

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 transfiere el dominio, como la venta, permutacion, donacion, y mutuo; y otros son, por los quales no se transfiere 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.

**P**reguntará 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 transfiere el dominio, como en el contrato del comodato, conducto, deposito, prenda, y semejantes; però no de aquellos contratos, en que se transfiere 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 transfiere 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 passada 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

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. Pero 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.



14 De las dichas reglas inferen muchos con-  
relarios dichos Bonacina, á num. 8. ad 19. y Cas-  
pente, num. 73. que se pueden ver en ellos; pero  
yo los omito, porque con lo que probablemente  
diremos en el siguiente numero, no los juzgo por  
necesarios, pues en el asignaremos probablen-  
te otra regla mas general, mas clara, benigna, y fa-  
cil.

15 Digo, pues, por ultimo: Que no obstante lo  
dicho, tengo por bastantemente probable, que no  
ay obligacion en conciencia á satisfacer los daños  
causados por culpa leve, ó levísima; y por consi-  
guiente, que ninguno está obligado por razon de  
algun contrato, aunque la cosa perezca en la po-  
der, sino es que la negligencia en conservarla sea  
tanta, que llegue á ser pecado mortal. Así lo tie-  
nen, Soto, Sylvestre, Sá, y otros, que cita Lesio, lib.  
2. cap. 7. num. 26. y 27. y lo mismo tiene Enri-  
quez Agustiniiano, sec. 10. quest. 20. num. 62. y 63.  
Y lo tienen por probable dicho Lesio, numer. 39. y  
43. Becano, de restit. quest. 48. num. 7. y 11. Y la  
razon es, porque por vna parte estando al derecho  
natural, es muy razonable el dezir, que ninguno es-  
tá obligado á poner mayor cuydado en guardar la  
cosa agena, que el que ordinariamente suelen pon-  
ner los hombres en guardar sus cosas proprias; y  
por otra parte las leyes, y Canones, que establecen  
lo dicho arriba, no obligan en conciencia antes de  
la sentencia del Juez, porque no están recibidas en  
el fuero de la conciencia: como bien probablen-  
te dichos Becano, y Lesio; y así todas las dichas le-  
yes en contrario se entenderán en quanto al fuero  
exterior: Ergo, &c.

16 Segun esta sentencia de Soto, ninguno es-  
tará obligado en conciencia á satisfacer los daños,  
que alg un animal suyo ha hecho sin culpa del se-  
ñor del tal animal, que llegue á ser pecado mortal,  
y en el fuero exterior satisfará con entregar el ani-  
mal á la parte ofendida; y si el daño fuere menor  
que el valor del animal, se puede satisfacer con  
dineros, y quedarle el señor con el animal. Veanse  
dicho Enriquez, quest. 22. n. 65. y Lesio, lib. 2. cap.  
9. num. 17. 18. y 19. y cap. 7. num. 27. y 28.

Preguntará lo 2. Si estará obligada la ramera á  
restituir lo que recibió por el contrato torpe?

17 En esta dificultad, la primera sentencia, y  
harto comun, dice dos cosas: lo 1. que la fornicacion  
en quanto delectable, es precio estimable, y  
que así puede licitamente la ramera recibir el pre-  
cio justo por el uso de su cuerpo, aunque peque en-  
tregando el tal uso, y que en tal caso no avrà obli-  
gacion de restituir lo que recibió: *Imò*, añaden di-  
chos Doctores, que aunque al principio no huviese  
pacto alguno entre la ramera, y el que tiene co-  
pula con ella, con todo esto este tal tendrá obliga-  
cion á dársela por el uso de su cuerpo lo que de or-  
dinario suelen ganar las rameritas de su calidad, por-  
que esta es la medida destas cosas venales.

18 Dize lo 2. dicha comun sentencia: Que  
si la ramera con fraude, ó métricas llevó al que tuvo

copula con ella mas de lo que permitia la justicia;  
estará obligada á restituir, porque vendió el uso de  
su cuerpo en mayor precio del que podia segun  
justicia.

19 De aqui inferen los Autores de dicha co-  
mun sentencia: lo 1. que la que se fingió virgen; y  
por la defloracion recibió ciento, está obligada á  
restituir todos los ciento, como la que vendió oro  
ficticio por verdadero, y recibió ciento por ello.

20 Y si se opusiere: Que la que se casa puede  
recibir las arras, y retenerlas, aunque se finja vir-  
gen: luego pariformiter, &c.

