

romano, p. 82): «*Non potest commodari id quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat*» (1).

La obligacion principal de aquel que ha recibido la cosa en comodato, consiste en devolverla, pero sólo despues que haya usado de ella con el objeto para que se le hizo la prestacion (2). Debe ademas conservarla con cuidado.

Exactam diligentiam custodiendæ rei præstare jubetur. El texto nos da suficientemente á conocer que no es necesario considerar aquí el carácter habitual del comodatario, sino lo que haria un buen padre de familia, un hombre muy diligente. Gayo precisa todavia mejor esta obligacion: «*In rebus commodatis talis diligentia præstanda est, qualem quisque diligentissimus pater familias suis rebus adhibet: ita ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non possit*» (3). Y Ulpiano nos da de ella el motivo, cual es que el contrato se hace ordinariamente en el solo interes del comodatario: «*Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur; et ideo verior est Quinti Mucii sententia, existimantis et culpam præstandam et diligentiam*» (4). El comodatario responde, pues, no sólo de su dolo, sino tambien de toda culpa (*culpa*), de toda falta de cuidado (*diligentia*). Está encargado de la custodia de la cosa: «*Custodiam plane commodatæ rei etiam diligentem debet præstare*» (5). Sólo el caso fortuito está fuera de su responsabilidad; y no se trata aquí sino de aquellos casos fortuitos que no ha podido evitar, y á los cuales, como dice Gayo, no se puede resistir (*quibus resisti non possit*). Así responderá del robo hecho sin violencia, pues está obligado á custodiar la cosa (*custodia*) (6); y aun de los casos irresistibles, si por culpa suya han quedado las cosas expuestas á ello, como el texto nos dice en un ejemplo, suponiendo que el comodatario ha llevado á un viaje lo que se le habia prestado para la casa (7). En fin, en los peligros de fuerza mayor responderá todavia de las cosas prestadas, si las ha dejado perecer á fin de salvar las suyas: «*Nisi forte, cum posset rem commo-*

(1) Dig. 15. 6. 3. § 6. fr. Ulp.—«*Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.*» (Ib. 4. fr. Gay.)

(2) Dig. 13. 6. 8. pr. f. Gay.

(3) Dig. 13. 6. 17. § 3. fr. Paul.

(4) Dig. 13. 6. 5. § 2. fr. Ulp.

(5) Ib. § 5.—Paul. Sent. 2. 4. § 5.

(6) Dig. 13. 6. 10. § 1. fr. Ulp., combinado con Dig. 47. 2. 78. fr. Papin.

(7) Véase tambien Paul. Sent. 2. 4. § 5.

datam salvam facere, suam prætulit» (1).—Por lo demas, no debe emplear la cosa sino en el caso para que ha sido prestada: fuera de esto, cometeria un robo de uso, y quedaria obligado en su consecuencia (2).

Gratuitum enim debet esse commodatum. Es una condicion esencial del comodato, sin la que degenera en otra convencion: en un contrato de arrendamiento, si el precio consiste en plata acuñada; en un simple pacto, si se trata de cualquiera otra retribucion (3). Esto es importante, sobre todo en derecho romano, porque se viene á parar desde entónces bajo otras reglas y otras acciones.—Este principio no impide que el comodato pueda tener lugar alguna vez en interes del prestamista, al mismo tiempo que en el del que recibe en préstamo. Gayo cita el caso en que habiendo convidado tú y yo á un amigo de los dos, á una comida de que tú solo te has encargado, te hubiese yo prestado la plata (4). Ó aun en interes exclusivo del comodante: Ulpiano cita el caso en que se prestan objetos á su novia ó á su esposa para que sea conducida con gran lujo al domicilio conyugal (*ad domum viri deducta*); y aquel en que dando un prestamista fiestas, presta objetos á los autores para el desempeño de sus papeles en la escena (5). En estos casos la responsabilidad del que ha recibido las cosas es menor: sólo responde de su dolo y de sus faltas graves (*lata culpa*), que se asimilan al dolo.

