

ciar alguna herencia ó legado para que lo consiga su muger, que es heredera *abintestato* ó sustituta: puede el padre remitir al hijo el usufructo de los bienes adventicios y repudiar herencias ó legados en perjuicio de su legítima: puede el deudor hacer las dichas renunciaciones en fraude de sus acreedores; y últimamente, no se revocan éstas por el nacimiento de los hijos, porque en todos los casos mencionados no padece detrimento el caudal, sino solamente se deja de adquirir (núm. 24).

21. Asimismo el marido puede durante el matrimonio, renunciar los bienes gananciales que se hayan de adquirir, y aunque la *ley 3, tit. 12, lib. 3 del Fuero de las leyes*, dispone que valga la donación entre marido y muger habiendo corrido un año desde el día que se celebró el matrimonio, solamente se ha de observar en los pueblos que haya esta costumbre (*dic. n. vers. Dubium tamen.*)¹

22. También es inválida la donación que hace el padre al hijo constituido en su potestad, y necesita de confirmarse con la muerte de aquel, en cuyo acontecimiento cesa la patria potestad; porque si valiese, por causa de ésta adquiriría segunda vez el padre la cosa donada, y parecería que se donaba á sí mismo; y por tanto puede muy bien donar al hijo emancipado, al natural *tantúm* y al casado, así como la madre puede donar á todos sus hijos indistintamente, y el hijo al padre y á la madre (núm. 25, *dic. leyes 4 y 5, tit. 11, part. 4, y ley 4, tit. 15, part. 6*).

¹ El fundamento que tuvo la citada ley para la espresada disposición, fué el contemplar que pasado un año de matrimonio no es el amor de los cónyuges tan intenso que por él quieran despojarse recíprocamente. Véase al Gomez en el *Coment. á las leyes 50 y sigg. de Toro, núm. 66, vers. Hodie tamen.*

² El Hermosilla (en la *ley 3, tit. 4, part. 5 glosa 1, núm. 38*), enseña con otros AA. que por derecho real es válida la donación que hace el padre al hijo que se halla en su potestad (núm. 27 al fin).

CAPITULO V.

De la sociedad.

1. El cuarto contrato que se celebra con el consentimiento es la sociedad. Esta puede celebrarse por la vida de los contrayentes, hasta cierto ó desde cierto tiempo, ó bajo de condición, mas no para siempre, ó sin límite de tiempo, porque con esta sociedad se induciría cierta especie de servidumbre, en atención á que las partes no podrían usar libremente de su persona y bienes (núm. 1, *todo el tit. 10, part. 5*).

2. Cuando la compañía se contrae simplemente sobre todos los bienes, se estiende á los futuros, pues como sea recíproca, y el lucro y daño que de ella resulten, se comuniquen entre las partes, no se juzga que se les sigue perjuicio por esta estension (núm. 3).

3. En este contrato se advierte la particularidad de que por solo el título se trasfiere á los compañeros el dominio y posesion de todos los bienes así adquiridos como por adquirir, mediante á que cualquiera sócio parece tener sus bienes en su nombre y en el de su compañero como por la cláusula de constituto (*dic. n. vers. Item quæro, ley 47, tit. 28, part. 3*).

4. La sociedad contraída simplemente se estiende tan solo á los bienes muebles é inmuebles, acciones y derechos adquiridos por título oneroso, y no por título lucrativo, pues para que éstos vengan en la compañía es necesario que se espresen; y así no se comunican los que se adquieren por donación, ó por cualquiera última voluntad, porque segun la naturaleza de la compañía se conceptúa pactado tácitamente, que solo se divida entre los socios lo que provenga de su industria y diligencia. Esto se entiende aun cuando la compañía fuese causa de la donación, como si por los negocios de ella uno de

los compañeros hablase al príncipe y entonces le donase algunos bienes: no siendo de omitir, que si los socios se convienen en que se divida la legítima y justa herencia, únicamente se dividirá entre ellos la que provenga *ab intestato* (núm. 4, ley 9, tit. 10, part. 5).

