

apoyan su crédito en papel comun ú ordinario, que por esto están en el orden tercero y último. En los que pertenecen al orden segundo, da lugar á la regla de prioridad que hemos explicado, donde dice: *Dándoles lugar entre sí mismos conforme á su antelación*. Cuya regla, aunque no la espresa en los del orden primero, debemos creer ser su intencion que se observase tambien en ellos, porque sobre no aparecer razon alguna de diferencia, tiene la equidad que es notoria.

20 Pero no creemos se deba observar en los del orden tercero, porque sobre no espresarse en la ley, dice con mucha razon la misma, que tales escritos están sujetos á grandes fraudes por las antedatas y postdatas, y otros inconvenientes que en ellos se suelen hacer, por los cuales aparecen mas antiguos de lo que son. Solo habla la ley de los acreedores quirografarios ó no hipotecarios; pero teniendo tanto lugar en los hipotecarios no privilegiados la citada regla, y pudiendo ocurrir en los escritos de sus obligaciones los mismos fraudes que quiso evitar, no dudamos en afirmar, que todo lo que acabamos de decir en cuanto á los quirografarios, debe observarse en los hipotecarios no privilegiados.

21 Para concluir *este título*, solo falta que veamos los modos por los que se estingue ó acaba la obligacion de peños. Como es accesoria, es preciso se acabe por todos aquellos por que se estingue la principal, de los que trataremos mas abajo en el *tít. 23*. Y hay otros en que conservándose esta, se acaba ella por sí misma, y son: I. Si se pierde ó consume enteramente la prenda sin culpa del deudor segun aquel famoso axioma: *Los deudores de cierta especie, por perecer esta sin culpa suya, se libertan* (1). Dijimos *enteramente*, porque si quedare algo de la cosa, aunque hubiese mudado de estado, se conserva en lo que quedare, como vimos arriba al *n. 2. (2)*. II. Por la remision ó condonacion del acreedor espresa ó tácita. En la espresa no hay dificultad. La tácita se entiende cuando ocurre algun caso que la hace presumir y prueba: tal es si el acreedor restituyese al deudor la prenda ó la cautela de su derecho, por cuya restitucion se entenderia que le remi-

(1) L. 25. de verb. oblig. (2) L. 21. de pign. act.

tia el derecho de peños, pero no la deuda, si no es que dijese manifiestamente que se la perdonaba *l. 40. d. tit. 13. (1)*. Por la prescripcion, si alguno poseyere la prenda con buena fe por espacio de 30 años, sin distinguir cuál sea el poseedor, al tenor de lo que dijimos de los censos en el *tit. 14. núm. 43. y siguientes*: cuya doctrina puesta allí con estension, es enteramente aplicable al asunto de peños de que hablamos.

TÍTULO XIX.

DEL CONTRATO LITERAL, Y DE LOS REALES (2).

1. 2. 3. *De la obligacion literal.*
 4. 5. 6. 7. 8. *Del contrato del mutuo, y de la prohibicion de darse mutuo á los hijos de familia.*
 9. 10. *Del comodato.*
 11. 12. 13. 14. 15. *Del depósito.*

4 Decimos contrato literal al que para su constitucion son necesarias letras ó escrito, y sucede *Cuando alguno ha entregado á otro algun escrito en que confiesa haber recibido de él en préstamo alguna cosa que no la ha recibido, y ha dejado pasar dos años sin reclamar que no se le ha prestado*. Así lo esplica la *l. 9. tit. 1. P. 5.*, que es la única de las nuestras que habla de este asunto. Usa de la palabra *cosa*; pero prueba bien Greg. Lóp. en su *glos. 4.*, que debe ser de aquellas que constan de peso, número y medida, y lo convence la misma ley, que mas adelante habla siempre de maravedís. Dentro de dos años puede el que entregó el escrito impedir que se forme ó perficione este contrato, sin estar él obligado, ó bien oponiendo la escepcion de no habersele entregado el dinero, si se le pide de justicia, ó protestar el no entrego, aunque no se le pida; y en su consecuencia, que se le devuelva el escrito ó vale suyo, que tiene el que se titula acreedor. Si los deja pasar sin valerse de alguno de estos remedios, estará obligado á pagar el dinero, como si le hubiese recibido, porque

(1) L. 5. de pact. (2) Lib. 5. Inst. tit. 15. et 22.

recibe toda su perfeccion el contrato, que es obligatorio como todos los demas.