En el lenguaje de nuestro derecho frances se ha tomado de la palabra general *præstare*, proveer, hacer prestacion, la denominacion de *prêt*, préstamo, que se ha particularizado, y que ha quedado como propio y comun de los dos contratos de *mutuum* y *comodato*, á pesar de las diferencias características que los separan.

III. *Præterea et is apud quem res aliqua deponitur re obligatur et actione depositi; quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit; culpæ autem nomine id est desidiæ ac negligentia non tenetur. Itaque securus est,*

3. Aquel en cuyo poder se halla depositada una cosa, queda todavia obligado *re*, y obligado por la accion de depósito; porque debe restituir idénticamente la cosa que ha recibido. Pero sólo es responsable del dolo que hubiese cometido, y no de su culpa, es decir,

(1) Paul. Sent. 2. 4. § 2.—Dig. 13. 6. 5. § 4. fr. Ulp.

(2) Dig. 13. 6. 5. § 8. fr. Ulp.—Y más adelante, Inst. 4. 1. § 7.—Dig. 47. 2. 54. § 1.

(3) Dig. 5. 6. 5. § 12 f. Ulp.

(4) Dig. 3. 6. 18 p. f. Gay.

(5) Ib. 5. § 10. f. Ulp.

qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit, quia qui negligenti amico rem custodiendam tradidit, suæ facilitati id imputare debet.

de su incuria y negligencia: está pues en seguridad, si la cosa guardada con poca vigilancia le ha sido robada: en efecto, aquel que ha confiado la custodia de su cosa á un amigo negligente debe imputar esta pérdida á su propia imprudencia.

Ulpiano define el depósito, y nos da la etimología de su denominación, en estos términos: «*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. Dictum ex eo quod ponitur*» (1).

Las cosas en este contrato son todavía consideradas *in specie*, como cuerpo cierto. El depositante (*deponens*) custodia la propiedad, y áun la posesión de ella: «*Rei depositæ proprietæ apud deponentem manet, sed et possessio*» (2). Así áun la plata acuñada, cuando en la convención sólo ha habido un depósito, debe devolverse idénticamente (3).

La obligación principal del depositario (*depositarius*) consiste en restituir. Debe hacer esta restitución apénas lo solicite el deponente, áun cuando se hubiese indicado un término ó plazo en el depósito, porque este plazo se reputaría puesto en interés del deponente (4). La restitución debe hacerse en el lugar en que el objeto depositado se halla en manos del depositario, cualquiera que haya sido el lugar del depósito, con tal que no haya en esto ningún hecho de dolo: «*Depositum eo loco restitui debet in quo sine dolo malo ejus est apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest*» (5).

El depositario está, además, obligado á guardar la cosa. El texto nos explica suficientemente que en este punto sólo responde de su dolo; y nos explica el motivo, cual es que el deponente debe imputarse á sí mismo haber escogido un depositario negligente, á cuyo motivo es preciso añadir este otro propuesto por Ulpiano, y es que el depósito tiene lugar en el solo interés del deponente: «*Quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus præstatur solus*» (6). En el dolo se halla comprendida la culpa grave, mi-

(1) Dig. 16. 5. *Depositum vel contra*. 1. pr. f. Ulp.

(2) Ib. 17. § 1. f. Florent.

(3) Ib. 24. f. Papin. y § 36. f. Ulp.

(4) Dig. 16. 15. 1. §§ 45 y 46. f. Ulp.

(5) Dig. 12. § 1. f. Pompon.

(6) Dig. 15. 6. 5. § 2. f. Ulp.

rada por los jurisconsultos romanos como equivalente á aquél; en ésta es preciso considerar el carácter personal del depositario, porque si no ha puesto en la custodia del depósito el cuidado que le es habitual según su carácter ordinario, ha engañado al deponente (1). —Por lo demás, áun respondería de la simple culpa (*non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam*), si especialmente se había obligado á ello por la convención, ó si él mismo se había ofrecido á tomar el depósito (*si se deposito obtulit*) (2).

