

que el señor no tuviese mas afecto à la vna, que à la otra cosa, ni pidiese la propia suya. A cerca de lo qual se vean Bonacina, *quest. 3. punct. 1. quest. 1. Trullench, lib. 7. cap. 1. dub. 1. num. 3. y Machado, tom. 1. lib. 2. part. 3. tract. 1. dor. 7. num. 2.*

DISPUTACION IV.

De la restitucion por razon de los contratos.

Haenfe algunas suposiciones.

1 Supongo lo 1. Que el contrato estrechamente tomado, puede difinirse así: *Contractus est actus externus inter duos, vel plures ex consensu ipsorum vtro, utroque obligationem pariens.* Pero desta difinicion se sigue, que la donacion, y promessa no sean propriamente contratos, siendo así, que en derecho se llaman muchas vezes contratos; y así para comprehenderlas, puede el contrato difinirse así: *Contractus est conventio duorum, obligationem saltem in alterutro pariens.* Y de este modo no se distingue del pacto.

2 Supongo lo 2. Que los contratos son en dos maneras: vnos son, por los quales se transfere el dominio, como la venta, permutacion, donacion, y mutuo; y otros son, por los quales no se transfere el dominio, sino que se entrega la cosa, ò para algun uso, como el comodato, precario, y locato, ò para que se la guarden, como el deposito, y la prenda.

3 Supongo lo 3. Que vnos contratos se ordenan, ò ceden en utilidad del que los recibe, como el mutuo, donacion, y comodato, otras en sola utilidad del que los da, como el deposito, y otros en utilidad de entrambos los contrayentes, como la venta, locacion, y prenda; porque aunque la prenda se dà inmediatamente para la seguridad de la deuda, y por consiguiente cede en utilidad del acreedor; però porque la deuda presupone necesariamente utilidad del deudor, por esto el contrato de la prenda cede en utilidad de entrambos; y tambien puede suceder, que en el deposito se dà al precto por razon de la guarda del, y entonces pertenece à la utilidad de entrambos.

4 Supongo lo 4. Que en esta disputa, no solo hemos de tratar de la obligacion de restituir, por razon de la negligencia en guardar las cosas, sino tambien de la obligacion de restituir lo que se recibió por los contratos torpes, ò injustos.

5 Supongo lo 5. Que las causas, por las quales puede perecer la cosa agena antes de restituirla à su dueño, son tres; conviene à saber, por dolo, culpa, y caso fortuito: *Dolo*, es vna maquinacion ordenada con astucia à engañar à alguno: *Culpa* (segun aqui se toma) es la negligencia en guardar alguna cosa, que tenia obligacion de guardar; distingue del dolo, en que es sin intencion de engañar: *Caso fortuito*, es vn impensado acontecimiento, al qual no puede restituir el hombre, como los incendios, naufragios, incurso de ladrones, y semejantes.

6 Supongo lo 6. Que la culpa juridica, que es de la que hablamos aqui (à distincion de la Theologica, que es lo mesmo que pecado, ò mortal, ò venial) se divide en lata, leve, y levisima; *lata*, es grande, mediana, y minima: culpa *lata*, es la omision de aquella diligencia, que ordinariamente suelen poner los hombres en guardar alguna cosa, como si vno se dexasse vn libro prestado à la puerta de la calle de la parte de afuera: culpa *levisima*, es la omision de aquella diligencia, que suelen poner los diligentes, como si cerrasse el libro en el arca, y no la cerrasse con llave: culpa *levisima*, es la omision de la diligencia, que suelen poner los muy diligentes, como si cerrasse el arca con llave, y no tirasse del candado para ver si queda va bien cerrada. Todo lo dicho es comun de los Doctores.

7 Esto supuesto, dividiré, como suelo, esta disputa en capitulos; en el primero trataremos de la obligacion de restituir por razon de los contratos en general, y en los demás descendemos à diversos contratos, como se sigue.

CAPITULO PRIMERO.

De la obligacion de restituir por razon de los contratos en general.