2 Pero para estarlo ántes de cumplirse los dos años, es menester que pruebe el que tiene el vale, que con efecto le entregó el dinero; y entónces ya sería contrato de mutuo ó préstamo, y no literal. La razon de no tener el que firmó el vale, la obligacion de probar su escepcion cuando lo pone, es por tener á su favor la presuncion de que no se le habia entregado el dinero cuando le firmó, como lo indican las palabras primeras de la *ley*, y lo acredita cada dia la esperiencia: á esto obliga la indigencia á los que solicitan préstamos. Si renunciare dicha escepcion, no la podrá oponer, y habrá de pagar, aunque la renuncia esté hecha en el mismo escrito, *d. l. 9.*, que establece quanto llevamos dicho. La circunstancia de servir la renuncia cuando se hace en el mismo vale, no deja de tener algunos inconvenientes; porque los pobres en aquel lance firman la renuncia con la misma facilidad que el préstamo, ó por decirlo mejor, todo lo abonan bajo una sola firma. El señor Covar. examinando con su ordinaria solidez y bastante estension esta renuncia, *2. var. cap. 4. n. 3.* dice ser muy frecuente su uso en España, y que cuando se hiciere, debe entenderse de modo, que no pueda el renunciante oponer la escepcion, trasfiriendo á su adversario la obligacion de probar el entrego; y que al contrario sería, queriendo tomar sobre sí la de no haberlo habido. Y añade y funda, que la particula *si* de que usa nuestra *ley*, cuando habla de esta renuncia, no contiene condicion; porque tambien vale, y con mas razon, la renuncia hecha en otro papel.

3 El haber establecido la *ley 4. tit. 28. lib. 11. de la Nov. Rec.*, que los vales reconocidos por los que los hicieron ante juez competente, traigan aparejada ejecucion, ha dado ocasion á nuestros intérpretes para disputar, si despues de ella queda escludida la referida escepcion, cuando el que firmó el vale, le reconoce delante del juez ó su escribano. Nos parece mas probable la opinion que lo niega; porque sobre nacer la escepcion del tenor del mismo vale, tiene tambien lugar contra los instrumentos guarenticios, como lo prueba Góm. *2. var. cap. 6. n. 3.* y Molina *de just. et jur. disp. 302*, á los cuales compara dicha *ley* los vales reconocidos. Pero si el que reconoció el vale, recono-

ciese tambien ser cierta la deuda que espresaba, no habia lugar á la escepcion, por faltar la presuncion de que no hubo entrego, en que se funda.

4 Los contratos reales, de que vamos á tratar, llamados así porque necesitan para su constitucion, que se entregue alguna cosa, que en latin se dice *res*, son tres; mutuo, comodato, depósito, pues aunque en las *Instituciones* romanas se cuenta tambien por tal, como lo es el de peños cuando la prenda se entrega al acreedor, le omitimos aquí, por haber tratado de él completamente en el *título antecedente*. El *tit. 1. de la P. 5.*, que habla del primero de estos tres contratos, tiene la inscripcion: *De los empréstitos*, y dice su *ley 1.* que *Empréstamo es una manera de pleito (contrato) que hacen los omes entre sí, empréstando los unos á los otros de lo suyo, cuando lo han menester*; y en seguida le divide en dos especies, que describe diciendo ser la una la que llaman en latin *mutuum*, y la otra *commodatum*. Y respecto que estos nombres se han castellanzado por el uso, y que valiéndonos de ellos, se hablará con mas separacion y claridad de cada uno de estos dos contratos, los esplicaremos bajo de estos nombres. Decimos pues, que mutuo es *Contrato por el cual se da á alguno cosa que se acostumbra contar, pesar ó medir, con obligacion de restituir otro tanto*. Por él pasa su dominio al mutuuario que la recibe, *l. 1. d. tit. 1. P. 5. (1)*. De ello se infieren dos cosas: la una, que si se pierde, aunque sea sin culpa suya, por fuego ó cualquier otra aventura, se pierde para él, *l. 40. tit. 1. (2)*, y puede hacer de ella lo que quisiere, *l. 2. tit. 1.*; y la otra, que solo puede dar en mutuo el que fuere dueño de las cosas que da, ú otro por su mandado, *d. l. 2.*

5 Se puede dar no solo á las personas particulares, sino tambien á los reyes, á las iglesias, ciudades ó villas, y á los que fueren menores de 25 años. Cuando así sucediere, es menester para que valga el mutuo, que pruebe quien le dió, haberse convertido en utilidad de quien lo recibió, si no es que el mensajero que lo recibió de cuenta del rey, enseñara carta del rey para recibirlo, en cuyo caso no sería necesaria dicha prueba, *l. 3. d. tit. 1.* En quanto á los

(1) Princ. Inst. quib. mod. re con. obl. (2) *L. 1. s. 4. de obl. et act.*

préstamos que se hacen á los hijos de familia, sin mandado del padre en cuyo poder están, adopta con mucha razon la *ley 4. de d. tit. 1.* (1) la doctrina del celeberrimo senadoconsulto Macedoniano de los romanos, tan provechoso para que no se corrompa la juventud. Manda pues, que si tal hijo hubiere tomado mutuo de otro sin mandado de su padre, no esté tenido á la paga, ni él ni su padre ni el fiador, si lo hubiere dado.

