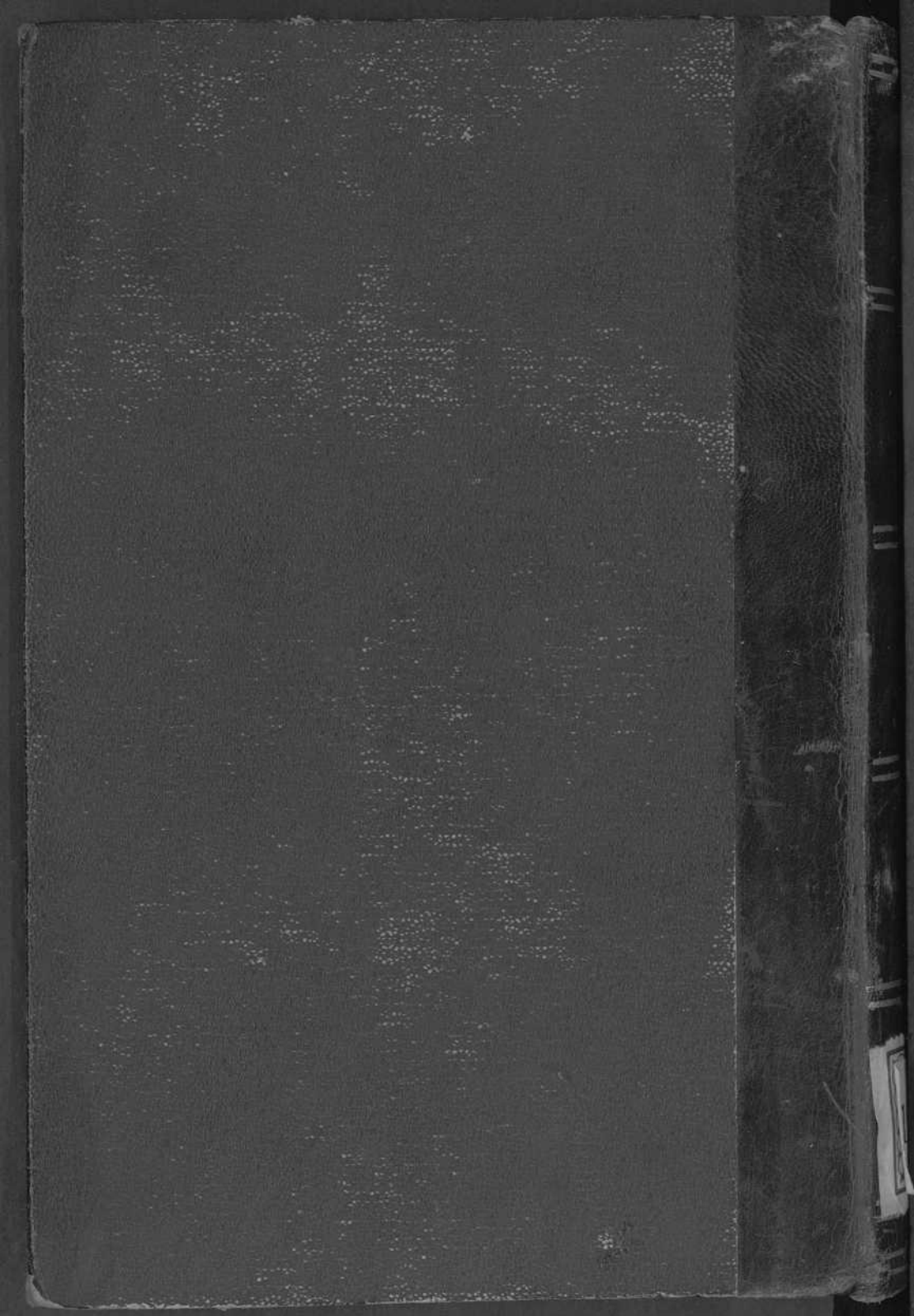


8

24-6-23

4

17



VISO

DERECHO
CIVIL

3

15.285