21 Responden, negando la consecuencia, y la  
paridad, porque las arras, dicen, se dan á las que  
no son viudas (ora estén desfloradas, ó no;) lo vno,  
por la primera copula; y lo otro, en señal de perpe-  
tua amistad, y quasi en señal de la posesion del ma-  
trimonio, lo qual no tiene lugar en la muger que  
no se casa; y así es clara la razon de dispari-  
dad.

22 Inferen lo 2. Que lo que dan los Religio-  
sos, pupilos, hijos, y menores á la meretriz, ó con-  
cubina, tiene obligacion esta de restituirlo al Mon-  
asterio, ó á los tutores, padres, ó curadores, porque  
no se puede recibir de otro, segun justicia, lo que  
él no puede dar segun ella, y lo mismo es en los de-  
más contratos. Pero las donaciones que haze el Cle-  
rigo á la meretriz, ó concubina, son validas, porque  
es señor de la cosa que dá, y la meretriz, ó concubi-  
na capaz de la tal donacion, y por consiguiente re-  
tiene justamente.

23 Inferen lo 3. Que qualquiera muger, aun-  
que no sea ramera, puede recibir el justo precio, y  
retenerle, porque el uso de su cuerpo *ad libidinem*  
es precio estimable, y se puede vender, y adquirir  
dominio en lo que se diere por el tal uso: *Imò*, añaden  
dichos Autores, que aunque la muger huviese  
jurado no recibir precio alguno por el uso de su  
cuerpo, con todo esto, aunque pecaría mortalmen-  
te contra la virtud de la Religion recibiendo, por  
la violacion del juramento, podría empero retener-  
lo licitamente, porque por el juramento no se hizo  
incapaz del dominio del tal precio. Todo esto dize  
esta comun sentencia, á quien no se le puede negar  
la probabilidad, así por la autoridad de sus Pato-  
nos, como por sus fundamentos.

24 Respondo *tamen*: Que las meretrices no  
pueden pedir cosa alguna por el uso de su cuerpo;  
ni el hombre, que tuvo que ver con ellas, está obli-  
gado en conciencia á pagar aquello que las ofre-  
ció, ó lo que se suele dar á semejantes mugeres; pero  
la tal meretriz, podrá recibir lo que la dieren, como  
don, ó dádava graciosa, ó como cosa *develata*: y lo  
que huviere recibido, aunque se lo ayan dado en  
precio del uso de su cuerpo, y con pacto previo, no  
estará obligada á restituirlo: como todo se probó  
abundantemente en el primer tomo de mi Suma,  
sobre el sexto del Decalogo, sec. 2. §. 2. *quest. 2.*  
por todo el, donde se puede ver.

Preguntará lo 2. Si ay obligacion de restituir lo

que se recibió por hazer algun maleficio, qualquiera que  
se sea: como v. g. lo recibido por la injusta sentencia,  
por el homicidio, por la herida, por el adulterio, ó porque  
votó mal, y contra justicia, y semejantes?

25 En esta dificultad, la sentencia negativa  
es comunísima de los Doctores, la qual dize, que  
lo que se recibe como precio de algun maleficio,  
ó de alguna obra prohibida, no ay obligacion de  
restituirlo en el fuero de la conciencia antes de la  
sentencia del Juez. Así lo tienen innumerables  
Autores, que cita el doctísimo Moya, tom. 1. tr. 6.  
*quest. 2. §. 1. 2. y 3.* por todos ellos, y él la tiene  
por probable, como á la verdad lo es, y se puede  
probar así.

26 Lo 1. Porque así consta de la ley 4. ff. de  
*condictione ob turpem causam*, donde se dize, que el  
precio recibido por alguna accion prohibida, se  
puede retener justamente. Y la razon desto, es, por-  
que la obra mala, no obstante la malicia moral que  
tiene en su material entidad, tiene otras qualida-  
des, por las quales sea vilil al que la pretende: tra-  
bajosa, peligrosa, y onerosa al que la ha de execu-  
tar, &c. luego aunque la obra mala no sea precio  
estimable en quanto mala, es con todo esto estima-  
ble en quanto vilil, ó delectable, ó laboriosa, ó pe-  
ligrosa: luego podrá ser vendida validamente, co-  
mo si no tuviera malicia moral; porque la malicia  
moral no quita que sea precio estimable el traba-  
jo, el peligro, el gasto, y el pacto oneroso, &c. que  
puede aver en la tal: luego es materia vendible sin  
obligacion de restituir lo que por ella se diere:  
Ergo, &c.

27 Lo 2. Porque las leyes, que rescinden los  
contratos torpes, é iniquos, no por esto hazen irrita  
la adquisicion de la cosa por la tal causa, ni hazen  
inhabil al que la recibe para no adquirir el domi-  
nio de ella, sino solo lo que determinan es, que an-  
tes de hazerle la dicha obra sean invalidos los tales  
pactos, y que no nazca de ellos obligacion civil,  
por la qual pueda pedirse en juicio lo prometido;  
como lo tienen Covarrubias, Navarro, y otros mu-  
chos.

