

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*).

4. Depósito es: *cuando se entrega á otro alguna cosa no para su uso sino para su custodia*, en cuyo caso el que recibe se halla obligado á restituir por la accion *depositi* que es de buena fé y muy privilegiada; pues inmediatamente que se intenta debe volverse el depósito, aunque se haya hecho por el ladrón, siervo, hijo ó persona semejante, sin que tenga lugar la compensacion, y si el depositario se escusa á restituir, si uiéndose la condenacion se hace infame, y está obligado á la entrega de la cosa ó su estimacion con todo el interés siempre que el depósito fuere voluntario, porque en el necesario que es el que se hace por inminente necesidad como de ruina ó incendio, si está negativo debe ser condenado en el duplo (*n. 2, ley 1 y 8, del tit. 3 con todo el part. 5*)¹

5. El depositario tampoco adquiere dominio, posesion ú otro derecho real, y se halla obligado únicamente por la culpa lata, mediante á que tan solo se sigue utilidad al depositante, quien si se perdiese la cosa por culpa leve ó levisima, deberá imputarse el no haber elegido persona idónea y cuidadosa (*dic. n. vers. Item adde quod in depositarium.*)

6. Si se depositase cerrada ó ligada arca, maleta ú otra cosa semejante con ciertas cosas dentro, y se vuelve del mismo modo, diciendo el dueño que le faltan algunas, para obtener necesita probarlo; pero si se le restituye abierta ó no de la manera que estaba cuando se depositó, ha de estarse á su juramento moderado por el juez segun las circunstancias de las personas, á no ser que estuviese cerrada ó ligada tan leve-

¹ Si el depositante pide el depósito en perjuicio suyo ó de otros, aunque jurase el depositario restituir no se halla obligado, y si los bienes del depositante se confiscan, debe hacerse la restitucion al fisco, aguardándose cuando á un tiempo piden la cosa depositada el ladrón depositante y el señor, si éste prueba que es suya, en cuyo evento se le ha de restituir (*n. 3, vers. Sunt tamen.*)

mente, que con facilidad pudiera abrirse ó desliarse, y el depositario sea sugeto de buena opinion (*dic. número vers. Item quaero.*)

7. Para que se verifique depósito, es indispensable que se dé la cosa espresamente para su custodia, porque si el dueño sin manifestacion alguna la pusiese en la casa ó cuarto de otro sabiéndolo éste y permitiéndolo, no se conceptúa depósito. En esta atencion si por salirse el dueño de su casa ó cuarto y dejarse la puerta abierta, fuese hurtada, á nada es obligado por no haber contrato, si no se prueba que lo hizo con dolo: cuya doctrina no puede correr en los mesoneros, venteros y otros semejantes, porque éstos por razon de su oficio deben pagar aquellas cosas que ponen los huéspedes en su presencia si son hurtadas: como ni tampoco cuando el dueño espresa que entrega la cosa para su custodia á cualquiera persona, y ésta callase, por verificarse entonces un depósito tácito (*dic. n. vers. Item adde quod ad hoc.*)

8. Si el comodatario, depositario ú otro cualquiera deudor de alguna especie la entrega á su siervo ó criado para que la entregue al dueño ó acreedor, y huye con ella ó la pierde, no queda obligado á la estimacion, si el tal siervo ó criado era fiel y no acostumbraba hacer tales cosas. Lo mismo debemos decir entregándose la cosa al criado del dueño ó acreedor, si tambien era fiel y éste solia hacer semejantes encargos; pero sí queda obligado habiéndose convenido las partes en que el deudor entregase la cosa por sí ó por cierto nuncio, si la da á otro para su entrega. Dije, *deudor en especie*, porque si lo es en cantidad ó género no se escusa, mediante á que el género no puede perecer (*núm. 3*).

9. Conviniéndose el acreedor y deudor en que éste entregue la cosa al que llevase ciertas señales, como ignorante el acreedor, se presente con estas al deudor alguno de los cir-

cunstantes ó transeúntes que se informó de lo convenido y se la entregue, queda libre. siendo deudor en especie: y si el deudor entregó la cosa á una persona en quien no concurrían las antedichas presunciones particulares, sino que se presumía buena, no se excusa en los contratos que se presta la culpa levísima y sí en los demas; mas si el dueño ó acreedor remite alguna epístola al deudor con cierto criado, diciéndole que le envíe lo que le debe sin espresarle lo haga con éste, si se lo entrega y lo pierde ó se huye, no queda libre, porque el conductor de la carta fué solamente para requerir y no para recibir (*dic. n. vers. Item adde quod si creditor*).

CAPITULO VIII.

De los contratos innominados.

