

La segunda parte es el artículo 2009 Frances, 2002 de la Luisiana, 2042 Sardo, 1491 de Vaud, 1855 Holandes.

"Mandatum solvitur morte. Si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur," ley 26 al principio, título 1, libro 17 del Digesto. "Si praecedente mandato, Titium defenderas, quamvis mortuo eo cum hoc ignorares, ego puto mandati actionem adversus haeredem Titii competere: quia mandatum morte mandatoris, non etiam mandati actio solvitur," ley 58 del mismo título. "Utilitatis causa receptum est, si eo mortuo qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse te agere mandati actione: alioqui justa et probabilis ignorantia tibi damnum afferret," párrafo 10, título 27, libro 3, Instituciones.

En el caso de este artículo el mandatario obra de buena fé y en utilidad de solo el mandante. Así, aunque atendido el rigor de derecho, no debía valer lo obrado por el mandatario despues de la cesacion del mandato, se admitió lo contrario *ex bono et aequo*, que en contratos de esta especie debe prevalecer sobre los ápices del derecho.

Los terceros se encuentran en el mismo caso que el mandatario cuando, como él, obran de buena fé: si obran de mala fé sabiendo, por ejemplo, la muerte del mandante, aunque la ignorase el mandatario, no podrán prevalecerse de lo hecho.

Sin embargo, el artículo 200 Prusiano, título 13, parte 1, dice: "Las obligaciones del mandatario para con un tercero son válidas, si este ignoraba la muerte ó la incapacidad del mandante, aunque el mandatario la supiera:" pero esto solo podrá sostenerse en el caso de nuestro artículo 1624.

#### ARTICULO 1629.

*En el caso de morir el mandatario deberán sus herederos ponerlo en noticia del mandante, y proveer entretanto á lo que las circunstancias exijan para interes del mismo* (1).

1 Si el mandato termina por muerte del mandatario, deben sus herederos dar aviso al mandante y practicar, mientras este resuelve, solamente las diligencias que sean indispensables para evitar cualquier perjuicio.—Art. 2530, título 12, cap. 6, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2010 Frances, 3003 de la Luisiana, 2043 Sardo, 1492 de Vaud; el 1856 Holandes añade supérfluamente: "Si los herederos tienen conocimiento del mandato;" y "Bajo la pena de daños é intereses, si ha lugar á ello."

El 1025 Austriaco dice: "Cuando el mandato se acaba por la revocacion, renuncia ó muerte de uno de los contrayentes, el mandatario debe continuar la gestion de los negocios urgentes hasta disposicion ulterior de parte de los interesados:" es claro que en caso de muerte del mandatario el artículo Austriaco habla con sus herederos.

El 13 Bávaro, capítulo 9, libro 4: "Muriendo el mandante antes de haberse dado principio al negocio, el poder es nulo; si despues, el mandatario está obligado á cumplirlo. En caso de morir el mandatario se aplicarán estas mismas reglas á sus herederos."

La ley 40, título 2, libro 17 del Digesto, hablando de los herederos del socio, dice: "Ea quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent, in quibus dolus ejus admitti potest."

En el penúltimo párrafo del comentario del artículo 1597 he admitido yo la disposicion de esta ley Romana, aunque en la letra de dicho artículo no se expresa, y he citado el presente artículo 1629, por la semejanza, ó mejor dicho, paridad de razon.

El mandante escogió la probidad é industria del mandatario; su confianza fué personal: por otra parte, el mandatario se decidió á admitir su encargo por cariño tambien personal hácia el mandante: debe, pues, espirar el mandato por la muerte del mandatario.

Pero el deber que aquí se impone á sus herederos, se funda en que el velar sobre la conservacion de la cosa, que era objeto del mandato, es una carga de la herencia, pues que se deriva esencialmente de la obligacion originaria contraída por el difunto mandatario.

bles para evitar cualquier perjuicio.—Art. 2530, título 12, cap. 6, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

## TITULO XIII.

### Del préstamo.

#### CAPITULO PRIMERO.

##### DISPOSICIONES GENERALES.

#### ARTICULO 1630.

*Préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga á entregar á la otra alguna cosa de las no fungibles, para que use de ella gratuitamente y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato; ó á darle dinero á otra cosa de las fungibles, con la condicion de volver otro tanto de la misma especie y calidad, y entónces conserva simplemente el nombre de préstamo.* (1).

