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 esta, pues se puede executar ó intentar la via 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 excusa de pagarlo, en atencion á que el transcurso del bienio no induce presuncion *juris & de jure* contra la qual 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 excepcion, segun interpreta Greg. Lop. en el vers. *Bien ansí como* (*núm.* 7.) (*a*) (*I*).

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 esto que así como no puede ser obligado á jurar el que probó plenamente su intencion, así tampoco el que probó presuntivamente; sí bien la *ley* 184. *del Estilo* determina lo contrario (*dic. n. vers. Unum tamen.*).

12 La doctrina expuesta corre en la confesion para obligarse, no en la que se hace por causa de liberacion, pues si el acreedor por qualquiera contrato confiesa que se le hizo la paga, puede dentro de treinta dias oponer la excepcion de la *non numerata pecunia*, y en este caso el deudor debe probar la

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

(*I*) La presuncion *juris & 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.

la paga y de otra suerte no queda libre (*dic. n. vers. Advertendum.*).

CAPITULO VII.

Del comodato y del depósito.

1 Comodato es: *quando alguno entrega á otro gratuitamente cierta cosa mueble ó inmueble, para que use de ella por cierto y determinado tiempo tácita ó expresamente.* Por este contrato no se transfiere el dominio, ni la posesion, ni otro derecho real en el comodatario, quien por ser solo el que recibe utilidad, debe prestar hasta la culpa levísima aunque no los casos fortuitos (*n.* 1. *ley* 1. *al fin tít.* 1. *part.* 5. *y todo el tít.* 2. *de la misma part.* (*a*).

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 extiende la obligacion á la culpa levísima, y por esta en aquellos que debe satisfacer por la culpa leve solamente (*dic. n. vers. Unum tamen.*) (*b*).

3 Con-

(*a*) 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 entónces solo queda obligado á la estimacion del uso que no le fué concedido ó del lucrocesante (*n.* 2. *vers. Quod commodatarius.*).

(*b*) Varios AA. sostienen que la estimacion de la cosa obra tan

3 Convienen el comodato y el precario en que por ambos se lucran los frutos de la cosa, y se diferencian en que por este 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 qual se verifica por el contrario en el primero (*dic. n. vers. Et ex prædictis.*).

4 Depósito es: *quando 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 fe y muy privilegiada; pues inmediatamente que se intenta debe volverse el depósito, aunque se haya hecho por el ladron, siervo, hijo ó persona semejante, sin que tenga lugar la compensacion: y si el depositario se excusa á restituir, siguiéndose la condenacion se hace infame, y está obligado á la entrega de la cosa ó su estimacion con todo el interes, siempre que el depósito fuese 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 tít. 3. con todo él part. 5.*) (*a*).

5 El

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.*).

(*a*) 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 quando á un tiempo piden la cosa depositada el ladron depositante y el señor, si este prueba que es suya, en cuyo evento se le ha de restituir (*n. 3. vers. Sunt tamen.*).

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 levísima, 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 quando 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 levemente que con facilidad pudiera abrirse ó desliarse, y el depositario sea sugeto de buena opinion (*dic. n. vers. Item quæro.*).

7 Para que se verifique depósito, es indispensable que se dé la cosa expresamente para su custodia, porque si el dueño sin manifestacion alguna la pusiese en la casa ó quarto de otro sabiéndolo este y permitiéndolo, no se conceptua depósito. En esta atencion si por salirse el dueño de su casa ó quarto y dexarse 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 estos por razon de su oficio deben pagar aquellas cosas que ponen los huéspedes en su presencia si son hurtadas: como ni tampoco quando el dueño expresa que entrega la cosa para su custodia á qualquiera persona, y esta callase, por verificarse entónces un depósito tácito (*dic. n. vers. Item adde quod ad hoc.*).

8 Si el comodatario, depositario ú otro qual-

quiera 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 este 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. Dixe, *deudor en especie*, porque si lo es en cantidad ó género no se excusa, mediante á que el género no puede perecer (*n.* 3.).