1. El contrato se celebra en tercer lugar con la intervencion de la cosa, segun se dijo al principio del *capítulo 2*, y éste es cualquiera contrato innominado, el cual se divide en cuatro especies, es á saber; *doy para que des, doy para que hagas, hago para que hagas, y hago para que des*. Por derecho romano y de partidas para que naciera accion y obligacion eficaz del contrato innominado, se requería el cumplimiento por alguna de las partes (*núm. 1, ley fin. tit. 6, part. 5*), pero hoy no es necesario segun la *ley 2, tit. 16, lib. 5, de la Recop.*, la cual no pide para la obligacion eficaz mas que la voluntad espresa ó tácita de obligarse, y de consiguiente basta la policitacion, escediéndose en ésto nuestro derecho al canónico que á lo menos exige pacto nudo para la obligacion; bien es verdad que si alguna de las partes en virtud del contrato innominado reconviene á la otra, le obstará la escepcion, á lo menos en la ejecucion real si no ofrece y cumple por su parte: infi-

riéndose de aquí que aunque los instrumentos guarentigios se ejecutan sin que pueda oponerse contra ellos escepcion alguna fuera de las contenidas en la *ley 1, tit. 21, lib. 5, de la Recop.*, se puede oponer la que acaba de mencionarse (*número 4*).¹

2. De todo lo espuesto se deduce que en el dia si alguno de los contrayentes cumple por su parte el contrato innominado, no tendrá lugar la repeticion, ni por arrepentimiento de éste, ni falta de observancia en el otro, así como no lo tiene en el contrato perfecto y nominado (*núm. 5*).

3. Entre los contratos innominados solo hay uno que tenga nombre propio, es á saber, la permutacion que se comprende en el contrato general *doy para que des*, y consiste en la recíproca entrega de cosa cierta en especie. Tiene nombre propio, no porque dejase de verificarse en él quanto era propio del contrato innominado, sino por su mucha semejanza con el de compra y venta; pues así como en éste por la tradicion se traspasa el dominio ó la condicion de usucapir, tienen lugar la eviccion y acciones redhibitoria y *quanto minoris*, y se debe alcabala, así tambien en el contrato de permutacion (*dic. n. vers. Advertendum tamen, ley 1, tit. 6, part. 5*).²

CAPITULO IX.

Del contrato verbal.

1. Tambien se dijo al principio del *capítulo 2*, que el contrato se celebra con palabras, y entonces se llama estipula-

1 En atencion á esta doctrina, no podrá decirse ya que los contratos innominados se celebran con la intervencion de la cosa, sino que todos indistintamente se celebran con el consentimiento.

2 Es mas verdadero y conforme que hay tambien permutacion, quando se da especie por género, ó por el contrario (*letra A.*).

cion firme y solemne; para cuya inteligencia es de advertir que en el derecho hay policitacion, pacto nudo y estipulacion solemne. La policitacion es una nuda y simple promesa hecha al ausente, y aun al presente siempre que éste no consienta ni espresa ni tácitamente. El pacto nudo es un convenio entre los que se hallan presentes y consienten espresamente por palabras formales y equivalentes (núms. 1 y 2). Y estipulacion solemne es un contrato de palabras que se hace y celebra, precediendo la interrogacion del acreedor y siguiéndose la respuesta del deudor; pues aunque en ella se requiere el consentimiento como en los contratos que se celebran con éste, y la solemnidad que se exige en otros contratos, se llama de palabras, por la solemnidad de éstas; bien que en el dia no es necesaria la estipulacion con arreglo á la citada ley 2, tit. 16, lib. 5, de la Recop. y á lo que se ha notado sobre ella en varios pasajes, de modo que es lo mismo la intervencion de estipulacion que la de una simple promesa (núm. 3).

2. Habiendo diversidad entre los contrayentes, para ver si ésta vicia ó no el contrato, se ha de mirar principalmente si es tal que constituye disenso entre ellos y no las sutilezas del derecho: y así cuando la diversidad es en la cantidad, porque precedió interrogacion de mayor suma y la respuesta fué de menor ó por el contrario, siempre valdrá en la menor, y aun en la mayor, pues en el promitente hay ánimo de obligarse, y en el que ha de recibir no se puede considerar disenso; pero ésto debe entenderse en el contrato lucrativo, no en el oneroso, en donde la diversidad cuantitativa vicia de tal suerte el contrato, que no vale en la menor suma, por perjudicarse al acreedor, si no es que preceda interrogacion de menor suma y se siga la respuesta de mayor, que entonces valdrá en la menor (núm. 4, ley 16, tit. 13, part. 5).

3. La diversidad en la cualidad ó en el tiempo por haber

precedido interrogacion pura y siguiéndose respuesta condicional ó *in diem*, ó por el contrario, vicia la estipulacion, mediante á que se colige el disenso de los contrayentes de la diversidad en la cualidad, y ésta la induce en la sustancia: y si hablamos particularmente con respecto á la diversidad en el tiempo, podemos decir que aun cuando preceda interrogacion de cierto dia y se responda de otro anterior, hay disenso entre las partes, y de consiguiente se vicia el contrato, porque se colige claramente que el ánimo del acreedor estipulante fué de que no se le hiciese la paga antes del dia ó tiempo que espresó por favor suyo. De aquí se deduce que la regla conforme á la cual el deudor *in diem* puede antes del tiempo pagar al acreedor aun contra su voluntad, ó depositar y consignar la paga para que despues el peligro de ella incumba al acreedor, se debe entender cuando se mencionó el tiempo por gracia del deudor, mas no si se hizo por beneficio del acreedor (*dic. n. vers. Secunda conclusio, ley 6, tit. 11, part. 5*).