5. Siendo igual el patrimonio, capital ó suerte, no vale el pacto de que á uno pertenezca mayor porcion de lucro ó daño que á otro, y debe hacerse la division igualmente; pero sí es válido siendo desigual la suerte, aunque en este caso conforme á la naturaleza de la sociedad siempre se haria la division con respecto á la parte de cada uno de los socios. Tampoco con mayor razon es subsistente el pacto de que un compañero tenga parte en el lucro, y al otro pertenezca todo el daño; bien que los dichos pactos inválidos, como contrarios á la naturaleza del contrato, no lo vician ni anulan, y es de advertir que cuando un compañero pone capital y otro su industria y trabajo personal, vale el pacto de que el lucro y daño se dividan igualmente, y aun no es necesario que se espese para que así se haga, porque el trabajo del uno se compensa con el patrimonio del otro, y muchas veces es de mayor aprecio (núm. 5, leyes 3, 4, y 5, tit. 10, part. 5).¹

6. De esta doctrina se infiere, que si alguno presta ó da á otro dinero para que con él negocie bajo la condicion de quedar salvo, y percibir cierta porcion de lucro si lo hay, es nula y reprobada la condicion, por no haber igualdad, y come-

1 Cuando un compañero pone dinero, y otro su industria, se puede pactar que pertenezca á aquel solamente el daño del dinero, aunque éste perciba parte del lucro, por perder tambien sus obras: y asimismo valdrá el pacto de que á un socio toque todo el peligro del dinero, siempre que se le adjudique mayor parte de ganancias en compensacion del peligro (núm. 6, vers. *Non annullari*).

terse usura. Tambien se infiere, que si se da ó presta dinero sin pacto alguno, y el que lo recibe paga al acreedor en cada año cierta porcion de dinero por lucro sin cuenta ni computacion de alguna negociacion lícita hecha entre ellos, el tal acreedor recibe injustamente, se juzga usurero, y queda obligado á la restitucion en ambos fueros, á causa de cometerse usura mental: todo lo cual se comprueba de que no es verosímil que el acreedor deje por mucho tiempo su dinero en el que lo recibe, sin la esperanza de algun premio, y de que no parece que el deudor entrega éste espontaneamente y por mera liberalidad, sino por el miedo de que aquel le pida el dinero, mayormente si la cualidad de las personas coadyuva estas presunciones; si bien es cierto que dando el deudor al tiempo de hacer la paga ó despues de algun intervalo algo mas en dinero ú otra cosa al acreedor sin pacto espreso ó tácito de darlo, y solamente por remuneracion, puede recibirlo justamente el acreedor, como donacion gratuita que se hace sin obligacion alguna (*dic. n. vers. Tertio infertur y sig.*).

7. La compañía se acaba primeramente por la espresa voluntad de las partes ó del procurador general ó especial, aunque se hubiese pactado entre aquella que no habia de finalizarse, porque este pacto como opuesto á la naturaleza del contrato no subsiste; pero es muy oportuno que la disolucion de la sociedad se intime á todos aquellos que por razon de ella pueden contraer con alguno de los compañeros, para que los demas no se obliguen involuntariamente, dándose pregones y poniéndose edictos en los lugares públicos con palabras claras por el tiempo necesario en el caso que los contrayentes sean inciertos; segun se debe observar tambien cuando alguna persona quiere revocar por sospechoso ó por otro motivo el factor que tenia para alguna negociacion, ó el procurador general para contraer ó cobrar de sus deudores, pues si es

particular para tratar con cierta persona, basta que á ésta se denuncie la revocacion: advirtiéndose que si despues del mandato general ó especial se hace el procurador sospechoso ó se huye, se contempla revocado el mandato y no se requiere la intimacion (*núm. 6, ley 11, tit. 10, part. 5*).

8. En segundo lugar se disuelve la compañía con la muerte de alguno de los socios, porque el contrato de sociedad, su virtud y efecto no pasan á los herederos aun en el caso de que se hubiese espresado, para que ninguno á consecuencia de la sucesion sea socio contra su voluntad, y sin embargo de que los compañeros sean muchos y uno de ellos muera, se acaba en cuanto á todos; mas el lucro y daño de la sociedad pasada y sus obligaciones y acciones muy bien se trasfieren á los herederos (*dic. n. vers. Secundó finitur, ley 10, tit. 10, part. 5*).

9. En tercer lugar se finaliza con el trascurso del tiempo porque fué contraida, en cuyo acontecimiento un socio no se obliga por los contratos en que otro intervino, no obstante que no precediese intimacion hecha á los contrayentes, porque ésta se exige solamente habiéndose contraído simplemente la sociedad ó hasta tiempo cierto, como dentro de él se disolviese por voluntad de las partes. Lo mismo sucede cuando habiéndose celebrado la sociedad con ciertos modos y condiciones, alguno de los compañeros contrajo sin observarlas, debiendo imputarse á los contrayentes el que no inspecciona sen la forma y tenor de la compañía. Y finalmente lo propio sucede á favor del Señor en el institor ó procurador constituido hasta cierto tiempo, ó bajo algun modo ó condicion (*dic. n. vers. Tertio modo.*).

