hipotecados. Lo 4º los depósitos perdidos en poder de los deudores. Lo 5º las deudas de los privilegiados. Lo 6º las de los otros acreedores; y cuando hay muchos acreedores de una misma calidad, se ha de guardar la anterioridad de tiempo. Advierto, que acerca de esto hay leyes diversas en diversos reinos: por lo cual es preciso en estos casos consultar con letrados, y procurar el mejor medio para evitar pleitos.

§ VI.

De las causas que excusan de restituir, y del poseedor de buena fe, y de mala fe.

Preg. ¿Qué es lo que excusa de restituir? R. *Voluntas domini expressa, vel presumpta;* la ignorancia invencible, y la impotencia física ó moral. *Voluntas domini expressa*, v. gr. cuando el dueño le dice al deudor que tenga la cantidad. Todo el tiempo que hubiese esta voluntad expresa, está excusado el deudor. *Voluntas præsumpta;* v. gr. me veo muchas veces con el dueño, y no me pide la deuda, sabiendo y pudiendo pedirla sin temor ni empacho. *Ignorancia invencible:* como si uno ignorase invenciblemente que debia ó retenia cosa ajena. Impotencia *física;* v. gr. cuando uno no tiene con qué restituir está excusado, *quia ad impossibile nemo tenetur*. La impotencia *moral* es, cuando tiene, pero no puede restituir sin notable detrimento, por cuanto si restituye bienes de inferior fortuna, se le ha de seguir detrimento notable en bienes de superior fortuna. P. Estas causas ¿quitan del todo la obligacion de restituir? R. Que no, y que solo la suspenden mientras dura la causa. P. ¿Estoy obligado á restituir la honra con detrimento de la vida? R. Que no; porque hay impotencia *moral;* v. gr. Pedro en una informacion fué presentado por testigo para cierta pretension de hábito ó encomienda, y depuso falsamente, que el pretendiente era judío, por lo cual el dicho perdió el hábito: si ese testigo se desdice, le han de quitar la vida, como supongo: en este caso no está obligado por entonces á restituir la honra con tanto detrimento; pero debe ponerse en salvo, alejándose, y despues remitir testimonio fehaciente de que lo que depuso fué falso. A este modo se ha de aconsejar á uno que está en el artículo de la muerte, y tiene deshonrado á alguno injustamente con des-

honra pública; á este dijera yo, que si quiere salvarse, se desdiga á voces de la injusticia, y si no hay quien lo oiga, que lo deje escrito de su mano, y sino, que dé licencia para que el Confesor en su nombre satisfaga el agravio que ha hecho á su prójimo.

P. ¿Estoy obligado á restituir la hacienda con detrimento de la honra? R. Que no; v. gr. un caballero de prendas heredó un mayorazgo de sus padres muy empeñado; para haber de pagar este todas las deudas era menester que dejase su traje, estado y criado; en este caso y otros semejantes no está obligado á pagar luego las deudas con este detrimento, no siendo igual, ó casi igual el del acreedor; pero debe moderarse y cercenar superfluidades de gastos, juegos, etc. para ir pagando. P. Un caballero, por lo mal habido con usuras, v. gr. sube á un puesto honorífico, y si restituye ha de caer de su estado; ¿está obligado á restituir? R. Que sí; porque esto no es caer de su estado, sino volver á su estado antiguo, y dejar el que usurpó. P. Uno debe cien ducados, y para pagarlos ahora, es preciso que venda por cien ducados una cosa que vale ciento y setenta; ¿debe pagar con este detrimento? R. Que no; si no es que el prójimo padeciese necesidad que obligue á ello: porque mi detrimento, aunque es en hacienda, es mucho mayor que el suyo.

P. El juez que recibe dinero por dar sentencias injustas; y el asesino que lo recibe por matar á un hombre ¿deben restituir el dinero recibido? R. Lo primero, que si no ejecutan la accion, ó cosa torpe por la cual les dan el dinero, lo deben restituir, y en esto no hay duda. R. Lo 2º que aunque ejecuten la cosa por la cual les dieron el dinero, deben restituir en sentencia muy probable, porque estas donaciones están reprobadas *jure positivo*. Y esta restitucion se ha de hacer *ante sententiam judicis* á los pobres ú obras pias. P. El que recibe dinero para hacer una cosa, á la cual estaba obligado *ex justitia*, ¿puede quedarse con el dinero? R. Que no; porque ningun derecho tiene al tal dinero; v. gr. si la mujer recibiese dinero de su marido, por pagarle el débito; el deudor, por cuanto satisface á la deuda; y el inventor de alguna cosa, por devolverla á su dueño.