1. Bajo el nombre de préstamo se comprende toda concesion gratuita, por tiempo y para objeto determinados, del uso de una cosa no fungible, con obligacion de restituir esta en especie, y toda concesion, gratuita ó á interes, de cosa fungible, con obligacion de devolver otro tanto del mismo género y calidad. En el primer caso, el préstamo se llama comodato, y en el segundo, mútuo.—Pueden dar y recibir en préstamos los que pueden disponer libremente de sus cosas.—Los derechos y obligaciones que resultan del préstamo, son transmisibles tanto á los herederos como á los representantes del que prestó y del que recibió el préstamo.—Si el préstamo se declara nulo ó se rescinde, se observará por lo que toca á la cosa, lo dispuesto en el artículo 1794.—Si el contrato de préstamo se rescinde ó anula por ser incapaz uno de los contratantes, la excepcion de nulidad no aprovecha al fiador que haya intervenido en el contrato; si no prueba que al otogar la fianza, ignoraba la incapacidad en que se fundó la rescision.—Arts. 2785 á 2789, título 16, cap. 1, lib. 3, cód. civ. vigente.

La comision dice: que de los artículos que comprende el capítulo 1º, y que hemos citado en esta nota, solo requiere alguna explicacion el 2789, del se ocupa manifestando: que siendo el contrato de préstamo, uno de los mas expuestos al abuso, creyó de extrieta justicia determinar: que cuando uno de los contratantes sea incapaz, el contrato se nulifique, pero que esta excepcion de nulidad no apravechará al fiador, si no prueba este antes que al otorgar la fianza ignoraba la incapacidad del obligado, porque lo contrario á esta disposicion seria que la ley léjos de servir de amparo al débil, serviria de proteccion á un tercero que de mala fé habia garantizado una obligacion con pleno conocimiento de que no podia subsistir legalmente.—N. de los EE.

Están resumidos en el nuestro los artículos Franceses 1874, 1875, 1876 y 1892; los 1746, 1747, 1748 y 1774 Napolitanos, 1897, 1898, 1899 y 1914 Sardos, 1358, 1359, 1360 y 1376 de Vaud; 2862, 2863, 2864 y 3881 de la Luisiana; 3 y 5 Bávaro, capítulo 2, libro 4, en que se llama al comodato *préstamo propiamente dicho*, y 229 Prusiano, seccion 1, título 21, parte 1: segun los 971 y 983 Austriacos: "El contrato de comodato ó préstamo de uso se forma cuando se presta gratuitamente y por un tiempo determinado una cosa no fungible á alguno."

Esta es precisamente la definicion Romana del comodato que aprendimos en las Universidades; y las palabras á *tiempo cierto ó determinado* le distinguan del *precario* que podia revocarse siempre á voluntad del constituyente porque se daba indeterminado: lo mismo se dice en la ley 1, título 2, Partida 5: vé el artículo 1641.

Algunos creen que se llama comodato á *quasi cum modo datum*.

El artículo 971 Austriaco añade: "La promesa sin la entrega de la cosa, aunque sea obligatoria, no constituye el contrato de comodato."

El 2 Bávaro del capítulo y libro citados es mas general y explícito: "Los contratos reales son el préstamo, comodato, depósito y prenda. La entrega de la cosa es de esencia en estos contratos: sin embargo, si el contrato está perfecto sin la entrega, podrá pedirse por accion aislada y principal."

Sobre la diferencia ó division Romana y Patria de los contratos en *reales y consensuales*, siendo necesaria para la "perfeccion" de los primeros la entrega de la cosa, y bastando para la de los segundos el simple consentimiento, me remito á lo expuesto en los artículos 973, 975 y 976, donde dice: "Ahora todos los contratos son consensuales, etc."