6 Pero hay algunos casos de escepcion espresados en *d. l. 4.* y las dos siguientes: I. Si preguntado el hijo cuando tomaba el préstamo, si tenia padre en cuyo poder estuviere, respondió que no (2). II. Cuando tuviere públicamente algun oficio del rey, de otro señor ó de algun concejo, ó fuese menestral de cualquier menester, ó tuviese y usase de tienda de mercancia, como hombre que no está en poder de otro (3). III. Si fuere caballero, esto es, soldado: lo que entiende Greg. Lóp. en la *glos. 41. de d. l. 4.* del peculio castrense *d. l. 4.* (4). IV. Si empleare lo que recibió en utilidad del padre, en cuyo poder está, *l. 5. d. tit. 1.* (5). V. Si toma el mutuo con mandado ó sabiduría de su padre, que estando delante lo consiente, ó estando ausente se lo envía á decir por carta ó de otra manera, y este lo otorga, ó si paga despues alguna partida de la deuda; están obligados al préstamo el que lo sacó, ó aquel en cuyo poder está. Y lo mismo si hiciere dicha paga el mismo que recibió el mutuo, siendo de edad cumplida, despues que salió de la patria potestad, *l. 6. d. tit. 1.* (6). VI. Si habiendo ido el tal hijo á alguna mandadería ó escuela tomare algun prestado, está obligado el que le tiene en su poder á pagar hasta aquella cantidad á lo ménos que pudiera haber gastado en comer, vestir y otras cosas que le hubieren sido necesarias estando en su poder y casa; como tambien quanto juzgase que le podia costar el alquiler de la casa, y lo que habrian de dar á su maestro, y espender en otras cosas que serian menester por razon de su estudio, *d. l. 6. d. tit. 1.* (7). Si teniendo algun mercader tienda de vendería, pusiese en ella en su lugar á otro que no estuviese en su poder, y este tal tomase algo en mutuo por mandado

(1) L. 1. de senat. Maced. (2) L. 1. C. eod. (3) L. 5. D. eod.
 (4) L. 1. § ult. de senat. Maced. (5) L. 47. eod. (6) L. 7. §§ 45. et 46. eod.
 (7) D. 1. § 7. et 45.

del mercader, ó lo metiese en su pro ó utilidad, no estaría obligado á pagarlo sino el mercader: lo contrario sería si lo tomase sin mandado ni utilidad del mercader, *l. 7. d. tit. 1.*

7 Solo se pueden dar en mutuo, segun la definicion de este contrato puesta arriba *n. 4.*, aquellas cosas que se acostumbran contar, pesar ó medir, esto es, que de este modo están en el comercio de los hombres, como dinero, trigo, vino, aceite. Y el que así lo recibe está obligado, no á restituir las mismas cosas, porque puede consumirlas, y hacer de ellas lo que quisiere, como hemos visto; sino otro tanto tal, esto es, del mismo género ó especie, y de tan buena calidad como lo que se le prestó, aunque nada de esto se hubiese dicho al tiempo que se dió, *l. 2. d. tit. 1.* (1). Y si entónces se señaló el tiempo, en él debe restituirse; y no habiéndolo señalado, á voluntad del mutuante, 40 dias despues que fué hecho el préstamo, *d. l. 2.*; en cuya *glosa 7.* dice Greg. Lóp. deberse entender estos 40 dias, con tal que el acreedor lo hubiese pedido. Tambien en quanto al lugar, se debe hacer la restitucion en el señalado, si lo hubiere. Y si el deudor no tuviere de aquel género, deberá dar al acreedor tanto precio quanto montare el valor de lo que se le prestó, en el dia y lugar en que debía darlo. Y si no hubiere señalado dia ni lugar, deberá estimarse el valor, segun fuere en el lugar en que se demanda, y tiempo en que se le pide en juicio, *l. 8. d. tit. 1.* Si el deudor fuese moroso en no pagar al tiempo que debe, ha de pagar la pena que fuese puesta, y no habiéndola, los daños y menoscabos que causó al acreedor, *l. 10. d. tit. 1.* (2). Que se haya de volver el mismo género, es circunstancia esencial de este contrato, y que sea de la misma calidad natural. Véase lo que dijimos *tit. 10. n. 37.*

8 El que quisiere enterarse de lo establecido sobre reduccion de monedas, trueco de ellas, con su precio, pagando las que se debieren de una calidad en otra, puede ver *el tit. 47. lib. 9. y la ley 19. tit. 4. lib. 10. de la Nov. Rec. y sus notas*; y puede tambien leer á Retes *lib. 7. opuscul.* y á Larrea *decis. 24.*

9 El segundo contrato real es el comodato, que es Prés-

(1) L. 5. de reb. cred. (2) L. 22. eod.