Como en este Tratado muchas veces se habla del poseedor de *buena fe* y de *mala fe*, y aun el saber la distincion que hay entre ellos, conduce mucho para la práctica de la restitucion; por tanto, y para complemento del Tratado: P. Lo

primero: ¿Qué se entiende por poseedor de buena fe, y por poseedor de mala fe? R. Que por poseedor de buena fe, *quoad præsens attinet*, entiendo aquel que tiene la cosa ajena grave sin conciencia de pecado mortal, por cuanto ignora invenciblemente que la cosa es ajena; aunque *aliàs* peque venialmente por alguna advertencia imperfecta. Por poseedor de mala fe se entiende aquel que retiene la cosa ajena grave, sabiendo que es ajena, ó con ignorancia vencible suficiente para pecar mortalmente en la retencion. P. ¿Por qué raiz están estos obligados á restituir? R. Que el poseedor de buena fe está obligado *ratione rei acceptæ*; y el poseedor de mala fe está obligado *ratione rei acceptæ*, pero como injusto retenedor; y si hurtó la cosa, estará tambien obligado *ratione injustæ actionis*.

P. Lo 2º ¿En qué se distingue el poseedor de *buena fe*, y el de *mala fe*? R. Que hay muchas diferencias: el poseedor de buena fe está obligado á restituir la cosa en el estado en que se halla; y si pereció, aunque fuese por culpa suya, nada tiene que restituir, sino solo *illud in quo factus est ditior*; pero el poseedor de mala fe debe restituir la cosa en el estado en que la tomó, *cum lucro cessante, et damno emergente*; y si pereció la cosa aunque fuese sin culpa suya, debe restituir su valor *cum lucro cessante, et damno emergente*. Mas: el poseedor de buena fe debe restituir los frutos, así *naturales*, como *mixtos* de naturales é industriales, si están en ser; y si perecieron, debe restituir *illud in quo factus est ditior*: pero el de mala fe los debe restituir, *cum lucro cessante, et damno emergente*; y esto, aunque los hubiese gastado. Mas: el poseedor de buena fe puede sacar las expensas, así *necesarias*, como *útiles* y *voluntarias*; pero el de mala fe solo puede sacar las expensas *necesarias* y *útiles*. Y añado, que si el dueño de la cosa la podia conservar y mejorar sin los gastos que hizo el poseedor de mala fe, no tendrá este derecho á sacar dichos gastos. Si las expensas, aunque *voluntarias*, se pueden separar sin daño de la cosa, podrá separarlas. Si igualan ó exceden el valor de toda la cosa, no está obligado el dueño de la tal cosa á pagarlas todas, segun los Salmaticenses. Si el juez condena al de mala fe á que solo se le paguen las expensas *necesarias*, se estará á la sentencia.

Tambien el poseedor de buena fe puede prescribir y usucapiar, pasando los años que tiene señalados el derecho; pero

el de mala fe no puede prescribir ni usucapiar. Mas: el poseedor de buena fe puede rescindir el contrato, luego que sepa que la cosa es ajena, dándosela al que se la vendió á él, si eso fuere necesario para cobrar su dinero, ó para no padecer descrédito, porque tiene derecho á esto, y no pone la cosa en peor estado de lo que antes estaba: pero el poseedor de mala fe no puede hacer esto. Finalmente se distinguen, en que el poseedor de buena fe puede resolver una duda práctica en especulativa: v. gr. despues que poseía la cosa con buena fe, entró á dudar si era ajena, hizo las diligencias debidas para salir de duda, y se quedó en la misma duda, puede en este caso quedarse con la tal cosa, valiéndose de la regla, *in dubiis melior est conditio possidentis*; pero el poseedor de mala fe no puede hacer esto. Mas: el poseedor de buena fe puede defender la cosa en juicio, y se requiere que persevere en la buena fe; pero el poseedor de mala fe no puede hacer esto.

P. Lo 3º ¿Qué se entiende por frutos *naturales*, *industriales*, y *mixtos*? R. Que los frutos *purè naturales* son los que se siguen á la cosa sin industria humana, como son las yerbas de los prados, muchas crias de animales, etc. Los frutos *mixtos de naturales é industriales* son los que *partim* son *à natura, et partim ab industria hominum*: v. gr. los frutos de las viñas y los trigos, etc. Los *purè industriales* son los que puramente nacen de la industria; como si yo hurtase cien ducados, y con ellos ganase otros ciento, los ciento segundos son *purè industriales*. Con los frutos *purè industriales* se puede quedar así el poseedor de buena fe como el de mala fe; pero los frutos *naturales* y *mixtos* deben restituirse *modo dicto*.

P. Lo 4º ¿Qué son expensas *necesarias*? R. Que las expensas *necesarias* son, *quæ requiruntur, ne res pereat; vel fiat deterior*; como echar una viga á una casa para que no se caiga, siendo así que amenaza ruina; cultivar los campos para coger los frutos, etc. Las expensas *útiles* son, *quibus res fit pretiosior, et utilior*: v. gr. mejorar la casa y las viñas, etc. Las *voluntarias* son las que solo sirven para el recreo, y gusto; v. gr. pintar la casa.