Será, pues; obligacion civilmente la promesa de dar en préstamo ó comodato y de recibir en depósito; pero, como estos contratos son de gracia ó beneficio, y *nemini officium suum debet esse damnosum*, podrán

los tribunales relevar del cumplimiento de la promesa, cuando sobrevenga alguna justa causa á su prudente arbitrio, puesto que pueden hacerlo aun despues de consumado el contrato segun los artículos 1640 y 1682: el 1626 tiene los mismos motivos y objetos

Nuestro artículo salva la diferencia indicada de no reputarse puramente *reales* estos contratos en el sentido del Derecho Romano, está conforme con el texto y párrafo 2, título 15, libro 5, Instituciones, que hablan separadamente del *mutuo* y *comodato*, sin comprenderlos en una denominacion comun y distinguirlos despues *en préstamo de uso y préstamo de consumo*.

Por el contrario, la ley 1, título 1, Partida 5, precedió á los Códigos modernos en esta distincion: "E son dos maneras de empréstamo. La una es mas natural que la otra: como cuando prestan unos á otros alguna de las cosas que son acostumbradas á contar, pesar ó medir: é tal préstamo es llamado en latin *Mutuum*: La otra es de cualquier de las otras cosas que no son de tal manera como estas: assi como cavallo, libro é otras cosas semejantes: é á tal préstamo dizen en latin *Commodatum*."

*Se obliga*: porque todos los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entónces obligan, artículo 978; vé lo arriba expuesto.

*De las no fungibles*: son las definidas en el artículo 383. Esta es la diferencia capital entre uno y otro préstamo, ó entre el mútuo y el comodato. En las cosas fungibles es imposible separar el uso del consumo: no pueden, pues, ser materia del comodato, por el que tan solo se concede el uso, con la obligacion de restituir la misma cosa específica.

De aquí es que en el *mútuo* ó *simple préstamo*, pasa al mutuario el dominio de la cosa, y esta perece ó se pierde para aquel, aunque sea por caso fortuito, lo que por la razon contraria no sucede en el comodato.

Sin embargo, en la ley 3, párrafo 6, título 6, libro 13 del Digesto, se dice: "Non po-

test commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat;" y en la siguiente ley 4 se pone un ejemplo en el dinero que se da "ut dicis gratia, ut numerationis loco intercedat, para que aparezca verdadera numeracion ó entrega sin serlo, de lo que he visto ya mas de un ejemplo.

Segun la ley 1 del mismo título, padian ser materia del comodato las cosas ó bienes inmuebles, las incorporales, la habitacion, aunque algun juriconsulto solo admitia las muebles. La diferencia no era de gran momento, pues venia á reducirse á la fórmula de la accion de que debia usarse.

La citada ley 2 de Partida parecia limitarlo á cosas muebles: "Cavallos, bestias, libros é otras cosas semejantes:" lo mismo se lee en las 1 y 2, título 2.

*Gratuitamente*: están conformes todos los artículos extranjeros arriba citados.

*Gratuitum debet esse commodatum*, párrafo 2 al fin, título 15, libro 3, Instituciones: "Lo faze por gracia ó por amor, non tomando aquel que lo da por ende precio de loguero, nin de otra cosa ninguna;" ley 1, título 2, Partida 5.

El comodato es un contrato de beneficencia: "E tanto quiere dezir como cosa que es dada á pro de aquel que la rescibió;" dicha ley 1: lo mismo se observa en el *mandato*, artículo 1602, y en el *depósito*, artículo 1660.

## CAPITULO II.

### Del comodato.

#### SECCION PRIMERA.

##### DE LA NATURALEZA DEL COMODATO.

#### ARTICULO 1631.

*El comodante conserva la propiedad de la cosa prestada: el comodatario adquiere el uso, pero no los frutos; si interviene algun emolumento pagable por el que adquiere el uso, la convencion deja de ser comodato* (1).