tamo que hace uno á otro, como de caballos ú otra cosa semejante, de que se debe aprovechar el que recibe, hasta tiempo cierto, ó para cierto uso, y esto se entiende cuando lo hace por gracia ó por amor, no tomando el que lo da, por ello precio de alquiler ú otra cosa alguna. Y pueden dar y recibir en comodato las mismas personas que pueden dar y recibir mutuo, de las cuales en los *nn.* 4. y 5. hemos hablado, *l. 1. tit. 2. P. 5.* Entre este contrato y el mutuo hay dos diferencias capitales, cuales son, que la materia del mutuo son las cosas que se acostumbran contar, pesar ó medir, y por él pasa el dominio de estas cosas al que las recibe; y en el comodato es todo lo contrario, *l. 1. tit. 4. d. P. 5. (1)*; y de ellas dependen otras subalternas, como son, que el comodatario, pasado el tiempo ó uso para el cual se le entregó la cosa, la debe restituir, *l. 9. d. tit. 2.*; y que si pereciere sin culpa suya por aventura, queda libre de restituir ó pagar cosa alguna, *l. 3. d. tit. 2.*; lo que no sucede así en el mutuo, como hemos visto. En cuanto á la última de estas diferencias, debemos advertir, que hay en *d. l. 3.* casos de escepcion, en los cuales queda obligado el comodatario, habiéndose perdido ó perecido la cosa por aventura ó caso fortuito: 1. Si pereció por culpa suya, dando á la cosa otro uso del que se le habia concedido (2). II. Si fué moroso en restituirla, reteniéndola contra la voluntad de su dueño, despues de pasado el tiempo señalado (3). III. Si se conviene con el comodante, que le pagará los daños ó perjuicios ocasionados por las aventuras, con arreglo á lo que dijimos en el *tit. 10. n. 38. (4)*. Aunque regularmente se da la cosa en comodato, por sola la utilidad del que la recibe, se puede tambien dar por utilidad de ambos contrayentes, y aun por la del que da tan solamente; y segun fuere, deberá prestar el comodatario, en el caso de perderse ó deteriorarse, la culpa levisima en el primer caso, la leve en el segundo, y la lata solamente en el tercero, *l. 2. d. tit. 2.*, que lo ilustra con ejemplos, al tenor todo de las reglas que hemos notado en *d. tit. 10. n. 38.*

40 El comodante está obligado á dar la cosa sin vicio, y si le tiene y no lo manifestare sabiéndolo, debe pagar al comodatario todo el daño que por esta razon le viniere, *l. 6.*

(1) § 2. in it. quib. mod. re cont. obl. (2) *l. 48. com. v. con.*
 (5) *l. 82. § 4. de verb. oblig.* (4) *l. 25. de div. reg. jur.*

d. tit. 2. (1), que pone el ejemplo de uno que prestó cuba ó tinaja para tener vino ó aceite, que estaba quebrantada, ó tan inficionada, que lo puesto en ella se perdió ó tomó mal sabor. El locador paga este daño por el vicio de la cuba, aunque le ignorase, como vimos al *título 13. núm. 5.* El comodatario por su parte debe restituir la cosa al comodante luego que pasó el tiempo ó uso para que la recibió. Y si fuere bestia, darle de comer de lo suyo, y gastar lo demas que fuere necesario miéntras se sirviere de ella; pero si enfermarse sin culpa suya, pagará su dueño y no él lo que se hubiese gastado en medicinas, y satisfacer al maestro que puso su trabajo en curarla, *l. 7. dicho título 2. (2)*. Y no puede retener la cosa á título de deuda que le debiere el comodante, salvo si esta fuere contraida por beneficio y razon de la misma cosa, y despues que se le prestó, y no ántes, en cuyo solo caso la podrá retener, siendo las espensas que hubiese hecho de aquellas que en derecho las puede pedir, *ley última dicho tit. 2.*, esto es, las necesarias. Si durante el comodato muriese el comodatario dejando varios herederos, deberá restituir la cosa el que la tuviere en su poder. Y si habiéndose perdido, quedare en ellos obligacion, deberá pagarse por todos, *l. 5. d. tit. 2.* Si el comodatario perdió la cosa, y habiéndola pagado la hallare el comodante, tendrá este la eleccion de retener la cosa, y tornar el precio que tomó por ella, ó conservar el precio, y entregar la cosa al comodatario; pero si el que la halló fuere un tercero, se la podrá demandar él mismo, puesto que la pagó, *l. 8. d. tit. 2.*

44 El tercer contrato real que nos falta que esplicar, es el depósito, el que las leyes de *las Partidas* llaman *condesajo*, cuyo nombre derivado del verbo *condesar*, que significa poner en custodia ó guarda, en el dia ya no está en uso, y es *Contrato por el cual da un hombre á otro su cosa en guarda, fiándose de él, l. 1. tit. 3. P. 5. (3)*. Y puede esto hacerse en tres maneras: I. Cuando estando uno sin cuidado especial alguno, ó sin turbulencia ó alteracion da á otro en guarda sus cosas. II. Cuando estando en alteracion ó turbulencia, porque se quema ó cae la casa en que tenia sus cosas, ó quebranta la nave en que las lle-