Ahora se pregunta aquí: si Pedro con buena fe vendió un caballo á un ladron, y cuando dudó ó supo que el dinero que recibió por el tal caballo, era ajeno, ya el tal dinero estaba mezclado con otro dinero suyo, de tal suerte, que no

se puede discernir entre uno y otro; ¿estará Pedro obligado á restituir el tal dinero? R. Que Silvestro, *verb. Restitutio, n.* 3, *q.* 6, *Dico* 2, *vers. Et sexto tenetur*, á quien siguen muchos y graves AA., defiende que no, fundado en varias leyes del derecho civil que allí mismo alega. Pero como esas leyes hablan en el fuero externo civil, en el cual las cosas mezcladas de modo que no se puedan discernir, se juzgan libres de restitucion: decimos que en el fuero de la conciencia estaria Pedro obligado á restituir dicho dinero *saltem in suo æquivalenti;* porque realmente era ajeno. Véase el Mtro. Prado (*tom.* 2, *cap.* 17, *q.* 2, § 4). Lo mismo decimos, si recibiese Pedro ó comprase con buena ó mala fe de un ladron, vino, aceite ó trigo mezclado con otro del mismo ladron; aunque es verdad que obrando con buena fe, pudiera rescindir el contrato, como dice el autor citado allí mismo, § 4 et 5.

TRATADO XXXV.

DE LOS CONTRATOS.

De quibus S. Thom. 2. 2. quæst. 77.

Por cuanto en los contratos se debe guardar equidad, y precaver los daños que pueden resultar en ellos contra el prójimo, y á la virtud de la justicia le corresponde por oficio dar reglas competentes para este fin de conservar á cada uno en su derecho, y de guardarse fidelidad en los contratos; por tanto, me ha parecido muy conveniente poner, como preliminar al Tratado de los contratos, un parágrafo de la virtud de la justicia.

§ I.

De la justicia, y su division.

De qua S. Thom. 2. 2. *q.* [illegible] *et seq.*

Preg. *Quid est justicia?* R. *Est constans, et perpetua voluntas jus suum unicuique tribuens.* Dícese *constans, et perpetua*

voluntas, para significar que hacer justicia, ó dar á cada uno su derecho, ha de ser con propósito firme de hacerlo perpetuamente; y así para ser uno verdaderamente justo, y tener esta virtud de la justicia, no basta dar al prójimo lo que es suyo por dos veces, sino que es necesario tener la voluntad de darle perpetuamente á lo que tiene derecho. Por eso se añade en la definicion, *jus suum unicuique tribuens*, porque por estas palabras se distingue la justicia de las demás virtudes morales, que son *ad alterum*, como v. gr. la Religion, la gratitud, la observancia, piedad, etc.: porque aunque estas virtudes siempre van acompañadas de la justicia, y miran á dar algun obsequio, ó pagar alguna deuda á otro, es solamente por un débito moral, ó de congruencia, que ó no llega á la satisfaccion por la impotencia de poder igualar á la deuda, como sucede en la virtud de la Religion, que nunca puede dar á Dios todo el culto que se merece; ó aunque iguale ó exceda á la deuda en lo que se da, esto no se debe *ex debito propriè, et strictè tali, sed ex debito latè accepto;* el cual débito se llama de congruencia, porque es muy conveniente corresponder ó ser agradecido al bienhechor, como lo manda la virtud de la gratitud. Pero la justicia dicta y manda, que se dé á cada uno lo que es suyo, *ad æqualitatem*, por débito y derecho riguroso, propiamente tal. De lo dicho se infiere, que la justicia reside en la voluntad ó apetito racional, y es la mas noble entre todas las demás virtudes morales que se contienen bajo de las otras tres cardinales.

P. ¿En qué se divide la justicia? R. En *legal, distributiva* y *commutativa*. P. *Quid est justicia legalis?* R. *Qua partes communitatis perfectæ (puta regni, vel civitatis) ordinantur ad justum boni communis.* Esta justicia se halla principalmente en el Príncipe; y *minùs principaliter* en los súbditos. P. *Quid est justitia distributiva?* R. *Qua bona communia regni, vel civitatis distribuuntur inter partes communitatis secundùm proportionem meritorum.* Esta justicia se halla principalmente en los superiores que tienen que distribuir bienes: *et minùs principaliter* en los súbditos, en cuanto estos se conforman, y quedan satisfechos con la distribucion justa que hace el Superior. P. *Quid est justitia commutativa?* R. *Qua redditur unicuique res propria secundùm æqualitatem rei redditæ ad rem debitam in commutationibus.* Esta justicia se halla entre las partes de la comunidad,