El 1877 Frances solo dice: "El prestamista queda propietario de la cosa presta-

1. El comodante conserva la propiedad de la

da:" le copian los 1749 Napolitano, 2866 de la Luisiana, 1900 Sardo, 1361 de Vaud y 1777 Holandes. El 5 Bávaro, capítulo 2, libro 4, dice: "El comodatario no tiene el derecho de posesion, sino el de detencion; y no tiene derecho alguno á los frutos."

El 238 Prusiano, seccion 1, título 21, parte 1: "El comodatario no puede apropiarse los frutos ni aumentos sobrevenidos á la cosa prestada."

"Rei comodatae et possessionem et proprietatem retinemus," ley 8, título 6, libro 3 del Digesto. "Nemo enim commodando, rem facit ejus cui commodat," ley 9 del mismo título. El que tiene la cosa en encomienda no posee propia y civilmente, ley recopilada 1, título 8, libro 11: vé el artículo 1948.

*Conserva la propiedad*: ó el derecho, en cuya virtud hace el comodato, por ejemplo, si lo hace un usufructuario.

*Si interviene algun emolumento*: vé lo expuesto en el artículo anterior á la palabra gratuitamente.

#### ARTICULO 1632.

*Las obligaciones y derechos que nacen del comodato, pasan á los herederos de ambos contratantes, á no ser que el préstamo se haya hecho en contemplacion á solo la persona del comodatario, en cuyo caso los herederos de este no tienen derecho á continuar en el uso de la cosa prestada* (1).

cosa prestada.—El comodatario adquiere el uso, pero no los frutos y acciones de la cosa prestada; de la que no es poseedor conforme á derecho.—Si el comodatario paga alguna cantidad por el uso de la cosa prestada el contrato deja de ser comodato.—Arts. 2790 á 2792, tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1 Este artículo concuerda con nuestra actual legislacion, pues por el 2787 que consignamos en la nota de fojas 51 se previene que los derechos y obligaciones que resultan del préstamo, son transmisibles tanto á los herederos como á los representantes del que prestó y del que recibió el préstamo; y por el 2793, cap. 2º, tit. 16, lib. 3º, se dispone que si el préstamo se hace en contemplacion á sola la persona del comodatario, los herederos de este no tienen derecho de continuar en uso de la cosa prestada.—N. de los EE.

Es el 1879 Frances, 1751 Napolitano, 2868 de la Luisiana, 1902 Sardo, 1363 de Vaud y 1780 Holandes.

Su disposicion es general y comun á todos los contratos: véase lo expuesto en el artículo 1026.

## SECCION II.

### DE LAS OBLIGACIONES DEL COMODATARIO.

#### ARTICULO 1633.

*El comodatario debe costear de su cuenta los gastos ordinarios que sean de necesidad para el uso y conservacion de la cosa prestada* (1).

El 1886 Frances dice: "Si el comodatario ha hecho algun gasto para usar de la cosa, no puede repetirlo;" y el 1890 solo exceptúa los gastos extraordinarios, necesarios y urgentes para la conservacion de la cosa de lo que se infiere que son de su cuenta los ordinarios: estos dos artículos han sido copiados en los extranjeros citados en el anterior.

El 5 Bávaro, capítulo 2, libro 4, dice sencillamente: "Los gastos ordinarios para la conservacion de la cosa son de cargo del comodatario."

El 981 Austriaco: "El comodatario soporta los gastos ordinarios inherentes á la cosa prestada. En cuanto á los extraordinarios para la conservacion de la cosa puede anticiparlos; pero en este caso, el propietario debe reembolsárselos."

"Cibariorum impensæ naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset."

"Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus, ad majores impensas pertinere debet: modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum, ad eundem pertineant," ley 18, párrafo 2, título 6, libro 13 del Digesto, que habla expresamente del comodatario, y ha sido copiada en la 7, título 2, Partida 5.

1 El comodatario no tiene derecho para repetir el importe de los gastos ordinarios que se necesiten para el uso y la conservacion de la cosa prestada.—Art. 2800, tit. 16, cap. 2, lib. 3, cód. civ. vigente.—N. de los EE.