(4) *l. 47. § 5. l. 48. § 5. com. v. con.* (2) *l. 48. § 2. com. v. con.*
 (5) *l. 1. in pr. et § 8. depos. vel cont.*

vaba, las diere en guarda para libertarlas del peligro, al que suelen llamar *miserable*, y así le llamamos á diferencia del otro que decimos *senzillo* ú *ordinario*. III. Cuando algunos hombres contienden en razon de alguna cosa, y la meten en mano de un fiel, encomendando que la guarde hasta que la contienda sea librada en juicio, *d. l. 4.* Esta se llama *secuestacion*, y hablaremos de ella mas adelante, al tratar de los juicios.

42 Se pueden dar en depósito todas las cosas de cualquier manera que fueren; pero regularmente usan mas dar las muebles que las otras; y entónçes se dice propiamente depósito, cuando no se recibe precio ni galardón por guardarle; pues si se da ó promete algo señalado, seria loguero, *l. 2. d. tit. 3.*, bien que está en uso llamarse tambien depósito la guarda que se hace por paga, y quien así lo recibe está mas tenido que el otro. Ni el dominio ni la posesion de las cosas que se dan en depósito, pasan al que las recibe, á escepcion de si fueren de las que se suelen contar, pesar ó medir, y se dieren por cuenta, peso ó medida, en cuyo caso, como ya dijimos, *tit. 48. n. 44.*, pasaria el dominio al que así las recibe, con la obligacion de volverlas, ó dar otro tanto, y tal como lo que recibió, *d. l. 2.* sacada de una ley romana (1), que tambien lo estableció así, y ha dado tanto que hacer á sus intérpretes, como puede verse en nuestro *Digesto*, *lib. 16. tit. 3. nn. 3. y 4.*, los cuales le llaman con razon depósito *irregular*, porque lo es en muchas cosas, como aparece desde luego.

43 Cualquiera que tenga las cosas en su poder, las puede dar en depósito á todo hombre, sea lego, clérigo ó religioso, y el que las recibe es tenido á guardarlas bien y lealmente, de manera que no se pierdan ni empeoren por su culpa ó engaño. Que debe prestar el engaño y la culpa lata, es claro, porque segun dijimos en el *tit. 40. n. 38.* se prestan en todos los contratos. Pero la regla que allí hemos notado, le exime de la prestacion de la culpa leve, porque en este contrato toda la utilidad es del que da, *l. 3. d. tit. 3. P. 5.*, la que pone tres escepciones: I. Cuando lo pactasen así los contrayentes. II. Cuando el depositario solicitó el depósito. III. Cuando el depositario recibe paga: se acco-

(1) L. 24. l. 25. § 4. depos. vel cont.

modó en esta última al uso de llamar á este depositario, que no lo es hablando propia y rigurosamente, como vimos arriba al *n. 42.* No estando obligado á prestar la culpa leve, lo está mucho ménos á la levisima, ni á la ocasion ó caso fortuito, *l. 4. tit. 3.*, la cual pone tambien cuatro casos de escepcion. De estos los tres primeros son los mismos de especial convencion, mora ó tardanza, y culpa, que tambien hemos espresado en el comodatario, arriba *n. 9.* Y el IV. Cuando el depósito fué hecho principalmente por utilidad del que le recibe. Parece que en este caso solo debería estar tenido á la culpa levisima como el comodatario, y no al caso fortuito; pero la ley así está escrita.

44 El depositario debe restituir la cosa al que se la dió en guarda, ó á sus herederos, á cualquier tiempo que se le pida, sin poderla retener por razon de compensacion ó deuda que le debiere el deponente; ni aun por razon de las espensas que en ella hubiese hecho: y la deberá restituir con los frutos, rentas y mejoras que saliesen de ella, pidiendo separadamente lo que le debiere, *l. 5. l. ult. d. tit. 3. (1).* Y en la *6. del mismo tit.* se ponen cuatro casos en que el depositario no debe restituir la cosa: I. Si esta fuese espada ú otra arma, y el que la depositó se hiciere loco, no se la deberá restituir mientras estuviere en su locura el que la dió. II. Cuando el deponente es desterrado, y el rey mandó confiscarle todos sus bienes, en cuyo caso todo lo que él tenia es para el rey (2). III. Si concurrieren á pedir la cosa un ladron que la depositó, y otro que dice ser suya: entónçes se devolverá á este, si lo probare, y no al ladron (3). IV. Si una cosa que fué hurtada á Pedro, se le diere en depósito, y él conociese ser suya, no tendrá obligacion de restituirla al que la depositó. Si la cosa fuese depositada en una iglesia ó monasterio, con otorgamiento y mandado del prelado y cabildo, tenidos son á tornarla de la misma manera que si la hubiese recibido cualquiera hombre; y lo mismo seria, si estuviesen delante el prelado ó cabildo, y callasen y no lo contradijesen. Pero si se dejase la cosa en guarda de uno de ellos, esto es, de la iglesia ó cabildo tan solamente, no sabiéndolo los otros, solo aquel estará obligado, y no el prelado ó cabildo, salvo si la cosa

(1) L. 40. § 24. depos. v. cont. (2) L. 51. eod.