Preguntará lo 1. Quando aya obligacion de restituir por razon de los contratos?

1 Respondo lo 1. Que en ningun contrato ay obligacion de restituir aquello, que pereció por algun caso fortuito, sino es que expressemente se explique en el tal contrato. Es comun de los DD. segun Bonacina, *de contractib. disp. 3. quest. 1. punct. 6. num. 21.* Caspense, *tract. 18. disp. 1. sect. 7. numer. 67.* y Lelsio, *lib. 2. cap. 7. dub. 6. num. 24. y num. 36. dub. 8.* Y la razon es, porque en los contratos, quando no se declara otra cosa, no se obligan los contrayentes à aquello que no esta en su potestad; Ergo, &c.

2 Confírmase lo dicho: Qualquiera cosa que perece, perece para su dueño, sino ay culpa, ò pacto que obligue à reparar el daño; Ergo, &c.

3 Advierto empero: Que lo dicho solo se debe entender de aquellos contratos, en que no se transfere el dominio, como en el contrato del comodato, conducto, deposito, prenda, y semejantes; però no de aquellos contratos, en que se transfere el dominio, que en estos antes se debe decir lo contrario.

4 De donde es: Que el que recibe prestado de otro algun dinero, trigo, ò cosa mutable, queda obligado à restituir, aunque perezca en su poder, por caso fortuito, ò de otra qualquiera manera, porque con este emprestito se transfere el dominio en el que lo recibe; y así perece por quenta del tal, que lo tiene en su poder: por lo qual la conclusion pasada solo se ha de entender, como ya dixé, del que recibió alguna cosa comodaticia, que es lo que se recibe para bolverlo al mismo dueño, como

lo es vn vestido, cavallo, vaso, espada, &c. Y lo mismo digo del que lo recibió en deposito, en prendas, &c. aunque esto se explicará mas por las conclusiones que pondremos despues.

5 Advierto lo 2. Que en tres casos estará el comodatario obligado à restituir por caso fortuito: lo 1. si huvo pacto de restituir de qualquiera manera que pereciere. El qual pacto puede licitamente pedir el que acomoda graciosamente, però no quando lo haze por justo precio, porque sobre el justo precio nada puede pedirse, que sea precio estimabile; lo 2. quando no restituye, pudiendo, en el tiempo, ò plazo determinado, porque en tal caso estuvo el tal *in mora culpabilis*; y lo 3. por el uso injusto de la cosa, como si vno recibió vn vaso de plata comodato para vn combite, que tenia en su casa, y le llevó à otro lugar donde avia mas peligro, por lo qual se le hurtaron, ò pereció en vn naufragio, porque en tal caso el delito de llevarlo à otro lugar contra la voluntad del dueño, fué causa del caso fortuito. Así lo tienen, con Molina, Rebello, Vazquez, Filucio, y otros, dichos Bonacina, y Caspense, *ubi supra*, y Lelsio, *dub. 8. num. 37.* donde disputa tambien otras cosas del intento.

6 Advierto lo 3. Que si la cosa huviese de perecer del mismo modo en poder del señor, no estará el comodatario obligado à restituir *ad hoc* en los dichos tres casos: como bien los sobredichos Autores, y es comunissimo de los Doctores, hablando de la obligacion que tiene el ladron à restituir la cosa hurtada, quando perece en su poder sin culpa suya. Y la razon à nuestro intento es, porque en tal caso no se juzga ser causa el tal comodatario del daño que le ha seguido al señor de la tal cosa; ergo, &c. Però acerca desto, veale lo que dexamos dicho arriba, *disp. 2. sec. 1. cap. 3. quest. 1. resp. 2.*

7 Respondo lo 2. Que en qualquiera contrato ay obligacion de restituir la cosa agena, si perece por dolo, ò culpa lata del que la tiene. Así lo tienen, Caspense, *num. 68.* Juan Enriquez, *sec. 10. quest. 20. num. 62. y 63.* Lelsio, *num. 24. §. Teneri*, y otros muchos, consta de muchos textos de ambos Derechos, que alega dicho Caspense. Y la razon es, porque el que recibe vna cosa en custodia, está obligado à poner aquella diligencia en guardarla, que pone en guardar sus cosas; ergo, &c. Hasta aqui de los contratos en general; però descendiendo mas en particular à los contratos, segun la division que hizimos dellos, en el supuesto tercero explicaré mi sentir por las siguientes tres conclusiones.

