

ma y costas; y si no lo hace, pide el acreedor su venta, nombra tasador, y pretende se notifique al deudor elija otro, ó se conforme con el electo, y en su defecto que lo nombre el juez, y se le manda notificar que lo nombre dentro de tercero dia, con apercibimiento de que pasado sin haberlo practicado, se nombrará de oficio. Si no cumple, le acusa la rebeldía, y el juez elige el que quiere: valúan los dos unánimes bajo de juramento las prendas: se fijan despues cédulas por nueve dias, de tres en tres útiles, en los sitios públicos y acostumbrados, señalando en la última el del remate: se dan los tres pregones que previene la ley (si hay pregonero) á las puertas del oficio del escribano originario, ó parage donde se acostumbra en el pueblo rematar las cosas que se venden judicialmente; y celebrado el remate, entregan al comprador con el competente testimonio para título legitimo cuando pague su importe, y de este se satisfice al acreedor su crédito, y los gastos que con dicho motivo se le hayan ocasionado, á cuyo fin se tasa. Si sobra algo, se hace saber al deudor para que acuda á su percibo; y si falta, se le exigen mas bien para la solucion del resto; así lo he visto practicar y practiqué. Siendo hipotecas, se pide directamente ejecucion contra ella, y sigue hasta sentencia de remate; y declarada esta en cosa juzgada, ó ejecutoriándose por tribunal superior, pide el acreedor, y manda el juez sacarla á pública subhasta: se tasa y pregona por treinta dias útiles: se fijan cédulas en los sitios públicos por tres dias, de nueve en nueve dias útiles, que con los tres de la fijacion componen los treinta: se admite la postura y mejora, y se hacen saber á los postores anteriores y deudor: se celebra el remate prefinido en el y declarado en cosa juzgada, ó probado, ya sea por el propio juez ó tribunal superior, dado el cuarto pregon, deposita el comprador el precio; y hecho, se le da posesion de la alhaja; el juez otorga despues á su favor en nombre del deudor venta judicial en forma; y si no hay comprador, se adjudica en pago al acreedor por la tasa, devolviendo el exceso que haya. Previniendo que para ser admitidas las posturas, deben exceder de las dos terceras partes de la tasa; y que si el acreedor las hiciere por tercera persona, y se rematare en el la alhaja, descubriéndose despues este fraude, ademas de ser nula la venta y deber rescindirse, tiene que tomar en cuenta de su crédito los frutos que produjo; y si exceden á este, restituirlos con la cosa, á ménos que para tomarla intervenga consentimiento expreso del deudor dueño de ella, que entónces cesa lo dicho.

Si el empeño consta por papel simple, precede su formal reconocimiento, y luego se practican las diligencias referidas, se.

gun sea la cantidad de la deuda. Esta es en sustancia la práctica de estas ventas, y de cuyas diligencias omito la extension y algunas prevenciones, por no corresponder á este lugar, sino al tratado de los juicios; pero advierto que si nada pactan las partes en quanto á venta, no lo ponga el escribano con pretexto de que el acreedor queda mas asegurado, pues la ley 42 tit. 3 part. 5, da facultad amplia á este, para que si despues de haber requerido tres veces al deudor ante testigos que quite el empeño, pasaron dos años y no lo hubiere hecho, pueda vender la alhaja empeñada en almoneda pública. aunque se le prohibiese el hacerlo al tiempo de celebrar el contrato pignoraticio; á mas de que no debe traspasar los limites del convenio para no gravar su conciencia.

## CAPITULO XIV.

### *De los préstamos.*

#### PARTE TEÓRICA.

**C**ONTINUANDO la materia de contratos, conviene tratar de los que se dicen *realas*, porque se perfeccionan con la entrega de la cosa que es su objeto; porque solo por la entrega queda obligado el que la recibe á la restitution de la misma cosa ó de su valor. Estos contratos son el *mutuo* ó *préstamo*, *comodato*, *depósito*, *la prenda* (del cual ya se habló), y todos los innominados.

El *empréstito* es un contrato por el cual un individuo entrega á otro gratuitamente alguna cosa para que se sirva de ella: Divídese en *mutuo* y *comodato*: *mutuo* se llama la entrega gratuita de alguna cosa de aquellas que se acostumbran medir, pesar ó contar, y que no pueden usarse sin consumirse á fin de que el mutuuario disponga de ella como dueño, obligándose á devolver al mutuante igual cantidad en especie, bondad y de-

mas calidades; y el *comodato* consiste en entregar un individuo á otro cualquiera de aquellas cosas que no se gradúan por número, peso ni medida para que se sirva de ella por algun tiempo, con obligacion de devolverla sin menoscabo notable y no otra en su lugar.