(3) L. 51. § 4. depos. v. cont.

fuera dada ó espendida en utilidad de la iglesia, porque entónces estarán todos obligados, *l. 7. d. tit. 3.*

15 Si el depositario negare el depósito, y le fuere probado en juicio, se hace infame, y debe ser condenado á volver la cosa, ó su estimacion con las costas y menoscabos y perjuicios que hubiese tenido el deponente por esta razon, segun el juramento de este, tasado por el juez; pero no deberá pagarle los daños por lo que dejó de ganar. *l. 8. d. tit. 3.* Si el depósito fuese miserable, debe pagar el que negó y le fué probado, la estimacion doblada por la gran maldad de la negacion en las circunstancias de los depósitos de esta clase, *d. l. 8. (1).*

TÍTULO XX.

DE LAS DONACIONES.

Tít. 4. P. 5. y tít. 7. lib. 10. de la Nov. Rec. (2)

1. *Se esplican las dos especies de donaciones entre vivos, y por causa de muerte; y quiénes pueden hacerlas ó no hacerlas.*
2. *Modos en que pueden hacerse las donaciones.*
3. *4. Tasa de las donaciones.*
5. *6. De las donaciones entre vivos, y cuándo pueden revocarse.*
7. *8. De las que se hacen por causa de la muerte.*

1 Seguimos el método del libro de las *Partidas* en tratar de las donaciones, despues de los tres contratos de que acabamos de hablar, bien fundado allí en el *principio de este título*; porque en aquellos se ve la beneficencia y amor de unos hombres con otros, y esto resplandece, y mas en las donaciones. Se divide la donacion en dos especies, de las cuales dice la *l. 4. tit. 7. lib. 10. de la Nov. Rec.* que la una se hace por manda en razon de muerte, y la otra en sanidad sin manda. A esta solemos llamar entre vivos, y á la otra por causa de la muerte (3).

(1) *L. 18. depos. v. conf.* (2) *Tít. 7. lib. 2. Inst.* (3) *Princ. Inst. de donal.*

Trataremos ántes de la dicha entre vivos, por ser la mas noble. De ella dice la *l. 1. d. tit. 4. P. 5. Donacion es bien fecho que nace de la nobleza é bondad de corazon, cuando es fecho sin ninguna premia*, esto es, que se hace con solo el fin de ejercer la liberalidad. La pueden hacer todos, á escepcion de las personas que no tienen facultad de enajenar, que tantas veces hemos referido, *d. l. 4.* Tambien se esceptúan los reos de lesa Majestad, y los que trabajasen en matar ó herir á aquellos que el rey hubiese escogido señaladamente por sus consejeros escogidos honrados: los condenados por herejes por la santa iglesia, *l. 2. d. tit. 4.*, que dice lo mismo de los que ya han sido condenados á muerte, ó perpetuo destierro; pero en cuanto á estos juzgamos estar corregida esta *ley* por la *3. tit. 18. lib. 10. de la Nov. Rec.* que les permite testar. Los hijos que están en poder de sus padres, pueden hacer donacion de sus bienes castrenses ó cuasi castrenses, si los tuvieren, sin otorgamiento del padre. Y tambien de los profecticios podrán dar alguna cosa á su madre ó hermana ó sobrina, ó algunos de los otros parientes para casamiento ó para otra cosa, que entendiesen les era gran menester, y fuere cosa justa y derecha. Y lo mismo seria si dieran á su maestro que les enseñase ciencia, ó algun arte ó menester; mas de otra manera no podrán dar, *l. 3. d. tit. 4.* De las donaciones que hacen los padres á sus hijos, véase lo que dijimos hablando de las mejoras de tercio y quinto en el *tít. 6.* [Los reos de lesa Majestad, los herejes y los condenados á muerte ó perpetuo destierro no podian hacer donaciones de sus bienes, por haber de ser estos para la Cámara del rey; mas abolida la pena de confiscacion, no debe impedirseles que dispongan de ellos por donacion entre vivos ó por causa de muerte.]