El depósito, lo mismo que el comodato, es esencialmente gratuito; porque si se ha convenido un precio por la custodia de los objetos, el contrato degenera en arrendamiento, y es preciso desde entonces recurrir á las reglas y á las acciones de arrendamiento (3). El depositario no puede tampoco servirse de la cosa; cometería en ello un robo de uso (4), á ménos que no haya sido autorizado para ello, ya expresa, ya tácitamente. Todavía en este caso el contrato varía de naturaleza, y se hace, según las circunstancias, ya comodato, ya arrendamiento; y también *mutuum*, cuando se trata de cosas *in genere*, y de las que puede decirse que la propiedad de ellas ha sido transferida á aquél que las ha recibido (5).

IV. Creditor quoque qui pignus accepit re obligatur; quia et ipse de ea re quam accepit restituenda tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur: et debitoris quo magis pecunia ei crederetur; et creditoris quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si præstiterit, et aliquo fortuito casu eam rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.

4. En fin, el acreedor que ha recibido una prenda, está también obligado *re*; porque lo está por la acción *pignoratitia* á restituir idénticamente la cosa que ha recibido. Mas como la prenda se da en interés de los dos contratantes: en interés del deudor, para hacerle que más fácilmente halle dinero, y en el del acreedor para asegurar mejor su crédito, *se ha decidido que bastaría* que el acreedor aplicase á la custodia de la prenda *un gran cuidado*; mas si á pesar de este cuidado pierde la cosa por algún caso fortuito, se halla al abrigo de toda responsabilidad, y nada impide que recobre su crédito.

(1) Dig. 26. 5. 52. f. Cels.

(2) Dig. 15. 6. 5. § 2. f. Ulp. — 16. 15. 1. § 55. f. Ulp.

(3) Dig. 16. 5. 1. §§ 8 á 10. f. Ulp.

(4) Inst. 4. 1. § 6.

(5) Dig. 26. 5. 1. § 9 y 54 f. Ulp. — 12. 1. f. 9. § 9. f. 10 Ulp. — 17. 1. 34. pr. f. Afric. — 47. 2. 76. pr. f. Pompon.

La prenda (*pignus*) se presenta en el derecho bajo dos aspectos diferentes, que importa distinguir con cuidado:

1.º Bajo el aspecto del derecho real conferido al acreedor sobre el objeto dado en prenda;

2.º Bajo el aspecto del contrato, de los vínculos personales, es decir, de las obligaciones contraídas entre el acreedor con prenda y el deudor.

Bajo el aspecto del derecho real, cuyo carácter ya hemos indicado (tomo I, página 412), sólo se trata de la prenda en las Instituciones con ocasión de las acciones que de ella resultan (véase el libro IV, título I, § 7); se confunde con la hipoteca (*hypotheca*); y el derecho real aún puede conferirse por el simple consentimiento y sin ninguna tradición (1).

Sólo se trata aquí de la prenda considerada como contrato; contrato que existe únicamente por efecto de la entrega de la cosa, *re*, pues la obligación principal que lo constituye es la de entregar.—Las cosas inmuebles (*res soli*), lo mismo que las muebles, pueden darse en prenda, aunque algunos juriconsultos romanos juzgasen que, propiamente hablando, la palabra prenda sólo se aplicaba á los muebles (2).—La cosa dada en prenda queda siendo siempre de su propietario, pues el dominio no se enajena; sin embargo, el acreedor adquiere sobre ella el derecho absolutamente particular que constituye su garantía; y además los efectos del derecho de posesión se distribuyen entre él y aquel de quien ha recibido la prenda (3): en efecto, el acreedor adquiere el derecho á las acciones é interdictos posesorios, que deben tener por objeto hacer mantener la cosa en su poder (4); es como una consecuencia y como una sanción de su derecho real.

La obligación principal del acreedor consiste en restituir la prenda que ha recibido, pero sólo después de la entera satisfacción de su

(1) Dig. 15. 7. *De pignoratitia actione vel contra*, 1. pr. f. Ulp.—Sin embargo, el mismo juriconsulto añade: «*Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit: hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem.*» 9. § 2. f. Ulp.

(2) Dig. 50. 16. *De verbor. signif.* 258. § 2. f. Gay.: «*Pignus appellatum a pugno: quia res quæ pignori dantur, manu traduntur: unde etiam videri potest, verum esse quod quidam putant, prius proprie rei mobilis constitui.*»

(3) Véase lo que hemos dicho sobre esta división de los efectos del derecho de posesión, página 302 del tomo I, notas 2 y 3.