8 Respondo lo 3. Que en los contratos, que ceden en sola la utilidad del recipiente (excepto el precario) está obligado el tal recipiente à restituir si la cosa perece, aunque perezca por culpa leve, ò levisima. Así lo tienen, con la comun sentencia de los Doctores, Bonacina, *disp. 3. quest. 1. sect. 1. punct. 6. num. 5.* y Caspense, *tract. 18. disp. 1. sect. 7. num. 71.* Y se prueba lo 1. porque así consta del Derecho Canonico, *cap. 1. de commodato*, y del De-

recho Civil, *leg. 3. §. 18. ff. commodati, y leg. 1. ff. de obligationibus.* Y la razon es, porque la equidad pide, que el que graciosamente vía de la cosa de otro en utilidad suya, ponga mucha diligencia para que no perezca la tal cosa; Ergo, &c.

9 Dixé excepto el precario, porque el que recibe alguna cosa en precario, no está obligado à restituir por culpa levisima, ò leve, sino solo por dolo, y por lata culpa: como bien con Vazquez, Azor, Reginaldo, Molina, y otros, dicho Bonacina, y consta de muchas leyes del Derecho Civil, que lo establecen así. Y la razon porque el Derecho determine esto acerca del pecado, y no acerca del comodato, es, porque el que dà la cosa en precario, puede libremente revocar *pro libito* el precario, lo qual no puede hazer así con el comodato; y así parece razonable, que el que recibió el precario no esté obligado por tan pequeña culpa (por la dependencia que tiene el precario de la voluntad del que le concede) como está obligado el que recibió comodato.

10 Respondo lo 4. Que en los contratos, que ceden en sola la utilidad del señor de la cosa, solo ay obligacion en el que la recibe à restituir, por razon del dolo, ò culpa lata; però no por la culpa leve, ò levisima. Así lo tienen, con Antonio Gomez, y otros Doctores, dicho Bonacina, *num. 6.* y Caspense, *num. 69. y 70.* Y la razon es, porque parece razonable, que en tal caso no esté vno obligado à poner mayor diligencia en guardar la cosa agena, que la que ordinariamente suelen poner los hombres en guardar las suyas proprias, pues aqui no se le haze gracia alguna al recipiente, ni se mira à su utilidad; Ergo, &c.

11 Y si esto sucediese por conservar la propria hacienda, aun tendria menos dificultad el caso, *ut se patet*; y así el depositario, v.g. que no espera utilidad alguna del deposito, no está obligado con daño suyo à conservar la cosa depositada: *Imò*, preciso todo daño suyo, es comun de los Doctores, que solo ay obligacion de restituir por dolo, ò culpa lata en el depositario: como bien dicho Caspense, *num. 70.* que dize lo mismo del precario, que del deposito. *Vide illum.*

12 Respondo lo 5. Que quando el contrato cede en utilidad de entrambos los contrayentes, el que recibe la cosa, solo está obligado à restituir por razon de dolo, ò de culpa lata, y leve, però no por razon de culpa levisima. Es comun. Y la razon es, porque es muy conforme à razon, que el que recibe la cosa en utilidad suya, la guarde con mucha diligencia, porque el otro no padezca daños; *Sed sic est*, que esto es estar obligado de culpa leve: Ergo, &c.

13 Y la razon porque no está obligado de culpa levisima, es, porque la misma recta razon dicta, que el tal no está obligado à poner tanta diligencia, quando recibe la cosa en utilidad de entrambos, que quando la recibe, y cede en solo la utilidad; Ergo, &c.