2 Las donaciones se pueden hacer puramente, so condicion, y á dia cierto, *l. 4. tit. 48. y 3. tit. 49. lib. 10.* como todas las obligaciones, segun dijimos en el *tít. 46. n. 7.* en donde tambien esplicamos estos tres modos de contraerse, y los varios efectos que producen, acomodables enteramente á las donaciones. Se pueden asimismo hacer siendo presentes el que da y el que recibe la donacion, ó cuando el que hace la donacion está en otra tierra, y la hace por carta, ó por mensajero cierto, en que le envía á

decir señaladamente lo que da. Y hecha la donacion por palabras, ó por carta simplemente, sin haberse entregado la cosa, está obligado á cumplirla el que la hace (1); pero sin podersele pedir mas de lo que pueda hacer, porque le compete el beneficio que llaman de *competencia*, *l. 4. d. tit. 48.* de que hablaremos en su lugar. Si se hiciere hasta cierto tiempo, valdrá hasta que este viniere; y venido ganarian la posesion y el señorío de la cosa dada el donador ó el que estuviere señalado, y en defecto de ellos los herederos del mismo donador, *l. 3. tit. 49.* Si en la donacion se impuso algun cargo al que la recibe, y le cumpliere, quedará en un todo válida; pero si no le cumple, puede ser apremiado á que lo cumpla, ó desampare la donacion, pues la puede revocar el donador, *l. 2. d. tit. 49.*, que añade con razon que á estas donaciones dicen en latin *sub modo*.

3 Como el público interesa en que ninguno consuma su patrimonio temerariamente con profusiones immoderadas, usando de esta manera mal de sus cosas; ha puesto la *ley 5. d. tit. 49.* con mucha razon á las donaciones la tasa de quinientos maravedís de oro, mandando que no valgan en cuanto escudieren de esta cantidad, si no es con carta ó sabiduría del juez de aquel lugar, ó como solemos decir, se insinuasen ante él. Pero pone la misma *ley* varias que valdrian, sin necesidad de insinuarlas: I. Las que hiciere el rey á alguna persona, ó esta al rey (2). II. Las que se hacen para redimir cautivos, ó para rehacer alguna iglesia ó casa derribada (3). III. O por dote ó donacion que se hace por razon de casamiento (4). IV. Las que se hacen á alguna iglesia, lugar religioso ú hospital.

4 De la donacion de todos los bienes que tuviere el donante, estableció ya la *ley 7. tit. 42. lib. 3. del Fuero real* que no valiese, y lo mismo la *ley 2. titulo 7. lib. 40. de la Nov. Rec.*, añadiendo espresamente, que se entendiese tambien esta doctrina en las donaciones de los bienes presentes solamente. Antonio Góm. en la *ley 69. de Toro*, que es la *dicha 2.*, dice al *n. 3.* que valdria, si el que la hizo se reservó alguna cosa notable, como el usufructo durante su vida. Y la *ley 8. tit. 4. P. 5.*, que la supone válida, deberá entenderse en este caso de haberse hecho la reserva.

(1) § 2. Inst. de donat. (2) L. 54. C. de donat.

(3) L. pen. in pr. et §§ 1. et 2. cod. (4) Nov. 127. § 2.

Dice esta *ley 8.*, que si alguno que no tiene hijos, ni esperanza de tenerlos, diese á otro todo lo suyo, ó gran parte de ello, y despues tuviese hijo ó hija de mujer legítima con quien casase despues, es revocada por ende la donacion, y no debe valer en ninguna manera. Como no espresa cantidad cuando dice *gran partida*, piensa Greg. López. en la *glosa 5.*, deberse esto definir por el arbitrio del juez, como se hace en casos semejantes; y en la 10. que por las palabras *es revocada*, se ve queda rescindida por el mismo derecho. Y esplicando aquellas palabras, *con quien casase despues*, dice en la *glosa 8.*, que deberá decirse lo mismo en el caso que tuviese los hijos de la que era mujer suya al tiempo de la donacion, con tal que apareciese, que el donador no pensó en ellos, por militar la misma razon. Hemos querido notar *estas glosas*, por parecernos muy conforme su doctrina.

5 De la donacion entre vivos ó en sanidad, dice la citada *l. 4. tit. 7. lib. 40. de la Nov. Rec.*, que no la pueda quitar ó revocar el que la dió, sino por las razones que manda la ley, las cuales son cuatro, que todas contienen una muy grande ingratitud del que la recibió, y están espresadas en la *l. 40. d. tit. 4. P. 5. I.* Cuando el donatario hace grande deshonra de palabras al donador, ó le acusare de tal delito, que si se le probase, caeria en pena de muerte, perdimiento de algun miembro, ó de infamia, ó perdiese la mayor parte de sus bienes. II. Si metiese manos airadas contra él. III. Haciendo gran daño en sus cosas. IV. Si tratare de alguna manera de su muerte (1). De la donacion que hace una mujer á su hijo que hubo del primer matrimonio, despues de la muerte de su marido, y en seguida se casa con otro, dice la misma *l. 40.* que solo se puede revocar por tres razones que espresa tambien, y son las tres últimas de las cuatro que acabamos de referir. Y añade á lo último *esta ley*, que las razones de ingratitud que ha espresado, las puede poner y alegar el mismo donador agraviado, y no sus herederos.