9 Conveniéndose el acreedor y deudor en que este entregue la cosa al que llevase ciertas señales, como ignorante el acreedor se presente con estas al deudor alguno de los circunstantes ó transeuntes 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 concurrian las antedichas presunciones particulares, sino que se presumia 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 envie lo que le debe sin expresarle lo haga con este, 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 dixo al principio del *capítulo* 2. y este es qualquiera contrato innominado, el qual se divide en quatro especies, es á saber; *doy para que dés*, *doy para que hagas*, *hago para que hagas*, *y hago para que dés*. Por derecho romano y departidas para que naciera accion y obligacion eficaz del contrato innominado, se requeria el cumplimiento por alguna de las partes (*n.* 1. *ley fin. tit.* 6. *part.* 5.), pero hoy no es necesario segun la *ley* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *de la Recop.* la qual no pide para la obligacion eficaz mas que la voluntad expresa ó tácita de obligarse, y de consiguiente basta la policitacion, excediéndose en esto nuestro derecho al canónico que á lo ménos exîge 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 excepcion á lo ménos en la execucion real si no ofrece y cumple por su parte: infiriéndose de aquí que aunque los instrumentos guarentigios se executan sin que pueda oponerse contra ellos excepcion alguna fuera de las contenidas en la *ley* 1. *tit.* 21. *lib.* 5. *de la Recop.* se puede oponer la que acaba de mencionarse (*núm.* 4.) (*1*).

2 De todo lo expuesto 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 este, 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 comprehende en el contrato general *doy pa-*

(*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.

para que dés, y consiste en la recíproca entrega de cosa cierta en especie. Tiene nombre propio, no porque dexase 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 este 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. *tít.* 6. *part.* 5.) (*).

CAPITULO IX.

Del contrato verbal.

1 Tambien se dixo al principio del *capítulo* 2. que el contrato se celebra con palabras, y entónces se llama estipulacion 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 este no consienta ni expresa ni tacitamente.* El pacto nudo *es un convenio entre los que se hallan presentes y consienten expresamente por palabras formales y equivalentes* (*nn.* 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 este, y la solemnidad que se exîge en otros contratos, se llama de palabras por la solemnidad de estas; bien que en el dia no es necesaria la estipulacion con arreglo á la citada *ley* 2. *tít.*

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

tít. 16. *lib.* 5. *de la Recop.* y á lo que se ha notado sobre ella en varios pasages, 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 esta 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 quando 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 esto debe entenderse en el contrato lucrativo no en el oneroso, en donde la diversidad quantitativa 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 entónces valdrá en la menor (*n.* 4. *ley* 16. *tít.* 13. *part.* 5.).

3 La diversidad en la qualidad ó en el tiempo por haber precedido interrogacion pura y seguídose 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 qualidad, y esta la induce en la substancia: y si hablamos particularmente con respecto á la diversidad en el tiempo, podemos decir que aun quando 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 ántes del dia ó tiempo que expresó por favor suyo. De aquí se deduce que la regla conforme á la qual el deudor *in diem* puede ántes

tes 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 quando se mencionó el tiempo por gracia del deudor, mas no si se hizo por beneficio del acreedor (*dic. n. vers. Secunda conclusio, ley 6. tít.* 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. *tít.* 11. *part.* 5.), á no ser que la diversidad agrade incontinenti al acreedor (*vers. Sexta, ley* 26. *tít.* 11. *part.* 5.): y si habiendo precedido interrogacion, fuese de cosa ó suma, ó fuese pura, condicional ó de otra qualquiera 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 sola, vale en esta el contrato, mediante á que en ella convienen las partes, y tantos son los contratos quantas son las cosas deducidas en la convencion: y si por el contrario precediendo interrogacion de cierta cosa, se sigue la respuesta de esta y de otras, en todas es válida la estipulacion (*vers. Quarta.*); pero si precede la interrogacion alternativa de tal ó tal cosa, y se sigue la respuesta de una sola, ó al contrario si precede interrogacion de una cosa y se sigue la respuesta alternativa de esta ú otra, no subsiste el contrato en cosa alguna por el dinero de las partes, en atencion á la mucha diversidad que hay entre la estipulacion pura y la alternativa con respecto á la forma, substancia y efecto (*vers. Quinta.*).