CAPITULO VI.

Del contrato de mutuo.

1. Dijimos al principio del *capítulo segundo* que hay contratos que se celebran con la cosa, y éstos son *aquellos que no requieren para su perfeccion ni la solemnidad de palabras, ni el consentimiento formal determinado, sino principalmente la tradicion de la cosa*, como el mutuo, comodato, depósito y otros semejantes: porque la misma cosa designa en qué y en cuánto se contraiga la obligacion, de suerte que si el que recibe promete restituir algo ademas de la cosa, se juzga usura y no queda obligado. El primer contrato real que se nos ofrece es el mutuo, el cual se celebra *cuando alguno entrega á otro dinero, trigo, vino ú otra cualquiera cosa que consista en peso, número ó medida, y reciba equivalente en su género, para que al punto se haga del que recibe, y despues restituya otro tanto del mismo género, de la misma bondad y calidad*; pues como estas cosas no sean útiles si no se consumen, y tengan entera semejanza con otras del mismo género, necesariamente ha de transferirse el dominio, y entregando otras del mismo género, parece que se entrega la misma cosa que se recibió; lo cual no acontece en las cosas consistentes en especie, v. gr. el caballo ó libro, mediante á que apenas podrá encontrarse una en un todo semejante á otra, y así no pasa el dominio en el que recibe, sino la simple facultad de usar de la cosa que se ha de restituir en especie en el tiempo estipulado, ni puede consistir en ellas el mutuo, sino el depósito ú otro semejante contrato: pudiéndose inferir de lo espuesto que si despues del contrato de mutuo crece ó se disminuye el precio de la cosa sin preceder culpa ni mora del deudor, el daño ó cómodo pertenece al acreedor, porque pagando aquel otro tanto en su género, que-

da libre y no se atiende aquella cualidad estrínseca de la cosa (núm. 1, *tt.* 1, 2 y 3, *part.* 5).^{1 2}

2. Asimismo se infiere que si el deudor restituye el mismo dinero ó cosa que recibió, por no necesitarla despues ó por alguna otra causa, vale la solucion y queda libre, sin que obste que volviéndose la misma cosa, es comodato ó depósito, porque ésto debe entenderse cuando así se ejecuta por convenion de las partes (*dic. n. vers. Item infertur.*)

3. Si el hijo de familias recibe algun mutuo, queda obligado civil y naturalmente; pero á causa de ser este contrato mas frecuente que otros, se escusa de pagar oponiendo (segun puede con buena conciencia) la escepcion del senado-consulta Macedoniano, de la cual gozan tambien sus herederos y fiadores, y tiene lugar así en vida del padre como despues, y aun pronunciada la sentencia definitiva, sin embargo de que la haya renunciado, porque no se indujo principalmente en favor suyo, sino en beneficio del padre; bien que si nterviene juramento, es probable que el hijo no quede obligado en vida del padre y sí despues como que cesa la razon (núm. 3, *leyes* 4 y 5, *tt.* 1 *part.* 5).³

1 En el mutuo puede restituirse aun lo que no sea de tan buena calidad como lo que se recibió, siempre que se pactase, y no deja de ser mutuo (*letra B*).

2 Sin embargo de que el mutuo se celebra espontáneamente, hay casos en que nos hallamos obligados á prestar, como cuando lo hemos prometido: lo exige la necesidad pública, en cuyo caso los ricos pueden ser compelidos: pide el rey en empréstito á los acaudalados, sean nobles, exentos, clérigos ú otras personas eclesiásticas, procediendo los jueces seculares contra sus bienes si hay peligro en la tardanza; ó cuando pide prestado alguno constituido en una estrema necesidad (*n. 2, vers. Quamvis autem.*).

3 Por lo dispuesto en la *ley* 22, *tt.* 11, *lib.* 5 de la *Recop.* tienen el Acevedo y otros AA. que del mutuo hecho á un hijo de familias no nace ni civil ni natural obligacion (núm. 3, *vers. Hodie tamen.*).