6 El *titulo 7. lib. 40. de la Nov. Rec.*, contiene muchas leyes harto largas, de las grandes donaciones que hacen y han hecho varias veces los reyes, acosados de las urgen-

(1) L. ult. C. de revoc. don.

cias de la monarquía, y por importunaciones y sugestiones. Esplican cómo deben entenderse, moderarse y reformarse, con especialidad las escesivas que hizo el señor Enrique IV., llamadas comunmente *Enriqueñas*. Quien quisiere enterarse de lo que contienen y establecen, podrá acudir á ellas y su comentador Azevedo; porque la multitud de circunstancias que abrazan, y el poco uso que en el día tiene su contenido, nos han persuadido que basta hacer aquí esta insinuación en este particular. Y por cesar estas razones en la *ley 3. de d. tit.* vamos á hacer mención específica de su contenido, como la hemos hecho del de las *leyes 1. y 2.* Prohibe pues esta *ley 3.* con mucha razon las enajenaciones que se hacen con fraude para no pechar, como por ejemplo las donaciones que hace un padre á su hijo clérigo. Y porque estas donaciones cuando no parece justa y legitima causa, se presumen hechas cautelosamente para no pechar, las declara ningunas, con otras penas que allí pueden verse.

7 Esplicada la donacion entre vivos ó en sanidad, hablaremos brevemente de la que se hace por causa de la muerte. La hacen los hombres, que agobiados de enfermedad, ó por otro peligro, temen la muerte, de modo que puede definirse, diciendo ser aquella *Que se hace por sospecha de la muerte*. Y se puede revocar de tres maneras: I. Si el donatario muere ántes que el donador. II. Si este salió de la enfermedad ú otro peligro, por cuya razon la hizo. III. Si el mismo se arrepiente de haberla hecho ántes de morir, *l. últ. d. tit. 4. P. 5. (1)*. Esta *l. últ.* añade deberse hacer delante de cinco testigos; pero creemos con Covar. *in rubr. de testam. part. 3. n. 32.* Matienzo en la *l. 1. tit. 48. lib. 40. de la Nov. Rec. glosa 2.* y en la *l. 7. lib. 40. del mismo tit.* y otros, que en esta parte está corregida por *d. l. 1. tit. 48. lib. 40. Nov. Rec.*, que solo exige tres testigos para los testamentos nuncupativos; pues manifiesta quiso comprender tambien á estas donaciones en aquellas sus palabras, *U otra postrimera voluntad*, que no tienen otro objeto á que poder referirse. Y tambien porque seria cosa muy incongruente y reparable exigir mayor solemnidad para estas donaciones, que para

(1) § 4. Inst. de donat.

los testamentos: por cuya razon juzgó prudentemente el juriconsulto Juliano, que remitida alguna solemnidad para los testamentos, se entiende remitida para estas donaciones (1). La *l. 1. tit. 7. lib. 40. de la Nov. Rec.*, hablando de esta donacion, dice, que se hace por *manda*, cuya palabra significa legado ó fideicomiso, como vimos en el *titulo 6. n. 43.*; con lo que no nos quiso manifestar que con efecto lo era, porque no es así, sino que en muchas cosas se asemejaba á los legados (2), como se ve en la facultad de poderla revocar libremente el que la hizo, y en que está sujeta á la mengua ó detraccion de la cuarta Falcidia, *l. 1. tit. 41. al fin, P. 6. (3)*, y en otras cosas.

TÍTULO XXI.

DE LOS QUE LLAMAMOS CUASI CONTRATOS (4).

1. *Qué sea cuasi contrato, sus cinco especies; y se esplica la primera de ellas, que es la administracion de bienes ajenos sin tener poder.*
2. *De la obligacion mutua entre el administrador y el dueño de los negocios ó bienes.*
3. *De las espensas que hizo el administrador.*
4. *Qué culpa ha de prestar el administrador.*
5. 6. *Casos en que se entiende administrar uno por piedad.*
7. 8. *Se esplican el II. III. y IV. cuasi contratos.*
9. 10. *Se esplica el V. cuasi contrato, ó solucion de lo que se pagó sin deberse.*
11. 12. 13. *De lo que se paga mediando causa torpe.*

4 Agotados los contratos y las donaciones, á las que las leyes romanas dieron en parte el honor de contratos, en cuanto á su pacto le hicieron productivo de accion contra la naturaleza de los pactos nudos, constituyéndole legitimo (5), es preciso digamos algo de las obligaciones que nacen de unos hechos honestos y buenos, tan semejantes en sus efectos á los contratos, que el Derecho finge ó hace presumir que lo son: por lo cual los intérpretes de las leyes

(4) L. 45. de mort. caus. donat. (2) § 4. Inst. de donat.

(5) L. 42. § 1. de mort. caus. donat. (4) Tit. 28. lib. 5. Inst

(5) L. 35. C. de donat.