Por lo que se ha dicho del mutuo se debe entender que el dominio de la cosa prestada pasa al mutuario luego que se hace la entrega de ella, pues de otra manera no tendria tampoco el derecho de servirse de ella supuesto que no se puede usar sin haber de consumirla, y así es que si la cosa perece, perece para el mutuario, y así lo dispone una ley de Partida. El mutuario, pues, hace suya la cosa prestada, puede disponer de ella y debe volver otra semejante en el dia, lugar y términos que estipule con el prestador ó mutuante. Si no puede volverla tan buena como la prestada ó en el dia y lugar conocidos, ha de pagar la estimacion justa que tenia cuando debió volverla; y si nada se pactó sobre el lugar y tiempo, cumple con volverla segun el precio que tenga en el dia y parage que se le demanda.

Cuando se hubiere apreciado la cosa al tiempo de hacer el préstamo, debe volverla el mutuario segun el valor que se le dió entónces aunque á la vez de restituirla salga mas ó ménos; pero si no se apreció al tiempo y en el lugar en que se prestó, cumplirá con devolverla en el tiempo y lugar convenido por la estimacion que tuviere entónces, así como si no se apreció, ni se trató nada acerca del dia ni lugar de la restitucion, se ha de volver segun el valor que se le diere en el tiempo y lugar que se le pida; siendo de notar que

de todos modos en caso de morosidad, estará el mutuario obligado á pagar la pena que hubiere causado al mutuante.

Este por su parte debe advertir al mutuario los defectos ó vicios de la cosa prestada, y ser responsable de los perjuicios que por tal razon se le hubieren de seguir; pero esto se entiende cuando el mutuante es sabedor de aquello, pues siendo el contrato de pura gracia, no se le puede hacer responsable si no es que proceda maliciosa y fraudulentamente. Tampoco el mutuante puede pedir al mutuario las cosas que le prestó, sino hasta que se venza el plazo en que convinieren, y si no se hubiere fijado, podrá pedir las á los diez dias despues del contrato; y cuando se hubiere pactado que el mutuario vuelva las cosas prestadas cuando pudiere ó tuviere, aconsejan los autores que ha de ocurrirse al juez para que este fije á su arbitrio el término del pago con arreglo á las circunstancias.

Ya queda dicho que el mutuo se distingue del comodato en que las cosas prestadas han de ser precisamente de las que se cuentan, pesan ó miden, llamadas fungibles en el derecho, porque se representan las unas por las otras y se consumen por el uso, como el trigo, vino, aceite y el dinero, y por tanto el que presta un caballo tiene derecho á que se le vuelva el mismo y no otro animal de la misma especie, puesto que no es cosa fungible; pero si es animal de matanza, se convertirá en cosa fungible, como por ejemplo si un carnicero toma prestado de otro un carnero ó una res para matar y vender en su tabla, queda cubierta su obligacion restituyendo otra res ú otro carnero de la misma calidad. Y si el mutuo fue en

dinero, aunque despues de celebrado tomen las monedas algun aumento ó disminucion, el mutuuario solo está obligado á devolver la suma numérica que recibió, á no ser que otra cosa se hubiere pactado, porque dice un principio que no son las piezas de la moneda las que hacen la materia del contrato, sino el valor que representan.

Ultimamente, aunque el mutuo debe ser gratuito por naturaleza, no está prohibido al mutuante cobrar algun interes compensatorio por razon del *daño emergente ó lucro cesante*, por quanto no es justo que uno sufra pérdidas ó se prive de ganar por prestar á otros sus cosas: de aquí es que ha tenido origen la usura, que aunque entre nosotros está autorizada en los contratos por leyes civiles, no pueden ser tan exorbitantes que se quiebre por ellas las reglas del derecho natural y de una justa igualdad, por las cuales estan obligados los contratantes á recibir tanto como se da ó se pierde, y por consiguiente, si cualquiera de las partes se halla con ménos, podrá exigir una indemnizacion racional ó romper el contrato, que es la razon en que se fundan las leyes para disponer que el que ha padecido engaño ó lesion enorme, la cual consiste en la mitad del justo precio; pues si es de mas será lesion enormísima, puedan reclamar hasta dentro de quatro años los contratos y convenios en que han salido dañados; y los prácticos enseñan que si alguno toma dinero por un quatro ó mas por ciento de interes mensual, quando el precio corriente de aquel fuere solo de dos ó ménos en el comercio, podrá entablar legalmente el remedio de la lesion; siendo de advertir que en los capitales piadosos no puede pa-