(4) «*Pignus manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem.*» Dig. 15. 7. 35. § 1. f. Florentin.—Véase además, Dig. 10. 4. 3. § 15. f. Ulp.—41. 5. 16. f. Javolen.

crédito (1). Debe además cuidar de la conservación de la cosa, y sobre este punto debemos examinar con el texto la extensión de dicha obligación.

Placuit sufficere exactum diligentiam. La noción que nos da aquí el texto sobre la responsabilidad del acreedor con prenda, debe completarse con las que encontramos en los fragmentos de los juriconsultos. Vemos en ellos, en más de un lugar, que el acreedor está encargado de la conservación y custodia (*custodia*) de la cosa que se le ha entregado en prenda; que con este objeto no sólo responde de su dolo, sino también de sus culpas, y que en esta parte se le asimila al comodatario: «*Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato; venit et custodia: vis major non venit*» (2). Así no basta examinar su carácter personal, si no hay derecho para exigir de él todo el cuidado que un padre de familia bueno y diligente tuviese en cosa suya: «*Ea igitur quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet a creditore exiguntur*» (3). La expresión *exactam diligentiam* de nuestro texto debe entenderse en este sentido: por lo demás su aplicación es usual: son exactamente las mismas palabras que en el § 2 se han empleado para el caso de comodato.—Aunque la redacción de nuestro párrafo parecería indicar que así como el contrato de prenda se verifica no sólo en interés del acreedor, sino también en el del deudor, porque si en él halla una seguridad, el otro halla crédito, debe usarse de ménos severidad respecto del acreedor con prenda que respecto del comodatario. Esta redacción ha dado lugar á los comentadores para formar acerca de las culpas una teoría que las divide en tres clases: la culpa grave (asimilada al dolo), la culpa leve (imputable al acreedor con prenda), y la culpa levísima (imputable al comodatario). División metódica, que no se halla en los textos de los juriconsultos romanos, y que, por consiguiente, no admitimos (4).

ACCIONES QUE NACEN DE LOS CONTRATOS FORMADOS (RE) POR LA COSA.

Estos cuatro contratos, bajo el aspecto de las acciones que producen, no se hallan en la misma línea: el *mutuum* por una parte, y

(1) Dig. 15. 7. 9. § 5. f. Ulp.—f. 11. § 5, y f. 4. § 1. Ulp.—35. f. Marcian.

(2) Dig. 15. 7. 15. § 1. f. Ulp.—Véase también 50. f. Paul.—50. 17. 25. f. Ulp.—Y Cod. 4. 24. *De pignoratitia actione*, constit. 5 á 9.

(3) Dig. 15. 7. 14. f. Paul.

(4) Volveremos á tratar de esta materia cuando hayamos expuesto las reglas de los contratos en muy grande número para generalizar.

por otra los otros tres contratos, el comodato, el depósito y la prenda, forman dos clases bien distintas, que se separan en diversos puntos:

1.º El *mutuum*, como ya hemos dicho, se halla provisto, no de una acción especial y que le sea exclusivamente propia, sino de una acción general y común á otros muchos casos; la *condictio certi* (1).—El comodato, el depósito y la prenda tienen, por el contrario, cada uno de ellos una acción especial, designada con su propio nombre: *actio commodati*, *actio depositi*, *actio pigneratitia*.

2.º La *condictio* se deriva de una antigua acción de la ley (véase *General. del derecho rom.*, p. 139), que toma su origen en el antiguo derecho civil de los romanos, y que ha pasado, experimentando las modificaciones sucesivas propias de este género de instituciones, de sistema de las acciones de la ley al de las fórmulas, y por último al procedimiento extraordinario. Ha tomado el nombre de *condictio certi*, cuando se trata de una cosa cierta y determinada, en oposición á la *condictio certi*, introducida con posterioridad. Ha conservado siempre su antiguo carácter, el de una acción eminentemente de derecho estricto (*stricti juris*).—Las acciones *commodati*, *depositi*, *pigneratitia* son, por el contrario, acciones de buena fe (2).