4. La diversidad en la cosa porque precedió la pregunta acerca de una y la respuesta fué de otra, vicia la estipulacion (*vers. Tertia, ley 33, tit. 11, part. 5*), á no ser que la diversidad agrade incontinenti al acreedor (*vers. Sexta, ley 26, tit. 11, part. 5*): y si habiendo precedido interrogacion, fuese de cosa ó suma, ó fuese pura, condicional ó de otra cualquiera especie, se sigue una respuesta simple y absoluta, vale el contrato, porque la respuesta y promesa se juzga dada y hecha con respecto á todo lo contenido en la pregunta (*vers. Séptima*).

5. Si precede la interrogacion de muchas cosas y se sigue la respuesta de una tan solo, vale en ésta el contrato, mediante á que en ella convienen las partes, y tantos son los contratos cuantas son las cosas deducidas en la convencion: y si por el contrario, precediendo interrogacion de cierta cosa, se si-

que la respuesta de ésta y de otras, en todas es válida la estipulación (*vers. Quarta*); pero si precede la interrogación alternativa de tal ó tal cosa, y se sigue la respuesta de una sola, ó al contrario, si precede interrogación de una cosa y se sigue la respuesta alternativa de ésta ú otra, no subsiste el contrato en cosa alguna por el dinero de las partes, en atención á la mucha diversidad que hay entre la estipulación pura y la alternativa con respecto á la forma, sustancia y efecto (*vers. Quinta*).

6. Cuando la diversidad es únicamente en la voz, no en la sustancia y efecto, como si precede la interrogación de ciertas monedas de plata y se ofrecen otras diversas de la misma materia y estimación, no se vicia la estipulación porque en el dinero no se considera mas que el valor y efecto. Lo propio sucede por esta razón aunque el dinero ofrecido sea de diversa materia, y así el acreedor será obligado á recibir éste en cualquiera moneda, si no prueba que se le ha de seguir perjuicio (*vers. Octava*).

7. Las partes se pueden obligar por medio de cifras ó señales que ellas mismas inventasen á su arbitrio (*vers. Nona*); como asimismo precediendo la interrogación en un idioma y siguiéndose la respuesta en otro, siempre que los contrayentes los entiendan ambos, ó intervenga la declaración de algún intérprete; pues en estos términos todos los actos y contratos se pueden celebrar en cualquiera lengua y aun en diversas, de modo que una parte de ellos se halle en un idioma y otra en otro. Con este motivo es digno de advertir que el edicto general que se halla de poner en algún lugar público para que llegue á noticia de todos, ha de estar concebido en la lengua y palabras que mas se versan en el pueblo del edicto, en cuyo caso perjudicará á todos los extranjeros por la obligación que tienen á inquirir sobre el idioma del lugar donde residen,

y de otra suerte á ninguno perjudicaria, escusándose cualquiera con la ignorancia de la lengua (*vers. Decima*).

8. Si habiendo intervenido intérprete en algún acto ó contrato, se suscitase alguna duda entre las partes, depondrá aquel ante el juez con juramento de qué modo declaró á éstas en el tiempo del acto el idioma ó palabras sobre que recae la duda (*vers. Advertendum tamen*): debiendo estarse á la declaración del intérprete sin otra prueba ó adminículo, no obstante de que á un testigo solo no se ha de creer aunque se halle constituido en grande dignidad, siempre que conste por confesión de las partes, ú otra prueba ó indicio, que con voluntad de éstas intervino el intérprete, y aun no constando como no haya mas que uno en la ciudad ó pueblo; mas si se hallan muchos, se requieren dos y no se dá á uno solo entero crédito. Y segun esta distinción se ha de estar al testimonio de los peritos, cuando en algún litigio ó negocio deponen sobre duda que se ha suscitado y consiste en pericia, ciencia ó arte, en cuyo acontecimiento siempre se ha de ocurrir á ellos, de lo cual trae varios ejemplos nuestro Gomez (*núm. 5*).¹

CAPITULO X.

De los contratos, sus obligaciones y efectos individuos.

1. El contrato, su obligación y efecto se dicen individuos ó individuos, conforme á la disposición del derecho, y es regla general que se digan individuos ó individuos, segun la naturaleza de la cosa deducida en el mismo contrato. Unas veces se deduce cosa que consiste en número, peso ó medida: otra co

¹ Es mas probable segun el rigor del derecho que en las causas árdas son necesarios dos peritos, de tal suerte que si en el pueblo hay uno solo, debe hacerse venir otro del pueblo mas cercano (*núm. 6*).