4. Lo espuesto no puede correr en el hijo de familia que tiene bienes castrenses ó cuasi castrenses, pues queda obligado eficazmente; y se limita en otros muchos casos. El primero, cuando el mutuo consiste en otras cosas fuera de la pecunia numerata, á no ser que se den bajo la condicion de que se vendan para que el dinero de ellas se convierta en mutuo. El segundo, si el hijo de familias se reputaba públicamente padre de familias, de suerte que con justo fundamento fué engañado el acreedor. El tercero, si al tiempo del contrato dijo el hijo que era padre de familias, y tuvo el acreedor justa causa para creerlo. El cuarto, si el hijo de familias fuese deudor por otro justo título, v. gr. por el de venta, y el dinero debido se convirtió en mutuo. El quinto, si sea fiador de otro por causa de mutuo, no habiendo fraude por haber recibido el dinero. El sexto, si recibió el mutuo con el mandato ó consentimiento del padre, ó si éste aprobó el contrato despues, aunque sea tácitamente pagando parte de la deuda, ó si el mismo hijo lo aprueba espresa ó tácitamente verificada la muerte del padre: de lo cual se deduce que si pudiendo el deudor valerse de alguna escepcion paga parte de la deuda, se conceptúa que la aprueba en un todo de nuevo y no puede despues oponerla. El séptimo, si se convirtió el dinero en utilidad del padre ó en utilidad del hijo, á la cual se hallaba éste obligado. El octavo, si el hijo recibió el dinero por causa de sus estudios, pues el padre queda obligado, mediante á que habiéndolo destinado á ellos, parece que el contrato se hizo con su consentimiento: sucediendo lo propio si el padre lo puso en alguna negociacion y recibió en mutuo por causa de ella (como en duda se presume) sin esceder lo verosímil, de modo que aunque el padre quiera probar que no se invirtió en la dicha causa, no se escusa. El nono, si habiendo el hijo recibido dinero por cuasi mandato del padre, y significándoselo despues

á éste por escrito, no protestó lo contrario. Y el décimo, si acostumbraba recibir dinero en mutuo y el padre solia pagarlo; por cuanto de esta costumbre se presume su consentimiento (*dic. núm. vers. Nunc veró limita, leyes 4, 5 y 6, tit. 1, part. 5*).

5. Confesando alguno con esperanza de la futura numeracion con instrumento público ó privado, ó delante de testigos haber recibido algun dinero, aunque se obliga civilmente, no naturalmente, por no intervenir la cosa ni el consentimiento, y le compete la escepcion de la *non numerata pecunia* dentro de un bienio, bien intente repetir el instrumento, bien sea reconvenido por el acreedor, no obstante la regla de que lo temporal para pedir es perpetuo para defenderse: porque no tiene lugar cuando tambien se puede proponer el derecho, principalmente demandando, mediante á que se ha de imputar la culpa al que lo tiene y no lo deduce en juicio, como sucede en nuestro caso (*dic. n. vers. Prædicta, ley 9, tit. 1, part. 5. Véase al Gomez, en el n. 8, cap. 14*).

6. La dicha escepcion puede oponerse aun haciéndose la confesion con juramento, sin embargo de que por éste se dá fuerza al contrato nulo, pues ésto acontece mediando consentimiento, el cual no interviene en dicha confesion; pero ésto ha de entenderse cuando se jura pagar, no cuando se jura haber recibido el dinero (*dic. n. vers. Quod extendit et vers. Et attendit*).

7. Aun cuando el deudor confesase haber recibido dinero en mutuo y prometiese pagarlo en instrumento público garantigio, puede oponer la escepcion de la *non numerata pecunia*, con la cual se impide la ejecucion si el acreedor no prueba la entrega. No obsta la *ley 1, tit. 21, lib. 5 de la Recop.* que dispone no pueda objetarse contra el dicho instrumento alguna escepcion fuera de las contenidas en ella, entré las

cuales no se numera la mencionada, porque dice juntamente que deben proponerse y probarse dentro de los diez dias, cuando el acreedor por la naturaleza del contrato tiene fundada su intencion, y de consiguiente teniendo en nuestro caso el deudor su intencion fundada y perteneciendo hacer la prueba al acreedor, no se puede conceptuar escludida (*núm. 3*).

8. Tambien compete la escepcion de la *non numerata pecunia* en el caso de que la confesion dimanase de causa pretérita, como si dijese el deudor: *confieso que recibí en mutuo ciento, que se me entregaron dos años ha*; pues con la misma facilidad y esperanza de la futura entrega que en los casos referidos se confiesa haber recibido por causa anterior (*núm. 4*).

9. Pero no tiene lugar en las últimas voluntades, y por tanto si en el testamento ó codicilos confiesa alguno haber recibido cierta cantidad por causa de mutuo y manda pagarla, deberán los herederos hacerlo precisamente, por no poderse decir que la confesion fué hecha con la esperanza de recibir el dinero, mediante á que la última voluntad tiene efecto despues de la muerte: siendo de advertir que en la confesion de la deuda por otras causas, tiene lugar solamente dentro de treinta dias la escepcion de la *non numerata pecunia* (*n. 5*).