3.º Se sigue de aquí que el *mutuum* no ha sido nunca considerado entre los romanos sino como un contrato que no producía obligación sino por una de las partes (lo que llamamos contrato unilateral). Éste es un carácter particular y bien notable, común á todos los contratos de estricto derecho civil. Sólo aquel que ha recibido las cosas en *mutuum* (antiguamente por la pieza de metal y por el peso, pronunciando las palabras solemnes) es el que sólo se halla ligado al otro; se halla ligado para una cosa cierta y determinada, á la que el juez no puede ni añadir ni quitar nada, y que tampoco puede templar por ninguna consideración de equidad; luego contra sólo él y para esta cosa solamente, se da la *condictio certi*. Es posible que el prestamista, en la prestación que le ha hecho, haya cometido algún acto imputable; como, por ejemplo, que le haya dado de mala fe cosas nocivas que le hayan causado perjuicio; no importa; será pre-

(1) Se la encuentra, sin embargo, nombrada *actio mutui* en una constitución de los emperadores Diocleciano y Maximiano (Cod. 7. 35. 5); pero esta expresión, que no pertenece á la jurisprudencia romana, no puede, ni aún en esta constitución, tomarse como una denominación técnica.

(2) Véase Instit. 4. 6. § 28.

ciso recurrir á otras acciones, como, por ejemplo, á la acción de dolo, á la de la ley *Aquilia*, según las circunstancias; pero el contrato y la *condictio certi* permanecen extrañas á esto.—El comodato, el depósito y la prenda no obligan tampoco desde el principio, por el solo efecto de la entrega de la cosa y de la convención, sino á una sola persona, á la que ha recibido, y que se halla inmediatamente obligada á conservar y á devolver. Pero puede suceder que con posterioridad, por algún hecho accidental y posterior (*ex post facto*), por ejemplo, á causa de los gastos que haya hecho para la conservación de la cosa, ó á causa del dolo ó de la culpa del que le ha entregado la cosa, haya con equidad repeticiones que entablar contra este último. Siendo de buena fe las acciones *commodati*, *depositi*, *pigneratitia*, podrá tenerse esto en cuenta por el juez de dichas repeticiones; ó el comodatario, el depositario y el acreedor con prenda tendrán, para perseguir á la otra parte y hacerse indemnizar, una acción *commodati*, *depositi*, *pigneratitia*; pero para distinguir estas dos acciones se da á la del comodante, depositante ó persona que ha entregado la prenda el nombre de *actio directa commodati*, *depositi* ó *pigneratitia*; porque procede directa é inmediatamente del contrato; y á la otra el nombre de *actio contraria* (1).—Por lo demás, el efecto de la acción contraria no es absolutamente el mismo en los tres contratos. El comodante no se halla obligado (por la *actio commodati contraria*), sino por su dolo y culpa grave asimilada al dolo (2); más, á la indemnización de las impensas, á excepción de las que son módicas, ó efecto natural del uso concedido al comodatario (3). El depositante y el que ha entregado la prenda están obligados no sólo por el dolo, sino también por la simple culpa, porque hallan su interés en el contrato (4), y debe abonar todos los gastos de conservación (5).

(1) Dig. 15. 6. 17. § 1. f. Paul.

(2) Dig. 15. 16. 8. § 5. f. Gay.—21. f. Afric.—22. f. Paul.

(3) Dig. 15. 6. § 2. f. Gay.

(4) Dig. 15. 6. 5. § 2. f. Ulp.—15. 7. 1. § 2. f. Ulp.—31. f. Afric.—36. f. Ulp.—Respecto del deudor que ha entregado la prenda, la obligación que tiene de responder hasta de su culpa, es la única consecuencia justa que se puede sacar del razonamiento que hace nuestro párrafo, cuando dice que el contrato se hace en interés de las dos partes. De donde se deduce que deben responderse las dos partes recíprocamente de su dolo y de su culpa de la misma manera.

(5) Dig. 16. 3. 12. pr. f. Pomp.—23. f. Modest.—Dig. 15. 7. 8. pr. f. Pomp.—25. f. Ulp.—Cod. 4. 24. 7. const. de Gordian.