sar el interes del cinco al seis por ciento cada año, porque con respecto de estos no militan las disposiciones de que acaba de hacerse mérito. Del mismo modo prohiben las leyes que ningun comerciante ú otra persona pueda dar á préstamo cantidad alguna en mercaderías de cualquier especie, ni los escribanos otorgar escritura sobre tales contratos, pena de suspension de oficio por dos años y de perdimiento de la cantidad así dada para el oficio, juez y denunciador; bastando la prueba privilegiada de derecho que es competente en todo contrato usurario. Los jueces ordinarios que conocieren de esto, deben tener particular atencion á que si la persona que tomase á préstamo mercaderías solas ó juntas con dinero, acostumbra ejecutar tales contratos, malversando sus bienes y patrimonio, con la justificacion debida, se le ponga intervencion para evitar su des-arreglo.

Los que tienen facultad de contratar, pueden recibir prestado, sea por sí y en nombre de otros; pero á las iglesias, cabildos, comunidades y menores no se les puede prestar si no se prueba primero que el préstamo se convierte en su utilidad, y para esto se observa en práctica que preceda dicha informacion y la licencia del juez, porque si no se hace así, no habrá derecho de recobrar lo prestado.

Tampoco puede prestarse á persona alguna bajo la condicion de pagar quando se case, neredo ó suceda en algun mayorazgo, ni tampoco á los hijos de familia sin consentimiento del padre en cuyo poder estan, porque en tales casos nadie está obligado á pagar la deuda ni aun los fiadores, si

los hubiere; y por lo que toca á los menores, véase lo que se ha dicho tratando de las renunciaciones de los beneficios respecto del de el Senado-consulto Macedoniano.

Resta que hablemos de las cosas relativas al *comodato*. Este, dicen los autores, que *ha de ser gratuito como el mutuo*, pues si interviniere alguna renunciacion, degenerará en *arrendamiento ó locacion*, y tambien que es de su esencia el que la cosa se dé *por tiempo determinado*, bien se exprese cuando deba ser, ó bien se omita esta circunstancia; en cuyo caso habrá de devolverse cuando lo pida el mutuante, pues si llevase consigo la perpetuidad, seria cesion de uso ó de usufruto.

Las obligaciones del comodatario son las siguientes: 1.<sup>a</sup>, no emplear la cosa sino en el uso para que se le prestó, pues si la emplea en otro y perece á sus resultas, aunque sea por caso fortuito, tendrá que pagarla: 2.<sup>a</sup>, usar de ella de un modo conveniente, debiendo responder en otro caso de los perjuicios que padeciere por culpa suya: 3.<sup>a</sup>, pagar los gastos ordinarios y precisos mientras se sirviese de ella, esto es, aquellos gastos sin los cuales no puede hacerse uso alguno de la cosa prestada, como la comida del caballo: 4.<sup>a</sup>, restituirla al comodante luego que pasó el tiempo ó uso para que la recibió; de modo que si fuere moroso en la devolucion, tendrá que responder hasta de los daños que la cosa padeciere por casualidad; teniendo entendido que no la puede retener ni bajo pretexto de que no pertenece al comodante, ni á título de deuda que este le debiere, pues la compensacion no tiene lugar en el comodato, á mé-

nos que la deuda hubiere sido contraida en beneficio de la misma cosa despues de prestada y no ántes.

Por consiguiente, el comodante tiene obligacion: 1.<sup>o</sup>, de dar la cosa sin vicio, de suerte que si lo tiene y no lo manifiesta, sabiéndolo, ha de pagar al comodatario todo el daño que por esta razon la viniere; como por ejemplo, en el caso de que habiéndole prestado una cuba ó tinaja para tener vino ó aceite, se perdieren estos efectos por estar la basija quebrantada, ó por cualquier otro vicio que sabia el dueño: 2.<sup>o</sup>, de no pedir la cosa prestada ántes de concluirse el tiempo estipulado, sino es por una necesidad imprevista: 3.<sup>o</sup>, de abonar al comodatario todas las expensas extraordinarias que hubiere hecho para la conservacion de la cosa prestada, como por ejemplo siendo un caballo, las de la curacion de una enfermedad contraida sin culpa del comodatario, pero no las relativas á su uso, como la comida en dicho ejemplo.

Por lo que respecta á quienes son aptos para celebrar el contrato de comodato, basta con lo dicho respecto de las del mutuo, cuyas doctrinas son aplicables á este y á aquel.