10. La obligacion civil que nace de la confesion aun pasado el bienio subsiste sin la natural, mas sin embargo tiene la virtud de ambas y es eficaz para pedir; así como la que proviene de sentencia definitiva injusta pronunciada contra la justicia de la parte á causa de no haber precedido contrato ni consentimiento de ésta, pues se puede ejecutar ó intentar la vía ordinaria con la accion que de ella nace (*núm. 6*); bien es verdad que si el deudor pasados los dos años prueba que no se le dió el dinero en mutuo se escusa de pagarlo, en atencion á que el trascurso del bienio no induce presuncion *juris et de jure* contra la cual no se admite prueba en contrario.

sino *juris tantum*; aunque hoy parece se halla dispuesto en la ley 9, tit. 1, part. 5, que no pueda oponerse esta escepcion, segun interpreta Greg. Lop. en el vers. *Bien así como* (n.º 7).^{1 2}

11. La prueba que haga el deudor, ha de ser de testigos ú otra, sin obligar al acreedor á que jure ó responda á las posiciones, infiriéndose de ésto que así como no puede ser obligado á jurar el que probó plenamente su intencion, así tampoco el que probó presuntivamente; si bien la ley 184 del *Estilo* determina lo contrario (*dic. n. vers. Unum tamen*).

12. La doctrina espuesta corre en la confesion para obligarse, no en la que se hace por causa de liberacion, pues si el acreedor por cualquiera contrato confiesa que se le hizo la paga, puede dentro de treinta dias oponer la escepcion de la *non numerata pecunia*, y en este caso el deudor debe probar la paga, y de otra suerte no queda libre (*dic. n. vers. Advertendum*).

CAPITULO VII.

Del comodato y del depósito.

1. Comodato es: *cuando alguno entrega á otro gratuitamente cierta cosa mueble ó inmueble, para que use de ella por cierto y determinado tiempo tácita ó espresamente*. Por este contrato no se transfiere el dominio, ni la posesion, ni otro derecho real en el comodatario, quien por ser solo el que re-

1 El Hermosilla con otros muchos AA. sigue la opinion de nuestro Gomez en la citada ley 9, glosa 5 desde el n.º 2, y en el n.º 8 esplica esta ley que parece disponer lo contrario (n.º 18).

2. La presuncion *juris et de jure* admite tambien prueba en contrario aunque no en tantos casos como la presuncion *juris tantum*. Llámase aquella *juris* por hallarse expresa en el derecho, y *de jure* por determinar el derecho que se tenga por cosa cierta, en cuya atencion hace plena prueba.

cibe utilidad, debe prestar hasta la culpa levísima aunque no los casos fortuitos (*n.º 1 ley 1 al fin tit. 1, part. 5, y todo el tit. 2 de la misma part.*)¹

2. Si la cosa que se entrega por este contrato se da estimada, pereciendo por caso fortuito se halla obligado el comodatario á la satisfaccion del precio por la convencion tácita que media entre las partes, atento á que de otra suerte poco ó nada obraria la estimacion: en cuyo supuesto la estimacion de la cosa puesta entre las partes obra que el deudor se halle obligado por los casos fortuitos en los contratos que se estien de la obligacion á la culpa levísima, y por ésta un aquellos que debe satisfacer por la culpa leve solamente (*dic. n. vers. Unum tamen*).²

3. Convienen el comodato y el precario en que por ambos se lucran los frutos de la cosa, y se diferencian en que por éste último no se concede la cosa para cierto uso ni determinado tiempo: se adquiere la posesion natural con permanencia de la civil en el dante, á no ser que se tratase otra cosa; y puede revocarse á arbitrio del dueño, aunque interviniese el pacto de no revocar, por ser contra la naturaleza del contrato: todo lo cual se verifica por el contrario en el primero (*dic. n. vers. Et ex predictis*).

1 Se halla obligado el comodatario por el caso fortuito si así se pacta, si destina la cosa á uso diferente de aquel para que le fué concedida, ó es moroso en restituir, aconteciendo que la cosa perezca por alguna de las dichas causas; pero estos casos no proceden si del mismo modo hubiera perecido la cosa en poder del señor, pues entonces solo queda obligado á la estimacion del uso que no le fué concedido ó del lucro cesante (*n.º 2, vers. Quod commodatarius*).

2 Varios AA. sostienen que la estimacion de la cosa obra tan solo que se preste sin controvertir acerca de ella en juicio, ni necesitarse su prueba si por ventura acontece que se pierda la cosa por culpa del comodatario (*dic. n. vers. Si res*).