6 Quando la diversidad es únicamente en la voz, no en la substancia y efecto, como si precede la interrogacion de ciertas monedas de plata y se ofrecen otras diversas de la misma materia y estimacion, no se vicia la estipulacion porque en el dinero no se considera mas que el valor y efecto. Lo propio sucede por esta razon aunque el dinero ofrecido sea de diversa materia, y así el acreedor será obligado á recibir este en qualquiera 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 interrogacion en un idioma y siguiéndose la respuesta en otro, siempre que los contrayentes los entiendan ambos, ó intervenga la declaracion de algun intérprete; pues en estos términos todos los actos y contratos se pueden celebrar en qualquiera 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 haya de poner en algun 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 extrangeros por la obligacion que tienen á inquirir sobre el idioma del lugar donde residen, y de otra suerte á ninguno perjudicaria, excusándose qualquiera con la ignorancia de la lengua (*vers. Decima*).

8 Si habiendo intervenido intérprete en algun acto ó contrato, se suscitase alguna duda entre las partes, depondrá aquel ante el Juez con juramento de qué modo declaró á estas en el tiempo del acto el idioma ó palabras sobre que recae la duda (*vers. Advertendum tamen*): debiendo estarse á la declaracion del intérprete sin otra prueba ó adminículo, no obstante de que á un testigo solo no se ha

ha de creer aunque se halle constituido en grande dignidad, siempre que conste por confesion de las partes, ú otra prueba ó indicio, que con voluntad de estas 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 da á uno solo entero crédito. Y segun esta distincion se ha de estar al testimonio de los peritos, quando en algun 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 qual trae varios exemplos nuestro Gomez (*núm.* 5.) (*a*).

CAPITULO X.

De los contratos, sus obligaciones y efectos individuos.

1 El contrato, su obligacion y efecto se dicen dividuos ó individuos conforme á la disposicion del derecho, y es regla general que se digan dividuos 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: otras cosa particular ó integral en especie ó en género como el animal, casa, fundo ú otra qualquiera cosa mueble ó inmueble: otras cosa incorporal como la servidumbre; y otras un hecho: debiendo saberse que solamente con quatro respectos se dice el contrato dividuo ó individuo, es á saber, con res-

(*a*) Es mas probable segun el rigor del derecho que en las causas arduas 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.).

respecto á la promesa y obligacion, con respecto á la distribucion y division entre los herederos, con respecto á la paga, y con respecto á la liberacion y efecto (*núm.* 2.).

2 Quando se deduce cosa que consiste en número, peso ó medida es el contrato dividuo por todos respectos. En primer lugar lo es respecto de sí mismo y de la obligacion, porque así como puede deducirse una grande cantidad ó número, así tambien qualquiera de sus partes. En segundo lugar lo es respecto de la division entre los herederos, pues estos muerto el deudor se hallan obligados á pagar la deuda segun sus porciones hereditarias, dividiéndose *ipso jure* entre ellos la obligacion, de tal suerte que pagando cada uno la deuda por su parte aun contra la voluntad del acreedor, queda libre, porque entónces paga verdaderamente todo lo que debe, y no hace satisfaccion parcial, que no puede ser compelido á admitir el acreedor. No obsta que la condicion de la obligacion no se muda por la persona de los herederos, mediante á que debe entenderse en los actos ó contratos individuos no en los dividuos. En esta atencion si el enfiteúsis se impone con el pacto de retrovendendo, no puede un heredero redimirlo pagando su parte: si se vende la cosa con el pacto de que si el precio no se paga dentro de cierto tiempo se tenga por no comprada, dexando de satisfacerse una parte aunque mínima, se tiene por no vendida; y si alguno quiere retraer la cosa del comprador por el mismo precio en virtud de ser consanguíneo ó compañero, no puede hacerlo en parte (*núm.* 3.).

3 En tanto es verdad que en el expuesto caso qualquiera heredero se halla obligado en parte, que aunque el coheredero no tenga para pagar, no tiene obligacion de satisfacer por él ni aun en el fuero