#### PARTE PRACTICA

##### *Obligacion llana de mutuo.*

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: Que promete y se obliga á pagar en una partida á Juan Rodriguez, de la propia vecindad, seis mil pe-os, los mismos que le entrega prestados sin el mas leve interes (como lo jura en solemne forma, de que doy fe), para subvenir á sus urgencias, en tales monedas,

de cuya entrega y recibo doy fe, por haber sido á mi presencia y de los testigos que se nombrarán: y de la tal cantidad otorga á su favor el mas eficaz resguardo que á su seguridad conduzca; obligándose igualmente á ponerlos á su costa por su cuenta y riesgo en casa y poder del citado Rodriguez, para tal día, de tal mes y año, en buena moneda de plata ú oro corriente, y no en otra cosa ni especie; y pasado sin haberlo hecho, quiero que sin necesidad de citacion ni otra diligencia judicial ni extrajudicial, que expresamente renuncia, se le apremie por todo rigor y via ejecutiva, á su solucion y á la de las costas, gastos y perjuicios que se le irroguen al acreedor, cuya liquidacion desiere en su juramento, ó de quien su poder ó causa hubiere, relevándole de otra prueba. Y al cumplimiento de lo pactado en esta escritura, obliga su persona y bienes &c. [*Aquí se pondrá la cláusula guarentigia, sumision y renunciacion de leyes que en otro cualquier instrumento*].

*Nota.* Por esta escritura puede el escribano ordenar todas las de mutuo, á diferencia de que cuando la cantidad no parece de presente, ha de renunciar el deudor la ley 24 y *auto acordado* 1 tit. 21 lib. 4 de la Recop., que es la 5 tit. 17 lib. 11 de la Nov. y nota; y en caso de que haya intereses, jurar lo que importan. Este juramento lo han de hacer con arreglo á la ley 22 tit. 1 lib. 10 de la Nov. Recop., á fin de evitar la usura simulada que podia resultar incluyendo los intereses en una masa con la suerte principal.

#### *Obligacion de préstamo comodato.*

En tal villa, á tantos de tal mes y año, ante mí el escribano y testigos, Francisco Lopez, vecino de ella, dijo: Que otorga y recibe en este acto de Pedro Rodriguez, de la propia vecindad, una mula de tal color (*Aquí se pondrán las señales por donde pueda ser conocida, y la fe de entrega, y prosigue*), cuya mula le presta para hacer viage á tal lugar [*Aquí se dirá si ha de ir á caballo, ó la ha de dar otro destino*], obligándose á volvérsela para el día tantos de tal mes de este año, tan buena como la recibe, y á este fin tratarla y cuidarla como si fuera suya propia, sin emplearla en otro objeto ó destino; y si por no cumplirlo se muriere ó deteriorare, se obliga tambien á satisfacerle incontinenti tantos pesos que vale, ó la ménos estimacion que tenga á juicio de inteligentes, que ambos elegirán unánimes, á lo que, y á la solucion de las costas y daños que se le ocasionen por esta razon, quiere ser compelido por todo rigor legal.

Igualmente se obliga á no poner excepcion que le sufrague bajo la pena del duplo del valor actual de la expresada mula, en que se da por condenado, sin mas sentencia ni declaracion; y que la pague ó no, y graciosamente se le remita, se ha de llevar á debido efecto esta escritura, y por el mismo caso ser visto haberla aprobado y ratificado; á todo lo cual obliga su persona y bienes muebles, raices, &c. (*La ley 71 tit. 18 part. 3, trata de la ordenacion de esta escritura.*)

*Nota.* Si el comodatario quisiere obligarse al deterioro ó muerte que padezca la cosa comodada por caso fortuito, recibirá en sí el peligro que sucediere en ella mientras la tenga en su poder, y á mayor abundamiento renunciará las leyes 2 y 3 tit. 2 part. 5., que dicen: *que perdiendo, deteriorándose ó muriéndose la alhaja comodada por caso fortuito, no queda obligado el comodatario á su responsabilidad*; y de esta suerte á todo podrá ser compelido, tenga ó no culpa, bien que sin esta renunciacion á cuanto se obligue quedará obligado, segun la ley 1 tit. 1 lib. 10 de la Nov. Recop.

## CAPITULO XV.

### *Del depósito.*

#### PARTE TEÓRICA.

**S**ÍGUESE hablar del depósito, como uno de los contratos que se dicen reales, y el cual consiste en la entrega que un individuo hace á otro de alguna cosa propia con el solo objeto de que se la custodie. Diferenciase del mutuo y comodato, en que el depositario no puede hacer uso de la alhaja, y de la locacion ó arrendamiento en que no tiene que dar ningun interes al depositante. Léjos de eso suele dar este alguna renunciacion al depositario por el trabajo y cuidado en conservar el depósito, aunque por lo comun este contrato es gratuito.