28 Y lo 3. Porque como lo tienen innumera-  
bles Autores, que cita, y sigue dicho Moya, §. 3. n.  
14. aunque las leyes prohiban la accpcion, mien-  
tras no declaran que dicha acceptacion es irrita, no  
ay obligacion de restituir lo recibido por la tal obra  
pecaminosa; *sed sic est*, que por derecho comun no  
ay leyes que irriten la tal acceptacion; como lo tie-  
nen todos los mismos Doctores, que allí cita; y que  
por esta causa no ay obligacion de restituir antes de  
la sentencia del Juez: Ergo, &c.

29 Y así Villalobos, tom. 2. tract. 11. dif. 16.  
dize lo que se sigue. [Lo que tengo por mas pro-  
bable, y verdadero, es, que antes de la sentencia del  
Juez, el que lo recibió no está obligado á restituir  
á nadie, sino que lo puede retener con buena con-  
ciencia. Barez, dize, que es lo mas probable, y veri-  
simil, y lo tienen Navarro, Lesio, y otros. El funda-  
mento es, porque de ley natural no ay obligacion

de restituir estas cosas ántes de la sentencia: ni tam-  
poco la ay de derecho positivo, porque las leyes  
que quedan citadas, &c. no quitan la obligacion  
natural, ni obligan á que se restituya lo recibido,  
antes de la sentencia del Juez; porque el que lo dió  
pudo transferir el dominio.] Hasta aqui el sobre-  
dicho Villalobos.

30 Opondrás lo 1. La accion que no es dig-  
na de precio alguno, y por consiguiente que no es  
vendible, no puede ser fundamento para retener  
justamente alguna cosa como precio de ella; *sed  
sic est*, que qualquiera operacion que es pecado, no  
es digna de precio alguno, sino antes bien es digna  
de suplicio, y castigo: Ergo, &c.

31 Respondo: Que aunque la accion prohi-  
bida no sea digna de estimacion alguna por su ma-  
licia; pero con todo esto, por razon de su utilidad, ó  
comodidad, ó peligro, que tiene anexo á sí muchas  
veces, es materia vendible *validè* (aunque no *licitè*)  
sin obligacion de restituir el precio que se recibe  
por ella.

32 Opondrás lo 2. El que recibe alguna cosa  
por hazer algun maleficio, peca, porque parece  
aprobarle: luego no puede recibir precio alguno  
por él; luego ni retenerle.

33 Respondo: Que dar, ó recibir precio al-  
guno por el maleficio antes de cometerle, es  
pecado; porque el que lo dá entonces induce al  
maleficio, y el que lo recibe, ofrece, y promete el  
maleficio: pues debaxo de la tal condicion se dá, y  
se recibe; pero no lo es, dar, ó recibir el tal precio  
después de executado el maleficio: porque enton-  
ces no se dá, ó recibe, porque agrade el maleficio,  
sino por razon del trabajo, gastos, ó peligro á que  
se expuso, y que tomó sobre sí por razon del pacto  
oneroso, y de la palabra dada; lo qual puede hazerle  
en tal caso con perfecta detestacion del crimen, y  
con animo de nunca cometerle.

34 Opondrás lo 3. Las promessas de hazer  
algun maleficio, son nulas *ipso iure*, como consta,  
*ex cap. ultim. de pactis*, y de la ley 23. ff. de verbis  
*Obligationibus*, y de otras; luego del mismo modo  
será invalido el contrato oneroso de hazer algun  
maleficio: Ergo, &c.

35 Respondo: Que las promessas de hazer al-  
guna cosa prohibida, ó de dar algun precio por el  
maleficio futuro, antes que se execute, no tiene va-  
lor alguno; porque ninguno puede obligarse á ha-  
zer aquello, que es malo, ni á perseverar en la tal  
promessa: y así puede, y debe rescindirse dicha pro-  
messa antes de la execucion del tal maleficio; pero  
esto no impide, que se deba de justicia la cosa pro-  
metida, si la accion por la qual se prometió se hu-  
viere executado ya antes que el tal promitente in-  
dique querer apartarse de lo pactado.

36 De lo dicho se sigue: Que la Monja no está  
obligada á restituir lo que recibió por el sacrilegio;  
ni la casada lo que recibió por el adulterio; ni el  
Juez lo que recibió por la injusta sentencia; ni el  
aschino lo que recibió por el homicidio, ó herida,